



Gerichts-
und Verwaltungspraxis
des Kantons Zug
2003

Staatskanzlei des Kantons Zug
Zug 2003-700

Gerichts-
und Verwaltungspraxis
des Kantons Zug
2003

Staatskanzlei des Kantons Zug
Zug 2003 - 700

Für die Auswahl und die Einzelredaktion ihrer jeweiligen Entscheide sowie für die Formulierung der Leitsätze sind das Kantonsgericht, das Obergericht, das Verwaltungsgericht und die Staatskanzlei selber zuständig. Für die Gesamtedaktion liegt die Verantwortung beim juristischen Mitarbeiter der Staatskanzlei.

Inhaltsübersicht

Alphabetisches Stichwortverzeichnis zur GVP 1999–2003	5
Inhaltsverzeichnis (Leitsätze)	39
Abkürzungsverzeichnis	55
<i>A. Gerichtspraxis</i>	
I. Staats- und Verwaltungsrecht	65
1. Grundrechte	65
2. Planungs- und Baurecht	76
3. Sozialversicherung	91
4. Vergaberecht	104
5. Ausländerrecht	119
6. Sozialrecht	123
7. Strassenverkehrsrecht	139
8. Gesundheitsrecht	144
9. Verfahren	157
II. Zivilrecht	160
1. Familienrecht	160
2. Obligationenrecht	165
III. Schuldbetreibung und Konkurs	186
IV. Rechtspflege	198
1. Zivilrechtspflege	198
2. Strafrechtspflege	226
3. Anwaltsrecht	244

B. Verwaltungspraxis

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden	257
Politische Rechte	257
II. Zivilrecht	262
1. Familienrecht	262
2. Grundbuchwesen	273
III. Baurecht	299
IV. Soziale Sicherheit	323
1. Berufliche Vorsorge	323
2. Sozialhilfe	328
V. Verwaltungsrechtspflege	333

C. Grundsätzliche Stellungnahmen

Datenschutzpraxis	351
I. Verletzt der Modus der brieflichen Abstimmung das Abstimmungsgeheimnis?	352
II. Muss das Grundbuchamt der Steuerbehörde unaufgefordert Daten bekannt geben?	354
III. Darf die Steuerverwaltung Druckaufträge an ein privates Unternehmen auslagern?	356
IV. An welche Stellen darf das Polizeijournal weiter gegeben werden?	359
V. Ist es zulässig, das Busseninkasso für ausländische Verkehrssünder an eine private Firma auszulagern?	362
VI. Welchen Stellen sind Entscheide des Haftrichters bekannt zu geben?	364

Alphabetisches Stichwortverzeichnis zur GVP 1999 – 2003

A

Aktien

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

Aktienkapital

- Zinsverbot; nicht Garantieverprechen eines Dritten 1999 S. 118

Alters- und Hinterlassenenversicherung

- Parteientschädigung bei gegenstandslos gewordener Schadenersatzforderung 1999 S. 47
- Verwaltungsratsmitglieder als Organe; grobfahrlässiges Handeln 2001 S. 71
- Streichung von (in einem Rechtsmittelverfahren bestrittenen) Beiträgen aus einem Tilgungsplan und deren Geltendmachung nach Vorliegen des Gerichtsurteils 2001 S. 80
- Waisenrente, Anspruchsdauer; Begriff der Ausbildung 2002 S. 78
- Zur Frage nach der Verantwortung von Verwaltungsräten bei der Liquidation einer Firma nach Art. 52 AHVG 2003 S. 91

Altstadtdreglement

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

Amtshilfe

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

Anwaltsrecht

- Kostenaufgabe bei Einstellung der Untersuchung. Einem Rechtsanwalt, der vor der von ihm im Zusammenhang mit einer Honorarstreitigkeit

verlangten Vermittlungsverhandlung beim Friedensrichteramt kein Gesuch um Entbindung vom Berufsgeheimnis eingereicht hat, dürfen bei Einstellung der Strafuntersuchung die Kosten auferlegt werden 2003 S. 244

- Prüfungspflicht einer Urkundsperson bei der öffentlichen Beurkundung der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft 2003 S. 248

Arbeitsverhältnis, öffentlich-rechtliches

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

Arbeitslosenversicherung

- Einstellung der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit 1999 S. 52
- Der einzelunterschriftsberechtigte Geschäftsführer einer GmbH hat im Falle des Konkurses keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung; dies gilt auch für seine Ehefrau 2000 S. 49
- Einwöchige Frist zur Meldung einer Arbeitsunfähigkeit ist Verwirkungsfrist 2000 S. 50
- Gesetzlicher Zweck der Insolvenzenschädigung; Lohnforderung muss mindestens glaubhaft gemacht werden 2000 S. 56
- Überzeitenschädigungen und Entschädigungen für geleistete Überstunden sind nicht Bestandteil des versicherten Verdienstes, der Grundlage für die Berechnung des Taggeldes bildet 2002 S. 85
- Pflicht zur Stellensuche während der Kündigungsfrist 2003 S. 97

Aufenthaltsbewilligung

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

Auslagerung

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

Ausländerrecht

- Eingrenzungs- oder Ausgrenzungsverfügungen gegen Ausländer ohne Aufenthaltsbewilligung. Beurteilung der Beschwerde durch den ANAG-Einzelrichter 2002 S. 130
- Vollzug der Wegweisung; besondere Hindernisse, die eine Verlängerung der Ausschaffungshaft rechtfertigen 2003 S. 119

Ausnutzungsübertragung

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

Ausstandsbegehren

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

B

Baurecht

- siehe Planungs- und Baurecht

Berufliche Vorsorge

- Anlagen beim Arbeitgeber 2001 S. 227
- Aufsicht; örtliche Zuständigkeit 2001. S. 228
- Aufhebung und Liquidation einer Stiftung, wenn ordnungsgemäßer Zustand nicht wiederhergestellt werden kann und der Konkurs droht 1999 S. 228
- Auflagen gegenüber Stiftungsrat bei Teilliquidation einer Stiftung infolge Personalabbaus 1999 S. 223
- Gesamtliquidation einer Sammelstiftung und Übertragung des Vermögens auf eine andere Sammelstiftung 1999 S. 226
- Liquidation im Fall von Konkurs 2001 S. 229
- Teilliquidation; Voraussetzungen 2001 S. 230
- Ungenügende Organisation und gesetzeswidrige Vermögensanlagen 1999 S. 227
- Anordnung einer Liquidation infolge Konkurses 2002 S. 274
- Verhängung einer Ordnungsbusse gegen säumigen Stiftungsrat 2002 S. 278
- Umwandlung einer gemischten Vorsorgeeinrichtung in eine klassische Stiftung 2002 S. 281
- Aufhebung einer Sterbekasse und Übertragung an Verein mit gleichem Zweck 2002 S. 283
- Einsetzung einer kommissarischen Verwaltung mit gleichzeitiger Suspendierung eines säumigen Stiftungsrates, der trotz Verhängung einer Ordnungsbusse diverse Unterlagen zur Jahresrechnung nicht einreichte sowie die Anordnung der unverzüglichen Liquidation der Stiftung infolge Konkurses der Firma missachtete 2003 S. 323

Besoldungsreglement

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

Bürgergut

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

D

Datenbekanntgabe

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

Datenschutz

- Auslagerung von öffentlichen Aufgaben an Private.

Datenbekanntgabe an vorgesetzte Stellen; Amtshilfe; Vollmacht/Ermächtigung zur Datenbekanntgabe; Veröffentlichung von Grundbuchdaten im Internet; Herausgabe von Original-Krankengeschichten an Patienten 2001 S. 240; 2002 S. 296 ff.

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

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

- Kantonsgericht und Herausgabe von Akten der Sicherheitsdirektion 2000 S. 238
- Videoüberwachung von öffentlichen Räumen 2000 S. 239
- Einsicht in eigene Personaldossiers 2000 S. 241
- in Einbürgerungsverfahren 2000 S. 242
- Amtsgeheimnis von Referendumsunterzeichnenden 2000 S. 244
- Abstimmungsgeheimnis. Verletzt der Modus der brieflichen Stimmgabe das Abstimmungsgeheimnis 2003 S. 352

Denkmalpflege

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

E

Eherecht

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

Eigentumsgarantie

- Einschränkung durch Öffentlicherklärung einer Waldstrasse 2002 S. 51

Einbürgerungsverfahren

- (Datenschutz) Fotos im Einbürgerungsverfahren 2002 S. 302

Erbrecht

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

Erbschaftsverwaltung

- Streit unter verschiedenen berufenen Erbschaftsverwaltern; keine Notwendigkeit für einen im Kanton Zug wohnhaft gewesenen deutschen Erblasser 2000 S. 213

Ergänzungsleistungen

- Rückerstattung wegen verschwiegener Pensionskassenrente 1999 S. 57

Ermächtigung

- zur Datenbekanntgabe (Datenschutz) 2001 S. 247

F

Familienrecht

- Voraussetzungen für die Anordnung der Gütertrennung bei Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes nach Inkrafttreten des neuen Scheidungsrechts 2002 S. 151
- Aufsichtsbeschwerde im Vormundschaftsrecht 2002 S. 252
- Anfechtung der Wahl eines neuen Vormundes 2002 S. 250
- Entziehung der elterlichen Sorge durch die Aufsichtsbehörde; Strafan drohung 2002 S. 248
- Vermögensertrag bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen, Berück sichtigung der tatsächlichen Entwicklung 2003 S. 160
- Nebenfolgen der Scheidung; ist das schweizerische Gericht weder für die Zuteilung der elterlichen Sorge noch für die Regelung des persönli chen Verkehrs zuständig, muss auch die Zuständigkeit für die Unter haltsregelung verneint werden 2003 S. 161
- Kindesvermögen; Zugehörigkeit von Legatsansprüchen zum freien Kin desvermögen; Schutzmassnahmen gegenüber dem Verwalter dieses Vermögens 2003 S. 262

Finanzausgleich

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

Finanzhaushalt

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

Fischerei

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

Fotos

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

Fristen im SchKG

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

Führerausweisentzug

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

Fürsorgerische Freiheitsentziehung

- persönliche Fürsorge nur in stationärem Klinikaufenthalt, Voraussetzungen 2000 S. 92
- Beschwerde gegen Einweisung bzw. Zurückbehaltung; örtliche Zuständigkeit im interkantonalen Verhältnis 2003 S. 131

G

Gebühren

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

Gemeinden

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

Genugtuung

- Anspruch für nahe Angehörige und Höhe 1999 S. 111

Gesamtüberbauungsplan

- spätere Änderungen in Einzelbauweise 1999 S. 79

Gesundheitswesen

- (Datenschutz) zur Bekanntgabe der Krankengeschichte an den Versicherer 2002 S. 300
- Eine ordentliche Zulassung als Leistungserbringer zulasten der Krankenkassen ist ausgeschlossen, wenn die Höchstzahl der Leistungserbringer in dieser Kategorie nach der Zulassungsverordnung bereits erreicht oder überschritten ist 2003 S. 144
- Zuständigkeit zur Überprüfung von Zwangsmassnahmen im Gesundheitswesen; Zulässigkeit 2003 S. 147
- Die zuständige kantonale Behörde kann der Privatapotheke eines selbstdispensierenden Arztes das Zusammenmischen von verwendungsfertigen Arzneimitteln zu applikationsfertigen Inhalanda bewilligen 2003 S. 152

Gerichtsstand

- örtlicher und sachlicher Bezug zum Gerichtsstand 2001 S. 170

Grundbuchdaten

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

Grundbuchgebührentarif

- Bemessung der Handänderungssumme aufgrund der Gegenleistung für den Grundstückerwerb; Beschwerdelegitimation der Gemeinden 1999 S. 198
- Handänderungsgebühr berechnet sich auf der Gesamtheit der Leistungen, die der Erwerber dem Veräußerer für die Eigentumsübertragung am Erwerbsobjekt tatsächlich zu erbringen hat; Zusammenrechnung von Kauf- und Werkpreis (Präzisierung der Praxis 1999 S. 198) 2002 S. 235
- Bemessung bei einer Fusion 2001 S. 195
- Bemessung der Handänderungsgebühr beim Verkauf einer Geschäftsliegenschaft durch den Inhaber einer Einzelfirma an eine Kommanditgesellschaft, an welcher der Veräußerer als einziger Komplementär beteiligt ist; Tatbestand der (Firmen)Umwandlung; Kinder des Komplementärs als Kommanditäre 2003 S. 273
- Bemessung bei Abgeltung der ideellen Anteile der aus einer Kollektivgesellschaft ausscheidenden Gesellschafter durch Zuweisung von Stockwerkeigentum im Gesamteigentum der Gesellschaft; rechtliche Qualifikation dieses Vorgangs 2003 S. 283
- Bemessung bei einer Umwandlung einer AG in eine GmbH; Stichtag für die Bestimmung des Grundstückswertes; Assekuranzwert als Hilfsmittel zur Wertbestimmung 2003 S. 289

Grundschulunterricht, unentgeltlicher

- Umfang des Anspruchs auf unentgeltlichen Schulbus 2002 S. 66

Grundstück

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

Grundstückgewinnsteuer

- Anlagekosten; Begriff 1999 S. 45

- Besitzesdauer richtet sich nach Grundbucheintrag 1999 S. 39
- Kaufpreis ist auf den Tag der Handänderung zu diskontieren 1999 S. 39
- Die Entschädigung für Ausnützungstransfer fällt nicht unter die Grundstückgewinnsteuer, sondern unter die Einkommenssteuer 2000 S. 43
- Voraussetzung für die Anrechenbarkeit der Anlagekosten eines abgebrochenen Gebäudes 2000 S. 44
- Mietzinsgarantie als Erlösminderung, revisionsweise Berücksichtigung 2000 S. 47
- Besitzesdauer bei Verkauf im Baurecht. Die Besitzesdauer beginnt nicht beim Kauf des Grundstücks, sondern bei der Begründung des Baurechts 2001 S. 53
- Treu und Glauben; Voraussetzungen für die Berufung auf Treu und Glauben wegen einer inhaltlich falschen Bestätigung durch das Sekretariat der Grundstückgewinnsteuerkommission 2003 S. 65

I

Internationales Privatrecht

- Minderjährigenschutz; örtliche Zuständigkeit 1999 S. 125
- Zuständigkeit der Gerichte am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes zur Änderung des Besuchs- oder Ferienrechts in Scheidungsurteilen 1999 S. 158
- Vorläufige Bewilligung zur Aufnahme eines ausländischen Kindes zwecks späterer Adoption 1999 S. 192

Internet

- datenschutzrechtlicher Rahmen betr. Veröffentlichung von Grundbuchdaten 2001 S. 250

Invalidenversicherung

- Durchführung medizinischer Massnahmen im Ausland; Voraussetzungen für die Annahme beachtlicher Gründe 1999 S. 61
- Berechnung des Invaliditätsgrades. Schlechte Sprachkenntnisse und bescheidene intellektuelle Fähigkeiten sind invaliditätsfremde Gründe, die neben soziokulturellen und rentenbegehrlichen Aspekten nicht berücksichtigt werden 2001 S. 55
- Kann der Versicherte wegen eines Geburtsgebrechens keine Brille tragen, so hat er zu Lasten der Invalidenversicherung Anspruch auf Kontaktlinsen 2001 S. 62
- Gewährung von medizinischen Massnahmen bei angeborenem POS. Diagnosestellung und Behandlung müssen als Anspruchsvoraussetzungen vor Vollendung des 9. Altersjahres kumulativ erfüllt sein 2002 S. 82

K

Kindesschutzmassnahmen

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

Krankengeschichte

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

Krankenpflegeversicherung; Prämienverbilligung

- Die Einreichung von Gesuchen unterliegen einer Verwirkungsfrist 1999 S. 69
- Der Wohnkanton muss sich an den Kosten einer ausserkantonalen Hospitalisation nur beteiligen, wenn diese aus medizinischen Gründen notwendig ist. Definition der medizinischen Gründe 2002 S. 94
- Das Sozialamt, das für eine Person Sozialhilfe ausrichtet, erhält die volle Prämienverbilligung, wenn es auch erst nach Fristablauf vom Anspruch auf Sozialhilfe erfuhr 2003 S. 99

M

Mobilfunkantennen

- Zulässigkeit und Schranken der Errichtung 2001 S. 86

Motionen

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

N

Nachrede, üble

- Wahrheitsbeweis kann auch durch ein noch nicht rechtskräftiges Urteil der gleichen Gerichtsinstanz erbracht werden, die über die üble Nachrede zu befinden hat 1999 S. 148

Natur- und Heimatschutz

- Moore und Moorlandschaft 2000 S. 84

O

Obhut

- Wiedereinräumung der elterlichen Obhut an die Mutter; Abweisung des Anspruchs auf Übertragung der elterlichen Gewalt an den Vater 1999 S. 194
- Vorsorgliche Massnahme in Beschwerdeverfahren betr. Aufhebung der elterlichen Obhut 2000 S. 208
- Aufhebung eines Obhutentzuges und Anordnung einer sozialpädagogischen Familienbegleitung 2000 S. 208

Obligationenrecht

Allgemeiner Teil

- Vertrag z.G. Dritter durch Abgabe einer Garantieerklärung beim Amt für Ausländerfragen für einen Gast durch den Gastgeber 2000 S. 130
- Der Arbeitsausfall einer Frau im Haushalt ist gestützt auf die Zahlen der SAKE-Studie zu ermitteln, wenn sie nach einem Unfall invalid geworden ist 2002 S. 164

Die einzelnen Vertragsverhältnisse

- Versäumnisse des Arbeitnehmers im ersten Dienstjahr und ihr Folgen 2001 S. 134
- Lohnfortzahlungspflicht bei Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung; bezüglich der Dauer ist die sog. „Zürcher Scala“ massgebend; der Anspruch des teilweise arbeitsfähigen Arbeitnehmers besteht so lange, bis der erhaltene Lohn dem vollen Salär für die „beschränkte Zeit“ entspricht 2003 S. 167
- Kostenlosigkeit des Verfahrens nach Art. 343 Abs. 3 OR; die Kostenlosigkeit des Verfahrens gelangt auch in Fällen zur Anwendung, in denen es einzig um die Frage geht, ob ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist 2003 S. 175
- Freistellung eines Handelsreisenden; Bestimmung des Freistellungslohnes 2001 S. 139
- Freistellungslohn und Leistungen der Arbeitslosenkasse 2001 S. 139
- Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe; Aktivlegitimation einer lokalen paritätischen Berufskommission 2001 S. 142

- Ausstelldatum eines erst einige Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgestellten (Schluss)Arbeitszeugnisses 2002 S. 169
- Mietrecht; Entschädigung von Investitionen, welche vom Mieter in der Liegenschaft getätigt worden sind, wenn das Mietverhältnis durch höhere Gewalt beendet wird 2003 S. 165

Gesellschaftsrecht

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

Outsourcing

- s. Auslagerung

P

Parteienschädigung

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

Personenrecht

- Persönlichkeitsverletzung durch Erhöhung der Strahlung einer Hochspannungsleitung? 2001 S. 115
- Aufhebung einer Stiftung mit geringem Restvermögen 2001 S. 183
- Aufsicht; örtliche und sachliche Zuständigkeit 2001 S. 184
- Abwehr von persönlichkeitsverletzenden Äusserungen, die der Rechtsverfolgung oder der Verteidigung in einem Gerichtsverfahren dienen. Rechtsschutzinteresse 2002 S. 143
- Eine Begrenzung der Beitragspflicht im Sinne von Art. 71 Abs. 1 ZGB ist nicht nur dann anzunehmen, wenn der Beitrag aufgrund der Statuten genau bestimmt oder objektiv bestimmbar ist. Eine solche Begrenzung liegt vielmehr auch dann vor, wenn die Statuten die Beitragspflicht lediglich dem Grundsatz nach festlegen und die Fixierung in quantitativer Hinsicht einem Reglement oder einem periodischen Vereinsbeschluss vorbehalten. Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Verein effektiv und rechtsgültig vom statutarischen Vorbehalt Gebrauch gemacht hat 2002 S. 144

Pfändungsankündigung

- Zustellgebühr für die Pfändungsankündigung; Weiterverrechenbarkeit 1999 S. 142

Pflegekind

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

Planungs- und Baurecht

- Arealbebauung auf Verlangen des Gemeinderates 2000 S. 71

- Ausnützung; Keller und Abstellräume im Erdgeschoss eines nicht unterkellerten Gebäudes 1999 S. 220
- Ausrichtung der Hauptwohnräume (§ 19 BO Zug) 1999 S. 221
- die Bestandesgarantie in einer Bauordnung beruht auf höherrangigem Recht; Auslegung der Bauordnung 1999 S. 84
- Bestandesgarantie; darf ein Gebäude, das die zulässige Ausnützung überschreitet, aufgestockt werden, wenn der geplante Dachaufbau nicht zur Ausnützung zählt? 1999 S. 219
- Besitzstandgarantie; Bauordnung Unterägeri; Tragweite 2001 S. 215
- Bewilligungspflicht für Geländeänderungen durch Deponieren von Aushub 2000 S. 59
- Bewilligungsanforderungen für Hartplatz bei Schulanlage, der teils in der Bauzone und teils in der Freihaltezone liegt 2000 S. 79
- Erschliessungspflicht der Gemeinde eines in der Bauzone gelegenen Grundstücks 2001 S. 214
- Geschossflächen, nicht anrechenbare: Entscheidend ist die bauliche Eignung 2001 S. 92
- Jugendcafé in Baustellenwagen; bewilligungspflichtige Baute? Zonenkonformität mit Zone des öffentlichen Interesses? 2001 S. 216
- Lärmbekämpfungsverordnung Cham; Benützungsordnung für den Pausenplatz des Schulhauses Städtli II 2001 S. 209
- Mindestabstand für Gebäude an Gemeindestrassen 2001 S. 96
- Mobilfunkantennen, Zulässigkeit und Schranken der Errichtung 2001 S. 86
- Mobilfunkanlage und Informationsfreiheit 2001 S. 218
- Planungspflicht ausserhalb der Bauzone; wann ist eine Ausnahmebewilligung zulässig und wann bedarf es einer Nutzungsplanung 1999 S. 88
- Planungszone; Freihaltung zwecks Strassenplanung 2000 S. 62
- Tennisanlage, die breiten Öffentlichkeit dient und Zone des öffentlichen Interesses 2001 S. 83
- Überprüfung der Ortsplanung durch die Genehmigungsinstanz und Ermessensspielraum der Gemeinden 1999 S. 95
- Umnutzung einer gewerblichen Liegenschaft ausserhalb der Bauzone 2000 S. 76
- Wohnzone 2; welche gewerbliche Nutzungen sind zulässig? 1999 S. 219

- Mobilfunkanlage in Wohnzone 3 2000 S. 229
- Strassenreklamen; Praxisänderung für die Bewilligung 2000 S. 231
- Keine Baubewilligungspflicht für Konstruktion aus Holzpfosten an bestehendem Garenhaus 2000 S. 233
- Grenze zwischen Wohnraumerweiterung und auf die Ausnützung nicht anrechenbarem Wintergarten 2002 S. 100
- Minimaler Gewerbeanteil von 60% bei Baumassenziffer. Der Mindestanteil bezieht sich auf die Maumasse des Bauvorhabens, nicht auf die maximal mögliche Baumasse 2002 S. 102
- Haftung für Schäden aus missbräuchlicher Baubeschwerde. Zuständig sind die Zivilgerichte. Das Verwaltungsgericht tritt auf ein Begehren um Feststellung der missbräuchlichen Beschwerdeführung nicht ein 2002 S. 109
- Verhältnis von Eingliederungsgebot, Ortsbildschutz und Denkmalschutz 2002 S. 110
- Zonenkonformität eines Frischmarktladens mit nächtlicher Anlieferung 2002 S. 270
- Garantie des unabhängigen Richters gilt im Planungsverfahren auf Verwaltungsebene nicht. Die Baudirektion darf im Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat als instruierende Direktion tätig werden 2003 S. 72
- Bestandesgarantie 2003 S. 76
- Bewilligungspflicht für das Aufstellen eines grossen Kreuzes und dessen Beleuchtung 2003 S. 79
- Eine Zonenplanänderung durch den Gemeinderat ist nicht zulässig, wenn diese mit einer beschlossenen, aber noch nicht rechtskräftigen Baulinie in Widerspruch geraten könnte 2003 S. 84
- Wohnzone 2, Anzahl zulässiger Geschosse 2003 S. 299
- Höhenlage des Erdgeschossfussbodens bei zusammengebauten Gebäudeteilen, die als ein Gebäude gelten 2003 S. 301
- Mobilfunkantennen und an Gemeindeversammlung erheblich erklärte Motion 2003 S. 303
- Kann die Baufreigabe einer Reservezone durch den Gemeinderat von den Nachbarn mit Beschwerde beim Regierungsrat angefochten werden 2003 S. 310
- Anforderungen an die Umweltverträglichkeit einer Parkierungsanlage in einem Bebauungsplangebiet 2003 S. 313

Politische Rechte

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

Prozessführung

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

R

Rechtspflege

Strafrechtsverfahren

- Abwesenheitsverfahren 2000 S. 191
- Aktenherausgabe; kein Anspruch auf Herausgabe an den Verteidiger 2000 S. 178
- Ausstand eines Kantonsrichters, der in verschiedenen Verfahren mitwirkt 2001 S. 174
- Einstellung der Strafuntersuchung; die Verweisung auf den Zivilweg ist ein prozessleitender Entscheid, keine Beschwerde an die Justizkommission 2000 S. 182
- Qualität der Beschwerde gegen Urteile des Einzelrichters in Strafsachen 2000 S. 183
- Kompetenz des Einzelrichters bei Zusatzstrafen 2000 S. 187
- Vergewaltigung als Officialdelikt; Recht des Angeschuldigten Fragen an den Belastungszeugen zu stellen 2000 S. 188
- Mit dem Rückzug des Strafantrages entfällt eine Prozessvoraussetzung, das Strafverfahren ist einzustellen; Auswirkung auf Kostenfolge 2002 S. 219
- Aufsichtsbeschwerde ist nicht Ersatz für nicht existierendes Rechtsmittel; Subsidiarität gegenüber Berufung; Vorwurf des Amtsmissbrauchs 2002 S. 220
- Als Privatkläger gilt einzig der Geschädigte, der im Untersuchungsverfahren ausdrücklich erklärt, sich am Verfahren im Straf- und/oder Zivilpunkt zu beteiligen 2003 S. 226
- Das neue Prozessrecht ist auf alle hängigen Fälle anzuwenden. Die Mitwirkungsrechte einer Privatklägerin reichen nur so weit, als es zur Durchsetzung der prozessualen Interessen erforderlich ist 2003 S. 227
- Die Bestellung eines amtlichen Verteidigers erfolgt grundsätzlich ad personam und beinhaltet keine Substitutionsermächtigung; ein Verteidigerwechsel ist nur mit gerichtlicher Zustimmung zulässig 2003 S. 230
- Voraussetzungen für die Gewährung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes 2003 S. 231
- Akteneinsicht. Eine Herausgabe von Untersuchungsakten erfolgt nur an patentierte Anwälte, Ämter oder Versicherungsgesellschaften 2003 S. 232

- Kostenaufgabe bei Einstellung der Untersuchung. Dem Beschuldigten, welcher zu Unrecht einen Atemlufttest verweigert und damit die Einleitung eines Untersuchungsverfahrens und insbesondere eine unnötige Blutanalyse verursacht hat, sind die Untersuchungskosten aufzuerlegen 2003 S. 234
- Vorsorgliche Massnahmen im Verfahren gegen Kinder und Jugendliche. Anordnung der stationären Beobachtung eines Jugendlichen zur Abklärung der zweckmässigen Sanktion 2003 S. 235
- Internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Es ist grundsätzlich Sache der schweizerischen Behörden, diejenigen Akten auszuscheiden, die den ausländischen Strafverfolgungsbehörden übermittelt werden. Sie sind jedoch verpflichtet, den ausländischen Behörden sämtliche Aktenstücke zu übermitteln, die sich auf den im Ersuchen enthaltenen Verdacht beziehen können 2003 S. 241

Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren

- unentgeltliche in einem Besuchsrechtsbeschwerdeverfahren 1999 S. 231
- Kosten und Parteienschädigung bei Abschreibung einer Kinderschutzbeschwerde infolge Gegenstandslosigkeit 2001 S. 193
- Die Sprungbeschwerde ist ausgeschlossen, wenn der Regierungsrat eine Vormundschaftsbeschwerde als vormundschaftliche Aufsichtsbehörde zu entscheiden hat 2002 S. 135
- Die Stiftungsaufsichtsbeschwerde als Beschwerde sui generis verleiht dem legitimierten Gesuchsteller Anspruch auf einen beschwerdefähigen Entscheid der Aufsichtsbehörde, somit des Regierungsrats. Die Sprungbeschwerde ist ausgeschlossen 2002 S. 137
- Legitimation zur Stiftungsaufsichtsbeschwerde 2002 S. 246
- Aufsichtsbeschwerde im Vormundschaftsrecht 2002 S. 252
- Keine Wiedererwägung von Rechtsmittelentscheiden 2002 S. 289
- Einreichung einer Beschwerdeschrift; Rechtzeitigkeit 2002 S. 291
- Beweiswürdigung; Beweiswert eines psychiatrischen Gutachtens, das ohne Beizug eines Dolmetschers erstellt wurde 2003 S. 93
- Pauschales Ausstandsbegehren gegen alle Mitglieder eines Gemeinderates; Voraussetzungen unter denen die betroffene Behörde selber über ein offensichtlich unzulässiges Ausstandsbegehren befinden 2003 S. 68
- Garantie des unabhängigen Richters gilt im Planungsverfahren auf Verwaltungsebene nicht. Die Baudirektion darf im Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat als instruierende Direktion tätig werden 2003 S. 72

- Ablehnung von Beweisanträgen; Notwendigkeit des Bezugs eines Sachverständigen; Anforderungen an dessen Unabhängigkeit und Unbefangenheit 2003 S. 135
- Wer sich nicht mit selbständigen Begehren am Verfahren beteiligt, kann nicht als unterliegende Partei beurteilt werden somit auch nicht zur Zahlung einer Parteientschädigung verpflichtet werden 2003 S. 157
- Rechtzeitige Einreichung einer Beschwerdeschrift 2003 S. 333
- Aufschiebende Wirkung einer Beschwerde im Sozialhilfeverfahren beim Entscheid über eine Unterbrechung oder Einstellung der Sozialhilfeleistungen 2003 S. 334
- Entzug der aufschiebende Wirkung; Zuständigkeit des Regierungsrats zur Anordnung des Entzugs, wenn diese nicht von der zuständigen Behörde angeordnet wurde 2003 S. 339
- Für die Festsetzung der Dauer von Probezeit und Schutzaufsicht kommt dem Amt für Straf- und Massnahmenvollzug ein erhebliches Ermessen zu; Ermessenskontrolle im Beschwerdeverfahren 2003 S. 343

Zivilrechtsverfahren

- Pfandausfallschein als Beweismittel für Zahlungsunfähigkeit 2000 S. 173
- Unentgeltliche Prozessführung; Unterhaltskosten für ein im gleichen Haushalt lebendes Kind 2000 S. 173
- Verfügung des Eheschutzrichters als superprovisorische Massnahme; Nichteintreten auf Beschwerde wegen Rechtsverweigerung 2001 S. 177
- Bedürftigkeit, Unterhaltspflichten: Leistung von Prozesskostenvorschüssen 2001 S. 169
- Wiederaufnahme eines Verfahrens; Ausnahmen für das summarische Verfahren 2001 S. 180
- Keine unentgeltliche Rechtspflege bei Verheimlichung von Vermögenswerten 2000 S. 175
- Zuständigkeit des Kantonsgerichtspräsidenten zum Erlass vorsorglicher Massnahmen während des Berufungsverfahrens 2001 S. 171
- Der verfassungsmässige Anspruch der bedürftigen Partei auf unentgeltliche Rechtspflege bezieht sich grundsätzlich nur auf die Zukunft 2002 S. 197
- Verfahren vor der Schlichtungsstelle für arbeitsrechtliche Streitigkeiten, kein Anspruch auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes 2002 S. 198

- Unlauterer Wettbewerb: Realerfüllungsanspruch auf Einhaltung lauterer Werbung genügt allein noch nicht als Verfügungsgrund. Es bedarf eines besonderen Interesses an der Realerfüllung 2002 S. 201
- ZPO: § 201 Abs. 2 hat den Charakter einer Ordnungsvorschrift und bezweckt nicht, die säumige Gegenpartei an der Berufungsverhandlung von jeglicher Stellungnahme zur Berufung auszuschliessen 2002 S. 207
- Beschwerdebegründung als gesetzliches Gültigkeitserfordernis; Voraussetzung für die Wiederherstellung einer Beschwerdefrist 2002 S. 210
- ZPO § 208 Ziff. 2: Kompetenzen der Aufsichtsinstanz 2002 S. 212
- Wo die Einsprache an das Kantonsgericht möglich ist, kann nach der Praxis der Justizkommission gegen eine Verfügung des Referenten keine Beschwerde erhoben werden und der Einspracheentscheid des Kantonsgerichts nur mit der Hauptsache weitergezogen werden 2002 S. 215
- Auslegung der Begriffe öffentliche oder private Strasse; Massgebend für die Zuständigkeit ist das Interesse für eine Verkehrsanordnung auf privaten Grund 2002 S. 216
- Benutzungsverhältnis zwischen einer Gemeinde und dem Benutzer einer gemeindeeigenen Mehrzweckhalle; Kriterien zur Unterscheidung zwischen einem privatrechtlichen und einem öffentlich-rechtlichen Anspruch 2003 S. 198
- Reichweite der materiellen Rechtskraft; Die Rechtskraft eines Urteils erstreckt sich in gewissen Fällen auf die Urteilerwägungen. Im Hinblick auf die Verwirklichung des materiellen Rechts darf das zivilprozessrechtliche Institut der materiellen Rechtskraft nicht eine Spaltung des Sinalmagmas bewirken 2003 S. 203
- Internationale Zuständigkeit; Gerichtsstand des Erfüllungsortes. Die Zulässigkeit und die Voraussetzungen für die Gültigkeit von mit internationalen Warenkäufen im Zusammenhang stehenden Gerichtsstandsklauseln richten sich nicht nach dem WKR, sondern nach dem Prozessrecht der lex fori. Sind die formellen Anforderungen von Art. 17 LugÜ für den Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung nicht erfüllt und liegt zwischen den Parteien keine Einigung über den Ort der Erfüllung gemäss Art. 5 Ziff. 1 LugÜ vor, so ist der Erfüllungsort im Zusammenhang mit internationalen Warenkäufen nach Art. 31 WKR zu bestimmen 2003 S. 208
- Sicherstellung der Parteientschädigung bei definitivem Verlustschein 2003 S. 213
- Unantastbarkeit von kleinen Vermögen i.S. von § 46 Abs. 1 ZPO 2003 S. 214

- Novenrecht im Eheschutzverfahren. In Bezug auf Kinderbelange gilt von Bundesrechts wegen die uneingeschränkte Officialmaxime. Entsprechend sind in der Rechtsmittelinstanz – soweit es um Kinderbelange geht – von Bundesrechts wegen neue Anträge und Begehren zulässig 2003 S. 218
- Gegen vorläufige Verfügungen ist nach konstanter Praxis der Justizkommission die Beschwerde nicht zulässig 2003 S. 219
- Ist die gemäss Scheidungsurteil geschuldete Geldsumme nicht bestimmt, sondern muss diese erst noch nach den im Urteil festgelegten Kriterien bestimmt werden, und kann deshalb die definitive Rechtsöffnung in einer deswegen angehobenen Betreibung nicht erteilt werden, hat die Gläubigerin zur Festsetzung der geforderten Geldschuld den ordentlichen Prozessweg zu beschreiten und durch eine Anerkennungsklage im Sinne von Art. 79 Abs. 1 SchKG den Rechtsvorschlag beseitigen zu lassen 2003 S. 222

Rechtsöffnungsverfahren

- Bemessung der Parteientschädigung 1999 S. 129

S

Schaden

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

Schuldbetreibung und Konkurs

- Konkursamt ist nicht legitimiert, gegen das Konkursdekret eine Beschwerde einzureichen zur Feststellung dessen Nichtigkeit (Änderung der Rechtsprechung), Rechtsfolgen, 2000 S. 141
- Anforderungen an die Angaben im Betreibungsbegehren; i.c. Adresse des Gläubigers 2000 S. 147
- Korrektur einer fehlerhaften Gläubiger- und Parteibezeichnung 2000 S. 149
- Deutscher Vergütungsfeststellungsbeschluss; Vollstreckbarerklärung, Rechtsöffnung 2000 S. 150
- Betreibung einer AG, über die der Konkurs eröffnet worden ist, die aber noch im HReg eingetragen ist 2000 S. 153
- Streitwert der Kollokationsklage; Zuständigkeit des Friedensrichters 2000 S. 158
- Provisorische Pfändung; Öffnen von Tresorfächern, Inventarisierung 2000 S. 169
- Eine Konkursandrohung, in welcher nicht in Betreibung gesetzte Forderungsbeträge aufgeführt sind, ist nichtig. Aus Gründen des Schuldnerschutzes gilt dies selbst dann, wenn nur für einen einzelnen von mehreren Forderungsbeträgen keine Betreibung angehoben worden ist 2001 S. 149
- Eine erst nach Konkurseröffnung erfolgte Tilgung der gesamten Schuld kann nur berücksichtigt werden, wenn diese innerhalb der Rechtsmittelfrist erfolgt ist 2001 S. 161
- Auf offensichtlichem Irrtum beruhender Eintrag im Handelsregister und deren Folgen für das Betreibungsamt 2001 S. 150
- Einforderung grundpfandgesicherter Zinsen und Annuitäten 2001 S. 152
- Vollstreckbarerklärung eines italienischen Urteils 2001 S. 154
- Nachlassstundungsverfahren; Ausschöpfung der Höchstdauer der Stundung und Gewährung einer neuerlichen Stundung 2001 S. 162

- Änderung des Wohnsitzes des Schuldners während des Einleitungsverfahrens 2002 S. 175
- Rechtsstillstand wegen schwerer Erkrankung; Voraussetzungen 2002 S. 177
- Die in einem Rechtsöffnungsentscheid im Dispositiv erfolgte Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Urteils erwächst in Rechtskraft und bindet den Richter in einem späteren Rechtsöffnungsverfahren 2002 S. 179
- Es ist in erster Linie Sache des Urteilsstaates, die ordnungsgemässe Zustellung des Urteils zu prüfen, gehört aber auch zu den Pflichten der Behörden des Staates, in dem das Urteil vollstreckt werden soll. Zustellungsnachweis mittels Zustellungsurkunde und deren Bedeutung 2002 S. 182
- Prozessgewinn des Klägers besteht in der Differenz zwischen jener Konkursdividende, welche dem Beklagten nach der ursprünglichen Kollokation zugekommen wäre und jener, welche ihm nach der gerichtlich bereinigten Kollokation zukommt 2002 S. 185
- Die Frage, ob eine Forderung als Kostenforderung oder Massschuld Anspruch auf Deckung vor den Konkursgläubigern habe, ist als ein solche der Verteilung von der Aufsichtsbehörde zu entscheiden. Die aus der Zwangsverwertung einer Liegenschaft anfallende Mehrwertsteuer gehört zu den Massekosten und ist vorab aus dem Gesamterlös der Liegenschaft zu bezahlen 2002 S. 187
- Arrest kann nur auf Sachen und Rechte gelegt werden, die zumindest nach glaubwürdigen Angaben des Gläubigers rechtlich und nicht bloss wirtschaftlich dem Schuldner gehören. Dritteigentum darf nur im Falle des sog. „Durchgriffs« verarrestiert werden, d.h. wenn der Schuldner seine Vermögenswerte rechtsmissbräuchlich einer von ihm beherrschten Gesellschaft übertragen hat 2002 S. 190
- Enthält eine betreibungsrechtliche Beschwerde weder einen bestimmten Antrag noch eine Begründung, kann darauf nicht eingetreten werden 2003 S. 186
- Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist 2003 S. 187
- Betreuung auf Sicherheitsleistung; Wird vom Gläubiger ausdrücklich eine Betreuung auf Sicherheitsleistung verlangt, darf das Betreibungsamt nur die formellen Voraussetzungen hierfür prüfen. Für die Prüfung der materiellen Voraussetzungen ist im Streitfall der Richter zuständig 2003 S. 189
- Anforderungen an die Umschreibung des Forderungsgrundes bzw. der Forderungsurkunde 2003 S. 190

- Voraussetzung für die Aussetzung des Konkurses gemäss Art. 173a SchKG 2003 S. 193
- Ein allfälliger Prätendentenstreit über die Zugehörigkeit einer gewöhnlichen, nicht in einem Wertpapier verkörperten Forderung erfolgt nicht im Aussonderungsverfahren gemäss Art. 242 SchKG 2003 S. 194
- Der Entscheid des Richters über die Bewilligung des Rechtsvorschlages wegen fehlenden neuen Vermögens ist endgültig; dagegen ist nur noch die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht zulässig 2003 S. 197

Schule

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

Sozialhilfe

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

Sozialrecht

- Im Falle der Verbeiständung einer jur. Person hat das Gemeinwesen und nicht der Antrag stellende Dritte für die Verfahrenskosten und die Entschädigung des Beistandes einzustehen, wenn der jur. Person die nötigen Mittel fehlen 2003 S. 123
- Für die Festsetzung der Beitragsleistungen an die Zahnbehandlungskosten der Kinder können auch die finanziellen Verhältnisse des Stiefelternteils berücksichtigt werden (Praxisänderung) 2003 S. 126

Steuern und Abgaben

- Rekursverfahren. Der Rekurs ist zulässig gegen den Einspracheentscheid. Frage offen gelassen ob ausserhalb dieser Ordnung Rekurs erhoben werden kann 2001 S. 43

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

Stiftung

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

Strafrecht

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

Strassenverkehrsrecht

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

T

Tempo 30-Zone

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

U

Unfallversicherung

- Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Unfalls 2000 S. 53
- Berechnung des versicherten Verdienstes bei Versicherten, die am Tage eines Unfalls nicht den Lohn eines Versicherten mit voller Leistungsfähigkeit beziehen 2001 S. 66
- Beginn der Versicherung 2002 S. 87
- Unfallähnliche Körperschädigung. Voraussetzungen, unter denen Meniskusrisse als UVG-versicherte Ereignisse gelten 2002 S. 90

Umweltrecht

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

V

Vergaberecht

- Ungewöhnlich niedrige Angebote 2001 S. 99
- Auswahl im selektiven Verfahren; Fusion von Firmen während eines zweistufigen Verfahrens 2001 S. 100
- Ungewöhnlich niedriges Angebot. Ein Unterangebot ist nicht zulässig, aber Anlass zur näheren Prüfung 2002 S. 120
- Die Vergabekriterien sind vor der Submission festzulegen 2002 S. 122
- Gewichtung und Bewertung des Zuschlagskriteriums des Preises; Zahlungsplan als Variante 2003 S. 104
- Bedeutung des Offertöffnungsprotokolls; rechtswidriger Zuschlag, wenn sich die Offerte auf qualitativ minderwertige Materialien stützt 2003 S. 113

Versicherungsbedingungen, Allgemeine

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

Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren

- siehe unter Rechtspflege

Vollmacht

- des Betroffenen zur Datenbekanntgabe (Datenschutz) 2001 S. 247

Vollstreckungsverfahren

- Im Vollstreckungsverfahren kann der Sachentscheid nicht neu aufgerollt werden 1999 S. 108

W

Waffentragbewilligung

- Der Schutz von Personen, auch der eigenen Person, gehört nicht zu den Aufgaben eines Liegenschafts- und Immobilienverwalters 2001 S. 205

Wahlen

- Irreführung der Wählerschaft; förmliche Beschwerde oder Aufsichtsbeschwerde 1999 S. 166

Wasserrecht

- Konzessionsgebühr für eine Boje im Bojenfeld 1999 S. 104

Wohnsitz

- Auslegung des Begriffs 1999 S. 152

Z

Zahlungsunfähigkeit

- Auslegung des Begriffs 1999 S. 152

Zuständigkeit

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

Inhaltsverzeichnis 2003

A. Gerichtspraxis

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Grundrechte

- Art. 9 BV; § 191 Abs. 1 lit. b StG – Steueraufschub in casu verneint (Erw. 2); Voraussetzungen für die Berufung auf Treu und Glauben wegen einer inhaltlich falschen Bestätigung durch das Sekretariat der Grundstücksgewinnsteuerkommission (Erw. 3).* 65
- § 10 Abs. 1 GG – Pauschales Ausstandsbegehren gegen alle Mitglieder eines Gemeinderates – Unter welchen Voraussetzungen kann die betroffene Behörde selber über ein offensichtlich unzulässiges Ausstandsbegehren befinden.* 68
- Art. 29, 30 BV; Art. 1 ff. RPG – Der Grundsatz der Garantie des unabhängigen Richters gilt im Planungsverfahren auf Verwaltungsebene nicht. Auch wenn sich die Baudirektion im Rahmen der Vorprüfung einer gemeindlichen Planung mit Fragen befasst hat, die den Beschwerdegegenstand betreffen, darf sie im Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat als instruierende Direktion tätig werden.* 72

2. Planungs- und Baurecht

- § 71 f. PBG – Paragraph 72 PBG (in der bis zum 7. Juni 2003 geltenden Fassung) über die Bestandesgarantie gilt nicht als Ausnahme zu § 71 PBG. Bisherige Pläne und Bauvorschriften der Gemeinden bleiben somit bis zu deren Anpassung an das PBG in Kraft.* 76
- Art. 22 und 24 RPG, § 45 PBG, § 21 BO – Für das Aufstellen eines Kreuzes, das 7.38 Meter hoch und 2.46 Meter breit ist, bedarf es einer Baubewilligung der zuständigen Behörden (Erw. 2 und 3), ebenso für dessen Beleuchtung (Erw. 4–5).* 79
- §§ 34 Abs. 1, 39 Abs. 2 und 41 Abs. 1 PBG – Die Beschwerdeberechtigung gemäss 41 Abs. 2 PBG steht in keinem rechtlichen oder faktischen Zusammenhang mit dem Einwendungsverfahren gemäss § 39 Abs. 2 PBG (Erw. 2). Eine Zonenplanänderung durch den Gemeinderat ist nicht zulässig, wenn diese mit einer beschlossenen, aber noch nicht rechtskräftigen Baulinie in Widerspruch geraten könnte (Erw. 3).* 84

3. Sozialversicherung

- Art. 52 AHVG. – Dienen gewisse Handlungen, die eine Person nach Niederlegung des Verwaltungsratsmandates für eine Gesellschaft noch tätig, nachweislich nur der Mandatsliquidation, kann nicht von faktischer Organstellung gesprochen werden, und die Person erscheint nicht weiter als haftbar.* 91
- Bereitet ein zurückgetretenes Organ einer juristischen Person die Begleichung der ausstehenden Sozialversicherungsbeiträge noch vor, kann es die Zahlung mangels Organstellung aber nicht mehr rechtsverbindlich veranlassen, kann weder von einem im Sinne von Art. 52 AHVG erforderlichen Verschulden gesprochen werden, noch ist der Kausalzusammenhang zwischen seinem Verhalten und dem eingetretenen Schaden gegeben.* 91
- Beweiswürdigung. Beweiswert eines Gutachtens, bei dem die psychiatrische Untersuchung einer fremdsprachigen Versicherten ohne Beizug eines Dolmetschers stattgefunden hat (Erw. 4).* 93
- Art. 17 Abs. 1, Art. 30 Abs. 1 lit. c und Art. 30 Abs. 3 AVIG; Art. 45 Abs. 2 AVIV Pflicht zur Stellensuche während der Kündigungsfrist. Einstellung in der Anspruchsberechtigung bei ungenügenden Arbeitsbemühungen während einer Kündigungsfrist von fünf Monaten.* 97
- § 11 Abs. 1 Gesetz betr. individuelle Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung (PvKG). – Das Sozialamt, das für eine Person Sozialhilfe ausrichtet und das für diese Person nach Fristablauf gemäss § 11 Abs. 1 PvKG ein Gesuch um Prämienverbilligung deponiert, erhält die volle Prämienverbilligung für das ganze Jahr vergütet, wenn es auch erst nach Fristablauf nach § 11 Abs. 1 PvKG vom Anspruch auf Sozialhilfe erfuhr.* 99

4. Vergaberecht

- § 6 Bst. b Submissionsgesetz; Art. 1 Abs. 2 Bst. c und Art. 11 Bst. g IVöB; § 14 Abs. 1 Bst. i, § 28, § 30 Abs. 2 und § 33 Bst. b VRöB. – Entscheidung über den Zuschlag von Tiefbau- und Strassenarbeiten. Rechtliches Gehör (E. 2a und b: Vertraulichkeit von Informationen und Akteneinsichtsrecht; E. 2c: Protokollierungspflicht; E. 2d: Begründungspflicht). Verspätete Beanstandung des Inhalts der Ausschreibungsunterlagen (E. 3a und 4a). Transparenzgebot und Bekanntgabe der Zuschlagskriterien (E. 3b). Gewichtung und Bewertung des Zuschlagskriteriums des Preises (E. 4b). Zahlungsplan als Variante (E. 5).* 104

- § 6 Bst. a Submissionsgesetz; § 22 Abs. 2 VRöB – Formerfordernis der Mitteilung des Zuschlags bzw. der Mitteilung der Nichtberücksichtigung eines Anbieters. Bedeutung des Offeröffnungsprotokolls. Erhält der Anbieter einer Unternehmervariante den Zuschlag, die gegenüber den Ausschreibungsunterlagen auf qualitativ minderwertigeren Materialien basiert, ist der Zuschlag rechtswidrig. 113

5. Ausländerrecht

- Art. 13b Abs. 2 ANAG – Vollzug der Wegweisung. Besondere Hindernisse, die eine Verlängerung der Ausschaffungshaft rechtfertigen, sind das trölerische Verhalten des Generalkonsulats des Heimatstaates des Betroffenen und seine Weigerung, bei der Beschaffung von Reisepapieren mitzuwirken. 119

6. Sozialrecht

- Art. 393 Ziff. 4 ZGB. – Im Falle der Verbeiständung einer juristischen Person hat das Gemeinwesen und nicht der Antrag stellende Dritte für die Verfahrenskosten und die Entschädigung des Beistandes einzustehen, wenn der juristischen Person die notwendigen Mittel fehlen. 123
- Art. 263 Abs. 1 und Art. 278 Abs. 2 ZGB; § 43 SchulG; § 17 Abs. 2 VV SchulG; § 4 Regl. – Für die Festsetzung der Beitragsleistungen an die Zahnbehandlungskosten der Kinder können – abhängig von den finanziellen Verhältnissen der Eltern – auch die finanziellen Verhältnisse des Stiefelternteils berücksichtigt werden (Praxisänderung). 126
- Art. 397d ZGB – Fürsorgerische Freiheitsentziehung. Beschwerde gegen Einweisung bzw. Zurückbehaltung; örtliche Zuständigkeit im interkantonalen Verhältnis. 131
- Art. 5 Ziff. 4 EMRK; Art. 397f Abs. 1 ZGB; § 23 Abs. 1 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichts (GO, BGS 162.11) – Beschleunigungsgebot (Erw. 2). § 14 VRG; § 150 Abs. 1 und 152 ZPO – Ablehnung von Beweisanträgen (Erw. 3). Art. 397e Ziff. 5 ZGB – Notwendigkeit des Bezugs eines Sachverständigen. Anforderungen an dessen Unabhängigkeit und Unbefangenheit (Erw. 4). 135

7. Strassenverkehrsrecht

- Art. 16 Abs. 3 lit. b, Art. 17 Abs. 3 SVG, Art. 10 Abs. 3 Satz 2 SVG. – Führerausweisentzug und Wiedererteilung unter Auflagen. Es ist nicht zulässig, mit einem Warnungsentzug gleichzeitig aus Sicherheitsgründen vorgesehene Massnahmen zu verbinden. 139

8. Gesundheitsrecht

- Art. 55a KVG i.V. mit Art. 3 der Zulassungsverordnung und Art. 3 der kantonalen Vollziehungsverordnung. – Eine ordentliche Zulassung als Leistungserbringer zulasten der Krankenkassen ist ausgeschlossen, wenn die Höchstzahl der Leistungserbringer dieser Kategorie nach der Zulassungsverordnung bereits erreicht oder überschritten ist. Gründe für eine ausnahmsweise Zulassung zufolge Unterversorgung sind nicht gegeben, wenn ein Kanton die hochspezialisierte Spitalversorgung nur ausserkantonale abdecken will.* 144
- §§ 37 und 50^{bis} des Gesetzes über das Gesundheitswesen im Kanton Zug (GG; BGS 821.1) – Zuständigkeit zur Überprüfung von Zwangsmassnahmen im Gesundheitswesen. Zulässigkeit von Zwangsmassnahmen (Zwangsmedikation und Zwangsisolation).* 147
- Art. 4 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 9 Abs. 2 lit. b Heilmittelgesetz (HMG) Die zuständige kantonale Behörde kann der Privatapotheke eines selbstdispensierenden Arztes das Zusammenmischen von verwendungsfertigen Arzneimitteln zu applikationsfertigen Inhalanda bewilligen* 152

9. Verfahren

- § 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG. – Wer sich nicht mit selbständigen Begehren am Verfahren beteiligte, kann nicht als unterliegende Partei beurteilt werden, somit auch nicht zur Zahlung einer Parteientschädigung verpflichtet werden.* 157

II. Zivilrecht

1. Familienrecht

- Art. 137 ZGB bzw. Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB – Berücksichtigung des Vermögensertrages bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen; im vorsorglichen Massnahmeverfahren kann von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Kapitalisierungszinsfuss von 3,5% vorübergehend abgewichen werden, um der tatsächlichen Entwicklung Rechnung zu tragen; Annahme eines Realertrages von 2%.* 160
- Art. 63 IPRG – Nebenfolgen der Scheidung (Kinderbelange). Ist das schweizerische Gericht, das über die Scheidung zu befinden hat, weder für die Zuteilung der elterlichen Sorge noch für die Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kindern zuständig, muss auch die Zuständigkeit bezüglich der Unterhaltsregelung verneint werden.* 161

2. Obligationenrecht

- Art. 260a Abs. 3 OR; Art. 62 ff. OR – Entschädigung von Investitionen, welche vom Mieter in der Liegenschaft getätigt worden sind, wenn das Mietverhältnis durch höhere Gewalt (Feuersbrunst) beendet wird. 165
- Art. 324a und 324b OR – Lohnfortzahlungspflicht bei Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung. Bezüglich der Dauer der Lohnfortzahlung ist nach der ständigen Praxis des Kantonsgerichts die so genannte "Zürcher Skala" massgebend. Der Anspruch des Arbeitnehmers, der nur teilweise arbeitsunfähig ist, besteht so lange, bis der erhaltene Lohn dem vollen Salär für die "beschränkte Zeit" entspricht. Bei der Berechnung des Lohnkredits ist vom monatlichen Nettolohn des Arbeitnehmers auszugehen. Die Differenzzahlungspflicht gemäss Art. 324b Abs. 2 OR ist eine Unterform der Lohnfortzahlungspflicht und untersteht daher den gleichen Voraussetzungen und Einschränkungen wie diese. 167
- Art. 343 Abs. 3 OR. – Die Kostenlosigkeit des Verfahrens gemäss Art. 343 Abs. 3 OR gelangt auch in Fällen zur Anwendung, in denen es einzig um die Frage geht, ob ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist oder nicht, und das Gericht diese Frage verneint. Dieser Grundsatz kann allerdings nur dann voll zum Tragen kommen, wenn sämtliche geltend gemachten Ansprüche vom Vorliegen eines Arbeitsvertrages abhängen. 175
- Art. 625 Abs. 2, 626 Ziff. 6, 641 Ziff. 10, 727 und 727f OR; Art. 1 Abs. 2 ZGB. – Verfügt eine Aktiengesellschaft über keine Revisionsstelle mehr und sorgt sie trotz entsprechender Aufforderung des Gerichts auch nicht für deren Wahl, kann das Gericht in richterlicher Lückenfüllung die säumige Gesellschaft gerichtlich auflösen, worauf diese nach den gesetzlichen Grundsätzen ordentlich zu liquidieren ist. 179
- Art. 697d Abs. 2 OR. Sonderprüfung in Konzernverhältnissen – Hält die Muttergesellschaft 100% der Aktien ihrer Tochtergesellschaft und bildet die Beteiligung an der Tochtergesellschaft mit den entsprechenden Wertschriftenbeständen das einzige wesentliche Aktivum der Muttergesellschaft, haben die verantwortlichen Organe der Muttergesellschaft der Sonderprüferin sämtliche für den Gegenstand der Sonderprüfung notwendigen Unterlagen der Tochtergesellschaft auszuhändigen und die erforderlichen Auskünfte zu erteilen. 180

III. Schuldbetreibung und Konkurs

- Art. 17 Abs. 1 und 2 SchKG; §§ 208 Ziff. 11 und 210 Abs. 1 ZPO. – Enthält eine betreibungsrechtliche Beschwerde weder einen bestimmten Antrag noch eine Begründung, kann darauf nicht eingetreten werden.* 186
- Art. 33 Abs. 4 SchKG. – Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist.* 187
- Art. 38 SchKG. – Betreibung auf Sicherheitsleistung. Wird vom Gläubiger ausdrücklich eine Betreibung auf Sicherheitsleistung verlangt, darf das Betreibungsamt nur die formellen Voraussetzungen hierfür prüfen. Ob der geltend gemachte Grund oder die dafür angerufene Forderungsurkunde einen Anspruch auf Sicherheitsleistung materiell begründet, ist nicht von den Betreibungsbehörden, sondern im Streitfall vom zuständigen Richter zu entscheiden.* 189
- Art. 41 Abs. 1^{bis}, 67 Abs. 1 Ziff. 4, 69 Abs. 2 Ziff. 1 und. 73 SchKG. – Anforderungen an die Umschreibung des Forderungsgrundes bzw. der Forderungsurkunde im Zahlungsbefehl (Erw. 3). Kann sich der Schuldner auf das beneficium excussionis realis berufen, wenn der Pfandgegenstand im Ausland liegt? (Erw. 4).* 190
- Art. 173a SchKG. – Voraussetzungen für die Aussetzung des Konkurses gemäss Art. 173a Abs. 1 und 2 SchKG (Erw. 1b und c).* 193
- Art. 242 und 260 SchKG; Art. 49 KOV. – Ein allfälliger Prätendentenstreit über die Zugehörigkeit einer gewöhnlichen, nicht in einem Wertpapier verkörperten Forderung erfolgt nicht im Aussonderungsverfahren gemäss Art. 242 SchKG. In einem solchen Fall ist das Konkursamt befugt, die Gläubigereigenschaft eines Drittsprechers einer zunächst zur Konkursmasse gezogenen Forderung formlos zu anerkennen und – falls sie diese bereits eingezogen hat (Art. 243 SchKG) – herauszugeben. Allerdings hat es im summarischen Verfahren zuvor gemäss Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG einen Gläubigerbeschluss auf dem Zirkularweg herbeizuführen.* 194
- Art. 265a Abs. 1 SchKG. – Der Entscheid des Richters über die Bewilligung des Rechtsvorschlages wegen fehlenden neuen Vermögens ist endgültig; dagegen ist nur noch die staatsrechtliche Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht* 197

IV. Rechtspflege

1. Zivilrechtspflege

- § 9 GOG – Rechtsnatur des Benutzungsverhältnisses zwischen einer Gemeinde und dem Benutzer einer gemeindeeigenen Mehrzweckhalle. Kriterien zur Unterscheidung zwischen einem privatrechtlichen und einem öffentlich-rechtlichen Anspruch. Streitigkeit der Zivilrechtspflege im vorliegenden Fall verneint. 198
- Reichweite der materiellen Rechtskraft. Die Rechtskraft eines Urteils erstreckt sich in gewissen Fällen auf die Urteilserwägungen. Im Hinblick auf die Verwirklichung des materiellen Rechts darf das zivilprozessrechtliche Institut der materiellen Rechtskraft nicht eine Spaltung des Synallagmas bewirken. Wurde ein pfandrechtlicher Anspruch des Klägers auf Herausgabe von Aktien in einem Erstprozess zwischen den Parteien als zurzeit nicht einklagbar beurteilt, da der Kläger den Kaufpreis bzw. die Pfandsumme noch nicht bezahlt hat, aber gleichzeitig in den Erwägungen festgehalten, dass der zwischen den Parteien abgeschlossene Kaufvertrag über diese Aktien gültig und der vom Kläger geltend gemachte Herausgabeanspruch pfandrechtlicher Natur ist, erstreckt sich die materielle Rechtskraft auch auf diese Erwägungen (E. 1–5.4). Der Beklagte war im Erstprozess zwar nicht formell, trotz Obsiegens aber materiell beschwert, weshalb er das Urteil hätte weiterziehen können (E. 5.5). 203
- Art. 5 Ziff. 1, 17 Abs. 1 lit. a, b und c LugÜ, Art. 31 WKR – Internationale Zuständigkeit; Gerichtsstand des Erfüllungsortes. Die Zulässigkeit und die Voraussetzungen für die Gültigkeit von mit internationalen Warenkäufen im Zusammenhang stehenden Gerichtsstandsklauseln richten sich nicht nach dem WKR, sondern nach dem Prozessrecht der *lex fori* (E. 2.1.1). Sind die formellen Anforderungen von Art. 17 LugÜ für den Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung nicht erfüllt und liegt zwischen den Parteien keine Einigung über den Ort der Erfüllung gemäss Art. 5 Ziff. 1 LugÜ vor, so ist der Erfüllungsort im Zusammenhang mit internationalen Warenkäufen nach Art. 31 WKR zu bestimmen. Der Bestimmungsort des Transportes ist nicht als der Erfüllungsort der Lieferpflicht anzusehen und begründet dort deshalb keinen Gerichtsstand für Ansprüche wegen Nichterfüllung der Lieferpflicht (E. 2.1.2–2.2.3). 208
- § 43 Abs. 1 ZPO. – Sicherstellung der Parteientschädigung bei definitivem Verlustschein. 213
- § 46 Abs. 1 ZPO. – «Notgroschen». Bei einer Familie kann sicher ein Vermögen von Fr. 10'000.– und bei einer Einzelperson ein Vermögen von Fr. 5'000.– als unantastbar betrachtet werden. Es darf jedoch 214

nicht schematisch auf diesen Richtwert abgestellt werden, sondern es sind stets die individuellen Verhältnisse des Einzelfalles mit zu berücksichtigen.

- §§ 205 und 212 ZPO. Novenrecht im Eheschutzverfahren – In Bezug auf Kinderbelange gilt von Bundesrechts wegen die uneingeschränkte *Offizialmaxime*. Entsprechend sind in der Rechtsmittelinstanz – soweit es um Kinderbelange geht – von Bundesrechts wegen neue Anträge und Begehren zulässig. Insofern ist die bisherige Praxis der Justizkommission, wonach auch bei Geltung der *Untersuchungsmaxime* grundsätzlich das Novenverbot im Rechtsmittelverfahren gilt, zu präzisieren und – soweit Kinderbelange betroffen sind – das Novenrecht zuzulassen. 218
- §§ 208 Ziff. 1 und 4 ZPO. – Gegen vorläufige Verfügungen ist nach konstanter Praxis der Justizkommission die Beschwerde nicht zulässig. 219
- §§ 221 ff. ZPO; Art. 79 und 80 SchKG. – Ist die gemäss Scheidungsurteil geschuldete Geldsumme nicht bestimmt, sondern muss diese erst noch nach den im Urteil festgelegten Kriterien bestimmt werden, und kann deshalb die definitive Rechtsöffnung in einer deswegen angehobenen Betreibung nicht erteilt werden, hat die Gläubigerin zur Festsetzung der geforderten Geldschuld den ordentlichen Prozessweg zu beschreiten und durch eine Anerkennungsklage im Sinne von Art. 79 Abs. 1 SchKG den Rechtsvorschlag beseitigen zu lassen. 222

2. Strafrechtspflege

- §§ 6 Abs. 3 und 11 Abs. 1. StPO. – Nach dem am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen § 11 Abs. 1 StPO gilt als Privatkläger einzig der Geschädigte, der im Untersuchungsverfahren ausdrücklich erklärt, sich am Verfahren im Straf- und / oder Zivilpunkt zu beteiligen. Ein Strafantrag ist der Erklärung in Bezug auf die Beteiligung im Strafpunkt gleichgestellt. 226
- §§ 8, 11, 11^{ter}, 11^{quater} StPO, Art. 1 und 2 Abs. 2 StGB; Art. 7 Ziff. 1 EMRK. – Das neue Prozessrecht ist auf alle hängigen Fälle anzuwenden (Erw. 2). Die SUVA hat im beschränkten Ausmass der gesetzlichen Subrogation der Ansprüche von Versicherten gegen Haftpflichtige die Möglichkeit, als Privatklägerin im Zivilpunkt aufzutreten. Ihre Mitwirkungsrechte reichen allerdings nur so weit, als es zur Durchsetzung der prozessualen Interessen erforderlich ist (Erw. 3). Ein Anspruch der Privatklägerin, Ergänzungsfragen an einen Gutachter stellen zu können, besteht nicht (Erw. 4). 227

- § 10^{ter} StPO i.V.m. § 2 StPO. – Die Bestellung eines amtlichen Verteidigers erfolgt grundsätzlich *ad personam* und beinhaltet keine Substitutionsermächtigung; ein Verteidigerwechsel ist nur mit gerichtlicher Zustimmung zulässig. Eingaben, die unter Aufsicht des amtlichen Verteidigers von seinem Rechtsanwaltspraktikanten erstellt werden, müssen daher vom amtlichen Verteidiger selbst unterzeichnet sein. 230
- § 10ter StPO; Art. 29 BV; Art. 6 EMRK. – Voraussetzungen für die Gewährung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes. 231
- § 32 Abs. 1 StPO; Art. 29 Abs. 2 BV. Akteneinsicht – Eine Herausgabe von Untersuchungsakten erfolgt nur an patentierte Anwälte, Ämter oder Versicherungsgesellschaften. 232
- § 56^{bis} Abs. 2 i.V.m. § 34 Abs. 2 StPO; Art. 138 Abs. 1 VZV; Art. 55 SVG. Kostenaufgabe bei Einstellung der Untersuchung. – Dem Beschuldigten, welcher zu Unrecht einen Atemlufttest verweigert und damit die Einleitung eines Untersuchungsverfahrens und insbesondere eine unnötige Blutanalyse verursacht hat, sind die Untersuchungskosten aufzuerlegen. 234
- § 62^{bis} StPO; Art. 90 StGB. Vorsorgliche Massnahmen im Verfahren gegen Kinder und Jugendliche. – Anordnung der stationären Beobachtung eines Jugendlichen zur Abklärung der zweckmässigen Sanktion. 235
- Art. 63 ff. IRSG. Internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Es ist grundsätzlich Sache der schweizerischen Behörden, diejenigen Akten auszuscheiden, die den ausländischen Strafverfolgungsbehörden übermittelt werden. Sie sind verpflichtet, den ausländischen Behörden sämtliche Aktenstücke zu übermitteln, die sich auf den im Ersuchen enthaltenen Verdacht beziehen können; auch handschriftliche Gesprächsnotizen können darunter fallen. Die Verweigerung der Herausgabe von Unterlagen mit der Begründung, der ersuchende Staat verfüge bereits über genügende Beweismittel, ist nicht zulässig. 241

3. Anwaltsrecht

- § 56^{bis} Abs. 2 i.V.m. § 34 Abs. 2 StPO; Art. 4 aBV; Art. 6 Ziff. 2 EMRK; Art. 321 StGB. Kostenaufgabe bei Einstellung der Untersuchung – Einem Rechtsanwalt, der vor der von ihm im Zusammenhang mit einer Honorarstreitigkeit verlangten Vermittlungsverhandlung beim Friedensrichteramt kein Gesuch um Entbindung vom Berufsgeheimnis eingereicht hat, dürfen bei Einstellung der Strafuntersuchung die Kosten auferlegt werden. 244

<i>§§ 13 und 21 des Gesetzes über die öffentliche Beurkundung und Beglaubigung in Zivilsachen; Prüfungspflicht einer Urkundsperson bei der öffentlichen Beurkundung einer Generalversammlung einer Aktiengesellschaft</i>	248
---	-----

B. Verwaltungspraxis

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

1. Politische Rechte

- §§ 11 Ziffer 1 und 2, 12 Absatz 2 des Kantonsratsbeschlusses über die Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen (BGS 151.1); § 25, 50 Absatz 2 Ziffer 3 VRG; Art. 31 BV (SR 101) – Die blossе Meinungsäusserung von zwei Regierungsräten im Vorfeld einer Abstimmung bildet für sich allein noch keinen Ausstandsgrund (E.II.2); Kein Anspruch auf Nachzählung auch bei knappem Abstimmungsergebnis, wenn keine konkreten Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Auszählung geltend gemacht werden können (E.III.3); Spruchgebühr bei Abstimmungsbeschwerde (E.III.4). 257

II. Zivilrecht

1. Familienrecht

- Vertretungsbeistandschaft zur Geltendmachung von Ansprüchen aus freiem Kindesvermögen und Überbindung der Kosten für die Mandatsführung gegenüber einer Drittperson. Erwägungen: Zugehörigkeit von Legatsansprüchen zum freiem Kindesvermögen (E. 1); Voraussetzungen für den Erlass einer Kindesschutzmassnahme gegenüber dem Verwalter von freiem Kindesvermögen (E. 2–4); Überbindung der Kosten für die Mandatsführung des Vertretungsbeistandes (E. 5). 262

2. Grundbuchwesen

- §§ 2, 5 Abs. 2 Ziff. 3 und 8 G über den Gebührentarif im Grundbuchwesen (BGS 215.35) – Berechnung der Handänderungsgebühr beim Verkauf einer Geschäftsliegenschaft durch den Inhaber einer Einzelfirma an eine Kommanditgesellschaft, an welcher der Veräusserer als einziger Komplementär beteiligt ist – Tragweite des gesetzlich umschriebenen Tatbestandes der Umwandlung (E. 1) – Qualifikation des zu beurteilenden Vorganges als Umwandlung einer Einzelfirma ohne wertmässige Veränderung der Anteilsrechte des Beteiligten (E. 2) – Handelt es sich bei den Kommanditären um die Kinder des Veräusserers, findet eine gebührenrechtlich privilegierte Übertragung von Grundeigentum vom Vater auf die Kinder statt. – Der massgebende Gebührensatz beträgt 2 Promille der Handänderungssumme (E. 3). 273

- §§ 2, 5 Abs. 2 Ziff. 4 und 6 Ziff. 4 G über den Gebührentarif im Grundbuchwesen (BGS 215.35) – Berechnung der Handänderungsgebühr im Falle der Abgeltung der ideellen Anteile der aus einer Kollektivgesellschaft ausscheidenden Gesellschafter durch Zuweisung von Stockwerkeigentum im Gesamteigentum der Gesellschaft – Eine Überführung von Gesamteigentum in Alleineigentum ist mit dem Rechtsgeschäft nicht verbunden (E.2) – Qualifikation des Vorganges als Umwandlung von Gesamteigentum in Miteigentum (E.3) – Der Berechnung der Handänderungsgebühr sind auf Grund der schuldrechtlichen Gegebenheiten und der wirtschaftlichen Betrachtungsweise nur die Fremdquoten zu Grunde zu legen, welche eine rechtsgeschäftliche Verschiebung erfahren haben. Die mit dem gleichzeitigen Eintritt des Ehegatten der verbleibenden Gesellschafterin in das Gesamthandsverhältnis bewirkte Eigentumsänderung ist als solche zwischen Ehegatten zu behandeln und daher von der Handänderungsgebühr befreit (E. 4). 283
- §§ 2, 3, 5 Abs. 2 Ziff. 3 G über den Gebührentarif im Grundbuchwesen (BGS 215.35) – Berechnung der Handänderungsgebühr bei einer Eigentumsübertragung infolge Umwandlung einer AG in eine GmbH . Als Stichtag für die Bestimmung des Grundstückswerts gilt der Zeitpunkt des Eigentumsüberganges, d.h. der Anmeldung des Umwandlungsbeschlusses zur Eintragung im Handelsregister (E.1.) – Vermutung der Übereinstimmung von Preisvereinbarung und Grundstückswert (E. 2.1.) – Unter Vorbehalt eines offensichtlichen Missverhältnisses zwischen Wert und Preis ist der Berechnung der Handänderungsgebühr die vertragliche Preisvereinbarung und nicht der subsidiäre Ersatzwert zu Grunde zu legen (E. 2.2.) – Bedeutung des Assekuranzwerts als Hilfsmittel bei der Wertbestimmung (E. 2.3.) – In casu Gebührenberechnung entsprechend der gesetzlichen Tatsachenvermutung (E. 3). 289

III. Baurecht

- § 12 Abs. 1, Abs. 5 und Abs. 6, Art. 15 Abs. 5, Art. 18 Abs. 3 und Art. 46 Abs. 1 BO Oberägeri – Wie viele Geschosse sind in der Wohnzone 2 zulässig? Merkmale des Attikageschosses. 299
- § 10 VPBG – Was für Auswirkungen hat dies auf die Höhenlage des Erdgeschossfussbodens, wenn zwei zusammengebaute Gebäudeteile als ein Gebäude gelten? 301
- Art. 16 Abs. 3 BV, Art. 24 Abs. 1 RPG, Art. 13 und Art. 65 USG, Art. 1 FMG, § 59 und § 80 GG, § 20 BO Walchwil – Ist die von der Gemeindeversammlung Walchwil am 10. Dezember 2002 erheblich erklärte Motion betreffend Mobilfunkantennen rechtswidrig? 303

- § 18 Abs. 1, § 23 Abs. 1 und §§ 39 ff. PBG; Art. 27 und Art. 55 BO Oberägeri – Kann die Baufreigabe einer Reservebauzone durch den Gemeinderat von den Nachbarn mit Beschwerde beim Regierungsrat angefochten werden? 310
- Art. 9 Abs. 2 lit. d, Art. 11 Abs. 2 und Art. 44a USG, Art. 18 LRV, Ziff. 11.4 Anhang zur UVPV; § 2 Abs. 1 lit. b V EG USG; § 6 Parkplatzplatzreglement der Stadt Zug – Anforderungen an die Umweltverträglichkeit einer Parkierungsanlage in einem Bebauungsplangebiet 313

IV. Soziale Sicherheit

1. Berufliche Vorsorge

- Art. 83 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 89^{bis} Abs. 6 ZGB, Art. 62 Abs. 1 lit. d BVG sowie § 4 lit. g der Verordnung über die berufliche Vorsorge vom 18. August 1998 (BGS 846.1). – Aufsichtsrechtliche Massnahmen: Einsetzung einer kommissarischen Verwaltung mit gleichzeitiger Suspendierung eines säumigen Stiftungsrates, der trotz Verhängung einer Ordnungsbusse gem. Art. 79 BVG diverse Unterlagen zur Jahresrechnung nicht einreichte sowie die Anordnung der unverzüglichen Liquidation der Stiftung infolge Konkurses der Firma misachtete. 323

2. Sozialhilfe

- § 3 SHG. – Kürzung von Sozialhilfeleistungen. – Es liegt kein Rechtsmissbrauch vor, welcher den vollständigen Leistungsentzug zulässt (E. 2). Eine Sozialhilfeempfängerin muss als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips schriftlich vorgängig klar informiert und verwarnet werden, bevor Kürzungen der Sozialhilfe zulässig sind (E. 5, 6). 328

V. Verwaltungsrechtspflege

- § 43 Abs. 1 VRG. – Rechtzeitige Einreichung der Beschwerdeschrift. – Beschwerdefrist (E. 4). Wird eine eingeschriebene Postsendung nicht empfangen oder abgeholt, gilt sie auch nach kantonalem Recht als am letzten Tag der siebentägigen Abholfrist zugestellt (Zustellungsfiktion; E. 5). Nichteintreten bei verspätetem Einreichen der Verwaltungsbeschwerde (E. 6). 333
- § 45 VRG, § 3 Abs. 3 SHG. – Aufschiebende Wirkung einer Beschwerde. – Erfordernis für den Entzug der aufschiebenden Wirkung (E. 3). – Unterschiede zwischen Einstellung und Rückerstattung der Sozialhilfeleistungen (E. 4). – Interessenabwägung zwischen öffentlichem und privatem Interesse (E. 5). – Könnte die Wiederherstellung der 334

- aufschiebenden Wirkung bezüglich der Unterbrechung/Einstellung von Sozialhilfeleistungen für das Gemeinwesen einen irreparablen Nachteil bedeuten und bestehen Indizien für den Ausgang des Hauptverfahrens, welche nicht zugunsten des Beschwerdeführers sprechen, ist bei einer Unterbrechung/Einstellung von Sozialhilfeleistungen ein Entzug der aufschiebenden Wirkung gerechtfertigt (E.7). – Das öffentliche Interesse rechtfertigt es nicht, einer Beschwerde gegen die Anordnung einer Rückerstattung von Sozialhilfeleistungen die aufschiebende Wirkung zu entziehen (E. 8).*
- § 45 und § 17 VRG (BGS 162.1); Zuständigkeit des Regierungsrates zur Anordnung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung einer Verwaltungsbeschwerde bei Nichtanordnung dieser Massnahme durch die anordnende Behörde. Erwägungen: Grundsätzliche Zuständigkeit zur Anordnung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde (E. 2). Zuständigkeit des Landammannes in Bezug auf § 45 VRG (E. 3). Fehlende Zuständigkeit des Regierungsrates zur Anordnung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung gestützt auf § 45 Abs. 1 VRG (E. 4). Anordnung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung gestützt auf § 17 VRG (E.5). 339
- Art. 38 Ziff. 2 Abs. 1 StGB – Dem Amt für Straf- und Massnahmenvollzug kommt bei der Festsetzung der Dauer von Probezeit und Schutzaufsicht ein erhebliches Ermessen zu. Prüfung ob das ihm zustehende Ermessen i.c. überschritten wurde. 343

C. Grundsätzliche Stellungnahmen

Datenschutzpraxis

- I. Verletzt der Modus der brieflichen Abstimmung das Abstimmungsgeheimnis? 352
- II. Muss das Grundbuchamt der Steuerbehörde unaufgefordert Daten bekannt geben? 354
- III. Darf die Steuerverwaltung Druckaufträge an ein privates Unternehmen auslagern? 356
- IV. An welche Stellen darf das Polizeijournal weiter gegeben werden? 359
- V. Ist es zulässig, das Busseninkasso für ausländische Verkehrssünder an eine private Firma auszulagern? 362
- VI. Welchen Stellen sind Entscheide des Haftrichters bekannt zu geben? 364

Abkürzungsverzeichnis

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

BG	Bundesgesetz
BGBB	BG über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (SR 211.421.11)
BGBM	BG über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz: BGBM; SR 943.02)
BGE	Entscheidung(en) des Schweizerischen Bundesgerichtes
BGS	Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons Zug
BKBVG	Eidgenössische Beschwerdekommission für die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BISchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
BMM	BB über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 30. Juni 1972 (SR 221.213.1)
BO	Bauordnung
BPR	BG vom 17. Dezember 1976 über die Politischen Rechte (SR 161.1)
BRAGO	(deutsche) Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte
Bst.	Buchstabe
BStP	BG über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 (SR 312.0)
BüG	BG über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (Bürgerrechtsgesetz) vom 29. September 1952 (SR 141.0)
BV	Bundesverfassung vom 18. April 1999 (SR 101)
BVG	BG über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (SR 831.40)
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung
BVV 1	V über die Beaufsichtigung und die Registrierung der Vorsorgeeinrichtungen vom 29. Juni 1983 (SR 831.435.1)
BVV 2	V über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 18. April 1984 (SRR 831.441.1)
bzw.	beziehungsweise
DBG	BG über die direkte Bundessteuer (DBG) vom 14. Dezember 1990 (SR 642.11)
DSG	Datenschutzgesetz vom 28. September 2000 (BGS 157.1)

DSG; eidg.	BG über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (SR 235.1)
Denkmal G	G über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz (Denkmalschutzgesetz) vom 26. April 1990 (BGS 423.11)
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung(en)
EG	Einführungsgesetz
EG FFE	EG zum BG über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fürsorgerische Freiheitsentziehung) vom 28. Januar 1982 (BGS 213.11)
EGG	BG über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951 (SR 211.412.11)
EG ZGB	G betr. die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug vom 17. August 1911 (BGS 211.1)
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention) vom 4. November 1950 (SR 0.101)
ES	Entscheidungssammlung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug
EUeR	Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 (SR 0.351.1)
f.; ff.	(und) folgende (Seiten)
FHG	G über den Finanzhaushalt des Kantons und der Gemeinden (Finanzhaushaltsgesetz) vom 28. Februar 1985 (BGS 611.1)
FIG	BG über die Familienzulagen in der Landwirtschaft vom 20. Juni 1952 (SR 836.1)
FZG	BG über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz) vom 17. Dezember 1993 (SR 831.42)
G	Gesetz (des Kantons Zug)
GBP	Grundbuchparzelle
GestG	BG vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen (SR 272)
GewG	G über die Gewässer vom 25. November 1999 (BGS 731.1)

GG	G über die Organisation und Verwaltung der Gemeinden (Gemeindengesetz) vom 4. September 1980 (BGS 171.1)
GO	KRB über die Geschäftsordnung des Kantonsrates vom 1. Dezember 1932 (BGS 141.1)
GO RR	KRB über die Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen vom 25. April 1949 (BGS 151.1)
GOG	G über die Organisation der Gerichtsbehörden vom 3. Oktober 1940 (BGS 161.1)
GOSTVw	G über die Organisation der Staatsverwaltung vom 10. April 1967 (BGS 153.1)
GS	Gesetzessammlung
GSchG	BG über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung (Gewässerschutzgesetz) vom 8. Oktober 1971 (SR 814.20)
GstG	Gesetz über die Grundstückgewinnsteuer vom 2. November 1990 (GS 23, 66s). Dieses Gesetz ist durch das Steuergesetz vom 25. Mai 2000 per 1. Januar 2001 aufgehoben (vgl. §187 ff. Stg; BGS 632.1)
GVP	Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug
IPRG	BG über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
IRSG	BG über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz) vom 20. März 1981 (SR 351.1)
IRSV	V über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfeverordnung) vom 24. Februar 1982 (SR 351.11)
IVG	BG vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IR 831.20)
IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994
IVV	V vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (SR 831.201)
i.S	in Sachen
i.V.m.	in Verbindung mit
JAR	Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts
JKE	Entscheid der Justizkommission
K	Kantonsgericht

kant. BüG	G betreffend Erwerb und Verlust des Gemeinde- und Kantonsbürgerrechts (Bürgerrechtsgesetz vom 3. September 1992 (BGS 211.3))
kant. ZStV	VV über das Zivilstandswesen (kantonale Zivilstandsverordnung) vom 28. April 1981 (BGS 212.1)
KBG	G über die Zuger Kantonalbank vom 20. Dezember 1973 (BGS 651.1)
KOV	V über die Geschäftsführung des Konkursämter vom 13. Juli 1911 (SR 281.32)
KRB	Kantonsratsbeschluss
KRV	Kantonsratsvorlage
KSV	Kreisschreiben über die Versicherungspflicht
KV	Verfassung des Kantons Zug vom 31. Januar 1894 (BGS 1/1.1)
KZG	G über die Kinderzulagen vom 16. Dezember 1982 (BGS 844.4)
LBG	G über die Besoldung der Lehrer an den Volksschulen (Lehrerbesoldungsgesetz) vom 21. Oktober 1976 (BGS 412.31)
lit.	litera (Buchstabe)
LPG	BG über die landwirtschaftliche Pacht vom 4. Oktober 1985 (SR 221.213.2)
LSV	Lärmschutzverordnung vom 15. Dezember 1986 (SR 814.41)
MP	Mietrechtspraxis
MSÜ	Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5. Oktober 1961 (SR 0.211.231.01)
N	(Band-) Note(n) in Kommentaren
NHG	BG über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (SR 451)
NISV	V des Bundesrates vom 23. Dezember 1999 über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (SR 814.710)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung Zürich
O	Obergericht

OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz) vom 16. Dezember 1943 (SR 173.110)
OHG	BG über die Hilfe an Opfern von Straftaten vom 4. Oktober 1991 (Opferhilfegesetz, SR 312.5)
OR	BG betr. die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
PAV	V über die Aufnahme von Pflegekindern vom 19. Oktober 1977 (SR 211.222.338)
PBG	Planungs- und Baugesetz vom 26. November 1998 (BGS 721.11)
PfIKV	V über das Pflegekinderwesen (Pflegekindverordnung) vom 7. Mai 1985 (BGS 213.41)
Pr	Praxis des Bundesgerichtes
PStG	Polizeistrafgesetz vom 26. Februar 1981 (BGS 311.1)
PvKG	G betr. individuelle Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung vom 15. Dezember 1994 (BGS 842.6)
R	Regierungsrat
Regl	Reglement
R OG	Rechenschaftsbericht des Obergerichts
RPG	BG über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (SR 700)
RPK	Rechnungsprüfungskommission
RPV	V über die Raumplanung vom 2. Oktober 1989 (SR 700.1)
RRB	Regierungsratsbeschluss
RTVG	BG vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (SR 784.4)
Rz	Randziffer
S	Strafgericht
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 16. Dezember 1994 (SR 281.1)
SchlT	Schlusstitel
SchulG	Schulgesetz für den Kanton Zug vom 31. Oktober 1968 (BGS 412.11)
SHG	G über die Sozialhilfe im Kanton Zug (Sozialhilfegesetz) vom 16. Dezember 1982 (BGS 861.4)
SHV	V zum Sozialhilfegesetz (Sozialhilfeverordnung) vom 20. Dezember 1983 (BGS 861.41)

SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SSV	V über die Strassensignalisation vom 31. Mai 1963 (SR 714.21)
StE	Der Steuerentscheid; Sammlung aktueller steuerrechtlicher Entscheidungen
StG	Steuergesetz vom 25. Mai 2000 (BGS 632.1)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Strafprozessordnung für den Kanton Zug vom 3. Oktober 1940 (BGS 321.1)
SVG	BG über den Strassenverkehr vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01)
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung
TVA	Technische Verordnung über die Abfälle vom 10. Dezember 1990 (SR 814.600)
URG	BG betr. das Inhaberrecht an Werken der Literatur und Kunst vom 14. Oktober 1922 (SR 231.1)
USG	BG über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (SR 814.01)
UVG	BG über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (SR 832.20)
UVV	V über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982 (SR 832.202)
UWG	BG gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
V	Verwaltungsgericht
VAM	Verein für Arbeitsmarktmassnahmen
VBB	V über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1993 (SR 211.412.110)
VE	Sammlung der Verwaltungsentscheide (Anh. zum Rechenschaftsbericht des Regierungsrates des Kantons Zug; letztmals erschienen 1975 für die Jahre 1971–1974)
VRöB	Vergaberichtlinien aufgrund der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 14. September 1995
VG	G über die Verantwortlichkeit der Gemeinwesen, Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 1. Februar 1979 (BGS 154.11)

VormV	V über das Vormundschaftswesen vom 20. November 1943 (BGS 213.2)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VRG	G über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz) vom 1. April 1976 (BGS 162.1)
VRV	V über die Strassenverkehrsregeln vom 13. November 1962 (SR 741.11)
VV	Vollziehungsverordnung
VwOG	G über die Organisation der Staatsverwaltung vom 10. April 1967 (BGS 153.1)
VwVG	BG über die Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
WAG	G über die Wahlen und Abstimmungen vom 23. Januar 1969 (BGS 131.1)
WRK	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenverkauf
ZAK	Zeitschrift für die Ausgleichskassen
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (bis 1989: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung für den Kanton Zug vom 3. Oktober 1940 (BGS 222.1)
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSA	Zeitschrift für Sozialarbeit
ZStV	V über das Zivilstandswesen (Zivilstandsverordnung) vom 1. Juni 1953 (SR 211.112.1)
ZVW	Zeitschrift für Vormundschaftswesen
ZZW	Zeitschrift für Zivilstandswesen

A. Gerichtspraxis

Staats- und Verwaltungsrecht

1. Grundrechte

Art. 9 BV; § 191 Abs. 1 lit. b StG – Steueraufschub in casu verneint (Erw. 2); Voraussetzungen für die Berufung auf Treu und Glauben wegen einer inhaltlich falschen Bestätigung durch das Sekretariat der Grundstückgewinnsteuerkommission (Erw. 3).

Aus den Erwägungen:

2. Der Grundstückgewinnsteuer unterliegen Gewinne, die aus der Veräusserung von Grundstücken des Privatvermögens oder von Anteilen an solchen erzielt werden (§ 189 Abs. 1 StG). Gemäss § 191 Abs. 1 lit. b StG besteht Anspruch auf Steueraufschub bei Handänderungen zum Zwecke der Ersatzbeschaffung von gleich genutzten Liegenschaften in der Schweiz infolge Veräusserung von dauernd und ausschliesslich selbst genutztem Wohneigentum am Wohnsitz der steuerpflichtigen Person, soweit der Veräusserungserlös innert zwei Jahren vor oder nach der Handänderung zum Erwerb oder zum Bau einer gleichgenutzten Ersatzliegenschaft in der Schweiz verwendet wird. Diese Formulierung steht im Einklang mit Art. 12 Abs. 3 lit. e des Bundesgesetzes über die Steuerharmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG, SR 642.14). Gemäss dieser Bestimmung wird die Besteuerung aufgeschoben bei Veräusserung einer dauernd und ausschliesslich selbstgenutzten Wohnliegenschaft (Einfamilienhaus oder Eigentumswohnung), soweit der dabei erzielte Erlös innert angemessener Frist zum Erwerb oder zum Bau einer gleichgenutzten Ersatzliegenschaft in der Schweiz verwendet wird.

Der Rekurrent hat am 24. März 1995 von S. ein Stück Land im Halte von 492 m² inklusive eines Gebäudes in X. für den Betrag von Fr. 125'000.– gekauft. Bei der persönlichen Befragung erklärte der Rekurrent, dass dieses Gebäude in den Jahren 1995 bis 2002 nicht bewohnbar gewesen sei, insbesondere weil das Gebäude noch keinen Kanalisationsanschluss gehabt habe. Ansonsten wäre es bewohnbar gewesen. Er selber habe die Liegenschaft aber nicht bewohnt. Die «Ersatzliegenschaft» an der K. strasse bewohne er seit August 2003. Damit steht fest, dass die Voraussetzungen für einen Steueraufschub im Sinne von § 191 Abs. 1 lit. b StG nicht gegeben sind. Der Rekurrent hat nicht dauernd und ausschliesslich selbst genutztes Wohneigentum veräussert, sondern eine ehemalige Baracke, die er im Begriff war zu Wohnzwecken umzubauen.

3. Zu prüfen bleibt damit die Frage, ob sich der Rekurrent nach Treu und Glauben auf die inhaltlich falsche Bestätigung des Sekretariats der Grundstückgewinnsteuer-Kommission vom 7. August 2002 berufen kann. Gemäss Art. 9 BV hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. In Lehre

und Rechtsprechung lassen sich hauptsächlich zwei Stossrichtungen des als Grundrecht verstandenen Anspruchs auf Behandlung nach Treu und Glauben ausmachen, nämlich der Vertrauensschutz und das Verbot des Rechtsmissbrauchs (J.P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, S. 486 ff.). Wichtigster Anwendungsfall des Vertrauensschutzes ist der Schutz des Vertrauens in behördliche Auskünfte. Nach der Bundesgerichtspraxis (BGE 123 II 473 ff. und 127 I 31 ff.) können (selbst unrichtige) Zusicherungen einer Behörde unter bestimmten Umständen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung des Rechtssuchenden gebieten, (a) wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf eine bestimmte Person gehandelt hat, (b) wenn die Behörde für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn sie der Bürger aus zureichenden Gründen als zuständig erachten konnte, (c) wenn der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne Weiteres erkennen konnte, (d) wenn er im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können und (e) wenn die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat. Damit die behördlichen Auskünfte verbindlich werden, müssen alle Voraussetzungen gemäss lit. a – e kumulativ erfüllt sein. Im Folgenden ist deshalb zu prüfen, ob diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt sind.

a) Die Behörde muss in einer konkreten Situation mit Bezug auf eine bestimmte Person gehandelt haben. Mit Schreiben vom 7. August 2002 bestätigte die Abteilung Finanzen und Steuern bzw. Grundstückgewinnsteuern der Gemeindeverwaltung Unterägeri gegenüber der Urkundsperson sowie den Vertragsparteien, dass bei der vorgesehenen Handänderung der GS Nr. 314 (veräussernde Person: X.Y.) die Grundstückgewinnsteuer aufgeschoben werde. Die Bestätigung erfolgte damit mit Bezug auf das konkrete Veräusserungsgeschäft und auf den Rekurrenten als veräussernde Person. Diese Voraussetzung kann man als erfüllt betrachten.

b) Die Behörde muss für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig sein bzw. der Bürger muss sie aus zureichenden Gründen für zuständig halten. Nach Lehre und Rechtsprechung ist die Behörde zur Auskunftserteilung zuständig, die auch zum Entscheid in der Sache zuständig ist (Rhinow René A./Krähenmann Beat, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Nr. 75, III lit. b Ziff. 2 mit Verweis auf BGE 112 Ia 220). Im vorliegenden Fall wurde die schriftliche Auskunft durch die Sekretärin der Grundstückgewinnsteuer-Kommission erteilt. Diese ist zwar mit der Vorbereitung der Veranlagung befasst und unterzeichnet zusammen mit dem Präsidenten der Kommission die Korrespondenzen und Entscheide, jedoch ist sie in keiner Weise für eine bindende Auskunft zuständig. Sie hat in der Sache keinerlei Entscheidungskompetenz (vgl. hierzu auch den Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 22. Februar 1996 i.S. K.E., A 6 / 1995, wo das Gericht bereits mit Bezug auf den Sekretär der Grundstückgewinnsteuer-Kommission einer anderen Zuger Gemeinde die gleiche Rechtsauffassung vertrat).

c) Die Unrichtigkeit der Auskunft darf für den Bürger nicht ohne Weiteres erkennbar sein. Wie die persönliche Befragung ergab, hat der Rekurrent der Sekretärin der Kommission telefonisch mitgeteilt, dass es sich um eine Ersatzbeschaffung handle. Schon vor dem Erstellen der fraglichen Bestätigung vom 7. August 2002 ging er also davon aus, dass eine Ersatzbeschaffung vorliegen würde. Beim blossen Lesen des Gesetzestextes hätte ihm aber bereits auffallen müssen, dass ein Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung hier auf keinen Fall möglich sein würde, weil nicht der Verkauf von dauernd und ausschliesslich selbst genutztem Wohneigentum zur Diskussion stand, sondern der Verkauf einer Baracke, die er lediglich zu Wohnzwecken umzubauen begonnen hatte. Aus den Angaben von Frau Z. bei der persönlichen Befragung ergibt sich, dass der Rekurrent wohl keine absichtlich falschen Angaben gemacht hat, und dass er die Sekretärin der Kommission mit dem Hinweis, es handle sich um einen Steueraufschub, irritiert und zu der inhaltlich unrichtigen Bestätigung verleitet hat.

d) Der Bürger muss im Vertrauen auf die unrichtige Auskunft Dispositionen getroffen haben, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können. Der Rekurrent behauptet, er habe den Verkauf/Kauf nur getätigt, weil die Berechnungen des Verkaufs- und Kaufspreises ergeben hätten, dass er sich dies nur mit einem Aufschub der Grundstückgewinnsteuer würde leisten können. Andernfalls hätte er auf die Geschäfte verzichtet. Diese Argumentation überzeugt nicht vollends. Zum Zeitpunkt der Bestätigung durch Frau Z. am 7. August 2002 standen die beiden Vertragsunterzeichnungen unmittelbar bevor. Am 22. August 2002 wurde der Kaufvertrag mit A.B. beurkundet und am 29. August 2002 der mit C.D. Den eigenen Angaben des Rekurrenten zufolge lagen die Verträge am 7. August 2002 bereits im Wortlaut vor. Die Vertragsverhandlungen waren somit schon so weit fortgeschritten, dass man kaum mehr davon hätte Abstand nehmen können.

e) Die gesetzliche Ordnung darf seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren haben. Unbestrittenermassen hat sich die Rechtsordnung seit August 2002 nicht geändert. Zusammenfassend ergibt sich bezüglich des Vertrauensschutzes, dass die Voraussetzungen für eine abweichende Behandlung des Rekurrenten vom materiellen Recht nicht gegeben sind. Frau Z. war als Sekretärin der Kommission zur Abgabe einer bindenden Auskunft nicht zuständig. Zudem hätte der Rekurrent die Unrichtigkeit der Bestätigung beim blossen Lesen des Gesetzestextes ohne Weiteres erkennen können. Schliesslich ist es auch noch fraglich, ob der Rekurrent die beiden Kaufverträge ohne Zusicherung des Steueraufschubs nicht doch abgeschlossen hätte. Diese Frage ist aber angesichts der übrigen fehlenden Voraussetzungen nicht mehr von entscheidender Bedeutung. Eine Berufung auf den Vertrauensschutz ist unter diesen Umständen nicht möglich. Diesbezüglich muss der Rekurs abgewiesen werden.

Verwaltungsgericht, 28. Oktober 2003

§ 10 Abs. 1 GG – Pauschales Ausstandsbegehren gegen alle Mitglieder eines Gemeinderates – Unter welchen Voraussetzungen kann die betroffene Behörde selber über ein offensichtlich unzulässiges Ausstandsbegehren befinden.

Aus dem Sachverhalt:

A. Am 17. Dezember 2001 reichte A.B. beim Gemeinderat K. ein Gesuch um Erlass eines Gestaltungsplanes sowie ein Baugesuch für den Neubau eines Einfamilienhauses ein. Dagegen wurde unter anderem von T.U. Einsprache erhoben. Mit Verfügungen vom 29. April 2002 bewilligte der Gemeinderat K. den Gestaltungsplan sowie den Bau des Einfamilienhauses und wies die Einsprache des T.U. ab. Gleichzeitig lehnte er in Briefform auch ein gegen ihn als Gesamtgemeinderat erhobenes Ausstandsbegehren ab. Eine gegen diese Verfügungen erhobene Beschwerde von T.U. hiess der Regierungsrat mit Entscheid vom 15. April 2003 gut und hob sowohl die Bewilligung des Gestaltungsplanes als auch die Baubewilligung auf. Der Regierungsrat stellte zudem fest, dass der Gemeinderat zu Unrecht über das Ausstandsbegehren gegen sich selber entschieden habe.

B. Gegen diesen Beschluss reichte der Gemeinderat K. am 23. Mai 2003 Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein und beantragte, in Gutheissung der Beschwerde sei der Regierungsratsbeschluss aufzuheben und die Bewilligung des Gestaltungsplanes sowie die Baubewilligung seien zu bestätigen. Es sei auch festzustellen, dass der Gemeinderat keine Ausstandspflichten verletzt habe. Zur Begründung führte der Gemeinderat unter anderem aus, es sei unbestritten, dass sich der Gemeindepräsident im Ausstand befunden habe. Die Behauptung, sämtliche Gemeinderäte hätten der Ehrverletzungsklage des Gemeindepräsidenten gegen T.U. und dessen Ehefrau zugestimmt und der Gemeinderat hätte im Dezember 2000 einen Kredit für diesen Prozess bewilligt, werde bestritten und müsse vom Gemeinderat als unrichtig zurückgewiesen werden. Mit einer solchen pauschalen und unrichtigen Behauptung könne nicht verlangt werden, dass sämtliche Mitglieder einer Behörde in den Ausstand zu treten hätten. Im zugerischen Recht sei die Frage nicht geregelt, wer zuständig wäre, wenn tatsächlich sämtliche Mitglieder eines Gemeinderates in den Ausstand treten würden. Der Regierungsrat als Aufsichtsbehörde könne anstelle des Gemeinderates weder über die formellen noch über die materiellen Fragen entscheiden, da hierfür eine gesetzliche Grundlage fehle.

....

Aus den Erwägungen:

....

2. Im vorliegenden Verfahren ist nun vorab streitig, ob der Gemeinderat K. die Regeln der Ausstandspflicht verletzt hat, indem er selbst über ein gegen seine sämtlichen Mitglieder gerichtetes Ausstandsbegehren entschieden sowie gleichzeitig in der Sache selber materiell entschieden hat.

a) Gemäss § 10 Abs. 1 GG haben die Mitglieder von Gemeindebehörden bei der Vorbereitung, Behandlung und Erledigung von Geschäften, die persönliche Rechte oder Interessen, Rechte oder Interessen des in § 20 der Kantonsverfassung umschriebenen Personenkreises oder Rechte oder Interessen juristischer Personen oder wirtschaftlicher Unternehmungen betreffen, an denen sie massgeblich beteiligt oder deren Organ sie sind, vor allen Instanzen in den Ausstand zu treten. Ein unter Verletzung der Ausstandspflicht gefasster Beschluss einer Gemeindebehörde ist nach § 10 Abs. 4 GG vom Regierungsrat auf Beschwerde hin aufzuheben.

b) Grundsätzlich kann jemand, gegen den ein Ausstandsbegehren gerichtet ist, nicht selber über dieses Begehren entscheiden (BGE 122 II 476 E. 3; vgl. auch Regina Kiener, Richterliche Unabhängigkeit, Bern 2001, S. 90 f.). Handelt es sich bei einer umstrittenen Person um das Mitglied einer Kollegialbehörde, so befindet die Behörde ohne dieses Mitglied über dessen Ausstandspflicht. Wird gegen eine ganze Behörde oder eine Mehrheit von Behördenmitgliedern ein Ausstandsbegehren gestellt, so kann die Behörde über die Ausstandspflicht nicht mehr selber Beschluss fassen. Es ist dabei der Meinung des Regierungsrates im Grundsatz zuzustimmen, dass in einem solchen Fall, in welchem wie vorliegend gegen sämtliche Mitglieder des Gemeinderates ein Ausstandsbegehren gestellt wird, der Gemeinderat das Ausstandsbegehren dem Regierungsrat, welcher gemäss § 33 Abs. 1 GG Aufsichtsbehörde über die Gemeinden ist, zum Entscheid zu unterbreiten hat. Dieses Vorgehen entspricht auch der Praxis anderer Kantone. So ist beispielsweise auch im Kanton Zürich in solchen Fällen die «Oberbehörde» anzurufen. Die Oberbehörde muss, wenn sie das Vorliegen von Ausstandsgründen bejaht, zugleich für Ersatz sorgen, indem sie eine nicht mehr beschlussfähige Behörde ergänzt, anstelle einer vollständig im Ausstand befindlichen Behörde eine andere geeignete bezeichnet oder selber entscheidet (Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, H.R. Thalman, Wädenswil 2000, 3. Auflage, N 7.4 zu § 70 mit Hinweisen auf die zürcherische Verwaltungspraxis). Auch im bundesrechtlichen Verwaltungsverfahren hat die Aufsichtsbehörde über die Ausstandspflicht zu entscheiden, wenn die betroffene Behörde selbst nicht mehr beschlussfähig ist (vgl. Art. 10 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, VwVG, SR 172.021). Die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde ist auch nach zugerischem Recht als sachgerecht zu beurteilen. Ist also ein Gemeinderat beim Entscheid über ein gegen seine Mitglieder gestelltes Ausstandsbegehren nicht mehr beschlussfähig, so hat vorab der Regierungsrat darüber zu befinden.

c) Das Ablehnungsverfahren soll eine objektive Prüfung durch eine unparteiische, unbefangene und unvoreingenommene Behörde gewährleisten. Es steht indessen auch in einem Spannungsverhältnis zum Anspruch auf die Beurteilung durch die an sich gesetzlich dafür vorgesehene Instanz. Der Ausstand muss deshalb die Ausnahme bleiben, soll die regelhafte Verfahrensordnung nicht ausgehöhlt werden (BGE 122 II 476). Der Grundsatz, wonach

niemand über ein gegen sich gerichtetes Ablehnungsbegehren selbst entscheiden soll, wurde daher von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in einigen wenigen Ausnahmefällen durchbrochen, insbesondere dann, wenn bereits die Begründung des Ablehnungsbegehrens unzulässig ist. Es fehlt dann bereits an den Voraussetzungen für die Durchführung eines Ausstandsverfahrens. Da in solchen Fällen keine Ermessensausübung erforderlich ist, um die Untauglichkeit der erwähnten Ausstandsgründe zu erkennen, genügt es in solchen Fällen, wenn die in der Sache zuständige Behörde feststellt, dass keine nach Massgabe des Gesetzes geeigneten Ausstandsgründe geltend gemacht worden sind und dass es damit an einer Eintretensvoraussetzung für ein Ausstandsverfahren fehlt. Dieser Behörde können auch jene Mitglieder angehören, die von einem solchen Ausstandsbegehren betroffen sind (vgl. BGE 114 Ia 278; 105 Ib 304). Dieses Vorgehen erscheint insbesondere deswegen gerechtfertigt, als sonst mit jeder beliebigen Begründung bzw. sogar ohne irgendeine stichhaltige Begründung ein Verwaltungsverfahren von einem Beteiligten mittels eines Ausstandsbegehrens in ungerechtfertigter Weise verzögert werden könnte. Es muss daher ein im Gesetz vorgesehener Ausstandsgrund geltend gemacht werden können, um das oben dargelegte Verfahren bei Ausstandsbegehren überhaupt in Gang setzen zu können.

d) T.U. begründete das Ausstandsbegehren gegen sämtliche Mitglieder des Gemeinderates K. damit, dass der Gemeinderat eine Ehrverletzungsklage des Gemeindepräsidenten gegen ihn und seine Ehefrau unterstützt und mit einer entsprechenden Kostengutsprache auch mitgetragen habe. Damit macht T.U. aber nicht persönliche Interessen jedes einzelnen Gemeinderates gemäss § 10 GG geltend. Im Ergebnis verlangt er vielmehr den Ausstand des Gemeinderates auf Grund eines von diesem angeblich getroffenen Entscheides. Die rein sprachliche Formulierung, wonach der Ausstand sämtlicher Mitglieder des Gemeinderates gefordert wurde, ändert daran nichts. Ein Ausstandsbegehren gegen eine Behörde als solche ist aber nicht zulässig. Selbst wenn es vorliegend zutreffen sollte – was hier nicht weiter geprüft werden muss – dass der Gemeinderat eine Kostengutsprache im Zusammenhang mit einer Ehrverletzungsklage gegen den Gemeindepräsidenten und einen Mitarbeiter der Bauabteilung erteilt haben sollte, so hätte zwar allenfalls die Gemeinde K. selbst ein Interesse am in Frage stehenden Verfahren. Die Gemeinderäte würden insofern lediglich die Interessen der Gemeinde vertreten, solange sie sich jedenfalls nicht auch jeweils selbst mit privatem Engagement an der Ehrverletzungsklage des Gemeindepräsidenten beteiligten. Ein Fall unzulässiger Vorbefassung der Mitglieder des Gemeinderates ist sodann darin, dass sie bereits an einem Entscheid mitgewirkt haben, der zu Ungunsten von T.U. und seiner Ehefrau ausgefallen ist, nicht gegeben. Die Unabhängigkeit eines jeden einzelnen Gemeinderates kann schliesslich auch nicht allein wegen der Zugehörigkeit zum Gemeinderat (und den sich daraus allenfalls ergebenden kollegialen Rücksichtnahmen gegenüber dem sich im Ausstand befindlichen Gemeindepräsidenten) abge-

sprochen werden (vgl. BGE 105 Ib 304). Nachdem sich T.U. nun aber darauf beschränkt, sämtliche Gemeinderäte wegen ihrer Mitwirkung an einem (angeblichen) Entscheid des Gemeinderates bezüglich Strafverfahren des Gemeindepräsidenten als befangen zu erklären, ist das Ausstandsbegehren zum Vornherein untauglich, da damit kein zulässiger Ausstandsgrund geltend gemacht wird.

e) Aus dem Ausstandsbegehren vom 17. April 2002 ergibt sich auch mit aller Deutlichkeit, dass es den Einsprechern nicht um einen das vorliegende Bauvorhaben von A.B. betreffenden Ausstandsgrund ging, sondern dass sie erreichen wollten, dass der Gemeinderat – den sie als ihnen feindlich gesinnt betrachten – in allen künftigen Rechtsgeschäften, welche sie in irgendeiner Form (als Gesuchsteller, Einsprecher oder sonst) betreffen würden, in den Ausstand treten müsste. Ein solches Ansinnen ist offensichtlich unzulässig. Zudem war es in diesem Fall auch offensichtlich unbegründet. Betrachtet man nämlich die Vorwürfe der Einsprecher näher, so erweisen sie sich als haltlos. Der Gemeinderat hat nie beschlossen gegen die Einsprecher einen Ehrverletzungsprozess einzuleiten und er hat auch keine Kostengutsprache erteilt. Wie sich aus der Eingabe der Einsprecher an den Regierungsrat vom 22. Mai 2002 selber ergibt, hat der den Ehrverletzungsprozess führende Gemeindepräsident gegenüber dem Untersuchungsrichter zwar bestätigt, dass der Gemeinderat Kenntnis von allen Verfahrenshandlungen habe und dass er für das Ehrverletzungsverfahren eine Kostengutsprache budgetiert habe (wobei er sich bezüglich der letzten Aussage nicht sicher war). Nachdem dem Gemeindepräsidenten und einem Mitarbeiter des Bauamtes von den Einsprechern Amtsmissbrauch vorgeworfen worden war, musste der Gemeinderat K. und mit ihm auch die Gemeinde K. ein erhebliches Interesse daran haben, dass diese Vorwürfe abgeklärt und rasch aus der Welt geschafft würden. Wenn der Gemeinderat für einen solchen Strafprozess tatsächlich einen Kostenbeitrag budgetiert hätte, was nach wie vor bestritten wird, so wäre ein solcher durchaus auch im Interesse der Gemeinde gewesen und hätte – soweit es den Angestellten der Bauabteilung betrifft – auch der arbeitgeberrechtlichen Fürsorgepflicht entsprochen. Die Frage, ob ein Gemeindepräsident und ein Gemeindeangestellter des Amtsmissbrauchs schuldig sind oder ob es sich dabei allenfalls um eine ehrverletzende Äusserung handelt, ist für das klaglose Funktionieren einer Gemeindeverwaltung von erheblicher Bedeutung. Jedenfalls ergibt sich, dass das pauschale Ausstandsbegehren gegen alle Mitglieder des Gemeinderat unzulässig und offensichtlich unbegründet war. Der Gemeinderat hat somit zu Recht mit Verfügung vom 29. April 2002 selbst festgestellt, dass keine sachlichen Ausstandsgründe bestünden und dass die Voraussetzungen für die Durchführung eines entsprechenden Ausstandsverfahrens nicht gegeben waren.

Verwaltungsgericht, 5. August 2003

Art. 29, 30 BV; Art. 1 ff. RPG – Der Grundsatz der Garantie des unabhängigen Richters gilt im Planungsverfahren auf Verwaltungsebene nicht. Auch wenn sich die Baudirektion im Rahmen der Vorprüfung einer gemeindlichen Planung mit Fragen befasst hat, die den Beschwerdegegenstand betreffen, darf sie im Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat als instruierende Direktion tätig werden.

Zusammenfassung des Sachverhalts:

Der östliche (obere) Dorfteil von Walchwil ist nur durch eine Unterführung unter der SBB-Bahnstrecke Zürich–Gotthard mit dem westlichen Dorfteil verbunden. Im gemeindlichen Teilrichtplan Verkehr 1990 ist als weitere Verbindung die «Nordzufahrt» eingetragen. Am 26. Februar 2001 genehmigte der Gemeinderat Walchwil den in seinem Auftrag von der G. AG ausgearbeiteten Baulinien- und Strassenplan «Nordzufahrt» und übermittelte ihn in der Folge der kantonalen Baudirektion zur Vorprüfung. Mit Schreiben vom 7. Juni 2001 übermittelte die Baudirektion das Ergebnis der Vorprüfung samt Vorbehalten und Hinweisen. Sie stellte in Aussicht, nach der öffentlichen Auflage und dem Beschluss des Gemeinderates, sofern ihre Vorbehalte erfüllt würden, den Bau- und Strassenlinienplan mit dem Niveaulinienplan zu genehmigen. Am 30. Oktober 2002 erliess der Gemeinderat den Baulinien- und Strassenplan mit Niveaulinienplan «Nordzufahrt» Walchwil und wies sämtliche dagegen erhobenen Einsprachen ab. In der Folge erhoben mehrere Einsprecher beim Regierungsrat Verwaltungsbeschwerde mit dem Antrag, der Beschluss des Gemeinderates sei aufzuheben. Sodann sei die Sicherheitsdirektion mit der Instruktion der Beschwerde zu beauftragen. Mit Zwischenentscheid vom 18. Februar 2003 lehnte der Regierungsrat ohne Teilnahme des in den Ausstand getretenen Baudirektors das Ausstandsbegehren ab. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 27. März 2003 beantragten E. W. und 13 Mitunterzeichner, der Beschluss des Regierungsrates sei aufzuheben und die Sicherheitsdirektion sei mit der Instruktion der Beschwerde zu beauftragen. Zur Begründung wird vorgebracht, im bisherigen Verfahren betreffend Nordzufahrt Walchwil habe die Baudirektion des Kantons Zug in mannigfacher Weise mitgewirkt. Insbesondere seien verschiedenste Ämter dieser Direktion mit der Vorprüfung des angefochtenen Baulinien- und Strassenplans befasst gewesen. Gegen diese Mitwirkung bzw. Vorbefassung sei grundsätzlich nichts einzuwenden, doch habe dies die notwendige Folge, dass die Baudirektion das vorliegende Verfahren nicht instruieren dürfe, sondern die stellvertretende Sicherheitsdirektion damit zu beauftragen sei. Dies sei schon im Interesse einer fairen Auseinandersetzung im Beschwerdeverfahren geboten. In rechtlicher Hinsicht wird ausgeführt, die Verfahrensgarantien von Art. 30 Abs. 1 BV würden nach dem Wortlaut ausschliesslich gerichtliche Verfahren betreffen. Soweit sie nach ihrem Inhalt allgemeine rechtsstaatliche Grundsätze zum Ausdruck bringen würden, würden sie als Konkretisierung von Art. 29 BV sinngemäss für alle Verfahren vor staatlichen Organen gelten.

Aus den Erwägungen:

2. Jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, hat Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht (Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung, BV, SR 101). Diese verfassungsmässige Garantie stimmt überein mit den sich aus Art. 6 der EMRK ergebenden Garantien. Die allgemeinen Verfahrensgarantien gemäss Art. 29 BV gehen weniger weit. Die Vorinstanz hat zutreffend die gesetzlichen Voraussetzungen für den Ausstand dargelegt. Die Beschwerdeführer machen keine persönlichen, verwandtschaftlichen oder geschäftlichen Interessen mitwirkender Personen am Ausgang des Verfahrens geltend. Der Regierungsrat führt im angefochtenen Entscheid auch aus, Befangenheitsvorwürfe seien ernst zu nehmen. Es genüge der Anschein, die betreffende Person lasse die nötige Distanz und Objektivität vermissen und könne somit die Anforderungen nicht mehr erfüllen, die nach Art. 29 Abs. 1 i.V. mit Art. 8 Abs. 1 BV an die Unbefangenheit zu stellen seien. Die Beschwerdeführer bringen auch nichts vor, was einzelne Personen im genannten Sinne als befangen erscheinen liesse. Die Beschwerdeführer verlangen denn auch nicht den Ausstand einer bestimmten Person oder mehrerer Personen, sondern sie verlangen, dass die Instruktion der Beschwerde nicht der Baudirektion, sondern der Sicherheitsdirektion übertragen werde. Sie vermuten eine Vorbefassung und wollen aufgrund der Edition der gesamten Korrespondenz der Baudirektion erneut Gelegenheit zur Stellungnahme. Zu diesen Begehren ist im Folgenden Stellung zu nehmen.

3. a) Gemäss dem Gesetz über die Organisation der Staatsverwaltung (Organisationsgesetz, BGS 153.1) obliegen den Direktionen in ihrem Geschäftsbereich die Vollzugsaufgaben nach Massgabe des Gesetzes. Jede Direktion steht unter der Leitung und Aufsicht eines Mitglieds des Regierungsrates. Der Regierungsrat bezeichnet für jede Direktion eine Stellvertretung. Die Direktionen gliedern sich entsprechend ihren Aufgaben und Zuständigkeiten in Ämter. ... Stellvertreter des Baudirektors ist gemäss aktueller Konstituierung des Regierungsrates der Sicherheitsdirektor (Staatskalender 2003/04, S. 48). Auf eine Verfahrensvorschrift, wonach die Sicherheitsdirektion an Stelle der Baudirektion im strittigen Verfahren die Instruktion durchzuführen hätte, können sich die Beschwerdeführer nicht berufen. Sie scheinen nicht der Meinung zu sein, dass auf Ämterebene Ämter der Sicherheitsdirektion an Stelle der zuständigen Ämter der Baudirektion die Behörde zu instruieren hätten. Soweit es nur um den Direktionsvorsteher und allenfalls um das Direktionssekretariat gehen sollte, so würde sich die Frage stellen, ob der Sicherheitsdirektor und sein Direktionssekretär gestützt auf die Fachleute der Baudirektion zu einer unabhängigeren Beurteilung gelangen sollten als die ordentlicherweise zuständigen Personen. Die Stellvertretung erfolgt für die Regierungsräte durch ein anderes Mitglied des Regierungsrates, in den Ämtern durch hierarchische Stellvertretung. Wenn kein Ausstandsgrund gegen den Baudirektor vorliegt und die Ämter der

Baudirektion auch nicht ersetzt werden, so ist schwer ersichtlich, welchen Gewinn an Unabhängigkeit sich die Beschwerdeführer versprechen.

b) Sollen gemeindliche Baulinien- und Strassenpläne erlassen, geändert oder aufgehoben werden, holt die zuständige Behörde die erforderlichen Mitberichte ein bzw. lässt ihren Entwurf von der Baudirektion vorprüfen. Danach legt sie den bereinigten Entwurf in der betreffenden Gemeinde während 30 Tagen öffentlich auf. Während der Auflagefrist kann bei der zuständigen Behörde Einsprache erhoben werden (§ 38 des Planungs- und Baugesetzes, PBG, BGS 721.11). Die Baudirektion fördert und überwacht den Vollzug des Planungs- und Baugesetzes, sie trifft für den Kanton die planungs- und baurechtlichen Entscheide, soweit das Gesetz oder die Spezialgesetzgebung keine andere Behörden bezeichnen. Sie genehmigt auch gemeindliche Richtpläne (§ 5 PBG). Welche Mitberichte einzuholen oder Bewilligungen zu koordinieren sind, ergibt sich aus dem konkreten Geschäft. Neben dem Amt für Raumplanung ist das kantonale Tiefbauamt oder allenfalls die Polizei für die Einmündung in die Kantonsstrasse beizuziehen. Ist Wald tangiert, so ist ein Mitbericht der Forstorgane oder gegebenenfalls eine Rodungsbewilligung erforderlich. Ähnliches gilt für Fragen des Naturschutzes und des Lärmschutzes.

Ziel der Raumplanung ist es, dass Bund, Kantone und Gemeinden ihre raumwirksamen Tätigkeiten aufeinander abstimmen (Art. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung, RPG, SR 700). Die Abstimmung hat nicht nur die verschiedenen Ebenen des Gemeinwesens zu erfassen, sondern es sind auch die Planungsziele von Art. 1 Abs. 2 RPG und Planungsgrundsätze von Art. 3 RPG in der Planung umzusetzen. Die rechtlich relevanten Planungsziele stehen häufig in einem Zielkonflikt, der durch die Planung bewältigt werden muss. Die Planung erfolgt stufenweise in der Richtplanung und der Nutzungsplanung (Art. 6 ff. und Art. 14 ff. RPG). Die mit Planungsaufgaben betrauten Behörden achten darauf, den ihnen nachgeordneten Behörden den zur Erfüllung ihrer Aufgaben nötigen Ermessensspielraum zu lassen (Art. 2 Abs. 3 RPG). Es sind die Entscheidungskompetenzen der gemeindlichen Organe zu respektieren. Das Bundesrecht gewährleistet die Überprüfung von Nutzungsplänen im Rechtsmittelverfahren (Art. 33 RPG). Bei einer Beanspruchung von Land kann der Grundeigentümer wiederum den Rechtsweg beschreiten. Die einzelnen Planungsschritte sind von den vorangehenden beeinflusst. Spätere Entscheide – etwa im Rechtsmittelverfahren – wirken wiederum zurück, beispielsweise auf die Richtplanung oder lassen neue Lösungen als notwendig erscheinen. Schliesslich ist zu bemerken, dass die Richtpläne alle 10 Jahre überprüft werden (Art. 9 Abs. 3 RPG). Der Planungshorizont für die Nutzungspläne umfasst 15 Jahre (Art. 15 lit. b RPG). Die Begehren der Beschwerdeführer würden bei dieser gesetzlichen Aufgabe der Verwaltungsbehörden nun praktisch darauf hinauslaufen, einen vielseitigen Prozess an bestimmten Stellen zu unterbrechen, ohne dass die beschriebenen planerischen Zusammenhänge und Vorgänge wirklich in unabhängige Teilkomplexe aufgegliedert werden könnten.

c) Den Beschwerdeführern ist ein unabhängiges und unparteiisches Gericht garantiert (Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 EMRK). Auf der Stufe des unabhängigen Gerichtes sind organisatorisch-institutionelle Umstände beachtlich, welche zu einer Befangenheit des Richters führen können. Dazu gehören bestimmte Tatbestände der Vorbefassung (vgl. Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 579 mit Hinweisen). Diese Garantie des unabhängigen Richters kann aber nicht im Planungsverlauf auf Verwaltungsebene angerufen werden, wo die Gesetzgebung gerade die Zusammenführung aller rechtlich relevanten Aspekte vorschreibt. Ohne eine kohärente planerische Entscheidungsgrundlage könnten die Gemeindebehörden und die legitimierte Grundeigentümer ihre Entscheidungsbefugnisse bzw. Rechte im Rechtsmittelverfahren gar nicht ausüben. Gestützt darauf erfolgt die Auseinandersetzung mit den öffentlichen Interessen und den privaten Interessen Betroffener. Die Planungsgesetzgebung berücksichtigt diese Mitwirkung. Das Verwaltungsgericht hat bereits im Urteil vom 31. Oktober 1996 i.S. B. entschieden, dass nicht zu bestanden ist, wenn die kantonale Baudirektion eine Beschwerde instruiert, obwohl sie im Rahmen der Vorprüfung oder als instruierende Direktion im Rahmen der kantonalen Richtplanung oder Strassenplanung oder bei ähnlichen Aufgaben sich schon mit Fragen befasst hat, welche auch den Beschwerdegegenstand betreffen.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass das Mitbericht- und Vorprüfungsverfahren und andere Kontakte, welche die Planungsaufgaben von Ämtern und Behörden betreffen, nicht dazu führen, dass die Baudirektion bei der Beschwerdeinstruktion durch die Sicherheitsdirektion zu ersetzen ist. Insofern ist es unerheblich, die Korrespondenzen zwischen kantonalen Amtsstellen und der Gemeinde zu überprüfen. Dies würde auch keineswegs die gesamte Zusammenarbeit so dokumentieren. Die Beschwerde gegen den angefochtenen Entscheid des Regierungsrates erweist sich als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten den Beschwerdeführern aufzuerlegen (§ 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG). Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 2'000.- festgelegt und sind von den Beschwerdeführern zu gleichen Teilen unter solidarischer Haftbarkeit für den Gesamtbetrag zu bezahlen.

Verwaltungsgericht, 17. Juni 2003

2. Planungs- und Baurecht

§ 71 f. PBG – Paragraph 72 PBG (in der bis zum 7. Juni 2003 geltenden Fassung) über die Bestandesgarantie gilt nicht als Ausnahme zu § 71 PBG. Bisherige Pläne und Bauvorschriften der Gemeinden bleiben somit bis zu deren Anpassung an das PBG in Kraft.

Aus den Erwägungen:

2. a) Das Planungs- und Baugesetz vom 26. November 1998 (PBG, BGS 721.11) ist am 1. Januar 2000 in Kraft getreten. Das Baugesuch ist nach Inkrafttreten des Gesetzes eingereicht worden, so dass sich insofern intertemporal-rechtliche Fragen nicht stellen. Die Übergangs- und Schlussbestimmungen (10. Abschnitt) des neuen Gesetzes regeln unter anderem die Änderung bisherigen kantonalen Rechts (§ 75 PBG) und die Aufhebung bisherigen Rechts (§ 76 PBG). Strittig ist im vorliegenden Verfahren, ob die kantonalrechtliche Bestandesgarantie der Übergangs- und Schlussbestimmungen oder die Bestandesgarantie nach bisherigem Gemeinderecht anwendbar sei. Soweit von Interesse lautet das kantonale Recht wie folgt:

§ 71 Bisherige Pläne und Bauvorschriften

¹ Die bisherigen Pläne und Bauvorschriften, namentlich die gemeindlichen Zonenpläne und Reglemente, bleiben bis zur Anpassung an dieses Gesetz in Kraft.

² ...

§ 72 Bestandesgarantie

¹ In Bauzonen dürfen rechtmässig erstellte, zonenfremd gewordene Bauten und Anlagen erhalten, angemessen erweitert, umgebaut oder in ihrem Zweck teilweise geändert werden, wenn keine nachteiligen Einwirkungen auf die Nachbarschaft zu erwarten sind.

² Soweit die Bauten und Anlagen der Zone entsprechen, nicht aber den Bauvorschriften, dürfen sie unterhalten und angemessen erneuert werden.

³ Ausserhalb der Bauzonen gelten für die Bestandesgarantie das Bundesgesetz über die Raumplanung und § 10 Abs. 2 des vorliegenden Gesetzes.

Die Bauordnung der Einwohnergemeinde Cham vom 30. Juni 1997, genehmigt vom Regierungsrat am 2. September 1997 enthält, soweit hier von Interesse, folgende Besitzstandsgarantie:

Art. 2 Besitzstandsgarantie

¹ Der Weiterbestand rechtmässig erstellter Bauten und Anlagen, welche dieser Bauordnung widersprechen, sowie der Um- und Ausbau innerhalb der bestehenden Kuben ist gewährleistet.

² Bei wesentlichen Änderungen, namentlich Abbruch und Wiederaufbau tragender Gebäudeteile, Erweiterungen und Aufstockungen sowie Umnut-

zungen ist diese Bauordnung einzuhalten. Der Gemeinderat kann Ausnahmen bewilligen, sofern kein überwiegend öffentliches Interesse entgegen steht und die Nachbarrechte gewahrt bleiben oder es sich um Bagatellfälle handelt.

³ ...

Gemäss § 71 Abs. 1 PBG bleiben die gemeindlichen Zonenpläne und Reglemente bis zur Anpassung an das kantonale Gesetz in Kraft. Im Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 9. September 1997 an den Kantonsrat (Vorlage Nr. 478.1 Laufnr. 9311, Seite 62) wird ausgeführt, altes Recht, namentlich gemeindliche Pläne und Vorschriften, blieben einstweilen in Kraft, die sofortige Anpassung an das neue Gesetz werde nicht verlangt. Die zuständigen Behörden sollten jedoch die nächste Gelegenheit für die Anpassung ergreifen. Der Gesetzgeber erwartet somit die Anpassung, hat aber auf eine Frist verzichtet. Die gemeindliche Besitzstandsgarantie ist in einem gemeindlichen Reglement enthalten, und zwar in den allgemeinen Bestimmungen der Bauordnung.

Unter den Parteien ist strittig, ob die Bestandesgarantie nur für das kantonale Recht gelte, oder ob sie mit dem Inkrafttreten des Gesetzes als höherrangiges Recht den gemeindlichen Bestandesgarantien vorgehe, ob sie im Sinne von § 71 PBG anzuwenden sei, oder ob es sich überhaupt um ein gesetzgeberisches Versehen handle. Der Beschwerdeführer lässt vorbringen, er habe mit der gemeindlichen Bauverwaltung lange Verhandlungen geführt auf der Basis der Anwendbarkeit der gemeindlichen Bestandesgarantie, während seit dem Verwaltungsbeschwerdeverfahren die Meinung vertreten werde, es gelte § 72 PBG. Die Vorinstanz hat schliesslich unter diesem Aspekt das Bauvorhaben abgelehnt, nicht ohne ihren Entscheid auch gestützt auf das gemeindliche Recht zu begründen.

b) Die Bestandesgarantie gemäss § 72 PBG war weder in der Vernehmlassungsvorlage vom 9. Juli 1996 noch im Bericht und Antrag des Regierungsrates zur Totalrevision des Baugesetzes vom 9. September 1997 enthalten. Die vorberatende Kommission des Kantonsrates hat in ihrem Bericht und Antrag vom 11. Mai 1998 (Vorlage Nr. 478.3 / Laufnummer 9527, S. 21) die neue Vorschrift «auf Vorschlag der Baudirektion» eingefügt. Nach der Begründung des Kommissionsantrages soll sie die unterschiedlich formulierten Vorschriften in den gemeindlichen Bauordnungen, aber auch die für das Gebiet ausserhalb der Bauzonen in § 10 Abs. 2 PGB materiell festgelegten Regeln zusammenfassen und einheitlich darstellen. Die Bestimmung soll die Balance halten zwischen dem Schutz des Altrechtlichen im Sinn der Eigentumsgarantie und der Durchsetzung neuen Rechtes. Die Eigentümer von altrechtlichen Bauten und die Bauwilligen nach neuem Recht sollten nach ihren Verhältnissen gleich und nicht gegenüber den andern bevorzugt behandelt werden.

Der Sinn jeder Bestandesgarantie ist insofern unbestritten, als der Gesetzgeber den Umstand zu berücksichtigen hat, dass Bauten in der Regel

länger dauern als die jeweilige Baugesetzgebung. Die Besitzstandsgarantie für rechtmässig erstellte Bauten, welche späterem Recht nicht mehr entsprechen, ist Ausfluss der Eigentumsgarantie und des Vertrauensprinzips, insbesondere des Rückwirkungsverbot. Der Gesetzgeber kann die Bestandesgarantie über die Minimalanforderungen gemäss Art. 26 und Art. 9 der Bundesverfassung hinaus gewähren, ist es doch auch der Gesetzgeber, welcher durch Gesetzesänderung bewirkt, dass rechtmässig erstellte Bauten neuem Recht nicht mehr voll entsprechen. Beim Vergleich der Besitzstandsregelungen der zugerischen Bauordnungen zeigt sich in einzelnen Beispielen der enge Zusammenhang zwischen Bestandesgarantie und der Änderung von Baumassen, beispielsweise im Fall der Vergrösserung der Grenzabstände oder der Änderung der Ausnützungsberechnung bei Dachgeschossen. Die unterschiedlich formulierten gemeindlichen Vorschriften über die rechtliche Behandlung altrechtlicher Bauten stehen somit im Zusammenhang mit Baurechtsänderungen, welche Bauten zu altrechtlichen gemacht haben, wobei versucht wird, damit verbundene Nachteile auszugleichen.

Soll die kantonale Bestandesgarantie auch für die gemeindlichen Bauordnungen gelten, so erfordert dies Anpassungen der Bauvorschriften, zumindest aber die Überprüfung, ob Anpassungen erforderlich sind. Auch die Bestandesgarantie des Kantons ist nicht ohne Bezug zu den zu regelnden Tatbeständen. So sind bei Bauten ausserhalb der Bauzonen bei einem grundsätzlichen Bauverbot Erweiterungen von 30% zulässig (§ 72 Abs. 3 i.V.m. § 10 PBG, Art. 24 ff. RPG). Zonenfremd gewordene Bauten im Baugebiet dürfen angemessen erweitert und in ihrem Zweck teilweise geändert werden. Im Rahmen von § 72 PBG zonenkonforme Bauten innerhalb der Bauzone, die den Bauvorschriften widersprechen, dürfen nur unterhalten und angemessen erneuert werden. Der Gesetzgeber berücksichtigt somit über den verfassungsmässigen Minimalanspruch hinaus die Baufreiheit. Je kleiner sie ist, umso grosszügiger ist die Bestandesgarantie für rechtmässig erstellte Bauten.

Das Gericht kann der Auffassung nicht folgen, die Bestandesgarantie von § 72 gelte nur für das kantonale Recht. Die vorberatende Kommission strebte eine Vereinheitlichung der Bestandesgarantie an. Der Bezug auf die Zonen- und Bauvorschriften innerhalb der Bauzonen im Wortlaut der Bestandesgarantie spricht ebenfalls für diese Auffassung. Der Gesetzgeber hat sodann klar darauf geachtet, was als allgemein verbindliches kantonales Recht erlassen werden soll, was als kantonale Pläne und Bauvorschriften zu gelten hat und welche Aufgaben durch die Gemeinden wahrzunehmen sind. So sind im zweiten Abschnitt des Gesetzes die kantonalen Pläne und Bauvorschriften geregelt, wobei in § 14 die Ausnahmegewilligung, beschränkt auf kantonale Pläne und Bauvorschriften, geregelt ist. Eine auf das kantonale Recht beschränkte Besitzstandsgarantie hätte systematisch in diesen Abschnitt gehört.

Das Gesetz enthält keine ausdrückliche Bestimmung, wonach die kantonale Bestandesgarantie mit Inkrafttreten des Gesetzes die anderslautenden

gemeindlichen Besitzstandsgarantien oder Bestimmungen über den Geltungsbereich der Bauordnungen ersetzt. Die unterschiedlichen Fragen, welche die einzelnen Gemeinden im Zusammenhang mit der Besitzstandsgarantie regeln, bedürfen der Anpassung ans kantonale Recht wie dies in § 71 Abs. 1 PBG vorgesehen ist. Eine nähere Überprüfung der Auswirkungen der neuen kantonalen Vorschrift im Zusammenhang mit den gemeindlichen Bauvorschriften hat der kantonale Gesetzgeber nicht vorgenommen. Dazu hatte er auch keinen Anlass, wenn er damit rechnete, dass die gemeindlichen Reglemente bis zur Anpassung an das Gesetz in Kraft bleiben. Die sich damit stellenden Fragen können im einzelnen offen bleiben. In diesem Verfahren ist aber festzustellen, dass § 72 PBG über die Besitzstandsgarantie nicht eine Ausnahme zu § 71 über die Weitergeltung des gemeindlichen Baurechtes bis zur Anpassung darstellt, sondern diesem Vorgehen unterworfen ist. Vorbehalten bleiben in jedem Fall die auch für das kantonale Recht massgeblichen verfassungsmässigen Schranken.

Verwaltungsgericht, 25. Februar 2003

Art. 22 und 24 RPG, § 45 PBG, § 21 BO – Für das Aufstellen eines Kreuzes, das 7.38 Meter hoch und 2.46 Meter breit ist, bedarf es einer Baubewilligung der zuständigen Behörden (Erw. 2 und 3), ebenso für dessen Beleuchtung (Erw. 4–5).

Aus den Erwägungen:

2. Das Kreuz hat eine Höhe (Längsbalken) von 7.38 m und eine Breite (Querbalken) von 2.46 m. Längs- und Querbalken sind 0.08 m dick. Beidseits der Längs- und Querbalken ist die Beleuchtung in Form von kleinen Leuchtkörpern angebracht, welche durch ein Stromkabel verbunden sind. Bei Dunkelheit erscheint somit ein Kreuz, dessen Silhouette durch eine schmale beleuchtete Einfassung erkennbar ist. Der Hof des Beschwerdeführers liegt in der Landwirtschaftszone der Gemeinde Menzingen und im BLN-Gebiet Nr. 1307, «Glaziallandschaft zwischen Lorzentobel und Sihl mit Höhronenkette». Der Weiler Lüthärtigen umfasst etwa fünf Wohnhäuser. Der Hof Unterlüthärtigen des Beschwerdeführers liegt etwas tiefer im Abstand zwischen 100 und 200 m von den übrigen Wohnhäusern. Lüthärtigen liegt in einer eigenen Geländekammer, welche von der Kantonsstrasse nahe Edlibach erreicht wird. Das Kreuz ist weder von Menzingen, Neuheim noch von Edlibach her einsehbar, auch nicht von der Kantonsstrasse her. Das Kreuz ist dem Wohnhaus des Hofes Unterlüthärtigen unmittelbar zugeordnet. Es steht vom Weiler aus betrachtet im Profil der Häusergruppe und erreicht in der Höhe die Dachtraufe bzw. das zweite Obergeschoss. In der Umgebung befinden sich auch mehrere Holzmasten einer Stromleitung, welche das Gesamtbild mitprägen.

Das Gericht hat einen Augenschein bei Dunkelheit vorgenommen, um einen Eindruck von der Wirkung der Beleuchtung zu gewinnen. Es konnte festgestellt werden, dass der Beschwerdeführer die Beleuchtung zu Recht als dezent bezeichnet. Es fehlt ihr insbesondere jede Blendwirkung. Vergleichsweise war die landesübliche Aussenleuchte an der Nordwestecke des Wohnhauses wesentlich stärker als die Kreuzbeleuchtung. Das gleiche gilt für die Aussenbeleuchtung der Scheune. Die Kreuzbeleuchtung ist insbesondere auch wesentlich schwächer als in normaler Helligkeit erleuchtete Wohnfenster. Beim konkreten Vergleich kam das allerdings nicht zum Ausdruck, da die Innenräume über eine schwache Beleuchtung verfügten. Das vom Kreuz ausgestrahlte Licht reichte in 10 m Abstand vom Kreuz nicht zum Lesen der Akten aus. Die Beleuchtung zeigt die Konturen des Kreuzes und macht dieses auch nachts sichtbar, ohne dass wie bei einer Strassenlampe die Umgebung erhellt oder eine Blendwirkung entstehen würde. Der Beschwerdeführer erklärte, es handle sich beim Kreuz um das glorreiche Friedenskreuz. Motiv des Beschwerdeführers ist es, sein Haus und die Umgebung unter den Schutz dieses Kreuzes zu stellen.

3. Gemäss Art. 22 RPG dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Voraussetzung einer Bewilligung ist, dass a. die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen und b. das Land erschlossen ist (Art. 22 Abs. 2 RPG). Abweichend von Art. 22 RPG können Bewilligungen erteilt werden, Bauten und Anlagen zu errichten oder ihren Zweck zu ändern, wenn a. der Zweck der Bauten und Anlagen einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert und b. keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Art. 24 RPG).

Unter den Begriff Bauten und Anlagen fallen mindestens jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in fester Verbindung mit dem Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sei es, dass sie den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen (BGE 123 II 259). Als Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Bewilligungsverfahren zu unterwerfen, erscheint also, ob damit nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht (BGE 114 Ib 314). Die Kantone dürfen bei der Ausgestaltung der Bewilligungspflicht über den bundesrechtlichen Mindeststandard hinausgehen. Sie dürfen für bestimmte Bauvorhaben ein vereinfachtes Verfahren vorsehen, sowie Kleinstbauten einer blossen Anzeigepflicht unterstellen oder überhaupt von der Bewilligungspflicht ausnehmen (vgl. Ruch, Kommentar RPG, Art. 22, Rz 4; GVP 2000, 234). Gestützt auf § 3 Abs. 2 PBG definiert § 1 V PBG Bauten und Anlagen als künstlich geschaffene und auf Dauer angelegte Einrichtungen, die den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen (§ 1 Abs. 1 V PBG). Namentlich sind es unter

oder über dem Boden errichtete Gebäude und Anlagen aller Art, einschliesslich An-, Um- und Aufbauten, Keller, Strassen und Parkplätze, Mauern und Terrainveränderungen und dergleichen. Ferner sind es Fahrnisbauten und provisorische Bauten (§ 1 Abs. 2 V PBG).

Zwischen den klarerweise aufgrund dieser Legaldefinition bewilligungspflichtigen Bauten und Anlagen einerseits und klarerweise nicht bewilligungspflichtigen geringfügigen baulichen Vorkehrungen andererseits ist in einem Grenzbereich von Fall zu Fall zu entscheiden, wann einer baulichen Vorkehr die erforderliche Erheblichkeit zukommt, damit die Bewilligungspflicht zu bejahen ist. Dabei wird häufig eine funktionelle Betrachtungsweise befolgt, welche die im Einzelfall als rechtserheblich erscheinenden Interessen würdigt (vgl. dazu Ruch, Art. 22 N. 25 ff.). Der Entscheid über die Bewilligungspflicht liegt bei der Baubewilligungsbehörde. Das Institut der Bauanzeige (§ 44 Abs. 2 PBG) schützt den Eigentümer vor nachträglichen Entscheiden und den damit verbundenen unnötigen Kosten.

Seit jeher ist es in katholischen Gegenden Brauch, an Wegen und auf Anhöhen Kreuze zu errichten, welche unterschiedlich gestaltet sind und in der Regel die Anforderungen an die Bewilligungspflicht nicht erfüllen, da sie den Raum äusserlich nicht erheblich verändern, die Erschliessung nicht belasten und die Umwelt nicht beeinträchtigen. Im vorliegenden Fall geht es aber um ein Kreuz, das durch seine besondere Höhe und die Beleuchtung jene Erheblichkeit der baulichen Vorkehr erlangt, welche zur Bewilligungspflicht führt. Den Vorinstanzen ist insofern beizupflichten.

Gemäss § 21 der Bauordnung Menzingen vom 12. Juni 1994 (BO) bedürfen Reklamen, Schaukästen, Warenautomaten, Antennen, Beleuchtungen und dergleichen einer Bewilligung des Gemeinderates. Sie ist zu verweigern, wenn diese die Umgebung beeinträchtigen oder die Verkehrssicherheit gefährden. Bewilligungspflichtig sind somit «Beleuchtungen und dergleichen», wobei sich hier analoge Grenzfragen hinsichtlich der Erheblichkeit stellen.

4. Das Kreuz ist bewilligt. Strittig ist die Zulässigkeit der Beleuchtung, was im Rahmen der gestellten Rechtsbegehren vom Gericht zu überprüfen ist (§ 71 VRG). Zunächst ist zu prüfen, ob die Beleuchtung die Umgebung beeinträchtigt (§ 21 Abs. 1 BO). Im angefochtenen Entscheid erklärt der Gemeinderat, ein beleuchtetes Kreuz wirke auf die umliegende Landschaft störend. Im Schreiben des Gemeinderates an die Baudirektion des Kantons Zug vom 28. Januar 2003 erklärt der Gemeinderat, das beleuchtete Kreuz wirke störend auf die Nachbarschaft. Die Baudirektion bzw. das Amt für Raumplanung beufen sich ebenfalls auf Störung der Landschaft bzw. der Nachbarschaft.

a) Das Kreuz wird nicht beleuchtet wie häufig Kirchen oder Baudenkmäler. Es geht auch nicht um eine Aussenbeleuchtung, welche die Umgebung erhellen soll, sei es als Sicherheitsmassnahme für die Liegenschaft oder als Beleuchtung von Strassen oder Sportanlagen. Wie der Augenschein

gezeigt hat, verbreitet das Kreuz sogar weniger Licht als aus normal, aber hell erleuchteten Innenräumen gegen aussen dringen kann. Dass durch die Beleuchtung eine Blendwirkung oder eine Störung durch Lichteinwirkung entstünde, die im Verhältnis zu den anderen Lichteinwirkungen erheblich wäre und die Nachbarschaft beeinträchtigen könnte, ist nicht substantiiert dargetan und auch nicht ersichtlich. Die Vorinstanzen verwenden den Begriff «Störung» ohne jede Verdeutlichung oder Substantiierung. Dass die Art der Störung nicht näher umschrieben wird, kann im Baubewilligungsverfahren umso weniger genügen, als auch rechtskonforme bewilligungsfähige Bauvorhaben häufig von irgendwem als störend empfunden werden. Erforderlich ist eine Substantiierung und Objektivierung, welche der rechtlichen Prüfung zu unterziehen ist.

b) Die Baudirektion erklärt, das Kreuz stehe in einem BLN-Objekt und in einer Landschaftsschutzzone, wo für die Einordnung von Bauten und Anlagen ins Landschaftsbild erhöhte Anforderungen gelten. Das Kreuz werde diesen Anforderungen nicht gerecht, wenn es beleuchtet sei.

Die Gemeinde Menzingen sowie grössere Gebiete angrenzender Zuger und Zürcher Gemeinden liegen im BLN-Gebiet Nr. 1307 «Glaziallandschaft zwischen Lorzentobel und Sihl mit Höhronenkette». Die Bedeutung des BLN-Objektes Nr. 1307 ist wie folgt umschrieben:

«Voralpine Flusslandschaft von ursprünglicher Schönheit. Grossartigste Moränenlandschaft der Schweiz (Albert Heim). Tropfsteingrotten im Lorzentobel («Höllgrotten»). Instruktives Querprofil von flachliegender Mittel-land Molasse bis in den Kern der subalpinen Höhronenantiklinare. Obere Meeresmolasse bei der Waldhalde mit fossilen Vogelfährten. Braunkohlenflöze am Höhronen-Nordhang mit artenreicher fossiler Flora. Charakteristische subalpine und montane Fauna und Flora. Hervorragend erhaltene Hochmoore und Flachmoore mit Streuwiesen im Gebiet der Schwadenau. Prähistorische Wohnplätze auf dem Baarerburgplateau. Wichtigstes Quellgebiet für die Wasserversorgung der Stadt Zürich und des Kantons Zug.»

Die Bauordnung der Gemeinde Menzingen stellt fest, dass das gesamte Gemeindegebiet durch das BLN-Objekt 1307 überlagert sei. Das Gemeindegebiet ausserhalb der Bauzonen ist gemäss § 52 BO Landschaftsschutzzone. In der Landschaftsschutzzone ist auf die Lebensräume frei lebender Tiere und wild wachsender Pflanzen besonders zu achten (§ 52 Abs. 2 BO). Die entsprechende Grundnutzung ist gewährleistet (§ 52 Abs. 3 BO). Bauten und Anlagen sowie weitere wirksame Veränderungen der Landschaft sind mit besonderer Sorgfalt zu gestalten, in die Landschaft einzugliedern und zu unterhalten. Ausgeschlossen ist die Neuerstellung von Gewächshäusern mit mehr als 40 m² Grundfläche, die Einrichtung von gewerbsmässigen Plastiktunnels sowie die Vornahme von wesentlichen Terrainveränderungen, soweit sie nicht in einem entsprechenden kantonalen Richtplan enthalten sind (§ 52

Abs. 4 BO). Schliesslich sind noch Hecken und Feldgehölze, markante Einzelbäume sowie die ganze Ufervegetation zu erhalten und zu pflegen (§ 52 Abs. 5 BO).

Die Beleuchtung des Kreuzes tangiert nun in keiner Weise die einzelnen Schutzziele des BLN-Objektes oder die Ergänzungen des gemeindlichen Gesetzgebers. Das Kreuz ist – wie bereits dargelegt – einem Haus bzw. einer Hofgruppe zugeordnet und nur sehr beschränkt einsehbar. Die Frage kann offen bleiben, wieweit die Beleuchtung überhaupt erkennbar wäre und welche Interessen bei einer grösseren Einsehbarkeit abzuwägen wären.

5. Baugesuche sind öffentlich aufzulegen und die Auflage ist zu publizieren, um Einspracheberechtigten die Teilnahme am Verfahren zu ermöglichen (§ 45 PBG). Eine öffentliche Auflage ist hier nicht erfolgt. Die beiden Personen, welche mit der Frage an den Gemeinderat gelangten, ob die Beleuchtung zu akzeptieren sei, sind auch nicht die einzig möglichen Einsprecher. Auf eine Publikation kann denn auch nicht im Sinne von § 45 Abs. 4 PBG verzichtet werden. Gleichzeitig ist festzuhalten, dass die Ablehnung der Beleuchtung und die Anordnung der Beseitigung sich gestützt auf die vorinstanzlichen Erwägungen nicht rechtfertigen lassen. Die angefochtenen Entscheide sind deshalb aufzuheben. Eine vorbehaltlose Gutheissung der Beschwerde fällt in diesem Verfahren ausser Betracht, da zunächst die Einsprachemöglichkeit zu eröffnen ist. Eine abschliessende Würdigung wird noch allfällige weitere Vorbringen berücksichtigen müssen. Dabei könnte die nicht weiter begründete Ausführung, man fühle sich über die bauliche Vorkehr gestört, ebenso wenig Gewicht beanspruchen wie in anderen Baubewilligungsverfahren.

Verwaltungsgericht, 17. Juni 2003

§§ 34 Abs. 1, 39 Abs. 2 und 41 Abs. 1 PBG – Die Beschwerdeberechtigung gemäss § 41 Abs. 2 PBG steht in keinem rechtlichen oder faktischen Zusammenhang mit dem Einwendungsverfahren gemäss § 39 Abs. 2 PBG (Erw. 2). Eine Zonenplanänderung durch den Gemeinderat ist nicht zulässig, wenn diese mit einer beschlossenen, aber noch nicht rechtskräftigen Baulinie in Widerspruch geraten könnte (Erw. 3).

Aus dem Sachverhalt:

A. Vom 2. März bis zum 2. April 2001 legte der Gemeinderat K. eine geplante Zonenplanrevision für das Gebiet K. auf. Die Zonenplanänderung umfasste eine Fläche von ca. 820 m² der Parzelle GS Nr. 1259, welche von der Landwirtschaftszone in die Wohnzone 1 umgezont werden sollte. Nachdem verschiedene während des Auflageverfahrens erhobene Einwendungen zurückgezogen worden waren, beschloss der Gemeinderat K. an seiner Sitzung vom 18. November 2002 die Zonenplanänderung im einfachen Verfahren und legte diesen Beschluss während 20 Tagen öffentlich auf. Am 9. Dezember 2002 reichte X. beim Regierungsrat Beschwerde ein und beantragte die Aufhebung des Gemeinderatsbeschlusses, die Verweigerung der Genehmigung der Zonenplanrevision sowie die Durchführung eines Waldfeststellungsverfahrens. Der Eigentümer des betroffenen Grundstückes und der Gemeinderat K. beantragten dem Regierungsrat die Abweisung der Beschwerde. Mit Beschluss vom 24. Juni 2003 hiess der Regierungsrat die Beschwerde gut und hob den angefochtenen Einzonungsentscheid auf. Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, der Gemeinderat K. habe vom 22. Juni bis zum 23. Juli 2001 die Baulinien für die künftige Nordzufahrt öffentlich aufgelegt. Seit diesem Zeitpunkt würden diese ihre Wirkung entfalten und den Raum für die künftige Nordzufahrt freihalten. Mit der vom Gemeinderat vorgenommenen Umzonung könnte grundsätzlich die gesamte Parzelle Y. mit Wohnhäusern überbaut und damit die Nordzufahrt verhindert werden. Es sei auch nicht klar, wie die vom Eigentümer geplante private Erschliessung durchgeführt und die Erschliessung der Überbauung erfolgen solle. Es könne daher auch nicht geprüft werden, ob die vom Grundeigentümer vorgesehene private Erschliessung und Garagierung mit dem späteren Zweck des Landes und mit der mittlerweile mit Baulinien gesicherten Grundstücksnutzung in Widerspruch stehe. Im Übrigen könne ein Baulinienraum nach der öffentlichen Auflage des Sondernutzungsplanes – selbst wenn die Baulinien noch nicht in Rechtskraft erwachsen seien – nicht durch eine Wohnzone W1 überlagert werden. Die Einzonung des fraglichen Landstreifens stehe somit im Widerspruch zu den vom Gemeinderat beschlossenen Baulinien. Der Gemeinderat habe die Nutzungsplanung nicht koordiniert und zu Unrecht die Einzonung beschlossen.

B. Gegen diesen Regierungsratsbeschluss liess Y. am 28. Juli 2003 Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen und beantragen, der Beschluss betreffend Aufhebung des Einzonungsentscheides der Gemeinde K. sei aufzuhe-

ben, die von der Einwohnergemeinde B. beschlossene Zonenplanänderung sei zu bestätigen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdegegner. Zur Begründung wird u.a. ausgeführt, der Beschwerdeführer sei Eigentümer der Liegenschaft GS Nr. 1259, welche durch die vom Gemeinderat beschlossene Zonenplanänderung hätte erschlossen werden sollen und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Der Beschwerdegegner X. habe im Rahmen des kommunalen öffentlichen Auflageverfahrens bezüglich der Zonenplanänderung als solcher keine Einwendungen eingereicht. Deshalb müsse vorfrageweise geprüft werden, ob der Regierungsrat nicht bereits zu Unrecht auf die von X. erhobene Verwaltungsbeschwerde eingetreten sei. Das primäre Mitwirkungsrecht bei den Zonenplanänderungen sei nämlich die in § 39 des Planungs- und Baugesetzes geregelte Einwendung, Paragraph 39 besage denn auch, dass Gegenstand einer Einwendung die Zonenplanänderung als solche sei, während beim § 41 der Beschluss über die Zonenplanänderung Gegenstand einer möglichen Beschwerde sei. Würde man eine Beschwerde zulassen, ohne dass vorher eine Einwendung erhoben worden wäre, so hiesse dies, dass die Kompetenz des Soveräns, über strittige Zonenplanänderungen zu befinden, obsolet gemacht werden könnte. Ein Beschwerdeführer könnte sich so der Beurteilung seines Anliegens durch die Gemeindeversammlung entziehen. Das zugerische Baurecht wolle nun eben gerade nicht, dass sich jemand dem demokratisch primär zuständigen Gremium entziehen könne. Vielmehr gehe es von der Annahme aus, dass jemand, der mit einer öffentlichen Anordnung in Fragen der Zonenplanung nicht einverstanden sei, den Mut haben müsse, sich der Öffentlichkeit auch tatsächlich zu stellen. Ziehe jemand vor, dies durch das Nichteinreichen einer Einwendung zu unterlassen, so habe er seine Mitwirkungsrechte bei der Zonenplanung als solcher verwirkt, und sei er durch den Beschluss des Gemeinderates nicht formell beschwert und auch nicht zur Beschwerde legitimiert. Der Regierungsrat habe zu Unrecht die Legitimation von X. bejaht.

Unter dem Titel «Materielles und Rechtliches» wird weiter ausgeführt, der Beschwerdeführer sei Eigentümer der Liegenschaften GS Nr. 234 und 1259, B.. Die Liegenschaften würden weitgehend in der Bauzone liegen, im südlichen Bereich - vor der Zonenplanänderung - teilweise in der Landwirtschaftszone. Die bestehende Strasse ende vor der Liegenschaft GS Nr. 1259, weshalb diese noch nicht mit einer Zufahrtsstrasse erschlossen sei. Der allfällige Ausbau der Strasse bzw. der Bau der künftigen Nordzufahrt sei bereits durch den Baulinien- und Strassenplan mit Niveaulinienplan - Nordzufahrt - vom 30. Oktober 2002 gesichert. In Anerkennung seiner öffentlich-rechtlichen Verpflichtung, für überbaubare Liegenschaften in der Bauzone die Grundlagen der erforderlichen Erschliessung zu schaffen, habe der Gemeinderat K. beschlossen, denjenigen Teil des GS Nr. 1259, der bisher in der Landwirtschaftszone gelegen sei, im Rahmen einer kleinen Zonenplanänderung im einfachen Verfahren in die Wohnzone 1 umzuzonen. Der so in die Wohnzone umgezonte Bereich von GS Nr. 1259 überschneide sich mit der

vorerwähnten Baulinie für den allfälligen Bau der Nordzufahrt. Da die Vorschriften der Baulinien jenen der Zone vorgehen würden, dürften im umgezonten Bereich von GS Nr. 1259 entgegen den Befürchtungen des Regierungsrates keine Bauten und Anlagen erstellt werden, die den Baulinien widersprechen würden. Die Behauptung des Regierungsrates, mit der Umzoning könnte die gesamte Parzelle GS Nr. 1259 grundsätzlich mit Wohnhäusern überbaut und dadurch der Bau der Nordzufahrt verhindert werden, sei falsch und unbeachtlich. Vielmehr seien lediglich Bauten zulässig, die dem Zweck der Baulinien entsprechen würden.

C. Mit Vernehmlassung vom 8. August 2003 beantragt die Baudirektion im Auftrag des Regierungsrates die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge zu Lasten des Beschwerdeführers. Mit Vernehmlassung vom 19. August 2003 lässt auch X. beantragen, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers abzuweisen. Der Gemeinderat K. beantragt die Aufhebung des Regierungsratsbeschlusses vom 24. Juni 2003 und die Bestätigung der vom Gemeinderat beschlossenen Zonenplanänderung.

Aus den Erwägungen:

2. Umstritten ist vorerst die Frage, ob X. im Verfahren vor dem Regierungsrat beschwerdeberechtigt war oder nicht. Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, dass der Regierungsrat auf die Verwaltungsbeschwerde gar nicht hätte eintreten dürfen, weil X. im kommunalen öffentlichen Auflageverfahren bezüglich der Zonenplanänderung keine Einwendungen im Sinne von § 39 des Planungs- und Baugesetzes vom 26. November 1998 (BGS 721.11, PBG) angebracht habe. Damit habe er seine Mitwirkungsrechte bei der Zonenplanung als solche verwirkt. Er sei durch den Beschluss des Gemeinderates nicht mehr formell beschwert und daher auch nicht mehr zur Beschwerde legitimiert.

a) Sollen gemeindliche Bauvorschriften, Zonen- oder Bebauungspläne erlassen, geändert oder aufgehoben werden, lässt der Gemeinderat seinen Entwurf von der Baudirektion vorprüfen. Danach legt er den bereinigten Entwurf während 30 Tagen öffentlich auf. Die Auflage ist im Amtsblatt zweimal anzuzeigen (§ 39 Abs. 1 PBG). Während der Auflagefrist können beim Gemeinderat schriftlich Einwendungen erhoben werden. Die Berechtigung dazu ist unbeschränkt (§ 39 Abs. 2 PBG). Nach Ablauf der Auflagefrist stimmt die Einwohnergemeinde über die Anträge des Gemeinderates in Kenntnis der Einwendungen und der Vorbehalte der Baudirektion ab. Mit der Abstimmung sind die Einwendungen erledigt (§ 39 Abs. 3 PBG). Sofern die Baudirektion ihre Zustimmung erteilt hat, die Auflagefrist unbenutzt verstrichen ist und allfällige Einwendungen ohne Benachteiligung Dritter gütlich haben beigelegt werden können, beschliesst der Gemeinderat a) kleine Änderungen von rechtskräftigen Bauvorschriften, Zonen- und Bebauungsplänen; b) Bebauungspläne, welche nicht wesentlich von den ordentli-

chen Zonenvorschriften abweichen (§ 40 PBG) selber, ohne diese der Einwohnergemeinde vorzulegen. Die Vorprüfung durch die Baudirektion erfolgt nicht in der Form eines Entscheides, sondern es handelt sich um einen Brief, der Vorbehalte, Hinweise und Empfehlungen vermittelt, mit welchen die Einwohnergemeinde über die Chancen der Genehmigung durch den Regierungsrat vororientiert wird (vgl. hierzu Bericht und Antrag des Regierungsrates zur Totalrevision des Planungs- und Baugesetzes vom 9. September 1997, KRV 9311, S. 44). Während des Auflageverfahrens können alle Interessierten Einwendungen erheben. Bei diesen Einwendungen handelt es sich aber nicht um Einsprachen im Sinne von § 34 ff. VRG, und auch nicht um Beschwerden oder sonstige Rechtsmittel. Es ist eine Art formalisierter Mitwirkung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (SR 700, RPG). Diese Mitwirkung verlangt, dass sich die planende Behörde mit den Vorschlägen der Einwender materiell auseinandersetzen und dazu zumindest summarisch Stellung nehmen muss. Sie bedeutet aber nicht, dass ein Anspruch auf eine individuelle Beantwortung jeder Mitwirkungsangabe bestünde. Es genügt, wenn zu den Einwendungen in einem Bericht zusammenfassend Stellung genommen wird. Der Mitwirkungsanspruch im Sinne von Art. 4 Abs. 2 RPG ist nicht formeller Natur und er kann auch nicht verhindern, dass die zuständige Planungsbehörde Änderungen am Entwurf vornimmt (vgl. hierzu Muggli, Kommentar zum RPG, Art. 4 Ziff. 24 ff.). Aus der rechtlichen Qualifikation der Einwendungen als formalisierte Mitwirkung ergibt sich denn auch, dass nach der Regelung von § 39 Abs. 3 PBG mit der Abstimmung die Einwendungen endgültig erledigt sind. Hier gibt es kein ordentliches Rechtsmittel mehr.

b) Jeder Beschluss über den Erlass, die Änderung und die Aufhebung von gemeindlichen Bauvorschriften, Zonen- und Bebauungsplanänderungen ist vom Gemeinderat zweimal im Amtsblatt zu publizieren und während 20 Tagen öffentlich aufzulegen (§ 41 Abs. 1 PBG). Die Publikation nennt den Gegenstand des Beschlusses, enthält eine Rechtsmittelbelehrung und verweist auf die öffentliche Auflage (§ 41 Abs. 2 PBG). Während der Auflagefrist kann beim Regierungsrat Beschwerde erheben, wer von den Vorschriften oder Plänen berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Beschlusses der Einwohnergemeinde hat (§ 41 Abs. 3 PBG). Im Bericht im Antrag des Regierungsrates, a.a.O., S. 45, wird ausgeführt, dass die Beschwerdeberechtigung gemäss § 41 Abs. 1 PBG dem Art. 48 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021, VwVG) nachgebildet ist. Dieser Art. 48 VwVG sieht ebenfalls vor, dass zur Beschwerde berechtigt ist, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (lit. a).

c) Die Beschwerdebefugnis gemäss § 41 Abs. 3 PBG steht in keinem rechtlichen oder faktischen Zusammenhang zu dem Einwendungsverfahren gemäss § 39 Abs. 2 PBG. Das Einwendungsverfahren ist eine formalisierte

Mitwirkung des Bürgers im Planungsverfahren, die sich vor allem dadurch charakterisiert, dass jedermann – unabhängig davon, ob er durch eine besondere Nähe zum Planungsobjekt in seiner Rechtsstellung betroffen ist – Einwendungen erheben kann. Es besteht kein Anspruch auf eine individuelle Beantwortung der Einwendung in Form eines irgendwie anfechtbaren Entscheides. Mit dem Entscheid der Gemeindeversammlung, der von den Einwendungen bloss Kenntnis zu geben ist, ist das Einwendungsverfahren beendet. Gegen diese Art der Erledigung gibt es kein Rechtsmittel mehr. Anders präsentiert sich die rechtliche Situation bei der Beschwerdemöglichkeit gemäss § 41 PBG. Wer von dieser Beschwerdemöglichkeit Gebrauch machen will, braucht eine besondere Beziehungsnähe zum Planungsprojekt, d.h. er muss durch die Planung stärker betroffen sein als andere Einwohner und er muss rechtlich geschützte Interessen geltend machen können, die durch die Planung verletzt worden sind. Es handelt sich um eine klassische Verwaltungsbeschwerde, die auch den weiteren Rechtsmittelweg offen hält (im Falle einer staatsrechtlichen Beschwerde sogar bis an das Bundesgericht in Lausanne). Die Beschwerde nach § 41 Abs. 3 PBG steht sowohl gegen Beschlüsse des Gemeinderates wie auch gegen die Beschlüsse der Einwohnergemeinde(versammlung) zur Verfügung.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass X. nicht verpflichtet war, sich bereits im Planaufgaveverfahren mit Einwendungen am Verfahren zu beteiligen. Er verliert damit seine Legitimation im Sinne von § 41 Abs. 3 VRG nicht. Auch wenn er sich nicht mit Einwendungen beteiligt hat, kann er anschliessend gegen den Entscheid des Gemeinderates Beschwerde führen, sofern er eben durch die Pläne mehr als jeder Dritte berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung geltend machen kann. Der Hinweis des Beschwerdeführers, dass damit der Gemeindeversammlung als demokratisch zuständigem Organ unter Umständen die Entscheidungsbefugnis entzogen werden könnte, hilft nicht weiter. Auch wenn die Gemeindeversammlung entschieden hat, muss die Zonenplanänderung vom Regierungsrat genehmigt werden. Diesem steht es frei, die diesbezüglichen gemeindlichen Beschlüsse aufzuheben oder zu ändern, wenn sie seiner Meinung nach nicht mit dem eidgenössischen oder kantonalen Recht übereinstimmen. Die Entscheidungskompetenz der Gemeindeversammlung steht dabei also immer unter dem Vorbehalt der Konformität mit dem kantonalen bzw. eidgenössischen Recht. Anders ist zu verfahren, wenn etwa ein Bauvorhaben ausgeschrieben ist und sich der betroffene Nachbar nicht am Einspracheverfahren beteiligt. In diesem Fall verliert er das Beschwerderecht gegen die erteilte Baubewilligung. Eine solche Konstellation liegt hier nicht vor. Der Regierungsrat ist zu Recht auf die Beschwerde des Beschwerdegegners X. eingetreten.

3. Materiell umstritten ist die Frage, ob der Gemeinderat – trotz der von ihm selber festgesetzten, aber noch nicht rechtskräftigen Baulinien – befugt war, eine Zonenplanänderung vorzunehmen, die mit den beschlossenen Baulinien in Widerspruch geraten könnte.

a) Baulinien grenzen innerhalb des Baugebietes Flächen ab, die aus vielfältigen Gründen (Sicherung von Verkehrsanlagen und der Erschliessung) unüberbaut bleiben sollen, wobei diese Teilbauverbote grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen sind (Riva, Kommentar zum RPG, Art. 5 Rz 169). Die Hauptfunktion der Baulinie besteht damit in der Freihaltung von Land für Bauten und Anlagen im öffentlichen Interesse, deren Landbedarf sich nicht auf abgeschlossene Parzellen beschränkt. Baulinien stellen ein wichtiges Instrument für die verkehrsmässige Erschliessung dar (Walter Haller/Peter Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, 3. Auflage, Rz 244). Die Rechtswirkungen der Baulinie bestehen darin, dass im Baulinienbereich grundsätzlich nur Bauten und Anlagen erstellt werden dürfen, die dem Zweck der Baulinie nicht widersprechen, was im Allgemeinen auf ein Bauverbot hinausläuft (Haller/Karlen, a.a.O., Rz 345).

b) Gemäss dem zugerischen PBG, in der Fassung vom 27. März 2003, sichern Baulinien-, Niveaulinien sowie Strassenpläne Strassen, Trassen, Wege und Plätze und halten Räume frei, insbesondere für bestehende oder künftige Verkehrsanlagen. Sie dienen der Gestaltung des Verkehrsraumes und des Siedlungsgebietes (§ 31 Abs. 1 PBG). Wer für die Verkehrsanlage zuständig ist, erlässt die erforderlichen Baulinien- oder Strassenpläne (§ 31 Abs. 2 PBG). Gemäss § 34 Abs. 1 PBG sind im Baulinienraum von der öffentlichen Auflage an Neu- und wesentliche Umbauten sowie mit dem späteren Zweck des Landes in Widerspruch stehende Änderungen unzulässig. Es ist gerichtsnotorisch, dass Planfestsetzungsverfahren für Baulinien in den meisten Fällen längere Zeit beanspruchen, weshalb ein öffentliches Interesse an einer raschen Inkraftsetzung des neuen Rechts besteht.

c) Der Gemeinderat K. hat den Baulinien- und Strassenplan mit Niveaulinienplan für die «Nordzufahrt B.» vom 22. Juni bis zum 23. Juli 2002 öffentlich aufgelegt und die Baulinien am 30. Oktober 2002 beschlossen. Gleichzeitig wies er die eingereichten Einsprachen ab. Gegen diesen Beschluss wurden verschiedene Beschwerden eingereicht, so dass der Baulinienplan noch nicht rechtskräftig ist. Die Tatsache der zur Zeit noch fehlenden Rechtskraft ist hier jedoch insofern nicht von grösserer Tragweite, als ja gemäss § 34 PBG der Baulinienraum schon vom Zeitpunkt der öffentlichen Planaufgabe an Wirkung entfaltet. Solange die Baulinien noch nicht rechtskräftig sind, darf in ihrem Bereich weder geplant noch irgendetwas gebaut werden, was mit der künftigen Nutzung in Widerspruch stehen könnte.

Bei der vorliegenden Zonenplanänderung handelt es sich um einen unzulässigen Eingriff in ein noch nicht abgeschlossenes Baulinien- und Strassenplanverfahren. Mit der «Nordzufahrt» kommt der Gemeinderat K. seiner Pflicht zur Erschliessung des eingezonten Teils des GS 1259 nach, auch wenn der entsprechende Baulinien- und Strassenplan noch nicht rechtskräftig ist. Hierfür braucht es keine zusätzliche Umzonung. Es ist dabei nicht zu beanstanden, dass der Gemeinderat und der Beschwerdeführer bereits heute

die Erschliessung des GS 1259 gemeinsam planen und darauf achten, dass die Pläne für die Zufahrt zur GS 1259 nach der Rechtskraft der Nordzufahrt nicht mehr verändert werden müssen. Solange jedoch die Baulinienpläne für diese Nordzufahrt nicht rechtskräftig sind, kann eine solche Erschliessungsplanung nicht konkretisiert werden. Würde man die umstrittene Zonenplanänderung zulassen, so würde dies im Ergebnis dazu führen, dass Teile der Nordzufahrt bereits realisiert werden könnten, obwohl die entsprechenden Baulinien und Strassenpläne noch nicht in Rechtskraft erwachsen sind, d.h. man könnte die ganze Nordzufahrt gleichsam scheinbarweise realisieren. Die sofortige Wirkung der Baulinie von ihrer Auflage an, richtet sich nicht nur gegen die betroffenen Grundeigentümer, sondern auch gegen die Gemeinde selber, der es in diesem Fall ebenfalls nicht mehr gestattet ist, über das Bauliniengebiet planerisch anderweitig zu entscheiden. Dem Beschwerdeführer wird nichts anderes übrig bleiben, als nach der Rechtskraft des Baulinienplanes für die Nordzufahrt eine diesem Plan entsprechende Erschliessung für sein GS 1259 zu planen und zu realisieren. Zum jetzigen Zeitpunkt ist dies planerisch nicht möglich. Der Beschluss des Regierungsrates erweist sich daher als korrekt, so dass die Beschwerde abgewiesen werden muss. Dass der Beschwerdeführer und der Gemeinderat bereits heute die technische Planung der künftigen Erschliessung gemeinsam an die Hand nehmen, erscheint als sinnvoll, und wird im Anschluss an das Baulinien- und Strassenplanverfahren der Nordzufahrt einen erheblichen Zeitgewinn darstellen. Eine vorzeitige Zonenplanänderung und Realisierung ist aber nicht möglich.

Verwaltungsgericht, 28. Oktober 2003

3. Sozialversicherung

Art. 52 AHVG. – Dienen gewisse Handlungen, die eine Person nach Niederlegung des Verwaltungsratsmandates für eine Gesellschaft noch tätigt, nachweislich nur der Mandatsliquidation, kann nicht von faktischer Organstellung gesprochen werden, und die Person erscheint nicht weiter als haftbar. Bereitet ein zurückgetretenes Organ einer juristischen Person die Begleichung der ausstehenden Sozialversicherungsbeiträge noch vor, kann es die Zahlung mangels Organstellung aber nicht mehr rechtsverbindlich veranlassen, kann weder von einem im Sinne von Art. 52 AHVG erforderlichen Verschulden gesprochen werden, noch ist der Kausalzusammenhang zwischen seinem Verhalten und dem eingetretenen Schaden gegeben.

Aus dem Sachverhalt:

Zufolge Konkurs der S.W.H. AG wurden unter anderem auch die früheren Verwaltungsräte L.R. und E.S. von der zuständigen Ausgleichskasse zur Verantwortung gezogen.

Aus den Erwägungen:

7. ...

b) Für die Beurteilung der Frage, bis wann die Beklagten als Organe der konkursiten S.W.H. AG zu betrachten sind, ist ihr Tun nach dem 2. November 2000, resp. nach dem 4. Dezember 2000 näher in Betracht zu ziehen. Die Beklagten berufen sich auf die Praxis des EVG, konkret auf den Entscheid BGE 112 V 1. Demgemäss deutet die Vornahme gewisser Handlungen nach Mandatsniederlegung nicht in jedem Falle darauf hin, dass der Betroffene die Geschäftsführung der Gesellschaft über den fraglichen Zeitpunkt hinaus noch massgeblich beeinflussen konnte und somit als faktisches Organ zu betrachten war. Entscheidend ist, ob er glaubhaft machen kann, dass diese Handlungen nur noch der Liquidation seines Mandates im Sinne der Erfüllung einer Sorgfaltspflicht dienten. In casu führten die Beklagten aus, die Übertragung der Aktien an die Nachfolger sei an Auflagen gebunden gewesen. Die Auflagen, gewisse offene Fragen mit der Ausgleichskasse und allenfalls der Hausbank zu klären, erscheinen nicht als praxisfremd. Es erscheint dem Gericht als glaubhaft, dass die Beklagten, als Auflage aus dem Aktienverkauf, noch die Aufgabe übernommen hatten, einen weiteren, kurzen Zahlungsaufschub für die AHV-Beiträge zu erwirken, bis die Gelder aus dem nachweislich gewonnenen Zivilprozess auf dem Konto der Konkursitin eingetroffen sein würden. Ist eine weitergehende Organstellung der Beklagten nicht belegt und nicht belegbar, umfasst ihre Haftung lediglich noch die Beiträge bis und mit Oktober 2000.

8. ...

Andererseits erscheint der Hinweis der Beklagten auf die von der Kasse gewährten Zahlungsaufschübe im Lichte der Praxis des EVG (BGE 108 V 183 und 124 V 253) als beachtenswert. Zwar ist mit Verweis auf BGE 108 V 202 festzustellen, dass gewährte Zahlungsaufschübe das Verschulden der Organe nicht unbeachtlich werden lassen. Zudem fiel der im Mai 2000 von der Kasse gewährte Ratenplan zufolge ungenügender und verspäteter Ratenzahlungen wieder dahin. Hingegen gewährte die Kasse der Gesellschaft auf Bemühen der Beklagten hin und unter Verweis auf Geldeingänge auf das Konto der Gesellschaft im Dezember 2000, als die Beklagten ihre Verwaltungsratsmandate bereits niedergelegt hatten, noch einmal einen Zahlungsaufschub. Dies erstaunt etwas und hat hinsichtlich der Beurteilung der Beklagten im vorliegenden Verfahren durchaus Bedeutung. Die fraglichen Gelder trafen, wenn auch in geringerem Umfang, auf dem Konto der konkursiten S. W. H. AG auch ein und die Begleichung aller bis zu diesem Datum angefallenen Ausstände wäre den Beklagten ohne weiteres möglich gewesen, hätten sie über die Konten noch verfügen können. Die Möglichkeit war ihnen aber, wie auch die Akten zeigen, ab 4. Dezember 2000 gänzlich verwehrt. Dass die Beklagten die Ausstände der Klägerin beglichen hätten, wenn sie es gekonnt hätten, darf ihnen geglaubt werden. In diesem Falle aber könnte ihnen nichts angelastet werden. War die Klägerin im Dezember 2000 bereit, den Beklagten einen weiteren Aufschub zu geben, erschiene es als völlig stossend, den Beklagten, die wie erwähnt ab 4. Dezember 2000 nicht mehr über die Geschäftskonten verfügen konnten, das Verhalten ihrer Nachfolger anzurechnen und sie für einen Ausstand, den zu beheben sie sich eingesetzt hatten, haftbar zu machen. In Würdigung dieser Überlegungen kommt das Gericht zum Schluss, den Beklagten könne dafür, dass die von ihnen vorbereitete Begleichung der Ausstände der Klägerin von den Nachfolgern nicht ausgeführt wurde, kein Verschulden angelastet werden.

9. Der Schaden kann vorliegend und unter Verweis auf Ziff. 6 der Erwägungen als erstellt betrachtet werden. Durch die Nichtabrechnung und Nichtbezahlung der Beiträge gilt aArt. 14 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV als verletzt, die Rechtswidrigkeit erscheint somit als erstellt. Zwischen dem eingetretenen Schaden und dem pflichtwidrigen Verhalten des Verantwortlichen muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Nach ständiger Praxis gilt ein Ereignis als adäquate Ursache eines Erfolgs, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen. In casu ist den Beklagten wohl ein gewisses Verschulden zum Vorwurf zu machen, hingegen kann ihnen, wie obig dargelegt, nicht angelastet werden, dass die Ausstände, deren Begleichung sie in die Wege leiteten, von ihren Nachfolgern schliesslich nicht beglichen wurden. Die Begleichung selbst vorzunehmen waren sie nach ihrer Mandatsniederlegung nicht mehr im Stande. Wäre mit den im Dezember 2000 auf dem Konto der konkursiten S. W. H. AG eingegangenen Geldbeträgen, wie von den Beklagten mit

der Klägerin vereinbart, vorerst die längst fälligen Sozialversicherungsbeiträge bezahlt worden, wäre der Klägerin kein resp. ein erheblich geringerer Schaden entstanden. Somit kann die Verursachung des Schadens in Beachtung der obigen Erwägungen nicht den Beklagten L.R. und E.S. angelastet werden. Die Kausalität ihres Tuns zum entstandenen Schaden ist demzufolge vorliegend zu verneinen. Damit erscheint der Vorwurf der absichtlichen oder grobfahrlässigen Schädigung der Klägerin im Sinne von Art. 52 AHVG an die Beklagten L.R. und E. S. nicht gerechtfertigt. Dies führt zur Abweisung der Klage.

Verwaltungsgericht, 27. November 2003

Beweiswürdigung. Beweiswert eines Gutachtens, bei dem die psychiatrische Untersuchung einer fremdsprachigen Versicherten ohne Beizug eines Dolmetschers stattgefunden hat (Erw. 4).

Aus dem Sachverhalt:

A. G.B., Jahrgang 1971, arbeitete von Mai 1998 bis August 2000 als Haushaltsangestellte für das Seminar X. in Y.. Im August 1999 rutschte sie in der Badewanne aus und schlug sich beim Sturz das Kreuz und eventuell den Kopf an. Der zuständige Unfallversicherer nahm Abklärungen vor (insbesondere Gutachten des Dr. med. S., leitender Arzt der Rheumatologie des Kantonsspitals L., vom 25. Mai 2000 sowie Konsiliarbericht des Dr. med. H., Facharzt Neurologie FMH, aus A., vom 5. Dezember 2000) und erbrachte bis Ende März 2001 Leistungen. Am 14. Dezember 2000 meldete sich G.S.B. bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug an, worauf die IV-Stelle Zug die Akten des Unfallversicherers und einen Bericht des ehemaligen Arbeitgebers vom 29. Januar 2001 beizog. Die IV-Stelle nahm eine berufliche Abklärung vor und holte im Weiteren verschiedene ärztliche Berichte ein. Überdies veranlasste sie eine Begutachtung durch die Medizinische Abklärungsstelle (MEDAS) Zentralschweiz (Gutachten vom 5. April 2002 mit rheumatologischem Konsilium vom 5. März 2002 sowie psychiatrischem Konsilium vom 6. März 2002). Nach erfolgtem Vorbescheid verneinte die IV-Stelle mit Verfügung vom 18. Juni 2002 den Anspruch auf eine Rente und auf berufliche Massnahmen, da weder eine drohende noch eine bereits eingetretene Invalidität bestehe.

B. Gegen diese Verfügung liess G.S.B. am 21. Oktober 2002 Beschwerde einreichen und beantragen, in Aufhebung der Verfügung sei die Beschwerdesache an die IV-Stelle zurückzuweisen, damit diese nach zusätzlichen medizinischen und allenfalls beruflichen Abklärungen erneut über den Rentenanspruch befinde und es sei ihr eine angemessene Parteientschädigung zu

Lasten der IV-Stelle auszurichten. Zur Begründung führte der Rechtsvertreter unter anderem aus, umstritten sei, ob bei der Beschwerdeführerin eine psychische Gesundheitsstörung vorliege, die sich auf die Arbeitsfähigkeit auswirke. Die Beschwerdeführerin leide im Wesentlichen unter Schmerzen im Kreuz mit Ausstrahlungen über den Nacken bis in den Hinterkopf und in das linke Bein sowie unter extremen Schlafstörungen. Diese chronischen Schmerzen würden sie nervös und aggressiv machen. Die Verständigungsmöglichkeiten auf Deutsch seien ordentlich, nach Ansicht des begutachtenden Psychiaters recht gut. Dies sei aber für eine psychiatrische Untersuchung nicht ausreichend. Bei Exploranden fremder Muttersprache müsse die Anwesenheit eines geeigneten Dolmetschers als absolutes Minimum betrachtet werden. Neben den Verständigungsmöglichkeiten sei auch der kulturelle Hintergrund des Exploranden von zentraler Bedeutung, um sich in die Lage der zu untersuchenden Person versetzen zu können. Weil die Gutachter diesen allgemein anerkannten medizinischen Grundsatz nicht befolgt hätten, fehle eine entscheidende Grundlage für ihre Beurteilung. Eine gutachterliche Untersuchung ohne Kenntnisse der Sprache und der Kultur des Exploranden sei nicht zuverlässig und damit nicht rechtsgenügend. Aus diesem Grund sei dem Konsiliarbericht und dem Gutachten, das sich darauf abstütze, kein Beweiswert zuzuerkennen.

Aus den Erwägungen:

4. ...Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung besagt nicht, dass der Richter freies Ermessen hat, sondern lediglich dass er an keine förmlichen Beweisregeln gebunden ist. Die freie Beweiswürdigung verlangt, dass das Gericht aufgrund des gesamten verfahrensmässig korrekt erhobenen Beweismaterials sich eine Auffassung darüber erarbeitet, ob die in Frage stehenden Tatsachen mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachgewiesen sind oder nicht. Das Gericht hat alle Umstände zu berücksichtigen, die einen Schluss auf das Vorhandensein einer zu beweisenden Tatsache zulassen. Bezüglich des Beweiswertes eines medizinischen Berichts ist die entsprechende Praxis des EVG zu beachten.

a) ...

b) Die Beschwerdeführerin lässt am MEDAS-Gutachten beanstanden, dass die psychiatrische Untersuchung ohne den Beizug eines Dolmetschers stattgefunden habe. Ohne den Beizug eines Dolmetschers sei aber die psychiatrische Untersuchung nicht ausreichend. Bei Exploranden mit fremder Muttersprache sei die Anwesenheit eines geeigneten Übersetzers als das absolute Minimum zu betrachten. Neben den Verständigungsmöglichkeiten sei auch die Kenntnis des kulturellen Hintergrunds des Exploranden von zentraler Bedeutung, um sich in die Lage der zu untersuchenden Person versetzen zu können. Indem die Gutachter diesen allgemein anerkannten medizinischen Grundsatz nicht befolgt hätten, fehle ihrer Beurteilung eine

entscheidende Grundlage. Eine gutachterliche Untersuchung ohne Kenntnis der Sprache und Kultur des Exploranden sei nicht zuverlässig und rechtsgenügend. Dem Konsiliarbericht und dem sich darauf abstützenden Gutachten könne deshalb kein Beweiswert zuerkannt werden.

c) Wichtig ist, dass sich bei der Erstellung eines psychiatrischen Gutachtens die versicherte Person umfassend und klar ausdrücken kann. Die einwandfreie Kommunikation zwischen der begutachtenden und der versicherten Person stellt eine unabdingbare Voraussetzung dar, damit eine Gesprächsgrundlage zwischen den Beteiligten geschaffen wird, gestützt auf die in der Folge eine aussagekräftige Beurteilung des gesundheitlichen Schadens und der entsprechenden Arbeitsfähigkeit vorgenommen werden kann (vgl. hierzu auch SVR 2000 IV Nr. 5 Erw. 3 f). Entgegen der Ansicht des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin ist es aber nicht so, dass in allen Fällen, bei denen Personen mit einer fremden Muttersprache beteiligt sind, Dolmetscher beigezogen werden müssen. Entscheidend ist vielmehr, dass eine einwandfreie Kommunikation mit dem jeweiligen Experten möglich ist und dass die Untersuchung ohne grössere sprachliche Barrieren zu einem umfassenden und fundierten Ergebnis kommen kann (vgl. hierzu EVGE vom 17. September 2002, I 54/02, Erw. 2.1 f.). Ist der Gutachter in der Lage, auch ohne Beizug eines Dolmetschers eine verlässliche Einschätzung als Sachverständiger abzugeben, so ist der Beizug eines solchen nicht unabdingbar. Der Beizug eines Dolmetschers ist in der Regel auch vor der Durchführung einer gutachterlichen Exploration zu verlangen. Kommt der Gutachter selber zum Schluss, dass ohne den Beizug eines Dolmetschers eine ausreichende Verständigung nicht möglich ist, so wird er mit Sicherheit den Beizug eines solchen verlangen. Ergeben sich bei der Kommunikation Probleme, so wird darauf in aller Regel im Gutachten hingewiesen.

d) Im vorliegenden Fall wurde die Beschwerdeführerin verschiedentlich fachärztlich begutachtet. Soweit aus den Akten ersichtlich, war sie nur bei der Begutachtung durch Dr. S. im Mai 2000 von einer Bekannten als Dolmetscherin begleitet. Die Begutachtungen durch Dr. H., Dr. A., Dr. J., Dr. M. und Dr. K. fanden allesamt ohne den Beizug eines Dolmetschers statt. Keiner dieser Ärzte äusserte den Verdacht, dass sich die Beschwerdeführerin wegen mangelnder Sprachkenntnisse nicht umfassend zu ihrer Anamnese und zu ihren Beschwerden geäussert hätte. Auch die Besprechung mit der IV-Berufsberaterin war ohne erwähnenswerte sprachliche Probleme möglich. Im Rahmen des MEDAS-Gutachtens erwähnte Dr. K. zu Beginn der Rubrik «Angaben der Versicherten», dass diese recht ordentlich deutsch spreche. Auffallend ist denn auch, dass die Angaben der Beschwerdeführerin zu Familien-, Sozial- und Berufs- und zur persönlichen Anamnese sowie zu ihren Leiden und Klagen immerhin ganze fünf Seiten umfassen. Nirgendwo ist erwähnt, dass die Beschwerdeführerin sich nicht ausführlich und widerspruchsfrei hätte äussern können. Auch bei der Erhebung der Anamnese durch den psychiatrischen Konsiliarius weist die detaillierte und ausführliche

Wiedergabe der Angaben der Beschwerdeführerin darauf hin, dass eine Kommunikation ohne wesentliche sprachliche Probleme möglich war. Doktor M. hält denn auch ausdrücklich fest, dass die Beschwerdeführerin – bei intakter Intelligenz – recht gut Deutsch spreche und sich auch recht gut assimiliert habe.

Alle diese Fakten lassen nicht darauf schliessen, dass es irgendwelche Verständigungsschwierigkeiten gegeben hätte, die einen Einfluss auf die Schlussfolgerungen der Gutachter gehabt haben könnten. Vielmehr muss angenommen werden, dass es der Beschwerdeführerin ohne Weiteres möglich war, mit den untersuchenden Fachleuten ohne Probleme zu kommunizieren. Sie konnte adäquat über ihr Leben und ihre gesundheitlichen Probleme berichten. Aufgrund der Unterlagen und der persönlichen Angaben der Beschwerdeführerin konnte der psychiatrische Konsiliarius ein korrektes psychopathologisches Zustandsbild von ihr erheben. Die Ausführungen in den Unterlagen lassen in keiner Weise den Schluss zu, dass es zu relevanten Verständigungsschwierigkeiten gekommen wäre. Es besteht kein Grund, wieso dem Gutachten der MEDAS für die Beurteilung des vorliegenden Falles nicht entscheidende Bedeutung bei der Beweiswürdigung zuerkannt werden sollte.

Nachdem die MEDAS festgestellt hat, dass die Beschwerdeführerin weder in ihrer bisherigen noch in ihrer aktuellen Beschäftigung in wesentlichem Ausmass arbeitsunfähig ist, erübrigt sich die weitere Prüfung der Angelegenheit. Die angefochtene Verfügung, welche die Schlussfolgerungen des MEDAS-Gutachtens übernimmt, erweist sich als korrekt und die Beschwerde muss abgewiesen werden.

Verwaltungsgericht, 25. April 2003

Eine gegen diesen Entscheid beim Eidgenössischen Versicherungsgericht erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde mit Urteil vom 21. Oktober 2003 abgewiesen.

*Art. 17 Abs. 1, Art. 30 Abs. 1 lit. c und Art. 30 Abs. 3 AVIG; Art. 45 Abs. 2 AVIV.
Pflicht zur Stellensuche während der Kündigungsfrist. Einstellung in der
Anspruchsberechtigung bei ungenügenden Arbeitsbemühungen während
einer Kündigungsfrist von fünf Monaten.*

Aus den Erwägungen:

...

2. Gemäss Art. 17 Abs. 1 AVIG muss der Versicherte, der Versicherungsleistungen beanspruchen will, mit Unterstützung des zuständigen Arbeitsamtes alles Zumutbare unternehmen, um Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zu verkürzen. Insbesondere ist er verpflichtet, Arbeit zu suchen, nötigenfalls auch ausserhalb seines bisherigen Berufes. Er muss seine Bemühungen nachweisen können.

Das Gesetz verankert die Pflicht zur Schadensminderung, somit muss sich der Versicherte bereits vom Zeitpunkt der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses bzw. schon vor der Meldung beim Arbeitsamt intensiv um eine neue Arbeitstelle bemühen, notfalls auch ausserhalb seines bisherigen Berufes (ARV 1982, Nr. 4, S. 40). Ob er sich um die Hilfe des Arbeitsamtes bemüht bzw. ob er sie erhalten hat, spielt insofern keine Rolle, als es einem Versicherten klar sein muss, dass er alle Anstrengungen zu unternehmen und jede zumutbare Gelegenheit zu ergreifen hat, um eine bestehende oder drohende Arbeitslosigkeit zu beenden bzw. zu verhindern. Wie in den übrigen Bereichen der Sozialversicherung hat auch bei der Arbeitslosenversicherung der Versicherte sein Möglichstes zur Schadensminderung von sich aus, d.h. ohne besondere Aufforderung durch eine Arbeitsstelle oder Abgabe eines Merkblattes, vorzukehren (ARV 1980, Nr. 44, S. 109).

3. Der Versicherte ist gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG in der Anspruchsberechtigung einzustellen, wenn er sich persönlich nicht genügend um zumutbare Arbeit bemüht. Artikel 30 Abs. 1 lit. c AVIG sanktioniert eine Verletzung der in Art. 17 Abs. 1 AVIG statuierten Schadensminderungspflicht, insbesondere auch der Pflicht, sich genügend um Arbeit zu bemühen. Mittels Einstellung in der Anspruchsberechtigung soll dieser Pflicht zum Durchbruch verholfen werden. Dabei handelt es sich nicht um eine strafrechtliche, sondern eine verwaltungsrechtliche Sanktion (BGE 123 V 151 Erw. 1c; ARV 1990, Nr. 20, S. 134 Erw. 2b; Gerhards, Kommentar zum AVIG, Bd. I, N. 2 zu Art. 30). Mit der Verknüpfung von Schadensminderungspflicht und Sanktion will das AVIG Arbeitslose zur Stellensuche anspornen. Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung soll den Versicherten davon abhalten, die Arbeitslosenversicherung missbräuchlich in Anspruch zu nehmen. Wenn er sich nicht genügend um Arbeit bemüht, nimmt er in Kauf, länger arbeitslos zu bleiben. Dadurch erwächst der Versicherung insofern ein Schaden, als sie länger Leistungen erbringen muss. Zweck der Einstellung in der Anspruchsberechtigung ist eine angemessene Mitbeteiligung des Versicherten an die-

sem Schaden, den er durch sein pflichtwidriges Verhalten der Arbeitslosenversicherung natürlich und adäquat kausal verursacht hat (BGE 122 V 40 Erw. 4c/aa und 44 Erw. 3c/aa; Gerhards, a.a.O., N. 2 und 51 zu Art. 30). Ohne die einstellungsrechtliche Sanktion käme Art. 17 Abs. 1 AVIG im Taggeldrecht nicht zum Tragen. Wüsste nämlich eine arbeitslose Person zum Voraus, dass ungenügende Bemühungen bezüglich ihrer Leistungen keine Folgen zeitigten, fehlte ein wesentlicher Ansporn, dem gesetzlichen Gebot zur Stellensuche nachzuleben (BGE 124 V 228 Erw. 2b).

4. Bei der Beurteilung der Frage, ob sich ein Versicherter genügend um zumutbare Arbeit bemüht hat, ist sowohl die Quantität, wie auch die Qualität seiner Bewerbungen von Bedeutung (BGE 120 V 76 Erw. 2). Erweisen sich die Bemühungen als ungenügend, hat die erwähnte Einstellung in der Anspruchsberechtigung zu erfolgen (Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG). Die Dauer der Einstellung richtet sich nach dem Grad des Verschuldens (Art. 30 Abs. 3 AVIG) und beträgt nach Art. 45 Abs. 2 AVIV in seiner Fassung vom 6. November 1996 (in Kraft seit 1. Januar 1997) 1 bis 15 Tage bei leichtem, 16 bis 30 Tage bei mittelschwerem und 31 bis 60 Tage bei schwerem Verschulden.

Der Beschwerdeführer weist für die Zeit vor seiner Anmeldung nur eine geringe Zahl von Bewerbungen nach. Diese stammen zudem alle aus dem letzten Monat vor der Arbeitslosigkeit, obwohl der Beschwerdeführer fünf Monate in gekündigter Stellung war. Am 23. September 2002, also kurz vor Eintritt der Arbeitslosigkeit, hat sich der Beschwerdeführer auf diverse Stelleninserate von Personalvermittlungsfirmen gemeldet. Auch wenn man die Arbeitsbemühungen auf ein Inserat der X. AG und zwei weitere Inserate aus dem Amtsblatt, deren Umstände nicht mehr genau nachvollziehbar sind, mitberücksichtigt, ist dies trotzdem quantitativ deutlich ungenügend, verlangen doch einige Kassen durchschnittlich 10 bis 12 Bemühungen im Monat (Gerhards, a.a.O., N. 15 zu Art. 17). Der Beschwerdeführer macht zwar geltend, er habe sich in den Medien und in seinem Bekanntenkreis nach offenen Stellen umgesehen. Es erfolgte aber keine ausser der erwähnten Arbeitsbemühungen schriftlich. In qualitativer Hinsicht wären solche aber für eine schnelle Wiederanstellung vorteilhafter gewesen. Ausserdem müssen gemäss Art. 17 Abs. 1 AVIG die Arbeitsbemühungen nachgewiesen werden können. Massgebend ist einzig die ausreichende Intensität der Bemühungen und nicht deren Erfolg. Auch ein höheres Alter entbindet nicht von intensiven Arbeitsbemühungen.

Die von der Verwaltung verfügte Einstellung liegt im oberen Bereich des leichten Verschuldens. Sie stützt sich dabei auf das Einstellraster im Kreisreiben über die Arbeitslosenentschädigung vom Januar 2002, Teil D. Demnach werden ungenügende Arbeitsbemühungen während der Kündigungsfrist gestützt auf Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG und Art. 45 Abs. 2 und 2bis AVIV bei einer einmonatigen Kündigungsfrist mit 3 bis 4, bei einer zweimonatigen Kündigungsfrist mit 6 bis 8 und ab einer dreimonatigen Kündi-

gungsfrist mit 9 bis 12 Tagen sanktioniert. Dieses Einstellraster soll eine rechtsgleiche Handhabung des Ermessensspielraumes der Verwaltung garantieren. Dass die Arbeitslosenkasse das Maximum der Einstelltage in diesem Raster ausgeschöpft hat, ist nicht zu beanstanden. Die Kündigungsfrist von fünf Monaten dauerte relativ lange und die nachgewiesenen Arbeitsbemühungen waren gering und auf den letzten Monat beschränkt. Die verfügte Einstellung ist somit rechtens und trägt den gesamten Umständen des Falles angemessene Rechnung. Somit muss die Beschwerde abgewiesen werden. Im Übrigen ist das Verfahren kostenlos (Art. 61 Abs. 1 lit. a ATSG).

Verwaltungsgericht, 21. August 2003

§ 11 Abs. 1 Gesetz betr. individuelle Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung (PvKG). – Das Sozialamt, das für eine Person Sozialhilfe ausgerichtet und das für diese Person nach Fristablauf gemäss § 11 Abs. 1 PvKG ein Gesuch um Prämienverbilligung deponiert, erhält die volle Prämienverbilligung für das ganze Jahr vergütet, wenn es auch erst nach Fristablauf nach § 11 Abs. 1 PvKG vom Anspruch auf Sozialhilfe erfuhr.

Aus dem Sachverhalt:

A. Mit Schreiben vom 30. August 2002 stellte das Sozialamt Zug (nachfolgend Sozialamt) im Namen von R.B. das Gesuch um individuelle Prämienverbilligung in der Krankenversicherung für das Jahr 2002. In teilweiser Gutheissung des Gesuchs gewährte die Ausgleichskasse des Kantons Zug mit Verfügung vom 26. November 2002 eine Prämienverbilligung resp. den vollumfänglichen Prämienerrlass für die Zeit vom September bis Dezember 2002. Gegen diese Verfügung erhob das Sozialamt am 5. Dezember 2002 Einsprache und stellte den Antrag, die Prämienverbilligung sei rückwirkend für das ganze Jahr 2002 zu gewähren. Gegen den negativen Einspracheentscheid erhob das Sozialamt Beschwerde an das Verwaltungsgericht.

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss § 1 PvKG soll den beitragsberechtigten Personen durch die Verbilligung der Prämien in der Krankenpflegeversicherung ein angemessener Versicherungsschutz zu finanziell tragbaren Bedingungen gewährleistet werden. Die Ausgleichskasse und die Gemeindestellen für Krankenversicherung sorgen dabei zusammen mit den Krankenversicherern für eine angemessene Information der Bevölkerung über die Möglichkeiten der Prämienverbilligung (§ 8 Abs. 1 PvKG). Für Personen, die aufgrund der massgebenden Steu-

erwerbe mutmasslich Anspruch auf Prämienverbilligung haben, erstellt die Ausgleichskasse zu Beginn des Jahres eine Bescheinigung (§ 10 Abs. 1 PvKG). Personen, welche Anspruch auf Prämienverbilligung erheben, reichen die Bescheinigung zusammen mit dem Versicherungsnachweis bis zum 31. März bei jener Gemeinde ein, wo sie am 1. Januar des Jahres Wohnsitz hatten (§ 11 Abs. 1 PvKG). Die Frist zur Gesuchstellung kann im Einzelfall durch die zuständige Gemeindebehörde aus wichtigen Gründen bis zum 30. Juni des Jahres, für welches der Anspruch geltend gemacht wird, mit dem schriftlichen Hinweis verlängert werden, dass Ansprüche verirken, wenn sie nach Ablauf dieser Frist geltend gemacht werden (Abs. 2).

....

4. Vorliegend fallen die Person des Anspruchsberechtigten und die Person des Gesuchstellers im Sinne des PvKG auseinander. Anspruchsberechtigter ist R. B.. Als Gesuchsteller, später Beschwerdeführer, trat das Sozialamt der Stadt Zug in Erscheinung.

....

5. Ist erstellt, dass weder der Anspruchsberechtigte noch der Gesuchsteller die Fristen nach § 11 Abs. 1 und 2 PvKG einhielten, und dass in der Person des Anspruchsberechtigten keine Gründe für eine Wiederherstellung der Frist zu finden sind, müsste der Anspruch auf Prämienverbilligung an sich als verirkt betrachtet werden. Allerdings ist zu prüfen, ob die vorliegende Konstellation – der Anspruchsberechtigte ist Sozialhilfeempfänger und wird deshalb bei der Gesuchstellung durch das Sozialamt vertreten, welches, zufolge Bevorschussung der Krankenkassenprämien, seinerseits als Leistungsempfänger Anspruch auf die Prämienvergütung erhebt – speziell geregelt ist oder aber nach einer speziellen Regelung ruft.

a) Paragraph 7 PvKG regelt Sonderfälle der Prämienverbilligung. Absatz 2 statuiert, bei Personen, die Ergänzungsleistungen zur AHV/IV oder wirtschaftliche Sozialhilfe nach § 19 und § 20 des Gesetzes über die Sozialhilfe im Kanton Zug vom 16. Dezember 1982 bezögen, würde die massgebende Prämie voll vergütet, so die übrigen Voraussetzungen der Anspruchsberechtigung erfüllt seien. Spezielle Verfahrensbestimmungen sieht das Gesetz für die Sonderfälle nach § 7 PvKG nicht vor.

b) In der Praxis ergab sich, dass die Konstellation des Auseinanderfallens von Anspruchsberechtigtem und Gesuchsteller Situationen zeitigen kann, die verfahrensrechtlich nach einer speziellen Lösung rufen. Wie obig angesprochen enthält das Gesetz für den Fall, dass ein Sozialamt für einen Sozialhilfeempfänger für die Prämien in Pflicht genommen wird und den Anspruch auf Prämienverbilligung unterjährig vorbringen müsste, keine Regelung. Es stellt sich die Frage, ob das Gesetz diesbezüglich eine Lücke aufweist. Eine Gesetzeslücke liegt vor, wenn sich eine gesetzliche Regelung als unvollständig erweist, weil das Gesetz auf eine bestimmte Frage keine Antwort gibt. Der

Gesetzgeber muss die Frage also übersehen und darf sie nicht etwa stillschweigend mitentschieden haben. Bevor eine ausfüllungsbedürftige Lücke angenommen werden darf, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob das Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung nicht eine bewusst negative Antwort des Gesetzes bedeutet, das heisst ein so genanntes qualifiziertes Schweigen darstellt (Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundrisse des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage, Zürich 1998, RN 192 ff.). Vorliegend ist das Sozialamt, der Beschwerdeführer, Gesuchsteller und Leistungsempfänger, nicht aber Anspruchsberechtigter. Die Regelung dieser Situation ist dem Gesetzgeber offensichtlich entgangen, ansonsten die interessierten Stellen, die Ausgleichskasse wie das kantonale Sozialamt, sich nicht veranlasst gesehen hätten, zu den sich diesbezüglich stellenden Fragen das Gespräch zu suchen, die Ausgleichskasse ihrerseits sich nicht gehalten gesehen hätte, in Absprache mit dem kantonalen Sozialamt eine entsprechende Praxis zu entwickeln. Damit versuchten die genannten Stellen, die vorliegende, echte Gesetzeslücke zu schliessen, wie es das Rechtsverweigerungsverbot ihnen als zuständigen Behörden gebietet.

c) Die von der Verwaltung erarbeitete Praxis ergibt sich aus verschiedenen Schriftstücken.

- Nach § 5 PvKG setzt der Regierungsrat pro Kalenderjahr die für die Berechnung des Anspruchs auf Prämienverbilligung massgebenden Richtprämien fest. Ziffer 4.2 des Dispositivs des entsprechenden Regierungsratsbeschlusses für das Jahr 2003, datiert vom 10. Dezember 2002, besagt, Personen, die wirtschaftliche Sozialhilfe bezögen, hätten Anspruch auf Prämienverbilligung insoweit, als die Einwohner- und Bürgergemeinden ausstehende oder laufende Prämien im Durchführungsjahr bezahlen müssten, und zwar maximal bis zur ganzen Richtprämie. Die Regierungsratsbeschlüsse betreffend Prämienverbilligung der früheren Jahre enthielten gleich lautende Klauseln.
- Präzisierend zu diesen RRB-Klauseln hielt das kantonale Sozialamt mit Schreiben vom 11. Februar 1999 fest, wenn eine Person unter dem Jahr unterstützungsbedürftig würde und noch keine Prämienverbilligung im Durchführungsjahr bezogen habe, werde der zuständigen Gemeinde die volle Prämienverbilligung vergütet, nicht nur pro rata, sondern rückwirkend für das ganze Jahr.
- Ein verwaltungsinternes Papier ..., datiert vom 29. Oktober 2001, enthält unter anderem die Regelungen, für eine Person, die am 1. Januar Sozialhilfeempfänger sei, gehe die ganze Jahres-Richtprämie an das Gemeinwesen. Für eine Person, die unter dem Jahr sozialhilfeabhängig werde, würden die ausstehenden und die laufenden Prämien dem Gemeinwesen ausgerichtet.
- Die Ergebnisnotiz der Sitzung von Vertretern der Ausgleichskasse einerseits und der kantonalen und kommunalen Sozialbehörden andererseits

vom 27. März 2003 enthält für Prämienausstände des laufenden Jahres die Regelung, die Ausgleichskasse übernehme die Prämien für Sozialhilfeempfänger für das gesamte laufende Jahr auch bei unterjähriger Anmeldung.

Die zitierten Dokumente belegen, dass die Verwaltung zum Füllen der besagten Gesetzeslücke eine Praxis schuf, die sich der Überprüfung durch den Richter, der die richtige Anwendung des kantonalen Gesetzes betreffend individuelle Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung zu kontrollieren hat, nicht entziehen kann. Für die generelle Überprüfbarkeit dieser Praxis durch das Gericht erscheint es als unerheblich, welchen formellrechtlichen Charakter die einzelnen Papiere haben, ob es sich beim einen oder andern um eine Verwaltungsverordnung im formellen Sinne handelt oder nicht. Die erarbeitete Praxis kann in der Regel zusammengefasst werden, dass die Prämien für Sozialhilfeempfänger durch die Ausgleichskasse übernommen werden, auch bei unterjähriger Anmeldung. Aus Gründen von Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit erachtet das Gericht die unterjährige Anmeldung aber nur dann als zulässig, wenn der zuständigen Sozialbehörde eine fristgerechte Anmeldung nach § 11 Abs. 1 PvGK verunmöglich war, weil der Anspruchsberechtigte erst nach Fristablauf zum Sozialhilfeempfänger wurde resp. weil die Sozialbehörde vom Anspruch auf Sozialhilfe erst nach Fristablauf erfuhr. Für die unterjährige Anmeldung des Anspruchs auf Prämienverbilligung bestehen keine Fristen. Damit besteht aber auch kein Raum, hilfsweise auf die Regeln der Wiederherstellung von Fristen nach § 11 Abs. 3 VRG, zu greifen.

6. Folglich bleibt zu prüfen, ob der Beschwerdeführer in casu die Frist zum Einreichen des Gesuchs um Prämienverbilligung nicht einhalten konnte, oder ob er die Frist ohne entschuldbaren Grund versäumte.

....

c) Der Beschwerdeführer konnte glaubhaft darlegen, dass er nach ersten Informationen, die einen allfälligen Anspruch von R.B. auf Sozialhilfe hätten indizieren können, sich mit verschiedenen Stellen in Verbindung setzte und R. B. ausfindig machen wollte, um den Anspruch auf Sozialhilfe abzuklären. Es leuchtet ein, dass das Sozialamt zur Abklärung des Anspruchs nach § 19 ff. des Sozialhilfegesetzes R.B. habhaft werden musste. Dessen Mitwirkung erschien bei der Anspruchsklärung unerlässlich (vgl. § 23 Sozialhilfegesetz). Dem Beschwerdeführer darf auch geglaubt werden, dass solche Abklärungen durchaus Zeit benötigen. Es sei an dieser Stelle auf das Anmeldeformular für Sozialhilfe verwiesen (S. 17 des Formulars enthält eine Auflistung von Dokumenten und Unterlagen, die, je nach Art des Falles, für die Prüfung der Anspruchsberechtigung als unerlässlich erachtet werden. Das Merkblatt Sozialhilfe [S. 19 des Formulars] enthält die Klausel, der Sozialdienst hole Auskünfte ein über das Einkommen, allfällige Rechtsstreitigkeit

ten, gesundheitliche Schwierigkeiten, aber auch Steuerzahlen im Zusammenhang mit allfälliger Verwandtenunterstützung, sowie die Verpflichtung für den Unterstützten, den Sozialdienst diesbezüglich zu bevollmächtigen). Konnte der Beschwerdeführer ein Erstgespräch über den Anspruch auf Sozialhilfe mit R.B. trotz Vermittlung seiner Eltern erst am 13. Mai 2002 führen, kann ihm nach Ansicht des Gerichts kein Vorwurf gemacht werden. Zu Recht wies der Vertreter der Sozialbehörde anlässlich der Parteibefragung darauf hin, dass er ohne die Vollmacht, die ihm R.B. beim Erstgespräch erst ausstellen konnte, von keiner Behörde oder Versicherung irgendwelche Auskünfte erhalten hätte. Am 13. Mai 2002 war die Frist nach § 11 Abs. 1 PvkG bereits abgelaufen, und auch eine Fristverlängerung nach Abs. 2 war nicht mehr möglich. Vor diesem Hintergrund und angesichts der Kenntnis um die unter Erwägung 5.c) erörterte Praxis kann dem Beschwerdeführer auch nicht vorgehalten werden, dass er mit dem Einreichen des Gesuchs um Prämienverbilligung zuwartete, bis er alle erforderlichen Papiere eingeholt hatte. Auch die schleppende Ausfertigung einer Prämienbestätigung durch die zuständige Krankenkasse kann nicht dem Beschwerdeführer angelastet werden. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin handelt es sich somit vorliegend um den Fall eines unterjährigen Sozialhilfebezügers, wie ihn die dargelegte Praxis kennt. Demnach kann dem Beschwerdeführer kein Fristversäumnis im Sinne von § 11 Abs. 1 PvkG vorgehalten werden, und auch ein Fristversäumnis im Sinne von § 11 Abs. 3 VRG ist nicht gegeben. Wäre eine Frist im Sinne von § 11 Abs. 3 VRG versäumt worden, stellte sich die Frage, mit welcher Berechtigung die Beschwerdegegnerin vorliegend überhaupt Leistungen sprechen konnte.

Verwaltungsgericht, 18. Dezember 2003

4. Vergaberecht

§ 6 Bst. b Submissionsgesetz; Art. 1 Abs. 2 Bst. c und Art. 11 Bst. g IVöB; § 14 Abs. 1 Bst. i, § 28, § 30 Abs. 2 und § 33 Bst. b VRöB. – *Entscheid über den Zuschlag von Tiefbau- und Strassenarbeiten. Rechtliches Gehör (E. 2a und b: Vertraulichkeit von Informationen und Akteneinsichtsrecht; E. 2c: Protokollierungspflicht; E. 2d: Begründungspflicht). Verspätete Beanstandung des Inhalts der Ausschreibungsunterlagen (E. 3a und 4a). Transparenzgebot und Bekanntgabe der Zuschlagskriterien (E. 3b). Gewichtung und Bewertung des Zuschlagskriteriums des Preises (E. 4b). Zahlungsplan als Variante (E. 5).*

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Im Rahmen der Sanierung der Nationalstrassen N4 und N14 im Kanton Zug liess der Regierungsrat des Kantons Zug zur Vergabe der Tiefbau- und Strassenbauarbeiten für die zweite Etappe, umfassend die Abschnitte Lorzentalbrücke bis SBB-Unterführung Unterrüti (N4) sowie Verzweigung Rütihof bis Reussbrücke (N14), durch die Baudirektion ein offenes Vergabeverfahren durchführen. Die öffentliche Ausschreibung erfolgte in den Amtsblättern des Kantons Zug vom 21. und 28. September 2001. Auf Beschluss des Regierungsrats erteilte die Baudirektion mit Verfügung vom 29. Januar 2002 den Zuschlag an die ARGE «B._____» zu einem Preis von rund Fr. 37,7 Mio. Franken. Hiergegen erhob eine der beiden Mitkonkurrentinnen, die ARGE «L._____», am 11. Februar 2002 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug.

Aus den Erwägungen:

[...]

2. In formeller bzw. verfahrensrechtlicher Hinsicht wird von der Beschwerdeführerin eine Vielzahl von Rechtsverletzungen geltend gemacht:

a) Zunächst wird der Vergabebehörde vorgeworfen, das Recht auf Akteneinsicht verletzt zu haben. Dieser Vorwurf ist unbegründet, da im Submissionsverfahren die Vertraulichkeit von Informationen gemäss Art. 11 Bst. g IVöB gegenüber dem allgemeinen Akteneinsichtsrecht gemäss § 16 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG, BGS 162.1) Vorrang hat. Anders verhält es sich für das an das Submissionsverfahren anschliessende Beschwerdeverfahren. Hier haben die Parteien Anspruch auf Einsicht in die Akten, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegen stehen. Im Streitfalle entscheidet das Gericht (in aller Regel der mit der Verfahrensleitung betraute Richter) über den Umfang der Akteneinsicht (siehe auch Zwischenentscheid des VGr SZ vom 23. April 1999, 1004 + 1005/99, EGV-SZ 1999 Nr. 17; Zwischenentscheid des VGr ZH vom 12. September 2001, VB.2001.00095). Entspre-

chend ist vorliegend mit richterlicher Verfügung vom 24. September 2002 über den Antrag der Beschwerdeführerin auf Gewährung der vollumfänglichen Akteneinsicht bereits im Laufe des Beschwerdeverfahrens entschieden worden.

b) Mit Eingabe ihrer Replik hat die Beschwerdeführerin im Sinne eines Gesuchs um Wiedererwägung ihren Antrag auf Gewährung der vollumfänglichen Akteneinsicht erneuert. Bekanntlich gibt es grundsätzlich keinen Anspruch auf Prüfung und Beurteilung eines Wiedererwägungsgesuchs. Nur ausnahmsweise besteht ein Anspruch auf Wiedererwägung. Voraussetzung ist, dass die Umstände sich seit dem ersten Entscheid wesentlich geändert haben oder vom Geschwester erhebliche Tatsachen oder Beweismittel namhaft gemacht werden, die im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder deren Geltendmachung damals nicht möglich war oder dazu keine Veranlassung bestand. Die Beschwerdeführerin hat nachträglich nichts vorgebracht, was nicht bereits im Verfahren betreffend Akteneinsicht bekannt gewesen und berücksichtigt worden wäre. Es liegt daher kein Grund vor, auf diesen Entscheid zurückzukommen.

Wenn die Beschwerdeführerin in der Einschränkung des Akteneinsichtsrechts eine Verletzung des rechtlichen Gehörs erblickt, kann ihr aus folgenden Gründen nicht gefolgt werden: Soweit ihr die Einsicht in die von der Baudirektion eingereichten Akten wegen zu schützender Interessen verwehrt wurde, konnte ihrem Interesse weitgehend durch entsprechende Modalitäten der Einsichtnahme Rechnung getragen werden: An Stelle des Blattes «Zusammenstellung der Angebote» in den Beilagen des Regierungsratsbeschlusses vom 29. Januar 2002, welches einen Preisvergleich aller eingegangenen Angebote aufgeschlüsselt nach einzelnen Arbeitsgattungen enthält, wurden der Beschwerdeführerin die bereinigten Angebotssummen bekannt gegeben. An Stelle der unbeschränkten Einsicht in den Ordner 1 und 2 der mitbeteiligten ARGE «B. _____» konnte die Beschwerdeführerin für einen Vergleich der Konkurrenzofferten auf die Beilagenblätter («Grobbeurteilung der Angebote», «Detail-Beurteilung der Angebote bezüglich der Vergabekriterien», «Begründung zur Beurteilung der Angebote im 1. und 2. Rang bezüglich Vergabekriterien») zum Regierungsratsbeschluss vom 29. Januar 2002 verwiesen werden. Im Übrigen gilt, dass die Gewährung von Einblick in Konkurrenzofferten von vorneherein nicht in Betracht kommt, wo es zur Durchsetzung der subjektiven Rechte nicht erforderlich ist. Vorliegend wurde die Bewertung der einzelnen Angebote anhand sog. «Sollwert-Anforderungen» vorgenommen, die es jeweils für das Erreichen der maximalen Punktzahl zu erfüllen galt. Um zu überprüfen, ob das Angebot der Beschwerdeführerin korrekt bewertet wurde, kommt es deshalb auf einen Vergleich konkurrierender Angebote im Prinzip nicht an.

Das Gericht ist sich durchaus bewusst, dass dadurch der Beschwerdeführerin die Möglichkeit erschwert wird, vermutete Mängel des Vergabeent-

scheids auf dem Rechtsmittelweg geltend zu machen. Es gilt jedoch auch zu verhindern, dass durch das blosses Einlegen eines Rechtsmittels und unter Berufung auf das Akteneinsichtsrecht die gesetzlich garantierte Vertraulichkeit von Informationen im Vergabeverfahren ohne weiteres unterlaufen werden kann. Dies gebietet sich nicht nur der nach dem Strafgesetzbuch geschützten Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse der Mitkonkurrenten wegen. Auch wäre ansonsten der nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb unbefugten Verwertung fremder (Arbeits-) Leistungen wie Offerten, Berechnungen oder Pläne, welche als solche von der Spezialgesetzgebung zum Schutz von Immaterialgütern nicht geschützt sind, Tür und Tor geöffnet. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn in Submissionsstreitigkeiten das Interesse der Mitkonkurrenten an der vertraulichen Behandlung ihrer Geschäftsgeheimnisse sowie des in den Offertunterlagen zum Ausdruck kommenden unternehmerischen Know-hows gegenüber dem Interesse der beschwerdeführenden Partei an einer uneingeschränkten Akteneinsicht höher eingestuft wird.

[...]

c) Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs erblickt die Beschwerdeführerin auch darin, dass die Sitzungen des für die Vergabe verantwortlichen Gremiums nicht protokolliert worden seien. Deswegen sei für sie nicht ersichtlich, wann welche Personen die Angebote wie bewertet hätten. Das Bewertungsverfahren stelle sich daher als im höchsten Masse undurchsichtig dar. Namentlich könne nicht beurteilt werden, ob am Vergabeentscheid Personen mitgewirkt oder sonst darauf Einfluss genommen hätten, die wegen Befangenheit in den Ausstand hätten treten müssen oder deren Mitwirkung zu einer unzulässigen Vorbefassung der ARGE «B._____» führten.

Gemäss dem von der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang angerufenen BGE 124 V 389 ff. entspricht es einem aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör abgeleiteten allgemeinen Verfahrensgrundsatz, dass entscheidrelevante Tatsachen und Ergebnisse schriftlich festzuhalten sind (Erw. 3a). In diesem Entscheid verweist das Bundesgericht aber ebenso darauf hin, dass es in einem älteren Entscheid eine allgemeine Protokollierungspflicht für das Verwaltungsverfahren verneint habe (Erw. 3b, mit Hinweis auf BGE 74 I 10). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin schadet es nicht, dass keine verwaltungsinternen Protokolle über die Auswertung der einzelnen Offerten angefertigt wurden. Vielmehr genügt es, dass die entscheidrelevanten Ergebnisse der verwaltungsinternen Besprechungen in den Bewertungstabellen bzw. Beilagen des Regierungsratsbeschlusses schriftlich festgehalten wurden, welche der Beschwerdeführerin auch zur Verfügung gestellt worden sind. Darin kann keine Verletzung des rechtlichen Gehörs erblickt werden.

Der Beschwerdeführerin waren auch die mit der Vergabe zur Hauptsache befassten Mitarbeiter des kantonalen Tiefbauamts und die beigezogenen ex-

ternen Fachleute bereits aus den Ausschreibungsunterlagen im Wesentlichen bekannt. Die in der Sache zuständigen Mitarbeiter des Tiefbauamts sind aus dem Staatskalender für jedermann ersichtlich. Beauftragte Ingenieurbüros waren gemäss den Ausschreibungsunterlagen die Y._____ AG, Baar, und die Z._____ AG, Zürich. Hätten der Beschwerdeführerin diese Angaben nicht genügt, hätte sie frühzeitig die genaue Bekanntgabe der mit dem Vergabeentscheid befassten Personen verlangen können. Dahingegen verstösst es gegen Treu und Glauben, Bedenken hinsichtlich der Unvoreingenommenheit der mit dem Vergabeentscheid befassten Personen erst im Rechtsmittelverfahren anzumelden, wenn allfällige Mängel schon vorher hätten festgestellt werden können (vgl. in dieser Hinsicht BGE 117 Ia 322 ff., Erw. 1 c). Nachdem die Beschwerdeführerin offenbar vor dem Vergabeentscheid dazu keine Veranlassung sah, kann sie mit Einwänden dieser Art nun im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht mehr gehört werden.

d) Schliesslich liegt auch keine Verletzung der Begründungspflicht durch die Vergabebehörde vor. In Beachtung von § 30 Abs. 2 der Vergaberichtlinien aufgrund der IVöB vom 14. September 1995 (VRöB, BGS 721.521) hat die Baudirektion auf Gesuch hin der Beschwerdeführerin am 5. Februar 2002 an einer mündlichen Orientierung die wesentlichen Gründe für ihre Nichtberücksichtigung eröffnet und dazu schriftliche Unterlagen ausgehändigt. Dadurch wurde die Beschwerdeführerin zumindest in die Lage versetzt zu beurteilen, ob sie Beschwerde führen will oder nicht. Im Übrigen ist es nicht ausgeschlossen, dass die Begründung mit der Beschwerdeantwort ergänzt wird (vgl. Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide - Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in: ZBl 104/2003, S. 1 ff., insbes. S. 19 ff.), ebenso wie eine allfällige Verletzung der Begründungspflicht noch im Rechtsmittelverfahren geheilt werden kann (vgl. etwa Ulrich Häfelin/ Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, Nr. 1298 mit Hinweisen).

3. In materieller Hinsicht erblickt die Beschwerdeführerin einen Verstoss gegen das Transparenzgebot darin, dass die Bewertungsmatrix und die Unterkriterien zu den Zuschlagskriterien nicht im Voraus bekannt gegeben worden seien. [...]

Und schliesslich soll ihrer Meinung nach auch die Bekanntgabe des Preisbewertungssystems ungenügend gewesen sein, da nicht bekannt gegeben worden sei, wie sich Preisunterschiede in Punkten auswirken würden.

a) Unter diesem Gesichtspunkt muss sich die Beschwerdeführerin allerdings entgegen halten lassen, dass sie die Möglichkeit gehabt hätte, die Ausschreibung des Auftrags gesondert anzufechten, wenn sie der Auffassung war, die Ausschreibungsunterlagen seien ungenügend. Die Ausschreibung gilt als anfechtbare Verfügung (§ 6 Bst. b SubmG; § 33 Bst. b VRöB). Dazu gehören gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts auch die Ausschrei-

bungsunterlagen, die als Bestandteil der Ausschreibung zu betrachten sind. Folge davon ist, dass, wer gegen die Ausschreibung keine Beschwerde erhoben hat, in einem späteren Verfahrensstadium – insbesondere bei der Anfechtung des Zuschlags – Festlegungen, die in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen enthalten waren, nicht mehr beanstanden kann (vgl. BGE 125 I 203; BGr, 2. März 2000, 2P.274/1999 und 2P.222/1999). Anderer Ansicht nach gehören zwar die Ausschreibungsunterlagen nicht zur Ausschreibung und können auch nicht Gegenstand einer Beschwerde sein. Doch gebietet es der Grundsatz von Treu und Glauben, bestimmte Mängel derselben frühzeitig und in geeigneter Form bei der ausschreibenden Behörde zu beanstanden, anderenfalls entsprechende Rügen in einem späteren Rechtsmittelverfahren ebenfalls ausgeschlossen sind (vgl. Wolf, a.a.O., S. 5 ff., insbes. S. 10). Dass ein Anbieter befürchten müsste, sich durch blossen Hinweis auf (allfällige) Mängel der Ausschreibungsunterlagen von vornherein um die Chancen auf den Zuschlag zu bringen, erscheint unbegründet.

Die Beschwerdeführerin hat sich auf das Submissionsverfahren eingelassen, ohne dass von ihr die Umschreibung der Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen in irgendeiner Form bei der ausschreibenden Behörde beanstandet worden wäre. Erst im Nachhinein bringt sie nun vor, dass es aufgrund der veröffentlichten Kriterien für die Submittenten unmöglich gewesen sei, zu erkennen, welche Gesichtspunkte für das Erstellen der Angebote massgeblich gewesen seien. Darüber konnte sie sich jedoch bereits während des laufenden Vergabeverfahrens ausreichend Rechenschaft ablegen. Diesbezügliche Rügen können daher nicht mehr mit Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung vorgebracht werden. Aus demselben Grund muss auch die Rüge als verspätet gelten, die Bekanntgabe des Preisbewertungssystems sei ungenügend gewesen.

b) Im Übrigen wären die Rügen unbegründet, wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt. [...]

In Konkretisierung des Transparenzgebots (Art. 1 Abs. 2 Bst. c IVöB) verlangt § 14 Abs. 1 Bst. i VRöB im Sinne einer Mindestanforderung, dass die Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sein müssen. Ob dies zwingend auch die Bekanntgabe der relativen Gewichtung der Zuschlagskriterien beinhaltet, ist bekanntlich umstritten, hier aber nicht entscheidend (befürwortend Entscheid der BRK vom 27. Juni 2000, veröffentlicht in VPB 65.10, Erw. 4b; anders BGE 125 II 86 ff., 100 ff. Erw. 7c). Diesem Erfordernis ist mit der vorliegenden Umschreibung der Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen in jedem Falle Genüge getan worden, indem die massgebenden Zuschlagskriterien inklusive deren Gewichtung in Form eines Punktesystems vorgängig bekannt gegeben wurden.

Im Weiteren hat das Bundesgericht entschieden, dass wenn die Umschreibung der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung genügend gewesen

sei, es an sich auch nicht zu beanstanden sei, wenn das System der Bewertung der einzelnen Kriterien im konkreten Fall erst nachträglich, bei der Beurteilung der eingegangenen Offerten, festgelegt worden sei. Für die Rechtsmittelbehörde könne es nur darauf ankommen, ob der Vergabungsentscheid im Ergebnis den zum Voraus bekannt gegebenen Kriterien entspreche (BGE vom 2. März 2000, 2P.222/1999, Erw. 4a). Lediglich wenn die Behörde für eine bestimmte auszuschreibende Arbeit schon konkret Unterkriterien aufgestellt und ein Schema mit festen prozentualen Gewichtungen habe und wenn sie für die Bewertung der Offerten grundsätzlich auch darauf abzustellen gedenke, müsse sie dies den Bewerbern zum Voraus bekannt geben (BGE vom 24. August 2001, 2P.299/2000, Erw. 2c; siehe auch Entscheidung der BRK vom 27. Juni 2000, veröffentlicht in VPB 65.10, Erw. 4a).

Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die Umschreibung der Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen im hier zu beurteilenden Fall nicht zu beanstanden. Es gibt keine allgemeine Pflicht, zu den publizierten Zuschlagskriterien Unterkriterien zu formulieren oder eine Beurteilungsmatrix zu verwenden (vgl. Peter Galli, Zuschlagskriterien, Beurteilungsmatrix und Evaluationsbericht, in: BR 4/1999, S. 138; Peter Gauch/ Hubert Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, Anm. 92). Werden solche zusätzlichen Hilfsmittel erst nachträglich, bei der Bewertung der eingegangenen Offerten, festgelegt, stellt dies keine Verletzung des Transparenzgebots dar. Dass für die Vergabebehörde die bei der Evaluation verwendeten Unterkriterien oder die Bewertungsmatrix (wie die Beschwerdeführerin es nennt) von Anfang an feststanden, so dass diese in den Ausschreibungsunterlagen hätten bekannt gegeben werden können bzw. müssen, darf nicht leicht hin angenommen werden. Dafür gibt es vorliegend keinerlei Anhaltspunkte. Vielmehr deutet alles darauf hin, dass die Aufgliederung der Zuschlagskriterien und die Definition der Anforderungen bezüglich Zuschlagskriterien erst bei der Beurteilung der Angebote vorgenommen wurden.

[...]

Und schliesslich ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Bekanntgabe des Preisbewertungssystems in den Ausschreibungsunterlagen ungenügend gewesen sein sollte, konnte doch der Verlauf der Preiskurve dem «Muster einer Bewertung» entnommen werden. Daraus war ohne weiteres erkennbar, wie sich Preisunterschiede in Punkten auswirken würden. Es lässt sich daher nicht sagen, dass sich die Beschwerdeführerin über die Bedeutung und Tragweite des zum Voraus in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Preisbewertungssystems nicht im Klaren sein konnte.

4. Im Weiteren rügt die Beschwerdeführerin, dass der Angebotspreis als Zuschlagskriterium ungenügend berücksichtigt worden sei. Zur Begründung wird im Wesentlichen vorgebracht, die Vergabebehörde habe zwar den Preis mit 60 von insgesamt 100 möglichen Punkten in die Bewertung einbezogen.

Damit sei der Anschein erweckt worden, dass dem Preis ein Gewicht von 60 Prozent zukomme. Im Ergebnis sei dem Preis jedoch weit weniger Gewicht beigemessen worden. Durch das zur Anwendung gebrachte Preisbewertungssystem sei die Bedeutung der Preisunterschiede in unzulässiger Weise marginalisiert und das Gewicht zusätzlich auf die sog. weichen Faktoren («Qualität», «Termine», «Wiederverwendung Belagsfräsgut») verlagert worden, bei welchen die Punkteskala in aller Strenge ausgenützt worden sei. Ferner sei der Strassenbau weitgehend standardisiert, so dass Qualitätsunterschiede kaum ins Gewicht fielen, weshalb die Gewichtung des Preises im Verhältnis zur Qualität im vorliegenden Fall nicht mehr vertretbar erscheine.

a) Auch in diesem Punkt gilt, dass die Rüge der Beschwerdeführerin verspätet ist, denn sie erschöpft sich in der Kritik an der Gewichtung des Preises im Verhältnis zu den übrigen Kriterien und dem zur Anwendung gebrachten Preisbewertungssystem. Beides gehörte jedoch bereits zum Inhalt der Ausschreibungsunterlagen. Nachdem die Beschwerdeführerin gegen die Ausschreibung keine Beschwerde erhoben hat und die Gewichtung des Preises sowie das Preisbewertungssystem während des laufenden Vergabeverfahrens unbeanstandet geblieben sind, können nun entsprechende Rügen nicht mehr mit Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung vorgebracht werden (vgl. dazu bereits vorne Erw. 3a).

b) Im Übrigen wären auch diese Rügen nicht begründet. Hierzu ist zunächst festzustellen, dass die angewandte Preisbewertungsmethode nicht zu beanstanden ist, führt sie doch zu vergleichbaren Ergebnissen wie die von der Westschweizer Konferenz im «Guide romand pour l'adjudication des marchés publics et annexes», 1999, für die Vergebung von öffentlichen Aufträgen empfohlene Formel für die Berechnung der Punktzahl eines Angebots (vgl. dazu Jacques Pictet / Dominique Bollinger, Aide multicritère à la décision: Aspects mathématiques du droit suisse des marchés publics, in: BR 2/2000, S. 63 ff.). Ob eine andere Bewertungsmethode zweckmässiger gewesen wäre, braucht hier nicht beurteilt zu werden. [...]

Es bleibt zu prüfen, ob dem Preis beim Entscheid über die Auftragsvergabe durch die zur Anwendung gebrachte Bewertungsmethode im Verhältnis zu den übrigen Kriterien kein genügendes Gewicht mehr zukam. Es ist anerkannt, dass der Vergabebehörde nicht nur bei der Auswahl sondern auch bei der Gewichtung der Zuschlagskriterien ein erheblicher Ermessensspielraum zukommt. Welches Gewicht dem Preis als Zuschlagskriterium im Mindesten beizumessen ist, hängt richtigerweise vom jeweiligen Gegenstand der Beschaffung ab. Bei einfachen Bauwerken und weitgehend standardisierten Gütern wird dem Preis im Allgemeinen ein grösseres Gewicht beizumessen sein als bei komplexen Bauwerken oder Dienstleistungen. Für einfache Bauwerke wird etwa eine Gewichtung des Preises von 60 bis 80 Prozent oder mehr als angemessen erachtet, während es bei komplexeren Bauwerken oder Dienstleistungen entsprechend weniger sein kann. Die unterste Limite

soll bei rund 20 Prozent liegen (vgl. Denis Esseiva, Critères d'adjudication et prix – Zuschlagskriterien und Preis, in: BR 4/2001, S. 153).

Bei einem Bauwerk in der vorliegenden Grössenordnung, welches unbestritten mit einem beachtlichen planerischen und organisatorischen Aufwand verbunden ist, kann nun schwerlich behauptet werden, dass es sich um ein einfaches Bauwerk oder gar um ein weitgehend standardisiertes Gut handle, bei welchem der Preis alleiniges oder doch überwiegend entscheidendes Vergabekriterium (60 bis 80 Prozent oder mehr) hätte sein müssen. Auf der Gegenseite ist es auch nicht so, dass dem Preis für den Vergabeentscheid lediglich ein Gewicht von 20 Prozent oder weniger beigemessen worden wäre. Es ist daher nicht ersichtlich, dass die Vergabebehörde den ihr bei der Gewichtung des Preises zukommenden Ermessensspielraum überschritten hätte. Ob die Gewichtung des Preises auch angemessen war, ist hier nicht zu überprüfen. Dass Unangemessenheit nicht geltend gemacht werden kann, darauf wurde bereits hingewiesen.

Die unterste Limite von 20 Prozent wird im Übrigen selbst dann nicht erreicht, wenn man der Argumentation der Beschwerdeführerin folgen wollte, dass der Wettbewerb beim Kriterium des Preises effektiv nur im oberen Drittel der maximal erreichbaren Punktezahl (zwischen 40 und 60 Punkten) spielte und damit (im massgebenden Preisbereich) nur gerade 20 Punkte vergeben wurden (was eine Expertise zur Bandbreite von Preisen im Strassenbau, in Bezug auf die Art der ausgeschriebenen Arbeiten, belegen sollte). Auch unter diesen Voraussetzungen hätte nämlich der Preis beim Vergabeentscheid immer noch ein Gewicht von rund 33 Prozent (gerechnet nach den effektiv «massgeblichen» Punkten) gehabt. Tatsächlich waren jedoch die Anbieterinnen und Anbieter bei der Abgabe ihres Preisangebots frei. Hinzu kommt, dass die getroffene Annahme auch insofern einseitig und ungenau ist, als damit ohne weiteres unterstellt wird, dass (ausser beim Preis) bei allen übrigen Kriterien der Wettbewerb in vollem Ausmass spielte. Davon könnte jedoch ebenso wenig ausgegangen werden. Konsequenterweise hätte alsdann auch bei allen übrigen Kriterien berücksichtigt werden müssen, inwieweit der Wettbewerb effektiv spielte, womit dem Preis eher ein höheres Gewicht zukam, als die Beschwerdeführerin mit ihrer Argumentation glauben machen will.

5. Die Beschwerdeführerin ist auch der Ansicht, dass die Vergabebehörde bei der Bewertung des Preises zu Unrecht auf den Preis gemäss der sog. «Variante mit Zahlungsplan» abgestellt habe, da Angebotspreise, die auf anderen als den publizierten Zahlungskonditionen beruhten, nicht berücksichtigt werden dürften. In den Ausschreibungsunterlagen sei vorgesehen, dass nur nach Ausmass abgerechnet werden könne, wobei die Abschlags- oder Teilzahlungen 90 Prozent der erbrachten Leistungen nicht übersteigen dürften. Die Variante sehe demgegenüber leistungsunabhängige Vorauszahlungen vor und entspreche damit nicht den Zahlungskonditionen

gemäss Ausschreibung. Varianten seien lediglich mit Bezug auf die technischen Spezifikationen, d.h. das Leistungselement, zulässig, nicht jedoch mit Bezug auf das Preiselement. Das Offerieren verschiedener Preis- und Zahlungsvarianten verstosse direkt gegen das Verbot, «über Preis, Preisnachlässe und Änderungen des Leistungsverzeichnisses» zu verhandeln. Im Übrigen sei die Berücksichtigung der «Variante mit Zahlungsplan» mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung nicht vereinbar, da die Mitkonkurrenten nicht die Möglichkeit gehabt hätten, einen Zahlungsplan zu offerieren. Schliesslich wird geltend gemacht, dass zumindest die Mehrkosten, die der Bauherrin durch die Finanzierung des Zahlungsplans entstünden, aufgerechnet werden müssten, damit ein Vergleich mit den Angeboten ohne Zahlungsplan möglich wäre.

Nach der Lehrmeinung von Gauch/Stöckli soll unklar sein, ob auch blosse Abweichungen in der Preisgestaltung (ohne leistungsbezogene Abweichung von den Ausschreibungsbedingungen) als Varianten zulässig seien (a.a.O., Rz 19.1). Dabei haben die zitierten Autoren vor allem das Offerieren einer anderen Vergütungsart (z.B. Pauschalpreis statt Einheitspreise) im Auge. Die eidg. Rekurskommission erachtet allerdings eine derartige Variante ausdrücklich als zulässig, wenn sie zusätzlich zum Hauptangebot eingereicht wurde und weder die Ausschreibung noch die Ausschreibungsunterlagen diesbezüglich das Offerieren von Varianten ausgeschlossen haben. Das ergibt sich gerade aus der von der Beschwerdeführerin zur Stütze ihres Standpunktes angeführten Rechtsprechung (vgl. BRK vom 7. November 1997, in: BR 4/1998, S. 126 Nr. 335 Erw. 5). Nun geht es aber vorliegend gar nicht um das Offerieren einer anderen Vergütungsart, sondern (lediglich) um einen Zahlungsplan (unter Gewährung eines Skontos von 3%) als Variante. Dass ein Zahlungsplan (vom Begriff her) keine Unternehmervariante im eigentlichen Sinne (vgl. dazu Roland Hürlimann, Unternehmervarianten – Risiken und Problembereiche, in: BR 1/1996, S. 3 ff., S. 4) darstellt, weil damit keine leistungsbezogene Abweichung vom Ausschreibungsinhalt erfolgt, bedeutet nun aber nicht, dass ein Zahlungsplan als Variante nicht berücksichtigt werden dürfte. Ebenso falsch wäre es zu behaupten, die Gewährung von Skontoabzügen sei nicht zulässig, wenn diese Möglichkeit der Preisgestaltung in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich vorgesehen gewesen sei. Richtiger Ansicht nach gibt es keinen sachlichen Grund, weshalb nicht auch das Angebot eines Zahlungsplans als Variante berücksichtigt werden dürfte (vgl. Peter Rechsteiner, Unternehmervarianten – Variante, in: BR 2/2001, S. 60). Insbesondere verstösst die Berücksichtigung des Zahlungsplans als Variante nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot, da damit ja gerade nicht vom massgebenden Leistungsinhalt der Ausschreibungsunterlagen abgewichen wird. Es brauchte sich daher auch keiner der Bieter daran gehindert zu sehen, ebenfalls einen Zahlungsplan als Variante einzureichen. Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots käme unter diesen Umständen nur noch in Frage, wenn neben dem Angebot mit Zahlungsplan keine

Grundofferte eingereicht worden wäre. Dies war jedoch vorliegend unbestritten nicht der Fall. Richtig ist einzig, dass zur Vergleichbarkeit der Angebote im Prinzip die Mehrkosten auf Seiten der Vergabebehörde für die Finanzierung des Zahlungsplans hätten aufgerechnet werden müssen. Nachdem diese sich jedoch in einer Höhe bewegen dürften, die sich kaum auf die Bewertung des Angebotspreises ausgewirkt hätte, konnte die Vergabebehörde darauf verzichten.

[...]

Verwaltungsgericht, 12. März 2003

(Eine gegen dieses Urteil erhobene staatsrechtliche Beschwerde wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 21. Januar 2004 abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde; vgl. Geschäftsnummer 2P.111/2003 unter www.bger.ch)

§ 6 Bst. a Submissionsgesetz; § 22 Abs. 2 VRöB – Formerfordernis der Mitteilung des Zuschlags bzw. der Mitteilung der Nichtberücksichtigung eines Anbieters. Bedeutung des Offertöffnungsprotokolls. Erhält der Anbieter einer Unternehmervariante den Zuschlag, die gegenüber den Ausschreibungsunterlagen auf qualitativ minderwertigeren Materialien basiert, ist der Zuschlag rechtswidrig.

Aus dem Sachverhalt:

A. Im Zusammenhang mit dem Neubau einer Dreifachturnhalle führte die Einwohnergemeinde X. für die Vergabe der Arbeitsgattungen spezielle Feuchtigkeitsabdichtung (BKP 225.3) und Boden- / Wandbeläge Plattenarbeiten (BKP 281.6 und BKP 282.4) ein offenes Verfahren durch. Dabei reichte unter anderem die Y. AG am 19. März 2003 innerhalb der Eingabefrist ein Hauptangebot zu Fr. 237'114.90 und eine Unternehmervariante zu Fr. 223'699.45 ein. Mit Fax vom 19. und 28. April 2003 teilte die Bauleitung der Y. AG im Namen der Bauherrschaft mit, dass die Arbeiten anderweitig vergeben worden seien bzw. dass der Auftrag an die Z. AG zu Fr. 225'826.80 als Unternehmervariante vergeben werde.

B. Am 1. Mai 2003 reichte die Y. AG beim Verwaltungsgericht Beschwerde ein und beantragte im Wesentlichen sinngemäss, der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen, die Arbeitsvergabe sei aufzuheben und der Auftrag sei an sie selbst zu erteilen. Für den Fall, dass der Vertrag bereits abgeschlossen sei, sei festzustellen, dass die Verfügung rechtswidrig sei. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdegegners. In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin zunächst, dass die Auftraggeberin für einen Zuschlag eine Verfügung treffen müsse, was vorliegend

nicht erfolgt sei. Ein Fax des Bauleiters könne nicht als Verfügung im Sinne des Submissionsgesetzes gewertet werden. Materiell führte die Beschwerdeführerin an, dass sie gemäss Offertöffnungsprotokoll mit Fr. 223'699.45 die günstigste Offerte eingereicht habe. Auf die am Telefon von Herrn von E., Bauamt X., gemachten Ausführungen, die Firma Z. AG habe auch noch eine Unternehmervariante mit einem Offertbetrag von Fr. 225'826.80 eingereicht, könne nicht eingegangen werden, weil diese nicht auf dem Offertöffnungsprotokoll vermerkt sei und die nötigen Angaben, Eingabedatum und Eingabezeit fehlten. Aber auch wenn der Vergleich zwischen ihrer Unternehmervariante und derjenigen der Firma Z. AG gezogen werde, sei ersichtlich, dass sie über Fr. 2'000.- günstiger offeriert und immer noch die günstigste Offerte eingereicht habe. Der Preisunterschied der Firma Z. AG zwischen ihrer Hauptofferte und der nicht zuzulassenden, billigeren Unternehmerofferte resultiere aus der Verwendung einer qualitativ minderen Abdichtungsmasse (zementgebunden anstatt der qualitativ hochwertigen Flüssigkunststoffabdichtung). Die Verwendung dieses im Vergleich minderwertigen Produktes mindere die Gesamtkosten um ca. Fr. 23'000.-. Zu den Qualitätsunterschieden betreffend Abdichtungsmasse sei zu bemerken, dass die Bauherrschaft in den Ausschreibungsunterlagen die qualitativ hochwertige Abdichtungsmasse vorschlage und damit der Qualität ein erhöhtes Gewicht einräume. Nach Aussagen von Experten sei der Qualitätsunterschied zwischen der zementgebundenen (billigeren Variante) und der (teureren) Flüssigkunststoffabdichtung frappant und müsse bei den Zuschlagskriterien berücksichtigt werden. Werde von den hohen Qualitätserfordernissen abgewichen, so müssten die Anbieter gleich behandelt werden und jeder müsse die Möglichkeit haben, das neue Produkt zu offerieren, soweit sich der Preisunterschied nicht aus den eingereichten Offerten ergebe.

C. Mit Vernehmlassung vom 13. Mai 2003 beantragte der Gemeinderat X., der Beschwerde sei die vorsorglich aufschiebende Wirkung zu entziehen und sämtliche Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin seien abzuweisen. Zur Begründung wurde angeführt, es werde nicht in Abrede gestellt, dass keine Zuschlagsverfügung im Sinne des Gesetzes erfolgt sei. Die Zuschlagsverfügung sei mit Datum vom 8. Mai 2003 rechtsgenügend nachgeholt worden. Dies habe auch dazu geführt, dass die Beschwerdeführerin am 29. April 2003 zu einer Besprechung eingeladen worden sei, wo die Offerten hätten eingesehen werden können und Fragen zur Sachlage beantwortet worden seien. Nach dem Erstellen des Offertöffnungsprotokolls sei telefonisch noch auf die Unternehmervariante der Z. AG, X., hingewiesen worden, welche bei der Offertöffnung vorgelegen habe, jedoch aus Versehen nicht deklariert worden sei. Das Offertöffnungsprotokoll werde nachträglich nie geändert. Die Unternehmervariante sei aber im Hauptangebot deklariert und zusammen mit dem Hauptangebot korrekt eingereicht worden. Es sei üblich, dass Unternehmervarianten ebenfalls geprüft würden. So sei auch die Unternehmervariante der Beschwerdeführerin geprüft worden. Diese beinhalte einen

anderen Plattenbelag, welcher aus ästhetischen Gründen abgelehnt worden sei. Bei der Unternehmervariante der Z. AG, X., werde eine andere Abdichtungsmasse verwendet, welche nach Abklärungen der Bauleitung die qualitativen Bedingungen erfülle, welche an diesen Bauteil gestellt würden. Aus diesem Grund habe man sich für diese Unternehmervariante entschieden.

Aus den Erwägungen:

1. Gegen den Entscheid der Einwohnergemeinde X. über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags steht die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zur Verfügung. Dies ergibt sich aus dem Submissionsreglement der Einwohnergemeinde X. vom 10. Dezember 1997 (Submissionsreglement; in Kraft seit 1. März 1998), welches grundsätzlich die kantonale Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen für verbindlich erklärt (Art. 1 f.). Nach § 6 Bst. a SubmG kann mit Beschwerde insbesondere der Entscheid der Auftraggeberin oder des Auftraggebers über den Zuschlag angefochten werden. Vorausgesetzt ist damit, dass der Entscheid über den Zuschlag in Form einer anfechtbaren Verfügung erlassen wird. Aus mangelhafter Eröffnung darf den Parteien kein Nachteil erwachsen (vgl. Art. 38 VwVG). Schwerwiegende Fehler haben die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge, d.h. dass die Verfügung keinerlei Rechtswirkungen entfaltet. Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten und kann von jedermann jederzeit geltend gemacht werden. In dieser Hinsicht ist unbestritten, dass der Beschwerdeführerin der Entscheid über den Zuschlag zunächst nur per Fax vom 19. und 28. April 2003 eröffnet wurde, welche einzig von der Bauleitung gezeichnet waren und anfangs sogar weder Begründung noch Rechtsmittelbelehrung enthielten. Darin sind eindeutig schwerwiegende Mängel zu erblicken. Der Beschwerdeführerin ist daher darin beizupflichten, dass damit kein rechtsgültiger Zuschlag erfolgte. Es macht jedoch keinen Sinn, die Sache an die Vergabebehörde zur Behebung der Mängel zurückzuweisen, da von dieser die Mängel mit Erlass der Zuschlagsverfügung vom 8. Mai 2003 bereits behoben worden sind. Vielmehr erscheint es im Interesse der Beschwerdeführerin und aus Gründen der Verfahrensökonomie angezeigt, dass auf die Beschwerde auch materiell eingetreten wird. Dem Umstand, dass die Vergabebehörde erst nach Anhebung der Beschwerde eine rechtsgültige Verfügung erliess, ist bei den Kosten Rechnung zu tragen (vgl. hinten Erw. 3).

2. Die Beschwerdeführerin erachtet die Vergabe des Auftrags an die Z. AG, X., zu Fr. 225'826.80 als Unternehmervariante im Wesentlichen deshalb als rechtswidrig, weil die Unternehmervariante nicht auf dem Offertöffnungsprotokoll vermerkt sei und darin abweichend von den Ausschreibungsunterlagen eine qualitativ mindere Abdichtungsmasse (zementgebunden anstatt der qualitativ hochwertigen Flüssigkunststoffabdichtung) verwendet werde. Die Vergabebehörde versichert dagegen, dass die berücksichtigte Unternehmervariante bei der Offertöffnung vorgelegen habe und nur aus Versehen

nicht im Offertöffnungsprotokoll deklariert worden sei, und die Verwendung einer anderen Abdichtungsmasse nach Abklärungen der Bauleitung die qualitativen Bedingungen erfülle, welche an diesen Bauteil gestellt würden.

a) Die Pflicht zum Erstellen eines Protokolls über die Öffnung der Angebote ergibt sich aus § 22 Abs. 2 VRöB. Darin sind mindestens die Namen der seitens der Vergabebehörde anwesenden Personen, die Namen der Anbieterinnen und Anbieter, die Eingangsdaten und die Gesamtpreise der Angebote festzuhalten. Das Offertöffnungsprotokoll soll Transparenz schaffen und das Vertrauen in die korrekte Abwicklung des Vergabeverfahrens fördern. Es besteht die Vermutung, dass die darin bezeugten Tatsachen richtig und vollständig wiedergegeben worden sind. Vorbehalten bleibt die Möglichkeit, das Gegenteil nachzuweisen. Diese Beweispflicht liegt allerdings bei der Vergabebehörde, die für das «unvollständige» Offertöffnungsprotokoll die Verantwortung trägt. Kann der Nachweis, z.B. durch eine Eingangsbestätigung der Gemeindeganzlei oder durch die eingeschriebene Aufgabe der Offerte per Post, nicht erbracht werden, so muss davon ausgegangen werden, dass die fragliche Offerte im Zeitpunkt der Offertöffnung nicht vorgelegen hat. Entsprechend würde sie dann vom Vergabeverfahren ausgeschlossen.

Im vorliegenden Fall hat der Gemeinderat versichert, dass die berücksichtigte Unternehmervariante bei der Offertöffnung vorgelegen habe. Die Unvollständigkeit des Offertöffnungsprotokolls beruhe auf einem Versehen. Beweismittel für diese Behauptung legt er keine vor. Es wurde auch keine Protokollberichtigung erstellt. Es bleibt damit nur die Versicherung der Vergabebehörde, dass die Unternehmervariante rechtzeitig vorgelegen habe. Dies genügt im Regelfall aber nicht zum Beweis, dass die fragliche Offerte rechtzeitig eingereicht wurde. Die Frage kann hier jedoch offen bleiben, da sich die Vergabe aus einem anderen Grund als rechtswidrig erweist. Damit bleibt hier die Frage nach der Zulässigkeit der Unternehmervariante.

b) Welche Anforderungen an die Unternehmervariante gestellt werden, ist in erster Linie den Ausschreibungsunterlagen zu entnehmen. Diese verlangen, dass Vorschläge für Änderungen oder Ergänzungen als separate Zusatzofferte mit der Bezeichnung «Unternehmer-Variante» zusammen mit dem vollständig ausgefüllten Hauptangebot eingereicht werden müssen (Ziffer 224). Ferner sieht Ziffer 227 vor, dass auch andere, gleichwertige Produkte offeriert werden dürfen, wenn im Leistungsverzeichnis Handelsmarken, Handelsnamen oder Typenbezeichnungen aufgeführt werden, sofern sie vom Unternehmer genau bezeichnet werden und die Gleichwertigkeit vom Unternehmer nachgewiesen wird. Ebenso verlangt Ziffer 233, dass Unternehmervarianten als separate Beilage zusammen mit dem vollständig ausgefüllten Hauptangebot eingereicht werden müssen, und dass in der Unternehmervariante vom Unternehmer die Gleichwertigkeit der technischen Spezifikationen und der Qualität nachgewiesen werden muss.

Vorliegend ist bereits unklar, ob die Unternehmervariante der Z. AG schon deshalb nicht hätte berücksichtigt werden dürfen, weil deren Hauptangebot – wie sich aus den von der Gemeinde eingereichten Akten ergibt – als annulliert gekennzeichnet wurde. Ist das Hauptangebot ungültig, ist auch die Unternehmervariante nicht zulässig. Diese Frage kann hier jedoch offen bleiben. In der berücksichtigten Unternehmervariante der Z. AG wurden abweichend von den Ausschreibungsunterlagen zementgebundene Dichtschlämme anstatt die geforderte Flüssigkunststoffabdichtung offeriert. Die Beschwerdeführerin konnte belegen, dass die als Variante offerierte zementgebundene Dichtschlämme mit der in den Ausschreibungsunterlagen gewünschten Flüssigkunststoffabdichtung nicht vergleichbar ist und ein klar minderwertiges Produkt darstellt. Demzufolge vermag die in der Unternehmervariante offerierte zementgebundene Abdichtung den durch die Ausschreibungsunterlagen festgelegten Qualitätsanforderungen nicht zu genügen. Da in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich nur gleichwertige Produkte als zulässig erklärt werden, kann die Vergabebehörde mit dem Einwand nicht gehört werden, dass auch die Verwendung der zementgebundenen Abdichtung die qualitativen Bedingungen erfülle, welche an den betreffenden Bauteil gestellt werden. Das Gericht kommt deshalb nach näherer Prüfung zum Schluss, dass die Unternehmervariante mit der qualitativ minderwertigeren Abdichtung aufgrund der Ausschreibungsunterlagen nicht zulässig war und deshalb nicht hätte berücksichtigt werden dürfen.

3. Nachdem der Beschwerde aufgrund einer Primafacie-Würdigung mit Verfügung vom 16. Mai 2003 durch den Vorsitzenden die vorläufig und vorsorglich erteilte aufschiebende Wirkung entzogen wurde, durfte der Gemeinderat X. den Vertrag mit der Anbieterin abschliessen, welche den Zuschlag erhalten hatte (vgl. Art. 14 Abs. 1 IVöB). Ist der Vertrag bereits abgeschlossen, kann das Verwaltungsgericht nur noch feststellen, dass die Verfügung rechtswidrig ist, wenn sich die dagegen erhobene Beschwerde als begründet erweist (vgl. Art. 18 Abs. 2 IVöB). Vorliegend ist deshalb im Erkenntnis im Sinne einer Feststellungsverfügung die Rechtswidrigkeit der Verfügung festzuhalten.

Gemäss § 23 Abs. 1 Ziff. 3 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 1. April 1976 (VRG, BGS 162.1) werden die Kosten im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht durch die unterliegende Partei getragen. Gemeinden können Kosten auferlegt werden, wenn sie zum Verfahren durch einen groben Verfahrensmangel oder durch eine offenbare Rechtsverletzung Anlass gegeben haben (vgl. § 24 Abs. 2 VRG). Aus den gleichen Gründen kann zu ihren Lasten der obsiegenden Partei eine Parteientschädigung zugesprochen werden (vgl. § 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG). Im vorliegenden Beschwerdeverfahren hat die Beschwerdeführerin obsiegt. Indem die Gemeinde X. es zunächst unterliess, den Entscheid über den Zuschlag rechtskonform zu eröffnen, und erst nach Anhebung der Beschwerde eine

rechtsgültige Verfügung erliess, hat sie zudem einen gravierenden Verfahrensfehler begangen. Es rechtfertigt sich daher, ihr die Verfahrenskosten zu auferlegen. Grundsätzlich hätte die Beschwerdeführerin auch Anspruch auf eine Parteientschädigung. Weil sie aber nicht anwaltlich vertreten ist und es sich nicht um eine umfangreiche Angelegenheit im Sinne von § 7 Abs. 2 der Verordnung über die Kosten im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vom 30. August 1977 (BGS 162.12) handelt, kann keine Parteientschädigung zugesprochen werden.

Verwaltungsgericht, 28. Oktober 2003

5. Ausländerrecht

Art. 13b Abs. 2 ANAG – Vollzug der Wegweisung. Besondere Hindernisse, die eine Verlängerung der Ausschaffungshaft rechtfertigen, sind das trölerische Verhalten des Generalkonsulats des Heimatstaates des Betroffenen und seine Weigerung, bei der Beschaffung von Reisepapieren mitzuwirken.

Aus dem Sachverhalt:

A. S.C., alias H.M., Staatsangehöriger von A., reiste am 12. April 2003 illegal in die Schweiz ein und stellte gleichentags an der Empfangsstelle Chiasso ein Asylgesuch. In der Folge wurde er dem Kanton Zug zugewiesen. Mit Verfügung vom 30. April 2003 trat das Bundesamt für Flüchtlinge (BFF) auf sein Asylgesuch nicht ein und wies ihn mit sofortiger Wirkung aus der Schweiz weg. S.C. reichte dagegen bei der Schweizerischen Asylrekurskommission (ARK) eine Beschwerde ein. Am 11. Juni 2003 wurde H.M. in Ausschaffungshaft genommen. Am 7. August 2003 gingen beim Kantonalen Amt für Ausländerfragen (KAFA) zwei Kopien einer Geburtsurkunde sowie einer Identitätskarte ein. Damit präsentierte M.H. eine neue Identität als S.C. und zog die bei der ARK hängige Beschwerde zurück. Mit Verfügung vom 10. September 2003 verlängerte der zuständige Haftrichter die Ausschaffungshaft um zwei Monate bis zum 10. November 2003.

B. Am 4. November 2003 reichte das KAFA beim Verwaltungsgericht ein weiteres Gesuch um Zustimmung zu einer Verlängerung der Ausschaffungshaft ein. Zur Begründung des Gesuches führte das KAFA aus, bereits am 22. August 2003 habe das EJPD das Generalkonsulat von A. um die Ausstellung eines Laissez-passer ersucht. Am 16. September 2003 sei die Vertretung von A. nochmals gebeten worden, für S.C. ein Laissez-passer auszustellen. Bis zum heutigen Tag würden keine neuen Erkenntnisse vorliegen. Am 22. Oktober 2003 sei der Antragsgegner vom KAFA aufgefordert worden, sich selber beim Generalkonsulat von A. zu melden und damit die Ausstellung eines Laissez-passer zu beschleunigen. Der Antragsgegner habe sich bereit erklärt, sich beim Konsulat zu melden, habe dies aber vom Gefängnis aus tun wollen, weil er sich für die Behörden seines Heimatstaates noch eine Geschichte habe ausdenken müssen. Das KAFA habe bis jetzt alle wesentlichen Schritte zur Papierbeschaffung unternommen. Es liege kein veränderter Sachverhalt vor, der es rechtfertigen würde, die Ausschaffung zu beenden. Die lange Haftdauer werde durch das langwierige Identifikationsprozedere der Behörden von A. verursacht. Damit seien die «besonderen Hindernisse» im Sinne des Gesetzes erfüllt, die eine weitere Verlängerung der Ausschaffung rechtfertigen würden. Die für den Vollzug der Ausschaffung notwendigen Vorkehren (Beschleunigungsgebot) seien seitens der schweizerischen Behörden getroffen worden.

Aus den Erwägungen:

2. Die Ausschaffungshaft darf höchstens drei Monate dauern; stehen dem Vollzug der Weg- oder Ausweisung besondere Hindernisse entgegen, so kann die Haft mit Zustimmung der kantonalen richterlichen Behörde um höchstens sechs Monate verlängert werden (Art. 13b Abs. 2 ANAG). Gemäss Art. 13c Abs. 5 lit. a ANAG wird die Haft durch Vollzug der Weg- oder Ausweisung beendet oder wenn sich erweist, dass der Vollzug der Weg- oder Ausweisung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen undurchführbar wurde. Im Zustimmungsverfahren zur Haftverlängerung hat der Richter zusätzlich zu Haftgrund, Haftzweck, Durchführbarkeit der Ausschaffung und Verhältnismässigkeit der Haftanordnung zu prüfen, ob dem Vollzug der Weg- oder Ausweisung «besondere Hindernisse» entgegenstehen. Diese können, müssen aber nicht durch den Ausländer selbst verschuldet sein. Unter den Begriff der besonderen Hindernisse fallen unter anderem die aussergewöhnlich lange Dauer der Papierbeschaffung, die anhaltende Weigerung des Ausländers, bei der Papierbeschaffung mitzuwirken, die vorübergehende Unmöglichkeit einer Ausschaffung aus technischen Gründen, beispielsweise, weil der Zielflughafen nicht angefliegen werden kann. Letztgenannter Grund bedingt allerdings, dass ein späterer Ausschaffungsvollzug in absehbarer Zeit ernsthaft als möglich beurteilt werden kann. Andererseits darf die Vollzugsbehörde auch bei Vorliegen besonderer Hindernisse nicht einfach untätig bleiben.

a) Aus den Akten ergibt sich, dass in diesem Fall die Beschaffung der erforderlichen Reisepapiere längere Zeit in Anspruch nimmt. Am 7. August 2003 gingen beim KAFA per Fax die bereits oben erwähnten Kopien von zwei Geburtsurkunden und die Kopie einer Identitätskarte ein. Mit Schreiben vom 12. August 2003 ersuchte das KAFA das BFF um Einleitung der Papierbeschaffung. Mit Schreiben vom 22. August 2003 gelangte das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) an das Generalkonsulat der Republik A. in Genf und ersuchte dieses, für den Antragsgegner ein Laissez-passer auszustellen. Mit Schreiben vom 16. September 2003 gelangte das EJPD erneut an das Generalkonsulat und bat um eine Orientierung über den Stand der Identitätsüberprüfung. Bis heute ist weder eine Bestätigung des Konsulats noch eine Mitteilung über den Stand der Abklärungen eingetroffen. Die Vollzugsbehörden erachten es als nicht förderlich, das Konsulat von A. ein weiteres Mal auf die Notwendigkeit der Ausstellung eines Laissez-passer hinzuweisen.

b) Der Antragsgegner hat anfangs August telefonisch veranlasst, dass den Behörden Kopien der erwähnten Urkunden zugestellt wurden. Des Weiteren weigert er sich aber, bei der Beschaffung von Reisepapieren aktiv mitzuwirken. Trotz der erwähnten Kopien von Ausweispapieren, die dem KAFA am 7. August 2003 von einem Absender mit Namen B.M. aus O. per Fax zugestellt wurden, ist nach wie vor nicht klar, ob es sich wirklich um die Unter-

lagen des Antragsgegners handelt. Es fehlt nämlich ein Foto, auf dem der Antragsgegner zu identifizieren wäre. Nachdem er während Monaten die Behörden absichtlich über seine wahre Identität getäuscht hat (seinen Angaben zufolge «machen das alle so»), kann nicht ohne Weiteres auf seine jetzigen Zusicherungen abgestellt werden, dass die vorliegenden Papiere seine eigenen seien. Am 17. September 2003 erklärte er zudem, dass es ihm nicht möglich sei, mit seiner Familie Kontakt aufzunehmen, damit diese in A. bei den Behörden Druck im Hinblick auf die Ausstellung eines Laissez-passer machen könnte. Bei der persönlichen Befragung erklärte er weiter, er könne jetzt nichts mehr zur Beschaffung bzw. Beschleunigung des Laissez-passer beitragen. Dies sei nun Sache der Behörden. Er habe zwar das Konsulat angerufen, doch habe ihm irgendein Angestellter gesagt, er müsse auf die Dokumente warten wie jeder andere auch. Es bringe auch nichts, wenn er seine Familie anrufe. Einen Pass könne er nicht beschaffen, da ein solcher nur ausgestellt würde, wenn er in A. persönlich ein Antragsformular unterschreibe. Seine Familie könne er zur Zeit telefonisch auch nicht erreichen, da die Nummer immer besetzt sei. Er unternehme jetzt auch nichts mehr, denn es sei – wie er schon gesagt habe – Sache der Behörden, die notwendigen Dokumente zu besorgen. Er wäre aber bereit, die Schweiz innert 48 Stunden zu verlassen, wenn man ihn aus der Haft entlasse.

c) Der Haftgrund von Art. 13b Abs. 1 lit. c ANAG, wonach der Antragsgegner in Haft zu nehmen ist, wenn konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass er sich der Ausschaffung entziehen könnte, ist nach wie vor gegeben, auch wenn der Antragsgegner nun beteuert, dass er heimkehren möchte. Zu den Vorfällen, die am 13. Juni 2003 zur richterlichen Bestätigung der Ausschaffungshaft führten (Missachtung der Wegweisung, keine Beachtung von behördlichen Vorladungen, geringfügige Ladendiebstähle) kommt hinzu, dass der Antragsgegner die Behörden über längere Zeit mit einer falschen Identität absichtlich zu täuschen versucht hat. Angesichts dessen, dass er anfänglich mit einer Identität operiert hat, die seine Identifikation verunmöglichlicht hat, ist das Vorliegen eines «besonderen Hindernisses» im Sinne von Art 13b Abs. 2 ANAG in casu zu bejahen. Ebenfalls ein besonderes Hindernis stellt die Tatsache dar, dass sich die Behörden von A. bei der Ausstellung eines Laissez-passer – trotz «Mahnung» seitens der Schweizer Behörden – doch recht viel Zeit lassen. Der Ausschaffung in die Heimat des Antragsgegners stehen aber an sich weder rechtliche, noch technische, noch tatsächliche Hindernisse entgegen. Es geht nur noch darum, dass der Antragsgegner klar identifiziert werden kann und dass die Behörden von A. ein Laissez-passer ausstellen. Die vorliegende Haft dient nach wie vor der Sicherung der Ausschaffung. Die Haftverlängerung erweist sich daher als gesetzmässig. Angesichts des staatlichen Interesses, den illegal in der Schweiz verweilenden Ausländer, der keinerlei Bezug zur Schweiz hat, auszuschaffen, erscheint der vorübergehende Eingriff in seine persönliche Freiheit, wie ihn die Massnahme fraglos darstellt, als gerechtfertigt. Beachtet man zudem, dass sich der

Antragsgegner über die Behandlung in der Ausschaffungshaft nicht beklagt und dass er durch ein weiterhin kooperatives Verhalten die Haftdauer selber sogar verkürzen könnte, so spricht das Ganze bei der Interessenabwägung zugunsten des staatlichen Wegweisungsinteresses.

Zusammenfassend ergibt sich, dass ein rechtskräftiger Nichteintretensentscheid des BFF auf das Asylgesuch des Antragsgegners vorliegt. Der Antragsgegner hat kein Aufenthaltsrecht in der Schweiz und muss diese an sich sofort verlassen, wobei eine Ausreise nur mit Hilfe eines Laissez-passer toleriert werden kann (und nicht via die «grüne Grenze», wie dies der Antragsgegner vorschlägt). Zu beachten ist auch, dass der Antragsgegner vor der Anordnung der Ausschaffungshaft mehr als sechs Wochen Zeit gehabt hätte, die Schweiz zu verlassen. Er kann sich deshalb jetzt nicht darauf berufen, dass man ihm nie Gelegenheit geboten habe, die Schweiz zu verlassen. Zu beachten ist weiter, dass die Schweizer Behörden bis heute alles in ihrer Macht Stehende unternommen haben, um den Antragsgegner aus der Schweiz auszuschaffen. Der Grund für die Verzögerung liegt beim Antragsgegner selber und vor allem beim Generalkonsulat seines Heimatstaates. Einer raschen Ausschaffung stehen keine von den Schweizer Behörden zu verantwortenden Hindernisse im Weg. Jedenfalls ist von Seiten des KAFA und des BFF das Beschleunigungsgebot nicht verletzt worden. Da sich der Antragsgegner auch nicht über die Haftbedingungen beklagt, erscheint die Haft auch unter diesem Aspekt als verhältnismässig.

Verfügung des Haftrichters vom 10. November 2003

6. Sozialrecht

Art. 393 Ziff. 4 ZGB. – Im Falle der Verbeiständung einer juristischen Person hat das Gemeinwesen und nicht der Antrag stellende Dritte für die Verfahrenskosten und die Entschädigung des Beistandes einzustehen, wenn der juristischen Person die notwendigen Mittel fehlen.

Aus den Erwägungen:

....

4. Eine Beistandschaft kann, im Falle natürlicher Personen, Schutzfunktionen für den Verbeiständeten erfüllen, im Falle juristischer Personen deckt sie in der Regel Vertretungsbedürfnisse ab, was die Verwaltungsbeistandschaft allerdings keineswegs ausschliesst. Die Verbeiständung juristischer Personen nach Art. 393 Ziff. 4 ZGB hat zu erfolgen, wenn einem Vermögen die notwendige Verwaltung fehlt, weil es an den erforderlichen Organen fehlt, die fragliche juristische Person wirklich über Vermögen verfügt, wenn auch nicht in der Schweiz, der Verwaltungslosigkeit nicht anders beizukommen ist und ein rechtliches Interesse an der Errichtung der Beistandschaft besteht. Das Verfahren richtet sich nach der Verordnung über das Vormundchaftswesen (§ 4 i.V. mit § 33 ff. Vormundchaftsverordnung). In der Praxis wird die Verbeiständung juristischer Personen nur restriktiv und als subsidiäre Massnahme im Sinne eines Notbehelfs angeordnet. Dies ergibt sich auch aus dem Wortlaut von Art. 393 Ziff. 4 ZGB, wonach eine Beistandschaft nur zu errichten sei, wenn nicht auf andere Weise für die Verwaltung gesorgt werden könne (vgl. Ernst Langenegger, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2002, N 16–18 zu Art. 392 ZGB).

Artikel 417 Abs. 2 ZGB verweist hinsichtlich Amtsdauer und Entschädigung des Beistandes auf die Vormundschaftsbehörde. Allerdings statuiert Art. 367 Abs. 3 ZGB, für den Beistand würden, soweit keine besonderen Vorschriften bestünden, die Bestimmungen dieses Gesetzes über den Vormund gelten. Praxis und Lehre betonen, die Entschädigung habe sich individuell nach Mühe und Aufwand zu richten, und verweisen in Übereinstimmung mit Art. 367 Abs. 3 ZGB auf Art. 416 ZGB, die Entschädigungsregelung für den Vormund. Demgemäss sind der Vormund, aber auch der Beistand, aus dem Mündel- resp. Verbeiständetenvermögen zu entschädigen, subsidiär durch das Gemeinwesen (Yvo Biderbost, Basler Kommentar, N. 39 f. zu Art. 417, und Thomas Geiser, Basler Kommentar, N. 4 zu Art. 416 ZGB). Weder das Bundesrecht noch das kantonale Recht enthalten eine spezielle Regelung über die Entschädigung des Beistandes einer juristischen Person resp. über die Kostentragung für das Verfahren der entsprechenden Verbeiständung. Hingegen vertritt die herrschende Meinung die Ansicht, die Regelung nach Art. 417 i.V./m. Art. 416 ZGB sei auch im Falle der Verbeiständung juristischer Personen anwendbar, und im Falle von deren Mittellosigkeit sei das

Gemeinwesen zur Entschädigung des Beistands verpflichtet (Jso Schumacher, Beistandschaft in der AG, Zürich 1981, S. 201 f. etc.). Im Gegensatz zur Beschwerdeführerschaft sehen Lehre und Praxis im Fehlen einer Spezialnorm aber keine Gesetzeslücke, die vom Richter zu füllen wäre. Das Ergebnis einer Umfrage der Direktion des Innern des Kantons Zug bei den zuständigen Stellen der meisten Kantone der Schweiz aus dem Jahre 1996 ergab, dass auch die überwiegende Mehrheit der zuständigen Behörden die Auffassung vertritt, mangels entsprechender Spezialnorm müsse sich die Entschädigung eines Beistandes einer juristischen Person ebenfalls nach Art. 416 ZGB richten, und die Kostenfolge sei analog der Kostenfolge der Verbeiständung einer natürlichen Person zu regeln. Einzig die Vormundschaftsbehörde der Stadt Zürich vertrat damals die Ansicht, da die Verbeiständung einer juristischen Person im Interesse der Gläubiger, nicht aber im öffentlichen Interesse stehe, seien die Beistandsentschädigung und die Kosten für das Verfahren der Verbeiständung demjenigen anzulasten, der die Verbeiständung beantragt habe. Die Zürcher Vormundschaftsbehörde konnte ihre Haltung allerdings nicht mit entsprechender Judikatur untermauern. Ihrer Auffassung steht schliesslich die Auffassung Heinz Bachtlers entgegen, wonach eine Beistandsbestellung nach Art. 393 Ziff. 4 ZGB nicht in erster Linie dem Zweck diene, Rechte einzelner Mitglieder oder Gläubiger zu wahren, sondern dem Zweck, die Vermögensangelegenheiten der fraglichen juristischen Person als solche zu besorgen, resp. besorgen zu lassen, weil sonst niemand da sei, der sie besorge. Demzufolge werde eine solche Beistandschaft im öffentlichen Interesse angeordnet und könne nicht von einer Kautionsauflage abhängig gemacht werden (vgl. Heinz Bachtler: Probleme und Ziele der vormundschaftsrechtlichen Fürsorge; Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Vereinigung schweizerischer Amtsvormünder, Zürich 1963, 225 f.).

Ziffer 96 des Kantonsratsbeschlusses über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen (Verwaltungsgebührentarif, BGS 641.1) vom 11. März 1974 hält fest, seien weder Vermögen noch Erwerb vorhanden, seien der Vormund, der Beistand oder der Beirat zu Lasten der Gemeinde jährlich nach Massgabe ihrer Bemühungen zu entschädigen. Ziff. 93 und 94 des Verwaltungsgebührentarifs regeln schliesslich die Gebührenerhebung im Falle der Anordnung oder Aufhebung von Vormundschaften, Beiratschaften und Beistandschaften sowie der Ernennung eines Beistandes. Hinsichtlich Verfahrenskosten im Verwaltungsverfahren statuiert § 26 Abs. 1 VRG generell, die Behörde könne der Partei, die eine Amtshandlung beantrage oder ein Verfahren einleite, einen angemessenen Kostenvorschuss auferlegen. Im Sinne einer Spezialnorm statuiert § 30 Abs. 1 in Verbindung mit § 16 Abs. 1 Vormundschaftsverordnung, die Kosten des Verfahrens gingen zu Lasten des Mündelvermögens, es sei denn die zuständige Behörde verzichte auf deren Geltendmachung.

5. a) In Würdigung der obigen Darlegungen und in Übereinstimmung mit den Ausführungen des Regierungsrates im Entscheid vom 22. Oktober 2002

ist festzustellen, dass die Entschädigung eines Beistandes nach Art. 417 Abs. 2 i.V. mit Art. 416 ZGB zu Lasten des Verbeiständeten zu erfolgen hat und für den Fall, dass dieser dazu nicht in der Lage wäre, zulasten des zuständigen Gemeinwesens. Zum selben Schluss führt auch Ziff. 96 des kantonalen Verwaltungsgebührentarifs. Mangels einer anders lautenden Spezialnorm ist auch im Falle der Beistandsbestellung nach Art. 393 Ziff. 4 ZGB nach Art. 417 Abs. 2 i. V. mit Art. 416 ZGB zu verfahren. Die Auffassung, Verbeiständungen nach Art. 393 Ziff. 4 ZGB stünden nur im Individualinteresse der Gläubiger und rechtfertigten daher, die Entschädigung analog § 26 VRG dem die Beistandschaft beantragenden Gläubiger aufzuerlegen, kann nicht geteilt werden. Zum Einen erachtet das Gericht die Verbeiständung einer juristischen Person in Übereinstimmung mit der zitierten Meinung von Bachtler als im öffentlichen Interesse liegend, da es um die Besorgung der Vermögensangelegenheiten der juristischen Person selbst geht, die dazu ausser Stande ist. Zum Andern kann die Frage der Entschädigung eines Beistandes nach schweizerischem Vormundschaftsrecht, somit die Frage eines Detailproblems im Rahmen vormundschaftsrechtlicher Massnahmen, nicht unter Zuhilfenahme der Zuger Bestimmungen über das Verwaltungsverfahren geregelt werden. Auch rechtfertigt der Umstand, dass Verbeiständungen von juristischen Personen eher als Fremdkörper im Vormundschaftswesen betrachtet werden, nicht, diese hinsichtlich der Entschädigung des Beistandes ohne entsprechende Gesetzesregelung, resp. in Abweichung von Art. 417 Abs. 2 i. V. m. Art. 416 ZGB bzw. Art. 367 Abs. 3 ZGB unterschiedlich zu behandeln. Schliesslich liegt nach Ansicht des Gerichts vorliegend auch keine Gesetzeslücke vor, die der Richter zu schliessen hätte. Die Beschwerde gegen den Entscheid des Regierungsrates erweist sich in diesem Punkte somit als unbegründet.

b) Die Kosten der Bestellung eines Beistandes gehen nach § 30 in Verbindung mit § 16 Vormundschaftsverordnung zulasten des Mündel- resp. Verbeiständetenvermögens, es sei denn, die Behörde verzichte auf deren Geltendmachung. Mangels einer speziellen Regelung für die Verbeiständung von juristischen Personen nach Art. 393 Ziff. 4 ZGB und eingedenk des Umstands, dass die obig zitierten Bestimmungen als kantonalrechtliche Spezialnormen des Vormundschaftswesens zu betrachten sind und der generellen Regelung über die Kostenaufgabe im Verwaltungsverfahren nach § 26 VRG vorgehen, rechtfertigt es sich, von einer Kostenaufgabe zulasten des die Beistandschaft nach Art. 393 Ziff. 4 ZGB beantragenden Gläubigers abzusehen. Damit erweist sich die Beschwerde auch hinsichtlich der Frage der Kostenaufgabe des Verfahrens als unbegründet.

Verwaltungsgericht, 15. April 2003

Auf die gegen dieses Urteil eingereichte Berufung, auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde und auf die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht wurde je mit Entscheiden vom 25. August 2003 (5P.249/2003; 5A.15/2003; 5C.139/2003) nicht eingetreten.

Art. 263 Abs. 1 und Art. 278 Abs. 2 ZGB; § 43 SchulG; § 17 Abs. 2 VV SchulG; § 4 Regl. – Für die Festsetzung der Beitragsleistungen an die Zahnbehandlungskosten der Kinder können – abhängig von den finanziellen Verhältnissen der Eltern – auch die finanziellen Verhältnisse des Stiefelternteils berücksichtigt werden (Praxisänderung).

Aus den Erwägungen:

3. Nach § 43 Abs. 1 Bst. c SchulG sind die Gemeinden verpflichtet einen Schulzahnarzt-Dienst anzubieten. Dieser umfasst einen jährlichen Untersuchung, die konservierende Behandlung und die Behandlung notwendiger resp. beitragsberechtigter kieferorthopädischer Fälle. Paragraph 17 VV SchulG (BGS 412.111, in der bis zum 21. September 2001 gültig gewesenen Fassung) bestimmt, dass die Kosten der Untersuchung, der Zahnreinigung und der Zahnfluoridierung vollumfänglich von den Gemeinden zu tragen sind (Abs. 2). An die Kosten der konservierenden Behandlung sowie der Behandlung kieferorthopädischer Fälle haben die Eltern unter Berücksichtigung ihrer finanziellen Verhältnisse Beiträge zu leisten. Die Höhe dieser Beiträge legt die betreffende Gemeinde fest (Abs. 1). Entsprechend sieht § 4 des Reglements der Stadt Zug vor, dass die Kosten der Untersuchung, inkl. des Reihenuntersuches, der Zahnreinigung und der Zahnfluoridierung, falls keine Behandlung nötig ist, vollumfänglich von der Gemeinde getragen werden, und dass an die Kosten der Behandlung die Eltern entsprechend ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit Beiträge zu leisten haben, deren Höhe nach dem steuerbaren Nettoeinkommen der letzten Steuererklärung abgestuft ist (...).

Am 1. Januar 2001 bzw. 22. September 2001 haben die einschlägigen Bestimmungen im SchulG und in der VV SchulG eine Änderung erfahren. Während nach bisherigem Recht die Kosten der zahnärztlichen Behandlung von den Gemeinden getragen wurden und die Eltern Beiträge geleistet haben, ist nun vorgesehen, dass die Gemeinden Beiträge, unter Berücksichtigung der finanziellen Verhältnisse der Erziehungsberechtigten, für konservierende Behandlungen leisten (vgl. insbesondere § 16 Abs. 3 VV zum SchulG, in Kraft am 22. September 2001). Paragraph 43 Abs. 4 SchulG (in Kraft am 1. Januar 2001) sieht in diesem Zusammenhang vor, dass für die Berechnung des Gemeindebeitrages an die Kosten der zahnärztlichen Behandlung die dazu notwendigen Steuerdaten zum Reineinkommen und -vermögen oder zum steuerbaren Einkommen und Vermögen der Eltern verwendet werden können.

Zur umstrittenen Frage, ob für die Festsetzung der Beitragsleistungen an die Zahnbehandlungskosten abhängig von den finanziellen Verhältnissen der Eltern auch die Gegebenheiten des Stiefelternteils berücksichtigt werden können, äussern sich das SchulG und die VV SchulG nicht. Auch im Reglement der Stadt Zug über die Schulzahnpflege findet sich dazu keine beson-

dere Regelung. Das Verwaltungsgericht hat in einem Urteil vom 1. April 1993, GVP 1993/94, S. 56 ff., entschieden, dass das Gemeinwesen nicht berechtigt sei, die finanziellen Verhältnisse des Stiefelternteils in die Beitragsberechnung einzubeziehen. Es begründete dies damit, dass das Kind durch die Heirat seiner Mutter gegenüber dem Stiefvater keinen Unterhaltsanspruch erwerbe. Eine Kostenbeitragsordnung, welche den Stiefvater dem leiblichen Vater gleichstelle, unterlasse daher eine Unterscheidung, die sich sachlich gebieterisch aufdränge und verstosse damit gegen die Rechtsgleichheit (Art. 4 Abs. 1 aBV).

Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich eine Änderung dieser Rechtsprechung rechtfertigt. Eine Praxisänderung lässt sich gegenüber dem Postulat der Rechtssicherheit grundsätzlich nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der ratio legis, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelten Rechtsanschauungen entspricht (BGE 125 V 205 ff., 207 Erw. 2 mit weiteren Hinweisen).

4. a) Zunächst ist entgegen der Ansicht des Stadtrats nicht feststellbar, dass sich die rechtlichen Rahmenbedingungen entscheidend geändert haben. Zwar ist am 1. Januar 2001 das neue Steuergesetz in Kraft getreten. Dass bei der Familienbesteuerung Einkommen und Vermögen von Ehegatten, die in ungetrennter Ehe leben, zusammengerechnet werden, hat jedoch bereits unter altem Recht gegolten (vgl. § 7 des Gesetzes über die Kantons- und Gemeindesteuern vom 7. Dezember 1946). Im Weiteren kann der Verweis auf die Steuerdaten der Eltern bei richtiger Betrachtung auch nur so verstanden werden, dass zur Vereinfachung des Verfahrens schon vorhandene Erhebungen über die finanziellen Verhältnisse genutzt werden sollen. Es wäre deshalb verfehlt, darüber hinaus aus dem Steuergesetz für den vorliegenden Fall etwas ableiten zu wollen. Auch die Änderungen im SchulG und in der VV SchulG sind für die hier zu entscheidende Streitfrage nicht von Bedeutung. Schon unter dem alten Recht war klar, dass es im Prinzip nicht darum geht, den Eltern Beiträge aufzuerlegen, sondern die zahnärztliche Behandlung im Rahmen der Schuldienste unter Berücksichtigung der finanziellen Verhältnisse der Eltern zu subventionieren (vgl. GVP 1993/94, S. 57 Erw. 2 in fine). Zu prüfen bleibt, ob sich eine Praxisänderung aufgrund besserer Kenntnis der gesetzgeberischen Absichten, veränderter äusserer Verhältnisse oder gewandelter Rechtsanschauungen rechtfertigt.

b) Das Verwaltungsgericht ging in seinem früheren Entscheid davon aus, dass die Bestimmungen über die Schulzahnpflege an die elterliche Unterhaltspflicht gemäss Bundeszivilrecht anknüpfen. Es stellte fest, dass die stiefelterliche Beistandspflicht sich grundlegend von der elterlichen Unterhaltspflicht unterscheide, und keine selbständige Leistungspflicht des Stiefelternteils neben der Unterhaltspflicht des leiblichen Elternteils bestehe. Aus diesem Grund sah es darin, dass die finanziellen Verhältnisse des Stiefelternteils ohne Unterschied in die Beitragsberechnung einbezogen wurden, eine

Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots. Daran änderte nach Auffassung des Verwaltungsgerichts nichts, dass der Stiefelternteil im Rahmen der gesetzlichen Beistandspflicht gehalten sei, dem Ehegatten in der Erfüllung seiner Unterhaltspflicht in angemessener Weise beizustehen (Art. 278 Abs. 2 ZGB), da für den Gesetzgeber kein Grund bestanden habe, eine Person, die einen Partner mit Kindern heirate, allgemein oder auch nur subsidiär zu verpflichten, für den Unterhalt dieser Kinder aufzukommen; er habe vermeiden wollen, dass durch einen solchen Anspruch die Heiratsaussichten verwitweter, geschiedener oder ausserehelicher Eltern vermindert oder deren Ausweichen ins Konkubinat begünstigt würde. Das Verwaltungsgericht stützte sich dabei im Wesentlichen auf Cyril Hegnauer, Stiefelterliche Beistandspflicht und Stipendienanspruch, in ZVW 1985, S. 25–27, wonach die finanziellen Verhältnisse des Stiefelternteils für die Stipendienberechtigung eines Kindes nicht berücksichtigt werden dürfen. Entsprechend hat auch der Kanton Zug für die Berechnung von Ausbildungsbeiträgen auf den Einbezug der finanziellen Verhältnisse des Stiefelternteils verzichtet. Als massgebend erklärt werden in diesen Fällen in der Regel die finanziellen Verhältnisse des Inhabers der elterlichen Gewalt bzw. des Elternteils, in dessen Obhut sich das Kind befindet, zuzüglich des Unterhaltsbeitrages des anderen Elternteils (vgl. dazu § 12 Ziff. 4 der Verordnung zum Gesetz über Ausbildungsbeiträge vom 7. August 1984, BGS 416.211).

c) Man muss sich jedoch fragen, ob die für die Stipendienberechtigung massgebenden Gesichtspunkte ohne weiteres auch für Beitragsleistungen an die Kosten der Zahnbehandlung im Rahmen des Schulzahnarzt-Dienstes Geltung beanspruchen können. Dass der Stiefelternteil gegenüber den vorehelichen Kindern des Gatten nicht unterhaltspflichtig ist, hat jedenfalls nicht absolute Gültigkeit. Dies ergibt sich nicht nur aus Art. 278 Abs. 2 ZGB, wonach jeder Ehegatte dem andern in der Erfüllung der Unterhaltspflicht gegenüber vorehelichen Kindern in angemessener Weise beizustehen hat. Es ist auch anerkannt, dass der Unterhalt des Stiefkindes zum Unterhalt der Familie i.S. von Art. 163 Abs. 1 ZGB gehört, wenn das Kind in der Hausgemeinschaft des Stiefelternteils lebt (vgl. Tuor/ Schnyder/ Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 411 mit Hinweis auf BGE 108 II 277). Das Bundesgericht hat es in seiner Rechtsprechung zur Alimenterbevorschussung ohne weiteres als zulässig erachtet, wenn im kantonalen Recht das Einkommen bzw. das Vermögen eines Stiefelternteils im Rahmen der Prüfung, ob die Bevorschussungsgrenze erreicht sei, mitberücksichtigt wird (vgl. BGE 112 Ia 256 ff.; BGE 129 I 5). Insbesondere liess das Bundesgericht in diesem Zusammenhang den Einwand nicht gelten, dass damit dem Stiefelternteil in bundesrechtswidriger Weise eine Unterhaltspflicht gegenüber den Kindern auferlegt werde. Es begründete dies damit, dass die Bevorschussung zum öffentlichen Sozialhilferecht gehöre, weshalb der Bundesgesetzgeber sich darauf beschränkt habe, diese Aufgabe im Sinne eines Vorbehalts des kantonalen öffentlichen Rechts gemäss Art. 6 ZGB festzuhal-

ten. Die Kantone seien nicht verpflichtet, die Alimentenbevorschussung einzuführen; sie seien daher auch in der Ausgestaltung einer solchen frei. Mit der Festlegung von Einkommens- und Vermögensgrenzen werde eine Begrenzung der Anspruchsberechtigung gezogen, in der Meinung, dass der Staat nur dort helfend eingreifen solle, wo dies notwendig sei. Wenn auch das Einkommen und Vermögen des Stiefelternteils für diese Abgrenzung beigezogen werde, so werde damit keineswegs verpflichtend festgelegt, dass und in welchem Umfang der Stiefelternteil für den Unterhalt des betreffenden Kindes aufzukommen habe. Es liesse sich nicht bestreiten, dass dies zur Folge haben könne, dass auch der Stiefelternteil de facto in einem höheren Masse zum Unterhalt des Kindes beitrage. Dies liege jedoch im Einklang mit Art. 278 Abs. 2 ZGB, wonach jeder Ehegatte dem andern in der Erfüllung der Unterhaltungspflicht gegenüber vorehelichen Kindern in angemessener Weise beizustehen habe. Wer schliesslich den Unterhalt für das Kind zu tragen habe bzw. in Wirklichkeit trage, sei eine Angelegenheit, die sich allein nach dem Zivilrecht regle. Mit der Alimentenbevorschussung habe dies nichts zu tun. Würde ein Kanton von der Möglichkeit der Alimentenbevorschussung keinen Gebrauch machen, so verhielte es sich nicht anders (vgl. BGE 112 Ia 256 ff. Erw. 3). Dementsprechend ist auch im Inkassohilfe- und Bevorschussungsgesetz des Kantons Zug vorgesehen, dass sich bei der Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen der obhutsberechtigte Elternteil die finanziellen Mittel des Stiefelternteils anrechnen lassen muss (vgl. dazu § 5 Bst. a des Gesetzes über Inkasso und Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen vom 29. April 1993, BGS 213.711).

d) Im Bereich des Schulzahnarzt-Dienstes hat es der Kanton Zug weitgehend den Gemeinden überlassen, die Festlegung der Höhe der Beteiligung an den Kosten der zahnärztlichen Behandlung zu regeln; er schreibt lediglich vor, dass dabei die finanziellen Verhältnisse der Eltern resp. Erziehungsberechtigten zu berücksichtigen seien. Allgemein gültige Aussagen für den Schulzahnarzt-Dienst sämtlicher Zuger Gemeinden sind daher nur beschränkt möglich und zulässig; für die Einzelheiten des Vollzugs ist in jedem einzelnen Fall vom Reglement der jeweils betroffenen Gemeinde auszugehen. Paragraph 4 des Reglements der Stadt Zug führt dazu aus, dass die Eltern entsprechend ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit Beiträge zu leisten haben, und die Höhe der Beitragsleistungen nach dem steuerbaren Nettoeinkommen der letzten Steuererklärung abgestuft wird. Auf die Frage, ob bei Familien mit einem Stiefelternteil dem obhutsberechtigten Elternteil das Einkommen des Stiefelternteils anzurechnen sei, ist den massgebenden Vorschriften keine ausdrückliche Antwort zu entnehmen. Daraus ergibt sich jedoch nicht notwendig, dass eine solche Anrechnung ausgeschlossen ist. Indem der Kanton den Gemeinden vorschreibt, dass die finanziellen Verhältnisse der Eltern zu berücksichtigen seien, bringt er klar zum Ausdruck, dass die staatliche Beteiligung an den Kosten der Zahnbehandlung lediglich subsidiärer Natur sein soll. Es liegt daher durch-

aus im Sinne und Zweck der Regelung, wenn beim obhutsberechtigten Elternteil auch die finanziellen Verhältnisse des Stiefelternteils mitberücksichtigt werden. Wenn in dieser Hinsicht nicht zwischen elterlicher Unterhaltspflicht und ehelicher Beistandspflicht unterschieden wird, kann darin auch kein Verstoss gegen das Rechtsgleichheitsgebot resp. Bundeszivilrecht erblickt werden, wie sich aus den oben zitierten Erwägungen des Bundesgerichts zur Alimentenbevorschussung ergibt (vgl. Erw. c hiervor). Dass der Stiefelternteil im Rahmen von Art. 278 Abs. 2 ZGB nicht (unmittelbar) dem Kind sondern dem andern Gatten gegenüber zum Beistand verpflichtet ist, und dass die eheliche Beistandspflicht im Verhältnis zur elterlichen Unterhaltspflicht subsidiär ist, verbietet es nicht, die staatliche Beteiligung an den Zahnbehandlungskosten gegebenenfalls auch von den Einkommensverhältnissen des Stiefelternteils abhängig zu machen. Vielmehr wird damit dem Umstand Rechnung getragen, dass das Einkommen eines jeden Ehegatten massgeblich von der jeweiligen Aufgabenteilung in der Ehe abhängt, und es nicht darauf ankommen sollte, wer in der Ehe den Haushalt besorgt und die Kinder betreut, und wer seinen Beitrag durch eigene Erwerbstätigkeit und Geldzahlungen leistet. An der bisherigen Auffassung des Verwaltungsgerichts, dass es mit dem Rechtsgleichheitsgebot resp. Bundeszivilrecht nicht vereinbar sei, wenn die finanziellen Verhältnisse des Stiefelternteils in die Beitragsberechnung einbezogen werden, kann daher nicht festgehalten werden.

Es ergibt sich somit, dass die Anrechnung der Einkommensverhältnisse des Stiefelternteils im Rahmen von § 4 des Reglements der Stadt Zug mit dem Sinn und Zweck der kantonalen Vorschriften vereinbar ist und nicht gegen das Rechtsgleichheitsgebot resp. Bundeszivilrecht verstösst, während das strikte Anknüpfen an die elterliche Unterhaltspflicht namentlich bei Familien mit einem Stiefelternteil zu vom Gesetzgeber nicht gewollten Ergebnissen führen kann. Zudem lässt sich feststellen, dass diese Lösung im Einklang mit der neuen Rechtssetzung im Bereich der Kinderzulagen steht, welche dem Stiefelternteil ermöglicht, für die in der Hausgemeinschaft lebenden Kinder des Ehegatten Zulagen zu beantragen (vgl. § 7 Abs. 2 Gesetz über die Kinderzulagen vom 16. Dezember 1982, in Kraft am 1. April 2003, BGS 844.4). Mit dieser Regelung wollte man nicht zuletzt den veränderten gesellschaftlichen Verhältnissen Rechnung tragen (vgl. dazu Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 2. Juli 2002 betreffend Änderung des Gesetzes über die Kinderzulagen). Die Voraussetzungen für eine Praxisänderung (vgl. vorne Erw. 3 in fine) sind demnach erfüllt. Es ist deshalb nicht unzulässig, wenn im Rahmen von § 4 des Reglements der Stadt Zug bei Familien mit einem Stiefelternteil beim obhutsberechtigten Elternteil auch die Einkommensverhältnisse des Stiefelternteils in die Beitragsberechnung einbezogen werden. Für die Verwendung der Steuerdaten besteht dabei eine gesetzliche Grundlage (vgl. § 43 Abs. 4 SchulG). Nachdem die Beschwerdeführer unter diesen Voraussetzungen im Übrigen anerkennen, dass für die Schuljahre

1998/99 bis 2001/02 aufgrund ihrer finanziellen Verhältnisse kein Anspruch auf eine Beteiligung an den Kosten der Zahnbehandlung besteht, ist die Beschwerde gegen den Entscheid des Stadtrats von Zug in der Hauptsache als unbegründet abzuweisen.

Verwaltungsgericht, 28. November 2003

Art. 397d ZGB – Fürsorgerische Freiheitsentziehung. Beschwerde gegen Einweisung bzw. Zurückbehaltung; örtliche Zuständigkeit im interkantonalen Verhältnis.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Der im Kanton Obwalden wohnhafte Beschwerdeführer wurde am 1. Februar 2003 in Luzern von einem dort ansässigen Arzt zwangsweise in die Psychiatrische Klinik Oberwil eingewiesen. Am 11. Februar 2003 wies der Chefarzt der Psychiatrischen Klinik Oberwil ein Entlassungsgesuch ab. Das Verwaltungsgericht des Kantons Obwalden trat auf eine am 12. Februar 2003 dagegen eingereichte Beschwerde wegen örtlicher Unzuständigkeit nicht ein und überwies die Sache zuständigkeitshalber an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug.

Aus den Erwägungen:

1. Die von einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung betroffene Person kann gegen den Entscheid innert zehn Tagen nach der Mitteilung schriftlich den Richter anrufen. Dieses Recht besteht auch bei Abweisung eines Entlassungsgesuchs (Art. 397d ZGB). Zuständig für die Beurteilung einer Beschwerde gegen eine fürsorgerische Freiheitsentziehung oder die Abweisung eines Entlassungsgesuchs ist das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz (§ 79a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes, VRG, in der Fassung vom 28. Januar 1982). Das Verwaltungsgericht ist somit sachlich als einzige kantonale Instanz zur gerichtlichen Überprüfung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung zuständig.

2. Zu prüfen ist im Weiteren die Frage der örtlichen Zuständigkeit.

a) Der Beschwerdeführer hat Wohnsitz im Kanton Obwalden. Die Anordnung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung erfolgte in Luzern durch Dr. Z., der den Beschwerdeführer in die Psychiatrische Klinik Oberwil im Kanton Zug einwies. Das Entlassungsgesuch des Beschwerdeführers wurde schliesslich durch Dr. med. Y., Chefarzt der Psychiatrischen Klinik Oberwil, abgewiesen.

b) Gemäss Art. 397b Abs. 1 ZGB ist für den Entscheid über eine fürsorge-
rische Freiheitsentziehung eine vormundschaftliche Behörde am Wohnsitz
oder, wenn Gefahr im Verzuge liegt, eine vormundschaftliche Behörde am
Aufenthaltsort der betroffenen Person zuständig. Das Gesetz regelt in Art.
397b ZGB die Zuständigkeit für die Anordnung und für die Aufhebung der
Massnahme (nicht jedoch für die gerichtliche Beurteilung, welche in die
Kompetenz der Kantone fällt). Das ZGB legt dabei nur den Rahmen fest und
belässt den Kantonen grosse Freiheit. Von Bundesrechts wegen ist für die
Anordnung der FFE eine vormundschaftliche Behörde zuständig, d.h. je
nach Kanton die Vormundschaftsbehörde oder die (eine) Aufsichtsbehörde
am Wohnsitz sowie zusätzlich bei Gefahr im Verzug die vormundschaftliche
Behörde am Aufenthaltsort der betroffenen Person. Der Kanton kann für
zwei Fallgruppen weitere Behörden oder andere geeignete Stellen für zustän-
dig erklären: erstens für alle Fälle, da Gefahr im Verzug liegt, und zweitens,
unabhängig von dieser Voraussetzung, für die Einweisung von psychisch
Kranken (Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch,
12. A., Zürich 2002, S. 515).

Über die Unterbringung oder die Zurückbehaltung in einer geeigneten
Anstalt entscheidet im Kanton Zug gemäss § 1 des Einführungsgesetzes zum
Bundesgesetz über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches
(Fürsorgerische Freiheitsentziehung) vom 28. Januar 1982 (EG FFE) die zu-
ständige Vormundschaftsbehörde. Zuständige Vormundschaftsbehörden
sind für an ihrem Heimatort wohnende Gemeindeglieder der Bürgerrat der
Heimatgemeinde und für alle übrigen Einwohner der Gemeinderat der
Wohngemeinde (§ 1 Abs. 2 EG FFE). Vormundschaftsbehörde des Aufent-
haltsortes im Sinne von Art. 397b Abs. 1 ZGB ist der Gemeinderat der be-
treffenden Einwohnergemeinde (§ 1 Abs. 3 EG FFE). Wenn Gefahr im Ver-
zuge liegt, kann jeder Arzt, der eine Bewilligung zur Berufsausübung besitzt,
die Unterbringung oder Zurückbehaltung anordnen (§ 2 Abs. 1 Satz 1 EG
FFE). Dauert die Freiheitsentziehung voraussichtlich länger als vier Wo-
chen, ist die Vormundschaftsbehörde durch die Anstaltsleitung unverzüglich
zu benachrichtigen; sie entscheidet in diesem Falle über die Massnahme.
Hat die eingewiesene oder zurückbehaltene Person gegen den ärztlichen
Einweisungs- oder Zurückbehaltungsentscheid das Verwaltungsgericht ange-
rufen, so entscheidet dieses nach Anhörung der Vormundschaftsbehörde
über die Massnahme. Die Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde für die
spätere Entlassung und Betreuung bleibt davon unberührt (§ 2 Abs. 2 EG
FFE).

c) Die örtliche Zuständigkeit für die gerichtliche Beurteilung gegen einen
Einweisungs- oder Rückbehalteentscheid regelt das ZGB nicht. Die Kantone
sind damit frei, im innerkantonalen Bereich das Gericht am Sitz der einwei-
senden Behörde oder Stelle, jenes am Wohnsitz der betroffenen Person oder
jenes am Ort der Anstalt als zuständig zu erklären (BGE 122 I 22 ff.). Inter-
kantonal muss allerdings subsidiär eine Ordnung bestehen, die sowohl posi-

tive wie auch negative Zuständigkeitskonflikte ausschliesst. Von daher drängt sich die wohnörtliche Zuständigkeit für die ordentliche Einweisung und jene am Ort der verfügbaren Behörde oder Stelle bei Dringlichkeit auf. Diese Zuständigkeiten gelten von Bundesrechts wegen, wenn im interkantonalen Verhältnis ein Kompetenzkonflikt auftritt (Geiser, Basler Kommentar zum ZGB, N 9 zu Art. 397d ZGB). Die örtliche Zuständigkeit für das Anfechten einer fürsorglichen Freiheitsentziehung richtet sich interkantonal nach dem Wohnsitz des Betroffenen; dies gilt auch dann, wenn der Freiheitentzug bei Gefahr von einer Stelle am Aufenthaltsort des Betroffenen angeordnet wird (Spirig, Zürcher Kommentar, N 125 zu Art. 397e ZGB mit zahlreichen Hinweisen). Die Anknüpfung der örtlichen Zuständigkeit des Richters an den Wohnsitz des Betroffenen im interkantonalen Verhältnis ergibt sich insbesondere aus der Tatsache, dass ein kantonaler Gesetzgeber nicht befugt ist, eine ausserkantonale Behörde als richterliche Instanz einzusetzen (vgl. dazu BGE 122 I 25 E. 2b/cc).

d) Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer seinen Wohnsitz unbestrittenermassen im Kanton Obwalden und diese Tatsache hat zur Folge, dass die gerichtliche Anfechtung des negativen Entlassungsentscheides der Psychiatrischen Klinik Oberwil bzw. von Dr. Y. beim dafür im interkantonalen Verhältnis örtlich zuständigen Verwaltungsgericht des Kantons Obwalden einzureichen und auch von diesem Gericht zu entscheiden ist. Dies rechtfertigt sich umso mehr, als es sich vorliegend nicht um die gerichtliche Überprüfung einer Einweisung bei Gefahr im Verzug handelt, sondern vielmehr um Überprüfung des Entscheides der Anstalt um Entlassung im Sinne von Art. 397b Abs. 3 ZGB. Diese Überprüfungskompetenz fällt aber offensichtlich dem Wohnsitzrichter zu. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zug kann auf die Beschwerde mithin mangels örtlicher Zuständigkeit nicht eintreten. Eine Überweisung der Sache an das Verwaltungsgericht des Kantons Obwalden erübrigt sich, da dieses selbst sich bereits als unzuständig erachtet hat.

Anders zu entscheiden würde verschiedene negative und unbefriedigende Konsequenzen nach sich ziehen. Zunächst ist das Verwaltungsgericht gemäss § 2 Abs. 2 EG FFE verpflichtet, die Vormundschaftsbehörde anzuhören, wenn die Freiheitsentziehung voraussichtlich länger als vier Wochen dauert. Nach Auskunft des behandelnden Klinikarztes Dr. B. gegenüber dem Verwaltungsgericht des Kantons Obwalden beträgt die mutmassliche Dauer des Klinikaufenthalts beim Zustandsbild des Beschwerdeführers etwa zwei bis drei Monate. Dies würde bedeuten, dass das Verwaltungsgericht des Kantons Zug die zuständige Vormundschaftsbehörde ins Verfahren einbeziehen müsste; die für den Beschwerdeführer zuständige Vormundschaftsbehörde wäre aber zweifellos der Gemeinderat A., nachdem offensichtlich keine Gefahr im Verzug vorliegt, die eine andere Zuständigkeit – in casu diejenige des Stadtrates Zug – begründen könnte. Ebenfalls stellte sich die Frage nach der für die Entlassung zuständigen Behörde im Falle eines für den Beschwerdeführer negativen Gerichtsentscheides. Schliesslich ist auch darauf hinzuwei-

sen, dass die Psychiatrische Klinik Oberwil aufgrund eines Konkordates der Kantone Uri, Schwyz und Zug geführt wird. Der Kanton Zug hat zudem nebst anderen Kantonen vertraglich in der Psychiatrischen Klinik Littenheid (Kanton Thurgau) eine Anzahl Betten reserviert. Das Verwaltungsgericht nimmt in konstanter Praxis keine gerichtlichen Beurteilungen von Patienten mit Wohnsitz in den Konkordatskantonen vor (wobei diese Praxis – soweit ersichtlich – auch von den anderen Konkordatskantonen geübt wird), wohl aber bei notfallmässiger Einweisung oder Zurückbehaltung von Personen mit Wohnsitz im Kanton Zug in der Klinik Littenheid. Die Anhörung der Betroffenen findet jeweils kurzfristig in den entsprechenden Anstalten statt, so dass ein rasches Verfahren im Sinne von Art. 397f Abs. 1 ZGB gewährleistet ist und den Betroffenen lange umständliche Wege erspart bleiben. Diese Praxis hat sich bewährt. Eine andere Praxis müsste dem Grundsatz entscheidendes Gewicht beimessen, dass eine Sofortmassnahme auch zwingend zur Zuständigkeit des Richters am gleichen Ort führe. Für eine so enge Verknüpfung zwischen Verwaltungsentscheid und gerichtlicher Beurteilung besteht kein Grund, zumal der Anspruch auf gerichtliche Beurteilung nicht unbedingt einen anfechtbaren Entscheid voraussetzt, sondern auch dann besteht, wenn eine Person ohne Entscheid in einer Anstalt festgehalten wird oder ein Entlassungsbegehren nur konkludent abgewiesen worden ist (GVP 1993/94 S. 7 f. mit Hinweisen).

3. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die örtliche Zuständigkeit des anzurufenden Richters im interkantonalen Verhältnis nach wohl einhelliger Literatur und Judikatur (s. Erw. 2c vorstehend) und entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts des Kantons Obwalden an den Wohnsitz anknüpft und dass nur so allfällige Kompetenzkonflikte vermieden werden können. Der Nichteintretensentscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug ist für das Anliegen des Beschwerdeführers auf rasche richterliche Überprüfung seiner Beschwerde zwar hinderlich. Dies kann indes nicht vermieden werden, da das Verwaltungsgericht keinerlei Veranlassung sieht, die von ihm konstant angewandte und seiner Ansicht nach bundesrechtskonforme Zuständigkeitspraxis aufzugeben. Es wird dem Beschwerdeführer daher bedauerlicherweise nichts anderes übrig bleiben, als das Schweizerische Bundesgericht anzurufen und dieses über den vorliegend bestehenden Kompetenzkonflikt befinden zu lassen.

Verwaltungsgericht, 21. Februar 2003

*Art. 5 Ziff. 4 EMRK; Art. 397f Abs. 1 ZGB; § 23 Abs. 1 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichts (GO, BGS 162.11) – Beschleunigungsgebot (Erw. 2).
§ 14 VRG; § 150 Abs. 1 und 152 ZPO – Ablehnung von Beweisanträgen (Erw. 3)*

*Art. 397e Ziff. 5 ZGB – Notwendigkeit des Beizugs eines Sachverständigen.
Anforderungen an dessen Unabhängigkeit und Unbefangenheit (Erw. 4).*

Aus den Erwägungen:

2. ...

Gemäss § 23 Abs. 1 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichts vom 14. Januar 1977 (GO) werden Vorladungen, dringende Fälle vorbehalten, zehn Tage vor der Verhandlung zugestellt. Im Sinne des in Art. 397f Abs. 1 ZGB und Art. 5 Ziff. 4 EMRK statuierten Beschleunigungsgebots (s. dazu beispielsweise BGE 127 III 385) ist die Beurteilung von Beschwerden betreffend eine fürsorgerische Freiheitsentziehung in einem einfachen und raschen Verfahren durchzuführen. Diese Verfahren sind daher als dringlich zu qualifizieren, was zur Folge hat, dass Verhandlungstermine kurzfristig angesetzt und auch sonst kurze Fristen angesetzt werden müssen. Andernfalls müsste sich das Gericht den Vorwurf der Missachtung des Beschleunigungsgebots gefallen lassen. Die vorliegende Beschwerde traf am Montag, den 30. Juni 2003, beim Verwaltungsgericht ein, worauf die persönliche Befragung am 1. Juli 2003 nach telefonischer Absprache mit dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, dem Bürgerrat X. und der Klinik auf Donnerstag, den 3. Juli 2003, angesetzt wurde. Der Vormund des Beschwerdeführers konnte telefonisch nicht erreicht werden; die Einladung an ihn erfolgte deshalb am 1. Juli 2003 per Einschreiben und zusätzlich per A-Post. Nachdem dem Vormund bekannt war, dass sein Mündel in die Klinik eingewiesen worden war und die Möglichkeit einer Beschwerde sicher auch zur Sprache gekommen war, musste sich der Vormund im Klaren darüber sein, dass im Falle einer Beschwerde mit kurzfristigen Terminen und Fristen zu rechnen sein würde, was eine sorgfältige Prüfung seines Posteingangs nahegelegt hätte. Wann der Vormund schliesslich Kenntnis von der persönlichen Befragung erhalten hatte, spielt vorliegend letztlich aber keine Rolle. Seine Teilnahme an der Befragung war nicht unabdingbar notwendig, da seinem Mündel immerhin ein Rechtsanwalt zur Seite stand. Zudem wurden ihm in der Folge auch das Protokoll der Befragung und alle weiteren Prozessakten zugestellt und er erhielt ausreichend Gelegenheit, sich zur Sache zu äussern, wovon er allerdings – trotz einmalig erstreckter Frist – schliesslich keinen Gebrauch machte. Insofern gehen die Vorbringen des Vormunds vollumfänglich ins Leere.

3. ...

a) Gemäss § 14 VRG i.V.m. § 150 Abs. 1 ZPO darf ein Beweis u.a. nur über erhebliche Tatsachen abgenommen werden. Der Richter ist nach § 152

Abs. 1 ZPO jederzeit berechtigt, Beweismittel, die er nach der Lage der Akten und seiner eigenen Kenntnis der Sache als überflüssig ansieht, abzulehnen, auch wenn sie zu erheblichen Tatsachen angerufen sind.

b) Zunächst ist festzuhalten, dass die genauen Umstände der Einweisung und die damaligen Äusserungen des Vormunds gegenüber der Polizei oder dem herbeigerufenen Notfallarzt Dr. Y. für die Beurteilung des vorliegenden Verfahrens nicht von erheblicher Bedeutung sind, da vielmehr zu beurteilen ist, ob der Beschwerdeführer aus der Klinik zu entlassen ist. Immerhin liegen dem Gericht aber ausreichend Unterlagen vor, um sich ein Bild von der Situation bei der Einweisung zu machen. Zunächst wurde der Polizeirapport beigezogen; darin hält der rapportierende Polizeibeamte u.a. fest, dass der Beschwerdeführer einen sichtlich verwirrten Eindruck gemacht, beim Ansprechen keine oder eine unsinnige Antwort gegeben habe und keine Angaben darüber habe machen können, woher er gekommen sei und wohin er habe gehen wollen. Der Notfallarzt Dr. Y. stellte gemäss seinem Einweisungsschreiben an die Psychiatrische Klinik Oberwil einen akuten Verwirrungszustand fest und führte aus, dass der Beschwerdeführer keine Angaben zu seiner Person habe machen können; er habe verwirrt und zeitweilig desorientiert gewirkt, mit verminderter Aufmerksamkeit und Auffassung. Dass der Beschwerdeführer am Tag der Einweisung tatsächlich in verwirrtem Zustand unterwegs war, steht damit mit grosser Wahrscheinlichkeit fest. Die Befragung des Vormunds in diesem Zusammenhang würde allerdings ohnehin nur dann Sinn machen, wenn gleichzeitig auch die bei der Ingewahrsamnahme anwesenden Polizeibeamten und auch der einweisende Notfallarzt einvernommen würden. Mit Fug darf bezweifelt werden, dass Polizeibeamte und Notarzt zum Sachverhalt anders aussagen würden, als sie ihn bereits schriftlich im Rapport und im Einweisungszeugnis beschrieben haben. Zudem ist im vorliegenden Verfahren – wie vorstehend erwähnt – in erster Linie zu prüfen, ob der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Urteilsfällung aus der Klinik zu entlassen ist. Von der Abnahme weiterer Beweismittel zur Einweisungssituation kann daher abgesehen werden. Ob schliesslich der herbeigerufene Vormund mit der Einweisung in die Klinik einverstanden war – wie dies im Polizeirapport erwähnt wird – oder nicht, ist für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens ebenfalls nicht entscheidend. Die Abnahme diesbezüglicher Beweismittel erweist sich folglich als überflüssig und kann daher unterbleiben.

4. Gemäss Art. 397e Ziff. 5 ZGB darf bei psychisch Kranken nur unter Bezug von Sachverständigen entschieden werden. Der Sachverständige muss ein ausgewiesener Fachmann, aber auch unabhängig sein. Er darf sich nicht bereits im gleichen Verfahren über die Krankheit des Betroffenen geäussert haben. An die Unabhängigkeit des Experten sind die gleichen Anforderungen zu stellen wie an das urteilende Gericht (BGE 128 III 12 E. 4a mit Hinweisen).

a) Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers macht nun geltend, Dr. Z. sei als befangen anzusehen, weshalb sein Gutachten aus dem Recht zu wei-

sen sei. Zur Begründung führt er aus, dass der Gutachter offenbar eine Abneigung gegenüber alternativen Behandlungsmethoden und -ideen hege und dass er den Verein A. offensichtlich verachte. Sodann habe der Gutachter den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, der in X. eine eigene Anwaltskanzlei führe, als A.-Anwalt bezeichnet und die Einbeziehung der A. als destruktiv bezeichnet. Damit offenbare der Gutachter eine Feindschaft zum Verein A. und indirekt zum Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, die er zu Ungunsten des Beschwerdeführers im Gutachten projiziere. In seinem Ergänzungsgutachten zeige der Gutachter zudem in strafrechtlich relevanter Weise, dass er Aversionen gegen Verfahrensbeteiligte habe und entlarve sich dahingehend, dass er zur vorliegenden Begutachtung nicht unbefangene Stellung nehmen könne. Dass der Gutachter schliesslich auch noch von einer «völlig unkooperativen, ja verwirrten Familie des Beschwerdeführers» und von einer Ernennung des total uneinsichtigen Bruders zum Vormund spreche, zeige mit aller Deutlichkeit eine Befangenheit des Gutachters insofern, als er ausschliesslich von der Medikamenten-Psychiatrie überzeugt sei und sich anmasse, Drittpersonen psychiatrisch zu beurteilen, ohne diese je gesehen oder gesprochen zu haben.

b) Die vom Rechtsvertreter des Beschwerdeführers vorgebrachten Argumente vermögen eine Befangenheit des Gutachters nicht zu belegen. Zunächst verkennt er, dass der Ablehnungsgrund des persönlichen Feindschaftsverhältnisses gemäss § 9 VRG i.V.m. § 42 Abs. 1 Ziff. 2 GOG das Verhältnis des Gutachters (bzw. Richters) zu einer Partei betrifft. Diese Ausstandsvorschriften sind nicht ausdehnend auszulegen. Das Vorliegen eines Ausstandsgrundes zwischen dem Gutachter und dem Anwalt einer Partei kann dementsprechend für sich allein nicht zur Ablehnung des Gutachters führen (vgl. dazu SJZ 1982 S. 98). Dass zwischen dem Gutachter und dem Beschwerdeführer selbst ein persönliches Feindschaftsverhältnis bestehe, wird weder behauptet noch belegt. Für die vom Rechtsvertreter ins Feld geführten Argumente für die ihm und dem Verein A. entgegengebrachte Verachtung oder gar eine Feindschaft des Gutachters finden sich im Gutachten selber keine Anhaltspunkte. Dass der Gutachter ein Vertreter der «Schulmedizin» ist und daher Alternativmethoden ablehne, kann in guten Treuen wohl kaum als Ausdruck eines besonderen Feindschaftsverhältnisses gegenüber dem Verein A. ausgelegt werden. Sodann mag es zwar durchaus zutreffen, dass der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers in X. eine eigene Anwaltskanzlei führt; die Bezeichnung als «A.-Anwalt» ist aber immerhin insofern nicht völlig aus der Luft gegriffen, als die eingereichte Vollmacht auf die A. und mehrere Rechtsanwälte – darunter den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers – lautet. Die vom Rechtsvertreter des Beschwerdeführers als strafrechtlich relevante «Entgleisung» des Gutachters im Zusatzgutachten beanstandete Textstelle vermag sodann ebenfalls keine Befangenheit zu begründen, auch wenn eine solche Äusserung grundsätzlich nicht in einem Gutachten Aufnahme finden sollte. Immer-

hin ist aber auch diesbezüglich zu berücksichtigen, dass sich die Äußerung des Gutachters nicht gegen den Beschwerdeführer, sondern vielmehr gegen den Rechtsvertreter richtet. Im Weiteren vermögen auch die Ausführungen des Gutachters zur Rolle des familiären Umfelds des Beschwerdeführers keinen Befangenheitsgrund darzustellen. Da weder ein Feindschaftsverhältnis zwischen dem Gutachter und dem Beschwerdeführer, noch ein solches von besonderer Schwere zwischen dem Gutachter und dem Verein A. oder dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers ersichtlich ist, erübrigen sich weitere Ausführungen zu diesem Thema. Der gerichtlich bestellte Gutachter ist vorliegend nicht befangen und kann daher auch nicht abgelehnt werden.

...

Verwaltungsgericht, 29. Juli 2003

7. Strassenverkehrsrecht

Art. 16 Abs. 3 lit. b, Art. 17 Abs. 3 SVG, Art. 10 Abs. 3 Satz 2 SVG. – Führerausweisentzug und Wiedererteilung unter Auflagen. Es ist nicht zulässig, mit einem Warnungsentzug gleichzeitig aus Sicherheitsgründen vorgesehene Massnahmen zu verbinden.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Die Sicherheitsdirektion des Kantons Zug entzog A.B. gestützt auf Art. 16 Abs. 3 lit. b SVG den Führerausweis für die Dauer von 17 Monaten, gerechnet ab der polizeilichen Abnahme des Führerausweises, und erklärte gleichzeitig den Vollzug als beendet. Der Führerausweis wurde u.a. unter der Auflage wieder erteilt, dass ein Motorfahrzeug nur unter jeglichem Verzicht auf Alkoholkonsum vor Antritt der Fahrt (Fahren mit 0.00 Gew.-%) gelenkt werden darf, dass alle 6–8 Wochen ärztliche Blutkontrollen durchzuführen und die Laborwerte CDT, Gamma-GT, GOT, GPT und MCV zu bestimmen seien, und dass aufgrund eines ersten vom kontrollierenden Arzt ausgestellten Verlaufsberichts (inkl. Laborwerte) nach fünf Monaten, der die regelmässige Durchführung der Kontrollen bestätige und sich hinsichtlich der Einhaltung der Auflagen äussere, das weitere Vorgehen bestimmt werde. Er wurde darauf aufmerksam gemacht, dass bei einem Verstoss gegen die Auflagen (z.B. Führen eines Motorfahrzeuges mit Alkohol unter 0.8 Gew.-%, Nichteinhalten des gesetzten Termins) der Führerausweis wieder entzogen werden müsste. Gegen diese Verfügung liess der Fahrzeuglenker beim Verwaltungsgericht Beschwerde einreichen mit dem Antrag, die Auflagen in der Verfügung seien aufzuheben.

Aus den Erwägungen:

4. a) Gemäss Art. 10 Abs. 3 Satz 2 SVG können Ausweise aus besonderen Gründen befristet, beschränkt oder mit Auflagen verbunden werden. Aus der systematischen Stellung und dem Randtitel von Art. 10 SVG ist zu schliessen, dass Führerausweise nicht nur bei deren Erteilung, sondern auch noch später mit Auflagen verbunden werden dürfen. Art. 10 Abs. 3 Satz 2 SVG setzt für die Anordnung von Auflagen bei Führerausweisen lediglich besondere Gründe voraus, umschreibt aber die möglichen Inhalte von Auflagen nicht. Die Anordnung von Auflagen kommt dann in Frage, wenn der Lenker die gesetzlichen Anforderungen an die Fahreignung bei Einhaltung bestimmter Massnahmen, beispielsweise im Falle einer Alkoholgefährdung mittels einer Abstinenzauflage, erfüllt. Genügen mildere Massnahmen, um den Schutzzweck zu sichern, ist dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung zu tragen (vgl. für den Bereich der medizinischen Gründe R. Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Band III: Die Administrativmassnahmen, Bern 1995, N 2080). Dies gilt für alle administrativen strassenverkehrsrechtlichen Massnahmen, somit auch für die Anordnung

von Auflagen, die somit dann und insoweit gerechtfertigt sind, als sie im Interesse der Verkehrssicherheit erforderlich und zur Erreichung des angestrebten Zwecks geeignet sind. Zweifellos schliesst Art. 10 Abs. 3 Satz 2 SVG, auf den sich die Sicherheitsdirektion mit der angefochtenen Verfügung beruft, die Verbindung eines bereits erteilten Ausweises mit der Auflage einer ärztlich kontrollierten Alkohol- bzw. Drogenabstinenz nicht aus.

b) ...

c) Sollen im Zusammenhang mit Sicherungs- und Warnungsentzügen Auflagen angeordnet werden, so ist von Artikel 17 Abs. 3 SVG auszugehen. Dieser schafft die Möglichkeit, den für längere Zeit entzogenen Führerausweis vorzeitig wiederzuerteilen und mit Auflagen zu verbinden. Die Bestimmung ist auf FiaZ-Rückfalltäter zugeschnitten. Unter der Voraussetzung, dass sechs Monate eines für längere Zeit ausgesprochenen Warnungsentzuges vollzogen bzw. die mindestens einjährige Probezeit des Sicherungsentzuges verstrichen sind und angenommen werden darf, die Massnahme habe ihren Zweck erreicht, kann somit dem Betroffenen die Fahrerlaubnis bedingt und unter Auflagen wieder erteilt werden. Bei Warnungsentzügen geht der Gesetzgeber in solchen Fällen offenbar davon aus, dass der Zweck, nämlich die Stabilisierung der Besserung des Betroffenen in zeitlicher Hinsicht, mit der Auflage der Weiterführung der mit dem Gesuch nachgewiesenen Alkoholabstinenz ohne den vollständigen Vollzug des Warnungsentzuges erreicht wird (vgl. Schaffhauser, a.a.O., N 2471 f.). Auch im Anschluss an einen Sicherungsentzug ist eine bedingte Wiedererteilung angebracht, wenn die entsprechende Abhängigkeit zwar als überwunden gelten kann, aber gewisse Unsicherheiten bezüglich des Nachweises bestehen, ob der Eignungsmangel völlig behoben ist. Die Auflage der Weiterführung der kontrollierten Abstinenz dient in diesen Fällen der Sicherstellung des Erfolgs der Massnahme (vgl. Schaffhauser, a.a.O., N 2224). Von den oben zunächst erwähnten Auflagen gemäss Art. 10 Abs. 3 SVG unterscheiden sich diese Auflagen insofern, als sie an den Vollzug eines Warnungs- oder Sicherungsentzuges anknüpfen, indem auf Gesuch des Fahrzeugführers hin im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips auf den Führerausweisentzug eine mildere strassenverkehrsrechtliche Massnahme folgen kann.

d) Die Bestimmung von Art. 17 Abs. 3 SVG kann somit im vorliegenden Fall aber nicht zur Anwendung kommen, da weder ein Sicherungsentzug ausgesprochen worden ist noch ein Warnungsentzug von längerer Dauer (mehr als sechs Monate) noch nicht beendet ist. Der Warnungsentzug von 17 Monaten wurde als bereits vollzogen erklärt, als die Auflagen verfügt wurden. Zu prüfen ist somit, ob eine Alkoholabstinenzauflage abgesehen vom Anwendungsbereich von Art. 17 Abs. 3 SVG auch in Frage kommt, wenn das Verfahren zur Abklärung der Fahreignung wegen eines FiaZ-Vorfalles eingeleitet worden ist, dieses aber schliesslich mit einem Warnungsentzug von 17 Monaten erledigt worden ist. Hierbei ist grundsätzlich zu bedenken, dass auf-

grund der Gesetzessystematik mit der Unterscheidung von Warnungsentzügen einerseits und Sicherungsentzügen andererseits der Führerausweis nicht mit der Auflage einer totalen Alkoholabstinenz verbunden werden darf, wenn kein Sicherungsentzug, jedoch ein Warnungsentzug angezeigt ist. Der Warnungsentzug ist nämlich grundsätzlich bedingungs- und auflagenfeindlich (R. Schaffhauser, a.a.O., N 2471). Das Bundesgericht hat in diesem Sinn festgehalten, dass die Verpflichtung, periodisch ärztliche Bescheinigungen über eine Drogen- oder analog eine Alkohol-Abstinenz beizubringen, in einem Verfahren betreffend Warnungsentzug bundesrechtswidrig sei. Ärztliche Kontrollen seien aus Gründen der Verkehrssicherheit geboten. Der Warnungsentzug wegen Verletzung von Verkehrsvorschriften diene demgegenüber der Besserung des Führers und der Bekämpfung von Rückfällen. Jede der gesetzlichen Massnahmen falle nur dort in Betracht, wo sie vorgesehen sei, unter Beachtung der Verfahrensvorschriften und der vom Gesetzgeber aufgestellten Schranken (BGE 115 Ib 333 E. 3 = Pra 78/1989 Nr. 258). Indem die Vorinstanz mit den umstrittenen Auflagen die Bekämpfung von Rückfällen gewährleisten will, kombiniert sie im Ergebnis mit dem Warnungsentzug gleichzeitig aus Sicherheitsgründen vorgesehene Massnahmen, was der Gesetzgeber – unabhängig von ihrer zeitlichen Abfolge – nicht zulassen wollte. Wenn die Sicherheitsdirektion für den FiaZ-Vorfall einen Warnungsentzug ausgesprochen hat und dieser bereits als vollzogen gilt, steht dies der Anordnung von auf denselben Vorfall bezogenen Auflagen – unabhängig von einer allfälligen Suchtgefährdung des Beschwerdeführers – entgegen.

e) Im Ergebnis bedeutet dies, dass beim Bejahen einer Suchtgefährdung entsprechende Auflagen verfügt werden können, wenn der das Verfahren auslösende Vorfall nicht mit einem Warnungsentzug sanktioniert werden muss. Auflagen oder Bedingungen als sog. Nebenbestimmungen der Entzugsverfügung auferlegen dem Betroffenen definitionsgemäss Verpflichtungen, die er während der Entzugsdauer zu beachten hat oder welche die Voraussetzungen umschreiben, die erfüllt sein müssen, damit der Führerausweis wieder erteilt werden kann (vgl. Schaffhauser, a.a.O. Rz 2209). Obwohl die Vorinstanz im vorliegenden Fall eine erhöhte Rückfallgefahr festgestellt hat und die Fahreignung nur unter Auflagen bejaht, hat sie trotzdem nur einen Warnungsentzug ausgesprochen, weshalb bei dieser Erledigung des Verfahrens kein Raum für die Anordnung einer Auflage besteht.

f) Zwar sieht das Gesetz die Anordnung von Auflagen vor, wenn Eignungsmängel vorliegen, die nicht Anlass zu einer anderen Sanktion geben. Beispielsweise könnte eine Drogenabstinenzauflage zusammen mit einem Warnungsentzug wegen FiaZ ausgesprochen werden, wenn im Rahmen des entsprechenden Verfahrens noch eine erhöhte solche Suchtgefährdung festgestellt würde, der Betroffene aber zum Zeitpunkt des Ereignisses einzig unter Alkohol-, nicht aber unter Drogeneinfluss gestanden wäre. Im vorliegenden Fall beziehen sich die angefochtenen verfügten Auflagen aber einzig auf den FiaZ-Vorfall.

5. ...Vorliegend spricht im Ergebnis die Empfehlung der Verkehrsmedizinerin, dem Beschwerdeführer den Führerausweis einzig unter Auflagen wieder zu erteilen, aber nicht gegen einen Sicherungszug. Im Gegenteil. Es kann der Vorinstanz zwar nicht vorgeworfen werden, sie habe sich mit der Anordnung eines Sicherungszugs nicht auseinandergesetzt. Indessen zeigen die bisherigen, eine erhebliche Alkoholgewöhnung und wenig Einsicht und Verantwortungsbewusstsein zeigenden Vorfälle in Berücksichtigung der verkehrsmedizinischen Abklärung, dass der Beschwerdeführer sein Fahrverhalten im Zusammenhang mit dem Alkohol nicht im Griff hat. Es mangelt ihm im gegenwärtigen Zeitpunkt offensichtlich (noch) am Willen, sein Verhalten bzw. seine Gewohnheiten hinsichtlich des Alkoholkonsums zu überdenken. Dies erscheint dem Gericht angesichts des immensen Gefährdungspotentials durch FiaZ-Taten als das massgebliche Kriterium für die Bejahung der fehlenden Fahreignung des Beschwerdeführers. Das verkehrsmedizinische Gutachten vermag hier als Entscheidungsgrundlage durchaus noch zu genügen, so dass etwa eine erneute Begutachtung kaum zusätzliche Erkenntnisse bringen würde. Insbesondere hat die Begutachterin auch eine körperliche Untersuchung vorgenommen und auch nach den persönlichen Verhältnissen des Beschwerdeführers gefragt (vgl. BGE 129 II 91). Ihre klare Aussage, eine Wiedererteilung des Führerausweises überhaupt nur unter der Voraussetzung von Auflagen befürworten zu können, entspricht darum im Ergebnis der verkehrsmedizinischen Empfehlung eines Sicherungszuges und einer Wiedererteilung des Führerausweises einzig unter angemessenen Auflagen. Sie schlägt die gegenüber einer generellen Alkoholabstinenz mildere Auflage einer Alkoholabstinenz lediglich vor jedem Antritt einer Fahrt (Fahren mit 0 Promille Alkohol) sowie diejenige regelmässiger ärztlicher Blutkontrollen in Bezug auf die einschlägigen Laborwerte vor. Tatsächlich ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer den Tatbeweis für die als notwendig erachtete, aufgrund seines Verhaltens aber noch ausstehende Bewusstseinsbildung hinsichtlich seiner Alkoholproblematik noch zu erbringen hat. Die Bedenken gegenüber der Eignung des Beschwerdeführers zum sicheren Führen von Motorfahrzeugen sind also zweifellos nach wie vor vorhanden und angesichts der Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer ernst zu nehmen. Sie genügen, um anstelle eines blossen weiteren Warnungszugs einen Sicherungszug zu rechtfertigen. Insofern ist festzustellen, dass die Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen bei der Würdigung des Sachverhaltes überschritten hat. Sie hätte auf einen Sicherungszug erkennen müssen. Nur so kann auch im Falle der Wiedererteilung des Führerausweises mittels einschlägiger Auflagen sichergestellt werden, dass der Fahrzeuglenker sich an die zu Recht als notwendig erachteten, einschlägigen Massnahmen hält. Auf diese kann nicht verzichtet werden. Dabei macht die Auflage völliger Alkoholabstinenz einzig vor Autofahrten durchaus Sinn. An der Sache vorbei geht aufgrund der gutachterlich festgestellten Alkoholgewöhnung und Bagatellisierungstendenz die Einwendung, dass vom Beschwerdeführer im Falle, dass er sich mit beispielsweise 0.1 Gewichtspromillen ans

Steuer setze, keine grössere abstrakte Gefahr ausgehe als von jedem anderen Fahrzeuglenker mit demselben Blutalkoholgehalt. Es geht eben gerade darum, dass er davon abgehalten wird, in eine Situation zu geraten, in der er seine Fahrfähigkeit falsch einschätzen könnte.

6. Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass der angefochtene Warnungsentzug aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen ist, damit sie stattdessen auf einen Sicherungsentzug erkennt und hinsichtlich der Wiedererteilung des ohnehin bereits wieder an den Beschwerdeführer ausgehändigten Führerausweises die vor Gericht angefochtenen, im Ergebnis aber zu schützenden Auflagen mit neuen terminlichen Festlegungen für die Einreichung der verlangten Verlaufsberichte verfügt. Abschliessend zu bemerken bleibt, dass es sich bei dieser Entscheidung nicht um eine gemäss § 71 VRG ausgeschlossene *reformatio in pejus* handelt, da eine Warnungsmassnahme durch eine der Sicherheit des Strassenverkehrs und der übrigen Verkehrsteilnehmer dienende Massnahme ersetzt wird, die keinen pönalisierenden Charakter trägt und ihn konkret nicht mehr belastet als die angefochtene Massnahme. Somit ist die Beschwerde zwar formell gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben. Im Ergebnis unterliegt der Beschwerdeführer indessen, indem er mit seinem Antrag auf Wiederaushändigung des Führerausweises ohne Auflagen unterliegt. Somit wird er auch kostenpflichtig und ist keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Verwaltungsgericht, 28. November 2003

8. Gesundheitsrecht

Art. 55a KVG i.V. mit Art. 3 der Zulassungsverordnung und Art. 3 der kantonalen Vollziehungsverordnung. – Eine ordentliche Zulassung als Leistungserbringer zulasten der Krankenkassen ist ausgeschlossen, wenn die Höchstzahl der Leistungserbringer dieser Kategorie nach der Zulassungsverordnung bereits erreicht oder überschritten ist.

Gründe für eine ausnahmsweise Zulassung zufolge Unterversorgung sind nicht gegeben, wenn ein Kanton die hochspezialisierte Spitalversorgung nur ausserkantonale abdecken will.

Aus dem Sachverhalt:

Mit Verfügung vom 10. Juli 2003 teilte die Gesundheitsdirektion des Kantons Zug Dr. A. P. mit, dass man ihm die Berufsausübungsbewilligung als Arzt im Kanton Zug erteile mit der Einschränkung, dass er nicht als Leistungserbringer zu Lasten der sozialen Krankenversicherung (KVG) zugelassen werde. Zur Begründung der Nichtzulassung als Leistungserbringer im Sinne des KVG führte die Gesundheitsdirektion aus, am 3. Juli 2002 habe der Bundesrat von seiner Kompetenz zur Anordnung eines Zulassungsstopps gemäss Art. 55a KVG Gebrauch gemacht und die Verordnung über die Einschränkung der Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenversicherung erlassen. Mit Inkrafttreten dieser Verordnung per 4. Juli 2002 dürften die Kantone grundsätzlich für die Dauer von drei Jahren keine zusätzlichen Leistungserbringer nach Art. 36 bis Art. 38 KVG zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung mehr zulassen. Da der Vollzug den Kantonen übertragen worden sei, habe der Kanton Zug am 29. Oktober 2002 die Verordnung zur Einschränkung der Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung im Kanton Zug verabschiedet. Diese bestimme, dass für den Kanton Zug die im Anhang 1 zur Bundesverordnung festgelegten Höchstzahlen gelten würden, mit Ausnahme der Bereiche Psychiatrie und Psychotherapie sowie Kinderpsychiatrie und Kinderpsychotherapie. In der Kategorie Orthopädische Chirurgie sei die Anzahl Leistungserbringer auf sechs beschränkt. Nachdem am Stichtag, dem 25. Juni 2003, bereits acht Orthopäden im Kanton zugelassen gewesen seien, sei das Kontingent ausgeschöpft. Gegen diese Verfügung erhob A. P. Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Aus den Erwägungen:

3. a) Gemäss Art. 55a Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG) in der Fassung vom 24. März 2000 kann der Bundesrat für eine befristete Zeit von bis zu drei Jahren die Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nach den Artikeln 36 – 38 von einem Bedürfnis ab-

hängig machen. Er legt dabei die entsprechenden Kriterien fest. Gemäss Art. 55a Abs. 3 KVG bestimmen die Kantone die Leistungserbringer gemäss Abs. 1. Der Bundesrat hat am 3. Juli 2002 die entsprechende Verordnung über die Einschränkung der Zulassung von Leistungserbringern zur Tätigkeit zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Zulassungsverordnung) erlassen. Er hat in dieser Verordnung in Art. 1 festgelegt, dass die Zahl der Leistungserbringer, die zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung tätig sind, in jedem Kanton für jede Kategorie von Leistungserbringern auf die im Anhang 1 festgelegte Höchstzahl beschränkt werde. Den Kantonen wurde aber die Möglichkeit eingeräumt, in jeder Kategorie von Leistungserbringern, die einer Beschränkung unterworfen ist, zusätzlich zu den im Anhang 1 festgelegten Höchstzahlen Leistungserbringer zuzulassen, wenn in der Kategorie eine Unterversorgung besteht (Art. 3 der Zulassungsverordnung). Im Anhang 1 ist bezüglich der vorliegend interessierenden Kategorie von Leistungserbringern festgehalten, dass im Kanton Zug im Bereich orthopädische Chirurgen 6 Leistungserbringer im Sinne des KVG zugelassen sind. Dies entspricht gemäss Anhang 2 einer Versorgerdichte von 6.1.

b) Wie obig dargestellt ist es Sache der Kantone zu entscheiden, ob und inwieweit sie den Zulassungsstopp des Bundes umsetzen wollen. Die Finanzierung der Kosten der Krankenversicherung muss gemäss Art. 60 Abs. 2 KVG in jedem Kanton selbsttragend sein, d.h. die Prämienhöhe wird kantonal und regional abgestuft. Entsprechend wird die Prämienhöhe nach dem Wohnort der versicherten Person festgesetzt. Aus diesem Grund wird auch für jeden Kanton die Zulassung der Leistungserbringer gesondert festgesetzt. In Ausführung der bundesrätlichen Zulassungsverordnung hat der Regierungsrat des Kantons Zug am 29. Oktober 2002 die kantonale Zulassungsverordnung erlassen. Mit dieser Verordnung wurde die im Anhang 1 der Bundesverordnung festgelegte Höchstzahl nur für die Kategorien Psychiatrie/Psychotherapie und Kinderpsychiatrie/Kinderpsychotherapie aufgehoben resp. erhöht (§ 2), somit aber für die übrigen Kategorien stillschweigend bestätigt. Bezüglich möglicher Ausnahmezulassungen hat der Regierungsrat in § 3 der kantonalen Zulassungsverordnung festgelegt, dass ausnahmsweise zusätzliche Leistungserbringer zugelassen werden können, wenn in einer Kategorie generell, in einer Region oder einer Gemeinde eine Unterversorgung besteht, oder wenn eine bestehende Praxis übernommen wird (§ 3 Abs. 1 lit. a und b der kantonalen Zulassungsverordnung).

c) Mit dem Hinweis auf die bundesrechtliche und kantonalrechtliche Regelung ist in grundsätzlicher Hinsicht einmal festzuhalten, dass die Zulassungsbeschränkung auf einer formellen gesetzlichen Grundlage beruht und als dringende Massnahme zur Eindämmung der Kostenexplosion im Gesundheitswesen dem öffentlichen Interesse dient. Des Weiteren gilt sie nach Lehre und Praxis als verhältnismässig, weil sie einerseits auf drei Jahre beschränkt ist und andererseits kein generelles Berufsausübungsverbot statu-

iert, sondern nur die Verweigerung der Abrechnung zu Lasten der Grundversicherung. Eine ordentliche Zulassung als Leistungserbringer im Sinne des KVG ist somit und nach dem bereits Gesagten in casu nicht möglich, da die im Anhang 1 der Bundesverordnung aufgeführte Höchstzahl für orthopädische Chirurgen im Kanton Zug bereits erreicht ist.

4. Weiter zu prüfen ist die Frage, ob allenfalls die Voraussetzungen für eine Ausnahmezulassung im Sinne von Art. 3 der Bundesverordnung resp. im Sinne von § 3 der kantonalen Vollziehungsverordnung gegeben sind. Nach diesen Bestimmungen kann eine Zulassung über die festgelegten Höchstzahlen hinaus bewilligt werden, wenn eine Unterversorgung für die fragliche Kategorie generell, in der Region oder der Gemeinde besteht, resp. wenn eine bestehende Praxis übernommen wird. Diesbezüglich sind die Argumente des Beschwerdeführers einer Würdigung zu unterziehen.

- Soweit der Beschwerdeführer darlegt, er sei durch die Gewährung der Berufsausübungsbewilligung bei gleichzeitiger Verweigerung der Zulassung als Leistungserbringer zulasten der sozialen Krankenversicherung zu Gratisarbeit im Kanton Zug verpflichtet, was nicht verhältnismässig sei, ist ihm mit der Gesundheitsdirektion entgegenzuhalten, dass er mit der Nichtzulassung als KVG-Leistungserbringer nicht einem Berufsverbot unterliegt. Er ist an einer ausserkantonalen Klinik tätig. Diese Tätigkeit wird er weiterhin erbringen können. Im Kanton Zug kann er selbst zahlende Patienten und Unfallpatienten mit Verrechenbarkeit nach dem Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) behandeln und er hätte auch die Möglichkeit, sich an den kantonalen Akutspitälern als «Operateur» akkreditieren zu lassen. Ergänzend ist festzuhalten, dass mit der Erteilung einer Berufsausübungsbewilligung keine Garantie auf ein existenzsicherndes Mindesteinkommen zulasten der sozialen Krankenversicherung gewährt werden kann und soll. Ob ein berufliches Überleben ohne Zulassung als Leistungserbringer im Sinne des KVG als möglich erscheint, kann für die Gewährung einer Ausnahmezulassung nicht von Bedeutung sein. Letzteres liefe dem Ziel von Art. 55a KVG, die Kostenentwicklung im Gesundheitswesen in den Griff zu bekommen, auch diametral entgegen.
- Der Beschwerdeführer weist darauf hin, dass seine Bezeichnung als orthopädischer Chirurg darüber hinweg täusche, dass er Spezialist für Wirbelsäulenchirurgie sei. Auf diesem Gebiet sei der Kanton Zug aber völlig unterversorgt, werde dies im Kanton Zug doch nicht angeboten. Soweit die Beschwerdegegnerin als Zulassungsbehörde dem zum einen entgegenhält, es seien Spezialärzte im Bereich der Wirbelsäulenchirurgie im Kanton Zug zugelassen und tätig, ist dem nicht zu widersprechen. Zum Andern verweist die Beschwerdegegnerin darauf, der Kanton habe sich in gesundheitspolitischer Abwägung mit Regierungsratsbeschluss vom 16. Dezember 1997 über die Spitalliste für stationäre ausserkantonale

Spitalversorgung im Grundsatz dafür entschieden, die Grundversorgung und die erweiterte Grundversorgung kantonal, die hochspezialisierte Spitalversorgung aber ausserkantonale in den grösseren Spitalzentren sicherzustellen, und er habe dafür im Bereich Wirbelsäulenchirurgie Verträge mit der Schulthess Klinik und der Universitätsklinik Balgrist, beide Zürich, und dem Kantonsspital Aarau geschlossen. Steht vorliegend fest, dass Wirbelsäulenchirurgen im Kanton Zug zugelassen und tätig sind und dass die Zuger Gesundheitspolitik im Übrigen auf dem Grundsatz aufbaut, die Grundversorgung und die erweiterte Grundversorgung innerkantonale, die hochspezialisierte Versorgung aber in den ausserkantonalen Spitalzentren anzubieten, so kann in casu für die Kategorie orthopädische Chirurgie einschliesslich der Wirbelsäulenchirurgie weder generell noch kantonal, regional und kommunal von einer Unterversorgung gesprochen werden. Eine ausnahmsweise Zulassung des Beschwerdeführers als Leistungserbringer zu Lasten der sozialen Krankenversicherung in einer privaten Praxis im Kanton Zug auf Grund einer Unterversorgung erweist sich somit als nicht gerechtfertigt.

In Würdigung der obigen Ausführungen ergibt sich, dass Gründe für eine Ausnahmezulassung im Sinne von Art. 3 der Zulassungsverordnung des Bundes resp. im Sinne von § 3 der kantonalen Vollziehungsverordnung nicht gegeben sind... Damit erweist sich der Entscheid der Vorinstanz als recht- und verhältnismässig und die Beschwerde ist abzuweisen.

Verwaltungsgericht, 27. November 2003

§§ 37 und 50^{bis} des Gesetzes über das Gesundheitswesen im Kanton Zug (GG; BGS 821.1) – Zuständigkeit zur Überprüfung von Zwangsmassnahmen im Gesundheitswesen. Zulässigkeit von Zwangsmassnahmen (Zwangsmedikation und Zwangsisolation).

Aus den Erwägungen:

1. Gegen die Anordnung einer Zwangsmassnahme können der Patient, eine Vertrauensperson sowie der Kantonsarzt beim Verwaltungsgericht Beschwerde führen (§ 50^{bis} Abs. 1 des Gesetzes über das Gesundheitswesen im Kanton Zug, in der Fassung gemäss Änderung vom 30. August 2001, in Kraft seit dem 17. November 2001, GG). Die Beschwerde ist spätestens 30 Tage nach Beendigung der Zwangsmassnahme einzureichen. Ein aktuelles Rechtsschutzinteresse ist nicht erforderlich. Im Übrigen sind die Verfahrensvorschriften über die fürsorgerische Freiheitsentziehung sinngemäss anzu-

wenden. Wird eine Zwangsmassnahme im Rahmen eines FFE gemäss den Bestimmungen des ZGB angeordnet und ist gegen diese bereits eine Beschwerde beim Verwaltungsgericht hängig, so entscheidet das Verwaltungsgericht über beide Beschwerden gleichzeitig (§ 50bis Abs. 4 GG).

Über die Rechtmässigkeit der fürsorgerischen Freiheitsentziehung hat das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz bereits entschieden. Auf eine gegen diesen Entscheid erhobene Berufung ist das Schweizerische Bundesgericht in Lausanne am 15. April 2003 nicht eingetreten. Da der Beschwerdeführer in S. im Kanton Schwyz seinen Wohnsitz hat, war das Verwaltungsgericht Schwyz für diesen Entscheid auch örtlich zuständig. Die fürsorgerische Freiheitsentziehung ist somit nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Die Anordnung von Zwangsmassnahmen aber richtet sich auf dem Gebiet des Kantons Zug für alle Ärzte und Pflegepersonen nach den Bestimmungen von § 37 ff. GG. Entsprechend sind Beschwerden gegen die Anordnung oder Aufrechterhaltung von Zwangsmassnahmen an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug zu richten. Dieses ist örtlich für die Beurteilung zuständig, ob die einschlägige Regelung des kantonalen Gesetzes über das Gesundheitswesen korrekt und angemessen angewandt wurde. Die vorliegende Beschwerde wurde fristgerecht bei der unzuständigen Behörde eingereicht und in Anwendung von § 7 VRG an das Verwaltungsgericht überwiesen. Sie entspricht den übrigen einfachen formellen Anforderungen, weshalb sie zu prüfen ist. Als direkt Betroffener ist der Beschwerdeführer auch offensichtlich zur Einreichung der Beschwerde legitimiert. Ein aktuelles Rechtsschutzinteresse ist – wie bereits erwähnt – nicht erforderlich.

2. Gemäss § 36 Abs. 1 GG dürfen medizinische und pflegerische Massnahmen nur mit ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung des aufgeklärten, urteilsfähigen Patienten durchgeführt werden. Bei einem Patienten, der sich im Zustand der Urteilsunfähigkeit befindet und der keine gesetzliche Vertretung hat, wird die Zustimmung zu den nach anerkannten Berufsregeln indizierten dringlichen und notwendigen medizinischen Massnahmen vermutet, sofern nicht eine gegenteilige Anordnung des Patienten vorliegt (§ 36 Abs. 3 GG). Zwangsmassnahmen sind nur zulässig bei Patienten, die urteilsunfähig sind oder die gemäss den Bestimmungen des ZGB über die fürsorgerische Freiheitsentziehung in eine Behandlungseinrichtung eingewiesen wurden (§ 37 Abs. 2 GG).

a) Urteilsfähig im Sinne des Gesetzes ist jeder, dem nicht wegen Kindesalter oder infolge von Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunkenheit oder ähnlichen Zuständen die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln (Art. 16 ZGB). Urteilsfähig ist, wer einerseits über ein intellektuelles Moment verfügt, nämlich über die Fähigkeit, den Sinn und Nutzen sowie die Wirkungen eines bestimmten Verhaltens einzusehen. Andererseits muss ein Willensmoment gegeben sein, nämlich die Fähigkeit, gemäss dieser Einsicht und nach freiem Willen handeln zu können (ZGB-Bigler-Eggenberger, Art. 16 N 3).

b) Aus dem Anordnungsdokument vom 30. April 2003, das von der zuständigen Pflegerin X. und vom Leitenden Arzt, Dr. med. Z., unterzeichnet ist, geht hervor, dass der unter einer paranoid-halluzinatorischen Schizophrenie leidende Beschwerdeführer bezüglich seiner Krankheit urteilsunfähig ist. Auch der behandelnde Arzt erklärte bei der persönlichen Befragung, man könne nur eingeschränkt bejahen, dass der Beschwerdeführer in der Lage sei, vernunftgemäss zu handeln. Er höre immer wieder Stimmen und habe Wahnideen, wobei der Grad der Ausprägung differenziert sei. Während er in den ersten Tagen nach der Einlieferung am 14. Februar 2003 noch führbar gewesen und sein Zustandsbild stabil gewesen sei, sei es bald zu ersten Eskalationen gekommen. Weil er ständig sein Umfeld angegriffen habe, seien auch die ersten Zwangsmassnahmen erforderlich gewesen. Es sei gar nicht mehr möglich gewesen, mit ihm zu kommunizieren, um ihm z.B. Medikamente anzubieten. Ziel des Aufenthaltes sei, dass er regelmässig die Medikamente nehme, die ihm helfen würden.

c) Der Kantonsarzt weist in seinem Bericht darauf hin, dass der Beschwerdeführer zwischen dem 28. März und dem 30. April 2003 insgesamt achtmal habe zwangsbehandelt werden müssen. Wie ein roter Faden ziehe sich durch alle Anordnungsdokumente die Umschreibung eines deutlich psychotischen Zustandsbildes mit Gespanntheit, aber auch körperlicher Aggressivität, Reizbarkeit und Neigung zu Aggressionsdurchbrüchen.

Aus diesen Angaben ergibt sich, dass der Beschwerdeführer wegen seiner paranoid halluzinatorischen Schizophrenie nicht in der Lage ist, vernunftgemäss zu handeln. Zudem ist ihm von den zuständigen Behörden des Kantons Schwyz die Freiheit fürsorgerisch entzogen worden, so dass eine Zwangsbehandlung gemäss § 37 Abs. 2 GG grundsätzlich zulässig war.

3. Jede Zwangsmassnahme wie Zwangsmedikation, physischer Zwang, Fixation oder Isolation bedarf der Anordnung durch eine Arztperson. Pflegerische Zwangsmassnahmen wie Fixation und Isolation dürfen auch durch eine diplomierte Pflegeperson angeordnet werden. Aus dem Anordnungsdokument ergibt sich, dass im hier zu beurteilenden Fall die Zwangsmassnahmen von X., diplomierte Pflegerin Diplomstufe 2, und dem Leitenden Arzt der Klinik, Dr. med. Z., angeordnet worden sind. Damit sind auch die Voraussetzungen von § 37 Abs. 1 GG erfüllt.

4. Weiter zu prüfen ist die Frage, ob die angeordneten Massnahmen notwendig waren, um eine unmittelbare und schwere Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit des Patienten oder Dritter abzuwenden bzw. um eine akute schwerwiegende Störung des Zusammenlebens zu beseitigen (§ 37 Abs. 3 GG).

a) Aus dem Anordnungsdokument ergibt sich, dass der Beschwerdeführer sich im Vorfeld der Zwangsmassnahmen in keiner Weise mehr an die Abmachungen und Strukturen der Abteilung halten konnte und auch drohte, das

Personal anzugreifen. Dem Pflegeprotokoll vom 30. April 2003 ist zu entnehmen, dass er in der Nacht zuvor kaum geschlafen hatte und sich am Morgen in einem psychotischen Zustand präsentierte. Er redete sehr viel mit seinen Stimmen, war teilweise abwesend und kaum ansprechbar. Unmittelbarer Auslöser war die Tatsache, dass der Beschwerdeführer auf der Station rauchen wollte und nicht zu bewegen war, ins Raucherzimmer zu gehen. Er war sehr gespannt und aggressiv und liess sich auf keine Kompromisse oder Lösungsvorschläge ein. Als der Beschwerdeführer ins Zimmer geführt werden sollte, eskalierte die Situation. Er griff das Personal an und schlug zu. Mit einem Aufgebot und mit Gewalt konnte er dann zu Boden gedrückt werden, wo man ihm 100 mg Clopixon accutard und eine Ampulle Dormicum 5 mg injizieren konnte. Anschliessend wurde er auf die Isolierstation verbracht. Die Einnahme der erforderlichen Medikamente per os hatte der Beschwerdeführer vorher verweigert.

b) Bei der persönlichen Befragung erklärte der Beschwerdeführer, dass sich seine Situation verschlechtert habe, seit er Medikamente bekomme. Er spüre, dass ihm die Medikamente nicht gut tun würden. Er sei an diesem Tag wütend geworden, weil er die Medikamente haben einnehmen müsse. Er sei selber schuld gewesen. Als er gesagt habe, dass er auf jemanden einschlagen würde, hätten sie ihn gepackt. Ob er sich immer an die Ordnung halte, wisse er nicht. Das Personal habe er nur an jenem Tag angegriffen. Wenn er in Räumen rauche, wo dies nicht erlaubt sei, so geschehe dies aus Vergesslichkeit.

c) Der behandelnde Arzt, Dr. med. Y., erklärte zu dem Vorfall vom 30. April 2003, der Patient sei an diesem Tag sehr gespannt gewesen und es habe eine erhöhte Aggressionsbereitschaft bestanden. Eine Sedierung mittels eines oral in Tropfenform verabreichten Medikaments habe er abgelehnt. Der Hinweis, dass er auf der Station nicht rauchen dürfe, sei dann wohl zuviel gewesen. Er sei gegen das Personal tötlich geworden, weshalb die Zwangsmedikation habe angeordnet werden müssen. Er sei persönlich bei dem Vorfall nicht anwesend gewesen, habe allerdings den Patienten selber schon in solchen Situationen erlebt. Er sei dann nicht mehr zu beruhigen. Die verantwortliche Pflegerin erklärte, sie habe den Patienten überreden wollen, ihr die Zigarette und das Feuerzeug abzugeben. Er habe sich aber geweigert und sei in der Station mit der brennenden Zigarette umhergegangen. Bei der Aufforderung, dies zu lassen, habe er gedroht, dass er zuschlagen würde. Dabei habe er sehr beängstigend gewirkt, weshalb sie zusätzliches Personal angefordert habe. Als man ihm eine perorale Medikation mit Clopixon und Psychopax angeboten habe, sei er mit den Fäusten auf das Personal losgegangen. Man habe ihn dann zu Boden gedrückt, um ihn etwas zu beruhigen. Er sei dann in den Isolationsbereich geführt worden, wo man ihm das Medikament intragluteal habe spritzen können. Dann sei der Patient ruhig gewesen und es habe seitdem keine weiteren Vorfälle mehr gegeben.

d) Der Kantonsarzt, Dr. H., erklärte in seiner Stellungnahme, sowohl die Zwangsmedikation wie auch die Isolation seien bei der gestellten Diagnose und bei dem beschriebenen akuten Erscheinungsbild notwendig und angemessen gewesen. Da ihm die Klinik bereits eine Reihe von Anordnungsdocumenten zugestellt habe, die teilweise Isolation im Isolierzimmer und Zwangsmedikation, teilweise nur Isolation im Isolierzimmer für jeweils unterschiedliche Dauern umfasst hätten, könne davon ausgegangen werden, dass auch für die Dauer der einzelnen Zwangsmassnahme die Angemessenheit gewahrt sei. Zudem habe die Einnahme der antipsychotischen Medikamente auf die paranoid-halluzinatorische Form der Schizophrenie einen günstigen Einfluss. Der Medikation bzw. der Zwangsmedikation komme daher im vorliegenden Fall eine hohe medizinische Bedeutung zu.

e) In der Zeit vom 28. März bis zum 20. April 2003 musste der Beschwerdeführer insgesamt achtmal isoliert und zweimal zwangsmediziert werden. Die Ursachen waren immer wieder dieselben: Gespanntheit, verbale Aggressionen, Drohungen, Verweigerung der oralen Medikamenteneinnahme und wiederholtes Entweichen (Verlassen der Klinik in nicht angepasster Kleidung). Immer wieder kam es auch zur Gefährdung der Umgebung wegen seiner impulsiven verbalen und körperlichen Aggressivität. Zum Teil war sogar die Annäherung an den Patienten nicht mehr ohne Gefahr möglich.

Aus diesen Fakten ergibt sich, dass die Isolation und die Zwangsmedikation am fraglichen 30. April 2003 notwendig und angemessen waren. Der Beschwerdeführer weigerte sich, den Anordnungen des Pflegepersonals Folge zu leisten, verweigerte die orale Medikation, drohte vorerst nur verbal und griff schliesslich das Personal auch physisch an. In dieser Situation hatten die Verantwortlichen keine andere Wahl, als den Beschwerdeführer medikamentös zu beruhigen und ihn von den anderen Patienten zu isolieren. Man darf im Übrigen den Vorfall vom 30. April 2003 nicht nur isoliert betrachten, sondern muss ihn in die Reihe der vorangegangenen Zwangsmassnahmen einordnen und beurteilen. Das deutlich psychotische Zustandsbild mit Gespanntheit, die körperliche Aggressivität und Reizbarkeit sowie die Neigung zu Aggressionsdurchbrüchen sind für den Beschwerdeführer typisch und haben schon zu 17 Hospitalisationen geführt, wobei es nach dem Absetzen der Medikation jeweils rasch wieder zur Dekompensation und zu neuen Vorfällen kam. Die konsequente Einnahme der antipsychotischen Medikation ist für den Gesundheitszustand des Beschwerdeführers von ausschlaggebender Bedeutung und muss bei Verweigerung der oralen Einnahme auch mit physischem Zwang gewährleistet werden. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn die Aggressionsbereitschaft zunimmt und es zu Aggressionsdurchbrüchen kommt.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abgewiesen werden muss. Die Zwangsmedikation und die Isolation des Beschwerdeführers waren notwendig, die Art ihrer Durchführung fachgerecht und verhältniss-

mässig. Die vorliegende Beschwerde erweist sich als unbegründet und muss abgewiesen werden.

Verwaltungsgericht, 21. Mai 2003

*Art. 4 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 9 Abs. 2 lit. b Heilmittelgesetz (HMG)
Die zuständige kantonale Behörde kann der Privatapotheke eines selbstdispensierenden Arztes das Zusammenmischen von verwendungsfertigen Arzneimitteln zu applikationsfertigen Inhalanda bewilligen*

Aus den Erwägungen:

3. Mit der Einführung des Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte (HMG) per 1. Januar 2002 wurde die Heilmittelkontrolle in der Schweiz neu geregelt und es wurde mit dem Schweizerischen Heilmittelinstitut (vom Gesetzgeber kurz «Institut» genannt) namens Swissmedic eine neue zentrale Kontrollstelle geschaffen. Mit der Gesetzesnovelle wurden im Hinblick auf internationale Kompatibilität verschiedene Kompetenzen, die bis anhin bei den Kantonen lagen, auf den Bund übertragen. So ist nach Art. 5 HMG neu das Institut, somit die Swissmedic, zur Erteilung der Bewilligungen zur Heilmittelherstellung zuständig, wobei «Herstellen» nach Art. 4 Abs. 1 lit. c HMG sämtliche Arbeitsgänge der Heilmittelproduktion von der Beschaffung der Ausgangsmaterialien über die Verarbeitung bis zur Verpackung, Lagerung und Auslieferung des Endproduktes, den Qualitätskontrollen und den Freigaben beinhaltet. Nach Art. 5 Abs. 2 lit. a HMG in Verbindung mit Art. 6 der Arzneimittel-Bewilligungsverordnung (AMBV) vom 17. Oktober 2001 sind die Kantone anstelle des Instituts nach wie vor Bewilligungsbehörde, wenn jemand nach Formula magistralis, nach Formula officinalis oder nach eigener Formel (Art. 9 Abs. 2 lit. a, b und c HMG) Arzneimittel herstellt. In Übereinstimmung mit der Botschaft des Bundesrates zum HMG muss festgehalten werden, dass es privaten Apotheken von selbstdispensierenden Ärzten untersagt ist, nach Formula magistralis Arzneimittel herzustellen. Die Herstellung nach Formula magistralis durch in Art. 9 Abs. 2 lit. a HMG nicht namentlich genannte, weitere Betriebe bedingt, dass diese im Auftrag öffentlicher Apotheken handeln, was für private Apotheken selbstdispensierender Ärzte als unvorstellbar erscheint. Gesetz und Botschaft äussern sich allerdings nicht, jedenfalls nicht ausdrücklich, dazu, ob privaten Apotheken von selbstdispensierenden Ärzten die Herstellung nach Formula officinalis bewilligt werden könne oder nicht. Nach § 20 Abs. 2 der kantonalen Verordnung über die Herstellung, den Handel und die Abgabe von Heilmitteln (Heilmittelverordnung /HmV) vom 25. November 1980 bedürfen Privatapotheken zur Herstellung von Heilmitteln in jedem Fall einer kantonalen Bewilligung.

4. Die Vorinstanz (auch Beschwerdegegner 2) erteilte dem Beschwerdegegner 1 gestützt auf Art. 5 Abs. 2 lit. a HMG in Verbindung mit Art. 6 AMBV eine Bewilligung nach Art. 9 Abs. 2 lit. b HMG zum Zusammenmischen verwendungsfertiger Arzneimittel zur applikationsfertigen Herstellung von Inhalanda. In diesem Zusammenhang hält die Beschwerdeführerin zum Einen entgegen, dieses Zusammenmischen basiere nicht auf einer Präparate-Monographie der Pharmakopöe, stelle somit kein «Herstellen nach Formula officinalis» dar und sei deshalb nicht bewilligungsfähig. Zur Begründung verweist sie darauf, Art. 9 Abs. 2 lit. b HMG spreche von Herstellung nach einer Präparate-Monographie der Pharmakopöe oder eines andern vom Institut, somit von ihr anerkannten Arzneibuchs oder Formulariums. Bis dato habe sie seit Inkrafttreten des HMG keine weiteren Arzneibücher und Formularien anerkannt. Gelte das fragliche Merkblatt des Kantonsspitals Basel, auf welches sich der Beschwerdegegner 1 abstütze, nicht als von ihr anerkannt, erfolge die fragliche Herstellung nicht nach Formula officinalis. Dem hält die Vorinstanz entgegen, die Apotheken, Spitalapotheken und Drogerien hätten über die Jahre eine Vielzahl von Formularien entwickelt, die nun nach Auffassung der Beschwerdeführerin ihre Gültigkeit verloren hätten. Es sei aber nicht anzunehmen, dass alle diese Betriebe für die Herstellung von Arzneimitteln auf Vorrat auf diese Formularien verzichteten. Vielmehr würden die Betriebe weiter nach diesen Formularien verfahren, nach Ansicht der Beschwerdeführerin somit illegal. Wenn sich der Beschwerdegegner 1 auf eine entsprechende Präparate-Monographie gestützt habe, könne ihm dies nicht vorgehalten werden und es könne auch nicht von ihm erwartet werden, dass er sich bei der Genehmigungsbehörde um die Genehmigung eines Formulariums des Kantonsspitals Basel bemühe. Das Gebot der Gleichbehandlung, in Ausnahmefällen auch im Unrecht, verlange, dass dem Beschwerdegegner 1 nicht Ungültigkeit der Formularien vorgehalten werde.

Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass wahrscheinlich die grosse Mehrheit der zur Arzneimittelherstellung berechtigten Betriebe die Herstellung von Arzneimitteln auf Vorrat nicht nur auf der Basis der Pharmakopöe, sondern basierend auf weiteren Formularien vornimmt. Das Gericht teilt die Ansicht der Vorinstanz, es sei nicht anzunehmen, dass Betriebe, die mit anderen Formularien gute Erfahrungen gemacht hätten, ab Datum des Inkraftsetzens des neuen Gesetzes auf deren Verwendung verzichteten, somit nur noch basierend auf der Pharmakopöe oder nach Formula magistralis arbeiteten. Offensichtlich sieht sich die Beschwerdeführerin aber nicht veranlasst, gegen diese Betriebe einzuschreiten, sah sich bislang aber auch nicht veranlasst, die entsprechenden Formularien zu genehmigen. Toleriert die Beschwerdeführerin als für die weitere Genehmigung von Formularien zuständige Behördestelle die breite Verwendung von ihr nicht genehmigter Formularien, verböte es sich für sie, mit dem Vorhalt zu operieren, die Herstellung von Arzneimitteln auf Vorrat sei in casu nicht unter Art. 9 Abs. 2 lit. b HMG zu subsumieren, somit nicht als Herstellung nach Formula offi-

cialis zu betrachten. Soweit die Vorinstanz resp. Beschwerdegegnerin 2 argumentiert, das Verhalten der Beschwerdeführerin verstosse gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung, auch im Unrecht, pflichtet ihr das Gericht bei. Gemäss Praxis des Bundesgerichts hat ein Betroffener Anspruch auf gesetzwidrige Gleichbehandlung, wenn die Behörde in ständiger Praxis vom Gesetz abweicht und keine Bereitschaft erkennen lässt, in Zukunft gesetzeskonform zu agieren (vgl. Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 407, BGE 122 II 446/ 116 Ia 345 sowie weitere dort zitierte Praxis). Sieht die Beschwerdeführerin als Genehmigungsbehörde für Formulare derzeit keine Veranlassung, weitverbreitete, gängige Formulare zu genehmigen und erhebt sie gegen die Beschwerdegegner gleichwohl den Vorwurf, die vom Beschwerdegegner 1 verwendete Formularie sei nicht genehmigt, so dass sein Herstellen von Arzneimitteln nicht nach Formula officinalis erfolge, verstösst sie gegen das Gleichbehandlungsgebot, auch im Unrecht, resp. gegen Art. 9 BV, der jeder Person den Anspruch einräumt, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Im Übrigen zeichnet sich ihre Argumentation auch durch überspitzten Formalismus aus. Dem Gesagten zufolge ist die Herstellung von Arzneimitteln, wie sie dem Beschwerdegegner 1 von der Vorinstanz erlaubt wurde, als Herstellung nach Formula officinalis zu beurteilen, ist demnach unter Art. 9 Abs. 2 lit. b HMG zu subsumieren.

5. Die Beschwerdeführerin wendet weiter ein, Art. 9 Abs. 2 lit. b HMG lasse die Herstellung von Arzneimitteln auf Vorrat durch Privatapotheken selbstdispensierender Ärzte nicht zu, da Ärzte nicht über die notwendigen pharmakologischen Fachkenntnisse und die geeigneten Räumlichkeiten hierzu verfügten. Zur Begründung verweist sie auf die Botschaft des Bundesrates zu Art. 9 Abs. 2 lit. a HMG und erklärt, diese Ausführungen seien auch auf Art. 9 Abs. 2 lit. b HMG anwendbar. Die Vorinstanz hält dem entgegen, Art. 9 Abs. 2 lit. b HMG schliesse private Apotheken selbstdispensierender Ärzte im Gegensatz zu Art. 9 Abs. 2 lit. a HMG als Hersteller von Arzneimitteln eben gerade nicht aus, sofern sie die Anforderungen von Art. 6 und 7 HMG erfüllten.

a) Artikel 9 HMG regelt die Zulassung von Arzneimitteln. Abs. 2 enumeriert die Arzneimittel, die keiner Zulassung bedürfen. Art. 9 Abs. 2 lit. b HMG erwähnt als Hersteller nach Formula officinalis öffentliche Apotheken, Spitalapotheken, Drogerien oder andere Betriebe, die über eine Herstellungsbewilligung verfügen. Der Begriff der anderen Betriebe wird im Gesetz nicht näher umschrieben. Die Botschaft erwähnt zu Art. 9 Abs. 2 lit. b HMG, mit anderen Betrieben seien Detailhandelsgeschäfte wie Kräuter- und Reformhäuser und so weiter gemeint. Dem Wortlaut der Botschaft kann allerdings entnommen werden, dass diese Aufzählung nicht abschliessend ist.

Die Argumentation der Beschwerdeführerin, Ärzte seien in Art. 9 Abs. 2 lit. b HMG bewusst nicht erwähnt worden, weil sie zur Heilmittelherstellung

nicht ausgebildet, somit nicht befähigt seien, erweist sich als zu pauschal. Mit der Vorinstanz ist einzuwenden, dass Ärzte in der Regel über eine medizinisch und pharmakologisch bessere Ausbildung verfügen als die in der Botschaft genannten Detailhändler in Kräuter- und Reformhäusern. Parierte die Beschwerdeführerin diesen Einwand mit dem Hinweis, den genannten Detailhändlern würde ja auch nur die Herstellung ganz bestimmter Heilmittel, für die sie befähigt seien, bewilligt, ist ihr wiederum entgegenzuhalten, dass die angefochtene Verfügung dem Beschwerdegegner 1 ebenfalls nur die Herstellung eines ganz bestimmten Inhalandum bewilligt, für welches er als Facharzt für Pneumologie der Bewilligungsbehörde geeignet schien. Wurden Ärzte in Art. 9 Abs. 2 lit. b HMG nicht ausdrücklich erwähnt, im Gegensatz zu Art. 9 Abs. 2 lit. a HMG aber auch nicht ausdrücklich oder konkludent als Arzneimittelhersteller ausgeschlossen, dürfte dies damit begründet sein, dass Ärzte nur in wenigen Ausnahmefällen ein spezifisches Interesse an der Herstellung ganz ausgesuchter, für die eigenen Patientinnen und Patienten gedachten Heilmittel haben. Inwiefern der Ausschluss von Ärzten von der Arzneimittelherstellung durch gesundheitspolizeiliche Anliegen resp. gesundheitspolitische Ziele geradezu gefordert werde, vermag die Beschwerdeführerin nicht verständlich zu machen. Zudem fällt auf, dass die Beschwerdeführerin dem Hinweis der Vorinstanz, im Rahmen der Therapiefreiheit sei es Ärzten schliesslich auch erlaubt, für Einzelapplikationen Arzneimittel zusammenzumischen, nicht zu widersprechen vermag. Sind Ärzte aber berechtigt, im Einzelfalle für die direkte Abgabe an einen Patienten Arzneimittel zusammenzumischen, gibt es keinen Grund, ihnen diese Tätigkeit in Ruhe und auf beschränktem Vorrat zu untersagen. Das Gericht kommt somit zum Schluss, dass weder das Gesetz noch die Praxis dagegen sprechen, einem Arzt in besonderen Fällen eine Bewilligung zur Herstellung von Arzneimitteln gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. b HMG und nach Formula officialis zu erteilen, sofern die Voraussetzungen resp. Anforderungen erfüllt sind.

b) Artikel 6 und 7 HMG regeln die Voraussetzungen resp. Anforderungen an die Bewilligungserteilungen, resp. die Bewilligungsempfänger. Art. 6 HMG erwähnt die fachlichen und betrieblichen Voraussetzungen und verlangt ein Qualitätssicherungssystem. Ein Hersteller muss über die fachlichen Fähigkeiten verfügen und die geeigneten Räume zur Verfügung stellen können. Zudem muss die Herstellung von Arzneimitteln gemäss Art. 7 HMG nach den anerkannten Regeln der Guten Herstellungspraxis (GMP d.h. Good Manufacturing Practice) erfolgen.

Nach Ansicht des Gerichts wie der Vorinstanz verfügt der Beschwerdegegner 1 als Facharzt für Pneumologie über die erforderlichen medizinischen und pharmakologischen Kenntnisse zum Zusammenmischen von verwendungsfertigen Arzneimitteln zu einem applikationsfertigen Inhalandum. Dies ist vorliegend insbesondere zu bejahen, da er die Patienten ja auch anhalten könnte, die verwendungsfertigen Arzneimittel direkt in der Apotheke zu erwerben und mit dem Tropfenzähler zusammenzumischen. Dass er den

meist älteren Patienten dies abnimmt, geschieht im Interesse einer sorgfältigen Ausübung des Mischvorgangs. Gleichwohl es sich beim Vorgang nach übereinstimmender Ansicht der Parteien streng genommen um ein Herstellen von Arzneimitteln im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. c HMG handelt, darf diese Herstellung, verabreichungsseits, nicht mit der Herstellung von Arzneimitteln gleichgesetzt werden, wie sie üblicherweise in Apotheken oder anderen für die Arzneimittelherstellung bestimmten Betrieben geschieht.

...

c) Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin 2 gestützt auf Art. 5 Abs. 2 lit. a HMG in Verbindung mit Art. 6 AMBV berechtigt war, dem Beschwerdegegner 1 die Bewilligung zu erteilen, nach Art. 9. Abs. 2 lit. b HMG resp. nach Formula officinalis verwendungsfertige Arzneimittel zu einem applikationsfertigen Inhalandum zusammenzumischen. Die Bewilligung steht in Einklang mit dem anwendbaren Bundesrecht und dem kantonalen Recht. Somit erweist sich die Beschwerde gegen die Verfügung der Gesundheitsdirektion als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

Verwaltungsgericht, 17. Juni 2003

9. Verfahren

§ 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG. – Wer sich nicht mit selbständigen Begehren am Verfahren beteiligte, kann nicht als unterliegende Partei beurteilt werden, somit auch nicht zur Zahlung einer Parteientschädigung verpflichtet werden.

Aus dem Sachverhalt:

In Menzingen ist die Dorfgemeinschaft Menzingen für die Trinkwasserversorgung zuständig. Am 13. Mai 1998 erteilte diese der einfache Gesellschaft T aus H, in der Folge T genannt, die Bewilligung für den Anschluss der neu zu erstellenden Überbauung Ch. in Edlibach an ihr Wasserversorgungsnetz. Nach Fertigstellung der Bauarbeiten stellte sie der T für die Wasseranschlussgebühr am 26. Oktober 2000 den Betrag von Fr. 164'944.20, abzüglich Fr. 107'000.- für geleistete Akontozahlungen, definitiv in Rechnung. Die T verweigerte daraufhin die Bezahlung des die Akontozahlung übersteigenden Restbetrages, da die für die Bemessung der Wasseranschlussgebühr dienende Schätzung der Gebäudeversicherung zu hoch ausgefallen sei. Nachdem die Parteien sich nicht zu einer gütlichen Einigung finden konnten, ersuchte die T um Erlass eines anfechtbaren Entscheides. Diesen erliess die Dorfgemeinschaft Menzingen am 12. Januar 2001, und sie verpflichtete die T zur Bezahlung der Anschlussgebühr von Fr. 164'944.20. Der Gemeinderat Menzingen trat mit Beschluss vom 3. September 2001 auf die dagegen erhobene Beschwerde nicht ein mit der Begründung, der Kostenentscheid der Dorfgemeinschaft Menzingen sei kein behördlicher Entscheid. Dagegen erhob die Dorfgemeinschaft Menzingen, Beschwerde beim Regierungsrat und beantragte, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und zur Neuurteilung an den Gemeinderat Menzingen zurückzuweisen. Mit Beschluss vom 5. März 2002 hob der Gemeinderat Menzingen seinen Beschluss vom 3. September 2001 wieder auf und lehnte gleichzeitig die Beschwerde der T gegen die Kostenverfügung der Dorfgemeinschaft Menzingen vom 12. Januar 2001 ab. Damit wurde die von der Dorfgemeinschaft Menzingen beim Regierungsrat eingereichte Beschwerde gegenstandslos. Deshalb beschloss der Regierungsrat am 16. April 2002, die Beschwerde werde als gegenstandslos abgeschlossen, Verfahrenskosten würden keine erhoben, hingegen würden die T und die Gemeinde Menzingen verpflichtet, der Dorfgemeinschaft Menzingen eine Parteientschädigung von je Fr. 500.- zu bezahlen. Gegen die Auflage einer Parteientschädigung erhob die T Beschwerde beim Verwaltungsgericht.

Aus den Erwägungen:

4. Paragraph 28 VRG regelt die Auflage von Parteientschädigungen im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren wie auch im Rechtsmittelverfahren. Nach § 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG wird der obsiegenden Partei nach Massgabe ihres Obsiegens eine Parteientschädigung zulasten der unterliegenden Partei

zuerkannt, wenn Parteien mit gegensätzlichen Interessen am Verfahren beteiligt sind. Nach Abs. 2 Ziff. 2 kann das Gemeinwesen zur Bezahlung einer Parteientschädigung verpflichtet werden, wenn dessen Behörde als Vorinstanz einen Verfahrensfehler oder eine offenbare Rechtsverletzung beging. Für das Bundesrecht bestimmt Art. 64 Abs. 1 ff. des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG) vom 20. Dezember 1968, dass die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen könne. Diese kann der unterliegenden Partei je nach ihrer Leistungsfähigkeit auferlegt werden, wenn sie sich mit selbständigen Begehren am Verfahren beteiligt hat (Art. 64 Abs. 3 VwVG, vgl. auch: René Rhinow/Heinrich Koller/ Christina Kiss-Peter: Öffentliches Prozessrecht, Basel 1994, Rz 1125).

Gegenstand des fraglichen Verfahrens vor Regierungsrat war, ob die Dorfgenossenschaft Menzingen Wasseranschlusskosten hoheitlich verfügen könne und ob gegen diese Verfügungen die Beschwerde an den Gemeinderat zulässig sei, oder aber ob die Dorfgenossenschaft Menzingen ihre Forderungen auf dem zivilen Weg geltend machen müsse. Fest steht, dass die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren, die T, die Verfügung der Dorfgenossenschaft Menzingen über die Höhe der Wasseranschlusskosten mittels Beschwerde beim Gemeinderat Menzingen anzufechten versucht hatte, und dass sie sich im Rahmen dieser Beschwerde zur Frage, ob die Dorfgenossenschaft hoheitlich handeln dürfe, nicht geäussert hatte. Aktuell betont sie, an der Kompetenz der Dorfgenossenschaft Menzingen, hoheitlich zu handeln, nie gezweifelt zu haben. Am Verfahren vor Regierungsrat um die entsprechenden Kompetenzen resp. Zuständigkeiten hatte sie sich nicht mit eigenen Begehren beteiligt. Jedenfalls vermochte keine der im vorliegenden Verfahren beteiligten Parteien einen Beleg für eine entsprechende Verfahrensteilnahme zu nennen oder gar vorzulegen. Entsprechend eindeutige Aktenstücke aus dem vorinstanzlichen Verfahren liegen dem Gericht jedenfalls nicht vor. Der Aktennotiz der Baudirektion über die Verhandlung vom 20. November 2001 im Beschwerdeverfahren der Dorfgenossenschaft Menzingen (Beilage 7 der Beschwerdeführerschaft im Verfahren V 2002/106) kann hingegen entnommen werden, dass sich die heutige Beschwerdeführerin in jenem Verfahren als eher nicht betroffen bezeichnete. So äusserte ihr Rechtsvertreter sinngemäss, die T könne sich in dieser Streitfrage zwischen der Dorfgenossenschaft und der Gemeinde zurücklehnen. Müsste die Dorfgenossenschaft den Zivilweg beschreiten, dürfte das die Sache für sie, die T, einfacher, für die Dorfgenossenschaft aber schwieriger gestalten, und das Verfahren würde sich in die Länge ziehen. Man habe Verständnis für das Anliegen der Dorfgenossenschaft und denke, dass der zu fällende Entscheid präjudizielle Wirkung haben werde. Mit dieser Äusserung deponierte die T weder einen Antrag oder ein Begehren noch nahm sie in anderer Weise zur Sache so Stellung, dass darin eine klare und unmissverständliche Parteinah-

me für die eine oder andere Streitpartei zu sehen wäre. Dass sie sich Gedanken machte über die Konsequenzen des Entscheides, wie er auch immer ausfallen möge, und ehrlich äusserte, welcher Ausgang des Verfahrens für sie vorteilhafter sein dürfte, erlaubt der verfahrensführenden Behörde nicht, sie, obgleich sie sich eines Antrags enthalten hatte, als Verfahrensgegnerin der obsiegenden Partei zu qualifizieren. Wenngleich die Regelung des VRG über die Auflage von Parteientschädigungen im Gegensatz zur Regelung des VwVG das Deponieren eines Begehrens oder Antrags nicht als Kriterium für die Parteinahme nennt, erscheint es dem Gericht als angezeigt, in Zweifelsfällen für die Ermittlung, ob eine Partei mit entgegengesetzten Interessen am Verfahren teilhabe, auf dieses bundesrechtliche Kriterium zurückzugreifen. Jedenfalls rechtfertigt es sich nicht, jemanden nur deshalb als Beschwerdegegner zu betrachten, weil ihn die Beschwerdeschrift als solchen bezeichnet. Die Feststellung, die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren wäre im Verfahren vor Regierungsrat unterlegen, hätte ein Sachentscheid getroffen werden müssen, rechtfertigt sich demzufolge nicht und es verbietet sich, der Beschwerdeführerin gestützt auf § 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG die Bezahlung einer Parteientschädigung aufzuerlegen. Damit erweist sich die Beschwerde als begründet...

Verwaltungsgericht, 5. August 2003

Zivilrecht

1. Familienrecht

Art. 137 ZGB bzw. Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB – Berücksichtigung des Vermögensertrages bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen; im vorsorglichen Massnahmeverfahren kann von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Kapitalisierungszinsfuss von 3,5% vorübergehend abgewichen werden, um der tatsächlichen Entwicklung Rechnung zu tragen; Annahme eines Realertrages von 2%.

Aus den Erwägungen:

6.2. (...)

Zum Vermögensertrag hat das Bundesgericht in einem neueren Entscheid vom 11. Mai 1999 (BGE 125 III 312 ff.) festgehalten, dass ein realer Ertrag von 3,5% jedenfalls seit Mitte der achtziger Jahre im Rahmen dessen liege, was sich mit einem angemessen gemischten Wertschriften-Portefeuille oder mit Anteilen an einem auf eine vorsichtige Anlagestrategie ausgerichteten Anlagefonds erzielen lasse. Auch die Justizkommission des Obergerichtes Zug hat in einem Urteil vom 31. Oktober 2002 entschieden, dass von dieser Rechtsprechung auch angesichts der derzeitigen Verhältnisse am Aktienmarkt nicht abzuweichen sei (JZ 2002/68.114 i.S. H./H.). Dieser Rechtsprechung ist grundsätzlich zu folgen; der Entscheid beruhte auf einer eingehenden Würdigung von Meinungen verschiedener Experten. Das Bundesgericht hat im erwähnten Entscheid weiter festgehalten, dass die bisherige, langjährige Rechtsprechung deshalb nur zu ändern sei, wenn hinreichend sichere Anzeichen dafür bestünden, dass ein Realertrag von 3,5% in absehbarer Zukunft nicht realisierbar sei. Aufgrund dieser obergerichtlichen und sogar höchstrichterlichen Rechtsprechung bestünde an sich kein Anlass, von dieser Praxis abzuweichen. Tatsache ist nun aber, dass seit ca. zwei Jahren ein durchschnittlicher Ertrag bei einer konservativen Anlage von 3,5% kaum zu erzielen ist. Ob diese Tendenz anhalten wird, kann nicht abgeschätzt werden. Da aber Entscheide im vorsorglichen Massnahmeverfahren nur beschränkte Rechtskraft besitzen und – bei wesentlicher und dauerhafter Veränderung der Verhältnisse abänderbar sind – kann dieser Entwicklung zumindest vorübergehend Rechnung getragen werden. Wenn deshalb nachstehend bei der Berechnung des Vermögensertrages von einem tieferen Zinssatz ausgegangen wird, so nur deshalb, weil Massnahme-Entscheide nur für die Dauer des Scheidungsverfahrens Gültigkeit haben und – wie erwähnt – auch abänderbar sind. Im weiteren ist nicht anzunehmen, dass das derzeitige Tief der Zinssätze auf längere Zeit anhalten wird. Im Rahmen eines Scheidungsurteils hingegen – welches die Unterhaltsverpflichtungen für die Zukunft definitiv regelt – könnte indessen nicht von einem tieferen Zinssatz ausgegangen werden, solange das Bundesgericht an seiner langjährigen Rechtsprechung festhält.

Da derzeit Kassenobligationen je nach Laufzeit zwischen einem bis acht Jahre einen Ertrag von 0,75% (ein Jahr) und 2,5% (acht Jahre) abwerfen, andererseits aber ausländische Obligationenanleihen in Euro mit 3% bis 5% verzinst werden, kann von einem derzeitigen durchschnittlich erzielbaren Ertrag von 2% ausgegangen werden. Der durchschnittlich jährlich erzielbare Vermögensertrag ist daher bei einem Vermögen von ca. CHF 1,8 Mio. auf CHF 36'000.-, d.h. monatlich CHF 3'000.-, festzusetzen.

(...)

Kantonsgerichtspräsidium Zug, 12. Februar 2003

Art. 63 IPRG – Nebenfolgen der Scheidung (Kinderbelange). Ist das schweizerische Gericht, das über die Scheidung zu befinden hat, weder für die Zuteilung der elterlichen Sorge noch für die Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kindern zuständig, muss auch die Zuständigkeit bezüglich der Unterhaltsregelung verneint werden.

Aus dem Sachverhalt:

Y. (nachfolgend als «Kläger») und Z. (nachfolgend als «Beklagte» bezeichnet) haben am (...) in den USA geheiratet. Sie haben gemeinsam ein Kind adoptiert: X., geboren am (...) Nach der Heirat lebten die Parteien vorerst während mehrerer Jahre gemeinsam im Kanton Zug. Dies änderte sich spätestens Ende 1990, als sich ihnen die Gelegenheit bot, X. zu adoptieren: Seit dieser Zeit hält sich die Beklagte zusammen mit der Tochter X. in den USA auf; seit 1992 führen die Parteien sodann getrennte Haushalte. Mit Eingabe vom 5. Dezember 1994 reichte der Kläger beim Kantonsgericht Zug die vorliegende Scheidungsklage ein. Am 15. Dezember 1994 hob die Beklagte ihrerseits bei einem US-amerikanischen Gericht eine Scheidungsklage an.

Aus den Erwägungen:

2. Der Kläger klagt auf Scheidung der von den Parteien geschlossenen Ehe und verlangt gleichzeitig die Regelung der Nebenfolgen der Scheidung.

2.1 Für Klagen auf Scheidung oder Trennung sind die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Klägers zuständig, wenn dieser sich seit einem Jahr in der Schweiz aufhält oder wenn er Schweizer Bürger ist (Art. 59 lit. b IPRG); die Zuständigkeit dieser Gerichte gilt grundsätzlich auch mit Bezug auf die Regelung der Nebenfolgen (Art. 63 Abs. 1 IPRG). Der Kläger ist seit 1982 im Kanton Zug ansässig. Das Kantonsgericht Zug ist somit für die Behandlung der vorliegenden Scheidungsklage örtlich zuständig. Die sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts ergibt sich aus § 9 Abs. 1 und § 10 des Ge-

richtsorganisationsgesetzes (GOG). Anzumerken bleibt, dass die vorliegende Klage bereits am 5. Dezember 1994 eingeleitet wurde, während die von der Beklagten in den USA angehobene Klage erst am 15. Dezember 1994 anhängig gemacht wurde. Nach dem Grundsatz der Priorität, der nicht nur im Binnenrechtsverkehr, sondern auch im internationalen Zivilprozessrecht gilt, hat mithin die (zuerst) beim Kantonsgericht Zug hängig gemachte Klage Vorrang (s. Art. 9 Abs. 1 IPRG).

2.2 Mit Bezug auf das anwendbare Recht ist zu beachten, dass grundsätzlich immer dann schweizerisches Recht anwendbar ist, wenn die schweizerischen Gerichte zuständig sind, eine Scheidung ausländischer Ehegatten auszusprechen (Art. 61 Abs. 1 IPRG). Diese Anknüpfung an die *lex fori* wird durch Art. 61 Abs. 2 IPRG abgeschwächt: Haben die Ehegatten eine gemeinsame ausländische Staatsangehörigkeit und hat nur einer von ihnen Wohnsitz in der Schweiz, so ist ihr gemeinsames Heimatrecht anzuwenden. Im vorliegenden Fall sind nun zwar beide Parteien US-amerikanische Staatsbürger; weil jedoch das Scheidungsrecht in den USA von Bundesstaat zu Bundesstaat verschieden ist und es auch kein amerikanisches Bundesrecht gibt, das allenfalls subsidiär angewendet werden könnte, haben die Parteien kein gemeinsames Heimatrecht im Sinne von Art. 61 Abs. 2 IPRG. Im vorliegenden Fall untersteht die Scheidung daher dem schweizerischen Recht (Bergmann/Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Frankfurt a.M. 1994, USA, S. 42 ff.; s. zum Ganzen auch BGE 118 II 79 ff. [= Pra 1992 Nr. 233] und BGE 118 II 83 ff. [= Pra 1992 Nr. 234]). Die Unterstellung unter das schweizerische Recht gilt grundsätzlich auch für die Nebenfolgen, für die aber gewisse Bestimmungen vorbehalten sind, namentlich diejenigen über die Unterhaltspflicht der Ehegatten, das eheliche Güterrecht, die Wirkungen des Kindesverhältnisses und den Minderjährigenschutz (vgl. Art. 63 Abs. 2 IPRG). Darauf ist im Einzelnen noch zurückzukommen (s. hinten Erwägungen 4.1 und 4.2).

(...)

4. Der Kläger beantragt, die Tochter X. sei unter die gemeinsame elterliche Sorge zu stellen und das Besuchs- und Ferienrecht der Beklagten sei nach Gesetz zu regeln. Ausserdem seien die für X. geschuldeten Unterhaltsbeiträge – wem rechtens – gerichtlich festzulegen.

4.1 Die für Klagen auf Scheidung oder Trennung zuständigen schweizerischen Gerichte sind – wie bereits erwähnt – grundsätzlich auch für die Regelung der Nebenfolgen zuständig (Art. 63 Abs. 1 IPRG). Vorbehalten sind indessen die Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses und den Minderjährigenschutz sowie ganz allgemein die völkerrechtlichen Verträge (s. Art. 63 Abs. 2 bzw. Art. 1 Abs. 2 IPRG). Zu den völkerrechtlichen Verträgen gehört insbesondere auch das Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwenden-

de Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (MSA). Unter die Schutzmassnahmen des MSA fallen die Zuteilung der elterlichen Sorge sowie die Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kindern (BGE 126 III 302, mit weiteren Hinweisen). Für die Anordnungen, die in diesen Bereichen zu treffen sind, sind in erster Linie die Gerichte und Verwaltungsbehörden des Staates zuständig, in dem ein Minderjähriger seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 1 MSA).

Gemäss Art. 85 IPRG gilt das MSA nicht nur für den Schutz von Minderjährigen (Abs. 1), sondern sinngemäss auch für Volljährige oder für Personen, die nur nach schweizerischem Recht minderjährig sind, sowie für Personen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in einem Vertragsstaat haben (Abs. 2). Mit dieser Bestimmung erweitert das IPRG nationalrechtlich den Anwendungsbereich des MSA über den völkerrechtlich bindenden Anwendungsbereich hinaus und erklärt es auch bei Fehlen der persönlichen und räumlichen Voraussetzungen als sinngemäss anwendbar. Das MSA ist daher ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit des Betroffenen und unabhängig davon, ob dessen Heimatstaat Vertragspartei ist oder nicht, als nahezu *erga omnes* wirkende *loi uniforme* unmittelbar und ausschliesslich anzuwenden. Dies bedeutet beispielsweise, dass die schweizerischen Gerichte nicht zuständig sind, wenn das Kind im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit seinen gewöhnlichen Aufenthalt ausserhalb der Schweiz hat, selbst wenn es sich dabei um einen Nicht-Vertragsstaat des MSA handelt (BGE 124 III 179 f.; Trachsel, *Konkurrierende Zuständigkeiten in internationalen Familienrechtsfällen*, in: *AJP* 2003, S. 444 ff., 446). Genau dies gilt nun auch für den vorliegenden Fall: Die Tochter X. hatte nämlich bereits bei der Anhängigmachung (und während der ganzen Dauer) des vorliegenden Prozesses ihren gewöhnlichen Aufenthalt in den USA. Dementsprechend sind – auch wenn die USA nicht zu den Vertragsstaaten des MSA gehören – nicht die schweizerischen Gerichte, sondern die US-amerikanischen Behörden am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes X. zuständig, um über die Zuteilung der elterlichen Sorge zu entscheiden und den persönlichen Verkehr zwischen den Eltern und dem Kind zu regeln. Auf die entsprechenden Anträge des Klägers (Ziffern 2 und 3 des Rechtsbehrens) kann mithin nicht eingetreten werden.

4.2 Auf Unterhaltsfragen ist das MSA nicht anwendbar (s. Trachsel, a.a.O., S. 445). Indessen gilt nach schweizerischem Recht, dem laut Art. 61 Abs. 1 IPRG Scheidung und Trennung bei Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte unterstehen, einerseits der Grundsatz der Einheit des Scheidungsurteils. Dieses Prinzip lässt sich auch auf das schweizerische internationale Privatrecht übertragen, unter dem einzigen und ausschliesslichen Vorbehalt internationaler Verträge. Andererseits gilt hinsichtlich der Ordnung sämtlicher Kinderbelange, also auch des Kinderunterhalts, uneingeschränkt die *Offizialmaxime*, die ihrerseits zum schweizerischen *Ordre public* gehört; sie verpflichtet den Richter – auch ohne entsprechenden Antrag – in jeder Instanz von Amtes wegen die Kinderzuteilung, das Besuchsrecht und den

Kinderunterhalt zu regeln. Bilden demnach Kinderzuteilung, Besuchsrechts- und Unterhaltsregelung wie Scheidung und Nebenfolgen eine Einheit in der Sache, so sind sie auch einheitlich zu ordnen, und ein Entscheid darüber ist grundsätzlich sowenig teilbar wie jener über die Scheidung und deren Nebenfolgen (vgl. BGE 126 III 302 f.; Leumann Liebster, Teilunzuständigkeit des schweizerischen Scheidungsgerichts bei Aufenthaltswechsel des Kindes ins Ausland, in: FamPra.ch 3/2002, S. 511 ff.).

Nachdem das Kantonsgericht weder für die Zuteilung der elterlichen Sorge noch für die Regelung des persönlichen Verkehrs zuständig ist, muss im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch die Zuständigkeit bezüglich der Unterhaltsregelung verneint werden. Die isolierte Unterhaltsregelung auf der einen und die Entscheidung in den übrigen Kindesbelangen auf der anderen Seite gestattet keine befriedigende Behandlung der Kindesinteressen; das Kindeswohl erfordert vielmehr eine feine Abstimmung und damit auch eine ganzheitliche Beurteilung der verschiedenen Teilregelungen (vgl. Schwander, Bemerkungen zu BGE 126 III 298 ff., in: AJP 2000, S. 1296 f.). Auf Ziffer 4 des Rechtsbegehrens, in welchem der Kläger die Festsetzung eines Unterhaltsbeitrages an das Kind X. verlangt, kann daher ebenfalls nicht eingetreten werden.

Kantonsgericht Zug, 17. Dezember 2003; zur Zeit noch nicht rechtskräftig

2. Obligationenrecht

Art. 260a Abs. 3 OR; Art. 62 ff. OR – Entschädigung von Investitionen, welche vom Mieter in der Liegenschaft getätigt worden sind, wenn das Mietverhältnis durch höhere Gewalt (Feuersbrunst) beendet wird.

Aus den Erwägungen:

Der Mieter kann Erneuerungen und Änderungen an der Sache nur vornehmen, wenn der Vermieter schriftlich zugestimmt hat (Art. 260a Abs. 1 OR). Hat der Vermieter zugestimmt, so kann er die Wiederherstellung des früheren Zustandes nur verlangen, wenn dies schriftlich vereinbart worden ist (Art. 260a Abs. 2 OR). Weist die Sache bei Beendigung des Mietverhältnisses dank der Erneuerung oder Änderung, welcher der Vermieter zugestimmt hat, einen erheblichen Mehrwert auf, so kann der Mieter dafür eine entsprechende Entschädigung verlangen; weitergehende schriftlich vereinbarte Entschädigungsansprüche bleiben vorbehalten (Art. 260a Abs. 3 OR). Art. 260a Abs. 1 und 2 OR weisen einen absolut zwingenden Charakter auf, während Art. 260a Abs. 3 OR dispositiver Natur ist (Higi, Zürcher Kommentar, 3. A., Zürich 1994, N 5 zu Art. 260a OR).

1.1 Im vorliegenden Fall haben die Parteien im Mietvertrag und Zusatzvertrag vom 15. November 1990 u.a. vereinbart, dass dem Vermieter bei Mietende das Recht zusteht, im Falle baulicher Veränderungen und Vorrichtungen des Mieters die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes zu verlangen. Ferner wurde abgemacht, dass die vom Mieter erbrachten Aufwendungen entschädigungslos ins Eigentum des Vermieters übergehen. Bei dieser Sachlage steht fest, dass der Klägerin für die von ihr behaupteten baulichen Investitionen gestützt auf den Mietvertrag kein Anspruch gegenüber der Beklagten zusteht. Somit kann die Frage offen bleiben, ob die Beklagte mit Bezug auf die erwähnten baulichen Veränderungen im Mietobjekt die Zustimmung gegeben hat. Zu diesem Thema sind daher keine zusätzlichen Beweise abzunehmen.

1.2 Die Klägerin stützte denn auch ihre Forderung nicht auf den Mietvertrag. Vielmehr machte sie geltend, die Beklagte habe den eingeklagten Betrag gestützt auf Art. 62 ff. OR (ungerechtfertigte Bereicherung) oder Art. 671 f. ZGB (Bauten auf fremdem Grundstück) zu vergüten. Demgegenüber wendete die Beklagte ein, die Entschädigungsfrage im Zusammenhang mit baulichen Änderungen des Mieters sei in Art. 260a Abs. 3 OR als *lex specialis* abschliessend geregelt. Daher könne die Klägerin einen Entschädigungsanspruch bezüglich des der Beklagten allenfalls zufließenden Mehrwertes weder auf die sachenrechtlichen Bestimmungen nach Art. 671 f. ZGB noch auf die ungerechtfertigte Bereicherung gemäss Art. 62 ff. OR abstützen.

Dieser Einwand der Beklagten wäre berechtigt, wenn ein Beendigungsgrund vorliegen würde, welcher in Art. 253 ff. OR oder im Mietvertrag vor-

gesehen ist. Diese Voraussetzung ist vorliegend jedoch nicht gegeben. Das Mietverhältnis wurde infolge einer Feuersbrunst, also durch höhere Gewalt beendet. Für diesen Fall gibt es weder im Mietrecht noch im Mietvertrag eine Regelung betreffend die Entschädigung von Investitionen, welche vom Mieter in der Liegenschaft getätigt worden sind. Speziell an dieser Konstellation ist der Umstand, dass die Mieterin bzw. die Klägerin die von ihr finanzierten festen Einbauten bei der Gebäudeversicherung gar nicht versichern konnte. Die Versicherung des Gebäudes bei der Gebäudeversicherung des Kantons Zug oblag obligatorisch der Grundeigentümerin bzw. der Beklagten. Im Sinne einer Lückenfüllung (Art. 1 Abs. 2 ZGB) stellt sich mithin die Frage, ob die Beklagte ungerechtfertigt bereichert ist, sofern sie von der Gebäudeversicherung wegen der Investitionen der Klägerin eine höhere Entschädigung erhalten hat. Anders zu entscheiden würde gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) verstossen. Daran ändert auch die Vereinbarung der Parteien nichts, dass bei Mietende die vom Mieter erbrachten Aufwendungen entschädigungslos ins Eigentum des Vermieters übergehen; denn in diesem Falle wären die Investitionen der Klägerin bereits abgeschrieben gewesen. Der Klägerin stand ja die Option zu, den auf zehn Jahre fest abgeschlossenen Mietvertrag bis zum 31. Dezember 2003 zu verlängern. Nicht anwendbar sind hingegen Art. 671 f. ZGB, da diesen sachenrechtlichen Bestimmungen Art. 260a Abs. 3 OR als *lex specialis* vorgeht.

2. Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines anderen bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten (Art. 62 Abs. 1 OR). Die Bereicherung, als erste Voraussetzung für die Entstehung des Schuldverhältnisses, wird in der Weise ermittelt, dass man, ähnlich wie bei der Feststellung des Schadens, den vorhandenen Vermögensbestand eines Vermögensherrn mit demjenigen Bestand vergleicht, den dieses Vermögen ohne die ungerechtfertigte Vermögensverschiebung aufweisen würde, wobei es gleichgültig ist, ob sich diese Differenz aus einer Vermehrung der Aktiven oder aus einer Verminderung der Passiven ergibt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Vermögensverschiebung unmittelbar von dem einen in das andere Vermögen oder ob diese Verschiebung nur mittelbar durch eine Reihe von beteiligten Vermögen hindurch stattfand. Als zweite Voraussetzung muss die Bereicherung ungerechtfertigt sein. In ungerechtfertigter Weise ist jemand bereichert, wenn überhaupt kein gültiger Grund für die Vermögensverschiebung vorliegt, sei es, dass ein Grundgeschäft fehlt, sei es, dass ein Zuwendungsgeschäft nichtig oder ungültig ist (Guhl/Koller/Schnyder/Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, S. 219 ff.).

Im vorliegenden Fall stellt sich die zentrale Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Beklagte von der Gebäudeversicherung eine Entschädigung erhalten hat, welche auf die von der Klägerin im Mietobjekt getätigten Investitionen zurückzuführen ist. Sollte dies der Fall gewesen sein, so wäre die Beklagte tatsächlich bereichert; denn der Vermögensstand der Beklagten wäre dann höher, als wenn die Klägerin ihre Investitionen

nicht getätigt hätte. Da die fraglichen Umbauarbeiten auf eigene Kosten und ohne mietvertragliche Verpflichtung von der Klägerin vorgenommen wurden, wäre die Bereicherung der Beklagten eine ungerechtfertigte. Gemäss Art. 8 ZGB obliegt die Beweispflicht für das Vorliegen einer ungerechtfertigten Bereicherung der Klägerin. In analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR ist die nicht ziffernmässig nachweisbare ungerechtfertigte Bereicherung nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge abzuschätzen.

Kantonsgericht Zug, 3. Juli 2003; zur Zeit der Drucklegung noch nicht rechtskräftig

Art. 324a und 324b OR – Lohnfortzahlungspflicht bei Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung. Bezüglich der Dauer der Lohnfortzahlung ist nach der ständigen Praxis des Kantonsgerichts die so genannte «Zürcher Skala» massgebend. Der Anspruch des Arbeitnehmers, der nur teilweise arbeitsunfähig ist, besteht so lange, bis der erhaltene Lohn dem vollen Salär für die «beschränkte Zeit» entspricht. Bei der Berechnung des Lohnkredits ist vom monatlichen Nettolohn des Arbeitnehmers auszugehen. Die Differenzzahlungspflicht gemäss Art. 324b Abs. 2 OR ist eine Unterform der Lohnfortzahlungspflicht und untersteht daher den gleichen Voraussetzungen und Einschränkungen wie diese.

Aus den Erwägungen:

3. Der Kläger war (...) seit dem 1. April 1994 bei der Beklagten als Werkstattleiter angestellt. Er befand sich demnach vom 1. April 2001 bis zum 31. März 2002 im achten und ab dem 1. April 2002 im neunten Dienstjahr. In diesen beiden Dienstjahren war er wegen des Unfalls vom 30. Dezember 2001 bis zum 7. April 2002 zu 100%, vom 8. April bis zum 28. Mai 2002 zu 50% und ab dem 29. Mai 2002 bis zum 31. Dezember 2002 noch zu 25% arbeitsunfähig. Am 31. Mai 2002 musste sich der Kläger sodann einer Herzoperation unterziehen und war in der Folge wegen Krankheit vom 30. Mai bis zum 30. September 2002 zu 100% und vom 1. Oktober bis zum 30. November 2002 zu 50% arbeitsunfähig. Nachfolgend ist zu prüfen, wie sich diese verschiedenen Arbeitsunfähigkeiten auf die Lohnzahlungspflicht der Beklagten auswirken.

3.1 Wird der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes, ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert, so hat ihm der Arbeitgeber für eine beschränkte Zeit den darauf entfallen-

den Lohn zu entrichten, samt einer angemessenen Vergütung für ausfallenden Naturallohn, sofern das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen ist (Art. 324a Abs. 1 OR). Sind durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag nicht längere Zeitabschnitte bestimmt, so hat der Arbeitgeber im ersten Dienstjahr den Lohn für drei Wochen und nachher für eine angemessene längere Zeit zu entrichten, je nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses und den besonderen Umständen (Art. 324a Abs. 2 OR). Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag kann eine von den vorstehenden Bestimmungen abweichende Regelung getroffen werden, wenn sie für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist (Art. 324a Abs. 4 OR). Ist der Arbeitnehmer auf Grund gesetzlicher Vorschrift gegen die wirtschaftlichen Folgen unverschuldeter Arbeitsverhinderung aus Gründen, die in seiner Person liegen, obligatorisch versichert, so hat der Arbeitgeber den Lohn nicht zu entrichten, wenn die für die beschränkte Zeit geschuldeten Versicherungsleistungen mindestens vier Fünftel des darauf entfallenden Lohnes decken (Art. 324b Abs. 1 OR).

3.2 Den eben dargelegten gesetzlichen Regelungen ist mit Bezug auf den vorliegenden Fall Folgendes hinzuzufügen:

3.2.1 Der Arbeitnehmer hat nach Art. 324a OR Anspruch auf den vollen Lohn. Er soll wirtschaftlich so gestellt werden, wie er stünde, wenn er gearbeitet hätte. Die Lohnfortzahlungspflicht besteht jedoch nur für eine beschränkte Zeit, welche nach Dienstjahr unterschiedlich ist. Nach der ständigen Praxis des Kantonsgerichts Zug ist in diesem Zusammenhang die so genannte Zürcher Skala massgebend, welche für das achte und neunte Dienstjahr eine Lohnfortzahlungspflicht von 14 bzw. 15 Wochen vorsieht (vgl. ZR 93/1994 Nr. 48). Mit jedem Dienstjahr beginnt eine neue Periode. Überdauert die Arbeitsunfähigkeit das Dienstjahr, so setzt erneut eine Lohnzahlungspflicht für eine beschränkte Zeit ein. Treten hingegen verschiedene Verhinderungen im selben Dienstjahr auf, wird die verhinderte Zeit zusammengezählt; der Arbeitnehmer besitzt den Lohnfortzahlungsanspruch nur einmal pro Dienstjahr und nicht für jede Verhinderung neu. Das gilt bei gleichartigen Verhinderungsgründen gleichermassen wie bei verschiedenen, allerdings nur dann, wenn der Arbeitgeber effektiv auch den Lohn bezahlt. Tritt eine Versicherung an seine Stelle, sei sie obligatorisch oder freiwillig, werden deren Leistungen mit allfälliger Lohnfortzahlung nicht addiert. Sofern der Arbeitgeber eine Differenz zu einer Versicherungsleistung bezahlt, darf er sich diese Zahlung an den Lohnkredit anrechnen lassen (vgl. Geiser, Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, in: AJP 2003, S. 323 ff., 327; Egli, Lohnfortzahlung und Versicherungsschutz gemäss Art. 324a OR, in: AJP 2000, S. 1064 ff., 1074; s. auch hinten Erwägungen 3.2.5, 3.2.6 und 3.3).

3.2.2 Die Vertragsparteien können durch schriftliche Abrede eine vom Gesetz abweichende Regelung treffen, wenn sie für den Arbeitnehmer min-

destens gleichwertig ist (Art. 324a Abs. 4 OR). Die Beklagte hat bei den Winterthur Versicherungen eine kollektive Krankentaggeldversicherung abgeschlossen, die nach einer Wartezeit von 60 Tagen eine Taggeldzahlung in Höhe von 80% des versicherten Lohnes für eine Dauer von 730 Tagen vorsieht. Eine solche Lösung ist nicht gleichwertig im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR, zumal die Beklagte die gesamten Prämien für diese Versicherung dem Kläger überbunden hat. Abgesehen davon haben die Parteien diesbezüglich keine schriftliche Vereinbarung abgeschlossen, weshalb in jedem Fall die gesetzliche Regelung gemäss Art. 324a Abs. 1 und 2 OR gilt; die abweichenden Bestimmungen bleiben nur erhalten, soweit sie für den Kläger günstiger sind (s. zum Ganzen ausführlich Egli, a.a.O., S. 1075 ff.; Aubert, Die Lohnfortzahlungspflicht im Krankheitsfall, in: AJP 1997, S. 1485 ff., 1487 f.).

3.2.3 Die Lohnfortzahlungspflicht besteht unabhängig davon, ob es sich um eine vollständige oder bloss teilweise Arbeitsunfähigkeit handelt. Soweit allerdings nur eine teilweise Arbeitsunfähigkeit besteht, ist der Arbeitnehmer verpflichtet, die verbleibende Arbeitsfähigkeit der Arbeitgeberin zur Verfügung zu stellen (Geiser, Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, a.a.O., S. 324). Für den vorliegenden Fall ist dies allerdings nicht von Belang, hat doch die Beklagte die wiederholten Angebote des Klägers, zur Arbeit zu erscheinen, abgelehnt und ihm sogar ausdrücklich verboten, die Werkstätt-räume zu betreten. Die Beklagte hat mithin auf die vom Kläger angebotene Arbeitsleistung ausdrücklich verzichtet und ihn freigestellt. An der Parteibefragung hat die Beklagte die Freistellung bekräftigt: Für sie sei klar gewesen, dass sie den Kläger nicht mehr habe zur Arbeit aufbieten wollen. Eine Freistellungserklärung kann im Gegensatz zu einer Kündigung auch während einer Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 OR gültig ausgesprochen werden. Zwar kann die Freistellungserklärung in diesem Fall keine unmittelbare Wirkung entfalten, da der Arbeitnehmer bereits aus anderen Gründen seine Arbeitsleistung nicht erbringen kann. Die Wirkung der Freistellungserklärung setzt aber ein, sobald der Arbeitnehmer seine Arbeitsfähigkeit wieder erlangt hat. War der Arbeitnehmer freigestellt, ist eine Angebotspflicht nach Wiedererlangen der Arbeitsfähigkeit in der Regel abzulehnen, da der Arbeitgeber an der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers ohnehin nicht mehr interessiert ist (Blesi, Die Freistellung des Arbeitnehmers, Diss. Zürich 2000, S. 43, mit weiteren Hinweisen).

3.2.4 Bezüglich der Lohnfortzahlungspflicht ist im Weiteren zu beachten, dass bei einem arbeitsunfähigen (freigestellten) Arbeitnehmer von einer tatsächlichen Leistungsunfähigkeit ausgegangen werden muss, womit der Annahmeverzug des Arbeitgebers für die Dauer der Arbeitsunfähigkeit entfällt. Die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers hat sich daher auch während der Dauer einer Freistellung nach den sonst üblichen Kriterien und Grundlagen zu richten. Diese konsequente Unterscheidung zwischen den beiden Rechtsgründen für die Lohn(fort)zahlung bei Eintreten einer Arbeitsunfähigkeit während der Freistellung (Art. 324 für die Freistellung des ar-

beitsfähigen Arbeitnehmers und Art. 324a OR für den arbeitsunfähigen Arbeitnehmer) nimmt auch das Bundesgericht vor. Dem arbeitsunfähigen freigestellten Arbeitnehmer erwächst somit in der Regel ein Lohnfortzahlungsanspruch aus Art. 324a Abs. 1 OR (Blesi, a.a.O., S. 53, 66 ff. und 140, unter Hinweis auf das unveröffentlichte Urteil des Bundesgerichts vom 2. Oktober 1990 [4C.41/1990]).

3.2.5 Eine andere Frage ist, ob es sich bei den «beschränkten Zeiten», für die eine Lohnfortzahlungspflicht besteht (vgl. Art. 324a Abs. 1 OR), um Zeit- oder Lohnminima handelt. Sind es Zeitminima, so hat auch der Arbeitnehmer, der beispielsweise nur 50% arbeitsunfähig ist, bloss während der entsprechenden beschränkten Zeit Anspruch auf Lohn. Handelt es sich demgegenüber um Lohnminima, so besteht sein Anspruch weiter, bis der erhaltene Lohn einem vollen Salär für die beschränkte Zeit entspricht. Das Bundesgericht hat zu dieser Frage noch nie abschliessend Stellung genommen; in der Lehre ist die Frage umstritten. Vom Grundgedanken her, dass dem Arbeitgeber in einem gewissen Umfang zuzumuten ist, das entsprechende Risiko zu tragen, ist von Lohnminima auszugehen. Der Anspruch des Arbeitnehmers, der nur teilweise arbeitsunfähig ist, besteht somit so lange, bis der erhaltene Lohn einem vollen Salär für die beschränkte Zeit entspricht (vgl. Geiser, Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, a.a.O., S. 328; gl.M. Egli, a.a.O., S. 1074, mit zahlreichen Hinweisen, und Aubert, a.a.O., S. 1489; a.M. Staehelin, Zürcher Kommentar, 3. A., Zürich 1996, N 7 zu Art. 324a OR, mit weiteren Hinweisen).

3.2.6 Besondere Probleme stellen sich im vorliegenden Fall schliesslich auch deshalb, weil der Kläger nicht nur wegen des Unfalls von Ende Dezember 2001, sondern ab Ende Mai 2002 auch wegen Krankheit arbeitsunfähig war. Ist der Arbeitnehmer auf Grund gesetzlicher Vorschrift gegen die wirtschaftlichen Folgen unverschuldeter Arbeitsverhinderung aus Gründen, die in seiner Person liegen, obligatorisch versichert, so hat der Arbeitgeber den Lohn nicht zu entrichten, wenn die für die beschränkte Zeit geschuldeten Versicherungsleistungen mindestens vier Fünftel des darauf entfallenden Lohnes decken (Art. 324b Abs. 1 OR; s. auch Geiser, Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, a.a.O., S. 333). Art. 324b OR ist eine reine Koordinationsnorm und dient der Vermeidung einer Überentschädigung (= Kumulation von Lohnzahlungspflicht und Versicherungsleistung). Es soll verhindert werden, dass der Arbeitnehmer gleichzeitig Ansprüche gegen den Arbeitgeber und eine Sozialversicherung geltend machen kann und damit allenfalls besser gestellt würde als ohne arbeitsverhinderndes Ereignis (vgl. Ragg, Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers im System der obligatorischen Unfallversicherung, Diss. Bern 1997, S. 38 und 44; Rehbinder, Berner Kommentar, Bern 1985, N 1 zu Art. 324b OR). Bei den Taggeldern, die gemäss dem Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) ausbezahlt werden und die auch der Kläger erhalten hat, handelt es sich um Leistungen einer obligatorischen Versicherung im Sinne von Art. 324b Abs. 1 OR. Diese Leis-

tungen treten vollständig an die Stelle der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers, wenn sie 80% des Lohnes ausmachen. Sind die Versicherungsleistungen der obligatorischen Versicherung geringer als vier Fünftel des darauf entfallenden Lohnes – beispielsweise weil der Arbeitnehmer nur teilweise arbeitsunfähig und die Unfallversicherung dementsprechend auch nur ein reduziertes Taggeld leistet (s. Art. 17 Abs. 1 UVG) –, so hat der Arbeitgeber die Differenz zwischen den Versicherungsleistungen und vier Fünfteln des Lohnes zu entrichten (vgl. Art. 324b Abs. 2 OR). Die Differenzzahlungspflicht gemäss Art. 324b Abs. 2 OR ist eine Unterform der Lohnfortzahlungspflicht und untersteht daher den gleichen Voraussetzungen und Einschränkungen wie diese. Die Verpflichtung des Arbeitgebers, die Versicherungsleistungen auf mindestens vier Fünftel des Lohnes zu ergänzen, gilt somit nur für die «beschränkte Zeit» gemäss Art. 324a Abs. 1 OR. Aus diesem Grund darf sich die Beklagte auch eine Differenzzahlung gestützt auf Art. 324b Abs. 2 OR an den Lohnkredit anrechnen lassen, soweit der Kläger arbeitsunfähig war (s. Geiser, Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, a.a.O., S. 333 f.; Egli, a.a.O., S. 1074; Aubert, a.a.O., S. 1489 f.; zur «Vier-Fünftel-Lohngarantie» ausführlich Ragg, a.a.O., S. 45 f. und 162, mit weiteren Hinweisen).

3.3 Bei der Berechnung des so genannten Lohnkredits ist vom monatlichen Nettolohn des Klägers von Fr. 4'950.- auszugehen. Neben der monatlichen Lohnzahlung erhielt der Kläger sodann regelmässig eine jährliche Gratifikation in der Höhe von brutto Fr. 2'000.-, welche ebenfalls zu berücksichtigen ist (s. Egli, a.a.O., S. 1069 f.). Auf den Monat umgerechnet, ergibt dies einen Betrag von rund Fr. 156.- (= Fr. 2'000.- : 12 = Fr. 166.65 ./ Fr. 10.90 [= 6,55% Sozialversicherungsbeiträge]). Dieser Betrag ist zum Nettolohn von Fr. 4'950.- hinzuzurechnen, so dass ein Total von netto Fr. 5'106.- resultiert. Mit Blick auf den Lohnkredit ergibt sich somit ein Anspruch von netto rund Fr. 235.- pro Arbeitstag (= Fr. 5'106.- : 21,75 Tage), was für 70 Arbeitstage (= 14 Kalenderwochen à 5 Arbeitstage) insgesamt Fr. 16'450.- (= 70 Tage à Fr. 235.-) bzw. für 75 Arbeitstage (= 15 Kalenderwochen à 5 Arbeitstage) insgesamt Fr. 17'625.- (= 75 Tage à Fr. 235.-) ergibt. Bezüglich der Differenzlohnzahlungspflicht gemäss Art. 324b Abs. 2 OR beläuft sich der massgebende Betrag auf netto rund Fr. 4'085.- pro Monat (= 80% von Fr. 5'106.-) bzw. netto Fr. 187.- pro Tag (= Fr. 4'085.- : 21,75 Tage; zur Berechnungsgrundlage s. auch Kuhn/Koller, Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, Teil 9, Kapitel 6.2.5, S. 10, 74. Aktualisierung Juli 1994).

4. Der Kläger hat den Lohn für den Monat Januar 2002 unbestrittenermassen erhalten. Mit der vorliegenden Klage fordert er in erster Linie den Lohn für die Zeit von Februar bis und mit Dezember 2002.

4.1 (...)

4.2 Im März 2002 war der Kläger wegen des Unfalls vom 30. Dezember 2001 zu 100% arbeitsunfähig. Für diesen Monat wurden ihm von der Suva Unfalltaggelder in der Höhe von insgesamt Fr. 4'882.50 (= 31 Tage à Fr. 157.50) ausbezahlt. Da diese Leistungen mehr als Fr. 4'085.- ausmachen, treten sie vollständig an die Stelle der Lohnfortzahlungspflicht der Beklagten (s. vorne Erwägung 3.2.6 und 3.3). Somit stehen dem Kläger für den Monat März 2002 gegenüber der Beklagten keine Ansprüche mehr zu.

4.3 Hinsichtlich der Lohnansprüche ab April 2002 gilt es vorab nochmals darauf hinzuweisen, dass sich der Kläger ab 1. April 2002 im neunten Dienstjahr befunden hat und ab diesem Zeitpunkt erneut eine Lohnfortzahlungspflicht für die Dauer von insgesamt 75 Arbeitstagen einsetzt, was einem Lohnkredit von insgesamt Fr. 17'625.- entspricht (s. vorne Erwägungen 3.2.1 und 3.3). Wegen des Unfalls war der Kläger vom 1. bis 7. April 2002 zu 100% und vom 8. bis 30. April 2002 zu 50% arbeitsunfähig. Für April 2002 wurden dem Kläger von der Suva folgende Unfalltaggelder ausbezahlt: Fr. 1'102.50 für die Zeit vom 1. bis 7. April 2002 (= 7 Tage à Fr. 157.50) und Fr. 1'811.25 für die Zeit vom 8. bis 30. April 2002 (= 23 Tage à Fr. 78.75). Insgesamt erhielt der Kläger im April 2002 somit Unfalltaggelder in der Höhe von Fr. 2'913.75. Die Beklagte ist von der Lohnfortzahlungspflicht - wie bereits erwähnt - nur dann befreit, falls die Versicherungsleistungen mindestens den Betrag von Fr. 4'085.- erreichen (s. vorne Erwägungen 3.2.6 und 3.3). Da dies im Monat April 2002 nicht der Fall ist, hat die Beklagte die Differenz zu bezahlen, was einem Betrag von Fr. 1'171.25 entspricht (= Fr. 4'085.- ./ Fr. 2'913.75). Dieser Betrag ist an den Lohnkredit anzurechnen (s. vorne Erwägung 3.2.6 a.E.), der sich damit auf Fr. 16'453.75 reduziert (= Fr. 17'625.- ./ Fr. 1'171.25).

4.4 Vom 1. bis 29. Mai 2002 war der Kläger wegen des Unfalls zu 50% und vom 29. bis 31. Mai 2002 zu 25% arbeitsunfähig. Ausserdem war er wegen Krankheit ab dem 30. Mai 2002 zu 100% arbeitsunfähig. Für den Monat Mai 2002 wurden dem Kläger von der Suva folgende Unfalltaggelder ausbezahlt: Fr. 2'205.- für die Zeit vom 1. bis 28. Mai 2002 (= 28 Tage à Fr. 78.75) und Fr. 118.20 für die Zeit vom 29. bis 31. Mai 2002 (= 3 Tage à Fr. 39.40). Insgesamt erhielt der Kläger im Mai 2002 somit Unfalltaggelder in der Höhe von Fr. 2'323.20. Von der Krankentaggeldversicherung erhielt der Kläger im Mai 2002 dagegen aufgrund der 60-tägigen Wartefrist noch keine Leistungen. Da die Versicherungsleistungen den massgebenden Betrag von Fr. 4'085.- wiederum nicht erreichen, hat die Beklagte die Differenz zwischen den Unfalltaggeldern und diesem Betrag zu bezahlen. Demnach schuldet die Beklagte dem Kläger den Betrag von Fr. 1'761.80 (= Fr. 4'085.- ./ Fr. 2'323.20). Der Kläger hat zudem für die Tage vom 30. und 31. Mai 2002, an denen die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit überwiegt, Anspruch auf den vollen Lohn (s. Erwägung 3.2.1 und 3.2.5). Somit ist die Beklagte zusätzlich zu verpflichten, dem Kläger für diese beiden Tage die ausstehende Differenz von 20% bezahlen, was - basierend auf den massgebenden Tagesansätzen (s. Er-

wägung 3.3) – einem Betrag von netto Fr. 96.– entspricht (= [2 x Fr. 235.–] ./ [2 x Fr. 187.–]). Demnach schuldet die Beklagte dem Kläger für den Monat Mai 2002 den Betrag von Fr. 1'857.80 (= Fr. 1'761.80 + Fr. 96.–). Dieser Differenzbetrag ist an den Lohnkredit anzurechnen, der sich damit auf Fr. 14'595.95 reduziert (= Fr. 16'453.75 ./ Fr. 1'857.80).

4.5 Im Monat Juni 2002 war der Kläger wegen des Unfalls zu 25% und wegen Krankheit zu 100% arbeitsunfähig. Für diese Zeit zahlte ihm die Suva Unfalltaggelder in der Höhe von Fr. 1'182.– (= 30 Tage à Fr. 39.40), während die Krankentaggeldversicherung wegen der 60-tägigen Wartezeit nach wie vor keine Leistungen erbrachte. Da die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Klägers überwiegt, hat er Anspruch auf den vollen Lohn von Fr. 5'106.–. Davon sind die Unfalltaggelder im Betrag von Fr. 1'182.– abzuziehen (s. vorne Erwägungen 3.2.1, 3.2.5, 3.2.6 und 3.3). Demnach schuldet die Beklagte dem Kläger für den Monat Juni 2002 den Betrag von Fr. 3'924.– (= Fr. 5'106.– ./ Fr. 1'182.–). Dieser Differenzbetrag ist an den Lohnkredit anzurechnen, der sich damit auf Fr. 10'671.95 reduziert (= Fr. 14'595.95 ./ Fr. 3'924.–).

4.6 Im Monat Juli 2002 war der Kläger wie im Monat Juni 2002 wegen Unfalls zu 25% und wegen Krankheit zu 100% arbeitsunfähig. Für diese Zeit wurden ihm von der Suva Unfalltaggelder in der Höhe von Fr. 1'221.40 (= 31 Tage à Fr. 39.40) und von den Winterthur Versicherungen Krankentaggelder in der Höhe von Fr. 354.30 (= 3 Tage à Fr. 118.10) ausbezahlt. Insgesamt erhielt der Kläger somit Versicherungsleistungen in der Höhe von Fr. 1'575.70 (= Fr. 1'221.40 + Fr. 354.30). Da auch im Juli 2002 die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Klägers überwiegt, hat er Anspruch auf den vollen Lohn von Fr. 5'106.–. Davon sind die Versicherungsleistungen im Betrag von Fr. 1'575.70 abzuziehen. Demnach schuldet die Beklagte dem Kläger für den Monat Juli 2002 den Betrag von Fr. 3'530.30 (= Fr. 5'106.– ./ Fr. 1'575.70). Dieser Differenzbetrag ist an den Lohnkredit anzurechnen, der sich damit auf Fr. 7'141.65 reduziert (= Fr. 10'671.95 ./ Fr. 3'530.30).

4.7 Im Monat August 2002 war der Kläger weiterhin wegen Unfalls zu 25% und wegen Krankheit zu 100% arbeitsunfähig. Für diese Zeit wurden ihm von der Suva Unfalltaggelder in der Höhe von Fr. 1'221.40 (= 31 Tage à Fr. 39.40) und von den Winterthur Versicherungen Krankentaggelder in der Höhe von Fr. 3'661.10 (= 31 Tage à Fr. 118.10) ausbezahlt. Insgesamt erhielt der Kläger somit Versicherungsleistungen in der Höhe von Fr. 4'882.50 (= Fr. 1'221.40 + Fr. 3'661.10). Da die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Klägers nach wie vor überwiegt, hat er Anspruch auf den vollen Lohn von Fr. 5'106.–. Davon sind die Versicherungsleistungen im Betrag von Fr. 4'882.50 abzuziehen. Demnach schuldet die Beklagte dem Kläger für den August 2002 den Betrag von Fr. 223.50 (= Fr. 5'106.– ./ Fr. 4'882.50). Dieser Differenzbetrag ist an den Lohnkredit anzurechnen, der sich damit auf Fr. 6'918.15 (= Fr. 7'141.65 ./ Fr. 223.50) reduziert.

4.8 Im Monat September 2002 war der Kläger weiterhin wegen Unfalls zu 25% und wegen Krankheit zu 100% arbeitsunfähig. Für diese Zeit wurden ihm von der Suva Unfalltaggelder in der Höhe von Fr. 1'182.- (= 30 Tage à Fr. 39.40) und von den Winterthur Versicherungen Krankentaggelder in der Höhe von Fr. 3'543.- (= 30 Tage à Fr. 118.10) ausbezahlt. Insgesamt erhielt der Kläger somit Versicherungsleistungen in der Höhe von Fr. 4'725.- (= Fr. 1'182.- + Fr. 3'543.-). Da die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Klägers nach wie vor überwiegt, hat er Anspruch auf den vollen Lohn von Fr. 5'106.-. Davon sind die Versicherungsleistungen im Betrag von 4'725.- abzuziehen. Demnach schuldet die Beklagte dem Kläger für den September 2002 den Betrag von Fr. 381.- (= Fr. 5'106.- ./ Fr. 4'725.-). Dieser Differenzbetrag ist an den Lohnkredit anzurechnen, der sich damit auf Fr. 6'537.15 (= Fr. 6'918.15 ./ Fr. 381.-) reduziert.

4.9 Im Monat Oktober 2002 war der Kläger wegen Unfalls zu 25% und wegen Krankheit zu 50% arbeitsunfähig. Für diese Zeit wurden ihm von der Suva Unfalltaggelder in der Höhe von Fr. 1'221.40 (= 31 Tage à Fr. 39.40), von den Winterthur Versicherungen Krankentaggelder in der Höhe von Fr. 2'441.- (= 31 Tage à Fr. 78.73; KB 29) und von der Arbeitslosenversicherung Taggelder in der Höhe von Fr. 915.90 ausbezahlt. Insgesamt erhielt der Kläger somit Versicherungsleistungen in der Höhe von Fr. 4'578.30 (= Fr. 1'221.40 + Fr. 2'441.- + Fr. 915.90). Da die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Klägers nach wie vor überwiegt, hat er Anspruch auf den vollen Lohn von Fr. 5'106.-. Davon sind die Versicherungsleistungen im Betrag von Fr. 4'578.30 abzuziehen. Demnach schuldet die Beklagte dem Kläger für den Oktober 2002 den Betrag von Fr. 527.70 (= Fr. 5'106.- ./ Fr. 4'578.30). An den Lohnkredit ist nun aber nicht bloss dieser Differenzbetrag anzurechnen; zu berücksichtigen sind vielmehr auch die Taggelder der Arbeitslosenversicherung in der Höhe von Fr. 915.90, weshalb sich der Lohnkredit um insgesamt Fr. 1'443.60 (= Fr. 527.70 + Fr. 915.90) auf Fr. 5'093.55 (= Fr. 6'537.15 ./ Fr. 1'443.60) vermindert. Mit der Zahlung der Arbeitslosentaggelder gehen die Ansprüche des Klägers gegenüber der Beklagten von Gesetzes wegen im Umfang der ausgerichteten Taggeldentschädigung auf die Kasse über (Art. 29 Abs. 2 AVIG).

4.10 Im Monat November 2002 war der Kläger weiterhin wegen Unfalls zu 25% und wegen Krankheit zu 50% arbeitsunfähig. Für diese Zeit wurden ihm von der Suva Unfalltaggelder in der Höhe von Fr. 1'182.- (= 30 Tage à Fr. 39.40), von den Winterthur Versicherungen Krankentaggelder in der Höhe von Fr. 2'362.- (= 30 Tage à Fr. 78.73) und von der Arbeitslosenversicherung Taggelder in der Höhe von Fr. 1'068.50 ausbezahlt. Insgesamt erhielt der Kläger somit Versicherungsleistungen in der Höhe von Fr. 4'612.50 (= Fr. 1'182.- + Fr. 2'362.- + Fr. 1'068.50). Da die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Klägers nach wie vor überwiegt, hat er Anspruch auf den vollen Lohn von Fr. 5'106.-. Davon sind die Versicherungsleistungen im Betrag von 4'612.50 abzuziehen. Demnach schuldet die Beklagte dem Kläger

für den November 2002 den Betrag von Fr. 493.50 (= Fr. 5'106.- ./ Fr. 4'612.50). An den Lohnkredit ist nun wiederum nicht bloss dieser Differenzbetrag anzurechnen; zu berücksichtigen sind vielmehr auch die Taggelder der Arbeitslosenversicherung in der Höhe von Fr. 1'068.50, weshalb sich der Lohnkredit um insgesamt Fr. 1'562.- (= Fr. 493.50 + Fr. 1'068.50) auf Fr. 3'531.55 (= Fr. 5'093.55 ./ Fr. 1'562.-) vermindert.

4.11 Im Monat Dezember 2002 war der Kläger nur noch wegen Unfalls zu 25% arbeitsunfähig. Für diese Zeit wurden ihm von der Suva Unfalltaggelder in der Höhe von Fr. 1'221.40 (= 31 Tage à Fr. 39.40) und von der Arbeitslosenversicherung Taggelder in der Höhe von Fr. 2'354.05 ausbezahlt. Insgesamt erhielt der Kläger somit Versicherungsleistungen in der Höhe von Fr. 3'575.45 (= Fr. 1'221.40 + Fr. 2'354.05). Unter den gegebenen Voraussetzungen ist die Beklagte – wie bereits mehrfach erwähnt – von der Lohnfortzahlungspflicht nur dann befreit, falls die Versicherungsleistungen mindestens den Betrag von Fr. 4'085.- erreichen (s. vorne Erwägungen 3.2.6, 3.3 und 4.3). Dies ist im Dezember 2002 nicht der Fall, weshalb die Beklagte die Differenz zu bezahlen hat, was einem Betrag von Fr. 509.55 entspricht (= Fr. 4'085.- ./ Fr. 3'575.45). An den Lohnkredit ist wiederum nicht bloss dieser Differenzbetrag anzurechnen; zu berücksichtigen sind vielmehr auch die Taggelder der Arbeitslosenversicherung in der Höhe von Fr. 2'354.05, weshalb sich der Lohnkredit um insgesamt Fr. 2'863.60 (= Fr. 509.55 + Fr. 2'354.05) auf Fr. 667.95 (= Fr. 3'531.55 ./ Fr. 2'863.60) vermindert.

(...)

Kantonsgericht, 15. Dezember 2003

Art. 343 Abs. 3 OR. – Die Kostenlosigkeit des Verfahrens gemäss Art. 343 Abs. 3 OR gelangt auch in Fällen zur Anwendung, in denen es einzig um die Frage geht, ob ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist oder nicht, und das Gericht diese Frage verneint. Dieser Grundsatz kann allerdings nur dann voll zum Tragen kommen, wenn sämtliche geltend gemachten Ansprüche vom Vorliegen eines Arbeitsvertrages abhängen.

Aus den Erwägungen:

1. Streitig ist im vorliegenden Fall einzig die Frage, ob der Beschwerdeführer die vorinstanzlichen Gerichtskosten von insgesamt Fr. 2'720.- zu tragen hat oder ob ihm das kostenlose Verfahren gemäss Art. 343 Abs. 3 OR zur Verfügung steht.

a) Der Beschwerdeführer macht geltend, nach anerkannter Lehre und Praxis sei Art. 343 OR nicht nur anwendbar, wenn das Quantitativ umstritten sei,

sondern auch dann, wenn – wie im vorliegenden Fall – der Abschluss eines Arbeitsvertrages überhaupt streitig sei. Daraus folge, dass sich die Frage der Kostenpflicht nicht nach dem Endergebnis richte (mithin von der Gutheissung oder Abweisung der Klage abhängig gemacht werden könne), sondern nur danach, ob der Kläger bei Klageeinleitung ohne Mutwilligkeit von einer arbeitsrechtlichen Auseinandersetzung ausgehen durfte. Dies sei vorliegend der Fall. Selbst die Vorinstanz sei nicht von einer mutwilligen Prozessführung ausgegangen, habe es doch eines relativ umfassenden Beweisverfahrens bedurft, um abzuklären, ob ein Arbeitsvertrag vorliege oder nicht. Er (der Beschwerdeführer) habe ein ausdrücklich als arbeitsrechtlich begründetes Klageverfahren eingeleitet. Die Vorinstanz habe daher zu Recht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses verzichtet. Auch wenn sie zum Schluss gekommen sei, es liege kein arbeitsrechtliches Verfahren vor, könne dies nichts daran ändern, dass eine arbeitsrechtliche Streitigkeit im Sinne von Art. 343 OR vorgelegen habe, weshalb von Gesetzes wegen keine Gerichtskosten hätten erhoben werden dürfen. Dies gelte entsprechend auch für das Verfahren vor der Justizkommission. Ziff. 2 des angefochtenen Entscheides sei daher ersatzlos aufzuheben (unter Feststellung, dass Art. 343 Abs. 2 und 3 OR verletzt worden seien).

b) Die Vorinstanz führte in ihrer Vernehmlassung aus, der Ansicht des Beschwerdeführers, Art. 343 OR sei nicht nur anwendbar, wenn das Quantitativ umstritten sei, sondern auch dann, wenn der Abschluss eines Arbeitsvertrages überhaupt streitig sei, könne insoweit gefolgt werden, als es die örtliche und sachliche Zuständigkeit (z.B. besonderer Arbeitsgerichte) sowie das Verfahren (einfaches und rasches Verfahren / Untersuchungsmaxime gemäss Art. 343 Abs. 2 und 4 OR) betreffe. Im Weiteren sei es angezeigt, vorerst auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten, wenn streitig sei, ob überhaupt ein Arbeitsverhältnis vorliege, und der Streitwert weniger als Fr. 30'000.– betrage. Gelange das Gericht dann aber in seinem Urteil zur Überzeugung, dass keine arbeitsrechtliche Streitigkeit vorliege, so sei nicht einzusehen, weshalb in einem solchen Fall keine gerichtlichen Kosten erhoben werden sollten. Wäre dem so, hätte es eine Partei mit der blossen Behauptung, es handle sich um eine Streitigkeit aus Arbeitsvertrag, in der Hand, unabhängig vom Ausgang des Verfahrens einen «kostenlosen» Prozess zu führen. Aus diesen Gründen sei die Beschwerde abzuweisen.

c) Gemäss Art. 343 Abs. 3 OR dürfen in Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– den Parteien – ausser im Falle mutwilliger Prozessführung – weder Gebühren noch Auslagen auferlegt werden. Das Bundesgericht hat wiederholt ausgeführt, dass diese Bestimmung in allen Verfahrensstufen und vor allen Instanzen gilt (vgl. etwa BGE 115 II 40, 113 Ia 118, 104 II 221, 100 Ia 129, 98 Ia 567). Es stellt sich nun die Frage, ob diese Regel auch dann zum Tragen kommt, wenn streitig ist, ob überhaupt ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist.

aa) Ausgangspunkt zur Beurteilung dieser Frage ist die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung. Das Bundesgericht führte in BGE 104 II 221 aus, die Entstehungsgeschichte zeige, dass der Bundesrat und die eidgenössischen Räte die Kostenlosigkeit des arbeitsgerichtlichen Prozessverfahrens als sozialpolitische Massnahme im Interesse der Rechtsverwirklichung betrachtet hätten, die es den am Arbeitsverhältnis Beteiligten, namentlich dem Arbeitnehmer als schwächere Partei, ermöglichen solle, ohne Kostenrisiko um ihr Recht zu kämpfen. Der Bundesrat führte dazu in seiner Botschaft vom 25. August 1967 zum Bundesgesetz über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels bis des Obligationenrechts (Arbeitsvertrag) u.a. folgendes aus: «Der Entwurf geht zunächst von der grundsätzlichen Auffassung aus, dass auf die bisherigen Sondervorschriften nicht verzichtet werden kann und für Streitigkeiten mit relativ geringem Streitwert verfahrensrechtliche Sondervorschriften im Interesse der Verwirklichung des Bundesprivatrechts notwendig sind. Würden für Streitigkeiten, wie sie bis anhin aus dem Fabrikationsverhältnis, aus dem landwirtschaftlichen Arbeitsverhältnis oder aus dem Heimarbeitsverhältnis entstanden sind, die Regeln des gewöhnlichen Zivilprozessrechts gelten, so wäre der Arbeitnehmer in vielen Fällen gar nicht in der Lage, zur Durchsetzung seiner Ansprüche den Richter anzurufen.» (BBI 1967 II 406).

bb) In der Lehre wird überwiegend die Meinung vertreten, dass Art. 343 OR auch dann zur Anwendung kommt, wenn zu entscheiden ist, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsvertrag vereinbart wurde oder nicht. Dabei wird allerdings nicht weiter ausgeführt, ob dies nur für die örtliche und sachliche Zuständigkeit gemäss Abs. 1, das einfache und rasche Verfahren gemäss Abs. 2 und die Untersuchungsmaxime gemäss Abs. 4, oder auch für die Kostenlosigkeit des Verfahrens gemäss Abs. 3 gelten solle (Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. A., Bern 1996, S. 460; Staehelin/Vischer, Zürcher Kommentar, 3. A., Zürich 1996, N 6 zu Art. 343 OR, mit Hinweisen; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5. A., Zürich 1992, N 5 zu Art. 343 OR, mit Hinweisen; a.M. Schmid, Zur Officialmaxime nach Art. 343 Abs. 4 OR, in: SJZ 77 [1981], S. 280). Nach Rehbindler entspricht es Sinn und Zweck von Art. 343 Abs. 3 OR, den Arbeitnehmer zu privilegieren (Berner Kommentar, Bern 1992, N 18 zu Art. 343 OR). Koller erklärt sodann ausdrücklich, dass für Streitigkeiten über die Frage, ob überhaupt ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist, das kostenlose Verfahren zur Verfügung stehen sollte (Art. 343 OR unter besonderer Berücksichtigung der Praxis des Arbeitsgerichts Zürich, Diss. Zürich 1995, S. 48). Auch das Bundesgericht entschied in einem unveröffentlichten Urteil vom 26. August 2002, dass auf die Erhebung einer Gerichtsgebühr verzichtet werden könne, wenn einzig das Vorliegen eines Arbeitsvertrages, also einzig die Vertragsqualifikation, umstritten sei (BGE Nr. 4C.230/2002).

cc) Soll der sozialpolitische Gehalt von Art. 343 Abs. 3 OR, insbesondere der Schutz der Arbeitnehmer, verwirklicht werden, muss diese Bestimmung

so ausgelegt werden, dass sie auch in Fällen, in denen es einzig um die Frage geht, ob ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist oder nicht, und das Gericht diese Frage verneint, zur Anwendung gelangt. Der vermeintliche Arbeitnehmer soll dem Richter diese Frage ohne Kostenrisiko, mithin in einem kostenlosen Verfahren zur Entscheidung unterbreiten können. Dieser Grundsatz kann allerdings nur dann voll zum Tragen kommen, soweit sämtliche geltend gemachten Ansprüche vom Vorliegen eines Arbeitsvertrages abhängen. Kommt das Gericht zum Schluss, dass kein Arbeitsverhältnis besteht, die geltend gemachten Ansprüche sich aber aus einem anderen Rechtsgrund herleiten lassen (beispielsweise aus einem anderen Vertragsverhältnis, wie etwa Auftrag oder Werkvertrag) und mithin in der Folge vom gleichen Richter beurteilt werden, steht nicht mehr der Schutz des Arbeitnehmers im Vordergrund. In diesem Fall kann die Kostenlosigkeit des Verfahrens gemäss Art. 343 Abs. 3 OR nicht zum Tragen kommen; vielmehr greifen diesfalls die kantonalen Prozessvorschriften über die Kostentragung Platz. Immerhin ist auch hier denkbar, dass diejenigen Verfahrenskosten, die einzig im Zusammenhang mit dem Entscheid über die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt oder nicht, entstanden sind, wie etwa für ein ausgedehnteres Beweisverfahren zu diesem Thema, zu erlassen sind, soweit sie sich ohne grössere Schwierigkeiten ausscheiden lassen. Die vom Kantonsgericht angesprochene Gefahr, wonach es eine Partei in der Hand hätte, mit der blossen Behauptung, es handle sich um eine arbeitsvertragliche Streitigkeit, unabhängig vom Ausgang des Verfahrens einen «kostenlosen» Prozess zu führen, erscheint bei diesen Vorgaben kaum als real. Einerseits hält Art. 343 Abs. 3 OR selbst das notwendige Korrektiv bereit, indem die Bestimmung vorsieht, dass bei mutwilliger Prozessführung durchaus Kosten erhoben werden können. Zum andern ist der Prozess eben nur soweit kostenlos, als es um die Qualifikation als arbeitsvertragliche Streitigkeit und die damit zusammenhängenden Ansprüche geht. Soweit sich die Klage in diesem Prozess bei Verneinung einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit auf andere Rechtsgründe stützt und das Verfahren durchgeführt wird, entfällt die Kostenlosigkeit nach Art. 343 Abs. 3 OR.

dd) Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer ausdrücklich eine Forderung «ex Arbeitsvertrag» eingeklagt. Sämtliche geltend gemachten Ansprüche (Lohn, Ferienlohn und Anteil 13. Monatslohn) hingen von der Vorfrage ab, ob das Gericht das Verhältnis zwischen den Parteien als Arbeitsvertrag qualifiziert. War mithin im vorinstanzlichen Verfahren ausschliesslich die Vertragsqualifikation streitig, und hingen sämtliche geltend gemachten Ansprüche vom Vorliegen eines Arbeitsvertrages ab, hätte im Sinne von Art. 343 Abs. 3 OR auf die Erhebung einer Gerichtsgebühr verzichtet werden müssen.

Justizkommission, 17. April 2003

Art. 625 Abs. 2, 626 Ziff. 6, 641 Ziff. 10, 727 und 727f OR; Art. 1 Abs. 2 ZGB. – Verfügt eine Aktiengesellschaft über keine Revisionsstelle mehr und sorgt sie trotz entsprechender Aufforderung des Gerichts auch nicht für deren Wahl, kann das Gericht in richterlicher Lückenfüllung die säumige Gesellschaft gerichtlich auflösen, worauf diese nach den gesetzlichen Grundsätzen ordentlich zu liquidieren ist.

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 626 Ziff. 6 OR müssen die Statuten Bestimmungen über die Organe für die Verwaltung und für die Revision enthalten. Die Generalversammlung wählt gemäss Art. 727 Abs. 1 OR einen oder mehrere Revisoren als Revisionsstelle. Gemäss Art. 641 Ziff. 10 OR sind der Name oder die Firma der Revisoren, unter Angabe des Wohnsitzes, des Sitzes oder einer im Handelsregister eingetragenen Zweigniederlassung, in das Handelsregister einzutragen. Erhält das Handelsregister davon Kenntnis, dass der Gesellschaft die Revisionsstelle fehlt, so setzt es ihr gemäss Art. 727f Abs. 1 OR eine Frist zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes. Nach unbenütztem Ablauf der Frist ernennt der Richter auf Antrag des Handelsregisterführers die Revisionsstelle für ein Geschäftsjahr, wobei er den Revisor nach seinem Ermessen bestimmt (Abs. 2). Selbstverständlich kann die betreffende Gesellschaft einer richterlichen Ernennung der Revisionsstelle jederzeit zuvorkommen, indem sie selber eine solche wählt und beim Handelsregisteramt zur Anmeldung bringt. Diesfalls wird das pendente Gerichtsverfahren gegenstandslos, sofern die Tatsache dem Richter rechtzeitig zur Kenntnis gebracht wird.

Wo der Richter keine Revisionsstelle bestimmen kann, weil sich beispielsweise keine Revisionsstelle zur Ausübung des Amtes bereit erklärt oder die Gesellschaft den erforderlichen Kostenvorschuss für die Annahme des Mandates nicht leistet, können Aktionäre und Gläubiger die Auflösung der Gesellschaft nach Art. 625 Abs. 2 OR verlangen (Watter, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 2. A., Basel/Genf/München 2002, N 8 zu Art. 727 f.). Nach der Rechtsprechung, der sich die Justizkommission anschliesst, besteht daneben aber als direkte Sanktionierung der säumigen Gesellschaft auch die Möglichkeit, dass das mit der Einsetzung einer Revisionsstelle befasste Gericht in richterlicher Lückenfüllung (Art. 1 Abs. 2 ZGB) die Gesellschaft gerichtlich auflöst, worauf diese nach den gesetzlichen Grundsätzen ordentlich zu liquidieren ist (ZR 1996, S. 122; SZW 1996, S. 276).

Justizkommission, 6. November 2003

Art. 697d Abs. 2 OR. Sonderprüfung in Konzernverhältnissen – Hält die Muttergesellschaft 100% der Aktien ihrer Tochtergesellschaft und bildet die Beteiligung an der Tochtergesellschaft mit den entsprechenden Wertschriftenbeständen das einzige wesentliche Aktivum der Muttergesellschaft, haben die verantwortlichen Organe der Muttergesellschaft der Sonderprüferin sämtliche für den Gegenstand der Sonderprüfung notwendigen Unterlagen der Tochtergesellschaft auszuhändigen und die erforderlichen Auskünfte zu erteilen.

Aus den Erwägungen:

1. Streitig ist im vorliegenden Fall einzig die Frage, ob die Beschwerdeführerin der mit der Sonderprüfung beauftragten X. AG auch Unterlagen betreffend Wertschriftentransaktionen ihrer 100%-igen Tochtergesellschaft, der A. Ltd., auszuhändigen hat.

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, bezüglich aller an die Sonderprüferin gerichteten Fragen bestehe ein Geheimhaltungsinteresse der A. Ltd. Besonders deutlich manifestiere sich dieses anhand der Frage drei, wo – nach Ansicht der Vorinstanz – sogar nach «Vertragsparteien» der A. Ltd. gefragt werden solle. Da die A. Ltd. nicht in der Schweiz domiziliert sei, sei fraglich, ob die angefochtene Verfügung überhaupt zu deren Lasten Wirkungen entfalten könne. Dies abzuklären, habe die Vorinstanz jedenfalls unterlassen. Wäre die A. Ltd. aufgrund der angefochtenen Verfügung nicht zur Herausgabe von Unterlagen oder Informationen verpflichtet oder stünden einer grundsätzlich bestehenden Herausgabepflicht im Einzelfall höhere (Geheimhaltungs-)Interessen der A. Ltd. einer Herausgabe entgegen, setzten sich ihre Organe (die Organe der Beschwerdeführerin) bei der Beschaffung und der Weiterleitung entsprechender Informationen einem Haftungsrisiko gegenüber der A. Ltd. aus. Auf der anderen Seite drohe den Organen in der Schweiz Haft oder Busse, sollten sie die Beschaffung und Weiterleitung entsprechender Informationen unterlassen. Diese Situation sei unhaltbar. Die Mangelhaftigkeit der vorinstanzlichen Verfügung beruhe auf der Annahme, sie (die Beschwerdeführerin) oder ihre Organe seien mit der A. Ltd. gleichzusetzen. Diese Auffassung sei falsch. Einerseits verfüge die A. Ltd. über eine eigene Rechtspersönlichkeit. Andererseits habe im massgeblichen Zeitpunkt keine Personalunion ihrer Organe und der Organe der A. Ltd. bestanden. Es könne nicht angehen, die Organe einer Muttergesellschaft zu verpflichten, «sämtliche» Unterlagen und Auskünfte über eine Tochtergesellschaft zuerst zu beschaffen und dann auszuhändigen; es sei vielmehr kumulativ nach Ort, Zeit und Inhalt der Informationen zu differenzieren und einzuschränken. In örtlicher Hinsicht sei die Herausgabe- und Auskunftspflicht auf das zu beschränken, was bei ihren Organen in der Schweiz vorhanden sei. In zeitlicher Hinsicht sei die Herausgabe- und Auskunftspflicht auf den massgebenden Zeitpunkt (in casu Juni 2002) zu beschränken. In inhaltlicher Hinsicht sei die Herausgabe- und Auskunftspflicht

auf das zu beschränken, was nicht durch (überwiegende) Geheimhaltungsinteressen der A. Ltd. geschützt sei.

b) Die B. AG (Mehrheitsaktionärin der Beschwerdeführerin) hält dem entgegen, die Informationsrechte der Sonderprüferin seien umfassend. Der Richter dürfe die umfassende Auskunftspflicht nur ablehnen, wenn die Auskunft für die Erfüllung des Prüfungsauftrages als nicht erheblich erscheine, nicht dagegen wegen Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft. Es liege die Vermutung nahe, dass zwischen den Organen der Beschwerdeführerin und denjenigen der A. Ltd. im für die Sonderprüfung massgebenden Zeitpunkt eine Personalunion bestanden habe. Selbst wenn wider Erwarten keine Personalunion bestanden hätte, sei mindestens von einer faktischen Organstellung auszugehen. Im vorliegenden Fall handle es sich um einen atypischen Konzern, bei welchem die Muttergesellschaft nicht nur 100% der Aktien der Tochter besitze, sondern darüber hinaus auch noch rund 93% der Wertschriftenbestände der Mutter bei der Tochter konzentriert seien. Zwischen der Muttergesellschaft und der Tochtergesellschaft bestehe faktisch nahezu Identität. Die Muttergesellschaft könne in diesem Fall von ihren Aktionären ohne Einbezug der Verhältnisse bei der Tochtergesellschaft gar nicht wirklichkeitsgetreu eingeschätzt und beurteilt werden. Beim Auskunftsrecht des Aktionärs im Konzern sei zwischen der vollständigen oder beherrschenden Beteiligung einerseits und einer Minderheitsbeteiligung andererseits zu differenzieren. Werde eine Tochtergesellschaft vollständig beherrscht, so sei bei der Auskunftspflicht mit Bezug auf die Tochtergesellschaft nicht auf die formelle Rechtslage, sondern auf die wirtschaftlichen Verhältnisse abzustellen. Die finanziellen und geschäftlichen Vorgänge der Tochter unterlägen gegenüber dem Aktionär der Mutter der gleichen aktienrechtlichen Aufschlusspflicht durch die Organe der herrschenden Gesellschaft wie sie für die Verhältnisse und Vorgänge der herrschenden Gesellschaft bestünden. Ausgehend von der herrschenden Lehre, wonach die Einsichts- und Auskunftsrechte der Sonderprüfung im Lichte des Auskunftsrechtes des Aktionärs analog auszulegen seien, ergebe sich ein Durchgriff zugunsten der Sonderprüfung selbst. Der Durchgriff führe dazu, dass die Sonderprüfung sachlich und örtlich nicht zu begrenzen sei. Das Herausgabe- und Einsichtsrecht müsse für sämtliche Unterlagen gewährt werden, auch für solche, welche sich bei der Gesellschaft selbst befänden. In zeitlicher Hinsicht seien sämtliche Akten des Jahres 2002 herauszugeben. Die Begrenzung auf einen oder mehrere Monate hiesse, das Ziel der Sonderprüfung, nämlich die umfassende Abklärung der getätigten Transaktionen, weitgehendst zu verunmöglichen.

2. a) Der Zweck der Sonderprüfung besteht darin, die Kontrolle der Aktionäre über den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung zu verbessern. «Die Aktionäre sollen besser informiert werden, damit sie von ihren Mitwirkungs- und Kontrollrechten sinnvoll Gebrauch machen können» (Casutt, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich

1991, § 3 N 10; vgl. auch Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. A., Zürich 1996, N 1850 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 35 N 8; Weber, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 2. A., Basel/Genf/München 2002, N 1 zu Art. 697a). Die Sonderprüfung dient insbesondere der Vorbereitung einer Verantwortlichkeitsklage (vgl. Casutt, a.a.O., § 3 N 13; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 35 N 9; Weber, a.a.O., N 14 zu Art. 697a).

b) Nach Böckli gibt es in der Schweiz keine Sonderprüfung dergestalt, dass die Aktionäre der Obergesellschaft direkt eine Sonderprüfung bei einer Untergesellschaft veranlassen könnten – oder gar umgekehrt. Solange es kein allgemeines Konzernrecht gebe, richte sich der Antrag der Minderheitsaktionäre notwendigerweise gegen die Gesellschaft, an der sie direkt beteiligt seien und betreffe die Ausübung der Aktionärsrechte an dieser Gesellschaft. In diesem Rahmen seien auch Begehren um Auskünfte über Beziehungen zu Untergesellschaften denkbar (a.a.O., N 1858). Gemäss Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel besteht weder ein Auskunfts- noch ein Einsichtsrecht des Sonderprüfers gegenüber Dritten. Der Sonderprüfer könne also keine Informationen von Tochtergesellschaften und ihren Organen verlangen. Wohl aber könne er allenfalls bei Organen der einer Sonderprüfung unterliegenden Muttergesellschaft Informationen über Tochtergesellschaften einholen und Einsicht in bei ihnen liegende Dokumente von Tochtergesellschaften nehmen. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel weisen sodann darauf hin, dass die Überlegungen zum Auskunftsrecht analog geltend würden, wonach, wenn eine Tochtergesellschaft vollständig beherrscht werde oder eine Beteiligung zu 100% bestehe, die finanziellen und geschäftlichen Vorgänge der abhängigen Gesellschaft der gleichen aktienrechtlichen Aufschlusspflicht durch die Organe der herrschenden Gesellschaft unterlägen (a.a.O., § 35 N 78 und FN 25). Weber führt unter Hinweis auf Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel aus, in Konzernverhältnissen müssten die Organe der betroffenen Muttergesellschaften über ihre Kenntnisse bei der Tochtergesellschaft berichten. Hingegen könne der Sonderprüfer bei fehlender Personenidentität die Organe von Untergesellschaften nicht direkt befragen (a.a.O., N 8 zu Art. 697d). Casutt hält fest, dass die Informationsrechte leicht ausgeschaltet werden könnten, wenn eine Aktiengesellschaft, bzw. die Mehrheit der Aktionäre, eine zu 100% beherrschte Tochter gründen und fortan alle Geschäfte über diese abwickeln würden und den übrigen Aktionären dort jegliche Einsicht verweigert würde. Wie das Auskunftsrecht könne sich deshalb auch die Sonderprüfung grundsätzlich auf die Tochtergesellschaften beziehen. Masstab bilde die Erforderlichkeit der Information für die Ausübung der Aktionärsrechte im Rahmen der eigenen Gesellschaft. Dies sei auch davon abhängig, wie intensiv die Tochter von der Mutter beherrscht werde. Dem Sonderprüfer komme aber kein Auskunftsrecht gegenüber den Organen der Untergesellschaft zu. Es sei ihm verwehrt, direkt bei der Tochter Nachforschungen anzustellen. Deren Organe und Arbeitnehmer usw. seien nicht zur Auskunft

verpflichtet. Die Organe der Mutter seien aber zu Auskünften über ihre Tochter verpflichtet, und das Einsichtsrecht beziehe sich, unter der Voraussetzung der Erheblichkeit, auch auf alle Unterlagen der Muttergesellschaft, die die Tochter betreffen. Diese sollten in der Regel auch genügen, um die Verhältnisse ausreichend abzuklären. Der Sonderprüfer könne auch Aufschlüsse über die Tochtergesellschaft verlangen, wenn sich diese im Ausland befinde (a.a.O., § 12 N 93 ff.). Gabrielli vertritt die Ansicht, dass der Sonderprüfer gegenüber Dritten weder ein Auskunfts- noch ein Einsichtsrecht habe. Dies gelte namentlich in Konzernverhältnissen. Der Sonderprüfer könne daher einzig bei Organen der einer Sonderprüfung unterliegenden Muttergesellschaft Informationen über die Tochter einholen und Einsicht in bei ihnen liegende Dokumente von Tochtergesellschaften nehmen (Das Verhältnis des Rechts auf Auskunftserteilung zum Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung, Diss. Zürich 1997, S. 126). Nach Bertschinger erstrecken sich das Auskunftsrecht und die Sonderprüfung grundsätzlich auch auf Konzernverhältnisse (Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999, N 320). Horber weist schliesslich darauf hin, dass die Verhältnisse in den hundertprozentig oder mehrheitlich kontrollierten Unternehmen prinzipiell der Aufschlusspflicht durch die Organe der beherrschenden Unternehmen unterlägen, weil die herrschende Gesellschaft ohne Einbezug der Verhältnisse bei der beherrschten Gesellschaft gar nicht wirklichkeitsgetreu eingeschätzt und beurteilt werden könne (Die Informationsrechte des Aktionärs, Zürich 1995, S. 291 f.).

c) In einem in der SAG 1973, S. 49, auszugsweise publizierten Entscheid vom 28. Juni 1967 kam die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich zum Schluss, dass der Aktionär der Muttergesellschaft aufgrund des allgemeinen Auskunftsrechts nach Art. 697 OR auch das Recht auf Mitteilung der Gewinn- und Verlustrechnung, der Bilanz, des Geschäfts- und Kontrollberichtes der Tochtergesellschaft habe. Bei solchen Verhältnissen sei «nicht auf die formelle Rechtslage, sondern auf die wirtschaftlichen Verhältnisse abzustellen und davon auszugehen, dass herrschende und abhängige Gesellschaft eine wirtschaftliche Einheit bilden». Somit unterlägen finanzielle Verhältnisse und geschäftliche Vorgänge der abhängigen Gesellschaft «der gleichen aktienrechtlichen Aufschlusspflicht durch die Organe der herrschenden Gesellschaft, wie sie für die Verhältnisse und Vorgänge bei der herrschenden Gesellschaft besteht». Der Handelsgerichtspräsident des Kantons St. Gallens führte in einem Entscheid vom 10. Dezember 2001 aus, dass, wenn eine Holdinggesellschaft hundert Prozent der Aktien der Tochtergesellschaften hält und diese gleichzeitig die einzigen wesentlichen Aktiven der Holding bilden, sich eine Sonderprüfung auch mit den Beziehungen der Holding zu ihren Tochterunternehmungen zu befassen hat. Bei solchen Verhältnissen «liegt es auf der Hand, dass sich die beantragte Sonderprüfung bei der [Muttergesellschaft] in erheblichem und massgeblichen Umfang mit den Beziehungen der [Muttergesellschaft] zu ihren Tochterunternehmungen

zu befassen hat...». Der Sonderprüfer hat sich bei seiner Untersuchung «primär an die Geschäftsunterlagen der [Muttergesellschaft] zu halten. Er hat aber auch die Kompetenz, Unterlagen von den Tochtergesellschaften anzufordern, soweit solche bei der [Muttergesellschaft] nicht vorhanden sind und soweit es für die Abklärung der Beziehungen zwischen Mutter- und Tochterfirma erforderlich erscheint» (SGGVP 2001 Nr. 44, S. 138 ff.). Eine von der Muttergesellschaft dagegen erhobene staatsrechtliche Beschwerde wurde von der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts mit Urteil vom 25. November 2002 abgewiesen (BGE 129 III 301 ff. [auszugsweise] bzw. BGE-Urteil Nr. 4P.141/2002).

d) Im vorliegenden Fall hält die Beschwerdeführerin 100% der Aktien ihrer Tochtergesellschaft, der A. Ltd. Per 31. Dezember 2001 verfügte sie über ein Vermögen von total Fr. 67'299'389.-, wovon ein Anteil von Fr. 62'416'000.- (rund 93%) als Beteiligung an der Tochtergesellschaft bilanziert war. Die Beteiligung an der A. Ltd. mit den entsprechenden Wertschriftenbeständen bildet somit das einzige wesentliche Aktivum der Beschwerdeführerin. Offenbar wurden sämtliche zu prüfenden Wertschriftentransaktionen in der Tochtergesellschaft A. Ltd. abgewickelt und verbucht. Will sich daher die Sonderprüferin – wie im Fragenkatalog verlangt – ein Bild von den Cash Positionen, der Anlagepolitik, den getätigten Transaktionen und der Werthaltigkeit der erworbenen Private-Equity Beteiligungen machen, hat sie sich notwendigerweise mit den Beziehungen der Beschwerdeführerin zur A. Ltd. zu befassen. Nur so kann sie die massgeblichen finanziellen Verhältnisse umfassend prüfen und ihren Auftrag als Sonderprüferin pflichtgemäss erfüllen. Zu diesem Zweck sind der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung der Beschwerdeführerin gehalten, der Sonderprüferin sämtliche Geschäftsunterlagen der Beschwerdeführerin, welche die Beteiligung der Beschwerdeführerin an der A. Ltd. betreffen, herauszugeben, soweit diese erheblich sind. In zeitlicher Hinsicht ist die Prüfung auf das Geschäftsjahr 2002, d.h. auf die Periode vom 1. Januar 2002 bis zum 31. Dezember 2002, zu beschränken.

e) Nicht einzusehen ist nun aber, weshalb dieses Auskunfts- und Einsichtsrecht in örtlicher, zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht einzuschränken ist, wie dies die Beschwerdeführerin verlangt. Wie bereits erwähnt, hat sich die Sonderprüferin notwendigerweise mit den Beziehungen der Beschwerdeführerin zur A. Ltd. zu befassen, wenn sie sich – wie im Fragenkatalog verlangt – ein Bild von den Cash Positionen, der Anlagepolitik, den getätigten Transaktionen und der Werthaltigkeit der erworbenen Private-Equity Beteiligungen machen will. Die Sonderprüferin benötigt daher einen umfassenden Einblick in die Akten, weshalb sie, falls die Unterlagen der Beschwerdeführerin nicht ausreichen bzw. bei ihr nicht vorhanden sind, diese anhalten darf, die entsprechenden Unterlagen bei der A. Ltd. anzufordern. Entsprechend ist das Herausgabe- und Auskunftsrecht – entgegen dem Antrag der Beschwerdeführerin – in örtlicher Hinsicht nicht auf das zu beschränken, was bei den Organen der Beschwerdeführerin in der Schweiz vor-

handen ist. Auch in zeitlicher Hinsicht drängt sich keine Einschränkung auf. Wie aus dem an die Sonderprüferin gerichteten Fragenkatalog klar hervor geht, erstreckt sich die Prüfung auf das ganze Geschäftsjahr 2002 («während der Periode 1.1.2002 bis dato»). Die Formulierung «während der Periode 1.1.2002 bis dato» wurde von der Beschwerdeführerin in ihrem Gesuch vom 10. Dezember 2002 selber so gewählt und vom Kantonsgerichtspräsidium in der Verfügung vom 24. Januar 2003 unverändert übernommen. Es besteht daher kein Grund, die Prüfung auf den Monat Juni 2002 zu beschränken, wie dies die Beschwerdeführerin verlangt. In inhaltlicher Hinsicht wurde bereits darauf hingewiesen, dass sich die Herausgabe- und Auskunftspflicht auf diejenigen Angaben und Unterlagen beschränkt, welche für die Abklärung der Gegenstand der Sonderprüfung bildenden Beziehungen zwischen der Beschwerdeführerin und der A. Ltd. erforderlich sind. Diesbezüglich besteht kein Geheimhaltungsinteresse der Beschwerdeführerin. Die Vorinstanz hat daher zu Recht die verantwortlichen Organe der Beschwerdeführerin verpflichtet, der Sonderprüferin sämtliche für den Gegenstand der Sonderprüfung notwendigen Unterlagen der A. Ltd. auszuhändigen und die erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Dementsprechend ist die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Justizkommission, 6. Oktober 2003

Schuldbetreibung und Konkurs

Art. 17 Abs. 1 und 2 SchKG; §§ 208 Ziff. 11 und 210 Abs. 1 ZPO. – Enthält eine betreibungsrechtliche Beschwerde weder einen bestimmten Antrag noch eine Begründung, kann darauf nicht eingetreten werden.

Aus den Erwägungen:

3. Nach Art. 17 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 SchKG kann mit Ausnahme der Fälle, in denen dieses Gesetz den Weg der gerichtlichen Klage vorschreibt, gegen jede Verfügung eines Betreibungs- oder Konkursamtes binnen 10 Tagen seit Kenntnis der Verfügung bei der Aufsichtsbehörde wegen Gesetzesverletzung oder Unangemessenheit Beschwerde geführt werden. Das Beschwerdeverfahren richtet sich grundsätzlich im Rahmen der Vorgaben nach Art. 20a SchKG nach kantonalem Recht. Gemäss § 210 Abs. 1 ZPO ist die Beschwerde an die Justizkommission (§ 208 Ziff. 11 ZPO) schriftlich und im Doppel unter Beifügung der angefochtenen Verfügung und der darauf bezüglichen Belege einzureichen und zu begründen. Die Begründung stellt dabei gesetzliches Gültigkeitserfordernis dar. Fehlt sie, kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Der notwendige Inhalt einer betreibungsrechtlichen Beschwerde wird bereits vom Bundesrecht vorgegeben. Die Vorschrift von Art. 79 OG für die Beschwerde ans Bundesgericht ist auch auf das Beschwerdeverfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden sinngemäss anwendbar (Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. A., Bern 1997, § 6 N 52 mit Hinweis auf BGE 73 III 33). Aus der Beschwerde muss danach hervorgehen, gegen welchen Entscheid sie sich richtet, was daran falsch sein soll und was der Beschwerdeführer verlangt (Franco Lorandi, *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, Kommentar zu den Artikeln 13–30 SchKG, Basel/Genf/München 2000, N 39 zu Art. 20a). Die Beschwerde muss mit anderen Worten eine Begründung und einen Antrag enthalten, wobei Letzterer sich auch durch Auslegung namentlich der Begründung ergeben kann. Ungenügend ist deshalb, wenn der Beschwerdeführer lediglich erklärt, gegen einen bestimmten Entscheid Beschwerde führen zu wollen, ohne einen Antrag zu stellen (Franco Lorandi, a.a.O., N 40 zu Art. 20a mit Hinweis). In der Begründung muss sodann mindestens summarisch dargelegt werden, worin die gerügte Rechtsverletzung oder Unangemessenheit bestehen soll. Die vorliegende Beschwerde enthält weder einen bestimmten Antrag noch legt sie auch nur ansatzweise dar, inwiefern die angefochtene Abholungsaufforderung unangemessen sein soll oder gegen welche gesetzlichen Vorschriften sie verstossen soll. Auch aus den Beilagen zur Beschwerde lassen sich keinerlei Rügen gegen die Abholungsaufforderung entnehmen.

Auf die Beschwerde kann daher, wie das Betreibungsamt in seiner Vernehmlassung vom 21. Oktober 2003 richtig bemerkt, nicht eingetreten werden.

Justizkommission als AB SchKG, 20. November 2003

Art. 33 Abs. 4 SchKG. – Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist.

Aus den Erwägungen:

3. Wer durch ein unverschuldetes Hindernis davon abgehalten worden ist, innert Frist zu handeln, kann gemäss Art. 33 Abs. 4 SchKG die Aufsichtsbehörde oder die in der Sache zuständige richterliche Behörde um Wiederherstellung der Frist ersuchen. Er muss, vom Wegfall des Hindernisses an, in der gleichen Frist wie der Versäumten ein begründetes Gesuch einreichen und die versäumte Rechtshandlung bei der zuständigen Behörde nachholen. Das geltend gemachte Hindernis muss dabei absolut unverschuldet sein. Es muss also eine objektive Unmöglichkeit, höhere Gewalt, eine unverschuldete persönliche Unmöglichkeit oder ein entschuldbares Fristversäumnis vorliegen (Francis Nordmann, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel/Genf/München 1998, N 10 zu Art. 33). Selbst bei einem nur leichten zurechenbaren Verschulden muss die Restitution scheitern. Bezüglich der subjektiven Voraussetzungen für die Wiederherstellung lehnt sich Art. 33 Abs. 4 SchKG an Art. 35 Abs. 1 OG und 24 Abs. 1 VwVG an (Botschaft über die Änderung des SchKG vom 8. Mai 1991, Separatdruck, S. 46). Die Praxis zu Art. 35 OG bejaht Schuldlosigkeit, wenn die Verhinderung durch einen Umstand eingetreten ist, der nach den Regeln vernünftiger Interessenwahrung auch von einem sorgsamem Geschäftsmann nicht befürchtet zu werden braucht, oder dessen Abwendung übermässige Anforderungen gestellt hätte (Birchmeier, Bundesrechtspflege, Zürich 1950, N 3 zu Art. 35).

a) Die Gesuchstellerin bestreitet – zu Recht – nicht, dass der von ihr am 14. August 2003 (Postaufgabe: 15. August 2003) erhobene Rechtsvorschlag verspätet ist. Die Zustellung des Zahlungsbefehls erfolgte am 4. August 2003 ordnungsgemäss und rechtsgültig an die Domizilhalterin der Gesuchstellerin bzw. an deren Angestellten A. am Sitz der Gesellschaft in X. Hat eine Gesellschaft nämlich an Ort des statutarischen Sitzes kein Geschäftsbüro, so muss im Handelsregister eingetragen werden, bei wem sich an diesem Ort das Domizil befindet (Art. 43 Abs. 1; Art. 78 Abs. 1 lit. f HRegV). Mitteilungen aller Art sind somit grundsätzlich an dieses Domizil zu richten (BGE 100 Ib 458 E.4), da es gleichsam die Empfangsstelle der juristischen Person ist. Demzufolge ist eine Zustellung an einen Verwaltungsrat oder einen Prokuristen der Gesellschaft nicht mehr zulässig. Ein Domizilhalter nimmt also gleichsam die Stellung eines Bevollmächtigten ein, wie ihn der am Betreibungsort nicht anwesende Schuldner bestimmen kann (Art. 66 Abs. 1 SchKG; BGE 69 III 35 f.). Ist das Domizil bei einer natürlichen Person begründet worden, so hat die Zustellung der Betreibungsurkunden ohne weiteres an diese zu erfolgen (vgl. BGE 119 III 57; 120 III 64). Wird diese in ihrer Wohnung oder an dem Ort, wo sie ihren Beruf auszuüben pflegt, nicht angetroffen, so kann die Zustellung an eine zu ihrer Haushaltung gehörende erwachsene Person oder an einen Angestellten geschehen (Art. 64 Abs. 1

SchKG). Entgegen der Ausführung der Gesuchstellerin handelt es sich bei A. nicht bloss um einen Angestellten «in der Bürogemeinschaft der uns benachbarten Firma B.», sondern um den Angestellten der Domizilhalterin der Gesuchstellerin. Mit der gesetzmässigen Zustellung der beiden fraglichen Zahlungsbefehle wurde aber der Fristenlauf ausgelöst. Der Rechtsvorschlag hätte mithin spätestens am 14. August 2003 erhoben werden müssen. Schriftliche Eingaben müssen gemäss Art. 32 Abs. 1 SchKG spätestens am letzten Tag der Frist der Behörde eingereicht oder zu deren Händen der schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden. Mit der Postaufgabe vom 15. August 2003 wurde die Rechtsvorschlagsfrist mithin nicht gewahrt.

b) Das von der Gesuchstellerin geltend gemachte Hindernis, wonach sie den fraglichen Zahlungsbefehl erst am 14. August 2003 «nach Postschluss» weitergeleitet erhalten habe, kann offensichtlich nicht als unverschuldet qualifiziert werden. Bei der Weiterleitung des Zahlungsbefehls durch die Domizilhalterin handelt es sich um eine Frage der internen Organisation der Gesuchstellerin. Eine daraus entspringende Verspätung hat sie sich daher selber zuzuschreiben. Eine Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist kann deshalb nicht in Betracht kommen. Nach den betriebsrechtlichen Vorschriften wäre A. als Vertreter der Domizilhalterin bzw. Letztere selbst ohne weiteres befugt gewesen, für die Schuldnerin Rechtsvorschlag zu erheben. Wenn ihnen das aufgrund des Domizilhalter-Vertrages nicht gestattet gewesen sein sollte und sie diesen Entscheid den Organen der Schuldnerin zu überlassen hatten, so hat die Gesuchstellerin sich allenfalls daraus ergebende Unzulänglichkeiten selber zu verantworten. Es oblag allein ihr, ihre betriebsinternen Abläufe derart zu gestalten und im Auge zu behalten, dass sie die ordnungsgemäss zugestellten Betreuungsurkunden auch tatsächlich rechtzeitig zur Kenntnis nehmen und darauf zeitgerecht reagieren konnte.

Die Gesuchstellerin ist deshalb auf den Weg der Klage nach Art. 85a SchKG zu verweisen, wenn sie die Forderung bestreiten und die Fortführung der Betreibung verhindern will. Gegebenenfalls steht ihr schliesslich, falls sie die Forderung bezahlt und damit eine Nichtschuld begleicht, die Rückforderungsklage gemäss Art. 86 SchKG zu Gebote, welche sie innerhalb eines Jahres nach der Zahlung anhängig zu machen hätte.

Justizkommission als AB SchKG, 16. September 2003

Art. 38 SchKG. – Betreibung auf Sicherheitsleistung. Wird vom Gläubiger ausdrücklich eine Betreibung auf Sicherheitsleistung verlangt, darf das Betreibungsamt nur die formellen Voraussetzungen hierfür prüfen. Ob der geltend gemachte Grund oder die dafür angerufene Forderungsurkunde einen Anspruch auf Sicherheitsleistung materiell begründet, ist nicht von den Betreibungsbehörden, sondern im Streitfall vom zuständigen Richter zu entscheiden.

Aus den Erwägungen:

3. Die Beschwerde erweist sich als begründet:

Nach Empfang des Betreibungsbegehrens erlässt das Betreibungsamt den Zahlungsbefehl (Art. 69 Abs. 1 SchKG). Es hat dabei nur zu prüfen, ob ein formgültiges Betreibungsbegehren vorliegt. Ob der geltend gemachte Anspruch, hier also der Anspruch auf Sicherheitsleistung, vollstreckbar oder überhaupt materiell-rechtlich begründet ist, darf es nicht kümmern. Darüber hat, wenn zwischen den Parteien Streit entstehen sollte, im späteren Verlauf des Einleitungsverfahrens der Richter zu entscheiden. Das Betreibungsamt prüft nur die Verfahrensvoraussetzungen der Betreibung (Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. A., Bern 1997, § 17 N 1). Wohl bestimmt gemäss Art. 38 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 SchKG das Betreibungsamt, welche Betreibungsart (Betreibung auf Pfändung oder Pfändverwertung oder Konkurs) anwendbar ist. Die Betreibung auf Sicherheitsleistung ist indes keine besondere Betreibungsart im Sinne von Art. 38 SchKG, sondern eine Betreibung mit einem besonderen Ziel: Nicht Zahlung, sondern bloss Sicherheitsleistung (Domenico Acocella, Basler Kommentar, SchKG I, Basel/Genf/München 1998, N 15 zu Art. 38 mit Hinweisen). Die Vorschrift von Art. 38 Abs. 3 SchKG bedeutet aber ohnehin nicht, dass das Betreibungsamt auch die materiellen Voraussetzungen einer bestimmten Betreibungsart zu prüfen hätte; es sind die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen, von denen sich das Amt für diesen Entscheid zu leiten hat. Wird vom Gläubiger ausdrücklich eine Betreibung auf Sicherheitsleistung verlangt, darf das Betreibungsamt mithin nur die formellen Voraussetzungen hierfür prüfen. Ob der geltend gemachte Grund oder die dafür angerufene Forderungsurkunde einen Anspruch auf Sicherheitsleistung materiell begründet, ist nicht von den Betreibungsbehörden, sondern im Streitfall vom zuständigen Richter zu entscheiden. Ein Anspruch auf Sicherheitsleistung kann gesetzlich begründet sein, auf Richterspruch oder auf Vertrag beruhen (Acocella, a.a.O., N 15 zu Art. 38). Im vorliegenden Fall beruft sich die Beschwerdeführerin auf Art. 83 Abs. 1 OR, wonach bei einem zweiseitigen Vertrag, bei dem der eine Teil zahlungsunfähig geworden ist und der Anspruch des andern dadurch gefährdet ist, der Letztere seine Leistung solange zurückhalten kann, bis ihm die Gegenleistung sichergestellt wird. Damit beruft sich die Beschwerdeführerin auf einen gesetzlichen Sicherstellungsanspruch, was verfahrensrechtlich genügt. Ob die Voraussetzungen dieser Gesetzesbestimmung erfüllt sind, ist eine rein materiell-rechtliche

Frage, die – wie erwähnt – die Vollstreckungsorgane nicht zu kümmern hat. Daran ändert nichts, dass die Kommentatoren Jaeger/Walder/Kull/Kottmann (Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A., Zürich 1997, N 5 zu Art. 38) – wie das Betreibungsamt X. zutreffend bemerkt – festhalten, dass nicht in allen Zusammenhängen, in denen das Gesetz Sicherheitsleistung vorsehe, diese auch betreibungsrechtlich erzwungen werden könnten, sondern die Folge ihrer Nichterbringung dann allein das Unterbleiben der daran geknüpften Handlung oder Massnahme sei, und in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf Art. 83 Abs. 2 OR verweisen. Diese Frage ist als materiell-rechtliche – wie erwähnt – gegebenenfalls vom Richter zu entscheiden. Sind mithin die formellen Voraussetzungen einer Betreibung auf Sicherheitsleistung im vorliegenden Fall gegeben, hat das Betreibungsamt dem Begehren zu entsprechen.

Justizkommission als AB SchKG, 16. September 2003

Art. 41 Abs. 1^{bis}, 67 Abs. 1 Ziff. 4, 69 Abs. 2 Ziff. 1 und. 73 SchKG. – Anforderung an die Umschreibung des Forderungsgrundes bzw. der Forderungsurkunde im Zahlungsbefehl (Erw. 3). Kann sich der Schuldner auf das beneficium excussionis realis berufen, wenn der Pfandgegenstand im Ausland liegt? (Erw. 4).

Aus den Erwägungen:

3. a) Der Beschwerdeführer rügt zunächst, der Zahlungsbefehl sei unvollständig, zu wenig verständlich. Es fehlten die genaue Adresse und Bezeichnung des Grundpfandes und es sei nicht ersichtlich, wie sich die aufgeführte Teilforderung von EUR 60'000.– ergebe. Damit macht der Beschwerdeführer sinngemäss geltend, der Zahlungsbefehl sei ungültig, und verlangt dessen Aufhebung.

b) Gemäss Art. 67 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG ist im Betreibungsbegehren u.a. die Forderungsurkunde und deren Datum, in Ermangelung einer solchen der Grund der Forderung anzugeben und gemäss Art. 69 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG in den Zahlungsbefehl aufzunehmen. Der Zahlungsbefehl ist eine Zahlungsaufforderung an den Schuldner mit der Weisung, entweder den Gläubiger zu befriedigen oder durch Rechtsvorschlag die Betreibung zum Stillstand zu bringen mit der Androhung, dass sie andernfalls ihren Fortgang nehme (Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. A., Bern 1997, § 17 N 2). Die Umschreibung des Forderungsgrundes bzw. der Forderungsurkunde soll dem Betriebenen zusammen mit dem übrigen Inhalt des Zahlungsbefehls über den Anlass der Betreibung Auf-

schluss geben und ihm erlauben, sich zur Anerkennung oder Bestreitung der in Betreuung gesetzten Forderung zu entschliessen. Er soll nämlich nicht Rechtsvorschlag erheben müssen, um in einem anschliessenden Prozess von der gegen ihn geltend gemachten Forderung Kenntnis zu erhalten (BGE 121 III 18). Die Anforderungen an die Umschreibung des Forderungsgrundes müssen mithin diesem Zweck genügen. Gemäss Art. 73 Abs. 1 SchKG kann der Betreibende darüber hinaus vom Betreibungsamt verlangen, dass der Betreibende aufgefordert werde, die Forderungsurkunde im Original oder in beglaubigter Abschrift innerhalb der Bestreitungsfrist beim Amt zur Einsicht aufzulegen.

Im vorliegenden Fall ist die Forderungsurkunde genau bezeichnet. Eine weitere Begründung der Forderung ist deshalb vom Gesetz nicht vorgeschrieben. Aus der Forderungsurkunde, die auf Wunsch des Beschwerdeführers vorzulegen gewesen wäre, sollte aber für den Beschwerdeführer der Grund der Forderung aus seinem Gesamtzusammenhang ohne weiteres erkennbar sein. Damit genügt die Angabe im Zahlungsbefehl und dieser ist nicht zu beanstanden. Da die Betreuungsgläubigerin keine Grundpfandbetreuung gegen den Beschwerdeführer eingeleitet hat, sondern eine ordentliche Betreuung auf Pfändung oder Konkurs, hat sie entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers auch nicht den Pfandgegenstand näher zu bezeichnen (Art. 151 SchKG). Nicht zu beanstanden ist auch, wenn die Gläubigerin den Grund, weshalb sie lediglich eine Teilforderung in Betreuung setzt, nicht angibt. Wenn der Beschwerdeführer sodann geltend macht, er habe keine Kenntnis über eine allfällige Zwangsvollstreckung in Deutschland, weil er eine Zustellungsvollmacht für die ihn betreffende Korrespondenz ausgestellt habe, hat er sich das selbst zuzuschreiben. Richtig ist jedenfalls, dass eine Grundpfandbetreuung über ein in Deutschland gelegenes Grundpfand in der Schweiz selbstverständlich nicht durchgeführt werden könnte (Art. 51 Abs. 2 SchKG; Art. 1 VZG).

4. Der Beschwerdeführer erhebt «auf jeden Fall Anspruch auf Vorauswertung des Grundpfandes in Erfurt», d.h. er beruft sich auf das sog. *beneficium excussionis realis*. Dieses gibt ihm das Recht – abgesehen von den Fällen der Wechselbetreuung und der Betreuung für grundpfandgesicherte Zinsen und Annuitäten – zu verlangen, dass der Gläubiger sich an das Pfand hält, bevor dieser auf dem Wege der Pfändung oder des Konkurses in das übrige Vermögen des Schuldners vollstrecken kann (BGE 110 III 7; 106 III 6; 97 III 51). Es ist mittels Beschwerde gegen den Zahlungsbefehl geltend zu machen (Art. 41 Abs. 1^{bis} SchKG). Der Schuldner kann die Aufhebung der ordentlichen Betreuung erreichen, wenn er in liquider Weise darzutun vermag, dass die Forderung pfandgesichert ist. Wenn der Pfandgegenstand hingegen im Ausland liegt und das nach Art. 99 ff. IPRG anwendbare ausländische Recht die Einrede der Vorausvollstreckung nicht kennt, kann das *beneficium excussionis realis* nicht geltend gemacht werden (BGE 68 III 134). Das deutsche Recht kennt eine solche Einrede bezüglich des Grund-

pfandes gerade nicht (Domenico Accocella, Basler Kommentar, SchKG I, Basel/Genf/München 1998, N 34 zu Art. 41 mit weiteren Hinweisen). Der Beschwerdeführer kann sich deshalb im vorliegenden Fall der ordentlichen Betreibung nicht mit dieser Einrede widersetzen. Seine Beschwerde erweist sich daher auch in diesem Punkt als unbegründet.

5. Die vom Beschwerdeführer sodann zur Prüfung aufgeworfene Frage, ob der Gläubigerin ein Selbstverkaufsrecht des Pfandes zustehe, ist nicht von der Aufsichtsbehörde im Beschwerdeweg zu beurteilen. Will der Beschwerdeführer ein solches geltend machen, hat er gegen die Betreibung Rechtsvorschlag zu erheben (BGE 73 III 16), was er im Übrigen ja auch bereits getan hat. Die Frage ist je nachdem vom Rechtsöffnungsrichter oder vom ordentlichen Zivilrichter zu entscheiden. Auf diesen Punkt ist deshalb nicht einzutreten. Ebenso hat des Weiteren die Bestreitung des Zinssatzes, entgegen der offenbaren Auffassung des Beschwerdeführers, nicht auf dem Beschwerdeweg, sondern mittels Rechtsvorschlag zu erfolgen. Da im vorliegenden Fall eine ordentliche Betreibung eingeleitet wurde, ist sodann die vom Beschwerdeführer ebenfalls in den Raum gestellte Frage, wer als Eigentümer bzw. Eigentümerin des Grundpfandes eingetragen ist, zum vornehmen irrelevant, und es ist auch auf diesen Punkt nicht näher einzutreten. Schliesslich ist auch die Bestreitung der Forderung wegen allfälliger Verrechnung mit Mietzinsen nur mittels Rechtsvorschlag möglich und kann nicht auf dem Beschwerdeweg geltend gemacht werden. Dasselbe gilt hinsichtlich einer allfälligen «Rückabwicklung des Kaufvertrages wegen Nichteinhaltung der Vertragsbedingungen», wie der Beschwerdeführer geltend macht.

Zusammenfassend kann daher auf sämtliche vom Beschwerdeführer im vorstehenden Absatz erwähnten Einwendungen nicht eingetreten werden.

Justizkommission als AB SchKG, 29. August 2003

Art. 173a SchKG. – Voraussetzungen für die Aussetzung des Konkurses gemäss Art. 173a Abs. 1 und 2 SchKG (Erw. 1b und c).

Aus den Erwägungen:

1. Mit der Beschwerde gegen die Konkurseröffnung können sogenannte unechte Noven, d.h. Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, unbeschränkt geltend gemacht werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Echte Noven, Tatsachen also, die sich erst nach der Konkurseröffnung verwirklicht haben, sind hingegen nur zulässig, soweit es sich um die in Art. 174 Abs. 2 SchKG abschliessend aufgezählten handelt und soweit der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels zugleich seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht.

a) Die Beschwerdeführerin macht weder Tilgung noch Hinterlegung der Schuld noch Verzicht der Gläubigerin auf Durchführung des Konkurses geltend (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 bis 3 SchKG). Sie beruft sich hingegen darauf, dass sie aufgrund des eingereichten Status' per 11. Februar 2003 der Meinung sei, dass anstelle des Konkurses ein Nachlass mit einer vernünftigen Dividende (unter richterlichem Schutz) durchgeführt werden könne. Da durch die Anlagen, die sich im Besitz der Beschwerdeführerin befänden, ein innerer Wert zu Weiterführungszwecken bestehe, glaube sie, dass sie innert nützlicher Frist einen Investor haben werde, der die Gesellschaft übernehme. Gemäss letzter Information des Kapitalgebers, sei in der nächsten Zeit mit dem Eingang der Gelder zu rechnen. Im Moment sei sie (die Beschwerdeführerin) aber nicht in der Lage, mehr als den erwähnten Status abzugeben.

b) Gemäss Art. 173a Abs. 1 SchKG kann das Gericht den Entscheid über den Konkurs aussetzen, wenn der Schuldner oder ein Gläubiger ein Gesuch um Bewilligung einer Nachlassstundung oder eine Notstundung anhängig gemacht hat. Die Beschwerdeführerin hat nicht dargelegt, dass sie ein solches Gesuch nach Art. 293 Abs. 1 SchKG mittlerweile beim zuständigen Nachlassrichter eingereicht hätte. Ein Nachlassstundungsgesuch wäre denn auch zu begründen und müsste durch einen Entwurf eines Nachlassvertrages sowie einer Bilanz und einer Betriebsrechnung oder entsprechender Unterlagen, aus denen die Vermögens- und Ertragslage ersichtlich ist, sowie von einem Verzeichnis der Geschäftsbücher begleitet sein. Die vorliegende Beschwerde würde diesen Anforderungen jedenfalls in keiner Weise genügen, so dass sich die Frage einer allfälligen Weiterleitung an den zuständigen Nachlassrichter zum vornherein nicht stellt. Im Übrigen würde es sich dabei um ein unzulässiges echtes Novum handeln, weshalb auch aus diesem Grunde darauf nicht eingetreten werden könnte.

c) Nach Art. 173a Abs. 2 SchKG kann das Konkursgericht sodann seinen Entscheid über den Konkurs auch von Amtes wegen aussetzen, wenn Anhaltspunkte für das Zustandekommen eines Nachlassvertrages bestehen; diesfalls überweist es die Akten dem Nachlassrichter. Dass solche Anhalts-

punkte bereits im vorinstanzlichen Verfahren bestanden hätten, legt die Beschwerdeführerin nicht dar. Ihre blossе Behauptung in der Beschwerde, dass sie bei der Konkursverhandlung ihre Aussichten auf ein erfolgreiches Nachlassbegehren nicht hätten deponieren können, genügt hierfür jedenfalls nicht. Der nun im Beschwerdeverfahren vorgelegte Status und die weiteren Unterlagen (Darlehensvertrag zwischen der R. AG und Herrn S. vom 5. Juli 2002 und Schreiben der N. Ltd. an die S. AG vom 3. April 2002) vermögen in keiner Weise Anhaltspunkte für das Zustandekommen eines Nachlassvertrages zu vermitteln. Es ist nicht ersichtlich, in welcher Weise die beiden letztgenannten Dokumente, deren Ausstellung im Übrigen mehr als ein halbes bzw. ein ganzes Jahr zurückliegt, im vorliegenden Zusammenhang zu interpretieren sind. Die Beschwerdeführerin verliert darüber in ihrer Beschwerde kein Wort. Selbst wenn die Rechtsmittelinstanz diese Unterlagen entgegen des Novenverbotes gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG noch berücksichtigen könnte, wäre der Beschwerdeführerin damit nicht geholfen.

Justizkommission, 17. April 2003

Art. 242 und 260 SchKG; Art. 49 KOV. – Ein allfälliger Prätendentenstreit über die Zugehörigkeit einer gewöhnlichen, nicht in einem Wertpapier verkörperten Forderung erfolgt nicht im Aussonderungsverfahren gemäss Art. 242 SchKG. In einem solchen Fall ist das Konkursamt befugt, die Gläubigereigenschaft eines Drittsprechers einer zunächst zur Konkursmasse gezogenen Forderung formlos zu anerkennen und – falls sie diese bereits eingezogen hat (Art. 243 SchKG) – herauszugeben. Allerdings hat es im summarischen Verfahren zuvor gemäss Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG einen Gläubigerbeschluss auf dem Zirkularweg herbeizuführen.

Aus den Erwägungen:

3. a) Die Beschwerdeführer machen zunächst geltend, die Fristansetzung des Konkursamtes im Zirkular vom 7. Januar 2003 sei in Anwendung von Art. 49 KOV erfolgt, wonach im summarischen Verfahren in wichtigeren Fällen eine Fristansetzung zu erfolgen habe, welche mit der Bekanntmachung der Auflegung des Kollokationsplanes zu verbinden sei. Der Wortlaut dieser Bestimmung lasse keine Zweifel offen: Eine Fristansetzung im summarischen Verfahren sei zwingend mit der Bekanntmachung der Auflegung des Kollokationsplanes zu verbinden. Dies sei im vorliegenden Fall nicht geschehen. Entsprechend habe das Konkursamt eine neue Frist anzusetzen, in welcher der Vorschrift von Art. 49 KOV Genüge getan werde.

b) Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Art. 49 KOV steht im Zusammenhang mit Aussonderungsansprüchen gemäss Art. 242 SchKG, wie sich aus der Systematik von Art. 45 ff. KOV klar ergibt.

Gemäss Art. 242 Abs. 1 SchKG verfügt die Konkursverwaltung über die Herausgabe von Sachen, welche von einem Dritten als Eigentum angesprochen werden. Will die Konkursverwaltung den Anspruch anerkennen, so soll die Anzeige davon an den Drittsprecher und die Herausgabe des angesprochenen Gegenstandes an ihn unterbleiben, bis feststeht, ob die zweite Gläubigerversammlung etwas anderes beschliesst oder ob nicht einzelne Gläubiger nach Art. 260 SchKG Abtretung der Ansprüche der Masse auf den Gegenstand verlangen (Art. 47 Abs. 1 KOV). Zu diesem Zweck hat die Konkursverwaltung im ordentlichen Verfahren in der Einladung zur zweiten Gläubigerversammlung ausdrücklich zu bemerken, dass Abtretungsbegehren im Sinne von Art. 260 SchKG bei Vermeidung des Ausschlusses in der Versammlung selbst oder spätestens binnen zehn Tagen nach ihrer Abhaltung zu stellen seien (Art. 48 Abs. 1 KOV). Im summarischen Verfahren hat in wichtigeren Fällen eine Fristansetzung zu erfolgen, welche mit der Bekanntmachung der Auflegung des Kollokationsplanes zu verbinden ist (Art. 49 KOV). Das Aussonderungsverfahren gemäss Art. 242 SchKG kommt indes nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht zur Anwendung, wenn ein Dritter geltend macht, er selber und nicht der Gemeinschuldner sei der Gläubiger einer inventarisierten Forderung, die nicht in einem Wertpapier verkörpert ist (BGE 128 III 388; 105 III 11; 76 III 9). Beim hier in Frage stehenden Bankguthaben handelt es sich um eine gewöhnliche Forderung. Die Beschwerdeführerinnen können daher nichts direkt aus Art. 49 KOV herleiten.

4. a) Die Beschwerdeführer rügen ferner, das Konkursamt habe ohne nähere Begründung das am letzten Tag der Frist eingereichte Fristerstreckungsge- such abgelehnt unter Hinweis auf einen über zweieinhalb Dezennien alten Beschwerdeentscheid einer SchKG-Aufsichtsbehörde eines anderen Kantons. Dies sei überspitzt formalistisch. Die Frage des überspitzten Formalismus stelle sich um so mehr, als ihr Rechtsvertreter mit Schreiben vom 15. Januar 2003 an das Konkursamt eine – obzwar – falsche Auskunft eines Mitarbeiters schriftlich bestätigt habe, indem er das Konkursamt darauf hingewiesen habe, dass er davon ausgehe, dass die Frist nicht vor dem 25. Januar 2003 ablaufe. Angesichts dessen, dass sich das Konkursamt habe im Klaren darüber sein müssen, dass das Ansinnen betreffend Ablehnung von Antrag 4 des Zirkulars vom 7. Januar 2003 aufgrund der zugestellten Rechnung der X. GmbH vom 4. Oktober 2001 begründet gewesen sei, hätte es ihm zumindest zugemutet werden können, auf das Bestätigungsschreiben zu reagieren.

b) Soweit die Beschwerdeführerinnen die Ablehnung des Fristerstreckungsbegehrens durch das Konkursamt am 22. Januar 2003 unter dem Titel überspitzter Formalismus bemängeln, sind sie damit heute nicht mehr zu hören. Sie hätten sich dagegen innert der zehntägigen Beschwerdefrist an die Aufsichtsbehörde wenden müssen. Das haben sie nicht getan. Auf die Rüge kann deshalb heute nicht mehr eingetreten werden. Es kommt deshalb nichts darauf an, ob die Frist gemäss Buchstaben B. des Zirkulars vom 7. Januar 2003 erstreckbar war oder nicht. Die Beschwerdeführerinnen können

auch nicht geltend machen, die rechtskundig vertretene Beschwerdeführerin 1 sei durch eine angebliche falsche Auskunft eines Mitarbeiters des Konkursamtes über den Ablauf der Frist in die Irre geführt worden. Dem Rechtsvertreter musste durchaus geläufig sein, dass die angesetzte Frist durch die individuelle Zustellung des Zirkulars an die einzelnen Gläubiger entsprechend der individuellen Inempfangnahme in Gang gesetzt wurde, so dass eine allfällige falsche Auskunft eines Mitarbeiters des Konkursamtes am 15. Januar 2003, wonach die Frist (einheitlich) nicht vor dem 25. Januar 2003 ablaufe, offensichtlich als unzutreffend hätte erkannt werden müssen. Im Übrigen steht das Schreiben des Rechtsvertreters vom 28. Januar 2003 an das Konkursamt zur behaupteten Falschauskunft im Widerspruch. Darin erwähnt dieser selber, dass vom Grundsatz ausgegangen werden könne, dass die Frist einen Tag nach Ablauf der postalischen Abholfrist zu laufen beginne, «wie mir dies am 15. Januar 2003 von Ihrem Herrn Y. telephonisch in Aussicht gestellt wurde und von mir mit Schreiben an das Konkursamt gleichentags bestätigt wurde». Unter diesen Umständen kann dem Konkursamt auch nicht vorgeworfen werden, es hätte auf das Schreiben des Rechtsvertreters der Beschwerdegegnerin 1, worin auf die angebliche Falschauskunft Bezug genommen wurde, sofort reagieren und diese richtig stellen müssen.

5. Wenn die Beschwerdeführerinnen schliesslich darauf hinweisen, dass das Konkursamt bei der Feststellung des Abstimmungsergebnisses von 19 beteiligten Gläubigern ausgehe, wobei es das Kantonsgericht Zug mit zwei Forderungen zweimal als Gläubiger und die Ausgleichskasse Zug, deren selbständige Rechtspersönlichkeit zweifelhaft sei, ebenfalls als Gläubigerin berücksichtige, ist das ebenfalls unbehelflich. Das Konkursamt stellt in der angefochtenen Verfügung unbestritten fest, dass lediglich zwei Gläubiger fristgerecht Einsprache erhoben haben. Es kommt deshalb nichts darauf an, ob das Kantonsgericht und die Ausgleichskasse Zug als Gläubiger überhaupt mitgezählt werden. Die notwendige Zustimmung zum konkursamtlichen Antrag 4 des Zirkulars vom 7. Januar 2003 kam so oder anders zustande.

6. Wie bereits erwähnt, erfolgt ein allfälliger Prätendentenstreit über die Zugehörigkeit einer gewöhnlichen, nicht in einem Wertpapier verkörperten Forderung nicht im Aussondungsverfahren gemäss Art. 242 SchKG. Das Konkursamt ist befugt, die Gläubigereigenschaft eines Drittsprechers einer zunächst zur Konkursmasse gezogenen Forderung formlos zu anerkennen und - falls sie diese bereits eingezogen hat (Art. 243 SchKG) - herauszugeben. Allerdings hat es im summarischen Verfahren zuvor gemäss Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG einen Gläubigerbeschluss auf dem Zirkularweg herbeizuführen. Genau das hat das Konkursamt im vorliegenden Fall getan, weshalb sein Vorgehen nicht zu beanstanden ist.

Justizkommission als AB SchKG, 10. Juli 2003

Art. 265a Abs. 1 SchKG. – Der Entscheid des Richters über die Bewilligung des Rechtsvorschlages wegen fehlenden neuen Vermögens ist endgültig; dagegen ist nur noch die staatsrechtliche Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht zulässig.

Aus den Erwägungen:

Gestützt darauf, dass

- auf die Beschwerde aber auch aus einem weiteren Grund nicht eingetreten werden kann, weil nämlich gemäss Art. 265a Abs. 1 SchKG der Entscheid des Richters über die Bewilligung des Rechtsvorschlages wegen fehlenden neuen Vermögens endgültig ist, d.h. dagegen von Bundesrechts wegen kein kantonales Rechtsmittel – und zwar weder ein ordentliches noch ein ausserordentliches – zulässig ist, sondern nur noch die staatsrechtliche Beschwerde (Frist: 30 Tage) an das Schweizerische Bundesgericht (BGE 126 III 110), der Entscheid im Übrigen aber nur durch Klage auf Bestreitung oder Feststellung des neuen Vermögens auf dem ordentlichen Prozessweg angefochten werden kann (Art. 265a Abs. 4 SchKG), was der Beschwerdeführer offenbar denn auch bereits getan hat.

Justizkommission, 26. Juni 2003

Rechtspflege

1. Zivilrechtspflege

§ 9 GOG – *Rechtsnatur des Benutzungsverhältnisses zwischen einer Gemeinde und dem Benutzer einer gemeindeeigenen Mehrzweckhalle. Kriterien zur Unterscheidung zwischen einem privatrechtlichen und einem öffentlich-rechtlichen Anspruch. Streitigkeit der Zivilrechtspflege im vorliegenden Fall verneint.*

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Am 10. Januar 2003 reichte die Einwohnergemeinde X. gegen die Y. AG beim Kantonsgericht Zug Klage auf Bezahlung von CHF 11'250.– zuzüglich 5% Zins seit 22. Januar 1999 ein. Die Klägerin stützte ihre Forderung auf den von der Betriebskommission der Mehrzweckhalle Z als Vermieterin und der Beklagten als Mieterin unterzeichneten Mietvertrag über die Benutzung der im Eigentum der Einwohnergemeinde X. stehenden Mehrzweckhalle zur Durchführung einer Autoausstellung. Die Beklagte beantragte, auf die Klage sei nicht einzutreten, weil das angerufene Gericht nicht zuständig sei.

Aus den Erwägungen:

1. Als Prozessvoraussetzung ist die sachliche Zuständigkeit von Amtes wegen und unabhängig von der Strategie und der Vorgehensweise der Prozessparteien zu prüfen (vgl. Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. A., Bern 2001, S. 202 ff.). Gemäss § 9 Abs. 1 GOG behandelt das Kantonsgericht alle Geschäfte der Zivilrechtspflege, die nicht ausdrücklich der Einzelkompetenz der Friedensrichter, des Kantonsgerichtspräsidenten oder dem Obergericht vorbehalten sind. Während sich die in der zitierten Bestimmung umschriebene sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts Zug auf Geschäfte der Zivilrechtspflege beschränkt, gehören öffentlich-rechtliche Streitigkeiten auf den Verwaltungsweg (vgl. Meyer, Die Organisation der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Diss., Zürich 1984, S. 15). Im vorliegenden Fall gehen nun aber die Ansichten der Parteien darüber, ob es sich um eine Streitigkeit zivil- oder öffentlich-rechtlicher Natur handelt und welcher Rechtsweg in der Folge einzuschlagen ist, auseinander.

1.1 ...

1.2 ...

1.3 Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage, auf welchem Rechtsweg der vorliegende Rechtsstreit zu erledigen ist, bildet die Zuordnung des Mietgegenstandes zum Verwaltungs- oder Finanzvermögen des Gemeinwezens. Zum Verwaltungsvermögen gehören jene Werte, die den Behörden oder

einem beschränkten Kreis von privaten Benutzern unmittelbar durch ihren Gebrauchswert für die Besorgung der öffentlichen Aufgaben dienen. Dabei kann zwischen ordentlicher Nutzung (Gemeingebrauch), ausserordentlicher Nutzung (gesteigerter Gemeingebrauch) und Sondernutzung unterschieden werden. Wird Verwaltungsvermögen bestimmungsgemäss im Rahmen der Verwaltungstätigkeit gebraucht (z. B. ein Verwaltungsgebäude durch Behördemitglieder, Beamtinnen und Beamte und Personen, die Amtsstellen besuchen, oder eine Universität durch den Lehrkörper und die Studierenden), so liegt eine ordentliche Nutzung vor. Soweit Verwaltungsvermögen nicht für den bestimmungsgemässen Gebrauch benötigt wird, kann es vorübergehend auch für eine ausserordentliche Nutzung zu anderen Zwecken (z. B. Benutzung von Schulräumen und Turnhallen an Abenden oder in den Ferien durch Vereine) zur Verfügung gestellt werden (Häfelin/Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 4. A., Zürich 2002, N 2332 ff.). Nach der in der Schweiz massgeblichen dualistischen Theorie finden auf das Verwaltungsvermögen sowohl öffentliches wie privates Recht Anwendung. Das Privatrecht bestimmt namentlich Begriff und Inhalt des Eigentums und der dinglichen oder obligatorischen Rechte am Verwaltungsvermögen sowie die Formen der Begründung und Übertragung dieser Rechte. Demgegenüber richten sich Verfügungsmacht und Zweckbestimmung im Allgemeinen nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts; dieses regelt insbesondere die konkreten Nutzungsmöglichkeiten, den Schutz des Verwaltungsvermögens vor Beschädigungen sowie die Abgaben für bestimmte Arten der Benutzung. Die Benutzung von Verwaltungsvermögen und das Verhältnis zwischen Staat und Benutzer sind daher im Allgemeinen öffentlich-rechtlich geregelt; das Entgelt für die Benutzung stellt eine öffentliche Abgabe, nicht einen Mietzins dar (Häfelin/Müller, a.a.O., N 2365 ff.).

1.4 Die Mehrzweckhalle Z gehört dem Gesagten zufolge unstreitig zum Verwaltungsvermögen der Gemeinde X. Aus der vom Gemeinderat für die Mehrzweckhalle erlassenen Benützungsbekanntmachung geht hervor, dass diese Anlage während der Schulzeit in erster Linie den Schulen, mithin der Besorgung einer öffentlichen Aufgabe dient (§ 1 der Benützungsbekanntmachung). Ausgehend von ihrem Inhalt – und nicht von der Form – stellt die Benützungsbekanntmachung einen öffentlich-rechtlichen Erlass dar, werden doch darin die Nutzungsmöglichkeiten, die Zuteilungskriterien, die Benützungsbekanntmachungsbedingungen, die Haftung für Schäden sowie – unter Verweis auf eine speziell für die Mehrzweckhalle Z erlassene Gebührenordnung – die Abgaben für bestimmte Arten der Benutzung eines Gegenstands des Verwaltungsvermögens geregelt. Der Einwand der Klägerin, wonach die Benützungsbekanntmachung ebenso gut in die Form von allgemeinen Geschäftsbedingungen hätte gekleidet werden können, geht deshalb fehl. Dass ein öffentlich-rechtlicher Erlass oder Teile davon zum integrierten Bestandteil eines privatrechtlichen Vertrages erklärt werden können, mag zwar zutreffen, doch gilt es vorab zu prüfen, ob die Parteien in Anwendung der Benützungsbekanntmachung

überhaupt befugt waren, ein privatrechtliches Mietverhältnis einzugehen, und, wenn ja, ob sie tatsächlich ein solches eingegangen sind und welche Konsequenzen ein solches Vorgehen nach sich ziehen würde.

Gemäss § 4 der Benützungsordnung erfolgt die Zuteilung der Anlagen in der Mehrzweckhalle Z an die Benutzer durch eine für den Vollzug der Benützungsordnung eingerichtete Betriebskommission. Diese entscheidet auch über Gesuche für eine ausserordentliche Benutzung der Mehrzweckhalle (§ 5 Ziff. 2 der Benützungsordnung). Für die Durchführung von Veranstaltungen und die Benützung des Materials und Inventars ist gestützt auf § 11 Abs. 1 der Benützungsordnung eine Benützungsgebühr zu entrichten. Diese richtet sich nach der detaillierten Gebührenordnung für die Mehrzweckhalle Z. § 11 Abs. 2 der Benützungsordnung sieht weiter vor, dass mit der Bewilligung Auflagen hinsichtlich der Überwachung durch Polizei, Securitas oder Feuerwehrpikett etc. verbunden werden können. Bei Verstössen gegen die Benützungsordnung kann laut deren § 15 eine erteilte Bewilligung durch die Betriebskommission entzogen werden. Gegen Beschlüsse der Betriebskommission aufgrund der Benützungsordnung kann innert 20 Tagen nach Zustellung oder Publikation beim Gemeinderat schriftlich und begründet Beschwerde erhoben werden (§ 16 der Benützungsordnung). All diese Bestimmungen verdeutlichen die Konzeption der Benützungsordnung, welche darauf abzielt, das Verhältnis zwischen der Gemeinde X. und den Benutzern der Mehrzweckhalle Z öffentlich-rechtlich auszugestalten, mittels einer Bewilligung für den vorübergehend gesteigerten Gemeingebrauch. Bekanntlich hat nun aber die Betriebskommission der Mehrzweckhalle Z. nicht den in der Benützungsordnung vorgesehenen Weg eingeschlagen und eine Verfügung erlassen, um das zwischen den Parteien bestehende Benützungsverhältnis zu begründen, sondern einen zweiseitigen Vertrag abgeschlossen. Damit ist aber noch keinesfalls entschieden, ob es sich dabei um einen privatrechtlichen Mietvertrag handelt. Es ist zwar grundsätzlich möglich, dass der gesteigerte Gemeingebrauch an einer Sache, welche im Verwaltungsvermögen eines Gemeinwesens steht, durch einen privatrechtlichen Vertrag legitimiert und geregelt wird (vgl. Knapp, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, Basel und Frankfurt a.M. 1993, N 2943), doch darf ein solcher privatrechtlicher Akt nicht ausdrücklich oder nach Sinn und Zweck des öffentlichen Rechts ausgeschlossen sein (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., N 2365). Anstelle einer einseitigen Verfügung kann eine Behörde indes auch verwaltungsrechtliche Verträge abschliessen, wenn sie zuständig ist und das Gesetz ihr dies nicht verbietet. Für den verwaltungsrechtlichen Vertrag wird sie sich insbesondere dann entscheiden, wenn ein gewichtiges öffentliches Interesse ein zweiseitig bindendes Rechtsverhältnis erfordert (Knapp, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, Basel und Frankfurt am Main 1992, N 1521). Als verwaltungsrechtliche Verträge sind im Gegensatz zur Verfügung alle Verwaltungsakte einzustufen, welche erstens nur mit dem Einverständnis der Betroffenen ergehen können und zweitens zweiseitige,

beide Parteien bindende Verpflichtungen schaffen (Knapp, a.a.O., Band I, N 1500). Zur Unterscheidung verwaltungsrechtlicher und privatrechtlicher Verträge greift man auf die bekannten Kriterien – Subordinationstheorie, Interessentheorie, Funktionstheorie und modale Theorie – zurück, welche die Abgrenzung zwischen Verwaltungsrecht und Privatrecht umschreiben. Die neuere Rechtsprechung scheint in erster Linie auf den Vertragsgegenstand abzustellen. Betrifft dieser eine öffentliche Aufgabe, handelt es sich laut dieser Rechtsprechung eindeutig um einen verwaltungsrechtlichen Vertrag. Aus einzelnen Entscheiden wird jedoch ersichtlich, dass das Unterscheidungsmerkmal der Subordination oder der Ungleichheit der Parteien nicht völlig ausser Acht gelassen werden darf (Knapp, a.a.O., Band I, N 1490 f.). Typisch für einen verwaltungsrechtlichen Vertrag ist ausserdem der Umstand, dass sein Inhalt dem Gesetz entspricht, welches er konkretisiert (Knapp, a.a.O., Band I, N 1511). Bei der Vermietung einer primär der Besorgung öffentlicher Aufgaben dienenden Halle für kommerzielle Zwecke handelt es sich zwar nicht um einen Vertragsgegenstand, der eine öffentliche Aufgabe betrifft. Dieses Kriterium allein ist jedoch nicht ausschlaggebend. Es ist – wie die Beklagte zu Recht festhält – in jedem Einzelfall zu prüfen, welches Abgrenzungskriterium den konkreten Gegebenheiten am besten gerecht wird. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht ganz verschiedene Funktionen zukommen, je nach den Regelungsbedürfnissen und den Rechtsfolgen, die im Einzelfall in Frage stehen (Häfelin/Müller, a.a.O., N 264 f. mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Der zwischen den Parteien abgeschlossene «Mietvertrag» lehnt sich vollständig an die Benützungsordnung für die Mehrzweckhalle an. Beide Parteien hatten auch gar keine Handhabe, von dieser Benützungsordnung abzuweichen. Das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis war somit einer einseitigen, unabänderlichen gesetzlichen Regelung unterworfen. Eine freie rechtsgeschäftliche Gestaltung war ausgeschlossen (vgl. Meyer, a.a.O., S. 16). Aus diesen Gründen stellt die am 7. Oktober 1998 von den Parteien unterzeichnete Vereinbarung einen verwaltungsrechtlichen Vertrag dar, welcher lediglich die Benützungsordnung konkretisiert und wohl abgeschlossen wurde, um beidseitige Verbindlichkeiten zu schaffen. Ob die Parteien einander über- und untergeordnet oder gleichgestellt sind, spielt im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen Vertrages gar keine so tragende Rolle, beruhen doch solche Verträge auf dem Gedanken einer Partnerschaft von Staat und Bürger (vgl. Fleiner-Gerster, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. A., Zürich 1980, S. 40). Der Rechtsschutz schliesslich gestaltet sich im Privatrecht im Vergleich zum öffentlichen Recht nicht von vornherein vorteilhafter, wie die Klägerin glauben lassen möchte. Während die Tarife der Gebührenordnung für die Mehrzweckhalle Z einer Prüfung auf ihre Verträglichkeit mit dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip hin standhalten müssen, dürfte es für die Beklagte eher schwieriger werden, für ein Mietobjekt wie die Mehrzweckhalle Z die Missbräuchlichkeit des Mietzinses

gemäss den Art. 269 ff. OR zu belegen. Allenfalls im öffentlichen Recht in Bezug auf Willensmängel und die Schlechterfüllung eines verwaltungsrechtlichen Vertrages bestehende Lücken könnten sodann durch eine analoge Anwendung von privatrechtlichen Bestimmungen gefüllt werden (vgl. Häfelin/Müller, a.a.O., N 245 ff.). Offen bleiben kann bei diesem Auslegungsergebnis, ob der Abschluss eines privatrechtlichen Mietvertrages, wenn auch im Nachgang zu einer Bewilligung für den gesteigerten Gemeingebrauch, nach Sinn und Zweck der Benützungordnung überhaupt zulässig gewesen wäre. Der Umstand, dass weder dem Gemeinwesen noch dem involvierten Privaten ein Freiraum belassen wird, ihr Rechtsverhältnis abweichend von den Vorschriften der Benützungordnung zu gestalten, sowie die Tatsache, dass bei der vorliegenden Konstellation eine im Anschluss an eine Bewilligung zum gesteigerten Gemeingebrauch eingegangene vertragliche Bindung keinen eigenen Regelungsgehalt mehr aufweisen würde, sprechen klar dagegen. Etwas anderes lässt sich übrigens auch nicht aus dem von der Klägerin zitierten Bundesgerichtsentscheid ableiten, geht doch daraus nicht hervor, ob dem dortigen Vertragsverhältnis eine gleich geartete, öffentlich-rechtliche Benützungordnung zu Grunde gelegen hat.

1.5 Wählt die Behörde die Form des verwaltungsrechtlichen Vertrages anstelle der Verfügung, ist für Streitigkeiten hinsichtlich der Gültigkeit solcher Verträge diejenige Behörde zuständig, welche über die Gültigkeit der entsprechenden Verfügung hätte befinden müssen (Knapp, a.a.O., Band I, N 1550). Für die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit braucht daher nicht abgeklärt zu werden, ob die Betriebskommission der Mehrzweckhalle Z befugt war, einen verwaltungsrechtlichen Vertrag abzuschliessen. Immerhin statuiert die Benützungordnung kein ausdrückliches Verbot, und im Hinblick auf die Verbindlicherklärung von Zusicherungen über die Beschaffenheit und die Art und Weise der Nutzung der Mehrzweckhalle ist ein solches Vorgehen durchaus sinnvoll. Gemäss § 16 der Benützungordnung hat der Gemeinderat Beschwerden gegen Beschlüsse der Betriebskommission und demzufolge auch Streitigkeiten aus dem durch einen verwaltungsrechtlichen Vertrag begründeten öffentlich-rechtlichen Benützungsverhältnis zwischen den Parteien zu beurteilen. Als Behörde der Zivilrechtspflege ist das Kantonsgericht Zug hierzu nicht zuständig, weshalb auf die Klage nicht eingetreten werden kann.

Kantonsgericht, 11. September 2003

Reichweite der materiellen Rechtskraft. Die Rechtskraft eines Urteils erstreckt sich in gewissen Fällen auf die Urteilserwägungen. Im Hinblick auf die Verwirklichung des materiellen Rechts darf das zivilprozessrechtliche Institut der materiellen Rechtskraft nicht eine Spaltung des Synallagmas bewirken. Wurde ein pfandrechtlicher Anspruch des Klägers auf Herausgabe von Aktien in einem Erstprozess zwischen den Parteien als zurzeit nicht einklagbar beurteilt, da der Kläger den Kaufpreis bzw. die Pfandsumme noch nicht bezahlt hat, aber gleichzeitig in den Erwägungen festgehalten, dass der zwischen den Parteien abgeschlossene Kaufvertrag über diese Aktien gültig und der vom Kläger geltend gemachte Herausgabeanspruch pfandrechtlicher Natur ist, erstreckt sich die materielle Rechtskraft auch auf diese Erwägungen (E. 1-5.4). Der Beklagte war im Erstprozess zwar nicht formell, trotz Obsiegens aber materiell beschwert, weshalb er das Urteil hätte weiterziehen können (E. 5.5).

Aus den Erwägungen:

1. Das vorliegende Begehren auf Herausgabe von 100 Namenaktien der X. AG, Baar, à nominal CHF 1'000.- (Nrn. 1 bis und mit 100) bildete bereits Gegenstand eines im Jahre 1997 eingeleiteten Zivilprozesses zwischen den Parteien. Während das Kantonsgericht die Klage mit Urteil vom 16. Dezember 1999 guthiess und den Beklagten Zug um Zug gegen Bezahlung des Betrages von CHF 100'000.- zur Herausgabe der Aktien verpflichtete, hiess das Obergericht des Kantons Zug die dagegen erhobene Berufung gut und wies die Klage mit Urteil vom 6. November 2003 ab. Wie schon die Vorinstanz kam das Obergericht des Kantons Zug im Urteil vom 6. November 2001 zwar zum Schluss, der zwischen den Parteien abgeschlossene Kaufvertrag vom 20. September 1995 über die 100 Namenaktien der X. AG, Baar, sei rechtsgültig zustande gekommen. Der vom Beklagten erhobene Einwand der Simulation wurde verworfen. Im obergerichtlichen Urteil wurde überdies festgehalten, dass die Übertragung des Eigentums an den Aktien an den Kläger gestützt auf den Kaufvertrag bereits erfolgt sei, dass die Aktien aber im Rahmen eines Pfandvertrages wieder auf den Beklagten zurückübertragen worden seien. Es gehe deshalb einzig darum, ob der Beklagte im Rahmen des Pfandvertrages die vom Kläger zum Zwecke der Absicherung des Kaufpreises indossierten und hinterlegten Titel herauszugeben habe. Die Rückgabepflicht des Pfandgläubigers greife jedoch erst, wenn das Pfandrecht in Folge der Tilgung der Forderung oder aus einem anderen Grunde untergegangen sei. Vor seiner vollen Befriedigung sei der Gläubiger nicht verpflichtet, das Pfand ganz oder zum Teil herauszugeben. Da der Kläger den Kaufpreis gemäss Vertrag vom 20. September 1995 noch nicht bezahlt habe, könne die Rückgabe des Pfandes nicht Zug um Zug gegen Bezahlung der Pfandforderung erwirkt werden. Der Herausgabeanspruch des Klägers sei demzufolge zurzeit nicht einklagbar.

2. Es ist unbestritten, dass der Kläger den im Kaufvertrag vom 20. September 1995 festgesetzten Kaufpreis für die 100 Aktien der X. AG, Baar, in der Höhe von CHF 100'000.- mit Valuta vom 4. Juni 2002 bezahlt hat.

3. Obwohl der mit der vorliegenden Klage geltend gemachte Anspruch auf Herausgabe der 100 Namenaktien der X. AG, Baar, bereits Gegenstand eines am 12. September 1997 eingeleiteten und mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 6. November 2001 abgeschlossenen Zivilprozesses bildete, liegt diesbezüglich keine *res iudicata* vor. Das rechtskräftige Urteil stellt die Rechtslage fest, wie sie in dem für die Urteilsfällung massgebenden Zeitpunkt bestanden hat. Da nach der Fällung des Urteils Tatsachen eintreten können, die das Erlöschen der festgestellten Rechtsfolge herbeiführen, oder ein Anspruch nachträglich zur Entstehung gelangen kann, kann sich jede Partei auf die erst nachträglich eingetretene Änderung der Rechtslage in einem zweiten Prozess berufen (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 377 f.).

Indem der Kläger dem Beklagten nach der rechtskräftigen Erledigung des ersten Zivilprozesses den Kaufpreis von CHF 100'000.- für die 100 Namenaktien an der X. AG, Baar, bezahlt hat, hat er eine Änderung der Rechtslage herbeigeführt. Das rechtskräftige Urteil im ersten Zivilprozess steht somit dem erneuten Einklagen desselben Herausgabeanspruchs nicht entgegen.

4. Uneinigkeit besteht zwischen den Parteien darüber, ob den Erwägungen im Urteil des ersten Zivilprozesses Rechtskraftwirkung für das vorliegende Verfahren zukommt. Der Kläger stellte sich auf den Standpunkt, das Obergericht des Kantons Zug habe über den hier zur Frage stehenden Sachverhalt verbindlich entschieden. Diejenigen Urteilsabwägungen, welche Vorfragen zum Gegenstand hätten, deren Beantwortung im Hinblick auf den streitgegenständlichen Anspruch notwendig seien, würden in relative Rechtskraft erwachsen. Das bedeute, dass sie mit Bezug auf den streitgegenständlichen Anspruch rechtskräftig feststünden. Der Kläger sei in Nachachtung der obergerichtlichen Erwägungen seinem Obligo auf Zahlung der Pfandsumme in Höhe von CHF 100'000.- nachgekommen. Damit sei der Anspruch des Klägers auf Herausgabe der Aktien ausgewiesen und definitiv zustande gekommen.

Der Beklagte liess dagegen ausführen, es liege kein Urteil vor, das in irgendeiner Hinsicht bindend sei. Vielmehr beginne ein neuer Prozess, völlig unabhängig vom bisherigen Verfahren. Eine relative Rechtskraft, auf die sich der Kläger berufe, habe nicht in die Zuger Zivilprozessordnung Eingang gefunden. Selbst wenn eine solche vorhanden wäre, läge sie nicht vor. Denn das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 6. November 2001 lasse sich ohne weiteres so verstehen, wie es im Dispositiv zum Ausdruck komme, dass nämlich die Klage abgewiesen worden sei. Die Frage, ob der Anspruch überhaupt begründet sei, habe nicht entschieden werden müssen.

Die Feststellung, dass er jedenfalls dann, wenn er bestünde, zumindest nicht fällig wäre, habe allemal zur Klageabweisung gereicht. Das angefochtene Urteil lasse sich so verstehen, dass die Klage jedenfalls zurzeit abzuweisen sei, weil ein allfälliger Anspruch nicht fällig wäre. Mehr habe das Gericht nicht entscheiden müssen.

5. Materielle Rechtskraft ist die Verbindlichkeit eines Urteils für spätere Prozesse der durch die Rechtskraft betroffenen Personen. Das Urteil soll die Rechtslage im Einzelfall definitiv abklären. Das Urteil muss daher in einem späteren Prozess über dieselbe Sache beachtet werden. Materielle Rechtskraft besagt, dass der Richter in einem späteren Prozess an das Urteil gebunden ist. Gebunden ist der Richter im späteren Prozess an das rechtskräftige Urteil auch dann, wenn die darin beurteilte Frage im späteren Prozess lediglich die Bedeutung einer Vorfrage hat. Soweit ein Urteil über ein Rechtsverhältnis des Bundesrechts entschieden hat, beurteilt sich die Frage nach dem Wesen der materiellen Rechtskraft nach Bundesrecht. Die Bindung des Richters bezieht sich grundsätzlich nur auf die in der Urteilsformel, d.h. im Dispositiv festgestellte Rechtslage, nicht aber auf die in den Urteilsbegründungen festgestellten Tatsachen und Rechtsverhältnisse (Guldener, a.a.O., S. 364 ff.). Dieser Grundsatz, wonach die Entscheidungsgründe an der Rechtskraft keinen Anteil haben, ist jedoch im Rahmen des Vernünftigen zur Anwendung zu bringen. Der Grundsatz hat nicht den Sinn zu ermöglichen, dass bei einem gegenseitigen Vertrag die eine Vertragspartei zur Erfüllung verpflichtet wird, dass ihr aber andererseits der Anspruch auf die Gegenleistung mit der Begründung aberkannt wird, es fehle an einem Vertrag (Guldener, a.a.O., S. 371).

5.1 Damit überhaupt auf die Zweitklage über dasselbe Rechtsbegehren eingetreten werden kann und dieser nicht die materielle Rechtskraft des ersten Urteils entgegensteht, muss die geltend gemachte Sachverhaltsänderung im Zweitprozess rechtlich erheblich sein. Dies lässt sich beim klageabweisenden Ersturteil nur dann mit Bestimmtheit feststellen, wenn die in diesem vorgenommene rechtliche Qualifikation des geltend gemachten Anspruchs für den Zweitprozess rechtlich verbindlich festgestellt ist (vgl. Schwander, Die objektive Reichweite der materiellen Rechtskraft – Ausgewählte Probleme, Diss. Zürich 2002, S. 140). Mit der Erstreckung der Rechtskraft auf die rechtliche Qualifikation eines Sachverhalts im ersten Urteil besteht somit ein klares Kriterium für die Abgrenzung von relevanten und irrelevanten neuen Tatsachen hinsichtlich der Frage nach der Zulässigkeit einer zweiten Klage (Schwander, a.a.O., S. 141).

5.2 Dass sich die Rechtskraft in gewissen Fällen auf die Urteilsbegründungen erstreckt, ist in der Lehre anerkannt (vgl. Guldener, a.a.O., S. 371). Dies gilt im Besonderen für Fallkonstellationen der Verrechnung im Prozess. Bei erfolgreicher Verrechnung steht rechtskräftig fest, dass die Gegenforderung zwar bestanden hat, aber infolge Tilgung erloschen ist. Bei erfolgloser Ver-

rechnung steht auch der Nichtbestand der Gegenforderung rechtskräftig fest. Diese Erstreckung der Rechtskraft auf die Gegenforderung findet im Dispositiv keinen Niederschlag. Sie ergibt sich lediglich aus den Erwägungen (Schwander, a.a.O., S. 15).

5.3 Im Urteil vom 6. November 2001 hielt das Obergericht des Kantons Zug fest, dass der von den Parteien am 20. September 1995 abgeschlossene Kaufvertrag dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien entspreche und der Beweis der Simulation gemäss Art. 18 OR vom Beklagten nicht erbracht worden sei. Der pfandrechtliche Anspruch des Klägers auf Herausgabe der X. AG-Aktien wurde als zurzeit nicht einklagbar beurteilt, da der Kläger die Pfandsomme noch nicht bezahlt hatte. Entgegen der vom Beklagten vertretenen Auffassung ist das obergerichtliche Urteil nicht in der Weise zu interpretieren, dass die Klage «jedenfalls zurzeit» abzuweisen war, weil ein «allfälliger» Anspruch nicht fällig wäre. Die im obergerichtlichen Urteil vorgenommene Qualifikation des klägerischen Anspruchs als pfandrechtlicher und die Konklusion, dieser Anspruch sei zurzeit nicht einklagbar, da die Pfandsomme noch nicht getilgt worden sei, setzte zwingend den Rechtsbestand des Kaufvertrages vom 20. September 1995 voraus, welcher ja die causa für die Kaufpreis- bzw. Pfandforderung darstellte. Dem Urteil des Obergerichts des Kantons Zug lag somit zwingend die Feststellung zugrunde, dass der zwischen den Parteien abgeschlossene Kaufvertrag rechtsgültig ist und insbesondere keine Simulation vorliegt.

5.4 Der Herausgabeanspruch des Klägers wurde im Urteil des Obergerichts vom 6. November 2001 lediglich deshalb als zurzeit nicht einklagbar beurteilt, weil der Kaufpreis bzw. die Pfandsomme von CHF 100'000.- noch nicht bezahlt war. Der Kläger wurde somit durch dieses obergerichtliche Urteil im Erstprozess veranlasst, dem Beklagten den Betrag von CHF 100'000.- zu bezahlen, wollte er seinen Anspruch auf Herausgabe der Aktien weiterverfolgen bzw. durchsetzen. Wenn der Beklagte nun im vorliegenden Prozess die Ungültigkeit des Kaufvertrages bzw. das Nichtvorliegen des Pfandverhältnisses geltend machen und die Gegenleistung verweigern könnte, käme dies einer Spaltung des Synallagmas gleich. Im materiellen Recht (z.B. Art. 82 OR, Art. 83 OR, Art. 119 OR) kommt das gesetzgeberische Bemühen zum Ausdruck, das Synallagma angesichts besonderer Umstände zu wahren bzw. seiner besonderen Struktur Rechnung zu tragen (Schwander, a.a.O., S. 85). Angesichts der sogenannten dienenden Funktion des Zivilprozessrechts im Hinblick auf die Verwirklichung des materiellen Rechts darf das zivilprozessrechtliche Institut der materiellen Rechtskraft nicht eine Spaltung des Synallagmas bewirken (vgl. Guldener, a.a.O., S. 371). Um in der vorliegenden Situation eine Spaltung des Synallagmas zu verhindern, muss sich die Rechtskraft deshalb insofern auch auf die Erwägungen des obergerichtlichen Urteils im Erstprozess erstrecken, als darin festgehalten wurde, dass der zwischen den Parteien abgeschlossene Kaufvertrag gültig und der vom Kläger geltend gemachte Herausgabeanspruch pfandrechtlicher Natur ist.

5.5 Der Beklagte machte geltend, er habe das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 6. November 2001 nicht an das Bundesgericht weiterziehen können, da er jenen Prozess ja gewonnen und daher nicht beschwert gewesen sei. Zwar ist es zutreffend, dass der Beklagte durch dieses Urteil formell nicht beschwert war. Materiell lag indessen eine Beschwerde des Beklagten vor, indem das Obergericht feststellte, dass der zwischen den Parteien abgeschlossene Kaufvertrag vom 20. September 1995 rechtsgültig war, keine Simulation vorlag, und der Herausgabeanspruch des Klägers als pfandrechtlich qualifiziert wurde. Die Situation ist vergleichbar mit derjenigen eines Beklagten im Forderungsprozess, welcher im Eventualstandpunkt eine Verrechnungsforderung geltend macht. Dieser ist zwar nicht formell, wohl aber materiell beschwert, wenn die Klage wegen Verrechnung statt wegen des behaupteten Nichtbestehens der Klageforderung abgewiesen wird (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 14a zu § 51 ZPO-ZH; Schwander, a.a.O., S. 51). Der Auffassung des Beklagten, er hätte das obergerichtliche Urteil im Erstprozess mangels Beschwerde nicht weiterziehen können, kann daher nicht gefolgt werden. Auch dem Beklagten musste aufgrund des obergerichtlichen Urteils klar sein, dass der Kläger – sofern er seinen Herausgabeanspruch durchsetzen wollte – dem Beklagten den Betrag von CHF 100'000.- bezahlen würde. Wenn der Beklagte dieses Urteil des Obergerichts vom 6. November 2001 nicht angefochten und die Zahlung des Klägers von CHF 100'000.- unbestrittenermassen entgegengenommen hat, verhält er sich widersprüchlich, wenn er sich nun wieder auf den Standpunkt stellt, der Kaufvertrag vom 20. September 1995 sei nicht rechtsgültig zustande gekommen.

6. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass mit dem Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 6. November 2001 rechtskräftig feststeht, dass der Kaufvertrag zwischen den Parteien vom 20. September 1995 rechtsgültig und der vom Kläger geltend gemachte Herausgabeanspruch pfandrechtlicher Natur ist. Nachdem der Kläger dem Beklagten die Pfandsomme von CHF 100'000.- zwischenzeitlich unbestrittenermassen bezahlt hat, ist der Beklagte antragsgemäss zu verpflichten, dem Kläger die 100 Namenaktien der X. AG, Baar, herauszugeben.

Kantonsgericht, 23. Oktober 2003, zur Zeit der Drucklegung noch nicht rechtskräftig

Art. 5 Ziff. 1, 17 Abs. 1 lit. a, b und c LugÜ, Art. 31 WKR – Internationale Zuständigkeit; Gerichtsstand des Erfüllungsortes. Die Zulässigkeit und die Voraussetzungen für die Gültigkeit von mit internationalen Warenkäufen im Zusammenhang stehenden Gerichtsstandsklauseln richten sich nicht nach dem WKR, sondern nach dem Prozessrecht der lex fori (E. 2.1.1). Sind die formellen Anforderungen von Art. 17 LugÜ für den Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung nicht erfüllt und liegt zwischen den Parteien keine Einigung über den Ort der Erfüllung gemäss Art. 5 Ziff. 1 LugÜ vor, so ist der Erfüllungsort im Zusammenhang mit internationalen Warenkäufen nach Art. 31 WKR zu bestimmen. Der Bestimmungsort des Transportes ist nicht als der Erfüllungsort der Lieferpflicht anzusehen und begründet dort deshalb keinen Gerichtsstand für Ansprüche wegen Nichterfüllung der Lieferpflicht (E. 2.1.2–2.2.3).

Aus den Erwägungen:

1. Die Klägerin hat ihren Sitz im Kanton Zug; die Beklagte ist in Deutschland domiziliert. Es liegt somit ein internationaler Sachverhalt vor. Die Klägerin stützt ihre Forderung auf einen Kaufvertrag, mit dem sich die Beklagte zur Lieferung des Kunststoffgranulates X. verpflichtete, und die Klägerin zur Bezahlung des Kaufpreises. Das Vertragsverhältnis beurteilt sich nach dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (nachfolgend: WKR). Dies gilt – entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung – unabhängig davon, ob ihre AGB im vorliegenden Fall zum Vertragsinhalt gemacht worden sind. Unter Ziff. XIII Nr. 4 der AGB der Beklagten wird deutsches Recht als anwendbar erklärt. Dies stellt jedoch einen Verweis auf das WKR dar, welches im Bereich des internationalen Warenkaufs als staatliches Recht zur Anwendung gelangt, wenn dessen Geltung von den Parteien nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird (vgl. Honsell, Kommentar zum UN-Kaufrecht, Berlin/Heidelberg/New York 1996, N 2 ff. zu Art. 6 WKR). Da weder behauptet wurde noch aktenkundig ist, dass die Parteien die Anwendbarkeit des WKR ausdrücklich ausgeschlossen haben, ist dieses für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache massgebend.

2. Die Klägerin machte geltend, die Parteien hätten als Lieferadresse für das Kunststoffmaterial die Adresse der Klägerin in Neuheim vereinbart. Insofern handle es sich um eine Bringschuld. Als Erfüllungsort für den zu liefernden Kunststoff sei Neuheim vereinbart worden. Das angerufene Gericht sei somit gestützt auf Art. 5 Ziff. 1 LugÜ i.V.m. § 10 GOG örtlich und sachlich zur Beurteilung der vorliegenden Klage zuständig. Die Beklagte hielt dem entgegen, gemäss Ziff. XIII Nr. 2 ihrer AGB, welche im vorliegenden Fall zum Vertragsinhalt gemacht worden seien, sei der Sitz der Beklagten als Gerichtsstand vereinbart worden. Das prorogierte Gericht sei gemäss Art. 17 Abs. 1 Satz 1 a.E. LugÜ ausschliesslich zuständig. Unabhängig von der Frage des Bestehens eines ausschliesslichen Gerichtsstandes gemäss Art. 17 LugÜ

sei auch die Zuständigkeit des Kantonsgerichts Zug gemäss Art. 5 Ziff. 1 LugÜ nicht gegeben. Es liege ein typisches Beispiel des Versandkaufs vor. Mit der Angabe einer Lieferadresse lasse sich keine Bringschuld konstruieren. Beim Versandkauf sei vielmehr der Sitz des Verkäufers, im vorliegenden Fall also der Sitz der Beklagten, der Erfüllungsort im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 LugÜ.

2.1 Mit Schreiben vom 5. März 2001 unterbreitete die Beklagte der Klägerin eine Offerte über den Kauf des Kunststoffes X. Am 19. März 2001 gab die Klägerin bei der Beklagten eine Rahmenbestellung über 70 t des offerierten Kunststoffes auf. Unter den Konditionen wurde dabei festgehalten: «Preis netto, exkl. MWST, frei Haus.» Überdies wurde als Lieferadresse diejenige der Klägerin in Neuheim angegeben. Am 21. März 2001 übermittelte die Beklagte der Klägerin eine «Auftragsbestätigung», worin u.a. festgehalten wurde: «Wir weisen ausdrücklich auf unsere AGBs hin, die hiermit als Vertragsbestandteil anerkannt werden». In der Klageantwort liess die Beklagte noch behaupten, ihre AGB seien der Auftragsbestätigung beigelegt gewesen. Nachdem die Klägerin in der Replik jedoch geltend gemacht hatte, die AGB seien erst nach Einleitung des Friedensrichterverfahrens zugestellt worden, führte die Beklagte in der Duplik und im Schriftsatz vom 3. November 2003 aus, die AGB befänden sich auf der Rückseite der Rechnung bzw. des Lieferscheines, welche der Klägerin mit der (ersten) Lieferung zugestellt worden seien. Mangels entsprechender Beweisanträge zu diesem Punkt ist deshalb davon auszugehen, dass die AGB der Beklagten der Klägerin frühestens mit der ersten Lieferung auf der Rückseite der Rechnung bzw. des Lieferscheins zur Kenntnis gebracht worden sind.

2.1.1 Es stellt sich die Frage nach dem anwendbaren, für die Bestimmung der formellen Anforderungen an eine wirksame Gerichtsstandsvereinbarung massgebenden Recht. Das im vorliegenden Fall anwendbare WKR (Erwägung 1) enthält in den Art. 8, 14 ff. und 25 ff. diverse Bestimmungen über den Abschluss und die Abänderung von Kaufverträgen. Die im WKR enthaltenen Vertragsabschlussregeln sind zwar grundsätzlich auch massgebend für die Frage nach dem gültigen Einbezug von AGB (vgl. Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 3. A., München 2000, N 9 vor Art. 14–24 WKR). Die Formbedürftigkeit von mit Warenkäufen im Zusammenhang stehenden Gerichtsstandsklauseln richtet sich dagegen nicht nach dem WKR, sondern nach den anwendbaren nationalen Vorschriften (Schlechtriem, a.a.O., N 7 zu Art. 11 WKR). Für Vertragsklauseln, die nicht die Kaufrechtsmaterie betreffen, gilt nicht das WKR. Die Zulässigkeit und die Voraussetzungen für die Gültigkeit von Gerichtsstandsklauseln richten sich nach dem Prozessrecht der *lex fori*, im vorliegenden Fall somit nach dem LugÜ (vgl. Schlechtriem, a.a.O., N 1 vor Art. 14–24 WKR).

2.1.2 Gemäss Art. 17 Abs. 1 lit. a LugÜ kann eine Gerichtsstandsvereinbarung schriftlich oder mündlich mit schriftlicher Bestätigung abgeschlossen

werden. Ein mündlicher Einbezug der AGB der Beklagten mit schriftlicher Bestätigung ist nicht behauptet worden. Ebenso fehlt es an einer schriftlichen Zustimmung der Klägerin zum Einbezug dieser AGB mit der entsprechenden Gerichtsstandsklausel in den Vertrag, weshalb dem Erfordernis der Schriftlichkeit nicht Genüge getan ist.

Nachdem zwischen den Parteien unbestrittenermassen keine entsprechenden Gepflogenheiten bestanden, scheidet auch die in Art. 17 Abs. 1 lit. b LugÜ vorgesehene Möglichkeit zum Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung aus.

Gemäss Art. 17 Abs. 1 lit. c LugÜ schliesslich kann eine Gerichtsstandsvereinbarung abgeschlossen werden in einer Form, die einem Handelsbrauch entspricht, den die Parteien kannten oder kennen mussten und den Parteien von Verträgen dieser Art in dem betreffenden Geschäftszweig allgemein kennen und regelmässig beachten. Grundsätzlich ist der Vertragsschluss mittels Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben als ein internationaler Handelsbrauch im Sinne dieser Bestimmung zu betrachten, weil diese Einbeziehungsform mehreren Vertragsstaaten – so insbesondere in Deutschland und in der Schweiz – bekannt ist und es wohl kaum eine Branche gibt, in welcher diese Abschlussform nicht praktiziert würde (Killias, Die Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Lugano-Übereinkommen, Diss. Zürich 1993, S. 191). Eine Zuständigkeitswahl kann jedoch nur dann formwirksam abgeschlossen werden, wenn die Gerichtsstandsklausel bzw. die eine solche enthaltene AGB spätestens im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses tatsächlich vorliegen, damit davon Kenntnis genommen werden kann (Killias, a.a.O., S. 154 mit Hinweisen; vgl. Schlechtriem, a.a.O., N 16 zu Art. 14 WKR). Dies war vorliegend nicht der Fall. Der Text der AGB der Beklagten wurde der Klägerin frühestens bei der Lieferung auf der Rückseite der Rechnung bzw. des Lieferscheins zugestellt (vgl. Erw. 2.1 a.E.; Beilage 9, S. 3; Beilage 4, S. 5). Die Vereinbarung eines Gerichtsstandes mittels einer (erst) auf der Rechnung bzw. dem Lieferschein angebrachten Gerichtsstandsklausel entspricht jedoch keinem Handelsbrauch im Sinne von Art. 17 LugÜ (vgl. Staehelin, Gerichtsstandsvereinbarungen im internationalen Handelsverkehr Europas: Form und Willenseinigung nach Art. 17 EuGVÜ/LugÜ, Diss. 1994, Basel und Frankfurt am Main, S. 122 ff.).

2.1.3 Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall die formellen Anforderungen gemäss Art. 17 LugÜ für den Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung nicht erfüllt wurden, weshalb der allfälligen Zuständigkeit des Kantonsgerichts Zug gemäss Art. 5 Ziff. 1 LugÜ kein von den Parteien vereinbarter, ausschliesslicher Gerichtsstand entgegenstehen würde.

2.2 Gemäss Art. 5 Ziff. 1 LugÜ besteht ein Gerichtsstand am Erfüllungsort, wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Gegenstand eines Verfahrens bilden. Der Begriff des Vertrages bzw. der vertraglichen An-

sprüche ist aus der Systematik und Zielsetzung des Abkommens selber, d.h. autonom auszulegen, während für die Bestimmung des Erfüllungsortes im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 LugÜ die lex causae, d.h. das auf den zur Diskussion stehenden Vertrag anwendbare Recht massgebend ist. Dies gilt auch dann, wenn die lex causae das WKR ist. Bei synallagmatischen Verträgen hat der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach Art. 5 Ziff. 1 LugÜ zur Folge, dass für jede Leistung ein gesonderter Gerichtsstand besteht. Massgebend ist dabei – wie die Klägerin zutreffend ausführen liess – die primäre Hauptleistungspflicht, nicht dagegen die aus einer Leistungsstörung, Wandelung und dergleichen hervorgehende sekundäre Pflicht (vgl. BGE 122 III 45; Valloni, Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach Lugano- und Brüsseler-Übereinkommen, Diss. Zürich 1998, S. 105 f. und S. 259). Da die Klägerin im vorliegenden Verfahren Ansprüche aus der behaupteten Verletzung der Lieferpflicht der Beklagten geltend macht, ist zu prüfen, wo sich der Erfüllungsort dieser Primärleistungspflicht befindet.

2.2.1 Die Klägerin stellte sich auf den Standpunkt, indem auf der Rahmenbestellung vom 19. März 2001 unter den «Konditionen» als Lieferadresse diejenige der Klägerin in Neuheim als Lieferung «frei Haus» vereinbart worden sei, hätten die Parteien Neuheim als Erfüllungsort im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 LugÜ und eine Bringschuld vereinbart. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die in der Rahmenbestellung vom 19. März 2001 festgehaltenen Konditionen nicht Gegenstand übereinstimmender Willenserklärungen bildeten. Die Beklagte stimmte nämlich den auf der Rahmenbestellung vom 19. März 2001 erwähnten Konditionen nicht zu. In ihrer Auftragsbestätigung vom 21. März 2001 wies die Beklagte vielmehr auf ihre AGB hin, welche als Vertragsbestandteil anerkannt würden. Die Beklagte brachte damit zum Ausdruck, dass sie die von ihren AGB abweichenden Konditionen nicht als Vertragsbestandteil akzeptieren würde. Auch wenn der Text der AGB der Beklagten nicht auf der Rückseite dieser Auftragsbestätigung angebracht war und die Klägerin diese nicht zur Kenntnis nehmen konnte, durfte die Klägerin diese Auftragsbestätigung mit dem Hinweis auf die Geltung der AGB der Beklagten gemäss Art. 8 WKR nicht als Zustimmung zu den von ihr (der Klägerin) auf der Bestellung vorgeschlagenen Konditionen betrachten.

2.2.2 Festzuhalten ist im Weiteren, dass auch der in den AGB der Beklagten unter Ziff. XIII Nr. 1. erwähnte Erfüllungsort an der jeweiligen Versandstätte nicht zum Vertragsinhalt zwischen den Parteien wurde. Die AGB wurden der Klägerin – wie erwähnt (Erwägung 2.1 a.E.) – frühestens im Zeitpunkt der ersten Lieferung bekannt gegeben. Der Klägerin darf aber nicht unterstellt werden, sie habe bei Erhalt der ersten Lieferung noch eine Vereinbarung über den Erfüllungsort im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 LugÜ abschliessen wollen, indem sie gegen die Geltung der auf der Rückseite der Rechnung bzw. des Lieferscheins angebrachten AGB nicht remonstrierte.

2.2.3 Liegt somit zwischen den Parteien keine Einigung über den Ort der Erfüllung vor, so ist der Erfüllungsort nach Art. 31 WKR zu bestimmen. Danach führt der Umstand, dass der Verkäufer es übernimmt, für die Beförderung der Ware zum Käufer zu sorgen, nicht dazu, dass der Bestimmungsort des Transportes als der Erfüllungsort der Lieferpflicht anzusehen ist. Die Lieferpflicht ist im Zweifel keine Bringschuld. Der Bestimmungsort des Transports ist somit nicht Lieferort und begründet dort deshalb keinen Gerichtsstand für Ansprüche wegen Nichterfüllung der Lieferpflicht. Erfüllungsort für die Lieferpflicht im Sinne der prozessualen Zuständigkeitsregeln ist daher im Fall des Art. 31 lit. a WKR die Niederlassung des Verkäufers (Schlechtriem, a.a.O., N 6 ff., N 13 a und N 32 a zu Art. 31 WKR). Daraus folgt, dass das Kantonsgericht Zug für die Beurteilung der vorliegenden Klage örtlich nicht zuständig ist, weshalb auf die Klage nicht einzutreten ist.

2.3 Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass das Kantonsgericht Zug zur Beurteilung der vorliegenden Klage selbst dann nicht zuständig wäre, wenn die auf der Bestellung vom 19. März 2001 festgehaltenen Konditionen, d.h. die Lieferadresse Neuheim und die Bestimmung „frei Haus“, zum Vertragsinhalt gemacht worden wären. Die Angabe einer Lieferadresse bzw. eines Ablieferungsortes ist nicht als Vereinbarung eines Erfüllungsortes im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 LugÜ zu betrachten (Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 62. A., München 2003, N 10 zu § 269 BGB; vgl. Valloni, a.a.O., S. 271). Mit der Klausel „frei Haus“ wird zwar die Lieferpflicht des Verkäufers grundsätzlich als Bringschuld vereinbart (vgl. Schlechtriem, a.a.O., N 80 zu Art. 31 WKR), doch sind Lieferklauseln der Incoterms nicht in dem Sinne zu verstehen, dass damit zugleich der Gerichtsstand des Erfüllungsortes festgelegt werden soll. Bei einer derartigen Bestimmung des Lieferortes geht es um die Regelung der Transportkosten, der Liefermodalitäten und der Gefahrtragung, die mit Gerichtsstandsfragen zu verbinden nicht sachgemäss ist (Schlechtriem, a.a.O., N 86 zu Art. 31 WKR).

3. Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen ist auf die Klage mangels örtlicher Zuständigkeit des Kantonsgerichts Zug nicht einzutreten.

Kantonsgericht, 11. Dezember 2003

§ 43 Abs. 1 ZPO. – Sicherstellung der Parteientschädigung bei definitivem Verlustschein.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss § 43 Abs. 1 ZPO kann die Sicherstellung der Parteientschädigung von Amtes wegen oder auf Antrag der Gegenpartei verlangt werden, wenn der Kläger, Intervenant oder Widerkläger in der Schweiz keinen festen Wohnsitz hat, wenn seine Zahlungsfähigkeit durch Konkurs, durch einen Verlustschein oder eine gleichbedeutende Urkunde nachgewiesen ist, wenn er binnen der letzten fünf Jahre einen gerichtlichen Nachlassvertrag erlangt hat oder wenn er der Gerichtskasse von früher her noch Kosten oder Bussen schuldet. Nach dem Wortlaut der Bestimmung genügt zum Nachweis der Zahlungsunfähigkeit u.a. das Vorliegen eines Verlustscheins. Damit wollte der Gesetzgeber einerseits dem Anspruchsberechtigten eine einfache und klare Beweisführung in die Hand geben und andererseits das Gericht von einem aufwendigen Beweisverfahren zur Frage der Zahlungsunfähigkeit entbinden. Nach dieser Zweckbestimmung ist es dem Verpflichteten verwehrt, bei Vorliegen eines die Zahlungsunfähigkeit indizierenden Verlustscheins den Gegenbeweis anzutreten. Der ungetilgte Verlustschein stellt mit anderen Worten eine unwiderlegbare Vermutung der Zahlungsunfähigkeit dar (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, N 4a zu Art. 276). Es kommt deshalb nichts darauf an, ob die Beschwerdeführerin tatsächlich noch über Aktiven in Form von Anlagen und Immaterialgüterrechten verfügt, wie sie geltend macht. Abgesehen davon wäre die vermutete Zahlungsunfähigkeit damit noch keineswegs widerlegt. Zahlungsunfähig im Sinne von § 43 ZPO ist, wer weder über die Mittel verfügt, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen, noch über den erforderlichen Kredit, sich diese Mittel nötigenfalls zeitgerecht zu beschaffen (vgl. Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Aarau/Frankfurt am Main/Salzburg 1998, N 13 zu § 105 mit Hinweis auf BGE 111 II 206 E.1). Ohne Bedeutung ist deshalb auch der Einwand der Beschwerdeführerin, wonach die Handelsregisterbehörde davon ausgehe, dass sie (die Beschwerdeführerin) noch über verwertbare Aktiven verfüge. Ob dem Beschwerdegegner solche Aktiven bekannt sind oder nicht, wie die Beschwerdeführerin weiter bemerkt, ist daher in diesem Zusammenhang ebenso irrelevant. Dass der Beschwerdegegner selber im Besitze dieser Aktiven sei oder diese allenfalls verkauft und der Beschwerdeführerin den Erlös nicht erstattet habe, behauptet die Beschwerdeführerin zwar, bleibt indessen jeglichen liquiden Beweis dafür schuldig. Sie macht denn auch zu Recht nicht geltend, dass deswegen ein offensichtlicher Rechtsmissbrauch im Sicherstellungsbegehren des Beschwerdegegners zu erblicken sei, der keinen Rechtsschutz verdienen würde (Art. 2 ZGB).

Die Beschwerdeführerin bestreitet im Übrigen aber nicht, dass gegen sie nach wie vor offene Verlustscheine über insgesamt rund Fr. 170'000.- bestehen. Wie bereits erwähnt, bildet der Verlustschein, solange er besteht, einen

Kautionsgrund (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 27 zu § 73 mit Hinweis auf ZR 26 Nr. 131). Durch einen definitiven Verlustschein wird nämlich festgestellt, dass kein pfändbares Vermögen vorhanden ist. Dementsprechend entfällt die Sicherstellungspflicht erst, wenn der Schuldner die Befriedigung des Verlustscheingläubigers nachweist (Studer/Rüegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, Kriens 1994, N 4 zu § 125). Ob dabei die Befriedigung durch Zahlung oder Verzicht des Gläubigers erfolgt ist, spielt keine Rolle (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. A., Bern 2000, N 7 zu Art. 70). Einen solchen Nachweis hat die Beschwerdeführerin aber nicht erbracht.

Justizkommission, 18. Dezember 2003

§ 46 Abs. 1 ZPO. – «Notgroschen». Bei einer Familie kann sicher ein Vermögen von Fr. 10'000.- und bei einer Einzelperson ein Vermögen von Fr. 5'000.- als unantastbar betrachtet werden. Es darf jedoch nicht schematisch auf diesen Richtwert abgestellt werden, sondern es sind stets die individuellen Verhältnisse des Einzelfalles mit zu berücksichtigen.

Aus den Erwägungen:

4. a) Der Beschwerdeführer macht geltend, der nach der Praxis des Kantonsgerichtspräsidiums unantastbare «Notgroschen» von Fr. 10'000.- werde ohne die Berücksichtigung des Fahrzeugwertes nicht überschritten. Die Verneinung der Bedürftigkeit gründe einzig in der Berücksichtigung dieses Fahrzeuges als Vermögenswert. Dies verstosse gegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 124 I 98 f.).

b) Das Bundesgericht hat in dem vom Beschwerdeführer zitierten Entscheid (BGE 124 I 98 f.) lediglich entschieden, dass es verfassungswidrig sei, den Besitzer eines Autos ohne Kompetenzcharakter unbekümmert darum, ob seine Vermögensverhältnisse unter Einrechnung des Wertes des Autos die Bestreitung der Prozesskosten ganz oder teilweise ermöglichen, als nicht bedürftig zu erachten. Das Bundesgericht erkannte in jenem Falle, dass die dortige Beschwerdeführerin selbst bei Berücksichtigung des Wertes des Autos bedürftig bleibe, da bereits ihr Einkommen monatlich um Fr. 250.-, dasjenige ihres Ehemannes gar um Fr. 830.- unter dem errechneten zivilprozessualen Notbedarf liege und der Wert des Autos lediglich Fr. 534.- betrage. Mit diesem Fall ist der vorliegende offensichtlich nicht zu vergleichen.

5. a) Der Beschwerdeführer wendet ferner ein, nach Bühler/Edelmann/Killer könne erst ein Vermögen von Fr. 10'000.- bis Fr. 15'000.- die Bedürftigkeit ausschliessen. Gemäss einer Entscheidung des Obergerichts Basel-Landschaft vom 30. Januar 1996 sei sogar ein Vermögen von etwa Fr. 20'000.- bis maximal Fr. 25'000.- als noch verhältnismässig gering und deshalb einem Kostenerlassbegehren nicht entgegenstehend zu betrachten. Nach verschiedentlich geäusserten Lehrmeinungen dürften ferner die Vermögensfreibeträge des ELG nicht unterschritten werden. Diese betrügen vorliegend für den Beschwerdeführer und seine Ehefrau Fr. 40'000.- plus Fr. 30'000.- für die Kinder.

b) Nach der Praxis des Kantonsgerichtspräsidiums wird beim Vermögen ein Betrag von Fr. 10'000.- als sog. «Notgroschen» unberücksichtigt gelassen. Die bedürftige Partei soll über einen Freibetrag an Ersparnis verfügen, um damit unvorhergesehene, ausserordentliche, notwendige Auslagen wie Arztkosten, Zahnarztkosten, Umzugskosten etc. bestreiten zu können. Die Justizkommission hat diese Praxis in den wenigen Fällen, die sie bislang zu beurteilen hatte, geschützt, ohne sich grundsätzlich mit dieser Frage auseinander zu setzen.

c) In der Lehre und Rechtsprechung gibt es unterschiedliche Auffassungen zur Höhe des sog. «Notgroschens». Nach der Luzerner Praxis ist ein «Notgroschen» von wenigen tausend Franken nicht anzuzehren (Studer/Rüegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, Kriens 1994, N 3 zu § 130 LU-ZPO). Nach der Praxis des Kantons St. Gallens ist vom Vermögen derjenige Betrag, der dem laufenden Lebensunterhalt dient (ca. Fr. 5'000.-), nicht zu berücksichtigen (Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, N 4b zu Art. 281 SG-ZPO). Bühler/Edelmann/Killer weisen darauf hin, dass nach der Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Aargau die Bedürftigkeit regelmässig bereits bei relativ bescheidenen Sparvermögen oder anderen frei verfügbaren Aktiven in der Grössenordnung von Fr. 10'000.- bis Fr. 15'000.- verneint werde. Demgegenüber habe das Bundesgericht die Bedürftigkeit eines HIV-infizierten Strafgefangenen bejaht, der über ein Kapital von Fr. 40'000.-, aber über keine Krankenversicherung verfügt habe. Ebenso sei einem arbeitslosen Gesuchsteller die unentgeltliche Rechtspflege bei einem Vermögen von Fr. 20'000.- gewährt worden. Bühler/Edelmann/Killer hielten zudem dafür, dass die Auffassung, einer Partei sei nicht zuzumuten, zur Finanzierung eines Prozesses ein Vermögen anzutasten, das die Vermögensfreibeträge nach Art. 3 Abs. 1 lit. b ELG unterschreite, viel für sich habe (Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Aarau 1998, N 17 zu § 125 AG-ZPO). Nach der Basler Praxis wird bei ungenügendem Einkommen ein «Notgroschen» von etwa Fr. 20'000.- bis maximal Fr. 25'000.- zugestanden (Stahelin/Suter, Zivilprozessrecht, Zürich 1992, § 15 N 21; BJM 1996 S. 164, 1987 S. 221). Im Kreisschreiben Nr. 18 des Appellationshofs des Kan-

tens Bern und des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern über die Ermittlung und den Nachweis der Prozessarmut wird unterschieden zwischen einem jungen und gesunden Gesuchsteller, der eine gewinnbringende Tätigkeit ausübt, und einer alten oder invaliden Person, die über eine bescheidene Rente zum Leben verfügt und der es unmöglich wäre, die zur Finanzierung des Prozesses verbrauchten Ersparnisse wieder zu öffnen. Im ersten Fall könne maximal eine Summe von Fr. 2'000.- bis Fr. 5'000.-, im zweiten Fall eine solche bis zu Fr. 20'000.- als unantastbar gelten. Frank Sträuli/Messmer und Merz äussern sich nicht zur Höhe des «Notgroschens» (Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 11 zu § 84 ZH-ZPO; Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, N 9b zu § 80 TG-ZPO).

d) Im Bereich der unentgeltlichen Prozessführung ist vom Grundsatz auszugehen, dass der Gesuchsteller sämtliche Möglichkeiten zur Mittelbeschaffung auszuschöpfen hat (vgl. Ries, a.a.O., S. 89). Dies bedeutet indes nicht, dass nur einer völlig mittellosen Partei die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren ist. Es soll auch verhindert werden, dass ein Rechtsuchender sich übermässig einschränken oder gar seine letzten Reserven aufzehren muss (vgl. Düggelein, a.a.O., S. 85). Nach der Praxis der Justizkommission kann daher einer Partei je nach den Umständen ein sog. «Notgroschen» belassen werden. Dieser soll dazu dienen, für einen überblickbaren Zeitraum gegen die «üblichen Zwischenfälle des Lebens», welche jeden Bewerber treffen können und bei ihm finanzielle Engpässe hervorrufen können, gesichert zu bleiben, also etwa in der Lage zu sein, die Kosten im Falle einer Krankheit oder eines notwendigen Kaufes eines Kompetenzstückes zu decken (Düggelein, a.a.O., S. 85 f.). Dieses Risiko kann in der Regel bereits mit wenigen tausend Franken abgedeckt werden. Dabei ist allerdings zu unterscheiden zwischen einer Einzelperson und einer Familie (Mehrpersonenhaushalt). Bei einer Familie ist das Risiko eines finanziellen Engpasses durch ein unvorhergesehenes Ereignis, beispielsweise durch Krankheit, (rein rechnerisch) grösser als bei einer Einzelperson. Bei einer Familie kann daher sicher ein Vermögen von Fr. 10'000.- als unantastbar betrachtet werden. Bei einer Einzelperson ist dieser unantastbare Betrag – in Abänderung der bisherigen Praxis des Kantonsgerichtspräsidiums – auf Fr. 5'000.- festzusetzen. Von diesem Richtwert kann aus Praktikabilitätsgründen im Sinne einer unteren Limite in der Regel ausgegangen werden. Es gibt nun aber Umstände, die dazu führen, dass sich eine Partei in absehbarer Zeit wirtschaftlich nicht mehr wird erholen können, insbesondere eine solche, die wegen anhaltender Arbeitslosigkeit, infolge Invalidität oder im Hinblick auf ihr Alter nicht voll erwerbsfähig ist. Einer solchen Person kann nicht zugemutet werden, dass sie ihre Ersparnisse bis auf eine Notreserve aufgibt. Hier ist eine gewisse Grosszügigkeit am Platz. Das Bundesgericht hat in einem solchen Fall, wie erwähnt, schon vor einiger Zeit ein Vermögen von Fr. 20'000.- als unantastbar bezeichnet (vgl. SGGVP 1994 Nr. 67). Soweit demnach das Vermö-

gen einer Familie den Betrag von Fr. 10'000.- bzw. das Vermögen einer Einzelperson den Betrag von Fr. 5'000.- übersteigt, sind stets die individuellen Verhältnisse des Einzelfalles zu prüfen. Insbesondere sind das Alter des Gesuchstellers, seine Gesundheit, seine Erwerbsfähigkeit, allfällige künftige notwendige Auslagen für Kompetenzmobiliar, finanzielle Aussichten nach dem Ende der Aktivität oder im Falle der Krankheit usw. zu berücksichtigen. Zu beachten ist aber auch der Umstand, ob und inwieweit das monatliche Einkommen unter dem Notbedarf liegt (vgl. Düggin, a.a.O., S. 86). Liegen solche Verhältnisse vor, kann es sich im Einzelfall durchaus rechtfertigen, dem Gesuchsteller einen höheren «Notgroschen» zuzugestehen. Denkbar wäre auch, dass die unentgeltliche Prozessführung nur teilweise gewährt wird, d.h. nur im nicht selber finanzierbaren Umfang, wie dies auch in Art. 106 des Vorentwurfes der Expertenkommission zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vorgesehen ist. Beispielsweise könnte festgelegt werden, dass der Gesuchsteller im Umfang des den «Notgroschen» übersteigenden Betrages selber für die Kosten des Prozesses aufzukommen hat, dass ihm aber, soweit die Kosten des Prozesses diesen Betrag übersteigen, die unentgeltliche Prozessführung gewährt wird («prozessualer Selbstbehalt»).

e) Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass bei einer Familie sicher ein Vermögen von Fr. 10'000.- und bei einer Einzelperson ein Vermögen von Fr. 5'000.- als unantastbar betrachtet werden kann. Es darf jedoch nicht schematisch auf diesen Richtwert abgestellt werden, sondern es sind stets die individuellen Verhältnisse des Einzelfalles mit zu berücksichtigen.

f) Vorliegend beläuft sich das Vermögen des Beschwerdeführers und dessen Ehefrau auf rund Fr. 12'000.-. Der dem Beschwerdeführer zustehende «Notgroschen» von Fr. 10'000.- ist damit um rund Fr. 2'000.- überschritten. Dieser Betrag reicht offensichtlich nicht aus, um für die Kosten des gegen den Beschwerdeführer beim Kantonsgericht Zug angehobenen Prozesses betreffend Schutz der Persönlichkeit aufzukommen. Dies gilt um so mehr, als der Beschwerdeführer und seine Familie ein monatliches Manko von rund Fr. 140.- aufweisen. Der Beschwerdeführer muss daher als bedürftig im Sinne von § 46 Abs. 1 ZPO bezeichnet werden. Eine nur teilweise Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung rechtfertigt sich im vorliegenden Fall nicht, da der Beschwerdeführer und seine Familie ein monatliches Manko von Fr. 140.- aufweisen und der «Notgroschen» um lediglich Fr. 2'000.- überschritten wird.

Justizkommission, 20. November 2003

§§ 205 und 212 ZPO. *Novenrecht im Eheschutzverfahren – In Bezug auf Kinderbelange gilt von Bundesrechts wegen die uneingeschränkte Offizialmaxime. Entsprechend sind in der Rechtsmittelinstanz – soweit es um Kinderbelange geht – von Bundesrechts wegen neue Anträge und Begehren zulässig. Insofern ist die bisherige Praxis der Justizkommission, wonach auch bei Geltung der Untersuchungsmaxime grundsätzlich das Novenverbot im Rechtsmittelverfahren gilt, zu präzisieren und – soweit Kinderbelange betroffen sind – das Novenrecht zuzulassen.*

Aus den Erwägungen:

bb) Soweit der Beschwerdegegner geltend macht, dass die neu eingereichte Bestätigung von Dr.med. X. «gestützt auf § 205 ZPO aus dem Recht zu weisen» sei, kann er damit nicht gehört werden. Zwar sind gemäss § 212 i.V.m. § 205 ZPO neue Begehren, neue tatsächliche Behauptungen, Bestreitungen, Einreden und Beweismittel im Beschwerdeverfahren nur zulässig, wenn eine Partei wahrscheinlich macht, dass sie jene früher entweder nicht gekannt oder trotz aller Anstrengung nicht habe anrufen können. Indessen ist zu berücksichtigen, dass in Bezug auf Kinderbelange von Bundesrechts wegen die uneingeschränkte Offizialmaxime gilt (Art. 280 Abs. 2 ZGB; vgl. auch BGE 128 III 411 ff. = Pra 92 [2003] Nr. 5). Hier muss der Richter aktiv an der Feststellung des rechtlich massgebenden Sachverhalts mitwirken. Auch die mit einem Rechtsmittel angegangene Rechtsmittelinstanz hat sich von Amtes wegen mit den Kinderbelangen zu befassen; sie ordnet bestehende Lücken und berichtigt mangelhafte erstinstanzliche Massnahmeentscheidungen ohne Rücksicht auf Parteierklärungen und Rechtsmittelanträge von Amtes wegen. Entsprechend sind in der Rechtsmittelinstanz – soweit es um Kinderbelange geht – von Bundesrechts wegen neue Anträge und Begehren zulässig (vgl. Bühler/Spühler, Berner Kommentar, 3. A., Bern 1980, N 252 ff. zu Art. 145 aZGB; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. A., Bern 2000, N 4b Abs. 3 zu Art. 89 und N 4 zu Art. 93 BE-ZPO; Studer/Rüegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, Luzern 1994, N 2 zu § 207 LU-ZPO). Dementsprechend müssen von Bundesrechts wegen – uneingeschränkt – neue Beweismittel zugelassen werden. Insofern ist die bisherige Praxis der Justizkommission, wonach auch bei Geltung der Untersuchungsmaxime grundsätzlich das Novenverbot im Rechtsmittelverfahren gilt, zu präzisieren (vgl. JZ 2001/50.107, mit Hinweis auf JZ 2000/3.4, JZ 1999/78.116 und JZ 1993/20.40, sowie GVP 1977/78, S. 193 f.) und – soweit Kinderbelange betroffen sind – das Novenrecht zuzulassen.

cc) Im vorliegenden Fall betrifft die Frage, ob der Beschwerdeführerin ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist oder nicht, nicht nur den Unterhaltsanspruch der Beschwerdeführerin, sondern letztendlich auch den Unterhaltsanspruch der Kinder A. und B. Sind aber Kinderbelange tangiert, gilt – wie soeben erwähnt – die uneingeschränkte Offizialmaxime (vgl. BGE 128 III 411 ff. = Pra 92 [2003] Nr. 5). Dementsprechend sind neue Beweis-

mittel ohne Beschränkung zuzulassen. Die Bestätigung von Dr.med. X. vom 16. September 2002 muss daher entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners im vorliegenden Beschwerdeverfahren berücksichtigt werden.

Justizkommission, 28. März 2003

§§ 208 Ziff. 1 und 4 ZPO. – Gegen vorläufige Verfügungen ist nach konstanter Praxis der Justizkommission die Beschwerde nicht zulässig.

Aus den Erwägungen:

2. Die Vorinstanz räumte dem Beschwerdegegner «ab sofort» das Recht ein, die Tochter A. während der Dauer eines Monats wöchentlich am Mittwochnachmittag von 15.00 Uhr bis 17.00 Uhr und nach Ablauf eines Monats wöchentlich am Mittwochnachmittag von 14.30 Uhr bis 17.30 Uhr zu besuchen oder zum Besuche abzuholen. Es erhebt sich zunächst die Frage, ob es sich dabei um eine vorläufige Verfügung oder um einen Teilentscheid handelt.

a) Die Vorinstanz führte im angefochtenen Entscheid u.a. aus, der Beschwerdegegner beantrage zwar, es sei ihm das Besuchsrecht einstweilen, d.h. unter dem Vorbehalt der Abänderung oder Ergänzung in der definitiven Verfügung, einzuräumen. Eine derartige «vorläufige Festlegung» sei jedoch nicht möglich. Im Gegensatz zu Unterhaltsbeiträgen könne ein Besuchsrecht nämlich rückwirkend nicht mehr korrigiert werden. Hingegen rechtfertige sich angesichts der gegebenen Umstände, die Beschwerdefrist auf fünf Tage zu verkürzen.

b) Der Beschwerdegegner bringt diesbezüglich vor, die Vorinstanz halte in der angefochtenen Verfügung unter Erwägung 2 fest: «Die Parteien sind sich darin einig, dass dem Gesuchsteller – einstweilen – ein begleitetes Besuchsrecht zusteht». In Erwägung 4 werde anschliessend ausgeführt, eine «derart vorläufige Festlegung» sei nicht möglich, da im Gegensatz zu Unterhaltsbeiträgen ein Besuchsrecht nicht rückwirkend korrigiert werden könne. In der Folge werde dem Beschwerdegegner in Dispositiv-Ziff. 1 ab sofort das Recht eingeräumt, seine Tochter zu besuchen bzw. zum Besuche abzuholen. Trotz des Widerspruchs zwischen Erwägung 2 und 4 und der gewählten Formulierung in Dispositiv-Ziff. 1 handle es sich bei dem von der Vorinstanz angeordneten Besuchsrecht um ein einstweiliges, das für die Dauer des Prozesses bis zu dessen Erledigung gelten solle, mithin also bis zum definitiven Entscheid über den persönlichen Verkehr. Eine andere Interpretation sei vor dem Hintergrund der gesetzlichen Regelung nicht zulässig. Es gelte nämlich

zu beachten, dass die Eheschutzrichterliche Instanz unter Hinweis auf Art. 273 ZGB den persönlichen Verkehr zwischen den Kindern und demjenigen Elternteil zu regeln habe, dem die Obhut oder die elterliche Sorge nicht zustehe. Nachdem im vorliegenden Fall bislang über die Obhut, die von beiden Parteien beantragt werde, nicht entschieden worden sei, bestehe keine rechtliche Grundlage für die Festlegung eines definitiven Besuchsrechts. Da nicht davon auszugehen sei, dass die Vorinstanz eine gesetzeswidrige Anordnung habe treffen wollen, sei das angeordnete Besuchsrecht als einstweiliges zu interpretieren bzw. zu qualifizieren. Gegen die Anordnung eines einstweiligen Besuchsrechts könne keine Beschwerde geführt werden, mit der Folge, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten sei.

c) Die Beschwerdeführerin äusserte sich nicht zu dieser Frage.

d) Über die Frage der Zuteilung der Obhut ist noch nicht entschieden. Tatsache ist aber, dass diese von der Mutter faktisch ausgeübt wird und der Beschwerdegegner dies vorläufig akzeptiert. Vor diesem Hintergrund beantragte der Beschwerdegegner in der Vernehmlassung vom 3. Juli 2003 denn auch ein vorläufiges Besuchsrecht. Nur so lässt sich erklären, weshalb die Vorinstanz, ohne die Frage der (vorläufigen) elterlichen Obhut zu klären, über das Besuchsrecht entschieden hat. Denn die richterliche Regelung des persönlichen Verkehrs des nicht obhutsberechtigten Elternteils setzt voraus, dass über die Obhutzuteilung entschieden wurde bzw. sich die Eltern darüber einig sind (und der Richter dies genehmigt hat). Die Vorinstanz hat die angefochtene Verfügung zwar ausführlich begründet und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen, was darauf hindeutet, dass es sich um einen Teilentscheid handeln könnte. In Erwägung 2 der angefochtenen Verfügung erklärt sie aber ausdrücklich, dass dem Beschwerdegegner – «einstweilen» – ein begleitetes Besuchsrecht eingeräumt werden soll. Offenbar waren sich denn auch die Parteien darin einig; umstritten war einzig die Ausgestaltung dieses «einstweiligen» Besuchsrechts. Wenn die Vorinstanz in Erwägung 4 der angefochtenen Verfügung ausführt, im Gegensatz zum Unterhaltsrecht könne beim Besuchsrecht keine einstweilige Verfügung erlassen werden, verkennt sie, dass der Einzelrichter im summarischen Verfahren – wie der Eheschutzrichter (vgl. § 135 Abs. 2 Ziff. 4 ZPO) – bei ausgewiesenem, nicht aufschiebbarem Handlungsbedarf eine provisorische, bis zum definitiven Entscheid über die vorsorgliche Massnahme geltende Anordnung treffen darf (ZR 100 [2001], Nr. 36, S. 119). Dies gilt insbesondere auch für das Besuchsrecht, drängen sich doch gerade in diesem Bereich oft kurzfristige Regelungen auf, beispielsweise wenn sich die Parteien uneinig darüber sind, bei welchem Elternteil das Kind die Festtage verbringen soll. Dabei handelt es sich jedoch nicht um jene vorsorglichen Vorkehren, die eigentlicher Gegenstand des summarischen Verfahrens sind, sondern um vorläufige Anordnungen als Zwischenentscheid für die Dauer eines beliebigen summarischen Verfahrens (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 1d zu § 204 ZPO). Hinzu kommt,

dass in zusammengehörenden Regelungsbereichen grundsätzlich von der Ausfällung von Teilentscheiden abgesehen werden sollte (ZR 100 [2001], Nr. 36, S. 119; vgl. zur Zulässigkeit von Teilentscheiden auch Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 242 und 439; Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. A., Basel und Frankfurt am Main 1990, N 439 und 780; Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. A., Bern 2001, 7. Kap. N 95 und 13. Kap. N 150 f.; Walder, Zivilprozessrecht, 4. A., Zürich 1996, § 25 FN 4 und § 35 Anm. 82). Solange über die Frage der Zuteilung der Obhut noch nicht entschieden wurde, ist ein Teilentscheid über die Ausgestaltung des Besuchsrechts unzulässig. Schliesslich ergibt sich auch aus Dispositiv-Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung, dass es sich bloss um einstweilige Anordnungen des Eheschutzrichters handelt, wurde doch dem Beschwerdegegner bloss «bis auf Weiteres» ein (begleitetes) Besuchsrecht eingeräumt.

3. Gemäss § 208 Ziff. 1 ZPO ist die Beschwerde nur gegen Erledigungsverfügungen des Kantonsgerichtspräsidiums im summarischen Verfahren zulässig. Im vorliegenden Fall liegt jedoch – wie soeben dargelegt – lediglich eine vorläufige Verfügung vor, der eine definitive zu folgen hat, die ihrerseits beschwerdefähig sein wird. Gegen vorläufige Verfügungen ist nach konstanter Praxis der Justizkommission – wie gegen superprovisorische (JZ 1994/74.132; JZ 1998/98.159; JZ 2000/106.170; JZ 2000/126.200) – die Beschwerde nicht zulässig (JZ 1994/101.181; JZ 1999/166.289). Es kann deshalb darauf nicht eingetreten werden.

Selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellen wollte, die angefochtene Verfügung stelle eine prozessleitende dar, wäre die Beschwerde nicht zulässig. Zum einen sind Beschwerden gegen prozessleitende Verfügungen, die im Laufe des summarischen Verfahrens ergehen, ausgeschlossen, da zusammen mit dem Endentscheid auch das ganze vorausgegangene Verfahren gerügt werden kann (Heinrich Baumgartner, Die Rechtsmittel des zugerischen Zivilprozessrechts, Diss. Zürich 1949, S. 64). Zum andern sind gemäss § 208 Ziff. 4 ZPO prozessleitende Verfügungen generell nur in den in dieser Bestimmung aufgeführten Fällen zulässig. Hier liegt indes keiner der in der genannten Vorschrift angeführten Beschwerdegründe vor.

Justizkommission, 21. Oktober 2003

§§ 221 ff. ZPO; Art. 79 und 80 SchKG. – Ist die gemäss Scheidungsurteil geschuldete Geldsumme nicht bestimmt, sondern muss diese erst noch nach den im Urteil festgelegten Kriterien bestimmt werden, und kann deshalb die definitive Rechtsöffnung in einer deswegen angehobenen Betreibung nicht erteilt werden, hat die Gläubigerin zur Festsetzung der geforderten Geldschuld den ordentlichen Prozessweg zu beschreiten und durch eine Anerkennungsklage im Sinne von Art. 79 Abs. 1 SchKG den Rechtsvor-schlag beseitigen zu lassen.

Aus den Erwägungen:

1. a) Die Vorinstanz hält im angefochtenen Entscheid dafür, dass die im Scheidungsurteil vom 19. Mai 1999 festgelegte Verpflichtung des Beschwerdegegners, sich an den ausserordentlichen Kosten der Kinder zur Hälfte zu beteiligen, eine Geldleistung betreffe. Die Beschwerdeführerin verlange denn auch explizit die Zahlung eines Betrages in Höhe von Fr. 8'805.-. Solche Geldleistungen seien jedoch nicht im Befehlsverfahren, sondern auf dem Weg der Betreibung zu vollstrecken. Die Beschwerdeführerin habe nun zwar zu Recht darauf hingewiesen, dass bei Urteilen, die (wie das vorliegende) die Geldleistungspflicht einer Partei nur dem Grundsatz nach festlegen würden, grundsätzlich keine definitive Rechtsöffnung erteilt werden könne. Das heisse aber nicht, dass solche Verpflichtungen überhaupt nicht vollstreckbar wären. Vielmehr könne, bzw. müsse der Gläubiger in einem solchen Fall ein weiteres Urteil erstreiten, welches die betreffende Leistungspflicht des Schuldners genau beziffere (und entsprechend auf dem Betreibungsweg vollstreckt werden könne). Eine solche Kompetenz stehe dem Vollstreckungsrichter indessen nicht zu. Dieser habe – abgesehen von den üblichen Vollstreckbarkeitsvoraussetzungen – nur zu prüfen, ob der Anspruch, dessen Vollstreckung beantragt werde, untergegangen, getilgt oder gestundet worden sei; seine Kognition sei auf diese wenigen Aspekte beschränkt. Auf das Gesuch könne mithin nicht eingetreten werden.

b) Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, im vorliegenden Verfahren gehe es darum, die grundsätzliche Verpflichtung des Beschwerdeführers zur hälftigen Bezahlung der ausserordentlichen Kosten für die Kinder, die zahlenmässig nicht näher bestimmt seien und deshalb nicht nach den Bestimmungen des SchKG vollstreckt werden könnten, zu vollstrecken. Andere Zwangsmassnahmen zur Durchsetzung dieser Pflicht, als die Umwandlung in Schadenersatz bzw. die Verurteilung zu einer Geldleistung, die dann im Betreibungsverfahren vollstreckt werden könne, führten nicht zum Ziel. Entscheidend sei nämlich, dass die grundsätzliche Zahlungspflicht bereits rechtskräftig feststehe; zu beurteilen sei nur noch die Frage, ob die geltend gemachten Kosten unter den Begriff «der ausserordentlichen Kinderkosten» fallen würden, und ob die geltend gemachten Kosten auch ausgewiesen bzw. eben vom Beschwerdegegner hälftig zu ersetzen seien. Solche Fragen müs-

sten aber – weil ein rechtskräftiges Urteil vorliege – typischerweise vom Vollstreckungsrichter entschieden werden, wie denn das in einem vorangegangenen Verfahren, indem es um genau dasselbe gegangen sei, vom Kantonsgerichtspräsidium mit Verfügung vom 12. September 2000 und von der Justizkommission des Obergerichts mit Urteil vom 10. August 2001 entschieden worden sei. Nachdem sie (die Beschwerdeführerin) sich in jenem Verfahren zunächst an den Eheschutzrichter gewandt habe, in der Meinung, dieser könne auf dem Wege des ordentlichen Erkenntnisverfahrens die in Frage stehenden Beträge festsetzen, ihr dann aber beschieden worden sei, es handle sich um ein Vollstreckungsverfahren, mute es seltsam an, wenn sich nunmehr die Beschwerdeführerin – eingedenk der seinerzeitigen Belehrung aus dem Jahre 2000 – im gleichen Zusammenhang («ausserordentliche Kosten der Kinder») an eben diesen Vollstreckungsrichter wende und ihr nun mitgeteilt werde, sie müsse ein neues ordentliches Erkenntnisverfahren führen. Der Vollstreckungsrichter könne und müsse sehr wohl nur dem Grundsätze nach rechtskräftig festgestellte Verpflichtungen in konkret bezifferte Geldleistungen umwandeln, währenddem ein anderes Verfahren dafür gar nicht zur Verfügung stehe. Gegebenenfalls müsse der Vollstreckungsrichter sogar zu diesem Zwecke umfängliche Beweisverfahren durchführen und durchführen können.

2. a) Die Beschwerdeführerin verlangt unstreitig die Vollstreckung der im Scheidungsurteil, Dispositiv-Ziff. 2 lit. d, enthaltenen Verpflichtung des Beschwerdegegners, «allfällige ausserordentliche Kosten der Kinder A. und B. (...) zur Hälfte zu übernehmen (...)». In welcher Weise diese Kostenübernahme konkret zu erfolgen hat, sagt das Urteil nicht explizit. Vernünftigerweise kann die Verpflichtung aber nicht anders verstanden werden, als dass der Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin die entsprechenden Auslagen zur Hälfte zu ersetzen hat. Damit wird er aber grundsätzlich zu einer Geldleistung an die Beschwerdeführerin verpflichtet. Solche Verpflichtungen können nun von Bundesrechts wegen einzig auf dem Wege der Schuldbetreibung vollstreckt werden. Ansprüche auf Geldzahlung sind der zivilprozessualen Vollstreckung und damit dem kantonalen Vollstreckungsrecht entzogen, was § 221 ZPO denn auch ausdrücklich festhält (vgl. Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. A., Bern 1997, N 12 zu § 1). Daran ändert auch nichts, wenn die urteilsmässige Verpflichtung zu einer Geldleistung – wie im vorliegenden Fall – lediglich dem Grundsatz nach und nicht in einer bestimmten Summe festgelegt ist. Das hat lediglich zur Folge, dass das entsprechende Urteil insofern unvollständig und im Streitfalle ergänzungsbedürftig ist. Liegt eine Forderung auf Geldleistung vor, und sei das auch nur dem Grundsatz nach, darf mithin der Schuldner nicht etwa nach kantonalem Prozessrecht unter Strafandrohung zur Bezahlung angehalten werden, indem der Anspruch auf Geldleistung als eine Verpflichtung zu einem Tun interpretiert wird, dem der Kantonsgerichtspräsident gemäss § 222 Abs. 1 ZPO «im Wege des Befehls Nachachtung (verschafft), unter Anset-

zung einer angemessenen Frist, Androhung von Busse und der Überweisung an den Strafrichter wegen Ungehorsams». Durch eine solche Interpretation könnte jede Geldforderung, auch eine summenmässig bestimmte, nach kantonalem Zivilprozessrecht vollstreckt werden, was auf eine Umgehung der bundesrechtlichen Zwangsvollstreckung hinauslaufen würde. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin ist dementsprechend auch ausgeschlossen, dass der Vollstreckungsrichter die Leistungspflicht des Beschwerdegegners kantonalrechtlich im Sinne von § 223 ZPO in Schadenersatz umwandelt. Abgesehen davon, handelt es sich bei einer Zahlungsverpflichtung nicht um eine persönliche Leistungspflicht, wie das § 223 ZPO voraussetzt. Beruht die Geldforderung auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil, so kann der Gläubiger, gegen dessen Zahlungsbefehl der Schuldner rechtzeitig Rechtsvorschlag erhoben hat, beim Richter die Aufhebung des Rechtsvorschlages (definitive Rechtsöffnung) verlangen (Art. 80 Abs. 1 SchKG). Da im vorliegenden Fall das Scheidungsurteil im fraglichen Punkt (Dispositiv-Ziff. 2 lit. d) die geschuldete Geldsumme nicht bestimmt, sondern diese erst nach den im Urteil festgelegten Kriterien bestimmt werden muss, und deshalb die definitive Rechtsöffnung in einer deswegen angehobenen Betreibung nicht erteilt werden kann, hat die Gläubigerin zur Festsetzung der geforderten Geldschuld den ordentlichen Prozessweg zu beschreiten und durch eine Anerkennungsklage im Sinne von Art. 79 Abs. 1 SchKG den Rechtsvorschlag beseitigen zu lassen. In diesem Sinne ist das Scheidungsurteil im fraglichen Punkt durch eine Forderungsklage beim ordentlichen Zivilrichter ergänzen zu lassen. Nichts hindert die Beschwerdeführerin aber daran, diese Forderungsklage bereits vor Einleitung der Betreibung beim ordentlichen Richter anhängig zu machen und die Bestimmung der Forderungssumme zu erstreiten. Da über die Höhe der Schuld im Scheidungsurteil noch nicht entschieden wurde, liegt insofern auch keine *res iudicata* vor. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist der Vollstreckungsrichter nicht zuständig, das rechtskräftige Scheidungsurteil in diesem Punkte zu ergänzen. Dazu ist einzig der ordentliche Sachrichter kompetent. Die Vorinstanz ist daher zu Recht nicht auf das Vollstreckungsbegehren eingetreten.

b) Daran ändert nichts, dass die Vorinstanz in einem – nach Ansicht der Beschwerdeführerin vergleichbaren – früheren Fall auf das Vollstreckungsgesuch eingetreten ist. Es trifft nun zwar zu, dass – wie die Beschwerdeführerin geltend macht – in einem früheren Verfahren der Vollstreckungsrichter auf das Gesuch der Beschwerdeführerin um Vollstreckung der im Rahmen des Eheschutzverfahrens dem Beschwerdegegner auferlegten Verpflichtungen zur Übernahme bestimmter Kosten eingetreten ist. Dabei handelte es sich aber im Wesentlichen um die Übernahme von Kosten, die der Beschwerdegegner an Dritte, mithin nicht an die Beschwerdeführerin, zu bezahlen hatte. Der Vollstreckungsrichter qualifizierte den Anspruch der Beschwerdeführerin gegenüber dem Beschwerdegegner nicht als eine Verpflichtung zu einer Geldleistung an sie, sondern zu einem Tun bzw. zur Vornahme von Handlungen zu Gun-

sten Dritter. Er erblickte darin mit anderen Worten offenbar eine Verpflichtung des Beschwerdegegners auf Übernahme der von der Beschwerdeführerin gegenüber bestimmten Dritten begründete Schulden. Da der Beschwerdegegner dieser Verpflichtung nicht nachgekommen war und aufgrund der Tilgung der Drittforderungen durch die Beschwerdeführerin eine gehörige Erfüllung der persönlichen Leistungspflicht des Beschwerdegegners nicht mehr möglich war, wandelte er diese Verpflichtung in eine Geldleistung an die Beschwerdeführerin um. Die Justizkommission schützte diesen Entscheid. Ob daran bei einer erneuten Prüfung in allen Teilen festgehalten werden könnte, mag hier dahingestellt bleiben. Immerhin unterscheidet sich die Sach- und Rechtslage in jenem Falle in verschiedenen Punkten vom vorliegenden. Zum einen wurde die fragliche Verpflichtung ebenfalls vom Summarrichter verfügt und der Beschwerdegegner widersetzte sich dem Begehren der Beschwerdeführerin im – ebenfalls summarischen – Vollstreckungsverfahren nicht. Zum anderen wurde der Beschwerdegegner im betreffenden Eheschutzverfahren – wie bereits erwähnt – zur Übernahme von Kosten, die an Dritte zu bezahlen waren, verpflichtet. Einzuräumen ist, dass die Beschwerdeführerin aufgrund jener Entscheidungen irrtümlich zur Annahme gelangen konnte, im vorliegenden Fall sei wiederum der Vollstreckungsrichter zuständig. Nachdem die Beschwerdeführerin zunächst an sich richtigerweise an den ordentlichen Richter gelangt war, der dann allerdings deren Klage als «Unterhaltsklage» missinterpretierte, wogegen sich die Beschwerdeführerin zu Recht wehrte, worauf das Begehren an den Vollstreckungsrichter überwiesen wurde, rechtfertigt es sich, die vom Vollstreckungsrichter der Beschwerdeführerin auferlegten Kosten für seinen Nichteintretensentscheid auf die Staatskasse zu nehmen.

Justizkommission, 5. Juni 2003

(Auf eine dagegen erhobene staatsrechtliche Beschwerde trat das Bundesgericht nicht ein.)

2. Strafrechtspflege

§§ 6 Abs. 3 und 11 Abs. 1. StPO. – Nach dem am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen § 11 Abs. 1 StPO gilt als Privatkläger einzig der Geschädigte, der im Untersuchungsverfahren ausdrücklich erklärt, sich am Verfahren im Straf- und / oder Zivilpunkt zu beteiligen. Ein Strafantrag ist der Erklärung in Bezug auf die Beteiligung im Strafpunkt gleichgestellt.

Aus den Erwägungen:

1. a) Gemäss § 81 Abs. 1 StPO kann die Beschwerde von jedermann, der ein Interesse glaubhaft macht, erhoben werden, es sei denn, dass das Gesetz das Beschwerderecht auf gewisse Personen beschränkt. Nach § 6 Abs. 3 StPO kann jedermann Anzeige erstatten. Wer in seinen Rechten durch eine Straftat unmittelbar verletzt worden ist, kann die Einleitung einer Untersuchung und die Bestrafung des Täters durch eine Privatklage verlangen. Die Beteiligung am Verfahren richtet sich nach §§ 11 ff. StPO. Soweit es zur Durchsetzung der prozessualen Interessen erforderlich ist, ist der Privatkläger gemäss § 11^{ter} Abs. 1 Ziff. 4 StPO berechtigt, Rechtsmittel gemäss §§ 70 ff. StPO zu ergreifen. Insbesondere ist er als Partei legitimiert, gegen Einstellungsverfügungen des Untersuchungsrichteramtes Beschwerde bei der Justizkommission des Obergerichts zu erheben (§ 80 Ziff. 7 in Verbindung mit § 34 Abs. 4 und § 8 StPO). Im Gegensatz dazu ist der Anzeigerstatter einzig befugt, gegen eine Nichtanhandnahmeverfügung des Untersuchungsrichteramtes Beschwerde bei der Justizkommission zu führen (§ 80 Ziff. 3 in Verbindung mit § 7 Abs. 1 StPO). Das Beschwerderecht gegen Einstellungsverfügungen steht ihm dagegen nicht zu (§ 8 in Verbindung mit § 34 Abs. 4 StPO). Die Unterscheidung zwischen Anzeigerstatter und Privatkläger ist somit für die Rechtstellung im Strafverfahren von entscheidender Bedeutung.

b) Als Anzeigerstatter wird diejenige Person angesehen, die – ohne notwendigerweise Geschädigte zu sein – der zuständigen Behörde Mitteilung über einen begangenen Straftatbestand macht. Nach der unter dem alten Recht massgebenden Rechtsprechung der Justizkommission war nicht nur derjenige als Privatkläger zu qualifizieren, der sich gegenüber den Strafverfolgungsbehörden ausdrücklich als Privatkläger bezeichnete oder ausdrücklich die Einleitung einer Untersuchung und die Bestrafung beantragte. Falls es sich um eine rechtsunkundige Person handelte, genügte vielmehr, wenn aufgrund der Interessenlage und der Umstände klar war, dass jemand mit der ausführlichen Bekanntgabe des Sachverhalts genau dies beabsichtigte, ohne dies ausdrücklich zu sagen. Dabei galt als «Interessierter» derjenige, der zumindest mittelbar verletzt oder geschädigt war, d.h. derjenige, der in engerer Verbindung zur verfolgten Tat stand bzw. von dieser näher betroffen war (JS 2002/65 mit Hinweisen). Diese Rechtsprechung hat seit dem am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen § 11 Abs. 1 StPO keine Gültigkeit mehr.

Nach der vorerwähnten Bestimmung gilt als Privatkläger einzig der Geschädigte, der im Untersuchungsverfahren ausdrücklich erklärt, sich am Verfahren im Straf- und / oder Zivilpunkt zu beteiligen. Der Strafantrag ist der Erklärung in Bezug auf die Beteiligung im Strafpunkt gleichgestellt.

Justizkommission, 24. Februar 2004

§§ 8, 11, 11^{ter}, 11^{quater} StPO, Art. 1 und 2 Abs. 2 StGB; Art. 7 Ziff. 1 EMRK. – Das neue Prozessrecht ist auf alle hängigen Fälle anzuwenden (Erw. 2). Die SUVA hat im beschränkten Ausmass der gesetzlichen Subrogation der Ansprüche von Versicherten gegen Haftpflichtige die Möglichkeit, als Privatklägerin im Zivilpunkt aufzutreten. Ihre Mitwirkungsrechte reichen allerdings nur so weit, als es zur Durchsetzung der prozessualen Interessen erforderlich ist (Erw. 3). Ein Anspruch der Privatklägerin, Ergänzungsfragen an einen Gutachter stellen zu können, besteht nicht (Erw. 4).

Aus den Erwägungen:

2. a) In zeitlicher Hinsicht gelten Strafverfahrensnormen (unter Vorbehalt besonderer Übergangsbestimmungen) ab dem Zeitpunkt ihrer Inkraftsetzung, und zwar auch bezüglich früher begangener Straftaten, für welche ein Strafverfahren bereits hängig ist oder noch gar nicht eingeleitet wurde. Das aus Art. 1 und Art. 2 Abs. 2 StGB abzuleitende und in Art. 7 Ziff. 1 EMRK statuierte Verbot der Rückwirkung materieller Strafrechtsnormen gilt im Bereich des Strafverfahrens nicht. Das neue Prozessrecht auf alle pendenten Fälle anzuwenden, ist im Übrigen keine eigentliche Rückwirkung. Änderungen im Verfahrensrecht sind daher auch zulässig, wenn sie sich für die Beteiligten im hängigen Verfahren nachteilig auswirken können (vgl. Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 3. A., Zürich 1997, N 61 mit Hinweisen).

b) Am 1. Januar 2003 ist eine Teilrevision der zugerischen Strafprozessordnung in Kraft getreten, welche u.a. auch Bestimmungen betreffend den Privatkläger und dessen Mitwirkungsrechte enthält (vgl. § 11 bis 11^{quater} StPO). Die Strafprozessordnung enthält im Weiteren keinerlei Übergangsbestimmungen, weshalb sich das Strafverfahren auch für hängige Verfahren nach der revidierten Strafprozessordnung richtet. Die Beschwerdeführerin kann daher unabhängig davon, was ihr nach den bisherigen Bestimmungen zugestanden worden ist, keine Rechte aus dem bisherigen Verfahrensrecht ableiten, soweit sie sich nicht auch aus dem revidierten Recht ergeben. Damit ist die Beschwerde ausschliesslich nach dem geltenden Recht zu beurteilen.

3. a) Nach § 8 StPO wird im Strafverfahren nebst der Staatsanwaltschaft und dem Beschuldigten auch der Privatkläger als Partei anerkannt. Nach § 11 Abs. 1 StPO gilt als Privatkläger der Geschädigte, der im Untersuchungsverfahren ausdrücklich erklärt, sich am Verfahren im Straf- und/oder Zivilpunkt zu beteiligen. Geschädigter ist, wer in seinen Rechten durch die Straftat unmittelbar verletzt worden ist (Abs. 2). Die Mitwirkungsrechte des Privatklägers sind sodann in § 11^{ter} StPO geregelt. Danach ist der Privatkläger, soweit es zur Durchsetzung der prozessualen Interessen erforderlich ist, berechtigt, Untersuchungshandlungen vorzuschlagen (Abs. 1 Ziff. 1), Akteneinsicht zu nehmen, soweit der Untersuchungszweck dadurch nicht gefährdet wird und keine andern überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen (Ziff. 2), an den Gerichtsverhandlungen teilzunehmen (Ziff. 3) sowie Rechtsmittel nach § 70 ff. StPO zu ergreifen (Ziff. 4). Im Weiteren kann der Untersuchungsrichter dem Privatkläger gestatten, den untersuchungsrichterlichen Einvernahmen beizuwohnen und Ergänzungsfragen zu stellen sowie an Augenscheinen und Experteninstruktionen teilzunehmen und ergänzende Hinweise zu geben (Abs. 2). Der Privatkläger kann schliesslich bis zum Abschluss der Untersuchung gegen den Beschuldigten Zivilansprüche geltend machen, die er aus dessen Straftat ableitet (Abs. 3). Der Übergang dieser Mitwirkungsrechte ergibt sich aus § 11^{quater} StPO, der wie folgt lautet: «Tritt ein Dritter von Gesetzes wegen oder als eingesetzter Erbe in die Rechte des Geschädigten ein, gehen auch dessen Mitwirkungsrechte auf ihn über».

b) Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Eigenschaft als Unfallversicherung Leistungen zu Gunsten der Geschädigten erbracht hat und insofern ihre Ansprüche gegenüber einem Haftpflichtigen zufolge gesetzlicher Subrogation auf sie übergegangen sind. Insoweit hatte die Beschwerdeführerin bereits nach bisherigem Recht (§ 11 aStPO) die Möglichkeit, im Strafverfahren gegen den Beschuldigten als Zivilklägerin aufzutreten, was sie offenbar mit ihrem Schreiben gegenüber der Untersuchungsbehörde kund getan hat. Dies allein verlieh ihr allerdings noch keine Parteirechte. Das revidierte Recht unterscheidet nun insofern nicht mehr zwischen Privat- und Zivilkläger, als einheitlich vom Privatkläger im Straf- und/oder Zivilpunkt die Rede ist. Der Privatkläger – egal ob im Straf- und/oder Zivilpunkt – gilt neu als Partei. Seine Mitwirkungsrechte reichen allerdings nur so weit, als es zur Durchsetzung der prozessualen Interessen erforderlich ist.

Mit ihrer Adhäsionsklage hat die Beschwerdeführerin im Strafverfahren zum Ausdruck gebracht, dass sie sich am Verfahren im Zivilpunkt beteiligen will. Eine Beteiligung im Strafpunkt wäre im Übrigen gar nicht möglich gewesen, zumal sich die gesetzliche Subrogation auf die Zivilansprüche beschränkt. Der Untersuchungsrichter ist daher insoweit beizupflichten, als die Beschwerdeführerin nicht als Universalsukzessorin zu gelten hat. Die Mitwirkungsrechte der Geschädigten sind nur im beschränkten Ausmass der gesetzlichen Subrogation auf die Beschwerdeführerin übergegangen und stehen ansonsten weiterhin ausschliesslich der Geschädigten zu; dies, soweit sie nicht darauf verzichtet hat, was

im Beschwerdeverfahren nicht behauptet wird. Die Beschwerdeführerin ist damit nach geltendem Recht als Privatklägerin im Zivilpunkt zu betrachten und hat insofern Parteistellung inne. Diese Parteistellung hat die Untersuchungsrichterin in ihrer Verfügung zu Unrecht verneint, weshalb sie insoweit aufzuheben ist. Damit steht allerdings noch nicht fest, welches der Umfang ihrer Mitwirkungsrechte ist und ob sie als Privatklägerin im Zivilpunkt insbesondere berechtigt ist, Ergänzungsfragen an den Gutachter zu stellen.

4. Die Mitwirkungsrechte des Privatklägers ergeben sich, wie bereits erwähnt, aus § 11^{ter} StPO. Daraus wird deutlich, dass dessen Mitwirkungsrechte sowohl im Straf- als auch im Zivilpunkt auf die Durchsetzung der prozessualen Interessen ausgerichtet und damit zweckbezogen eingeschränkt sind. In diesem Sinne hätte die Beschwerdeführerin beispielsweise keinerlei Antragsrecht für die Abnahme von Beweisen oder die Anordnung eines Gutachtens; aus dem Vorschlagsrecht kann sie keinerlei Rechte ableiten. Andererseits steht ihr als Ausfluss des rechtlichen Gehörs ein Akteneinsichtsrecht zu, soweit der Untersuchungszweck dadurch nicht gefährdet wird und keine anderen überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen. Das Recht auf Akteneinsicht wurde der Beschwerdeführerin denn auch bereits zweimal zugestanden. Im Weiteren kann der Untersuchungsrichter dem Privatkläger gestützt auf Art. 11^{ter} Abs. 2 StPO beschränkte Teilnahmerechte einräumen, ohne dass sich daraus für den Privatkläger einen Anspruch ableiten lässt (vgl. dazu GVP 1993/94, S. 194 ff.). Insofern hat die Beschwerdeführerin entgegen ihrer Ansicht trotz der gewährten Parteistellung im Zivilpunkt keinerlei Anspruch auf Ergänzungsfragen gegenüber dem Gutachter. Mit der Bessestellung des Geschädigten im Strafverfahren soll zwar erreicht werden, dass dessen Anspruch nach Möglichkeit adhäsionsweise durchgesetzt und damit allenfalls ein separates Verfahren erspart werden kann. Primär bleibt aber das Strafverfahren auf die Strafverfolgung ausgerichtet, weshalb eine Ausweitung ohne strafrechtlichen Hintergrund vermieden werden soll. Es würde dem in § 15 StPO verankerten Zweck der Untersuchung bzw. dem Beschleunigungsgebot zuwider laufen, wenn die Untersuchung über die strafrechtlich relevanten Abklärungen hinaus durch eine Art zivilrechtliches Beweisverfahren ausgeweitet und verzögert würde (vgl. GVP 1993/94, S. 197). Insofern hat die Untersuchungsrichterin in ihrer Verfügung ein Recht auf Ergänzungsfragen zu Recht verneint. Der Gutachterauftrag soll der strafrechtlichen und nicht der haftpflichtrechtlichen Beurteilung dienen. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass sich die Untersuchungsrichterin in einem Schreiben mit allfälligen Ergänzungsfragen seitens der Beschwerdeführerin grundsätzlich einverstanden erklärt hat. Offenbar kam sie nachträglich aufgrund der Stellungnahmen der Verteidigung und des Vertreters der Geschädigten zu einem anderen Ergebnis. Jedenfalls kann die Beschwerdeführerin daraus keinen Anspruch auf Ergänzungsfragen ableiten. Eine Beurteilung der Adhäsionsklage der Beschwerdeführerin fällt im Strafverfahren nur dann in Betracht, wenn die Beweisergebnisse liquid sind (§ 55 StPO).

5. Nach dem Gesagten hat die Beschwerdeführerin zwar als Privatklägerin im Zivilpunkt neben der Geschädigten Parteistellung. Insofern erweist sich die Beschwerde teilweise als begründet und ist gutzuheissen. Hinsichtlich der verlangten Ergänzungsfragen ist sie dagegen abzuweisen. In ihrer beschränkten Parteistellung hat sie keinerlei Anspruch darauf, dem Gutachter Ergänzungsfragen stellen zu können.

Justizkommission, 31. Juli 2003

§ 10^{ter} StPO i.V.m. § 2 StPO. – Die Bestellung eines amtlichen Verteidigers erfolgt grundsätzlich ad personam und beinhaltet keine Substitutionsermächtigung; ein Verteidigerwechsel ist nur mit gerichtlicher Zustimmung zulässig. Eingaben, die unter Aufsicht des amtlichen Verteidigers von seinem Rechtsanwaltspraktikanten erstellt werden, müssen daher vom amtlichen Verteidiger selbst unterzeichnet sein.

Aus den Erwägungen:

1. Sowohl die eingereichte Beschwerdeschrift als auch die zusätzliche Stellungnahme sind einzig vom Anwaltspraktikanten in Substitution für den amtlichen Verteidiger unterzeichnet worden. Gemäss § 10^{ter} StPO i.V.m. § 2 StPO wird der amtliche Verteidiger vom Strafgerichtspräsidenten bzw. – je nach Stadium des Verfahrens – vom Einzelrichter oder vom Vorsitzenden der strafrechtlichen Abteilung des Obergerichts bestellt und entlassen. Die Bestellung eines amtlichen Verteidigers erfolgt grundsätzlich ad personam und beinhaltet keine Substitutionsermächtigung; ein Verteidigerwechsel ist nur mit gerichtlicher Zustimmung zulässig. Dementsprechend kann der amtliche Verteidiger seine Pflichten und Rechte in diesem Bereich nicht einfach einem anderen Rechtsanwalt oder einem Rechtsanwaltspraktikanten übertragen und ihn als Substituten einsetzen (vgl. ZR 2003 Nr. 37). Aus diesem Grundsatz folgt unter anderem, dass Eingaben, die unter Aufsicht des amtlichen Verteidigers von seinem Rechtsanwaltspraktikanten erstellt werden, vom amtlichen Verteidiger selbst unterzeichnet werden müssen. Daran mangelt es im vorliegenden Fall. Die Beschwerde wurde wie erwähnt nur vom Anwaltspraktikanten des amtlichen Verteidigers unterzeichnet. Sie ist daher nicht rechtsgültig und es könnte deshalb grundsätzlich darauf nicht eingetretten werden. Es erhebt sich aber die Frage, ob es sich dabei um einen verbesserlichen Mangel handelt und dem Verteidiger daher eine kurze Nachfrist zu dessen Behebung hätte angesetzt werden müssen. Die Frage kann im vorliegenden Fall dahin gestellt bleiben, da sich die Justizkommission, soweit ersichtlich, zur Substitutionsproblematik bei der amtlichen Verteidigung bislang noch nie ausdrücklich geäussert hat und nicht auszuschliessen ist, dass

sie auch schon auf eine lediglich von einem Substituten unterzeichnete Beschwerde stillschweigend eintrat, weshalb diesbezüglich eine gewisse Unsicherheit bestehen mag. Unter diesen Umständen hätte aber nach dem verfassungsmässigen Grundsatz von Treu und Glauben dem Verteidiger Gelegenheit zur Verbesserung eingeräumt werden müssen. Das ist hier unterblieben. Es ist daher trotz des besagten Mangels auf die Beschwerde einzutreten.

Justizkommission, 3. Dezember 2003

§ 10^{ter} StPO; Art. 29 BV; Art. 6 EMRK. – Voraussetzungen für die Gewährung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes.

Aus den Erwägungen:

2. a) Der Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand ergibt sich direkt aus Art. 29 Abs. 3 Satz 2 BV und Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK. Für diesen direkt aus BV und EMRK ableitbaren Anspruch müssen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kumulativ die Voraussetzungen der Bedürftigkeit des Gesuchstellers, der Notwendigkeit der Verteidigung und der Nichtaussichtslosigkeit des Rechtsbegehrens gegeben sein (BGE 117 Ia 284). Die Unentgeltlichkeit des Rechtsbeistandes (Verteidigers) ist somit abhängig von der Notwendigkeit einer Verteidigung und damit von der Anordnung einer amtlichen Verteidigung.

Primär wird der Anspruch auf einen amtlichen (notwendigen) und allenfalls unentgeltlichen Verteidiger durch das kantonale Recht bestimmt. Die amtliche Verteidigung bildet dabei die Grundvoraussetzung für die Gewährung der Unentgeltlichkeit des Verteidigers. Auf Anfang dieses Jahres trat eine Teilrevision der Strafprozessordnung in Kraft, mit der auch die Bestimmungen über die Verteidigung geändert worden sind. § 27 GOG, welcher bisher die amtliche Verteidigung regelte, wurde aufgehoben. Neu ist die notwendige, inklusive amtliche und unentgeltliche, Verteidigung in § 10^{ter} StPO geregelt. Die Voraussetzungen haben sich nicht wesentlich verändert, sind aber nun ausführlicher umschrieben. Zwei der möglichen Voraussetzungen sind einerseits ein drohender Freiheitsentzug von über sechs Monaten (§ 10^{ter} Abs. 1 Ziff. 2 StPO, bisher § 27 Abs. 1 Ziff. 1 aGOG) und andererseits die Schwierigkeit des Falles (§ 10^{ter} Abs. 1 Ziff. 4 StPO, bisher § 27 Abs. 1 Ziff. 2 aGOG). Für die konkrete Bestimmung der Notwendigkeit einer Verteidigung kann auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 4 aBV zurückgegriffen werden. Danach ist die Verbeiständung notwendig, «wenn dem Beschuldigten (konkret, nicht abstrakt nach

dem gesetzlichen Strafrahmen) eine schwerwiegende freiheitsentziehende Massnahme oder Strafe droht, deren Dauer die Gewährung des bedingten Strafvollzuges ausschliesst“ (BGE 122 I 51 mit Hinweisen). Ferner dann, wenn eine weniger schwere Freiheitsbeschränkung droht, der Fall aber in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, welchen der Beschuldigte selbst nicht gewachsen ist (BGE 113 Ia 13). Als solche besondere Schwierigkeiten gelten neben komplizierten Rechtsfragen und unübersichtlichen Sachverhalten etc. insbesondere individuelle Gründe, wie etwa die Fähigkeit des Beschuldigten, sich im Verfahren zurecht zu finden (BGE 122 I 52 mit weiteren Hinweisen). Kein Anspruch auf amtliche Verteidigung besteht hingegen allgemein bei Bagatellfällen (BGE 115 Ia 105). Als grundsätzliche Grenze für die Bestimmung einer schwerwiegenden Massnahme oder Strafe wird in Ausführung dieser Rechtsprechung auf die Dauer von 18 Monaten und somit auf jenen Zeitpunkt abgestellt, von welchem an der bedingte Strafvollzug ausgeschlossen ist (BGE 115 Ia 105). Steht im konkreten Fall jedoch von Beginn an ein tatsächlicher Freiheitsentzug zur Diskussion, wird die Grenze tiefer angesetzt. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung genügt es diesfalls, wenn mehr als einige Wochen oder Monate Haft zu erwarten sind (BGE 120 Ia 46).

Justizkommission, 20. Februar 2003

§ 32 Abs. 1 StPO; Art. 29 Abs. 2 BV. Akteneinsicht – Eine Herausgabe von Untersuchungsakten erfolgt nur an patentierte Anwälte, Ämter oder Versicherungsgesellschaften.

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss § 32 Abs. 1 StPO gestattet der Untersuchungsrichter dem Angeschuldigten oder seinem Verteidiger nach Aufnahme des Schlussverhörs Einsicht in die Untersuchungsakten. Soweit der Untersuchungszweck nicht gefährdet erscheint oder andere zwingende Gründe dagegen sprechen, ist eine Einsichtnahme schon in einem früheren Zeitpunkt zuzulassen. Über die Modalitäten der Ausübung dieses Rechtes enthält die zugerische Verfahrensordnung keine Bestimmungen. Nach konstanter Praxis der Strafverfolgungsbehörden wird die Akteneinsicht in den Räumlichkeiten der betreffenden Ämter bzw. Gerichte gewährt. Dabei ist der Einsichtnehmende berechtigt, sich Notizen aus den Akten zu machen oder auf seine Kosten Fotokopien anzufertigen bzw. anfertigen zu lassen, soweit das notwendig ist und sich in einem vernünftigen Umfang hält. Eine Herausgabe der Akten erfolgt nach der erwähnten Praxis nur an patentierte Anwälte, Ämter oder Ver-

sicherungsgesellschaften. Diese Übung, die auch in anderen Kantonen besteht, hält denn auch vor der Verfassung ohne weiteres stand. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 4 Abs. 1 aBV ist dem Akteneinsichtsrecht genüge getan, wenn die Akten am Sitz der betreffenden Behörde eingesehen werden können; ein Anspruch auf Herausgabe von Akten ergibt sich aus Art. 4 aBV nicht (AJP 1994, S. 1476 mit Hinweis auf BGE 108 Ia 7; vgl. auch Alexander Dubach, Das Recht auf Akteneinsicht, Diss. Bern 1990, S. 157). Daran hat sich auch nach dem Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung nichts geändert. Art. 29 Abs. 2 BV garantiert den früher aus Art. 4 aBV abgeleiteten Anspruch auf rechtliches Gehör nun ausdrücklich, und das Akteneinsichtsrecht ist nach wie vor Teilgehalt dieses umfassenden grundrechtlichen Anspruchs. Die Rechtsprechung zum Akteneinsichtsrecht nach Art. 4 aBV hat daher auch für den neuen Art. 29 Abs. 2 BV uneingeschränkt Gültigkeit. Das Recht auf Akteneinsicht als verfassungsrechtliche Minimalgarantie umfasst den Anspruch, die Akten am Sitze der Behörden einzusehen und davon Notizen zu machen. Weiter geht der Anspruch nicht, auch wenn sich dies in manchen Fällen zur Wahrung der Interessen als wünschbar erwiese (BGE 108 Ia 7; vgl. auch BGE 112 Ia 380). Die teilweise gebräuchliche Zustellung von den Akten an Rechtsanwälte, wie dies auch im Kanton Zug der Fall ist, basiert in der Regel nicht auf gesetzlicher Statuierung oder Gewohnheitsrecht, sondern nach der Rechtsprechung auf freiwilliger Kooperation der Behörden und rechtfertigt sich mit der besonderen Stellung und Funktion des Rechtsanwaltes (Thomas Cottier, Anspruch auf rechtliches Gehör, 2. Teil, in: recht 1984, S. 124; Alexander Dubach, a.a.O., S. 161). Schliesslich steht diese Praxis durchaus auch im Einklang mit Art. 6 EMRK (Häfliger/Schürmann, Die europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Bern 1999, S. 188 mit Hinweisen auf die Praxis des Menschenrechtsgerichtshofes). Die Weigerung des Untersuchungsrichteramtes, die Untersuchungsakten bzw. Kopien davon dem Beschwerdeführer zuzustellen, ist daher nicht zu beanstanden.

Justizkommission, 21. Oktober 2003

(Auf eine dagegen erhobene staatsrechtliche Beschwerde trat das Bundesgericht nicht ein.)

§ 56^{bis} Abs. 2 i.V.m. § 34 Abs. 2 StPO; Art. 138 Abs. 1 VZV; Art. 55 SVG. *Kostenauflage bei Einstellung der Untersuchung. – Dem Beschuldigten, welcher zu Unrecht einen Atemlufttest verweigert und damit die Einleitung eines Untersuchungsverfahrens und insbesondere eine unnötige Blutanalyse verursacht hat, sind die Untersuchungskosten aufzuerlegen.*

Aus den Erwägungen:

2. a) Gemäss § 34 Abs. 2 StPO ist im Falle der Einstellung des Untersuchungsverfahrens über die Tragung der Kosten nach den §§ 56 ff. StPO zu entscheiden. Gestützt auf § 56^{bis} Abs. 2 i.V.m. § 34 Abs. 2 StPO können im Falle der Einstellung die Kosten ganz oder teilweise dem Beschuldigten auferlegt werden, wenn dieser die Einleitung des Verfahrens durch ein verwerfliches oder leichtfertiges Verhalten verursacht oder die Durchführung des Verfahrens erschwert hat. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist es mit Art. 6 Ziff. 2 EMRK und Art. 4 aBV (neu Art. 32 BV) allerdings unvereinbar, in der Begründung des Entscheides, mit dem einem Beschuldigten bei Freispruch oder Einstellung des Verfahrens Kosten auferlegt werden, dem Beschuldigten direkt oder indirekt vorzuwerfen, er habe sich strafbar gemacht bzw. es treffe ihn ein strafrechtliches Verschulden. Dagegen ist es mit Verfassung und Konvention vereinbar, einem nicht verurteilten Beschuldigten Kosten dann zu überbinden, wenn er in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise, d.h. im Sinne einer analogen Anwendung der sich aus Art. 41 OR ergebenden Grundsätze, gegen eine geschriebene oder ungeschriebene Verhaltensnorm, die aus der gesamten schweizerischen Rechtsordnung stammen kann und die direkt oder indirekt Schädigungen untersagt bzw. ein Schädigung vermeidendes Verhalten vorschreibt, klar verstossen und dadurch das Strafverfahren veranlasst oder dessen Durchführung erschwert hat (BGE 116 Ia 175). Ein widerrechtliches Verhalten alleine reicht aber für die Kostenhaftung des Beschuldigten nicht aus. Es ist zusätzlich erforderlich, dass dieses widerrechtliche Verhalten die adäquate Ursache für die Einleitung oder Erschwerung des Strafverfahrens bildet (BGE 116 Ia 170).

b) Nach Art. 138 Abs. 1 VZV ist die Blutprobe die geeignete Untersuchungsmassnahme, der sich Fahrzeugführer und an Unfällen beteiligte Strassenbenützer zur Feststellung der Angetrunkenheit nach Art. 55 SVG zu unterziehen haben. Nach Abs. 3 derselben Bestimmung kann zur Vorprobe ein Atemprüfgerät verwendet werden. Von den weiteren Untersuchungen wird abgesehen, wenn die Atemprobe einen Alkoholgehalt von weniger als 0,6 Gewichtspromillen ergibt. Im Sinne dieser Bestimmung ist dem Beschwerdeführer dahin beizupflichten, dass für die Bestimmung einer Angetrunkenheit in erster Linie die Resultate einer Blutprobe entscheidend sind. Allerdings genügt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch das Atemprüfgerät als Beweismittel (BGE 127 IV 172 ff.).

Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer gegenüber der Polizei einen Atemlufttest verweigert hat. Wie sich dem Polizeirapport vom 7. Mai 2002 entnehmen lässt, hat er diesen verweigert und eine Blutprobe gewünscht, welche in der Folge im Kantonsspital Zug vorgenommen werden konnte. Der Beschwerdeführer bestreitet die Zuständigkeit der Polizei für die Anordnung eines Atemlufttests zu Recht nicht. Obwohl die Polizei zunächst aufgrund der Fahrweise des Beschwerdeführers Verdacht auf eine allfällige Angetrunkenheit schöpfte, ist es durchaus möglich, dass sie gestützt auf den Wert des Atemlufttests nicht nur von einer Blutprobe, sondern auch von einer Rapportierung an das Einzelrichteramt abgesehen hätte. Dass ihre Feststellungen in Bezug auf Alkoholmundgeruch und Verhaltensweise des Beschwerdeführers nicht abwegig waren, wie der Beschwerdeführer darzustellen versucht, ergibt sich aus dem Bericht des zuständigen Arztes des Kantonsspitals, welcher seinerseits einen minimalen Alkoholmundgeruch feststellte und schätzte, der Explorand scheinbar «nicht merkbar bis leicht» unter Alkoholeinwirkung zu stehen. Unter diesen Voraussetzungen hat sich der Beschwerdeführer entgegenhalten zu lassen, zu Unrecht einen Atemlufttest verweigert und damit die Einleitung des Verfahrens mit entsprechenden Kosten verursacht zu haben. Die Kostenauflegung durch das Untersuchungsrichteramt ist daher nicht zu beanstanden. Damit erübrigt sich, auf die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Forderung näher einzutreten. Das Verhalten der Polizei im Zusammenhang mit dem Führerausweisentzug wäre ohnehin bei deren Aufsichtsbehörde zu beanstanden.

Justizkommission, 24. Januar 2003

§ 62^{bis} StPO; Art. 90 StGB. Vorsorgliche Massnahmen im Verfahren gegen Kinder und Jugendliche. – Anordnung der stationären Beobachtung eines Jugendlichen zur Abklärung der zweckmässigen Sanktion.

Aus den Erwägungen:

1. a) Die Beschwerdeführer machen im Wesentlichen geltend, die am schwersten wiegenden Straftaten, nämlich die Körperverletzungen zum Nachteil von Z. und von K., datierten vom 4. Juli und 29. September 2002. X. habe die Begehung dieser Delikte anlässlich der Befragung vom 18. November 2002 ohne weiteres eingestanden. Er sehe ein, sich falsch verhalten zu haben und sei bereit, die daraus erfolgenden Konsequenzen zu tragen. Hinsichtlich der behaupteten Nötigung zum Nachteil von M. vom 6. November 2002 halte er daran fest, keinerlei Drohungen ausgestossen zu haben. Mit Ausnahme der Aussagen von M. lägen keine Beweise vor, dass sich der Sach-

verhalt wie beanzeigt zugetragen habe. Die Anlasstaten für die vorsorgliche Massnahme lägen damit mehr als sechs bzw. drei Monate zurück und seither habe X. keine Straftaten mehr begangen. Die für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme erforderliche Dringlichkeit einer sofortigen Wegnahme aus seinem bisherigen Umfeld durch Platzierung in einem geschlossenen Erziehungsheim sei nicht gegeben.

Die vorsorgliche Einweisung stelle eine Zwangsmassnahme strafprozessualer Art dar, für welche die besonderen Leitplanken, die in Lehre und Praxis für die Zulässigkeit solcher Massnahmen entwickelt worden seien, gelten. Neben der gesetzlichen Grundlage und dem öffentlichen Interesse müsse die Verhältnismässigkeit gewahrt werden. Der Eingriff müsse in angemessener Relation zur Schwere der Straftat stehen und müsse erforderlich sein, d.h. es sei das schonendste Mittel auszuwählen. Die Heimeinweisung komme nur dann in Betracht, wenn der Delinquent derart schwer erziehbar, verwahrlost oder gefährdet sei, dass eine Unterbringung in einer Einrichtung mit pädagogisch besonders geschultem Personal erforderlich erscheine, um ihn vor weiteren Delikten abzuhalten. Zur Feststellung der geeigneten Sanktion sei eine gründliche Erforschung der Persönlichkeit des Jugendlichen notwendig, weshalb Art. 90 StGB die Vorschrift enthalte, dass Erhebungen über das Verhalten des Jugendlichen, seine Erziehung und Lebensverhältnisse anzustellen seien. Zu diesem Zweck könnten Berichte und Gutachten über seinen körperlichen und geistigen Zustand eingeholt werden. Dieselben strengen Grundsätze müssten auch bei der Anordnung einer vorsorglichen Massnahme durch die Untersuchungsbehörde im Sinne der Einweisung in ein geschlossenes Erziehungsheim gelten, nachdem damit ebenfalls schwerwiegend in die Rechtsstellung eines Angeschuldigten eingegriffen werde. Zu beachten sei überdies, dass für einen 15-Jährigen die Trennung von seiner Familie infolge eines Aufenthalts in einer geschlossenen Anstalt für Nacherziehung, wo er mit bis zu 18-jährigen Jugendlichen, teilweise Schwerstdelinquenten, zusammentreffe, traumatisierend und damit letztlich kontraproduktiv wirken könne. Nachdem in der Anstalt auch Jugendliche mit Suchtproblemen aufgenommen würden, sei zu befürchten, dass mit der angeordneten Massnahme genau das Gegenteil dessen erreicht werde, was beabsichtigt worden sei. Zu ambulanten Untersuchungen und Befragungen bzw. Gesprächen durch Fachpersonen – ohne Fremdplatzierung – würden X. und dessen Eltern jederzeit Hand bieten.

Die Verletzungen von K., der eine Schulterluxation rechts und Mehrfachverletzungen des linken Kniegelenks erlitten habe, hätten sich unglücklicherweise als schwerer wiegend erwiesen, wobei fraglich erscheine, ob wirklich eine schwere Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB vorliege. Schliesslich weisen die Beschwerdeführer darauf hin, dass die Arbeitslosigkeit von X. nun ein Ende haben werde. Wie aus der Bestätigung der Firma S. hervorgehe, sei dieser Betrieb bereit, X. vorerst für ein Schnupperpraktikum von drei Monaten einzustellen, mit einer Option auf Verlängerung.

Damit werde ihm die einmalige Chance geboten, nun doch eine Berufsausbildung absolvieren zu können. Die verfügte Einweisung würde diese Möglichkeit zunichte machen, abgesehen davon, dass zu befürchten wäre, ein solcher Aufenthalt würde X. noch mehr gefährden.

b) In seiner Stellungnahme vom 13. Januar 2003 zur aufschiebenden Wirkung schilderte der Jugendanwalt die bisherigen Bemühungen der Jugendanwaltschaft im Hinblick auf die erforderlichen Abklärungen. Ergänzend fügte er in der Vernehmlassung vom 15. Januar 2003 hinzu, X. sei am 14. Januar 2003 für den Eintritt ins Jugendheim Aarburg nicht erschienen. Durch dessen Schwester sei mitgeteilt worden, dass er sich seit dem 11. Januar 2003 im Ausland aufhalte. Inzwischen sei er zur Verhaftung und Zuführung ausgeschrieben worden.

Auch wenn im Jugendstrafrecht eine Erziehungsmassnahme nicht nur bei so genannten schweren Delikten angeordnet werde, erfüllten die vom Beschuldigten begangenen Delikte zweifellos dieses Erfordernis. Wenn man zusätzlich die bisherige Delinquenz, das Verhalten in der Schule sowie die persönliche Perspektivenlosigkeit betrachte, so sei eine möglichst baldige Persönlichkeitsabklärung an einem unabhängigen Ort nicht nur zweckmässig, sondern dringend notwendig. Entgegen den Ausführungen in der Beschwerde könnten Berichte und Gutachten über den körperlichen und geistigen Zustand des Beschwerdeführers nicht einfach eingeholt werden. Angesichts der mangelnden Kooperation von X. und dessen Eltern, aber auch aufgrund der dargelegten Schwierigkeiten, sei eine stationäre Abklärung im vorliegenden Fall absolut angezeigt.

Die Ausführungen der Verteidigung müssten als Stimmungsmache beurteilt werden, habe der Beschuldigte doch beachtliche Delikte begangen. Im Übrigen sei er nicht 15, sondern 16½ Jahre alt und werde beim möglichen Kontakt mit anderen straffälligen Jugendlichen wohl kaum traumatisiert werden. Im Übrigen könnte sich eine Trennung von der vermutlich allzu bestimmenden Familie auch positiv auswirken, würde X. doch endlich einmal die Möglichkeit erhalten, sich frei von familiärem Druck zu entfalten. Die stationäre Abklärung dauere in der Regel ca. sechs Monate, ob diese nun in einem offenen oder einem geschlossenen Rahmen stattfinde. Ursprünglich habe die Jugendanwaltschaft die Abklärung in einem offenen Rahmen durchführen lassen wollen, habe sich in der Folge aber wegen der ablehnenden Haltung von X. und dessen Eltern aus Sicherheitsgründen für einen geschlossenen Rahmen entschieden. Eine ambulante Abklärung sei angesichts der grossen Problematik von X., aber auch wegen der mangelnden Kooperationsbereitschaft ausgeschlossen. Bei einer stationären Abklärung könne der Beschuldigte in verschiedenen Bereichen und über längere Zeit beobachtet werden als bei einer ambulanten Abklärung.

Bei X. bestehe wegen seiner Struktur- und Perspektivenlosigkeit eine erhebliche Gefahr weiterer Delinquenz. Die Jugendanwaltschaft trage auch

eine Verantwortung gegenüber der Öffentlichkeit, dass nicht weitere Personen Opfer seiner Aggressivität würden. Seine Delinquenz sei eine Kompensation für fehlende Berufsidentität und fehlende Chancen, einen guten Platz in der Gesellschaft zu finden. Entgegen den Ausführungen des Verteidigers könne die angebliche Schnupperlehre kaum als einmalige Berufschance bezeichnet werden. Es sei vielmehr zu erwarten, dass X. auf dem freien Markt aufgrund des in der Schule gezeigten Verhaltens und seiner geringen Frustrationstoleranz und Konfliktfähigkeit keine Anlehre oder gar Lehre werden bestehen können. Im Gegensatz dazu werde er im Rahmen einer anschließenden stationären Massnahme möglicherweise einen Ausbildungsplatz bekommen, wo er im Rahmen seiner Möglichkeiten optimal gefördert werde und vielleicht gar eine Berufslehre abschliessen könne.

c) In der Stellungnahme vom 16. Januar 2003 hält der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer der Jugendanwaltschaft entgegen, sie hätte genügend Zeit gehabt, ihre Einweisungsverfügung so zu terminieren, dass der Eintritt auf einen Zeitpunkt nach Ablauf der Beschwerdefrist hätte festgelegt werden können, wodurch vermieden worden wäre, dass sich der Beschwerdeführer und seine Familie solchermassen «überfahren» gefühlt hätten. Es sei in der Tat so, dass sowohl X. als auch dessen Eltern eine Fremdplatzierung ablehnten. Wie bereits in der Beschwerde dargelegt, erscheine eine solche angesichts der in Frage stehenden Delikte auch zur (blossen) Abklärung als unverhältnismässig. Einen Grund dafür, dass eine solche Abklärung nur in einer geschlossenen Anstalt durchgeführt werden könne, sei seitens der Jugendanwaltschaft nicht dargelegt worden und sei auch nicht ersichtlich. Die von der Jugendanwaltschaft ins Feld geführte Fluchtgefahr bestehe nicht in grundsätzlicher Hinsicht, sei doch X. trotz des laufenden Strafverfahrens aus seinem Ferienaufenthalt im Kosovo wieder in die Schweiz zurückgekehrt. Vorliegend habe einzig das – durch die bereits erörterte, ein wenig unglückliche Terminierung seitens der Jugendanwaltschaft geschaffene – «fait accompli» dazu geführt, dass X. keine andere Möglichkeit gesehen habe, als sich der angeordneten Massnahme zu entziehen.

Die Ausführungen der Jugendanwaltschaft zum familiären Druck, unter dem X. angeblich leide, seien äusserst unbestimmt, so dass eine Stellungnahme nicht möglich sei. Allerdings sei festgehalten, dass die Familie keineswegs Druck auf ihn ausübe, in irgendeiner Weise straffällig zu werden. Die Firma S. habe sich bereit erklärt, X. trotz seines jetzigen Weggangs einzustellen. Er werde dort auch die Möglichkeit erhalten, eine Berufslehre abzuschliessen zu können. Dass er hierzu eines Rahmens bedürfe, wie er nur in einer geschlossenen Anstalt geboten werden könne, sei eine blosser Mutmassung, die sich auf keinerlei Erfahrungswerte stütze, habe doch X. bis anhin noch nie eine Arbeitsstelle inne gehabt und insbesondere auch noch nie eine Lehre oder Anlehre abgebrochen. Unzutreffend sei auch, dass er von der Berufswahlschule gewiesen worden sei. Im Gegenteil habe er sie aus freien Stücken verlassen.

Schliesslich sei zu bemängeln, dass sich die Jugendanwaltschaft bei ihrem Entscheid offenbar auf Aussagen von B., Werklehrer und ehemaliger Lehrer von X., stütze, die ihm nicht bekannt seien. Es sei ihm nie Gelegenheit zu einer Stellungnahme gegeben worden. Dadurch sei das rechtliche Gehör verletzt worden, wodurch die Anordnung an einem absoluten Nichtigkeitsgrund leide.

2. a) Das Jugendstrafrecht stellt in zweierlei Hinsicht Sonderstrafrecht dar, indem es einerseits einen bestimmten, altersmässig genau abgegrenzten Personenkreis (minderjährige Täter zwischen 7 und 18 Jahren) erfasst und andererseits die Sanktionen sich nach andern, vom Erwachsenenstrafrecht abweichenden Gesichtspunkten bestimmen. Die Sanktionen des Jugendstrafrechts sind ausschliesslich auf die Spezialprävention ausgerichtet und bezwecken die Bekämpfung einer allfälligen besonderen Rückfallsgefahr sowie ganz allgemein die soziale Eingliederung des Täters (Jörg Rehberg, *Strafrecht II, Strafen und Massnahmen – Jugendstrafrecht*, 7. A., Zürich 2001, S. 192 ff.; Stefan Trechsel, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, 2. A., Zürich 1997, vor Art. 82).

Nach Art. 90 StGB, welcher die Untersuchung gegenüber Jugendlichen (Täter zwischen 15 und 18 Jahren) regelt, stellt die zuständige Behörde den Sachverhalt fest. Soweit die Beurteilung des Jugendlichen es erfordert, macht sie Erhebungen über das Verhalten, die Erziehung und die Lebensverhältnisse des Jugendlichen und zieht Berichte und Gutachten über dessen körperlichen und geistigen Zustand ein. Sie kann auch die Beobachtung des Jugendlichen während einer gewissen Zeit anordnen. Art. 90 StGB geht als Regel von der ambulanten Begutachtung aus. Diese erweist sich jedoch in komplexen Fällen oder wenn die Bereitschaft des Täters oder seiner Erzieher zur Kooperation fehlt als unzureichend, so dass sich eine stationäre Begutachtung aufdrängt, die hierfür wesentlich günstigere Bedingungen aufweist. Sind Komplexität oder mangelnde Kooperationsbereitschaft erkennbar, kann und muss die Einweisung in eine Beobachtungsstation direkt erfolgen. Ziel der gesamten Persönlichkeitsforschung ist die Beschaffung aller notwendigen und möglichen Angaben über den Täter und sein Milieu, die ein umfassendes Bild über dessen Zustand ergeben, sein bisheriges Verhalten verstehen lassen und gestatten, vorausschauend Schlüsse auf seine weitere Entwicklung zu ziehen, d.h., eine Diagnose und Prognose zu stellen (Marie Boehlen, *Kommentar zum Schweizerischen Jugendstrafrecht*, Bern 1975, S. 132 in Verbindung mit S. 54 ff.).

b) Wie sich den Akten entnehmen lässt und auch unbestritten ist, wurde X. in den Jahren 1998 und 1999 im Alter von 12 und 13 Jahren wiederholt straffällig, wobei es damals in erster Linie um Vermögensdelikte ging. Demgegenüber werden ihm in der laufenden Untersuchung strafbare Handlungen gegen Leib und Leben sowie gegen die Freiheit zur Last gelegt. Im Vordergrund steht der Verdacht der schweren Körperverletzung zum Nachteil von

K. als Folge der Attacke vom 29. September 2002. Zu Recht hat sich die Jugendanwaltschaft aufgrund dieser neuen Vorgänge und deren besonders brutale Art veranlasst gesehen, grundlegende Abklärungen in Bezug auf die Persönlichkeit von X. zu veranlassen. Der Jugendanwalt hat gegenüber der Justizkommission dargelegt, welche Bemühungen unternommen worden sind, und weshalb schliesslich eine geschlossene Anstalt in Betracht gezogen werden musste. Wie sich den Schilderungen entnehmen lässt, wurden X. und dessen Eltern vorgängig darüber informiert, weshalb nicht behauptet werden kann, sie seien damit «überfahren» worden. Wenn sich die Jugendanwaltschaft letztlich aufgrund der Umstände und insbesondere der fehlenden Kooperationsbereitschaft zu (zeitlich beschränkten) stationären Abklärungen entschloss, ist dies keineswegs zu beanstanden. Ambulante Abklärungen kommen insbesondere bei einigermaßen stabilen Verhältnissen in Frage, was vorliegend gerade nicht der Fall ist. Sowohl die berufliche Situation als auch das Verhalten der Eltern lassen nicht erwarten, dass der Zweck auch mit ambulanten Abklärungen erreicht werden könnte. Daran vermag auch die im Beschwerdeverfahren eingereichte Vereinbarung mit einer Firma S. nichts zu ändern. Vielmehr ist erforderlich, dass durch eine intensive, individuell abgestimmte pädagogische Betreuung, verbunden mit einer internen Tagesstruktur, zunächst die erforderlichen Beobachtungen und Abklärungen sowie allfällige Anschlusslösungen geplant und eingeleitet werden können. Genau dies beabsichtigt die Jugendanwaltschaft mit der angeordneten vorsorglichen Einweisung. Demgegenüber scheinen X. und dessen Eltern vielmehr den scheinbar einfachsten Weg gehen zu wollen, ohne längerfristige Ziele anzustreben. In etwas mehr als einem Jahr wird der Beschwerdeführer 18 Jahre alt, womit bei erneuter Straffälligkeit die Privilegierung aufgrund des Jugendstrafrechts entfallen wird. Die eingeleitete Massnahme kann daher für den Beschwerdeführer eine vorteilhafte Chance sein. Gerade bei Jugendlichen im Alter zwischen 15 und 18 Jahren ist eine sorgfältige berufliche Abklärung von besonderer Bedeutung, denn die Berufs- und Ausbildungsprobleme nehmen eine zentrale Stellung ein (vgl. dazu Marie Boehlen, a.a.O., S. 132 ff.). Schliesslich ist der Jugendanwaltschaft auch dahingehend beizupflichten, dass sie angesichts des manifestierten Gefährdungspotentials dem öffentlichen Interesse Rechnung zu tragen hat. Demgegenüber vermögen die Ausführungen der Beschwerdeführer nicht zu überzeugen. Vielmehr entsteht der Eindruck, dass sie den Ernst der Lage (noch) nicht erkannt haben. Selbst wenn auf die Aussagen des Beschwerdeführers in Bezug auf den Vorfall vom 29. September 2002 abgestellt wird, wird deutlich, mit welcher Brutalität gegenüber einem unbekanntem Dritten vorgegangen worden ist. Unter den gegebenen Umständen musste die Jugendanwaltschaft reagieren und die erforderlichen, längerfristigen Massnahmen in die Wege leiten. Dabei genügte es nicht, wie die Beschwerdeführer einräumen, X. habe sein Fehlverhalten eingesehen und sei bereit, die Konsequenzen zu tragen. Weitere Zweifel an seiner Kooperationsbereitschaft sind auch daraus abzuleiten, dass er sich dem Eintritt vom 14. Januar 2003 entzogen und ins Ausland abgesetzt hat.

Abschliessend ist in Bezug auf die geltend gemachte Verletzung des rechtlichen Gehörs im Zusammenhang mit der Auskunft von B. anzumerken, dass eine solche im Beschwerdeverfahren vor der Justizkommission des Obergerichts mit voller Kognition ohnehin geheilt werden kann. Zudem kommt dieser Auskunft keine entscheidende Bedeutung zu, weshalb nicht näher darauf einzutreten ist.

Justizkommission, 24. Januar 2003

(Eine dagegen von X. und seinen Eltern erhobene staatsrechtliche Beschwerde wurde vom Bundesgericht abgewiesen.)

Art. 63 ff. IRSG. Internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Es ist grundsätzlich Sache der schweizerischen Behörden, diejenigen Akten auszuscheiden, die den ausländischen Strafverfolgungsbehörden übermittelt werden. Sie sind verpflichtet, den ausländischen Behörden sämtliche Aktenstücke zu übermitteln, die sich auf den im Ersuchen enthaltenen Verdacht beziehen können; auch handschriftliche Gesprächsnotizen können darunter fallen. Die Verweigerung der Herausgabe von Unterlagen mit der Begründung, der ersuchende Staat verfüge bereits über genügende Beweismittel, ist nicht zulässig.

Aus den Erwägungen:

2. a) Für die Gewährung der Rechtshilfe zwischen der Schweiz und Deutschland sind das Europäische Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 (EUeR; SR 0.351.1), dem sowohl Deutschland als auch die Schweiz beigetreten sind, sowie der zwischen den beiden Staaten bestehende Zusatzvertrag vom 13. November 1969 (ZV-D/EUeR; SR 0.351.913.61) anwendbar. Soweit internationale Vereinbarungen nichts anderes bestimmen, gelangt ergänzend das interne Recht der Schweiz, also das Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. März 1981 / 4. Oktober 1996 (IRSG) und die dazugehörige Ausführungsverordnung vom 24. Februar 1982 / 9. Dezember 1996 (IRSV) zur Anwendung (vgl. Art. 1 Abs. 1 IRSG).

b) Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist es grundsätzlich Sache der schweizerischen Behörden, diejenigen Akten auszuscheiden, die den ausländischen Strafverfolgungsbehörden übermittelt werden. Daher ist es nicht zulässig, die Auswahl der für das ausländische Strafverfahren erheblichen Akten vollständig den ausländischen Behörden zu überlassen. Indessen ist die ersuchende Behörde nicht verpflichtet zu beweisen, dass der Beschuldigte die ihm vorgeworfenen Taten begangen hat. Ob die Beschuldigten die ihnen vor-

geworfenen Taten begangen haben, ist ausschliesslich im ausländischen Strafverfahren zu prüfen. Die schweizerischen Behörden sind deshalb verpflichtet, den ausländischen Behörden alle diejenigen Aktenstücke zu übermitteln, die sich auf den im Ersuchen enthaltenen Verdacht beziehen können. Nicht zulässig wäre es, den ausländischen Behörden nur diejenigen Unterlagen zu überlassen, die den im Rechtshilfeersuchen dargestellten Sachverhalt mit Sicherheit beweisen. Massgeblich ist die potenzielle Erheblichkeit der beschlagnahmten Aktenstücke: Den ausländischen Strafverfolgungsbehörden sind diejenigen Aktenstücke zu übermitteln, die sich möglicherweise auf den im Rechtshilfeersuchen dargestellten Sachverhalt beziehen können; nicht zu übermitteln sind nur diejenigen Akten, die für das ausländische Strafverfahren mit Sicherheit nicht erheblich sind. Den ausländischen Strafverfolgungsbehörden obliegt es dann, aus den möglicherweise erheblichen Akten diejenigen auszuscheiden, welche die den Beschuldigten vorgeworfenen Taten beweisen (BGE 122 II 371).

c) Die Beschwerdeführerin bestreitet allgemein die Bedeutung der ausgesonderten Unterlagen für das deutsche Strafverfahren mit dem Hinweis, es handle sich einerseits um persönliche Unterlagen, für welche überdies keine Aufbewahrungspflicht nach schweizerischem Recht bestehe, und andererseits könnten die nötigen Informationen über abgeschlossene Geschäfte auch in Deutschland über die Grundbuch- und Handelsregisterämter beschafft werden. Mit der Argumentation der Staatsanwaltschaft, aus den ausgesonderten Unterlagen liessen sich Schlussfolgerungen auf die geschäftlichen Beziehungen des Angeschuldigten K. ziehen, setzt sich die Beschwerdeführerin hingegen nicht auseinander, sondern wiederholt vielmehr grösstenteils ihre bereits vor Erlass der Schlussverfügung ausgeführten Argumente. Gemäss der vorangehend dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der ersuchenden Behörde jedoch alles herauszugeben, was sich auf den im Rechtshilfeersuchen enthaltenen Verdacht beziehen könnte. Können die beschlagnahmten Unterlagen als Indizien oder Beweise im Strafverfahren dienen bzw. besteht die Möglichkeit, aus ihnen Schlussfolgerungen auf den inkriminierten Sachverhalt ziehen zu können, sind diese an die ersuchende Behörde herauszugeben. Wie der zuständige Staatsanwalt nach eingehender Prüfung in seinen Erwägungen zutreffend festhielt, besteht diese Möglichkeit bezüglich der ausgesonderten Dokumente, insbesondere in Bezug auf die beschlagnahmten handschriftlichen Gesprächsnotizen von R. Hierzu äussert sich die Beschwerdeführerin nicht. Im Übrigen ist die Argumentation betreffend Einsichtnahme bei Grundbuch- und Handelsregisterämtern in Deutschland nicht stichhaltig. Es ist dadurch noch lange nicht gewährleistet, dass entsprechende Nachfragen bei den zuständigen Ämtern überhaupt die gleichen Informationen zu Tage fördern würden; beispielsweise würden auf diesem Wege allenfalls nicht sämtliche durchgeführten oder auch geplanten Geschäfte erfasst werden und ist zudem nicht ausgeschlossen, dass sich aus den handschriftlichen Notizen darüber hinausgreifende Indizien für die Gegenstand des Ersu-

chens bildenden strafbaren Handlungen ergeben. Hinzu kommt, dass die schweizerische Behörde nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die entsprechenden Unterlagen nicht unter Berufung auf das Verhältnismässigkeitsprinzip verweigern kann, mit der Begründung, der ersuchende Staat verfüge bereits über genügende Beweismittel (BGE 113 Ib 164).

Ferner ist auch nicht nachvollziehbar, weshalb die Tatsache, dass es sich unter anderem um handschriftliche Gesprächsnotizen handelt, oder die Möglichkeit, dass allenfalls eine entsprechende buchhalterische Aufbewahrungspflicht fehlt, einer Herausgabe der besagten Unterlagen entgegenstehen könnten. Grundsätzlich sind sämtliche vorhandenen Unterlagen, welche Aufschluss über den inkriminierten Sachverhalt geben können, zu berücksichtigen und herauszugeben. Die Frage, ob diese Unterlagen überhaupt hätten aufbewahrt werden müssen, spielt dabei keine Rolle. Es ist darüber hinaus nicht Sache der schweizerischen Behörde, die Untersuchungsmassnahmen der ersuchenden Behörde zu werten. In komplexen Fällen ist einzig die mit der Untersuchung selbst befasste Behörde in der Lage, abschliessend zu beurteilen, ob und welche Dokumente sich als belastende und entlastende Beweismittel eignen (vgl. BGE 115 Ib 83). Die Staatsanwaltschaft hat einzig zu prüfen, ob die Unterlagen, um die jene ersucht, für das ausländische Strafverfahren grundsätzlich erheblich sein können, bzw. sind nur jene nicht zu übermitteln, bei welchen eine solche Erheblichkeit eindeutig verneint werden kann. Wie bereits ausgeführt und von der Staatsanwaltschaft nach eingehender Prüfung richtig festgehalten, kann vorliegend nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden, dass die ausgesonderten Dokumente für das Strafverfahren in Deutschland von Bedeutung sind.

Justizkommission, 17. Januar 2003

3. Anwaltsrecht

§ 56^{bis} Abs. 2 i.V.m. § 34 Abs. 2 StPO; Art. 4 aBV; Art. 6 Ziff. 2 EMRK; Art. 321 StGB. *Kostenauflage bei Einstellung der Untersuchung – Einem Rechtsanwalt, der vor der von ihm im Zusammenhang mit einer Honorarstreitigkeit verlangten Vermittlungsverhandlung beim Friedensrichteramt kein Gesuch um Entbindung vom Berufsgeheimnis eingereicht hat, dürfen bei Einstellung der Strafuntersuchung die Kosten auferlegt werden.*

Aus den Erwägungen:

3. a) Gestützt auf § 56^{bis} Abs. 2 i.V.m. § 34 Abs. 2 StPO können im Falle der Einstellung die Kosten ganz oder teilweise dem Angeschuldigten auferlegt werden, wenn dieser die Einleitung des Verfahrens durch ein verwerfliches oder leichtfertiges Verhalten verursacht oder die Durchführung des Verfahrens erschwert hat. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist es allerdings mit Art. 6 Ziff. 2 EMRK und Art. 4 aBV unvereinbar, in der Begründung des Entscheides, mit dem einem Angeschuldigten bei Freispruch oder Einstellung des Verfahrens Kosten auferlegt werden, dem Angeschuldigten direkt oder indirekt vorzuwerfen, er habe sich strafbar gemacht bzw. es treffe ihn ein strafrechtliches Verschulden. Dagegen ist es mit Verfassung und Konvention vereinbar, einem nicht verurteilten Angeschuldigten Kosten dann zu überbinden, wenn er in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise, d.h. im Sinne einer analogen Anwendung der sich aus Art. 41 OR ergebenden Grundsätze, gegen eine geschriebene oder ungeschriebene Verhaltensnorm, die aus der gesamten schweizerischen Rechtsordnung stammen kann und die direkt oder indirekt Schädigungen untersagt bzw. ein Schädigung vermeidendes Verhalten vorschreibt, klar verstossen und dadurch das Strafverfahren veranlasst oder dessen Durchführung erschwert hat (BGE 116 Ia 175).

b) Die Untersuchungsrichterin sah den Verstoß gegen eine geschriebene Verhaltensnorm, welche ihres Erachtens die Kostenauflegung rechtfertigte, darin, dass der Angeschuldigte vor der von ihm verlangten Vermittlungsverhandlung beim Friedensrichteramt kein Gesuch um Entbindung vom Berufsgeheimnis eingereicht hatte. Damit nahm die Untersuchungsrichterin offensichtlich Bezug auf Art. 321 StGB, weshalb ihr nicht vorgeworfen werden kann, sie habe die Verhaltensnorm nicht genannt. Es stellt sich daher die Frage, ob der Beschwerdeführer sich ein nach zivilrechtlichen Gesichtspunkten vorwerfbares Verhalten entgegenhalten lassen muss, woraus sich die Kostenauflegung ableiten lässt. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist es mit Art. 6 Ziff. 2 EMRK und Art. 4 aBV (neu Art. 32 BV) vereinbar, die Kostenaufgabe mit einem fehlerhaften Verhalten des Angeschuldigten zu begründen, das sich sachlich mit dem Vorwurf deckt, der Gegenstand der strafrechtlichen Anschuldigung bildete, wobei die rechtlichen Voraussetzungen für eine Verurtei-

lung nach dem entsprechenden Straftatbestand fehlten. Es ist nicht ausgeschlossen, dem nicht verurteilten Angeschuldigten die Verfahrenskosten wegen eines Verhaltens aufzuerlegen, das in objektiver Hinsicht die Merkmale eines Straftatbestandes erfüllt, denn mit dem in Art. 6 Ziff. 2 EMRK verankerten Grundsatz der Unschuldsvermutung kann – so das Bundesgericht – nur die Vermutung gemeint sein, dass der Betroffene nicht sämtliche zu seiner Verurteilung erforderlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit (tatbestandsmässiges, rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten) kumulativ erfüllt hat. Wie sich aus der Rechtsprechung der Strassburger Organe ergebe, so das Bundesgericht weiter, verletze ein Kostenentscheid das Prinzip der Unschuldsvermutung nur dann, wenn seine Begründung den Eindruck erwecke, dem nicht verurteilten Angeschuldigten werde eben doch ein strafrechtliches Verschulden zur Last gelegt. Hingegen sei es nicht konventionswidrig, wenn ein Angeschuldigter deshalb mit Kosten belastet werde, weil er das Strafverfahren durch ein leichtfertiges oder verworfliches Verhalten im Sinne der entsprechenden Bestimmungen der kantonalen Strafprozessordnungen veranlasst habe (BGE 116 Ia 174 mit Hinweisen). Es ist daher im Folgenden zu prüfen, ob das Verhalten des Beschwerdeführers einzelne Merkmale gemäss Art. 321 StGB erfüllt, welche eine Kostenauflegung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu rechtfertigen vermag.

c) Objektives Tatbestandsmerkmal von Art. 321 Ziff. 1 StGB ist das Offenbaren eines Geheimnisses, welches dem Rechtsanwalt infolge seines Berufes anvertraut worden ist oder das er in dessen Ausübung wahrgenommen hat. Geheimnisse sind Tatsachen, die relativ unbekannt sind und an deren Geheimhaltung für den Geheimnisherrn ein berechtigtes Interesse besteht, das er gewahrt wissen will (Günter Stratenwerth, Schweiz. Strafrecht, Besonderer Teil II, 4. A., Bern 1995, § 59 N 18 mit Hinweisen). Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer mit seinem Gesuch an das Friedensrichteramt nicht nur notwendigerweise die Namen seiner Klienten, sondern auch den Gegenstand der anwaltlichen Beratung preisgegeben hat. Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass beide Tatsachen grundsätzlich unter das Berufsgeheimnis eines Anwalts fallen, wovon offenbar auch die Aufsichtskommission ausgegangen ist, ansonsten sich die Frage der Entbindung gar nicht gestellt hätte. Im Weiteren kann auch nicht ernsthaft in Frage gestellt werden, dass als Aussenstehender auch zu gelten hat, wer seinerseits einer Schweigepflicht untersteht (vgl. Günter Stratenwerth, a.a.O., § 59 N 19). Der Einwand des Beschwerdeführers in Bezug auf die Schweigepflicht des Friedensrichteramtes ist daher unbehelflich. Schliesslich ist auch unbestritten, dass für eine Offenbarung von Geheimnissen weder eine Einwilligung der Klienten als Geheimnisherrn noch eine Entbindung vom Berufsgeheimnis seitens der Aufsichtsbehörde vorliegt. Über Letzteres hat sich die Untersuchungsrichterin denn auch schriftlich bei der Obergerichtskanzlei erkundigt, worauf diese ihr beschied, dass kein entsprechendes Verfahren durchgeführt worden oder

pendent sei. Wenn der Beschwerdeführer mithin argwöhnt, das Obergericht hätte erklärt, dass tatsächlich eine Verletzung des Berufsgeheimnisses vorgelegen habe, ist dies aktenwidrig. Die Frage einer Vorbefassung stellt sich daher entgegen der Meinung des Beschwerdeführers nicht.

Weder die Namen der Klienten, welche dem Beschwerdeführer einen Beratungsauftrag erteilt hatten, noch der Gegenstand der Beratung sind Tatsachen, die allgemein bekannt waren und an deren Geheimhaltung die Klienten des Beschwerdeführers nicht offenkundig ein Interesse hatten. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Verkäuferschaft vom Vertretungsverhältnis Kenntnis erhielt; insofern war das Einverständnis zur Offenbarung mit dem Auftrag verbunden. Im Übrigen durften sie als Klienten eines Rechtsanwalts aber auf die Einhaltung der Schweigepflicht – auch nach Abschluss des Mandats – vertrauen. Ist mithin davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer ohne Einwilligung seitens der Geheimnisherren bzw. ohne Entbindung vom Berufsgeheimnis Tatsachen, die der Geheimhaltung unterliegen, Aussenstehenden offenbart hat, so stellt sich die Frage, ob eine Entbindung gar nicht erforderlich war, wie die Aufsichtskommission im erwähnten Entscheid angenommen hat, weil – wie sie letztlich annahm – eine Berufung auf die Geheimhaltungspflicht gegen Treu und Glauben verstossen würde.

d) Honorarstreitigkeiten sind – obschon insgesamt nicht zahlreich – naturgemäss die häufigsten Streitigkeiten, welche zwischen einem Rechtsanwalt und seinen Klienten entstehen können. Hat der Rechtsanwalt für seine Aufwendungen keine Vorschüsse verlangt oder ist er mit den geleisteten Vorschüssen nicht genügend abgedeckt, so kann er sich veranlasst sehen, gegen seinen Klienten vorzugehen, wenn dieser sich weigert, das Honorar, zu dessen Bezahlung er sich mit dem Auftrag verpflichtet hat, zu bezahlen. Es gibt nun Lehrmeinungen, von denen sich die Aufsichtskommission im erwähnten Entscheid leiten liess, welche davon ausgehen, es könne bei Honorarstreitigkeiten auf das Erfordernis einer formellen Entbindung vom Anwaltsgeheimnis verzichtet werden (vgl. Christian Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N 1157 für die Urkundsperson; Jörg Schwarz, Das Anwaltsgeheimnis, in: Schweizerisches Anwaltsrecht, Bern 1998, S. 123; Walter Fellmann, Der einfache Auftrag, Berner Kommentar, Band VI, Bern 1992, N 92 zu Art. 398). Auch die Aufsichtsbehörde über die Urkundspersonen des Kantons Luzern ist in einem Entscheid vom 6. Dezember 1996 auf ein Entbindungsgesuch nicht eingetreten mit der Begründung, ein Geheimhaltungsdispens sei bei Honorarstreitigkeiten gar nicht erforderlich (vgl. Jörg Schwarz, a.a.O., S. 124). Dazu ist Folgendes zu bemerken: Christian Brückner setzt sich mit Forderungen von Urkundspersonen gegenüber ihren Klienten auseinander. Es ist zumindest fraglich, ob das Beurkundungswesen mit teilweise vorgegebenen Gebühren ohne weiteres vergleichbar ist mit der anwaltlichen Beratungstätigkeit. Jörg Schwarz, der sich einerseits für einen Verzicht auf einen Geheimhaltungsdispens ausspricht, zumindest in Bezug auf Bagatell-

beträge, erachtet andererseits einen ausdrücklichen Verzicht im Vollmachtsformular als «äusserst fragwürdig» (a.a.O., S. 124). Diese Differenzierung zeigt die Problematik deutlich auf. Wenn tatsächlich von einem (stillschweigenden) Verzicht auf ein Entbindungsgesuch auszugehen wäre, würde folgerichtig auch nichts dagegen sprechen, einen entsprechenden ausdrücklichen Verzicht bereits in der Vollmacht aufzunehmen. Solange keine Verpflichtung für den Rechtsanwalt besteht, im Hinblick auf einen Honorarstreit vorgängig den Klienten um eine Einwilligung anzugehen und ihn aufzufordern, allfällige Einwände vorzubringen, ist nicht einzusehen, weshalb ausschliesslich bei Honorarstreitigkeiten generell von einem Entbindungsgesuch abgesehen werden soll. Ohne vorgängige Kontaktnahme seitens des Rechtsanwalts im erwähnten Sinne, erhält ein Klient als Geheimnisherr erst im Rahmen des Verfahrens vor der Aufsichtsbehörde die Möglichkeit, allfällige Einwände im Hinblick auf die Interessenabwägung vorbringen. Allenfalls vermag er gerade in Bezug auf Abgrenzungsfragen konkrete Anhaltspunkte zu liefern. Die Aufsichtskommission will es dem Anwalt überlassen, «in Zweifelsfällen und zur Einschränkung des eigenen Risikos» ein Gesuch einzureichen (Urteil vom 25. Juni 2002, S. 5). Es ist aber nicht einzusehen, weshalb allein bei der Verpflichtung zur Begleichung des Honorars, dessen Umfang in der Regel nicht zum vornherein feststeht, von einer stillschweigenden Einwilligung ausgegangen werden soll. In diesem Zusammenhang ist auch der Auffassung von Walter Fellmann zu widersprechen, dem Beauftragten könne nicht zugemutet werden, durch Stillschweigen auf sein Recht zu verzichten und dadurch das treulose Verhalten des Auftraggebers noch unterstützen zu müssen (a.a.O., N 92 zu Art. 398). Hat der Rechtsanwalt die Möglichkeit, mit einem Gesuch bei der Aufsichtsbehörde nötigenfalls klare Verhältnisse zu schaffen, so kann von einem Verzicht auf seinen Honoraranspruch keine Rede sein. Solche Gesuche sind regelmässig mit einem bescheidenen Aufwand verbunden und insofern verhältnismässig. Zudem kann der Rechtsanwalt die damit zusammenhängenden Aufwendungen als Schaden im Honorarprozess geltend machen. Umgekehrt kann sich der Klient allenfalls gezwungen sehen, jede Honorarforderung zu bezahlen, um das Berufsgeheimnis gewahrt zu sehen.

Nach Ansicht der Justizkommission ist daher eine Berufung des Klienten auf die Schweigepflicht nicht generell als Verstoß gegen Treu und Glauben zu betrachten. Vielmehr soll ein Klient mit Rücksicht auf die Bedeutung des Berufsgeheimnisses im Entbindungsverfahren zumindest die Möglichkeit haben, seine Geheimhaltungsinteressen einzubringen und beispielsweise einen bestimmten Themenkreis ausdrücklich ausklammern zu lassen, ohne dies einfach dem Verlauf des Honorarprozesses überlassen zu müssen. Dies kann im Übrigen auch zur Vermeidung eines anschliessenden Strafverfahrens beitragen. Es genügt nicht, dieses Risiko einfach dem Rechtsanwalt zu überlassen. In diesem Sinne betrachtet die Justizkommission eine Entbindung vom Berufsgeheimnis im Hinblick auf die Durchsetzung einer Honorarforderung nicht als reine Formalität, sondern nach wie vor als gerecht-

fertigt, zumal der Geheimnisherr einen Honorarprozess im Unterschied zu einem von ihm eingeleiteten Straf- bzw. Disziplinarverfahren nicht auslöst, sondern vom Rechtsanwalt ins Recht gefasst wird.

e) Das Verhalten des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit dem Gesuch und der Durchführung der Vermittlungsverhandlung beim Friedensrichteramt erfüllt die objektiven Merkmale des Tatbestandes der Verletzung des Berufsgeheimnisses im Sinne von Art. 321 StGB, nämlich das Offenbaren von Geheimnissen ohne Einwilligung bzw. Entbindung. Ob dies vorsätzlich und schuldhaft geschah, kann ausdrücklich offen bleiben. Allein das objektiv vorschriftswidrige Verhalten ist dem Beschwerdeführer als zivilrechtlich vorwerfbar im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entgegen zu halten, weshalb die Kostenauflegung durch das Untersuchungsrichteramt nicht zu beanstanden ist. Aus denselben Gründen bestand für das Untersuchungsrichteramt auch keinerlei Anlass, eine Kostenauflegung zu Lasten der Antragsteller in Betracht zu ziehen, weshalb auf den Eventualantrag des Beschwerdeführers nicht näher einzutreten ist.

Justizkommission, 1. Oktober 2002

§§ 13 und 21 des Gesetzes über die öffentliche Beurkundung und Beglaubigung in Zivilsachen; Prüfungspflicht einer Urkundsperson bei der öffentlichen Beurkundung einer Generalversammlung einer Aktiengesellschaft

Aus dem Sachverhalt

1. Am 14. Februar 2003 beurkundete RA A. die Beschlüsse einer ausserordentlichen Generalversammlung der B. AG, Baar, deren Aktienkapital sich aus 80 vinkulierten Namenaktien zu je Fr. 1'000.- nominal und 200 vinkulierten Namenaktien zu je Fr. 100.- eingeteilt war, und erstellte darüber eine öffentliche Urkunde (Nr. 9/2003). In dieser Urkunde (act. 1/2) wurde Folgendes festgestellt:

2. Der Vorsitzende (sc. Herr C.) stellt fest:

- ()

- dass das gesamte Aktienkapital der Gesellschaft von CHF 100'000.- vertreten und die heutige Generalversammlung somit als Universalversammlung im Sinne von Art. 701 OR konstituiert und beschlussfähig ist;

- ()

- Gegen diese Feststellungen des Vorsitzenden wird kein Einspruch erhoben.

2. Mit Strafanzeige vom 26. Juni 2003 der D. AG, vertreten durch RA E., substituiert durch RA lic.iur. F., Zug, wurde geltend gemacht, dass an der ausserordentlichen Generalversammlung vom 14. Februar 2003 die sich im Besitze der D. AG befindlichen 12 Namenaktien zu je Fr. 1'000.- und 30 Namenaktien zu je Fr. 100.- nicht vertreten gewesen seien, und die Feststellung in der öffentliche Urkunde, wonach das gesamte Aktienkapital vertreten gewesen sei, damit falsch sei. Gleichzeitig wurde der Sachverhalt der Aufsichtskommission über Rechtsanwälte des Kantons Zug zur Kenntnis gebracht, mit dem Antrag, es sei zu prüfen, ob ein Disziplinarverfahren zu eröffnen sei, ohne damit eine Anzeige wegen eines allenfalls disziplinarisch relevanten Fehlverhaltens erstattet werden sollte.

3. Namens von RA A. beantragte RA lic.iur. W., das Disziplinarverfahren Nr. AK 2003/11 sei einzustellen, eventuell sei festzustellen, dass RA A. in Zusammenhang mit der Beurkundung des Liquidationsbeschlusses der B. AG vom 14. Februar 2003 keine Prüfungs- bzw. Berufspflichten verletzt habe, und subeventualiter dass das Verfahren bis zur Erledigung des Strafverfahrens auszusetzen sei.

Zur Begründung wurde vorgebracht, es sei richtig, dass die D. AG damals einen Anteil von 15% am Aktienkapital der B. AG gehalten habe, dass aber C., damals Präsident des Verwaltungsrates, RA A. gegenüber bestätigt habe, er vertrete sämtliche Aktien, wogegen auch der ebenfalls anwesende damalige Direktor dieser Gesellschaft, G., keinen Einwand erhoben habe. Diese Erklärungen habe RA A. korrekt und richtig in der Urkunde wiedergegeben. C. und G. seien die einzigen vertretungsberechtigten Organe der Gesellschaft gewesen. Ferner hätten C. (als einziger Verwaltungsrat) und G. (als einziger Direktor) übereinstimmend auf Anfrage von RA A. bestätigt, dass kein Aktienbuch geführt worden sei. RA A. habe keinen Anlass gehabt, an den übereinstimmenden Äusserungen dieser beiden Organe zu zweifeln. Eine Verletzung einer Berufspflicht liege daher nicht vor. RA A. habe ausserdem keine Kenntnis davon gehabt, dass das Kantonsgericht Zug mit Urteil vom 26. September 2002 12 bzw. 30 vinkulierte Namenaktien der D. AG zugesprochen habe.

4. Gemäss Eintrag im Handelsregister des Kt. Zug waren im Zeitpunkt der Beurkundung (14. Februar 2003) für die B. AG die folgenden zeichnungsberechtigten Personen eingetragen:

- C., Präsident des Verwaltungsrates mit KU2
- H., Mitglied des Verwaltungsrates mit KU2
- G., Direktor mit EU.

5. ...

Aus den Erwägungen

1. ...

2. Die Pflichten einer Urkundsperson sind in dem Beurkundungsgesetz sowie im Kreisschreiben des Obergerichtes und der Justiz- und Polizeidirektion des Kantons Zug vom 10. Dezember 1964 (nachfolgend: Kreisschreiben) geregelt. Gemäss § 13 Abs. 1 Beurkundungsgesetz hat sich die Urkundsperson über die Identität und Handlungsfähigkeit der vor ihr erscheinenden Personen zu vergewissern und die Vollmacht allfälliger Vertreter zu prüfen. Dies gilt sinngemäss ebenso bei Beurkundungen von Versammlungsbeschlüssen (§ 21 Abs. 1 Beurkundungsgesetz). Diese allgemeinen Bestimmungen werden in dem Kreisschreiben näher präzisiert. Nach Ziff. 15 des Kreisschreibens ist bei Handelsgesellschaften gegebenenfalls ein Handelsregisterauszug zu verlangen, und, liegt das Geschäft ausserhalb des Zweckes der Gesellschaft, ist die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter bzw. ein entsprechender Beschluss des zuständigen Organs beizubringen. Bei den nicht im Handelsregister eingetragenen juristischen Personen ist ferner zu prüfen, ob die Vertreter der juristischen Person zum Abschluss des betreffenden Geschäftes befugt sind. Gemäss Ziff. 14 des Kreisschreibens ist, wenn die Parteien nicht selbst vor der Urkundsperson erscheinen, sondern sich durch Bevollmächtigte vertreten lassen, die Vollmacht zu prüfen, wobei der volle Wortlaut der Vollmacht entweder in der Urkunde aufzunehmen oder aber die Vollmacht im Original oder in beglaubigter Abschrift von der Urkundsperson aufzubewahren ist, da die Vollmacht einen wesentlichen Bestandteil der Urkunde bilde. Auch wenn in dem Kreisschreiben der Fall nicht ausdrücklich erwähnt ist, ob die Urkundsperson die Feststellungen zur Präsenz und zur Vertretung der Aktionäre an einer Generalversammlung nur zur Kenntnis zu nehmen oder durch eigene Wahrnehmung zu prüfen habe, ist naheliegend, dass in Fällen, in denen die Urkundsperson keine eigenen Kenntnisse über Vertretungsverhältnisse hat, sie die entsprechenden Angaben der vor ihr erscheinenden Personen in zumutbarem Rahmen zu prüfen hat (z.B. durch Vorlage legitimierender und identifizierender Dokumente wie Inhaberaktien, das Aktienbuch, Depotbescheinigungen und ähnliche Unterlagen). Nach Auffassung der Aufsichtskommission obliegt der Urkundsperson eine Prüfungspflicht für alle Sachverhalte bezüglich derer einer Urkunde eine Garantiefunktion gegenüber Dritten (z.B. dem Handelsregister) zukommt. Die Beispiele des Kreisschreibens sind daher nicht als abschliessend zu verstehen.

3. Die öffentlich beurkundeten Feststellungen über die Vertretungsverhältnisse der Aktien an einer Generalversammlung einer Aktiengesellschaft haben u.a. den Zweck, Dritten (und insbesondere dem Handelsregister) darüber zuverlässigen Aufschluss zu gewährleisten, ob eine Universalversammlung gemäss Art. 701 OR durchgeführt wurde oder nicht, was in Bezug auf die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen von Art. 699 und 700 OR erheblich ist. (vgl. ZH Brigitte Tanner, N. 7 und 9 zu Art. 701 OR; N. 232 zu Art. 702 OR). Dieser Inhalt der öffentliche Urkunde ist vom Bundesrecht vorgeschrieben (ZH-Brigitte Tanner, N. 231 zu Art. 702 OR). Gemäss BGE 123 IV 137 E.3.b.aa begeht eine Falschbeurkundung, wer an einer Universal-

versammlung die Erklärung des Vorsitzenden, es seien sämtliche Aktien vertreten, im Wissen um deren Unwahrheit protokolliert, sofern nebst dem Vorsatz auch die Schädigungs- oder Vorteilsabsicht gegeben ist. Das Protokoll einer solchen Versammlung sei in erster Linie bestimmt als Grundlage für den Handelsregistereintrag, und der Protokollführer befinde sich damit gegenüber dem Handelsregisterführer in einer Vertrauensstellung (Hinweis auf BGE 120 IV 199 E.3.d mit weiteren Hinweisen; vgl. ferner Hans Vest, Probleme des Urkundenstrafrechts, in: AJP 8/2003, S. 883 ff.).

Diese bundesrechtliche Garantiefunktion einer Urkunde und die darauf gestützte Sorgfaltspflicht der Urkundsperson kann indessen nicht bedeuten, dass die Urkundsperson eine umfassende und uneingeschränkte Garantie dafür übernehmen kann und muss, dass sämtliche beurkundeten Aussagen der Gesellschaftsorgane auch materiell richtig sind. Insbesondere kann es nicht Aufgabe der Urkundsperson sein, selber umfassende Abklärungen vorzunehmen, die über das hinausgehen, was an der Versammlung, deren Beschlüsse zu beurkunden sind, direkt abgeklärt werden kann. Feststellungen, die sich auf Tatsachen oder Vorgänge beziehen, die sich nicht auf den Ablauf der Generalversammlung selber beziehen (z.B. die Feststellung, dass alle Aktionäre statutengemäss eingeladen worden sind), sind von der Urkundsperson nicht weiter zu prüfen. Die Feststellung der Vertretungsverhältnisse und die Zahl und Art der an einer Generalversammlung vertretenen Aktien erfolgt aber regelmässig entweder zu Beginn oder dann während der Versammlung und gehört zu den wesentlichen Massnahmen zur Durchführung einer Generalversammlung (ZH-Brigitte Tanner, N. 33 zu Art. 702 OR). Dies geschieht bei Inhaberaktien durch Vorlage der Titel oder von Depotscheinen, bei Namenaktien durch Nachweis des Stimmrechtes durch das Aktienbuch (Art. 689a OR). Fehlt es an beidem, muss der Nachweis der Aktionärseigenschaft durch eine lückenlose Zessionskette erbracht werden. Die Einzelheiten der Prüfung werden durch den Verwaltungsrat festgelegt, wobei diese Anordnungen je nach Art und Grösse der Gesellschaft unterschiedlich sein werden (ZH-Brigitte Tanner, N. 42 zu Art. 702 OR). Die sich daraus ergebenden Feststellungen des Vorsitzenden sind denn auch der Versammlung zur Kenntnis zu bringen (Art. 689e OR). Treffen sie nicht zu, darf von den Anwesenden einer solchen Generalversammlung erwartet werden, dass sie diese Feststellungen bestreiten (vgl. Art. 691 Abs. 2 OR).

Dasselbe gilt für die Vertretung eines Aktionärs durch eine andere Person. Bei Inhaberaktien hat der Stellvertreter die Aktien vorzulegen oder den Depotschein zusammen mit einer schriftlichen Vollmacht des Inhabers, bei Namenaktien eine schriftliche Vollmacht des im Aktienbuch eingetragenen Aktionärs (Art. 689b OR). Solche Vollmachten können, da sie schriftlich vorliegen müssen, ohne weiteres anlässlich der Generalversammlung selber festgestellt und geprüft werden.

4. Es könnte sich die Frage stellen, ob einer Urkundsperson im Sinne dieser Praxis dieselbe Garantiefunktion zukommt, wenn neben der Urkundsperson noch ein Protokollführer bestimmt worden ist. Das ist in Würdigung der Garantiefunktion der Urkunde gemäss Art. 9 ZGB der Fall. Die Urkundsperson bleibt verpflichtet, im Rahmen dieser Garantiefunktion die Richtigkeit des von einem Dritten erstellten und der Urkunde zu Grunde gelegten Protokolls durch eigene Wahrnehmung zu prüfen. Die Frage kann indes hier offen bleiben, da nach Ziff. 1 Abs. 2 der Urkunde RA A. ausdrücklich beauftragt worden war, das vorliegende öffentlich beurkundete Protokoll zu erstellen, das anstelle des privaten Protokolls tritt (ZH-Brigitte Tanner, N. 233 zu Art. 702 OR). Urkunde und Protokoll sind klar als einheitliches Dokument gestaltet. Die Funktion des weiter ernannten Protokollführers beschränkte sich damit auf die Mitunterzeichnung und damit auf die Bestätigung der Richtigkeit des Protokolls, wie in der öffentlichen Urkunde formuliert.

5. Der Umfang der Prüfungs- bzw. Ermittlungspflicht der Urkundsperson zur Erfüllung ihrer Garantienpflicht im Einzelfall lässt sich nicht in absoluter Form festhalten. Massgebend sind die konkreten Umstände, unter denen eine Beurkundung stattfindet. Bedeutsam können auch weitere Elemente sein, wie eigene Kenntnisse der Urkundsperson aufgrund bisheriger Beziehungen, Zumutbarkeit bzw. Möglichkeit eigener Ermittlungen, zeitliche Dringlichkeit und dergleichen mehr (vgl. Christian Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, RZ. 932 ff., im Besonderen RZ 1030 ff.). So darf die Urkundsperson sich auf Angaben von Personen verlassen, die eigens im Auftrag des Verwaltungsrates die Zutrittskontrolle oder die Kontrolle der vertretenen Aktienstimmen durchgeführt haben.

Legt dagegen ein Aktionär, und sei es auch der Vorsitzende, bei Namenaktien weder Aktienbuch noch Titel und auch keine schriftliche Vollmacht vor, so liegt eine Abweichung von den vorstehend genannten gesetzlichen Regeln vor, die es nicht mehr erlaubt, die Vertretungsverhältnisse anlässlich der Versammlung selber ordnungsgemäss festzustellen. Es besteht objektiv Anlass zur Annahme, dass eine solche Feststellung (absichtlich oder versehentlich), weil nicht verifizierbar, möglicherweise unzutreffend sein könnte. In einem solchen Falle hat die Urkundsperson im Rahmen der von der Garantiefunktion erfassten Feststellungen eine Prüfungspflicht, die zwangsläufig über die anlässlich der Generalversammlung selber aufgrund von Dokumenten vorzunehmenden Prüfung hinausgehen muss. Die Urkundsperson muss in solchen Fällen aus anderen Quellen als der anlässlich der Generalversammlung getroffenen Feststellung zuverlässige Kenntnis von den Stimmrechten haben. Dies beispielweise dadurch, dass sie selber die Namenaktien verwahrt oder das Aktienbuch führt, oder dass sie unzweifelhafte eigene Kenntnis über die Interna einer Gesellschaft hat, was bei Gesellschaften mit kleinem Aktionärskreis denkbar sein kann. Fehlen solche sicheren eigenen Kenntnisse der Urkundsperson, kann die Urkunde ihren

Zweck, Dritten (und insbesondere dem Handelsregister) gegenüber darüber zuverlässigen Aufschluss zu gewährleisten, ob eine Universalversammlung gemäss Art. 701 OR durchgeführt wurde oder nicht, nicht erfüllen und die Urkundsperson darf unter diesen Umständen eine entsprechende blosser Aussage des Vorsitzenden nicht als tatsächliche Feststellung beurkunden (BGE 123 IV 137 E. 3.b.aa).

6. RA A. hat anlässlich seiner Befragung vom 1. Dezember 2003 die Wahrung der Prüfungspflicht gemäss § 13 i.V.m. § 21 Beurkundungsgesetz dahin umschrieben, dass er sich mangels Aktienbuch, Aktientitel, Zessionen und schriftlicher Vollmachten vollständig auf die Angaben von C. verlassen habe. Indessen hatte RA A. nach eigener Aussage weder über das Aktionariat der B. AG noch über eine allfällige Vollmacht zugunsten von C. zuverlässige Kenntnis. Es genügte nicht, dass er als Urkundsperson nur C. – und mittelbar auch G. – als vertrauenswürdige Personen einschätzte. Vielmehr hätte er aus eigenem Wissen Kenntnis über die Eigentumsverhältnisse an den Aktien der Gesellschaft haben müssen.

Die Darstellung von RA A., er habe von dem Zivilurteil zugunsten der D. AG und daher von deren Aktienerwerb keine Kenntnis gehabt, ist glaubhaft aber unbehelflich. Dies belegt nur, dass RA A. über die Verhältnisse des Aktionariates der B. AG aus eigenem Wissen überhaupt keine Kenntnis hatte, da er auch seiner Aussage zufolge mit dieser Gesellschaft nicht in anwaltschaftlicher oder sonstiger geschäftlicher Beziehung stand.

Indem Herr RA A. als Urkundsperson die Durchführung einer Universalversammlung der B. AG in seiner öffentlichen Urkunde feststellte, ohne sich über diesen Sachverhalt im Sinne der vorstehenden Erwägungen zuverlässige Kenntnis verschafft zu haben, hat er seine Prüfungspflichten gemäss § 13 i.V.m. § 21 Beurkundungsgesetz verletzt, was als Disziplinwidrigkeit festzustellen ist.

7.-9. ...

(Beschluss der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte vom 12. Januar 2004)

B. Verwaltungspraxis

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

Politische Rechte

§§ 11 Ziffer 1 und 2, 12 Absatz 2 des Kantonsratsbeschlusses über die Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen (BGS 151.1); § 25, 50 Absatz 2 Ziffer 3 VRG; Art. 31 BV (SR 101) – Die blossе Meinungsäusserung von zwei Regierungsräten im Vorfeld einer Abstimmung bildet für sich allein noch keinen Ausstandsgrund (E.II.2); Kein Anspruch auf Nachzählung auch bei knappem Abstimmungsresultat, wenn keine konkreten Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Auszählung geltend gemacht werden können (E.III.3); Spruchgebühr bei Abstimmungsbeschwerde (E.III.4).

Sachverhalt:

A. Am 27. Oktober 2003 erhob Dr. M. B. (nachfolgend «Beschwerdeführer» genannt) Beschwerde gegen die kantonale Volksabstimmung vom 19. Oktober 2003 betreffend Änderung des Gesetzes über das Dienstverhältnis und die Besoldung der Lehrer an den gemeindlichen Schulen (Lehrerbesoldungsgesetz; BGS 412.31).

B. Der Beschwerdeführer beantragt eine Nachzählung, in der die Stimmen in sämtlichen Gemeinden neu ausgezählt werden. Eventualiter seien nur die Stimmen in den drei zustimmenden Gemeinden Zug, Hünenberg und Steinhäusern und in den bevölkerungsreichen Gemeinden Cham und Baar nachzuzählen. In formeller Hinsicht beantragt der Beschwerdeführer, dass die Regierungsräte Matthias Michel und Walter Suter in den Ausstand treten.

C. Zur Begründung seiner Beschwerde führt der Beschwerdeführer an, das Lehrerbesoldungsgesetz sei mit 47 mehr Ja-Stimmen sehr knapp angenommen worden. Zur Sicherstellung des in der Bundesverfassung verankerten Anspruches auf unverfälschte Willenskundgabe des Stimmbürgers sei es notwendig, den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern dadurch Rechtssicherheit zu verschaffen und sämtliche Zweifel an der Legitimität des ermittelten Abstimmungsergebnisses auszuräumen, dass das Abstimmungsresultat nochmals von Grund auf nachgezählt werde. Die allgemeine Lebenserfahrung zeige, dass der Mensch irre und dass bei einer nochmaligen Auszählung der Stimmen ein gegenteiliges Resultat, nämlich die Ablehnung der Änderung des Lehrerbesoldungsgesetzes nicht ausgeschlossen werden könne. Die Tatsache, dass in acht von elf Gemeinden die Änderung zum Teil klar verworfen worden sei, spreche zusätzlich dafür, dass das ermittelte Ergebnis fehlerhaft sei und den Anspruch auf unverfälschte Willenskundgabe verletze. Den Antrag auf Ausstand der Regierungsräte Matthias Michel und Walter Suter begründet der Beschwerdeführer mit dem Engagement der beiden Regierungsräte im Pro-Komitee während des Abstimmungskampfes.

Aus den Erwägungen:

II.

1. Der Beschwerdeführer verlangt im Hinblick auf den zu fällenden Beschwerdeentscheid den Ausstand der Regierungsräte Matthias Michel und Walter Suter, weil sie sich während des Abstimmungskampfes im Pro-Komitee engagiert haben.

Gemäss § 12 Absatz 2 des Kantonsratsbeschlusses über die Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen (Geschäftsordnung; BGS 151.1) entscheidet der Regierungsrat über Ausstandsfragen in Abwesenheit des betreffenden Mitgliedes. Für den unter der vorliegenden Ziffer (Ziffer 2) zu fällenden Zwischenentscheid begaben sich deshalb auch die zwei betroffenen Regierungsräte in den Ausstand.

2. Zweck der Ausstandspflicht ist es, jede Befangenheit oder Interessenkollision sowie jeden entsprechenden Anschein zu vermeiden (Alfred Kölz/Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage, Zürich 1998, S.89 N 247). Es geht um die Unbefangenheit der Rechtspflegeinstanzen als wichtiger Garant für das Vertrauen des Volkes in die Rechtspflege (Alfred Kölz, *Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich*, Zürich 1978, Vorbemerkung zu §§ 19–28, S. 132 N.22f). Unter welchen Voraussetzungen die Mitglieder einer Administrativbehörde in den Ausstand zu treten haben, bestimmt sich gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 107 1a 135 E. 2a S. 137) nach dem kantonalen Verfahrensrecht und nach den aus Art. 4 der früheren Bundesverfassung (aBV; SR 101) hergeleiteten Prinzipien, bzw. nach Art. 9 und 29 Absatz 1 der geltenden BV. Gemäss § 11 Ziffer 1 der Geschäftsordnung hat ein Mitglied des Regierungsrates in den Ausstand zu treten: In eigener Sache, in Sachen einer Person, deren Vertreter, Vormund, Beistand oder Pflegevater es ist, oder wenn es sonst ein unmittelbares persönliches, wirtschaftliches oder anderweitiges Interesse am Geschäft hat. Es hat auch in den Ausstand zu treten, wenn es mit einer am Geschäft interessierten Person in auf- oder absteigender Linie im zweiten Grad einschliesslich blutsverwandt ist oder mit ihr im Verwandtschaftsverhältnis eines Stiefvaters oder Stiefsohnes, Schwiegervaters oder Schwiegersohnes oder Schwagers steht (§ 11 Ziffer 2 der Geschäftsordnung). Der Tatbestand dieser kantonalen Ausstandsbestimmung ist im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Zwischen dem Beschwerdeführer und den beiden genannten Regierungsräten bestehen keine Beziehungen der in der zitierten Bestimmung genannten Art. Auch haben weder Matthias Michel noch Walter Suter ein unmittelbares persönliches, wirtschaftliches oder anderweitiges Interesse am Geschäft. Die alleinige Vorbefassung mit einem Geschäft vermag noch kein Interesse zu bilden, das von der erwähnten Ausstandsbestimmung erfasst würde. Auch im Zusammenhang mit Art. 4 aBV hält das Bundesgericht fest,

dass Behördenmitglieder zu umstrittenen Projekten sich häufig schon vor oder ausserhalb der Durchführung eines förmlichen Verwaltungsverfahrens eine bestimmte Meinung gebildet und diese geäussert haben und dass dieser Umstand allein verfassungsrechtlich noch nicht eine Ausstandspflicht begründen kann. Andernfalls würde sonst die Verwaltungsrechtspflege (bzw. die Rechtsanwendung überhaupt) durch politische Behörden geradezu verunmöglicht (ZBI 6 / 1998 S. 292). Das Bundesgericht hat denn auch wiederholt entschieden, dass Behördenmitglieder verfassungsrechtlich nur in den Ausstand zu treten haben, wenn sie an der zu behandelnden Sache ein persönliches Interesse haben (BGE 103 Ib 134f). Ein persönliches Interesse an der zu behandelnden Sache ist weder im Falle von Regierungsrat Matthias Michel noch ist es im Falle von Regierungsrat Walter Suter gegeben. Das Engagement in einem Pro-Komitee ist als blosser Meinungsäusserung zu taxieren, die gemäss der erwähnten Rechtsprechung keinen Ausstandsgrund bilden kann. Auch kann nicht davon gesprochen werden, dass Engagement in einem Pro-Komitee biete einen Grund zur Annahme, dass den beiden Regierungsräten in dieser Sache die «nötige Distanz und Objektivität» (ZBI 6 / 1998 S. 292) abgehen würde. Die verschiedenen Funktionen der Exekutivbehörden – Regierungs-, Leitungs-, Verwaltungs-, und Rechtsprechungsfunktionen – bringen eine Kumulation verschiedener Ämter mit sich, die nicht getrennt werden könnten, ohne die Leistungsfähigkeit der Verwaltung und die demokratische und politische Legitimität der entsprechenden Entscheide zu beeinträchtigen; ausserdem erfordern diese verschiedenen Funktionen oft gerade öffentliche Stellungnahmen (BGE 121 I 252 E.2).

Eine Ausstandspflicht trifft Matthias Michel und Walter Suter nach dem Gesagten nicht.

III.

(...)

2. Der Beschwerdeführer bemängelt sinngemäss die korrekte, d.h. rechtmässige Durchführung der Abstimmung und verlangt eine Nachzählung. Seiner Meinung nach sei das Abstimmungsergebnis mit einem Mehr an 47 Ja-Stimmen möglicherweise auf Irrtümer in der Auszählung zurückzuführen. Für die Fehlerhaftigkeit des Abstimmungsergebnisses spreche auch die Tatsache, dass acht von elf Gemeinden gegen eine Änderung des Lehrerbessoldungsgesetzes gestimmt hätten.

3. Die Stimmbürgerschaft hat das (selbstverständliche) Recht, dass die Stimmen ordnungsgemäss und sorgfältig ausgezählt werden (BGE 98 Ia 73 Erw. 4, S.85). Ob der Stimmbürger bzw. die Stimmbürgerin bei der zuständigen Behörde eine Nachzählung verlangen kann, ist vorab eine Frage des kantonalen Rechts. Das zugerische Wahl- und Abstimmungsgesetz enthält allerdings keine Bestimmungen darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen

die Ergebnisse kantonaler Abstimmungen nachzuprüfen sind. Daher ist darüber aufgrund von Sinn und Tragweite der vom Bundesrecht geschützten politischen Stimmberechtigung der Bürgerschaft zu entscheiden. Die Stimmbürgerin bzw. der Stimmbürger hat einen durch die Verfassung geschützten Anspruch darauf, dass kein Wahl- und Abstimmungsergebnis anerkannt wird, das nicht den Willen der Wählerschaft zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers bedeutet dies gemäss Lehre und Rechtsprechung jedoch nicht, dass ohne weiteres von Bundesrechts wegen ein Anspruch auf Nachzählung besteht, wenn das Ergebnis eines Urnenganges knapp ausgefallen ist (BGE 98 Ia 84f; Ivo Hantgartner / Andreas Kley, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, N. 2561). So bringt der Beschwerdeführer keine Anhaltspunkte vor, wonach der ganze Verfahrensablauf der Stimmzählung nicht zweckmässig geordnet war und damit keine Gewähr für eine sorgfältige Ermittlung der Abstimmungsergebnisse bot. Ist das Abstimmungswesen jedoch zweckmässig geordnet und garantiert daher eine korrekte Ermittlung der Wahlergebnisse, so besteht eine sich aus dem Bundesrecht ergebende Verpflichtung zur Nachzählung bloss in jenen Fällen, in denen der Bürger bzw. die Bürgerin auf konkrete Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Auszählung oder ein gesetzeswidriges Verhalten der hierfür zuständigen Organe hinzuweisen vermag (BGE 98 Ia 85). Der Beschwerdeführer bringt aber in dieser Hinsicht nichts vor. Konkrete Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Auszählung, wie sie Lehre und Rechtsprechung für Nachzählungen verlangen, führt der Beschwerdeführer nicht auf. Er weist lediglich darauf hin, dass acht von elf Gemeinden der Gesetzesänderung nicht zugestimmt hätten, und dies sei ein Indiz dafür, dass das Endresultat nicht richtig sein könne. Mit diesem Argument verkennt der Beschwerdeführer aber den eigentlichen Prozess der Willensbildung bei der fraglichen Abstimmung. Die Anzahl zustimmender oder ablehnender Gemeinden ist für das Wahlergebnis völlig irrelevant. Lediglich die absolute Zahl an Ja- bzw. Nein-Stimmen fällt ins Gewicht. Es ist deshalb auch nicht nachvollziehbar, inwiefern die Tatsache, dass acht von elf Gemeinden der Gesetzesänderung nicht zugestimmt haben, einen Einfluss auf das Abstimmungsergebnis haben soll. Ein bundesrechtlicher Anspruch auf Nachzählung besteht demnach im vorliegenden Fall nicht, denn ein knappes, selbst ein sehr knappes Resultat verschafft für sich allein noch kein Recht auf Nachzählung (BGE 100 Ia 365; BGE 98 Ia 85). Es entspricht dem Wesen einer Demokratie, dass Abstimmungsergebnisse mit knappem Resultat vorkommen. Der demokratisch gebildete Willen ist grundsätzlich zu akzeptieren, auch wenn das Resultat einer Abstimmung nur knapp ausgefallen ist. Würden bei knappen Resultaten auf entsprechendes Begehren hin immer Nachzählungen ohne weitere Voraussetzungen veranlasst, käme dies einer systematischen Missachtung des demokratisch gebildeten Willens gleich und dies kann nicht zugelassen werden. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet, weshalb sie vollumfänglich abzuweisen ist.

4. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer die Kosten des Verfahrens zu tragen (vgl. § 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG). In besonderen Fällen, vorab wenn die Parteien an einer Streitsache nicht wirtschaftlich interessiert sind oder wenn das öffentliche Interesse an der Abklärung einer Streitsache es rechtfertigt, können die Kosten herabgesetzt oder erlassen werden (§ 25 VRG). Der Beschwerdeführer verlangt «Kostenlosigkeit des Verfahrens... weil es sich um eine Frage des öffentlichen Interesses handelt» (S. 3 unten). Im vorliegenden Fall besteht kein öffentliches Interesse an der Abklärung der Rechtsfrage, weil die Rechtslage klar ist. Die Spruchgebühr beträgt Fr. 500.-. Die Zusprechung einer Parteientschädigung fällt ausser Betracht, weil der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren unterlegen ist (vgl. § 28 Abs. 2 VRG e contrario).

Regierungsrat, 11. November 2003

II. Zivilrecht

1. Familienrecht

Art. 392 Ziff. 2 und 3; Art. 321 Abs. 2 und Art. 276 Abs. 1 ZGB (SR 210). Anordnung einer Vertretungsbeistandschaft zur Geltendmachung von Ansprüchen aus freiem Kindesvermögen und Überbindung der Kosten für die Mandatsführung gegenüber einer Drittperson. Erwägungen: Zugehörigkeit von Legatsansprüchen zum freiem Kindesvermögen (E. 1); Voraussetzungen für den Erlass einer Kindesschutzmassnahme gegenüber dem Verwalter von freiem Kindesvermögen (E. 2-4); Überbindung der Kosten für die Mandatsführung des Vertretungsbeistandes (E. 5).

Aus dem Sachverhalt:

Zusammenfassung: A. und C. G., wohnhaft bei ihrer Mutter, sind die Kinder der geschiedenen Eltern B. G. und D. G.. Die alleinige elterliche Sorge über die beiden Kinder steht der Mutter zu. Im Jahr 2002 verstarb H.G., die Grossmutter väterlicherseits von A. und C. G.. Sie vermachte in ihrer letztwilligen Verfügung den beiden Grosskindern je ein Legat in Höhe von Fr. 100'000.-. Gemäss Anordnung der Erblasserin sollen A. und C. erst nach ihrem 25. Geburtstag frei über ihre Legate verfügen können, bis zu diesem Zeitpunkt setzte die Erblasserin ihren Sohn, D. G., den Vater der beiden Enkelkinder, als Verwalter der Legate ein.

Im Juni 2002 stellte das Bezirksgericht M. dem Vormundschaftsamt der Gemeinde X. zwei Kopien der Vermächtnisanzeigen zu, welche die Legatsansprüche von A. und C. G. bestätigten. Das Vormundschaftsamt der Gemeinde X. nahm in der Folge mit dem Vater, D. G., Kontakt auf und forderte ihn auf, die beiden Legate auf die Namen der Kinder mündelsicher anzulegen, oder im Falle der Anlage in Immobilien, diese im Grundbuch auf die Kinder eintragen zu lassen. Der Vater versprach, sich im Herbst 2002 wieder bei der Behörde zu melden, sobald er sich einen Überblick über den Nachlass verschafft habe. Da das Vormundschaftsamt bis Mitte Oktober 2002 nichts mehr von D. G. hörte, gelangten die zuständigen Personen erneut an diesen und forderten ihn wiederholt auf, zu einer Besprechung der Angelegenheit auf dem Vormundschaftsamt der Gemeinde X. zu erscheinen. Diesen Aufforderungen leistete D. G. keine Folge, auch legte er dem Vormundschaftsamt keine Belege über eine allfällige Anlage der von ihm für die Kinder verwalteten Gelder vor. Schliesslich ordnete die zuständige Vormundschaftsbehörde mit Beschluss vom 1. April 2003 folgendes an:

1. Für die beiden Kinder A. G., und C. G. mit gesetzlichem Wohnsitz bei der alleine sorgeberechtigten Mutter, B. G., wird für die Regelung des Legatsanspruches von je Fr. 100'000.- gemäss Vermächtnisanzeige vom 6. Juni 2002 des Bezirksgerichtes M. aus dem Nachlass von H. G., wohnhaft gew-

sen in M., eine Vertretungsbeistandschaft nach Art. 392 Ziff. 3 ZGB angeordnet.

2. Als Beiständin wird Frau Rechtsanwältin Y. Z., ernannt mit dem Auftrag:

- dafür besorgt zu sein, dass die beiden oben erwähnten Legate zugunsten von A. und C. G. in Höhe von je Fr. 100'000.- aus dem betreffenden Nachlass ausgeschieden sowie mündelsicher auf Konti bzw. Wertpapierdepots – je auf den Namen der beiden Minderjährigen lautend – angelegt werden,
- die ausgewiesenen finanziellen Ansprüche der Kinder auch notfalls gerichtlich durchsetzen zu lassen, wofür ihr die vormundschaftliche Zustimmung im Sinne von Art. 421 Ziff. 8 ZGB erteilt wird und
- nach Erledigung des Mandates einen Schlussbericht einzureichen und gegebenenfalls Antrag auf Anordnung allfälliger weiterer Massnahmen zum Schutze des Kindesvermögens zu stellen.

3. Die Mandatsentschädigung für das vorliegende Verfahren geht zulasten des Kindsvaters, D. G..

Gegen diesen Beschluss erhob der Vater Verwaltungsbeschwerde.

Aus den Erwägungen:

1. a) Der Beschwerdeführer beantragt in seiner Beschwerdeschrift sinngemäss, die vom Gemeinderat X. mit Beschluss vom 1. April 2003 angeordnete Vertretungsbeistandschaft zur Regelung der Legatsansprüche seiner beiden Kinder sei aufzuheben. Der Beschwerdegegner und die Mutter beantragen, die Anordnung der Beistandschaft sei zu bestätigen, um damit das von A. und C. geerbte Kindesvermögen sicherstellen zu können.

b) Bei den vom vorliegenden Verfahren betroffenen Legatsansprüchen der Kinder handelt es sich um Zuwendungen aus dem Nachlass der Grossmutter an ihre beiden Enkelkinder. Die Legate bilden daher einen Teil des Kindesvermögens von A. und C., diese Tatsache wird von den Parteien zu recht nicht bestritten.

Die Bestimmungen zum Kindesvermögen sind in den Art. 318–327 ZGB enthalten. Gemäss Artikel 318 Abs. 1 ZGB haben die Eltern, solange ihnen die elterliche Sorge zusteht, das Recht und die Pflicht, das Kindesvermögen zu verwalten. Im hier zu beurteilenden Fall sind die Eltern geschieden und das alleinige elterliche Sorgerecht steht der Mutter zu. Sie ist daher grundsätzlich zur Verwaltung des Kindesvermögens verpflichtet.

c) Der Umfang des elterlichen Verwaltungsrechts erstreckt sich auf das gesamte Kindesvermögen mit Ausnahme der Mittel des freien Kindesvermögens (vgl. Peter Breitschmid, Basler Kommentar zum schweizerischen Pri-

vatrecht, Helbing & Lichtenhahn Basel, 2. Auflage 2002, N 8 zu Art. 318 ZGB). Es ist daher vorab zu prüfen, ob die Legate dem durch die Mutter zu verwaltenden Kindesvermögen, oder dem freien Kindesvermögen zuzurechnen sind.

Das freie Kindesvermögen ist in den Artikeln 321–323 ZGB geregelt. Nach diesen Bestimmungen liegt freies Kindesvermögen vor, wenn entweder die Erträge nicht verbraucht werden dürfen und/oder die elterliche Verwaltung des betreffenden Vermögensteils ausgeschlossen ist (vgl. Peter Breitschmid, a.a.O., N 1 zu Art. 321/322 ZGB). Gemäss Art. 321 Abs. 2 ZGB ist die Verwaltung durch die Eltern nur dann ausgeschlossen, wenn dies bei der Zuwendung ausdrücklich bestimmt wird.

Aufgrund der Aktenlage ist erstellt, dass dem Beschwerdeführer die Verwaltung der Legate von A. und C. durch ausdrückliche Anordnung in der letztwilligen Verfügung der Erblasserin übertragen wurde. Mit ihrer Anordnung hat die Erblasserin im Zeitpunkt der Zuwendung auch die Verwaltung der Legate durch die Mutter ausgeschlossen. Obwohl der Wortlaut von Art. 321 Abs. 2 ZGB nur den Ausschluss der «Eltern» – also den Ausschluss von Vater und Mutter – erwähnt, besteht nach dem Grundsatz «in maiore minus» (im Weitergehenden ist das weniger Weitgehende enthalten) kein Zweifel daran, dass der Ausschluss nur eines Elternteils ebenfalls zulässig ist, sofern auch die übrigen Voraussetzungen der Bestimmung erfüllt sind. Vorliegend sind alle Voraussetzungen erfüllt, da die Erblasserin bereits im Zeitpunkt der Zuwendung der Legate bestimmt hat, dass deren Verwaltung ausschliesslich durch den Vater von A. und C. erfolgen soll. Damit steht fest, dass es sich bei den Legaten um freies Kindesvermögen im Sinne von Art. 321 Abs. 2 ZGB handelt, das der mütterlichen Verwaltung ausdrücklich entzogen wurde.

2. Nachdem die Zugehörigkeit der Legate zum freien Kindesvermögen feststeht, ist zu prüfen, ob die Vormundschaftsbehörde befugt ist, gegenüber dem Beschwerdeführer, der nicht Inhaber des elterlichen Sorgerechts ist, eine vormundschaftliche Massnahme zum Schutz des Kindesvermögens auszusprechen.

Aus den vorangehenden Ausführungen ist bekannt, dass der Beschwerdeführer durch die letztwillige Verfügung seiner Mutter als Verwalter der Legate eingesetzt wurde. Bei Verwaltung der Legate handelt er somit als eine mit der Verwaltung betraute Drittperson im Sinne von Art. 322 Abs. 2 ZGB (vgl. Peter Breitschmid, a.a.O., N 6 zu Art. 321/322 ZGB).

3. a) Die Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde zur Anordnung von Massnahmen im Bereich des Schutzes von Kindesvermögen ergibt sich aus den Artikeln 324 und 325 ZGB. Adressat der behördlichen Massnahmen ist, wer das Kindesvermögen verwaltet, dies können auch Dritte sein, welche freies Kindesvermögen verwalten (vgl. Cyril Hegnauer, Grundriss des Kin-

desrechts, Stämpfli Verlag Bern, 5. Auflage 1999, N 28.17). Der Beschwerdegegner ist folglich befugt, gegenüber dem Beschwerdeführer eine Massnahme zum Schutz des Kindesvermögens zu erlassen.

b) Bei der Anordnung von Massnahmen zum Schutz des Kindesvermögens sind gemäss Art. 324 Abs. 3 ZGB die Bestimmungen des allgemeinen Kindesschutzes anwendbar. Dies bedeutet, dass insbesondere das Prinzip der Gefährdung des Kindeswohls, das Proportionalitäts- sowie das Subsidiaritätsprinzip zu beachten sind (vgl. Albert Guler, Die Beistandschaft nach Art. 308 ZGB in Zeitschrift für Vormundtschaftswesen (ZVW), 1995, S. 53 G.). Es ist daher zu prüfen, ob der Beschwerdegegner bei der von ihm angeordneten Vertretungsbeistandschaft diese Prinzipien beachtet hat.

c) Gemäss dem Prinzip der Gefährdung des Kindeswohls hat ein vormundschaftsbehördlicher Eingriff nur dann zu erfolgen, wenn das Kindeswohl bzw. im Bereich des kindlichen Vermögensschutzes, das Kindesvermögen gefährdet ist. Ob im konkreten Fall eine Gefährdung vorliegt, hängt von der Art und der Grösse des Kindesvermögens und den persönlichen Verhältnissen der Eltern ab. Wesentliche Kriterien sind, ob das elterliche Tun oder Unterlassen von eigenen Interessen mitbestimmt wird (vgl. Peter Breitschmid, a.a.O., N 7 zu Art. 324/325 ZGB).

Werden diese Kriterien auf den vorliegend zu beurteilenden Fall angewendet, sind folgende Umstände zu beachten: Der vom Beschluss des Gemeinderates betroffene Teil des Kindesvermögens von A. und C. besteht aus Legaten im Umfang von je Fr. 100'000.-. Es handelt sich also um ein ansehnliches Vermögen. In Bezug auf das persönliche Verhältnis zwischen den Eltern muss, aufgrund des Verfahrensablaufs und der Akten, auf ein sehr gespanntes Verhältnis zwischen den Eltern geschlossen werden. Zudem ist die Mutter – als alleinige Inhaberin des elterlichen Sorgerechts – durch ausdrückliche Anordnung der Erblasserin von der Verwaltung der Legate ausgeschlossen und diese Aufgabe ist dem Vater der beiden Kinder übertragen worden. Beim Vater kommt hinzu, dass er als einer der gesetzlichen Erben der Erblasserin auch eigene Interessen am Nachlassvermögen hat, er hat folglich absolut kein Interesse, betreffend der Verwaltung der Kindervermögen mit den vormundschaftlichen Organen zusammenzuarbeiten. Aufgrund der bisherigen Ausführungen ist erstellt, dass der Vater und Beschwerdeführer denn auch jegliche Zusammenarbeit mit den Behörden verweigerte. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände kann daher eine Gefährdung des Kindesvermögens nicht ausgeschlossen, vielmehr muss sogar von einer unmittelbaren Gefährdung des Kindesvermögens ausgegangen werden. Der Erlass einer vormundschaftlichen Massnahme ist unter dem Aspekt des Gefährdungsprinzips auf jeden Fall gerechtfertigt.

d) Weiter ist zu prüfen, ob der Beschwerdegegner mit der Anordnung der Vertretungsbeistandschaft gestützt auf Art. 392 Ziffer 3 ZGB auch das Subsidiaritätsprinzip beachtet hat. Danach dürfen behördliche Massnahmen

nur erfolgen, wo die Eltern die ihnen obliegenden Pflichten nicht oder nicht ausreichend wahrnehmen (vgl. Breitschmid, a.a.O., N 6 zu Art. 307 ZGB). Beim Schutz des Kindesvermögens gilt das gleiche auch für Drittpersonen im Sinne von Art. 325 Abs. 2 ZGB.

Aufgrund der Akten ist bekannt, dass die Vormundschaftsbehörde, unmittelbar nachdem sie vom Bezirksgericht M. Kopien der Vermächtnisanzeigen über die Legate zugunsten von A. und C. erhalten hatte, mit dem Beschwerdeführer Kontakt aufnahm. Bei dieser ersten telefonischen Kontaktaufnahme – die gemäss Vorakten bereits am 19. Juni 2002 erfolgte – hatte der Beschwerdeführer geäussert, er werde sich mit seinen Geschwistern, seinem Anwalt und seiner Bank über die Anlage der Gelder beraten und sich dann wieder melden. Nachdem sich der Beschwerdeführer über zwei Monate lang nicht mehr meldete, stellte ihm das Vormundschaftsamt am 22. August 2002 ein Schreiben zu, worin der Beschwerdeführer über seine Rechenschaftspflicht in Bezug auf das Kindesvermögen aufgeklärt und gleichzeitig aufgefordert wurde, der Behörde bis zum 5. September 2002 Saldoauszüge über die auf die Namen der beiden Kinder angelegten Gelder zuzustellen. Am 29. August 2002 sprach der Beschwerdeführer auf dem Vormundschaftsamt vor. Bei diesem Besuch legte er die Kopie eines Dauerauftrages vor, womit seine zwischenzeitlich verstorbene Mutter (Erblasserin) die Bank anwies, monatlich, erstmals per 1. September 2001 und bis zum Widerruf, den Betrag von Fr. 2'400.– auf das Konto der Exfrau des Beschwerdeführers zu überweisen. Dabei gab er an, die Zahlungen würden – gemäss dem auf dem Zahlungsauftrag angebrachten «internen Vermerk» – vom Legat in Abzug gebracht. Aus der Aktennotiz geht weiter hervor, der Beschwerdeführer habe ausgeführt, er könne das Geld zur Zeit nicht flüssig vorweisen, es sei in Immobilien und Wertschriften angelegt. Die zuständige Amtsvormundin bestand weiterhin auf der Aushändigung von Bankbelegen und setzte dem Beschwerdeführer dafür eine Frist von einem Monat. Mit Schreiben vom 17. Oktober wurde der Beschwerdeführer aufgefordert, zur Besprechung des weiteren Vorgehens betreffend der Erbschaft seiner Kinder, mit der Behörde Kontakt aufzunehmen. Am 14. November 2002 habe man auf dem Telefonbeantworter eine entsprechende Meldung hinterlassen. In der Folge wurde der Beschwerdeführer mittels eingeschriebenem Brief vom 12. Dezember 2002 aufgefordert, mit dem Vormundschaftsamt Kontakt aufzunehmen. Mit einem weiteren Einschreiben vom 8. Januar 2003 wurde der Beschwerdeführer zur Besprechung der Angelegenheit auf den 21. Januar 2003 vorgeladen. Nachdem er dieser Vorladung unentschuldig fernblieb, teilte ihm das Vormundschaftsamt mit eingeschriebenem Brief vom 26. Februar 2003 mit, dass zum Schutz der Kinder das von seiner verstorbenen Mutter geerbte Kindesvermögen sichergestellt werden müsse. Sofern sich der Beschwerdeführer nicht bis am 12. März 2003 für einen Besprechungstermin melde, werde zu diesem Zweck eine Beistandschaft errichtet. Gleichzeitig wurde dem Beschwerdeführer mitgeteilt, dass die Ko-

sten der Beistandschaft zu seinen Lasten gehen würden. Erst nachdem der Beschwerdeführer auch diese Frist unbenutzt verstreichen liess, ordnete die Vormundschaftsbehörde mit Beschluss vom 1. April 2003 die Vertretungsbeistandschaft gestützt auf Art. 392 Ziffer 3 ZGB an.

Im Sinne eines Zwischenergebnisses ist festzuhalten, dass zwischen der ersten Aufforderung – am 22. August 2002 – an den Beschwerdeführer, seiner Rechenschaftspflicht gegenüber der Behörde nachzukommen und dem Erlass des nunmehr angefochtenen Beschlusses – am 1. April 2003 – mehr als sieben Monate vergingen. Obwohl die Vormundschaftsbehörde in Fällen, bei denen die sorgfältige Verwaltung des Kindesvermögens nicht hinreichend gewährleistet ist, nach Art. 324 Abs. 1 ZGB mittels Verfügung eine Weisung zur periodischen Rechnungsstellung und Berichterstattung erteilen könnte, verzichtete sie auf die Anwendung dieser Massnahme und bemühte sich vorerst um eine einvernehmliche Regelung der Angelegenheit. Erst nachdem der Beschwerdeführer sich permanent weigerte, in irgendeiner Form mit den Behörden zusammenzuarbeiten, hat die Vormundschaftsbehörde eine Massnahme zum Schutz des Kindesvermögens angeordnet. Ob sich das Vormundschaftsamt auf Hinweis der Rechtsvertreterin der Mutter zur ersten Kontaktaufnahme entschlossen hat oder aufgrund der Vermächtnisanzeigen tätig wurde, spielt dabei keine Rolle. Zur Wahrung des Subsidiaritätsprinzips ist lediglich relevant, erst einen Eingriff in die Rechte der Eltern bzw. beim Kindesvermögensschutz in die Rechte von Drittpersonen (im Sinne von Art. 325 Abs. 2 ZGB) anzuordnen, wenn diese ihre Pflichten nicht oder nicht ausreichend wahrnehmen. Wie die vorangehenden Ausführungen zeigen, ist diese Voraussetzung vorliegend erfüllt.

e) Schliesslich ist der angefochtene Beschluss unter dem Aspekt des Proportionalitätsprinzips zu beurteilen. Dieses verlangt, dass der behördliche Eingriff sich einerseits auf das nach den konkreten Umständen Nötige beschränken muss, dass er andererseits aber so stark zu sein hat, dass damit der Gefährdung oder Schädigung auch wirklich begegnet werden kann (vgl. Guler, a.a.O., S. 54).

Um beurteilen zu können, ob die angeordnete Vertretungsbeistandschaft nach Art. 392 Ziff. 3 ZGB die Voraussetzung der Proportionalität erfüllt, muss die Intensität des Eingriffs in die Rechte der von der Massnahme betroffenen Personen geprüft werden. Die Lehre hat zu diesem Zweck das System der Stufenfolge entwickelt. Dabei werden die verschiedenen Massnahmen geordnet nach der Stärke mit der sie geeignet sind, in die Rechtsstellung der betroffenen Person einzugreifen. Nach dem Stufensystem gilt für Erwachsene die Vertretungsbeistandschaft nach Art. 392 Ziff. 3 ZGB als mildeste vormundschaftliche Massnahme, gefolgt von der Vertretungsbeistandschaft nach Art. 392 Ziff. 2 ZGB (vgl. Ernst Langenegger, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Helbing & Lichtenhahn Basel, 2. Auflage 2002, N 18 zu Art. 369 ZGB mit weiteren Hinweisen).

Beim System der Stufenfolge im Bereich des Kindesschutzes werden die Massnahmen nach der Intensität des Eingriffs in die elterliche Gewalt eingeteilt (vgl. Guler, a.a.O., S. 54 ff.). Nach Art. 307 Abs. 3 ZGB können die Behörden die Eltern beraten, ermahnen oder ihnen Weisungen erteilen. Daher stellen diese Massnahmen die unterste Stufe des Interventionssystems dar. In Fällen, wo solche Massnahmen nicht ausreichen, stehen als weitergehende Massnahmen – geordnet nach der Intensität des Eingriffs in die elterliche Gewalt – die Einsetzung eines Beistandes für das Kind (Art. 308 ZGB), die Aufhebung der Obhut (Art. 310 ZGB) oder sogar der Entzug der elterlichen Sorge (Art. 311 G. ZGB) zur Verfügung. Da die Vertretungsbeistandschaften nach Art. 392 ZGB keine eigentlichen Kindesschutzmassnahmen darstellen, sondern ein Massnahme des allgemeinen Vormundschaftsrechts bilden, sind sie im Stufensystem der Kindesschutzmassnahmen nicht aufgeführt. Nach dem für die Stufenfolge bei Kindesschutzmassnahmen geltenden Kriterium, nämlich der Intensität des Eingriffs einer Vertretungsbeistandschaft nach Art. 392 Ziff. 3 ZGB in die elterliche Gewalt, wäre diese Massnahme aber zweifellos als eine der mildesten Massnahmen ins Stufensystem einzureihen. Denn ein nach dieser Bestimmung eingesetzter Beistand ist lediglich befugt, die Kinder zu vertreten, nicht aber ihr Vermögen zu verwalten (vgl. ZVW 1993, S. 108). Da das Vertretungsrecht des Beistandes zusätzlich auf eine ganz bestimmte Angelegenheit beschränkt ist und die elterliche Gewalt im Übrigen in keiner Weise eingeschränkt wird, ist die Intensität des Eingriffs auf die elterliche Gewalt nur schwach. Damit ist erstellt, dass der Gemeinderat mit der Anordnung der Vertretungsbeistandschaft eine der mildest möglichen Massnahmen angeordnet hat. Die Voraussetzung, dass die Massnahme auf das nach den konkreten Umständen Nötige beschränken muss, ist damit ebenfalls erfüllt.

Es ist somit abschliessend zu prüfen, ob die angeordnete Massnahme sich eignet, der Gefährdung oder Schädigung des Kindesvermögens auch wirklich zu begegnen. Gemäss dem Wortlaut des Artikels 392 Ziffer 3 ZGB ernannt die Vormundschaftsbehörde einen Beistand, wenn der gesetzliche Vertreter an der Vertretung verhindert ist. Gesetzliche Vertreter im Sinne von Art. 392 Ziff. 3 ZGB sind nur der Vormund des Unmündigen oder Entmündigten und der Inhaber der elterlichen Gewalt (vgl. Schnyder/ Murer, Berner Kommentar, Band II, 3. Abteilung, 1. Teilband, 2. Lieferung, Verlag Stämpfli, Bern 1984, N 105 zu Art. 392 ZGB). Wie bereits unter Ziffer 2.a (vgl. oben) dargelegt, handelt es sich beim Beschwerdeführer nicht um den gesetzlichen Vertreter der beiden Kinder A. und C., sondern um einen Dritten im Sinne von Art. 321 Abs. 2 ZGB. Daraus folgt, dass die Einsetzung der Beistandin nicht gestützt auf diese Bestimmung erfolgen kann. Die angeordnete Massnahme ist daher aufzuheben.

4. a) Aufgrund von § 18 VRG, wonach die Beschwerdeinstanz das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat, ist jedoch zu prüfen, ob eine andere, geeignete Massnahme angeordnet werden muss.

b) Wie die bisherigen Ausführungen gezeigt haben, muss von einer Gefährdung des von A. und C. von ihrer Grossmutter geerbten Kindesvermögens ausgegangen werden. Insbesondere weil der Beschwerdeführer, der gleichzeitig Vater der Kinder und gesetzlicher Erbe des gleichen Nachlasses ist, eigene Interessen in Bezug auf das Nachlassvermögen hat. Die Interessen des Vaters stehen dem Interesse der Kinder – die ihnen vermachten Legate vollumfänglich zu erhalten – entgegen. Die massgebliche gesetzliche Bestimmung für Fälle, bei denen Eltern Interessen haben, die denen der Kinder widersprechen, ist Art. 306 Abs. 2 ZGB. Eine Interessenkollision im Sinne dieser Bestimmung liegt bereits bei abstrakter Gefährdung der Interessen der schutzbedürftigen Person, d.h. bei blosser Möglichkeit der Gefährdung vor (vgl. Schnyder/Murer, a.a.O., N 84 G.; Ingeborg Schwenzer, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Helbing & Lichtenhahn Basel, 2. Auflage 2002, N 4 zu Art. 306; BGE 118 II 105 E. 4 b). Es ist nicht massgeblich, wie weit sich der gesetzliche Vertreter im Einzelfall um objektive Wahrung der Interessen der schutzbefohlenen Person bemüht, ob er dazu auch fähig ist und wie viel Vertrauen er im Einzelfall verdient (Ernst Langenegger, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Helbing & Lichtenhahn Basel, 2. Auflage 2002, N 26 zu Art. 392). Entscheidend muss immer die Frage bleiben, ob und inwieweit sich die Interessen des Vertretenen und diejenigen des gesetzlichen Vertreters widersprechen (BGE 118 II 105 E. 4b). Hauptfälle der Interessenkollision finden sich im Rahmen der erbrechtlichen Auseinandersetzung. Liegt eine Interessenkollision vor, entfällt die Vertretungsmacht der Eltern automatisch (vgl. Ingeborg Schwenzer, a.a.O., N 4 – N 6 zu Art. 306 sowie BGE 107 II 112 E. 5). Da der Beschwerdeführer auch im Beschwerdeverfahren noch auf seinem Standpunkt beharrt, die von ihm zu leistenden Unterhaltsbeiträge für die Kinder seien – gemäss dem «internen Vermerk, in Ergänzung zu meinem Testament» auf dem Schreiben der Mutter an ihre Bank vom 15. August 2001 (vgl. Beschwerdegegnerischer Beleg 2) – von den Legaten abzuziehen, besteht kein Zweifel daran, dass die Situation im konkret zu beurteilenden Fall eine Interessenkollision im Sinne von Art. 306 Abs. 2 ZGB darstellt.

Gemäss Art. 306 Abs. 2 ZGB kommen somit die Bestimmungen über die Vertretungsbeistandschaft zur Anwendung. Der Gemeinderat hat folglich mit der Anordnung der Vertretungsbeistandschaft die gesetzlich vorgesehene Massnahme getroffen. Allerdings ist Kindern, deren Eltern wegen Interessenkollision von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen sind, ein Vertretungsbeistand nach Art. 392 Ziff. 2 ZGB zu bestellen (vgl. Ingeborg Schwenzer, a.a.O., N 7 zu Art. 306 ZGB).

c) Obwohl auch Artikel 392 Ziffer 2 ZGB die Einsetzung des Beistandes nur vorsieht, wenn der gesetzliche Vertreter in einem Interessenkonflikt zu den Interessen des unmündigen Kindes steht, ist diese Bestimmung vorliegend anzuwenden. Denn Art. 392 Ziffer 2 ZGB kommt durch die Verweisung von Art. 306 Abs. 2 ZGB zur Anwendung. Nach dieser Bestimmung ist

einzig relevant, ob die Eltern, gemeint sind beide Elternteile, Interessen haben, die denen des Kindes widersprechen. Aus diesem Grund gilt die Bestimmung von Art. 392 Ziffer 2 ZGB auch für den Vater, unabhängig davon, ob er gesetzlicher Vertreter der Kinder ist oder nicht.

d) Die nach Art. 392 Ziff. 2 ZGB eingesetzte Beiständin kann mit den gleichen Aufgaben betraut werden, wie eine nach Ziffer 3 dieser Bestimmung eingesetzte Beiständin. Der Gemeinderat hat in Ziffer 2 des angefochtenen Beschlusses den Auftrag der Beiständin formuliert. Danach hat sie die Aufgabe, dafür zu sorgen, dass die Legate in der Höhe von je Fr. 100'000.– aus dem grossmütterlichen Nachlass ausgeschieden und mündelsicher auf die Namen von A. und C. angelegt werden. Gleichzeitig wird sie ermächtigt, die Ansprüche der Kinder nötigenfalls gerichtlich durchzusetzen, und schliesslich hat sie nach Erledigung des Mandats einen Schlussbericht einzureichen und allenfalls Antrag auf Anordnung weiterer Massnahmen zu stellen. Mit den der Beiständin übertragenen Aufgaben kann der verfolgte Zweck, die Kindesvermögen sicherzustellen, erreicht werden. Die Vertretungsbeistandschaft schränkt die Befugnisse des Beschwerdeführers also nicht übermässig ein. Insbesondere wird die anschliessende Verwaltung der Legate durch den Vater in keiner Weise eingeschränkt, da eine nach Art. 392 Ziff. 3 ZGB bestellte Beiständin nicht befugt ist, die Mittel der Kinder zu verwalten (vgl. Zeitschrift für Vormundschaftswesen, ZVW 1993, S. 108). Der Entzug der Verwaltungsbefugnis müsste allenfalls, nach Abschluss des Mandats der Vertretungsbeistandschaft, durch besondere Anordnung gemäss den Bestimmungen der Art. 324 und 325 ZGB erfolgen.

e) Der Beschwerdeführer macht in der Beschwerdeschrift geltend, er habe die vom Beschwerdegegner eingesetzte Beiständin, Rechtsanwältin Y.Z., bereits getroffen. Er erhebt jedoch keine konkreten Einwände gegen die Wahl von Rechtsanwältin Y.Z. zur Beiständin. Für die Wahl der Person der Beiständin gelten aufgrund von Art. 367 Abs. 3 ZGB die gleichen Regeln wie für die Wahl des Vormundes. Danach ist eine für das Amt besonders geeignete Person einzusetzen. Unter besonderer Eignung versteht man jene Fähigkeiten, die erforderlich sind, ein bestimmtes Mandat für eine bestimmte Person zu führen. Auch die persönliche Beziehung zwischen der Mandatsträgerin und der betreuten Person ist von Bedeutung. Wo bereits ein Vertrauensverhältnis besteht, ist zu prüfen, ob die Beiständin genügend unabhängig ist, ihre Aufgabe zu bewältigen. (vgl. Christoph Häfeli, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Helbing & Lichtenhahn Basel, 2. Auflage 2002, N 15 und 16 zu Art. 379 ZGB).

Im vorliegend zu beurteilenden Fall wird der Beiständin die Aufgabe übertragen, für die Ausscheidung der Legate von A. und C. aus dem Nachlassvermögen zu sorgen und diese mündelsicher anzulegen. Damit sie ihr Mandat erfüllen kann, wird ihr gleichzeitig die Befugnis eingeräumt, die Ansprüche der Kinder auf gerichtlichem Weg durchzusetzen. Als Rechtsanwältin besitzt

die vom Beschwerdegegner eingesetzte Beiständin die für das Amt erforderliche besondere Eignung. Ob eine persönliche Beziehung zwischen der Beiständin und den Kindern besteht, geht aus den Akten nicht hervor. Da aber die Kinder noch unmündig sind und von ihrer Mutter vertreten werden, ist auch die Beziehung der Beiständin zur Mutter zu prüfen. Aus einer telefonischen Mitteilung der Mutter an die Sachbearbeiterin ist bekannt, dass die eingesetzte Beiständin bisher nicht Parteivertreterin der Mutter war, sondern von dieser nur in Bezug auf die Angelegenheit betreffend der Legate beigezogen wurde. Dem Scheidungsurteil der Parteien ist zu entnehmen, dass die Mutter bei der Scheidung durch eine andere Rechtsanwältin vertreten wurde. Nach den Angaben des Beschwerdegegners wurde Rechtsanwältin Y.Z. als Beiständin eingesetzt, weil sie bereits Kenntnis von der Sachlage hatte. Auch wenn die Rechtsanwältin allenfalls von der Mutter über die Angelegenheit informiert wurde, bestehen absolut keine Anhaltspunkte dafür, dass Frau Y.Z. nicht die für die Erledigung der Aufgabe notwendige Unabhängigkeit besitzt. Die Wahl von Rechtsanwältin Y.Z. zur Beiständin ist daher ebenfalls zu bestätigen.

f) Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass eine Vertretungsbeistandschaft nach Art. 392 Ziffer 2 ZGB geeignet ist, um das gefährdete Kindesvermögen sicherzustellen. Die Massnahme erfüllt damit die Anforderungen des Proportionalitätsprinzips. Auch das Subsidiaritätsprinzip ist gemäss den Ausführungen in Ziffer 3e erfüllt, weil die Vertretungsbeistandschaft nach Ziffer 2 eine der mildesten Massnahmen im Stufensystem darstellt. Da auch die Voraussetzung der Gefährdung des Kindesvermögens erfüllt ist (vgl. Ziffer 3.c), ist eine Vertretungsbeistandschaft nach Art. 392 Ziffer 2 anzuordnen. Die Wahl der Person der eingesetzten Beiständin ist zu bestätigen und diese ist mit den im angefochtenen Beschluss formulierten Aufgaben und Befugnissen zu betrauen.

5. a) Im angefochtenen Entscheid wurden keine Verfahrenskosten erhoben, die Kosten für die Mandatsführung der Beiständin sind dem Beschwerdeführer übertragen worden. Die Übertragung der Kosten für die angeordnete Beistandschaft wird damit begründet, dass das Verfahren durch das Verhalten des Vaters notwendig wurde, weshalb ihm die Kosten dafür aufzuerlegen seien. (...)

c) Der Vater ficht die Auferlegung der Kosten für die Führung des Mandats der Beiständin an. Seinem Einwand, er sei mit der Einsetzung einer Beiständin nicht einverstanden, weshalb für ihn eine Mandatsentschädigung an diese entfalle, ist entgegenzuhalten, dass die Eltern gemäss Art. 276 Abs. 1 ZGB verpflichtet sind, im Rahmen ihrer Unterhaltspflicht auch die Kosten für Kindesschutzmassnahmen zu tragen. Allerdings kann im gegenwärtigen Zeitpunkt noch gar kein Entscheid über die Kostentragung gefällt werden, weil gemäss Art. 276 Abs. 3 ZGB die Eltern in dem Mass von der Unterhaltspflicht befreit sind, als dem Kind zugemutet werden kann, den Unterhalt aus seinem Arbeitserwerb oder andern Mitteln zu bestreiten.

Aus den vorangehenden Erwägungen ist bekannt, dass den beiden Kindern vorliegend je ein Legat von Fr. 100'000.- vermacht wurde und dass diese Legate freies Kindesvermögen bilden (vgl. oben Erwägung 1c). Im gegenwärtigen Zeitpunkt ist allerdings nicht bekannt, ob und in welcher Höhe die Legate zur Auszahlung gelangen. Es ist mit anderen Worten im Moment noch nicht sicher, ob die wirtschaftliche Lage der beiden Kinder durch die Legate eindeutig besser wird als jene der Eltern. Wäre dies der Fall, wäre es ihnen im Sinne von Art. 276 Abs. 3 ZGB zumutbar, einen Teil oder allenfalls die gesamten Kosten der Mandatsführung für die Beistandschaft selber zu bezahlen. Denn in Fällen, bei denen das Kind über eigene Mittel verfügt, würde eine absolute Unterhaltspflicht der Eltern ungeachtet deren effektiven Leistungsfähigkeit weder vor dem Fairnessprinzip des Art. 2 ZGB noch dessen spezifisch familienrechtlicher Ausprägung in Art. 272 ZGB standhalten (vgl. Breitschmid, a.a.O., N 30 zu Art. 276 ZGB; Hegnauer, a.a.O., N 20.05). Über die Tragung der Kosten, welche durch die Mandatsführung der Beiständin entstehen, kann daher erst nach Abschluss des Mandats entschieden werden. Die im angefochtenen Entscheid angeordnete Auferlegung der Kosten für die Mandatsführung der Beiständin zu Lasten des Vaters ist daher aufzuheben. (...)

Regierungsrat, 18. November 2003

2. Grundbuchwesen

§§ 2, 5 Abs. 2 Ziff. 3 und 8 G über den Gebührentarif im Grundbuchwesen (BGS 215.35) – Berechnung der Handänderungsgebühr beim Verkauf einer Geschäftsliegenschaft durch den Inhaber einer Einzelfirma an eine Kommanditgesellschaft, an welcher der Veräusserer als einziger Komplementär beteiligt ist – Tragweite des gesetzlich umschriebenen Tatbestandes der Umwandlung (E.1) – Qualifikation des zu beurteilenden Vorganges als Umwandlung einer Einzelfirma ohne wertmässige Veränderung der Anteilsrechte des Beteiligten (E.2) – Handelt es sich bei den Kommanditären um die Kinder des Veräusserers, findet eine gebührenrechtlich privilegierte Übertragung von Grundeigentum vom Vater auf die Kinder statt. – Der massgebende Gebührensatz beträgt 2 Promille der Handänderungssumme (E.3).

Aus dem Sachverhalt:

Mit Vertrag vom 11. April 2002 verkaufte A. das GS Nr. zu einem Preis von Fr. 6'017'300.– an die A. & Co., einer Kommanditgesellschaft, an welcher neben A., als einzigem unbeschränkt haftenden Gesellschafter (Komplementär), dessen Kinder B. und C. als Kommanditäre beteiligt sind. Die Gemeinde stellte dem Verkäufer und der Käuferin am 6. Mai 2002 für die grundbuchlich vollzogene Eigentumsübertragung Handänderungsgebühren und Grundbuchkosten in der Höhe von insgesamt Fr. 48'148.40 in Rechnung. Dagegen erhoben A. und die A. & Co. (Beschwerdeführer) am 27. Mai 2002 Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat. Sie forderten eine Gebührenberechnung gemäss § 5 Abs. 2 Ziff. 3 Grundbuchgebührentarif mit der Begründung, das grundbuchlich abgewickelte Geschäft erfolge im Zuge einer Umwandlung der Einzelfirma von A. als Liegenschaftshändler in die A. & Co. Es gelange daher der Gebührensatz von 2 Promille zur Anwendung. A. habe im Rahmen seines Ausscheidens aus anderen Gesellschaften diverse Geschäftsliegenschaften übernommen und mittels einer konkludent gegründeten Einzelfirma unter seinem Namen persönlich weiter bewirtschaftet. Die erworbenen Liegenschaften seien damit zum Geschäftsvermögen der Einzelfirma geworden. Als Geschäftsvermögen seien sie auch deklariert und besteuert worden. Vor allem aus Vorsorgegründen für seine Kinder habe A. beschlossen, seine ehemalige Einzelfirma in eine Kommanditgesellschaft umzuwandeln. Da das Gesetz neben einem unbeschränkt haftenden Komplementär zwingend auch beschränkt haftende Kommanditäre fordere, sei er gezwungen gewesen, zwei seiner Kinder als Gesellschafter aufzunehmen. Als Kommanditäre hätten diese sich mit einer symbolischen Einlage von je Fr. 1'000.– an der A. & Co. beteiligt. Wirtschaftlich betrachtet sei aber auch die neue Gesellschaft allein A. zuzurechnen, was sich unter anderem daraus ergebe, dass der gesamte Wert- und Gewinnzuwachs gemäss Gesellschaftsvertrag nur dem unbeschränkt haftenden Komplementär zukomme.

Aus den Erwägungen:

I.

(...)

II.

1. (...) Streitig ist dagegen, ob die Übertragung des in der Gemeinde X gelegenen Grundstücks (GS) Nr. von der Einzelfirma auf die Kommanditgesellschaft eine Handänderung darstellt, welche gebührenrechtlich privilegiert ist. Sowohl das Grundbuchamt als auch die Gemeinde X verneinen dies und halten den ordentlichen Gebührensatz von 4 Promille für massgebend. Die Beschwerdeführer vertreten demgegenüber den Standpunkt, dass die Voraussetzungen für eine Privilegierung gegeben seien. (...).

Nach § 5 Abs. 1 Grundbuchgebührentarif beträgt der ordentliche Gebührensatz bei Handänderungen an Grundstücken 4 Promille der Handänderungssumme, wobei der Einwohnergemeinde gemäss § 7 Grundbuchgebührentarif für alle Handänderungen Abgaben in derselben Höhe zustehen. In den in § 5 Abs. 2 geregelten Fällen gelangt ein reduzierter Gebührensatz zur Anwendung. Er beträgt bei 'Handänderungen infolge Umwandlung von Einzelfirmen, Personengesellschaften oder juristischen Personen ohne wertmässige Veränderung der Anteilsrechte der Beteiligten sowie bei Fusionen von juristischen Personen und sonstigen Handelsgesellschaften' 2 Promille. Eine Gebührenprivilegierung kann gemäss dem Wortlaut dieser Bestimmung namentlich beansprucht werden, wenn der zu beurteilende Sachverhalt – wie von den Beschwerdeführern behauptet – als 'Umwandlung' einer 'Einzelfirma' qualifiziert werden kann und diese 'Umwandlung' 'ohne wertmässige Veränderung der Anteilsrechte der Beteiligten' erfolgte. Um entscheiden zu können, ob der grundsätzlich gebührenpflichtige Vorgang dem gesetzlich umschriebenen Tatbestand unterfällt, mit dem sich die Rechtsfolge der gebührenrechtlichen Privilegierung verknüpft, muss der Sinn von § 5 Abs. 2 Ziff. 3 Grundbuchgebührentarif nach den allgemeinen Regeln der Auslegung ermittelt werden. Nach herrschender Auffassung bildet dabei der in sprachlicher Hinsicht klagestellte Wortlaut des geschriebenen Rechts und der ihm zu entnehmende Wortsinn den Ausgangspunkt und gleichzeitig die Grenze der Auslegung (Meier-Hayoz zu Art 1 ZGB N. 38f.). Aus der in aller Regel zu beobachtenden Vagheit und Mehrdeutigkeit des Wortsinns eines Gesetzes ergibt sich aber auch die Notwendigkeit weiterer Interpretationsbemühungen (Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, Bern und München 1998, S. 43). Auch im vorliegenden Fall zeigt sich bei näherem Hinsehen, dass der Normsinn der einschlägigen Gesetzesbestimmung angesichts der Mehrdeutigkeit der in ihr enthaltenen Worte und Wortfolgen klärungsbedürftig ist. Weder der Begriff der Umwandlung noch der Begriff der Ein-

zelfirma sind im Grundbuchgebührentarif umschrieben. Dasselbe gilt auch für die Wortfolge 'ohne wertmässige Veränderung der Anteilsrechte der Beteiligten'.

1.1. Welche Bedeutung dem Begriff 'Umwandlung' im § 5 Abs. 2 Ziff. 3 Grundbuchgebührentarif zukommt, ist nicht ohne weiteres ersichtlich, da der Begriff keine klaren Konturen aufweist. Dass der Begriff der Umwandlung uneinheitlich verwendet wird, zeigt sich auch darin, dass die Fusion und die Spaltung von Unternehmen mitunter ebenfalls als Tatbestände der Umwandlung verstanden werden (Markus Reich/Marco Duss, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, Basel & Frankfurt a. Main 1996, S. 191). Im schweizerischen Zivilrecht ist der Begriff der Umwandlung in Zusammenhang mit Gesellschaften nur in Art. 824ff. OR anzutreffen, der sich über die sogenannte 'übertragende Umwandlung' einer Aktiengesellschaft (AG) in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) ausspricht. Das Wesensmerkmal einer übertragenden Umwandlung besteht nach der Lehre darin, dass die AG ohne Liquidation aufgelöst und ihr Vermögen analog der Fusion mittels Universalsukzession auf die neu gegründete GmbH übertragen wird (Patrick Hünerwadel, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2. Auflage 2002, zu Art. 824 OR N 1). Mit Bezug auf die Aktionäre, welche sich an der GmbH beteiligen, liegt eine Sacheinlage in der Höhe des von der AG auf die GmbH übertragenen Vermögens vor (Hünerwadel, a.a.O., zu Art. 824 OR N. 3). Die übertragende Umwandlung ist mit einem Wechsel des Rechtssubjekts verbunden. Enger gefasst wird der Begriff der Umwandlung im Entwurf des Bundesgesetzes über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000 (Fusionsgesetz; FusG). Er bezeichnet die Umwandlung unter Hinweis auf die Doktrin als Änderung der Rechtsform einer Gesellschaft unter Fortbestand aller vermögens- und mitgliedschaftsrechtlichen Beziehungen (Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000, S. 4357). Anders als bei der im Obligationenrecht geregelten Form der übertragenden Umwandlung bleibt die bisherige Gesellschaft gemäss dieser Begriffsbestimmung bestehen. Die Umwandlung bedingt keine Rechtsnachfolge und erfordert auch keine Übertragung von Rechtsbeziehungen. Sie erscheint daher als blosser Rechtskleidwechsel einer Gesellschaft (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 4358).

In der schweizerischen Rechtslehre wird der Begriff der Umwandlung fast ausschliesslich verwendet für die Änderung der Rechtsform unter Wahrung der wirtschaftlichen Identität des Unternehmens (Reich/Duss, a.a.O., S. 191; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Auflage, Bern 1998, § 24 N 69; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 58 N 24ff.). Der materielle Kern des Unternehmens bleibt der gleiche. Was sich ändert, ist im wesentlichen lediglich das rechtliche Kleid und damit verbunden unter Umständen auch die finanzielle Grundlage der Unternehmung. Wenn weder

der Kreis der wirtschaftlichen Träger noch die Beteiligungsquoten wertmässig umgestaltet werden, liegt eine sogenannte 'reine Umwandlung' vor. Von einer 'gemischten Umwandlung' wird dagegen gesprochen, wenn sich die Beteiligungsverhältnisse verändern, namentlich durch den Eintritt oder Austritt einzelner Gesellschafter bei Personenunternehmen oder von Anteilsinhabern bei Kapitalgesellschaften (Reich/Duss, a.a.O., S. 191).

Da sich die 'reine Umwandlung' in einem Rechtsformwechsel erschöpft ohne dass der zivilrechtliche Rechtsträger sich ändert, ist mit ihr keine Eigentumsübertragung auf einen mit dem bisherigen nicht mehr identischen Rechtsträger verbunden. Nach Auffassung von Reich liegt mangels Eigentumsübertragung kein Tatbestand einer gebührenpflichtigen Handänderung vor (STR 1995, S. 520). Folgt man dieser Auffassung, dann lässt sich daraus ableiten, dass der Begriff der Umwandlung, so wie er in § 5 Abs. 2 Ziff. 3 Grundbuchgebührentarif verwendet wird, nicht in einem engen Sinne verstanden werden darf. Dasselbe gilt übrigens auch für den Begriff der Fusion, dessen Bedeutung der Regierungsrat in einem im Jahre 2001 zu beurteilenden Fall ermittelte (GVP 2001, S. 195ff.). In historischer, systematischer und teleologischer Auslegung der Gesetzesbestimmung gelangte er zum Ergebnis, dass sowohl der entstehungszeitliche als auch der geltungszeitliche Normsinn des § 5 Abs. 2 Ziff. 3 Grundbuchgebührentarif darin besteht, Tatbestände zu privilegieren, welche sich lediglich in der Änderung der Rechtsform erschöpfen, wobei er diese Voraussetzung auch bei zivilrechtlichen Handänderungen als erfüllt betrachtete, die bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise mit keiner Eigentumsübertragung auf einen mit dem bisherigen nicht mehr identischen Rechtsträger verbunden sind. Der innere Grund der Privilegierung liegt nach diesem Rechtsverständnis in der Tatsache begründet, dass Handänderungen im Rahmen einer Fusion oder einer Umwandlung zwecks Reorganisation der Unternehmung erfolgen, welche nicht erschwert werden soll. (...) Einer weiten Fassung des Begriffs der Umwandlung ist dabei aber der Vorzug zu geben.

1.2. Paragraph 5 Abs. 2 Ziff. 3 Grundbuchgebührentarif privilegiert unter anderem die Umwandlung einer Einzelfirma. Was unter dem Begriff 'Einzelfirma' zu verstehen ist, bedarf ebenfalls der Auslegung. Im allgemeinen wird unter dem Begriff 'Einzelfirma' der kaufmännische Name des von einem Einzelkaufmann geführten Unternehmens verstanden, d.h. der Geschäftsname. Häufig steht der Begriff aber auch für das Geschäft selbst. Nachdem eine blosser Änderung der Firma weder eine zivilrechtliche noch eine wirtschaftliche Handänderung an den Geschäftsgrundstücken bewirkt, das Vorliegen eines zivilrechtlichen Eigentumsüberganges im § 5 Abs. 2 Ziff. 3 aber stillschweigend vorausgesetzt wird, drängt sich eine Gleichsetzung des Begriffs 'Einzelfirma' mit 'Einzelunternehmung' auf. Es sind somit zivilrechtliche Handänderungen bei der Umwandlung einer 'Einzelunternehmung' in eine andere Unternehmensform privilegiert, sofern die weiteren der im § 5 Abs. 2 Ziff. 3 genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Als Inhaber einer

'Einzelfirma' und Alleineigentümer des GS 1224 kann sich A. aber nur dann auf § 5 Abs. 2 Ziff. 3 Grundbuchgebührentarif berufen, wenn die Handänderung zufolge Umwandlung sich auf ein der umzuwandelnden Einzelunternehmung gewidmetes Grundstück bezieht. Wer als Alleineigentümer nicht ein Betriebsgrundstück, sondern ein Privatgrundstück veräussert, kann nach einhelliger Auffassung nicht Umwandlung geltend machen (ZR 76 Nr. 121). Bringt ein Einzelkaufmann dagegen als Alleineigentümer das betriebliche Grundstück in die von ihm im Zuge der Umwandlung der Einzelfirma gegründete Kommanditgesellschaft ein und überträgt dasselbe zivilrechtlich ins Gesamteigentum der Gesellschafter, dann kann von der 'Umwandlung' einer 'Einzelfirma' gesprochen werden. Der Vorgang muss – soweit die weiteren vom Gesetz geforderten Voraussetzungen erfüllt sind – auch als gebührenrechtlich privilegierte Umwandlung gelten, ansonsten die Erwähnung der Umwandlung einer Einzelfirma in § 5 Abs. 2 Ziff. 3 Grundbuchgebührentarif überhaupt keinen Sinn machen würde. Dieses Ergebnis bestätigt die Annahme, dass der Begriff der Umwandlung im Grundbuchgebührentarif nicht in einem engen Sinne zu interpretieren ist. Nun erfordert aber die Umwandlung einer Einzelfirma in eine Kommanditgesellschaft notwendigerweise den Beitritt von zusätzlichen Gesellschaftern (BJM 1991 S. 59, 62; Stephan Pfenninger, Grundsteuerfolgen von Unternehmensumstrukturierungen, Zürich 1995, S. 195) und der Beitritt weiterer Gesellschafter führt zu einer Änderung der Beteiligungsverhältnisse an den Geschäftsgrundstücken (Reich/Duss, a.a.O., S. 194). Es ist daher der Frage nachzugehen, ob das weitere gesetzliche Erfordernis der wertmässig gleichbleibenden Anteilsrechte der Beteiligten der Qualifikation des Vorganges als Umwandlung im Sinne des Grundbuchgebührentarifs und damit dem vermuteten Normsinn entgegensteht.

1.3. Als dritte Voraussetzung für eine Gebührenprivilegierung zufolge Umwandlung verlangt § 5 Abs. 2 Ziff. 3 Grundbuchgebührentarif, dass diese 'ohne wertmässige Veränderung der Anteilsrechte der Beteiligten' erfolgt. Auch der Sinn dieser Wortfolge ist nicht evident, zumal bei Einzelfirmen nur bei stark vereinfachender Betrachtungsweise gesagt werden kann, ihr Inhaber verfüge über einen Anteil von 1/1. Der Ausdruck 'Anteilsrechte' ist aber auch aus einem weiteren Grund irreführend: Bei Handelsgesellschaften verleihen Anteile einen Anspruch am Reingewinn und am Liquidationserlös, bei Genossenschaften mit Anteilscheinen einen solchen an einer Quote des Reinertrages, während sie bei Genossenschaften ohne Anteilscheine gar keinen Anspruch verkörpern. Über Anteilsrechte verfügen dagegen die Mitglieder einer einfachen Gesellschaft, einer Kollektiv- und einer Kommanditgesellschaft, weil am Gesellschaftsvermögen einschliesslich der Liegenschaften Gesamteigentum besteht. Von Anteilen in diesem Sinne wird als Voraussetzung einer gebührenrechtlich privilegierten Umwandlung in § 5 Abs. 2 Ziff. 3 Grundbuchgebührentarif verlangt, dass sie sich wertmässig nicht verändern. Das Anteilsrecht des an der bisherigen Einzelfirma 'Beteiligten' darf sich im

Zuge der Umwandlung 'wertmässig' nicht verändert haben, ansonsten eine gebührenrechtliche Privilegierung ausgeschlossen erscheint. Das Erfordernis gleichbleibender Anteilsrechte oder Beteiligungsverhältnisse, das eher auf die Einkommenssteuer und die Grundstückgewinnsteuer zugeschnitten ist, hat auch im Recht anderer Kantone seinen Niederschlag gefunden. Allgemein leitet man aus diesem gesetzlichen Erfordernis ab, dass mit der Umwandlung keine buchmässige Aufwertung und keine Realisation stiller Reserven verbunden sein darf. Weiter ist anerkannt, dass der Begriff der gleichbleibenden Anteilsverhältnisse keine exakte mathematische Gleichheit der Anteilsverhältnisse voraussetzen kann, weil sich eine Veränderung der Anteilsverhältnisse im Falle einer Umwandlung zumindest in einem gewissen Umfang aufdrängt. Regelmässig werden daher geringfügige Verschiebungen der bisherigen Anteile toleriert. In einzelnen Kantonen schliessen quotale Veränderungen der Anteile eine Gebührenprivilegierung nicht aus, sofern sie nicht mehr als 10% betragen (BJM 1991, S. 66). Andere Kantone wiederum stellen nicht auf die quotalen Änderungen, sondern vielmehr darauf ab, ob das Engagement des bisherigen Einzelunternehmers wertmässig und qualitativ aufrecht erhalten bleibt (Pfenninger, a.a.O., S. 193). Ist diese Voraussetzung erfüllt, dann bewirkt der Beitritt zusätzlicher Teilhaber für sich allein keine Änderung der Anteilsverhältnisse, selbst wenn sich der Wertanteil des bisherigen Einzelunternehmers an den Geschäftsgrundstücken dadurch verringert (Pfenninger, a.a.O., S. 191f., 196). So wird im Falle der Umwandlung einer AG in eine GmbH keine vollständige Kontinuität der Mitgliedschaft verlangt (Hünerwadel, a.a.O., zu Art. 824 OR N. 5) und auch die Umwandlung einer Einzelfirma in eine Aktiengesellschaft privilegiert, obwohl sich die Anteilsverhältnisse insoweit ändern, als neben dem früheren Geschäftsinhaber gemäss gesetzlicher Vorschrift mindestens zwei weitere Personen als Gründer der Aktiengesellschaft auftreten müssen (Art. 625 OR; Forstmoser/Meier-Hayoz, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, Bern 1976, S. 307ff.; SGGVP 1993, S. 24ff.).

In der Rechtslehre wird das Erfordernis gleichbleibender Anteile oder Beteiligungsverhältnisse zunehmend in Frage gestellt. Es überwiegt heute die Auffassung, dass dieses Erfordernis der Steuerneutralität von Umwandlungen, welche mit einem Subjektwechsel verbunden sind, nicht entgegenstehe (STR 1995, S. 521; Zur Kritik der gleichbleibenden Beteiligungsverhältnisse Reich, Die Realisation stiller Reserven im Bilanzsteuerrecht, Zürich 1983, S. 237ff; Cagianut/Höhn, Unternehmungssteuerrecht, Bern/Stuttgart 1986, S. 556f). Einhellig wird die Meinung vertreten, dass bloss quotale Änderungen der Beteiligungsverhältnisse unschädlich seien (STR 1995, S. 521). Eine andere Sicht der Dinge würde im vorliegenden Fall zu keinem plausiblen Resultat führen: Paragraph 5 Abs. 2 Ziff. 3 Grundbuchgebührentarif setzt voraus, dass die zusätzlichen Gesellschafter, ohne die eine Umwandlung einer 'Einzelfirma' gar nicht erfolgen kann, Gesamteigentümer der Geschäftsliegenschaften werden. Blicke nämlich der bisherige Einzelunternehmer Alleineigentümer der Unter-

nehmensliegenschaften, dann wäre von vornherein kein Handänderungstatbestand erfüllt. Der gebührenpflichtige Tatbestand der Umwandlung einer 'Einzelfirma' in eine Kommanditgesellschaft setzt somit voraus, dass der bisherige Einzelunternehmer sein Alleineigentum am Geschäftsvermögen aufgibt und in das Gesamteigentum der Teilhaber der zur Kommanditgesellschaft gewordenen Unternehmung überträgt. Das Erfordernis wertmässig gleichbleibender Anteilsrechte kann somit nicht bedeuten, dass eine mit der Umwandlung verbundene Veränderung der Berechtigung des bisherigen Einzelunternehmers – welcher vom Alleineigentümer zum Gesamteigentümer des Grundstücks wird – das Gebührenprivileg ausschliesst. Ansonsten ergäbe sich ein unlösbarer innerer Widerspruch zwischen der gesetzlichen Voraussetzung der wertmässig gleichbleibenden Anteilsrechte und der gebührenrechtlich ausdrücklich privilegierten Umwandlung einer Einzelfirma in eine andere Personengesellschaft.

1.4. Aufgrund der Klärung des Wortsinns lässt sich der folgende Normsinn ermitteln: Paragraph 5 Abs. 2 Ziff. 3 Grundbuchgebührentarif will es Unternehmungen erleichtern, sich zu reorganisieren, indem er damit verbundene zivilrechtliche Eigentumsübertragungen an betrieblichen Grundstücken einem tieferen Handänderungsgebührensatz unterstellt. Voraussetzung ist gemäss dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut, dass sich die Umstrukturierung als 'Umwandlung' oder als 'Fusion' qualifizieren lässt. Auch wenn diesen zivilrechtlichen Begriffen im Abgaberecht nach verbreiteter Auffassung grundsätzlich die gleiche Bedeutung zukommt, dürfen die Begriffe der Umwandlung und der Fusion nicht in einem engen zivilrechtlichen Sinne verstanden werden (vgl. Ernst Höhn, Wirtschaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht, in: StR 18 1963, S. 393). Soweit es um die 'Fusion' geht, hat der Regierungsrat diesen Standpunkt bereits im Jahre 2001 bekräftigt. Für die 'Umwandlung' kann nichts anderes gelten. Ob eine bestimmter Vorgang als privilegierungswürdige Umwandlung zu behandeln ist, entscheidet sich aufgrund des Sinnes der einschlägigen Norm als Ganzes (Höhn, a.a.O., S. 394f.). Nachdem es sich bei § 5 Abs. 2 Ziff. 3 Grundbuchgebührentarif um eine Bestimmung handelt, die eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zu Gunsten des Gebührenpflichtigen nicht nur zulässt, sondern vom Sinn der Rechtsnorm her fordert, ist der steuerrechtliche bzw. gebührenrechtliche Begriff der Umwandlung massgebend. Eine Umwandlung im Sinne des Grundbuchgebührentarifs setzt nicht voraus, dass das Unternehmen nur seine Rechtsform ändert unter Wahrung der Subjektsidentität. Eine solche liegt vielmehr dann vor, wenn das Unternehmen in Universal-sukzession auf den neuen Rechtsträger übertragen oder der bisherige Rechtsträger liquidiert und das Unternehmen auf einen neugegründeten Rechtsträger übertragen wird (Reich/Duss, a.a.O., S. 191f.). In welchem zivilrechtlichen Verfahren die Umwandlung bewerkstelligt wird, ist nicht ausschlaggebend. Eine solche extensive Auslegung des Begriffs der 'Umwandlung' zu Gunsten der Gebührenpflichtigen ist mit dem Wortlaut der

Gesetzesbestimmung vereinbar und wird vom Sinn der gesetzlichen Ordnung verlangt (ZR 71 Nr. 85).

2. A. hat bei seinem Austritt aus anderen Gesellschaften als Abfindung für seine Anteile diverse Liegenschaften im Kanton Zug und Umgebung übernommen. Das GS Nr. wurde am 12. März 1997 käuflich erworben. In Vollziehung des Kaufvertrages wurde A. als Alleineigentümer im Grundbuch eingetragen. Mit Schreiben vom 28. Mai 2002 bestätigte die kantonale Steuerverwaltung, dass das GS Nr. steuerlich dem Geschäftsvermögen zugeteilt sei. Daraus lässt sich ableiten, dass das GS Nr. Bestandteil des unter der Einzelfirma A. geführten Geschäftsbetriebes war. Die Nutzung und Verwaltung der Liegenschaft durch A. erfolgte in seiner seitens der Steuerbehörden anerkannten Eigenschaft als gewerbmässiger Liegenschaftshändler, in der keine private Vermögensverwaltung zu erblicken ist. Am 20. August 1997 gründete A. die A. & Co. in der Absicht, diejenigen Liegenschaften, welche längerfristig im Portefeuille bleiben und damit einmal seinen Nachlass bilden sollten, in diese überzuführen. Die Handänderung erfolgte im Rahmen einer Umstrukturierung, welche wohl hauptsächlich, aber nicht ausschliesslich erbrechtlich motiviert war.

2.1. Dass nicht sämtliche Grundstücke der Einzelunternehmung gleichzeitig ins Eigentum der A. & Co. übertragen wurden, die einzelnen Übernahmen sich vielmehr über einen Zeitraum erstreckten, der von 1997 bis Mitte 2000 dauerte, schliesst eine Qualifikation des Vorganges als Umwandlung im Sinne des Grundbuchgebührentarifs nicht aus. Ebenso wenig der Umstand, dass die von der Einzelfirma in eine Kommanditgesellschaft umgewandelte A. & Co. bereits vor dem Verkauf des GS Nr. bestand. Der zivilrechtliche Weg, auf dem die Umwandlung bewerkstelligt wird, ist – wie bereits dargelegt – nicht entscheidend, auch wenn der Ausdruck 'Umwandlung' einen Rechtskleidwechsel assoziiert. A. wählte dieses Vorgehen, weil auch die Liegenschaften aus den Gesellschaften, aus denen er ausschied, sukzessive in sein Eigentum übergingen und eine Überführung der für den Weiterverkauf bestimmten Liegenschaften in die Kommanditgesellschaft gar nicht angestrebt wurde. Wenn einzelne der von A. erworbenen Grundstücke vor oder nach der Gründung der Kommanditgesellschaft veräussert wurden, so ist darin unternehmenswirtschaftlich kein Vorgang der Teilliquidation der Einzelfirma oder ein Entzug betriebsnotwendiger Mittel zu erblicken. Die Veräusserung von Grundstücken bildete vielmehr den gewöhnlichen und wohl auch hauptsächlichsten Geschäftszweck der Einzelfirma. Dieser Geschäftszweck entspricht demjenigen, der auch von der Kommanditgesellschaft verfolgt wird. Trotz der Umwandlung der Einzelfirma in die Kommanditgesellschaft hat sich an der Bestimmung der Unternehmensgrundstücke zu identischen Geschäftszwecken nichts geändert.

2.2. Im Zuge der Umwandlung haben sich die Kinder von A. an der Kommanditgesellschaft als Kommanditäre mit je einer Einlage von Fr. 1'000.-

beteiligt. Bezüglich des GS Nr. erfolgte eine zivilrechtliche Handänderung auf der Grundlage eines Kaufvertrages. Neben den bisherigen Inhaber der Einzel-firma und Alleineigentümer des Grundstücks traten zwei zusätzliche Gesell-schafter, welche gemäss Art. 544 Abs. 1 OR Gesamteigentümer des GS Nr. wurden (Meier-Hayoz, Berner Kommentar zu Art. 652 ZGB N. 33, 37). Das Geschäftsgrundstück Nr. wurde entsprechend Art. 562 OR und Art. 31 Abs. 2 der Verordnung betreffend das Grundbuch vom 22. Februar 1910 (GBV; SR 211.432.1) unter der Firma der Kommanditgesellschaft als deren Eigentum im Grundbuch eingetragen (Meier-Hayoz zu Art. 652 ZGB N. 32, 61; BGE 105 II 207). Dies ändert aber nichts an der Tatsache, dass die Kommanditgesellschaft als vertragliche Personenvereinigung Gesamthandsgemeinschaft ist und keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt (BGE 72 II 181f., 78 I 10, 12, 78 I 120, 95 II 549, 99 III 2). Träger der Rechte und Pflichten der Gesellschaft wurden die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit (Carl Baudenbacher, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 1. Auflage 1994, zu Art. 594 OR N 2).

Mit der Umwandlung der Einzelfirma in eine Kommanditgesellschaft hat A. einen Anteil an seinem Unternehmen seinen Kindern veräussert. Er hat sein Alleineigentum am Geschäftsvermögen aufgegeben und ist zusammen mit den Kommanditären zum Gesamteigentümer geworden. Es liegt eine gemischte Umwandlung vor, da die Beteiligungsverhältnisse sich verändert haben (Reich/Duss, a.a.O., S. 192). B. und C. mussten für den Erwerb des Gesellschaftsvermögens zu Gesamteigentum keine Entschädigung leisten. Die Leistung der Kommanditsumme – sie wurde nach Angaben der Beschwerdeführer gar noch nicht erbracht – wird gesetzlich zwingend vorausgesetzt. Sie bezeichnet die Haftungssumme des Kommanditärs im Aussenverhältnis und ist nicht als Vermögenseinlage oder als Einkaufssumme in das offene oder stille Unternehmenskapital zu qualifizieren (Baudenbacher, a.a.O., zu Art. 594 OR N 4ff.; Reich/Duss, a.a.O., S. 193). Sie stellt damit keine geldmässige Abfindung von A. für die von ihm teilweise veräusserte Berechtigung an der bisherigen Unternehmung dar. Da A. eine Gegenleistung für die Veräusserung der ideellen Beteiligungsquote am Geschäftsvermögen seitens seiner Kinder nicht erhielt, hat sich sein 'Anteilsrecht' an der Unternehmung 'wertmässig' nicht verändert (Reich/Duss, a.a.O., S. 193). Der ihm als Gegenleistung für die Veräusserung zukommende Anteil an der Kommanditgesellschaft erlaubt es ihm, sein unternehmerisches Engagement in seiner Eigenschaft als Komplementär weiterzuführen. Die wirtschaftliche Kontinuität des Unternehmens sowie der bisherige Geschäftszweck bleiben gewahrt (Reich/Duss, a.a.O., S. 216f.). Wirtschaftlich ist die neue Unternehmung nach wie vor einzig A. zuzurechnen. Die Kontinuität des unternehmerischen Engagements von A. ergibt sich auch aus der Rechtsstellung, die seinen Kindern als Kommanditäre gemäss Gesetz und Kommanditvertrag vom 14. August 1997 zukommt. Kommanditäre beteiligen sich an der Kommanditgesellschaft nur aus kapitalbezogenem Interesse. Sie sind am Gesell-

schaftsvermögen, wie der Komplementär zwar zur gesamten Hand beteiligt. Im übrigen aber nimmt der Kommanditär eine im Vergleich zum Komplementär zurückgesetzte Stellung in der Gesellschaft ein. Der gänzliche Wegfall des personalistischen Elements zeigt sich insbesondere im Ausschluss von der Geschäftsführung (Art. 600 Abs. 1 OR), in den beschränkten Widerspruchs- und Kontrollrechten (Art. 600 Abs. 2 und 3 OR), der abweichenden Gewinn- und Verlustbeteiligung (Art. 601 OR), im Ausschluss von der Vertretung im Aussenverhältnis (Art. 603 OR) und in der Haftung, welche im Vergleich zu der unbeschränkten Haftung des Komplementärs nur im Umfang der Kommanditsumme besteht (Baudenbacher, a.a.O., zu Art. 594 OR N. 4). Zum gleichen Befund gelangt man aufgrund des Kommanditvertrages. Der während der Gesellschaft entstandene Gewinn sowie ein allfälliger Liquidationsüberschuss im Falle der Auflösung der Gesellschaft steht ausschliesslich dem Komplementär zu (Art. 8), der auch einen allfälligen Verlust unter Vorbehalt der Haftung der Kommanditäre im Umfange der Kommanditsumme alleine trägt (Art. 9).

3. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass im vorliegenden Fall eine Handänderung infolge Umwandlung einer Einzelfirma in eine andere Personengesellschaft, nämlich in eine Kommanditgesellschaft stattgefunden hat. Eine wertmässige Veränderung der Anteilsrechte des bisherigen Einzelkaufmanns ist nicht eingetreten. Dieser hat sein Alleineigentum am GS Nr. schenkungsweise zu Gunsten seiner Kinder aufgegeben und durch Umwandlung der Einzelfirma in eine Kommanditgesellschaft Gesamteigentum daran begründet (Reich/Duss, a.a.O., S. 195). Da der Kommanditgesellschaft keine Rechtspersönlichkeit zukommt, ist das GS Nr. nicht auf eine juristische Person, sondern ins Gesamteigentum der Gesamthandsgemeinschaft übertragen worden, der A. und seine Kinder angehören. Es liegt aus diesem Grunde nicht nur eine Umwandlung im Sinne von § 5 Abs. 2 Ziff. 3, sondern gleichzeitig auch eine Übertragung von Grundeigentum vom Vater auf die Kinder vor, welche gestützt auf § 5 Abs. 2 Ziff. 1 Grundbuchgebührentarif gebührenrechtlich ebenfalls privilegiert ist. Der massgebende Gebührensatz beträgt folglich 2 Promille, berechnet auf der massgebenden Handänderungssumme in der Höhe von Fr. 6'017'300.-. Damit erweist sich die Gebührenberechnung durch das Grundbuchamt bzw. die Verfügung der Gemeinde X als unrechtmässig, was zur Gutheissung der Beschwerde führt.

Regierungsrat, 18. Februar 2003

§§ 2, 5 Abs. 2 Ziff. 4 und 6 Ziff. 4 G über den Gebührentarif im Grundbuchwesen (BGS 215.35) – Berechnung der Handänderungsgebühr im Falle der Abgeltung der ideellen Anteile der aus einer Kollektivgesellschaft ausscheidenden Gesellschafter durch Zuweisung von Stockwerkeigentum im Gesamteigentum der Gesellschaft – Eine Überführung von Gesamteigentum in Alleineigentum ist mit dem Rechtsgeschäft nicht verbunden (E.2) – Qualifikation des Vorganges als Umwandlung von Gesamteigentum in Miteigentum (E.3) – Der Berechnung der Handänderungsgebühr sind auf Grund der schuldrechtlichen Gegebenheiten und der wirtschaftlichen Betrachtungsweise nur die Fremdquoten zu Grunde zu legen, welche eine rechtsgeschäftliche Verschiebung erfahren haben. Die mit dem gleichzeitigen Eintritt des Ehegatten der verbleibenden Gesellschafterin in das Gesamthandsverhältnis bewirkte Eigentumsänderung ist als solche zwischen Ehegatten zu behandeln und daher von der Handänderungsgebühr befreit (E. 4).

Aus dem Sachverhalt:

Mit öffentlicher Urkunde vom 6. Mai 2003 begründete die F & Co. Immobilien an der Liegenschaft GS Nr., Gemeinde X, Stockwerkeigentum. An der Kollektivgesellschaft waren im damaligen Zeitpunkt AB, RK und EW zu je einem Drittel beteiligt. Es wurden insgesamt 14 Stockwerkeinheiten erstellt. Die Stockwerkeinheit Nr. 1 (127/1000 Miteigentum; Nr.), Nr. 3 (78/1000 Miteigentum; GS Nr.), Nr. 7 (92/1000 Miteigentum; GS Nr.) und Nr. 12 (3/1000 Miteigentum; GS Nr.) wurden in der Folge ins Eigentum von AB übertragen. Damit wurde der ideelle Anteil der gleichzeitig aus der Gesellschaft ausscheidenden Gesellschafterin abgegolten. Die Stockwerkeinheit Nr. 4 (83/1000 Miteigentum; GS Nr.), Nr. 5 (70/1000 Miteigentum; GS Nr.) und Nr. 6 (95/1000 Miteigentum; GS Nr.) wurden auf RK übertragen, welche ebenfalls aus der Kollektivgesellschaft ausschied. Neu der Kollektivgesellschaft beitrug RW, welcher seither zusammen mit seiner Ehegattin, EW, Kollektivgesellschafter der F & Co. Immobilien ist. Das Grundbuchamt stellte den drei Gesellschafterinnen unter anderem Handänderungsgebühren in der Höhe von Fr. 17'476.- in Rechnung. Es qualifizierte den Vorgang als Übertragung von Eigentum im Sinne von § 5 Abs. 1 Ziff. 1 Grundbuchgebührentarif qualifiziert, welcher Tatbestand dem ordentlichen Gebührensatz von 4 Promille unterliegt und legte der Berechnung den in der öffentlichen Urkunde enthaltenen Wert von Fr. 4'369'000.- zu Grunde. Dagegen reichte die F & Co. Immobilien (Beschwerdeführerin) beim Regierungsrat des Kantons Zug Verwaltungsbeschwerde ein. Darin vertritt die Beschwerdeführerin folgenden Standpunkt:

Bei der Kollektivgesellschaft handle es sich um eine Personengesellschaft in der Form einer Gemeinschaft zur gesamten Hand. Ihr Sondervermögen stehe nicht der Gesellschaft als solcher, sondern den Gesellschaftern in ihrer Gesamtheit zu. Durch den Übergang von Liegenschaften an die austretenden Gesellschafterinnen finde demzufolge lediglich grundbuchlich eine Änderung

statt. Deren Anteile an der Gesellschaft würden ersetzt durch Anteile an Grundstücken. Zivilrechtlich werde den austretenden Gesellschafterinnen etwas in das Alleineigentum überwiesen, an dem sie über die Gesellschaft bereits berechtigt gewesen seien. Da grundbuchlich lediglich eine schuldrechtliche Situation bereinigt werde, falle keine Handänderungsgebühr an. Eventualiter sei nur eine anteilmässige Handänderung anzunehmen und die Handänderungsgebühr nur auf jenem Wertanteil zu erheben, an dem die ausgetretenen Gesellschafterinnen nicht bereits Eigentum besaßen.

Aus den Erwägungen:

I.

(...)

II.

(...)

III.

1. (...) Streitig ist somit zunächst, ob eine gebührenpflichtige Handänderung vorliegt (E. 2. u. 3.). Eventualiter ist zu klären, auf welcher Grundlage die Handänderungsgebühr zu berechnen ist (E. 4.). (...).

2. Nach § 1 Grundbuchgebührentarif setzt die Erhebung von Handänderungsgebühren voraus, dass eine gebührenpflichtige Handänderung eingetreten ist. Der Begriff der Handänderung ist im geltenden Recht nicht definiert. Dieses führt lediglich eine Reihe von gebührenpflichtigen Tatbeständen auf. Im Vordergrund stehen dabei zivilrechtliche Eigentumsübergänge. Dazu gehören rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragungen sowie Eigentumsübergänge, die nicht auf Rechtsgeschäft basieren. Gemäss § 5 Abs. 1 Ziff. 1 beträgt die Gebühr bei Übertragung von Eigentum und Miteigentum an Grundstücken 4 Promille. Dem gleichen Gebührensatz unterliegen die Überführung von Gesamteigentum in Alleineigentum und umgekehrt (§ 5 Abs. 1 Ziff. 2 Grundbuchgebührentarif).

Das Grundbuchamt begründet seine Gebührenberechnung gemäss § 5 Abs. 1 Ziff. 1 Grundbuchgebührentarif damit, dass die Zuweisung von Stockwerkeigentum an einzelne aus einer Kollektivgesellschaft ausscheidende Gesellschafter eine rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung zwischen einer juristischen und einer natürlichen Person darstelle. Diese Auffassung ist unzutreffend. Die schweizerische Lehre und Praxis ist einhellig der Meinung, dass der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft keine Rechtspersön-

lichkeit zukommt. Es handelt sich bei beiden Gesellschaftsarten nicht um juristische Personen, sondern um Gemeinschaften zu gesamter Hand. Obwohl die Gesellschaft im Aussenverhältnis als Trägerin von Rechten und Pflichten auftreten und im Grundbuch als Grundeigentümerin eingetragen werden kann (Art. 31 der Verordnung betreffend das Grundbuch vom 22. Februar 1910, GBV; SR 211.432.1), befindet sich das Gesellschaftsvermögen in Wirklichkeit im Gesamteigentum der Gesellschafter (Arthur Meier-Hayoz/ Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Auflage, Bern 1998, N. 13ff. zu § 9 und N. 9ff. zu § 10). Die Berechnung der Handänderungsgebühr durch das Grundbuchamt kann angesichts dessen nicht damit begründet werden, eine juristische Person habe rechtsgeschäftlich Eigentum auf natürliche Personen übertragen.

3. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, infolge der Übertragung von Stockwerkeinheiten im Gesamteigentum der Kollektivgesellschaftlerinnen an die aus der Gesellschaft Ausscheidenden seien diese nicht mehr über die Gesellschaft an den einzelnen Grundstücken beteiligt, sondern direkt. Ihre Anteile an der Gesellschaft seien ersetzt worden durch die Anteile an Grundstücken. Zivilrechtlich sei den austretenden Gesellschafterinnen demzufolge etwas in das Alleineigentum überwiesen worden, an dem sie über die Gesellschaft vorher gesamthänderisch berechtigt gewesen seien. Die Beschwerdeführerin ist weiter der Ansicht, dass bei der Übertragung von Grundstücken 'im Eigentum' einer Kollektivgesellschaft auf ausscheidende Gesellschafter keine Handänderungsgebühr anfalle, da diese Gesellschafter schuldrechtlich bereits Eigentümer dieser Grundstücke seien. Auf diese schuldrechtlichen Gegebenheiten müsse, wie der Regierungsrat in seinem Entscheid vom 19. November 2002 erkannt habe, abgestellt werden. Es gehe einzig darum, das Grundbuch der aktuellen Situation anzupassen.

3.1. Die Umschreibung des zu beurteilenden Vorganges durch die Beschwerdeführerin ist insofern verwirrend, als sie den Eindruck erweckt, mit der Übertragung von Stockwerkeigentum auf die ausscheidenden Gesellschafterinnen habe zivilrechtlich eine Überführung von Gesamteigentum in Alleineigentum stattgefunden. Wäre dies der Fall, läge eine gebührenpflichtige Handänderung im Sinne von § 5 Abs. 1 Ziff. 2 Grundbuchgebührentarif vor und es käme der ordentliche Gebührensatz von 4 Promille zur Anwendung. Die Übertragung von Stockwerkeinheiten auf die ausscheidenden Gesellschafterinnen kommt jedoch nach herrschender Auffassung keiner Überführung von Gesamteigentum in Alleineigentum gleich. Die Stockwerkeigentümer sind nicht Alleineigentümer der von ihnen erworbenen Stockwerkeinheiten, sondern Miteigentümer des weiterhin im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden gemeinschaftlichen GS Nr. (Heinz Rey, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Vorbem. N. 29f., zu Art. 712a N.7). Ein gebührenpflichtiger Tatbestand im Sinne von § 5 Abs. 1 Ziff. 2 Grundbuchgebührentarif ist daher nicht eingetreten.

3.2. Der Argumentation der Beschwerdeführerin kann auch insofern nicht gefolgt werden, als sie sich auf den erwähnten Entscheid des Regierungsrates abstützt. Ob Handänderungsgebühren geschuldet sind, hängt vom Vorliegen einer gebührenpflichtigen Handänderung ab. Die Frage, ob eine gebührenpflichtige Handänderung als formelles Abgabeobjekt vorliegt, beurteilt sich nach sachenrechtlichen Kriterien. Diesen im zugerischen Recht unbestrittenen Grundsatz hat der Regierungsrat in dem von der Beschwerdeführerin angeführten Entscheid nicht in Frage gestellt. Die Handänderungsgebühr ist geschuldet, wenn sich ein formeller zivilrechtlicher Tatbestand verwirklicht hat, an den der Grundbuchgebührentarif abgaberechtliche Folgen knüpft. So wenig wie nach geltendem Recht auf dem Wege der wirtschaftlichen Betrachtungsweise ein abgabepflichtiger Tatbestand begründet werden kann, so wenig kann gegen die Erhebung der Handänderungsgebühr eingewendet werden, eine schuldrechtliche Bewertung des Vorganges bzw. die wirtschaftliche Betrachtungsweise lasse dies nicht zu (Gabriela Rüegg-Peduzzi, Die Handänderungssteuer in der Schweiz, Zürich 1989, S. 82, m.w.H.). In der Lehre und Praxis wird denn auch die Ansicht vertreten, dass eine Handänderungsgebühr – bei gegebener gesetzlicher Grundlage – auch dann erhoben werden darf, wenn die zivilrechtliche Handänderung mit keiner Veränderung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht verbunden ist (Rüegg-Peduzzi, a.a.O., S. 115).

3.3. Die Beschwerdeführerin bringt zur Begründung Ihrer Rechtsbegehren auch den § 8 Grundbuchgebührentarif ins Spiel, ohne dass klar wird, was sie zu ihren Gunsten aus dieser Gesetzesbestimmung ableiten will. Gemäss dem ersten Satz von § 8 Abs. 1 wird die Gebühr beim Eintritt von Personen in ein Gesamteigentumsverhältnis, beim Austritt von Gesamteigentümern und beim Eintritt eines Erben an die Stelle eines verstorbenen Gesamteigentümers von den beteiligten Personen anteilmässig erhoben. In Abweichung von diesem allgemeinen Grundsatz stellt § 8 Abs. 2 fest, dass der Gesellschafterwechsel bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften gebührenfrei ist. Der gesetzgeberische Grund dieser Privilegierung, die auch im Recht anderer Kantone anzutreffen ist, besteht darin, dass der Gesellschafterwechsel bei diesen Gesellschaftsarten keinen Niederschlag im Grundbuch findet und der geltende Grundbuchgebührentarif sich am Tatbestand einer grundbuchlichen Verrichtung orientiert. Die Gebührenfreiheit ist aber auch eine Folge davon, dass der Gesellschafterwechsel bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft nach herrschender Lehre die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse an Grundstücken im Sondervermögen dieser Gesellschaften nicht berührt (Meier-Hayoz, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, N. 69f. zu Art. 652 ZGB; Christian Schöniger, Die Handänderungssteuer des Kantons Basel-Stadt, Basel & Frankfurt am Main 1992, S. 46, 52; LGVE 1975 II 47, S. 91 m.z.H.). Auch eine wirtschaftliche Handänderung sei damit nicht verbunden, weil die Verfügungsmacht darüber nicht auf ausscheidende Gesellschafter übertragen wird, sondern stets bei der Gemeinschaft verbleibt (Rüegg-Pe-

duzzi, a.a.O., S. 107). Der Anteil der übrigen erfährt beim Ausscheiden eines Teilhabers aus dem Gesamthandsverhältnis kraft Gesetzes eine Erweiterung (Anwachsung).

Im vorliegenden Fall ist der Tatbestand des § 8 Abs. 2 Grundbuchgebührentarif nicht erfüllt. Mit dem Ausscheiden von AB und RK aus der Kollektivgesellschaft ist ihr Anteil am GS Nr. der verbleibenden Gesellschafterin und ihrem als Gesellschafter eingetretenen Ehemann nicht angewachsen. Vielmehr wurde den Ausgeschiedenen rechtsgeschäftlich Miteigentum am GS Nr. in Form von Stockwerkeigentum zugewiesen. Die Voraussetzungen, unter denen gestützt auf § 8 Abs. 2 Grundbuchgebührentarif Gebührenfreiheit gefordert werden kann, liegen daher nicht vor. Es hat bezüglich des GS Nr. vielmehr eine Umwandlung von Gesamteigentum in Miteigentum stattgefunden.

3.4. Zu den Tatbeständen, welche nach geltendem Recht zur Erhebung von Handänderungsgebühren führen, gehören auch die Umwandlung von Gesamteigentum in Miteigentum und umgekehrt. Mit der Umwandlung von Gesamteigentum in Miteigentum ist nach richtiger Rechtsauffassung keine zivilrechtliche Eigentumsübertragung verbunden. Dennoch löst dieser Vorgang gemäss § 5 Abs. 2 Ziff. 4 Grundbuchgebührentarif Handänderungsgebühren aus. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Handänderungsgebühr im geltenden Recht nicht konsequent als Rechtsübertragungsabgabe ausgestaltet ist, zum anderen dürften die Unklarheiten hinsichtlich der dogmatischen Erfassung des Phänomens 'Gesamteigentum' die Formulierung dieses Tatbestandes mit beeinflusst haben (Schöniger, a.a.O., S. 44). Paragraph 5 Abs. 2 Ziff. 4 macht deutlich, dass der Begriff der Handänderung gemäss geltendem Recht neben den zivilrechtlichen Eigentumsübergängen im engeren Sinne auch Eigentumsänderungen umfasst, mit denen bei schuldrechtlicher bzw. wirtschaftlicher Betrachtung kein Übergang des Eigentums auf ein anderes Rechtssubjekt und kein Wechsel der tatsächlichen Verfügungsgewalt über ein Grundstück verbunden sind. Mit der Feststellung, dass im vorliegenden Fall eine Umwandlung von Gesamteigentum in Miteigentum am GS Nr. stattgefunden hat, steht aber auch fest, dass eine gebührenpflichtige Handänderung im Sinne von § 5 Abs. 2 Ziff. 4 Grundbuchgebührentarif eingetreten ist. Die Gebühr beträgt gemäss § 5 Abs. 2 Grundbuchgebührentarif lediglich 2 Promille der massgeblichen Handänderungssumme.

4. Das Grundbuchamt ist bei der Berechnung der Handänderungsgebühr von einer Handänderungssumme von Fr. 4'396'000.- ausgegangen. In ihrem Eventualbegehren fordert die Beschwerdeführerin, dass die Handänderungsgebühr lediglich auf den Werten berechnet werde, welche den ausgeschiedenen Gesellschafterinnen schuldrechtlich nicht bereits gehörten. Sie weisen darauf hin, dass die ausgeschiedenen Gesellschafterinnen eigentumsässig bereits am Sondervermögen der Kollektivgesellschaft zu je einem unausge-

schiedenen Drittel beteiligt gewesen seien. Die von ihnen erworbenen Stockwerkeigentumsanteile am GS Nr. hätten sich bei schuldrechtlicher Betrachtung in diesem Verhältnis bereits im Eigentum der Erwerberinnen befunden. Dieser schuldrechtlichen Bewertung der tatsächlichen Gegebenheiten sei gemäss der regierungsrätlichen Praxis der Vorzug zu geben, was dazu führe, dass die Handänderungsgebühr nicht auf dem gesamten Wert der erworbenen Grundstücke erhoben werden dürfe, sondern nur auf dem Wertanteil, der den Gesellschafterinnen eigentumsmässig nicht bereits zuzustand. Es könne die Handänderungsgebühr folglich nur auf maximal zwei Dritteln des Anrechnungswertes, d.h. auf der Basis von Fr. 2'912'600.- berechnet werden.

Es ist in der Lehre und Praxis unbestritten, dass eine im Gesamteigentum stehende Sache nicht nur materiell unteilbar, sondern auch nicht in ideelle Quoten unterteilt ist. Mit Bezug auf die interne vermögensrechtliche Beteiligung der Gesamthänder am Gemeinschaftsvermögen kann aber dennoch von 'Anteilen' gesprochen werden. Sie verkörpern die Gesamtheit der vermögensrechtlichen Ansprüche der einzelnen Gesamthänder am Gemeinschaftsvermögen (BGE 87 I 345). Als 'innere Anteile' bilden sie zum einen die Grundlage für die Verteilung von Lasten und Erträgen der Gemeinschaft, zum anderen treten sie insbesondere als Anwartschaftsquote am der einstigen Liquidationsergebnis bei Auflösung des Gesamthandsverhältnisses in Erscheinung (Schöniger, a.a.O., S. 45 m.H.a. Meier-Hayoz, a.a.O., N. 3 zu Art. 652 ZGB). Auch im Abgaberecht werden in Abweichung von der sachenrechtlichen Konzeption auf Grund der schuldrechtlichen Gegebenheiten und einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise Anteilsquoten am Gemeinschaftsvermögen konstruiert und im Falle eines Personenwechsels bei Gesamthandsverhältnissen lediglich eine Teilveräusserung angenommen (Schöniger, a.a.O., S. 45f., m.z.H.; Rüeegg-Peduzzi, a.a.O., S. 41, 113; BGE 87 I 346). Diese Beurteilung erscheint auch im vorliegenden Fall angezeigt. Wird an einem im Gesamteigentum stehenden Grundstück Stockwerkeigentum begründet und einzelne Einheiten auf ausscheidende Gesellschafter übertragen, dann ist die Handänderungsgebühr nur auf den Werten zu berechnen, welche tatsächlich eine rechtsgeschäftliche Verschiebung erfahren haben. Auf dem Wertanteil, der den ausgetretenen Gesellschafterinnen am GS Nr. bereits zuzustand, werden keine Handänderungsgebühren geschuldet. Der Berechnung der Handänderungsgebühr ist daher nur die übergegangene Fremdquote zu Grunde zu legen (Schöniger, a.a.O., S. 45 m.z.H.; Rüeegg-Peduzzi, a.a.O., S. 115). Die übergegangene Fremdquote beträgt im vorliegenden Fall mit Bezug auf jede der beiden aus der Kollektivgesellschaft Ausgeschiedenen 2/3 des massgebenden Werts des GS Nr.

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass das Grundbuchamt bei der Berechnung der Handänderungsgebühr zu Unrecht einen den ausgetretenen Gesellschafterinnen schuldrechtlich bereits zustehenden Wertanteil berücksichtigt hat. Seine Gebührenberechnung erweist sich damit als geset-

zeswidrig. Dass infolge des Eintritts von RW in die Kollektivgesellschaft eine weitere Eigentumsänderung stattfand, ist gebührenrechtlich irrelevant. Zum einen, weil der Gesellschafterwechsel bei der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft gemäss der Ausnahmebestimmung von § 8 Abs. 2 Grundbuchgebührentarif gebührenfrei bleibt. Zum anderen, weil die durch den Eintritt eines Ehegatten in das Gesamthandsverhältnis bewirkte Verschiebung der Eigentumsanteile im vorliegenden Fall abgaberechtlich als solche zwischen Ehegatten zu behandeln und daher von der Handänderungsabgabe befreit ist (§ 6 Ziff. 4 Grundbuchgebührentarif; LGVE 1975 II 47, S. 92).

5.

(...)

Regierungsrat, 19. Dezember 2003

§§ 2, 3, 5 Abs. 2 Ziff. 3 G über den Gebührentarif im Grundbuchwesen (BGS 215.35) – Berechnung der Handänderungsgebühr bei einer Eigentumsübertragung infolge Umwandlung einer AG in eine GmbH . Als Stichtag für die Bestimmung des Grundstückswerts gilt der Zeitpunkt des Eigentumsüberganges, d.h. der Anmeldung des Umwandlungsbeschlusses zur Eintragung im Handelsregister (E.1.) – Vermutung der Übereinstimmung von Preisvereinbarung und Grundstückswert (E. 2.1.) – Unter Vorbehalt eines offensichtlichen Missverhältnisses zwischen Wert und Preis ist der Berechnung der Handänderungsgebühr die vertragliche Preisvereinbarung und nicht der subsidiäre Ersatzwert zu Grunde zu legen (E. 2.2.) – Bedeutung des Assekuranzwerts als Hilfsmittel bei der Wertbestimmung (E. 2.3.) – In casu Gebührens-berechnung entsprechend der gesetzlichen Tatsachenvermutung (E. 3).

Aus dem Sachverhalt:

Die Z AG mit Sitz in Zug ist durch Beschlüsse der Generalversammlung vom 14. Dezember 2000 in die Z GmbH mit Sitz in Zürich umgewandelt worden. Aktiven und Passiven der Aktiengesellschaft (AG) gingen durch Universalsukzession und ohne Liquidation gemäss Umwandlungsbilanz vom 31. Oktober 2000 auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) über. Letztere verfügt über ein Stammkapital von Fr. 100'000.-. Für die bisherige Beteiligung an der AG erhielten die beiden Aktionäre eine Stammeinlage von Fr. 99'000.- bzw. Fr. 1'000.-. Die Umwandlung wurde am 17. Januar 2001 im Tagebuch des Handelsregisters des Kantons Zürich eingetragen. Durch die Umwandlung ging das Eigentum der Z AG am Grundstück (GS) Nr., Gemeinde X, in das Eigentum der Z GmbH über. Es

handelt sich dabei um ein Grundstück, das die damals noch unter der Firma SWL AG tätige Z AG am 7. April 2000 von der ILI AG käuflich zum Preis von Fr. 33'500'000.- erworben hatte. Die Anmeldung des Eigentumsüberganges zufolge Umwandlung wurde dem Grundbuchamt am 23. Mai 2002 eingereicht.

Mit Kaufvertrag vom 12. Juni 2002 verkaufte die Z GmbH das GS Nr. nach Abtrennung einer Teilfläche zu einem Kaufpreis von Fr. 40'000'000.- der AO AG. Die Gemeinde X stellte den beteiligten Gesellschaften auf der Grundlage der Berechnungen des Grundbuchamtes die Gebührenrechnungen für die beiden Handänderungen zu. Für die Handänderung infolge Umwandlung wurde von der Z GmbH am 11. Juli 2002 ein Betrag von Fr. 180'000.- gefordert, was – unter Berücksichtigung des Gemeindeanteils – 4 Promille von Fr. 45'000'000.- entspricht.

Gegen diese Gebührenrechnung reichte die Z GmbH (Beschwerdeführerin) beim Regierungsrat des Kantons Zug Verwaltungsbeschwerde ein. Darin macht sie geltend, dass die Handänderungsgebühr aufgrund des Verkehrswertes im Zeitpunkt der Umwandlung der Z AG in die Z GmbH hätte bemessen werden müssen. Als Stichtag für die Wertbemessung gelte grundsätzlich der Zeitpunkt der Handänderung. Diese sei am 17. Januar 2001 erfolgt. Der Wert des Grundstücks habe zu jenem Zeitpunkt Fr. 32'806'933.- betragen.

Aus den Erwägungen:

I.

(...)

II.

1. Nach § 1 Grundbuchgebührentarif erhebt der Kanton für die Verrichtungen des Grundbuchamtes Gebühren, so auch bei Handänderungen. Grundlage für die Bemessung der Handänderungsgebühr ist die Handänderungssumme (§ 2 Abs. 1 Grundbuchgebührentarif). Nach § 5 Abs. 1 Grundbuchgebührentarif beträgt der ordentliche Gebührensatz 4 Promille. In den in § 5 Abs. 2 geregelten Fällen gelangt ein reduzierter Gebührensatz zur Anwendung. Er beträgt bei 'Handänderungen infolge Umwandlung von Einzelunternehmen, Personengesellschaften oder juristischen Personen ohne wertmässige Veränderung der Anteilsrechte der Beteiligten sowie bei Fusionen von juristischen Personen und sonstigen Handelsgesellschaften' 2 Promille (§ 5 Abs. 2 Ziff. 3). Das Grundbuchamt und die Gemeinde X haben im zu beurteilenden Fall das Vorliegen einer Umwandlung im Sinne von § 5 Abs. 2 Ziff. 3 Grundbuchgebührentarif anerkannt und den reduzierten Gebührensatz von

2 Promille für massgebend erklärt. Streitig ist, auf welcher Grundlage die Handänderungsgebühr zu berechnen ist. Die Beschwerdeführerin kritisiert insbesondere, das Grundbuchamt habe der Berechnung nicht den Wert des Grundstückes im Zeitpunkt des umwandlungsbedingten Eigentumsüberganges zu Grunde gelegt, welcher Franken 32'806'933.- betragen habe. Es habe die Handänderungsgebühr letztlich aufgrund des Preises festgelegt, der anlässlich des etwa 16 Monate später erfolgten Weiterverkaufs erzielt wurde.

Gemäss dem Wortlaut des ersten Satzes von § 2 Abs. 1 Grundbuchgebührentarif bildet die Berechnungsgrundlage für die Handänderungsgebühr die Handänderungssumme, d.h. die Gegenleistung des Erwerbers für den Grundstückserwerb mit Einschluss der Zugehör (§ 3 Abs. 1 Grundbuchgebührentarif). Übersteigt der Wert des Grundstückes im Zeitpunkt der Handänderung die Handänderungssumme, so ist die Gebühr nach dem zweiten Satz von § 2 Abs. 1 Grundbuchgebührentarif aufgrund des höheren Wertes zu berechnen. Bei nichtlandwirtschaftlichen Grundstücken ist der Verkehrswert massgebend, bei landwirtschaftlichen der Ertragswert (§ 2 Abs. 2 Grundbuchgebührentarif). Was den wertbestimmenden Stichtag anbelangt, so ergibt sich aus dem Grundbuchgebührentarif zweifelsfrei, dass der Zeitpunkt des Eigentumsüberganges ausschlaggebend ist. Die Massgeblichkeit des Werts in diesem Zeitpunkt entspricht dem Wesen der Handänderungsgebühr als Rechtsverkehrsabgabe und ist auch für die Fälle des ausserbuchlichen Eigentumserwerbs unbestritten (Peter Ruf, Handänderungsabgaberecht, Kommentar zum bernischen Gesetz betreffend die Handänderungs- und Pfandrechtsabgaben, N. 62, 67 zu Art. 7 HPAG; BN 1977, S. 183ff.). Wertänderungen, welche nach dem Eigentumsübergang eintreten, fallen bei der Berechnung der Handänderungsgebühr ausser Betracht (BN 1975, S. 55ff.). Dies gilt auch im Falle der Umwandlung einer AG in eine GmbH. Der Eigentumsübergang tritt hier ausserbuchlich im Zeitpunkt der Anmeldung des Umwandlungsbeschlusses zur Eintragung im Handelsregister ein. Im vorliegenden Fall erfolgte er am 17. Januar 2001. Als Handänderungssumme im Sinne von § 2 Abs. 1 Grundbuchgebührentarif ist somit grundsätzlich der zwischen der Z AG und der Z GmbH festgelegte Übernahmepreis gemäss Umwandlungsbilanz vom 31. Oktober 2000 in der Höhe von Fr. 32'806'933.- zu betrachten. Er dient als Grundlage für die Berechnung der Handänderungsgebühr, sofern nicht auf einen höheren Wert des GS Nr. im Zeitpunkt des aussergrundbuchlichen Eigentumsüberganges abzustellen ist, der etwa 2 1/2 Monate später erfolgte, nämlich mit der Eintragung im Handelsregister.

2. Das Grundbuchamt hat die Handänderungsgebühr nicht auf dem öffentlich beurkundeten Übernahmepreis von Fr. 32'806'933.- berechnet. Es hat sich vielmehr am Erlös von Fr. 40'000'000.- orientiert, den die Z GmbH anlässlich des Weiterverkaufs eines grösseren Teils des GS Nr. am 12. Juni 2002 erzielte. Für die nicht Gegenstand dieses Verkaufs bildende, vom GS Nr. mit Mutation Nr. abparzellierte Fläche von 5'572 m² ermittelte es in Ab-

sprache mit der Gemeinde X einen Wert von Fr. 5'000'000.- (Fr. 890/m²). Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin anerkennt das Grundbuchamt, dass die Handänderungsgebühr auf der Handänderungssumme bzw. dem allenfalls höheren Wert des Grundstücks im Zeitpunkt des Eigentumsüberganges zufolge Umwandlung zu berechnen ist. Aus der Höhe des beim Weiterverkauf des verkleinerten GS Nr. erzielten Preises glaubt es jedoch ableiten zu können, dass der im Rahmen der Umwandlung vereinbarte Übernahmepreis von Fr. 32'806'933.- nicht dem wahren Wert des Grundstücks in jenem Zeitpunkt entsprach. Das Grundbuchamt vertritt, wenn auch nicht explizit, den Standpunkt, es könne die Handänderungsgebühr trotz vertraglicher Preisvereinbarung aufgrund des Verkehrswertes berechnen, der am 17. Januar 2001 höher gewesen sein müsse, und bei fehlender amtlicher Verkehrswertschätzung eine solche auf Kosten der Gebührenpflichtigen in die Wege leiten. Es ist weiter der Auffassung, es könne gemäss geltendem Grundbuchgebührentarif auf den indixierten Assekuranzwert abstellen, wenn weder eine Handänderungssumme noch eine amtliche Schätzung vorliegen. Die Beschwerdeführerin behauptet demgegenüber, der Verkehrswert im Zeitpunkt der umwandlungsbedingten Handänderung habe Fr. 32'806'933.- betragen. Der Streit dreht sich somit im wesentlichen um die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen das Grundbuchamt den vertraglich vereinbarten Übernahmepreis zufolge Umwandlung bei der Berechnung der Handänderungsgebühr ignorieren darf.

2.1. Wenn die Handänderungsgebühr gemäss dem ersten Satz von § 2 Abs. 1 Grundbuchgebührentarif auf der Handänderungssumme zu berechnen ist, so liegt diesem Anknüpfungspunkt der gesetzgeberische Gedanke zu Grunde, dass die Handänderungsgebühr vom wahren Wert der Sache erhoben werden soll und der wahre Wert der Sache sich regelmässig in dem von den Vertragsparteien unter Marktbedingungen vereinbarten Preis niederschlägt (Felix Richner/ Walter Frei/ Stefan Kaufmann, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, Zürich 1999, zu § 220 N. 13). Für die Übereinstimmung von Handänderungssumme und Verkehrswert eines nichtlandwirtschaftlichen Grundstückes spricht auch der Umstand, dass die Preisvereinbarung zu den formbedürftigen Vertragspunkten gehört. Zwar kommt der öffentlich beurkundeten Preisvereinbarung die erhöhte Beweiskraft öffentlicher Urkunden nicht zu (Max Kummer, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 9 ZGB N. 43). Dennoch besteht eine tatsächliche Vermutung für die Richtigkeit der öffentlich beurkundeten Parteierklärungen. Zum einen setzt sich die Urkundsperson dafür ein, dass der in der Urkunde erwähnte Preis dem tatsächlich versprochenen entspricht. Zum anderen hält die Nichtigkeitsfolge bei unrichtiger Verurkundung des Erwerbspreises erfahrungsgemäss von unrichtigen Erklärungen ab (BGE 104 II 101). Dasselbe fördert auch die Strafdrohung für den Tatbestand des Erschleichens einer Beurkundung von unrichtigen Parteierklärungen (Ruf, a.a.O., zu Art. 7 HPAG N. 94ff.; Kummer, a.a.O., zu Art. 8 N. 362, zu Art. 9

N. 44). Bereits aus diesen Gründen dürften die Fälle, in denen zwecks Einsparung von Handänderungsabgaben der in der Urkunde genannte Preis wesentlich unter dem tatsächlichen Wert des Erwerbobjekts liegt, eher selten sein. Eine Unterbewertung ist auch im Hinblick auf im Falle der Weiterveräußerung allenfalls zu entrichtende Grundstücksgewinnsteuern uninteressant. Lässt sich eine vertragliche Preisvereinbarung ermitteln, dann erweist sich die im § 2 Abs. 1 Grundbuchgebührentarif statuierte Regel, auf diesen vereinbarten, durch öffentliche Urkunde als wahr bezugeten Erwerbpreis abzustellen, durchaus als sachgerecht. Denn dieser gibt im Sinn einer in der Lebenserfahrung gründenden natürlichen Vermutung den wahren Wert des veräusserten Grundstücks wieder, d.h. den Preis, der nach den üblichen Grundsätzen des Angebots und der Nachfrage im gewöhnlichen Geschäftsverkehr zur massgeblichen Zeit vermutlich zu erzielen gewesen wäre (STR 1995, S. 188; STR 1985, S. 414f.; Martina Fierz, Der Verkehrswert von Liegenschaften aus rechtlicher Sicht, Zürich 2001, S. 43f. m.w.H.).

2.2. Die gesetzliche Regel, wonach die vertragliche Preisvereinbarung die Grundlage für die Berechnung der Handänderungsgebühr bildet, rechtfertigt sich nur solange, als der Wert des Grundstücks im Zeitpunkt der Handänderung die Handänderungssumme nicht übersteigt. Übersteigt der Wert des Grundstücks die Handänderungssumme, so ist die Gebühr nach § 2 Abs. 1 zweiter Satz Grundbuchgebührentarif aufgrund dieses höheren Wertes zu berechnen. Das Grundbuchamt, das als rechtsanwendende Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen zu klären hat (BGE 106 Ib 204), muss bei der Berechnung der Handänderungsgebühr prüfen, ob der im Rechtsgrundausweis genannte Preis den wahren Wert des Grundstücks zum Ausdruck bringt. Im zu beurteilenden Fall konnte das Grundbuchamt diese Prüfung im Zeitpunkt der Umwandlung nicht vornehmen, da ihm der aussergrundbuchliche Eigentumsübergang erst im Zeitpunkt des Weiterverkaufs, d.h. ca. 16 Monate später zum Vollzug im Grundbuch angemeldet wurde. Es hat in der Folge den vertraglich festgelegten Übernahmewert in der Höhe von Fr. 32'806'933.- nicht berücksichtigt. Der anlässlich des Weiterverkaufs vereinbarte Kaufpreis schien darauf hinzudeuten, dass der im Rahmen der Umwandlung vereinbarte Übernahmewert nicht dem wirklichen Wert des Grundstücks im damaligen Zeitpunkt entsprechen hatte. Der Versicherungswert des Gebäudes in der Höhe von Fr. 56'341'000.- schien diese Annahme zu bestätigen. Weil bezüglich der Höhe des Verkehrswertes im Zeitpunkt der Umwandlung keine amtliche Schätzung besteht, wies das Grundbuchamt die Beschwerdeführerin auf die Möglichkeit einer amtlichen Schätzung auf eigene Kosten hin.

Der Argumentation des Grundbuchamt und der Gemeinde X liegt die Vorstellung zu Grunde, dass die Handänderungsgebühr auf dem Verkehrswert zu berechnen ist, sobald dieser den vertraglich vereinbarten Erwerbpreis übersteigt. Ein anderes Rechtsverständnis scheint aufgrund des Wortlauts von § 2 Abs. 1 Grundbuchgebührentarif geradezu ausgeschlossen

sen. Die Konsequenz dieser Auslegung besteht nun aber darin, dass die Handänderungsgebühr nur dann auf dem rechtsgeschäftlich festgelegten Preis berechnet wird, wenn dieser dem tatsächlichen Wert entspricht oder diesen überschreitet, nicht aber in jenen Fällen, in denen ein Grundstück zu einem darunter liegenden Preis veräussert wird. Diese Rechtsfolge lässt Zweifel darüber aufkommen, ob die vom Wortlaut gedeckte Praxis des Grundbuchamtes tatsächlich richtig ist. Hätte der Gesetzgeber die Massgeblichkeit der Preisvereinbarung als Berechnungsgrundlage davon abhängig machen wollen, dass der vereinbarte Preis mindestens die Höhe des geschätzten Verkehrswerts erreicht, dann hätte er als Grundlage für die Berechnung der Handänderungsgebühr bei nichtlandwirtschaftlichen Grundstücken den amtlich zu schätzenden Verkehrswert des Grundstücks bezeichnen oder diesen zum für die Gebührenberechnung massgebenden Mindestwert erklären können. Dies hat er indessen – dem Beispiel anderer Kantone folgend – nicht getan (Gabriela Rüeegg-Peduzzi, Die Handänderungssteuer in der Schweiz, Zürich 1989, S. 140). Von einem entsprechenden Vorschlag im zweiten Revisionsentwurf der damaligen Justiz- und Polizeidirektion vom 4. Juni 1976, die Handänderungsgebühren immer nach dem Wert des Grundstücks zu berechnen, wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens Abstand genommen. Dem wirklichen bzw. objektiven Wert wurde nur Ersatzwertfunktion zugeschrieben durch Statuierung des Grundsatzes, dass die Handänderungsgebühr aufgrund der Handänderungssumme zu berechnen ist. Daraus lässt sich allerdings nur, aber immerhin soviel ableiten, dass dem Verkehrs- bzw. Ertragswert eine subsidiäre Bedeutung zukommt. Die Frage, wann auf den Ersatzwert abzustellen ist, bleibt klärungsbedürftig.

Dass das Grundbuchamt der Gebührenberechnung bei der Veräusserung eines nichtlandwirtschaftlichen Grundstücks nicht ohne weiteres den die Handänderungssumme übersteigenden Verkehrswert zugrunde legen darf, ergibt sich aus § 3 Abs. 2 Grundbuchgebührentarif. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung ist die Nichtberücksichtigung einer feststellbaren Preisvereinbarung nämlich nur zulässig, wenn diese 'offensichtlich' unter dem wirklichen Wert des Grundstückes liegt. Ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Preis und Wert bildet auch in den einschlägigen Erlassen anderer Kantone die Voraussetzung für die Berechnung der Handänderungsabgabe aufgrund des Ersatzwertes. Dies liegt zum einen in der Erfahrungstatsache begründet, dass einer Wertermittlung mittels amtlicher Schätzung relativ grosse Unsicherheiten anhaften (Richner/ Frei/ Kaufmann, a.a.O., zu § 220 N. 73, 75), zum anderen darin, dass sich der objektive Wert eines Objekts nicht immer als Preis realisieren lässt (Fierz, a.a.O., S. 44, 110). Auch im gewöhnlichen Geschäftsverkehr spielt sich die Preisbildung je nach Marktlage innerhalb einer gewissen Bandbreite ab und der Preis, den der Erwerber nach Einschätzung des zukünftigen Nutzens des Erwerbsobjekts zu zahlen bereit ist, stellt eine individuelle Grösse dar, die nicht immer dessen objekti-

ven, wertmässig relativ konstant bleibenden Nutzen zu reflektieren braucht (Fierz, a.a.O., S. 43). Nach verbreiteter Auffassung in Lehre und Rechtsprechung muss die für die Gebührenerhebung zuständige Behörde dies grundsätzlich akzeptieren. Wenn der Veräusserer sein Grundstück zu einem günstigen, d.h. unter dem tatsächlichen Wert liegenden Preis veräussere, dann müsse auch dies respektiert werden. Es gehe nicht darum, fiktive Werte zu belasten (Markus Reich/ Marco Duss, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, Basel und Frankfurt am Main 1996, S. 202). Unter diesen Umständen geht es – unter Vorbehalt eines offensichtlichen Missverhältnisses – nicht an, die Handänderungsgebühr jeweils auf dem höheren der nach Gesetz alternativ für die Berechnung sich anbietenden Werte zu berechnen. Dies hätte nämlich zur Folge, dass sich das leitende Prinzip der Gebührenberechnung nach dem wirklichen Parteiwillen nur zu Ungunsten des Gebührenpflichtigen auswirken kann.

Auf die Frage, wann die Disparität von Preis und Wert als offensichtliche im Sinne von § 3 Abs. 2 zu qualifizieren ist, gibt der Grundbuchgebührentarif keine Antwort. Nach der Praxis des Kantons Zürich liegt die Handänderungssumme dann offensichtlich unter dem wirklichen Wert des Grundstücks, wenn die Abweichung so gross und augenfällig ist, dass der durch seine tägliche Arbeit mit den Verkehrswertpreisen von Immobilien in seiner Region vertraute Grundbuchverwalter die Abweichung als eine wesentliche ohne weiteres zu erkennen vermag. Es greift unter solchen Umständen die natürliche Vermutung Platz, dass dem vereinbarten Preis keine rechtsgeschäftliche Bedeutung zukommt bzw. das Veräusserungsgeschäft eine gemischte Schenkung beinhaltet. Die zürcherische Praxis erachtet ein offensichtliches Missverhältnis aus Gründen der Rechtssicherheit erst als gegeben, wenn die Differenz zwischen Verkehrswert und vereinbartem Erwerbspreis mindestens 25% ausmacht. Auch wenn diese Faustregel keinen Eingang in die zugerische Rechtspraxis gefunden hat, stützt sie die bisherigen Feststellungen. Es ist mit dem Grundbuchgebührentarif nicht vereinbar, wenn die Preisvereinbarung ignoriert wird, sobald sie den Verkehrswert unterschreitet. Das Grundbuchamt hat die Parteivereinbarung grundsätzlich zu respektieren. Dies rechtfertigt sich auch zur Vermeidung eines unverhältnismässigen administrativen Aufwandes. Die Möglichkeit, eine amtliche Schätzung zu verlangen, ist bei Vorliegen einer Preisvereinbarung – entgegen der Auffassung des Grundbuchamtes – erst gegeben, wenn das Missverhältnis zwischen Preis und Wert offensichtlich ist (§ 3 Abs. 3 Grundbuchgebührentarif). Die amtliche Schätzung dient aber nicht dazu, die Übereinstimmung von Preis und Wert im Einzelfall zu überprüfen. Alles andere wäre angesichts der Vermutung, dass die Vertragsparteien zu Marktbedingungen veräussern, systemwidrig und angesichts der Tatsache, dass der Gebührenpflichtige gemäss § 3 Abs. 3 Grundbuchgebührentarif die Kosten der amtlichen Schätzung zu tragen hat, unangebracht.

2.3. Das Grundbuchamt verteidigt die angefochtene Berechnung der Handänderungsgebühr schliesslich auch noch mit Hinweis auf § 3 Abs. 4 Grundbuchgebührentarif. Danach dürfe es bei überbauten Grundstücken auch auf den indixierten Versicherungswert des Gebäudes Nr. abstellen, der Fr. 56'341'000.- beträgt, vom Grundbuchamt aber als zu hoch eingestuft wird. Dass dem Assekuranzwert bei der Berechnung der Handänderungsgebühr keine hervorragende Bedeutung zukommen kann, ergibt sich bereits aus dem Gesetz. Der Assekuranzwert bildet gemäss § 3 Abs. 4 Grundbuchgebührentarif keinen Ersatzwert für die Berechnung der Handänderungsgebühr. Abgesehen davon hat sich in der Praxis gezeigt, dass der Assekuranzwert häufig gar nicht aussagekräftig ist. Er entspricht gemäss § 7 Abs. 1 des Gesetzes über die Gebäudeversicherung vom 20. Dezember 1979 (Gebäudeversicherungsgesetz; BGS 722.11) dem Neuwert des im Jahre 1984 erstellten Gebäudes bzw. der Kostensumme, die im Zeitpunkt des Schadenfalles für die Instandstellung bzw. die Neuerstellung des Gebäudes in gleicher Art, gleicher Grösse und gleichem Ausbau erforderlich ist (§ 7 Abs. 2 Gebäudeversicherungsgesetz). Der Ertragswert der Gebäude wird bei der Ermittlung des Versicherungswertes nicht berücksichtigt, was dazu führt, dass der Versicherungswert vom Verkehrswert eines Gebäudes oft erheblich abweicht. Dies ist insbesondere bei Renditeobjekten, wie Mehrfamilienhäusern und gewerblich genutzten Gebäuden der Fall, wo der Ertragswert die Höhe des Verkehrswertes massgeblich bestimmt. Der Assekuranzwert des auf GS Nr. stehenden Gebäudes vermag – nachdem er dem Ertragswert nicht Rechnung trägt – keinen Aufschluss über den Verkehrswert zu erteilen. Von daher kann der Auffassung des Grundbuchamtes und der Gemeinde X, wonach die Handänderungsgebühr gemäss geltendem Recht sogar auf dem Assekuranzwert hätte berechnet werden dürfen, nicht gefolgt werden. Dem Assekuranzwert kommt – dies lässt sich sowohl dem Gesetzeswortlaut als auch den Gesetzesmaterialien entnehmen – die Bedeutung eines Hilfsmittels für den Grundbuchverwalter zu, das ihm die Wertvergleiche erleichtern soll. Der Versicherungswert hat jedoch keine Ersatzwertfunktion mit der Folge, dass er als Berechnungsgrundlage für die Handänderungsgebühr dienen könnte.

2.4. In Zusammenfassung der obigen Ausführungen lässt sich feststellen, dass die Handänderungsgebühr nach den allgemeinen Regeln von § 2 Abs. 1 und § 3 Abs. 2 Grundbuchgebührentarif auf der Handänderungssumme in der Höhe von Fr. 32'806'933.- zu berechnen ist, sofern der tatsächliche Wert des Grundstücks im Zeitpunkt der Umwandlung nicht offensichtlich über diesem vertraglichen Übernahmewert lag. Nachdem ein wesentlicher Teil des GS Nr. relativ kurze Zeit später zu einem Preis von Fr. 40'000'000.- veräussert worden ist und angesichts des ortsüblichen Quadratmeterpreises von Fr. 890.-, erweist sich die Annahme des Grundbuchamtes und der Gemeinde X, dass der auf dem Markt erzielbare Preis den vertraglich vereinbarten Übernahmepreis im Zeitpunkt des Eigentumsüberganges infolge Umwandlung überstiegen haben muss, nicht als unbegründet. Ob der vereinbarte

Übernahmepreis von Fr. 32'806'933.- den Verkehrswert im Zeitpunkt der Umwandlung 'offensichtlich' im Sinne von § 3 Abs. 2 Grundbuchgebühren-tarif unterschritt, erübrigt sich indessen festzustellen, da die Handänderungsgebühr aus anderen Gründen auf der Handänderungssumme und nicht auf dem gesetzlichen Ersatzwert zu berechnen ist.

3. Das Wesensmerkmal der Umwandlung einer AG in eine GmbH besteht nach Lehre und Rechtsprechung darin, dass die AG ohne Liquidation aufgelöst und ihr Vermögen mittels Universalsukzession auf die neu gegründete GmbH übertragen wird, unter weitgehender Kontinuität der Mitgliedschaft (statt vieler Patrick Hünerwadel, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2. Auflage 2002, zu Art. 824 OR N 1, 5). Die Anteilsinhaber erhalten anstelle ihrer Beteiligungsrechte an der umgewandelten Gesellschaft Anteilsrechte an der neuen Unternehmung. Der Beteiligungsaustausch ist bloss formeller Natur und verkörpert keinen Umsatzakt (Stephan Pfenninger-Bischofberger, Grundsteuerfolgen von Unternehmensumstrukturierungen, Zürich 1995, S. 201, 203, m.z.H.) und die Zuteilung der neuen Beteiligungsrechte wird nicht als Entgelt für die Übertragung der Gesellschaftswerte verstanden. Die Umwandlung ist zwar mit einem Wechsel des berechtigten Rechtssubjekts verbunden, die wirtschaftliche Identität der Unternehmung bleibt jedoch gewahrt. Was sich ändert ist im wesentlichen lediglich das rechtliche Kleid der Unternehmung. Es findet aber bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise keine Eigentumsübertragung auf einen mit dem bisherigen nicht mehr identischen Rechtsträger statt (RRB vom 18. Februar 2003, m.H.). Auch erfolgt keine Veräusserung zu Marktbedingungen und eine Realisierung von Mehrwerten, wie sie bei einer Veräusserung an einen Dritten regelmässig angestrebt wird, ist im Falle einer Umwandlung unerwünscht, da diese sonst gar nicht steuerneutral durchgeführt werden kann.

Es stellt sich angesichts dessen die Frage, ob die allgemeine Regel, wonach die Handänderungsgebühr im Falle einer offensichtlichen Unterschreitung des Verkehrswerts auf dem Ersatzwert zu berechnen ist, auch im Falle einer Umwandlung im Sinne von § 5 Abs. 2 Ziff. 3 Grundbuchgebührentarif uneingeschränkt Anwendung findet. Dass die Fragestellung berechtigt ist, zeigt die Veranlagungspraxis anderer Kantone. Dort wird – wenigstens im Falle einer Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine solche anderer Art – regelmässig auf den vertraglich vereinbarten Wert abgestellt (BN 1983, S. 155f.; BVR 1976, S. 262; Rüegg-Peduzzi, a.a.O., S. 152; Robert Martin Schwarz, Die Handänderungssteuer im Kanton Graubünden, Zürich 1985, S. 192; Ruf, a.a.O., N. 182ff., 219ff. zu Art. 7 HPAG; Richner/Frei/Kaufmann, a.a.O., zu § 220 N. 67, 71; Pfenninger, a.a.O., S. 183; Christian Schöni-ger, Die Handänderungssteuer des Kantons Basel-Stadt, Basel und Frankfurt a.M. 1992, S. 141; BJM 1991, S. 65). Dieses Vorgehen erweist sich auch im vorliegenden Fall als sachgerecht. Dies umso mehr, als der im Rahmen der Umwandlung der Z AG in die Z GmbH festgelegte Übernahmewert von Fr. 32'806'993.- ungefähr dem Preis entspricht, den die – damals noch die

Firma 'SWL AG' führende - Z AG der ILI AG für den käuflichen Erwerb der Liegenschaft am 7. April 2000 zu bezahlen hatte. Da gesellschaftsrechtliche, arbeitsrechtliche oder andere rechtsgeschäftliche Beziehungen zwischen diesen Kaufvertragsparteien durch die Akten nicht belegt sind, muss davon ausgegangen werden, diese hätten einander als gewöhnliche Dritte gegenüber gestanden und ihren Vertrag unter Marktbedingungen geschlossen (Richner/Frei/ Kaufmann, a.a.O., zu § 220 N. 67). Der damals ausgehandelte Erwerbspreis von Fr. 33'500'000.- lag nur unwesentlich über der Bewertung des Grundstückes in der Umwandlungsbilanz vom 31. Oktober 2000. Dies gilt auch im Verhältnis zur Bewertung des Grundstückes durch das kantonale Steueramt Zürich. Wie sich aus den von der Beschwerdeführerin eingereichten Akten ergibt, wurde die Liegenschaft bei der Einschätzung für die Staats- und Gemeindesteuern per 31. Dezember 2000 entsprechend dem Bewertungsbericht der Revisoren mit einem Wert von Fr. 34'547'481.- berücksichtigt. Unter diesen Umständen ist entsprechend der gesetzlichen Tatsachenvermutung davon auszugehen, dass der im Rahmen der Umwandlung vereinbarte Übernahmewert in der Höhe von Fr. 32'806'933.- dem wahren Wert des Grundstückes im damaligen Zeitpunkt entsprach. Auf dieser Basis ist daher die Handänderungsgebühr zu berechnen, was zur Guttheissung der Verwaltungsbeschwerde führt.

Regierungsrat, 19. Dezember 2003

III. Baurecht

§ 12 Abs. 1, Abs. 5 und Abs. 6, Art. 15 Abs. 5, Art. 18 Abs. 3 und Art. 46 Abs. 1 BO Oberägeri – Wie viele Geschosse sind in der Wohnzone 2 zulässig? Merkmale des Attikageschosses.

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Baugrundstück befinde sich in der Wohnzone W2. Gemäss Art. 46 Abs. 1 BO Oberägeri seien in dieser Zone zwei Vollgeschosse erlaubt. Das Dachgeschoss werde als Attikageschoss deklariert, damit es nicht als Vollgeschoss gelte. Weil Flachdächer aufgrund von Art. 18 Abs. 3 BO Oberägeri nicht erlaubt seien, definiere die Bauherrschaft den Aufbau über dem Flachdach nicht als «Attikageschoss», sondern als Schrägdach. Der Kniestock an der Nordfassade messe weit mehr als die in Art. 12 Abs. 6 BO Oberägeri erlaubten 50 cm, weshalb der Dachraum als Vollgeschoss zähle und das Gebäude die zulässige Geschosshöhe überschreite.

Der Gemeinderat macht geltend, die Decke über dem ersten Obergeschoss sei nicht als Flachdach im Sinne von Art. 18 Abs. 3 BO Oberägeri zu definieren. Mit den in Art. 18 Abs. 3 BO Oberägeri erwähnten Flachdächern für Hauptgebäude seien die Dachabschlüsse über den obersten Wohn- bzw. Estrichräumen gemeint.

Die Bauherrschaft weist darauf hin, dass gemäss Art. 12 Abs. 5 BO Oberägeri ein Attikageschoss nicht als Vollgeschoss zähle. Beim Dachgeschoss handle es sich um ein Attikageschoss. Attikageschosse würden sich von Dachgeschossen mit Schrägdächern unterscheiden. Die Bestimmung in Art. 12 Abs. 6 BO Oberägeri betreffend Kniestock komme nur zur Anwendung, wenn es sich nicht um ein Attikageschoss handle.

Nachfolgend ist zu prüfen, ob das oberste Geschoss des geplanten Mehrfamilienhauses den Bestimmungen über die Geschosse in Art. 12 BO Oberägeri entspricht.

3. Von dem an einer Hanglage geplanten Mehrfamilienhaus sind von der Südseite her das Unter-, das Erd- und das erste Obergeschoss sichtbar. Auf dem ersten Obergeschoss ist von der Süd-, Ost- und Westseite her zurückversetzt ein weiteres Geschoss vorgesehen. Dieses wird auf der Westseite durch einen Wintergarten ergänzt und verläuft auf der Nordseite bündig zur Umfassungsmauer. Dieses Geschoss ist abgeschlossen durch ein Pultdach mit einer Dachneigung von 6°. Von der Nordseite her ist das Untergeschoss des Mehrfamilienhauses nicht sichtbar.

Aus den Bestimmungen von Art. 12 Abs. 5 und 6 BO Oberägeri geht hervor, dass in Bezug auf Dachgeschosse zwischen Attikageschossen einerseits und Dachräumen bei Gebäuden mit Schrägdach andererseits unterschieden wird. Die

BO Oberägeri enthält keinen Hinweis darauf, was unter einem Dachraum bei Gebäuden mit Schrägdach oder unter einem Attikageschoss zu verstehen ist. Es gilt damit vorerst zu prüfen, ob es sich beim obersten Geschoss des geplanten Mehrfamilienhauses tatsächlich um ein Attikageschoss handelt.

a) Allgemein stellt ein Attikageschoss ein auf ein Flachdach aufgesetztes verkleinertes Geschoss dar, das sich in seiner Grösse von dem darunter liegenden Vollgeschoss unterscheidet. Aufgrund des Versatzes seiner Fassade ist das Attikageschoss im Vergleich zum darunter liegenden Vollgeschoss baulich untergeordnet (Themenblatt Nr. 11, Voll-, Unter-, Dach- und Attikageschoss, Hochschule Rapperswil, 2000, S. 1 und 4). Aus Art. 12 Abs. 5 BO Oberägeri ergibt sich, dass ein Attikageschoss nicht als Vollgeschoss zählt, jedoch im Aussenmass höchstens 50% der darunter liegenden Vollgeschossfläche einnehmen darf.

Unter einem Dachgeschoss wird im Allgemeinen das Geschoss über dem obersten Vollgeschoss verstanden (Themenblatt Nr. 11, a.a.O., S. 1). Ein Dachraum mit einer Kniestockhöhe von mehr als 50 cm gilt laut Art. 12 Abs. 6 BO Oberägeri als Vollgeschoss.

b) Das geplante Mehrfamilienhaus befindet sich in der Bauzone W2. Art. 46 Abs. 1 BO Oberägeri enthält die Grundmasse für die verschiedenen Bauzonen. Demnach sind in der Bauzone W2 zwei Vollgeschosse erlaubt. Als Vollgeschosse zählen gemäss Art. 12 Abs. 1 BO Oberägeri das Erdgeschoss und jedes Stockwerk, das über dem Erdgeschoss und unter dem Dachraum liegt. Aus den Plänen des Mehrfamilienhauses sind ein Erdgeschoss und ein erstes Obergeschoss ersichtlich, womit die zwei erlaubten Vollgeschosse ausgeschöpft sind. Das erste Obergeschoss wird flach abgeschlossen. Über dem Flachdach ist ein Geschoss aufgebaut, das auf drei Seiten zurückversetzt ist und gegenüber den beiden Vollgeschossen etwas untergeordnet wirkt. Mit dieser Umschreibung wird klar, dass es sich beim obersten Geschoss um ein Attikageschoss handelt.

4. a) Wenn Art. 12 Abs. 5 BO Oberägeri eine Regelung für Attikageschosse bei Gebäuden mit Flachdächern vorsieht, ist diese Bestimmung bauordnungskonform anzuwenden. Grundsätzlich sind Flachdächer für Hauptgebäude, mit Ausnahme von Terrassenhäusern, in Oberägeri nicht gestattet. Dies geht aus Art. 18 Abs. 3 BO Oberägeri hervor. Folglich können nur Terrassenhäuser über Flachdächer verfügen, und aufgrund von Art. 12 Abs. 5 BO können nur Gebäude mit Flachdächern, also Terrassenhäuser, über ein Attikageschoss verfügen, dessen Aussenmass höchstens 50% des darunter liegenden Vollgeschosses ausmachen darf. Das geplante Mehrfamilienhaus befindet sich zwar an einer Hanglage. Die Geschosse sind jedoch nicht versetzt. Vielmehr reiht sich ein Geschoss über das andere. Es handelt sich bei dem Mehrfamilienhaus also nicht um ein Terrassenhaus. Ein Flachdach ist folglich nicht erlaubt und damit ist auch ein Attikageschoss ausgeschlossen.

Ein Attikageschoss darf, wie dies aus Art. 12 Abs. 5 Satz 2 BO Oberägeri hervorgeht, einschliesslich Treppenhaus und Lifte, im Aussenmass höchstens 50% der darunter liegenden Vollgeschossfläche betragen. Aus Plan Nr.

2.4 des Architekturbüros... für das 1. Obergeschoss vom 27. November 2001 ergeben sich eine Gebäudelänge von 26,4 m und eine Gebäudebreite von 10,4 m sowie für einen Gebäudevorsprung eine Länge von 14,15 m und eine Breite von 1 m. Daraus errechnet sich eine Vollgeschossfläche von 288,71 m². Das Attikageschoss weist gemäss Plan Nr. 2.5 vom 27. November 2001 im Aussenmass inklusive Treppenhaus und Lift eine Länge von 17,65 m, eine Breite von 8,2 m sowie einen Wintergarten mit der Länge von 6,17 m und einer Breite von 3,43 m auf. Die Geschossfläche beträgt damit abgerundet 165,89 m² und nimmt abgerundet 57,46% der Fläche des darunter liegenden Vollgeschosses ein. Das Attikageschoss würde damit auch gegen die Bestimmung von Art. 12 Abs. 5 BO Oberägeri verstossen, wäre es Teil eines Terrassenhauses.

Regierungsrat, 7. Januar 2003

§ 10 V PBG – Was für Auswirkungen hat dies auf die Höhenlage des Erdgeschossfussbodens, wenn zwei zusammengebaute Gebäudeteile als ein Gebäude gelten?

Aus den Erwägungen:

3. Die Beschwerdeführer sind im Unklaren darüber, ob es sich bei diesem Projekt um ein Gebäude oder um zwei einzelne, zusammengebaute Häuser handelt. Der Gemeinderat habe sich diesbezüglich widersprüchlich verhalten. Weil die Auslegung dieser Frage insbesondere bei der Einmessung der Erdgeschossfussbodenhöhe, aber auch bei der Ermittlung der Gebäude- und Firsthöhe massgebend ist, rügen die Beschwerdeführer damit sinngemäss die Verletzung dieser Vorschriften.

Der Gemeinderat geht in der angefochtenen Baubewilligung davon aus, dass durch den Zusammenbau der Gebäudeteile A und B das ganze Projekt als ein Gebäude zu betrachten ist. Die Gebäudeteile A und B weisen einen Abstand von 1.50 m auf. Sie sind im Erdgeschoss durch die Erschliessung und eine Eingangshalle miteinander verbunden. Ansonsten sind die Baukörper vollständig getrennt. Der Abstand der Gebäudeteile A und B von 1.50 m ist nur deshalb möglich, weil die beiden Baukörper durch die Verbindung im Erdgeschoss baurechtlich gesehen als ein Gebäude aufzufassen sind. Andernfalls müsste hier der Gebäudeabstand von 10 m eingehalten werden. Dem Gemeinderat ist deshalb zuzustimmen, dass es sich beim vorliegenden Projekt um ein Gebäude handelt.

a) Insbesondere für die Bestimmung der Höhenlage des Erdgeschosses ist massgebend, dass das Projekt als ein Gebäude zu betrachten ist. Der Fuss-

boden des Erdgeschosses darf dabei entweder 1.2 m über dem tiefsten oder 0.3 über dem höchsten Punkt des gewachsenen Terrains längs der Gebäudefassade liegen. Liegt der Fussboden des Erdgeschosses höher als 3 m über dem tiefsten Punkt des gewachsenen Terrains längs der Gebäudefassade, zählt das Erdgeschoss als zwei Geschosse (§ 10 V PBG).

Beim Projekt handelt es sich um zwei zusammengebaute Einfamilienhäuser, welche in der Höhenlage gestaffelt sind. Aus diesem Grund liegen die Erdgeschossfussböden der einzelnen Gebäudeteile A und B nicht auf demselben Niveau. Da es sich jedoch beim vorliegenden Projekt um ein Gebäude handelt, müsste man grundsätzlich bei der Einmessung des Gebäudes von ein und derselben Erdgeschossfussbodenhöhe ausgehen. Die Bauherrschaft hat sich bei der Einmessung der Höhenlage des Erdgeschossfussbodens am höchsten Punkt des gewachsenen Terrains orientiert. Dabei kommt der Erdgeschossfussboden des höher liegenden Gebäudeteils B rund 2.50 m, jener des Gebäudeteils A rund 4.10 m unter den höchsten Punkt des gewachsenen Terrains längs der Gebäudefassade zu liegen. Unabhängig davon, ob man bei der Einmessung des Gebäudes von der Erdgeschossfussbodenhöhe des tiefer liegenden Gebäudeteils A oder des höher liegenden Gebäudeteils B ausgeht, ist die Höhenlage des Gebäudes vorliegend korrekt.

b) Weil das Projekt als ein Gebäude zu betrachten ist, geht der Gemeinderat davon aus, dass die Erdgeschosse der beiden Gebäudeteile A und B nicht höher als 3 m über dem tiefsten Punkt des gewachsenen Terrains entlang der Gebäudefassade zu liegen können dürfen. Andernfalls müsste auf ein Vollgeschoss verzichtet werden. Nach Auffassung des Gemeinderates hält der Gebäudeteil A diese Vorschrift ein, Gebäudeteil B jedoch überschreitet das Mass von 3 m um 0.14 m. Mit einer Auflage verpflichtet der Gemeinderat die Bauherrschaft, die Höhenlage des Erdgeschosses des Hausteils B um 0.14 m zu senken. Auf ein Vollgeschoss muss deshalb nicht verzichtet werden.

Der Gemeinderat orientiert sich mit dieser Begründung an § 10 Satz 2 V PBG. Der Erdgeschossfussboden des Gebäudeteils B liegt auf einer Höhe von 878.79 m ü. M., während der tiefste Punkt des gewachsenen Terrains längs der Gebäudefassade von 875.65 m ü. M. ausgeht. Der Erdgeschossfussboden des Gebäudeteils B liegt damit 3.14 m über dem tiefsten Punkt des gewachsenen Terrains. Zu Recht verlangt deshalb der Gemeinderat mit einer Auflage in der angefochtenen Baubewilligung eine Herabsetzung der Erdgeschossfussbodenhöhe des Gebäudeteils B um 0.14 m.

Da das Bauprojekt überdies sowohl die maximal zulässige Gebäudehöhe von 6.50 m als auch die maximal zulässige Firsthöhe von 9.80 m (Art. 46 Abs. 1 Bauordnung der Gemeinde Oberägeri vom 4. Dezember 1994, BO Oberägeri) einhält, sind die Rügen der Beschwerdeführer in diesem Umfang unbegründet. Die Beschwerde ist abzuweisen.

Regierungsrat, 18. März 2003

Art. 16 Abs. 3 BV, Art. 24 Abs. 1 RPG, Art. 13 und Art. 65 USG, Art. 1 FMG, § 59 und § 80 GG, § 20 BO Walchwil – Ist die von der Gemeindeversammlung Walchwil am 10. Dezember 2002 erheblich erklärte Motion betreffend Mobilfunkantennen rechtswidrig?

Aus den Erwägungen:

3. Die Interessengemeinschaft gegen Mobilfunk-Sender in Wohngebieten von Walchwil verlangt in ihrer Eingabe die Festlegung von Bauzonen für Mobilfunkantennen in der Raumplanung von Walchwil sowie die Änderung des Baureglementes, so dass keine Mobilfunkantennen oder andere elektronische Aufbauten erlaubt sind, die optisch das Dorfbild im Charakter stören.

Die Beschwerdeführerin vertritt die Ansicht, dass sowohl der erste als auch der zweite Teil der von der Gemeindeversammlung erheblich erklärten Motion höherrangigem Recht widerspreche.

Gemäss § 80 Abs. 1 Gemeindegesetz (GG; BGS 171.1) kann jeder Stimmberechtigte der Gemeindeversammlung eine Motion über einen in den Aufgabenbereich der Gemeinde fallenden Gegenstand vorlegen. Gemeindeaufgaben können gemäss § 2 GG alle dem Wohl der Gemeinde dienenden Angelegenheiten sein, die nicht ausschliesslich Aufgaben des Bundes oder des Kantons sind. Diese Vorschrift wird in der nicht abschliessenden Aufzählung von § 59 GG konkretisiert. Demnach obliegt der Einwohnergemeinde u.a. die Ortsplanung (§ 59 Abs. 1 Ziff. 8 GG). Sie erlässt ausserdem Bauvorschriften, Zonen- und Bebauungspläne (§ 7 Planungs- und Baugesetz vom 26. November 1998, PBG; BGS 721.11). Der Erlass von Bauzonen fällt damit grundsätzlich in den Aufgabenbereich der Einwohnergemeinde. Die Motion verlangt unter Buchstabe a die Festlegung von Bauzonen für Mobilfunkantennen. Hier stellt sich die Frage, ob auch diese Festlegung in den Aufgabenbereich der Einwohnergemeinde fällt.

Aus dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit erwächst dem Bürger der Anspruch, nur über solche Materien abzustimmen, welche nicht von vorneherein widerrechtlich sind. Gemäss § 80 Abs. 2 und 3 GG nimmt der Gemeinderat zu einer Motion Stellung und traktandiert sie für die nächste Gemeindeversammlung. Er ordnet die Abstimmung über die Erheblicherklärung an und überprüft vorab die materielle Rechtmässigkeit der Motion auf gemeindlicher Ebene. Der Gemeinderat überprüft dabei, ob die Motion sich an den gesetzlich verankerten Aufgabenrahmen der Gemeinde hält oder nicht (§ 80 Abs. 1 GG). Die Stimmberechtigten sollen ihr Vorschlagsrecht nur ausüben dürfen, soweit sie über entsprechende Begehren auch zum Entscheid berufen sind. Gemeindebehörden können rechtswidrige Motionen ohne Mitwirkung der Gemeindeversammlung zurückweisen (BGE 92 I 360). Motionen sind allerdings dann gültig zu erklären, wenn ihnen ein Sinn beigemessen werden kann, der sie nicht klarerweise als unzulässig erscheinen lässt (BGE 111 Ia 305 f.).

Nach diesen grundsätzlichen Ausführungen ist nachfolgend nun auf die erheblich erklärte Motion einzugehen.

4. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass der Gemeinderat, um der Motion Folge zu leisten, das gesamte Gemeindegebiet in Zonen einteilen müsse. Lediglich in der Ortsbildschutzzone könnten Auflagen gemacht werden, die Antennen zu kaschieren. Auch ein teilweises Antennenverbot wäre aber in dieser Zone bundesrechtswidrig. Für Antennenstandorte ausserhalb der Bauzonen müsse gemäss Bundesrecht die Standortgebundenheit nachgewiesen werden. Es sei nicht Aufgabe der Gemeinde, willkürlich Standorte festzulegen. Der Auftrag der Gemeindeversammlung an den Gemeinderat sei von Gesetzes wegen nicht durchführbar.

Die Motion der Interessengemeinschaft gegen Mobilfunk-Sender in Wohngebieten von Walchwil fordert die Festlegung von Bauzonen für die Mobilfunkantennen in der Raumplanung von Walchwil. Eine Begründung für ihre Forderung hat die Interessengemeinschaft nicht geliefert. Es ist aber vorab davon auszugehen, dass sie – ihrem Namen entsprechend – offenbar erreichen will, dass Mobilfunkanlagen nicht mehr in allen Zonen des Gemeindegebietes von Walchwil, namentlich nicht in Wohngebieten errichtet werden dürfen. Es stellt sich nachfolgend die Frage, ob mit einer solchen Zonierung nicht höherrangiges Recht verletzt wird.

Gemäss Art. 16 Abs. 3 Bundesverfassung vom 19. April 1999 (BV; SR 101) hat jede Person das Recht, Informationen frei zu empfangen, aus allgemein zugänglichen Quellen zu beschaffen und zu verbreiten. Die Informationsfreiheit ist bis anhin in der Lehre und Rechtsprechung als ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht des Bürgers anerkannt und mit der Überarbeitung als Grundrecht in die neue Bundesverfassung aufgenommen worden. Bestandteil der Informationsfreiheit ist unter anderem auch die Empfangsfreiheit (BGE 120 Ia 66, E 4a). Unter deren Schutz stehen insbesondere die als Übertragungsmittel dienenden Antennen. Dabei soll es keinen Unterschied machen, um welche Art es sich bei diesen Antennen handelt. Die Informationsfreiheit ist indes nicht unbegrenzt. Sie kann im Spannungsfeld mit der Raumplanung und dem Natur- und Landschaftschutz stehen, denen ebenfalls Verfassungsrang zukommt. Es ist dabei vor allem Sache der Gesetzgebung, Grundrechte und öffentliche wie private Interessen so abzuwägen, dass namentlich den verfassungsrechtlichen Anliegen in einem ausgewogenen Verhältnis Rechnung getragen wird.

In diesem Spannungsfeld ist die Zulässigkeit der erheblich erklärten Motion zu prüfen.

a) Das Raumplanungsrecht geht von der Trennung von Baugebiet und Nichtbaugebiet aus (Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 2 und 3 Raumplanungsgesetz vom 22. Juni 1979, RPG, SR 700). Ausdruck dieses Grundsatzes bildet Art. 24 Abs. 1 RPG. Daraus ergibt sich sinngemäss, dass Bauten

und Anlagen grundsätzlich in den Bauzonen zu errichten sind und dass Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen nur zulässig sind, wenn sie aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen oder wegen der Bodenbeschaffenheit zwingend auf einen Standort ausserhalb der Bauzonen angewiesen sind. Ausserdem dürfen einer Baute oder Anlage ausserhalb der Bauzonen keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Mobilfunkantennen sind technische Infrastruktureinrichtungen zur Versorgung der Bevölkerung mit Dienstleistungen der Telekommunikation und stellen als solche, ähnlich wie Strassen und andere Versorgungs- und Entsorgungsanlagen, Siedlungseinrichtungen dar. Wie das Bundesgericht schon mehrfach festgestellt hat, gehören Siedlungsinfrastruktureinrichtungen grundsätzlich ins Siedlungsgebiet, d.h. in die Bauzonen (BGE 118 Ib 500). Wie die Praxis jedoch zeigt, ist nicht ausgeschlossen, dass Mobilfunkanlagen aus objektiven Gründen zwingend auf einen Standort ausserhalb der Bauzonen angewiesen sind. Die Bejahung der Standortgebundenheit ausserhalb der Bauzonen bedingt jedoch, dass in jedem Einzelfall das Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen geprüft wird.

Der von der Gemeindeversammlung beschlossene Auftrag verlangt vom Gemeinderat die Festlegung von Bauzonen für die Mobilfunkantennen. Das Baugebiet der Gemeinde Walchwil teilt sich auf in Wohnzonen, wenige Wohn- und Gewerbezone, die Kernzone sowie die Zonen des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen. Dem Namen der Interessengemeinschaft folgend muss man davon ausgehen, dass gemäss der Motion innerhalb der Wohngebiete keine Mobilfunkanlagen mehr errichtet werden sollen. Der grösste Teil des Baugebietes in Walchwil ist jedoch dem Wohngebiet zuzurechnen. Darunter fallen namentlich die Wohn-, die Wohn- und Gewerbe- sowie die Kernzone. Gewohnt wird in Walchwil ausserdem auch in der Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen. In dieser Zone befindet sich insbesondere das Altersheim. Das bedeutet, dass in allen Bauzonen der Gemeinde Walchwil gewohnt wird. Wollte die Gemeinde Walchwil ein Verbot zur Erstellung von Mobilfunkantennen in den Wohngebieten statuieren, hätte dies zur Folge, dass dieser Anlagentyp ohne Rücksicht auf die in jedem Einzelfall erforderliche Standortgebundenheitsprüfung ins Gebiet ausserhalb der Bauzonen gedrängt würde. Diese Forderung liesse sich aber mit dem raumplanungsrechtlichen Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet nicht vereinbaren. Sie stellte eine Umgehung der Zielsetzung des eidgenössischen Raumplanungsrechtes dar.

Anders wäre höchstens dann zu entscheiden, wenn es sich bei Mobilfunkantennen um Anlagen handeln würde, die wegen ihrer Emissionen aus umweltschutzrechtlichen Gründen innerhalb des Wohngebietes generell als unrealisierbar betrachtet werden müssten. Mobilfunkantennen fallen aber nicht in diese Kategorie. Dies zeigt schon allein die grosse Zahl von bis anhin überall in den Wohngebieten errichteten Mobilfunkanlagen.

Daraus erhellt, dass ein Mobilfunkantennenverbot in den Wohngebieten von Walchwil aus raumplanerischen Gründen unzulässig ist.

b) Ausserdem hat der Bundesrat die Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV; SR 814.710) am 23. Dezember 1999 beschlossen und auf 1. Februar 2000 in Kraft gesetzt. Grundsätzliche Diskussionen über die Schädlichkeit dieser Strahlung und die Höhe der Grenzwerte haben damit keinen Platz mehr. Fussend auf der Schädlichkeit und Lästigkeit der nichtionisierenden Strahlung und gestützt auf nationale und internationale Gutachten, auf die Meinung von Fachgremien und auf Stellungnahmen der Vernehmlassungsteilnehmer hat der Bundesrat die Immissionsgrenzwerte festgesetzt. Diese stimmen mit den internationalen Grenzwerten überein. Der Bundesrat hat dabei auch die Wirkungen der Immissionen auf Personengruppen mit erhöhter Empfindlichkeit, wie Kinder, Kranke, Betagte und Schwangere beurteilt und von seiner Verordnungskompetenz Gebrauch gemacht (Art. 13 Umweltschutzgesetz vom 7. Oktober 1983, USG, SR 814.01). Zusätzlich setzte der Bundesrat Anlagegrenzwerte für Orte mit empfindlicher Nutzung fest, wobei diese die Immissionsgrenzwerte noch um das 10fache unterschreiten. Es steht weder einer gemeindlichen Legislative im Planungsverfahren noch dem Gemeinderat im Baubewilligungsverfahren zu, die NISV samt Grenzwerten zu hinterfragen. Nachdem der Bundesrat von seiner Verordnungskompetenz Gebrauch gemacht hat, können weder die Kantone und erst recht nicht die Gemeinden eigene Vorschriften erlassen (BGE 126 II 399; Art. 65 USG). Würde man den Gemeinden zubilligen, Mobilfunkantennen wegen deren zur Zeit noch nicht restlos geklärten Folgen für die menschliche Gesundheit generell aus den Wohngebieten zu verbannen, liefе dies im Ergebnis darauf hinaus, dass in Zukunft jede Gemeinde nach eigenem Gutdünken weitergehende emissionsbegrenzende Massnahmen erlassen dürfte. Dies wäre jedoch gemäss Art. 65 USG unzulässig.

Daraus erhellt, dass ein Mobilfunkantennenverbot in den Wohngebieten auch aus Gründen des Umweltschutzes unzulässig ist.

c) Nicht nur in Bezug auf die Raumplanung und den Umweltschutz, sondern auch im Hinblick auf die eidgenössische Fernmeldegesetzgebung ist die Motion der Interessengemeinschaft gegen Mobilfunk-Sender in Wohngebieten von Walchwil zu prüfen.

Das eidgenössische Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) enthält keine materiellen Vorschriften über den Aufbau der Fernmeldeetze. Es überlässt diesen Bereich der Raumplanungs- und Rechtsanwendungskompetenz der Kantone und Gemeinden. Bezüglich der Ausübung dieser Kompetenzen gilt aber der allgemeine Grundsatz, dass die Raumplanung und die Rechtsanwendung dem Sinn und Geist des Bundesrechts nicht widersprechen oder entgegenwirken dürfen. Das FMG will der Bevölkerung und der Wirtschaft vielfältige, preiswerte, qualitativ hochstehende sowie kon-

kurrenzfähige Fernmeldedienste anbieten können. (Art. 1 FMG). Deshalb kann nicht von vorneherein festgehalten werden, dass in Walchwil die Dienstleistungen der Mobilfunktechnik auch mit Anlagen ausserhalb des Wohngebietes sichergestellt werden können. Würde dieses Argument als hinreichender Grund anerkannt, stellte dies ein Präjudiz für viele weitere vergleichbare Gemeinden dar. Aus Gründen der Konsequenz und der Rechtsgleichheit müssten diesfalls entsprechende Einschränkungen in anderen Gemeinden ebenfalls hingenommen werden. Bei dieser Ausgangslage liegt es auf der Hand, dass die Forderung nach der Festlegung von Bauzonen für Mobilfunkanlagen bzw. einem Verbot von Mobilfunkanlagen in den Wohngebieten von Walchwil unter der Optik der Zielvorgabe eines qualitativ hochstehenden Fernmeldedienstes dem Sinn und Geist des FMG widerspricht.

Damit steht im Zwischenergebnis fest, dass der Beschluss der Gemeindeversammlung in Bezug auf die Festlegung von Bauzonen für Mobilfunkantennen bundesrechtswidrig ist, soweit sie zu einem Verbot für den Bau von Mobilfunkantennenanlagen in den Wohngebieten führt. Die erheblich erklärte Motion ist in diesem Umfang teilungültig. Dies bedeutet gleichzeitig die Gutheissung der Beschwerde in demselben Umfang.

5. Der Gemeindeversammlungsbeschluss verlangt nicht ausdrücklich ein Antennenverbot im Wohngebiet von Walchwil. Aus diesem Grund ist im Folgenden die Motion daraufhin zu prüfen, ob die Festlegung von Bauzonen für Mobilfunkantennen ohne ein Antennenverbot in den Wohngebieten von Walchwil rechtens ist.

Die Gemeinden erlassen u.a. ihre Bauvorschriften und Zonenpläne durch allgemeinverbindliche Beschlüsse (§ 7 Abs. 1 Planungs- und Baugesetz vom 26. November 1998, PBG, BGS 721.11). Darin ordnen sie die zulässige Nutzung des Bodens und unterscheiden vorab Bau-, Landwirtschafts- und Schutzzonen (Art. 14 RPG). Die Gemeinden werden damit verpflichtet, die Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet grundeigentümergebunden vorzunehmen. Wie bereits dargelegt, sind Mobilfunkantennen technische Infrastruktureinrichtungen zur Versorgung der Bevölkerung. Deshalb gehören – wie das Bundesgericht schon mehrfach festgestellt hat – Siedlungsinfrastruktureinrichtungen grundsätzlich ins Siedlungsgebiet, d.h. in die Bauzonen, und sind dort, Mobilfunkanlagen sogar in Wohnzonen (vgl. RRB vom 6. Juni 2000 i.S. R.Q. betreffend Baubewilligung, S. 9 f.), zonenkonform. Da die Gemeinde Walchwil mit dem Erlass des Zonenplans diese Trennung bereits vorgenommen hat, ist die Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet vollzogen. Es ist also klar, wo Siedlungsinfrastruktureinrichtungen, namentlich Infrastrukturanlagen zur Versorgung der Bevölkerung mit Dienstleistungen der Telekommunikation im Grundsatz errichtet werden dürfen.

Soweit der Gemeindeversammlungsbeschluss die Festlegung von Bauzonen für Mobilfunkanlagen verlangt, ist sie formell betrachtet gültig. Gleichzeitig kann aber festgestellt werden, dass die Gemeinde Walchwil mit dem

Erlass der Bauvorschriften und des Zonenplans am 26. November 1991 diese Bauzonen schon erlassen hat. Die erheblich erklärte Motion ist in diesem Umfang erfüllt. Der Gemeinderat kann deshalb der Gemeindeversammlung deren Abschreibung beantragen. Die Beschwerde ist in diesem Umfang unbegründet und deshalb abzuweisen.

6. Der Gemeindeversammlungsbeschluss verlangt im Weiteren die Änderung der Bauvorschriften, wonach keine Mobilfunkantenne oder anderen elektronischen Aufbauten erlaubt sein sollen, die optisch das Dorfbild im Charakter stören.

Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, dass dieser Auftrag zu restriktiv sei. Der Begriff «elektrische Aufbauten» sei zu weitreichend und würde auch Parabolspiegel und dergleichen verhindern. Dieses Anliegen wolle ebenfalls die Informations- und Empfangsfreiheit beeinträchtigen. Der Einpassung dieser Anlagen nehme sich die Bauordnung bereits an. Eine solche Regelung speziell für Mobilfunkantennen erweise sich deshalb als überflüssig und nicht gesetzeskonform.

Die Bauordnung der Gemeinde Walchwil vom 26. November 1991 (BO Walchwil) äussert sich bereits zur Gestaltung und Einordnung von Bauten und Anlagen. Danach sind sämtliche Bauten und Anlagen in Form, Farbe und Gestaltung so in die landschaftliche und bauliche Umgebung einzuordnen und zu unterhalten, dass eine gute Gesamtwirkung erzielt wird (§ 20 BO Walchwil; ästhetische Generalklausel). Sie unterstellt den Bau von Antennenanlagen der Bewilligungspflicht (§ 24 Abs. 2 BO Walchwil). Strengere Gestaltungs- und Einordnungsvorschriften gelten in der Ortsbildschutzzone (§ 56 BO Walchwil). Daraus erhellt, dass sich die BO Walchwil einlässlich mit der Einordnung von Bauten und Anlagen befasst. Insofern wird den Anliegen der Motion bereits gebührend Rechnung getragen.

Grundsätzlich ist es aber der Gemeinde überlassen, weitergehende Ästhetikvorschriften zu erlassen. Unter diesem Titel könnte jedoch nur die Einpassung von Bauten und Anlagen, vorliegend von Aufbauten – unabhängig von deren Nutzung –, thematisiert werden. Es dürfte also aus Gründen der rechtsgleichen Behandlung nicht darauf ankommen, ob es sich bei diesen Aufbauten um Mobilfunkantennen, andere technische Aufbauten oder Dachaufbauten handelt. Alle Aufbauten auf Bauten und Anlagen, namentlich Antennen, Parabolspiegel, Dachaufbauten und dergleichen müssten aus Gründen der Rechtsgleichheit diesen neuen Gestaltungsvorschriften unterstellt werden. Insbesondere Mobilfunkantennen könnten selbst mit einer spezifischen Gestaltungsvorschrift auch weiterhin gebaut werden. Es ist bereits heute üblich, dass solche Antennen mit Reklamen, Kaminen oder sogar Kirchtürmen kaschiert werden.

Die Anwendung der noch zu erlassenden Gestaltungsvorschrift dürfte aber nicht dazu führen, dass generell gewissen Bau- und Zonenvorschriften

ausser Kraft gesetzt werden. Der Gemeinderat muss bereits heute – ohne eine spezifische Gestaltungsvorschrift für Aufbauten – im Bewilligungsverfahren eine Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen vornehmen. Dabei hat er den verfassungsrechtlichen Anliegen, namentlich der Informations- und Empfangsfreiheit, in einem ausgewogenen Verhältnis Rechnung zu tragen.

Es zeigt sich also, dass die erheblich erklärte Motion in Bezug auf den Erlass von spezifischen Gestaltungsvorschriften für Aufbauten auf Bauten und Anlagen einer näheren Prüfung standhält. Sie ist in diesem Umfang gültig. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen. Bei der Ausgestaltung der Gestaltungsvorschrift wird jedoch darauf zu achten sein, dass alle Aufbauten – unabhängig von deren Nutzung – rechtsgleich behandelt werden.

7. Da sich nur ein Teil der beiden von der Gemeindeversammlung begehrt Änderungen als rechtswidrig erweist, ist die erheblich erklärte Motion teilungsgültig. Das Verhältnismässigkeitsprinzip gebietet es einerseits, das Recht auf Motion nicht unnötig oder unangemessen zu beschränken. Andererseits darf die freie Willensäusserung der Initianten nicht beschränkt werden. Es ist unzulässig, ein Begehren zur Abstimmung bzw. zur Umsetzung zuzulassen, das wegen der teilweisen Ungültigerklärung möglicherweise nicht mehr dem Willen der Initianten entspricht. Das kantonale Recht äussert sich nicht zur Frage der Teilungsgültigkeit von erheblich erklärten Motionen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind jedoch die nicht höherrangigem Recht widersprechenden Teile einer Motion grundsätzlich den Stimmberechtigten zu unterbreiten (BGE 114 Ia 274) bzw. sind umzusetzen. Wichtig ist allerdings, dass der gültige Teil der Begehren das wesentliche Anliegen der Gemeindeversammlung beibehält und noch Sinn macht (BGE 124 I 119, 125 I 44, 125 I 232).

Der Gemeindeversammlungsbeschluss ist in Bezug auf die Festlegung von Bauzonen für Mobilfunkantennen bundesrechtswidrig, soweit er ein Verbot für den Bau von Mobilfunkantennenanlagen in den Wohn- oder anderen, bestimmten Bauzonen in sich birgt. Insofern ist die erheblich erklärte Motion ungültig. Der zweite Teil des Begehrens stellt Forderungen, welche durchaus in den gesetzlich vorgesehenen Aufgabenbereich der Gemeinde fallen. Insoweit entspricht der Auftrag Anliegen der Motionäre und ist sinnvoll, obgleich festgestellt werden muss, dass dieses Begehren der Motion bereits in der Bauordnung als sogenannte ästhetische Generalklausel enthalten ist. Gesetzgeberischer Spielraum ist jedoch vorhanden.

Regierungsrat, 1. April 2003

*§ 18 Abs. 1, § 23 Abs. 1 und §§ 39 ff. PBG; Art. 27 und Art. 55 BO Oberägeri –
Kann die Baufreigabe einer Reservebauzone durch den Gemeinderat von
den Nachbarn mit Beschwerde beim Regierungsrat angefochten werden?*

Aus den Erwägungen:

2. In diesem Beschwerdeverfahren ist zunächst die Frage zu beurteilen, ob der Beschluss des Gemeinderates Oberägeri vom 3. Juni 2002 über die Baufreigabe der in der Reservebauzone W3 gelegenen Teilfläche von GS Nr..... überhaupt angefochten werden kann. Die Beschwerdeführer waren nicht Adressaten dieses Beschlusses und dieser war auch nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen. Die Beschwerdeführer erfuhren davon erstmals durch die Publikation im kantonalen Amtsblatt. Über die Bedeutung dieser Publikation sowie über die Frage, ob für die Freigabe einer Reservebauzone ein formelles Verfahren im Sinne von § 39 ff. PBG durchgeführt werden muss, gehen die Auffassungen der Parteien diametral auseinander. Für den Gemeinderat handelt es sich bei der erwähnten Publikation im Amtsblatt lediglich um eine Orientierung der Bevölkerung. Nach der Auffassung des Gemeinderates kann der Entscheid über die Freigabe der Reservebauzone von den Nachbarn nicht angefochten werden. Der Gemeinderat erachtet auch die Durchführung eines formellen Verfahrens im Sinne der zitierten Bestimmungen nicht für notwendig. Die Beschwerdeführer stellen sich dagegen auf den Standpunkt, dass der erwähnte Beschluss des Gemeinderates auf jeden Fall angefochten werden kann und die Freigabe der Reservebauzone in einem formellen Verfahren erfolgen muss. Die von den Beschwerdeführern geltend gemachten Rügen sind in den nachfolgenden Ausführungen zu klären.

2.1 Zuerst ist der Frage nachzugehen, ob für die Freigabe einer Reservebauzone ein formelles Verfahren im Sinne von § 39 ff. PBG durchgeführt werden muss.

a) Gemäss § 23 Abs. 1 PBG sind die Reservebauzonen den Bauzonen gleichgestellt. Sie umfassen Land, dessen künftige Nutzung bestimmt und dessen Erschliessung etappiert ist. Bis zur Erschliessung dienen Reservebauzonen grundsätzlich der bisherigen Nutzung (Abs. 2 von § 23 PBG). Mit anderen Worten heisst dies, dass die Reservebauzonen eine Erschliessungsetappierung bedeuten. Sie dürfen überbaut werden, sobald die erforderlichen Erschliessungsanlagen erstellt sind oder rechtlich sichergestellt ist, dass sie erstellt werden. Die Reservebauzonen gehören zu den Bauzonen (§ 18 Abs. 1 Bst. a PBG). Die Bestimmung von § 55 BO Oberägeri über die Reservebauzonen deckt sich inhaltlich mit der Bestimmung von § 23 PBG. In Art. 55 Abs. 2 BO Oberägeri ist festgehalten, dass die Reservebauzonen vom Gemeinderat zur Erschliessung und Überbauung freigegeben werden und dass vom Gemeinderat beschlossene Freigaben im Amtsblatt zu publizieren sind.

b) Die Bestimmungen von § 39 ff. PBG, auf die sich die Beschwerdeführer berufen, gelangen zur Anwendung, wenn gemeindliche Bauvorschriften, Zonen- oder Bebauungspläne erlassen, geändert oder aufgehoben werden sollen. Im vorliegenden Fall wird kein Grundstück eingezont oder umgezont und es sollen auch keine gemeindlichen Bauvorschriften geändert werden. Die Situation ist viel mehr die, dass die fragliche Teilfläche des GS Nr. ... bereits der Reservebauzone W3 zugewiesen ist, die eine rechtsgültige Bauzone ist. Diese Zonierung ist rechtskräftig und kann nicht mehr in Frage gestellt werden. Folglich ist für die Freigabe der Reservebauzone auch kein formelles Verfahren im Sinne von § 39 ff. PBG durchzuführen mit der Konsequenz, dass die Nachbarn in einem solchen Verfahren wieder von den Rechtsschutzmöglichkeiten Gebrauch machen könnten. Müsste für die Umwandlung einer Reservebauzone in eine definitive Bauzone ein eigentliches Ein- oder Umzonungsverfahren durchgeführt werden, so wäre eine solche Regelung bundesrechtswidrig (BGE 118 Ia 172, 116 Ia 331, 112 Ia 158 ff.). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Für die Freigabe der Reservebauzone ist aufgrund der geltenden Regelung allein der Gemeinderat zuständig, wobei die Voraussetzungen von Art. 55 bzw. Art. 27 BO Oberägeri erfüllt sein müssen.

c) Aufgrund der vorstehenden Ausführungen steht fest, dass für die Freigabe der Reservebauzone kein formelles Verfahren durchgeführt werden muss.

2.2 Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, dass der Entscheid der Vorinstanz über die Freigabe der Reservebauzone von ihnen auch dann angefochten werden kann, wenn kein formelles Verfahren im Sinne von § 39 ff. PBG durchgeführt werden muss.

Gemäss § 39 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG, BGS 162.1) können mit der Verwaltungsbeschwerde alle Entscheide unterer Verwaltungsbehörden angefochten werden, sofern die Weiterzugsmöglichkeit nicht durch besondere Vorschrift ausdrücklich ausgeschlossen ist. Beschwerden gegen Entscheide des Gemeinderates sind an den Regierungsrat zu richten (§ 40 VRG). Damit eine Verwaltungsbeschwerde erhoben werden kann, muss somit ein Anfechtungsobjekt in Form eines Entscheides vorliegen. In VRG wird dieser Begriff wie folgt definiert (§ 4): «Als Entscheid im Sinne dieses Gesetzes gelten Anordnungen und Feststellungen der diesem Gesetz unterstellten Verwaltungsbehörden mit hoheitlicher Wirkung sowie Urteile des Verwaltungsgerichtes.» In der Rechtsprechung wird unter einem Entscheid bzw. unter einer Verfügung ein individueller, an den einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird, verstanden (BGE 121 II 473, 477). Bei der Form und Eröffnung eines Entscheides sind die gesetzlichen Vorschriften von § 19 ff. VRG zu beachten. Danach muss ein Entscheid schriftlich ausgefertigt und als solcher bezeichnet sowie mit einer Begründung und einer Rechtsmittel-

belehrung versehen den Parteien zugestellt werden. Hinsichtlich der Beschwerdelegitimation gilt, das zur Verwaltungsbeschwerde berechtigt ist, wer durch einen Entscheid in seiner Rechtstellung betroffen ist (§ 41 Abs. 1 VRG).

Wendet man die soeben dargelegten Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so folgt daraus, dass es sich bei der Freigabe der Reservebauzone um einen Entscheid im Sinne von § 4 VRG handelt, der von den Beschwerdeführern angefochten werden kann. Mit der Freigabe der Reservebauzone ändert der planungs- bzw. erschliessungsrechtliche Zustand der in der Reservebauzone W3 gelegenen Teilfläche von GS Nr. Mit diesem Entscheid kann die Landfläche überbaut werden, weil das Baugebiet aus der Sicht des Gemeinderates als erschlossen gilt. Von diesem Entscheid sind nicht nur der Landeigentümer und die Bauherrschaft betroffen, sondern auch die Nachbarn. Ihnen muss deshalb die Möglichkeit geboten werden, dass sie mit einem Rechtsmittel den Einwand vorbringen können, die Baureife sei nicht gewährleistet und die Reservebauzone sei somit zu Unrecht freigegeben worden. Aus diesem Grund ist die von den Beschwerdeführern eingereichte Beschwerde entgegenzunehmen und es ist darauf einzutreten. Obwohl der angefochtene Entscheid nicht den Formvorschriften des VRG entsprach und auch mit keiner Rechtsmittelbelehrung versehen war, haben die Beschwerdeführer ihre Eingabe form- und fristgerecht eingereicht (§§ 43 und 44 VRG). Die Beschwerdeführer sind als Nachbarn vom angefochtenen Entscheid betroffen. Ihre Beschwerdelegitimation im Sinne von § 41 VRG ist deshalb gegeben. Mit der Verwaltungsbeschwerde wird der Regierungsrat verpflichtet, den angefochtenen Entscheid zu überprüfen und in der Sache neu zu entscheiden (§ 39 VRG).

Aus dem Gesagten folgt, dass der Entscheid über die Freigabe der Reservebauzone von den Beschwerdeführern angefochten werden kann. Auf ihre Beschwerde ist deshalb einzutreten.

Regierungsrat, 15. April 2003

Art. 9 Abs. 2 lit. d, Art. 11 Abs. 2 und Art. 44a USG, Art. 18 LRV, Ziff. 11.4 Anhang zur UVPV; § 2 Abs. 1 lit. b V EG USG; § 6 Parkplatzplatzreglement der Stadt Zug - Anforderungen an die Umweltverträglichkeit einer Parkieranlage in einem Bebauungsplangebiet

Aus den Erwägungen:

2. Der Beschwerdeführer macht zur Begründung seiner Eingabe geltend, es fehle eine fundierte Begründung, weshalb 290 Parkplätze gemäss gültigem Bebauungsplan nicht genügen sollten. Obwohl sich das Kistenfabrikareal in einem lufthygienischen Massnahmenplangebiet befinde, fehle eine Beschränkung der Jahresfahrtenzahl auf 400'000. Damit werde eidgenössisches Umweltrecht verletzt. Ausserdem sei die Parkplatzberechnung nicht gemäss gültigem Parkplatzreglement der Stadt Zug durchgeführt worden. Die auf Ende 2004 geplante Eröffnung der Stadtbahn mit eigener Haltestelle beim Areal Kistenfabrik sei sowohl im Umweltverträglichkeitsbericht als auch im revidierten Bebauungsplan unzureichend berücksichtigt. Des Weiteren würden im Bebauungsplan Massnahmen zur Parkplatzbewirtschaftung und Steuerung des Fahrtenaufkommens fehlen.

Strittig ist im vorliegenden Fall im Wesentlichen, ob gestützt auf das Bundesumweltrecht und den kantonalen Massnahmenplan Luftreinhaltung die Zahl der für das Bebauungsplangebiet zulässigen Parkplätze zu reduzieren ist, obwohl das Parkplatzreglement der Stadt Zug vom 26. Juni 2001 (Parkplatzreglement) keine Reduktion aus lufthygienischen Gründen vorsieht.

Der vom Grossen Gemeinderat der Stadt Zug verabschiedete Bebauungsplan Kistenfabrik sieht eine Parkieranlage mit insgesamt 400 Parkplätzen vor. Es handelt sich dabei um eine stationäre Anlage im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. a und d Luftreinhalteverordnung vom 16. Dezember 1985 (LRV; SR 814.318.142.1). Mit den oberirdischen Parkplätzen und den Zufahrten stellt das Vorhaben eine einheitliche Anlage im Sinne von Art. 7 Abs. 7 Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (USG; SR 814.01) dar, deren Einwirkungen gesamthaft zu beurteilen sind. Dabei sind alle Emissionen zu berücksichtigen, die durch die bestimmungsgemässe Nutzung der Anlage verursacht werden. Hierzu zählen vorliegend die von den Bewohnern, Beschäftigten, Besuchern und Kunden verursachten Verkehrsemissionen. Die Emissionen sind im Rahmen der Vorsorge so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich sowie wirtschaftlich tragbar ist (Art. 11 Abs. 2 USG, Art. 18 LRV). Steht fest oder ist zu erwarten, dass übermässige Luftverunreinigungen auftreten, und werden diese nicht nur durch eine einzelne Anlage verursacht, so erstellt die Behörde einen Plan der Massnahmen, die zur Verminderung oder Beseitigung der übermässigen Immissionen nötig sind (Art. 44a USG).

Es ist unbestritten, dass die Immissionsgrenzwerte gemäss Anhang 7 LRV für Stickstoffdioxid entlang von Hauptverkehrsachsen und in den in-

nerstädtischen Gebieten sowie für Ozon im gesamten Kanton Zug, also auch im Bereich des Areals der Kistenfabrik, bereits heute deutlich überschritten sind und dass diese Luftbelastung in erster Linie auf den motorisierten Verkehr zurückzuführen ist. Verursachen mehrere Quellen zusammen schädliche oder lästige Luftverunreinigungen, verpflichtet Art. 44a Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (USG; SR 814.01) die zuständige Behörde zur Erstellung eines Plans der Massnahmen, die zur Verminderung oder Beseitigung dieser schädlichen oder lästigen Luftverunreinigungen innert angesetzter Frist betragen. Der Regierungsrat ist für den Erlass dieses Massnahmenplans zuständig (§ 12 Abs. 1 Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 29. Januar 1998, EG USG, BGS 811.1). Er hat am 11. Juni 1990, aktualisiert am 4. Juli 2000, einen kantonalen Massnahmenplan erlassen. Das Bebauungsplangebiet befindet sich in diesem lufthygienischen Massnahmenplangebiet, in dem Massnahmen zur Verminderung bzw. Beseitigung der übermässigen Immissionen getroffen werden müssen. Insbesondere die Massnahme Nr. 5 verlangt die Reduktion des motorisierten individuellen Pendlerverkehrs zugunsten des öffentlichen Verkehrs bzw. des sogenannten Langsamverkehrs, d.h. Velo und Fussgänger. Dazu soll die Attraktivität des öffentlichen bzw. des Langsamverkehrs gesteigert werden (Massnahme Nr. 5 gemäss Bericht «Massnahmenplan Luftreinhaltung des Kantons Zug»). Im Zentralschweizer Massnahmenplan selbst finden sich keine einzelnen Anordnungen, welche den ruhenden Verkehr betreffen, wohl aber solche für den rollenden und insbesondere für dessen Verflüssigung.

3. Massnahmenpläne sind für die Behörden verbindlich, die von den Kantonen mit Vollzugsaufgaben betraut sind. Zu unterscheiden sind Massnahmen, die unmittelbar angeordnet werden können, und solche, für welche die rechtlichen Grundlagen noch zu schaffen sind (Art. 44a Abs. 2 USG). Diese Bestimmung erklärt anders als im Falle der Richtpläne nach Art. 9 Abs. 1 Raumplanungsgesetz vom 22. Juni 1979 (RPG; SR 700) den Massnahmenplan nicht einfach für behördenverbindlich, sondern lediglich verbindlich für jene Behörden, die das kantonale Recht mit Vollzugsaufgaben betraut hat. Dies sind die kantonalen und kommunalen Exekutiven. Die Legislativen der Kantone und der Gemeinden fallen als Behörde in diesem Sinne jeweils ausser Betracht. (Loretan, Kommentar USG, Zürich 1998, N 52 zu Art. 44a).

Die Gemeinden sind zur Anordnung der in ihren Kompetenzbereich fallenden vorsorgenden Massnahmen gehalten. Der in der Umweltschutzgesetzgebung des Bundes enthaltene Auftrag an die Kantone zur Sanierung der Umwelt richtet sich nicht nur an die kantonalen Behörden. Wenn das kantonale Recht den Gemeinden Autonomie einräumt, dispensiert dies nicht von der Erfüllung der vom Bund übertragenen Aufgaben. Soweit daher der Massnahmenplan Anordnungen vorsieht, die gemäss kantonalem Recht in den Zuständigkeitsbereich der Gemeinden fallen, sind die Gemeindebehörden von Bundesrechts wegen verpflichtet, sie zu verwirklichen. Im

autonomen Tätigkeitsbereich der Gemeinden muss allerdings der Massnahmenplan die Autonomie insoweit respektieren, als den Gemeindebehörden ein genügend grosser Ermessensspielraum eingeräumt wird. Selbst wenn die Gemeindeautonomie in dieser Weise auch durch den Massnahmenplan respektiert wird, ist nicht auszuschliessen, dass die Gemeinden vorgesehene Massnahmen nicht verwirklichen. Anordnungen, welche vom Gemeindeparlament zu erlassen sind, unterliegen in gleicher Weise dem politischen Prozess wie auf kantonaler Ebene. Es besteht daher das Risiko der Ablehnung einer gemäss Massnahmenplan erforderlichen Massnahme. Immerhin verpflichtet der Massnahmenplan die Gemeindeexekutive, die in den Kompetenzbereich der Gemeinde fallenden Massnahmen zu prüfen und dem Parlament entsprechend Antrag zu stellen. Erweist es sich, dass eine Gemeinde nicht willens oder in der Lage ist, die im Massnahmenplan vorgesehenen Anordnungen innert nützlicher Frist zu treffen, so muss der kantonale Gesetzgeber dem Regierungsrat die Möglichkeit zur Ersatzvornahme gewähren (Jaag, Der Massnahmenplan gemäss Art 31 der Luftreinhalteverordnung, in URP 1990, S. 144 f.).

Der Grosse Gemeinderat hat mit dem Bebauungsplan nicht nur eine Erhöhung der Parkplatzzahl von 290 auf 400 beschlossen. Er hat im Wesentlichen dieselben Massnahmen für die Parkplatzbewirtschaftung und die Steuerung des Fahrtenaufkommens festgelegt, wie sie im Sondernutzungsplan Landis & Gyr / SBB-West festgelegt sind. Namentlich die Bestimmungen des Bebauungsplanes Kistenfabrik äussern sich in den Abschnitten «Grundsatz», «Verteilung», «Zuteilung», «Mobilitätsmanagement», «Abendspitzenstunde» sowie «Morgenspitzenstunde» zu dieser Problematik. Es stellt sich also heraus, dass der Grosse Gemeinderat bei seinem Beschluss sehr wohl die Vorgaben des Massnahmenplans beachtet hat und mit den Bestimmungen den individuellen Pendlerverkehr durch Umlagerung zum öffentlichen Verkehr bzw. zum sogenannten Langsamverkehr vermindern will. Er bewegt sich damit innerhalb seines Ermessensspielraums.

In der Folge bedarf der Aspekt der Umweltverträglichkeit einer näheren Prüfung.

4. Der Grosse Gemeinderat verabschiedete am 12. November 2002 den Bebauungsplan Kistenfabrik samt Änderung der Parkierung und Verkehrssteuerung. Gleichzeitig stimmte er einer Erhöhung der Parkplätze von 290 auf 400 zu.

Für Parkhäuser und -plätze für mehr als 300 Motorwagen muss gemäss Ziff. 11.4 Anhang zur Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung vom 19. Oktober 1988 (UVPV; SR 814.011) die Umweltverträglichkeit geprüft werden. Das Gesetz hat die UVP nicht als eigenständiges Bewilligungsverfahren ausgestaltet. Deshalb muss die Verordnung für die Integration der UVP im vorgegebenen Verfahren sorgen. Das massgebliche Verfahren, in dem die UVP für Parkhäuser und -plätze zu erfolgen hat, ist durch das kan-

tonale Recht zu bestimmen (Ziff. 11.4 Anhang zur UVPV). Gemäss § 2 Abs. 1 lit. b Verordnung zum Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 5. Mai 1998 (V EG USG) ist jeweils das Baubewilligungsverfahren das massgebliche Verfahren zur Prüfung der Umweltverträglichkeit. Ist jedoch für bestimmte Anlagen eine Sondernutzungsplanung vorgesehen bzw. wird dafür ein Bebauungsplan erlassen, gilt dieses Verfahren als das massgebliche, wenn eine umfassende Prüfung möglich ist (Art. 5 Abs. 3 UVPV). Eine solche Planfestsetzung setzt eine umfassende Interessenabwägung voraus, in welche alle Umweltauswirkungen des Vorhabens zwingend einzubeziehen sind. Aus diesem Grund ist die UVP in diesem Stadium und nicht erst im nachfolgenden Baubewilligungsverfahren durchzuführen.

Der Grosse Gemeinderat hat am 12. November 2002 u.a. folgendes beschlossen: «Der Bebauungsplan Kistenfabrik, Änderung der Parkierung und Verkehrssteuerung, Plan Nr. 7049, inkl. Umweltverträglichkeitsbericht, wird in Kenntnis des nicht berücksichtigten kantonalen Vorprüfungsvorbehalts (Beschränkung der Jahresfahrtenzahl) festgesetzt.» An sich hätte der Grosse Gemeinderat mit dem Beschluss der Bebauungsplanänderung gleichzeitig die Umweltverträglichkeit prüfen müssen. Dieser Prüfung dienen die Planunterlagen, der von der Gesuchstellerin erarbeitete Umweltverträglichkeitsbericht (UVB) sowie die Beurteilung des UVB des Amtes für Umweltschutz lediglich als Grundlagen. Als Resultat dieser Prüfung hätte der Grosse Gemeinderat die Umweltverträglichkeit der Bebauungsplanänderung feststellen müssen. Dies hat er jedoch in seinem Beschluss nicht getan. Er hat lediglich den Umweltverträglichkeitsbericht, d.h. eine von verschiedenen Grundlagen zur Durchführung der Umweltverträglichkeitsprüfung, festgesetzt. Trotz dieser Formulierung im Dispositiv des Beschlusses kann wohl davon ausgegangen werden, dass der Grosse Gemeinderat materiell die Prüfung durchgeführt und die Umweltverträglichkeit der Bebauungsplanänderung festgestellt hat. Dies geht aus den Materialien und den Diskussionen hervor, an denen auch die kantonale Verwaltung beteiligt war. Es kann also davon ausgegangen werden, dass es sich bei der Ziff. 1 des Beschlusses insofern um einen Verschieb handelt, wonach der Grosse Gemeinderat den Umweltverträglichkeitsbericht festsetzte. Der Beschluss macht in diesem Umfang keinen Sinn. Der Grosse Gemeinderat wollte also in Ziff. 1 des Dispositives etwas anderes beschliessen, als er niedergeschrieben hat. Dabei handelt es sich um einen offensichtlichen Schreibfehler (Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1976, Nr. 44 B III.). Der Grosse Gemeinderat hat eindeutig die Umweltverträglichkeit der Bebauungsplanänderung festgestellt.

Es stellt sich nachfolgend die Frage, ob der Grosse Gemeinderat die Erhöhung der Parkplatzzahl samt den Massnahmen zur Verringerung des Fahrtenaufkommens zu Recht als umweltverträglich beurteilt hat und ob die Erschliessung des Areals der Kistenfabrik zweckmässig ist.

5. Das 21'800 m² grosse Areal der ehemaligen Kistenfabrik liegt in der Wohn- und Gewerbezone WG5 mit einer Ausnutzungsziffer von 1.7 und einem Wohnanteil von 50%. Gemäss Bebauungsplan können ca. 36'000 m² anrechenbare Geschossfläche, rund 17'950 m² für das Wohnen und ca. 18'030 m² für Dienstleistung und Gewerbe, sowie 400 Parkplätze gebaut werden.

a) Auch wenn einzuräumen ist, dass die Sondernutzungsplanung im Vergleich zur Polizeibewilligung zusätzliche Spielräume für die Vorgabe von Interessenabwägungen eröffnet, sorgt Art. 9 Abs. 2 lit. d USG ganz allgemein und mit Wirkung für Polizeibewilligungen für einen nicht zu unterschätzenden Entscheidungsspielraum. Es ist nämlich bei jedem Vorhaben zu klären, ob eine weitere Verminderung der Umweltbelastung möglich ist (Art. 9 Abs. 2 lit. d USG). Das USG verlangt ausserdem, dass der Umweltverträglichkeitsbericht Aufschluss über die Massnahmen gibt, welche eine weitere Verminderung der Umweltbelastung ermöglichen, sowie deren Kosten dafür (Art. 9 Abs. 2 lit. b USG). Damit verfolgt es die gleiche Idee wie das aktive Konzept der optimalen Technologie, das seinerseits eng mit dem Vorsorgeprinzip gemäss Art. 1 Abs. 2 USG zusammenhängt. Die Bauherrschaft wird damit verpflichtet, weitere in Betracht fallende Massnahmen bekanntzugeben. Sei es, dass diese Massnahmen im Verlauf der Projektierung der Anlage, etwa aus Kostengründen, verworfen worden sind, oder sei es, dass sie zwar nicht näher geprüft worden sind, aber immerhin denkbar erscheinen (BGE vom 28. April 2000, in URP 2000, 697 f.). Der Behörde sollen damit bestmögliche Grundlagen für einen fundierten Entscheid zur Verfügung gestellt werden. Die Massnahmen, die eine weitere Verminderung der Umweltbelastung ermöglichen (Art. 9 Abs. 2 lit. d USG), sind nicht nur Gegenstand des Umweltverträglichkeitsberichts, sondern ebenfalls Gegenstand der Beurteilung durch die kantonale Umweltfachstelle, der Prüfung durch die Entscheidbehörde sowie des Entscheides. Bezüglich des Immissionsschutzes folgt daraus, dass die entscheidende Behörde im Rahmen der Vorsorge in jedem Fall zu prüfen hat, ob die Emissionsbegrenzungen so weit gehen, wie dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (Art. 11 Abs. 2 USG; BGE 118 Ib 604). Diese Prüfung erfolgt unabhängig davon, ob dieser Emissionsbegrenzungsgrundsatz auf Verordnungsstufe, wie namentlich in Art. 3 und in den Anhängen 1 bis 4 LRV, eine teilweise Festschreibung erfahren hat, deren Anpassung an Fortschritte der Umwelttechnik normalerweise eine entsprechende Verordnungsänderung voraussetzen würde. Als eigenständige, speziell für das UVP-Verfahren statuierte Gesetzesbestimmung verlangt Art. 9 Abs. 2 lit. d USG, dass für UVP-Vorhaben jeweils auf der Grundlage des aktuellen Standes der Technik geklärt wird, ob das Projekt die optimale Technologie repräsentiert und demzufolge umweltverträglich ist (Rausch/Keller, Kommentar USG, N 86 zu Art. 9).

b) In der Regelbauweise könnten auf dem Areal der Kistenfabrik gemäss § 6 Parkplatzreglement der Stadt Zug vom 26. Juni 2001 (Parkplatzreglement) insgesamt 498 Parkplätze realisiert werden. Diese Bestimmung geht

von einem Grenzbedarf von einem Bewohnerparkplatz pro 100 m² anrechenbare Geschossfläche bzw. einem Beschäftigtenparkplatz pro 80 m² anrechenbare Geschossfläche für Dienstleistung und Werkstätten aus. Pro 1'000 m² anrechenbare Geschossfläche für Wohnen steht der Bauherrschaft ein Besucherparkplatz bzw. pro 1'000 m² anrechenbare Geschossfläche für Dienstleistung und Werkstätten ein Kundenparkplatz zu. Der effektive Bedarf an Abstellplätzen ist der prozentuale Anteil am Grenzbedarf. Er richtet sich nach dem Mass der Erschliessung durch öffentliche Verkehrsmittel (§ 7 Abs. 1 Parkplatzreglement). Das Parkplatzreglement teilt die Bauzonen der Stadt Zug nach dem Mass der Erschliessung durch die öffentlichen Verkehrsmittel in die Zonen A und B ein. Das Areal der Kistenfabrik ist der Zentrumszone A zugewiesen. In dieser Zone bewegen sich die Zahl der Abstellplätze für Bewohner zwischen 20% und 100% des Grenzbedarfs, der Abstellplätze für Beschäftigte und Personal zwischen 10% und 100% sowie der Abstellplätze für Besucher und Kunden zwischen 20% und 100% (§ 7 Abs. 3 Parkplatzreglement). Die Bauherrschaft kann die Parkplatzzahl innerhalb der Minimal- und Maximalwerte frei bestimmen (§ 7 Abs. 4 Parkplatzreglement). Gemäss Parkplatzreglement könnte also die Bauherrschaft nicht gezwungen werden, den errechneten Grenzbedarf herabzusetzen. Sie hätte also Anspruch auf Bewilligung von 498 Parkplätzen. Das Parkplatzreglement vermag beim UVP-pflichtigen Bebauungsplan Kistenfabrik in diesem Umfang den Anforderungen des Immissionsschutzes nicht gerecht zu werden. Die Entscheidbehörde ist verpflichtet, bei der Emissionsbegrenzungen so weit zu gehen, wie dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (Art. 11 Abs. 2 USG; BGE 118 Ib 604). Diesem Gedanken trägt das Parkplatzreglement insbesondere mit der auf Freiwilligkeit der Bauherrschaft fussenden Reduktion der Parkplatzzahl beim Vorhaben, das speziell auf seine Umweltverträglichkeit zu prüfen ist, nicht Rechnung. Das Parkplatzreglement mag bei der Berechnung von Parkplätzen bei Einzelbebauungen wohl noch zu genügen, was auch die Genehmigung des Reglementes durch den Regierungsrat zeigt (RRB vom 19. Februar 2002). Dagegen sprengt ein UVP-pflichtiger Bebauungsplan für eine Grossüberbauung dessen Rahmen. Im Bebauungsplanverfahren ist zu prüfen, ob das UVP-pflichtige Vorhaben gestützt auf der Grundlage des aktuellen Standes der Technik die optimale Technologie repräsentiert. Dafür stehen der Entscheidbehörde namentlich die Reduktion der Parkplatzzahl, die Parkplatzbewirtschaftung oder ein Fahrtenmodell zur Verfügung (BGE vom 5. September 2001 i.S. M.D., E 2e). Die Bauherrschaft muss es hinnehmen, dass bei Anlagen, die der UVP unterworfen sind, ein strengerer Massstab gilt.

c) Selbst die Bauherrschaft hat sich deshalb bei der Ausarbeitung ihres Verkehrsgutachtens zu Recht nicht am städtischen Parkplatzreglement orientiert. Die Verfasser des Gutachtens, welches dem Umweltverträglichkeitsbericht zu Grunde liegt, haben den Parkplatzbedarf mit Hilfe der Norm SN 640 290 der Vereinigung Schweizer Strassenfachleute (VSS) «Parkieren:

Grenzbedarf, reduzierter Bedarf, Angebot» ermittelt. Dabei fassen ihre Berechnungen auf einer ÖV-Erschliessung der Güteklasse B. Die Gutachter weisen einen Bedarf von minimal 392 und maximal 477 Parkplätzen aus. Sie rechneten dabei mit einem Grenzbedarf von 185 Parkplätzen für die 140 Wohnungen und mit einer Fläche pro Arbeitsplatz von 28.5 m². Das Amt für Umweltschutz ist bei seinen Berechnungen im Rahmen der Beurteilung des Umweltverträglichkeitsberichtes gestützt auf dieselbe VSS-Norm von lediglich einem Parkplatz pro Wohnung ausgegangen. Das macht bei 140 Wohnungen nur 140 und nicht 185 Parkplätze. Des Weiteren gibt die Norm die Fläche pro Arbeitsplatz für Dienstleistungsbetriebe mit 25 m² bis 35 m² an. Auch hier ging das Amt für Umweltschutz bei seiner Beurteilung von einer Fläche pro Arbeitsplatz von durchschnittlich 30 m² und nicht von 28.5 m² aus. Berücksichtigt man diese Korrekturen, steht ein minimaler Bedarf der Gesuchsteller von 392 einem minimalen Parkplatzbedarf des Amtes für Umweltschutz von 348 Parkgeegenüber. Bei dieser Ermittlung ist nur die ÖV-Erschliessung der Güteklasse B berücksichtigt worden. Es fehlen also noch die Korrekturfaktoren «Belastbarkeit des Strassennetzes» (Ziff. 15 VSS Norm SN 640 290; vgl. nachfolgend unter aa) und «Belastbarkeit der Umwelt» (Ziff 16 VSS Norm SN 640 290; vgl. nachfolgend unter bb).

aa) Bezüglich der Festlegung des Parkplatzangebotes ist namentlich die Belastbarkeit des Strassennetzes massgebend. Ginge das Angebot über die Strassenkapazität hinaus, würden sich wegen Verkehrsstaus zusätzliche Emissionen ergeben. Anzahl und Nutzung der Parkfelder (= Grundlage für die Verkehrserzeugung) sind daher auch auf den örtlich und zeitlich verfügbaren Anteil an Reserve der Leistungsfähigkeit bzw. Belastbarkeit des Strassennetzes abzustimmen. Der Verkehr, der durch die Parkfelder erzeugt wird, kann mit Hilfe der Richtwerte für die Bestimmung des Grenzbedarfs an Parkfeldern und der Beilage zur Norm SN 640 290 abgeschätzt werden. Dieser Verkehr und der übrige Strassenverkehr dürfen zusammen an keiner Stelle des Strassennetzes grösser sein als seine Leistungsfähigkeit bzw. deren Belastbarkeit. Übersteigt die Gesamtbelastung die Leistungsfähigkeit oder die Belastbarkeit, so sind z.B. folgende Massnahmen zu prüfen:

Verlegung der Zu- und Wegfahrten (im Extremfall Wahl eines neuen Standortes); Verbesserung der Erschliessung durch den öffentlichen Verkehr (Ersatzleistung); Verringerung des übrigen Strassenverkehrs (z.B. Umleitung des Durchgangsverkehrs, Verkehrsberuhigung); Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Strassennetzes (bauliche und verkehrslenkende Massnahmen); Änderung der Zuteilung der Parkfelder an bestimmte Benutzergruppen; Erhöhung der Belastbarkeit (z.B. Umzonung); Änderung der vorgesehenen Flächennutzungen im Projektgebiet.

Diese Massnahmen können einzeln oder in Kombination angewendet werden. Zu ihrer Prüfung sind meistens umfassende Verkehrsuntersuchungen nötig.

Die vom Grossen Gemeinderat zugelassenen 400 Parkplätze des Areals Kistenfabrik verursachen gemäss Verkehrsgutachten in der Spitzenstunde rund 180, an einem durchschnittlichen Tag 1'280 Fahrten. Der Bebauungsplan Kistenfabrik sieht vor, dass die geplanten Überbauungen der Areale Zeughaus und Untermühle ebenfalls über das Areal Kistenfabrik an die Baarerstrasse angeschlossen werden. Damit steht fest, dass in diesem Bereich kein weiterer Anschluss an die Baarerstrasse gebaut wird. Dies wäre ausserdem aufgrund der Verkehrsbelastung der Baarerstrasse auch nicht mehr möglich. Die Erschliessungsfläche für die Areale Zeughaus und Untermühle ist heute bereits im Bebauungsplan Kistenfabrik ausgewiesen. Das Verkehrsgutachten der Bauherrschaft weist aus, dass alle drei Areale zusammen in der Spitzenstunde zu zirka 460, an einem durchschnittlichen Tag zu rund 3'370 Fahrten führen werden. Gleichzeitig zeigt es, dass sich infolge des zukünftigen Verkehrsaufkommens aus den drei Arealen bei der Ausfahrt in die Baarerstrasse ein Rückstau bilden wird, der länger als der Ausfahrtsbereich sein wird. Um die ebenfalls zu erwartenden Behinderungen auf der Baarerstrasse zu vermeiden, muss mittels Lichtsignalsteuerung sichergestellt werden, dass der Verkehr aus der Baarerstrasse bevorzugt in das Areal Kistenfabrik einfahren kann. Dementsprechend müssen die Ausfahrten aus dem Areal zurückgehalten werden. Nur mit einer solchen Massnahme können die Funktionstüchtigkeit der Baarerstrasse sowie die Flüssigkeit des Verkehrs auf der Kantonsstrasse gewährleistet werden. Es ist also mit grossen Einschränkungen in Bezug auf das ungehinderte Ausfahren zu rechnen. Vor allem in der Abendspitzenstunde ist mit längeren Wartezeiten innerhalb des Areals zu rechnen.

Das Verkehrsgutachten gibt zwar die maximale Knotenbelastung für die Ein- und Ausfahrt nicht an. Die aktuellen Verkehrsbeobachtungen zeigen jedoch, dass bereits heute die Verkehrsbelastung mit den bisher bewilligten 290 Parkplätzen in Spitzenzeiten im Bereich der maximalen Knotenbelastung liegen.

bb) Für die Festlegung des Parkplatzangebotes ist des Weiteren die Belastbarkeit der Umwelt massgebend. Relevant sind insbesondere die Immissionsgrenzwerte der Luftreinhaltung und des Lärmschutzes, welche unter Umständen eine Änderung der vorgesehenen Bodennutzung bedingen können. Für grössere Parkieranlagen sind spezielle Untersuchungen über die Auswirkung auf die Umwelt erforderlich. Übersteigt die Gesamtbelastung die Belastbarkeit der Umwelt, so sind z.B. folgende Massnahmen zu prüfen:

Verbesserung der Erschliessung durch den öffentlichen Verkehr Anpassung der Parkplatzbewirtschaftung Schallschutzmassnahmen

Der Anteil des Projektes an den Verkehrsemissionen der Baarer-/Zugerstrasse beträgt bei 400 Parkplätzen ohne den Bau der Nordzufahrt rund 3%, nach der Eröffnung der Nordzufahrt – durch die Verkehrsabnahme auf der

Baarerstrasse – zirka 4%. Werden zusammen mit den Arealen Zeughaus und Untermühle die insgesamt geplanten 1053 Parkplätze in diesem Gebiet in Betrieb genommen, werden die Zusatzbelastungen rund 8% ohne Nordzufahrt bzw. zirka 12% nach der Eröffnung der Nordzufahrt betragen. Mit den aktuell bewilligten 290 Parkplätzen reduzieren sich diese Zusatzbelastungen proportional zur Anzahl Parkplätze um rund 25%. Grundsätzlich sind es aber nicht die Parkplätze, welche Verkehrsemissionen oder -behinderungen verursachen. Es sind vielmehr die von diesen Parkplätzen ausgehenden Fahrten. Sie sind aufgrund der Umweltsituation sowie der Belastung des Verkehrsnetzes zu beschränken. Dafür bieten sich die Steuerung des Fahrtenaufkommens sowie die im Bebauungsplan vorgesehene Parkplatzbewirtschaftung an. Von einer Parkieranlage mit 400 Parkplätzen gehen unbestrittenermassen überdurchschnittliche Emissionen aus. Um diese Emissionen auf ein vernünftiges, umweltverträgliches Niveau zu senken, müssen emissionsmindernde Massnahmen im Rahmen des Sondernutzungsplanverfahrens angeordnet werden (vgl. URP 2001, S. 938 ff., insbesondere 939). Mit den bisher bewilligten 290 Parkplätzen gehen vom Areal Kistenfabrik gemäss Verkehrsdaten UVP rund 934 Fahrten pro Tag aus. Bei 400 Parkplätzen verursacht das Areal Kistenfabrik pro Tag 1'280 Fahrten. Trotz der hohen Luftbelastung sowie der starken verkehrlichen Belastung können 400 Parkplätze zugelassen werden. Es ist aber gleichzeitig zu gewährleisten, dass der Betrieb dieser Parkieranlage nicht mehr als jenes Verkehrsvolumen (rund 934 Fahrten pro Tag) erzeugt, wie die bis heute bewilligten 290 Parkplätze ohne Bewirtschaftung. Dies ist nur möglich, wenn das durchschnittliche tägliche Verkehrsaufkommen (DTV) vom und zum Areal Kistenfabrik auf demselben Niveau, d.h. auf durchschnittlich total rund 1'000 Fahrten pro Tag beschränkt wird. Dies würde im Jahr rund 365'000 Fahrten entsprechen. Im Rahmen der Vorprüfung ist die Baudirektion der Stadt und der Bauherrschaft unter Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit entgegengekommen und hat diese Jahresfahrtenzahl auf 420'000 erhöht. Diese Festlegung entspricht einer Beschränkung der täglichen Fahrten vom und zum Areal Kistenfabrik auf durchschnittlich 1'150 Fahrten pro Tag. Sie liegt im Wesentlichen im Mittel der Fahrten, welche bei 290 (934 Fahrten/Tag) und bei 400 Parkplätzen (1'280 Fahrten/Tag) erzeugt werden. Diese Beschränkung der Jahresfahrten auf 420'000 ist technisch und betrieblich möglich. Da sie auch verhältnismässig und wirtschaftlich tragbar ist, wird dem Vorsorgeprinzip damit Rechnung getragen. Nur mit dieser Beschränkung der Jahresfahrtenzahl kann die Erhöhung von 290 auf 400 Parkplätze als umweltverträglich betrachtet werden.

Diese Jahresfahrtenzahlbeschränkung muss aber nicht sofort eingeführt werden. Mit der Inbetriebnahme der Stadtbahn findet auf Ende 2004 eine wesentliche Erhöhung des Angebotes des öffentlichen Verkehrs statt. Die Stadtbahn wird ausserdem beim Areal Kistenfabrik eine Haltestelle aufweisen. Es ist deshalb gerechtfertigt und verhältnismässig, der Bauherrschaft für

die Einführung der Jahresfahrtenzahlbeschränkung von 420'000 eine Frist bis 1. Januar 2005 einzuräumen.

Die Beschwerde ist in diesem Umfang gutzuheissen. Die Genehmigung des Bebauungsplanes ist deshalb zusätzlich mit der Auflage zu versehen, dass das Verkehrsaufkommen vom und zum Areal Kistenfabrik ab 1. Januar 2005 auf total 420'000 Fahrten pro Jahr zu beschränken ist. Nur mit dieser Auflage ist die vorliegende Bebauungsplanänderung umweltverträglich und nur damit kann die Erschliessung des Kistenfabrikareals als zweckmässig erachtet werden. Weitere Modalitäten sowie das periodische Erbringen der Erfolgskontrolle wird die zuständige Behörde in die Baubewilligung aufnehmen müssen.

6. Der Beschwerdeführer rügt des Weiteren, dass für das Projekt eine Begründung fehle. Die auf Ende 2004 geplante Eröffnung der Stadtbahn mit eigener Haltestelle beim Areal Kistenfabrik sei sowohl im Umweltverträglichkeitsbericht als auch im revidierten Bebauungsplan unzureichend berücksichtigt. Im Bebauungsplan fehlten Massnahmen zur Parkplatzbewirtschaftung und Steuerung des Fahrtenaufkommens. Wenn entlang der Baarerstrasse laufend neue Überbauungen ohne umweltverträgliches Parkplatz- und Mobilitätsmanagement entstünden, könne die Baarerstrasse nicht abklassiert werden.

Weder bedürfen private, nicht konzessionierte Bauvorhaben einer Begründung (Art. 9 Abs. 4 USG), noch fehlen im Bebauungsplan Massnahmen zur Parkplatzbewirtschaftung und Steuerung des Verkehrsaufkommens. Im Gegenteil: Der Bebauungsplan widmet sich in den Bestimmungen ausführlich diesem Themenbereich. Der Zuweisung des Areals aufgrund der Erschliessungsqualität durch den öffentlichen Verkehr in die Güteklasse B (VSS-Norm SN 640 290) liegt ausserdem die Stadtbahn 1. Etappe zu Grunde und mit der Festlegung der maximalen Jahresfahrtenzahl kann gewährleistet werden, dass die Zuger-/Baarerstrasse vermehrt entsprechend dem Entscheid des Kantonsrates vom Individualverkehr entlastet und einem leistungsfähigen Feinverteiler zur Verfügung gestellt werden kann. Daraus erhellt, dass diese Rügen des Beschwerdeführers unbegründet sind.

Regierungsrat, 3. Juni 2003

IV. Soziale Sicherheit

1. Berufliche Vorsorge

Art. 83 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 89^{bis} Abs. 6 ZGB, Art. 62 Abs. 1 lit. d BVG sowie § 4 lit. g der Verordnung über die berufliche Vorsorge vom 18. August 1998 (BGS 846.1). – Aufsichtsrechtliche Massnahmen: Einsetzung einer kommissarischen Verwaltung mit gleichzeitiger Suspendierung eines säumigen Stiftungsrates, der trotz Verhängung einer Ordnungsbusse gem. Art. 79 BVG diverse Unterlagen zur Jahresrechnung nicht einreichte sowie die Anordnung der unverzüglichen Liquidation der Stiftung infolge Konkurses der Firma missachtete.

Sachverhalt und Erwägungen:

A. Unter dem Namen «Personalfürsorgestiftung der Firma X.» (nachfolgend «Stiftung») mit Sitz in Steinhausen besteht eine mit öffentlicher Urkunde vom 14. Dezember 1981 errichtete Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. ZGB und Art. 331 OR. Die heute gültige Stiftungsurkunde wurde durch Verfügung der Direktion des Innern vom 16. Juni 1986 geändert.

Die Stiftung bezweckt die Fürsorge für die Mitarbeiter der Stifterfirma bei Alter, Invalidität, Krankheit, Unfall und Arbeitslosigkeit bzw. bei ihrem Ableben für ihre Hinterbliebenen. Ferner können bei unverschuldeter Notlage der im Dienste der Stifterfirma stehenden oder ehemaligen Mitarbeiter sowie ihren Hinterbliebenen Unterstützungen gewährt werden. Die Stiftung kann auch Arbeitgeberbeiträge an die BVG-Vorsorgeeinrichtung leisten.

B. Gemäss § 2 der kantonalen Verordnung über die berufliche Vorsorge vom 18. August 1998 stehen die Vorsorgeeinrichtungen mit Sitz im Kanton Zug unter der Aufsicht der Direktion des Innern, welche die ihr zustehenden Entscheidungsbefugnisse als kantonale Aufsichtsbehörde in der beruflichen Vorsorge durch Verfügung vom 3. Februar 1999 an das kantonale Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht delegiert hat (§ 6 Abs. 2 des Gesetzes über die Organisation der Staatsverwaltung vom 29. Oktober 1998).

C. Nachdem die Jahresrechnungen pro 1995–1997 trotz mehrmaligen Mahnungen erst am 29. März 1999 zur aufsichtsbehördlichen Prüfung und Kenntnisnahme eingereicht worden waren, musste auch die in der Zwischenzeit zur Einreichung fällig gewordene Jahresrechnung pro 1998 wiederholt angemahnt werden. Schliesslich reichte der Stiftungsrat diese mit Schreiben vom 3. Dezember 1999 ein und teilte gleichzeitig mit, dass neu Frau A. in den Stiftungsrat gewählt und zur Eintragung im Handelsregister angemeldet worden sei. Vorausgegangen war eine intensive Korrespondenz des Amtes für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht wegen der rechtsgültigen Unterzeichnung der Jahresrechnung, da sich B., der neben dem am-

tierenden Präsidenten C. als Mitglied des Stiftungsrates im Handelsregister eingetragen war (und dies heute noch ist), beharrlich weigerte, die Jahresrechnungen pro 1995–1997 zu unterzeichnen, weil er bereits seit 1993 nicht mehr bei der Stifterfirma tätig war. Auch die Jahresrechnung pro 1999 musste sodann dreimal gemahnt werden, und erst unter Androhung einer Ordnungsbusse erfolgte deren Einreichung am 1. Dezember 2000 durch D. als Rechtsvertreter des Stiftungsrates.

In der Kenntnissnahme der Jahresrechnungen pro 1995–1999 vom 7. Mai 2001 hielt das Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht ausdrücklich fest, dass über die Stifterfirma am 12. April 1999 der Konkurs eröffnet und das Verfahren mangels Aktiven am 26. Mai 1999 bereits wieder eingestellt worden sei. Infolgedessen war das Guthaben der Stiftung gegenüber der Stifterfirma in der Höhe von Fr. 7'904.00 vollständig abgeschrieben worden. Die Aufsichtsbehörde forderte den Stiftungsrat auf, die Stiftung unverzüglich aufzuheben und das Liquidationsverfahren einzuleiten, nachdem die Stifterfirma infolge Konkurses seit April 1999 keine Arbeitnehmer mehr beschäftigte.

Das Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht verlangte vom Stiftungsrat einen Beschluss über die Liquidation mit genauer Sachverhaltsdarstellung sowie über die Höhe der effektiv vorhandenen Mittel per Stichtag der Liquidation zur Verteilung an die Destinatäre. Auch forderte die Aufsichtsbehörde vom Stiftungsrat den vollständigen Nachweis über den Personalbestand der Stifterfirma oder allenfalls mit ihr wirtschaftlich verbundener Unternehmen ab 1. Januar 1995, einen umfassenden Verteilungsplan sowie dessen Beurteilung durch einen anerkannten Experten für berufliche Vorsorge.

D. Seit Februar 2000 richtete das Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht verschiedene schriftliche Aufforderungen an den Stiftungsrat und dessen Rechtsvertreter, zwecks Skizzierung des weiteren Vorgehens in Sachen Liquidation der Stiftung mit ihm in Kontakt zu treten. Schliesslich fand am 17. August 2000 eine Besprechung zwischen Rechtsanwalt D. im Auftrag des Stiftungsrates und einer Delegation der Aufsichtsbehörde statt. Anlässlich dieser Sitzung wurde vereinbart, dass die Stiftung spätestens per Ende 2000 ordnungsgemäss zu liquidieren und die Jahresrechnung pro 2000 als Schlussrechnung auszugestalten sei. Der Vertreter des Stiftungsrates sicherte zu, den Nachweis über die seit 1995 bei der Stifterfirma beschäftigten Personen zu erbringen und eine geeignete Regelung betreffend die Ablösung des Darlehens der Stiftung gegenüber dem Stiftungsratspräsidenten zu treffen. Laut Jahresrechnung pro 2001 sind nämlich rund 97% des Stiftungsvermögens in Form einer ungesicherten Forderung angelegt. Dass dadurch die geltenden Anlagevorschriften gemäss Art. 49 BVV 2 massiv verletzt waren, hielt die Kontrollstelle in allen ihren Berichten zu den letzten Jahresrechnungen jeweils ausdrücklich fest, empfahl aber immer unter dem Vorbehalt dieser Einschränkung die Genehmigung durch den Stiftungsrat.

In der Folge unternahm der Stiftungsrat bezüglich der Einleitung des Liquidationsverfahrens nichts, selbst die Jahresrechnung pro 2000 reichte er erst nach mehrmaligen Mahnungen ein, allerdings nicht vollständig. So musste die Nachlieferung des diesbezüglichen Berichterstattungsformulars angemahnt werden, verbunden mit der Aufforderung, die längst fälligen und vom Rechtsvertreter der Stiftung in der Zwischenzeit auch mündlich zugesicherten Unterlagen und Dokumente für die Liquidation endlich einzureichen. Als wiederum keinerlei Reaktion des Stiftungsrates erfolgt war, drohte das Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht mit Schreiben vom 11. Januar 2002 schliesslich eine Ordnungsbusse gemäss Art. 79 Abs. 1 BVG an. Aber selbst diese Androhung blieb erfolglos, wiesehr sich die Aufsichtsbehörde inzwischen auch durch telefonische Kontakte bemühte, die Verhängung einer Ordnungsbusse zu vermeiden. Vom Rechtsvertreter der Stiftung zugesicherte Eingabetermine verstrichen stets erfolglos, so dass sich die Aufsichtsbehörde schliesslich gezwungen sah, mit Verfügung vom 6. März 2002 eine Ordnungsbusse von Fr. 500.00 wegen wiederholter Säumigkeit auszufällen. Diese Verfügung erwuchs nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist in Rechtskraft, doch musste die Busse auf dem Weg der Schuldbetreibung eingetrieben werden.

Als auch nach Verhängung der Ordnungsbusse seitens der Stiftung weiterhin keine Unterlagen eingereicht wurden, setzte die Aufsichtsbehörde mit Schreiben vom 17. Mai 2002 eine Nachfrist. Unmittelbar bei deren Ablauf meldete sich D. schliesslich am 20. Juni 2002 telefonisch und sagte die vollumfängliche Einreichung der Unterlagen für die nächsten drei bis vier Tage verbindlich zu. Doch auch diese Zusage blieb unerfüllt, worauf die Aufsichtsbehörde mit Fax am 28. Juni 2002 sowohl das immer noch ausstehende Berichterstattungsformular zur Jahresrechnung pro 2000 als auch die Dokumente zur Liquidation der Stiftung und die per 30. Juni 2002 fällige Jahresrechnung pro 2001 einforderte, verbunden mit der ausdrücklichen Androhung der Suspendierung des Stiftungsrates für den Fall weiterer Versäumnisse. Daraufhin meldete sich der Stiftungsratspräsident am 1. Juni 2002 telefonisch und teilte mit, er werde alle notwendigen Vorkehrungen treffen, damit die Unterlagen und Angaben unverzüglich geliefert würden. Nach einer erneuten Mahnung vom 9. Juli 2002 reichte Rechtsanwalt D. schliesslich am 3. Oktober 2002 das Genehmigungsprotokoll des Stiftungsrates zur Jahresrechnung pro 2000 mitsamt dem diesbezüglichen Berichterstattungsformular, den Kontrollstellenbericht zur Jahresrechnung pro 2001 und das diesbezügliche Berichterstattungsformular ein. Die übrigen Unterlagen sollten «in den nächsten Tagen» folgen. Da die eingereichten Berichterstattungsformulare nicht ordnungsgemäss unterzeichnet waren, mussten sie am 4. Oktober 2002 retourniert und die vollständigen Liquidationsgrundlagen erneut angemahnt werden. Doch auch dieses Schreiben wie diejenigen vom 27. November 2002 sowie vom 6. Januar 2003 blieben gänzlich erfolglos.

Nach erneuter Korrespondenz reichte der Stiftungsrat schliesslich am 20. Januar 2003 das Protokoll über seinen Beschluss vom 10. Januar 2003 ein, die Stiftung nunmehr per 31. Dezember 2002 zu liquidieren und die im Zeitraum vom 1. Januar 1995 bis zum Konkurs der Firma im Jahre 1999 beschäftigten Personen in die Verteilung des Stiftungsvermögens einzubeziehen. Er legte zudem einen vorläufigen Verteilungsplan vor, aus welchem die objektiven Kriterien für die Bestimmung der einzelnen Befreiungen ersichtlich sind. Die definitiven Zahlen würden hernach aufgrund des Rechnungsabschlusses per 31. Dezember 2002 errechnet. Das Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht hatte aufgrund der Vorprüfung des Verteilungsplans grundsätzlich keine Einwendungen zu erheben. Zwecks definitiver Prüfung und Genehmigung des Verteilungsplans forderte die Aufsichtsbehörde einen Expertenbericht zur Vermögensverteilung sowie die rechtskonform unterzeichnete Jahresrechnung pro 2002 samt Kontrollstellenbericht ein und machte den Stiftungsrat nachdrücklich darauf aufmerksam, dass die Eintragungen im Handelsregister nicht mehr den aktuellen Gegebenheiten entsprechen und unverzüglich zu bereinigen seien.

Als der Stiftungsrat erneut untätig blieb und weder von sich hören liess noch irgendwelche Unterlagen einreichte, forderte das Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht schliesslich am 5. August 2003 sowohl den definitiven Verteilungsplan samt Expertenbericht, das unterzeichnete Anmeldeformular für das Handelsregisteramt und die vollständige Jahresrechnung pro 2002 mit Liquidationsbilanz und Kontrollstellenbericht ein. Diese letzte Aufforderung war mit der ausdrücklichen Androhung der Suspendierung des Stiftungsrates von sämtlichen Funktionen und der Einsetzung einer kommissarischen Verwaltung auf Kosten des Stiftungsvermögens verbunden. Der Mahnung wurde weder innert der angesetzten Frist noch bis zum heutigen Tage Folge geleistet.

E. Nachdem die aktuelle Besetzung des Stiftungsrates mit den Eintragungen im Handelsregister nicht übereinstimmt und der Stiftungsrat ganz offensichtlich weder willens noch in der Lage ist, die noch ausstehenden, für eine ordnungsgemässe Liquidation der Stiftung unentbehrlichen Angaben und Dokumente einzureichen, muss von einer äusserst mangelhaften Organisation der Stiftung ausgegangen werden. Gemäss Art. 83 Abs. 2 ZGB ist die Aufsichtsbehörde von Gesetzes wegen verpflichtet, für die Wiederherstellung der korrekten Organisation der Stiftung besorgt zu sein. Die bisherigen Erfahrungen im Zusammenhang mit der Einreichung fehlender Dokumente zur jährlichen Berichterstattung und insbesondere mit der korrekten Einleitung und Durchführung der Liquidation der Stiftung zeigen, dass der Stiftungsrat offensichtlich nicht bereit ist, mit der Aufsichtsbehörde kooperativ zusammen zu arbeiten und endlich transparente Verhältnisse zu schaffen. Vielmehr versucht er die Bereinigung der Situation mit völliger Passivität zu verzögern. Deshalb sind alle Mitglieder des Stiftungsrates in ihren gesamten Funktionen mit sofortiger Wirkung einzustellen.

Gemäss aktuellem Handelsregistereintrag setzt sich der Stiftungsrat aus den Herren B. und C. zusammen, doch liegt dem Amt für berufliche Vorsorge die Kopie der Anmeldung für das Handelsregisteramt des Kantons Zug vom 15. September 1999 vor, wonach laut Protokoll der Stiftungsratsitzung gleichen Datums B. aus dem Stiftungsrat ausgetreten und Frau A. neu als Mitglied gewählt worden sei. Trotz mehrmaliger Aufforderung seitens der Aufsichtsbehörde hat der Stiftungsrat die Bereinigung und Aktualisierung der Handelsregistereinträge offenbar bis heute nicht erledigt, so dass er sich aus folgenden Personen zusammensetzt:

- C., Präsident
- B., Mitglied
- A., (nicht eingetragen).

F. Gestützt auf § 4 lit. g der kantonalen Verordnung über die berufliche Vorsorge vom 18. August 1998 ist zu Lasten des Stiftungsvermögens eine kommissarische Verwaltung zwecks Wahrung der Interessen der Stiftung bzw. der Destinatäre einzusetzen. Sie hat sowohl die ausstehende Jahresrechnung pro 2002 im Sinne einer Schlussrechnung als auch den umfassenden Verteilungsplan samt Expertenbericht zu beschaffen und die ordnungsgemässe Aufhebung und Liquidation der Stiftung beförderlich durchzuführen. Die kommissarische Verwaltung ist ausdrücklich befugt, bei Bedarf auch ehemalige Arbeitnehmer der Stifterfirma beizuziehen.

Für die Aufgabe eines Sachwalters bietet sich eine ausgewiesene, in Stiftungs- und Vorsorgefragen versierte Fachperson an. Auf Anfrage hat sich Y., dipl. Pensionsversicherungsexperte, bereit erklärt, ein entsprechendes Mandat zu übernehmen, nachdem die Abklärungen ergeben haben, dass von seiner Seite weder Geschäftsbeziehungen zur Personalfürsorgestiftung der Firma X. noch zu deren Stiftungsräten oder zu allfälligen wirtschaftlich verbundenen Firmen bestehen. Einer Mandatserteilung an Y. als Sachwalter der Stiftung steht daher nichts entgegen.

G. Nach Art. 74 Abs. 2 lit. a BVG kann gegen die vorliegende Verfügung der Aufsichtsbehörde bei der Eidgenössischen Beschwerdekommision BVG in Lausanne Verwaltungsbeschwerde geführt werden. Für das Verfahren vor der Beschwerdekommision gilt das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG). Nach Art. 55 Abs. 1 VwVG hat die Beschwerde aufschiebende Wirkung. Hat die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand, kann die Vorinstanz darin einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen. Im vorliegenden Fall erweist sich der Entzug der aufschiebenden Wirkung als unverzichtbar, damit die angeordneten Massnahmen sofort Wirkung entfalten.

ABVSA, 23. September 2003

2. Sozialhilfe

§ 3 SHG. – Kürzung von Sozialhilfeleistungen. – Es liegt kein Rechtsmissbrauch vor, welcher den vollständigen Leistungsentzug zulässt (E. 2). Eine Sozialhilfeempfängerin muss als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips schriftlich vorgängig klar informiert und verwarnet werden, bevor Kürzungen der Sozialhilfe zulässig sind (E. 5, 6).

Sachverhalt (Zusammenfassung):

X verbrachte ihre Jugend in der Schweiz, heiratete einen in Griechenland wohnhaften kanadischen Staatsangehörigen und verbrachte die anschliessende Zeit mit ihrem Ehemann und den sechs in der Zwischenzeit geborenen gemeinsamen Kindern vorwiegend in Griechenland. Da keine Verdienstmöglichkeiten in Griechenland mehr vorhanden waren, kehrte X am 15. Oktober 1999 alleine in die Schweiz zurück und nahm eine Arbeitsstelle in A an. Das jüngste minderjährige Kind (F, geb. 2002) lebt mit X in A. Der Ehemann hält sich mit den anderen vier minderjährigen Kindern weiterhin in Griechenland auf.

X ersuchte Ende 2000 um Arbeitslosenunterstützung. In der Folge wurden ihr zwei Arbeitsstellen durch das Regionale Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) zugewiesen. Die eine verlor sie infolge fristloser Kündigung, die andere durch Konkurs des Arbeitgebers. Das Kantonale Amt für Wirtschaft und Arbeit (KWA) hat die Anspruchsberechtigung von X mit drei Einstellungsverfügungen im Zeitraum zwischen dem 12. Dezember 2002 und dem 31. Januar 2003 gekürzt. Die verfügten Einstelttage ergaben eine Kürzung der Arbeitslosentaggelder um insgesamt Fr. 6'996.– Das Verfahren betreffend die Verfügung vom 12. Dezember 2003 ist vor Verwaltungsgericht zum Zeitpunkt der Entscheidfällung des Regierungsrates hängig. X ist ausgesteuert und hat per Ende Februar 2003 auch ihre Arbeitslosenhilfe ausgeschöpft.

X muss seit dem 1. März 2003 für ihren Lebensunterhalt sowie denjenigen ihrer in der Schweiz lebenden minderjährigen Kinder durch die Gemeinde A finanziell unterstützt werden. Die beiden ältesten zum Zeitpunkt des Urteils volljährigen Kinder Y und Z werden inzwischen separat betreut. Der grundsätzliche Anspruch von X auf Sozialhilfe ab dem 1. März 2003 wurde vom Gemeinderat A nicht bestritten. Mit Gemeinderatsbeschluss vom 23. April 2003 wurde jedoch die Kürzung der Sozialhilfe im Umfang der verfügten Kürzungen der Arbeitslosengelder ab dem 1. März 2003 angeordnet. Aufgrund dieses Beschlusses wird rückwirkend ab 1. März 2003 der Grundbedarf I um 15% gekürzt (Fr. 287.40) und der Grundbedarf II (Fr. 192.–) gestrichen. Es wurde somit eine totale monatliche Kürzung von Fr. 479.40 verfügt. Die Kürzung bzw. Streichung soll solange dauern, bis die gekürzten Leistungen der Arbeitslosenhilfe von Fr. 6'996.– getilgt sind. Dies ergibt eine Kürzung während knapp 15 Monaten. Im Weiteren beschloss der Gemeinderat, dass die Unterstützungs-Kürzung mittels rückwirkender

Nachzahlung korrigiert wird, sofern die Beschwerden von X gegen die Verfügungen des Kantonalen Amtes für Wirtschaft und Arbeit (KWA) Erfolg haben, d.h. die Einstelltage zu Unrecht durch das KWA verfügt worden sind. Der Gemeinderat hat einer allfälligen Beschwerde gegen den Entscheid die aufschiebende Wirkung entzogen.

Gegen diesen Beschluss erhob X Beschwerde beim Regierungsrat, unter anderem mit dem Begehren, es sei der Beschluss des Beschwerdegegners aufzuheben und dieser anzuweisen, der Beschwerdeführerin Sozialhilfe im verfassungs- und gesetzesmässigen Umfang auszurichten. Die Beschwerde richtet sich insbesondere gegen die verfügte Kürzung bzw. Streichung der Sozialhilfe, welche aufgrund von Einstelltagen im Rahmen der Arbeitslosenversicherung erlassen worden sei.

Aus den Erwägungen:

...

II.

2. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 121 I 367 E. 3b/d, S. 375, 377) ist selbst ohne gesetzliche Grundlage ein vollständiger Leistungsentzug zulässig, wenn sich die unterstützte Person rechtsmissbräuchlich verhält. Rechtsmissbrauch liege erst dann vor, wenn das Verhalten des Bedürftigen einzig darauf ausgerichtet sei, in den Genuss von Hilfeleistungen zu gelangen, wenn also bewusst eine Erwerbsmöglichkeit ausgeschlagen werde, um in den Genuss von Hilfeleistungen zu gelangen. Mit Rücksicht auf die allgemeine Voraussetzung der Sozialhilfe und den Zweck der Sozialhilfe ist mit der Annahme eines Rechtsmissbrauchs Zurückhaltung geboten. Die Gründe für ein allfälliges Verhalten sind zudem genau abzuklären (Felix Wolfers, Grundriss des Sozialhilferechts, 2. Auflage, Bern 1999, S. 168). Es gilt ebenfalls zu berücksichtigen, dass es für die Anspruchsberechtigung in der Sozialhilfe grundsätzlich keine Rolle spielt, ob die unterstützte Person ein Verschulden trifft (Wolfers, a.a.O., S. 165). Die Beschwerdeführerin hat sich wiederholt um Arbeit bemüht und versucht, ihre aktuelle Situation zu verbessern. Explizit hat das Kantonale Amt für Wirtschaft und Arbeit (KWA) in seiner Verfügung vom 8. Juli 2003 nach Prüfung des ganzen Sachverhalts festgestellt, dass der Beschwerdeführerin nicht nachgesagt werden könne, sich zuwenig um dauerhafte Arbeit bemüht und ihre Kontrollpflichten verletzt zu haben, abgesehen von den bereits sanktionierten Pflichtverletzungen. Aus den Akten geht auch nicht hervor, dass die Beschwerdeführerin das Rechtsinstitut der Sozialhilfe rechtswidrig in Anspruch nimmt. Ein offener Rechtsmissbrauch liegt hier somit nicht vor.

...

5. Des weiteren richtet sich die Beschwerde gegen die Kürzung der Sozialhilfe im Umfang der verfügten Kürzungen der Arbeitslosengelder ab

dem 1. März 2003. Der Gemeinderat von A hat rückwirkend ab 1. März 2003 den Grundbedarf I um 15% gekürzt (Fr. 287.40) und den Grundbedarf II (Fr. 192.-) gestrichen. Es wurde somit eine totale monatliche Kürzung von Fr. 479.40 verfügt. Die Kürzung bzw. Streichung soll solange dauern, bis die gekürzten Leistungen der Arbeitslosenhilfe von CHF 6'996.- getilgt sind. Dies ergibt eine Kürzung während knapp 15 Monaten.

Nach § 3 Abs. 1 SHG wird die Hilfeleistung nach Möglichkeit in Zusammenarbeit mit der bzw. dem Hilfesuchenden gewährt. Die zuständigen Stellen fördern die Selbsthilfe und die Eigenständigkeit (Abs.2). Wenn die Sozialhilfeempfängerin bzw. der -empfänger die zumutbare Mitwirkung trotz Bemühungen des Sozialdienstes verweigert, kann die Sozialhilfe eingeschränkt oder gar unterbrochen werden (§ 3 Abs. 3 SHG i.V. mit § 15 SHG, § 4 Abs. 1 SHV). Unter die Mitwirkungspflichten im Sinne von § 3 SHG fällt auch die Verpflichtung zur Verminderung der eigenen Unterstützungsbedürftigkeit. Wer Sozialhilfe erhält, muss demzufolge alles in seiner Kraft Stehende tun, um die Notlage zu lindern oder zu beheben (vgl. SKOS-Richtlinien, Bst. A Ziff. 5.2). Gemäss § 4 Abs. 2 SHV ist die Einschränkung oder Unterbrechung finanzieller Hilfe dem Betroffenen mit Rechtsmittelbelehrung schriftlich mitzuteilen.

a) Werden die Mitwirkungspflichten verletzt, kann unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips die Sozialhilfe eingeschränkt oder unterbrochen werden. Die SKOS-Richtlinien sehen für diesen Fall folgende Einschränkungsmöglichkeiten vor (vgl. Richtlinien Bst. A Ziff. 8.3): Nichtgewähren, Kürzen oder Streichen von situationsbedingten Leistungen; Nichtgewähren, Kürzen oder Streichen des Grundbedarfs II für den Lebensunterhalt erstmalig für die Dauer von maximal 12 Monaten; der Grundbedarf I für den Lebensunterhalt kann um maximal 15% für die Dauer von bis zu sechs Monaten gekürzt werden, sofern qualifizierte Kürzungsgründe vorliegen (grobe Pflichtverletzung, unrechtmässiger Leistungsbezug in besonderen gravierenden oder wiederholten Fällen). Die Kürzung des Grundbedarfs I kann in Ausnahmefällen verlängert und die Hilfe auf das absolute Existenzminimum reduziert werden. Diese Massnahme muss gemäss SKOS-Richtlinien in der Regel innert sechs Monaten überprüft werden.

b) Werden Mitwirkungspflichten verletzt, darf die Sozialbehörde nicht ohne weiteres die Ausrichtung von Leistungen verweigern. Die Behörde hat den Antragsteller zunächst auf die möglichen Folgen der Pflichtverletzung hinzuweisen und eine Nachfrist für die Pflichterfüllung zu setzen, bevor eine belastende Verfügung erlassen wird (Wolffers, a.a.O., S. 107, S. 168). Beim Entzug oder der Nichtgewährung von Sozialhilfeleistungen ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in besonderem Masse zu beachten, da die Sozialhilfegesetzgebung die Voraussetzungen und den Umfang des Leistungsentzugs nur sehr allgemein umschreibt (Wolffers, a.a.O., S. 168). Voraussetzung für die Kürzung der Sozialhilfeleistungen ist die erfolglose

Verwarnung der hilfsbedürftigen Person. Dies ist ein Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips. Dazu gehört auch eine vorgängige klare Information und Verwarnung der betroffenen Person, damit sie sich der Konsequenzen ihres Handelns bewusst wird. Der Sozialhilfeempfänger muss die Pflichten klar kennen. Nur damit ist sichergestellt, dass er auch weiss, welche Bedingungen er erfüllen muss. Diese Bedingungen müssen genau umschrieben sein und die Kürzung oder der Entzug der Fürsorgeleistungen im Fall der Nichterfüllung muss klar angedroht worden sein. Die Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe sehen dies auch dementsprechend vor (vgl. SKOS-Richtlinien 12/00, A 8.2). Auch Artikel 21 Absatz 4 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1) vom 6. Oktober 2000 sieht beispielsweise vor, dass bei einer vorübergehenden oder dauernden Kürzung eine versicherte Person vorher schriftlich gemahnt und auf die Rechtsfolgen hingewiesen werden muss. Zudem ist ihr eine angemessene Bedenkzeit einzuräumen. In der Literatur wird die Pflicht der Behörde, das Zwangsmittel vorerst anzudrohen und eine Erfüllungsfrist zu setzen, als Ausdruck des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes erkannt (Tschannen/Zimmerli/Kiener, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern, 2000, S. 219). Auch das Eidgenössische Versicherungsgericht hat festgehalten, dass die Verwaltung in jedem Fall ein Mahn- und Bedenkzeitverfahren durchführen müsse und der Versicherte unter substantiiertem Bezugnahme auf das von ihm geforderte Verhalten schriftlich zu mahnen sei (BGE 122 V 218). Der Regierungsrat des Kantons Schwyz (Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz, EGSVZ 1997 – 156 158, RRB Nr. 710 vom 29. April 1997) hatte zu beurteilen, ob eine lediglich mündlich eröffnete Präsidialverfügung, welche nicht noch nachträglich schriftlich gestellt wurde, genügend ist. Es wurde festgestellt, dass bei einer solchen Eröffnung nicht belegt sei, ob und welche Pflichten dem Beschwerdeführer auferlegt worden sind. Zudem sei auch nicht erstellt, dass die Vorinstanz den Beschwerdeführern den Entzug von Fürsorgeleistungen für den Fall angedroht habe, dass diese die Bedingung nicht einhalten oder ihre Auskunftspflicht und Mitwirkungspflicht nicht erfüllen. Die angefochtene Verfügung wurde aufgehoben, da die Kürzung oder der Entzug von Fürsorgeleistungen ohne vorgängige Verwarnung gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip verstosse.

c) Die Beschwerdeführerin hatte gemäss den Akten seit dem 19.4.2001 etliche Gespräche mit dem Sozialdienst in A. Beispielsweise hat ihr der Sozialdienst empfohlen, Leistungen betreffend Mutterschaftsbeiträge zu beantragen, und es haben Kontakte betreffend die Ankunft ihrer Tochter in der Schweiz stattgefunden. Sie hat sich indessen erst am 17. Dezember 2002 formell und schriftlich zum Bezug von Sozialhilfe angemeldet. Bei der Anmeldung zur Sozialhilfe wurde gemäss den Akten die Beschwerdeführerin nicht schriftlich informiert bzw. eine entsprechende schriftliche Warnung abgegeben, dass beispielsweise die Anordnungen der Organe der Sozialhilfe zu beachten seien, verbunden mit dem Hinweis, dass dies gleichzeitig als

Verwarnung gelte und bei Nichtbefolgen bzw. bei Sanktionen der Arbeitslosenversicherung die Leistungen der Sozialhilfe im Rahmen der SKOS-Richtlinien gekürzt werden können. Erst am 31. 3. 2003 hat die Beschwerdeführerin eine entsprechende schriftliche Information «Merkblatt Unterstützungswesen Sozialdienste der Zuger Gemeinden» mit dem Vorbehalt unterzeichnet, dass sie mit den Grundsätzen nicht einverstanden sei. Es kann somit vermutet werden, dass sie schriftlich erst zu diesem Zeitpunkt darüber informiert bzw. entsprechend gewarnt wurde. Unter Ziffer 3 des entsprechenden Merkblattes wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Kürzungen bei Taggeldern der Arbeitslosenversicherung automatisch auch zu Kürzungen der Sozialhilfe führe. Dieser Hinweis gelte einerseits als Information und andererseits als Mahnung. Daraus ergibt sich, dass eine schriftliche Information bzw. Verwarnung nicht rechtzeitig erfolgte. Gemäss dem Auszug des Journals des Sozialdienstes der Gemeinde A wurde die Beschwerdeführerin am 13.1.2003 zwar im Rahmen eines Klientengesprächs nochmals» darauf hingewiesen, dass selbstverschuldete Einstelltage nicht durch die Sozialhilfe abgedeckt würden. Diese mündliche Information vermag indessen nicht zu genügen, da sich der Adressat der Schwere und der Konsequenzen solcher Informationen bewusst sein muss. Darüber hinaus erfolgte eine solche Information zumindest für die Einstellungsverfügung vom 12. Dezember 2002 sicherlich zu spät. Der Auszug aus dem Journal war in der Fusszeile zudem mit dem Datum vom 27. Februar 2003 datiert. Zumindest implizit hat der Sozialdienst in A diese Ansicht ebenfalls vertreten, nachdem Ende März 2003 der Beschwerdeführerin ein entsprechendes Merkblatt zur Unterschrift vorgelegt wurde. Es ist nicht belegt, ob und welche Pflichten der Beschwerdeführerin auferlegt worden sind. Zudem ist nicht erstellt, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin den Entzug von Fürsorgeleistungen für den Fall angedroht hat, dass die Mitwirkungspflichten nicht erfüllt werden. Darüber hinaus ist fraglich, ob eine solche Androhung überhaupt rechtzeitig erfolgt wäre. Die vorliegend von der Behörde der Einwohnergemeinde A vorgenommene Kürzung der Sozialhilfeleistungen ohne vorgängige Verwarnung erweist sich als nicht zulässig und verstösst gegen das Prinzip der Verhältnismässigkeit. Die angefochtene Verfügung ist deshalb aufzuheben. Das genaue Ausmass der rechtlich zulässigen Kürzung ist nicht zu eruieren, da die Kürzung generell unzulässig war.

6. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass eine Sozialhilfeempfängerin vorgängig klar informiert und verwarnt werden muss, bevor Kürzungen der Sozialhilfe zulässig sind. Dies ist im vorliegenden Fall nicht geschehen. Darum erweist sich die vom Gemeinderat A vorgenommene Kürzung als nicht zulässig und der Beschluss des Beschwerdegegners vom 23. April 2003 ist aufzuheben...

Regierungsrat, 16. Dezember 2003

V. Verwaltungsrechtspflege

§ 43 Abs. 1 VRG. – *Rechtzeitige Einreichung der Beschwerdeschrift. – Beschwerdefrist (E. 4). Wird eine eingeschriebene Postsendung nicht empfangen oder abgeholt, gilt sie auch nach kantonalem Recht als am letzten Tag der sieben-tägigen Abholfrist zugestellt (Zustellungsfiktion; E. 5). Nichteintreten bei verspätetem Einreichen der Verwaltungsbeschwerde (E. 6).*

Aus den Erwägungen:

...

4. Nach § 43 Abs. 1 VRG beträgt die Beschwerdefrist zwanzig Tage. Es handelt sich um eine gesetzliche Frist, welche zwingend eine Verwirkungsfrist und zu beachten ist (vgl. auch Kölz/Bossart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, § 12). Der angefochtene Entscheid wurde am 8. Mai 2003 versandt. Da der eingeschriebene Brief dem Beschwerdeführer nicht persönlich ausgehändigt werden konnte, erhielt er eine Abholungseinladung. Innert der Abholfrist von 7 Tagen (vom 9. bis 16. Juni 2003) wurde der Brief nicht abgeholt, weshalb er wieder an die Stadtverwaltung Zug zurückgeschickt wurde.

5. In Ermangelung ausdrücklicher kantonaler Vorschriften halten sich die zugerischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden bezüglich Zustellung von Postsendungen an die Grundsätze des Bundesgerichts. Eine eingeschriebene Briefpostsendung gilt demnach in dem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie der Adressat tatsächlich in Empfang nimmt. Wird die Sendung nicht empfangen, erhält der Adressat eine Abholungseinladung in seinen Briefkasten oder in sein Postfach gelegt. Bei Nichtabholung der Sendung gilt diese am letzten Tag der 7-tägigen Abholfrist als zugestellt (BGE 127 I E.2 a/aa mit Verweis auf unveröffentlichten Entscheid des Bundesgerichts vom 5. Mai 1998 i.S. F.E. 1a).

Die Zustellungsfiktion rechtfertigt sich damit, dass die Verfahrensbeteiligten mit der Begründung eines Prozessrechtsverhältnisses nach Treu und Glauben verpflichtet sind dafür zu sorgen, dass ihnen die betreffenden Entscheide auch zugestellt werden können (BGE 116 Ia 90, E. 2a; BGE 115 Ia 12, E. 3a mit Hinweisen).

6. Gemäss § 10 Abs. 1 VRG begann die zwanzigtägige Beschwerdefrist am Tag nach der (fiktiven) Mitteilung des Beschlusses, d.h. am 17. Mai 2003, zu laufen und ist am 5. Juni 2003 ungenutzt abgelaufen. Mit Postaufgabe am 13. Juni 2003 wurde die Beschwerde datiert vom 10. Juni 2003 offensichtlich zu spät eingereicht. Der Beschwerdeführer wurde mit Schreiben vom 20. Mai 2003 unter nochmaliger Zustellung des Beschlusses in Kopie zudem durch den Beschwerdegegner nochmals ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass die Beschwerdefrist mit Ablauf der Abholungsfrist am 6. Mai

2003 zu laufen begonnen hat. Offensichtlich hat der Beschwerdeführer dieses Schreiben erhalten, da er unter Beilage des angefochtenen Beschlusses Verwaltungsbeschwerde erhoben hat. Die formellen Voraussetzungen für das Eintreten auf die Beschwerde sind demzufolge nicht gegeben. Auf die Beschwerde ist somit nicht einzutreten.

Regierungsrat, 19. August 2003

§ 45 VRG, § 3 Abs. 3 SHG. – Aufschiebende Wirkung einer Beschwerde. – Erfordernis für den Entzug der aufschiebenden Wirkung (E. 3). – Unterschiede zwischen Einstellung und Rückerstattung der Sozialhilfeleistungen (E. 4). – Interessenabwägung zwischen öffentlichem und privatem Interesse (E. 5). – Könnte die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung bezüglich der Unterbrechung/Einstellung von Sozialhilfeleistungen für das Gemeinwesen einen irreparablen Nachteil bedeuten und bestehen Indizien für den Ausgang des Hauptverfahrens, welche nicht zugunsten des Beschwerdeführers sprechen, ist bei einer Unterbrechung/Einstellung von Sozialhilfeleistungen ein Entzug der aufschiebenden Wirkung gerechtfertigt (E.7). – Das öffentliche Interesse rechtfertigt es nicht, einer Beschwerde gegen die Anordnung einer Rückerstattung von Sozialhilfeleistungen die aufschiebende Wirkung zu entziehen (E. 8).

Sachverhalt (Zusammenfassung):

...

X. beantragte im Juni 2003 zusammen mit seiner Ehefrau bei der Sozialabteilung A Unterstützung. Er machte geltend, dass er zur Zeit kein Bargeld mehr besitze, sein Konto bereits überzogen sei und seine IV-Rente nicht ausreiche, um den Lebensunterhalt für sich und seine Ehefrau zu bestreiten. Basierend auf den Angaben von X gewährte die Sozialabteilung A Sozialhilfe von Fr. 1380.20 pro Monat.

Am 31. Juli 2003 meldete sich X bei einem Sozialarbeiter der Sozialabteilung A. Er erklärte, dass er seinen schwer kranken Vater, welcher im Sterben liege, in Serbien besuchen müsse und bat um die Deckung der Reisekosten. Weiter machte er glaubhaft, dass er als gehbehinderter Mann mit Rückenproblemen und in Anbetracht der Dringlichkeit nicht mit einem Reisebus reisen könne. In der Folge wurde A. die Bevorschussung der Kosten für eine Flugreise nach Serbien in der Höhe von Fr. 1700.- gewährt unter der Voraussetzung der Unterzeichnung einer Schuldanererkennung.

Am 7. August 2003 sprach die Ehefrau von X bei der Sozialabteilung A vor. Aus den Aussagen der Ehefrau ging hervor, dass X neben seiner bei der Sozialabteilung A deklarierten IV-Rente eine Rente der Winterthur Leben erhielt. Diese hatte er beim Gesuch um Sozialhilfe nicht angegeben. Weiter gab die Ehefrau an, dass sie und X mit dem Auto nach Serbien gefahren seien. Der Gemeinderat von A erstatte darauf Strafanzeige wegen Betrug.

Am 8. September 2003 beschloss der Gemeinderat A, für X die Sozialhilfeleistungen gemäss § 3 Abs. 3 SHG rückwirkend per 1. September 2003 bis auf weiteres einzustellen. X wurde verpflichtet, die bereits bezogene Sozialhilfe von Fr. 7'080.- an die Sozialabteilung A zurückzuzahlen. Zudem wurde er angewiesen, innert Monatsfrist mit der Sozialabteilung A eine Vereinbarung über die Rückzahlungsmodalitäten auszuhandeln. Einer allfälligen Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung entzogen.

Gegen diesen Beschluss erhob X (im Folgenden «Beschwerdeführer» genannt) Verwaltungsbeschwerde, unter anderem mit dem Begehren, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei wiederherzustellen.

Aus den Erwägungen:

...

3. Die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Beschwerde darf nur entzogen werden, wenn ein überwiegendes Interesse an der sofortigen Verwirklichung des Entscheids dafür spricht. Die verfügende Behörde darf die aufschiebende Wirkung nur dann entziehen, wenn sie hierfür überzeugende Gründe geltend machen kann (Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Diss. Zürich, 1983, S. 148).

Das Erfordernis der überzeugenden Gründe ist dahingehend auszulegen, dass ein schwerer Nachteil drohen muss, wenn die aufschiebende Wirkung nicht entzogen würde (Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Rz 650). Dies bedeutet aber nicht, dass nur ganz aussergewöhnliche Umstände den Entzug der aufschiebenden Wirkung zu rechtfertigen vermögen. Der Entscheid über die Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung bedingt im Allgemeinen die Abwägung öffentlicher Interessen des Gemeinwesens und privater Interessen des Beschwerdeführers (Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., S. 244; vgl. auch Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Rz 1802). Sind überzeugende Gründe für den Entzug der aufschiebenden Wirkung vorhanden, ist weiter zu prüfen, ob ein Entzug verhältnismässig ist (Kölz/Häner, a.a.O., Rz 650).

4. Der Gemeinderat A hat die Sozialhilfeleistungen an den Beschwerdeführer rückwirkend per 1. September 2003 eingestellt. Zudem wurde der Beschwerdeführer verpflichtet, die bereits bezogene Sozialhilfe in der

Höhe von total Fr. 7'080.20 an die Sozialabteilung der Einwohnergemeinde A zurückzuerstatten. Bezüglich des Gesuchs um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sind diese beiden Aspekte bei der Interessenabwägung getrennt zu behandeln.

5. Bei der Interessenabwägung stehen sich das öffentliche Interesse an einem ordnungsgemässen Finanzhaushalt des Staates und das private Interesse des Beschwerdeführers, während der Dauer des Verfahrens weiterhin Sozialhilfe zu beziehen, gegenüber.

6. Dem Interesse der Gesamtheit der Steuerpflichtigen an einem ordnungsgemässen Finanzhaushalt kommt eine hohe Bedeutung zu. Bei der Gewährung der aufschiebenden Wirkung besteht die Gefahr, dass der Beschwerdeführer bei einer Gutheissung der Verwaltungsbeschwerde die in der Zwischenzeit geleisteten Zahlungen nicht wieder an die Gemeinde A zurückzahlen kann. Dieses öffentliche Interesse ist so gewichtig, dass es in der Regel gegenüber den Interessen der privaten betroffenen Person überwiegt (vgl. BGE 110 V 47). Wird der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zugesprochen, bedeutet dies jedoch nicht, dass die bereits ausbezahlten Sozialhilfeleistungen in jedem Fall verloren wären. Vielmehr entfällt bei einer Abweisung grundsätzlich die aufschiebende Wirkung rückwirkend auf den Zeitpunkt, in dem der Gemeinderatsbeschluss ergangen ist. Angesichts der finanziellen Situation des Beschwerdeführers würde die Rückzahlung der während des Beschwerdeverfahrens bereits bezogenen Sozialhilfeleistungen eine grosse Härte für den Beschwerdeführer darstellen. Es kann davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer die während der Dauer des Beschwerdeverfahrens ausbezahlten Sozialhilfeleistungen gegebenenfalls nicht zurückerstatten könnte.

7. Dem öffentlichen Interesse steht das private Interesse des Beschwerdeführers gegenüber, dass die Sozialhilfeleistungen während der Dauer des Beschwerdeverfahrens nicht unterbrochen werden.

a) Gemäss der Vernehmlassung des Gemeinderats A waren die Sozialhilfeleistungen des Beschwerdeführers neu berechnet worden, da seine Ehefrau nicht mehr bei ihm wohnt. Diese Neuberechnung habe einen Anspruch auf Fr. 295.60 pro Monat ergeben. Da der Beschwerdeführer Anspruch auf den vollen Betrag der individuellen Prämienverbilligung habe, sei ein Anspruch auf Fr. 94.80 pro Monat verblieben. Die Ausrichtung dieses Betrages sei nun gestützt auf § 3 Abs. 3 SHG i.V.m. Punkt A.8.3 SKOS-Richtlinien unterbrochen worden. In Anwendung von § 47 Abs. 2 VRG ist auf diesen neuen Sachverhalt abzustellen.

Basierend auf den Beilagen der Vernehmlassung des Gemeinderats A ist das absolute Existenzminimum des Beschwerdeführers gemäss SKOS-Richtlinien durch sein Einkommen aus IV-Rente und der Rente der Winterthur Leben knapp gedeckt. Demgegenüber macht der Beschwerdeführer geltend,

dass er von seiner IV-Rente nicht leben könne. Er müsse ständig Medikamente einnehmen, damit er sein Leben nicht in Gefahr bringe.

Es ist nicht davon auszugehen, dass ein Entzug der aufschiebenden Wirkung bezüglich der Unterbrechung der Sozialhilfeleistungen für den Beschwerdeführer lebensbedrohlich wäre. Da der Beschwerdeführer obligatorisch krankenversichert ist, kann angenommen werden, dass die Krankenkasse die zur Behandlung des Beschwerdeführers notwendigen Medikamente bezahlt. Inwiefern sich die finanzielle Situation des Beschwerdeführers durch die Rente der Winterthur Leben, welche er gemäss eigenen Angaben seit dem 1. August 2003 erhält, verbessert hat, ist aus seinen Ausführungen nicht klar ersichtlich.

Das absolute Existenzminimum des Beschwerdeführers wird trotz des Unterbruchs der Sozialhilfeleistungen gewährleistet.

b) Dem Beschwerdeführer wurde der in den SKOS-Richtlinien festgelegte Grundbedarf II gestrichen. Gemäss Punkt B.2.4 SKOS-Richtlinien dient der Grundbedarf II dazu, den Grundbedarf I auf ein Niveau zu erhöhen, welches eine Teilhabe am sozialen und gesellschaftlichen Leben erleichtert. Durch den Grundbedarf II soll der Unterstützte gewisse Wahlmöglichkeiten im Rahmen von Gütern und Dienstleistungen, z.B. für sportliche und kulturelle Aktivitäten, Bildung und zusätzliche Verkehrsauslagen haben.

Durch den Entzug der aufschiebenden Wirkung entgeht dem Beschwerdeführer gemäss Berechnungsblatt der Gemeinde A vom 1. September 2003 pro Monat Fr. 94.80 an Sozialhilfeleistungen. Es ist nicht anzunehmen, dass sich die Lebensqualität des Beschwerdeführers beim Wegfall dieses Betrages massiv verschlechtern würde. Die Teilhabe am sozialen und gesellschaftlichen Leben (vgl. Punkt B.2.4 SKOS-Richtlinien) wird durch den fehlenden Betrag von Fr. 94.80 pro Monat während der Dauer des Beschwerdeverfahrens nicht in einem Ausmass erschwert, welches als unzumutbar qualifiziert werden müsste. Zudem handelt es sich um einen Betrag in einer für den Beschwerdeführer geringen Höhe.

c) Beim Entscheid über den Entzug der aufschiebenden Wirkung ist auch zu prüfen, welchen Schaden die betroffene Partei erleiden würde, wenn sich nachträglich herausstellt, dass der Entzug der aufschiebenden Wirkung unrichtig war (Rhinow/Koller/Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Rz. 625).

Falls die Beschwerde gutgeheissen würde, müsste die Sozialabteilung A dem Beschwerdeführer die Sozialhilfeleistungen rückwirkend auf den Zeitpunkt des Entscheids des Gemeinderats ausbezahlen. Dies würde den erlittenen Nachteil des Beschwerdeführers ausgleichen. Bei einer Gutheissung der Beschwerde wären für den Beschwerdeführer die während der Dauer des Beschwerdeverfahrens nicht ausbezahlten Sozialhilfeleistungen nicht verlo-

ren. Dem Beschwerdeführer droht daher kein nicht wiedergutzumachender Nachteil.

d) Gemäss dem Entscheid des Regierungsrates vom 8. August 2003 in Sachen O. ist bei der Beurteilung der privaten Interessen auch die persönliche Situation des Betroffenen zu berücksichtigen. Durch den Unterbruch der Sozialhilfeleistungen wird nur der Beschwerdeführer selber betroffen. Seine Ehefrau ist inzwischen in einer Institution untergebracht und wird separat durch die Sozialabteilung A unterstützt. Die Ehefrau des Beschwerdeführers wäre daher von einem Unterbruch der Sozialhilfeleistungen nicht tangiert.

e) Für die Gemeinde A könnte die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung bezüglich der Unterbrechung der Sozialhilfe aller Voraussicht nach einen irreparablen Nachteil bedeuten. Wie oben dargelegt, ist das Interesse eines Gemeinwesens, eine unnötige Belastung seines Finanzhaushaltes zu vermeiden, sehr gewichtig (vgl. BGE 110 V 46 f.). Im Gegensatz dazu wären für den Beschwerdeführer die Beiträge im Fall einer Gutheissung der Beschwerde nicht verloren. Es ist ihm daher zuzumuten, während der Dauer des Beschwerdeverfahrens ohne den Grundbedarf II auszukommen. Sein privates Interesse überwiegt das öffentliche Interesse an einem geregelten Finanzhaushalt nicht. Dies insbesondere auch, als durch die Streichung des Grundbedarfs II der verfassungsmässige Anspruch des Beschwerdeführers auf Existenzsicherung nicht berührt wird.

f) Bei der Abwägung der Interessen für und wider die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde können auch die Aussichten für den Ausgang des Verfahrens ins Gewicht fallen (BGE 105 V 269). Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer mit dem Auto anstatt wie abgesprochen mit dem Flugzeug nach Serbien gereist ist. Der Beschwerdeführer bestreitet zudem nicht, dass er die Versicherungspolice der Winterthur Leben gegenüber der Sozialabteilung A nicht erwähnt hat. Es bestehen also Indizien für den Ausgang des Verfahrens, welche nicht zugunsten des Beschwerdeführers sprechen.

g) Aus diesen Gründen ist der Entzug der aufschiebenden Wirkung bezüglich der Unterbrechung der Sozialhilfeleistungen gerechtfertigt. Das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist in diesem Punkt abzuweisen.

8. Mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung hat der Gemeinderat A den Beschwerdeführer zur sofortigen Rückzahlung der bereits bezogenen Sozialhilfeleistungen verpflichtet.

Es ist nur ein begrenztes öffentliches Interesse daran zu erkennen, dass der Beschwerdeführer bereits während der Dauer des Beschwerdeverfahrens mit der Rückzahlung der bezogenen Sozialhilfeleistungen beginnt. Die Zahlungsfähigkeit des Beschwerdeführers wird sich während der Dauer des Beschwerdeverfahrens voraussichtlich kaum in einem solchen Masse ver-

schlechtern, dass ein gewichtiges öffentliches Interesse an einem sofortigen Beginn der Rückzahlung der bereits bezogenen Sozialhilfe zu erkennen ist. Das private Interesse an der aufschiebenden Wirkung ist vergleichsweise höher zu gewichten.

Aus diesen Gründen erweist sich der Entzug der aufschiebenden Wirkung bezüglich der Rückzahlungspflicht des Beschwerdeführers als nicht gerechtfertigt. Das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist in diesem Punkt gutzuheissen.

Landammann, 17. November 2003

§ 45 und § 17 VRG (BGS 162.1); Zuständigkeit des Regierungsrates zur Anordnung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung einer Verwaltungsbeschwerde bei Nichtanordnung dieser Massnahme durch die anordnende Behörde. Erwägungen: Grundsätzliche Zuständigkeit zur Anordnung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde (E. 2). Zuständigkeit des Landammannes in Bezug auf § 45 VRG (E. 3). Fehlende Zuständigkeit des Regierungsrates zur Anordnung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung gestützt auf § 45 Abs. 1 VRG (E. 4). Anordnung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung gestützt auf § 17 VRG (E.5).

Aus den Erwägungen

(...)

2. Die aufschiebende Wirkung von Verwaltungsbeschwerden ist in § 45 VRG geregelt. Nach Absatz 1 dieser Bestimmung hat die Verwaltungsbeschwerde aufschiebende Wirkung, sofern die anordnende Behörde – im vorliegenden Fall also der Gemeinderat von X. – nicht aus zwingenden Gründen den sofortigen Vollzug des anfechtbaren Entscheids angeordnet hat. Im konkret angefochtenen Beschluss hat der Gemeinderat der Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht entzogen. Deshalb stellte die Rechtsvertreterin der Mutter den Antrag auf Entzug der aufschiebenden Wirkung vorsorglich in ihrer Beschwerdeschrift, für den Fall, dass der Vater gegen den gemeinderätlichen Beschluss Beschwerde führen würde. Da der Vater tatsächlich eine Beschwerde eingereicht hat, ist vorab über den Antrag auf Entzug der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden. Wie oben dargelegt, kann einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung nach § 45 Abs. 1 VRG lediglich durch die anordnende Behörde entzogen werden. Es stellt sich daher die Frage, ob die Beschwerdeinstanz überhaupt zuständig ist über diesen Antrag zu entscheiden. Gemäss § 6 Abs. 2 VRG ist die Behörde von Amtes wegen verpflichtet, vorab ihre Zuständigkeit zu prüfen.

3. a) Grundsätzlich ist eine Behörde für eine bestimmte Angelegenheit dann zuständig, wenn diese sowohl sachlich als auch örtlich und funktionell in ihre Kompetenz fällt (vgl. Merkli/Aeschlimann/ Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, N1 zu Art. 3). Die örtliche Zuständigkeit ist vorliegend unproblematisch, näher zu prüfen sind die funktionelle sowie die sachliche Zuständigkeit.

b) Normen über die funktionelle Zuständigkeit bestimmen, auf welcher Stufe eine Angelegenheit zu behandeln ist. Nach der sachlichen Zuständigkeit bestimmt sich, ob eine Angelegenheit in den Aufgabenbereich einer bestimmten Behörde fällt. Das Verwaltungsrechtspflegegesetz regelt den Aufgabenbereich «aufschiebende Wirkung» in § 45 VRG. Absatz 1 dieser Bestimmung ist somit wie folgt zu lesen: Die Aufgabe, den «Entscheid über den Entzug der aufschiebenden Wirkung einer Verwaltungsbeschwerde» zu treffen, wird der «anordnenden Behörde» – vorliegend also dem Gemeinderat – zugewiesen. In § 45 Abs. 2 VRG wird sodann die Aufgabe den «Entscheid über eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung» zu fällen, dem «Präsidenten der Beschwerdeinstanz» – vorliegend also der Landammann – zugewiesen. Hingegen steht dem Landammann gemäss Zugerischer Praxis weder die funktionelle noch die sachliche Kompetenz zu, über den Entzug der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde zu entscheiden, wenn die verfügende Behörde den sofortigen Vollzug ihrer Verfügung nicht für notwendig erachtet (vgl. Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug, GVP 1981/82, S. 201). Es bleibt daher zu prüfen, ob allenfalls dem Regierungsrat als Gesamtbehörde in seiner Funktion als Beschwerdeinstanz die Aufgabe zukommt, den Entscheid über den Entzug der aufschiebenden Wirkung einer Verwaltungsbeschwerde zu treffen, wenn die anordnende Behörde diese Massnahme nicht beschliesst.

4. a) Wie bereits unter Ziffer 3b ausgeführt, kann gemäss den Vorschriften des VRG des Kantons X. einzig die anordnende Behörde den Entzug der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde anordnen. Der Regierungsrat wäre somit gemäss dem Wortlaut der Bestimmung von § 45 Abs. 1 VRG nicht zuständig, diesen Entscheid zu treffen.

b) Da es sich vorliegend um Beschwerden im Bereich des Kindesrechts handelt, wo in bestimmten Teilbereichen bundesrechtliche Verfahrensvorschriften bestehen, bleibt zu prüfen, ob das Bundesrecht eine entsprechende Regelung enthält, wonach die Beschwerdeinstanz die Aufgabe hat, über den Entzug der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde zu entscheiden. Bei der Anordnung von Kinderschutzmassnahmen wird das Verfahren durch Art. 314 ZGB festgelegt. Ziffer 2 dieser Bestimmung lautet: «Hat eine Beschwerde gegen eine Kinderschutzmassnahme aufschiebende Wirkung, so kann ihr diese von der anordnenden oder von der Beschwerdeinstanz entzogen werden.» Sofern sich eine Verwaltungsbeschwerde also gegen eine Kinderschutzmassnahme richtet, ist der Regierungsrat also aufgrund von Art.

314 Ziffer 2 zuständig, den Entscheid über den Entzug der aufschiebenden Wirkung dieses Rechtsmittels zu treffen.

c) Kindesschutzmassnahmen dienen dazu, das Wohl des Kindes zu bewahren oder wiederherzustellen, sobald dieses aufgrund einer konkreten Gefährdungslage bedroht ist. Bei Wegfall der Gefährdung sind die Massnahmen aufzuheben (vgl. Peter Breitschmid, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 2. Auflage, Basel 2002, N 4 und N 20 zu Art. 307). Verändern sich die Verhältnisse, so sind die Massnahmen zum Schutz des Kindes der neuen Lage anzupassen. Die angeordneten Massnahmen können somit jederzeit abgeändert werden (vgl. BGE 120 II 386 E. 4d). Eine bestimmte Dauer der Massnahme lässt sich daher in der Regel nicht festlegen. Kindesschutzmassnahmen haben daher naturgemäss eher vorsorglichen Charakter. In den Artikeln 307–311 ZGB führt das Gesetz die zum Kindesschutz geeigneten Massnahmen auf. Unter anderem ist auch die Anordnung einer Beistandschaft, wie sie in den Ziffern 1 und 4 des gemeinderätlichen Beschlusses angeordnet wird, eine solche Massnahme.

d) Im vorliegend zu beurteilenden Fall ficht der Vater mit seiner Beschwerde aber lediglich Ziffer 2 des gemeinderätlichen Beschlusses an, worin die Anordnungen in Bezug auf die Festlegung des persönlichen Verkehrs getroffen werden. Er hält dies in seiner Beschwerdeschrift ausdrücklich fest, indem er ausführt, der Umstand, dass der Gemeinderat von X. gleichzeitig eine Besuchsrechtsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB angeordnet habe, bilde nicht Gegenstand seiner Beschwerde.

Gemäss herrschender Lehre gilt die Regelung des persönlichen Verkehrs jedoch nicht als Kindesschutzmassnahme (vgl. Cyril Hegnauer, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, 2. Abteilung, 2. Teilband, Stämpfli Verlag Bern 1997, N 38 zu Art. 275 ZGB).

e) Damit steht fest, dass der Vater nicht eine Kindesschutznahme gemäss Art. 307 ff. ZGB anfecht, sondern einzig die in Ziffer 2 des gemeinderätlichen Beschlusses angeordnete Neuregelung des persönlichen Verkehrs, die gestützt auf Art. 273 Abs. 2 und 3 ZGB getroffen wurde.

f) Im Sinne eines vorläufigen Zwischenergebnisses ist daher festzuhalten, dass Art. 314 Ziffer 2 ZGB, wonach die Beschwerdeinstanz der Verwaltungsbeschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen kann, nicht zur Anwendung kommt, weil es sich bei den Anordnungen zur Regelung des persönlichen Verkehrs nicht um eine Kindesschutzmassnahme im Sinne dieser Bestimmung handelt.

Aufgrund der Ausführungen unter Ziffer 3b steht ausserdem fest, dass das zugerische Verfahrensrecht die sachliche Zuständigkeit für den Entzug der aufschiebenden Wirkung einzig der anordnenden Behörde zuweist. Wie

bereits erwähnt, muss demnach die funktionelle und sachliche Zuständigkeit des Regierungsrates, gestützt auf § 45 Abs. 1 VRG, verneint werden. Die Beschwerdeinstanz könnte auf den Antrag der Beschwerdeführerin daher nicht eintreten.

5. a) Jedoch ist die sachliche Zuständigkeit des Regierungsrates, über den Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde zu entscheiden, aufgrund von § 17 VRG gegeben. Denn der Entzug der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde stellt eine verfahrensleitende Verfügung dar, die sich auf die Verfahrensbeteiligten auswirkt wie eine vorsorgliche Massnahme. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen hat – gemäss § 17 VRG – die für den Entscheid in der Hauptsache zuständige Behörde, im vorliegenden Fall somit der Regierungsrat, zu treffen.

b) Nach § 17 VRG angeordnete Massnahmen dienen der Erhaltung des Zustandes oder zur Sicherung bedrohter rechtlicher Interessen. Mit der Anordnung vorsorglicher Massnahmen wird bezweckt, einen umfassenden und effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten. Sie sind das Mittel, um die Wirksamkeit des nachfolgend zu erlassenden Entscheids in der Hauptsache sicherzustellen, indem sie die Schaffung vollendeter Tatsachen verhindern und so die angestrebte tatsächliche Überprüfung von Rechtsverhältnissen sichern (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Schulthess Verlag Zürich, 2. Auflage 1999, N 5 zu § 6).

c) Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass die angeordnete Regelung offenbar nur infolge besonderer Dringlichkeit erlassen wurde und nur vorübergehend Geltung haben soll. Denn in Ziffer 8 des angefochtenen Entscheides führt der Gemeinderat aus, es erscheine zum Wohl von A. und E. **dringend nötig**, klare und den bisherigen Umständen gerecht werdende Besuchszeiten festzulegen. Gemäss den Ausführungen in Ziffer 10, wird der Gemeinderat jedoch gestützt auf den Rechenschaftsbericht des eingesetzten Beistandes für das Jahr 2003 über ein weitergehendes Besuchsrecht zu befinden haben. Die bloss vorübergehende Festlegung des Besuchsrechts wird auch in Ziffer 2 des Dispositivs ausdrücklich festgehalten, danach wird der persönliche Verkehr «**vorläufig**» im nunmehr angefochtenen Umfang festgelegt.

Würde im vorliegenden Beschwerdeverfahren der väterlichen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen, wäre das vom Gemeinderat in Ziffer 2 des Beschlusses angeordnete Besuchsrecht bereits während des Beschwerdeverfahrens zu vollziehen. Folglich würde das Besuchsrecht des Vaters auf vierzehntägliche Wochenendbesuche reduziert. Wie bereits dargelegt, begründet der Gemeinderat die Reduktion des Besuchsrechts mit der zur Gewährleistung des Kindeswohls erforderlichen Dringlichkeit. Die Sicherstellung der Wirksamkeit des zu erlassenden Entscheids in der Hauptsache, nämlich das Wohl der Kinder zu schützen bzw. zu erhalten, kann aber nur gewährleistet werden, wenn die angeordnete Regelung des Besuchsrechts bereits während des Be-

schwerdeverfahrens vollzogen wird. Dies bedeutet, dass zur Sicherung der bedrohten rechtlichen Interessen der Kinder – nämlich dem Schutz ihres Wohls – der Erlass einer vorsorglichen Massnahme notwendig ist.

d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Zuständigkeit des Regierungsrates über den Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde zu entscheiden, gegeben ist. Denn der Regierungsrat kann gestützt auf § 17 VRG eine vorsorgliche Massnahme erlassen, sofern dies zur Sicherung der bedrohten rechtlichen Interessen der Kinder notwendig ist. Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt. Damit sind sämtliche formellen Voraussetzungen erfüllt, um materiell auf den Antrag der Beschwerdeführerin eintreten zu können. (...)

Regierungsrat, 18. November 2003

Art. 38 Ziff. 2 Abs. 1 StGB – Dem Amt für Straf- und Massnahmenvollzug kommt bei der Festsetzung der Dauer von Probezeit und Schutzaufsicht ein erhebliches Ermessen zu. Prüfung ob das ihm zustehende Ermessen i.c. überschritten wurde.

Aus dem Sachverhalt:

A. Das Strafgericht des Kantons Zug verurteilte A mit Urteil vom 23. Oktober 1998 wegen diverser Delikte zu einer Strafe von sieben Monaten Gefängnis unter Anrechnung der Untersuchungshaft von 10 Tagen. Dagegen erhob A Berufung beim Strafobergericht. Unter teilweiser Gutheissung der Berufung verurteilte ihn das Obergericht mit Urteil vom 21. Dezember 1999 zu fünf Monaten Gefängnis unter Anrechnung der Untersuchungshaft. Das Bundesgericht trat auf die von A erhobene Nichtigkeitsbeschwerde mit Entscheidung vom 10. Februar 2000 nicht ein; seine staatsrechtliche Beschwerde wurde abgewiesen.

B. Die vom Amt für Straf- und Massnahmenvollzug anberaumten Vollzugsbesprechungen wurden immer wieder verschoben, zunächst unter Hinweis auf das von A eingereichte Revisionsgesuch, später infolge seiner Erkrankung oder unaufschiebbarer geschäftlicher Belange. Nachdem A auch zu der schliesslich auf den 11. Februar 2002 angesetzten Vollzugsbesprechung nicht erschienen war, erfolgte am 18. Februar 2002 die Vorladung zum Strafvollzug auf den 8. April 2002. Dieser Aufforderung leistete A keine Folge; auch den auf 31. Juli 2002 angesetzten Termin zum Strafantritt liess er verstreichen. Am 5. August 2002 erfolgte die Ausschreibung, am 16. August 2002 wurde A in X verhaftet und am 19. August 2002 in die Strafanstalt eingewiesen. Nach kurzer Abklärung seiner gesundheitlichen

Situation im Kantonsspital wurde A am 20. August 2002 in die Strafanstalt Schöngrün verlegt. Gemäss Bericht der Anstaltsleitung erwies er sich zunächst als aufwändiger Insasse, der den Sozialdienst sowie den Gesundheitsdienst weit über das übliche Mass hinaus beanspruchte; ansonsten wurde ihm ein klagloses Verhalten attestiert. Die Anstaltsleitung stimmte deshalb dem Antrag von A auf bedingte Entlassung nach Verbüßung von 2/3 der gegen ihn verhängten Strafe, d.h. auf den 14. November 2002, zu, dies allerdings unter der Bedingung, dass seine Tagesstruktur sowie die Wohnsituation geregelt seien. Seitens des Amts für Straf- und Massnahmenvollzugs fanden in der Folge verschiedene Gespräche mit den zuständigen Sozialdiensten sowie mit A selber statt, bei denen insbesondere die Themen Wohnen, Arbeit und Finanzen besprochen wurden.

C. Am 5. November 2002 verfügte das Amt für Straf- und Massnahmenvollzug die bedingte Entlassung von A aus dem Strafvollzug auf den 14. November 2002. Gleichzeitig wurde eine Probezeit von zwei Jahren angesetzt und A für die Dauer der Probezeit unter Schutzaufsicht gestellt. Diese bedingte Entlassung erfolgte unter Berücksichtigung seines klaglosen Verhaltens im Vollzug. Es wurde der Erwartung Ausdruck gegeben, «dass sich A in der Freiheit wohl verhalten und mit Hilfe der Schutzaufsicht seine Probleme angehen und lösen» könne.

D. Gegen diese Verfügung reichte A mit Eingabe vom 22. November 2002 Beschwerde beim Regierungsrat ein mit den Anträgen, es sei die Probezeit aufzuheben und die Schutzaufsicht habe per 14. November 2002 als aufgelöst zu gelten. Zur Begründung führte er lediglich aus, zum einen habe er wieder an sein Domizil zurückkehren können, zum andern könne er auch wieder in seinen «angestammten Job» arbeiten, da seine Klientel Verständnis für seine Situation zeige.

E. Mit Vernehmlassung vom 22. Januar 2003 beantragt das Amt für Straf- und Massnahmenvollzug sinngemäss die Abweisung der Beschwerde. Sie führt dazu im wesentlichen folgendes aus: Der Entscheid, eine zweijährige Probezeit mit Schutzaufsicht anzuordnen, sei gefällt worden nach verschiedenen Gesprächen mit A und nach ausführlichen Abklärungen betreffend seiner konkreten Lebenssituation sowie gestützt auf den Antrag der Strafanstalt Schöngrün bezüglich der bedingten Entlassung. Dabei sei insbesondere berücksichtigt worden, dass das Rückfallrisiko als hoch einzuschätzen sei. Dieser Gefahr könne, wie dies auch die Anstaltsleitung ausgeführt habe, nur dann begegnet werden, wenn die soziale Situation von A d.h. insbesondere die Bereiche Wohnen, Arbeit und Finanzen bzw. Schuldensanierung, Suchtmittelproblematik sowie soziale Kontakte im Rahmen der Schutzaufsicht konkret angegangen und bearbeitet werden könnten. Hinzu komme, dass A anlässlich der mit ihm geführten Gespräche im Hinblick auf seine bedingte Entlassung sich nie gegen die Anordnung einer Schutzaufsicht ausgesprochen habe.

Aus den Erwägungen:

1. a. Gemäss Art. 38 Ziff. 2 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0; StGB) bestimmt die zuständige Behörde dem bedingt Entlassenen eine Probezeit, während der er unter Schutzaufsicht gestellt werden kann. Die Probezeit beträgt mindestens ein und höchstens fünf Jahre.

b. Demnach entspricht die Anordnung einer Probezeit für einen bedingt Entlassenen einer gesetzlichen Vorschrift. Es liegt demnach nicht im Ermessen der für den Strafvollzug zuständigen Behörde darüber zu entscheiden, ob eine Probezeit angeordnet wird oder nicht. Die zuständige Behörde kann aufgrund der im Einzelfall vorliegenden Verhältnisse und Umstände im Rahmen pflichtgemässen Ermessens lediglich darüber befinden, wie lange die Probezeit dauert und ob zusammen mit der Probezeit gleichzeitig auch eine Schutzaufsicht anzuordnen ist.

2. Die Dauer der Probezeit bemisst sich gemäss Lehre und Praxis im wesentlichen nach Massgabe der konkreten Rückfallgefahr (Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkomentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 38 N 13 mit Verweisen). Die Schutzaufsicht oder Bewährungshilfe wiederum ist gemäss Gesetzeswortlaut von Art. 38 StGB nur während der Dauer der Probezeit überhaupt möglich. Und ob eine Unterstellung unter die Schutzaufsicht erfolgt oder nicht, ist davon abhängig zu machen, ob die damit verbundene Unterstützung und Begleitung des Betroffenen zur Verhinderung neuer Straftaten erforderlich erscheint.

3. a. Grundsätzlich steht dem Regierungsrat beim Entscheid über eine Verwaltungsbeschwerde gemäss § 42 Abs. 1 VRG die freie Überprüfungsbeugnis zu. Dies bedeutet, dass alle tatbeständlichen Mängel des angefochtenen Entscheides wie auch alle Mängel bezüglich der Auslegung und Anwendung von Rechtssätzen sowie Verfahrensmängel vollumfänglich geprüft werden können. Nun ist gemäss Lehre und Rechtsprechung anerkannt, dass diese freie Kognition dann ohne Verstoss gegen Art. 9 (aArt. 4) der Bundesverfassung (SR 101; BV) eingeschränkt werden kann, «soweit die Natur der Streitsache einer unbeschränkten Nachprüfung der angefochtenen Verfügung entgegensteht» (BGE 99 Ia 590; vgl. auch Imboden Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 6. Auflage, Nr. 67 B IIIc mit Verweisen). Dies ist gemäss BGE 106 Ia 1 dann der Fall, «wenn die Rechtsmittelbehörde die dem angefochtenen Entscheid zugrundeliegenden tatsächlichen Verhältnisse nicht in gleicher Weise wie die untere Instanz zu beurteilen vermag und es ihr deshalb verwehrt ist, ihr Ermessen an die Stelle desjenigen der Vorinstanz zu setzen». Die Rechtsmittelbehörde kann demnach ihre an sich freie Kognition dann ohne Verletzung des Willkürverbots beschränken, wenn sie über Beurteilungen und Wertungen von Verhaltensweisen, bestimmten Eigenschaften und/oder Leistungen von einzelnen Personen zu befinden hat. Denn -

anders als die Vorinstanz – kann die Rechtsmittelbehörde nicht alle Faktoren, die zu einer bestimmten Qualifikation geführt haben, kennen oder sich im nachhinein ein zuverlässiges Bild darüber verschaffen.

Gleich wie beispielsweise bei Schulnoten oder Arbeitszeugnissen ist es der Rechtsmittelinstanz auch im vorliegenden Fall objektiv nicht möglich, sich über die aufgrund persönlicher Gespräche mit dem Beschwerdeführer gewonnenen Eindrücke sowie über dessen Verhaltens- und Denkweisen ein rein sachliches Gesamtbild zu machen. Denn der dabei gewonnene und für den Entscheid über die Notwendigkeit und Dauer der Probezeit und der Schutzaufsicht bestimmende Gesamteindruck ist von zu vielen subjektiven Einschätzungen mitbestimmt. Er könnte auch durch entsprechende Beweiserhebungen nicht mehr umfassend rekonstruiert werden.

b. Aufgrund dieser Ausführungen ergibt sich, dass der Regierungsrat im vorliegenden Fall sich darauf beschränken muss und beschränken darf zu prüfen, ob das Amt für Straf- und Massnahmenvollzug bei der vom Beschwerdeführer gerügten Anordnung bzw. Dauer von Probezeit und Bewährungshilfe sein pflichtgemässes Ermessen verletzt hat.

4. a. Zur Beurteilung der Frage, für welche Dauer die Probezeit und eine gleichzeitige Schutzaufsicht anzuordnen ist, hat die Leiter/Leiterinnen-Konferenz des Konkordats der Nordwest- und Innerschweiz über den Vollzug von Strafen und Massnahmen vom 26. März 1956 (BGS 332.22) einen ausführlichen Kriterienkatalog erarbeitet. Anhand der Gewichtung der einzelnen Kriterien wird darüber entschieden, ob im konkreten Einzelfall zur Verhinderung möglicher Rückfälle bzw. erneuter Delinquenz eine Schutzaufsicht für welche Zeitspanne anzuordnen ist.

Dabei ist zum einen die Frage einer möglichen Rückfallgefahr, zum andern die persönliche und berufliche Situation nach der Entlassung zu beurteilen; ebenso wird beurteilt und gewichtet, ob bzw. inwieweit der Betroffene selber aufgrund seiner Situation eine Hilfeleistung durch die Bewährungshilfe als notwendig, wichtig und/oder hilfreich erachtet. Diese individuelle Beurteilung hat aufgrund verschiedener Gespräche mit dem allenfalls bedingt zu Entlassenden zu erfolgen sowie aufgrund von umfassenden Abklärungen in der Vollzugsanstalt, allenfalls auch in Rücksprache mit Behörden, die mit dem Betroffenen bereits befasst sind oder waren.

b. Die diesbezüglichen, den Beschwerdeführer betreffenden Erhebungen haben ganz offensichtlich ergeben, dass die Anordnung einer zweijährigen Schutzaufsicht dringend angezeigt ist. Zum einen wird das Rückfallrisiko als hoch eingeschätzt. Dies insbesondere auch aufgrund der vom Beschwerdeführer nunmehr verbüsst Straftaten und nicht zuletzt aufgrund der von ihm sowohl im Verlauf des damaligen Strafverfahrens als auch im Verlauf des Strafvollzugs noch immer an den Tag gelegten Einsichtslosigkeit bezüglich seines Verschuldens sowie angesichts seiner Tendenz, die von ihm wie-

derholt begangenen Vermögensdelikte zu bagatellisieren. Zum andern hat sich ergeben, dass er ganz offensichtlich kaum über soziale Kontakte, sei es zu Angehörigen oder zu Dritten, verfügt, die ihn tatkräftig und positiv unterstützen und beeinflussen könnten. Auch wenn er nach seiner Entlassung bei einem Bekannten unterkommen konnte, so scheint es sich dabei eher um ein vorübergehendes und nicht um ein festes Domizil zu handeln. Hinzu kommt, dass auch seine berufliche Situation wenig gesichert erscheint. Zwar betreibt er gemäss eigenen Angaben gegenüber der Anstaltsleitung Schöngrün eine eigene Firma und hat auch in seiner Beschwerdeschrift bekräftigt, seine Klientel zeige Verständnis für seine Situation; dennoch scheinen gewisse Zweifel hinsichtlich der Beständigkeit seiner beruflichen Situation angebracht. Auch ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer bereits in erheblichem Mass verschuldet ist und kaum Übersicht über seine finanzielle Lage hat. Überdies war beim Beschwerdeführer eine gewisse Suchtmittelproblematik auszumachen, die es nicht zuletzt auch im Hinblick auf eine deliktsfreie Zukunft anzugehen gilt. Und schliesslich gilt es dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Beschwerdeführer über keine Kontakte zu anderen Institutionen, Behörden oder Fachpersonen verfügt, die den Beschwerdeführer nach seiner Entlassung beraten und betreuen oder ihm im Bedarfsfall bei der Lösung der verschiedenen Probleme beistehen könnten. So hat denn auch der Beschwerdeführer selber gegenüber dem Amt für Straf- und Massnahmenvollzug die Anordnung einer Bewährungshilfe bzw. einer Schutzaufsicht nicht abgelehnt.

b. Aufgrund dieser Erwägungen ergibt sich, dass das Amt für Straf- und Massnahmenvollzug bei der Festsetzung der Dauer von Probezeit und Schutzaufsicht gemäss Art. 38 Ziff. 2 Abs. 1 StGB das ihm zustehende Ermessen nicht überschritten hat, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

Regierungsrat, 11. März 2003

C. Grundsätzliche Stellungnahmen

Datenschutzpraxis

Vorbemerkungen

Zentrale Rechtsgrundlage in den Bereichen Datenschutz und Datensicherheit ist für die öffentliche Verwaltung das Datenschutzgesetz des Kantons Zug vom 28. September 2000¹ (im Folgenden: DSG).

Ein Hinweis zu den Befugnissen des Datenschutzbeauftragten (im Folgenden: DSB): Gemäss § 20 Abs. 2 DSG kann der Datenschutzbeauftragte bei Verletzung von Datenschutzvorschriften das Organ auffordern, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Wird die Aufforderung nicht befolgt oder abgelehnt, kann die Angelegenheit dem Gemeinderat (in gemeindlichen Angelegenheiten) beziehungsweise dem Regierungsrat (in kantonalen Angelegenheiten) unterbreitet werden. Werden in gemeindlichen Angelegenheiten die erforderlichen Massnahmen durch den Gemeinderat nicht ergriffen, so kann der DSB eine Stellungnahme an die Direktion des Innern als allgemeinem Aufsichtsorgan² der Gemeinden richten. Anschliessend kann die Angelegenheit dem Regierungsrat unterbreitet werden.

Lehnt der Regierungsrat die Empfehlung des DSB ab, so ist der verwaltungsinterne Weg erschöpft. Aufgrund von § 19 Abs. 1 Bst. f DSG besteht allerdings die Möglichkeit, die *Öffentlichkeit* über wesentliche Anliegen des Datenschutzes zu orientieren.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der DSB grundsätzlich³ *keine Weisungsbefugnisse* hat. Der Datenschutz soll durch *Information, Beratung* und *Empfehlung* umgesetzt werden.

Im Folgenden werden sechs Fälle aus der DSB-Beratung zusammengefasst. Weitere Beispiele und die Ausleuchtung der datenschutzrechtlichen Praxis findet sich in den ausführlichen Tätigkeitsberichten⁴ des DSB.

¹ BGS 157.1

² § 42 Ziff. 3 Kantonsratsbeschluss über die Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen (BGS 151.1).

³ Ausnahme: Gemäss § 19 Abs. 1 Bst. g kann der DSB gegenüber Datenschutzstellen der Gemeinden und der kantonalen Direktionen Weisungen erteilen. Bis anhin haben jedoch weder Gemeinden noch kt. Direktionen von der Möglichkeit, eigene Datenschutzstellen zu schaffen, Gebrauch gemacht (Stand: 15. April 2004).

⁴ Kostenlos beim DSB zu bestellen sowie auf der Web-Site des DSB: [«www.datenschutzzug.ch»](http://www.datenschutzzug.ch) zugänglich.

I. Verletzt der Modus der brieflichen Abstimmung das Abstimmungsgeheimnis?

Fragestellung

Im Nachgang zu Wahlen und Abstimmungen beanstanden Privatpersonen immer wieder, der Zuger Modus der brieflichen Stimmabgabe verletze das Stimmgeheimnis, weil auf dem Rücksendeumschlag der Name der stimmenden Person aufgeführt ist.

Diese Thematik führte übrigens bereits 2001 zu einer als erheblich erklärten Motion⁵. Der DSB gab gegenüber dem Regierungsrat die folgende Stellungnahme ab.

Aus den Empfehlungen

1. Rechtslage gemäss kantonalem Recht

Das Gesetz über die Wahlen und Abstimmungen (WAG, BGS 131.1) sieht in § 13 Abs. 2 und Abs. 3 ausdrücklich folgendes vor:

«² Der Stimmrechtsausweis ist in Kuvertform anzufertigen und dient zugleich der Zustellung des Stimm-Materials sowie als Rücksendekuvert für die briefliche Stimmabgabe. Folgende Angaben sind aufzudrucken: Bezeichnung und Datum der Wahl oder Abstimmung sowie Ort und Öffnungszeiten der Haupt- und Nebenurnen in der betreffenden Gemeinde.

³ Auf dem Stimmrechtsausweis sind die Personalien des betreffenden Stimmberechtigten anzugeben (Name, Vorname, Geburtsdatum und Adresse).»

Die bisherige Handhabung entspricht somit dem massgeblichen Zuger Recht.

2. Bundesrecht

Im Zusammenhang mit Abstimmungen und Wahlen auf Bundesebene sind zwingend die entsprechenden Bundesvorschriften zu beachten. Art. 8 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (SR 161.1) sieht bezüglich der brieflichen Stimmabgabe vor:

«Die Kantone sorgen für ein einfaches Verfahren der brieflichen Stimmabgabe. Sie erlassen insbesondere Bestimmungen, um die Kontrolle der Stimmberechtigung, **das Stimmgeheimnis und die Erfassung aller Stimmen zu gewährleisten und Missbräuche zu verhindern.**»

⁵ Motion Stuber/Schmid (vom 8. Januar 2001, Vorlage Nr. 863.1/Laufnummer 10413), die entgegen dem Bericht und Antrag des Regierungsrates (vom 28. August 2001; Vorlage 863.2/Laufnummer 10679) durch den Kantonsrat erheblich erklärt worden ist.

Die Anforderungen des Bundes (ebenso die Rechtsprechung des Bundesgerichts) bezüglich der Garantie des Stimmgeheimnisses sind *sehr streng*. Es ist deshalb jede auch noch so konstruierte Möglichkeit einer Verletzung des Stimmgeheimnisses auszuschliessen.

3. Zwischenergebnis

Ob das Zuger Vorgehen mit aufgeführter Absendeadresse bundesrechtswidrig ist, und somit ohne Weiteres nicht anzuwenden ist, kann hier offen gelassen werden. Ebenso, ob der Bundesrat gestützt auf Art. 91 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die politischen Rechte bei näherer Prüfung der Sachlage die erfolgte Genehmigung entziehen würde.

Es liegt jedenfalls auf der Hand, dass die Verwendung eines neutralen Rückantwortumschlags – ein Vorgehen, das denn auch die meisten Kantone gewählt haben – dem Bundesrecht klar *besser entspricht*.

4. Empfehlung

Um die bundesrechtlichen Vorgaben bezüglich des Stimmgeheimnisses in jedem Fall zu erfüllen, ist möglichst umgehend ein Vorgehen zu wählen, das auf die Angaben zur Person des Abstimmenden auf dem Rücksendeumschlag *verzichtet* (vgl. etwa die Lösungen der Kantone Luzern, Nidwalden, Obwalden oder Zürich).

5. Ergänzender Hinweis zum Vorgehen

Von Seiten der Direktion des Innern wurde offenbar die Meinung vertreten, dass die vorliegende Frage erst im Rahmen einer Totalrevision des Gesetzes über die Wahlen und Abstimmungen gelöst werden könne und bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts zwingend dem noch geltenden § 13 WAG nachgelebt werden müsse. Diese Ansicht hat denn auch der Regierungsrat im Bericht und Antrag vom 28. August 2001 bezüglich der Motion Stuber/Schmid vertreten.

Auch wenn hier die Frage offen gelassen wird, ob § 13 WAG gegen Bundesrecht verstösst, und damit ohnehin nicht zu beachten ist, kann m.E. eine klare Verbesserung der Beachtung des Stimmgeheimnisses auch ohne entsprechende Gesetzesänderung in der Praxis umgesetzt werden. Dies umso eher, als die vorliegende Frage absolut unbestritten sein dürfte – der Zeitpunkt des Inkrafttretens eines revidierten WAG jedoch vermutlich noch erdauert werden muss.

Gleichzeitig können dadurch die Anliegen der Motion Stuber/Schmid in dieser Sache umgesetzt werden.

Um die Frage abschliessend zu klären, ob die in § 13 WAG getroffene Lösung nicht bundesrechtswidrig, und damit ohne Weiteres unbeachtlich ist, könnte es sinnvoll sein, von der Bundeskanzlei, welche die diesbezüglichen Genehmigungsbeschlüsse für den Bundesrat vorbereitet, eine Stellungnahme zu verlangen.

6. Ausblick

Der Regierungsrat hat die Direktion des Innern im Januar 2004 beauftragt, bis März 2004 eine entsprechende Revision des Wahlgesetzes auszuarbeiten. Ziel ist, dass die neue Regelung am 1. Januar 2005 in Kraft tritt.

II. Muss das Grundbuchamt der Steuerbehörde unaufgefordert Daten bekannt geben?

Ausgangslage

Gewisse Rechtsgeschäfte sind gemäss § 189 Abs. 3 Steuergesetz/StG Handänderungen an Grundstücken gleichgestellt und unterliegen deshalb der Grundstückgewinnsteuer. Diese Verträge können ohne Mitwirkung der gemeindlichen Urkundsperson abgeschlossen und zur Eintragung ins Grundbuch angemeldet werden.

Gemäss § 192 StG ist die veräussernde Person steuerpflichtig und hat innerhalb von 60 Tagen der Veranlagungsbehörde eine Steuererklärung einzureichen (§ 200 StG).

Fragestellung

Darf – beziehungsweise muss – das Grundbuchamt dem zuständigen Grundstückgewinnsteueramt von sich aus, somit unaufgefordert, Meldung solcher Rechtsgeschäfte bekannt geben? Bejahendenfalls: Im Einzelfall? Systematisch?

Aus den Empfehlungen

Die Frage der Datenbekanntgabe an die Steuerbehörde ist *explizit* in § 110 StG unter der Überschrift «Amtshilfe anderer Behörden» geregelt. Demgemäss haben Verwaltungsbehörden den Steuerbehörden *auf Verlangen* aus ihren Akten *Auskunft* zu erteilen. Sie *können* – müssen aber nicht – von sich aus den Steuerbehörden Mitteilung machen, wenn sie vermuten, dass eine unvollständige Versteuerung besteht.

Im Weiteren ist im Bereich der Grundstückgewinnsteuer in § 187 Abs. 4 StG festgehalten, dass das Grundbuchamt aus seinen Akten *Auskunft* zu erteilen hat.

Bei der Amtshilfe geht es stets um *konkrete Einzelfälle*, nicht dagegen um *systematische* Erhebungen. Dies ergibt sich hier direkt aus dem *klaren Wort-*

laut der Bestimmung: die Steuerverwaltung hat dem Organ im Zusammenhang mit einem ganz bestimmten Fall *Fragen zu stellen*. Das angefragte Organ hat andererseits gemäss dem Wortlaut *Auskunft* zu erteilen. Die Auskunft kann mündlich oder schriftlich erfolgen.

Das angefragte Organ muss jedoch gemäss Steuergesetz *keine Akteneinsicht* gewähren – weder aufgrund von § 110 StG noch aufgrund von § 187 StG.

Diese Auslegung entspricht denn auch dem in der Schweiz üblichen Verständnis des verwaltungsrechtlichen Begriffs der Amtshilfe.

Vgl. dazu etwa die reichhaltige und aktuelle Praxis des Bundesgerichts betr. internationaler Amtshilfeverfahren in Steuersachen, etwa BGer-Urteil vom 15. Februar 2002/2A. 434/2001/sch.:

«Wie jedes staatliche Handeln hat auch die Amtshilfe verhältnismässig zu sein. Verboten sind reine Beweisausforschungen («fishing expeditions»), wobei indessen nicht die gleich strengen Regeln gelten können wie bei der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen. Die ersuchende Behörde muss im Amtshilfeverfahren den relevanten Sachverhalt darstellen, die gewünschten Auskünfte bzw. Unterlagen *konkret* bezeichnen und den Grund ihres Ersuchens nennen. Dabei ist zu beachten, dass ihr in der Regel die Überwachung des Marktgeschehens schlechthin obliegt, weshalb an diesem breiten Auftrag zu messen ist, ob hinreichende Verdachtsmomente bestehen, welche die Gewährung der Amtshilfe rechtfertigen. Ausgeschlossen ist jedoch die Übermittlung von Informationen über Personen, die offensichtlich nicht in die zu untersuchende Angelegenheit verwickelt sind (Art. 38 Abs. 3 letzter Satz BEHG; BGE 126 II 409 E. 5a S. 413 f., mit Hinweisen).»

Vgl. dazu auch etwa VPB 62.20, Datenschutz und Amtshilfe im Ausländerrecht, 17. November 1997:

«... Andererseits besteht die Pflicht zur Amtshilfe nicht uneingeschränkt. Vielmehr gilt es, Abwägungen vorzunehmen. Ebenso sind gewisse Verfahrensgrundsätze zu beachten. Allgemein, d. h. vorbehaltlich anderslautender Vorschriften, lässt sich insofern sagen, *dass Amtshilfe auf Ersuchen und im Einzelfall* zu erfolgen hat. Das Amtshilfegesuch ist *zu begründen* und die ersuchte Behörde muss gestützt hierauf prüfen, ob der Amtshilfebehandlung überwiegende öffentliche oder private Interessen bzw. besondere Geheimhaltungsvorschriften entgegenstehen (institutionelle und materielle Schranken der Amtshilfe).»

Vgl. auch den Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, Richner/Frei/Kaufmann, Zürich 1999/2001, S. 792–796, zum praktisch gleich wie § 110 StG ZG lautenden § 121 des Zürcher StG.

Sowie Handkommentar zum DBG, Richner/Frei/Kaufmann, Zürich 2003, S. 854–857, zum praktisch gleich wie § 110 StG lautenden Art. 112 («Amtshilfe anderer Behörden») DBG.

Fazit

Die Steuerbehörde kann gestützt auf § 110 StG von anderen Organen (unter Einschluss des Grundbuchamtes) Auskunft in *bestimmten, genau bezeichneten Einzelfällen* verlangen.

Das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Transparenzprinzip verlangen, dass die fraglichen Daten vorerst beim Steuerpflichtigen selber erhoben werden müssen. Die Amtshilfe greift somit erst, wenn die für die Steuerbehörden notwendigen Daten vom Steuerpflichtigen nicht bekannt gegeben werden (bzw. konkreter Anlass vorliegt, dass die bekannt gegebenen Daten nicht korrekt sind).

Für systematische Erhebungen bildet § 110 StG dagegen *keine* Rechtsgrundlage.

Es ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass der Steuerpflichtige gemäss § 200 StG von sich aus die Steuerbehörden darauf hinzuweisen hat, dass ein gemäss § 189 StG der Steuerpflicht unterliegendes Rechtsgeschäft vorgenommen wurde. Kommt der Steuerpflichtige diesen gesetzlichen Verpflichtungen nicht nach, löst dies – wie ganz allgemein bei Steuerhinterziehung/Steuerbetrug – die entsprechenden Sanktionen gemäss §§ 203–228 StG nach sich.

Hinweis de lege ferenda

Sollte der Gesetzgeber der Überzeugung sein, dass hier ein Missstand besteht, der zu beheben ist, so steht es ihm selbstverständlich frei, im *Steuergesetz*⁶ eine explizite Änderung vorzunehmen, um einen systematischen Datenaustausch zwischen dem Grundbuchamt und den zuständigen Steuerbehörden vorzusehen.

III. Darf die Steuerverwaltung Druckaufträge an ein privates Unternehmen auslagern?

Ausgangslage

Bis anhin wurden sämtliche bei der Steuerverwaltung anfallenden Massendruckaufträge *verwaltungsimtern* gedruckt und verpackt (zu druckende Dokumente: Eröffnung der Hauptveranlagung, Begründung von Veranlagungen, Abrechnung der Quellensteuer, Einspracheentscheide, Rückerstattungsentscheide, Rechnungen, Mahnungen, Steuerauscheidungen etc.).

⁶ Ungenügend wäre eine Regelung auf Verordnungsstufe, da die jetzige Regelung im Steuergesetz statuiert ist.

Neu sollen diese Druckaufträge an ein *privates Unternehmen* ausgelagert werden. Ist dies rechtlich zulässig – oder stehen dem datenschutzrechtliche bzw. datensicherheitsrechtliche Vorschriften entgegen?

Aus den Empfehlungen

1. Grundsätzliches

Bei der Datenbearbeitung, wie sie im vorliegenden Rahmen geplant ist, handelt es sich in jeder Beziehung um einen *äusserst sensiblen* Bereich. Einerseits, was die einzelnen Daten selber betrifft, andererseits auch, was mögliche Folgen von Fehlmanipulationen, Kenntnisnahme durch Unbefugte oder gar absichtliche Schädigungen betrifft. Finden beispielsweise Auszüge aus Zuger Steuerdaten den Weg in die Medien, können gravierende Persönlichkeitsverletzungen, aber auch der Vertrauensverlust in die Zuger Steuerverwaltung (bzw. in die kantonale Zuger Verwaltung überhaupt) resultieren.

Grundsätzlich können solche Ereignisse auch bei der Datenbearbeitung durch die Verwaltung selber nie ganz ausgeschlossen werden. In personeller Hinsicht ist jedoch zu beachten, dass die Verwaltungsmitarbeitenden dem Steuergeheimnis (bzw. dem Amtsgeheimnis) unterstehen, Widerhandlungen somit auch durch das Strafrecht sanktioniert werden können.

2. Zwischenergebnis

Aus Gründen des Datenschutzes bzw. der Datensicherheit ist die vorliegende Datenbearbeitung nicht an Private auszulagern, sondern wie bis anhin verwaltungsintern zu erfüllen.

3. Ergänzende Hinweise bezüglich submissionsrechtlichen Aspekten

Vorliegendenfalls handelt es sich um eine WTO-konforme Ausschreibung. Die Ausschreibung sieht vor, dass nur Anbieter zugelassen sind, die in der Schweiz ein eigenes Verarbeitungszentrum betreiben. Es muss vorgängig sorgfältig geprüft werden, ob eine solche Einschränkung im Rahmen einer WTO-Ausschreibung überhaupt zulässig ist.

Sollte diese Einschränkung aus Gründen des Submissionsrechts – auch unter Berücksichtigung des Datenschutzrechts – unzulässig sein, somit auch eine (auch nur teilweise) Datenbearbeitung im Ausland möglich sein, so wäre unseres Erachtens eine Auslagerung *nicht rechtmässig*.

Begründung: Im Rahmen von § 6 des Datenschutzgesetzes dürfen Datenbearbeitungen grundsätzlich ausgelagert werden. Der Beauftragte muss dabei die gleichen Rahmenbedingungen einhalten, wie sie auch der Auftraggeber einhalten muss, wenn er die Daten selber bearbeitet. Da diese Datenbearbeitung dem Datenschutzgesetz untersteht, untersteht sie auch der Aufsicht des Datenschutzbeauftragten (§§ 19 und 20 des DSG). Wird nun

die Datenbearbeitung der kantonalen Verwaltung ganz oder teilweise ins Ausland verlagert, so wird die Aufsichts- und Kontrolltätigkeit des Datenschutzbeauftragten *faktisch verunmöglicht*. Eine – auch teilweise – Auslagerung ins Ausland verstösst deshalb m.E. gegen das Datenschutzgesetz und ist somit *nicht rechtmässig*.

4. Sichere Rahmenbedingungen (Eventualantrag)

Sollte der Regierungsrat zum Schluss kommen, dass das Submissionsrecht die Einschränkung auf die Erbringung *sämtlicher Leistungen* in der Schweiz zulässt und die vorliegende Auslagerung grundsätzlich vorzunehmen ist, so ist – im Sinne eines Eventualantrages – darauf hinweisen, dass den Sicherheitsaspekten bei der vorliegenden Auslagerung in jeder Beziehung *grösste Aufmerksamkeit* zu schenken ist.

Die Finanzdirektion des Kantons Zürich hat im Jahr 2001 Geschäftsbedingungen bezüglich den Aspekten der Datensicherheit bei der Auslagerung von Informatikdienstleistungen in grundsätzlicher Art erarbeitet. Im September 2001 hat der Zürcher Regierungsrat diese «Allgemeinen Geschäftsbedingungen über die Geheimhaltung, den Datenschutz und die Daten- und Informationssicherheit bei der Erbringung von Informatikdienstleistungen (AGB Sicherheit, September 2001)» sowie einen erläuternden Kommentar dazu verabschiedet.

Darin werden alle Aspekte der Datensicherheit bei der Auslagerung von Informatikdienstleistungen sauber, klar und vollständig behandelt. Die Rechtslage im Kanton Zug entspricht auf dem vorliegenden Gebiet derjenigen des Kantons Zürich.

Empfehlungen

1. Die vorliegende Datenbearbeitung ist wie bis anhin verwaltungsintern zu erledigen.

2. Sollte aus Gründen des Submissionsrechts auch eine Datenbearbeitung im Ausland in Frage kommen, wäre die Auslagerung unseres Erachtens unzulässig.

3. Sollte die Beschränkung auf die Datenbearbeitung in der Schweiz submissionsrechtlich möglich sein und eine Auslagerung in Frage kommen, haben die Anbieter bezüglich den Aspekten Datensicherheit/Datenschutz die Zürcher «AGB Sicherheit/September 2001»⁷ einzuhalten.

⁷ «Allgemeine Geschäftsbedingungen über die Geheimhaltung, den Datenschutz und die Daten- und Informationssicherheit bei der Erbringung von Informationsleistungen».

Ausblick

Die zuständige Direktion hat sich in der Folge Ende 2003 für die Beibehaltung einer verwaltungsinternen Lösung, *somit gegen eine Auslagerung entschieden*.

IV. An welche Stellen darf das Polizeijournal weiter gegeben werden?

Fragestellung

Die Zuger Polizei führt ein sogenanntes «Journal», das polizeilich und dienstlich relevante Ereignisse kurz protokolliert. Ausgedruckt umfasst es täglich zwischen 20 und 30 Seiten. Diese polizeilichen Informationen stehen dem Korps für die Erfüllung seines Auftrags zur Verfügung.

Es fragt sich, ob das Journal (bzw. Auszüge davon) an Personen oder Stellen ausserhalb der Zuger Polizei weiter gegeben werden darf. Vorliegendensfalls soll es nur um eine regelmässige, automatisierte/systematische und «anlassfreie» Bekanntgabe gehen.

Nicht Thema dieser Ausführungen ist somit die Datenbekanntgabe an polizeiexterne Verwaltungs- oder Gerichtsbehörden in einem *konkreten Einzelfall* (z.B. Anfrage des Untersuchungsrichters auf Datenbekanntgabe aus dem Journal im Rahmen eines laufenden Strafverfahrens o.ä.).

Aus den Empfehlungen

1. Zum Inhalt des Journals

Das Journal ist ein Arbeitsinstrument, das den *polizeiinternen* Informationsaustausch gewährleistet. Es enthält in erster Linie polizeiliche Informationen. In aller Regel sind die festgehaltenen Daten *ungesichert* und müssen meist unter hohem zeitlichen Druck erfasst werden (etwa: Festhalten von ersten Eindrücken des Rapportierenden an einem Tatort, von Aussagen Beteiligten oder Dritten an einem Unfallort oder von ersten Abklärungen aufgrund von Anzeigen etc.). Es kann auch vorkommen, dass sich im Nachhinein ergibt, dass die erfassten ersten Informationen *falsch* sind.

Daneben werden aber auch gewisse dienstlich relevante Informationen im Journal aufgenommen, welche an alle Mitarbeitenden der Zuger Polizei gelangen sollen.

Da die meisten Daten ungesichert sind, handelt es sich um *sehr sensible Daten, die keinesfalls an unberechtigte Personen gelangen dürfen*.

2. Rechtliche Grundlagen

Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei den Journal-Daten in der Regel um *besonders schützenswerte* Daten im Sinne von § 2 Bst. b Datenschutzgesetz/DSG handelt.

Besonders schützenswerte Daten können gemäss § 5 Abs. 2 DSG bearbeitet, d.h. auch weitergegeben werden, sofern

a) ein formelles Gesetz es ausdrücklich vorsieht oder

b) es für eine in einem formellen Gesetz umschriebene Aufgabe offensichtlich unentbehrlich ist oder

c) die betroffene Person im Einzelfall ausdrücklich eingewilligt oder ihre Daten allgemein zugänglich gemacht hat.

Die vorliegende Materie ist nicht ausdrücklich in einem formellen Gesetz geregelt.

Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Journal-Daten für die fraglichen polizeiexternen Stellen *offensichtlich unentbehrlich* sind. Diese Frage wird im folgenden Abschnitt näher zu prüfen sein.

Der Gesetzgeber hat mit dieser strengen Formulierung die Messlatte mit Absicht *hoch* angelegt. Gemäss Bericht des Regierungsrates zum DSG (7.12.99, S. 19) wird ausgeführt:

‘Offensichtlich unentbehrlich‘ bedeutet, dass die in einem formellen Gesetz umschriebene Aufgabe ohne die fragliche Datenbearbeitung **gar nicht erledigt werden könnte** (mit Beispiel)».

Der Anspruch auf Datenbekanntgabe ist anhand dieser gesetzlichen Grundlage und im Lichte dieser Gesetzesmaterialien zu prüfen.

3. Grundlegende Gefahren bei der Datenbekanntgabe

Werden Daten an Stellen/Personen weitergegeben, ist meist festzustellen, dass durch den Vorgang der Weitergabe der Datenherr die Hoheit über seine Daten grundsätzlich *verliert*. Denn es ist in der Praxis oft sehr schwierig (bzw. unmöglich), eine *unkontrollierte Weiterverbreitung* von Daten zu verhindern.

Gewisse Adressaten leiten denn auch – gemäss eigenen Aussagen – bestimmte Informationen aus dem Journal an gewisse Stellen weiter. Nichts hindert diese Stellen, nun ihrerseits andere, ihnen gutscheinende Stellen mit dem Journal bzw. Informationen daraus zu bedienen. Von der ursprünglichen Klassifikation haben alle diese Organe denn auch gar keine Kenntnisse.

Es findet dadurch eine Weitergabe von sehr sensiblen Daten statt, die der Zuger Polizei faktisch jegliche Herrschaft über diese Daten nimmt.

Bei der Datenweitergabe ist deshalb stets ausdrücklich zu regeln, wie die Daten zu verwenden und zu vernichten sind. Grundsätzlich ist der Empfänger in Kenntnis zu setzen, dass die abgebende Stelle Datenherrin bleibt und dass der Adressat die Daten seinerseits nicht weitergeben darf.

4. Rechtsvergleich: Zur Situation in anderen Kantonen

Kanton Luzern: Das Polizeijournal ist ausschliesslich für den polizeilichen Gebrauch bestimmt (und im «Header» auf jeder Seite auch entsprechend gekennzeichnet) und wird an keine anderen Stellen weitergeleitet. Im Rahmen von § 58 StPO werden in konkreten Fällen selektionierte Daten an den Amtsstatthalter bekannt gegeben.

Kanton Basel-Landschaft: Das Journal der Polizei Basel-Landschaft ist ein internes Arbeitsmittel, auf welches externe Stellen keinen Zugriff haben. Zur Information der Statthalterämter wird täglich eine Zusammenfassung der Kripo-Fälle erstellt. Dieses sogenannte Kripojournal enthält die für die Strafverfolgung relevanten Angaben und wird jedem Statthalteramt zugestellt.

Stadt Zürich: Das Journal wird ausschliesslich polizeintern verwendet, eine Weitergabe an externe Stellen erfolgt nicht. Auf Einzelanfrage externer Stellen bezüglich konkreter Verfahren kann gegebenenfalls Auskunft aus dem Journal erteilt werden.

Fazit

Das Journal der Zuger Polizei ist grundsätzlich ein *rein intern* zu verwendendes Arbeitsinstrument. Es sollte deshalb nicht automatisch und täglich an die Gemeindepolizeipräsidenten/innen, das Einzelrichteramt, das Untersuchungsrichteramt, die Staatsanwaltschaft, das Amt für Ausländerfragen sowie das Amt für Straf- und Massnahmenvollzug gehen.

Ergänzender Hinweis

Sollte es sich zeigen, dass entgegen der hier vertretenen Ansicht bestimmte Stellen zwingend auf bestimmte Journal-Daten angewiesen sind, so verlangt das Prinzip der Verhältnismässigkeit, dass nicht sämtliche Daten bekannt gegeben werden, sondern nur die für die Aufgabenerfüllung *zwingend erforderlichen*.

Ob eine solche Triage durch den Einbau von Filtern in das Journal automatisch erfolgen kann (wie heute bereits vorhanden) oder ob sie durch polizeiliche Mitarbeitende erfolgen muss, wäre näher zu prüfen.

Ausblick

Es steht im Übrigen dem Gesetzgeber frei – unter Beachtung der verfassungsmässigen Grundrechte und Grundsätze – die Weitergabe des Journals in einem formellen Gesetz näher zu regeln.

V. Ist es zulässig, das Busseinkasso für ausländische Verkehrssünder an eine private Firma auszulagern?

Ausgangslage

Fährt ein ausländischer Fahrzeughalter auf der Autobahn im Kanton Zug zu schnell und wird dabei von einer Messstelle erfasst – wie kann die Zuger Polizei die Busse eintreiben? Ein Inkasso-Unternehmen mit Sitz in Köln verspricht Hilfe. Die Firma hat sich bei der Zuger Polizei beworben, für diese im Auftragsverhältnis die Ordnungsbussengelder von ausländischen Fahrzeuglenkern europaweit einzutreiben. Ist dies rechtlich zulässig?

Nachdem der Datenschutzbeauftragte der Stadt Zürich in der gleichen Sache bereits eine Stellungnahme verfasst hat, konnte dessen Ausführungen für die folgende Stellungnahme weitestgehend übernommen werden.

Aus den Empfehlungen

1. Rechtslage bezüglich der Ordnungsbussen

Die vorliegende Materie – vereinfachte Verfolgung von Übertretungen der Strassenverkehrsvorschriften – wird bezüglich Ordnungsbussen bis zu einem Maximalbetrag von Fr. 300.– im Ordnungsbussengesetz⁸ sowie der zugehörigen Verordnung⁹ geregelt.

Art. 6 des Ordnungsbussengesetzes regelt die Bezahlung von Bussen. Das Ordnungsbussenverfahren wird grundsätzlich *anonym* durchgeführt, weshalb bei sofortiger Bezahlung eine Quittung auszustellen ist, die den Namen des Täters nicht nennt. Bei nicht sofortiger Bezahlung erhält der Täter ein Bedenkfristformular. Bezahlt er innert der Frist von 30 Tagen, ist das Formular zu *vernichten*. Andernfalls leitet die Polizei das ordentliche Verfahren ein. Diese verfahrensrechtlichen Garantien müssen zwingend eingehalten werden. Anderslautende völkerrechtliche Bestimmungen, welche die bundesrechtlichen Bestimmungen derogieren könnten, bestehen nicht.

Art. 3 der Ordnungsbussenverordnung in Verbindung mit Anhang 2 der Verordnung verlangt für das Bedenkfrist-Formular minimale Angaben. Das Bedenkfrist-Formular muss beispielsweise¹⁰ den Hinweis enthalten, dass bei Nichtbezahlung innert 30 Tagen das ordentliche Verfahren durchgeführt wird.

⁸ Ordnungsbussengesetz vom 24. Juni 1970 (OBG, SR 741.03)

⁹ Ordnungsbussenverordnung vom 4. März 1996 (OBV, SR 741.03¹)

¹⁰ Gemäss Ziff. 1 lit. e Anhang 2.

Im Inkassoverfahren der «Euro Parking Collection» ist die Verwendung eines – in die entsprechende Landessprache übersetzten – Bedenkfrist-Formulars nicht vorgesehen. Ausserdem basiert das Inkassoverfahren auf einem eigenständigen Mahnsystem. Das für die Schweiz zwingende Ordnungsbussenverfahren lässt jedoch für ein solches System keinen Spielraum.

Hoheitliche Schriftstücke dürfen einer Person im Ausland grundsätzlich nur dann direkt zugestellt werden, wenn dies in einem völkerrechtlichen Vertrag vorgesehen ist. Für eine Auslagerung hoheitlicher Aufgaben, wie dies im Inkasso-Projekt der Euro Parking Collection vorgesehen ist, besteht keine Rechtsgrundlage.

Die «datenschutzrechtlichen Spezialbestimmungen» des Ordnungsbussengesetzes und der Ordnungsbussenverordnung sind auch in einem Fall mit Auslandbezug zwingend einzuhalten. Die Rechte der Betroffenen im Sinne von §§ 13 ff. des Datenschutzgesetzes des Kantons Zug sind von den verantwortlichen Behörden zu gewährleisten. Das Bedenkfristformular ist bei Bezahlung der Busse (innert 30 Tagen) zu vernichten. Der Datenschutzbeauftragte hat gestützt auf § 19 des Datenschutzgesetzes die Anwendung der Vorschriften über den Datenschutz zu überwachen. Die Datenbearbeitungen der Euro Parking Collection, insbesondere die Wahrung der Vertraulichkeit und die rechtmässige Löschung durch die Euro Parking Collection können auf Grund des ausländischen Firmensitzes nicht kontrolliert werden.

Einzelne Länder erlauben auf Grund von völkerrechtlichen Verträgen den zuständigen *Polizei- und Justizbehörden*, eine direkte Zustellung von Bussenverfügungen und die erleichterte Ermittlung von Fahrzeughalterdaten. Diese hoheitlichen Handlungen dürfen einzig von den zuständigen Behörden vorgenommen werden und können einer privaten Firma auch dann nicht übertragen werden, wenn ein Outsourcing-Vertrag abgeschlossen wird.

Fazit

Das Bussen-Inkasso durch das private Unternehmen würde gegen einschlägige Bestimmungen des Ordnungsbussengesetzes, der Ordnungsbussenverordnung (inkl. Anhang 2), des Datenschutzgesetzes des Kantons Zug sowie internationales Recht verstossen. Das offerierte Bussen-Inkassosystem ist daher mit der geltenden Rechtsordnung nicht vereinbar.

Ergänzende Hinweise

Zu vermuten ist im Übrigen, dass das vorgeschlagene Vorgehen ohnehin kaum von Erfolg gekrönt wäre: Die ausländischen Temposünder würden die Zahlungsaufforderung einer *privaten Firma* für eine Zuger Busse wohl – direkt in den Papierkorb spedieren. Womit die Zuger Behörden die Sache auf dem ordentlichen Rechtshilfeweg verfolgen müssten.

Erfolgversprechender sind völkerrechtliche Abkommen¹¹, welche die Zusammenarbeit der Polizeibehörden auf diesem Gebiet vorsehen. Diese beruhen auf Gegenseitigkeit, betreffen somit auch die rasenden Schweizer im Ausland...

VI. Welchen Stellen sind Entscheide des Haftrichters bekannt zu geben?

Fragestellung

Der Haftrichter überprüft die fremdenpolizeilichen Anordnungen bezüglich Vorbereitungs- und Ausschaffungshaft (sog. ausländerrechtliche Administrativhaft). Diese Entscheide des Verwaltungsgerichts werden zur Zeit in Kopie dem betroffenen Ausländer, dem Amt für Ausländerfragen, der Zuger Polizei sowie dem Bundesamt für Flüchtlinge mitgeteilt.

Dürfen sie auch weiteren Stellen, etwa der Vorsteherin der Direktion des Innern sowie Mitarbeitenden im Asylbereich zur Kenntnis gebracht werden?

Aus den Empfehlungen

1. Haftrichterentscheide sind besonders schützenswerte Daten im Sinne von § 2 Bst. b Datenschutzgesetz. Besonders schützenswerte Personendaten dürfen gemäss § 5 Abs. 2 des Datenschutzgesetzes unter den folgenden Voraussetzungen bearbeitet werden (darunter ist auch die Weitergabe zu verstehen):

«(...) sofern

a) ein formelles Gesetz es ausdrücklich vorsieht oder

b) es für eine in einem formellen Gesetz umschriebene Aufgabe *offensichtlich unentbehrlich* ist oder

c) die betroffene Person im Einzelfall ausdrücklich eingewilligt oder ihre Daten allgemein zugänglich gemacht hat.»

2. Die Voraussetzung gemäss Bst. c dürfte in der Regel nicht vorliegen, so dass sich die Frage stellt, ob die vorliegende Datenbekanntgabe in einem formellen Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist oder ob sie gemäss Bst. b für die Aufgabenerfüllung «offensichtlich unentbehrlich» ist.

¹¹ «www.admin.ch/ch/d/sr/0.36.html» und den im Verhältnis zu den Niederlanden insbesondere «www.admin.ch/ch/d/sr/0_741_531_963_62/index.html»

Letzteres darf nicht leichthin angenommen werden. Der Gesetzgeber hat im Bereiche der besonders schützenswerten Personendaten mit Absicht hohe Hürden aufgestellt. Ist in Bst. a für die Datenbearbeitung eine formellgesetzliche Grundlage notwendig, so beschlägt Bst. b den Fall, in dem es zwar keine ausdrückliche formellgesetzliche Regelung gibt – die Datenbearbeitung jedoch zwingend notwendig ist, da andernfalls der Auftrag, der seinerseits in einer formellgesetzlichen Grundlage umschrieben ist, gar nicht erfüllt werden könnte.

Die Voraussetzungen in Bst. b müssen somit ähnlich strengen Kriterien genügen, wie sie in Bst. a umschrieben sind – andernfalls könnte die Bestimmung von Bst. a zum Nachteil der Betroffenen leicht umgangen werden.

Damit die Weitergabe von Haftrichterentscheiden durch das Kafa an die Vorsteherin der Direktion des Innern sowie gegebenenfalls an weitere Stellen rechtmässig ist, ist somit sorgfältig zu prüfen, ob diese Datenbekanntgabe in einem formellen Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist; sollte dies nicht der Fall sein, ob diese für eine in einem formellen Gesetz umschriebene Aufgabe offensichtlich unentbehrlich ist. Dabei ist näher auszuführen, inwiefern die Aufgaben ohne die entsprechenden Daten gar nicht erfüllt werden könnten.

4. Sollte eine Datenbekanntgabe rechtmässig sein, so ist in einem nächsten Schritt der Umfang zu prüfen, da jede Datenbekanntgabe auch dem Grundsatz der *Verhältnismässigkeit* entsprechen muss. Vorliegendenfalls wird zu prüfen sein, ob der ganze Entscheid oder nur das Dispositiv bekannt zu geben ist.

Im Weiteren ist zu bestimmen, wie die belieferte Stelle ihrerseits mit den fraglichen Daten umzugehen hat (Regelung der Weitergabe, Aufbewahrung, Archivierung etc.).

Fazit

Datenherrin ist das Verwaltungsgericht. Bei den Entscheiden handelt es sich um besonders schützenswerte Daten. Es ist deshalb zu prüfen, ob die Daten für die anfragenden Stellen «offensichtlich unentbehrlich» sind. Dies haben die anfragenden Stellen dem Verwaltungsgericht gegenüber darzulegen. Anschliessend entscheidet dieses, ob die Voraussetzungen zur Datenbekanntgabe gegeben sind. Bejahendenfalls müsste in einem nächsten Schritt geklärt werden, in welchem Umfang die Entscheide weiter zu geben sind. Genügt das Dispositiv oder ist der ganze Entscheid in Kopie erforderlich?