

# Gerichts- und Verwaltungspraxis 2009



Kanton Zug

Für die Auswahl und die Einzelredaktion ihrer jeweiligen Entscheide sowie für die Formulierungen 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 – 2009	5
Inhaltsverzeichnis (Leitsätze)	89
Abkürzungsverzeichnis	103

### A. Gerichtspraxis

I. Staats- und Verwaltungsrecht	112
1. Verfahrensrecht	112
2. Planungs- und Baurecht	125
3. Strassenverkehrsrecht	149
4. Steuerrecht	155
5. Sozialversicherung	174
II. Zivilrecht	
1. Personenrecht	233
2. Familienrecht	236
3. Sachenrecht	239
4. Obligationenrecht	247
III. Schuldbetreibung und Konkurs	265
IV. Rechtspflege	289
1. Zivilrechtspflege	289
2. Strafrechtspflege	298

### B. Verwaltungspraxis

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden	308
1. Bürgerrecht	308
2. Personalrecht	319
3. Gemeinderecht	345

II. Zivilrecht	352
1. Familienrecht	352
2. Alimentenbevorschussung	357
III. Planungs- und Baurecht	361

### **C. Grundsätzliche Stellungnahmen**

Datenschutzpraxis	370
Vorbemerkungen	370
I. Zur Einsicht eines Betroffenen in die eigenen Daten im Polizei-Journal	371
II. Rechtsfolgen unzulässiger Datenbekanntgabe durch Verwaltungsmitarbeitende	381
III. Lässt das geltende Recht verdeckte Überwachung von Sozialhilfebezügern zu?	383
IV. Pandemievorbereitungen: Dürfen Verwaltungsmitarbeitende Daten bei sich zu Hause bearbeiten?	385
V. Datenerhebung zur Wohnsituation der Bevölkerung	387
VI. Einbürgerung: Worüber ist die Bürgergemeindeversammlung zu informieren?	388
VII. Zur Rechtslage bezüglich Videoüberwachung des öffentlichen Raums	389

## Alphabetisches Stichwortverzeichnis zur GVP 1999–2009

### A

#### Aktien

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

#### Aktienkapital

- Zinsverbot; nicht Garantieverprechen eines Dritten 1999 S. 118

#### Alters- und Hinterlassenenversicherung

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

- sich der Investor nicht auf die Aufnahme in die AHV berufen. Die AHV ist kein Finanzanlageobjekt 2005 S. 140
- Eine Streitverkündung ist im Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG nicht möglich 2005 S. 150
  - Arbeitgeberhaftung. Erfolgt eine Einsprache gegen eine Schadenersatzverfügung schriftlich, muss sie zwingend die Unterschrift der Einsprache führenden Person enthalten, andernfalls die Verwaltungsbehörde dieser zur entsprechenden Verbesserung eine Nachfrist unter Androhung des Nichteintretens im Unterlassungsfalle ansetzt 2007 S. 157
  - Arbeitgeberhaftung. Verjährung des Schadenersatzanspruches der Ausgleichskasse. Übergangsrecht bei den Verjährungsbestimmungen. Mit (rechtzeitigem) Erlass der Schadenersatzverfügung bleibt der Schadenersatzanspruch der Ausgleichskasse auch bei Anwendung der neuerechtlichen Verjährungsbestimmungen ein für allemal gewahrt 2007 S. 159
  - Alters- und Hinterlassenenversicherung: Beitragsrechtlicher Status einer Dienstleistungserbringenden (Reinigungskraft) 2008 S. 153
  - Alters- und Hinterlassenenversicherung: Abgrenzung von beitragspflichtigem Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 9 Abs. 1 AHVG und Art. 17 AHVV vom beitragsfreien Ertrag aus privater Vermögensverwaltung 2008 S. 161
  - Art. 52 AHVG – Arbeitgeberhaftung. Den Verwaltungsratsmitgliedern einer konkursiten AG kann bezüglich des Beitragsstatus der Mitarbeiter, welche ursprünglich als Selbständigerwerbende betrachtet und deren Entgelte von der Ausgleichskasse aufgrund des nach der Konkureröffnung erstellten Revisionsberichts nacherfasst wurden, nicht Grobfahrlässigkeit vorgeworfen werden, wenn sie bis zur Arbeitgeberkontrolle eine Rechtsauffassung vertraten, die in guten Treuen vertreten werden kann 2008 S. 167
  - Aus dem Art. 87 Abs. 4 IVV – Neuanmeldung nach früherer Leistungsverweigerung. Wird auf eine Neuanmeldung eingetreten, gelangt der Untersuchungsgrundsatz vollumfänglich zur Anwendung. Eine Abweisung des neuen Leistungsbegehrens kann dabei nicht allein mit der Begründung erfolgen, eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes sei nicht glaubhaft gemacht worden 2008 S. 169

### **Altstadtdreglement**

- Kriterien für die Auslegung, Verweigerung einer Umbaubewilligung 1999 S. 73
- §§ 2, 3, 11, 23 und 25 des Altstadtdreglements Zug; Anforderungen an Neubauten und Ersatzbauten in der Altstadtzone, Bedeutung des Wettbewerbsverfahrens 2007 S. 300

### **Amtshilfe**

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

### **Anwaltsrecht**

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

### **Arbeitsverhältnis, öffentlich-rechtliches**

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

### **Arbeitslosenversicherung**

- Einstellung der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit 1999 S. 52
- Der einzelunterschriftsberechtigte Geschäftsführer einer GmbH hat im Falle des Konkurses keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung; dies gilt auch für seine Ehefrau 2000 S. 49
- Insolvenzenschädigung. Geschäftsführende Gesellschafter einer GmbH sind vom Anspruch auf Insolvenzenschädigung ausgeschlossen 2004 S. 125
- Einwöchige Frist zur Meldung einer Arbeitsunfähigkeit ist Verwirkungsfrist 2000 S. 50

- Gesetzlicher Zweck der Insolvenzenschädigung; Lohnforderung muss mindestens glaubhaft gemacht werden 2000 S. 56
- Überzeitenschädigungen und Entschädigungen für geleistete Überstunden sind nicht Bestandteil des versicherten Verdienstes, der Grundlage für die Berechnung des Taggeldes bildet 2002 S. 85
- Pflicht zur Stellensuche während der Kündigungsfrist 2003 S. 97
- Schadenminderungspflicht. Pflicht des Versicherten zur Stellensuche bereits nach erfolgter Kündigung. Anforderungen an Qualität und Quantität der Stellenbewerbungen. Nachweis dieser Bemühungen 2004 S. 122
- Pflicht des Versicherten zur Teilnahme an Beratungs- und Kontrollgesprächen; Sanktion bei Säumnis 2005 S. 151 und Dauer der Einstellung der Anspruchsberechtigung 2005 S. 153
- Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs und Einreichung der für die Prüfung des Anspruchs notwendigen Unterlagen. Erlöschen des Anspruchs. Art. 41 Abs. 1 ATSG – Wiederherstellung einer Frist 2005 S. 156
- Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG – Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Leiharbeit ist der Temporärarbeit im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG gleichzustellen, sodass beim Wegfall der Arbeitsgelegenheit kein rechtlich fassbarer Arbeitsausfall entsteht. Das Vorliegen eines Dienstleistungs- bzw. Werkvertrags ist in casu zu verneinen. 2009 S. 226

### **Aufenthaltsbewilligung**

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

### **Auslagerung**

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

### **Ausländerrecht**

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

- Konkrete Anzeichen, die befürchten lassen, dass sich der betroffene Ausländer einer Ausschaffung entziehen könnte, sind z.B. die wiederholte Straffälligkeit, falsche Angaben bezüglich Identität, Untertauchen und hartnäckige Verweigerung der Mitwirkung bei der Beschaffung von Reisepapieren 2004 S. 98
- Vollzug der Wegweisung; besondere Hindernisse, die eine Verlängerung der Ausschaffungshaft rechtfertigen 2003 S. 119
- Voraussetzungen für die Ausweisung eines Ausländers infolge Straffälligkeit. Sie muss nach den gesamten Umständen angemessen erscheinen (Art. 11 Abs. 3 Satz 1 ANAG). Hierbei sind vor allem die Schwere des Verschuldens des Ausländers, die Dauer seiner Anwesenheit in der Schweiz und die ihm drohenden Nachteile zu berücksichtigen (Art. 16 Abs. 3 ANAV). Entscheidend ist letztlich die Verhältnismässigkeitsprüfung, die gestützt auf die gesamten wesentlichen Umstände des Einzelfalles vorzunehmen ist. Abweisung des Antrags auf persönliche Anhörung 2006 S. 115

### **Ausnützungsübertragung**

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

### **Ausstandsbegehren**

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

## **B**

### **Baurecht**

- siehe Planungs- und Baurecht

### **Bekanntgabe von Daten**

- siehe Datenschutz

## **Berufliche Vorsorge**

- Anlagen beim Arbeitgeber 2001 S. 227
- Aufsicht; örtliche Zuständigkeit 2001. S. 228
- Aufhebung und Liquidation einer Stiftung, wenn ordnungsgemässer Zustand nicht wiederhergestellt werden kann und der Konkurs droht 1999 S. 228
- Auflagen gegenüber Stiftungsrat bei Teilliquidation einer Stiftung infolge Personalabbaus 1999 S. 223
- Gesamtliquidation einer Sammelstiftung und Übertragung des Vermögens auf eine andere Sammelstiftung 1999 S. 226
- Liquidation im Fall von Konkurs 2001 S. 229
- Teilliquidation; Voraussetzungen 2001 S. 230
- Ungenügende Organisation und gesetzeswidrige Vermögensanlagen 1999 S. 227
- Anordnung einer Liquidation infolge Konkurses 2002 S. 274
- Verhängung einer Ordnungsbusse gegen säumigen Stiftungsrat 2002 S. 278
- Umwandlung einer gemischten Vorsorgeeinrichtung in eine klassische Stiftung 2002 S. 281
- Aufhebung einer Sterbekasse und Übertragung an Verein mit gleichem Zweck 2002 S. 283
- Einsetzung einer kommissarischen Verwaltung mit gleichzeitiger Suspendierung eines säumigen Stiftungsrates, der trotz Verhängung einer Ordnungsbusse diverse Unterlagen zur Jahresrechnung nicht einreichte sowie die Anordnung der unverzüglichen Liquidation der Stiftung infolge Konkurses der Firma missachtete 2003 S. 323
- Gerichtsstand ist der schweizerische Sitz oder Wohnsitz des Beklagten oder der Ort des Betriebes, bei dem der Versicherte angestellt wurde. – Im Falle der alternativen Klageverbindung ist die örtliche Zuständigkeit für beide Beklagten zu bejahen, selbst wenn sie, bei isolierter Betrachtung der einzelnen Klagen, nur im Falle einer Beklagten gegeben wäre 2004 S. 128

- Streitigkeiten zwischen Vorsorgeeinrichtungen, Arbeitgebern und Anspruchsberechtigten. Es gilt der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist dann die Rede, wenn eine begründete Überzeugung besteht, welcher keine konkreten Einwände entgegengehalten werden können und welche insofern mit hinreichender Sicherheit den Schluss darauf zulässt, dass der betreffende Sachverhalt wahrscheinlich der Wirklichkeit entspricht. Kann die Klägerin weder den Nichtempfang einer Freizügigkeitsleistung noch die Beklagte die postalische Überweisung nachweisen, ist nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass ein Barbezug auf der Bank und eine Bareinzahlung auf der Post eines grossen Betrages, ohne dass die Postquittung aufbewahrt wird, als lebensfremd zu bezeichnen und deshalb von einer Nichtbezahlung auszugehen ist 2004 S. 130
- BVG. – Teilung der von den Parteien während der Ehe erworbenen Austrittsleistungen ihrer beruflichen Vorsorge gemäss Art. 122 ZGB bei einer Ehescheidung: Sachliche Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung von Rechtsfragen im Zusammenhang mit geltend gemachten Einkäufen in die zweite Säule des einen Ehegatten aus Eigengut des anderen Ehegatten. 2009 S. 207

### **Besoldungsreglement**

- der evangelisch, reformierten Kirchgemeinde; für Streitigkeiten gilt das Klageverfahren vor Verwaltungsgericht 2000 S. 89

### **Börsen und Effektenhandel**

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

### **Bürgergemeinde**

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

### **Bürgergut**

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

## Bürgerrecht

- Art. 5 Abs. 2 BÜG: Voraussetzung genügender Sprachkenntnisse, Objektivierung gemäss den Empfehlungen der Eidg. Ausländerkommission (EKA) – Kann sich eine Bürgerrechtsbewerberin nur sehr schwer schriftlich und noch weniger gut mündlich ausdrücken und ist eine Konversation auf Deutsch fast nicht möglich, sind die für die Einbürgerung notwendigen Sprachkenntnisse nicht vorhanden (Erw. II. 3. a). – Zu einer Objektivierung der Sprachkenntnisse tragen die Empfehlungen der Eidgenössischen Ausländerkommission (EKA) bei. Für eine Einbürgerung reicht das Niveau A 1 für den Nachweis der sprachlichen Kommunikationsfähigkeit eindeutig nicht aus (Erw. II. 3. b). – Die sprachlichen Fähigkeiten sind individuell zu beurteilen, gegenüber einer Hausfrau und Mutter rechtfertigt sich jedoch keine grössere Toleranz (Erw. II. 3. c). – Abweisung der Beschwerde (Erw. II. 4.) 2007 S. 265
  
- Anforderungen an die Begründung eines rechtsanwendenden Verwaltungsaktes. – Mangelnde sprachliche Ausdrucksweise als einzige Begründung der Ablehnung eines Einbürgerungsgesuchs erfüllt die Anforderungen nicht; Verletzung des Anspruchs auf eine Begründung (Erw. II. 3. a). – Fehlende und ungenügende Protokollführung in der Bürgergemeindeversammlung; eine sachgerechte Überprüfung des Entscheids ist somit nicht möglich (Erw. II. 3. b). Willkür liegt auch vor, wenn der Entscheid in klarem Widerspruch mit der tatsächlichen Situation steht; unhaltbare Würdigung der Umstände, Ermessensmissbrauch, überprüfbare Rechtsverletzung (Erw. II. 3. c) – Reformatorischer Charakter der Verwaltungsbeschwerde; die obere Verwaltungsbehörde hebt die angefochtene Verfügung auf und setzt ihren Entscheid an die Stelle des vorinstanzlichen Entscheids. Erteilung des Bürgerrechts der Gemeinde durch den Regierungsrat (Erw. II. 4.) 2007 S. 269
  
- Verletzung des rechtlichen Gehörs einer minderjährigen Bürgerrechtsbewerberin (Erw. II. 3. a) – Der Anspruch auf rechtliches Gehör leitet sich aus Art. 29 Abs. 2 BV her, wird in Art. 15 VRG bekräftigt und steht auch Kindern und Jugendlichen zu. Diese üben ihre Rechte im Rahmen der Urteilsfähigkeit aus. Urteilsfähigkeit ist in Bezug auf die Einbürgerung bei einer Dreizehnjährigen gegeben (Erw. II. 3. b). – Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, Aufhebung des Entscheids (Erw. II. 3. d). 2007 S. 274
  
- § 5 BÜG – Das absichtliche Verschweigen von Straftaten erweckt erhebliche Bedenken an der Eignung eines Bewerbers und rechtfertigt eine Verweigerung des Bürgerrechts 2008 S. 104

- Art. 8 Abs. 2 BV – Überprüfung und Aufhebung eines Nichteintretensentscheides einer Bürgergemeinde auf das Einbürgerungsgesuch einer unmündigen, urteilsunfähigen Gesuchstellerin (Erw. II. 1, 2, 3). 2009 S. 308
- § 5 BÜG – Nicht nur die Schwere strafrechtlicher Verfehlungen, sondern auch deren Anzahl können die Verweigerung einer Einbürgerung rechtfertigen (Erw. II. 3) 2009 S. 311
- Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 4 BV – Anforderungen an die Begründung eines rechtsanwendenden Verwaltungsaktes (Erw. II. 1.3). – Willkürlicher Entscheid einer Bürgergemeindeversammlung (Erw. II. 3.3). 2009 S. 314
- Bürgerrecht; Datenschutz: Einbürgerung: Worüber ist die Bürgergemeindeversammlung zu informieren? 2009 S. 388

## D

### Datenbekanntgabe

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

### Datenschutz

- Auslagerung von öffentlichen Aufgaben an Private, 2001 S.240
- Datenbekanntgabe an vorgesetzte Stellen; Amtshilfe; Vollmacht/Ermächtigung zur Datenbekanntgabe; Veröffentlichung von Grundbuchdaten im Internet; Herausgabe von Original-Krankengeschichten an Patienten 2001 S. 240; .2002 S. 296 ff.
- Darf die Steuerverwaltung Druckaufträge an ein privates Unternehmen auslagern 2003 S. 356
- Ist es zulässig, das Busseninkasso für ausländische Verkehrssünder an eine private Firma auszulagern 2003 S. 362
- Kantonsgericht und Herausgabe von Akten der Sicherheitsdirektion 2000 S. 238

- Videoüberwachung von öffentlichen Räumen 2000 S. 239
- Einsicht in eigene Personaldossiers 2000 S. 241
- in Einbürgerungsverfahren 2000 S. 242
- Amtsgeheimnis von Referendumsunterzeichnenden 2000 S. 244
- Abstimmungsgeheimnis. Verletzt der Modus der brieflichen Stimmabgabe das Abstimmungsgeheimnis 2003 S. 352
- Online Zugriff des Kantons auf die Datenbank der Einwohnerkontrolle 2004 S. 278
- Resultate von Lebensmittelkontrollen, Veröffentlichung im Internet 2004 S. 283
- Das abgelehnte Stipendiengesuch und die Bekanntgabe der Finanzlage der Eltern an den Gesuchstellenden 2004 S. 281
- Datenerhebung für eine Forschungsstudie – und wo bleibt das Steuergeheimnis? 2004 S. 286
- Revision des Datenschutzgesetzes: Bekanntgabe des Geburtsdatums bei Sammelankünften 2005 S. 302
- Änderung der Disziplinarordnung des kantonalen Gymnasiums Menzingen 2005 S. 307
- Antrag auf Löschung von Daten der Steuerverwaltung 2005 S. 310
- Zur DNA-Probenahme bei Jugendlichen 2005 S. 312
- Eltern ohne Sorgerecht – welche Informationen erhalten sie über ihr Kind? 2005 S. 315
- Gemeindliche Bestimmung zum Datenschutz 2006 S. 256
- Zur Zulässigkeit der Übermittlung von Personaldaten ins Ausland 2006 S. 257
- Private Webcam erfasst öffentlichen gemeindlichen Raum 2006 S. 260
- Welchen Datenaustausch zwischen Lehrerschaft und schulischer Sozialarbeit?

2006 S. 262

- Jeder Patient hat das Recht, in seine Krankenakten Einsicht zu nehmen und davon Kopien zu erstellen. Dies bedeutet aber nicht, dass er Anspruch auf Herausgabe und/oder Vernichtung der Originalakten hat 2007 S. 95
- Zur Publikation von Personendaten im Internet 2007 S. 314
- Darf das Amt für Lebensmittelkontrolle Inspektionsergebnisse an andere Amtsstellen bekanntgeben? 2007 S. 318
- Wirkt eine Datensperre auch gegenüber einem Krankenversicherer? 2007 S. 323
- Zur Datenbekanntgabe im Rahmen wissenschaftlicher Forschung 2007 S. 325
- Zur Bekanntgabe von Grundstücksangaben durch die Gemeinde 2007 S. 327
- Dürfen die Baukosten bei der öffentlichen Bauauflage bekanntgegeben werden 2008 S. 291
- Bekanntgabe der vormundschaftlichen Massnahmen an die Einwohnerkontrolle? 2008 S. 293
- Darf der Sozialdienst routinemässig Halterabklärungen beim Strassenverkehrsamt vornehmen? 2008 S. 297
- Zur Einsicht eines Betroffenen in die eigenen Daten im Polizeijournal 2009 S. 371
- Rechtsfolgen unzulässiger Datenbekanntgabe durch Verwaltungsmitarbeitende 2009 S. 381
- Lässt das geltende Recht verdeckte Überwachung von Sozialhilfebezügern zu? 2009 S. 383
- Datensicherheitsrecht: Dürfen Verwaltungsmitarbeitende Daten bei sich zu Hause bearbeiten? 2009 S. 385
- Datenerhebung zur Wohnsituation der Bevölkerung (Volkszählung) 2009 S. 387

- Einbürgerung: Worüber ist die Bürgergemeindeversammlung zu informieren? 2009 S. 388
- Zur Rechtslage bezüglich Videoüberwachung des öffentlichen Raums 2009 S. 389

### **Datenschutzgesetz**

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

### **Datensperre**

- Zur Aufhebung einer Datensperre 2004 S. 289
- Gilt eine Datensperre auch gegenüber einem Krankenversicherer? 2007 S. 323
- Wie kann eine Datensperre aufgehoben werden? 2008 S. 298

### **Denkmalpflege**

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

### **Disziplinarordnung**

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

### **DNA-Probenahme**

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

## **E**

### **Eherecht**

- Scheinehe als Unzumutbarkeitsgrund für die Fortsetzung der Ehe 2000 S. 113
- Fremdgehen, Arbeit in Sex- und Massagesalon 2000 S. 119
- Mitarbeit im Gewerbe und Arbeiten im gemeinsamen Haushalt 2000 S. 121

- Aufhebung des gemeinsamen Haushalts, wenn beide Ehegatten in der ehelichen Wohnung bleiben; massgebend ist der Trennungswille 2004 S. 159
- Keine Entschädigung für die Finanzierung einer Weiterbildung 2000 S. 123
- Erwerbstätigkeit nach Auflösen des gemeinsamen Haushalts; hypothetisches Einkommen 2000 S. 126
- Kostenvorschuss an andern Ehegatten im Scheidungsverfahren 2001 S. 126

### **Einsichtsrecht (Datenschutz)**

- Zur Einsicht eines Betroffenen in die eigenen Daten im Polizei-Journal 2009 S. 371

### **Elterliches Sorgerecht**

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

### **Eigentumsgarantie**

- Einschränkung durch Öffentlicherklärung einer Waldstrasse 2002 S. 51

### **Einbürgerungsverfahren**

- (Datenschutz) 2000 S. 242; Fotos im Einbürgerungsverfahren 2002 S. 302
- Ungelöschte Vorstrafen sowie hängige Strafverfahren stehen einer Einbürgerung grundsätzlich entgegen. Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips; Abweisung der Beschwerde 2005 S. 265

### **Erbrecht**

- Begriff der Sachgesamtheit gemäss Art. 613 ZGB 2001 S. 130
- Beruft 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
- Ergänzungsleistungen: Einkommensverzicht im Sinne von Art. 3c Abs. 1 lit. g ELG durch ein Risikogeschäft. 2009 S. 201

### **Ermächtigung**

- (Datenschutz) zur Datenbekanntgabe 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; Strafandrohung 2002 S. 248
- Vermögensertrag bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen, Berücksichtigung der tatsächlichen Entwicklung 2003 S. 160
- Nebenfolgen der Scheidung; ist das schweizerische Gericht weder für die Zuteilung der elterlichen Sorge noch für die Regelung des persönlichen Verkehrs zuständig, muss auch die Zuständigkeit für die Unterhaltsregelung verneint werden 2003 S. 161
- Kindesvermögen; Zugehörigkeit von Legatsansprüchen zum freien Kindesvermögen; Schutzmassnahmen gegenüber dem Verwalter dieses Vermögens 2003 S. 262

- Die einem Ehegatten auferlegte grundsätzliche Verpflichtung zur Übernahme der Kosten der Fremdplatzierung in der abschliessenden Eheschutzverfügung ist nicht vollstreckbar und bedarf in verschiedener Hinsicht der Ergänzung; namentlich mit Bezug auf die Höhe dieser Kosten und den Anspruchsberechtigten. In welchem Verfahren und auf wessen Antrag diese Ergänzung bzw. ein vollstreckbarer Entscheid (ein definitiver Rechtsöffnungstitel) erstritten werden kann, wurde offen gelassen, da der Einzelrichter die angefochtene Verfügung, mit welcher der Beschwerdeführer zur Zahlung eines bestimmten Betrages an das Heim, das die Kinder A. und B. aufgenommen hat, erlassen hat, ohne dem Beschwerdeführer vorgängig das rechtliche Gehör zu gewähren, weshalb sie bereits aus diesem Grund aufzuheben ist 2006 S. 164
- Art. 195 ZGB, Art. 400 OR. Nach rechtskräftig geschiedener Ehe ist ein Begehren um Auskunft über eheliches Vermögen grundsätzlich nicht mehr möglich 2008 S. 195
- Art. 277 Abs. 2 und 285 Abs. 1 ZGB. – Mündige Kinder sind bezüglich ihres Unterhaltsanspruches im Verhältnis untereinander gleich zu behandeln. Tritt eine neue Unterhaltspflicht zu einer bestehenden und kommt beiden Unterhaltspflichten der gleiche Rang zu, müssen bei der aktuellen Beitragsfestsetzung beide Verbindlichkeiten in gleichem Masse berücksichtigt werden 2008 S. 198
- Art. 137 ZGB. – Bemessung des Unterhalts während des Scheidungsverfahrens. 2009 S. 236
- Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 445 ZGB; §15 und 16 VRG. – Das Vormundschaftsgeheimnis verpflichtet die Beiständin oder den Beistand, ihre resp. seine Aufzeichnungen vertraulich zu behandeln. Dem steht das Akteneinsichtsrecht als Teil des Anspruchs auf rechtliches Gehör gegenüber. Die Beiständin oder der Beistand ist verpflichtet, in jene Akten Einsicht zu gewähren, die sie resp. er der Vormundschaftsbehörde offen legt, und die somit Einfluss auf den angefochtenen Entscheid haben könnten. 2009 S. 352
- § 9 Inkassohilfe- und Bevorschussungsgesetz – Unrechtmässig bzw. ungerechtfertigt bevorschusste Unterhaltsbeiträge sind von gutgläubig Bereicherten nur im Umfang einer eventuell noch vorhandenen Bereicherung zurückzuerstatten (Erw. II. 2). 2009 S. 357

### **Finanzausgleich**

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

### **Finanzhaushalt**

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

### **Fischerei**

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

### **Fotos**

- Aufbewahrung von erkennungsdienstlichen Fotos im Gerichtsarchiv 1999 S. 149
- (Datenschutz) Von einbürgerungswilligen Personen 2002 S. 302

### **Forschung**

- Gilt eine Datensperre auch gegenüber einem Krankenversicherer? 2007 S. 323

### **Forschungsstudie**

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

### **Forstrecht**

- Waldbegriff. Im vorliegenden Fall erfüllt die Bestockung Waldfunktion. Der seit mehr als 100 Jahren bestehenden Bestockung kommen landschaftsgestalterische und ökologische Funktionen zu 2007 S. 106

### **Fristen im SchKG**

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

### **Führerausweisentzug**

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

### **Fürsorgerische Freiheitsentziehung**

- persönliche Fürsorge nur in stationärem Klinikaufenthalt, Voraussetzungen 2000 S. 92
- Voraussetzungen der Klinikeinweisung oder -zurückbehaltung im Rahmen einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung (Geisteskrankheit, Suchterkrankung, schwere Verwahrlosung) 2004 S. 102
- Wird die Beschwerde gegen eine fürsorgerische Freiheitsentziehung zurückgezogen, ist eine erneute Beschwerdeerhebung gegen die nämliche Einweisung grundsätzlich nicht mehr zulässig, auch wenn sie innerhalb der Beschwerdefrist erfolgt 2004 S. 108
- Überprüfung des Nichteintretensentscheides der Vormundschaftsbehörde auf ein Entlassungsgesuch. Wann ist eine mündliche öffentliche Verhandlung bzw. eine mündliche Anhörung durchzuführen? Kein Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand bei Aussichtslosigkeit der Beschwerdeführung 2004 S. 110
- Beschwerde gegen Einweisung bzw. Zurückbehaltung; örtliche Zuständigkeit im interkantonalen Verhältnis 2003 S. 131

## **G**

### **Gebühren**

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

### **Gemeinden**

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

- Kann ein Stimmbürger in die Protokolle der gemeindlichen Planungs- und Baukommission (PBK) Einblick nehmen, wenn er gegen ein Bauvorhaben ist 2005 S. 268
- Zur Zulässigkeit gemeindlicher Bestimmungen zum Datenschutz 2006 S. 256
- §§ 33 ff. des Gemeindegesetz – Aufsichtsrecht; § 26 des Finanzhaushaltgesetzes – Begriff der (gebundenen) Ausgabe. Der Regierungsrat hat ein aufsichtsrechtliches Einschreiten von Amtes wegen gegen die Gemeinde X. abgelehnt. Der Gemeinderat hatte die Abschreibung einer verjährten und daher nicht mehr einbringlichen Grundstückgewinnsteuer der Einwohnergemeindeversammlung im Rahmen der Jahresrechnung 2007 vorgelegt. Es war ferner korrekt, dass einem Einwohner der Gemeinde gestützt auf das Amts- und Steuergeheimnis keine weitergehende Auskunft über den Grundstücksfall erteilt wurde. Schliesslich ist ein ordnungsgemäss zustande gekommenes Abstimmungsergebnis anzuerkennen, und die Beschlüsse der Gemeindeversammlungen sind zu respektieren. 2009 S. 345

### **Genugtung**

- 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; 2007 S. 323
- Eine ordentliche Zulassung als Leistungserbringer zulasten der Krankenkassen ist ausgeschlossen, wenn die Höchstzahl der Leistungserbringer in dieser Kategorie nach der Zulassungsverordnung bereits erreicht oder überschritten ist 2003 S. 144
- Zuständigkeit zur Überprüfung von Zwangsmassnahmen im Gesundheitswesen; Zulässigkeit 2003 S. 147
- Zwangsmassnahmen. Örtliche und sachliche Zuständigkeit zur gerichtlichen Überprüfung von Beschwerden gegen Zwangsmassnahmen. Anforderungen an die Anordnung einer Zwangsmassnahme 2004 S. 116
- Zwangsmassnahmen im Gesundheitswesen. Wann liegt eine anfechtbare Zwangsmassnahme vor 2004 S. 119

- Die zuständige kantonale Behörde kann der Privatapotheke eines selbstdispensierenden Arztes das Zusammenmischen von verwendungsfertigen Arzneimitteln zu applikationsfertigen Inhalanda bewilligen 2003 S. 152

### **Gerichtsstand**

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

### **Grundbuchdaten**

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

### **Grundbuchgebührentarif**

- Bemessung der Handänderungssumme aufgrund der Gegenleistung für den Grundstückserwerb; 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
- Verkauf von unüberbauten Miteigentumsanteilen an Grundstücken, auf denen gemäss separatem Werkvertrag Eigentumswohnungen nach Gesamtüberbauungsvorschriften erstellt werden; Voraussetzungen für die Berechnung der Handänderungsgebühr auf dem

Gesamtpreis; Bestätigung der bisherigen Praxis. Das Erfordernis der Konnexität von kauf- und werkvertraglichen Absprachen setzt keine rechtliche oder wirtschaftliche Identität von Verkäufer und Werkerstellerin voraus. Zulässigkeit der Zusammenrechnung, wenn das rechtliche Schicksal der abgeschlossenen Verträge nach den Umständen ein einheitliches ist. Dies trifft zu, wenn die Herbeiführung des dem Käufer geschuldeten Erfolges ein einvernehmliches Zusammenwirken von Veräußerer und Werkeigentümerin erfordert, so dass auf den Bestand einer diesem Zwecke dienenden einfachen Gesellschaft im Sinne von Art. 530ff. OR geschlossen werden kann 2005 S. 273

### **Grundbuchverordnung**

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

### **Grundschulunterricht, unentgeltlicher**

- Umfang des Anspruchs auf unentgeltlichen Schulbus 2002 S. 66

### **Grundstück**

- dingliche Belastung eines Grundstücks im Gesamteigentum, bei der ein Mitglied der Erbengemeinschaft verbeiständet ist 1999 S. 191
- Deltaerweiterung als Landanschwemmung 2007 S. 302

### **Grundstückgewinnsteuer**

- Anlagekosten; Begriff 1999 S. 45
- Besitzesdauer richtet sich nach Grundbucheintrag 1999 S. 39
- Kaufpreis ist auf den Tag der Handänderung zu diskontieren 1999 S. 39
- Die Entschädigung für Ausnützungstransfer fällt nicht unter die Grundstückgewinnsteuer, sondern unter die Einkommenssteuer 2000 S. 43
- Voraussetzung für die Anrechenbarkeit der Anlagekosten eines abgebrochenen Gebäudes 2000 S. 44

- Mietzinsgarantie als Erlösminderung, revisionsweise Berücksichtigung 2000 S. 47
- Besitzesdauer bei Verkauf im Baurecht. Die Besitzesdauer beginnt nicht beim Kauf des Grundstücks, sondern bei der Begründung des Baurechts 2001 S. 53
- Treu und Glauben; Voraussetzungen für die Berufung auf Treu und Glauben wegen einer inhaltlich falschen Bestätigung durch das Sekretariat der Grundstückgewinnsteuerkommission 2003 S. 65

## I

### **Internationales Privatrecht**

- Minderjährigenschutz; örtliche Zuständigkeit 1999 S. 125
- Zuständigkeit der Gerichte am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes zur Änderung des Besuchs- oder Ferienrechts in Scheidungsurteilen 1999 S. 158
- Vorläufige Bewilligung zur Aufnahme eines ausländischen Kindes zwecks späterer Adoption 1999 S. 192
- Perpetuatio fori im internationalen Verhältnis; Frage des anwendbaren Rechts offen gelassen. Eine Rechtsnachfolge im Prozess (§ 21 ZPO) kann sowohl bei Binnen- als auch bei internationalen Verhältnissen nur stattfinden, wenn die Klage nach kantonalem Prozessrecht rechtshängig ist 2005 S. 205
- Art. 96 Abs. 1 lit. a IPRG. Anerkennung einer ausländischen Urkunde (Erbschein). Zuständigkeit. Formulierung des Rechtsbegehrens. Weitere Voraussetzungen. 2007 S. 235
- Art. 96 Abs. 1 lit. a IPRG. Anerkennung einer ausländischen Urkunde (Erbschein). Werden die einzelnen Erbschaftsanteile aufgrund des Geschlechts unterschiedlich festgelegt und sind die Erben mit der Anwendung der sie diskriminierenden islamischen Vorschriften einverstanden, müssen die zur Aufteilung des Nachlasses angerufenen Schweizer Behörden den diskriminierenden Charakter der islamischen Vorschriften nicht von Amtes wegen berücksichtigen 2008 S. 229

## Internet

- datenschutzrechtlicher Rahmen betr. Veröffentlichung von Grundbuchdaten 2001 S. 250
- (Datenschutz) Dürfen Resultate von Lebensmittelkontrollen im Internet veröffentlicht werden? 2004 S. 283
- (Datenschutz) Publikation von Personaldaten im Internet 2007 S. 316

## Invalidenversicherung

- Durchführung medizinischer Massnahmen im Ausland; Voraussetzungen für die Annahme beachtlicher Gründe 1999 S. 61
- Berechnung des Invaliditätsgrades. Schlechte Sprachkenntnisse und bescheidene intellektuelle Fähigkeiten sind invaliditätsfremde Gründe, die neben soziokulturellen und rentenbegehrlichen Aspekten nicht berücksichtigt werden 2001 S. 55
- Kann der Versicherte wegen eines Geburtsgebrechens keine Brille tragen, so hat er zu Lasten der Invalidenversicherung Anspruch auf Kontaktlinsen 2001 S. 62
- Gewährung von medizinischen Massnahmen bei angeborenem POS. Diagnosestellung und Behandlung müssen als Anspruchsvoraussetzungen vor Vollendung des 9. Altersjahres kumulativ erfüllt sein 2002 S. 82
- Leistungspflicht der Eidgenössischen Invalidenversicherung. Auch der atypische Autismus gilt als Geburtsgebrechen gemäss Ziffer 401 GgV Anhang, sofern er bis zum vollendeten fünften Lebensjahr erkennbar war 2006 S. 143
- Beweiswert eines Berichtes des regionalen ärztlichen Dienstes (RAD). Einem Bericht des regionalen ärztlichen Dienstes kann nicht allein aufgrund des pauschalen Hinweises auf die interdisziplinäre Zusammensetzung seines Ärzteteams zum Vorneherein ein erhöhter Beweiswert beigemessen werden. Ist zudem nicht bekannt, welche Person mit welcher fachärztlichen Qualifikation einen solchen Bericht verfasst hat, so handelt es sich lediglich um eine verwaltungsinterne Aktenbeurteilung, welche vom kantonalen Versicherungsgericht höchstens im Sinne einer Parteimeinung, nicht aber als eigentliche ärztliche Beurteilung in der Beweiswürdigung berücksichtigt werden kann 2006 S. 145
- Verordnung über Geburtsgebrehen – Begriff der Behandlung 2006 S. 147

- Aus dem Art. 87 Abs. 4 IVV – Neuanmeldung nach früherer Leistungsverweigerung. Wird auf eine Neuanmeldung eingetreten, gelangt der Untersuchungsgrundsatz vollumfänglich zur Anwendung. Eine Abweisung des neuen Leistungsbegehrens kann dabei nicht allein mit der Begründung erfolgen, eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes sei nicht glaubhaft gemacht worden 2008 S. 169
- Art. 28 aIVG i.V.m. Art. 16 ATSG – Für die Ermittlung des Invaliditätsgrades ist das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen). – Der rechtssprechungsgemäss entstandene Grundsatz, dass die verbliebene Arbeitsfähigkeit in zumutbarer Weise voll ausgeschöpft werden soll, kann es einem Arbeitnehmer verbieten, zu Lasten der Invalidenversicherung in einem wesentlich tieferen Pensum als aus medizinischer Sicht für angepasste Tätigkeit möglich beim bisherigen Arbeitgeber zu verbleiben, wenn er im zumutbaren Pensum in einer anderen, angepassten Tätigkeit auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt mehr verdienen würde 2008 S. 173
- Aus dem Art. 28 Abs. 2 IVG (in der bis 31. Dezember 2007 geltenden Fassung) i.V.m. Art. 16 ATSG; Art. 26 IVV – Ermittlung des Valideneinkommens bei Vorliegen eines Geburtsgebrechens. Mit dem tatsächlichen Erreichen eines Berufsabschlusses (Handelsschule) hat ein Versicherter zureichende berufliche Kenntnisse erworben. Er gilt daher nicht als so genannter Geburtsinvalid im Sinne von Art. 26 Abs. 1 IVV, auch wenn die Beeinträchtigungen in seiner Erwerbsfähigkeit Folge eines Geburtsgebrechens sind 2008 S. 177
- Art. 14 BV und Art. 21. Abs. 2 IVG – Das Recht auf Ehe und Familie ist gewährleistet. Hat ein Versicherter infolge seiner Invalidität für die Fortbewegung, für die Herstellung des Kontaktes mit der Umwelt oder für die Selbstsorge Bedarf an kostspielige Geräte, besteht im Rahmen der vom Bundesrat aufzustellenden Liste ohne Rücksicht auf die Erwerbsfähigkeit Anspruch auf ein Hilfsmittel – Der für die Gewährung von Hilfsmitteln bestehende IV-rechtliche Grundsatz, dass die Hilfsmittel einfach und zweckmässig sein müssen resp. dass den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit, Bestimmtheit und Geeignetheit Rechnung zu tragen ist, darf nicht zu einer Einschränkung des verfassungsrechtlich garantierten Rechts auf Familie führen 2008 S. 181

- Art. 28 Abs. 1 lit. c IVG i.V.m. Art. 8 ATSG – Begriff der Invalidität. Die im Bereich der obligatorischen Unfallversicherung entwickelte bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach ein Schleudertrauma der Halswirbelsäule auch ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle zu länger dauernden, die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit beeinträchtigenden Beschwerden führen kann, ist auch im Bereich der Eidgenössischen Invalidenversicherung zu berücksichtigen. Liegt demgemäss ein so genannt typisches Beschwerdebild mit einer Häufung von Beschwerden wie diffuse Kopfschmerzen, Schwindel, Konzentrations- und Gedächtnisstörungen, Übelkeit, rasche Ermüdbarkeit, Visusstörungen, Reizbarkeit, Affektlabilität, Depression, Wesensveränderung etc. vor, kann im Hinblick auf die Festsetzung der Arbeitsfähigkeit nicht unbesehen die Rechtsprechung zur anhaltenden somatoformen Schmerzstörung zur Anwendung gebracht werden. 2009 S. 174
  
- Art. 28 Abs. 2 IVG in der bis 31. Dezember 2007 geltenden Fassung; Art. 16 ATSG – Bestimmung des Invaliditätsgrads nach der ausserordentlichen Bemessungsmethode. In Anwendung der ausserordentlichen Bemessungsmethode darf für die erwerbliche Gewichtung des Betätigungsvergleichs nicht auf die schweizerische Lohnstrukturhebung des Bundesamtes für Statistik (LSE) abgestellt werden. Die Vergleichseinkommen sind vielmehr unter Berücksichtigung der einzelfallbezogenen Kriterien (Betriebsgrösse, Branche, Erfahrung des Betriebsinhabers etc.) zu ermitteln. Für die Bemessung des wirtschaftlichen Werts einer Tätigkeit ist dabei von den diesbezüglichen, möglichst einzelfallbezogenen Ansätzen auszugehen, welche etwa bei den branchenspezifischen Berufsverbänden erfragt werden können. 2009 S. 180
  
- Invalidenversicherung: Nicht jede Gewährung von Hilfsmitteln hat eine wesentliche Veränderung der Hilflosigkeit im Sinne von Art. 17 Abs. 2 ATSG in Verbindung mit Art. 35 Abs. 2 IVV zur Folge. 2009 S. 183
  
- Invalidenversicherung: Auch ein Statuswechsel vom Erwerbstätigen zum Nichterwerbstätigen gilt als Revisionsgrund im Sinne von Art. 17 Abs. 1 ATSG. 2009 S. 189
  
- Invalidenversicherung: Art. 17 ATSG und Art. 53 Abs. 2 ATSG – Wird die zweifellose Unrichtigkeit der ursprünglichen Rentenverfügung erst vom Gericht festgestellt, so kann es die auf Art. 17 ATSG gestützte Revisionsverfügung der Verwaltung mit dieser substituierten Begründung schützen. 2009 S. 197

## K

### Kinderzulagen

- Kürzung von Kinderzulagen bei unterdurchschnittlichem Lohn. Ob ein Beitragsumgehungsstatbestand vorliegt, ist insbesondere in solchen Fällen zu prüfen, in welchen der Kinderzulagenbezüger in leitender Stellung einer Gesellschaft tätig ist und in dieser Eigenschaft selbst bestimmen kann, welchen Lohn er sich auszahlen will 2007 S. 183
- Kürzung von Kinderzulagen bei unterdurchschnittlichem Lohn. Der Umstand, dass jemand einen unterdurchschnittlichen Lohn bezieht, genügt für sich alleine noch nicht, um vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer entsprechend teilzeitbeschäftigten Personen nach § 5 Abs. 2 Satz 1 KZG zu behandeln. In solchen Fällen muss bezogen auf die konkreten Umstände ein eigentlicher Beitragsumgehungsstatbestand im Sinne eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens vorliegen, damit der Kinderzulagenanspruch gekürzt werden kann (Praxisänderung) 2007 S. 185

### Kindesschutzmassnahmen

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

### Krankengeschichte

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

## **Krankenpflegeversicherung; Prämienverbilligung**

- Die Einreichung von Gesuchen unterliegen einer Verwirkungsfrist 1999 S. 69
- Personen, welche Anspruch auf Prämienverbilligung erheben, reichen die Bescheinigung zusammen mit dem Versicherungsnachweis bis 31. März bei jener Gemeinde ein, wo sie am 1. Januar des Jahres Wohnsitz hatten. – Der Beweis der Fristwahrung kann im Falle eines Gesuchs, das nie bei der Behörde eintraf, nicht durch Zeugen, die über die Einzelheiten der Postaufgabe Auskunft geben, erbracht werden 2004 S. 133
- Der Wohnkanton muss sich an den Kosten einer ausserkantonalen Hospitalisation nur beteiligen, wenn diese aus medizinischen Gründen notwendig ist. Definition der medizinischen Gründe 2002 S. 94
- Das Sozialamt, das für eine Person Sozialhilfe ausrichtet, erhält die volle Prämienverbilligung, wenn es auch erst nach Fristablauf vom Anspruch auf Sozialhilfe erfuhr 2003 S. 99
- Die Differenzzahlungspflicht des Wohnsitzkantons greift nicht, wenn ein medizinischer Notfall anlässlich einer nicht medizinisch indiziert ausserkantonal erfolgten ärztlichen Behandlung eintrat 2006 S. 149
- Prämienverbilligung; Frist zur rechtzeitigen Einreichung eines Gesuches um Neuberechnung 2006 S. 154
- Begriff der Akutspitalbedürftigkeit. Fehlende Pflegeplätze – sei es infolge Bettenbelegung oder infolge fehlender Institutionen – können nicht dazu führen, dass die Krankenversicherung für einen medizinisch nicht indizierten Spitalaufenthalt aufkommen muss 2007 S. 161
- Die Aufsichtspflicht des selbständig und auf eigene Rechnung tätigen Physiotherapeuten über sein angestelltes physiotherapeutisches Personal ist in der Regel weniger streng zu beurteilen als die Aufsichtspflicht des Arztes über seine Hilfspersonen. Der Inhaber einer Physiotherapiepraxis ist nicht in jedem Fall verpflichtet, dauernd in seiner Praxis persönlich anwesend zu sein. Es existiert namentlich auch keine gesetzliche oder tarifvertragliche Regelung, wonach es generell unmöglich sei, gleichzeitig zwei Physiotherapiepraxen zu führen. Ob der Aufsichtspflicht Genüge getan wird, ist jeweils im Einzelfall im Sinne einer Gesamtbetrachtung aller konkreten Umstände zu entscheiden 2007 S. 167

- § 4 Abs. 3 des Gesetzes betreffend individuelle Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung (PvKG, auch IPVG genannt) – Für den Anspruch auf Prämienverbilligung sind die persönlichen und familiären Verhältnisse am 1. Januar des Anspruchsjahres massgebend, 2007 S. 175
- Keine subsidiäre Leistungspflicht der Krankenversicherung, wenn ein Versicherter im Zeitpunkt des Unfalls obligatorisch bei der Unfallversicherung versichert war. Die im Heim anfallenden Pflegekosten, auch wenn sie nach BESA abgerechnet werden, sind somit nicht von der Krankenversicherung zu übernehmen 2007 S. 176

## **L**

### **Lebensmittelkontrolle**

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

### **Löschen von Daten**

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

## **M**

### **Mobilfunkantennen**

- Zulässigkeit und Schranken der Errichtung 2001 S. 86

### **Motionen**

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

## N

### Nachrede, üble

- Wahrheitsbeweis kann auch durch ein noch nicht rechtskräftiges Urteil der gleichen Gerichtsinanz 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
- Art. 18 Abs. 1 OR – Frage der Nichtigkeit eines Ehevertrages unter anderem aufgrund geltend gemachter Simulation sowie Lücke des Vertrages 2008 S. 203
- § 67 Abs. 4 PBG; Art. 41 OR. – Die Einleitung eines zivilprozessualen Verfahrens ist widerrechtlich im Sinne von Art. 41 OR, wenn dieses zweckentfremdet wird oder von vornherein offensichtlich aussichtslos ist. Missbräuchlich handelt daher, wer trotz offensichtlicher Aussichtslosigkeit suspensiv wirkende Rechtsmittel gegen

eine Baubewilligung einlegt, um die Ausführung eines Bauvorhabens zu verzögern. Als aussichtslos darf ein Rechtsmittel in diesem Zusammenhang allerdings erst bezeichnet werden, wenn sich seine Einreichung mit keinerlei sachlich vertretbaren Gründen rechtfertigen lässt 2008 S. 209

#### Die einzelnen Vertragsverhältnisse

- Mit Bezug auf die Zusicherung von Eigenschaften wird zwar kein ausdrücklicher Verpflichtungswillen des Verkäufers verlangt, wohl aber eine (auch konkludente) Erklärung über Sacheigenschaften, die erkennbar für den Kaufentschluss des Käufers entscheidend war 2004 S. 163
- Herabsetzung eines vertraglich geschuldeten Nettomietzinses und Schadenersatzansprüche des Mieters 2004 S. 164
- Trifft der Beauftragte bei Fälligkeit seiner Tätigkeitspflicht keine Anstalten zur Herbeiführung des angestrebten Erfolgs, begeht er eine Vertragsverletzung. Der Auftraggeber ist berechtigt – wenn er dies unverzüglich erklärt – auf die Leistung zu verzichten und vom Vertrag zurückzutreten 2004 S. 166
- Versäumnisse des Arbeitnehmers im ersten Dienstjahr und 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
- Lombardkredit – Einen Anlageberater treffen neben der Aufklärungspflicht auch Beratungs- und Warnpflichten, wobei diese Pflichten inhaltlich durch den Wissensstand des Kunden einerseits und die Art des in Frage stehenden Anlagegeschäfts andererseits bestimmt werden 2005 S. 177
- Die Zulässigkeit des Widerrufsrechts im Auftragsverhältnis ist mit Bezug auf einen Betreuungsvertrag zu verneinen 2005 S. 178
- Eine verfrüht ausgesprochene Kündigung wegen Zahlungsrückstandes des Mieters ist grundsätzlich ungültig und wirkungslos. Es stellt sich einzig die Frage, ob die Berufung auf die verfrüht ausgesprochene Kündigung im konkreten Einzelfall rechtsmissbräuchlich ist 2006 S. 167
- Die kündigende Partei hat die Richtigkeit der angegebenen Kündigungsgründe zu beweisen, sofern sie bestritten sind. Bei einer unwahren Begründung bestehen starke Indizien dafür, dass die Kündigung vorgeschoben ist, um das unzulässige Motiv zu verbergen. Die Kündigung erwiese sich diesfalls als rechtsmissbräuchlich und es wäre Sache des Vermieters, diesen Verdacht zu widerlegen 2006 S. 170
- § 30 Abs. 1 ZPO – Eine zur blossen Umgehung des kantonalen Anwaltsrechts vorgenommene Abtretung hat einen gesetzlich unerlaubten Inhalt und ist daher gemäss Art. 20 OR nichtig 2007 S. 198
- Art. 400 OR. Rechenschaftsablegungspflicht. Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, seinen Klienten periodisch oder auf Verlangen über die Höhe des geschuldeten Honorars zu informieren 2008 S. 211
- Art. 313 f. OR – Der Zinsbegriff des Darlehensrechts umfasst jedes Entgelt, das der Borger dem Darleiher für die Wertgebrauchsüberlassung aus Zeit zu leisten verspricht, unbeschadet um die Bezeichnung, welche sie dafür wählen. Gemäss Bundesgericht hat eine sittenwidrige Zinsvereinbarung Teilnichtigkeit im Sinne von

Art. 20 Abs. 2 OR zur Folge. Der zulässige Höchstzins beträgt, mangels besonderer Verhältnisse, 18–20%. 2009 S. 247

- Art. 1, 2 und 12 ff. PauRG – Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Bundesgesetzes über Pauschalreisen (PauRG; SR 944.3). Rechtsfolgen der Schlechterfüllung des Pauschalreisevertrages. 2009 S. 256

## Gesellschaftsrecht

- Das Begehren um Einberufung einer Generalversammlung ist nur rechtsgültig, wenn gleichzeitig mindestens ein Verhandlungsgegenstand (Traktandum) und ein damit verbundener konkreter Antrag in Schriftform dem Verwaltungsrat zugestellt wird 2004 S. 168
- Bei einer Überschuldung der Aktiengesellschaft ist der Verwaltungsrat grundsätzlich zur sofortigen Benachrichtigung des Richters verpflichtet. Der Verwaltungsrat handelt jedoch nicht schuldhaft, wenn er statt dessen unverzüglich saniert und konkrete Aussicht besteht, dass die Überschuldung beziehungsweise die Zahlungsunfähigkeit innerhalb von 60 Tagen seit Erstellung der Zwischenbilanzen beziehungsweise seit Feststellung der Zahlungsunfähigkeit behoben wird. 2004 S. 169
- Sonderprüfung einer Aktiengesellschaft, Voraussetzungen; Obliegenheiten des Gesuchstellers 2000 S. 132
- Materielle Voraussetzungen für die Anordnung einer Sonderprüfung 2001 S. 143
- Wer beim Gericht einen Antrag auf Sonderprüfung einreicht, muss nicht mit dem Aktionär identisch sein, welcher das Begehren um Auskunftserteilung gestellt hat. Sonderprüfung ist zweckgerichtete Tatsachenforschung, nicht umfassende Untersuchung der Geschäftsführung oder -politik 2002 S. 170
- Sonderprüfung in Konzernverhältnissen; Hält die Muttergesellschaft 100% der Aktien ihrer Tochtergesellschaft und bildet die Beteiligung an der Tochtergesellschaft mit den entsprechenden Wertschriftenbeständen das einzige wesentliche Aktivum der Muttergesellschaft, haben die verantwortlichen Organe der Muttergesellschaft der Sonderprüferin sämtliche für den Gegenstand der Sonderprüfung notwendigen Unterlagen der Tochtergesellschaft auszuhändigen und die erforderlichen Auskünfte zu erteilen 2003 S. 180
- Widerruf der Auflösung einer Gesellschaft infolge nachträglicher Eintragung einer

### Revisionsstelle im Handelsregister 2000 S. 139

- Fehlende Revisionsstelle; Verfügt eine Aktiengesellschaft über keine Revisionsstelle mehr und sorgt sie trotz entsprechender Aufforderung des Gerichts auch nicht für deren Wahl, kann das Gericht in richterlicher Lückefüllung die säumige Gesellschaft gerichtlich auflösen, worauf diese nach den gesetzlichen Grundsätzen ordentlich zu liquidieren ist 2003 S. 179
- Art. 827 OR (Haftung als Gründer einer GmbH); Art. 643 Ziff. 2 und Art. 820 i.V.m. Art. 725 Abs. 2 OR. – Auch im Falle der Gründungshaftung besteht der Schaden bei einer Gründung mit Sacheinlage in der Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert der Sache und ihrer Anrechnung auf das Grundkapital. Gemäss Art. 634 Ziff. 2 OR gelten Sacheinlagen nur dann als Deckung, wenn die Gesellschaft nach ihrer Eintragung in das Handelsregister sofort als Eigentümerin darüber verfügen kann oder einen bedingungslosen Anspruch auf Eintragung in das Grundbuch erhält. Ist diese Voraussetzung nicht gegeben, ist mit Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister der Schaden bei ihr eingetreten, da sie zu diesem Zeitpunkt keinen bedingungslosen Anspruch auf Eintragung ins Grundbuch erhalten hat und damit bereits überschuldet im Sinne von Art. 820 i.V.m. Art. 725 Abs. 2 OR war 2008 S. 215
- Art. 731b Abs. 1 OR – Beim Entscheid, welche Massnahme das Gericht ergreifen will, kommt ihm ein wesentlicher Handlungsspielraum zu. Da es um die Einhaltung von zwingenden Gesetzesvorschriften geht, hat das Gericht bei seinem Entscheid nicht Individualinteressen in den Vordergrund zu stellen, sondern dem Verkehrsschutz Rechnung zu tragen. 2009 S. 251
- Art. 951 Abs. 2 OR. – Ob zwei Firmen sich hinreichend deutlich unterscheiden, ist aufgrund des Gesamteindrucks zu prüfen, den sie beim Publikum hinterlassen [Permatech (Schweiz) AG gegen PEMATECH GmbH]. 2009 S. 253

### Online Zugriff

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

### Organisationsrecht

#### Ausstandspflicht

- Die Unabhängigkeit und die Unbefangenheit von verfügenden oder entscheidenden Verwaltungsbehörden entspricht einem allgemein anerkannten rechtsstaatli-

chen Grundsatz. Die Befangenheit betrifft nur natürliche Personen, deshalb kann der Ausstand nur von den Mitgliedern eines Spruchkollegiums, nicht aber von der ganzen Behörde verlangt werden. Wie weit reichen die Mindestanforderungen an die Unbefangenheit von Behördemitgliedern? 2006 S. 225

- Zweck ist, jede Befangenheit oder Interessenkollision zu verhindern und jeden entsprechenden Anschein zu vermeiden. Sie erfasst alle Personen, die auf das Zustandekommen einer Anordnung Einfluss nehmen können. Wann ist ein Behördemitglied in einer Angelegenheit vorbefasst? 2006 S. 231
- Im Verwaltungsverfahren finden sich häufiger systembedingte Fälle von Vorbefassung als in Verfahren vor gerichtlichen Instanzen. E. 1 – Die Mitarbeitenden eines Direktionssekretariates arbeiten eng mit der Direktionsvorsteherin oder dem Direktionsvorsteher zusammen und nehmen aus diesem Grund im Gegensatz zu den Mitarbeitenden der anderen Ämter der Direktion eine besondere Stellung ein. Ein Behördenausstand einer Direktion setzt in der Regel voraus, dass die Direktionsvorsteherin oder der Direktionsvorsteher selbst von einem Ausstandsgrund betroffen sind. Eine Befangenheit, die lediglich bei den Mitarbeitenden eines Direktionssekretariates besteht, wozu jeweils auch die Direktionssekretärin oder der Direktionssekretär zählen, bewirkt keinen Ausstand der Direktion bzw. ihrer Vorsteherin oder ihres Vorstehers. In solchen Fällen muss die Instruktion des Beschwerdeverfahrens einem unbefangenen Mitarbeitenden des Direktionssekretariats der betreffenden Direktion, falls die Direktionssekretärin oder der Direktionssekretär befangen sind, einem Mitarbeitenden des Direktionssekretariats einer anderen Direktion oder einer aussenstehenden Person übertragen werden. E. 3 2007 S. 278

## **Outsourcing**

- siehe Auslagerung

## **P**

### **Parteienschädigung**

- im Rechtsöffnungsverfahren 1999 S. 129
- Sicherstellung wegen fehlenden Wohnsitzes in der Schweiz 1999 S. 152

- Frage der Uneinbringlichkeit ist administrativer Art, dagegen ist nur die Aufsichtsbeschwerde zulässig 1999 S. 154

## Personalrecht

- (Datenschutz) Zur Zulässigkeit der Übermittlung von Personaldaten ins Ausland 2006 S. 257
- §§ 11 und 12 des Personalgesetzes – Öffentliches Personalrecht. Die Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses ist nichtig, wenn sie während einer ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit zufolge Krankheit und damit während einer Sperrfrist ausgesprochen wird 2008 S. 108
- § 10 des Personalgesetzes – Öffentliches Personalrecht; rechtliches Gehör. Wenn eine gekündigte Person über den konkreten Inhalt der für die Kündigung relevanten Aktenstücke im Bild war und seine Sicht der Dinge demzufolge in das Kündigungsverfahren einbringen konnte, liegt keine Verletzung des Akteneinsichtsrechts und damit auch keine solche des rechtlichen Gehörs vor. Im öffentlichen Dienstrecht können auch relativ informelle Äusserungsgelegenheiten vor der Kündigung dem verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch genügen, sofern dem Betroffenen klar war, dass er mit einer solchen Massnahme rechnen musste. 2009 S. 319
- §§ 10, 13 und 16 des Personalgesetzes; Art. 5 des Gleichstellungsgesetzes – Öffentliches Personalrecht; Anforderungen an das rechtliche Gehör bei der gegenseitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Erscheint die Fortführung des Arbeitsverhältnisses als zumutbar, entfällt ein wichtiger Grund für dessen Auflösung. – Festlegung des Lohnersatzes im Lichte des Gleichstellungsgesetzes. – Sexuelle Belästigung durch mündliche Äusserungen. 2009 S. 324
- § 52 des Personalgesetzes und § 16 der Personalverordnung – Öffentliches Personalrecht. Wer nicht mehr im gleichen Haushalt mit seinen Kindern wohnt und auch nicht mehr die elterliche Obhut über diese hat, führt keinen gemeinsamen Haushalt mehr mit seinen Kindern. Entsprechend ist die Anspruchsvoraussetzung der gemeinsamen Haushaltführung gemäss § 52 Abs. 3 PG für den Bezug einer Familienzulage nicht mehr erfüllt und der entsprechende Anspruch verloren. Die infolge unterlassener Meldung an das Personalamt zu Unrecht ausbezahlte Familienzulage ist vollumfänglich zurückzuerstatten. Die Verjährung richtet sich nach Art. 127 OR. 2009 S. 341

## Personenrecht

- Persönlichkeitsverletzung durch Erhöhung der Strahlung einer Hochspannungsleitung? 2001 S. 115
- Aufhebung einer Stiftung mit geringem Restvermögen 2001 S. 183
- Aufsicht; örtliche und sachliche Zuständigkeit 2001 S. 184
- Abwehr von persönlichkeitsverletzenden Äusserungen, die der Rechtsverfolgung oder der Verteidigung in einem Gerichtsverfahren dienen. Rechtsschutzinteresse 2002 S. 143
- Eine Begrenzung der Beitragspflicht im Sinne von Art. 71 Abs. 1 ZGB ist nicht nur dann anzunehmen, wenn der Beitrag aufgrund der Statuten genau bestimmt oder objektiv bestimmbar ist. Eine solche Begrenzung liegt vielmehr auch dann vor, wenn die Statuten die Beitragspflicht lediglich dem Grundsatz nach festlegen und die Fixierung in quantitativer Hinsicht einem Reglement oder einem periodischen Vereinsbeschluss vorbehalten. Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Verein effektiv und rechtsgültig vom statutarischen Vorbehalt Gebrauch gemacht hat 2002 S. 144
- Prozessfähigkeit eines 14-jährigen Kindes 2004 S. 240
- Wohnsitzbegründung als Prozessvoraussetzung; Aufenthalt eines geistig Behinderten 2004 S. 241
- Begehren um Abänderung des Geburtsjahrs im Zivilstandsregister. Die Berichtigungsklage steht nicht zur Verfügung, wenn der Eintrag im Zivilstandsregister formell korrekt ist, d.h. auf echten Belegen beruht, die materiell unrichtig sind. Dafür bedarf es der Umstossung jener Belege, auf denen die angeblich materiell unrichtige Registereintragung beruht. – Zuständig zur Anerkennung eines türkischen Urteils betreffend Änderung des Geburtsjahrs ist die kantonale Aufsichtsbehörde im Zivilstandswesen, mithin die Direktion des Innern des Kantons Zug 2005 S. 167
- Wohnsitz eines allein stehenden Wochenaufenthalters. Haus und Tiere als Anknüpfungskriterium für den Wohnsitz 2005 S. 270
- Namensänderungen werden bewilligt, wenn wichtige Gründe vorliegen. Ein Konkubinatsverhältnis zwischen der Mutter als Inhaberin der elterlichen Gewalt und dem Konkubinatspartner als leiblichem Vater stellt noch keinen wichtigen Grund für eine Namensänderung dar 2006 S. 123

- Die Klage nach Art. 42 Abs. 1 Satz 1 ZGB stellt eine umfassende Gestaltungsklage auf Eintragung, Berichtigung oder Löschung von streitigen Angaben über den Personenstand dar, für die kein eigenes Verfahren (z.B. Statusklagen des Kindesrechts) zur Verfügung steht. Entsprechend dem Zweck des Bereinigungsverfahrens ist allerdings vorausgesetzt, dass damit (auch) ein Eintrag oder eine Berichtigung des Zivilstandsregisters angestrebt wird. Klarstellung, unter welchen Voraussetzungen gemäss Art. 42 ZGB auf Berichtigung des Zivilstandsregisters geklagt werden kann und wann das Namensänderungsverfahren gemäss Art. 30 ZGB einzuleiten ist 2006 S. 158
- Art. 28b Abs. 1 Ziff. 1 ZGB – Voraussetzungen und Modalitäten eines Annäherungsverbot 2009 S. 233

### **Pfändungsankündigung**

- Zustellgebühr für die Pfändungsankündigung; Weiterverrechenbarkeit 1999 S. 142

### **Pflegekind**

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

### **Planungs- und Baurecht**

- Arealbebauung auf Verlangen des Gemeinderates 2000 S. 71
- Ausnützung; Keller und Abstellräume im Erdgeschoss eines nicht unterkellerten Gebäudes 1999 S. 220
- Ausrichtung der Hauptwohnräume (§ 19 BO Zug) 1999 S. 221
- die Bestandesgarantie in einer Bauordnung beruht auf höherrangigem Recht; Auslegung der Bauordnung 1999 S. 84
- Bestandesgarantie; darf ein Gebäude, das die zulässige Ausnützung überschreitet, aufgestockt werden, wenn der geplante Dachaufbau nicht zur Ausnützung zählt? 1999 S. 219
- Besitzstandgarantie; Bauordnung Unterägeri; Tragweite 2001 S. 215
- Bewilligungspflicht für Geländeänderungen durch Deponieren von Aushub 2000 S. 59

- Bewilligungsanforderungen für Hartplatz bei Schulanlage, der teils in der Bauzone und teils in der Freihaltezone liegt 2000 S. 79
- Einzonung eines Gebietes, das in einem BLN-Objekt liegt; Beschwerdeberechtigung von Heimatschutzorganisationen 2004 S. 253
- Baureife eines Grundstücks; Erschliessungspflicht des Gemeinwesens 2004 S. 260
- Erschliessungspflicht der Gemeinde eines in der Bauzone gelegenen Grundstücks 2001 S. 214
- Begriff der hinreichenden Zufahrt. Eine Zufahrt ist hinreichend, wenn sie tatsächlich und rechtlich sichergestellt ist. Bedeutung eines im Grundbuch angemarkten öffentlichen Fuss- und Fahrwegrechts, auch wenn dieses im Anhang des gemeindlichen Strassenreglements nicht aufgeführt ist 2004 S. 72
- Geschossflächen, nicht anrechenbare: Entscheidend ist die bauliche Eignung 2001 S. 92
- Jugendcafé in Baustellenwagen; bewilligungspflichtige Baute? Zonenkonformität mit Zone des öffentlichen Interesses? 2001 S. 216
- Lärmbekämpfungsverordnung Cham; Benützungsordnung für den Pausenplatz des Schulhauses Städtli II 2001 S. 209
- Mindestabstand für Gebäude an Gemeindestrassen 2001 S. 96
- Mobilfunkantennen, Zulässigkeit und Schranken der Errichtung 2001 S. 86
- Mobilfunkanlage und Informationsfreiheit 2001 S. 218
- Planungspflicht ausserhalb der Bauzone; wann ist eine Ausnahmegewilligung zulässig und wann bedarf es einer Nutzungsplanung 1999 S. 88
- Planungszone; Freihaltung zwecks Strassenplanung 2000 S. 62
- Tennisanlage, die der 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
- Unter welchen Voraussetzungen braucht es für die Sanierung einer schadhafte Stützmauer eine Baubewilligung 2004 S. 69
- 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 Baumasse des Bauvorhabens, nicht auf die maximal mögliche Baumasse 2002 S. 102
- Haftung für Schäden aus missbräuchlicher Baubeschwerde. Zuständig sind die Zivilgerichte. Das Verwaltungsgericht tritt auf ein Begehren um Feststellung der missbräuchlichen Beschwerdeführung nicht ein 2002 S. 109
- Verhältnis von Eingliederungsgebot, Ortsbildschutz und Denkmalschutz 2002 S. 110
- Zonenkonformität eines Frischmarktladens mit nächtlicher Anlieferung 2002 S. 270
- Garantie des unabhängigen Richters gilt im Planungsverfahren auf Verwaltungsebene nicht. Die Baudirektion darf im Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat als instruierende Direktion tätig werden 2003 S.72
- Bestandesgarantie 2003 S. 76

- Bewilligungspflicht für das Aufstellen eines grossen Kreuzes und dessen Beleuchtung 2003 S. 79
- Eine Zonenplanänderung durch den Gemeinderat ist nicht zulässig, wenn diese mit einer beschlossenen, aber noch nicht rechtskräftigen Baulinie in Widerspruch geraten könnte 2003 S. 84
- Wohnzone 2, Anzahl zulässiger Geschosse 2003 S. 299
- Höhenlage des Erdgeschossfussbodens bei zusammengebauten Gebäudeteilen, die als ein Gebäude gelten 2003 S. 301
- Mobilfunkantennen und an Gemeindeversammlung erheblich erklärte Motion 2003 S. 303
- Kann die Baufreigabe einer Reservezone durch den Gemeinderat von den Nachbarn mit Beschwerde beim Regierungsrat angefochten werden 2003 S. 310
- Anforderungen an die Umweltverträglichkeit einer Parkieranlage in einem Bebauungsplangebiet 2003 S. 313
- Das Interesse an der integralen Erhaltung eines BLN-Gebietes geht dem Interesse an der Produktion einer relativ geringen Menge Ökostrom vor 2005 S. 81
- Einordnung einer Neubaute in die Ortskernzone sowie in die Ortsbildschutzzone Oberwil-Zug 2005 S. 280
- Vorgehen und Zuständigkeiten bei baulichen Änderungen an einem geschützten Baudenkmal 2005 S. 283
- Anzurechnende Geschossfläche bei einem Attikageschoss 2005 S. 286
- Wie steil muss das Gelände sein, damit ein bergseitig gelegener Wasch- und Trocknungsraum im Erdgeschoss eines Gebäudes nicht zur Ausnützung gerechnet werden muss 2005 S. 288
- Schmutzwasserleitungen sind Bauten im Sinne des Raumplanungsrechts. Ausserhalb der Bauzonen dürfen Schmutzwasserleitungen nicht «auf Vorrat» in ein Grundstück eingelegt werden 2006 S. 87

- Die Umnutzung eines Tränkeschopfs/Freizeitlokals in ein Gastgewerbelokal kann in einer Zone «Übriges Gebiet für Golf» nach Art. 24a ff. RPG nicht bewilligt werden, wenn dadurch neue Auswirkungen auf Raum, Erschliessung und Umwelt entstehen 2006 S. 91
- Erforderlichkeit eines ordentlichen Baubewilligungsverfahrens für die Aufnahme eines Gewerbebetriebes. Bei der gewerbsmässigen Herstellung von Pizzas entstehende Gerüche fallen als Emissionen unter die Luftreinhalteverordnung und sind in der Regel über das Dach zu entsorgen 2006 S. 97
- Anforderungen an eine Arealbebauung bei der Aufstockung und beim Umbau von in Einzelbauweise erstellten Mehrfamilienhäusern 2006 S. 239
- Tragweite der Bestandesgarantie 2006 S. 245
- unwesentliche oder wesentliche Änderung eines Bebauungsplanes in der Altstadt von Zug 2006 S. 248
- § 29 PBG; § 53 ff. BO – Anforderungen an eine Arealbebauung nach kantonalem Planungs- und Baugesetz und der gemeindlichen Bauordnung. Anforderungen im vorliegenden Fall erfüllt 2008 S. 113
- § 16 Abs. 1 Satz 3 V PBG; § 24 Ziff. 1 BO – Ausnützungsziffer: Begriff der anrechenbaren Geschossfläche unterhalb des Erdgeschosses. Erschliessungsflächen im Dachgeschoss gehören nach der Bauordnung der Stadt Zug nicht zur anrechenbaren Geschossfläche 2008 S. 125
- § 6 Abs. 1 GewG – Bauvorhaben im Gewässerabstand: Liegt eine Verletzung des Gewässerabstandes vor, so kann diese als Ausnahme nur bewilligt werden, wenn es sonst zu einer unbilligen Härte oder einer offensichtlich unzweckmässigen Lösung kommen würde 2008 S. 130
- Art. 45 und Art. 18 BO Unterägeri; Fassadenlänge beim Zusammenbau von einem Hauptgebäude mit einer Kleinbaute 2008 S. 282
- § 5 VPBG § 45 Abs. 2 BO Baar – Wie viel darf eine Unterniveaubaute aus dem gewachsenen Terrain herausragen 2008 S. 286
- § 45 Abs. 2 PBG; §§ 41 und 62 VRG – Einsprache- und Beschwerdeberechtigung in

einem Baubewilligungsverfahren. Legitimation eines Initiativkomitees verneint. Wer am Einspracheverfahren nicht teilgenommen hat, dem wird die Beschwerdeberechtigung wegen fehlender formeller «Beschwer» abgesprochen. 2009 S. 125

- Art. 19 Abs. 2 und 22 RPG; §§ 19 und 29 Abs. 4 PBG; § 19 BO Cham – Die hobby-mässige Haltung von Pferden kann in einer Wohnzone grundsätzlich als zonenkonform bezeichnet werden. Im vorliegenden Fall konnte der Bau eines Pferde-Unterstandes (mit Geräteraum und WC) nicht bewilligt werden, weil sich das Bauvorhaben innerhalb einer Arealbebauung befand und nicht alle Mit-Eigentümer der Arealbebauung mit einer derartigen Änderung der Arealbebauung einverstanden waren. 2009 S. 134
- § 12 BO Baar – Bei dieser Bestimmung um eine positive ästhetische Generalklausel, die sich nicht in einem Verunstaltungsverbot erschöpft, das lediglich verlangt, dass ein Bauvorhaben nicht einen stossenden Gegensatz zur Nachbarschaft bildet oder auffallend störend in Erscheinung treten darf. Die positive ästhetische Generalklausel verlangt eine architektonische Gestaltung, welche sich gut in die Umgebung einordnet. Definition der Umgebung bzw. des Quartier, in welche/welches sich ein Bauvorhaben einpassen muss. 2009 S. 144
- § 19 V PBG, §§ 14 – 18 BO Cham; Ausnützungsübertragung von einer Landfläche ausserhalb einer Arealbebauung in eine Arealbebauung, Berechnungsgrundlage für den Ausnützungsbonus 2009 S. 361
- § 29 Abs. 4 PBG – Änderung einer Arealbebauung oder bewilligungsfreier Vorgang (Begrünung einer Fassade)? 2009 S. 363
- Art. 21 Abs. 2 RPG – Bei einer erheblichen Änderung der Verhältnisse ist ein Bebauungsplan zu überprüfen und eventuell anzupassen. 2009 S. 364

### **Politische Rechte**

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

## Prozessführung

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

## R

### Rechtspflege

#### Strafrechtsverfahren

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

- Kompetenz des Einzelrichters bei Zusatzstrafen 2000 S. 187
- Vergewaltigung als Officialdelikt; Recht des Angeschuldigten Fragen an den Belastungszeugen zu stellen 2000 S. 188
- Mit dem Rückzug des Strafantrages entfällt eine Prozessvoraussetzung, das Strafverfahren ist einzustellen; Auswirkung auf Kostenfolge 2002 S. 219
- Aufsichtsbeschwerde ist nicht Ersatz für nicht existierendes Rechtsmittel; Subsidiarität gegenüber Berufung; Vorwurf des Amtsmissbrauchs 2002 S. 220
- Berufungsverhandlung; entschuldigtes bzw. unentschuldigtes Fernbleiben 2004 S. 228
- Als Privatkläger gilt einzig der Geschädigte, der im Untersuchungsverfahren ausdrücklich erklärt, sich am Verfahren im Straf- und/oder Zivilpunkt zu beteiligen 2003 S. 226
- Das neue Prozessrecht ist auf alle hängigen Fälle anzuwenden. Die Mitwirkungsrechte einer Privatklägerin reichen nur so weit, als es zur Durchsetzung der prozessualen Interessen erforderlich ist 2003 S. 227
- Die Bestellung eines amtlichen Verteidigers erfolgt grundsätzlich ad personam und beinhaltet keine Substitutionsermächtigung; ein Verteidigerwechsel ist nur mit gerichtlicher Zustimmung zulässig 2003 S. 230
- Voraussetzungen für die Gewährung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes 2003 S. 231
- Akteneinsicht. Eine Herausgabe von Untersuchungsakten erfolgt nur an patentierte Anwälte, Ämter oder Versicherungsgesellschaften 2003 S. 232
- Kostenaufgabe bei Einstellung der Untersuchung. Dem Beschuldigten, welcher zu Unrecht einen Atemlufttest verweigert und damit die Einleitung eines Untersuchungsverfahrens und insbesondere eine unnötige Blutanalyse verursacht hat, sind die Untersuchungskosten aufzuerlegen 2003 S. 234
- Vorsorgliche Massnahmen im Verfahren gegen Kinder und Jugendliche. Anordnung der stationären Beobachtung eines Jugendlichen zur Abklärung der zweckmässigen Sanktion 2003 S. 235

- Internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Es ist grundsätzlich Sache der schweizerischen Behörden, diejenigen Akten auszuscheiden, die den ausländischen Strafverfolgungsbehörden übermittelt werden. Sie sind jedoch verpflichtet, den ausländischen Behörden sämtliche Aktenstücke zu übermitteln, die sich auf den im Ersuchen enthaltenen Verdacht beziehen können 2003 S. 241
- Die Ergreifung eines Rechtsmittels im Strafprozess setzt voraus, dass der Rechtsmittelkläger urteilsfähig ist. Anders als im Zivilprozess ist hier hingegen seine Handlungsfähigkeit nicht verlangt. Urteilsfähigkeit im konkreten Fall verneint 2004 S. 225
- Gegen Einstellungsbeschlüsse des Einzelrichters steht weder das Rechtsmittel der Berufung noch das Rechtsmittel der Beschwerde offen 2004 S. 230
- Beschleunigungsgebot; Folgen von dessen Verletzung 2005 S. 238
- Musste der Beschwerdeführer bereits aufgrund der ursprünglichen Armenrechtsbewilligung damit rechnen, dass ihm die Unentgeltlichkeit der Verteidigung bei einer erheblichen Einkommensverbesserung nicht mehr gewährt würde, liegt keine eigentliche, unzulässige Rückwirkung vor, wenn der Untersuchungsrichter in einer späteren Verfügung die Unentgeltlichkeit rückwirkend auf den Zeitpunkt der Änderung der Einkommensverhältnisse entzieht 2005 S. 239
- Beweismässige Verwertbarkeit von Fragebogen, die im Laufe der Strafuntersuchung erhoben wurden; Teilnahmerecht der Verteidigung an Zeugeneinvernahmen; beweismässige Verwertbarkeit von Gutachten, die in einem anderen Verfahren erstattet wurden 2005 S. 241
- Kostenaufgabe und Entschädigung bei Einstellung der Strafuntersuchung 2005 S. 244
- Anklagegrundsatz – Anforderungen an die Eingrenzung des vorgehaltenen Sachverhaltes in zeitlicher Hinsicht 2005 S. 247
- Berufungsbeschränkung; Teilrechtskraft; Entschädigung der amtlichen Verteidigung; Fehlen einer gesetzlichen Grundlage zur Kürzung der Entschädigung von Amtes wegen im Berufungsverfahren 2005 S. 250
- Gegen Ausstandsentscheide des Strafgerichts ist die Beschwerde an die Justizkommission nicht zulässig 2005 S. 251

- Gegen die Weigerung der Staatsanwaltschaft, eine Konfrontationseinvernahme durchzuführen bzw. anzuordnen, ist die Beschwerde nach § 80 StPO nicht gegeben. Prüfung der Beschwerde erfolgt einzig unter aufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten 2005 S. 252
- Die Beschwerde gegen die Überweisungsverfügung und damit auch gegen die mit ihr allenfalls gleichzeitig abgewiesenen Aktenergänzungen ist seit Inkrafttreten der Gesetzesänderung vom 19. Dezember 2002 nicht mehr zulässig. Hingegen kann gegen eine in der Überweisungsverfügung angeordnete Aufrechterhaltung der Fernhaltemassnahme Beschwerde geführt werden. Der vom Gesetz ausdrücklich im Rahmen der Überweisung vorgesehene Entscheid über die Anordnung bzw. Aufrechterhaltung einer allfälligen Haft oder einer Ersatzmassnahme kann als selbständige Untersuchungshandlung angesehen werden, die weiterhin der Beschwerde gemäss § 80 Ziff. 1 StPO unterliegt 2005 S. 255
- Gegen eine einstweilige Einstellungsverfügung steht den Parteien die Beschwerde an die Justizkommission zur Verfügung. Diese lässt sich – bei weitherziger Auslegung des Begriffs Untersuchungshandlung – auf § 80 Ziff. 1 StPO stützen, aber namentlich auch – zumindest analog – auf Ziff. 7 von § 80 StPO, welcher in seiner neuen Fassung vom 19. Dezember 2002 die Einstellungsverfügung ausdrücklich als Beschwerdeobjekt nennt 2005 S. 257
- Das Einzelrichteramt hat keinen Nichtigkeitsgrund gesetzt, indem es aus dem Teilfahrverbot für Motorräder ein Halte- und Parkverbot abgeleitet hat 2005 S. 259
- Auf eine nicht oder nicht genügend begründete Beschwerde kann nicht eingetreten werden. Begründet ist die Beschwerde dann, wenn der Beschwerdeinstanz dargelegt wird, auf welche Argumente sich der Beschwerdeführer im Hinblick auf die gestellten Anträge stützt 2005 S. 261
- Herausgabepflicht Dritter; Akteneinsicht des Privatklägers in die edierten Unterlagen. Wer zur Edition aufgefordert wird, muss sich grundsätzlich in diesem Zeitpunkt auf sein allfälliges Verweigerungsrecht berufen und die Edition verweigern, allenfalls die Siegelung verlangen. Er kann damit nicht zuwarten, bis den Prozessbeteiligten Akteneinsicht gewährt wird, und sich erst in diesem Zeitpunkt dagegen zur Wehr setzen. Nur wenn das Strafverfahren nachträglich ausgedehnt wird und die edierten Akten eine weitergehende Verwendung finden, als in der Editionsverfügung dargelegt wurde bzw. werden konnte, namentlich etwa nachträglich neu hinzugekommenen Verfahrensbeteiligten Akteneinsicht gewährt werden soll, wäre denkbar, dass der Editionsverpflichtete sich auch noch mit Beschwerde gegen die

Akteneinsichtsverfügung auf sein Editionsverweigerungsrecht im Sinne von § 29 Abs. 3 StPO berufen könnte 2006 S. 211

- Gegen die Ablehnung von beantragten Untersuchungshandlungen ist kein Rechtsmittel gegeben. Die Weigerung des Untersuchungsrichteramtes, eine verlangte Untersuchungshandlung vorzunehmen, gehört nicht zu den in § 80 StPO ausdrücklich genannten Beschwerdefällen. Eine grosszügige Auslegung der Generalklausel von § 80 Ziff. 1 StPO widerspricht aber klar § 11ter Abs. 1 Ziff. 1 StPO. Damit kann bereits nach Konsultation des zugerischen Verfahrensrechts eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung erkannt werden 2006 S. 216
- Entnahme eines Wangenschleimhautabstrichs (WSA) als erkennungsdienstliche Massnahme. Der WSA stellt einen – wenn auch nur geringfügigen – Eingriff in die Privatsphäre des Einzelnen dar und setzt deshalb neben einer gesetzlichen Grundlage und einem öffentlichen Interesse auch die Verhältnismässigkeit voraus. Steht mithin von vornherein unzweifelhaft fest, dass eine DNA-Analyse für die zulässigen Zwecke gemäss Art. 1 Abs. 2 DNA-Profil-Gesetz nicht in Betracht kommt, erscheint die Probenahme als unverhältnismässig und es ist deshalb darauf zu verzichten 2006 S. 219
- § 15 Abs. 2 Ziff. 2 GOG. – Rechtsnatur der allgemeinen Aufsichtsbeschwerde (Erw. 2) 2008 S. 258
- § 6 Abs. 3 und 4 StPO. – Die Bestimmung verleiht dem Anzeigerstatter keinen absoluten Rechtsanspruch auf Aufnahme einer mündlichen Strafanzeige, zumal weder Staatsanwaltschaft noch Polizei verpflichtet sind, trölerische, mutwillige und querulatorische Anzeigen überhaupt entgegenzunehmen. Die Formulierung des Protokolls einer mündlichen Strafanzeige ist Sache des Protokollanten. Der Anzeigerstatter hat grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass seine eigenen Formulierungen aufgenommen werden (Erw. 5) 2008 S. 258
- § 36<sup>ter</sup> StPO. – Einsprache gegen den Strafbefehl. Zuständigkeit für den Entscheid über die formelle Gültigkeit der Einsprache. Die Staatsanwaltschaft überprüft lediglich vorfrageweise die formelle Gültigkeit der Einsprache; die Gültigkeit von Strafbefehl und Einsprache ist vom Einzelrichter am Strafgericht zu beurteilen 2008 S. 261
- § 12 StPO und § 80 StPO; § 15 GOG; Art. 7 DNA-Profil-Gesetz; § 3 ZG-DNA-Verordnung. – Die Justizkommission des Obergerichts tritt auf eine Beschwerde gegen eine von der Polizei durchgeführte Abnahme einer DNA-Probe, der sich der Beschwerdeführer erst im Nachhinein widersetzt, nicht ein 2008 S. 264

- § 80 Ziffer 1 und 11 und § 2 Abs. 2 StPO. – Beim Beschluss des Strafgerichts, Akten des pendenten Strafverfahrens an die Staatsanwaltschaft herauszugeben, handelt es sich nicht um eine unter § 2 Abs. 2 StPO fallende Anordnung bzw. stellt ein solcher Beschluss keine Untersuchungshandlung im Sinne von § 80 Ziffer 1 StPO dar. Er kann deshalb nicht mit Beschwerde nach § 80 Ziffer 11 StPO angefochten werden 2008 S. 266
- § 78 GOG. – Die Frist für die Beschwerde gegen die Auferlegung von Kosten und die Zusprechung von Entschädigungen im Sinne von § 80 Ziffer 4 StPO beginnt bei mündlich eröffneten (und begründeten) oder lediglich im Dispositiv zugestellten Strafurteilen mit Zustellung des motivierten Strafurteils zu laufen 2008 S. 269
- § 29 Abs. 1 Ziff. 2 StPO, § 37 Abs. 1 und 2 GesG, Art. 321 Ziff. 1 StGB. – Das in § 37 GesG statuierte Berufsgeheimnis anderer Berufe des Gesundheitswesens verleiht kein absolutes Zeugnisverweigerungsrecht von Angestellten gegenüber den Strafuntersuchungsbehörden. Verhältnis von § 37 GesG zum Zeugnisverweigerungsrecht gemäss § 29 Abs. 1 Ziff. 2 StPO. 2009 S. 298
- §§ 14 Abs. 2, 34 Abs. 5 und 80 Ziff. 3 StPO. – Seit der am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Teilrevision der Strafprozessordnung ist die Beschwerde des Anzeigerstatters gegen eine Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft nicht mehr zulässig. 2009 S. 302

#### Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren

- Ausstand dient der Wahrung von nötiger Distanz und Objektivität in der Fallbearbeitung; Regierungsrat als Beschwerdeinstanz 2004 S. 270
- Ein Gemeinderat, der mit einer privaten Bauherrschaft Verhandlungen über ein gemeinsames Bauprojekt führt, kann deshalb noch nicht als befangen bezeichnet werden. Entscheidend ist, ob sich der Gemeinderat als zuständige Baubewilligungsbehörde an die baurechtlichen Vorschriften hält 2004 S. 147
- Gegenüber Spezialadressaten sind Allgemeinverfügungen individuell und persönlich zu eröffnen, d.h. die anordnende Behörde kann sich nicht allein auf die öffentliche Bekanntmachung der Allgemeinverfügung beschränken. Beginn des Fristenlaufs 2004 S. 151

- Beschwerdeberechtigung von Heimatschutzorganisationen bei der Änderung einer Bauzone 2004 S. 253
- unentgeltliche in einem Besuchsrechtsbeschwerdeverfahren 1999 S. 231
- Kosten und Parteienschädigung bei Abschreibung einer Kinderschutzbeschwerde infolge Gegenstandslosigkeit 2001 S. 193
- Prozessfähigkeit eines 14-jährigen Kindes im Verwaltungsbeschwerdeverfahren 2004 S. 240
- Prozessvoraussetzung und zivilrechtlicher Wohnsitz im Verwaltungsbeschwerdeverfahren 2004 S. 241
- Die Sprungbeschwerde ist ausgeschlossen, wenn der Regierungsrat eine Vormundschaftsbeschwerde als vormundschaftliche Aufsichtsbehörde zu entscheiden hat 2002 S. 135
- Die Stiftungsaufsichtsbeschwerde als Beschwerde sui generis verleiht dem legitimizeden Gesuchsteller Anspruch auf einen beschwerdefähigen Entscheid der Aufsichtsbehörde, somit des Regierungsrats. Die Sprungbeschwerde ist ausgeschlossen 2002 S. 137
- Legitimation zur Stiftungsaufsichtsbeschwerde 2002 S. 246
- Aufsichtsbeschwerde im Vormundschaftsrecht 2002 S. 252
- Keine Wiedererwägung von Rechtsmittelentscheiden 2002 S. 289
- Einreichung einer Beschwerdeschrift; Rechtzeitigkeit 2002 S. 291
- Beweiswürdigung; Beweiswert eines psychiatrischen Gutachtens, das ohne Beizug eines Dolmetschers erstellt wurde 2003 S. 93
- Ablehnung von Beweisanträgen; Notwendigkeit des Beizugs eines Sachverständigen; Anforderungen an dessen Unabhängigkeit und Unbefangenheit 2003 S. 135
- Voraussetzungen, unter denen die betroffene Behörde selber über ein offensichtlich unzulässiges Ausstandsbegehren befinden kann 2003 S. 68

- Garantie des unabhängigen Richters: gilt nicht für Baudirektion, die im Rahmen der Vorprüfung einer gemeindlichen Planung Fragen geprüft hat, die den Beschwerdegegenstand betreffen. Die Baudirektion darf das Verfahren vor dem Regierungsrat instruieren 2003 S. 72
- Wer sich nicht mit selbständigen Begehren am Verfahren beteiligt, kann nicht als unterliegende Partei beurteilt werden somit auch nicht zur Zahlung einer Parteientschädigung verpflichtet werden 2003 S. 157
- Rechtzeitige Einreichung einer Beschwerdeschrift 2003 S. 333
- Aufschiebende Wirkung einer Beschwerde im Sozialhilfeverfahren beim Entscheid über eine Unterbrechung oder Einstellung der Sozialhilfeleistungen 2003 S. 334
- Entzug der aufschiebende Wirkung; Zuständigkeit des Regierungsrats zur Anordnung des Entzugs, wenn diese nicht von der zuständigen Behörde angeordnet wurde 2003 S. 339
- Für die Festsetzung der Dauer von Probezeit und Schutzaufsicht kommt dem Amt für Straf- und Massnahmenvollzug ein erhebliches Ermessen zu; Ermessenskontrolle im Beschwerdeverfahren 2003 S. 343
- Rechtsstellung des beigeladenen Dritten im Verfahren 2005 S. 94
- Die Beschwerde eines Stimmbürgers gegen einen Entscheid des Regierungsrates, mit dem dieser einem gemeindlichen Bebauungsplan die raumplanungsrechtliche Genehmigung verweigert, ist keine Stimmrechtsbeschwerde. Es gelten daher die üblichen gesetzlichen Voraussetzungen für die Bejahung der Beschwerdeberechtigung 2007 S. 139
- Beschwerdeberechtigung in Bausachen 2007 S. 143
- Beschwerdeberechtigung des TCS zur Anfechtung einer Verfügung betreffend Geschwindigkeitsbeschränkung (Erw. 2) 2007 S. 150
- Parteistellung bei Mehrparteienverfahren, Parteientschädigung, rechtliches Gehör, Kognition In Verfahren um Errichtung einer Besuchsbeistandschaft gelten Eltern als Parteien. Dasselbe gilt für ein später eingeleitetes Beschwerdeverfahren. E. II. 5. Die Argumentation, dass im Verfahren um Errichtung einer Besuchsbeistandschaft nicht von einem Obsiegen oder Unterliegen gesprochen werden könne, da

- es um den Schutz des Kindes gehe, ist nicht zu hören. E. II. 6. Die fehlende Möglichkeit des Beschwerdeführers sich zur beantragten Nichtgewährung einer Parteientschädigung zu äussern, verletzt das rechtliche Gehör. Auf eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz kann aufgrund der umfassenden Kognition des Regierungsrates als Beschwerdeinstanz verzichtet werden. E. II. 10 2007 S. 292
- Aufschiebende Wirkung – Über ein Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung entscheidet die Präsidentin bzw. der Präsident der Beschwerdeinstanz. E. I. 1 – Aufschiebende Wirkung einer Beschwerde bedeutet, dass der bisherige Rechtszustand bis zum rechtskräftigen Beschwerdeentscheid unverändert fort-dauert. E. II. 1a 2007 S. 288
  - Beschwerdelegitimation – Art. 12 Abs. 1 NHG, Art. 659 ZGB, § 88 Abs. 2 EG ZGB – Einsprache- und Beschwerdelegitimation von gesamtschweizerischen Organisationen? Deltaerweiterung bei einem Bach als künstliche Landanlage oder natürliche Landanschwemmung? 2007 S. 302
  - Art. 22 SVG – Örtliche Zuständigkeit für die Aussprechung von Administrativmassnahmen 2008 S. 135
  - Art. 29 Abs. 2 BV, § 15 Abs. 1 VRG. – Rechtliches Gehör. Vor Erlass einer in seine Rechtsstellung eingreifenden Verfügung hat der Betroffene das Recht, in die Akten Einsicht zu nehmen und sich zum vorgesehenen Ausgang des Verfahrens zu äussern. Will die entscheidende Behörde auf die Ergebnisse eines Augenscheins abstellen, so hat sie die entsprechenden Feststellungen und Äusserungen der beteiligten Parteien zu protokollieren. Andernfalls verletzt sie ebenfalls das rechtliche Gehör 2008 S. 136
  - VRG; StGB – Strafvollzug in Form der Halbgefängenschaft, Gesuch um Strafaufschub. Es ist zulässig, sich per elektronischer Post mit einer Amtsstelle oder einem Gericht in Verbindung zu setzen, vorbehaltlich von Fragen der Beweisbarkeit bzw. der Authentizität. Bedeutung der Mitwirkungspflicht im Falle gescheiterter elektronischer Übermittlung. Fehlende materielle Rechtskraft eines negativen Verwaltungsakts und Voraussetzungen eines Wiedererwägungsgesuchs 2008 S. 142
  - Art. 61 lit. f ATSG – Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege. Durch die ungenügende Mitwirkung des anwaltlich vertretenen Beschwerdeführers sind seine Einkommensverhältnisse und damit seine Bedürftigkeit im Verwaltungsverfahren unbewiesen geblieben. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens betreffend Verwei-

gerung der unentgeltlichen Rechtspflege ist die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers aufgrund der nachgereichten Unterlagen ausgewiesen. Die Übernahme der Kosten für die unentgeltliche Rechtspflege erfolgt aber erst ab Einreichung der Beschwerde gegen die Verfügung betreffend Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege 2008 S. 147

- Art. 29 BV, § 10 GG; Befangenheit des Gemeinderates durch den Beizug eines Rechtsvertreters, der verschiedene Mandate der Gemeinde innehat und gleichzeitig in einer Beschwerdesache in der gleichen Gemeinde die Bauherrschaft vertritt 2008 S. 274
- § 20 VRG; Verletzung der Begründungspflicht in einem Einspracheentscheid, Heilung der Gehörsverletzung im Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat? 2008 S. 277
- § 46 Abs. 3 VRG – Entscheidend dafür, ob ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt werden soll oder nicht, ist die Frage, ob der Sachverhalt nach dem ersten Schriftenwechsel nicht hinreichend geklärt ist oder mit der Beschwerdeantwort neue Tatsachen vorgetragen werden. 2009 S. 112
- § 62 Abs. 1 lit. c VRG – Der Beschwerdeführer muss an der Aufhebung und Änderung des angefochtenen Entscheides ein schutzwürdiges, d.h. aktuelles und praktisches Interesse haben. Ein aktuelles Interesse an der Überprüfung eines Beschwerdeentscheides betreffend Ungültigkeit einer Volksinitiative ist nicht mehr gegeben, wenn der Zweck der Initiative offensichtlich nicht mehr erreicht werden kann. Dies trifft z.B. zu, wenn ein Gebäude, das mit einer Initiative geschützt werden sollte, gestützt auf eine rechtskräftige Bewilligung abgerissen worden ist. 2009 S. 117

#### Zivilrechtsverfahren

- Gerichtsstand; – Es sind nur Geschäfte des «üblichen Verbrauchs» als Konsumentenverträge zu qualifizieren. Ausserordentliche Anschaffungen, die nicht regelmässig getätigt werden, sowie eigentliche Luxusgüter fallen nicht in den Anwendungsbereich 2004 S. 189
- Im Eintritt des Abtretungsgläubigers nach Art. 260 SchKG in den Aktivprozess der Konkursitin kann kein Parteiwechsel erblickt werden. Die Sicherstellung einer all-

- fälligen Parteientschädigung durch den Abtretungsgläubiger lässt sich daher nicht auf § 21 Abs. 2 ZPO stützen 2004 S. 192
- Die Zulässigkeit der Streitverkündung im summarischen Verfahren ist in der Lehre umstritten. Soweit die Streitverkündung jedoch der Einfachheit und Raschheit des summarischen Verfahrens nicht entgegensteht, ist sie zuzulassen 2004 S. 196
  - Wird eine Beschwerde von einem nicht zur Vertretung berechtigten Nichtanwalt unterzeichnet, ist eine kurze, gegebenenfalls über die Beschwerdefrist hinausgehende Nachfrist für die gültige Unterzeichnung anzusetzen 2004 S. 198
  - Wird eine Bank mit der Überweisung des verlangten Kostenvorschusses auf das Postcheckkonto der Gerichtskasse beauftragt, gilt der Kostenvorschuss nur dann als rechtzeitig geleistet, wenn er am letzten Tag der Frist bei der Postfinance eintrifft und als Fälligkeitsdatum ebenfalls spätestens dieses Datum angegeben wird 2004 S. 200
  - Vom zahlungsunfähigen Kläger kann die Sicherstellung der Parteientschädigung verlangt werden. Der Zahlungsunfähige zeichnet sich dadurch aus, dass er nicht über die Mittel verfügt, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen. Um solche handelt es sich bei der im Streite liegenden Forderung und den damit zusammenhängenden Gerichts- und Parteikosten nicht. Allfällige künftige Verbindlichkeiten bei der heute zu beurteilenden Zahlungsfähigkeit bzw. -unfähigkeit können nicht berücksichtigt werden 2004 S. 201
  - Pfandausfallschein als Beweismittel für Zahlungsunfähigkeit 2000 S. 173
  - Unentgeltliche Prozessführung; Unterhaltskosten für ein im gleichen Haushalt lebendes Kind 2000 S. 173
  - Verfügung des Eheschutzrichters als superprovisorische Massnahme; Nichteintreten auf Beschwerde wegen Rechtsverweigerung 2001 S. 177
  - Bedürftigkeit, Unterhaltspflichten: Leistung von Prozesskostenvorschüssen 2001 S. 169
  - Wiederaufnahme eines Verfahrens; Ausnahmen für das summarische Verfahren 2001 S. 180

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

- Der Gesuchsteller verfügt im Rahmen der vorsorglichen Beweissicherung über die Verfahrensherrschaft 2004 S. 208
- ZPO: § 201 Abs. 2 hat den Charakter einer Ordnungsvorschrift und bezweckt nicht, die säumige Gegenpartei an der Berufungsverhandlung von jeglicher Stellungnahme zur Berufung auszuschliessen 2002 S. 207
- Beschwerdebegründung als gesetzliches Gültigkeitserfordernis; Voraussetzung für die Wiederherstellung einer Beschwerdefrist 2002 S. 210
- ZPO §208 Ziff. 2: Kompetenzen der Aufsichtsinstanz 2002 S. 212
- Wo die Einsprache an das Kantonsgericht möglich ist, kann nach der Praxis der Justizkommission gegen eine Verfügung des Referenten keine Beschwerde erhoben werden und der Einspracheentscheid des Kantonsgerichts nur mit der Hauptsache weitergezogen werden 2002 S. 215
- Im Falle der Zustellung eines Rechtsöffnungsentscheides während den Betreibungsferien beginnt die Beschwerdefrist unabhängig vom Ausgang des Rechtsöffnungsverfahrens erst nach Ablauf der Betreibungsferien zu laufen 2004 S. 209
- Auslegung der Begriffe öffentliche oder private Strasse; Massgebend für die Zuständigkeit ist das Interesse für eine Verkehrsanordnung auf privaten Grund 2002 S. 216
- Benutzungsverhältnis zwischen einer Gemeinde und dem Benutzer einer gemeindeeigenen Mehrzweckhalle; Kriterien zur Unterscheidung zwischen einem privatrechtlichen und einem öffentlich-rechtlichen Anspruch 2003 S. 198
- Reichweite der materiellen Rechtskraft; Die Rechtskraft eines Urteils erstreckt sich in gewissen Fällen auf die Urteilerwägungen. Im Hinblick auf die Verwirklichung des materiellen Rechts darf das zivilprozessrechtliche Institut der materiellen Rechtskraft nicht eine Spaltung des Synallagmas 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
- Noverrecht im Eheschutzverfahren. In Bezug auf Kinderbelange gilt von Bundesrechts wegen die uneingeschränkte Offizialmaxime. Entsprechend sind in der Rechtsmittelinstanz – soweit es um Kinderbelange geht – von Bundesrechts wegen neue Anträge und Begehren zulässig 2003 S. 218
- Gegen vorläufige Verfügungen ist nach konstanter Praxis der Justizkommission die Beschwerde nicht zulässig 2003 S. 219
- Ist die gemäss Scheidungsurteil geschuldete Geldsumme nicht bestimmt, sondern muss diese erst noch nach den im Urteil festgelegten Kriterien bestimmt werden, und kann deshalb die definitive Rechtsöffnung in einer deswegen angehobenen Betreuung nicht erteilt werden, hat die Gläubigerin zur Festsetzung der geforderten Geldschuld den ordentlichen Prozessweg zu beschreiten und durch eine Anerkennungsklage im Sinne von Art. 79 Abs. 1 SchKG den Rechtsvorschlag beseitigen zu lassen 2003 S. 222
- Kann auf die betriebsrechtliche Beschwerde offensichtlich wegen formellen Mängeln nicht eingetreten werden, erübrigt es sich, auf ein (erneut) gestelltes Ausstandsbegehren gegen die ordentlichen Mitglieder der Justizkommission einzutreten 2004 S. 211
- Werden Ausstands- bzw. Ablehnungsgründe erst nach Abschluss des Verfahrens entdeckt bzw. ergeben sich solche aufgrund der Urteilsbegründung, sind diese mit dem gegen das Urteil zulässigen Rechtsmittel geltend zu machen. Weiterleitung des Gesuchs von Amtes wegen an die zuständige Behörde 2004 S. 212
- Voraussetzungen zur Sicherstellung der Parteientschädigung infolge Zahlungsunfähigkeit des Klägers 2005 S. 209
- Von der klägerischen Partei, die einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gemäss Art. 317 ff. SchKG erlangt hat, kann keine Sicherstellung der Parteientschädigung verlangt werden 2005 S. 212

- Bestreitungslast. Die zugerische Zivilprozessordnung verlangt vom Beklagten ein substantiiertes Bestreiten der klägerischen Sachvorbringen. Mit Bezug auf das Ausmass der im Einzelfall erforderlichen Substanziierung des Bestreitens ist insbesondere die Einlässlichkeit der Sachdarstellung der behauptungsbelasteten Partei massgebend 2005 S. 214
- Würdigung von Zeugenaussagen anhand von wissenschaftlich unterlegten Kriterien, Merkmale für die Unglaubwürdigkeit eines Zeugen oder die Unglaubhaftigkeit seiner konkreten Zeugenaussage 2005 S. 215
- § 93 ZPO bildet keine Grundlage für den Erlass von Leistungsmassnahmen. Solche Massnahmen lassen sich einzig auf § 129 Ziff. 3 ZPO abstützen, für welche Verfügungen ausschliesslich der Kantonsgerichtspräsident bzw. der Einzelrichter im summarischen Verfahren sachlich zuständig ist 2005 S. 220
- Vorsorgliche Massnahmen. Eine Wiederholungsgefahr ist zu verneinen, wenn die Antragsgegnerin als juristische Person ihre Auflösung beschlossen und bereits publiziert hat, soweit es bei den beanstandeten Verletzungshandlungen einzig um solche im Rahmen der Geschäftstätigkeit geht. Kostentragung bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens 2005 S. 222
- Ist eine Ersatzvornahme möglich, kann (noch) nicht die Umwandlung einer Leistungspflicht in eine Geldleistung gemäss § 223 ZPO verlangt werden. Dieses Institut ist erst als ultima ratio zulässig 2005 S. 226
- Nichteintreten auf eine Beschwerde wegen ungebührlicher Äusserungen 2005 S. 228
- Wiederherstellung der Berufungsfrist bei Versäumnis infolge höherer Gewalt. Das Restitutionsgesuch ist innert angemessener Frist einzureichen, d.h. sobald die Tatsache der Fristversäumnis dem Betroffenen bekannt geworden und ihm die Einreichung eines Wiederherstellungsgesuchs zugemutet werden kann. Als angemessen dürfte eine Frist gelten, die der für die Einreichung des versäumten Rechtsmittels normierten entspricht 2005 S. 231
- Wird ein Zivilgericht angerufen, hat es seine eigenen prozessrechtlichen Bestimmungen anzuwenden; die Zivilgerichte sind dem Verwaltungsrechtspflegegesetz nicht unterstellt (vgl. § 2 VRG). Die Frage der Weiterleitungspflicht richtet sich demnach nicht nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz (§ 7 VRG), sondern nach dem Gerichtsorganisationsgesetz 2005 S. 233

- Kostenvorschuss. Erfolgt die Zahlung des Kostenvorschusses über ein Bankkonto auf das Postkonto der Gerichtskasse, ist die Zahlung rechtzeitig erfolgt, wenn das Geld am letzten Tag der Frist zugunsten der Gerichtskasse bei der Post eingegangen ist. Keine Rolle spielt dagegen, wann der Betrag dem Postkonto der Gerichtskanzlei gutgeschrieben wurde 2006 S. 195
- Kosten- und Entschädigungsfolgen. Reicht eine Partei Entscheide anderer kantonalen Gerichte, die ihren Standpunkt im Verfahren vor zugerischen Gerichten stützen, weil sie in vergleichbaren Fällen ergangen sind, verspätet in den hiesigen Prozess ein, kann sie deswegen nicht zur Zahlung von Gerichtskosten und einer Parteientschädigung an die Gegenpartei verpflichtet werden 2006 S. 197
- Unentgeltliche Prozessführung. Voraussetzung für das Eintreten auf ein neues Gesuch ist, dass der Antragsteller wesentlich veränderte Verhältnisse seit der Abweisung des ersten Gesuches geltend machen kann 2006 S. 197
- Die Unverbindlichkeit eines vor Kantonsgericht abgeschlossenen Vergleichs wegen Willensmängeln ist auf dem Beschwerdeweg und nicht mit selbständiger Klage geltend zu machen (Praxisänderung) 2006 S. 201
- Kaufvertrag; Zahlungsverprechen. Voraussetzungen für den Erlass eines einstweiligen Zahlungsverbot (Erw. 2). Verfügungsgrund und Verfügungsanspruch in casu nicht glaubhaft gemacht (Erw. 3 und 4a). Frage nicht abschliessend beurteilt, ob ein Abrufverbot an den Begünstigten mit einem Zahlungsverbot an den Garanten ergänzt bzw. ersetzt werden kann (Erw. 4b) 2006 S. 207
- Säumnisverfahren, Im Urteil, das gestützt auf ein Säumnisverfahren ergeht, ist nicht zu berücksichtigen, was die säumige Partei in einem früheren Stadium des Verfahrens noch rechtzeitig vorgebracht hat. Die Säumnis hat nicht zur Folge, dass auf eine Klageanerkennung geschlossen würde. Es wird lediglich davon ausgegangen, dass die vom Kläger vorgebrachten tatsächlichen Behauptungen nicht bestritten würden 2006 S. 200
- §§ 36 Abs. 1, 208 Ziff. 4 ZPO. – Beschwerde gegen Festsetzung des Prozesskostenvorschusses durch den Kantonsgerichtspräsidenten in einem Haftpflichtprozess. 2007 S. 238
- § 62 ZPO; Art. 754 ff. OR; Zulässigkeit einer Eventualwiderklage im Rahmen eines aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozesses 2007 S. 241

- Begründungspflicht bei Kostenentscheiden – Die Begründung eines Kostenentscheids soll dessen sachgerechte Anfechtung ermöglichen. Wendet das Gericht bei der Kostenfestsetzung den ordentlichen Tarif an, d.h. sieht es von einer Erhöhung oder Herabsetzung der Spruchgebühr oder des Grundhonorars bzw. von Zuschlägen zu Letzterem ab, ist eine Begründung des Kostenentscheids entbehrlich, 2007 S. 243
- § 96 GOG, § 37 ZPO, § 10 GebV – Gerichtsgebühren stellen kostenabhängige Kausalabgaben dar, weshalb bei ihrer Festsetzung das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip zu beachten sind. Das Äquivalenzprinzip kann namentlich verletzt sein, wenn die Gerichtsgebühr in Fällen mit hohem Streitwert und starrem Tarif, der die Berücksichtigung des Aufwandes nicht erlaubt, in Prozenten und Promillen festgelegt wird und eine obere Begrenzung fehlt. Im vorliegenden Fall erscheint eine Spruchgebühr von CHF 380'000.– noch als verhältnismässig, 2007 S. 243
- §§ 3 und 5 AnwT – Die Möglichkeit einer Erhöhung bzw. Herabsetzung des Grundhonorars gemäss § 3 AnwT sowie der Berechnung von Zuschlägen nach § 5 AnwT dient der Einzelfallgerechtigkeit des Anwaltstarifs. Sie besteht unabhängig von der Höhe des massgebenden Streitwerts. Bei sehr hohen Streitwerten birgt eine schematische Anwendung solcher Erhöhungs- und Zuschlagsmöglichkeiten indes die Gefahr objektiv unverhältnismässiger Parteientschädigungen, da sich der im streitwertabhängigen Tarif enthaltene Kompensationsgedanke bei der prozentualen Erhöhung des Grundhonorars bzw. bei prozentualen Zuschlägen zu diesem faktisch mehrfach auswirkt. Dieser besonderen Situation gilt es bei der Bemessung von Erhöhungen und Zuschlägen angemessene Rechnung zu tragen, zumal die Entschädigung des Anwalts stets in einem vernünftigen Verhältnis zu der von ihm erbrachten Leistung zu stehen hat. 2007 S. 243
- § 43 ff. ZPO. – Die Kostenfolgen des Arrestverfahrens werden abschliessend von Art. 68 SchKG i.V.m. Art. 48 ff. GebV SchKG geregelt, weshalb die Kantone keine weiteren Kostenfolgen anordnen können, insbesondere auch keine Sicherstellung der Parteientschädigung 2007 S. 242
- § 46 ff. ZPO – Nach der zugerischen ZPO haben juristische Personen grundsätzlich keinen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung. Vorbehalten bleiben von der bundesgerichtlichen Praxis zu Art. 29 Abs. 3 BV geschaffene Ausnahmefälle. 2007 S. 253
- § 46 ff. ZPO – Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung bei Rechtsmissbrauch. Verbraucht ein Gesuchsteller im Hinblick auf einen anstehenden oder be-

reits rechtshängigen Prozess ohne Not und im Vertrauen auf die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung geradezu mutwillig einen vorhandenen Vermögenswert, welcher zur Deckung der anfallenden Prozesskosten problemlos ausreichen würde, kann ihm die unentgeltliche Prozessführung wegen rechtsmissbräuchlicher Herbeiführung der Bedürftigkeit verweigert werden. In casu werden die Bezahlung hoher Anwaltskosten und die Rückzahlung einer nicht fälligen Darlehensschuld als rechtsmissbräuchlich qualifiziert. 2007 S. 254

- §§ 154 und 208 Ziff. 4 ZPO. – Gegen einen Beschluss des Kantonsgerichts, mit welchem das Begehren um mündliche Befragung des Experten bzw. um Anordnung einer Oberexpertise abgewiesen wurde, ist die Beschwerde an die Justizkommission des Obergerichts nicht zulässig. 2007 S. 258
  
- § 208 Ziff. 4 ZPO. – Ablehnungsbegehren gegen einen Sachverständigen. Ein Sachverständiger ist keine Gerichtsperson i.S.v. § 208 Ziff. 4 lit. b ZPO, weshalb die Abweisung eines Ablehnungsbegehrens durch das Kantonsgericht nicht gestützt auf diese Bestimmung mit Beschwerde angefochten werden kann (E. 1a). Da der Abweisungsbeschluss nicht in einem separaten Ausstandsverfahren, sondern im Rahmen des Beweisverfahrens ergeht, kann er überhaupt nicht selbständig – auch nicht nur unter dem Gesichtswinkel der Verletzung klarer Prozessvorschriften nach § 208 Ziff. 4 ZPO –, sondern nur zusammen mit dem Endentscheid angefochten werden (E. 1b). 2007 S. 260
  
- § 30 Abs. 1 ZPO – Eine zur blossen Umgehung des kantonalen Anwaltsrechts vorgenommene Abtretung hat einen gesetzlich unerlaubten Inhalt und ist daher gemäss Art. 20 OR nichtig 2008 S. 232
  
- § 51<sup>bis</sup> ZPO, §§ 1 ff. der Verordnung des Obergerichts über die Rückerstattung von Kosten in Zivil- und Strafverfahren. – Kommt die Partei, der die unentgeltliche Rechtspflege oder ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt worden ist, durch den Ausgang des Prozesses zu Vermögen, so hat sie dem Staat die erlassenen Kosten nachzuzahlen und die Kosten des unentgeltlichen Rechtsbeistandes zu ersetzen. In einem solchen Fall hat das Gericht die betreffende Partei aufzufordern, die fraglichen Kosten zu bezahlen oder mit geeigneten Belegen nachzuweisen, dass und inwiefern sie trotz des Prozessausgangs nicht zu Vermögen gekommen sei. 2008 S.238
  
- §§ 40, 49 und 51<sup>bis</sup> ZPO, §§ 3 und 14 AnwT. – Obsiegt die unentgeltlich verbeiständete Partei in einem Zivilprozess und ist die unterlegene Partei nicht in der Lage, die zu ihren Lasten zugesprochene Prozessentschädigung zu bezahlen, ist

- eine Parteientschädigung nach § 14 Abs. 2 AnwT, d.h. nach dem Zeitaufwand festzusetzen und dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der obsiegenden Partei direkt aus der Staatskasse zuzusprechen. Die unentgeltlich verbeiständete Partei hat diesfalls nach dem klaren Wortlaut von § 51 bis ZPO die an ihren Rechtsvertreter ausgerichtete Parteientschädigung dem Staat zu vergüten, wenn sie zu Vermögen gelangt 2008 S. 234
- § 62 ZPO; Art. 754 ff. OR; Zulässigkeit einer Eventualwiderklage im Rahmen eines aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozesses 2008 S. 240
  - § 70 ZPO; Art. 285 ff. SchKG. – In § 70 Abs. 3 ZPO werden beispielhaft Verfahren aufgeführt, bei denen ein Friedensrichtervorstand entfällt. Die Anfechtungsklagen nach Art. 285 ff. SchKG sind nicht aufgeführt. Dabei handelt es sich aber nicht um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers 2008 S. 241
  - Beweiswert ausländischer Arztzeugnisse. – Erfüllt ein ausländisches Arztzeugnis dieselben formellen und materiellen Voraussetzungen wie ein inländisches, kommt ihm grundsätzlich der gleiche Beweiswert zu. Anderes gilt, wo gegenteilige Indizien bestehen. So ist etwa die Beweiskraft von Arbeitsunfähigkeitszeugnissen aus wirtschaftlich instabilen Ländern oder aus dem Heimaturlaub aufgrund der leichten Erhältlichkeit und der erhöhten Missbrauchsgefahr solcher Zeugnisse begrenzt 2008 S. 243
  - § 200 Abs. 1 ZPO; § 15 Abs. 3 GOG. – Bei der Kollokationsklage richtet sich der Streitwert nicht nach der Höhe der Forderung, sondern nach der mutmasslichen Dividende darauf 2008 S. 246
  - § 208 ZPO; § 92 ZPO. – Unzulässigkeit der Beschwerde gegen Vor- und Zwischenentscheide im summarischen Verfahren (E. 1.2). Unzulässigkeit der Verfahrensbeschränkung nach § 92 ZPO im summarischen Verfahren (E.1.3). Kostenaufgabe im Beschwerdeverfahren trotz fehlerhafter Rechtsmittelbelehrung durch die Vorinstanz, da die Fehlerhaftigkeit der Rechtsmittelbelehrung in casu bei Konsultierung des massgeblichen Verfahrensrecht erkennbar gewesen wäre (E.2) 2008 S. 248
  - § 208 ZPO. – Gegen den Weisungsschein und die darin enthaltene Kostenverfügung des Friedensrichteramts ist die zivilprozessuale Beschwerde an die Justizkommission nicht zulässig. Gegen eine offensichtlich fehlerhafte Kostenverfügung kann aber beim Friedensrichteramt von Verfassungen wegen ein Revisionsgesuch i.S.v. § 215 ZPO gestellt werden (Bestätigung der Rechtsprechung). Wird im

ordentlichen Prozess rechtskräftig die Unzuständigkeit der Zuger Justiz festgestellt, stellt dies einen Revisionsgrund für eine Kostenverfügung dar, in welcher dem Beklagten, der zufolge Bestreitung der örtlichen Zuständigkeit nicht vor dem Friedensrichter erschien, die Kosten auferlegt wurden 2008 S. 251

- § 208 ZPO. – Gegen die Anordnung eines Gutachtens und die Bestimmung des Experten durch den Referenten im ordentlichen Prozess ist einzig die Einsprache an das Kollegialgericht möglich (§ 94 Abs. 3 ZPO); eine Beschwerde an die Justizkommission ist in diesem Fall hingegen ausgeschlossen 2008 S. 256
- § 14 AnwT. – Der unentgeltliche Rechtsvertreter kann nicht im Namen seines Mandanten eine höhere Parteientschädigung verlangen, da dies zu Lasten des Mandanten ginge. Der Rechtsvertreter hat ein derartiges Begehren in eigenem Namen zu stellen 2008 S. 257
- Art. 50 LugÜ. – Voraussetzungen der Vollstreckung einer ausländischen öffentlichen Urkunde i.S.v. Art. 50 LugÜ im Verfahren zur Erteilung der definitiven Rechtsöffnung 2008 S. 270
- §§ 129 ff. ZPO. § 4 GWS. – Wesen und Natur des allgemeinen gerichtlichen Verbots. 2009 S. 289
- § 157 Abs. 3 ZPO. – Ausnahmsweise sind in summarischen Verfahren schriftliche Zeugenerklärungen zulässig. 2009 S. 295
- § 13 GebT, § 8 AnwT; Art. 343 Abs. 2 OR. – Der im Sinne von Art. 343 Abs. 2 OR massgebliche Streitwert ist lediglich in Bezug auf die in Art. 343 OR zwingend vorgesehenen Verfahrensgrundsätze massgebend. Die einschlägigen kantonalen Bestimmungen stellen bei der Bemessung der Spruchgebühr und der Parteientschädigung auf den «noch in Betracht kommenden» bzw. «fallenden Streitwert» ab. 2009 S. 297

## **Rechtsöffnungsverfahren**

- Bemessung der Parteientschädigung 1999 S. 129

## **Registerharmonisierung (Datenschutz)**

- Datenerhebung zur Wohnsituation der Bevölkerung (Volkszählung) 2009 S. 387

## S

### Sachenrecht

- Ideelle Immissionen. Die mit der Errichtung von «Dozulékreuzen» (auch «Liebeskreuze» genannt) verbundene Wirkung ist als ideelle Immission zu qualifizieren. Ob eine übermässige Einwirkung vorliegt, ist aufgrund der konkreten Umstände zu prüfen. Im vorliegenden Fall stellt das Kreuz bei Tageslicht keine übermässige Immission im Sinne von Art. 684 Abs. 1 OR dar. Hingegen übersteigen die Immissionen, die in der Dunkelheit vom beleuchteten Kreuz ausgehen, die Grenze dessen, was die Nachbarn gemäss Art. 684 ZGB noch dulden müssen 2005 S. 170
- Art. 38 ff. SchIT ZGB; Verordnung über die Bereinigung der dinglichen Rechte und die Anlage des Grundbuches vom 29. Juni 1940 – Die Bereinigung der altrechtlichen dinglichen Rechte bei der Anlage des eidgenössischen Grundbuches fällt nicht in die sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichtes, sondern des Bereinigungsbeamten. Eine Vorwegnahme der Bereinigung der dinglichen Rechte durch ein zivilprozessuales Verfahren auf Veranlassung eines Grundstückeigentümers oder Dienstbarkeitsberechtigten ist daher unzulässig 2008 S. 200
- § 214 des Privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zug vom 22. Dezember 1873 (PRG-ZG) – Übertragbarkeit und Vererblichkeit von altrechtlichen Personaldienstbarkeiten. 2009 S. 239

### Sammelauskunft

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

### Schaden

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

### Schuldbetreibung und Konkurs

- Konkursamt ist nicht legitimiert, gegen das Konkursdekret eine Beschwerde einzureichen zur Feststellung dessen Nichtigkeit (Änderung der 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
- Erfolgte die Sitzverlegung der Schuldnerin – wie im konkreten Fall – bevor ihr der Konkurs angedroht wurde, kann die Betreuung am neuen Betreuungsort ohne Einleitungsverfahren fortgesetzt werden. Wurden seit der Beseitigung des Rechtsvorschlages Teilzahlungen auf die Betreuungsforderung geleistet, ändert das nichts daran, dass die Betreuung für den Restbetrag ohne weiteres fortgesetzt werden kann 2004 S. 171
- Liegt ein Mahngeschäft i. S. von Art. 102 Abs. 1 OR vor und ist eine Mahnung nicht nachgewiesen, wird nach konstanter Rechtsprechung der Zahlungsbefehl als verzugsauslösende Mahnung qualifiziert. Für Betreuungskosten wird keine Rechtsöffnung erteilt 2004 S. 173
- Betreuung einer AG, über die der Konkurs eröffnet worden ist, die aber noch im HReg eingetragen ist 2000 S. 153
- Bei Trennung von Haupt- und Widerklage ist bei verrechenbaren Ansprüchen die Vollstreckbarkeit des zuerst gefällten Urteils aufzuschieben bis über den anderen Anspruch ebenfalls entschieden worden ist 2004 S. 175
- Lohnsperre. Voraussetzungen, unter denen das Betreibungsamt eine Sperre der Lohnansprüche des Schuldners gegenüber seinem Arbeitgeber verfügen kann 2004 S. 177.
- Streitwert der Kollokationsklage; Zuständigkeit des Friedensrichters 2000 S. 158
- Provisorische Pfändung; Öffnen von Tresorfächern, Inventarisierung 2000 S. 169
- Eine Konkursandrohung, in welcher nicht in Betreuung gesetzte Forderungsbeträge aufgeführt sind, ist nichtig. Aus Gründen des Schuldnerschutzes gilt dies selbst dann, wenn nur für einen einzelnen von mehreren Forderungsbeträgen keine Betreuung angehoben worden ist 2001 S. 149
- Eine erst nach 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 Zustellungs-urkunde und deren Bedeutung 2002 S. 182
- Prozessgewinn des Klägers besteht in der Differenz zwischen jener Konkursdividende, welche dem Beklagten nach der ursprünglichen Kollokation zugekommen wäre und jener, welche ihm nach der gerichtlich bereinigten Kollokation zukommt 2002 S. 185
- Die Frage, ob eine Forderung als Kostenforderung oder Massaschuld Anspruch auf Deckung vor den Konkursgläubigern habe, ist als ein solche der Verteilung von der Aufsichtsbehörde zu entscheiden. Die aus der Zwangsverwertung einer Liegen-schaft 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 glaub-würdigen Angaben des Gläubigers rechtlich und nicht bloss wirtschaftlich dem Schuldner gehören. Dritteigentum darf nur im Falle des sog. «Durchgriffs» verar-restriert werden, d.h. wenn der Schuldner seine Vermögenswerte rechtsmiss-bräuchlich einer von ihm beherrschten Gesellschaft übertragen hat 2002 S. 190

- Enthält eine betriebsrechtliche 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 Forderungs-urkunde 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 Aussonderungsver-fahren gemäss Art. 242 SchKG 2003 S. 194
- Fehlt es an der gesetzlich vorgesehenen Prüfung der Zwischenbilanz zu Veräusse-rungs- und Fortführungswerten, kann die Konkursöffnung wegen Überschuldung trotzdem erfolgen, wenn sich die Überschuldung aus den übrigen Akten klar ergibt. Ein Konkursaufschub ist jedoch schon aus diesem Grunde ausgeschlossen 2004 S. 179
- Die Verrechnung ist mit Bezug auf den Erwerb von Aktien ausgeschlossen, da der Rechtsgrund der Forderung in Tatsachen liegt, die nach der Konkursöffnung ein-getreten sind. Vor der beschlossenen Kapitalherabsetzung bzw. Ausschüttung an die Aktionäre hat dieser Anspruch auch nicht virtuell bestanden 2004 S. 184
- Gegen die Ablehnung des Arrestbegehrens ist die Beschwerde an die Justizkom-mission gegeben. Das Novenrecht bestimmt sich nach § 212 i.V. § 205 Abs. 1 ZPO. Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Arrestvoraussetzungen. Glaub-haftmachung im konkreten Fall bejaht 2004 S. 186
- Der Entscheid des Richters über die Bewilligung des Rechtsvorschlages wegen feh-lenden neuen Vermögens ist endgültig; dagegen ist nur noch die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht zulässig 2003 S. 197

- Legitimation zur Beschwerde. Der übergangene Drittinteressent bei einem Freihandverkauf ist nicht zur Beschwerde legitimiert, da er nicht in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen wird 2005 S. 187
- Nach der neueren Lehre kann der Promissar beim unechten oder echten Vertrag zugunsten eines Dritten die Leistung an sich selber beanspruchen, beim zuletzt erwähnten Vertrag allerdings nur solange als der Dritte dem Promittenten nicht erklärt hat, von seinem Recht Gebrauch machen zu wollen. Der unechte oder echte Vertrag zugunsten eines Dritten stellt daher grundsätzlich einen provisorischen Rechtsöffnungstitel zugunsten des Promissars dar 2005 S. 188
- Weist die ausseramtliche Konkursverwaltung die Forderungseingabe des Betreibungsamtes gemäss Art. 100 SchKG ohne materielle Prüfung ab und kolloziert im Gegenzug die Forderungseingabe des deutschen Konkursverwalters, so stellt die Abweisung der Forderungseingabe des Betreibungsamtes eine rein verfahrensrechtliche Nichteintretens-Verfügung dar, welche der Beschwerde nach Art. 17 SchKG unterliegt (Erw. 2). Ohne Anerkennung gemäss Art. 166 ff. IPRG kann ein deutsches Konkursdekret in der Schweiz keine Wirkungen entfalten, insbesondere kann ein deutscher Insolvenzverwalter nicht als Gläubiger-Vertreter in einem schweizerischen Konkurs anerkannt werden (Erw. 3) 2005 S. 189
- Nach konstanter Rechtsprechung der Justizkommission muss sich der geltend gemachte Konkursverhinderungsgrund (Tilgung, Hinterlegung oder Verzichtserklärung) spätestens bis zum Ablauf der 10-tägigen Weiterzugsfrist verwirklicht haben. Wird nur die Schuld – inkl. Zinsen und Betreibungskosten, aber ohne Gerichtskosten – innerhalb der Rechtsmittelfrist von zehn Tagen getilgt, mangelt es an einer Voraussetzung, um die Konkursöffnung aufheben zu können 2005 S. 192
- Das Konkursamt ist beim Freihandverkauf verpflichtet, das aus kaufmännischer Sicht beste Ergebnis anzustreben. Es darf sich nicht einfach mit dem erstbesten Angebot zufrieden geben, sondern muss geeignete Abklärungen treffen, um mit einer gewissen Zuverlässigkeit beurteilen zu können, ob ein bestimmtes Angebot von einem Kaufinteressenten angemessen ist 2005 S. 195
- Einrede mangelnden neuen Vermögens. Das Betreibungsamt hat nicht zu überprüfen, ob der Konkurs des Schuldners mangels Aktiven eingestellt wurde. Darüber kann einzig der Richter entscheiden 2005 S. 198

- Der Eintritt des Abtretungsgläubigers nach Art. 260 Abs. 1 SchKG in den Prozess ist erst mit der Bezahlung des von ihm geforderten Kostenvorschusses vollzogen 2005 S. 199
- Entschädigung als Mitglied des Gläubigerausschusses. Die Konkursverwaltung hat nicht die Kompetenz, die Rechnungen der Mitglieder des Gläubigerausschusses abschliessend zu prüfen und darüber zu befinden. Über die Berechtigung und Angemessenheit der Rechnungen entscheidet vielmehr die Aufsichtsbehörde (Erw. 1). Weigert sich die Konkursverwaltung aus einem materiellrechtlichen Grund, die Forderung eines Mitglieds des Gläubigerausschusses zu begleichen, hat darüber der Zivilrichter und nicht die Aufsichtsbehörde zu entscheiden (Erw. 2) 2005 S. 200
- Zustellung eines Zahlungsbefehls. Es liegt kein unzulässiger Interessenkonflikt vor, wenn der Zahlungsbefehl an eine Angestellte der betreibenden Gläubigerin in den Geschäftsräumlichkeiten der betriebenen Schuldnerin zugestellt wird, welche den Zahlungsbefehl an einen Vertreter der betriebenen Schuldnerin weiterleitet, der nicht im Dienste der betreibenden Gläubigerin steht 2006 S. 172
- Urkundenedition im Rechtsöffnungsverfahren. Im Rechtsöffnungsverfahren gelten Editionsbegehren grundsätzlich als unzulässig, namentlich wenn sie sich auf den Rechtsöffnungstitel beziehen 2006 S. 176
- Wird das Gesuch um Konkurseröffnung wegen Überschuldung auf Begehren der Revisionsstelle vom Konkursrichter abgewiesen, ist die Revisionsstelle mangels Parteistellung bzw. mangels Rechtsschutzinteresses nicht zur Beschwerde legitimiert 2006 S. 178
- Die Anfechtungsklage gemäss Art. 285 ff. SchKG ist nicht schiedsfähig 2006 S. 179
- Ein Begehren um neue Schätzung durch Sachverständige wird gegenstandslos, wenn über die Grundpfandschuldnerin der Konkurs eröffnet wird. Ergibt die neue Schätzung durch den Sachverständigen nur eine geringfügige Abweichung, kann von vornherein keine Aussage darüber gemacht werden, welche von beiden Schätzungen den höheren Anspruch auf Richtigkeit hat 2006 S. 188
- Zustellfiktion bei eingeschriebenen, nicht abgeholten Briefpostsendungen. – Die von der Rechtsprechung entwickelte Zustellfiktion, nach der eingeschriebene, nicht abgeholte Briefpostsendungen am letzten Tag der siebentägigen Abholfrist als zugestellt gelten, setzt den Bestand eines Prozessrechtsverhältnisses voraus. Durch die rechts-

- gültige Zustellung der Konkursandrohung wird für das Konkursöffnungsverfahren kein solches Prozessrechtsverhältnis begründet (Praxisänderung; E. 2b) 2007 S. 201
- Art. 65 Abs. 1 SchKG – Mangelt es der betriebenen Gesellschaft an einer zu Vertretung befugten Person, weil der betreibende Gläubiger gleichzeitig einziger Verwaltungsrat der betriebenen Gesellschaft ist, ist die Situation so zu halten, als mangle der Schuldnerin überhaupt jegliche Vertretung. Der Gläubiger ist daher gehalten, im Betreibungsbegehren die Zustellung an die Vormundschaftsbehörde zu beantragen oder der Gesellschaft vorgängig einen Beistand bestellen zu lassen, wenn er persönlich gegen diese vorgehen will und er dadurch als gleichzeitiger Vertreter der Gesellschaft in einen Interessenkonflikt gerät. 2007 S. 204
  - Art. 80 SchKG; Art. 277 Abs. 2 ZGB – Ein Scheidungsurteil bildet nur dann einen definitiven Rechtsöffnungstitel für Mündigenunterhalt nach Art. 277 Abs. 2 ZGB, wenn sich aus dem Urteil mit hinreichender Klarheit ergibt, dass solcher geschuldet ist. Aus der Formulierung «bis zum Abschluss einer ordentlichen Erstausbildung» lässt sich nicht herleiten, dass der Unterhalt über den Abschluss einer Erstlehre hinaus bis zu demjenigen einer zweijährigen Zusatzlehre geschuldet ist. 2007 S. 207
  - Art. 80 SchKG – Aus prozessökonomischen Gründen wird für Verzugszinsen praxisgemäss auch dann Rechtsöffnung erteilt, wenn im Rechtsöffnungstitel kein Verzugszins ausgewiesen ist. Da in solchen Fällen kein eigentlicher Rechtsöffnungstitel vorliegt, ist diese Praxis auf Fälle zu beschränken, in denen der Verzugszins gleichzeitig mit der Hauptforderung geltend gemacht wird und es sich um einen geringfügigen, leicht feststellbaren und liquiden Betrag handelt. Sie ist deshalb nicht anwendbar, wenn die Verzugszinsforderung im Rechtsöffnungsverfahren nicht bloss als Nebenforderung zusammen mit der durch den Rechtsöffnungstitel ausgewiesenen Hauptforderung, sondern selbständig geltend gemacht wird. 2007 S. 211
  - Art. 80 SchKG; Art. 24, 25 ff. LugÜ – Ein im Rahmen eines ordentlichen italienischen Zivilprozesses gestützt auf Art. 648 des italienischen Codice di Procedura Civile vorläufig vollstreckbar erklärtes «decreto ingiuntivo» ist kein Massnahmeentscheid gemäss Art. 24 LugÜ, sondern eine anerkennungsfähige Entscheidung i.S.v. Art. 25 LugÜ. Als solche muss es in der Schweiz anerkannt und vollstreckt werden, soweit kein Anerkennungsverweigerungsgrund nach Art. 27 f. LugÜ vorliegt (E. 5a, 5b). 2007 S. 213
  - Art. 28 LugÜ – Die Schiedseinrede ist vor den Gerichten des Urteilsstaates zu erheben und stellt deshalb keinen Anerkennungsverweigerungsgrund i.S.v. Art. 28 LugÜ dar (E. 5c). 2007 S. 213

- Art. 38 Abs. 3 LugÜ – Die Vollstreckbarerklärung einer im Urteilsstaat bloss vorläufig vollstreckbar erklärten Entscheidung kann in analoger Anwendung von Art. 38 Abs. 3 LugÜ von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht werden (E. 5e). 2007 S. 213
  
- Art. 85a SchKG. – Die Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG steht auch bei öffentlich-rechtlichen Forderungen zur Verfügung, wobei das Verfahren grundsätzlich bis zum Vorliegen einer rechtsbeständigen Verfügung der zuständigen Behörde zu sistieren ist. Der Zivilrichter kann danach lediglich feststellen, ob eine solche Verfügung zur Begründung der Forderung vorliegt oder nicht (E. 2a). Die Möglichkeit zur vorsorglichen Einstellung der Betreibung nach Art. 85a Abs. 2 SchKG besteht grundsätzlich auch bei öffentlich-rechtlichen Geldforderungen. Liegt bereits eine rechtskräftige Verfügung vor, ist sie aber nur in besonderen Fällen anzuordnen (E. 2b). Dabei genügt es bei einer Betreibung auf Sicherheitsleistung nicht, dass eine rechtskräftig verfügte Sicherstellungsforderung erheblich höher ist als die sicherzustellende öffentlich-rechtliche Forderung. Ist der nach Durchführung der Verwertung zugunsten der Gläubiger hinterlegte Betrag ohnehin kleiner als die zu sichernde Forderung, fehlt es für die vorläufige Einstellung der Betreibung nämlich schon an einem schutzwürdigen Interesse (E. 4). 2007 S. 220
  
- Art. 229 SchKG. – Ausweisung des Gemeinschuldners aus dessen Einfamilienhaus. Ausweisung im konkreten Fall bejaht. 2007 S. 225
  
- Art. 63 KOV – Das Konkursamt hat über den Bestand von Bauhandwerkerpfandrechten im Lastenverzeichnis definitiv zu verfügen, wenn zum Zeitpunkt der Konkursöffnung bei Gericht ein Verfahren betreffend vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes anhängig ist. Art. 63 KOV ist nicht anwendbar. 2007 S. 228
  
- Art. 8a SchKG; Art. 265 Abs. 2 i.V.m. Art. 149a Abs. 3 SchKG. – Sachdienliche Angaben betreffend die Konkursöffnung und -durchführung dürfen in das Betreibungsbuch eingetragen und durch Aufführung im Betreibungsregisterauszug nach aussen mitgeteilt werden. Kauft ein ehemaliger Konkursit die gegen ihn ausgestellten Konkursverlustscheine zurück, kann er beim Konkursamt gegen Vorlage der zurückgekauften und quittierten Verlustscheine die Löschung der fraglichen Registerinträge und die Ausstellung einer entsprechenden Bescheinigung verlangen. Gegen Vorlage einer solchen Bescheinigung hat das Betreibungsamt die im Betreibungsbuch eingetragenen Bemerkungen zum Konkurs durch einen entsprechenden – auch in der Betreibungsauskunft aufzuführenden – Hinweis zu ergänzen 2008 S. 219

- Art. 17 Abs. 2, Art. 22 und Art. 65 SchKG. – Die fehlerhafte Zustellung des Zahlungsbefehls ist nur dann absolut nichtig, wenn die Notifikation an den Schuldner sowie die Zustellungsbescheinigung fehlen oder wenn infolge sonst fehlerhafter Zustellung die Urkunde nicht in die Hände des Betriebenen gelangt ist (Erw. 1). Die Zustellung der Betreuungsurkunde an einen Angestellten, der nicht im Dienste der betriebenen, sondern einer anderen, im gleichen Lokal tätigen Gesellschaft steht, ist gültig, wenn die betreffende Person in den gleichen Räumlichkeiten wie der Vertreter der Gesellschaft arbeitet und deshalb ohne Weiteres in der Lage ist und aller Wahrscheinlichkeit nach auch nicht versäumen wird, die Betreuungsurkunde unverzüglich an den Vertreter weiterzuleiten, sodass dieser bei seiner Rückkehr ins Geschäftslokal davon Kenntnis erhält (Erw. 2) 2008 S. 221
- Art. 208 und 211 SchKG. – Das rechtliche Schicksal laufender Verträge im Konkurs- und Nachlassverfahren wird sowohl durch Normen des Privatrechts als auch des SchKG bestimmt. Dies gilt auch für den Fall, dass die Parteien im fraglichen Vertrag die Anwendung des Wiener Kaufrechts (CISG) vereinbart haben, weil ein bewusster Verzicht auf eine einheitsrechtliche Regelung vorliegt. Gemäss Art. 7 Abs. 2 CISG ist insoweit das jeweilige, nach den Regelungen des IPR massgebliche, nationale Recht anzuwenden (E. 3.1 und 3.2) 2008 S. 224
- Art. 211 und 319 SchKG. – Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ist die Umwandlung von Forderungen auf den Tag vorzunehmen, an welchem die Bestätigung des Nachlassvertrages endgültig geworden ist (E. 4.2) 2008 S. 224
- Art. 17 SchKG. – Gegenstand des betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahrens können nur verfahrensrechtliche Fragen bilden, nicht aber materiellrechtliche. 2009. S. 265
- Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 aSchKG. – Die Betreibungsämter sind nach der per 1. Januar 2008 erfolgten Aufhebung von Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 aSchKG, gemäss welchem geschäftsführende Mitglieder einer GmbH der Konkursbetreuung unterliegen, nicht verpflichtet, vor dem 1. Januar 2008 eingeleitete Betreibungsverfahren, in denen dem Betreuungsschuldner die Konkursandrohung zugestellt wurde, von Amtes wegen als Betreibungen auf Pfändung fortzusetzen. 2009 S. 266
- Art. 49 Abs. 1 BV, Art. 79 Abs. 1, Art. 88 Abs. 1 und 2 SchKG. – Die einjährige Verwirkungsfrist nach Art. 88 Abs. 2 SchKG steht auch dann still, wenn der Gläubiger im vorgängig zum Betreibungsverfahren eingeleiteten Forderungsprozess aus

prozessualen Gründen nicht die Beseitigung des im fraglichen Betreibungsverfahren erhobenen Rechtsvorschlages verlangen kann. 2009 S. 269

- Art. 82 Abs. 1 SchKG. – Der Schuldner ist bei der inhaltlichen Ausgestaltung einer einseitigen Schuldanererkennung frei und kann seine Zahlungspflicht auch nur bedingt, z.B. erst ab einem bestimmten Zeitpunkt, anerkennen. Provisorische Rechtsöffnung kann in einem solchen Fall grundsätzlich nur erteilt werden, wenn der Bedingungseintritt nachgewiesen ist. 2009 S. 272
- Art. 82 SchKG. – Ist der Schuldner nicht Vertragspartei eines Grunddienstbarkeitsvertrages, kann dieser gegenüber ihm nur dann als provisorischer Rechtsöffnungstitel taugen, wenn der Schuldner entweder von Gesetzes für die darin vereinbarte Entschädigung haftet oder wenn urkundlich nachgewiesen ist, dass er betreffend der fraglichen Schuld als Rechtsnachfolger des ursprünglich verpflichteten Vertragspartners zu betrachten ist. 2009 S. 276
- Art. 82 SchKG. – Für einen vertraglichen Selbstbehalt, der weder in dem vom Versicherungsnehmer unterzeichneten Antrag noch in den AVB, deren Erhalt der Versicherungsnehmer unterschriftlich bestätigt hat, sondern nur in der vom Versicherungsnehmer nicht unterzeichneten Versicherungspolice beziffert ist, kann keine provisorische Rechtsöffnung erteilt werden. 2009 S. 278
- Art. 88 SchKG. – Frage, ob für die Fortsetzung der Betreibung eine Rechtskraftbescheinigung des Rechtsöffnungsentscheids verlangt werden darf. 2009 S. 280
- Art. 242 Abs. 1 SchKG, Art. 47 ff. KOV. – Will das Konkursamt im summarischen Verfahren einen Dritteigentumsanspruch anerkennen, hat es dazu vorgängig die Stellungnahme der Konkursgläubiger einzuholen. 2009 S. 283
- Art. 271 f. SchKG, Art. 132 Abs. 2 ZGB. – Die Ausstellung eines Arrestbefehls für eine Forderung auf Sicherheitsleistung zukünftiger Unterhaltsansprüche ist zulässig. 2009 S. 285

## Schule

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

- Zum Datenaustausch zwischen Lehrerschaft und schulischer Sozialarbeit 2006 S. 262

## Schulrecht

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

## Sozialbehörde

- Darf der Sozialdienst routinemässig Halterabklärungen betr. Sozialhilfebezüglern beim Strassenverkehrsamt vornehmen? (Datenschutz) 2008 S. 297

## Sozialhilfe

- Ausbildungskosten als Sozialhilfeleistungen 2004 S. 264
- Einschränkung wegen Verweigerung zumutbarer Mitwirkung 2000 S. 102
- Unterstützungswohnsitz; Beweislast 2002 S. 285
- Kürzung von Sozialhilfeleistungen; eine Sozialhilfeempfängerin muss vorgängig schriftlich klar informiert und verwarnt werden, bevor Kürzungen der Sozialhilfe zulässig sind 2003 S. 328
- Datenschutz: Lässt das geltende Recht verdeckte Überwachung von Sozialhilfebezüglern zu? 2009 S. 383

## Sorgerecht

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

## Sozialrecht

- Im Falle der Verbeiständung einer jur. Person hat das Gemeinwesen und nicht der Antrag stellende Dritte für die Verfahrenskosten und die Entschädigung des Beistandes einzustehen, wenn der jur. Person die nötigen Mittel fehlen 2003 S. 123
- Für die Festsetzung der Beitragsleistungen an die Zahnbehandlungskosten der Kinder können auch die finanziellen Verhältnisse des Stiefelternteils berücksichtigt werden (Praxisänderung) 2003 S. 126
- Parteifähigkeit des Konkubinatspartners; Subsidiaritätsprinzip. Voraussetzungen für das Vorliegen eines stabilen Konkubinats. Führt eine unterstützte Person den

Haushalt für den Partner der familienähnlichen Gemeinschaft, hat sie einen Anspruch auf Haushaltsentschädigung 2005 S. 291

- Behandlung der Verwaltungs- und Aufsichtsbeschwerde in einem Regierungsratsbeschluss. Verbindlichkeit der jeweils gültigen Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe. Prüfung, ob es sich bei den durch den Wochenaufenthalt bedingten zusätzlichen Kosten um situationsbedingte Leistungen gemäss SKOS Richtlinien handelt. Prinzip der Angemessenheit der Hilfe. Keine Übernahme zusätzlicher Kosten bei Wochenaufenthalt an einem anderen Ort 2005 S. 294
- Abkommen vom 27. Mai 1970 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Königreich der Niederlande über Soziale Sicherheit. – Weil schweizerische Staatsangehörige in der Lage des Beschwerdeführers Anspruch auf Hilflosenentschädigung und einen Intensivpflegezuschlag haben, muss dasselbe auch für den niederländischen Beschwerdeführer gelten, auch wenn er die für ausländische Staatsangehörige geltenden gesetzlichen Vorschriften nicht erfüllt 2007 S. 191

### **Sozialversicherungsrecht; Allgemeiner Teil**

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

- Beschwerdefrist und Fristenlauf. Mit der Eröffnung des Einsprachentscheids innerhalb des Fristenstillstands wird die Beschwerdefrist ausgelöst und beginnt am ersten Tag nach Ende des Fristenstillstandes zu laufen 2006 S. 142
- Nichtanwendbarkeit von Art. 44 ATSG bei versicherungsinternen Gutachten in Verfahren nach IVG und UVG; Zulässigkeit von Aktengutachten 2007 S. 182
- Art. 42 ATSG; 57 Abs. 1 und Art. 57a Abs. 1 IVG und Art. 73bis Abs. 1 IVV – Gewährung des rechtlichen Gehörs. Bei umstrittener Bemessung der Invalidität hat die IV-Stelle ein Vorbescheidverfahren durchzuführen 2008 S. 170

### **Sperre von Daten**

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

### **Steuern und Abgaben**

- Rekursverfahren. Der Rekurs ist zulässig gegen den Einspracheentscheid. Frage offen gelassen ob ausserhalb dieser Ordnung Rekurs erhoben werden kann 2001 S. 43
- Eine Ermessensveranlagung kann im Einspracheverfahren abgeändert werden, wenn der Steuerpflichtige den Beweis erbringt, dass die Ermessenseinschätzung offensichtlich unrichtig war. Im vorliegenden Fall konnte der Beweis mit einer sog. «Schuhschachtelbuchhaltung» nicht erbracht werden 2004 S. 87
- Ein Aktionär, der eine Beteiligung aus seinem Privatvermögen in eine von ihm beherrschte Gesellschaft zu einem über ihrem Nominalwert liegenden Anrechnungswert (in Form von Liberierung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft oder gegen eine Gutschrift auf einem Aktionärsdarlehenskonto) einbringt, erzielt eine steuerbare geldwerte Leistung aus seiner Beteiligung (sog. Transponierung) 2004 S. 92
- Verlustrechnung nach vollständiger Veräusserung eines Grundstücks. Anwendung beim Verkauf von mehreren geerbten Stockwerkeinheiten 2001 S. 47
- Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung. Identität zwischen Veräusserer und Erwerber 2001 S. 49
- Verjährungsfrist, absolute; Einführung 2002 S. 73

- Regeln für die Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert bei der Vermögensbesteuerung. Ob ausserordentliche künftige Verhältnisse vorliegen, die ein Abweichen von den entsprechenden Regeln erlauben, muss aus der Sicht des Bewertungsstichtages und nicht im Rahmen einer zeitlich verzögerten Einschätzung beurteilt werden 2005 S. 100
- Der Nachweis der offensichtlichen Unrichtigkeit einer Ermessensveranlagung obliegt ausschliesslich dem Steuerpflichtigen. Ohne substantiierte Sachdarstellung und ohne Nennung und Edition von Beweismitteln wird auf eine Einsprache gegen eine Ermessensveranlagung – anders als bei einer Einsprache gegen eine ordentliche Veranlagung – nicht eingetreten 2005 S. 104
- Das fristgerechte Einreichen von herausverlangten Unterlagen ist keine Prozessvoraussetzung für das gewöhnliche steuerrechtliche Einspracheverfahren. Die Aufforderung zur Aktenedition ist eine Frage des Beweisverfahrens. Für die Einsprache gegen eine Ermessensveranlagung gelten andere Regeln 2005 S. 107
- Die zugerische Praxis, einen Sattelschlepper stets nach seinem möglichen Zuggewicht zu besteuern, indessen einen Sattel-Sachtransportanhänger als vom Sattelschlepper abhängigen Auflieger nicht zu besteuern, erweist sich als gesetzmässig und verfassungskonform 2005 S. 113
- Wenn die Eigentümerin einer Wohnung mit ihrem Sohn aus Gründen der Steuerersparnis einen Mietvertrag abschliesst, dessen Einhaltung nicht nachgewiesen werden kann, so liegt trotzdem ein steuerbarer Eigenmietwert vor 2006 S. 107
- Liegenschaftshandel – Einkommen als selbständiger Erwerbstätigkeit oder Verwaltung von Privatvermögen – Abgrenzungskriterien 2006 S. 109
- Ablehnung der Wiederherstellung der Beschwerdefrist, wenn der beauftragte Vertreter das Fristversäumnis verschuldet hat 2007 S. 153
- § 191 Abs. 1 lit. b StG – Steueraufschub. Was ist unter der Formulierung «..., soweit der Veräusserungserlös in der Regel innert zwei Jahren vor oder nach der Handänderung zum Erwerb oder Bau einer gleich genutzten Ersatzliegenschaft in der Schweiz verwendet wird» zu verstehen 2008 S. 148
- Art. 167 Abs. 1 DBG; § 164 StG – Zuständigkeit für die Beurteilung von Rekurses gegen Entscheide betreffend Steuererlass. Voraussetzungen für den Erlass einer Steuerforderung. Weder das Bundesrecht noch das kantonale Steuerrecht räumen

einen Rechtsanspruch auf ganzen oder teilweisen Erlass ein. Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen für einen Erlass nicht erfüllt. 2009 S. 155

- § 191 Abs. 1 lit. b StG – Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung. Entscheidendes Kriterium für die Annahme eines Steueraufschubs ist, ob es sich bei der neu erworbenen Ersatzliegenschaft wieder um ein dauernd und ausschliesslich selbst genutztes Wohneigentum handelt. Eine Kaskadenersatzbeschaffung ist somit nicht zum Vorneherein ausgeschlossen. 2009 S. 162
- Art. 9 BV; § 202 Abs. 2 StG – Bei dem «Depot» in der Höhe des mutmasslichen Grundstückgewinnsteuerbetrages handelt es sich um ein Instrument des Steuerbezuges, das im Interesse der Gemeinde (kein gesetzliches Grundpfand für die Steuer) liegt und andererseits dem Schutz der an sich nicht steuerpflichtigen, aber gleichwohl solidarisch haftenden Käufer dient. Aufgrund dieser spezifischen Sicherungsfunktion lässt sich aus dem «Depotbetrag» von der Natur der Sache her keine Vertrauensgrundlage bezüglich des definitiven Steuerbetrages ableiten. 2009 S. 167

### **Steuergeheimnis**

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

### **Steuerrecht**

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

### **Stiftung**

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

### **Stipendiengesuch**

- (Datenschutz) Das abgelehnte Stipendiengesuch und die Bekanntgabe der Finanzlage der Eltern an den Gesuchstellenden 2004 S. 282

### **Strafrecht**

- Begriff des Arbeitsergebnisses i.S. von Art. 23 UWG 2000 S. 165

- Check- und Kreditkartenmissbrauch; Verhältnis zu Betrug 2000 S. 166
- Unlauterer Wettbewerb; Begriff der besonders aggressiven Verkaufsmethode 2002 S. 193
- Der Handel mit Derivaten ist für die Beurteilung der Unerfahrenheit gemäss Art. 157 StGB getrennt vom Handel mit traditionellen Finanzinstrumenten zu betrachten, das heisst es sind das Wissen und die Erfahrungen der Kunden in Bezug auf den Geschäftsbereich des Optionen- und Futureshandels massgebend 2006 S. 191
- Art. 28a Abs. 2 lit. b StGB; Art. 17 Abs. 3 BV – Quellenschutz. Voraussetzungen für die Aufhebung des Schutzes des Journalisten vor Strafe bzw. prozessualen Zwangsmassnahmen. 2007 S. 231
- Art. 44 Abs. 2 und Art. 94 StGB. – Der Strafrichter kann dem Verurteilten die Weisung erteilen, während der Probezeit nur Motorfahrzeuge der Kategorie F zu lenken, wenn erhebliche Bedenken bestehen, dass sich der Betroffene als Fahrzeugführer künftig wohl verhalten wird. Die Weisung soll den bedingten Aufschub der ausgesprochenen Freiheitsstrafe in spezialpräventiver Hinsicht unterstützen und hat – in Abgrenzung zum administrativen Führerausweiszug als sichernde Massnahme – vor allem die Besserung des Täters zum Ziel 2008 S. 227

## **Strassenverkehrsrecht**

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

sowie des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit der Massnahme, unter Verneinung eines unzulässigen Eingriffs in die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) 2006 S. 126

- Art. 108 SSV. – Eine Tempo-30-Zone darf nur eingeführt werden, wenn sie nötig, zweck- und verhältnismässig ist. 2007 S. 286
- Art. 22 SVG – Örtliche Zuständigkeit für die Aussprechung von Administrativmassnahmen 2008 S. 135
- Art. 16c Abs. 1 lit. d und Abs. 2 lit. a SVG – Die vorsätzliche Vereitelung einer Blut- oder Atemalkoholprobe sowie das vorsätzliche sich Entziehen vor einer entsprechenden Untersuchung ist immer eine schwere Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz und führt zu einem Entzug des Führerausweises von mindestens drei Monaten. Nach der Rechtskraft des Strafverfahrens wird anschliessend ein Administrativverfahren durchgeführt. Von diesem Faktum hätte der Beschwerdeführer Kenntnis haben müssen. Die Administrativbehörde ist grundsätzlich an die tatsächlichen Feststellungen im Strafurteil gebunden. 2009 S. 149

## T

### **Tempo 30-Zone**

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

## U

### **Umweltrecht**

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

### **Unfallversicherung**

- Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Unfalls 2000 S. 53
- Berechnung des versicherten Verdienstes bei Versicherten, die am Tage eines Unfalls nicht den Lohn eines Versicherten mit voller Leistungsfähigkeit beziehen 2001 S. 66

- Beginn der Versicherung 2002 S. 87
- Unfallähnliche Körperschädigung. Voraussetzungen, unter denen Meniskusrisse als UVG-versicherte Ereignisse gelten 2002 S. 90
- Ist der Versicherte nicht der Beschwerdeführer, sondern nur ein verfahrensbeteiligter Dritter, steht ihm bei entsprechender Verfahrensteilnahme und Obsiegen gleichwohl eine Parteientschädigung zu 2005 S. 122, 124
- Ein Schlag in die Luft beim Fussballspiel stellt mangels Ungewöhnlichkeit des äusseren Faktors keinen Unfall dar. Handelt es sich bei der erlittenen Verletzung im Knie um eine Knorpelschädigung, liegt auch keine unfallähnliche Körperschädigung vor, da die abschliessende Aufzählung von Art. 9 Abs. 2 UVV Knorpelschäden nicht enthält 2005 S. 160
- Versicherter Verdienst. Als Grundlage für die Bemessung der Renten gilt der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bei einem oder mehreren Arbeitgebern bezogene Lohn, einschliesslich noch nicht ausbezahlter Lohnbestandteile, auf die ein Rechtsanspruch besteht. Voraussetzungen zur Berücksichtigung von Überstunden bei der Berechnung des versicherten Verdienstes 2005 S. 163
- Gestützt auf das Kausalitätsprinzip entsteht für vorbestehende oder nach einem Unfall aufgetretene (interkurrente) Krankheiten, auf welche der Unfall keinen Einfluss ausgeübt hat, für den Unfallversicherer keine Leistungspflicht 2006 S. 155
- Den obligatorischen Unfallversicherer trifft keine Leistungspflicht in Bezug auf eine nach einem Unfall durchgeführte Osteopathie-Behandlung 2007 S. 179
- Art. 7 und 8 UVG i.V.m. Art. 4 ATSG – Als Unfall gilt die plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper, die eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit oder den Tod zur Folge hat. – Das Ausbalancieren eines Fussballtors zu zweit, zu dritt oder zu viert erfüllt den Unfallbegriff nicht 2008 S. 186
- Art. 9 Abs. 1 UVG – Als Berufskrankheiten gelten Krankheiten, die bei der beruflichen Tätigkeit ausschliesslich oder vorwiegend durch schädigende Stoffe oder bestimmte Arbeiten verursacht worden sind. – Darunter fallen auch Reaktionen auf für Spitalpersonal im Sinne des Arbeitnehmerschutzes obligatorische Impfungen 2008 S. 190

- Unfallversicherung: Die telefonische Benachrichtigung vom Unfalltod der Tochter stellt kein Unfallereignis im Sinne von Art. 4 ATSG dar. 2009 S. 209
- Art. 6 UVG – Adäquater Kausalzusammenhang psychischer Unfallfolgen zu einem Raubüberfall. 2009 S. 213

### **Unlauterer Wettbewerb**

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

## **V**

### **Vergaberecht**

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

- Gewichtung und Bewertung des Zuschlagskriteriums des Preises; Zahlungsplan als Variante 2003 S. 104
- Bedeutung des Offertöffnungsprotokolls; rechtswidriger Zuschlag, wenn sich die Offerte auf qualitativ minderwertige Materialien stützt 2003 S. 113
- Die Berücksichtigung eines Pauschalangebots für die Vergabe von mehreren Aufträgen ist grundsätzlich zulässig, sofern allen Anbietern die gleiche Möglichkeit offen steht 2005 S. 90
- Wichtige Gründe für den Abbruch des Verfahrens 2006 S. 103
- Liegt der Auftragswert unter dem Schwellenwert für das Einladungsverfahren, so entfällt der Rechtsschutz (Erw. 1 und 2). Enthält ein Auftrag mehrere Folgeaufträge, so ist der Gesamtwert massgebend (Erw. 3) 2007 S. 100

### **Vernichten von Daten**

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

### **Versicherungsbedingungen, Allgemeine**

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

### **Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren**

- siehe unter Rechtspflege

### **Videoüberwachung (Datenschutz)**

- Zur Rechtslage bezüglich Videoüberwachung des öffentlichen Raums 2009 S. 389

### **Vollmacht**

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

### **Vollstreckungsverfahren**

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

### **Vormundschaftsrecht**

- Anordnung einer kombinierten Vertretungs- und Verwaltungsbeistandschaft; Antrags- und Beschwerdeberechtigung; Anspruch auf rechtliches Gehör; Weitergel-

tung von Vollmachten über den Eintritt der Urteilsunfähigkeit des Vollmachtgebers hinaus; Parteientschädigung VG 2007 S. 113

- Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 445 ZGB; §15 und 16 VRG. – Das Vormundschaftsgeheimnis verpflichtet die Beiständin oder den Beistand, ihre resp. seine Aufzeichnungen vertraulich zu behandeln. Dem steht das Akteneinsichtsrecht als Teil des Anspruchs auf rechtliches Gehör gegenüber. Die Beiständin oder der Beistand ist verpflichtet, in jene Akten Einsicht zu gewähren, die sie resp. er der Vormundschaftsbehörde offen legt, und die somit Einfluss auf den angefochtenen Entscheid haben könnten. 2009 S. 352

### **Vormundschaftliche Massnahme**

- Welche vormundschaftlichen Massnahmen sind der Einwohnerkontrolle zu melden? (Datenschutz) 2008 S. 293

## **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 od. Aufsichtsbeschwerde 1999 S. 166

### **Wasserrecht**

- Konzessionsgebühr für eine Boje im Bojenfeld 1999 S. 104

### **Webcam**

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

### **Wohnsitz**

- Auslegung des Begriffs 1999 S. 152

## Z

### **Zahlungsunfähigkeit**

- Auslegung des Begriffs 1999 S. 152

### **Zivilstandsregister**

- Berichtigung einer Eintragung im Zivilstandsregister 2004 S. 157

### **Zuständigkeit**

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

### **Zustellung**

- Zustellfiktion bei eingeschriebenen, nicht abgeholten Briefpostsendungen. – Die von der Rechtsprechung entwickelte Zustellfiktion, nach der eingeschriebene, nicht abgeholte Briefpostsendungen am letzten Tag der siebentägigen Abholfrist als zugestellt gelten, setzt den Bestand eines Prozessrechtsverhältnisses voraus. Durch die rechtsgültige Zustellung der Konkursandrohung wird für das Konkurseröffnungsverfahren kein solches Prozessrechtsverhältnis begründet (Praxisänderung; E. 2b). 2007 S. 201



## Inhaltsverzeichnis 2009

# A. Gerichtspraxis

## I. Staats- und Verwaltungsrecht

### 1. Verfahrensrecht

§ 46 Abs. 3 VRG – Entscheidend dafür, ob ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt werden soll oder nicht, ist die Frage, ob der Sachverhalt nach dem ersten Schriftenwechsel nicht hinreichend geklärt ist oder mit der Beschwerdeantwort neue Tatsachen vorgetragen werden.

112

§ 62 Abs. 1 lit. c VRG – Der Beschwerdeführer muss an der Aufhebung und Änderung des angefochtenen Entscheides ein schutzwürdiges, d.h. aktuelles und praktisches Interesse haben. Ein aktuelles Interesse an der Überprüfung eines Beschwerdeentscheides betreffend Ungültigkeit einer Volksinitiative ist nicht mehr gegeben, wenn der Zweck der Initiative offensichtlich nicht mehr erreicht werden kann. Dies trifft z.B. zu, wenn ein Gebäude, das mit einer Initiative geschützt werden sollte, gestützt auf eine rechtskräftige Bewilligung abgerissen worden ist.

117

### 2. Planungs- und Baurecht

§ 45 Abs. 2 PBG; §§ 41 und 62 VRG – Einsprache- und Beschwerdeberechtigung in einem Baubewilligungsverfahren. Legitimation eines Initiativkomitees verneint. Wer am Einspracheverfahren nicht teilgenommen hat, dem wird die Beschwerdeberechtigung wegen fehlender formeller «Beschwer» abgesprochen.

125

Art. 19 Abs. 2 und 22 RPG; §§ 19 und 29 Abs. 4 PBG; § 19 BO der Gemeinde Cham – Die hobbymässige Haltung von Pferden kann in einer Wohnzone grundsätzlich als zonenkonform bezeichnet werden. Im vorliegenden Fall konnte der Bau eines Pferde-Unterstandes (mit Geräteraum und WC) nicht bewilligt werden, weil sich das Bauvorhaben innerhalb einer Arealbebauung befand und nicht alle Mit-Eigentümer der Arealbebauung mit einer derartigen Änderung der Arealbebauung einverstanden waren.

134

§ 12 BO der Gemeinde Baar – Bei dieser Bestimmung um eine positive ästhetische Generalklausel, die sich nicht in einem Verunstaltungsverbot erschöpft, das lediglich verlangt, dass ein Bauvorhaben nicht einen stossenden Gegensatz zur Nachbarschaft bildet oder auffallend störend in Erscheinung treten darf. Die positive ästhetische Generalklausel verlangt eine architektonische Gestaltung, welche sich gut in die Umgebung einordnet. Definition der Umgebung bzw. des Quartier, in welche/welches sich ein Bauvorhaben einpassen muss.

144

### 3. Strassenverkehrsrecht

Art. 16c Abs. 1 lit. d und Abs. 2 lit. a SVG – Die vorsätzliche Vereitelung einer Blut- oder Atemalkoholprobe sowie das vorsätzliche sich Entziehen vor einer entsprechenden Untersuchung ist immer eine schwere Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz und führt zu einem Entzug des Führerausweises von mindestens drei Monaten. Nach der Rechtskraft des Strafverfahrens wird anschliessend ein Administrativverfahren durchgeführt. Von diesem Faktum hätte der Beschwerdeführer Kenntnis haben müssen. Die Administrativbehörde ist grundsätzlich an die tatsächlichen Feststellungen im Strafurteil gebunden.

149

### 4. Steuerrecht

Art. 167 Abs. 1 DBG; § 164 StG – Zuständigkeit für die Beurteilung von Rekurses gegen Entscheide betreffend Steuererlass. Voraussetzungen für den Erlass einer Steuerforderung. Weder das Bundesrecht noch das kantonale Steuerrecht räumen einen Rechtsanspruch auf ganzen oder teilweisen Erlass ein. Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen für einen Erlass nicht erfüllt.

155

§ 191 Abs. 1 lit. b StG – Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung. Entscheidendes Kriterium für die Annahme eines Steueraufschubs ist, ob es sich bei der neu erworbenen Ersatzliegenschaft wieder um ein dauernd und ausschliesslich selbst genutztes Wohneigentum handelt. Eine Kaskadenersatzbeschaffung ist somit nicht zum Vorneher ein ausgeschlossen.

162

Art. 9 BV; § 202 Abs. 2 StG – Bei dem «Depot» in der Höhe des mutmasslichen Grundstückgewinnsteuerbetrages handelt es sich um ein Instrument des Steuerbezuges, das im Interesse der Gemeinde (kein

gesetzliches Grundpfand für die Steuer) liegt und andererseits dem Schutz der an sich nicht steuerpflichtigen, aber gleichwohl solidarisch haftenden Käufer dient. Aufgrund dieser spezifischen Sicherungsfunktion lässt sich aus dem «Depotbetrag» von der Natur der Sache her keine Vertrauensgrundlage bezüglich des definitiven Steuerbetrages ableiten.

167

## 5. Sozialversicherung

Art. 28 Abs. 1 lit. c IVG i.V.m. Art. 8 ATSG – Begriff der Invalidität. Die im Bereich der obligatorischen Unfallversicherung entwickelte bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach ein Schleudertrauma der Halswirbelsäule auch ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle zu länger dauernden, die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit beeinträchtigenden Beschwerden führen kann, ist auch im Bereich der Eidgenössischen Invalidenversicherung zu berücksichtigen. Liegt demgemäss ein so genannt typisches Beschwerdebild mit einer Häufung von Beschwerden wie diffuse Kopfschmerzen, Schwindel, Konzentrations- und Gedächtnisstörungen, Übelkeit, rasche Ermüdbarkeit, Visusstörungen, Reizbarkeit, Affektlabilität, Depression, Wesensveränderung etc. vor, kann im Hinblick auf die Festsetzung der Arbeitsfähigkeit nicht unbesehen die Rechtsprechung zur anhaltenden somatoformen Schmerzstörung zur Anwendung gebracht werden.

174

Art. 28 Abs. 2 IVG in der bis 31. Dezember 2007 geltenden Fassung; Art. 16 ATSG – Bestimmung des Invaliditätsgrads nach der ausserordentlichen Bemessungsmethode. In Anwendung der ausserordentlichen Bemessungsmethode darf für die erwerbliche Gewichtung des Betätigungsvergleichs nicht auf die schweizerische Lohnstrukturerhebung des Bundesamtes für Statistik (LSE) abgestellt werden. Die Vergleichseinkommen sind vielmehr unter Berücksichtigung der einzelfallbezogenen Kriterien (Betriebsgrösse, Branche, Erfahrung des Betriebsinhabers etc.) zu ermitteln. Für die Bemessung des wirtschaftlichen Werts einer Tätigkeit ist dabei von den diesbezüglichen, möglichst einzelfallbezogenen Ansätzen auszugehen, welche etwa bei den branchenspezifischen Berufsverbänden erfragt werden können.

180

Invalidenversicherung: Nicht jede Gewährung von Hilfsmitteln hat eine wesentliche Veränderung der Hilflosigkeit im Sinne von Art. 17 Abs. 2 ATSG in Verbindung mit Art. 35 Abs. 2 IVV zur Folge.

183

Invalidenversicherung: Auch ein Statuswechsel vom Erwerbstätigen zum Nichterwerbstätigen gilt als Revisionsgrund im Sinne von Art. 17 Abs. 1 ATSG.	189
Invalidenversicherung: Art. 17 ATSG und Art. 53 Abs. 2 ATSG – Wird die zweifellose Unrichtigkeit der ursprünglichen Rentenverfügung erst vom Gericht festgestellt, so kann es die auf Art. 17 ATSG gestützte Revisionsverfügung der Verwaltung mit dieser substituierten Begründung schützen.	197
Ergänzungsleistungen: Einkommensverzicht im Sinne von Art. 3c Abs. 1 lit. g ELG durch ein Risikogeschäft.	201
BVG. – Teilung der von den Parteien während der Ehe erworbenen Austrittsleistungen ihrer beruflichen Vorsorge gemäss Art. 122 ZGB bei einer Ehescheidung: Sachliche Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung von Rechtsfragen im Zusammenhang mit geltend gemachten Einkäufen in die zweite Säule des einen Ehegatten aus Eigengut des anderen Ehegatten.	207
Unfallversicherung: Die telefonische Benachrichtigung vom Unfalltod der Tochter stellt kein Unfallereignis im Sinne von Art. 4 ATSG dar.	209
Art. 6 UVG – Adäquater Kausalzusammenhang psychischer Unfallfolgen zu einem Raubüberfall.	213
§ 5 Abs. 1 und § 17 des bis 31. Dezember 2008 in Kraft gewesenen kantonalen Gesetzes über die Kinderzulagen vom 16. Dezember 1982 (KZG; BGS 844.4); Art. 11 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 des am 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über die Familienzulagen vom 24. März 2006 (FamZG; SR 836.2) – Die Bezüge einer Verwaltungsrätin stellen definitionsgemäss massgebenden Lohn im Sinne der AHV-Gesetzgebung dar und sind dementsprechend AHV-rechtlich als Verdienst aus unselbständiger Erwerbstätigkeit zu qualifizieren. Die Verwaltungsrätin ist daher, auch wenn sie in keinem Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft steht, in jedem Fall als Arbeitnehmerin im Sinne von § 5 Abs. 1 KZG bzw. Art. 13 Abs. 1 FamZG zu behandeln und sie hat dementsprechend Anspruch auf Kinderzulagen, sofern die weiteren Bezugsvoraussetzungen erfüllt sind. Der	

Verweis der Familienausgleichskasse darauf, dass im Bereich der Arbeitslosenversicherung Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung keine Arbeitslosenentschädigung beziehen können, vermag hieran nichts zu ändern. 221

Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG – Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Leiharbeit ist der Temporärarbeit im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG gleichzustellen, sodass beim Wegfall der Arbeitsgelegenheit kein rechtlich fassbarer Arbeitsausfall entsteht. Das Vorliegen eines Dienstleistungs- bzw. Werkvertrags ist in casu zu verneinen. 226

## II. Zivilrecht

### 1. Personenrecht

Art. 28b Abs. 1 Ziff. 1 ZGB – Voraussetzungen und Modalitäten eines Annäherungsverbot. 233

### 2. Familienrecht

Art. 137 ZGB. – Bemessung des Unterhalts während des Scheidungsverfahrens. 236

### 3. Sachenrecht

§ 214 des Privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zug vom 22. Dezember 1873 (PRG-ZG) – Übertragbarkeit und Vererblichkeit von altrechtlichen Personaldienstbarkeiten. 239

### 4. Obligationenrecht

Art. 313 f. OR – Der Zinsbegriff des Darlehensrechts umfasst jedes Entgelt, das der Borger dem Darleiher für die Wertgebrauchsüberlassung aus Zeit zu leisten verspricht, unbeschadet um die Bezeichnung, welche sie dafür wählen. Gemäss Bundesgericht hat eine sittenwidrige Zinsvereinbarung Teilnichtigkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 2 OR zur Folge. Der zulässige Höchstzins beträgt, mangels besonderer Verhältnisse, 18 – 20%. 247

Art. 731b Abs. 1 OR – Beim Entscheid, welche Massnahme das Gericht ergreifen will, kommt ihm ein wesentlicher Handlungsspielraum zu. Da es um die Einhaltung von zwingenden Gesetzesvorschriften geht, hat das Gericht bei seinem Entscheid nicht Individualinteressen in den Vordergrund zu stellen, sondern dem Verkehrsschutz Rechnung zu tragen. 251

Art. 951 Abs. 2 OR. – Ob zwei Firmen sich hinreichend deutlich unterscheiden, ist aufgrund des Gesamteindrucks zu prüfen, den sie beim Publikum hinterlassen [Permatech (Schweiz) AG gegen PEMATECH GmbH]. 253

Art. 1, 2 und 12 ff. PauRG – Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Bundesgesetzes über Pauschalreisen (PauRG; SR 944.3). Rechtsfolgen der Schlechterfüllung des Pauschalreisevertrages. 256

### **III. Schuldbetreibung und Konkurs**

Art. 17 SchKG. – Gegenstand des betriebsrechtlichen Beschwerdeverfahrens können nur verfahrensrechtliche Fragen bilden, nicht aber materielle rechtliche. 265

Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 aSchKG. – Die Betreibungsämter sind nach der per Januar 2008 erfolgten Aufhebung von Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 aSchKG, gemäss welchem geschäftsführende Mitglieder einer GmbH der Konkursbetreibung unterliegen, nicht verpflichtet, vor dem 1. Januar 2008 eingeleitete Betreibungsverfahren, in denen dem Betreibungsschuldner die Konkursandrohung zugestellt wurde, von Amtes wegen als Betreibungen auf Pfändung fortzusetzen. 266

Art. 49 Abs. 1 BV, Art. 79 Abs. 1, Art. 88 Abs. 1 und 2 SchKG. – Die einjährige Verwirkungsfrist nach Art. 88 Abs. 2 SchKG steht auch dann still, wenn der Gläubiger im vorgängig zum Betreibungsverfahren eingeleiteten Forderungsprozess aus prozessualen Gründen nicht die Beseitigung des im fraglichen Betreibungsverfahren erhobenen Rechtsvorschlages verlangen kann. 269

- Art. 82 Abs. 1 SchKG. – Der Schuldner ist bei der inhaltlichen Ausgestaltung einer einseitigen Schuldanererkennung frei und kann seine Zahlungspflicht auch nur bedingt, z.B. erst ab einem bestimmten Zeitpunkt, anerkennen. Provisorische Rechtsöffnung kann in einem solchen Fall grundsätzlich nur erteilt werden, wenn der Bedingungseintritt nachgewiesen ist. 272
- Art. 82 SchKG. – Ist der Schuldner nicht Vertragspartei eines Grunddienstbarkeitsvertrages, kann dieser gegenüber ihm nur dann als provisorischer Rechtsöffnungstitel taugen, wenn der Schuldner entweder von Gesetzes für die darin vereinbarte Entschädigung haftet oder wenn urkundlich nachgewiesen ist, dass er betreffend der fraglichen Schuld als Rechtsnachfolger des ursprünglich verpflichteten Vertragspartners zu betrachten ist. 276
- Art. 82 SchKG. – Für einen vertraglichen Selbstbehalt, der weder in dem vom Versicherungsnehmer unterzeichneten Antrag noch in den AVB, deren Erhalt der Versicherungsnehmer unterschriftlich bestätigt hat, sondern nur in der vom Versicherungsnehmer nicht unterzeichneten Versicherungspolice beziffert ist, kann keine provisorische Rechtsöffnung erteilt werden. 278
- Art. 88 SchKG. – Frage, ob für die Fortsetzung der Betreibung eine Rechtskraftbescheinigung des Rechtsöffnungsentscheids verlangt werden darf. 280
- Art. 242 Abs. 1 SchKG, Art. 47 ff. KOV. – Will das Konkursamt im summarischen Verfahren einen Dritteigentumsanspruch anerkennen, hat es dazu vorgängig die Stellungnahme der Konkursgläubiger einzuholen. 283
- Art. 271 f. SchKG, Art. 132 Abs. 2 ZGB. – Die Ausstellung eines Arrestbefehls für eine Forderung auf Sicherheitsleistung zukünftiger Unterhaltsansprüche ist zulässig. 285

## IV. Rechtspflege

### 1. Zivilrechtspflege

- §§ 129 ff. ZPO. § 4 GWS. – Wesen und Natur des allgemeinen gerichtlichen Verbots. 289
- § 157 Abs. 3 ZPO. – Ausnahmsweise sind in summarischen Verfahren schriftliche Zeugenerklärungen zulässig. 295
- § 13 GebT, § 8 AnwT; Art. 343 Abs. 2 OR. – Der im Sinne von Art. 343 Abs. 2 OR massgebliche Streitwert ist lediglich in Bezug auf die in Art. 343 OR zwingend vorgesehenen Verfahrensgrundsätze massgebend. Die einschlägigen kantonalen Bestimmungen stellen bei der Bemessung der Spruchgebühr und der Parteientschädigung auf den «noch in Betracht kommenden» bzw. «fallenden Streitwert» ab. 297

### 2. Strafrechtspflege

- § 29 Abs. 1 Ziff. 2 StPO, § 37 Abs. 1 und 2 GesG, Art. 321 Ziff. 1 StGB. – Das in § 37 GesG statuierte Berufsgeheimnis anderer Berufe des Gesundheitswesens verleiht kein absolutes Zeugnisverweigerungsrecht von Angestellten gegenüber den Strafuntersuchungsbehörden. Verhältnis von § 37 GesG zum Zeugnisverweigerungsrecht gemäss § 29 Abs. 1 Ziff. 2 StPO. 298
- §§ 14 Abs. 2, 34 Abs. 5 und 80 Ziff. 3 StPO. – Seit der am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Teilrevision der Strafprozessordnung ist die Beschwerde des Anzeigerstatters gegen eine Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft nicht mehr zulässig. 302

# B. Verwaltungspraxis

## I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

### 1. Bürgerrecht

Art. 8 Abs. 2 BV – Überprüfung und Aufhebung eines Nichteintretensentscheides einer Bürgergemeinde auf das Einbürgerungsgesuch einer unmündigen, urteilsunfähigen Gesuchstellerin (Erw. II. 1, 2, 3). 308

§ 5 BüG – Nicht nur die Schwere strafrechtlicher Verfehlungen, sondern auch deren Anzahl können die Verweigerung einer Einbürgerung rechtfertigen (Erw. II. 3) 311

Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 4 BV – Anforderungen an die Begründung eines rechtsanwendenden Verwaltungsaktes (Erw. II. 1.3). – Willkürlicher Entscheid einer Bürgergemeindeversammlung (Erw. II. 3.3). 314

### 2. Personalrecht

§ 10 des Personalgesetzes – Öffentliches Personalrecht; rechtliches Gehör. Wenn eine gekündigte Person über den konkreten Inhalt der für die Kündigung relevanten Aktenstücke im Bild war und seine Sicht der Dinge demzufolge in das Kündigungsverfahren einbringen konnte, liegt keine Verletzung des Akteneinsichtsrechts und damit auch keine solche des rechtlichen Gehörs vor. Im öffentlichen Dienstrecht können auch relativ informelle Äusserungsgelegenheiten vor der Kündigung dem verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch genügen, sofern dem Betroffenen klar war, dass er mit einer solchen Massnahme rechnen musste. 319

§§ 10, 13 und 16 des Personalgesetzes; Art. 5 des Gleichstellungsgesetzes – Öffentliches Personalrecht; rechtliches Gehör. Die Fortführung des Arbeitsverhältnisses mit der Beschwerdeführerin konnte für die Beschwerdegegnerin nicht als unzumutbar betrachtet werden. Somit war kein wichtiger Grund gegeben, der eine ausserordentliche Entlassung im Grundsatz gerechtfertigt hätte. Mithin hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf Ersatz dessen, was sie verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist und des Kündigungstermins beendet worden wäre. Die Beschwerde-

gegnerin kündigte der Beschwerdeführerin unter anderem wegen Erhebung von Vorwürfen. Diese Kündigung kann nur als «Rachekündigung» betrachtet werden, weshalb sie bereits unter diesem Gesichtspunkt missbräuchlich war. Eine überaus kurze Frist für eine Stellungnahme zu einer angedrohten Kündigung ist für eine gehörige Wahrung des Äusserungsrechts der Beschwerdeführerin nicht angemessen und hält vor dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör nicht stand. Der Entscheid der Beschwerdegegnerin (Gemeinde) wurde deshalb unter Missachtung des rechtlichen Gehörs gefällt. Ist eine Entlassung bereits vor der Erteilung des rechtlichen Gehörs beschlossene Sache, ist auch dies als Missachtung des rechtlichen Gehörs zu beurteilen. Äussert ein Mitarbeiter der Beschwerdegegnerin über eine Mitarbeiterin, diese sei «so en heissi Stute», so ist dies als sexuelle Belästigung zu taxieren.

324

§ 52 des Personalgesetzes und § 16 der Personalverordnung – Öffentliches Personalrecht. Wer nicht mehr im gleichen Haushalt mit seinen Kindern wohnt und auch nicht mehr die elterliche Obhut über diese hat, führt keinen gemeinsamen Haushalt mehr mit seinen Kindern. Entsprechend ist die Anspruchsvoraussetzung der gemeinsamen Haushaltführung gemäss § 52 Abs. 3 PG für den Bezug einer Familienzulage nicht mehr erfüllt und der entsprechende Anspruch verloren. Die infolge unterlassener Meldung an das Personalamt zu Unrecht ausbezahlte Familienzulage ist vollumfänglich zurückzuerstatten. Die Verjährung richtet sich nach Art. 127 OR.

341

### 3. Gemeinderecht

§§ 33 ff. des Gemeindegesetz – Aufsichtsrecht; § 26 des Finanzhaushaltgesetzes – Begriff der (gebundenen) Ausgabe. Der Regierungsrat hat ein aufsichtsrechtliches Einschreiten von Amtes wegen gegen die Gemeinde X. abgelehnt. Der Gemeinderat hatte die Abschreibung einer verjährten und daher nicht mehr einbringlichen Grundstückgewinnsteuer der Einwohnergemeindeversammlung im Rahmen der Jahresrechnung 2007 vorgelegt. Es war ferner korrekt, dass einem Einwohner der Gemeinde gestützt auf das Amts- und Steuergeheimnis keine weitergehende Auskunft über den Grundstücksfall erteilt wurde. Schliesslich ist ein ordnungsgemäss zustande gekommenes Abstimmungsergebnis anzuerkennen, und die Beschlüsse der Gemeindeversammlungen sind zu respektieren.

345

## II. Zivilrecht

### 1. Familienrecht

Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 445 ZGB; §15 und 16 VRG. – Das Vormundschaftsgeheimnis verpflichtet die Beiständin oder den Beistand, ihre resp. seine Aufzeichnungen vertraulich zu behandeln. Dem steht das Akteneinsichtsrecht als Teil des Anspruchs auf rechtliches Gehör gegenüber. Die Beiständin oder der Beistand ist verpflichtet, in jene Akten Einsicht zu gewähren, die sie resp. er der Vormundschaftsbehörde offen legt, und die somit Einfluss auf den angefochtenen Entscheid haben könnten.

352

### 2. Alimentenbevorschussung

§ 9 Inkassohilfe- und Bevorschussungsgesetz – Unrechtmässig bzw. ungerechtfertigt bevorschusste Unterhaltsbeiträge sind von gutgläubig Bereicherten nur im Umfang einer eventuell noch vorhandenen Bereicherung zurückzuerstatten (Erw. II. 2).

357

## III. Planungs- und Baurecht

§ 19 V PBG, §§ 14 – 18 BO Cham; Ausnützungsübertragung von einer Landfläche ausserhalb einer Arealbebauung in eine Arealbebauung, Berechnungsgrundlage für den Ausnützungsbonus

361

§ 29 Abs. 4 PBG – Änderung einer Arealbebauung oder bewilligungsfreier Vorgang (Begrünung einer Fassade)?

363

Art. 21 Abs. 2 RPG – Bei einer erheblichen Änderung der Verhältnisse ist ein Bebauungsplan zu überprüfen und eventuell anzupassen.

364



# C. Grundsätzliche Stellungnahmen

## Datenschutzpraxis

Vorbemerkungen	370
I. Zur Einsicht eines Betroffenen in die eigenen Daten im Polizei-Journal	371
II. Rechtsfolgen unzulässiger Datenbekanntgabe durch Verwaltungsmitarbeitende	381
III. Lässt das geltende Recht verdeckte Überwachung von Sozialhilfebezügern zu?	383
IV. Pandemievorbereitungen: Dürfen Verwaltungsmitarbeitende Daten bei sich zu Hause bearbeiten?	385
V. Datenerhebung zur Wohnsituation der Bevölkerung	387
VI. Einbürgerung: Worüber ist die Bürgergemeindeversammlung zu informieren?	388
VII. Zur Rechtslage bezüglich Videoüberwachung des öffentlichen Raums	389



## Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angeführten Ort
ABI	Amtsblatt des Kantons Zug
Abs.	Absatz
AGSchV	Allgemeine Gewässerschutzverordnung vom 19. Juni 1972 (SR 814.201)
AHVG	BG über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (SR 831.10)
AHVV	V über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947 (SR 831.101)
ANAG	BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (SR 142.20)
ANAV	VV zum ANAG vom 1. März 1949 (SR 142.201)
AVIG	BG vom 25. Juni 1982 über die Obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (SR 837.0)
AVIV	BG vom 25. Juni 1982 über die Obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 31. August 1983 (SR 837.02)
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung(en)
AnwG	G über die Ausübung des Anwaltsberufes im Kanton Zug vom 28. November 1996 (BGS 163.1)
AnwT	V des Obergerichts über den Anwaltstarif vom 3. Dezember 1996 (BGS 163.4)
AR	Altstadtreglement der Stadt Zug
Archiv	Schweizerisches Archiv für Abgaberecht
Art.	Artikel
AVIG	BG vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (SR 837.0)
Bau G	Baugesetz für den Kanton Zug vom 18. Mai 1967 (GS 19, 349). (Dieses Gesetz ist durch das Planungs- und Baugesetz vom 26. November 1998 aufgehoben) vgl. PBG; BGS 721.11
BB	Bundesbeschluss
BB1	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BEHG	BG vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (SR 994.1)

BGBB	BG über das 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 Beschwerdekommision für die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BISchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
BMM	BB über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 30. Juni 1972 (SR 221.213.1)
BO	Bauordnung
BPR	BG vom 17. Dezember 1976 über die Politischen Rechte (SR 161.1)
BRAGO	(deutsche) Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte
Bst.	Buchstabe
BStP	BG über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 (SR 312.0)
BüG	BG über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (Bürgerrechtsgesetz) vom 29. September 1952 (SR 141.0)
BV	Bundesverfassung vom 18. April 1999 (SR 101)
BVG	BG über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (SR 831.40)
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung
BVV 1	V über die Beaufsichtigung und die Registrierung der Vorsorgeeinrichtungen vom 29. Juni 1983 (SR 831.435.1)
BVV 2	V über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 18. April 1984 (SRR 831.441.1)
bzw.	beziehungsweise
DBG	BG über die direkte Bundessteuer (DBG) vom 14. Dezember 1990 (SR 642.11)
DSG	Datenschutzgesetz vom 28. September 2000 (BGS 157.1)
DSG; eidg.	BG über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (SR 235.1)
Denkmal G	G über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz (Denkmalschutzgesetz) vom 26. April 1990 (BGS 423.11)
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung(en)
EG	Einführungsgesetz

EG FFE	EG zum BG über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fürsorgerische Freiheitsentziehung) vom 28. Januar 1982 (BGS 213.11)
EGG	BG über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951 (SR 211.412.11)
EG ZGB	G betr. die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug vom 17. August 1911 (BGS 211.1)
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention) vom 4. November 1950 (SR 0.101)
ES	Entscheidungssammlung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug
EUeR	Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 (SR 0.351.1)
f.; ff.	(und) folgende (Seiten)
FHG	G über den Finanzhaushalt des Kantons und der Gemeinden (Finanzhaushaltsgesetz) vom 28. Februar 1985 (BGS 611.1)
FIG	BG über die Familienzulagen in der Landwirtschaft vom 20. Juni 1952 (SR 836.1)
FZG	BG über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz) vom 17. Dezember 1993 (SR 831.42)
G	Gesetz (des Kantons Zug)
GBP	Grundbuchparzelle
GestG	BG vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen (SR 272)
GewG	G über die Gewässer vom 25. November 1999 (BGS 731.1)
GG	G über die Organisation und Verwaltung der Gemeinden (Gemeindegesezt) 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 (Pflegekinderverordnung) 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)
SchIT	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 Rechenschafts- bericht 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, Behördemitglieder 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
ZBI	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

# I. Staats- und Verwaltungsrecht

## 1. Verfahrensrecht

§ 46 Abs. 3 VRG – Entscheidend dafür, ob ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt werden soll oder nicht, ist die Frage, ob der Sachverhalt nach dem ersten Schriftenwechsel nicht hinreichend geklärt ist oder mit der Beschwerdeantwort neue Tatsachen vorgetragen werden.

Aus dem Sachverhalt.

Am 3. Juni 2008 fand in der Einwohnergemeinde Risch eine Gemeindeversammlung statt. Unter Traktandum 2 wurde dabei über die Jahresrechnung 2007 und den dazugehörenden Bericht und Antrag des Gemeinderates beschlossen. Mit Schreiben vom 18. Juni 2008 reichte C.D., Rotkreuz, gegen die Gemeinde Risch beim Regierungsrat des Kantons Zug wegen Nichtbeachtung der Zuständigkeitsordnung für Ausgabenbeschlüsse beim Regierungsrat Stimmrechtsbeschwerde ein und platzierte überdies eine Aufsichtsbeschwerde. Mit Beschluss vom 27. Januar 2009 trat der Regierungsrat auf diese Beschwerden nicht ein. Zudem wurde der Gemeinderatsbeschluss vom 3. Juni 2008 betreffend die Jahresrechnung 2007 aufgehoben und der Gemeinderat Risch wurde angewiesen, die Jahresrechnung 2007 erneut an einer Gemeindeversammlung vorzulegen. Mit Eingabe vom 17. April 2009 reichte C.D. wiederum beim Regierungsrat Stimmrechtsbeschwerde, eventualiter Verwaltungsbeschwerde ein und beantragte u.a., es sei festzustellen, dass sich der Gemeinderat Risch den im Regierungsratsbeschluss vom 27. Januar 2009 enthaltenen Anordnungen und Weisungen widersetzt habe. Mit Beschluss vom 2. Juni 2009 trat der Regierungsrat des Kantons Zug sowohl auf die Stimmrechts- als auch auf die Rechtsverzögerungs- und die eventualiter erhobene Verwaltungsbeschwerde nicht ein. Mit Eingabe vom 3. Juli 2009 erhob C.D. gegen diesen Entscheid Verwaltungsgerichtsbeschwerde u.a. mit dem Antrag, es sei festzustellen, dass ihm gemäss der sonst üblichen Praxis des Kantons Zug und gestützt auf Art. 29 Abs. 1 und 2 BV, § 15 VRG und den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte das rechtliche Gehör in Form einer Replik verweigert worden sei.

Aus den Erwägungen:

...

3. Das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bundesverfassung, BV; SR 101) vom 18. April 1999 dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisunterlagen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 4. Juli 2007, 1P.26/2007, Erw. 3.1 mit Hinweisen).

a) Der Beschwerdeführer macht geltend, sein rechtliches Gehör sei vorliegend verletzt, da ihm im Verfahren vor dem Regierungsrat nicht die Möglichkeit zu einem zweiten Schriftenwechsel gewährt worden sei. Mit Replik vom 7. Oktober 2009 führt er hierzu in ausführlicher Weise zusammengefasst an, das Bundesgericht erachte es diesbezüglich als geboten, der sehr strengen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zu folgen. Er hätte daher Gelegenheit erhalten müssen, zur Vernehmlassung des Gemeinderates Risch vom 15. Mai 2009 Stellung zu nehmen. Es sei dabei unerheblich, ob in dieser Vernehmlassung neue Elemente vorgetragen worden seien oder nicht. Der Anspruch auf rechtliches Gehör sei formeller Natur. Eine Verletzung führe zur Aufhebung des angefochtenen Hoheitsaktes. Eine Heilung sei vorliegend nicht mehr möglich, weil besagte Gemeindeversammlung bereits am 8. Juni 2009 stattgefunden habe, es sei denn das Verwaltungsgericht annulliere den Beschluss dieser Versammlung und ordne dies bei den zuständigen Direktionen an. Das Bundesgericht habe festgehalten, dass jede Behörde wegen des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör den Betroffenen von einer beabsichtigten Schlechterstellung unterrichten und ihm Gelegenheit zur Äusserung geben müsse. Eine erneute Anhörung könne nicht davon abhängig gemacht werden, ob der *reformatio in peius* neue Gesichtspunkte zu Grunde lägen oder nicht. Die Behörde müsse vor ihrem Entscheid, auf ihre Absicht, zu einer *reformatio in peius* zu schreiten, aufmerksam machen und den Pflichtigen Gelegenheit zur Stellungnahme einräumen (Bundesgerichtsentscheid 2A.403/2002 vom 24. März 2003). Das Einholen der Stellungnahme beim Beschwerdeführer stelle keinen leeren Formalismus dar, insbesondere weil er allenfalls neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen könne (Bundesgerichtsentscheid Nr. 2A.421/2003 vom 15. März 2003).

Der Beschwerdeführer begründet seine Beschwerde also in erster Linie mittels der Berufung auf den allgemeingültigen Grundsatz des rechtlichen Gehörs und auf verschiedene Bundesgerichtsentscheide zu dieser Frage. De facto stört er sich aber offenkundig einzig am Umstand, dass ihm keine Gelegenheit zu einem zweiten Schriftenwechsel gewährt worden ist, mittels welchem er Stellung zur Vernehmlassung des Gemeinderates von Risch hätte Stellung beziehen wollen.

b) Zur Frage des zweiten Schriftenwechsels ist in § 12 VRG festgehalten, dass die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt. Gemäss § 46 Abs. 3 VRG liegt die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels im Ermessen der Beschwerdeinstanz, also vorliegend im Ermessen des Regierungsrates. Ein zweiter Schriftenwechsel drängt sich namentlich dann auf, wenn der Sachverhalt nach dem ersten Schriftenwechsel nicht hinreichend geklärt ist oder mit der Beschwerdeantwort auf neue Tatsachen abgestellt werden will.

Im vorliegenden Fall bestand hierfür keinerlei Anlass. Der Beschwerdeführer konnte seine Vorbringen mit seiner Eingabe vom 17. April 2009 vollumfänglich anführen, der strittige Sachverhalt war offenkundig und ausreichend geklärt und in der Vernehmlassung des Gemeinderates Risch wurden keinerlei neuen Behauptungen aufgestellt. Insbesondere war erstellt, dass die nochmalige Vorlage der Jahresrechnung 2007 an der Gemeindeversammlung vom 8. Juni 2009 erfolgen würde. Hinzu kommt, dass die strittige Rechtslage, nämlich die Auslegung von § 22 des Gemeindegesetzes (GG, BGS 171.), im Grunde eine theoretische war, und der Beschwerdegegner – wie nachstehend in Ziff. 4 aufzuzeigen sein wird – den Streitpunkt auch ohne zweiten Schriftenwechsel, schlüssig und umfassend zu beurteilen vermochte. Es bestand somit keinerlei Anlass, einen zweiten Schriftenwechsel anzuordnen und von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs kann nicht die Rede sein. Dies zeigt sich im Übrigen auch in der Tatsache, dass der Beschwerdeführer auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren keine relevanten neuen Tatsachen vorzubringen vermochte, die bereits im Verwaltungsverfahren einen zweiten Schriftenwechsel notwendig gemacht hätten. Wenn der Beschwerdeführer schliesslich einwendet, er habe immer einen Anspruch auf einen zweiten Schriftenwechsel und es sei dabei unerheblich, ob in dieser Vernehmlassung neue Elemente vorgetragen worden seien oder nicht, so ist dies schlicht falsch. Vielmehr ist die Frage, ob neue Tatsachen vorgetragen werden, entscheidend dafür, ob ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt werden soll oder nicht.

Aufgrund des Gesagten kann dem Antrag des Beschwerdeführers, es sei festzustellen, dass ihm gemäss der sonst üblichen Praxis des Kantons Zug und gestützt

auf den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, das rechtliche Gehör in Form einer Replik verweigert worden sei, nicht Folge geleistet werden.

c) Angesichts der ausführlichen Argumentation des Beschwerdeführers wird an dieser Stelle der Vollständigkeit halber trotz klarer Rechtslage zu seinen Vorbringen Stellung genommen. Vorab kann hierzu festgehalten werden, dass dessen allgemeine Ausführungen zum rechtlichen Gehör für sich im Grunde korrekt recherchiert und wiedergegeben sind. Trotzdem gehen sie bezogen auf den vorliegenden Fall gänzlich an der Sache vorbei. Es gelingt dem Beschwerdeführer dabei offenkundig nicht ausreichend, zwischen dem rechtlichen Gehör als verfassungsmässigem Grundrecht und dem Verfahrensinstrument des zweiten Schriftenwechsels als Bestandteil des rechtlichen Gehörs zu unterscheiden. Dementsprechend beziehen sich seine Vorbringen denn auch nicht auf den konkreten Fall, sondern auf das rechtliche Gehör als solches. Es trifft wohl zu, dass das rechtliche Gehör in der EMRK verankert und auf Bundesebene ein verfassungsmässig geschütztes Recht ist. Daraus lässt sich aber kein zwingendes Recht auf einen zweiten Schriftenwechsel in einem Verwaltungsverfahren auf kantonaler Ebene ableiten. Vielmehr werden die jeweiligen konkreten Verfahrensvorschriften in Spezialgesetzen geregelt, bezogen auf den vorliegenden Fall – wie von der Vorinstanz korrekt dargelegt – im Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zug. Der Verzicht auf einen zweiten Schriftenwechsel stellt somit keineswegs einen Verstoss gegen Art. 29 Abs. 2 BV dar, sondern erfolgte – wie vorstehend ausgeführt – in korrekter Anwendung von § 12 u. § 46 Abs. 3 VRG.

Verfassungsmässig verankerte Rechte sind auf jeden Fall zu schützen, gelten jedoch nicht absolut und können unter gewissen Voraussetzungen eingeschränkt werden, sofern sie mit gegenteiligen Interessen kollidieren (vgl. Art. 36 BV). Vorliegend stand dem Interesse des Beschwerdeführers auf einen zweiten Schriftenwechsel das Interesse des Regierungsrates auf eine zügige Abwicklung des Verfahrens entgegen. Auch die Beurteilung einer Rechtsfrage innert angemessener Frist stellt ein allgemeine Verfahrensgarantie gemäss Art. 29 BV dar (vgl. Art. 29 Abs. 1). Allein dadurch wird schon deutlich, dass diese Verfahrensgarantien nicht in jedem Fall und in beliebigem Ausmass gewährt werden können. Zu schützen ist jedoch stets der Kerngehalt der jeweiligen Bestimmung (vgl. Art. 36 Abs. 4 BV). Hinsichtlich des rechtlicher Gehörs wurde dieser Kerngehalt vorliegend ohne Frage gewährleistet, hat doch der Beschwerdeführer selbst das ganze Verfahren mit seiner Beschwerde erst in Gang gebracht und dabei ausreichend Gelegenheit gehabt, sich vor Erlass des Entscheides des Regierungsrates zur Sache zu äussern. Er konnte die seiner Ansicht nach erheblichen Beweise beibringen, und den Sachverhalt, wie er ihn als relevant erachtete, darlegen.

Wenn der Beschwerdeführer ferner anführt, er hätte ein Recht auf eine Replik gehabt, weil bei einer reformatio in peius immer eine zweite Anhörung notwendig sei, dann muss dem entgegengehalten werden, dass eine solche in casu gar nicht vorliegt. Eine reformatio in peius ist der lateinische Ausdruck für die Abänderung einer gerichtlichen Entscheidung zum Nachteil des Betroffenen. Vorliegend ist die Vorinstanz auf die Beschwerde vom 17. April 2009 nicht eingetreten ohne dem Beschwerdeführer die Gelegenheit zu einem zweiten Schriftenwechsel zu gewähren. Es handelte sich dabei in keiner Weise um eine reformatio in peius, bestand doch zur strittigen Frage zu dem Zeitpunkt noch gar keine gerichtliche Entscheidung, die zum Nachteil des Betroffenen hätte abgeändert werden können. Die diesbezüglichen Ausführungen des Beschwerdeführers und somit auch die hierzu zitierten Bundesgerichtsentscheide 2A.403/2002 vom 24. März 2003 und 2A.421/2003 vom 15. März 2003, die sich explizit auf Fälle einer reformatio in peius beziehen, sind auf das vorliegende Verfahren nicht anwendbar.

...

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 22. Dezember 2009

V 2009/85

§ 62 Abs. 1 lit. c VRG – Der Beschwerdeführer muss an der Aufhebung und Änderung des angefochtenen Entscheides ein schutzwürdiges, d.h. aktuelles und praktisches Interesse haben. Ein aktuelles Interesse an der Überprüfung eines Beschwerdeentscheides betreffend Ungültigkeit einer Volksinitiative ist nicht mehr gegeben, wenn der Zweck der Initiative offensichtlich nicht mehr erreicht werden kann. Dies trifft z.B. zu, wenn ein Gebäude, das mit einer Initiative geschützt werden sollte, gestützt auf eine rechtskräftige Bewilligung abgerissen worden ist.

Aus dem Sachverhalt.

A. Am 19. Juni 2008 reichte ein Initiativkomitee bei der Stadtkanzlei Zug die «Volksinitiative für den Schutz des Hasenbüel» mit dem folgenden Wortlaut ein:

«Die Bauordnung der Stadt Zug wird wie folgt geändert:

§ 69a Bauzone mit speziellen Vorschriften Hasenbüel

1. Die Bauzone mit speziellen Vorschriften Hasenbüel umfasst Teile der Grundstücke GS Nrn. 1664, 3174 und 3553 und ist begrenzt durch die Eckpunkte A (Koord. 681 856.86/223 219.20), B (Koord. 681 799.85/223 177.93), C (Koord. 681 799.95/223 139.04), D (Koord. 681 865.01/223 113.37), E (Koord. 681 866.92/223 115.33), F (Koord. 681 855.07/223 154.38) und G (Koord. 681 884.03/223 161.71).
2. Innerhalb der Bauzone mit speziellen Vorschriften Hasenbüel dürfen keine zusätzlichen Gebäude erstellt werden.
3. Das Ensemble, bestehend aus Wohnhaus Assek.-Nr. 584a und dem Wirtschaftsgebäude Assek.-Nr. 584b, ist ein einziges erhaltenswertes Baudenkmal. Es muss in seinem Erscheinungsbild und mit einer entsprechenden Gestaltung des Hofraumes und der Umgebung erhalten bleiben.
  - a. Um- und Anbauten an den beiden bestehenden Gebäuden sind möglich. Bauliche Veränderungen und Ergänzungen müssen die historische Substanz schonen und architektonische Ansprüche erfüllen, die dem Baudenkmal angepasst sind.
  - b. Eine Ersatzbaute für das Wirtschaftsgebäude Assek.-Nr. 584b ist im Rahmen des bestehenden Volumens möglich.
  - c. Bauprojekte für die Gebäude und die Umgebungsgestaltung bedürfen der Zustimmung der kantonalen Denkmalpflege.

4. Die Ausnützung der in der Bauzone mit speziellen Vorschriften Hasenbüel liegenden Teile der Parzellen GS Nrn. 1664, 3174, 3553 darf nicht übertragen werden.
5. Diese Änderung tritt mit der Annahme durch das Volk rückwirkend auf den 1. März 2008 in Kraft.
6. Übergangsbestimmungen
  - a. Diese Änderung ist in die neue Bauordnung und in den neuen Zonenplan zu übernehmen.
  - b. Sollen bestehende Gebäude oder Teile davon trotz Volksbegehren abgebrochen werden, sind sie an den heutigen Standorten und in den heutigen Volumina wieder zu erstellen».

Die Initianten fügten der Initiative die folgenden Erläuterungen bei:

#### Das Haus Hasenbüel

Das Wohnhaus Hasenbüel wurde 1825/26 weit ausserhalb der damaligen Stadt für Gardehauptmann Josef Anton Sidler (1783-1862) erbaut. Der Bauherr, ein Bruder des berühmten Zuger Landammanns Georg Josef Sidler, diente in der Schweizergarde des französischen Königs, bis diese 1830 aufgelöst wurde. Nach dem frühen Tod seiner Frau führte Sidler ein unstetes Leben mit vielen Reisen, bevor er sich als Einsiedler in der Nas (Oberägeri) und später in der Chollermüllli niederliess. Erst ein Jahr vor seinem Tod zog Sidler wieder in den Hasenbüel.

Das Haus Hasenbüel ist ein solide gebautes, gut erhaltenes Landhaus mit einfacher, aber sorgfältiger Ausstattung und einem schönen Dachstuhl. Seine Architektur und die ehemals abseitige Lage sind typisch für die Biedermeierzeit. Es bildet den historischen Kern des Quartiers Gimenen und ist ein weithin sichtbares Wahrzeichen des südlichen Teils von Zug.

1988 stellte der Regierungsrat des Kantons Zug das Haus Hasenbüel unter Denkmalschutz, doch wurde die Unterschutzstellung im selben Jahr durch das Verwaltungsgericht wieder aufgehoben. Letzter Bewohner des Hasenbüels war das Stadtoriginal Pirmin Uttinger (1918 - 2004). Nach Uttingers Tod wurde der Südteil des Grundstücks an eine Zürcher Immobilienfirma verkauft, welche den Abbruch des Wohnhauses und die komplette Überbauung des Grundstücks plant.

Ziel der Initiative ist es, das Hasenbüel zu erhalten und als Kern des Quartiers Gimenen aufzuwerten. Wohnhaus und Wirtschaftsgebäude sollen als Ensemble mit

dem nötigen Freiraum geschützt werden. Eine angemessene bauliche Weiterentwicklung und Umnutzung des bestehenden Gebäudes ist möglich. Die Initiative leistet somit einen wichtigen Beitrag zur Wohnqualität und zur Förderung der Stadt- und Quartieridentität.»

Am 21. Oktober 2008 beantragte der Stadtrat Zug dem Grossen Gemeinderat, die Volksinitiative «für den Schutz des Hasenbüel» sei für grundsätzlich gültig zu erklären, der Urnenabstimmung zu unterstellen und den Stimmberechtigten zur Ablehnung zu empfehlen. Mit Beschluss vom 18. November 2008 erklärte der Grosse Gemeinderat der Stadt Zug die Volksinitiative «für den Schutz des Hasenbüel» für ungültig. Gegen diesen Beschluss reichten A.B., C.D., E.F. und G.H. am 21. November 2008 beim Regierungsrat Beschwerde ein und beantragten, der Beschluss des Grossen Gemeinderates sei aufzuheben und es sei die Gültigkeit der Initiative festzustellen. Mit Beschluss vom 19. Mai 2009 wies der Regierungsrat die Beschwerde ab und stellte fest, dass das Initiativbegehren nicht eine raumplanerische, sondern eine denkmalpflegerische Massnahme beinhalte. Eine solche sei aber einer kommunalen Volksinitiative nicht zugänglich, weshalb diese als ungültig erklärt werden müsse.

B. Gegen diesen Regierungsratsbeschluss reichten A.B., C.D. und E.F. am 22. Juni 2009 beim Verwaltungsgericht Beschwerde ein. Sie beantragten, der Beschluss des Regierungsrates bzw. des Grossen Gemeinderates der Stadt Zug sei aufzuheben, und es sei die Gültigkeit der Initiative festzustellen, ausser betreffend § 69a Ziff. 3c des Initiativbegehrens. Weiter wird beantragt, im Sinne einer vorsorglichen Massnahme sei anzuordnen, dass bis zum rechtskräftigen Entscheid über diese Beschwerde der Abbruch der bestehenden Liegenschaft nicht erfolgen dürfe. Am 23. Juni 2009 verfügte der Vorsitzende der verwaltungsrechtlichen Kammer des Verwaltungsgerichts die vorläufige und vorsorgliche Einstellung der Bau- und Abbrucharbeiten auf dem Baugrundstück GS Nrn. 1664, 3174 und 3584 Hasenbüel Zug. Gleichzeitig erhielten die Beschwerdegegner Gelegenheit, zur Frage der vorsorglichen Massnahmen bis zum 1. Juli 2009 und zur Beschwerde als solcher bis zum 27. Juli 2009 ihre Vernehmlassungen einzureichen. Mit Verfügung vom 2. Juli 2009 hob der Vorsitzende der verwaltungsrechtlichen Kammer die vorläufige und vorsorgliche Einstellung der Abbrucharbeiten wieder auf, nachdem von Seiten des Baudepartements der Stadt Zug bestätigt worden war, dass das Wohnhaus Hasenbüel, Assek.-Nr. 584a, gestützt auf eine rechtskräftige Bewilligung vollständig abgerissen worden sei.

Aus den Erwägungen:

...

2. Zu prüfen ist weiter, ob die Beschwerdeführer zur Beschwerdeführung berechtigt sind. Zur Erhebung einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist gemäss § 62 Abs. 1 VRG grundsätzlich berechtigt, wer a) vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, b) durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass besonders berührt ist und c) ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat.

a) Gemäss § 62 Abs. 1 lit. a VRG muss der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Beschluss formell beschwert sein. Dies setzt voraus, dass er am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen hat und dort mit seinen Anträgen ganz oder teilweise unterlegen ist. Auf dieses Erfordernis wird gemäss dem ausdrücklichen Wortlaut nur verzichtet, wenn der Beschwerdeführer keine Möglichkeit hatte, am Verfahren vor der Vorinstanz teilzunehmen. Aus den Akten ergibt sich, dass die Beschwerdeführer zusammen mit einer Drittperson beim Regierungsrat am 21. November 2008 Beschwerde gegen den Beschluss des Grossen Gemeinderates Zug vom 18. November 2008 eingereicht hatten. Der Regierungsrat ist auf ihre Beschwerde vorbehaltlos eingetreten und hat diese abgewiesen. Das Erfordernis der formellen Beschwer kann ohne Weiteres als erfüllt betrachtet werden.

b) Weiter zu prüfen ist, ob die Beschwerdeführer durch den Regierungsratsbeschluss besonders berührt sind. Das VRG enthält in der Fassung seit dem 16. Dezember 2006 keine ausdrückliche Bestimmung zur Frage mehr, wer in Stimmrechtssachen zur Beschwerde legitimiert ist. Ergänzend sind daher die Bestimmungen des Gesetzes über die Wahlen und Abstimmungen vom 28. September 2006 (WAG, BGS 131.1) zu berücksichtigen, welches in § 67 Abs. 1 lit. a bestimmt, dass wegen Verletzung des Stimmrechts beim Regierungsrat Beschwerde geführt werden kann. Das Stimmrecht ist gemäss § 2 Abs. 1 WAG das Recht, an Abstimmungen und Wahlen teilzunehmen sowie Referenden und Initiativen zu unterzeichnen. Stimmberechtigt ist nur, wer im Stimmregister eingetragen ist (§ 4 Abs. 1 WAG). Die Stimmberechtigung knüpft somit an das formale Kriterium des Eintrags in das Stimmregister an. Mit der Ausübung der politischen Rechte nehmen die Stimmberechtigten Organstellung ein und üben zur Wahrung allgemeiner Interessen öffentliche Funktionen aus. Dies findet - über das Abstimmen, Wählen und Unterzeichnen von Volksbegehren hinaus - auch Ausdruck im Rechtsmittelverfahren. Die Stimmberechtigten sollen nämlich die Einhaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen der politischen Rechte auch gerichtlich überprüfen lassen können (vgl. hierzu BSK BGG-Steinmann, Art. 89 N 71 f.). Ein besonderes persönliches Interesse bzw. «Berührt sein» ist entgegen den üblichen Voraussetzungen von § 62 VRG nicht erforderlich. Die drei Beschwerdeführer haben alle Wohnsitz in der poli-

tischen Gemeinde Zug und sind dort im Stimmregister eingetragen. Sie sind daher zur Beschwerde in Stimmrechtsangelegenheiten berechtigt, was der Regierungsrat in Erw. 5 des angefochtenen Beschlusses auch anerkannt hat. Zu prüfen bleibt damit unter dem Titel der Beschwerdeberechtigung, ob die Beschwerdeführer ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Regierungsratsbeschlusses haben.

3. Paragraph 62 Abs. 1 lit. c VRG bestimmt, dass die Beschwerdeführer ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheides haben müssen. Unter einem schutzwürdigen Interesse versteht man ein aktuelles und praktisches Interesse an der Überprüfung eines Entscheides. Dies ist der Fall, wenn der erlittene Nachteil im Zeitpunkt der Beurteilung durch das Gericht noch besteht und durch die beantragte Änderung oder Aufhebung des angefochtenen Entscheides beseitigt werden kann. Das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses soll sicherstellen, dass das Gericht konkrete und nicht theoretische Fragen entscheidet und dient damit der Prozessökonomie. Auch Stimmrechtsbeschwerden unterliegen nach der Praxis des Bundesgerichts dem Erfordernis des aktuellen Interesses (BGE 128 I 190 ff. Erw. 5; BGE 116 Ia 359 ff. Erw. 2 und BGE 104 Ia 226 ff. Erw. 1b). Fehlt ein solches oder fällt es während der Hängigkeit des Gerichtsverfahrens dahin, so wird auf die Beschwerde nicht eingetreten oder diese als gegenstandslos abgeschrieben. Ein aktuelles Interesse an der Überprüfung eines Beschwerdeentscheides betreffend die Ungültigkeit einer Volksinitiative besteht dann nicht mehr, wenn die Initiative als nicht mehr durchführbar qualifiziert werden muss. Der Grundsatz, dass eine Initiative durchführbar oder möglich sein muss, ist in einigen Kantonsverfassungen ausdrücklich aufgeführt, gilt aber nach der Praxis des Bundesgerichts auch in Kantonen, welche den Grundsatz nicht ausdrücklich statuiert haben (vgl. BGE 94 I 125 f.). Das Initiativrecht ist dazu da, dass vom Volk Beschlüsse gefasst werden können. Beschlüsse, die nicht mehr vollzogen werden können, sind sinnlos und es wäre unvernünftig, über solche Vorschläge abzustimmen (Yvo Hangartner/Andreas Kley, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 200, N 2113 ff.). Die Feststellung der Undurchführbarkeit der Ziele einer Initiative und damit die Feststellung des fehlenden aktuellen Interesses an deren Beurteilung ist nur gegeben, wenn die Undurchführbarkeit offensichtlich ist. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn eine Baute, die mit einer Volksinitiative verhindert werden sollte, bereits vollumfänglich erstellt ist (BGE 128 I 190 Erw. 5). Am aktuellen Interesse fehlte es nach der Meinung des Bundesgerichts auch im Zusammenhang mit einer Initiative zum Schutze des Stadttheaters Basel, nachdem dieses bereits rechtskräftig abgerissen worden war (BGE vom 23. März 1977 zitiert nach Steinmann, a.a.O., Art. 69 N 74).

Undurchführbarkeit darf nicht leichthin angenommen werden. Undurchführbar ist jedenfalls eine Initiative, die sich gegen physikalische Naturgesetze mit Einschluss des Zeitablaufs richtet (Hangartner/Kley, a.a.O., N 2115).

a) Für die Beurteilung der Frage, unter welchen Voraussetzungen die vorliegende «Volksinitiative für den Schutz des Hasenbüel» als faktisch nicht mehr durchführbar bezeichnet werden müsste, muss vorerst geklärt werden, welches Ziel die Initiative verfolgt hat. Welches das Ziel einer Initiative ist, ergibt sich in erster Linie aus deren grammatikalischem Wortlaut. Dabei ist der Inhalt der Initiative so zu interpretieren, wie er von den Stimmberechtigten und späteren Adressaten der vorgeschlagenen Änderungen der Bauordnung verstanden werden musste, bzw. muss. In zweiter Linie sind aber auch allfällige Erläuterungen der Initianten zu berücksichtigen, insbesondere dann, wenn diese Erläuterungen auf dem Unterschriftsbogen angebracht sind (Hangartner/Kley, a.a.O., N 2124 f.). Aus den Erläuterungen zur Initiative ergibt sich, dass das Ziel der Initiative ist, «das Hasenbüel zu erhalten und als Kern des Quartiers Gimenen aufzuwerten. Wohnhaus und Wirtschaftsgebäude sollen als Ensemble mit dem nötigen Freiraum geschützt werden. Eine angemessene bauliche Weiterentwicklung und Umnutzung ist möglich. Die Initiative leistet so einen wichtigen Beitrag zur Wohnqualität und zur Förderung der Stadt- und Quartieridentität». Gemäss Titel und Wortlaut der Initiative ist das erklärte Ziel der beantragten Änderung der Baudordnung die Erhaltung des Hasenbüel als Baudenkmal in seinem Erscheinungsbild, seiner Gestaltung und seiner Umgebung (diese Ansicht wird auch im Gutachten Auer vom 15. September 2008, Ziff. 26 vertreten). Auch das Gutachten Jaag/Rüssli vom 20. Mai 2008 (S. 8) stellt fest, dass die Initiative die Unterschutzstellung und die Erhaltung des Wohnhauses und des Wirtschaftsgebäudes Hasenbüel bezwecke. Die «Zone mit den speziellen Vorschriften Hasenbüel» habe die Erhaltung der bestehenden Gebäude zum Ziel, denn ohne die zentrale Ziffer 3 hätten die übrigen Bestimmungen der Initiative keine selbständige Bedeutung und würden kein sinnvolles Ganzes mehr bilden.

b) Mit dem Regierungsrat muss festgestellt werden, dass der Kern der Initiative gemäss Ziff. 3 darin besteht, das Ensemble Hasenbüel als «erhaltenswertes Baudenkmal in seinem Erscheinungsbild zu erhalten». Die Initiative verlangt, dass bauliche Veränderungen die historische Substanz schonen und architektonische Ansprüche erfüllen müssten, die dem Baudenkmal angemessen seien. Der Regierungsrat weist auch zu Recht darauf hin, dass sich drei von vier Abschnitten der Erläuterungen nur auf das Wohnhaus Hasenbüel beziehen würden. Auch die Ziff. 5 des Initiativtextes (rückwirkendes Inkrafttreten auf den 1. März 2008) sowie die Übergangsbestimmungen mit der Bestimmung über die Wiederaufbaupflicht

stehen ausschliesslich im Zusammenhang mit dem Wohnhaus. Auch im vierten Abschnitt der Erläuterungen wird der Schutz des Ensembles von Wohnhaus und Wirtschaftsgebäude als vordringliches Ziel definiert, wobei man eine angemessene bauliche Weiterentwicklung und die Umnutzung der bestehenden Gebäude als möglich erachtet. Abschliessend ist zwar davon die Rede, dass die Initiative so einen wichtigen Beitrag zur Wohnqualität und zur Förderung der Stadt- und Quartieridentität leiste. Eine eigenständige raumplanerische Bedeutung kommt aber diesen Schlussbemerkungen nicht zu, denn es geht nicht um den Schutz einer Fläche oder um eine bestimmte Nutzungsart, sondern es geht um den Erhalt eines bereits bestehenden Ensembles, welches als Zentrum des Quartiers identitätsstiftend wirken soll. Alle beteiligten Behörden und Fachleute sind einhellig der Meinung, dass es bei der Initiative faktisch um die Unterschutzstellung des bestehenden Wohnhauses (plus Wirtschaftsgebäude) geht. Zu prüfen ist somit, ob dieser Zweck der Initiative überhaupt noch erreicht werden kann, oder ob allenfalls wegen Undurchführbarkeit der Initiative das aktuelle Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung der vorliegenden Beschwerde verneint werden muss.

c) Am 28. Mai 2008 reichte die R AG beim Baudepartement der Stadt Zug ein Gesuch für den Abbruch des Wohnhauses Assek.-Nr. 584a Hasenbüel und den Bau einer Arealbebauung mit sechs Mehrfamilienhäusern ein. Am 30. September 2008 erteilte der Stadtrat Zug die entsprechende Baubewilligung. Gleichzeitig wies der Stadtrat verschiedene Einsprachen von Privatpersonen ab und trat auf die Einsprache des Initiativkomitees für den Schutz des Hasenbüels mangels Legitimation nicht ein. Gegen diesen Entscheid des Stadtrates erhob das Initiativkomitee für den Schutz des Hasenbüels am 29. Oktober 2008 Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat und beantragte die Aufhebung der angefochtenen Bewilligung, eventualiter die Sistierung der angefochtenen Baubewilligung bis zur Abstimmung über die eingereichte Initiative und den Erlass einer Bau- und Abbruchsperrung als vorsorgliche Massnahme. Mit Beschluss vom 23. Dezember 2008 trat der Regierungsrat auf die Beschwerde des Initiativkomitees für den Schutz des Hasenbüels nicht ein. Mit Beschwerde vom 5. Februar 2009 liessen die Mitglieder des Initiativkomitees für den Schutz des Hasenbüels beim Verwaltungsgericht Beschwerde einreichen und beantragen, der Beschluss sei aufzuheben und die Sache mit der Anweisung an die Vorinstanz zurückzuweisen, auf die Beschwerde einzutreten. Mit Urteil vom 28. April 2009 wies das Verwaltungsgericht diese Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat. Ungeachtet der 30tägigen Beschwerdefrist für einen Weiterzug des Urteils und unter Unterlassung der Meldung betreffend Abbruchbeginn begann die Bauherrschaft am 30. April 2009 mit den Abbrucharbeiten am Wohnhaus Hasenbüel Assek.-Nr. 584a. Das Baudepartement der Stadt Zug erliess

deshalb am 30. April 2009 einen Baustopp und verlangte die unverzügliche Einstellung der Bauarbeiten. Am 16. Juni 2009 teilte der Stadtrat Zug der Bauherrschaft mit, dass die Abbrucharbeiten am alten Wohnhaus umgehend fortgesetzt werden könnten. Der Rechtsvertreter des Initiativkomitees habe dem Stadtrat am 2. Juni 2009 mitgeteilt, dass man kein Rechtsmittel gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts eingereicht habe. Damit sei die Abbruch- und Baubewilligung in Rechtskraft erwachsen. In der Folge wurde das alte Wohnhaus Hasenbüel bis auf die Grundmauern abgerissen. Als der Vorsitzende der verwaltungsrechtlichen Kammer unmittelbar nach dem Eingang der vorliegenden Beschwerde die vorsorgliche und vorläufige Einstellung der Bau- und Abbrucharbeiten auf dem Baugrundstück verfügte, war das Haus bereits vollständig abgebrochen. Auf Anfrage des Gerichts hin wurde dies vom Baudepartement der Stadt Zug am 2. Juli 2009 dokumentiert. Entsprechend wurde die vorläufige Einstellung der Bauarbeiten auch wieder aufgehoben (Verfügung vom 2. Juli 2009). Damit steht fest, dass das Wohnhaus Hasenbüel Assek.-Nr. 584a gestützt auf eine rechtskräftige Bewilligung abgerissen wurde. Unter diesen Umständen kann die Eigentümerin – trotz einer Wiederaufbauklausel im Initiativtext – nicht mehr verpflichtet werden, das Gebäude wieder aufzubauen. Eine solche Forderung würde gegen die Eigentumsgarantie von Art. 26 BV und gegen den Grundsatz von Art. 5 Abs. 3 BV verstossen, gemäss denen die staatlichen Organe nach Treu und Glauben zu handeln haben.

d) Weil das Wohnhaus Hasenbüel zum Zeitpunkt der Beurteilung der vorliegenden Beschwerde gestützt auf eine rechtskräftige Baubewilligung bereits abgerissen ist, muss das Gericht feststellen, dass die Initiative zum Schutz des Hasenbüels wegen faktischer Undurchführbarkeit für ungültig erklärt werden muss. Nach dem Abbruch des Wohnhauses kann das eigentliche Ziel der Initiative, das gesamte Ensemble Hasenbüel mit Wohnhaus und Wirtschaftsgebäude zu erhalten, nicht mehr erreicht werden. Entsprechend muss das Gericht feststellen, dass ein aktuelles Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung der vorliegenden Beschwerde fehlt, und daher auf die vorliegende Beschwerde nicht eingetreten werden kann. Das Bundesgericht verzichtet in seiner Praxis ausnahmsweise auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses, nämlich dann, wenn sich die aufgeworfene Frage jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnte, und an deren Beantwortung wegen der grundsätzlichen Bedeutung ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht und sie im Einzelfall kaum je rechtzeitig überprüft werden könnte (vgl. hierzu BGE 116 Ia 363 Erw. 1b). Gemeint sind damit z.B. Entscheide betreffend die Gleichberechtigung von Mann und Frau, Entscheide über Zensurmassnahmen bei der Abgabe des Stimmmaterials von Strafgefangenen (BGE vom 3. September 2007, 6B\_362/2007). Ein solcher Fall liegt hier offen-

sichtlich nicht vor, denn das Initiativbegehren für den Schutz des Hasenbüel wird sich unter gleichen Voraussetzungen nicht mehr stellen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 6. August 2009

V 2009/82

## 2. Planungs- und Baurecht

§ 45 Abs. 2 PBG; §§ 41 und 62 VRG – Einsprache- und Beschwerdeberechtigung in einem Baubewilligungsverfahren. Legitimation eines Initiativkomitees verneint. Wer am Einspracheverfahren nicht teilgenommen hat, dem wird die Beschwerdeberechtigung wegen fehlender formeller «Beschwer» abgesprochen.

Aus dem Sachverhalt.

Gegenstand dieses Verfahrens war ein Gesuch der R AG vom 28. Mai 2008, mit dem diese den Stadtrat von Zug um die Bewilligung für den Abbruch des alten Wohnhauses Hasenbüel samt Wirtschaftsgebäude und den Neubau von sechs Mehrfamilienhäusern ersuchte. Während der Planaufgabe wurden verschiedene Einsprachen eingereicht, welche der Stadtrat am 30. September 2008 alle ablehnte und die Bewilligung für den Bau einer Arealbebauung erteilte. Auf eine Einsprache des Initiativkomitees für den Schutz des Hasenbüel trat der Stadtrat wegen fehlender Einsprachelegitimation nicht ein. Gegen diesen Stadtratsbeschluss reichte das Initiativkomitee beim Regierungsrat Beschwerde ein, welche dieser am 23. Dezember 2008 ablehnte. Am 5. Februar 2009 reichten die «Mitglieder des Initiativkomitees für den Schutz des Hasenbüels» beim Verwaltungsgericht Beschwerde ein und beantragten im Wesentlichen, der Beschluss des Regierungsrates sei aufzuheben und das Verfahren an diesen mit der Anweisung zurückzuweisen, auf die Beschwerden von drei einzelnen Mitgliedern des Komitees sei einzutreten und die Sache materiell zu entscheiden.

Aus den Erwägungen:

1. a) ...

b) Zu prüfen sind die umstrittenen Fragen der Legitimation und der Parteifähigkeit in Einsprache-, Verwaltungsbeschwerde- und Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren. Es fragt sich insbesondere, ob überhaupt die einzelnen Mitglieder des Initiativkomitees vor Verwaltungsgericht als Beschwerdeführer auftreten können, und allenfalls ob sie oder nur das Initiativkomitee selber legitimiert ist zu rügen, im bis-

herigen Verfahren seien Parteirechte verletzt worden, etwa der Anspruch auf rechtliches Gehör oder auf staatliches Handeln nach Treu und Glauben (vgl. BGE 122 I 270 E. 1b mit Hinweisen). Wenn das Gericht eine rechtsgültig erfolgte Einspracheerhebung und zusätzlich die Einspracheberechtigung aller oder einzelner der Mitglieder des Initiativkomitees oder von diesem selber bejahen sollte, so müsste die Sache grundsätzlich zur materiellen Beurteilung der Einsprachen an die Vorinstanzen zurückgewiesen werden.

2. a) Die gemäss Aussage des Kopräsidiiums des Initiativkomitees nun einzeln als Beschwerdeführer auftretenden Mitglieder des Initiativkomitees sollen insofern als Adressaten des angefochtenen, am 23. Dezember 2008 ergangenen Entscheids des Regierungsrates gelten, als kein Unterschied zu machen sei zwischen dem Initiativkomitee als Beschwerdeführerin vor dem Regierungsrat und den «Mitgliedern» des Initiativkomitees als Beschwerdeführer vor Verwaltungsgericht, da es sich in Berücksichtigung der – zugestandenermassen – fehlenden juristischen Persönlichkeit des Initiativkomitees um dieselben Personen handle. Für sie wird geltend gemacht, von Anfang an am Verfahren teilgenommen zu haben und notgedrungen durch das Kopräsidium vertreten worden zu sein.

b) Diesbezüglich ist festzustellen, dass vor Verwaltungsgericht nebst der Vollmacht des Kopräsidiiums einzig die – gegenüber dem Regierungsrat abgegebenen – Vollmachten von A.B., C.D. und E.F. eingereicht worden sind sowie der offizielle Initiativbogen des Initiativkomitees mit der gedruckten Liste seiner 43 Mitglieder. Während die Eingabe unter dem Aspekt der drei erwähnten Mitglieder des Initiativkomitees separat zu würdigen ist (vgl. E. 4), steht ohne weiteres fest, dass die Verwaltungsgerichtsbeschwerde jedenfalls namens der übrigen Mitglieder des Initiativkomitees nicht formgültig eingereicht worden ist. Es mangelt an entsprechenden Vollmachten und es sind diese ungeachtet der Bestimmung von § 67 Abs. 1 VRG auch nicht vom Rechtsvertreter nachzufordern, um nicht einer ungerichteten Verzögerung des Verfahrens Vorschub zu leisten. Dies unter Berücksichtigung der Tatsache, dass schon vor den Vorinstanzen keine rechtsgültigen Vollmachten der Mitglieder des Initiativkomitees beigebracht worden sind und ein späterer «Parteiwechsel» in Form des blossen Verweises auf die Mitgliedschaft der betreffenden Personen in dem bislang als Partei aufgetretenen Komitee als solchem nicht zulässig ist. Es erstaunt denn auch nicht – oder in Berücksichtigung der Argumentation in der Beschwerdeschrift doch einigermassen –, dass die vierte im Verfahren vor dem Regierungsrat um eine separate Vollmachterteilung ersuchte Person, G.H., dieses Vorgehen seiner «Instrumentalisierung» durch das Kopräsidium «wegen seiner Wohnlage» gemäss seiner Mailantwort als «äusserst

befremdend und störend» empfand und dem Initiativkomitee ausdrücklich keine Vollmacht erteilte. Tatsächlich wäre insbesondere die Missbrauchsgefahr zu gross, die aus der Beteiligung an – zweifellos legitimen und demokratiepolitisch willkommenen – politischen Meinungsäusserungen und Vorstössen resultieren könnte, wenn mehr oder weniger formlos bestellte Komitees ohne weiteres bzw. ohne ausdrückliche Ermächtigung der Unterzeichner auch Verfahrensschritte unternehmen könnten, die nicht direkt mit dem politischen Vorgehen verbunden und darum je nach den Umständen auch nicht absehbar sind. Auf die Beschwerde der «Mitglieder des Initiativkomitees für den Schutz des Hasenbüels» kann somit nicht eingetreten werden.

3. In Berücksichtigung der Eingabe des Kopräsidioms des Initiativkomitees, seiner bisherigen Parteirolle und formellen Beschwer im Verfahren und in sinngemässer Auslegung seiner Anträge ist vom Verwaltungsgericht immerhin zu prüfen, ob bezüglich desselben die Prozessvoraussetzungen im Einspracheverfahren vor dem Stadtrat tatsächlich nicht erfüllt waren und der umstrittene Nichteintretentscheid demzufolge rechtens ist (vgl. BGE 112 Ib 156 f., 123 II 70). Als Prozessvoraussetzungen sind sowohl die Partei- und Verfahrensfähigkeit der Parteien als auch ihre Einsprache- und Beschwerdebefugnis von Amtes zu prüfen.

a) Zur Beschwerdeführung ist nur befugt, wer parteifähig ist, wer also am Beschwerdeverfahren als Partei teilnehmen kann (vgl. § 5 VRG und Art. 6 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG], SR 172.021; vgl. U. Zimmerli/W. Kälin/R. Kiener, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 1997, S. 110 f.). Das Erfordernis der Parteifähigkeit bedeutet, dass ein Urteil nur von einer parteifähigen Person gegen eine parteifähige Person erstritten werden kann; ein identifizierbarer, parteifähiger Beschwerdeführer ist Sachurteilsvoraussetzung (vgl. Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. Bern 1983, S. 175 f.). Wer parteifähig, d.h. im prozessualen Sinne rechtsfähig ist, bestimmt für private Subjekte das Zivilrecht, für öffentliche das Staats- und Verwaltungsrecht (Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl. Bern 1984, S. 62).

b) Zur Einsprache gemäss § 45 Abs. 2 des Planungs- und Baugesetzes vom 26. November 1998 (PBG, BGS 721.11) ist berechtigt, wer vom Gesuch um die Baubewilligung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse am Ausgang des Verfahrens hat. Ist der kantonalen Beschwerdeinstanz eine Einspracheinstanz vorgeschaltet, so dürfen an die Einsprachebefugnis keine strengeren Anforderungen gestellt werden als an die Legitimation im nachfolgenden Beschwerdeverfahren. Zur Erhebung der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist gemäss § 41 bzw. § 62 in

Verbindung mit § 41 VRG in der bis 31. Dezember 2008 gültigen und somit in dem vorher anhängig gemachten Einspracheverfahren analog heranzuziehenden Fassung berechtigt, wer durch einen Entscheid in seiner Rechtsstellung betroffen ist. Die Bestimmungen über die individuelle Beschwerdelegitimation nach kantonalem Recht hat das Verwaltungsgericht stets in Übereinstimmung mit dem Bundesrecht ausgelegt. Zur Erhebung der kantonalen Verwaltungs- oder Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist somit legitimiert, wer durch eine Verfügung in höherem Masse als jeder beliebige Dritte oder die Allgemeinheit berührt wird. Als schutzwürdig gelten nebst den rechtlich geschützten auch wirtschaftliche, ideelle und sogar rein tatsächliche Interessen. Das schutzwürdige Interesse muss folglich nicht in einer Rechtsverletzung bestehen und hat mit dem durch die als verletzt gerügte Bestimmung geschützten Interesse nicht übereinzustimmen. Das Rechtsschutzinteresse besteht im praktischen Nutzen, der mit erfolgreicher Beschwerde erzielt werden könnte. Erforderlich ist dabei zur Abgrenzung gegen die nicht zulässige Popularbeschwerde, dass der Beschwerdeführer in höherem Masse und mit grösserer Intensität als irgendwer, in besonderer und direkter Weise berührt ist und dass sein Interesse an der Aufhebung und Änderung der Verfügung in enger Beziehung zur Streitsache steht (GVP 1997/98, 87 mit Hinweisen; 1977/78, 175; vgl. BGE 113 Ib 228).

Bei Bauprojekten und namentlich bei Immissionen beurteilt sich die erwähnte, besondere Beziehungsnähe vorab in räumlicher Hinsicht (vgl. BGE 125 II 15 f.), wobei es für die Ausdehnung der Beschwerdebefugnis auf Art und Intensität der geltend gemachten Immissionen und die konkreten Auswirkungen im jeweiligen Fall ankommt (vgl. BGE 121 II 178 sowie Aemisegger/Haag, RPG-Kommentar, Zürich 1999 N 39, 41 u. 42 zu Art. 33). Dabei lassen sich jedoch keine allgemeingültigen, begrifflich klaren Grenzen ziehen (vgl. BGE 121 II 178 mit Überblick über die Kasuistik). Im Sinne der Bestimmungen in VRG und PBG und nach Lehre und Praxis ist die Rechtsmittelbefugnis von Nachbarn gegeben, wenn für sie einerseits eine hinreichend enge nachbarliche Raumbeziehung zum Baugrundstück besteht, sie andererseits durch die Erteilung der Baubewilligung mehr als irgendein Dritter oder die Allgemeinheit in eigenen qualifizierten (tatsächlichen oder rechtlichen) Interessen betroffen sind und sie Mängel rügen, deren Behebung diese Betroffenheit zu beseitigen vermag (vgl. BGE 125 II 15 E. 3, 121 II 174 E. 2b, 120 Ib 48 E. 2a, 379 E. 4b; vgl. auch Peter Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. Auflage, Bern 2002, S. 545 f.; Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 21 N. 21 und 34 ff.). Für die Frage der Legitimation der Einsprecher ist somit konkret auf die Art und Intensität der sie betreffenden Immissionen abzustellen. Ausschliesslich zur Wahrung mittelbarer oder ausschliesslich allgemeiner öffentlicher

Interessen besteht keine Beschwerdelegitimation des Nachbarn (vgl. BGE 118 Ib 29 ff.), geschweige denn von weiteren Dritten.

c) Das Initiativkomitee für den Schutz des Hasenbüels hatte in seinem Namen gegen den Nichteintretensentscheid des Stadtrates Verwaltungsbeschwerde an den Regierungsrat eingereicht, handelnd und vertreten durch das Kopräsidium. Das Initiativkomitee war gegründet worden, um in Abänderung der städtischen Bauordnung vom 30. August 1994 das Gebiet Hasenbüel von der Wohnzone W2b neu der Bauzone mit speziellen Vorschriften Hasenbüel mit dem Ziel zuzuweisen, das Ensemble als Baudenkmal in seinem Erscheinungsbild und mit einer entsprechenden Gestaltung des Hofraumes und der Umgebung zu erhalten. Seine am 29. Februar 2008 lancierte Volksinitiative für den Schutz des Hasenbüels wurde am 19. Juni 2008 mit 1061 beglaubigten Unterschriften bei der Stadt Zug eingereicht. Im Auftrag der R AG wurde am 20. Mai 2008 ein sich zur Rechtsgültigkeit negativ äusserndes Rechtsgutachten von Prof. Dr. Tobias Jaag und Dr. Markus Rüssli zur Gültigkeit der Volksinitiative und zusätzlich am 15. September 2008 im Auftrag des Grossen Gemeinderates der Stadt Zug ein solches Gutachten von Prof. Dr. Andreas Auer erstattet, das die Initiative in ihren wichtigsten materiellen Bestimmungen als gesetzmässig bezeichnete. Das Zuger Stadtparlament hat die Volksinitiative für den Schutz des Hasenbüels am 18. November 2008 mit 21 zu 11 Stimmen für ungültig erklärt. Die gegen diesen Beschluss eingereichte Beschwerde ist gegenwärtig noch vor dem Regierungsrat hängig.

d) Hinsichtlich der Beurteilung der Parteifähigkeit des Initiativkomitees für den Schutz des Hasenbüels ist den Ausführungen des Regierungsrates vollumfänglich beizupflichten. Die Parteifähigkeit setzt voraus, nach privatem oder öffentlichem Recht unter eigenem Namen über Rechte und Pflichten verfügen zu können bzw. eine natürliche oder juristische Person des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts zu sein. Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind im Wesentlichen die Kantone, Gemeinden und öffentlich-rechtlichen Körperschaften, aber auch selbständige Anstalten des öffentlichen Rechts. Das Initiativkomitee für den Schutz des Hasenbüels ist weder eine natürliche Person, noch hat es sich als juristische Person organisiert, beispielsweise als Verein. Statuten des Initiativkomitees fehlen. Der Zusammenschluss der gleichgesinnten, am planungsrechtlichen Schicksal des Hasenbüels interessierten Personen erfolgte zum Zweck der Lancierung der Volksinitiative. Wie vom Initiativkomitee eingeräumt, handelt es sich somit um eine einfache Gesellschaft gemäss Art. 530 ff. OR, die – im Gegensatz zu den privatrechtlichen Personenverbindungen ohne eigene Rechtspersönlichkeit (Kollektiv- und Kommanditgesellschaft), die parteifähig sein können – keine Rechts-

persönlichkeit beanspruchen kann und damit weder partei- noch prozessfähig ist (vgl. BGE 96 III 103 E. 1). Auch nach öffentlichem Recht kann sie keine allgemeine, durch Rechtssatz begründete Rechtsfähigkeit beanspruchen. Zwar handelt es sich beim Initiativkomitee um eine – als solche – gesetzlich anerkannte Organisation, die zwecks Ausübung der politischen Rechte, so durch die Ergreifung einer Initiative, bestimmte Aufgaben übernehmen kann, wobei ihr in diesem Rahmen auch Vertretungsbefugnisse gegenüber den Behörden zukommen. So sind bei Abstimmungen über Initiativen und Referendumsvorlagen gemäss § 25 des kantonalen Wahl- und Abstimmungsgesetzes vom 28. September 2006 (WAG, BGS 131.1) die Argumente der Urheberkomitees angemessen zu berücksichtigen. Dieses muss auch bezüglich Gültigkeit oder Tragweite seiner Initiative bzw. um formelle Fragen hinsichtlich des in Anspruch genommenen Initiativrechts namens der Initianten handeln können. Nach § 35 Abs. 2 der Kantonsverfassung vom 31. Januar 1894 (KV, BGS 111.1) müssen die Initiativen eine Rückzugsklausel enthalten, so dass zumindest davon auszugehen ist, dass das Initiativkomitee befugt ist, den Rückzug des Volksbegehrens zu erklären. Hierbei handelt es sich aber um eine spezifische, auf die verfassungsmässig und gesetzlich geregelte Materie und damit auf die Ausübung von politischen Rechten ausgerichtete Funktion und Berechtigung. Unabhängig von dem mit der Initiative verfolgten Anliegen des Erhalts des Baudenkmals bzw. der bestehenden Bausubstanz Hasenbühl kann daraus dem Initiativkomitee keine generelle Parteifähigkeit allgemein in rechtsförmlichen Verfahren und damit im vorliegend umstrittenen Baubewilligungsverfahren zugestanden werden. Hier handelt es sich nicht um das politische Verfahren, das tatsächlich parallel nach wie vor in der Schwebe ist, sondern um ein Baubewilligungsverfahren bzw. die bezüglichen Rechtsmittelverfahren. Der Stadtrat ist somit auf die Einsprache mangels Parteifähigkeit zu Recht nicht eingetreten und der Regierungsrat hat die Beschwerde zu Recht abgewiesen.

e) Auch bezüglich der Legitimation des Initiativkomitees erweisen sich die angefochtenen Entscheide als rechtmässig, wenn zu Gunsten des Initiativkomitees dessen Parteifähigkeit doch anzunehmen wäre. Wie der Regierungsrat zu Recht festgestellt hat, besteht keine Einspracheberechtigung, wenn sich jemand aus ideellen Gründen für eine bestimmte Frage besonders interessiert oder aus persönlicher Überzeugung für oder gegen etwas eintritt (vgl. Hansjörg Seiler, Handkommentar zum BGG, Bern 2007, Art. 89 N 20). Private Vereinigungen, Verbände und politische Parteien können nach der Rechtspraxis in ihrem eigenen Namen zur Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder Verwaltungsbeschwerde führen (sog. egoistische Verbandsbeschwerde), wenn sie kumulativ die folgenden Voraussetzungen erfüllen: Die Vereinigung muss die juristische Persönlichkeit besitzen; ihre Mitglieder

müssen selber zur Beschwerde berechtigt sein bzw. ein aktuelles oder praktisches Interesse an der Beschwerdeführung haben; die Mehrheit der Mitglieder muss von der Verfügung berührt sein; und die Vereinigung muss statutarisch zur Wahrung der in Frage stehenden Interessen ihrer Mitglieder berufen sein (BGE 127 V 82f. Erw. 3a/aa; Rhinow/Koller/Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, Rz. 1279 mit Hinweisen; LGVE 2003 II Nr. 41 Erw. 2c/bb). Diese Voraussetzungen sind vorliegend klarerweise nicht gegeben, nachdem offensichtlich ist, dass die Mehrheit der Mitglieder des Initiativkomitees gemäss den Angaben im Unterschriftenbogen von der Verfügung nicht im Sinne der Anforderungen an die Legitimation in baurechtlichen Verfahren berührt sind. Denn zur Vermeidung der sogenannten Populäreinsprache sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur Nachbarn bis im Abstand von etwa 100 m im Regelfall zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde legitimiert (vgl. BGE 125 II 15 f., BGE 121 II 174 f. E. 2b und c; Entscheid des Bundesgerichts vom 15. August 2005, 1A.54/2005, E. 2.7.1). Diese Voraussetzung ist lediglich für drei Mitglieder, bzw. gemäss der nicht zu überprüfenden Behauptung der Bauherrin sogar nur für ein Mitglied, des Komitees erfüllt. Die übrigen Mitglieder wohnen zu weit vom Projekt entfernt, als dass sie nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wie des Verwaltungsgerichts (vgl. GVP 1997/98, 87 f.) eine Legitimation gestützt auf die Eigenschaft als Anstösser geltend machen könnten. Nicht gefolgt werden kann der Argumentation, dass in baurechtlichen Verfahren in Ausnahmefällen auch «andere Arten von Beziehungsnähe» anzuerkennen sein könnten, «z.B. aufgrund ihrer Funktion als Mitglieder eines Initiativkomitees». Entgegenzuhalten ist den Beschwerdeführern auch, dass Prof. Alfred Kölz und Prof. Isabelle Häner in Rz. 533 ihres Werkes «Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes» (2. Auflage, Zürich 1998) zwar ausdrücklich ausführen, dass die einzelnen Mitgliedern von nicht parteifähigen Gesamthandschaften, wie etwa der einfachen Gesellschaft, zwar befugt sind, in der Verwaltungsrechtspflege ohne Zustimmung der andern eine belastende oder pflichtbegründende Anordnung anzufechten, um für die Gemeinschaft allfällige Nachteile abzuwehren, dass aber auch gemäss diesen Autoren wesentlich ist, dass dabei die jeweiligen Beschwerdeführenden ein aktuelles Interesse an der Anfechtung geltend machen können. An der Sachurteilsvoraussetzung der Legitimation als solcher ist also in jedem Fall festzuhalten. Wenn der Gutachter Andreas Auer in seinem im Auftrag des Grossen Gemeinderates der Stadt Zug erstellten Rechtsgutachten zur Volksinitiative für den Schutz des Hasenbüels zum Schluss kommt, dass die «zuständige Behörde» befugt sei, als vorsorgliche Massnahme schon vor der Urnenabstimmung gestützt auf § 33 PBG eine bedingte Bau- und Abbruchsperre für das Gebiet Hasenbüel zu verfügen, so bewirkt dies nicht, dass «durch den Verzicht auf die Anordnung einer Bausperre nicht nur

die drei Mitglieder in unmittelbarer Nachbarschaft, sondern alle Mitglieder des Initiativkomitees gleichermaßen betroffen» sind, jedenfalls nicht als Parteien im baurechtlichen Verfahren. Bei allem Verständnis für die legitimen Absichten des Initiativkomitees muss festgehalten werden, dass eine solche Verflechtung völlig unterschiedlicher rechtsstaatlicher Verfahren jeglicher gesetzlicher Grundlage entbehrt und dem Missbrauch von demokratischen Rechten und gesetzlichen Verfahrensrechten Tür und Tor öffnen würde. Weder direkt noch indirekt – hinsichtlich der Legitimationsfrage – wirkt sich ein laufendes Verfahren einer Volksinitiative auf ein bau- oder planungsrechtliches Verfahren aus. Für das vorliegend umstrittene Verfahren ist jedenfalls eine Vorwirkung der noch nicht der Abstimmung unterstellten und somit noch nicht angenommenen Volksinitiative auf das von der Initiative allenfalls betroffene Baubewilligungsverfahren klar zu verneinen (vgl. BGE 101 Ia 359 E. 3f).

Anzufügen bleibt, dass selbst eine politische Partei – unabhängig von ihrer Konstituierung als Verein nach Art. 60 ff. ZGB – trotz statutarischer Zweckbestimmung der Verfolgung des Gemeinwohls und anerkanntermassen im öffentlichen Interesse liegender Ziele – nicht in irgendwelchen rechtlichen Auseinandersetzungen als Partei auftreten kann, beispielsweise in konkreten bau- und planungsrechtlichen Verfahren, ausser sie wäre durch ein Vorhaben, beispielsweise als Eigentümerin einer Liegenschaft, direkt in eigenen Interessen betroffen. Sie hat ihre Anliegen mit den direktdemokratischen Instrumenten unter Einschluss insbesondere von Stimm- und Wahlrechtsbeschwerden zu verfolgen. Trotz seiner Zielsetzung müsste selbst einem Quartierverein in baurechtlichen Verfahren – wenn nicht die Voraussetzungen der sog. «egoistischen Verbandsbeschwerde» erfüllt sind – die beachtenswerte räumliche Nähe zum Streitgegenstand und damit die Legitimation abgesprochen werden (vgl. Haefelin/Müller, N 1383). Es bestünde keine intensivere Betroffenheit als jene der Allgemeinheit (vgl. Attilio Gadola, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Diss. Zürich 1991, S. 245). Das Initiativkomitee wäre hingegen z.B. zur Einreichung einer Aufsichtsbeschwerde legitimiert, die als formloser Rechtsbehelf keine besondere Beschwerdelegitimation voraussetzt.

f) Zu Recht ist der Stadtrat somit auf die vom Initiativkomitee erhobene Einsprache nicht eingetreten und zu Recht hat der Regierungsrat diesen Entscheid auf Beschwerde hin bestätigt.

4. Zu prüfen bleibt die Verwaltungsgerichtsbeschwerde hinsichtlich der gemäss den Beschwerdeanträgen separat zu beurteilenden Mitglieder des Initiativkomitees A.B., C.D. und E.F., die vor Regierungsrat selbständig Beschwerde geführt haben, ohne dass dieser auf ihr Rechtsmittel eingetreten wäre. Für sie verlangt nun

vor Verwaltungsgericht das Initiativkomitee unter Verweis auf die von diesen Mitgliedern im Verfahren vor dem Regierungsrat ausgestellten Vollmachten, dass auf ihre Beschwerde einzutreten gewesen wäre. Vor der Vorinstanz hatte das Initiativkomitee – einzig – die Mitglieder A.B., C.D. und E.F. mit Mail vom 26. November 2008 aufgefordert, «zu bestätigen, dass Sie sich in dieser Sache durch das Kopräsidium des Initiativkomitees (G.H., J.S., K.L.) tatsächlich vertreten fühlen und diesem eine entsprechende Vertretungsvollmacht erteilen», was diese auch taten.

a) Das Initiativkomitee erwähnt die Namen von A.B., C.D. und E.F. in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht separat bzw. lediglich in den Anträgen, dies im Gegensatz zum Verfahren vor dem Regierungsrat. Es ist darauf zu verzichten, von diesen drei Personen eine Klärung ihrer Parteirolle vor Verwaltungsgericht zu verlangen, um nicht einer ungerechtfertigten Verzögerung des Verfahrens Vorschub zu leisten. Selbst wenn zu ihren Gunsten angenommen würde, dass sie aufgrund der im vorinstanzlichen Verfahren abgegebenen Vollmachtserklärung auch vor Verwaltungsgericht – im Unterschied zu allen übrigen Mitgliedern des Initiativkomitees (vgl. E. 2) – selbständig rechtsgültig Beschwerde erhoben hätten, was an sich auch im Kostenpunkt (E. 8) zu berücksichtigen wäre, so muss aber festgestellt werden, dass sich auch bezüglich dieser drei Mitglieder des Initiativkomitees der Nichteintretensentscheid des Regierungsrates als rechtmässig erweist. Denn die ebenfalls für die Beschwerdelegitimation notwendige formelle Beschwer setzt voraus, dass der Beschwerdeführer am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen hat und dort mit seinen Anträgen ganz oder teilweise unterlegen ist (vgl. Art. 89 Abs. 1 lit. a BGG; BGE 127 V 110 E. 2a, 118 Ib 359 E. 1a). Die blosser Beteiligung im Einspracheverfahren vor dem Stadtrat dadurch, dass A.B., C.D. und E.F. Mitglieder des Initiativkomitees sind, das vor dem Stadtrat Einsprache geführt hat, vermittelt keine solche formelle Beschwer. Der Beitritt zu einem Initiativkomitee ohne Rechtspersönlichkeit stellt noch keine automatische Willensäusserung zur Erhebung einer persönlichen Einsprache in einem Baubewilligungs- oder Planungsverfahren dar. Dies ergibt sich klar aus dem aus einem Verwaltungsverfahren entstehenden persönlichen Prozessrechtsverhältnis und den verfahrensrechtlichen Implikationen eines Bewilligungsverfahrens wie z.B. der Parteieigenschaft als solcher und der Kostenfolge. Es trifft gerade nicht zu, dass gemäss der erwähnten Aufforderung des Kopräsidioms an die vier angeschriebenen Mitglieder des Initiativkomitees vom 26. November 2008 «Konsequenzen irgendwelcher Art ... dadurch nicht zu befürchten sind». Tatsächlich bezeichnete denn auch wie erwähnt die vierte um eine Vollmachterteilung ersuchte Person dieses Vorgehen der «Instrumentalisierung» durch das Kopräsidium als «äusserst befremdend und störend» und sie verweigerte dem Initiativkomitee ausdrücklich eine Vollmacht. Tatsächlich wäre insbe-

sondere die Missbrauchsgefahr zu gross, die aus der Beteiligung an politischen Meinungsäusserungen und Vorstössen resultieren könnte, wenn mehr oder weniger formlos bestellte Komitees ohne weiteres bzw. ohne ausdrückliche Ermächtigung auch nicht direkt mit dem politischen Vorgehen verbundene und darum auch nicht absehbare Verfahrensschritte unternehmen könnten.

b) Die Anerkennung eines solches Vorgehens verstiesse auch verfahrensrechtlich unter verschiedenen Titeln gegen das in Art. 9 der Bundesverfassung (BV, SR 101) verankerte Rechtsmissbrauchsverbot. Einsprache- und Beschwerdegegner wie aber auch die Bewilligungsbehörden müssen von Anfang an wissen, wer mit welchen Legitimationsvoraussetzungen und Verfahrensrechten das entsprechende Rechtsmittel eingelegt hat; zudem könnten Bewilligungsverfahren beliebig verzögert werden. Tatsächlich hätten diese drei Personen in eigenem Namen – bzw. mit entsprechenden Vollmachten an das die Einsprache einreichende Komitee – Einsprache führen und ihre eigene Legitimation konkret nachweisen müssen, was sie offensichtlich nicht getan haben, was e contrario auch aus den später für das Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat erteilten Vollmachten geschlossen werden kann.

c) Die im Namen von A.B., C.D. und E.F. gestellten Anträge sind also wie die im Namen der übrigen Mitglieder des Initiativkomitees eingereichte Beschwerde abzuweisen, soweit auf sie überhaupt eingetreten werden kann.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. April 2009

V 2009/18

Art. 19 Abs. 2 und 22 RPG; §§ 19 und 29 Abs. 4 PBG; § 19 BO Cham – Die hobbymässige Haltung von Pferden kann in einer Wohnzone grundsätzlich als zonenkonform bezeichnet werden. Im vorliegenden Fall konnte der Bau eines Pferde-Unterstandes (mit Geräteraum und WC) nicht bewilligt werden, weil sich das Bauvorhaben innerhalb einer Arealbebauung befand und nicht alle Miteigentümer der Arealbebauung mit einer derartigen Änderung der Arealbebauung einverstanden waren.

Aus dem Sachverhalt.

Gegenstand dieses Verfahrens war ein Gesuch für den Bau eines gedeckten Unterstandes für Pferde in der Bauzone bzw. am Rande der Bauzone (Geräteraum, Fres-

sunterstand mit vier Boxen, offener Unterstand und eine WC-Anlage). Vorausgegangen war vor etwa zwei Jahren ein Gesuch für den Bau eines mobilen Pferdeunterstand in der Landwirtschaftszone. Im Rahmen dieses ersten Verfahrens hatte das Verwaltungsgericht festgestellt, dass Einrichtungen zur Haltung von Pferden für Freizeitaktivitäten und Gesundheitstherapien nicht in die Landwirtschaftszone, sondern grundsätzlich in eine Bauzone gehören würden, am besten in eine Zone mit besonderen Vorschriften für Reitsportanlagen. Der Beschwerdeführer, der unmittelbar am Rand der Landwirtschaftszone ein in der Bauzone liegendes Grundstück besass, reichte daher ein Gesuch für den Bau eines Pferdeunterstandes mit vier Boxen ein, welches vom zuständigen Gemeinderat bewilligt wurde. Zwei unmittelbar daneben wohnende Nachbarn erhoben Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat, der diese guthiess und dem Unterstand die Baubewilligung verweigerte. Das Verwaltungsgericht wies die Beschwerden des Gemeinderates Cham und des Eigentümers ab.

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1079 (RPG, SR 700) dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet werden. Voraussetzung einer Bewilligung ist, dass a. die Bauten dem Zweck der Nutzungszone entsprechen und b. das Land erschlossen ist (Art. 22 Abs. 2 RPG). Die übrigen Voraussetzungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts bleiben vorbehalten (Art. 22 Abs. 3 RPG). Wie das Verwaltungsgericht bereits in seinem Urteil vom 27. November 2007 festgehalten hat, ist in der Landwirtschaftszone die Pferdehaltung nur zulässig, wenn es sich um eine Pferdezucht oder um die Haltung von Pferden als Arbeitstiere handelt (vgl. hierzu die Wegleitung des Bundesamtes für Raumentwicklung «Pferd und Raumplanung», S. 11). Bei der nichtlandwirtschaftlichen Pferdehaltung unterscheidet man zwischen der gewerblichen und der hobbymässigen Pferdehaltung. Im Unterschied zur landwirtschaftlichen Pferdehaltung weisen gewerbliche Pferdebetriebe keinen unmittelbaren Bezug zur Produktion von landwirtschaftlichen Erzeugnissen bzw. zu der Bodenbewirtschaftung auf. Beispiele für gewerbliche Tätigkeiten sind: Reitschulen, Pferdepensionen, Hippontherapie, Pferdehandel, Ponyranch, Pferdevermietung usw.. Gewerblichen Pferdebetrieben dienende Bauten und Anlagen sind in der Landwirtschaftszone nicht zonenkonform und gehören in die Bauzone oder in eine entsprechende Spezialzone. Was die hobbymässige Pferdehaltung betrifft, so ist diese in der Landwirtschaftszone weder zonenkonform (Art. 34 Abs. 5 RPV) noch ist sie auf einen Standort in dieser Zone angewiesen. Dies bedeutet, dass die Errichtung von Bauten für die Hobbypferdehaltung in der Landwirtschaftszone nicht zulässig ist. Zu prüfen ist daher weiter, ob das hier zu beurteilende Bauvorhaben

(Geräteraum, Fressunterstand mit vier Boxen, offener Unterstand und WC- Anlage) dem Zweck der Wohnzone entspricht, oder ob es in eine Gewerbezone oder in eine auf die spezifischen Bedürfnisse des Reissports zugeschnittene Zone gehört.

a) Innerhalb der Bauzone ist es Sache der Kantone und Gemeinden, die in den einzelnen Zonen zulässige Nutzung festzulegen. Gemäss § 19 des Planungs- und Baugesetzes vom 26. November 1998 (PBG, BGS 721.11) sind die Wohnzonen für Wohnzwecke bestimmt. Nichtstörende Gewerbe- und Dienstleistungsbetriebe sind zulässig. Gemäss § 19 Abs. 1 der Bauordnung der Gemeinde Cham vom 21. Mai 2006 (BO) sind die Wohnzonen für Wohnbauten bestimmt. Nicht störende Gewerbe- und Dienstleistungsbetriebe sind zulässig, soweit der Charakter der Wohnzone erhalten bleibt (§ 19 Abs. 2 BO). Der Begriff der «Wohnbauten» schliesst neben den eigentlichen Wohnbauten auch diejenigen Bauten und Anlagen ein, die zum Wohnen nötig sind bzw. dazu ebenfalls gebraucht werden wie Garagen, Gartenhäuser, Geräteräume. Auch Bauten und Anlagen für die Ausübung von Hobbys fallen darunter. In diesem Sinn ist auch die Haltung von Pferden in einer Wohnzone grundsätzlich bewilligungsfähig (vgl. hierzu Fritsche/Bösch, Zürcher Planungs- und Baurecht, 4. Auflage, Zürich 2006, Seite 11–38, Ziff. 11.2.2.2). Die Zulässigkeit von anderen Nutzungsweisen als das reine Wohnen steht unter dem grundsätzlichen Vorbehalt, dass der Wohnzweck, nämlich ein gesundes und angenehmes Wohnen zu gewährleisten, nicht in Frage gestellt wird. Hobbynutzung ist aber grundsätzlich als Teil der Wohnnutzung anzusehen. Das Wohnen in einer dafür bestimmten Zone wird unter anderem gerade dadurch charakterisiert, dass deren Bewohner die Möglichkeit haben, auf ihren Grundstücken verschiedenen Freizeitbeschäftigungen nachzugehen. Dies verhält sich auch nicht anders, wenn Nutztiere Gegenstand der hobbymässigen Beschäftigung bilden.

b) Zur Frage, ob Pferdehaltung in einer Wohnzone als zonenkonform bezeichnet werden kann, gibt es verschiedene Gerichts- und Verwaltungsentscheide. Das Bundesgericht hat im Entscheid 1P.570/2001 vom 28. Januar 2002 ein Urteil des Verwaltungsgerichts Graubünden als nicht willkürlich bezeichnet, welches die Haltung von zwei Pferden in einer reinen Wohnzone als zonenkonform qualifiziert hatte. Das Bundesgericht hielt unter anderem fest, die Ausübung einer Freizeitbeschäftigung gehöre nach der allgemeinen Lebenserfahrung zum Begriff des Wohnens und müsse daher in einer Wohnzone grundsätzlich als zonenkonform betrachtet werden. Das Bau- und Justizdepartement des Kantons Solothurn entschied am 4. September 2003 (1/2003), dass ein Pferdestall in einer Wohnzone aus planungsrechtlicher Sicht im Grundsatz bejaht werden könne. Das Bau- und Justizdepartement hielt unter anderem fest, dass die Ausübung einer Freizeitbe-

schäftigung, wozu auch die hobbymäßige Tierhaltung zähle, zum Begriff des Wohnens gehöre und in der Wohnzone grundsätzlich als zonenkonform betrachtet werden müsse. In den Wohnzonen seien nicht nur Ein- und Mehrfamilienhäuser und Garagen zulässig, sondern auch andere Bauten, die einen funktionalen Zusammenhang zum Wohnen hätten. Das Baudepartement des Kantons St. Gallen hielt in einem Entscheid vom 12. August 2003 (Juristische Mitteilungen 2003/IV) fest, dass Pferdeboxen von maximal vier Pferden in der Wohnzone zonenkonform seien. Wohnzonen sollten ruhige und gesunde Wohnverhältnisse gewährleisten. Auch Wohnzonen seien aber nicht frei von Immissionen. Massstab für die in einer Wohnzone erlaubten Nutzungen und die damit verbundenen Einwirkungen auf die Umgebung sei der durchschnittlich empfindliche Mensch. Die Pferdehaltung sei erfahrungsgemäss mit Geruchs- und Lärmeinwirkungen auf die Umgebung verbunden. Bei Stallungen mit wenigen Pferden seien die zu erwartenden Einwirkungen bei sachgerechter Haltung der Tiere allerdings gering. Bei sachgerechter Haltung einzelner Tiere sei somit der Zweck der Wohnzone nicht in Frage gestellt. Weiter führt das Baudepartement St. Gallen aus, nach der Praxis des Bundesgerichts könne auch eine Tierhaltung mit vier Pferden in einer Bauzone ohne Weiteres mit einer Wohnnutzung sinnvoll verwirklicht werden. Bei Stallungen mit wenigen Pferden könne bei sachgerechter Haltung der Tiere von geringen Immissionen ausgegangen werden. Im Entscheid wird auch auf ein Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau verwiesen, welches sogar in einer Einfamilienhauszone die Haltung von vier Pferden als zulässig erachtet habe, da im konkreten Fall – die fragliche Parzelle habe am Rand der Wohnzone gelegen – nicht von unzumutbaren Immissionen gesprochen werden könne.

c) Das Bundesamt für Raumentwicklung hat in seiner Wegleitung zu der Frage Stellung genommen, wie viele Pferde in einer Wohnzone zugelassen werden könnten. Das ARE hielt in Ziff. D2 der Wegleitung fest, Pferdehaltung sei mit Emissionen verbunden. Je grösser die Zahl der gehaltenen Pferde sei, desto intensiver seien Lärm- und Geruchsmissionen. Zudem könne bei Pferden im Sommer und Herbst ein Ungezieferproblem entstehen. Die Zonenreglemente würden im Allgemeinen keine spezifischen Bestimmungen zur Pferdehaltung enthalten. Wie viele Pferde in einer Wohnzone gehalten werden dürften, hänge deshalb von den in der betreffenden Zone zulässigen Aktivitäten und Immissionen ab. Realistischerweise dürfte die Zahl bei drei bis vier Pferden liegen. Allfälligen Problemen im Zusammenhang mit den Immissionen (z.B. Lärm oder Geruch) oder tierschutzrechtlichen Anforderungen könne mit Bedingungen und Auflagen Rechnung getragen werden.

d) Die Beschwerdegegner führen diesbezüglich aus, es handle sich hier nicht um

die Haltung von Tieren für die eigene Freizeitbeschäftigung, deren Haltung in einer Wohnzone allenfalls erlaubt wäre, sondern hier gehe es darum, dass Drittpersonen Pferde für Freizeitaktivitäten und zur Verbesserung ihrer Gesundheit überlassen würden. Für den geplanten Anbau seien deshalb die Anforderungen an einen Gewerbebetrieb in der Wohnzone zu prüfen. Ein solcher dürfe aber nur beilligt werden, wenn er den Charakter der Wohnzone nicht störe, was nach den mit der Art und Funktion des Betriebes verbundenen Immissionen zu beurteilen sei. Hier habe man es mit einer Überbauung zu tun, die als Reihenhaussiedlung ausgestaltet sei, und bei der die Häuser eine hohe bauliche Dichte aufweisen würden. Die von den Pferden verursachten Lärm- und Geruchsmissionen seien in einem solchen Quartier eindeutig als übermässig zu qualifizieren. Hierzu gilt es festzuhalten, dass die Frage, ob wir es hier mit einer reinen Hobby-Pferdehaltung oder mit einem gewerblichen Betrieb zu tun haben, nicht entscheidend ist. Sowohl das PBG wie auch die BO ermöglichen es im § 19, dass Gewerbe- und Dienstleistungsbetriebe ihrer Tätigkeit in einer Wohnzone nachgehen dürfen, sofern das Gewerbe nicht störend ist und der Charakter als Wohnzone erhalten bleibt. Im Gegensatz zu der Meinung der Beschwerdegegner gehören auch Bauten und Anlagen, die der gewerblichen Pferdehaltung dienen, ausdrücklich nicht in die Landwirtschafts-, sondern in die Bauzone (allenfalls könnten hierfür auch entsprechende Spezialzonen ausgeschieden werden). Dabei gilt es die verschiedensten Formen von gewerblichen Pferdebetrieben zu beachten, wobei das Ausmass entscheidend von der Frage der Zonenart abhängt. Im Vordergrund stehen sicher eher Gewerbezonon, wobei aber auch in Bauzonon Reithallen und Aussenanlagen aller Art zulässig sind (vgl. hierzu die Wegleitung des ARE, Ziff. C2). Im vorliegenden Fall liegt die Liegenschaft GS Nr. 000, auf der die umstrittenen Bauten erstellt werden sollen, in der Bauzone und zwar in einer reinen Wohnzone W3a (früher lag das Grundstück in einer Wohn- und Gewerbezone). Das Grundstück grenzt auf der Ostseite auf einer Länge von 33 Metern an die Landwirtschaftszone (die noch von einer gemeindlichen Landschaftsschutzzone überlagert ist). Die angrenzenden Grundstücke GS Nrn. 0000, 111 und 222 mit einer Fläche von 5'424 m<sup>2</sup> befinden sich im Eigentum der Beschwerdeführer A.. Ihr Grundstück GS Nr. 000 bildet hier den östlichen Abschluss der Bauzone. An sich haben wir es hier aus der Sicht der Nutzungsplanung mit einer idealen Situation für die Erstellung von Bauten und Anlagen für die hobby- und/oder gewerbsmässige Pferdehaltung zu tun. Die Bauten könnten in der Wohnzone erstellt werden und die Tiere haben in der Landwirtschaftszone genügenden Auslauf. Zu prüfen bleibt aber weiter, ob die übrigen Voraussetzungen für die Erstellung von Bauten und Anlagen in der Wohnzone erfüllt sind.

3. Der Regierungsrat und die Beschwerdegegner stellen sich auf den Standpunkt, das Bauvorhaben widerspreche aufgrund seiner Ausmasse dem Konzept der Arealbebauung Z. und benötige als bedeutsame bauliche Änderung die Zustimmung aller Miteigentümerinnen und Miteigentümer. Da diese Voraussetzung nicht erfüllt sei, scheitere das Bauvorhaben an den formellen Voraussetzungen. Ausgangspunkt für die Beurteilung dieser Frage ist die Baubewilligung für die Arealbebauung Z. vom 12. August 1985, wobei vorerst zu klären ist, welche rechtlichen Grundlagen dieser Baubewilligung zugrunde lagen.

a) Das Baugesetz für den Kanton Zug vom 18. Mai 1967 enthielt noch keine Bestimmungen über Arealbebauungen. Der Erlass der entsprechenden Regeln wurde den Gemeinden überlassen. Entsprechend enthielt bereits die Bauordnung der Gemeinde Cham vom 1. September 1980 in den §§ 46 ff. detaillierte Vorschriften für Arealbebauungen. In der Vollziehungsverordnung zum Baugesetz vom 29. März 1988 wurde in § 33 Abs. 1 festgehalten, dass Arealbebauungen entweder Neuüberbauungen oder zumindest teilweise Erneuerungen bestehender Bauten und Anlagen auf einem zusammenhängenden Areal seien, wobei die Bauordnung der Gemeinde die Mindestfläche des Areals vorschreibe. Absatz 2 von § 33 aVV BauG bestimmte, dass die Bewilligung einer Arealbebauung nach den Vorschriften der gemeindlichen Bauordnung in beschränktem Mass von den Bestimmungen für die Einzelbauweise abweichen könne. In jedem Fall werde vorausgesetzt, dass die Arealbebauung gegenüber der Einzelbauweise Vorzüge aufweise und benachbarte Grundstücke nicht erheblich stärker belastet würden. Die Bauordnung Cham vom 15. Oktober 1990 und diejenige vom 30. Juni 1997 enthielten in den §§ 53 ff. bzw. §§ 57 ff. ebenfalls umfangreiche Vorschriften über die Anforderungen an Arealbebauungen. Am 1. Januar 2000 ist das kantonale Planungs- und Baugesetz in Kraft getreten. Dieses brachte mit dem § 29 erstmals auf kantonaler Ebene gesetzliche Regeln für Arealbebauungen. Gemäss § 29 Abs. 1 PBG bestimmen Arealbauungspläne die Bauweise für eine Fläche von mindestens 2'000 m<sup>2</sup> innerhalb der Bauzone. Sie sind dem Baubewilligungsverfahren unterworfen. Für Arealbebauungen gelten spezielle gemeindliche Bauvorschriften. Diese setzen voraus, dass Arealbebauungen Vorteile für das Siedlungsbild und die Umgebung erzielen (Abs. 2). Auch die gestützt auf das PBG erlassene, heute gültige Bauordnung der Gemeinde Cham enthält in den §§ 14 ff. detaillierte Vorschriften für Arealbebauungen.

b) Arealbebauungen können etappenweise realisiert werden (§ 29 Abs. 3 PBG). Ist jedoch eine Arealbebauung erstellt, so sind spätere Änderungen nur mit Rücksicht auf das Ganze bewilligungsfähig (§ 29 Abs. 4 PBG). Grundsätzlich sind aber nachträgliche Änderungen möglich. In zwei Entscheiden aus den Jahren 1989 und 1990

(GVP 1987/88, 68 ff. und 1989/90, 52 ff.) hat sich das Verwaltungsgericht – noch unter der Herrschaft des alten Rechts – ausführlich zur Frage geäussert, unter welchen Voraussetzungen bauliche Änderungen an einer als Arealbebauung erstellten Siedlung möglich sind. Die seinerzeitigen Ausführungen haben heute noch ihre Gültigkeit. Das Verwaltungsgericht stellte damals fest, dass eine Arealbebauung, wenn sie einmal erstellt sei, grundsätzlich ihren Charakter als Arealbebauung behalte. Weiter wurde ausgeführt: «Das gemäss den erhöhten Anforderungen und der grösseren Gestaltungsfreiheit verwirklichte Konzept hat in gewissem Sinn normativen Charakter, indem es Ausgangspunkt für weitere baurechtliche Entscheide bleibt... Dementsprechend wurden auch Situierung, Grösse, Wohnebenen sowie das generelle Erschliessungs- und Gestaltungskonzept mit der Bewilligung der Arealbebauung verbindlich festgelegt... Diese verbindlichen Festlegungen bzw. die aufgrund der Arealbebauung verwirklichte bauliche Gestaltung ist für die Wahrung der Rechte der einzelnen Eigentümer wegleitend. Insofern als bei der Erstellung die Normen der Einzelbauweise nur sinngemäss anwendbar waren und das Konzept der Arealbebauung in grösserer Freiheit «Vorteile» und «Nachteile» gestalten und aufeinander abstimmen konnte, so muss das gewählte Konzept auch für neue Entscheide Grundlage bilden». Das Gericht hat sich auch zu der Frage geäussert, ob und gegebenenfalls wann alle Eigentümer im Arealgebiet einer gewünschten baulichen Änderung zustimmen müssten. Das Gericht hielt diesbezüglich fest, dass mit Zustimmung aller Eigentümer die gleiche Baufreiheit bestehe, wie sie die Bauordnung im Rahmen der Vorschriften für die Arealbebauung zulasse. Wenn zwischen den Eigentümern verschiedene, sich möglicherweise widersprechende Interessen bestehen würden, so seien diese gegeneinander abzuwägen. Dabei sei der Grundeigentümer vor erheblich belastenden Eingriffen ins Eigentum zu schützen. Andererseits dürfe ein berechtigtes bauliches Anliegen nicht an der fehlenden Zustimmung eines nicht rechtserheblich belasteten Eigentümers scheitern. Im Entscheid GVP 1989/90 52 ff. hat das Gericht eine Beschwerde von Miteigentümern geschützt, welche sich gegen das Ersetzen von Flach- durch Giebeldächer in einer Arealbebauung wehrten, wobei der Giebel maximal 3.50 Meter höher als der bisherige Flachdachrand gewesen wäre. Das Gericht stellte damals fest, dass es sich dabei um einen Eingriff ins verbindliche Gestaltungskonzept handle, welcher die Zustimmung aller 23 Grundeigentümer benötigt hätte, selbst wenn der Aufbau von Giebeldächern den Eigentümern erhebliche Vorteile gebracht hätte.

c) Das Konzept der Arealbebauung Z. beinhaltet gemäss dem Plan vom 24. Juli 1985 den Bau von sieben Reihenhäusern und einem Wohn- und Gewerbebau entlang der Kantonsstrasse. Im Jahr 1987 wurden die 7 Reihenhäuser mit total 32 Einzelhäusern (14 Eckhäuser und 18 Mittelhäuser) erstellt, im Jahr 1993 noch das

Wohn- und Gewerbehaus. Zur Sicherung der Arealbebauung verfügte der Gemeinderat in Ziff. 14 der Baubewilligung vom 12. August 1985, dass bei der Unterteilung der Baugrundstücke auf sämtliche Parzellen eine Baubeschränkung zu Gunsten der Gemeinde im Grundbuch einzutragen sei. Was den Grundbucheintrag betrifft, so ist zu präzisieren, dass die Anmerkung im Grundbuch ein zusätzliches Mittel zur Sicherung der Arealbebauungsvorschriften ist, welches aber für die Anwendbarkeit der öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften nicht konstitutiv ist. Es bedeutet aber, dass die Überführung der einzelnen Häuser mit einem bestimmten Landanteil in das Eigentum der einzelnen Reihenhausbesitzer nichts an der Tatsache ändert, dass die Siedlung als Arealbebauung erstellt wurde und nur nach den entsprechenden öffentlich-rechtlichen Regeln verändert werden kann.

d) Für die Beurteilung der Frage, wie die Eigentümer der Arealbebauung Z. ihre Siedlung zu gestalten bzw. zu erhalten gedenken, ist auch Folgendes zu beachten: Am 2. Oktober 1987 (revidiert am 8. März 1991, 18. März 1994 und 25. März 1999) erliess die Miteigentümerversammlung ein Verwaltungs- und Nutzungsreglement, in welchem in Ziff. 4 Bestimmungen über die Überbauung und Umgebungsgestaltung enthalten sind. In Ziff. 4a verpflichten sich die Eigentümer gegenseitig, ihre Grundstücke nicht weiter als der Baubewilligung vom 12. August 1985 entsprechend baulich auszunützen. In Ziff. 4b verpflichten sich die Eigentümer weiter, Gebäude und Umgebung nicht in einer Weise zu verändern, welche die ursprüngliche architektonische Gesamtwirkung der Überbauung beeinträchtigen könnte, z.B. bezüglich Farbgebung oder Änderung der Holzkonstruktion. Weiter verpflichten sich die Eigentümer auf ihren Grundstücken keine erwerbliche Tätigkeiten auszuüben, die schädliche oder lästige Immissionen (wie Lärm, Erschütterungen, üble Gerüche und dergleichen) verursachen würden. Interessant ist auch die Bestimmung in Ziffer 8 über Geräteraume im Freien. Hier gestatten sich die jeweiligen Eigentümer den Bau und Fortbestand eines Geräteraumes (ca. 150/270 und 210/240) an dem bereits heute bestimmten Standort. Die Eigentümer verzichten dabei gegenseitig auf eine Baueinsprache. Auch wenn es sich bei dieser Nutzungs- und Verwaltungsordnung um eine private Vereinbarung zwischen den Miteigentümern handelt, die nach der Baubewilligung erlassen wurde, so ist daraus klar zu entnehmen, welche Intentionen die Miteigentümer der Arealbebauung bezüglich baulicher Ausnützung, Veränderung der Gebäude und Ausüben von gewerblichen Tätigkeit hatten. Aus der Baubewilligung und den dazu gehörenden Plänen sowie der Nutzungs- und Verwaltungsordnung ergibt sich, dass die Situierung und Grösse der einzelnen Gebäude sowie die Erschliessung, Umgebungsgestaltung und Parkierung innerhalb der Arealbebauung Z weitgehend verbindlich geregelt sind.

e) Im vorliegenden Fall planen die Beschwerdeführer A. einen Anbau an das bestehende Haus und eine gewerbliche Umnutzung eines Teils ihrer Liegenschaft. Der Anbau erfasst eine Fläche von ca. 62 m<sup>2</sup> und ist damit flächenmässig fast gleich gross wie das bestehende Wohnhaus Assek. Nr. xxx (66 m<sup>2</sup>). Der geplante Anbau besteht aus einem Geräteraum mit Fensterfront von ca. 24 m<sup>2</sup>, einer Toilette, einem offenen Fressstand mit vier Boxen (ca. 16 m<sup>2</sup>) und einem offenen Unterstand. Der Anbau ist 3.50 Meter hoch und tritt damit nach aussen sehr markant in Erscheinung. Vergleicht man ihn mit den Geräteräumen, die gemäss der Nutzungs- und Verwaltungsordnung maximal mit einer Grundfläche von ca. 6 m<sup>2</sup> zulässig wären, so ist der geplante Anbau zehnmal grösser. Schon allein von seinen Ausmassen her ist der Anbau eine dermassen bedeutsame optische und architektonische Veränderung des Erscheinungsbildes der Arealbebauung, dass eine solche nur mit Zustimmung aller Eigentümer zulässig wäre. Aus den Akten der Gemeinde (act. Nr. 3b) ergibt sich, dass nur 22 von 32 Eigentümern dem Bauvorhaben zugestimmt haben.

f) Die Feststellung des Gerichts in Erwägung 2, dass sowohl die hobby-mässige wie auch die gewerbliche Pferdehaltung in der Bauzone grundsätzlich zulässig sei und dass man es hier an sich mit einer an sich günstigen «Grenzsituation» zwischen Bau- und Landwirtschaftszone zu tun habe, ist nicht gleichbedeutend mit der Feststellung, dass die entsprechenden Bauten in der Wohnzone W3a auch tatsächlich erstellt werden dürfen. Das Bauvorhaben hat zusätzlich noch den öffentlich-rechtlichen Anforderungen des PBG und der BO zu entsprechen. Wenn der Regierungsrat die durch das Bauvorhaben vorgesehenen Änderungen als bedeutsame bauliche Änderung einstuft, mit der das ursprüngliche Gesamtkonzept und das Erscheinungsbild der Arealbebauung wesentlich verändert werde, so verletzt er kein Recht. Die Tatsache, dass in einer Reihenhaussiedlung, die ausschliesslich zum Wohnen konzipiert ist, ein so grosser Gebäudeteil mit landwirtschaftlichem Charakter erstellt werden soll, verstösst gegen den bisherigen Charakter der Überbauung. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass entlang der Kantonsstrasse ein 60 Meter langer Wohn- und Gewerbebau steht, der ebenfalls zur Arealbebauung Z gehört.

g) Unter dem Titel Interessenabwägung ist zu beachten, dass das Halten von drei bis vier Pferden, die sich hauptsächlich im Freien aufhalten, einerseits gegen die Regeln der Nutzungs- und Verwaltungsordnung der Eigentümergemeinschaft Z. verstösst und andererseits bei den sehr engen Verhältnissen (die Häuser der Beschwerdegegner B. und C. sind mit dem Haus der Beschwerdeführer A. zusammengebaut) und der durch die gesetzlichen Bestimmungen über die Arealbau-

ung möglichen verdichteten Bauweise einen unzumutbaren Eingriff in das Eigentum der Nachbar bedeutet. Ohne eine Begutachtung durch den Kantonstierarzt kann festgestellt werden, dass Pferde mit dem Schlagen ihrer Hufe und durch ihr Gewieher Lärm verursachen. Auch Geruchsimmissionen sind nicht zu vermeiden, da der kleinste Abstand zwischen dem Reihenhaus B. und dem geplanten Anbau nur gerade sechs Meter beträgt. Während der Sommermonate werden durch den Harn- und Kotgeruch Insekten angezogen, die in diesem Fall auch die Liegenschaft der Beschwerdegegner B. und C. heimsuchen werden, auch wenn sich diese auf der Westseite befinden, gegenüber der das Bauvorhaben an sich abgewandt ist. Zusätzliche Immissionen werden durch den motorisierten Publikumsverkehr entstehen, bieten doch die Beschwerdeführer neben privaten Hippotherapien auch Basis-kurse für junge Erwachsene von 14–17 Jahren, Basiskurse für Kinder in Begleitung eines Elternteils und geführte Wanderritte an (vgl. hierzu die Webseite der Beschwerdeführer A.. Der Gemeinderat Cham hat in seinem Einspracheentscheid ausgeführt, das Angebot von Hippotherapien in der Gemeinde Cham liege durchaus im Interesse der Allgemeinheit. Er leitet aus dieser Feststellung ohne nähere Begründung insofern ein überwiegendes öffentliches Interesse ab, als er der Meinung ist, unter diesen Umständen könne auf die Zustimmung sämtlicher Eigentümer verzichtet werden. Diese Auffassung liesse sich vielleicht bezüglich der Therapieponys für gesundheitlich angeschlagene Menschen vertreten, sicher jedoch nicht bezüglich der übrigen Angebote des Bachtalerhofs. Der Auffassung, dass dieses beschränkte öffentliche Interesse unter diesen Umständen (dichte Reihenhaussiedlung – praktisch kein Abstand zu den Nachbarliegenschaften – Bauvorhaben, das fast die Fläche eines bestehenden Reihenhauses erreicht – Anbau mit zusätzlichem Geräteraum und WC-Anlage – mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwartende Lärm- und Geruchsimmissionen) die von Art. 26 der Bundesverfassung geschützten Eigentumsinteressen der übrigen Eigentümer in einem Mass überwiegen würde, dass damit auf die Zustimmung aller Miteigentümer verzichtet werden könnte, kann sich das Gericht nicht anschliessen. Wenn der Regierungsrat feststellt, dass ein solcher Anbau den Rahmen einer unbedeutenden baulichen Änderung sprengen würde, welche ohne Zustimmung der Nachbarn und aller Eigentümer der Reihenhaussiedlung erstellt werden dürfte, so hat er kein Recht verletzt.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 29. September 2009

V 2009/60 + 61

§ 12 BO der Gemeinde Baar – Bei dieser Bestimmung handelt es sich um eine positive ästhetische Generalklausel, die sich nicht in einem Verunstaltungsverbot erschöpft, das lediglich verlangt, dass ein Bauvorhaben nicht einen stossenden Gegensatz zur Nachbarschaft bildet oder auffallend störend in Erscheinung treten darf. Die positive ästhetische Generalklausel verlangt eine architektonische Gestaltung, welche sich gut in die Umgebung einordnet. Definition der Umgebung bzw. des Quartier, in welche/welches sich ein Bauvorhaben einpassen muss.

Aus dem Sachverhalt.

Gegenstand dieses Verfahrens war ein Baugesuch, mit welchem in der Zone W2a ein Einfamilienhaus umgebaut und um eine Etage bzw. um 3.20 Meter aufgestockt werden sollte. Der Gemeinderat Baar bewilligte das Bauvorhaben und der Regierungsrat wies eine dagegen erhobene Verwaltungsbeschwerde ab. Die Beschwerdeführer machten in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde geltend, der Gemeinderat und der Regierungsrat würden den in der ästhetischen Generalklausel von § 12 BO erwähnten «Quartierbegriff» übermässig und entgegen dem üblichen Sprachgebrauch ausdehnen. Als Quartier seien in diesem Fall nur acht Einfamilienhäuser zu betrachten, die anfangs der 70iger Jahren nach einheitlichen Plänen vom gleichen Generalunternehmer gebaut worden seien.

Aus den Erwägungen:

3. ...

a) Gemäss § 12 Abs. 1 BO müssen sich Gebäude hinsichtlich Grösse, Lage, Gestalt und Oberfläche des Baukörpers sowie dessen Aussenraumes so in die Umgebung einordnen, dass eine gute Gesamtwirkung entsteht. Bauten, Anlagen, Farbgebungen, Materialien, Antennen, Reklamen und Anschriften müssen sich insbesondere in Landschaften sowie Orts-, Quartier- und Strassenbilder gut einordnen und dürfen zudem die Verkehrssicherheit nicht beeinträchtigen (Abs. 2). In der Baubewilligung können Nebenbestimmungen aufgenommen werden, welche die Gestaltung betreffen (Abs. 3). Bei der Bestimmung von § 12 BO handelt es sich – wie der Regierungsrat richtig feststellt – um eine positive ästhetische Generalklausel, die sich nicht in einem Verunstaltungsverbot erschöpft, das lediglich verlangt, dass ein Bauvorhaben nicht einen stossenden Gegensatz zur Nachbarschaft bildet oder auffallend störend in Erscheinung treten darf. Die positive ästhetische Generalklausel verlangt eine architektonische Gestaltung, welche sich gut in die Umgebung einordnet. Die Anforderungen an das Bauvorhaben sind sorgfältig zu begründen und es darf dabei nicht auf ein beliebiges subjektives Empfinden abgestellt werden.

Es muss im Einzelnen dargelegt werden, weshalb mit einer bestimmten baulichen Gestaltung weder für das Bauvorhaben noch für die Umgebung eine gute Gestaltung erzielt werden kann. Dieser Beurteilung unterliegen alle Bauten, auch wenn die übrigen Bau- und Zonenvorschriften eingehalten sind. Die Gestaltungsvorschrift darf aber nicht dazu führen, dass für ein bestimmtes Gebiet die Zonenvorschriften ausser Kraft gesetzt werden. Erweisen sich nämlich die Auswirkungen der Zonenvorschriften als gestalterisch unbefriedigend, so sind die Pläne und Vorschriften zu ändern (GVP 2002, S. 117 mit Verweis auf Hans Hagmann, Kommentar zur Bauordnung der Stadt Zug, Zürich 1998, S. 70 f.). Das Einordnungsgebot kann nicht bedeuten, dass die Bauherrschaft bei einem Neu- oder Umbau auf die traditionelle Architektur oder die herkömmliche Quartiergestaltung verpflichtet werden kann.

b) Umstritten ist unter den Parteien die Frage, was unter «Umgebung» sowie «Orts- und Quartierbild» zu verstehen ist. Während die Beschwerdeführer das Quartier auf acht Einfamilienhäuser beschränken möchten, welche die C. AG zu Beginn der 70er Jahre nördlich und südlich der Stichstrasse Rebhalde erstellt hat, sind die Beschwerdegegner der Ansicht, als Umgebung bzw. Quartier müsse das ganze Gebiet Reb matt berücksichtigt werden. Das Verwaltungsgericht hat sich in zwei jüngeren Entscheiden – im Rahmen der Beurteilung von Beschwerden gegen Arealbebauungen – zur Frage der Einordnung von Bauvorhaben in das Orts-, Quartier- und Landschaftsbild und dabei auch zur Frage, was in diesem Sinn als Quartier zu verstehen sei, geäußert. Im Urteil vom 26. August 2008 (V 2007/117/118) hat das Gericht festgestellt, wesentlich sei, dass man ein Bauvorhaben nur mit Bauten vergleicht, die sich in der gleichen Nutzungszone befinden würden. Im Urteil vom 27. Januar 2009 (V 2008/87) hat das Gericht erneut festgestellt, dass in der Regel bezüglich Quartierstruktur von Bauten auszugehen sei, die sich in der gleichen Nutzungszone befinden würden (auch das Bundesgericht hat einen solchen baurechtlichen Quartierbegriff als korrekt qualifiziert, vgl. hierzu BGE vom 16. März 2007 [1A.220/2006], Erw. 5). Wenn sich allerdings nur ein einziges Grundstück in einer Nutzungszone befinde, so stelle sich die Frage, inwieweit die angrenzenden Zonen bzw. die darin erstellten Bauten zu berücksichtigen seien. Wenn man ausnahmsweise von einem zonenübergreifenden Quartierbegriff ausgehe und verschiedene Nutzungs zonen zu einem Quartier zusammenfasse (wie es die Beschwerdeführer in jenem Verfahren verlangt hatten), so müsse man sehr sorgfältig abwägen, was als «zusammenhängend» qualifiziert werden solle. Auf keinen Fall dürfe man ein Bauvorhaben nur mit Bauten vergleichen, die sich alle in einer Nutzungszone mit tieferer Ausnützung befinden würden. Bei der Anwendung der Ästhetikklausel darf nicht nur auf die unmittelbare Umgebung abgestellt werden. Vielmehr ist eine umfassende Würdigung aller massgeblicher Gesichtspunkte unter Einbezug der weiteren Umgebung und

unter Berücksichtigung der optischen Fernwirkung vorzunehmen.

c) Für die Abgrenzung der relevanten Umgebung im Sinne von § 12 BO sind einerseits topografische Gegebenheiten, die Siedlungsstruktur und die vorhandenen Bauten und Anlagen heranzuziehen, andererseits die Gemeinsamkeiten der involvierten Bauten in Bezug auf die Nutzungsordnung. Als Abgrenzung bieten sich Strassen, Bach- und Flussläufe, Geländeeinschnitte wie Gräben oder Tobel an, die räumliche Trennungen herbeizuführen vermögen. Im vorliegenden Fall wird die Reb matt im Westen durch die Alte Kappelerstrasse begrenzt, welche entlang einer kleinen Bestockung das Gebiet Reb matt von Süden her erschliesst. Von dieser Strasse aus sind drei Stichstrassen in östlicher Richtung erstellt worden, nämlich die Reb mattstrasse, die Rebhalde und die Obere Rebhalde. Die Reb mattstrasse bildet die Begrenzung im Süden. Im Osten findet sich das Rütelbach-Tobel, das als kleiner Geländeeinschnitt mit einer Bestockung das Quartier Reb matt vom Gebiet Aberen trennt. Im Norden wird die Reb matt durch das Ende des Siedlungsgebietes begrenzt. Das ganze Gebiet innerhalb dieser «Grenzen» liegt in der gleichen Nutzungszone, nämlich in der Wohnzone W2a. Wenn der Regierungsrat das ganze Gebiet Reb matt als für die Frage der Einordnung massgebendes Quartier bezeichnet hat, so hat er kein Recht verletzt. Die Reb matt, welche seit Beginn der 70er Jahre sukzessive überbaut wurde, bildet eine landschaftliche Einheit, die in allen vier Himmelsrichtungen klar abgegrenzt ist. Während die Häuser an der Reb mattstrasse und an der Rebhalde vorwiegend in den 70er Jahren erstellt wurden, sind die neueren Häuser zum grösseren Teil zwischen 1990 und 2006 erstellt worden. Einige wenige Lücken werden erst heute geschlossen. Das ganze Gebiet befindet sich in der Wohnzone W2a.

d) Der von den Beschwerdeführern gewählte Quartierbegriff ist zu eng. Auch wenn es zutrifft, dass die acht Einfamilienhäuser fast zur gleichen Zeit, mit zum Teil identischen Grundrissen und nach einheitlichen Plänen erstellt wurden, so hat man doch bewusst auf das baurechtliche Instrument der Arealbebauung verzichtet. Bewilligt wurden unbestrittenermassen acht Einfamilienhäuser, deren baurechtliches Schicksal an sich weder privat- noch öffentlichrechtlich miteinander verbunden ist. Es liegen weder eine Arealbebauung, noch ein Bebauungsplan noch irgendwelche Sonderbauvorschriften vor, welche hier eine «Reduktion» des Quartiers auf einige wenige Wohnbauten rechtfertigen könnten. Die Beurteilung der Frage nach der Einordnung darf nicht willkürlich auf einige wenige umliegende Gebäude beschränkt werden. Das Baugrundstück liegt zudem am südwestlichen Rand der acht Häuser und grenzt auf zwei Seiten an Häuser mit grösserem Volumen und auch mit gleicher oder noch grösserer Gebäudehöhe an, insbesondere wenn man das direkt

westlich anschliessende Zweifamilienhaus auf der GS Nr. xxx berücksichtigt. Der Tatsache, dass die acht Häuser gleichzeitig erstellt wurden, kommt daher im Hinblick auf die Frage, ob sie umgebaut und erhöht werden dürfen, keine Bedeutung zu. Es ist nicht nachvollziehbar, aus welchen Überlegungen die südlich und westlich unmittelbar an das Bauvorhaben angrenzenden Gebäude bei der Frage der Einordnung nicht berücksichtigt werden sollten.

e) Würde man die acht Häuser im Sinne von § 12 Bauordnung als Quartier bezeichnen und würde man gleichzeitig aus § 12 BO folgern, dass jede vertikale Veränderung der Gebäude gegen die Ästhetikklausel verstösst, so würde dies faktisch zu einer Abzonung der acht Häuser in die Zone W1 führen. Man würde den Häusern mit einer totalen Grundstücksfläche von nicht einmal 7'000 m<sup>2</sup> nachträglich den Status einer Arealbebauung oder eines Bebauungsplanes zuerkennen. Das war aber offensichtlich von der damaligen Bauherrschaft nicht beabsichtigt, sondern jedes einzelne Haus wurde seinem eigenen baurechtlichen Schicksal überlassen. Diesen einzelnen Häusern gestattet heute die Bauordnung aber, dass sie nach den heute geltenden Bestimmungen um ein Stockwerk erhöht werden dürfen. Die Häuser, welche bis zur Ortsplanung 2005 in der Landhauszone lagen, hätten schon nach damaligem Recht zwei Stockwerke beanspruchen dürfen.

f) Die Einordnung in die Umgebung und die gute Gesamtwirkung entfällt nicht bereits mit der Einführung einer neuen Formensprache in das einheitliche Bild einer älteren Überbauung. Zu beachten ist auch, dass das verfassungsrechtliche Prinzip der Verhältnismässigkeit eines Eigentumseingriffs es verbietet, dass durch Anwendung von Gestaltungsvorschriften für ein ganzes Gebiet die zonenkonformen Bauungsmöglichkeiten ausser Kraft gesetzt werden (vgl. hierzu BGE 114 Ia 343 Erw. 4b). Vielmehr liegt es in der Natur der Sache, dass sich eine bauliche Verdichtung gestalterisch entsprechend auswirken wird. Insbesondere bringt sie mit sich, dass sich Neubauten von bestehenden Baustrukturen abheben können. Diese Folge hat der Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen. Die Ästhetikklausel bietet grundsätzlich keine Handhabe dafür, einem Bauherrn die Ausschöpfung der Begrenzungsnormen der Bauordnung zu untersagen, nur weil andere Bauten in der Umgebung diese nicht voll beanspruchen. Dass eine bauliche Verdichtung sowohl aus der Nähe wie auch aus der Ferne gut erkennbar ist, ist unter der Sicht der baulichen Verdichtung geradezu unvermeidlich und stellt für sich allein keinen Einordnungsmangel dar. Das Einordnungsgebot darf nur in Ausnahmefällen dazu führen, dass ein Bauherr an der Ausschöpfung des zonengemässen Bauvolumens gehindert wird. Lässt also die gemeindliche Bauordnung eine bestimmte Geschosshöhe zu, so ist es nicht zulässig, generell ein Geschoss weniger zu bewilligen mit der

Begründung, nur so werde eine gute Gesamtwirkung erreicht (vgl. hierzu Fritsche/Bösch, Zürcher Planungs- und Baurecht, 4. Aufl., Zürich 2006, 10–9).

g) Die Beschwerdeführer beanstanden die Grösse und Höhe des Bauvorhabens, und äussern sich nicht zu der Frage, inwieweit z.B. die Gestaltung oder die Oberfläche des Baukörpers oder des Aussenraums sich nicht in die Umgebung einfügen würde. Betrachtet man das Bauvorhaben aus dieser Optik, so ergibt sich, dass es auf keiner Seite als Wand oder als Klotz in Erscheinung tritt. Gerade das zusätzliche Stockwerk tritt auf drei Seiten im Verhältnis zu den darunter liegenden Gebäudeteilen deutlich zurück und ist auf allen vier Seiten gut gegliedert und gestaltet. Aus den Bauplänen ergibt sich auch, dass sich das Bauvorhaben keineswegs einfach nur als eine hässliche Silhouette präsentiert. Dies wird von den Beschwerdeführern auch gar nicht behauptet. Sie stören sich nur daran, dass das Bauvorhaben gegenüber den Nachbarbauten durch das zusätzliche Geschoss prominent in Erscheinung tritt. Dieses zusätzliche Geschoss ist aber die Folge der Einzonung in die Wohnzone W2a, in der gemäss § 44 BO zwei Vollgeschosse zulässig sind. Das Einordnungsgebot hat nicht zum Zweck, die bisherige Aussicht weiterhin frei zu halten, und auch in Zukunft das gleiche Strassenbild zu garantieren.

h) Zusammenfassend ergibt sich Folgendes: Als Umgebung bzw. Quartier im Sinne von § 12 BO ist im vorliegenden Fall die ganze Rebeggmatt zu betrachten. Das Gebiet ist landschaftlich klar abgegrenzt, ist in den letzten vierzig Jahren sukzessive mit Ein- und Zweifamilienhäusern überbaut worden und befindet sich ganz in der Wohnzone W2a. Das Bauvorhaben entspricht den Bestimmungen der Bauordnung bezüglich Bauvolumen. Die Tatsache, dass ein zusätzliches Geschoss deutlich sichtbar in Erscheinung tritt und auch deutlich das Strassenbild der Rebeggmatt beeinflusst wird, stellt für sich allein keinen Einordnungsmangel dar. Die «Beeinträchtigung» der baulichen und landschaftlichen Umgebung besteht ausschliesslich in der Grösse des Bauvorhabens. Diese entspricht aber den Normen der Bauordnung und ist daher von den Stimmberechtigten der Gemeinde Baar bewusst in Kauf genommen worden. Die bauliche Verdichtung, die raumplanungsrechtlich in hohem Mass wünschenswert ist, führt dazu, dass Neu- oder Umbauten, die von ihren Ausnutzungsmöglichkeiten gemäss Bauordnung Gebrauch machen, sich von der bestehenden Überbauungsstruktur optisch deutlich abheben. Dies allein kann nicht als Verstoß gegen die Einordnungsbestimmungen qualifiziert werden. Indem der Regierungsrat zum Schluss gekommen ist, dass das vorliegende Bauvorhaben nicht gegen die Bestimmung von § 12 der Bauordnung Baar verstösst, hat er kein Recht verletzt. Entsprechend muss die Beschwerde abgewiesen werden.

### 3. Strassenverkehrsrecht

Art. 16c Abs. 1 lit. d und Abs. 2 lit. a SVG – Die vorsätzliche Vereitelung einer Blut- oder Atemalkoholprobe sowie das vorsätzliche sich Entziehen vor einer entsprechenden Untersuchung ist immer eine schwere Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz und führt zu einem Entzug des Führerausweises von mindestens drei Monaten. Nach der Rechtskraft des Strafverfahrens wird anschliessend ein Administrativverfahren durchgeführt. Von diesem Faktum hätte der Beschwerdeführer Kenntnis haben müssen. Die Administrativbehörde ist grundsätzlich an die tatsächlichen Feststellungen im Strafurteil gebunden.

Aus dem Sachverhalt.

A.B. fuhr am 3. April 2008, ca. 01.00 Uhr, nach dem Konsum von Alkohol – wobei nicht geklärt werden konnte, mit wie viel – mit seinem Personenwagen «VW» auf der Seestrasse in L. Richtung K. und verlor im Bereich einer Bushaltestelle die Kontrolle über das Fahrzeug, prallte in den Inselschutzpfosten der dortigen Verkehrsinsel, der dadurch erheblich beschädigt wurde. Beschädigt wurden auch die Pneu seines Fahrzeuges, und zwar so stark, dass er nur noch knapp einen Kilometer weiterfahren konnte. Ohne der gesetzlichen Meldepflicht zu genügen, entfernte sich jedoch der fehlbare A.B. von der Unfallstelle. Seinen Wagen stellte er auf einem öffentlichen Parkplatz ab. Aufgrund der Umstände ging das Strassenverkehrsamt davon aus, dass sich A.B. den Massnahmen zur Feststellung der Fahrunfähigkeit habe entziehen wollen, und qualifizierte dieses Verhalten als schwere Widerhandlung gegen die Verkehrsvorschriften gemäss Art. 16c lit. d SVG. Entsprechend wurde der Führerausweis für drei Monate entzogen.

Aus den Erwägungen:

...

2. Gemäss Art. 16 Abs. 2 SVG wird nach Widerhandlungen gegen die Strassenverkehrsvorschriften, bei denen das Verfahren nach dem Ordnungsbussengesetz vom 24. Juni 1970 ausgeschlossen ist, der Lernfahr- oder Führerausweis entzogen oder eine Verwarnung ausgesprochen. Nach dem seit 1. Januar 2005 in Kraft stehenden, revidierten Strassenverkehrsgesetz liegen dem Recht der Administrativmassnahmen bzw. der gesetzlichen Kategorisierung der Widerhandlungen gegen Stra-

ssenverkehrsvorschriften verschiedene Gefährdungsstufen zugrunde. Die «einfache» abstrakte Gefährdung der körperlichen Integrität anderer Personen zieht kein Administrativmassnahmeverfahren nach sich (vgl. Art. 16 Abs. 2 SVG). Bei der «erhöhten» abstrakten Gefährdung ist zwischen dem besonders leichten Fall (vgl. Art. 16a Abs. 4 SVG; Verzicht auf jegliche Massnahme), dem leichten Fall (vgl. Art. 16a Abs. 1 lit. a SVG), der je nach automobilistischer Vorbelastung eine Verwarnung oder einen Entzug des Führerausweises zur Folge hat, dem mittelschweren Fall (Art. 16b Abs. 1 lit. a SVG; Entzug des Führerausweises) und dem schweren Fall (Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG; Entzug des Führerausweises) zu unterscheiden (vgl. dazu R. Schaffhauser, Die neuen Administrativmassnahmen des Strassenverkehrsgesetzes, in: Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2003, St. Gallen 2003, S. 180 ff.). Eine leichte Widerhandlung begeht, wer durch Verletzung von Verkehrsregeln eine geringe Gefahr für die Sicherheit anderer hervorruft und ihn dabei nur ein leichtes Verschulden trifft (Art. 16a Abs. 1 lit. a SVG). Eine mittelschwere Widerhandlung begeht, wer durch Verletzung von Verkehrsregeln eine Gefahr für die Sicherheit anderer hervorruft oder in Kauf nimmt (Art. 16b Abs. 1 lit. a SVG). Ist die Verletzung der Verkehrsregeln grob und wird dadurch eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer hervorgerufen oder in Kauf genommen, ist die Widerhandlung schwer (Art. 16c Abs. 1 lit. a SVG).

3. a) Die Vorinstanz ist vom Sachverhalt ausgegangen, wie er dem Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Zug vom 6. Juni 2008 zu Grunde gelegen hat. Demgemäss ist der Beschwerdeführer am 3. April 2008, ca. 01.00 Uhr, mit dem PW ... auf der Seestrasse in L. Richtung K. gefahren. Dabei hat er im Bereich der Bushaltestelle die Kontrolle über das Fahrzeug verloren und ist in den Inselfschuttposten der dortigen Verkehrsinsel geprallt, der dadurch beschädigt worden ist. Ohne der gesetzlichen Meldepflicht zu genügen, hat er sich mit dem nicht mehr betriebssicheren Fahrzeug von der Kontrollstelle entfernt. Aufgrund der Umstände ist davon auszugehen, dass sich A.B. den Massnahmen zur Feststellung der Fahr-unfähigkeit hat entziehen wollen. Der Beschwerdeführer wurde in Anwendung von Art. 91a Abs. 1 SVG, Art. 31 Abs. 1 und 90 Ziff. 1 SVG, Art. 51 Abs. 3 u. 92 Abs. 1 SVG, Art. 29 u. 93 Ziff. 2 SVG sowie Art. 34, 42 Abs. 1 u. 4, und Art. 106 StGB mit einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 100.– und einer Busse von Fr. 1'000.– bestraft.

b) Im Interesse von Rechtseinheit und Rechtssicherheit gilt es zu vermeiden, dass derselbe Lebensvorgang zu voneinander abweichenden Sachverhaltsfeststellungen von Verwaltungs- und Justizbehörden führt und die erhobenen Beweise abweichend gewürdigt und rechtlich beurteilt werden. Das Strafverfahren bietet durch

die verstärkten Mitwirkungsrechte des Beschuldigten die umfassenderen persönlichen und sachlichen Ermittlungsinstrumente sowie die weiter reichenderen prozessualen Befugnisse (insbesondere im Zusammenhang mit Zeugenbefragungen) besser Gewähr dafür, dass das Ergebnis der Sachverhaltsermittlung näher bei der materiellen Wahrheit liegt als im nicht durchwegs derselben Formstrenge unterliegenden Verwaltungsverfahren. Die Administrativbehörde hat daher – sofern eine Anzeige an den Strafrichter erfolgt oder mit einer solchen zu rechnen ist – grundsätzlich mit ihrem Entscheid zuzuwarten, bis ein rechtskräftiges Strafurteil vorliegt, soweit der Sachverhalt oder die rechtliche Qualifikation des in Frage stehenden Verhaltens für das Verwaltungsverfahren von Bedeutung sind.

Die Bindung der Administrativbehörden an das rechtskräftige Urteil des Strafrichters ist eine doppelte (vgl. BGE 119 Ib 163 f.; Schaffhauser, a.a.O., Rz 2641 f.): Von den tatsächlichen Feststellungen im Strafurteil darf die Verwaltungsbehörde zum Einen nur dann abweichen, wenn sie Tatsachen feststellt und ihrem Entscheid zu Grunde legt, die dem Strafrichter unbekannt waren oder die er nicht beachtet hat, wenn sie zusätzliche Beweise erhebt, deren Würdigung zu einem anderen Entscheid führt, oder wenn die Beweismwürdigung durch den Strafrichter den feststehenden Tatsachen klar widerspricht (hat sie hingegen keine zusätzlichen Beweise erhoben, hat sie sich grundsätzlich an die Würdigung des Strafrichters zu halten); zum Andern wenn der Strafrichter bei der Rechtsanwendung auf den Sachverhalt nicht sämtliche Rechtsfragen abgeklärt, insbesondere die Verletzung bestimmter Verkehrsregeln übersehen hat. Die Verwaltungsbehörde hat insbesondere dann auf die Tatsachen im Strafurteil abzustellen, wenn dieses im ordentlichen Verfahren mit öffentlicher Verhandlung unter Anhörung der Parteien und Einvernahme von Zeugen ergangen ist, es sei denn, es bestünden klare Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit dieser Tatsachenfeststellung; in diesem Fall hat die Verwaltungsbehörde nötigenfalls selbständige Beweiserhebungen durchzuführen (vgl. BGE 119 Ib 158 Erw. 3c). Sie ist unter bestimmten Voraussetzungen selbst an einen Strafscheid gebunden, der im Strafbefehlsverfahren gefällt wurde, sogar wenn er ausschliesslich auf einem Polizeirapport beruht. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Beschuldigte wusste oder angesichts der Schwere der ihm vorgeworfenen Delikte voraussehen musste, dass gegen ihn ein Führerausweisentzugs- bzw. Administrativmassnahmeverfahren eröffnet wurde, und er es trotzdem unterlässt oder darauf verzichtet, im Rahmen des summarischen Strafverfahrens die ihm garantierten Verteidigungsrechte geltend zu machen. Unter diesen Umständen darf der Betroffene gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht das Verwaltungsverfahren abwarten, um allfällige Rügen vorzubringen und Beweisanträge zu stellen, sondern ist nach Treu und Glauben verpflichtet, dies bereits im Rahmen des (sum-

marischen) Strafverfahrens zu tun sowie allenfalls die nötigen Rechtsmittel zu ergreifen (BGE 123 II 103 f.).

c) Dem Beschwerdeführer wurde mit Schreiben vom 14. Mai 2008 vom Strassenverkehrsamt mitgeteilt, dass mit der Anordnung einer Administrativmassnahme vorläufig bis zum Vorliegen des rechtskräftigen Strafentscheids zugewartet werde. Er wurde darauf hingewiesen, dass das Administrativverfahren nicht zu verwechseln sei mit dem gleichzeitig möglichen Strafverfahren. Die Strafbehörde am Ort des Ereignisses lege die Strafe (z.B. Busse) fest und die Administrativbehörde des Wohnsitzkantons entscheide über allfällige Massnahmen (Verwarnung, Entzug des Führerausweises, usw.). Zudem wurde der Beschwerdeführer explizit darauf hingewiesen, dass die Administrativbehörde in der Regel an den von der Strafbehörde festgestellten Sachverhalt gebunden sei.

d) Der Beschwerdeführer bringt grundsätzlich keine tatsächlichen Einwände gegen den von der Staatsanwaltschaft ermittelten Sachverhalt vor. Vielmehr stützt er seine Beschwerde argumentativ vorwiegend auf die Tatsache, dass er lediglich auf eine Einsprache gegen den Strafbefehl verzichtet habe, weil er angenommen habe, dass danach keine weiteren Massnahmen folgen würden. Er sei bis jetzt der Auffassung gewesen, dass ein Gerichtsurteil den ganzen Fall regle wie in allen anderen rechtlichen Belangen. Hätte er zusätzlich von einer weiteren Verurteilung durch das Strassenverkehrsamt gewusst, wäre für ihn eine Einsprache zwingend gewesen. Die Aussage «dass allfällige Einreden bereits im Strafverfahren geltend zu machen seien, da die Administrativbehörden in der Regel an den vom Strafrichter festgestellten Sachverhalt gebunden sei» habe er so interpretiert, dass mit dem Strafbefehl seine Schuld vollumfänglich getilgt wäre.

e) Diese Argumentation überzeugt nicht: Zum einen muss festgehalten werden, dass nicht nur dem Beschwerdeführer, der über eine gewisse juristische Fachkunde verfügt, sondern jedem Bürger bei genauem Durchlesen des besagten Schreibens vom 14. Mai 2008 hätte klar sein müssen, dass neben dem Strafverfahren auch noch ein Administrativverfahren durchgeführt wird. In dem Schreiben wird nämlich explizit festgehalten, dass mit der Anordnung einer Administrativmassnahme vorläufig bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Strafentscheides zugewartet werde und dass das Administrativverfahren mit dem gleichzeitig möglichen Strafverfahren nicht zu verwechseln sei. Schliesslich lässt auch der Satz «Sobald der rechtskräftige Strafentscheid vorliegt, werden wir prüfen, ob eine Massnahme gegen Sie zu verfügen ist» keine andere Interpretation zu. Ferner muss mit dem Strassenverkehrsamt übereinstimmend festgehalten werden, dass dem Beschwerde-

fürer die Abläufe der parallelen Durchführung von Straf- und Administrativverfahren mindestens in den Grundzügen bekannt sind, da er bereits einmal den Führerausweis wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand hat abgeben müssen. Schliesslich ist ebenfalls der Vorinstanz zu folgen, wenn sie geltend macht, dass der Beschwerdeführer zumindest bei der zuständigen Stelle hätte nachfragen müssen, wenn sich bezüglich des Schreibens vom 14. Mai 2008 irgendwelche Unklarheiten ergeben hätten. Anzumerken bleibt der Vollständigkeit halber, dass sich aus der Beschwerde auch in keiner Weise ergibt, worauf denn der Beschwerdeführer seine Einsprache gegen den Strafbefehl hätten stützen wollen, bringt er doch in tatsächlicher Hinsicht nichts vor, was zu einer anderen strafrechtlichen Beurteilung des Sachverhaltes hätte führen können.

f) Aufgrund dieser Ausführungen ist festzuhalten, dass die Beschwerdegegnerin im Rahmen ihrer Beurteilung zu Recht vom Sachverhalt gemäss dem rechtskräftigen Strafbefehl Nr. 3A 2008 1663 ausgegangen ist. Zu prüfen bleibt somit lediglich, ob die Verfügung allenfalls in rechtlicher Hinsicht zu beanstanden ist.

4. a) Diesbezüglich bringt der Beschwerdeführer einzig vor, er erachte den dreimonatigen Führerausweisentzug im Vergleich zu anderen aktuellen Urteilen als eine zu harte Massnahme. Der Beschwerdeführer versties gemäss Strafbefehl Nr. 3A 2008 1663 vom 6. Juni 2008 unter anderem gegen Art. 91a Abs. 1 SVG, wonach mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft wird, wer sich als Motorfahrzeugführer vorsätzlich einer Blutprobe, einer Atemalkoholprobe oder einer anderen vom Bundesrat geregelten Voruntersuchung, die angeordnet wurde, oder mit deren Anordnung gerechnet werden musste widersetzt oder entzogen oder den Zweck dieser Massnahmen vereitelt hat. Ein Verstoss gegen diese Bestimmung ist gemäss Art. 16c Abs. 1 lit. d SVG immer eine schwere Widerhandlung gegen die Verkehrsvorschriften und hat als solche gemäss Art. 16c Abs. 2 lit. a SVG einen Entzug des Lernfahr- oder Führerausweises von mindestens drei Monaten zur Folge. Es ist in diesem Zusammenhang unerklärlich, aus welchen Überlegungen der Beschwerdeführer nach der Kollision mit dem Inselschutzpfosten mit seinem am Kotflügel und an der Stossstange beschädigten Fahrzeug mit «plattem» rechten Vorderrad noch bis zum Parkplatz in K. weitergefahren ist, und völlig unverständlich ist, dass er sich nicht vergewissert hat, ob der Inselschutzpfosten und der Raddeckel sich noch auf der Fahrbahn befinden würden oder nicht. Da sich diese beiden Objekte mitten auf der Fahrbahn befanden – sie wurden später von einer Taxifahrerin weg geräumt –, stellten sie eine schwere Gefährdung für alle nachfolgenden Verkehrsteilnehmer dar.

b) Bei der Festsetzung der Dauer des Lernfahr- oder Führerausweisentzugs sind gemäss Art. 16 Abs. 3 SVG die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, namentlich die Gefährdung der Verkehrssicherheit, das Verschulden, der Leumund als Motorfahrzeugführer sowie die berufliche Notwendigkeit, ein Motorfahrzeug zu führen. Die Mindestentzugsdauer – vorliegend die genannten drei Monate – darf jedoch nicht unterschritten werden. Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer in der angefochtenen Verfügung den Führerausweis für die gesetzlich vorgeschriebene minimale Entzugsdauer von drei Monaten entzogen. Da das Gesetz eine Unterschreitung dieser Mindestentzugsdauer ausdrücklich ausschliesst (Art. 16 Abs. 3 SVG), verbietet es sich, massnahmemindernde Umstände wie vorliegend beispielsweise den Wohnort des Beschwerdeführers zu prüfen. Angesichts der zwingenden Natur der gesetzlichen Mindestentzugsdauer verbleibt der rechtsanwendenden Behörde kein Ermessensspielraum für Überlegungen zur Verhältnismässigkeit der Massnahme im Sinne ihrer Erforderlichkeit zur Besserung des Beschwerdeführers (vgl. Botschaft, in: BBl 1999 S. 4462 ff., mit Hinweis auf BGE 120 Ib 504). Es darf die Mindestentzugsdauer selbst in den Ausnahmesituationen gemäss der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGE 120 Ib 504 ff., 115 Ib 159 ff., 118 Ib 233 f.) nicht unterschritten werden (vgl. auch R. Schaffhauser, Die neuen Administrativmassnahmen des Strassenverkehrsgesetzes, S. 209). Der Beschwerdeführer wird aber nochmals darauf hingewiesen, dass die Möglichkeit besteht, den Beginn des Vollzugs in Absprache mit dem Strassenverkehrsamt innerhalb einer gewissen Frist selber zu bestimmen.

...

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. Januar 2009

V 2008/140

#### 4. Steuerrecht

Art. 167 Abs. 1 DBG; § 164 StG – Zuständigkeit für die Beurteilung von Rekurses gegen Entscheide betreffend Steuererlass. Voraussetzungen für den Erlass einer Steuerforderung. Weder das Bundesrecht noch das kantonale Steuerrecht räumen einen Rechtsanspruch auf ganzen oder teilweisen Erlass ein. Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen für einen Erlass nicht erfüllt.

Aus dem Sachverhalt.

Mit Entscheid vom 16. Februar 2009 teilte die Steuerverwaltung A. B. mit, dass sie ihrem Gesuch um Erlass der Steuern für die Jahr 2000/2001 nicht entsprechen und die Kantons- und Gemeindesteuern 2001 von Fr. 4'684.15, die Direkte Bundessteuer 2001 im Betrag von Fr. 1'961.30, die Kantons- und Gemeindesteuer 2002 im Betrag von Fr. 5'264.55 und die Direkte Bundessteuer 2002 im Betrag von Fr. 2'610.65 inkl. Verzugszinsen nicht erlassen könne. Die Forderungen würden sich noch auf die Ehegemeinschaft mit K. B. beziehen. Man habe jedoch eine Steueraufteilung pro Ehegatte vorgenommen, so dass die offenen Forderungen ausschliesslich ihren Anteil betreffen würden. Gegen diesen Entscheid reichte A.B. am 10. März 2009 einen als Einsprache bezeichneten Rekurs ein und beantragte, die geschuldeten Beträge gemäss Erlassentscheid Nr. 0020/0209 seien zu erlassen. Zur Begründung führt sie aus, der steuerbare Liegenschaftswert der von der Steuerverwaltung berücksichtigten Liegenschaft betrage Fr. 0.–. Auf der Liegenschaft laste zudem ein kapitalisiertes Wohnrecht und eine Hypothek. Die Steuerverwaltung beantragt die Abweisung des Rekurses, soweit auf ihn einzutreten sei.

Aus den Erwägungen:

1. a) Gemäss § 164 Abs. 3 des Steuergesetzes (StG, BGS 632.1) kann die steuerpflichtige Person gegen den Entscheid der kantonalen Steuerverwaltung über den Steuererlass sinngemäss nach den Bestimmungen von § 136 StG beim Verwaltungsgericht innert 30 Tagen seit der Zustellung des Erlassentscheides Rekurs erheben. ... Rekurse gegen Erlassentscheide der Steuerverwaltung werden durch einen Einzelrichter/eine Einzelrichterin des Verwaltungsgerichts beurteilt (§ 56 Abs. 3 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 1. April 1976, VRG, BGS 162.1 in Verbindung mit § 6 Ziff. 3 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichts vom 14. Januar 1977, GO, BGS 162.11).

b) Steuerpflichtigen Personen, für die infolge einer Notlage die Bezahlung der Steuer, eines Zinses oder einer Busse wegen einer Übertretung eine grosse Härte bedeuten würde, können die geschuldeten Beträge ganz oder teilweise erlassen werden

(§ 164 Abs. 1 StG). Die kantonale Steuerverwaltung entscheidet über das Erlassgesuch und teilt ihren Entscheid der steuerpflichtigen Person mit. Sie orientiert die betroffenen Gemeinden und die Finanzdirektion einmal jährlich (§ 164 Abs. 2 StG). Auch gemäss Art. 167 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG, SR 642.11) können dem Steuerpflichtigen, für den infolge einer Notlage die Bezahlung der Steuer, eines Zinses oder eine Busse wegen Übertretung eine grosse Härte bedeuten würde, die geschuldeten Beträge ganz oder teilweise erlassen werden. Zuständig für den Erlassentscheid betreffend die direkte Bundessteuer ist die Eidgenössische Erlasskommission (EEK), wenn mit dem Gesuch um Erlass von direkten Bundessteuern im Betrag von mindestens 5'000 Franken (seit dem 1. Juli 2009 Fr. 25'000) ersucht wird. Wird um Erlass von weniger als 5'000 bzw. neu Fr. 25'000.– Franken ersucht, so entscheidet hierüber die kantonale Erlassbehörde. Da es sich im vorliegenden Fall bei der direkten Bundessteuer um die Beträge von Fr. Fr. 1'961.30 für das Jahr 2001 und Fr. 2'610.65 für das Jahr 2002 handelt, ist hierfür auch die Steuerverwaltung des Kantons Zug zuständig.

2. Unter dem Marginale «Ziel und Zweck des Steuererlassverfahrens» bestimmt Art. 1 Abs. 1 der Verordnung des Eidgenössischen Finanzdepartements über die Behandlung von Erlassgesuchen für die direkte Bundessteuer (Steuererlassverordnung) vom 19. Dezember 1994 (EV DBG, SR 642.121), dass der Steuererlass zur langfristigen und dauernden Sanierung der wirtschaftlichen Lage der steuerpflichtigen Person beitragen soll und dabei bestimmungsgemäss der steuerpflichtigen Person selbst und nicht ihren Gläubigern zugute kommen soll. Gemäss Art. 2 Abs. 1 EV DBG besteht ein Anspruch auf Erlass der Steuern, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Die Erlassbehörde entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen aufgrund aller im Sinne von Art. 167 DBG wesentlichen Tatsachen. Gemäss Art. 3 Abs. 1 EV DBG berücksichtigt die Erlassbehörde bei ihrem Entscheid die gesamten wirtschaftlichen Verhältnisse der steuerpflichtigen Person. Massgebend sind dabei in erster Linie die Situation im Zeitpunkt des Entscheides, daneben auch die Entwicklung seit der Veranlagung, auf die sich das Erlassbegehren bezieht, sowie die Aussichten für die Zukunft. Die Behörde prüft überdies, ob für die steuerpflichtige Person Einschränkungen in der Lebenshaltung geboten und zumutbar sind oder gewesen wären. Einschränkungen gelten grundsätzlich als zumutbar, wenn die Auslagen die nach den Ansätzen für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums (Art. 93 SchKG) sich ergebenden Lebenshaltungskosten übersteigen (Art. 3 Abs. 2 EV DBG).

a) Eine Notlage im Sinne von Art. 167 Abs. 1 DBG liegt vor, wenn der ganze geschuldete Betrag in einem Missverhältnis zur finanziellen Leistungsfähigkeit der steuerpflichtigen Person steht. Bei natürlichen Personen ist das Missverhältnis insbesondere dann gegeben, wenn die Steuerschuld trotz Einschränkung der Lebenshaltungskosten auf das Existenzminimum in absehbarer Zeit nicht vollumfänglich beglichen werden kann (§ 9 Abs. 1 EV DBG). In jedem Fall liegt eine Notlage bei Einkommens- und Vermögenslosigkeit vor oder wenn die öffentliche Hand für die Lebenshaltungskosten der steuerpflichtigen Person und deren Familie aufkommen muss (Art. 10 Abs. 2 EV DBG). Als Ursachen, die zu einer Notlage führen, werden gemäss Art. 10 Abs. 1 EV DBG unter anderem anerkannt: a) eine wesentliche Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse der steuerpflichtigen Person seit der Veranlagung, auf die sich das Erlassgesuch bezieht, zufolge längerer Arbeitslosigkeit, drückender Familienlasten oder Unterhaltspflichten. Weiter wird eine starke Überschuldung als Folge von ausserordentlichen Aufwendungen anerkannt, die in den persönlichen Verhältnissen begründet ist und für die die steuerpflichtige Person nicht einzustehen hat (lit. b). Muss die steuerpflichtige Person zur Bezahlung der Steuerschulden auf ihr Vermögen greifen, ist ein Erlass zu gewähren, wenn die Belastung oder Verwertung dieses Vermögens nicht zumutbar ist, wobei das Vermögen zu seinem Verkehrswert einzusetzen ist (Art. 11 Abs. 1 EV DBG). Hat sich die steuerpflichtige Person freiwillig ihrer Einkommensquellen oder Vermögenswerte entäussert, so wird ein solcher Einkommens- oder Vermögensrückgang bei der Beurteilung des Erlassgesuchs nicht berücksichtigt (Art. 12 Abs. 2 EV DBG). Nach Art. 18 EV DBG gelten für die gesuchstellende Person die Verfahrensrechte und Verfahrenspflichten nach dem DBG, d.h. sie hat den Erlassbehörden umfassende Auskunft über ihre wirtschaftlichen Verhältnisse zu erteilen. Erfüllt sie Verfahrenspflichten trotz Aufforderung und Mahnung nicht, so wird auf das Gesuch nicht eingetreten (Art. 18 Abs. 2 EV DBG).

b) Eine zum Erlass berechtigende Notlage setzt nicht voraus, dass die steuerpflichtige Person einen Anspruch auf Sozialhilfe hat oder gar auf das letzte, in Art. 12 BV gespannte Auffangnetz des Rechts auf Hilfe in Notlagen greifen müsste. Umgekehrt kann allerdings aufgrund der Regelung in Art. 9 Abs. 2 EV DBG gesagt werden, dass bei Bezug von Sozialhilfe stets eine zum Erlass berechtigende Notlage vorliegt. Dies bedeutet allerdings wiederum nicht per se, aus Art. 12 BV könne abgeleitet werden, dass bei Unterschreitung des Existenzminimums keine Steuern bezahlt werden müssen (Michael Beusch, in: Martin Zweifel/Peter Athanas, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2b, Art. 167 N 17). Da wie eben erwähnt die zu einem Erlass berechtigende Notlage nicht den Bezug von Sozialhilfe voraussetzt, schliesst das Vorhandensein von Vermögen per se die Gewährung

eines Erlasses nicht aus. So ist ein solcher denkbar, wenn die Belastung oder Verwertung dieses zum Verkehrswert bewerteten Vermögens – wie oben erwähnt – nicht zumutbar ist. Dies ist etwa dann der Fall, wenn ältere Steuerpflichtige ohne Erwerbseinkünfte und anderes Vermögen ihr selbstbewohntes und (weitgehend) hypothekenfreies Wohneigentum belasten oder veräussern müssten (Beusch, a.a.O., N 19 mit weiteren Hinweisen).

3. Im Erlassentscheid führt die Steuerverwaltung aus, die Rekurrentin besitze an einem Einfamilienhaus in A. einen Anteil von 50%. Zudem sei per 31. Dezember 2007 ein Reinvermögen von Fr. 198'844.– ausgewiesen. In ihrer Vernehmlassung führt die Steuerverwaltung weiter aus, aus dem Einspracheentscheid betreffend die Steuern des Jahres 2007 ergebe sich, dass auf eine Berücksichtigung der Liegenschaft in A. für das Jahr 2007 verzichtet worden sei, weil der Steuerwert und die Hypothek noch bei den Eltern erfasst worden seien. Zukünftig werde die Liegenschaft voraussichtlich bei der Rekurrentin unter Anrechnung des Wohnrechts und der Hypothek zu erfassen sein. Nach diesem Einspracheentscheid betrage das Reinvermögen für 2007 noch Fr. 51'594.–, das steuerbare Einkommen Fr. 23'600.–. Zudem überschreite allein das Wertschriftenvermögen von Fr. 25'223.– die Steuerforderung von Fr. 14'520.65. Auch wenn die Liegenschaft in A. nicht erfasst worden sei, so sei sie Vermögensbestandteil der Rekurrentin und im Rahmen der Prüfung ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen. Zu beachten sei dabei, dass der Steuerwert nur 75% des Verkehrswerts betrage und dass eine weitere Belastung oder Verwertung der Liegenschaft nicht unzumutbar sei. Die Einkommenssituation 2008 habe nicht genau ermittelt werden können, weil die Rekurrentin das entsprechende Erhebungsblatt unausgefüllt zurückgeschickt habe. In ihrer Duplik weist die Steuerverwaltung darauf hin, dass die Rekurrentin keine Stellung zu einer allfälligen Höherbelastung oder Verwertung ihres Anteils an der Liegenschaft in Baden nehme. Eine entsprechende Unzumutbarkeit sei nicht erkennbar.

a) Mit Schreiben vom 11. September 2008 stellte die Steuerverwaltung der Rekurrentin das Erhebungsblatt zur Beurteilung des Steuererlassgesuchs zu und ersuchte sie zusätzlich um Auszüge aus Bank- und Postcheckkonti vom Monat August 2008, um Lohnabrechnungen und Abrechnungen des Einkommens der letzten drei Monate, um einen aktuellen Betreibungsregister-Auszug sowie um eine detaillierte Schuldenaufstellung. Die Rekurrentin reichte am 12. September 2008 einen Auszug aus ihrem Privatkonto für den Monat August 2008, einen Auszug aus einem Scheidungsurteil vom 23. November 2006 und Kopien von verschiedenen Steuerunterlagen und -rechnungen ein. Weil das Erhebungsblatt nicht ausgefüllt wurde,

gelangte die Steuerverwaltung diverse Male an die Rekurrentin. Am 17. Dezember 2008 schickte die Rekurrentin das Erhebungsblatt unterzeichnet aber unausgefüllt zurück und verwies lediglich auf die beiliegende Steuererklärung für das Jahr 2007. Aus dieser Steuerklärung, welche am 10. November 2008 eingereicht worden ist, ergibt sich, dass die durch die B. Treuhand AG vertretene Rekurrentin aus unselbständiger Erwerbstätigkeit Fr. 4'846.– und aus selbständiger Erwerbstätigkeit Fr. 17'368.– erzielt hat. Sie weist unter dem Vermögen Fr. 25'223.– als Wertschriften und Guthaben (nur private Werte) aus und den Rückkaufswert einer Lebensversicherung von Fr. 5'813.–. Liegenschaften in der Schweiz werden mit einem Wert von Fr. 147'250.– ausgewiesen, die Wertschriften und Guthaben des Geschäftsvermögens mit Fr. 32'058.–. Den Vermögenswerten von Fr. 210'344.– stehen Geschäftsschulden von Fr. 11'500.– gegenüber, was ein Reinvermögen von Fr. 198'844.– ergab. Offensichtlich wurde bei dieser Steuererklärung zwar der Anteil von 50% am Steuerwert der Liegenschaft in A. berücksichtigt, nicht aber der Anteil an den Hypothekarschulden von Fr. 105'000.– (ebenfalls 50%). Im Einspracheentscheid vom 12. März 2009 erfolgt insofern eine Korrektur, als auf die Anrechnung der Liegenschaft in A. gänzlich verzichtet wurde, weil die Liegenschaft samt Hypothek noch bei den Eltern berücksichtigt wurde.

b) Die Rekurrentin ist seit dem März 2007 zu 50% Eigentümerin eines Einfamilienhauses in A.. Das Grundstück Nr. 000 hat gemäss der Schätzung der Sektion Grundstückschätzungen des Steueramtes des Kantons B. vom 20. Februar 2008 einen Mietwert von Fr. 17'229.– und einen Ertragswert von Fr. 253'368.–. Der steuerliche Verkehrswert wird auf Fr. 294'500.– geschätzt, d.h. der Anteil der Rekurrentin beträgt Fr. 147'250.–. Dabei ist gemäss Art. 11 EV DBG nicht der steuerliche, sondern der normale Verkehrswert einzusetzen. Dieser liegt im Verhältnis von 75 zu 100% über dem steuerlichen Verkehrswert, d.h. der Anteil der Rekurrentin am Haus in A. hat einen effektiven Verkehrswert von Fr. 196'333.–. Der Anteil am Einfamilienhaus wurde der Rekurrentin im Rahmen einer gemischten Schenkung von ihren 82 Jahre alten Eltern übertragen, welche im Haus ein lebenslangliches und nicht übertragbares Wohnrecht haben und monatlich Fr. 537.50 für die Nutzung bezahlen (Antritt mit Nutzen und Schaden war der 1. April 2007). Aus dem Schenkungsvertrag vom 22. März 2007 ergibt sich, dass auf der Liegenschaft ein Inhaberschuldbrief von nominell Fr. 220'000.– lastet. Bei der Übernahme belief sich die Grundpfandschuld auf effektiv Fr. 207'000.–, d.h. der Anteil der Rekurrentin damit auf Fr. 103'500.– (bei den Akten liegt die Kopie eines Vertrages über eine Festhypothek mit einem Zinssatz von 3.45% für die Dauer von zwei Jahren, was einer jährlichen Zinsbelastung von Fr. 3'570.– für den Anteil der Rekurrentin ergibt, wobei die Zinsen von den Eltern getragen werden). Insgesamt stellt somit

der Anteil der Rekurrentin an der Liegenschaft einen Vermögenswert von Fr. 92'833.– dar, wobei die Hypothekarzinsen von den Eltern übernommen werden. Zu prüfen ist weiter, ob sich dieser Vermögenswert realisieren lässt. Die Liegenschaft ist mit einem lebenslangen Wohnrecht der Eltern der Rekurrentin «belastet», so dass sich zurzeit – abgesehen vom Bruder der Rekurrentin, dem die andere Hälfte der Liegenschaft gehört – wohl kaum Interessenten für das Objekt finden werden. Es wäre auch nicht zumutbar, die von den Eltern geschenkte Wohnung an eine beliebige Drittperson zu veräussern. Aufgrund der aktuellen Vermögenssituation wäre es aber möglich und zumutbar, dass die Rekurrentin ihren Anteil mit einer Hypothek höher belastet. Die gegenwärtige Belastung liegt bei etwas über 50%, so dass eine höhere Belehnung möglich und zumutbar ist. Mit diesen zusätzlich finanziellen Mitteln könnte die ausstehende Steuerschuld beglichen werden.

c) Es war der Steuerverwaltung nicht möglich zu prüfen, ob die Steuerschuld trotz Einschränkung der Lebenshaltungskosten auf das Existenzminimum in absehbarer Zeit nicht vollumfänglich beglichen werden könnte, weil die Rekurrentin trotz wiederholter Aufforderung das entsprechende Erhebungsblatt nicht ausgefüllt hat. Erst im Gerichtsverfahren hat sie Unterlagen eingereicht, gestützt auf die das betriebsrechtliche Existenzminimum berechnet werden kann. So ergibt sich aus den mit der Replik eingereichten Unterlagen, dass das betriebsrechtliche Existenzminimum (berechnet gemäss den Richtlinien des Obergerichts für das betriebsrechtliche Existenzminimum gemäss Art. 93 SchKG) bei Fr. 2'930.90 liegt. Berücksichtigt wurde dabei monatlich ein Grundbetrag von Fr. 1'100.–, die Miete von Fr. 1'000.–, die Krankenkasseprämien von Fr. 215.40, die AHV-Beiträge von Fr. 186.35, die Unfallversicherungsprämien von Fr. 63.95, die Taggeldversicherung im Krankheitsfall von Fr. 102.70 sowie die Haftpflichtversicherungsprämien von Fr. 262.50. Steuerschulden werden bei Berechnung des Notbedarfs nicht berücksichtigt. Auf der Einkommenseite ist gemäss einer Entscheidung des Gerichtspräsidiums C. vom 26. Januar 2009 ein Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'030.– ausgewiesen. Aus der AHV-Abrechnung für das Jahr 2008 ergibt sich, dass die Rekurrentin für 2008 pro Quartal eine Lohnsumme von Fr. 4'050.– abgerechnet hat, was einem monatlichen Einkommen von Fr. 1'350.– entspricht. Angaben zum Einkommen aus dem Jahr 2009 fehlen. Aufgrund der vorhandenen Zahlen ergibt sich, dass mit dem ausgewiesenen Einkommen von Fr. 2'350.– das betriebsrechtliche Existenzminimum nicht erreicht wird.

d) Angesichts der Tatsache, dass es der Rekurrentin zumutbar und möglich ist, ihren Liegenschaftsanteil in A. höher zu belehnen und damit die ausstehende Steuerschuld zu tilgen, spielt es in diesem Fall keine Rolle, ob sie im Jahr 2009 das

betriebsrechtliche Existenzminimum erreicht oder nicht. Es erübrigen sich deshalb auch weitere Abklärungen bezüglich des anrechenbaren Einkommens. Was den Einwand der Rekurrentin betrifft, die Wertschriften im Betrag von Fr. 25'223.– würden die liquidierte Firma X. GmbH» betreffen, so ist festzuhalten, dass die Aktiven aus dem Geschäftsvermögen gemäss Steuererklärung vom 18. November 2008 den Betrag von Fr. 32'058.– minus Geschäftsschulden von Fr. 11'500.–, somit Fr. 20'558.– ausmachten. Bei den Fr. 25'223.– handelte es sich gemäss den eigenen Angaben der Rekurrentin in der Steuererklärung um private Werte (Wertschriften und Guthaben). Auch deren Verwertung ist der Rekurrentin zumutbar. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Steuerverwaltung dem Erlassgesuch zu Recht nicht entsprochen hat. Entsprechend sind die ausstehenden Kantons- und Gemeindesteuern sowie die Direkten Bundessteuern für die Jahre 2001 und 2002 von der Rekurrentin zu bezahlen.

Entscheid des Einzelrichters vom 1. Juli 2009

A 2009/2

Auf eine gegen diesen Entscheid erhobene Verfassungsbeschwerde trat das Bundesgericht mit Urteil vom 13. August 2009 nicht ein (2D\_49/2009).

§ 191 Abs. 1 lit. b StG – Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung. Entscheidendes Kriterium für die Annahme eines Steueraufschubs ist, ob es sich bei der neu erworbenen Ersatzliegenschaft wieder um ein dauernd und ausschliesslich selbst genutztes Wohneigentum handelt. Eine Kaskadenersatzbeschaffung ist somit nicht zum Vorneherein ausgeschlossen.

Aus dem Sachverhalt.

A. Am 22. Mai bzw. 5. Juni 2003 verkaufte A. zwei Stockwerke seiner Liegenschaft GS Nr. 000, in Z., an C. D. und K. M. zu einem Kaufpreis von insgesamt Fr. 1'620'000.–. Da er einen Teil dieses Veräusserungserlöses in eine Ersatzliegenschaft in Flims investierte, gewährte ihm die Grundstückgewinnsteuerkommission Z. mit Entscheid vom 25. Juni 2007 einen Steueraufschub im Umfang von Fr. 17'505.–. Bereits am 12. Juni 2006 veräusserte er jedoch die Liegenschaft in Flims zum Preis von Fr. 1'330'000.– an X. Y. weiter und erwarb für Fr. 1'400'000.– am 15. Juni 2006 die Liegenschaft GS Nr. 000 in Walenstadt. Mit Entscheid vom 13. Dezember 2007 stellte die Grundstückgewinnsteuerkommission fest, dass die Ersatzliegenschaft in Flims innert fünf Jahren nach der Handänderung veräussert worden war, weshalb der Steueraufschub nicht aufrecht erhalten werden könne und die aufgeschobene Steuer im Umfang von Fr. 17'505.– fällig werde. Gegen diese Veranlagung reichte A. am 25. Januar 2008 Einsprache ein, welche mit Einspracheentscheid vom 14. April 2008 von der Grundstückgewinnsteuerkommission vollumfänglich abgewiesen wurde. Die Kommission stellte sich auf den Standpunkt, die Veräusserung der Liegenschaft in Flims sei innerhalb von fünf Jahren seit Rechtskraft des Entscheids für den Steueraufschub erfolgt. Gegen diesen Einspracheentscheid reichte A.B. am 14. Mai 2008 beim Verwaltungsgericht Rekurs ein und beantragte, der Einspracheentscheid sei aufzuheben und es sei der Steueraufschub unter Berücksichtigung der Reinvestition der Anlagekosten Z. in Walenstadt zu gewähren. Die Grundstückgewinnsteuerkommission Z. beantragt mit Vernehmlassung vom 21. Mai 2008 die Abweisung des Rekurses.

Aus den Erwägungen:

2. a) 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 in der Regel innert zwei Jahren vor oder nach der Handänderung zum Erwerb oder zum Bau einer gleich genutzten Ersatzlie-

genschaft in der Schweiz verwendet wird. Diese Formulierung des StG, welche durch die Änderung vom 30. März 2006 (Inkrafttreten am 1. Januar 2007) gegenüber der alten Fassung etwas flexibler gestaltet wurde, steht im Einklang mit Art. 12 Abs. 3 lit. e des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern vom 14. Dezember 1990 (StHG, SR 642.14). Gemäss dieser Bestimmung wird die Besteuerung aufgeschoben bei Veräusserung einer dauernd und ausschliesslich selbst genutzten Wohnliegenschaft (Einfamilienhaus oder Eigentumswohnung), soweit der dabei erzielte Erlös innert angemessener Frist zum Erwerb oder zum Bau einer gleich genutzten Ersatzliegenschaft in der Schweiz verwendet wird. Die Begriffe «dauernd und ausschliesslich selbstbewohnt» werden vom Bundesgesetzgeber nicht näher definiert, so dass den Kantonen ein breiter Ermessensspielraum bleibt, den sie mit ihrer Gesetzgebung ausfüllen können.

b) Grundvoraussetzung für einen Steueraufschub im Sinne von Art. 12 Abs. 3 lit. e StHG ist, dass es sich um eine Ersatzbeschaffung handelt, bei der ein Grundstück veräussert wird, und adäquat kausal mit dieser Veräusserung zusammenhängend ein Ersatzobjekt mit derselben wirtschaftlichen Funktion durch den Veräusserer erworben wird (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, Zürich 2006, § 216 Rz 264 f., 266). Da das Ersatzgrundstück nach zugerischem Steuergesetz auch bereits vor dem Verkauf des bisherigen Eigentums erworben worden sein kann (vgl. die Frist von in der Regel zwei Jahren vor oder nach der Handänderung gemäss § 191 Abs. 1 lit. b StG), setzt der Steueraufschub nicht direkt voraus, dass der tatsächlich erzielte Erlös für die ersatzweise Beschaffung eines Grundstücks verwendet wird, sondern es können somit auch eigene Mittel berücksichtigt werden, die bereits vor der Veräusserung vorhanden waren und adäquat-kausal für den Erwerb des Ersatzgrundstückes eingesetzt worden sind (vgl. auch Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, § 216, N. 271 und zur Praxis des Zürcher Verwaltungsgerichtes RB 1990 Nr. 54, RB 1992 Nr. 48).

3. Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob der Rekurrent den ihm aufgrund seines Erwerbs einer Ersatzliegenschaft in Flims gewährten Aufschub für die Grundstückgewinnsteuer endgültig verwirkt hat, als er besagte Ersatzliegenschaft in der Folge wieder veräusserte.

a) Vorauszuschicken ist, dass hier nicht umstritten ist, dass es sich bei der vom Rekurrenten im Jahr 2003 erworbenen Liegenschaft in Flims um eine Ersatzliegenschaft im Sinne der obengenannten gesetzlichen Bestimmungen handelte, macht doch die Rekursgegnerin an keiner Stelle geltend, dass die erforderlichen Kriterien der Dauerhaftigkeit und des ausschliesslichen Selbstbewohnens nicht erfüllt ge-

wesen seien. Dementsprechend hat sie dem Rekurrenten den Steueraufschub auch gewährt, weshalb sich diesbezüglich jegliche Weiterungen erübrigen. Uneinigkeit besteht zwischen den Parteien jedoch im Bezug auf die Rechtsfolgen der nachmaligen Veräusserung dieser Ersatzliegenschaft. Wie die Rekursgegnerin zu Recht anführt, ist diese Frage gesetzlich nicht direkt geregelt, finden sich doch weder auf bundesrechtlicher noch auf kantonaler Ebene im StG oder in der zugehörigen Verordnung zum Steuergesetz vom 30. Januar 2001 (VStG; BGS 632.11) verbindliche gesetzliche Regelungen zur Frage, was zu geschehen hat, wenn der Steuerpflichtige den ursprünglich reinvestierten Gewinn wieder auslöst, indem er die Ersatzliegenschaft weiterverkauft. Bevor auf den konkret zu beurteilenden Fall einzugehen sein wird, ist daher an dieser Stelle zu eruieren, wie diese Gesetzeslücke in sinnvoller Art und Weise geschlossen werden kann.

b) (Ausführungen zum Begriff der Lückenfüllung)

c) Die Wertungen und Zielsetzungen, welche den Bestimmungen zum Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung von Wohneigentum gemäss Art. 12 Abs. 3 lit. e StHG sowie § 191 Abs. 1 lit. b StG zugrunde liegen, sind in erster Linie die Vermeidung unbilliger Härtefälle, welche entstehen können, wenn jemand in kurzer Abfolge sein Eigenheim veräussert und neues Wohneigentum kauft. Wenn nämlich der Verkaufserlös gleich wieder investiert wird, entsteht de facto gar kein Gewinn, weshalb auch dessen Besteuerung nicht angemessen wäre. Anders präsentiert sich die Situation natürlich, wenn diese Ersatzliegenschaft daraufhin wieder veräussert wird. In Ermangelung einer gesetzlichen Regelung dieser Problematik hat die Rekursgegnerin ihre Praxis bezüglich § 191 Abs. 1 lit. b StG analog zu derjenigen diverser Zuger Gemeinden dahingehend festgelegt, dass ein Zurückkommen auf den Steueraufschub dann gegeben sei, wenn die ersatzweise beschaffte Liegenschaft innert fünf Jahren seit der Feststellungsverfügung, mit der die Ersatzbeschaffung anerkannt worden sei, wieder veräussert werde. Diese Regelung ist ohne Zweifel sinnvoll, da in diesen Fällen der Grundstücksgewinn der Erstliegenschaft wieder zur Verfügung steht und demzufolge auch zu versteuern ist. Fraglich bleibt jedoch, ob dies auch zu gelten hat, wenn zwar die Ersatzliegenschaft veräussert wird, jedoch unmittelbar darauf erneut eine Ersatzbeschaffung stattfindet.

d) Genau dies ist hier der Fall. Der Rekurrent veräusserte am 12. Juni 2006 die Ersatzliegenschaft in Flims und erwarb am 15. Juni 2006 eine Liegenschaft in Walenstadt, in welcher er alsdann mit seiner Frau Domizil bezog. Er macht nun geltend, die Ersatzbeschaffung sei im ersten Anlauf nicht gelungen, weil seine Frau mit dem Klima in Flims gesundheitlich nicht zu Recht gekommen sei. Dass er nun eine wei-

tere Liegenschaft habe erwerben müssen, ändere aber nichts daran, dass er seinen ursprünglichen Grundstücksgewinn wieder investiert und somit Anrecht auf einen Steueraufschub habe.

e) Dieser Argumentation ist im Grunde nichts hinzuzufügen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb jemand, der – aus welchem Grund auch immer – erneut eine Ersatzliegenschaft erwerben muss, einem begründeten Anspruch auf Steueraufschub nachträglich verlustig gehen sollte, wenn der Veräusserungserlös der ersten Liegenschaft mindestens im selben Masse in die zweite Ersatzliegenschaft reinvestiert worden ist; immer vorausgesetzt natürlich, dass auch diese dem ausschliesslichen und dauerhaften Wohnzweck dient. Eine solche Rechtsauslegung würde der ratio legis von Art. 12 Abs. 3 lit. e StHG sowie § 191 Abs. 1 lit. b StG widersprechen und somit jeglicher gesetzlicher Grundlage entbehren. Es muss unterschieden werden zwischen Fällen, in welchen eine erneute Ersatzbeschaffung erfolgt und Fällen, in welchen der Verkaufserlös nicht in eine Ersatzliegenschaft reinvestiert wird. Verschiedene Kantone haben diese Differenzierung auf Verordnungsstufe oder in der Praxis bereits vorgenommen und festgestellt, dass dann auf den Entscheid über den Steueraufschub zurückzukommen und die aufgeschobene Grundstücksteuer zu veranlagern sei, wenn ein Ersatzgrundstück innert gewisser Zeit (meist fünf Jahre) seit der Handänderung am ursprünglichen Grundstück definitiv veräussert werde, ohne dass erneut eine Ersatzbeschaffung stattfinde (vgl. z.B. Rundschreiben der Finanzdirektion des Kantons Zürich an die Gemeinden über den Aufschub der Grundstückgewinnsteuer und die Befreiung des Veräusserers von der Handänderungssteuer bei der Ersatzbeschaffung einer dauernd und ausschliesslich selbstgenutzten Wohnliegenschaft vom 19. November 2001, S. 4 ff. (ZH) oder Steuerrevue Nr. 1/2005, S. 82 (TG)). Obwohl die Steuerbehörden des Kantons Zug natürlich nicht an die einzelnen Regelungen anderer Kantone gebunden sind, muss diese Differenzierung auch in der Zuger Steuerpraxis vorgenommen werden, entspricht sie doch dem Sinn und Zweck der Bestimmung zum Steueraufschub in § 191 Abs. 1 lit. b StG.

f) Die Vorbringen der Rekursgegnerin vermögen an den vorstehenden Ausführungen nichts zu ändern. Sie verweist in erster Linie auf ihre Praxis, nämlich das Zurückkommen auf den Steueraufschub bei Veräusserung der Ersatzliegenschaft innert fünf Jahren, woran es – wie bereits ausgeführt – grundsätzlich nichts auszusetzen gibt. Eine den Wertungen und Zielsetzungen der gesetzlichen Bestimmungen zum Steueraufschub Rechnung tragende Rechtsanwendung muss jedoch berücksichtigen, dass diese Praxis dann nicht zum Tragen kommen kann, wenn der aufgeschobene Grundstücksgewinn in mindestens demselben Umfang erneut in eine Ersatz-

liegenschaft investiert wird. Unbehelflich ist der Verweis auf die Rechtsgleichheit, welche gerade im Steuerrecht unbedingt gewahrt bleiben müsse. Diese sei – nach Meinung der Rekursgegnerin – verletzt, wenn in einem Fall Steueraufschub zu Recht in Anspruch genommen werde, wo die Ersatzliegenschaft beim Steuerpflichtigen verbleibe, im anderen Fall aber diese Ersatzliegenschaft binnen Kurzem wieder die Hand ändere, so dass der Steuerpflichtige zwar den Steueraufschub habe beanspruchen können, jedoch die Konsequenzen, für einen veränderten Sachverhalt, der auch zu einem anderen Steuerbescheid geführt hätte, nicht tragen müsse. Natürlich ist die Rechtsgleichheit im Steuerrecht von überragender Bedeutung. Im vorliegenden Fall ist sie jedoch – wie bereits ausgeführt – gar nicht tangiert, da es eine neue Situation ist, wenn der Erlös aus dem Verkauf der Ersatzliegenschaft in ein weiteres Ersatzobjekt investiert wird. Der Steuerpflichtige hat in diesem Fall – anders als wenn er kein neues Objekt mehr kauft – wiederum den Grundstücksgewinn des ersten Objekts in ein Eigenheim investiert. Hier ist dem Grundsatz, Ungleiches ist nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln, Folge zu leisten. Der Rechtsgleichheit wäre vielmehr dann nicht entsprochen, wenn ein Steuerpflichtiger, welcher ein Ersatzgrundstück veräussert, das Geld aber sodann unmittelbar in ein weiteres Ersatzgrundstück im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen investiert, nicht gleich gestellt wäre, mit demjenigen, welcher eine Ersatzliegenschaft erwirbt und diese danach dauerhaft bewohnt. Schliesslich sind diese beiden im Bezug auf den Grundstücksgewinn der ursprünglich veräusserten Liegenschaft insofern gleich gestellt, als dass jeder von ihnen diesen in neues Wohneigentum investiert hat.

4. a) Nachdem also festgestellt worden ist, dass eine Veräusserung der Ersatzliegenschaft einen Steueraufschub grundsätzlich nicht ausschliesst, sofern der Erlös wiederum zum Erwerb einer Ersatzliegenschaft verwendet wird, bleibt noch zu prüfen, ob der Rekurrent diesen Anspruch auch im konkret zu beurteilenden Fall geltend machen kann. Dies ist offenkundig nur dann möglich, wenn er für die zweite Ersatzliegenschaft mindestens die selben finanziellen Aufwendungen erbringen musste, wie für die erste, da sich andererseits ja ein geringerer Betrag ergäbe, in dessen Umfang die Steuer aufzuschieben wäre. Andererseits muss es sich natürlich auch bei der zweiten Ersatzliegenschaft um eine Liegenschaft im Sinne von § 191 Abs. 1 lit. b. StG handeln, sie muss also zum ausschliesslichen und dauerhaften Wohnzweck erworben und genutzt werden.

b) Beide Kriterien sind vorliegend nachweislich und unbestrittenermassen erfüllt. Der Rekurrent brachte für die erste Ersatzliegenschaft in Flims insgesamt Fr. 1'200'000.– auf (Kaufpreis von Fr. 1'000'000.– sowie belegte Renovationskosten

von Fr. 200'000.–). Bei der zweiten Ersatzliegenschaft betrug alleine der Kaufpreis schon Fr. 1'400'000.–, weshalb auf allfällige Renovationskosten gar nicht erst eingegangen werden muss. Ferner wird auch an keiner Stelle angezweifelt, dass der Rekurrent die Liegenschaft in Walenstadt erwarb, um dort mit seiner Frau ausschliessliches und dauerhaftes Domizil zu beziehen, was er denn auch umgehend getan hat.

c) Der Vollständigkeit halber ist noch festzuhalten, dass vorliegend auch die zweijährige Frist eingehalten worden ist, binnen welcher die Ersatzliegenschaft gemäss § 191 Abs. 1 lit. b StG in der Regel erworben oder gebaut werden muss, obwohl der Rekurrent die zweite Ersatzliegenschaft in Walenstadt an sich erst drei Jahre nach der ursprünglichen Handänderung erwarb. Dies deshalb, weil der Beschwerdeführer schon im Jahre 2003 und somit innert Frist die Ersatzliegenschaft in Flims erworben hat, wodurch ihm ein rechtmässiger Anspruch auf teilweisen Steuerausgleich zustand. Im Sinne der obigen Ausführungen wäre ihm dieser Anspruch nachträglich nur abzuspochen, wenn er innert fünf Jahren seit der ersten Handänderung die Ersatzliegenschaft ohne erneute Ersatzbeschaffung verkaufen würde, da er nur in diesem Fall den Veräusserungserlös wieder zur freien Verfügung hätte. Mit der erneuten Ersatzbeschaffung ist dieser Grundstücksgewinn ja wieder im Sinne von § 191 Abs. 1 lit. b StG gebunden.

Urteil des Verwaltungsgerichts 26. November 2009

A 2008/17

Art. 9 BV; § 202 Abs. 2 StG – Bei dem «Depot» in der Höhe des mutmasslichen Grundstückgewinnsteuerbetrages handelt es sich um ein Instrument des Steuerbezuges, das im Interesse der Gemeinde (kein gesetzliches Grundpfand für die Steuer) liegt und andererseits dem Schutz der an sich nicht steuerpflichtigen, aber gleichwohl solidarisch haftenden Käufer dient. Aufgrund dieser spezifischen Sicherungsfunktion lässt sich aus dem «Depotbetrag» von der Natur der Sache her keine Vertrauensgrundlage bezüglich des definitiven Steuerbetrages ableiten.

Aus dem Sachverhalt.

Die Erbengemeinschaft P.U. verkaufte am 23. Juni 2005 ein grosses Stück Land an eine Immobilienfirma, welche hierauf anschliessend eine Vielzahl von Einfamilienhäusern erstellte. Der mutmassliche Grundstückgewinnsteuerbetrag wurde vom

Sekretär der Grundstückgewinnsteuerkommission mit Fr. 128'000.– angegeben, während der effektive Steuerbetrag schliesslich mit Fr. 416'000.– um mehr als das Dreifache höher war. Grund hierfür war die Tatsache, dass dem zuständigen Mitarbeiter des Grundstückgewinnsteueramtes nicht bekannt war, dass sich 20 Jahre vor der Beurkundung nur ein kleiner Teil des verkauften Landes in der Bauzone befand und der Rest in der Landwirtschaftszone. So wurde der damalige Verkehrswert bei der provisorischen Berechnung viel zu hoch eingesetzt. Im Rekursverfahren ging es unter anderem darum, ob sich die Rekurrenten nach Treu und Glauben auf die Angaben des Mitarbeiters des Grundstückgewinnsteueramtes verlassen durften und daher einen Anspruch darauf haben würden, dass der mutmassliche Steuerbetrag gemäss Kaufvertrag zum definitiven Steuerbetrag erklärt würde. Das Verfahren hatte nämlich im Übrigen ergeben, dass der Steuerbetrag von Fr. 416'000.– klar der geschuldeten Steuer entspricht. Das Gericht hat den Rekurs in Bezug auf den Vertrauensschutz im Wesentlichen mit der folgenden Begründung abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

...

2. Die Erbengemeinschaft P.U. schloss am 23. Juni 2005 einen durch die gemeindliche Urkundsperson öffentlich beurkundeten Kaufrechtsvertrag mit der X.Y. AG ab. In dieser öffentlichen Urkunde wurde entsprechend der gesetzlichen Bestimmung von § 202 Abs. 2 StG, wonach bei der öffentlichen Beurkundung ein Depot in der Höhe des mutmasslichen Steuerbetrags zu leisten ist, festgehalten, dass die mutmassliche Grundstückgewinnsteuer gemäss Bestätigung der Grundstückgewinnsteuerabteilung der Einwohnergemeinde K. Fr. 128'000.– betrage. Diese Angabe beruhte unbestrittenermassen auf einer falschen Annahme der gemeindlichen Urkundsperson sowie des von der Urkundsperson angefragten Sekretärs der Grundstückgewinnsteuer-Kommission. Diese hatten keine Kenntnis davon, dass sich lediglich eine Teilfläche von 236 m<sup>2</sup> des Grundstücks GS Nr. 000, welches Gegenstand des zu begründenden Kaufrechts war, 20 Jahre vor der öffentlichen Beurkundung in der Bauzone befand, der überwiegende Teil des Grundstücks hingegen in der Landwirtschaftszone. Die entsprechende Einzonung erfolgte erst im Jahr 1994. Dementsprechend wurde bei der provisorischen Berechnung des Grundstückgewinns von einem unrichtigen, viel zu hohen Verkehrswert des Grundstücks vor 20 Jahren ausgegangen und die mutmassliche Grundstückgewinnsteuer zu tief veranschlagt. Im Veranlagungsentscheid über die Grundstückgewinnsteuer der Grundstückgewinnsteuer-Kommission vom 10. Dezember 2007 wurde dieser

Mangel behoben. Dies schlug sich auf die Höhe des Grundstücksgewinns nieder, welcher neu Fr. 1'664'543.– betrug, was eine Grundstückgewinnsteuer von Fr. 416'135.75 für alle Erben zur Folge hatte.

3. Die Rekurrenten forderten mit ihren Hauptanträgen, der Grundstücksgewinn für die ganze Erbengemeinschaft P.U. sei gemäss ihrer Deklaration auf Fr. 1'130'791.– festzulegen. Dieser Antrag ist in den Rekurschriften und auch in den Einsprachen, auf welche die Rekurrenten verweisen, nicht näher begründet. Aus der Steuererklärung, die am 9. Oktober 2007 bei der Grundstückgewinnsteuerkommission K. eingegangen ist, ergibt sich, dass die Rekurrenten bei den Anlagenkosten von einem Quadratmeterpreis von Fr. 130.– für die gesamte Fläche des GS Nr. 000 ausgegangen sind. Unter «Bemerkungen» wurde ausgeführt, dass sich der Preis von Fr. 130.– aus den Vorabklärungen der Gemeinde zur Höhe der Grundstückgewinnsteuer ergebe. Diese hätten nämlich einen Preis von Fr. 100.– bis Fr. 130.– vor 25 Jahren ergeben. Das Land liege unzweifelhaft an guter und zentraler Lage in K. und es habe damit gerechnet werden können, dass dieses früher oder später überbaut würde. Auch Fachleute, welche die Grundstücksituation in K. kennen würden, hätten klar geäussert, dass der Wert vor 25 Jahren bei Fr. 130.– gelegen habe. Entsprechend könne auf den Verkehrswert vor 25 Jahren abgestellt werden.

Die Rekurrenten gehen offensichtlich von der falschen Annahme aus, dass sich das Grundstück GS Nr. 000 bereits zu Beginn der 80iger Jahre in der Bauzone befunden habe. Das trifft aber offensichtlich nicht zu. Bis zum 12. Juni 1994 befand sich nur ein kleiner Teil des Grundstücks (gerundet 237 m<sup>2</sup>) in der Bauzone und erst mit der Zonenplanung 1994 wurde die Gesamtfläche von 4'414 m<sup>2</sup> der Wohnzone W2 mit speziellen Zonenvorschriften zugewiesen. Bis zu diesem Zeitpunkt war der Rest des Grundstücks Landwirtschaftsland, für welches keine Baulandpreise bezahlt wurden. Die Kommission ist im Veranlagungsentscheid vom 10. Dezember 2007 von einem Landpreis von Fr. 2.50 für die Berechnung des Verkehrswertes des Landwirtschaftslandes im Jahre 1982 ausgegangen. Gegen diesen Landpreis bringen die Rekurrenten keine Argumente vor. Bei dem kleinen Teil, der sich bereits in der Bauzone befand, ging man von Fr. 125.– aus, was den damaligen Baulandpreisen in diesem Bereich entsprach. Die Berechnung des Verkehrswertes vor 25 Jahren mit einem Betrag von total Fr. 40'068.– ist nicht zu beanstanden, so dass der Hauptantrag der Rekurrenten abgewiesen werden muss.

4. Einer eingehenden Prüfung bedarf aber der Eventualantrag der Rekurrenten, in welchem diese gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben eine Reduktion der Grundstückgewinnsteuer auf Fr. 128'000.– verlangen.

a) Gemäss Art. 9 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. In Lehre und Praxis lassen sich zwei hauptsächliche Stossrichtungen des als Grundrecht verstandenen Anspruchs auf Behandlung nach Treu und Glauben ausmachen: der Vertrauensschutz einerseits und das Verbot des Rechtsmissbrauchs andererseits. Behandlung nach Treu und Glauben kann nur fordern, wer nicht selber in relevanter Weise gegen dieses Gebot verstossen hat. Schutzwürdig ist sodann nur begründetes Vertrauen, wobei keine übermässigen Anforderungen an den Bürger gestellt werden dürfen (Christoph Rohner, St. Galler Kommentar zu Art. 9 BV, Rz 45 f.). Der Vertrauensschutz kann mit anderen, ebenfalls schutzwürdigen rechtsstaatlichen Grundsätzen kollidieren (Legalitätsprinzip, Rechtssicherheit), weshalb eine sorgfältige Abwägung der gegenläufigen Interessen geboten ist. Wichtigster Anwendungsfall ist der Schutz des Vertrauens in behördliche Auskünfte. Nach der Praxis des Bundesgerichts (vgl. BGE 129 I 170 f. mit Verweisen) können unrichtige individuelle Zusicherungen der Behörden Rechtswirkungen entfalten, wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen handelte (lit. a), wenn die Behörde für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn sie der Bürger aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten konnte (lit. b), wenn der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte (lit. c), wenn der Bürger im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können (lit. d) und wenn die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat (lit. e). Die Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein, d.h. fehlt es an einer der Voraussetzungen, so fällt der Vertrauensschutz dahin.

b) Damit eine Vertrauensgrundlage entstehen kann, muss eine Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf eine bestimmte Person gehandelt haben. Nur die an einen bestimmten Bürger gerichtete und auf einen bestimmten Fall bezogene Zusicherung einer Behörde vermag eine Abweichung vom Gesetz zu rechtfertigen. Die erforderliche Vertrauensgrundlage bildet meist eine behördliche Zusicherung, aber auch «ein sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten einer Behörde» (BGE 111 Ib 124 Erw. 4). Mit Schreiben vom 12. April 2005 teilte der Sekretär der Grundstückgewinnsteuerabteilung der Gemeinde K. der Urkundsperson der Einwohnergemeinde K. mit, dass sich aus der vorgesehenen Handänderung des Grundstücks Nr. 000 ein mutmasslicher Steuerbetrag von Fr. 128'000.- ergebe. Bei der öffentlichen Beurkundung sei für die Grundstückgewinnsteuer ein Depot zu leisten oder eine entsprechende Sicherheitsleistung zu erbringen. In der öffentlichen Urkunde über die interne Mutation und den Kaufrechtsvertrag vom

23. Juni 2005 ist unter Abschnitt D. Vertragsbedingungen, Ziff. 7 Abs. 2 festgehalten, dass gemäss Bestätigung der Grundstückgewinnsteuerabteilung der Einwohnergemeinde K. die mutmassliche Grundstückgewinnsteuer Fr. 128'000.– betrage. Ziffer 7 Abs. 3 enthält was folgt: «Zur Sicherstellung der Grundstückgewinnsteuer wird von der Käuferschaft ein Teil des Kaufpreises als Depot an die Einwohnergemeinde K. ... bezahlt». Absatz 4 bestimmt, dass die Einwohnergemeinde berechtigt sei, die rechtskräftig veranlagte Grundstückgewinnsteuer mit dieser Zahlung zu begleichen. Über einen Mehr- oder Minderbetrag werde direkt mit der Verkäuferschaft abgerechnet. Damit steht klar fest, dass die Auskunft in schriftlicher Form und bezogen auf die konkrete Situation erteilt wurde.

c) 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, B III lit. b Ziff. 2 mit Verweis auf BGE 112 Ia 220). Für das Gericht steht ausser Diskussion, dass A.B. als Gemeindeschreiber in Grundstückgewinnsteuersachen keine Kompetenz für verbindliche Zusagen zukommt. C. D. ist in der Gemeindeverwaltung K. die Person, welche für Auskünfte aus dem Bereich der Grundstückgewinnsteuern zuständig ist. Aus diesem Grund werden ihm auch alle entsprechenden Anfragen zugewiesen. Er ist zuständig für die Mitteilung an die Urkundsperson, mit welchem mutmasslichen Steuerbetrag gerechnet werden muss. Er ist hingegen nicht zuständig für die definitive Festsetzung der Grundstückgewinnsteuer. Dies ist Sache der Grundstückgewinnsteuer-Kommission. Die Festsetzung der Höhe des mutmasslichen Steuerbetrages im Sinne von § 202 StG fällt aber in seine Kompetenz. Welche Verbindlichkeit diese Angaben bezüglich des mutmasslichen Betrages für die endgültige Veranlagung der Grundstückgewinnsteuern durch die Kommission haben, ist weiter unten zu klären. Fest steht für das Gericht aber, dass C. D. für die fragliche Auskunft zuständig war.

d) Weiter zu prüfen ist die Frage, ob die Rekurrenten die Unrichtigkeit der Auskunft ohne Weiteres hätten erkennen können. Hierbei geht es um die Frage der Sorgfaltspflicht des Auskunftsempfängers. Von Bedeutung sind dabei die Erfahrung und Kenntnis des Auskunftsempfängers mit Bezug auf die erteilte Auskunft. Die Auskunft bezüglich des mutmasslichen Steuerbetrages war in erster Linie darum ungenau, weil der zuständige Sachbearbeiter bei der Berechnung des Verkehrswertes des Landes vor zwanzig Jahren von einem Preis ausging, der damals seiner Meinung nach für Bauland bezahlt wurde, ohne zu beachten, dass sich der weitaus

grösste Teil noch in der Landwirtschaftszone befand. Es ergibt sich aus den Akten nicht, dass diesbezüglich an den Sekretär der Grundstückgewinnsteuerkommission irgendwelche falschen Auskünfte von Seiten der Verkäufer erteilt worden wären. Die Unrichtigkeit der Auskunft konnte nicht ohne Weiteres erkannt werden.

e) Weiter zu klären ist, ob die Rekurrenten im Vertrauen auf die Zusicherungen der Behörden Dispositionen getroffen haben, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können. Wenn es um Vermögensdispositionen geht, so dürfen diese nicht unbedeutend sein (ZBI 1982, 418), wobei dies in jedem Einzelfall gesondert zu beurteilen ist. Zu denken ist in diesem Zusammenhang an Dispositionen, welche zu erheblichen finanziellen Verlusten führen würden, wenn man von den Zusicherungen der zuständigen Behördenvertreter abweichen würde. In ihrem Eingaben führen die Rekurrenten aus, wenn sie um die Höhe der Grundstückgewinnsteuern gewusst hätten, so hätten sie unter Umständen auf den Verkauf verzichtet und das Grundstück eventuell selber überbaut, vermietet und gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt auf den Markt gebracht.

Aus den Akten und den eingereichten Unterlagen ergeben sich keine klaren und eindeutigen Hinweise dafür, dass die Rekurrenten wegen des unrichtig berechneten mutmasslichen Steuerbetrages Dispositionen getroffen hätten, die nicht mehr ohne Nachteil hätten rückgängig gemacht werden können. Es soll dabei nicht in Zweifel gezogen werden, dass man sich unter Umständen ernsthaft damit befasst hätte, das Grundstück selber zu überbauen. Dass man mit einem solchen Vorgehen in wesentlichem Ausmass Grundstückgewinnsteuern gespart hätte, ist nicht erwiesen (es sei denn, man hätte viele Jahre mit der Veräusserung zugewartet). Dieses Kriterium erachtet das Gericht nicht als erfüllt. Im Übrigen muss nochmals darauf hingewiesen werden, dass C. D. den Rekurrenten keinen definitiven Steuerbetrag mitgeteilt hat.

f) Die gesetzliche Ordnung darf seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren haben, was unbestrittenermassen der Fall ist.

g) Zu prüfen bleibt noch, ob es sich bei der Mitteilung des Sekretärs der Grundstückgewinnsteuer-Kommission an die Urkundsperson überhaupt um eine «falsche» Auskunft bzw. Zusicherung gehandelt hat. Paragraph 202 Abs. 2 StG bestimmt, dass bei der öffentlichen Beurkundung ein Depot in der Höhe des mutmasslichen Steuerbetrages zu leisten ist. Nachdem sich aus den Materialien zum Steuergesetz (Bericht und Antrag des Regierungsrates und der vorberatenden Kommission sowie aus den Sitzungsprotokollen) keinerlei Hinweise für die Anwendung des Begriffs «mutmassli-

cher Steuerbetrag» ergeben, muss dieser nach dem Wortlaut ermittelt werden. «Mutmassen» ist gemäss Duden, Die deutsche Rechtschreibung, 21. Auflage, ein anderes Wort für «vermuten». Der Begriff «mutmasslich» enthält also ein wesentliches Element der Unsicherheit. Auf einem mutmasslich berechneten Steuerbetrag kann man aber eine Behörde im Hinblick auf den definitiven Steuerbetrag nicht behaften. Den entsprechenden Ausgleich bringt dem betroffenen Steuerpflichtigen die Bestimmung von § 201 StG, die regelt, dass eine allfällige Differenz zwischen der definitiven und der provisorischen Rechnungsstellung gegenseitig zu verzinsen ist. Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass C. D. gegenüber der Urkundsperson und damit gegenüber den Rekurrenten unmissverständlich erklärt hat, dass es sich um eine mutmassliche Angabe handle. Damit war auch klar, dass es Sache der Kommission sein würde, die definitive Berechnung der Grundstückgewinnsteuern vorzunehmen. Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass die Berechnung eines provisorischen Steuerbetrages, der fast dreimal tiefer ist als die definitive Steuerrechnung, auf eine unerklärlich oberflächliche Berechnungsweise der zuständigen Behörden hindeutet. Sinn und Zweck der Bestimmung von § 202 StG ist es ja gerade, im Interesse des Gemeinwesens und der Grundstückskäufer den mutmasslichen Steuerbetrag sicherzustellen.

Zusammenfassend kann bezüglich Vertrauensschutz festgestellt werden, dass die schriftliche Mitteilung vom 12. April 2005 zwar in einer konkreten Situation mit Bezug auf ein bestimmtes Verkaufsgeschäft erfolgte und dass der Sekretär der Kommission für diese Auskunft zuständig war. Ebenfalls geht das Gericht davon aus, dass die Rekurrenten die «Unrichtigkeit» der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnten. Das Gericht betrachtet es aber nicht als erwiesen, dass die Rekurrenten im Vertrauen auf die Auskunft Dispositionen getroffen haben, die ohne grössere finanzielle Nachteile nicht mehr rückgängig gemacht werden könnten. Entscheidend ist für das Gericht aber, dass sich sowohl aus dem Schreiben des Sekretärs der Grundstückgewinnsteuer-Kommission wie auch aus der öffentlichen Urkunde klar ergab, dass es sich nur um einen mutmasslichen Steuerbetrag handle. Damit wussten die Verkäufer, dass der endgültige Steuerbetrag noch berechnet werden musste und dass man – trotz des Leistens einer Depotzahlung – mit der Gemeinde noch über einen definitiven Minder- oder Mehrertrag würde abrechnen müssen. Damit entfällt die Berufung auf den Vertrauensschutz.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. April 2009

A 2008/22

Eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 1. November 2009 abgewiesen (2C\_389/2009).

## 5. Sozialversicherung

Art. 28 Abs. 1 lit. c IVG i.V.m. Art. 8 ATSG – Begriff der Invalidität. Die im Bereich der obligatorischen Unfallversicherung entwickelte bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach ein Schleudertrauma der Halswirbelsäule auch ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle zu länger dauernden, die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit beeinträchtigenden Beschwerden führen kann, ist auch im Bereich der Eidgenössischen Invalidenversicherung zu berücksichtigen. Liegt demgemäss ein so genannt typisches Beschwerdebild mit einer Häufung von Beschwerden wie diffuse Kopfschmerzen, Schwindel, Konzentrations- und Gedächtnisstörungen, Übelkeit, rasche Ermüdbarkeit, Visusstörungen, Reizbarkeit, Affektlabilität, Depression, Wesensveränderung etc. vor, kann im Hinblick auf die Festsetzung der Arbeitsfähigkeit nicht unbesehen die Rechtsprechung zur anhaltenden somatoformen Schmerzstörung zur Anwendung gebracht werden.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Um den Invaliditätsgrad bemessen zu können, ist die Verwaltung (und im Beschwerdefall der Richter) auf Unterlagen angewiesen, die der Arzt und gegebenenfalls auch andere Fachleute zur Verfügung zu stellen haben. Aufgabe des Arztes ist es, den Gesundheitszustand zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten der Versicherte arbeitsunfähig ist. Im Weiteren sind die ärztlichen Auskünfte eine wichtige Grundlage für die Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen dem Versicherten noch zugemutet werden können (BGE 105 V 158 f. Erw. 1). Geistige Gesundheitsschäden vermögen dabei grundsätzlich in gleicher Weise wie die körperlichen eine Invalidität zu bewirken. Dazu gehören neben den eigentlichen Geisteskrankheiten auch seelische Abwegigkeiten mit Krankheitswert. Nicht als Auswirkungen einer krankhaften seelischen Verfassung und damit invalidenversicherungsrechtlich nicht als relevant gelten hingegen Beeinträchtigungen der Erwerbsfähigkeit, welche die versicherte Person bei Aufbietung allen guten Willens, Arbeit in ausreichendem Masse zu verrichten, zu vermeiden vermöchte, wobei das Mass des Forderbaren weitgehend objektiv bestimmt werden muss (BGE 130 V 353 Erw. 2.2.1 mit Hinweisen). Für die Invaliditätsbemessung ist indessen nicht die medizinisch-theoretische Schätzung der Arbeitsfähigkeit durch den Arzt ausschlaggebend, sondern vielmehr die durch

den Gesundheitsschaden bedingte Einschränkung der Erwerbsmöglichkeiten auf dem gesamten für den Versicherten in Betracht fallenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt (BGE 110 V 275).

(...)

3.3 Aufgrund der aufgeführten medizinischen Aktenlage ist festzustellen, dass sich zunächst nach dem ersten, eher leichten Unfall vom 27. Januar 2005 nach einem zwar verzögerten Heilungsverlauf rund ein halbes Jahr nach dem damaligen Ereignis die Situation doch soweit gebessert hatte, dass ab dem 20. Juni 2005 wieder eine Arbeitsfähigkeit von immerhin 70% im Beruf als kaufmännische Angestellte – die Beschwerdeführerin übte diesen Beruf damals in einem 80%-Pensum aus – erreicht war und ärztlicherseits durchwegs eine günstige Prognose gestellt wurde. Nach dem zweiten Auffahrunfall vom 8. September 2005 wurden in den ärztlichen Berichten jedoch erneut Übelkeit und Schwindel, mit einer Latenz von einigen Stunden auch in beide Schultern ausstrahlende Kopf- und Nackenschmerzen sowie vorübergehend Kribbelparästhesien in der linken ulnaren Hand geschildert. Weiter wurden leichte Konzentrationsstörungen und ab Februar 2006 auch Ermüdbarkeit erwähnt. Ab Juli 2006 wurde zudem wegen einer inzwischen eingetretenen depressiven Entwicklung eine psychiatrische Behandlung in die Wege geleitet, wobei Symptome wie Lärm- und Lichtempfindlichkeit, Schlafstörungen, Einschränkung der kognitiven Funktionen oder Verminderung des Selbstwertgefühls erwähnt wurden. In der Folge blieben aus diagnostischer Sicht ein chronisches cervicales Schmerzsyndrom sowie rezidivierende leichte depressive Episoden zurück. Diese verstärkten sich nach Einschätzung des Hausarztes sowie des behandelnden Psychiaters jeweils vor allem belastungsabhängig, weshalb denn auch die ab April 2006 zwischenzeitlich erreichte Arbeitsfähigkeit von 50% ab 18. Dezember 2006 wieder auf 30% reduziert wurde. Irgendwelche somatischen Läsionen konnten weder durch Röntgen- noch durch MRI-Untersuchungen nachgewiesen werden.

3.4 Dass damit kein im eigentlichen Sinne objektifizierbares Beschwerdebild vorliegt, ist grundsätzlich unbestritten. Indessen deutet die geschilderte Symptomatik immerhin auf das Vorliegen eines so genannten bunten Beschwerdebildes nach einem erlittenen Schleudertrauma der Halswirbelsäule hin. Nach der insoweit nach wie vor geltenden Rechtsprechung ist speziell im Hinblick auf Fälle, in welchen eine versicherte Person bei einem Unfall ein so genanntes Schleudertrauma der HWS, ein Schädel-Hirn-Trauma oder eine äquivalente Verletzung erlitten hat, von der Annahme auszugehen, dass eine solche Verletzung auch ohne organisch nachweisbare (objektivierbare) Funktionsausfälle zu länger dauernden, die Arbeits- und

Erwerbsfähigkeit beeinträchtigenden Beschwerden führen kann. Ist daher ein Schleudertrauma der Halswirbelsäule diagnostiziert und liegt ein für diese Verletzung typisches Beschwerdebild mit einer Häufung von Beschwerden wie diffuse Kopfschmerzen, Schwindel, Konzentrations- und Gedächtnisstörungen, Übelkeit, rasche Ermüdbarkeit, Visusstörungen, Reizbarkeit, Affektlabilität, Depression, Weensveränderung usw. vor, so ist auch der natürliche Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und dem danach eingetretenen Gesundheitsschaden in der Regel anzunehmen (BGE 119 V 338, 117 V 359; 117 V 377; zuletzt bestätigt in BGE 134 V 109). Im vorliegend zur Diskussion stehenden Bereich der Invalidenversicherung ist nun zwar nicht in erster Linie entscheidend, ob die geklagten Beschwerden noch in einem natürlichen Kausalzusammenhang mit den beiden Unfallereignissen vom 27. Januar 2005 und vom 8. September 2005 stehen. Zumindest die im Bereich der obligatorischen Unfallversicherung erfolgte Feststellung, dass ein so genanntes Schleudertrauma der HWS auch ohne organisch nachweisbare (objektivierbare) Funktionsausfälle zu länger dauernden, die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit beeinträchtigenden Beschwerden führen kann, hat jedoch auch im Bereich der Eidgenössischen Invalidenversicherung zu gelten, stimmt doch der Invaliditätsbegriff als solcher in der Invalidenversicherung mit demjenigen in der obligatorischen Unfallversicherung grundsätzlich überein (BGE 119 V 470 Erw. 2b). Anders entscheiden zu wollen wäre mit der bundesgerichtlichen Praxis zu den so genannten Schleudertraumafällen nicht vereinbar.

3.5 Die Beschwerdegegnerin verneint die Relevanz der ärztlicherseits attestierten Arbeitsunfähigkeit für eine aus invalidenversicherungsrechtlicher Sicht anzunehmende Invalidität im Wesentlichen mit der Begründung, die geklagten Beschwerden seien somatisch nicht objektivierbar. Eine rein subjektive Schmerzsymptomatik könne jedoch nur als die Arbeitsfähigkeit einschränkend anerkannt werden, wenn begleitende Faktoren vorlägen, welche die zur Schmerzüberwindung und Verwirklichung einer Arbeitsleistung notwendige Willensanstrengung verunmöglichten. Damit lehnt sich die Beschwerdegegnerin offensichtlich an die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur anhaltenden somatoformen Schmerzstörung an.

3.5.1 Nach dieser Rechtsprechung vermag namentlich eine diagnostizierte, unter die Kategorie der psychischen Gesundheitsschäden fallende anhaltende somatoforme Schmerzstörung als solche in der Regel keine lang dauernde, zu einer Invalidität führende Einschränkung der Arbeitsfähigkeit im Sinne von Art. 8 ATSG zu bewirken. Ein Abweichen von diesem Grundsatz fällt nur in jenen Fällen in Betracht, in denen die festgestellte somatoforme Schmerzstörung nach Einschätzung des Arztes eine derartige Schwere aufweist, dass der versicherten Person die Verwertung

ihrer verbleibenden Arbeitskraft auf dem Arbeitsmarkt bei objektiver Betrachtung – und unter Ausschluss von Einschränkungen der Leistungsfähigkeit, die auf aggravatorisches Verhalten zurückzuführen sind – sozialpraktisch nicht mehr zumutbar oder dies für die Gesellschaft gar untragbar ist. Die – nur in Ausnahmefällen anzunehmende – Unzumutbarkeit einer willentlichen Schmerzüberwindung und eines Wiedereinstiegs in den Arbeitsprozess setzt jedenfalls das Vorliegen einer mitwirkenden, psychisch ausgewiesenen Komorbidität von erheblicher Schwere, Intensität, Ausprägung und Dauer oder aber das Vorhandensein anderer qualifizierter, mit gewisser Intensität und Konstanz erfüllter Kriterien voraus. So sprechen unter Umständen (1) chronische körperliche Begleiterkrankungen und mehrjähriger Krankheitsverlauf bei unveränderter oder progredienter Symptomatik ohne längerfristige Remission, (2) ein ausgewiesener sozialer Rückzug in allen Belangen des Lebens, (3) ein verfestigter, therapeutisch nicht mehr angehbarer innerseelischer Verlauf einer an sich missglückten, psychisch aber entlastenden Konfliktbewältigung (primärer Krankheitsgewinn [«Flucht in die Krankheit»]) oder schliesslich (4) unbefriedigende Behandlungsergebnisse trotz konsequent durchgeführter ambulanter und/oder stationärer Behandlungsbemühungen (auch mit unterschiedlichem therapeutischem Ansatz) und gescheiterte Rehabilitationsmassnahmen bei vorhandener Motivation und Eigenanstrengung der versicherten Person für die ausnahmsweise Unüberwindlichkeit der somatoformen Schmerzstörung (BGE 130 V 354 f. Erw. 2.2.3 mit zahlreichen Hinweisen). Genügt – bei weitgehendem Fehlen eines somatischen Befundes – die (rein) psychiatrische Erklärbarkeit der Schmerzsymptomatik allein für eine sozialversicherungsrechtliche Leistungsbegründung nicht, obliegt der begutachtenden Fachperson der Psychiatrie im Rahmen der – naturgemäss mit Ermessenszügen behafteten – ärztlichen Stellungnahme zur Arbeits(un)fähigkeit und der Darlegungen zu den einer versicherten Person aus medizinischer Sicht noch zumutbaren Arbeitsfähigkeit die Aufgabe, durch die zur Verfügung stehenden diagnostischen Möglichkeiten fachkundiger Exploration der Verwaltung (und im Streitfall dem Gericht) aufzuzeigen, ob und inwiefern eine versicherte Person über psychische Ressourcen verfügt, die es ihr erlauben, mit ihren Schmerzen umzugehen. Entscheidend ist, ob die betroffene Person, von ihrer psychischen Verfassung her besehen, objektiv an sich die Möglichkeit hat, trotz ihrer subjektiv erlebten Schmerzen einer Arbeit nachzugehen (BGE 130 V 355 Erw. 2.2.4 mit Hinweisen). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind diese im Bereich der somatoformen Schmerzstörung entwickelten Grundsätze auch bei der Würdigung des invalidisierenden Charakters einer Fibromyalgie analog anzuwenden, weist doch die Fibromyalgie zahlreiche mit den somatoformen Schmerzstörungen gemeinsame Aspekte auf (BGE 132 V 65).

3.5.2 In den vorliegenden ärztlichen Unterlagen findet sich nirgends die Diagnose einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung oder einer Fibromyalgie. Stattdessen ist stets von einem Status nach zweimaligem HWS-Distorsionstrauma mit cervicocephalem und cervicospodylogem Syndrom, leichten Konzentrationsstörungen und einer rezidivierenden angstdepressiven Störung die Rede. Das entsprechende Beschwerdebild kann dabei aber nicht unbeschrieben einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung gleichgesetzt werden. Letztere stellt nämlich keineswegs eine generelle Auffangdiagnose für alle möglichen Formen organisch nicht oder nicht vollständig erklärbarer Schmerzen dar, sondern setzt ihrerseits das Vorhandensein der unter der ICD-10-Kodierung F45.4 aufgeführten diagnostischen Kriterien voraus. Es obliegt dabei jedenfalls einem Facharzt der Psychiatrie, erstens die entsprechende Diagnose überhaupt zu stellen und zweitens aufzuzeigen, ob und inwiefern eine versicherte Person über psychische Ressourcen verfügt, die es ihr erlauben, mit ihren Schmerzen umzugehen. Die lediglich aufgrund der Akten erfolgte Stellungnahme des RAD-Arztes und Allgemeinmediziners Dr. A. genügt diesen Anforderungen hingegen offenkundig nicht.

3.6 Anhand der vorliegenden Aktenlage lässt sich immerhin die Frage stellen, ob die im Verlauf eingetretene depressive Symptomatik ihrerseits tatsächlich noch als Teil des so genannten typischen Beschwerdebildes nach erlittenem Schleudertrauma der Halswirbelsäule zu werten ist oder ob es sich dabei inzwischen um eine eigenständige bzw. verselbständigte psychiatrische Diagnose handelt. So deutete namentlich Dr. B. in seinem Bericht vom 26. September 2006 an, dass sich auch private und berufliche Belastungen negativ auf die Schmerzverarbeitung auswirken könnten. Ebenso erwähnte der SUVA-Kreisarzt Dr. C. eine mögliche psychosoziale Komponente. Ob allein mit den im Übrigen verbliebenen Nacken- und Kopfschmerzen sowie dem gelegentlichen Schwindel das so genannte bunte Beschwerdebild noch als gegeben erachtet werden müsste, erschiene dabei immerhin als fraglich. Möglicherweise müssten diese Beschwerde stattdessen tatsächlich im Rahmen einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung oder einer Fibromyalgie gesehen werden. Der behandelnde Psychiater Dr. D. äussert sich zu dieser Problemstellung jedenfalls nicht weiter. Er beschränkt sich in seinen Ausführungen vielmehr auf die spezifisch psychiatrischen Aspekte und verweist im Übrigen – wie von der Beschwerdegegnerin insoweit zu Recht festgestellt – auf die eher aufgrund der eigentlichen Schmerzproblematik erfolgte Arbeitsunfähigkeitsbeurteilung durch den Hausarzt Dr. B. Der medizinische Sachverhalt ist damit aber nicht genügend klar erstellt, um gestützt darauf die invalidenversicherungsrechtliche Relevanz der attestierten Arbeitsunfähigkeit zuverlässig beurteilen zu können. Die Beschwerdegegnerin wird daher die erforderlichen ergänzenden Abklärungen – mit Vorteil in

Form einer polydisziplinären Abklärung unter explizitem Einschluss des Fachgebiets der Psychiatrie – in die Wege zu leiten und gestützt auf die entsprechenden Ergebnisse neu zu entscheiden haben. Sollte sich dabei ergeben, dass das zum Zeitpunkt der leistungsablehnenden Verfügung vom 10. August 2007 weiterhin geklagte Beschwerdebild noch immer im eigentlichen Sinne einem typischen Beschwerdebild nach erlittenem Schleudertrauma der Halswirbelsäule entspricht, wäre die Leistungspflicht der Invalidenversicherung grundsätzlich gegeben, wobei immerhin die verbleibende Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit und unter Ausschluss psycho-sozialer Aspekte wie beispielsweise der erwähnten Spannungen am Arbeitsplatz noch einer näheren Abklärung bedürfte. Sollte sich hingegen ergeben, dass die noch immer geklagten Beschwerden nicht mehr oder nicht mehr vollumfänglich im Rahmen eigentlicher Schleudertraumafolgen gesehen werden können, stattdessen zum heutigen Zeitpunkt in der Tat von einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung oder von einem anderen verselbständigten Beschwerdebild ausgegangen werden müsste, wären die diesfalls erforderlichen weiteren Abklärungen vorzunehmen. Nicht entscheidend ist dabei, dass der Unfallversicherer seinerseits die Versicherungsleistungen per 31. August 2007 mit dem Hinweise auf einen in jedem Fall fehlenden adäquaten Kausalzusammenhang eingestellt hat. Die Beschwerdeführerin lässt insoweit zu Recht darauf hinweisen, dass damit noch nichts darüber ausgesagt wird, ob eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit, welche der Unfallversicherer zumindest bis zum 31. August 2007 immerhin angenommen hat, dennoch vorliegt.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. März 2009  
S 2007/121

Art. 28 Abs. 2 IVG in der bis 31. Dezember 2007 geltenden Fassung; Art. 16 ATSG – Bestimmung des Invaliditätsgrads nach der ausserordentlichen Bemessungsmethode. In Anwendung der ausserordentlichen Bemessungsmethode darf für die erwerbliche Gewichtung des Betätigungsvergleichs nicht auf die schweizerische Lohnstrukturhebung des Bundesamtes für Statistik (LSE) abgestellt werden. Die Vergleichseinkommen sind vielmehr unter Berücksichtigung der einzelfallbezogenen Kriterien (Betriebsgrösse, Branche, Erfahrung des Betriebsinhabers etc.) zu ermitteln. Für die Bemessung des wirtschaftlichen Werts einer Tätigkeit ist dabei von den diesbezüglichen, möglichst einzelfallbezogenen Ansätzen auszugehen, welche etwa bei den branchenspezifischen Berufsverbänden erfragt werden können.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

A., Jahrgang 1944, selbständig erwerbender Metallbauzeichner, wurde am 28. Oktober 2003 beim Fahrradfahren in einem Kreisel von einem Sattelschlepper touchiert und zu Fall gebracht. In der Folge wurden sein linkes Bein und der rechte Fuss von den Achsen des Anhängers überfahren. A. erlitt dabei multiple Haut-, Weichteil-, Nerven-, Gefäss- und Knochenverletzungen. Nach einer Hospitalisation mit mehreren Operationen im Spital X. bis 26. Februar 2004 folgte noch ein mehrmonatiger stationärer Aufenthalt in der Rehaklinik Y., welche A. schliesslich am 4. Juni 2004 verlassen konnte. Ab 1. November 2004 attestierte Dr. med. Z., leitender Arzt Chirurgie/Unfallchirurgie am Spital X., wieder eine Arbeitsfähigkeit von 20%. Am 16. Dezember 2004 meldete sich A. zum Bezug von Leistungen der Eidgenössischen Invalidenversicherung an. Die IV-Stelle des Kantons Zug holte die erforderlichen medizinischen Unterlagen ein und liess zudem am 20. Juni 2006 eine berufliche Abklärung im Betrieb des Beschwerdeführers durchführen. Ein reiner Betätigungsvergleich ergab dabei eine Einschränkung von 72%, während ein – allerdings anhand unsicherer Zahlenmaterials angestellter – Einkommensvergleich eine Erwerbseinbusse von 62% ergab. Nachdem Dr. Z. mit Bericht vom 20. Januar 2007 seinerseits noch immer eine Arbeitsfähigkeit von maximal 30% geschildert hatte, stellte die IV-Stelle des Kantons Zug mit Vorbescheid vom 5. April 2007 basierend auf einem nach der ausserordentlichen Bemessungsmethode errechneten Invaliditätsgrad von 65% die Zusprechung einer Dreiviertelsrente ab 1. Oktober 2004 in Aussicht. Daran hielt die IV-Stelle auch mit Verfügung vom 23. November 2007 fest. Am 10. Januar 2008 liess A. beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Beschwerde einreichen und beantragen, die Verfügung vom 23. November 2007 sei aufzuheben und es sei ihm ab 1. Oktober 2004 zufolge eines Invaliditätsgrades von über 70% eine ganze Rente zuzusprechen. Die IV-Stelle des Kantons Zug beantragte die Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

(...)

7. Die Parteien stimmen zumindest insoweit überein, dass in diesem Fall das ausserordentliche Bemessungsverfahren zur Anwendung gelange. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, nachdem die Abklärungen ergeben haben, dass keine verlässlichen Zahlen für einen eigentlichen Einkommensvergleich vorliegen. So sind nicht nur die vor dem Unfall vom 10. Oktober 2003 erzielten Einkünfte des Beschwerdeführers kaum verwertbar, da offenbar die in den einzelnen Jahren erzielten Umsätze nicht richtig von einander abgegrenzt und zudem die Ergebnisse durch diverse Weiterbildungen stark beeinflusst wurden. Auch die Zahlen ab Wiederaufnahme seiner Tätigkeit am 1. November 2004 wurden offenbar nicht gesondert nach einzelnen Jahren ausgewiesen. Die aufgrund dieser Umstände stark schwankenden Jahreseinkommen sind damit für eine Invaliditätsgradbemessung nicht geeignet. Entsprechend der ausserordentlichen Bemessungsmethode ist demnach vom im Abklärungsbericht vom 6. Juli 2006 angestellten Betätigungsvergleich auszugehen, welcher indessen gemäss den Vorgaben in BGE 128 V 29 noch erwerblich zu gewichten ist.

7.1 Die Beschwerdegegnerin hat ihrerseits im Vorbescheid vom 5. April 2007 bzw. mit Verfügung vom 23. November 2007 eine solche erwerbliche Gewichtung vorgenommen. Sie ging dabei offensichtlich zunächst vom Tätigkeitsvergleich ihres Abklärers B. aus, fasste aber die Bereiche Betriebsleitung und Planungsarbeiten zusammen, gewichtete diese Tätigkeiten mit insgesamt 70% und ging insoweit von einer Einschränkung von 57% aus. Weiter legte sie hierfür – ausgehend von den LSE-Löhnen 2004 im Bereich Baugewerbe mit dem Anforderungsniveau 1+2 – einen Ansatz von Fr. 6'243.– pro Monat zugrunde und gelangte damit bei einem entsprechenden Jahreseinkommen ohne Behinderung von Fr. 52'441.– zu einer behinderungsbedingten Einbusse von Fr. 29'891.–. Den Bereich Baustellenarbeit gewichtete die Beschwerdegegnerin mit 30% und berücksichtigte dabei eine Einschränkung von 90%. Ausgehend von den LSE-Löhnen im Baugewerbe für das Anforderungsniveau 4 von Fr. 4'829.– pro Monat ermittelte sie bei einem Jahreseinkommen ohne Behinderung von Fr. 17'384.– eine behinderungsbedingte Erwerbseinbusse von Fr. 15'646.–. Damit ergab sich gemäss Berechnung der Beschwerdegegnerin ein hypothetisches Valideneinkommen von Fr. 69'826.– und ein Invalideneinkommen von Fr. 24'288.–, was einer behinderungsbedingten Erwerbseinbusse von Fr. 45'537.– bzw. einem Invaliditätsgrad von 65% entspricht.

7.2 Dieser Vorgehensweise der Beschwerdegegnerin kann in mehrfacher Hinsicht nicht gefolgt werden. So weist der Beschwerdeführer zunächst zu Recht darauf hin, dass es sich bei der im Tätigkeitsvergleich aufgeführten Baustellenarbeit keineswegs um schlechter qualifizierte Arbeiten handle. Die an Ort und Stelle durchzuführenden Ausmess- und Kontrolltätigkeiten setzen offensichtlich ebenso qualifizierte Fachkenntnisse voraus wie die eigentlichen Planungsarbeiten. Dies heisst allerdings noch nicht, dass insoweit auch zum vornherein dieselben Ansätze für beide Bereiche zur Anwendung gelangen müssten. Jedenfalls nicht zulässig ist jedoch das Abstellen auf die Löhne des Anforderungsniveaus 4 für die Baustellentätigkeit, handelt es sich doch dabei jedenfalls nicht um bloss einfache und repetitive Tätigkeiten, wie sie auch von unqualifiziertem Personal ausgeübt werden könnten. Indem die Beschwerdegegnerin in diesem mit 90% am stärksten beeinträchtigten Teilbereich der beschwerdeführerischen Berufsausübung einen solchermassen unverhältnismässig tiefen Ansatz zur Anwendung bringt, verzerrt sie das Ergebnis der erwerblichen Gewichtung des Tätigkeitsvergleichs in nicht unwesentlichem Ausmass zu Ungunsten des Beschwerdeführers.

7.3 Nicht zulässig ist sodann auch das Zusammenfassen der beiden im Tätigkeitsvergleich vom 6. Juli 2006 noch separat und mit unterschiedlichen Einschränkungen ausgewiesenen Teilbereiche Betriebsleitung und Stahl- und Metallbauplanung. Der Beschwerdeführer kritisiert diesbezüglich auch zu Recht, dass die dabei verwendete Einschränkung von 57% nicht begründet wird. Sollte sie tatsächlich als Mittelwert zwischen der in der Betriebsleitung angenommenen Einschränkung von 50% und der in der Stahl- und Metallplanung festgestellten Einschränkung von 66% gedacht sein, erweise sich auch diese Berechnungsweise als offensichtlich zu Ungunsten des Beschwerdeführers verfälschend, macht doch die Betriebsleitung lediglich einen zeitlichen Anteil von 10% aus, während die eigentlichen Stahl- und Metallbauplanungsarbeiten immerhin mit 60% gewichtet wurden. Wollte man also – davon ausgehend, dass jeweils derselbe Ansatz zur Anwendung gelange – diese beiden Bereiche schon zusammenfassen, so hätte zumindest von einer entsprechenden Einschränkung von immer noch rund 64% und nicht bloss von 57% ausgegangen werden müssen.

7.4 Schliesslich gilt es auch darauf hinzuweisen, dass nach der insoweit klaren bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei der ausserordentlichen Bemessungsmethode für die erwerbliche Gewichtung ohnehin gar nicht auf die schweizerische Lohnstrukturerhebung des Bundesamtes für Statistik (LSE) abgestellt werden darf, sondern die Ermittlung der Vergleichseinkommen unter Berücksichtigung der einzelfallbezogenen Kriterien (Betriebsgrösse, Branche, Erfahrung des Betriebsinhabers

etc.) zu erfolgen hat (BGE 128 V 29 Erw. 4e; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 7. April 2004, I 202/03, Erw. 5.5). Die ausserordentliche Methode ist nämlich keine Untervariante der allgemeinen Methode, da sie in jenen Fällen zur Anwendung gelangt, in welchen selbst eine hypothetische Ermittlung der Erwerbseinkommen nicht möglich ist; sie lehnt sich vielmehr an die spezifische Methode an, indem sie einen Betätigungsvergleich verlangt, welcher danach erwerblich zu gewichten ist. Wenn nun aber eine Ermittlung der Einkommen möglich wäre, wird die Anwendung der ausserordentlichen Methode hinfällig, und es könnte die Bemessung des Invaliditätsgrades direkt nach der allgemeinen Methode des Einkommensvergleichs erfolgen (BGE 128 V 29 Erw. 4a mit Hinweisen). Für die Bemessung des wirtschaftlichen Werts einer Tätigkeit im Rahmen der ausserordentlichen Methode ist daher vielmehr von den diesbezüglichen, möglichst einzel-fallbezogenen Ansätzen auszugehen, welche etwa bei den branchenspezifischen Berufsverbänden erfragt werden können (BGE BGE 128 V 29 Erw. 4c).

7.5 Die von der Beschwerdegegnerin vorgenommene Gewichtung des Tätigkeitsvergleichs erweist sich damit insgesamt als nicht korrekt. Die Beschwerdegegnerin wird daher eine erneute Berechnung des Invaliditätsgrades nach der ausserordentlichen Bemessungsmethode vorzunehmen haben. Dabei sind die branchenüblichen Einkommenswerte abzuklären und auf die Einschränkungen des Beschwerdeführers gemäss Tätigkeitsvergleich vom 6. Juli 2006, welcher seinerseits keiner weiteren Modifikationen bei der Abgrenzung der einzelnen Teilbereiche bedarf, anzuwenden.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. März 2009

S 2008/2

Invalidenversicherung: Nicht jede Gewährung von Hilfsmitteln hat eine wesentliche Veränderung der Hilflosigkeit im Sinne von Art. 17 Abs. 2 ATSG in Verbindung mit Art. 35 Abs. 2 IVV zur Folge.

Sachverhalt:

Die Versicherte, U. I., Jahrgang 1967, Büroangestellte mit Fähigkeitsausweis, leidet seit ihrem dritten Altersjahr an juveniler Polyarthrit. Über die Jahre hinweg wurden ihr von der Invalidenversicherung immer wieder Hilfsmittel, aber auch Amorti-

sationsbeiträge an ein behindertengerecht umgebautes Fahrzeug gewährt. Ab 1. März 2003 wurde ihr eine halbe, ab 1. September 2003 eine ganze IV-Rente zugesprochen. Schliesslich wurde ihr aufgrund eines entsprechenden Abklärungsberichts mit Verfügung vom 17. August 2004 rückwirkend ab 1. März 2003 eine Hilflosenentschädigung, basierend auf einer mittleren Hilflosigkeit, ausgerichtet. Per 2007 gewährte ihr die Invalidenversicherung den Umbau der Dusche mit Duschklapsitz und Griffen, den Einbau eines Toilettenlifts sowie die Kostengutsprache für die leihweise Überlassung eines Elektrobettes. In der Folge wurde die Hilflosenentschädigung in Revision gezogen. Aufgrund eines neuen Abklärungsberichts wurde die Hilflosenentschädigung mit Vorbescheid vom 24. Juli 2007 resp. mit Verfügung vom 8. Mai 2008, nun basierend auf einer leichten Hilflosigkeit, reduziert.

...

Aus den Erwägungen:

...

4.

4.1 Versicherte mit Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt (Art. 13 ATSG) in der Schweiz, die hilflos (Art. 9 ATSG) sind, haben gemäss Art. 42 IVG Anspruch auf eine Hilflosenentschädigung. Vorbehalten bleibt Artikel 42bis IVG (Abs. 1). Als hilflos gilt eine Person, die wegen einer Beeinträchtigung der Gesundheit für alltägliche Lebensverrichtungen dauernd der Hilfe Dritter oder der persönlichen Überwachung bedarf (Art. 9 ATSG). Im Bereich der Invalidenversicherung gilt auch eine Person als hilflos, welche zu Hause lebt und wegen der gesundheitlichen Beeinträchtigung dauernd auf lebenspraktische Begleitung angewiesen ist (Art. 42 Abs. 3 Satz 1 IVG; Art. 38 der Verordnung über die Invalidenversicherung; IVV). Praxisgemäss (BGE 121 V 90 Erw. 3a mit Hinweisen) sind die folgenden sechs alltäglichen Lebensverrichtungen massgebend: Ankleiden/Auskleiden; Aufstehen/Absitzen/Abliegen; Essen; Körperpflege; Verrichtung der Notdurft; Fortbewegung (im oder ausser Haus)/Kontaktaufnahme (BGE 127 V 97 Erw. 3c, 125 V 303 Erw. 4a). Bei Lebensverrichtungen, die mehrere Teilfunktionen umfassen, ist nach der Rechtsprechung nicht verlangt, dass die versicherte Person bei der Mehrzahl dieser Teilfunktionen fremder Hilfe bedarf; vielmehr ist bloss erforderlich, dass sie bei einer dieser Teilfunktionen regelmässig in erheblicher Weise auf direkte oder indirekte Dritthilfe angewiesen ist (BGE 121 V 91 Erw. 3c; Urteile vom 25. April 2005 [U 442/04] Erw. 1, vom 7. Juni 2005 [H 163/04] Erw. 2.2.1 und vom 29. Dezember 2005 [I 296/05] Erw. 2.2.2).

Artikel 37 IVV sieht drei Hilfsfreiheitsgrade vor. Gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung gilt die Hilfsfreiheit als schwer, wenn die versicherte Person vollständig hilflos ist. Dies ist der Fall, wenn sie in allen alltäglichen Lebensverrichtungen regelmässig in erheblicher Weise auf die Hilfe Dritter angewiesen ist und überdies der dauernden Pflege oder der persönlichen Überwachung bedarf. Gemäss Art. 37 Abs. 2 IVV gilt die Hilfsfreiheit als mittelschwer, wenn die versicherte Person trotz der Abgabe von Hilfsmitteln in den meisten alltäglichen Lebensverrichtungen regelmässig in erheblicher Weise auf die Hilfe Dritter angewiesen ist (lit. a) oder in mindestens zwei alltäglichen Lebensverrichtungen regelmässig in erheblicher Weise auf die Hilfe Dritter angewiesen ist und überdies einer dauernden persönlichen Überwachung bedarf (lit. b) oder in mindestens zwei alltäglichen Lebensverrichtungen regelmässig in erheblicher Weise auf die Hilfe Dritter und überdies dauernd auf lebenspraktische Begleitung im Sinne von Artikel 38 IVV angewiesen ist (lit. c). Nach der Rechtsprechung setzt Hilfsfreiheit mittelschweren Grades nach Art. 37 Abs. 2 lit. a IVV (vor 1. Januar 2004: Art. 36 IVV) eine Hilfsbedürftigkeit in mindestens vier alltäglichen Lebensverrichtungen voraus (BGE 121 V 90 Erw. 3b, 107 V 151 Erw. 2; Kreisschreiben über Invalidität und Hilfsfreiheit in der Invalidenversicherung, KSIH, Rz. 8009). Die Hilfsfreiheit gilt als leicht, wenn die versicherte Person trotz Abgabe von Hilfsmitteln in mindestens zwei alltäglichen Lebensverrichtungen regelmässig in erheblicher Weise auf die Hilfe Dritter angewiesen ist (lit. a), einer dauernden persönlichen Überwachung bedarf (lit. b), einer durch das Gebrechen bedingten ständigen und besonders aufwendigen Pflege bedarf (lit. c), wegen einer schweren Sinnesschädigung oder eines schweren körperlichen Gebrechens nur dank regelmässiger und erheblicher Dienstleistungen Dritter gesellschaftliche Kontakte pflegen kann (lit. d), oder dauernd auf lebenspraktische Begleitung im Sinne von Art. 38 IVV angewiesen ist (Art. 37 Abs. 3 IVV).

4.2 Bei der Erarbeitung der Grundlagen für die Bemessung der Hilfsfreiheit ist eine enge, sich ergänzende Zusammenarbeit zwischen Arzt und Verwaltung erforderlich. Der Arzt hat anzugeben, inwiefern die versicherte Person in ihren körperlichen und geistigen Funktionen durch das Leiden eingeschränkt ist. Die Versicherung ihrerseits nimmt weitere Abklärungen an Ort und Stelle vor. Bei Unklarheiten über physische oder psychische Störungen oder deren Auswirkungen auf die alltäglichen Lebensverrichtungen sind Rückfragen beim Arzt nicht nur zulässig, sondern notwendig (Urteil des Bundesgerichts vom 29. Dezember 2005 [I 296/05] Erw. 2.2.3). Für den Beweiswert eines von der Invalidenversicherung nach den Verwaltungsweisungen des Bundesamtes für Sozialversicherung eingeholten Abklärungsberichtes im Sinne der obigen Ausführungen sind nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts verschiedene Faktoren zu

berücksichtigen. Wesentlich ist, dass als Berichterstatterin eine qualifizierte Person wirkt, welche Kenntnis der örtlichen und räumlichen Verhältnisse sowie der aus seitens der Mediziner gestellten Diagnosen sich ergebenden Beeinträchtigungen und Hilfsbedürftigkeiten hat. Der Berichtstext muss plausibel, begründet und detailliert bezüglich der einzelnen, konkret in Frage stehenden Faktoren der Hilflosigkeit sein und in Übereinstimmung mit den an Ort und Stelle erhobenen Angaben stehen. Trifft all dies zu, ist der Abklärungsbericht voll beweiskräftig (vgl. BGE 130 V 61 Erw. 6.2). Das Gericht greift nur dann in das Ermessen der Abklärungsperson ein, wenn klar feststellbare Fehleinschätzungen vorliegen. Nicht erforderlich ist indes, den Bericht der versicherten Person zur Durchsicht und Bestätigung vorzulegen. Vielmehr genügt es, wenn dieser – zum Beispiel im Vorbescheidsverfahren – die Gelegenheit zur vollen Akteneinsicht gewährt wird (vgl. BGE 130 V 61 sowie die dort zitierten Entscheide: BGE 128 V 93 f. Erw. 4 und 125 V 352 Erw. 3a).

5. Ändert sich in der Folge der Grad der Hilflosigkeit in erheblicher Weise, so finden die Art. 87 bis 88bis IVV Anwendung (Art. 17 Abs. 2 ATSG in Verbindung mit Art. 35 Abs. 2 Satz 1 IVV in der seit 1. Januar 2004 geltenden Fassung). Anlass zur Überprüfung eines Anspruches auf Hilflosenentschädigung gibt jede wesentliche Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen, die geeignet ist, den Grad der Hilflosigkeit erheblich zu ändern und damit den Entschädigungsanspruch zu beeinflussen (vgl. BGE 106 V 87 Erw. 1a und Urteil des Bundesgerichts vom 29. August 2006 [I 866/05] Erw. 2). Ob eine solche Änderung eingetreten ist, beurteilt sich durch Vergleich des Sachverhaltes, wie er im Zeitpunkt der ursprünglichen Verfügung bestanden hat, mit demjenigen zur Zeit der streitigen Revisionsverfügung (vgl. BGE 109 V 265 Erw. 4a).

...

7. Zunächst gilt es nun zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin wirklich nur noch in drei alltäglichen Lebensbereichen als hilfsbedürftig gilt, wie von der IV-Stelle angenommen, oder ob sie nach wie vor in vier Bereichen auf erhebliche Dritthilfe angewiesen ist. Unstreitig ist, dass die Beschwerdeführerin nach wie vor in den Bereichen An- und Auskleiden, Körperpflege und Fortbewegung als erheblich hilfsbedürftig anerkannt wird. Soweit im zweiten Abklärungsbericht – im Gegensatz zum ersten Bericht – vermittels Ankreuzen zum Ausdruck gebracht wurde, für das Kämmen benötige die Beschwerdeführerin keine Dritthilfe, ohne dass im Beschrieb auch nur ein Wort dazu verloren wurde, inwieweit sich die Situation denn diesbezüglich verändert habe, erweist sich dieser als ungenügend bzw. lückenhaft und vermag nicht zu überzeugen. Von Belang ist dies jedoch nicht, zumal die Beschwer-

deführerin, wie erwähnt, für den Bereich Körperpflege nach wie vor als hilfsbedürftig anerkannt wurde.

7.1 Streitig ist, ob die Beschwerdeführerin im Bereich Aufstehen, Absitzen oder Abliegen noch immer erheblich auf Dritthilfe angewiesen ist resp. ob sich diesbezüglich durch die Anschaffung eines Pflegebettes bzw. durch die weiteren Investitionen eine derartige Verbesserung der Situation ergeben hat, dass die Angewiesenheit auf Dritthilfe nicht mehr als erheblich betrachtet werden kann. Nach KSIH Rz. 8015 liegt Hilflosigkeit vor, wenn eine Person ohne Hilfe Dritter nicht aufstehen, absitzen oder abliegen kann. Die Hilfsbedürftigkeit beim Aufstehen von niederen Sitzflächen, auf welche eine Person nicht angewiesen ist, vom Boden oder beim Ein- und Aussteigen in resp. aus einem Auto gilt nach KSIH Rz. 8016 als nicht erheblich (vgl. ZAK 1987 S. 248 Erw. 2b und Urteil des Bundesgerichts vom 30. März 2007 [I 1042/06] Erw. 6).

7.2 Sodann sind die beiden Abklärungsberichte einem Vergleich zu unterziehen. Im Abklärungsbericht 2004 wurde sinngemäss festgehalten, die Versicherte könne einzig am Küchentisch, wo sie sich auf Tisch und Armlehne stützen könne, allein absitzen und wieder aufstehen. Andernorts könne sie sich zwar auf einen Stuhl fallen lassen, dies sei aber für die Gelenke und das Gesäss nicht besonders gut. Für sanftes Hinsetzen fehle ihr die Kraft. Beim Aufstehen benötige sie – in aller Regel – Hilfe zum Hochziehen. Auch bedürfe sie der Hilfe beim Aufstehen vom Bett und beim Hochziehen vom WC. Dagegen hält der Abklärungsbericht von 2007 fest, durch das neue Pflegebett sei es ihr nun möglich, selbständig vom Bett aufzustehen. Auch könne sie auf einen Stuhl sitzen und wieder aufstehen. Allerdings sei dies mittlerweile mühsamer. Von der Polstergruppe komme sie nicht alleine hoch, was aber nicht erheblich, da nicht notwendig sei.

Beurteilend ist festzustellen, dass die durch die IV-Stelle gewährten Investitionen der Beschwerdeführerin unbestrittenermassen das Aufstehen vom Bett, das alleinige Aufstehen von der Toilette sowie das selbständige Betreten und Verlassen der Dusche und das Benutzen des Duschklapsitzes ermöglichen. Diesbezüglich ist indes zu bedenken, dass für die Körperpflege trotzdem noch von erheblicher Hilflosigkeit ausgegangen wird und dass die Beschwerdeführerin in Bezug auf die Notdurft – trotz der früher sattsam ausgewiesenen Schwierigkeiten beim Aufstehen von der resp. Absitzen auf die Toilette – schon bislang nicht als wesentlich eingeschränkt galt. Auffallend ist sodann, dass der Bericht von 2007 vor allem das festhält, was die Beschwerdeführerin durch die Hilfe der gewährten Mittel wieder alleine bewältigen kann, während auf die im ersten Abklärungsbericht klar

umschriebenen Probleme beim Absitzen, d.h. auf das sich Fallenlassen müssen sowie auf die früher betonte Beschränkung auf einen bestimmten Stuhl am Küchentisch nicht mehr eingegangen wird. Stattdessen wird ohne weitergehende Präzisierung behauptet, die Beschwerdeführerin könne sich alleine auf einen Stuhl setzen bzw. wieder aufstehen. Eingedenk des früheren Berichts deutet dies auf eine Verbesserung auch dort hin, wo keine Hilfsmittel zum Einsatz kommen und muss – im Lichte der einleitenden Bemerkung des Berichts, der Gesundheitszustand verschlechtere sich laufend ein wenig und die Beweglichkeit nehme stetig ab – arg befremden. Selbst wenn die höchstrichterliche Praxis das Aufstehen von niedrigen Polstermöbeln – soweit die versicherte Person auf diese nicht angewiesen ist – als nicht alltäglich und deshalb nicht bedeutsam erachtet, sollte der Beschwerdeführerin mehr als nur der Wechsel vom Bett zur Toilette und zur Dusche möglich sein. Berücksichtigt man nämlich, dass die Beschwerdeführerin nicht lange stehen und gehen kann und mithin immer wieder darauf angewiesen ist, sich hinzusetzen resp. ihre Position zu wechseln, dass sie aber – angesichts der augenfälligen Unsicherheit beim Stehen und Gehen sowie der fehlenden Kraft in Armen und Beinen – bereits 2004 mit dem Absitzen und Wiederaufstehen Mühe bekundete und dies einzig am Küchentisch ohne Dritthilfe zu unternehmen wagte, so wirkt die im Abklärungsbericht 2007 faktisch festgehaltene, mit keinem Wort begründete Verbesserung in der Fähigkeit, sich auf Stühle zu setzen, nicht glaubhaft. Würdigt man alsdann die in der Replik einleuchtend beschriebene Unsicherheit sowie das geschilderte Sturzrisiko und die damit verbundene Angst, nach einem Sturz liegen zu bleiben, und bedenkt man letztendlich, dass die Beschwerdeführerin insbesondere auch ausserhalb der eigenen vier Wände – selbst auf einer Terrasse oder auf dem Balkon – diesbezüglich klar auf Dritthilfe angewiesen ist, andererseits aber dass selbst die Hilfsbedürftigkeit in einer einzigen Teilfunktion genügt, um eine relevante Abhängigkeit von Dritthilfe zu bejahen, so überzeugt die Schlussfolgerung der Abklärungsperson, wonach die Versicherte hinsichtlich Aufstehen und Absitzen, einzig aufgrund des neuen Bettes und der Investitionen im Bad/WC-Bereich, nicht mehr erheblich hilfsbedürftig sei, in keiner Weise. Schliesslich konnte sich das Gericht anlässlich der öffentlichen Verhandlung vom 1. Oktober 2009 selber ein Bild von den Einschränkungen der Beschwerdeführerin machen. Dabei zeigte sich, dass diese – aufgrund der Blockade in den Hüften und der fehlenden Kraft in allen Extremitäten – ohne Dritthilfe weder auf den Stuhl im Gerichtssaal absitzen noch wieder aufstehen konnte. Hinweise, dass sie dem Gericht etwas vorgespielt haben könnte, gibt es keine. Mithin gilt ihre diesbezügliche erhebliche Einschränkung als augenfällig und glaubwürdig erstellt. Soweit die IV-Stelle resp. die Abklärungsperson das Aufstehen und Absitzen auf der Toilette der Funktion «Aufstehen/Absitzen/Abliegen» und nicht der Funktion «Verrichtung der Notdurft» zuordnete, die

Probleme mit dem Aufstehen und Absitzen ausserhalb der eigenen vier Wände im Rahmen der erstgenannten Funktion aber offenbar nicht berücksichtigen wollte, erscheinen die Abgrenzungen der einzelnen Funktionen denn auch als eher willkürlich. Schlussendlich vermag auch der Umstand, dass die Beschwerdeführerin sich auf eigene Kosten einen Stuhl anschaffte, der ihr das selbständige Aufstehen und Absitzen im Wohnraum ermöglicht, die Beurteilung, wie sie die IV-Stelle vornahm, nicht zu rechtfertigen. Mithin kann hinsichtlich der alltäglichen Lebensverrichtung des Absitzens und Aufstehens nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nicht von einer wesentlichen Veränderung resp. Verbesserung ausgegangen werden und die Beschwerdeführerin gilt auch diesbezüglich nach wie vor als erheblich auf Dritthilfe angewiesen. Das Eingreifen des Gerichts in die Beurteilung resp. die Ermessensbetätigung der Verwaltung erweist sich folglich als nicht nur gerechtfertigt, sondern als klar indiziert.

8. Bei dieser Beurteilung der Sache ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin nach wie vor in vier Lebensverrichtungen als hilflos gilt. Soweit sie anlässlich der öffentlichen Verhandlung auch noch auf ihre Beeinträchtigung beim Kochen, Waschen und Bügeln hinwies, kann sie hingegen nicht gehört werden, da es sich bei diesen Tätigkeiten nicht um alltägliche Lebensverrichtungen im Sinne von Gesetz und Praxis handelt. Nach dem Gesagten hat die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 37 Abs. 2 lit. a IVV trotzdem weiterhin Anspruch auf eine Hilfloosenentschädigung, basierend auf mittlerer Hilflosigkeit. Demnach erweist sich die Beschwerde als begründet und sie ist gutzuheissen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 22. Oktober 2009

S 2008/90

Invalidenversicherung: Auch ein Statuswechsel vom Erwerbstätigen zum Nichterwerbstätigen gilt als Revisionsgrund im Sinne von Art. 17 Abs. 1 ATSG.

Sachverhalt:

Die Versicherte A., Jahrgang 1973, absolvierte nach sechs Jahren Primar- und drei Jahren Sekundarschule für ein Jahr eine Handelsschule, schliesslich für ein weiteres Jahr die BEVOS-Juventus in Zürich. Von August 1992 bis Januar 1993 erlernte sie den Beruf einer Coiffeuse, brach diese Ausbildung allerdings vorzeitig ab. Bei Anmeldung zum Leistungsbezug der Invalidenversicherung vermerkte sie, sie strebe die Ausbildung zur Kindergärtnerin an. Als Behinderung erwähnte sie panische

Angstzustände (Agoraphobie) mit Ohnmachtsanfällen. In der Folge veranlasste die IV-Stelle Zug verschiedene medizinische und erwerbliche Abklärungen, darunter Arztberichte von Dr. L., Facharzt FMH für Neurologie und Psychiatrie, Zug. Mit Vorbescheid vom 15. Juli 1996 bzw. mit Verfügung vom 9. September 1996 sprach die IV-Stelle Zug der Versicherten zufolge langdauernder Krankheit – Diagnose: phobisches Syndrom mit Leistungsangst – und vollumfänglicher Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit mit Wirkung ab 1. Oktober 1994 eine ganze Invalidenrente zu. Die volle Rente aufgrund eines 100%igen Invaliditätsgrades wurde in den Folgejahren in verschiedenen Rentenrevisoren bestätigt. Im Rahmen der im Oktober 2007 eingeleiteten Rentenrevision stellte Dr. M., Fachärztin FMH für Psychiatrie und Psychotherapie, Zug, die Diagnosen mittelgradiger Angstattacken (ICD-10 F41.00) bei einer rezidivierenden depressiven Episode (ICD-10 F33.4), aktuell remittiert. Weiter hielt sie fest, es liege noch immer eine volle Arbeitsunfähigkeit vor. Zudem wurde eine Haushaltsabklärung durchgeführt, gemäss welcher für den Haushalt nur eine Invalidität von 3% festgestellt wurde. Mit Vorbescheid vom 28. Mai 2008 bzw. Verfügung vom 9. Juli 2008 wurde der Rentenanspruch der Versicherten, mittlerweile Mutter zweier Kleinkinder, auf Ende des folgenden Monats aufgehoben.

...

Aus den Erwägungen:

...

4.

4.1 Ändert sich der Invaliditätsgrad einer Rentenbezügerin oder eines Rentenbezügers erheblich, so wird die Rente von Amtes wegen oder auf Gesuch hin für die Zukunft entsprechend erhöht, herabgesetzt oder aufgehoben (Art. 17 Abs. 1 ATSG). Bei einer Verbesserung der Erwerbsfähigkeit oder der Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, ist die anspruchsbeeinflussende Änderung für die Herabsetzung oder Aufhebung der Leistung von dem Zeitpunkt an zu berücksichtigen, in dem angenommen werden kann, dass sie voraussichtlich längere Zeit dauern wird. Sie ist jedenfalls zu berücksichtigen, nachdem sie ohne wesentliche Unterbrechung drei Monate angedauert hat und voraussichtlich weiterhin andauern wird. Bei einer Verschlechterung der Erwerbsfähigkeit oder der Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, ist die anspruchsbeeinflussende Änderung zu berücksichtigen, sobald sie ohne wesentliche Unterbrechung drei Monate angedauert hat (Art. 88a Abs. 1 und 2 IVV).

Anlass zur Rentenrevision gibt jede wesentliche Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen, die geeignet ist, den Invaliditätsgrad und damit den Rentenanspruch zu beeinflussen. Eine Invalidenrente ist demgemäss nicht nur bei einer wesentlichen Veränderung des Gesundheitszustandes, sondern auch dann revidierbar, wenn sich die erwerblichen Auswirkungen des an sich gleich gebliebenen Gesundheitszustandes erheblich verändert haben (BGE 130 V 349 f. Erw. 3.5, 117 V 199 Erw. 3b, 113 V 275 Erw. 1a mit Hinweisen). Auch die Veränderung des Status als Erwerbstätige oder Nichterwerbstätige kann zu einer Rentenrevision führen. Ob eine solche Änderung eingetreten ist, beurteilt sich durch Vergleich des Sachverhaltes, wie er im Zeitpunkt der letzten, der versicherten Person eröffneten rechtskräftigen Verfügung, welche auf einer materiellen Prüfung des Rentenanspruchs mit rechtskonformer Sachverhaltsabklärung, Beweiswürdigung und Durchführung eines Einkommensvergleichs (bei Anhaltspunkten für eine Änderung in den erwerblichen Auswirkungen des Gesundheitszustandes) beruht, mit demjenigen zur Zeit der streitigen Revisionsverfügung respektive des Einspracheentscheids (BGE 133 V 108 Erw. 5.4). Unerheblich unter revisionsrechtlichen Gesichtspunkten ist dagegen nach ständiger Rechtsprechung die unterschiedliche Beurteilung eines im Wesentlichen unverändert gebliebenen Sachverhaltes (BGE 112 V 372 Erw. 2b mit Hinweisen; SVR 1996 IV Nr. 70 S. 204 Erw. 3a). Ist zwischenzeitlich bereits eine Überprüfung des Rentenanspruchs erfolgt, wobei es nur zu einer Bestätigung der bisherigen Rentenverfügung kam, kommt einem solchen Entscheid ebenfalls keine Bedeutung zu. Der Überprüfungszeitraum wird nämlich nur begrenzt durch einen Entscheid, der auf einer materiellen Prüfung des Rentenanspruchs mit rechtskonformer Sachverhaltsabklärung, auf einer entsprechenden Beweiswürdigung und gegebenenfalls auf einer korrekten Durchführung eines Einkommensvergleichs beruht (vgl. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2009, Art. 17 Rz. 22 sowie BGE 133 V 108).

4.2 Ob eine versicherte Person als ganztätig oder zeitweilig erwerbstätig oder als nichterwerbstätig einzustufen ist – was je zur Anwendung einer andern Methode der Invaliditätsbemessung (Einkommensvergleich, Betätigungsvergleich, gemischte Methode) führt –, ergibt sich aus der Prüfung, was die versicherte Person bei im Übrigen unveränderten Umständen täte, wenn keine gesundheitliche Beeinträchtigung bestünde. Bei im Haushalt tätigen Versicherten im Besonderen sind die persönlichen, familiären, sozialen und erwerblichen Verhältnisse ebenso wie allfällige Erziehungs- und Betreuungsaufgaben gegenüber Kindern, das Alter, die beruflichen Fähigkeiten und die Ausbildung sowie die persönlichen Neigungen und Begabungen zu berücksichtigen. Im Rahmen der erwerblichen Verhältnisse gilt es insbesondere zu prüfen, ob eine finanzielle Notwendigkeit besteht, eine Erwerbstätigkeit

wieder aufzunehmen oder allenfalls auszudehnen. Bei der Beurteilung sind die konkrete Situation und die Vorbringen der Versicherten nach Massgabe der allgemeinen Lebenserfahrung zu würdigen. Die Statusfrage beurteilt sich praxisgemäss nach den Verhältnissen, wie sie sich bis zum Erlass der Verwaltungsverfügung entwickelt haben, wobei für die hypothetische Annahme einer im Gesundheitsfall ausgeübten (Teil-)Erwerbstätigkeit der im Sozialversicherungsrecht übliche Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erforderlich ist (BGE 125 V 150 Erw. 2c mit Hinweisen; AHl 1997 S. 288 ff. Erw. 2b, 1996 S. 197 f. Erw. 1c je mit Hinweisen).

4.2.1 Für den Beweiswert eines Berichtes über die Abklärung im Haushalt einer versicherten Person sind – analog zur Rechtsprechung betreffend die Beweiskraft von Arztberichten (BGE 125 V 352 Erw. 3a mit Hinweis) – verschiedene Faktoren zu berücksichtigen: Es ist wesentlich, dass der Bericht von einer qualifizierten Person verfasst wird, die Kenntnis von den örtlichen und räumlichen Verhältnissen sowie den aus den medizinischen Diagnosen sich ergebenden Beeinträchtigungen und Behinderungen hat. Weiter sind die Angaben der versicherten Person zu berücksichtigen, wobei divergierende Meinungen der Beteiligten im Bericht aufzuzeigen sind. Der Berichtstext schliesslich muss plausibel, begründet und angemessen detailliert bezüglich der einzelnen Einschränkungen sein und in Übereinstimmung mit den an Ort und Stelle erhobenen Angaben stehen. Trifft all dies zu, ist der Abklärungsbericht voll beweiskräftig (AHl 2003 S. 218 Erw. 2.3.2 [in BGE 129 V 67 nicht veröffentlichte Erwägung]; nicht publiziertes Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes in Sachen P. vom 6. April 2004, I 733/03, Erw. 5.1.2; vgl. auch BGE 130 V 63 Erw. 6.2 und 128 V 93 f. Erw. 4 betreffend Abklärungsberichte im Zusammenhang mit der Hauspflege und Hilflosigkeit). Diese Beweiswürdigungskriterien sind nicht nur für die im Abklärungsbericht enthaltenen Angaben zu Art und Umfang der Behinderung im Haushalt massgebend, sondern gelten analog für jenen Teil eines Abklärungsberichts, der den mutmasslichen Umfang der erwerblichen Tätigkeit von teilerwerbstätigen Versicherten mit häuslichem Aufgabenbereich im Gesundheitsfall betrifft (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes in Sachen G. vom 19. Juni 2006, I 236/06, Erw. 3.2). Sofern der Abklärungsbericht im Sinne der vorstehend dargestellten Rechtsprechung eine zuverlässige Entscheidungsgrundlage darstellt, greift das Gericht in das Ermessen der die Abklärung tätigen Person nur ein, wenn – etwa im Lichte der ärztlichen Stellungnahme zur Arbeitsfähigkeit im Haushalt – klar feststellbare Fehleinschätzungen vorliegen. Dies gebietet insbesondere der Umstand, dass die fachlich kompetente Abklärungsperson näher am konkreten Sachverhalt steht als das im Beschwerdefall zuständige Gericht (vgl. BGE 128 V 93 f. Erw. 4; siehe auch Urteile

des Bundesgerichts in Sachen L. vom 9. August 2007 [9C\_369/2007] Erw. 3 und in Sachen H. vom 4. Januar 2008 [9C\_655/2007] Erw. 4.1).

4.2.2 Im Zusammenhang mit der Würdigung von Abklärungsberichten ist auch auf die Beweismaxime der sogenannten «Aussage der ersten Stunde» hinzuweisen. Danach ist den ersten und spontanen Angaben und Reaktionen in der Regel mehr Gewicht beizumessen als jenen, die zu einem späteren Zeitpunkt und in Berücksichtigung allfällig sozialversicherungsrechtlicher Konsequenzen erfolgten. Die genannte Beweismaxime ist nach der bundesgerichtlichen Praxis Bestandteil der freien Beweiswürdigung. Entscheidend ist indes, dass das Untersuchungsprinzip grundsätzlich verlangt, dass ein Sachverhalt solange abzuklären ist, bis er mit überwiegender Wahrscheinlichkeit der Wirklichkeit entspricht. Bei Widersprüchen sind diese, soweit möglich, vorerst aus dem Wege zu räumen. Erst wenn es keine weiteren Möglichkeiten gibt, den Sachverhalt abzuklären, kommen die Beweisregeln – wie die zitierte Beweismaxime – überhaupt zur Anwendung (vgl. BGE 121 V 45 ff. sowie Urteile des Bundesgerichts vom 19. Dezember 2006 [I 496/05] Erw. 3.2.2 und vom 8. August 2007 [I 874/06] Erw. 4.1.2 am Schluss).

4.2.3 Sodann ist vom Grundsatz auszugehen, dass einer versicherten Person im Rahmen der Schadenminderungspflicht Massnahmen zuzumuten sind, die ein vernünftiger Mensch in der gleichen Lage ergreifen würde, wenn er keinerlei Entschädigung zu erwarten hätte. Für die im Haushalt tätigen Versicherten bedeutet dies, dass sie Verhaltensweisen zu entwickeln haben, welche die Auswirkungen der Behinderung im hauswirtschaftlichen Bereich reduzieren und ihnen eine möglichst vollständige und unabhängige Erledigung der Haushaltsarbeiten ermöglichen. Kann die versicherte Person wegen ihrer Behinderung gewisse Haushaltsarbeiten nur noch mühsam und mit viel höherem Zeitaufwand erledigen, so muss sie in erster Linie ihre Arbeit einteilen und in üblichem Umfang die Mithilfe von Familienangehörigen in Anspruch nehmen. Ein invaliditätsbedingter Ausfall darf bei im Haushalt tätigen Personen nur insoweit angenommen werden, als die Aufgaben, welche nicht mehr erfüllt werden können, durch Drittpersonen gegen Entlohnung oder durch Angehörige verrichtet werden, denen dadurch nachgewiesenermassen eine Erwerbseinbusse oder eine unverhältnismässige Belastung entsteht. Die im Rahmen der Invaliditätsbemessung bei einer Hausfrau zu berücksichtigende Mithilfe von Familienangehörigen geht daher weiter als die ohne Gesundheitsschädigung üblicherweise zu erwartende Unterstützung (BGE 130 V 97 Erw. 3.3.3, Urteil vom 6. August 2007 [I 126/07] Erw. 4.2 mit vielen weiteren Hinweisen).

4.2.4 Zur Beurteilung der Einschränkung im Haushalt ist schliesslich daran zu erinnern, dass der Abklärungsbericht Haushalt gemäss Art. 69 Abs. 2 IVV auch im Falle der Beeinträchtigung der psychischen Gesundheit grundsätzlich als geeignetes Beweismittel gilt. Stimmen indes die Ergebnisse der Abklärung an Ort und Stelle nicht mit den ärztlichen Feststellungen der Behinderungen im gewohnten Tätigkeitsbereich überein, so haben Letztere in der Regel mehr Gewicht als die vor Ort durchgeführte Abklärung (Urteil des Bundesgerichts vom 5. März 2008 [8C\_112/2007] Erw. 6.2.1 mit Hinweisen auf weitere Entscheide, insbesondere BGE 133 V 450 Erw. 11.1.1 S. 468). Weicht die im Abklärungsbericht festgestellte Einschränkung erheblich von der vom Psychiater medizinisch-theoretisch festgehaltenen Einschränkung ab, gibt die fachärztliche Beurteilung zu den Einschränkungen in den einzelnen Tätigkeiten aber nur ungenügend Auskunft, sind ergänzende medizinische Auskünfte einzuholen und danach ist zu beurteilen, ob der Abklärungsbericht den medizinisch festgestellten Beeinträchtigungen hinreichend Rechnung trägt oder ob eine neue Abklärung an Ort und Stelle durchzuführen ist (vgl. hierzu: Urteil des Bundesgerichts vom 25. Juli 2007 [I 652/06] Erw. 10).

...

7.

7.1 In den Rechtschriften liess die Beschwerdeführerin ausführen, ihre Angaben anlässlich der Haushaltsabklärungen seien nicht auf den hypothetischen Fall, dass sie völlig gesund sei, ausgerichtet gewesen. Im Gegenteil sei klar, dass sie ohne gesundheitliche Beeinträchtigung selbst mit zwei Kleinkindern in einem Umfang von ca. 70% einer ausserhäuslichen Arbeit nachgehen würde. Auch die gesellschaftliche Realität zeige, dass Frauen mit entsprechenden beruflichen Ausbildungen heute auch mit Kindern erwerbstätig seien. Zudem spreche auch das Einkommen des Ehemannes für einen Zusatzverdienst. Für die Kinderbetreuung stünde ihre Mutter zur Verfügung, wobei die Stadt Zug auch über etliche Kinderkrippen verfüge.

7.2 Die IV-Stelle stellt sich auf den Standpunkt, die Beschwerdeführerin habe sich im Rahmen der Haushaltsabklärung sehr differenziert geäussert und klar gemacht, dass sie sich, solange die Kinder noch klein seien und bis das kleinere in den Kindergarten komme, zu 100% um den Haushalt und die Kinder kümmern wolle und dass sich die Frage des Wiedereinstiegs ins Erwerbsleben erst danach wieder stelle. Auf diese Angaben könne man voll und ganz abstellen.

7.3 Zur Beurteilung der Statusfrage sind vorerst die Verhältnisse der Beschwerdeführerin etwas zu erhellern. Die Beschwerdeführerin war bei Verfügungserlass 35-jährig. Aus gesundheitlichen Gründen schaffte sie den Einstieg ins Berufsleben nicht. Hingegen ist sie verheiratet und Mutter eines – zum Verfügungszeitpunkt – viereinhalb jährigen Knaben (C.) und eines vier Monate alten Töchterchens (D.). Die Familie bewohnt ein Einfamilienhäuschen in Altstadtnähe, welches der Mutter der Beschwerdeführerin gehört und von einem Garten umgeben ist. Der Ehemann der Beschwerdeführerin erzielt ein monatliches Gehalt (inklusive 13. Monatslohn) von ca. Fr. 5'500.–. Dazu dürften noch die Kinderzulagen kommen. Nach den Angaben der Ärzte bekommt die Rolle als Mutter und Hausfrau der Beschwerdeführerin gut und vermag sie auch etwas damit zu versöhnen, dass sie beruflich nicht erreichen konnte, was sie sich vornahm. Nach eigenen Angaben entdeckte sie vor kurzem das Schreiben, das sie aktuell als Hobby betrachtet.

7.4 In Würdigung der divergierenden Parteipositionen ist vorab und unter Verweis auf Erw. 4.2 ff. resp. 4.2.2 in Erinnerung zu rufen, dass sich die Beschwerdeführerin anlässlich der Haushaltsabklärung – wie von der Beschwerdegegnerin festgehalten – sehr differenziert erklärt und darauf hingewiesen hat, sie habe sich entschieden, bis zum Eintritt des jüngeren Kindes keiner ausserhäuslichen Erwerbstätigkeit nachzugehen. Diese Angaben indizieren nicht, dass die Beschwerdeführerin die Frage nicht in den richtigen Konsens habe stellen können. Zieht man alsdann die gesellschaftlichen Realitäten in Betracht, ist zum einen zwar einzuräumen, dass es aktuell immer mehr Frauen gibt, die nebst ihrer Aufgabe als Mutter von Kleinkindern auch einer jedenfalls teilzeitigen Erwerbstätigkeit nachgehen. Daneben gibt es aber auch Frauen, die jedenfalls nach der Geburt des zweiten Kindes vorübergehend von einer Erwerbstätigkeit absehen möchten. Dass Mütter zumindest die ersten zwei Jahre im Leben eines Kindes in dessen Nähe erleben wollen, ist keineswegs ungewöhnlich. Es gibt sogar noch immer Familienmodelle, wo die Mutter sich völlig aus dem Berufsleben verabschiedet. Schliesslich entspricht es der gefestigten Praxis im Scheidungsfalle, dass Mütter mit vorschulpflichtigen Kindern nicht einmal zur Erwerbsaufnahme in Teilzeit angehalten werden. Nach der Praxis des Zuger Kantonsgerichtes wird Müttern von schulpflichtigen Kindern bis zu zehn Jahren höchstens eine Teilzeitarbeit im Umfang von ca. 30% zugemutet. Bis zum Alter von 16 Jahren wird sodann eine Steigerung des Pensums bis zu 50 oder 60% als vertretbar erachtet. Bei Erreichen der Volljährigkeit wird schliesslich die Annahme eines vollen Pensums erwartet. Bei Kindern im Alter von vier Monaten und vier Jahren erachtet die scheidungsrechtliche Gerichtspraxis die Absenz vom Arbeitsmarkt mithin nicht als ungewöhnlich und die Behauptung, in dieser Situation dürfe von einer ausserhäuslichen Erwerbstätigkeit im Umfang von 70% ausgegangen werden,

entbehrt jeder Grundlage. Soweit die Beschwerdegegnerin vor diesem Hintergrund den Angaben im Abklärungsbericht, den so genannten Aussagen der ersten Stunde, praxisgemäss besondere Beachtung schenkte, ist ihr Vorgehen nicht zu beanstanden und es ist anzunehmen, dass die im Rahmen des Beschwerdeverfahrens dagegen erhobenen Einwände in Berücksichtigung der sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen erfolgten. Berücksichtigt man überdies, dass die Familie der Beschwerdeführerin im Hause ihrer Mutter leben und dass der Ehemann monatlich über mindestens Fr. 5'500.– verfügen kann, zeichnet sich denn auch eine finanzielle Notwendigkeit zur Aufnahme einer Teilzeiterwerbstätigkeit nicht ab. Im Weiteren sprechen auch das Alter, die soziale Stellung der Beschwerdeführerin bzw. der Familie sowie die berufliche Vergangenheit nicht per se für die Aufnahme einer Teilzeitarbeit. Auch der Umstand, dass die Betreuung der Kinder anderweitig organisiert werden könnte, indiziert die nunmalige Annahme einer Erwerbstätigkeit im Gesundheitsfalle nicht. Dass die Gesundheit den beruflichen Werdegang der Beschwerdeführerin wesentlich prägte, ist zwar nicht in Abrede zustellen und es ist nicht ausgeschlossen, dass dies die Meinungsbildung bzw. die im Abklärungsbericht festgehaltene Aussage der Beschwerdeführerin mit beeinflusste. Gleichwohl gilt, gerade vor dem Hintergrund der aufgezeichneten gesellschaftlichen Realität, die Annahme, im Gesundheitsfalle würde die Beschwerdeführerin einer Teilzeitarbeit nachgehen wollen, nur als möglich, nicht aber als überwiegend wahrscheinlich. Folglich ist in casu und nach dem hier anwendbaren Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin auch im Gesundheitsfalle keiner ausserhäuslichen Tätigkeit nachginge, solange ihr jüngstes Kind noch nicht einmal im Kindergartenalter ist, dass somit ein Statuswechsel erfolgte, was als Revisionsgrund zu berücksichtigen ist. Die in diesem Zusammenhang beantragten Befragungen des Ehemannes und der Mutter führten nicht zu einer anderen Sachbeurteilung. Selbst die Bestätigung, dass eine ausserhäusliche Arbeitsaufnahme bewältigt werden könnte, lässt die im Lichte der gesellschaftlichen Realität nachvollziehbare Aussage der ersten Stunde nicht weniger wahrscheinlich erscheinen.

...

9. Zusammenfassend ergibt sich, dass für die Beschwerdeführerin – für den Zeitpunkt des Verfügungserlasses – ein Status als vollzeitige Hausfrau und Mutter als erstellt gilt und dass der Abklärungsbericht Haushalt – auch in besonderer Beachtung der psychiatrischen Diagnosen – nicht zu beanstanden ist. Ein rentenbegründender Invaliditätsgrad ergibt sich somit vorliegend nicht (mehr). Weiterungen hinsichtlich der Arbeitsfähigkeit im Erwerbsleben sowie weitere medizinische

Abklärungen erscheinen als obsolet. Folglich erweist sich die Beschwerde als unbegründet und sie ist vollumfänglich abzuweisen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 19. Mai 2009 S 2008/129  
 (vgl. auch: Urteil des Bundesgerichts vom 1. September 2009 9C\_552/2009)

Invalidenversicherung: Art. 17 ATSG und Art. 53 Abs. 2 ATSG – Wird die zweifelhafte Unrichtigkeit der ursprünglichen Rentenverfügung erst vom Gericht festgestellt, so kann es die auf Art. 17 ATSG gestützte Revisionsverfügung der Verwaltung mit dieser substituierten Begründung schützen.

Aus den Erwägungen:

(...)

4.3 Nach Art. 17 Abs. 1 ATSG (Revision der Invalidenrente) wird, wenn sich der Invaliditätsgrad einer Rentenbezügerin oder eines Rentenbezügers erheblich ändert, die Rente von Amtes wegen oder auf Gesuch hin für die Zukunft entsprechend erhöht, herabgesetzt oder aufgehoben. Anlass zur Rentenrevision gibt jede wesentliche Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen, die geeignet ist, den Invaliditätsgrad und damit den Rentenanspruch zu beeinflussen. Ob eine anspruchserhebliche Tatsachenänderung eingetreten ist, beurteilt sich durch Vergleich des Sachverhalts, wie er im Zeitpunkt der ursprünglichen Rentenverfügung bestanden hat, mit demjenigen zur Zeit der streitigen Revisionsverfügung. Anzuführen ist, dass die Veränderung der Verhältnisse erheblich, d.h. hinsichtlich der Auswirkungen auf den Invaliditätsgrad rentenwirksam sein muss (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, Zürich 2009, Art. 17 N 14 ff.; EVGE I 626/03 vom 30. April 2004, Erw. 3.5.2).

4.4 Der Revisionsordnung nach Art. 17 ATSG geht der Grundsatz vor, dass die Verwaltung befugt ist, jederzeit von Amtes wegen auf eine formell rechtskräftige Verfügung, welche nicht Gegenstand materieller richterlicher Beurteilung gebildet hatte, zurückzukommen, wenn sich diese als zweifellos unrichtig erweist und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG). Unter diesen Voraussetzungen kann die Verwaltung eine Rentenverfügung auch dann abändern, wenn die Revisionsvoraussetzungen des Art. 17 ATSG nicht erfüllt sind. Wird die zweifelhafte Unrichtigkeit der ursprünglichen Rentenverfügung erst vom Gericht

festgestellt, so kann es die auf Art. 17 ATSG gestützte Revisionsverfügung der Verwaltung mit dieser substituierten Begründung schützen (BGE 125 V 369 Erw. 2 mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung lässt sich eine allgemein gültige betragliche Grenze für die Voraussetzung der Erheblichkeit der Berichtigung nicht festlegen. Massgebend sind vielmehr die gesamten Umstände des Einzelfalles. Bei periodischen Leistungen ist die Erheblichkeit der Berichtigung zu bejahen (BGE 119 V 480 Erw. 1 c).

(...)

7. Zu beachten ist allerdings, dass die RAD-Ärztin Dr. C. bei der durchgeführten Überprüfung des Rentenanspruchs des Beschwerdeführers im August 2006 ihre Zweifel an der Richtigkeit der seinerzeit verfügten ganzen Rente angedeutet hatte (vgl. Erw. 5.2.2 hievov). Die Beschwerdegegnerin hat dann – obwohl sie in ihrem Vorbescheid vom 27. Mai 2008 als auch in der Verfügung vom 8. September 2008 in erster Linie von einem revisionsrechtlichen Tatbestand spricht – gestützt auf die Beurteilung der Abklärungsstelle D., insbesondere die Beurteilungen von Dr. E und der beruflichen Abklärungsstelle F., den Anspruch des Beschwerdeführers effektiv unter dem Aspekt der zweifellosen Unrichtigkeit der Verfügung vom 13. Oktober 2000 geprüft (vgl. Verfügung vom 8. September 2008 S. 3 und Vernehmlassung vom 23. Dezember 2008). Deshalb ist zu beurteilen, ob die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung erfüllt sind und die Verfügung vom 8. September 2008 mit dieser substituierten Begründung zu schützen ist (vgl. dazu Erw. 4.4 hievov).

7.1 Aus dem Gutachten der Abklärungsstelle D vom 19. April 2000 bzw. dem Konsilium von Dr. E vom 10. März 2000, auf die sich die Beschwerdegegnerin stützte, als sie dem Beschwerdeführer am 13. Oktober 2000 mit Wirkung ab 1. September 1997 basierend auf einem Invaliditätsgrad von 100% eine ganze Rente zugesprochen hatte, geht hervor, dass die Gutachter die lumbosacrale Segmentdegeneration für die Rückenschmerzen und damit verbunden für die Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers verantwortlich zeichneten. Es fällt indessen auf, dass Dr. E. und die Gutachter der Abklärungsstelle D. übereinstimmend festhielten, dass ein nicht objektivierbarer Anteil an Beschwerden vorläge. Der nicht objektivierbare Anteil bestünde vor allem in Ängsten vor möglichen Komplikationen einer allfälligen Operation (Angst vor dem Rollstuhl). Bezüglich konservativer Behandlung sei das Risiko, nicht mehr gehen zu können, wohl rein grundsätzlich theoretisch und, operativenfalls, prozentual abschätzbar. Die Gutachter postulierten alsdann eine volle Arbeitsunfähigkeit nicht nur in der bisherigen Tätigkeit als Gartenbauarbeiter, sondern für jede in Frage kommende berufliche Tätigkeit. Eine einleuchtende medizinische

Erklärung für diese Einschätzung findet sich in diesem Gutachten bzw. im Konsilium von Dr. E. aber nicht. Soweit die Ärzte diese volle Arbeitsunfähigkeit lediglich mit der Gesamtsituation (Anamnese, Verlauf und aktuelle Befunde) mit nun bereits mehrjähriger Phase andauernder Arbeitsunfähigkeit begründeten und Dr. E. sogar glaubte, im Rahmen der medizinisch-sozial-menschlich-rechtlichen Möglichkeiten nur eine dauerhafte Arbeitsunfähigkeit und eine Hilflosigkeit attestieren zu können/müssen, beruhen diese Beurteilungen hinsichtlich der Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers in einer leidensangepassten Tätigkeit nicht bzw. nicht nur auf medizinischen Überlegungen oder sind mangels Begründung schlicht nicht nachvollziehbar. Allein schon aus der von Dr. E. verwendeten Formulierung «medizinisch-sozial-menschlich-rechtlich» wird klar, dass er IV-fremde Faktoren in nicht unerheblichem Ausmass in seine Arbeitsfähigkeitsbeurteilung miteinbezogen hat. Daher sind die Beurteilungen der Gutachter der Abklärungsstelle D. und des Dr. E. auch nicht beweistauglich. Der Beschwerdeführer litt/leidet an einer lumbosacralen Segmentdegeneration (St.n. Diskushernie L5/S1 rechts), weshalb bei diesem Beschwerdebild nicht einsichtig ist, dass er sowohl als Gartenbauarbeiter als auch in jeglicher leidensangepassten Tätigkeit im gleichen Umfang, d.h. zu 100%, in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkt sein soll. Sollte der von den Gutachtern erwähnte nicht objektivierbare Anteil an Beschwerden psychischer Natur gewesen sein (Ängste), so hätte dies jedenfalls einer psychiatrischen Begutachtung und entsprechenden fachärztlichen Beurteilung bedürft. Auf diesen Mangel bzw. Fehler wies schon die RAD-Ärztin Dr. C. in ihrer Stellungnahme vom 29. August 2006 hin, weshalb sie der IV-Stelle vorschlug, ein bidisziplinäres Gutachten (rheumatologisch und psychiatrisch) in Auftrag zu geben. Damit aber war – wie die Beschwerdegegnerin zu Recht substituiert begründete – die auf das Gutachten der Abklärungsstelle D. vom 19. April 2000 bzw. das Konsilium von Dr. E. vom 10. März 2000 gestützte Zusprache einer ganzen Rente zweifellos unrichtig. Die Entscheidung der IV-Stelle erscheint aus damaliger Sicht wie auch aus heutiger Sicht schlicht nicht vertretbar.

7.2 Gemäss dem Gutachten des Instituts A. vom 12. März 2008 ist der Beschwerdeführer bereits seit der radiologisch ausgewiesenen Kompressionsfreiheit der Nervenwurzeln im Juli 2003 bzw. seit der Rückbildung der Diskushernie im Sommer 1999 in der bisherigen als auch in allen anderen und der bisherigen Tätigkeit im Gartenbau vergleichbaren Tätigkeiten zu 100% arbeitsfähig. Nur retrospektiv könne für den Zeitraum vom September 1996 bis Juli 1999 eine medizinisch begründete Arbeitsunfähigkeit von 20% angenommen werden.

(...)

7.3 Aufgrund des Gesagten ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer spätestens seit der Begutachtung durch das Insitut A., d.h. seit 12. März 2008, in einer seinem Rückenleiden angepassten Tätigkeit zu 100% arbeitsfähig gewesen war. Ob der Beschwerdeführer als Gartenbauarbeiter nunmehr noch zu 100% oder gar nicht mehr arbeitsfähig ist, spielt für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens indes keine Rolle (vgl. Erw. 8).

Die Aufhebung oder Herabsetzung einer Invalidenrente auf dem Weg der Wiedererwägung der ursprünglichen Leistungsverfügung ist indessen nur zulässig, wenn im Zeitpunkt der Aufhebung oder Herabsetzung keine Invalidität besteht, die Anrecht auf eine Rente begründet. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz, dass eine Rentenrevision zu unterbleiben hat, wenn die Erwerbsfähigkeit im Zeitpunkt der Revisionsverfügung von neuem rentenbegründendes Ausmass erreicht oder eine solche Verschlimmerung unmittelbar bevorsteht (BGE 99 V 101 Erw. 4 mit Hinweisen).

Die Gutachter des Insituts A. erachteten den Beschwerdeführer seit August 1999 u.a in einer leidensangepassten Tätigkeit für 100% arbeitsfähig. Wie bereits erwähnt, kann auf das Gutachten des Insituts A. abgestellt werden. Es ist daher davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Rentenaufhebung vom 27. Mai 2008 und auch der entsprechenden Verfügung vom 8. September 2008 unverändert zu 100% arbeitsfähig gewesen ist.

8. Zu prüfen ist weiter, in welchem Ausmass sich die Einschränkung in der Arbeitsfähigkeit auf die Erwerbsfähigkeit des Beschwerdeführers auswirkt.

(...)

8.4

(...)

Beim Beschwerdeführer, welcher ohne Gesundheitsschaden einer schweren körperlichen Tätigkeit nachging und heute nur noch in einer seinem Rückenleiden angepassten körperlich eher leichten Tätigkeit arbeitsfähig ist, erscheint ein Abzug von 10% als angemessen. Nicht in Betracht fallen jedoch die übrigen Kriterien wie das Alter und die Dienstjahre, so auch das Kriterium der Nationalität, welches bereits bei der Parallelisierung der Einkommen berücksichtigt wurde. Unter diesen Umständen trägt ein leidensbedingter Abzug von maximal 10% den tatsächlichen Verhältnissen angemessen Rechnung. Somit resultiert ein zumutbares Invalideneinkommen von rund Fr. 55'063.- bzw. ein rentenausschliessender Invaliditätsgrad von 10%. Somit wäre die Vornahme der Wiedererwägung gerechtfertigt, wenn

die zweite Voraussetzung, das heisst die erhebliche Bedeutung der Berichtigung, erfüllt ist.

8.5 Nach der Rechtsprechung lässt sich eine allgemein gültige betragliche Grenze für die Voraussetzung der Erheblichkeit der Berichtigung nicht festlegen. Massgebend sind vielmehr die gesamten Umstände des Einzelfalles (BGE 119 V 480 Erw. 1 c). Vorliegend geht es um periodische Leistungen, weshalb nach der Rechtsprechung (BGE 119 V 480 Erw. 1 c, 117 V 20 Erw. 2 c/bb) die Erheblichkeit der Berichtigung zu bejahen ist.

9. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die Rentenverfügung vom 13. Oktober 2000 als zweifellos unrichtig erweist, weshalb die Beschwerdegegnerin befugt war, diese mit substituierter Begründung am 8. September 2008 in Wiedererwägung zu ziehen. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

(...)

Urteil Verwaltungsgericht vom 3. September 2009

S 2008/171

Ergänzungsleistungen: Einkommensverzicht im Sinne von Art. 3c Abs. 1 lit. g ELG durch ein Risikogeschäft.

Sachverhalt:

Im August 2006 meldete sich A zum Bezug von Ergänzungsleistungen (EL) an. Mit Verfügung vom 7. August 2007 wies die Ausgleichskasse Zug das Gesuch aufgrund eines erheblichen Einnahmenüberschusses ab. Mit Einspracheentscheid vom 4. April 2008 wies sie auch die dagegen erhobene Einsprache ab und führte zur Begründung im Wesentlichen aus, gemäss Scheidungsurteil vom 18. Oktober 1999 stehe A monatlich ein Betrag von Fr. 3'367.– zur Verfügung. Dieser setze sich aus der AHV-Rente, einer Leibrente sowie einer Differenzzahlung von B zusammen. Dessen Vorsorgeeinrichtung sei im genannten Scheidungsurteil angewiesen worden, von seinem Freizügigkeitskonto einen Betrag von Fr. 234'000.– an A zu überweisen. Diese wiederum sei verpflichtet worden, mit diesem Geld eine lebenslange Leibrente abzuschliessen und dadurch ihren Lebensunterhalt zu sichern. In der Folge habe sie jedoch keinen Leibrentenvertrag abgeschlossen, sondern habe fast den gesamten ihr überwiesenen Geldbetrag, nämlich Fr. 220'000.–, an C, den

Ehemann ihrer Nichte, übergeben, der das Geld gestützt auf einen Mandatsvertrag verwalten sollte. Im Mai 2005 habe sich jedoch herausgestellt, dass der gesamte Geldbetrag nicht mehr vorhanden sei. Bei diesem Sachverhalt handle es sich um einen Vermögensverzicht im Sinne von Art. 3c Abs. 1 lit. g ELG. Wäre A der ihr durch das Gerichtsurteil auferlegten Verpflichtung zum Abschluss eines Leibrentenvertrages nachgekommen, so erhalte sie aus dem erwähnten Vertrag eine monatliche Rente von rund Fr. 1'100.-. Ein monatlicher Betrag in dieser Höhe sei ihr deshalb als Einkommen anzurechnen. Hingegen sei – wie A zu Recht ausgeführt habe – auf die zusätzliche Anrechnung als Vermögen plus Zinsertrag zu verzichten. Es resultiere nach wie vor ein Einnahmenüberschuss, weshalb kein Anspruch auf Ergänzungsleistungen bestehe.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 7. Mai 2008 liess A unter anderem beantragen, es sei ihr eine jährliche Ergänzungsleistung auszurichten. Zur Begründung liess sie im Wesentlichen geltend machen, sie habe Fr. 220'000.- des ihr von der Vorsorgeeinrichtung überwiesenen Betrages in der Höhe von Fr. 234'000.- C, dem Ehemann ihrer Nichte, zur Verwaltung anvertraut. Dieser sei beruflich als Vermögensverwalter tätig gewesen. Es sei eine vorsichtige Anlagestrategie vereinbart und das Vermögen sei in Inhaber-Kassenobligationen einer Schweizerischen Bank angelegt worden. Vor diesem Hintergrund könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdeführerin mit der Erteilung des Vermögensverwalterauftrages an C eine Investition mit ausserordentlichem Risiko eingegangen sei. Sie habe im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht damit rechnen müssen, dass C das Vermögen veruntreue. Folglich könne nicht von einem Vermögensverzicht im Sinne von Art. 3c Abs. 1 lit. g ELG ausgegangen werden. Die Tatsache, dass in der Scheidungskonvention vorgesehen gewesen sei, dass der Betrag von Fr. 234'000.- im Rahmen eines Leibrentenvertrages angelegt werden sollte, die Beschwerdeführerin das Geld jedoch anderweitig investiert habe, vermöge für sich keinen Verzichtstatbestand von Art. 3c Abs. 1 lit. g ELG zu begründen. Nur weil sie den Betrag nicht konventionsgemäss angelegt habe, habe sie nicht auf Vermögen oder Einkommen verzichtet. Mit Vernehmlassung vom 30. Mai 2008 beantragte die Ausgleichskasse Zug die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung verwies sie auf die Ausführungen im angefochtenen Einspracheentscheid.

Aus den Erwägungen:

...

3. In zeitlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Verwirklichung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhaltes in Geltung standen (vgl. Urteile des EVG vom 4. Juni 2004 [H 6/04] sowie vom 5. Juli 2004 [I 690/03] mit Verweis auf BGE 129 V 4 Erw. 1.2, 169 Erw. 1, 356 Erw. 1, je mit weiteren Hinweisen; zudem BGE 127 V 467 Erw. 1). Da es vorliegend um Ergänzungsleistungen für das Jahr 2007 geht, kommen in der Folge die Gesetzesbestimmungen des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG) in der bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Fassung zur Anwendung und die wiedergegebenen Gesetzeszitate beziehen sich denn auch auf diese Fassung. Das revidierte ELG vom 6. Oktober 2006, das per 1. Januar 2008 in Kraft trat, findet indes vorliegend keine Anwendung.

4. Streitig und zu prüfen ist der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Ergänzungsleistungen und in diesem Rahmen die Frage, ob die Beschwerdegegnerin im Einspracheentscheid zu Recht eine monatliche Leibrente von Fr. 1'047.– angerechnet hat.

5.

5.1 Gemäss Art. 2 Abs. 1 ELG haben Schweizer Bürger mit Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz, welche eine der Voraussetzungen nach den Artikeln 2a – 2d ELG erfüllen, einen Anspruch auf Ergänzungsleistungen, wenn die von diesem Gesetz anerkannten Ausgaben die anrechenbaren Einnahmen übersteigen. Die Beschwerdeführerin hat als Bezügerin einer Altersrente der AHV grundsätzlich Anspruch auf die Ausrichtung von Ergänzungsleistungen. Die Höhe der jährlichen Ergänzungsleistungen wird nach Art. 3a ff. ELG berechnet und hat dem Betrag zu entsprechen, um den die anerkannten Ausgaben die anrechenbaren Einnahmen übersteigen (Art. 3a Abs. 1 ELG). Die anerkannten Ausgaben sind in Art. 3b ELG, die anrechenbaren Einnahmen in Art. 3c Abs. 1 ELG abschliessend aufgeführt. Bei den Ergänzungsleistungen handelt es sich – unter beschränkter Berücksichtigung der individuellen Bedürfnisse im Einzelfall – um typisierte Bedarfsleistungen. Ihr Zweck besteht in der angemessenen Deckung des Existenzbedarfs. Bedürftigen Rentnern der Alters- und Hinterlassenen- sowie der Invalidenversicherung soll ein regelmässiges Mindesteinkommen gesichert werden (Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. A., Bern 2003, § 19 N 5, § 55 N 1, 3). Es gilt deshalb der Grundsatz, dass bei der Anspruchsberechnung nur tatsächlich vereinnahmte Einkünfte und vorhandene Vermögenswerte zu berücksichtigen sind, über die der Leistungsansprecher ungeschmälert verfügen kann (BGE 121 V 205 f. Erw. 4a mit Verweis auf BGE 110 V 21 Erw. 3, ZAK 1989 S. 329 Erw. 3b und 1988 S. 255

Erw. 2b). Andererseits findet dieser Grundsatz dort eine Einschränkung, wo ein Verzicht im Sinne von Art. 3c Abs. 1 lit. g ELG vorliegt (vgl. Erw. 5.2 nachfolgend).

5.2 Ein Verzicht im Sinne von Art. 3c Abs. 1 lit. g ELG liegt vor, wenn die versicherte Person ohne rechtliche Verpflichtung oder ohne adäquate Gegenleistung auf Vermögen verzichtet hat, einen Rechtsanspruch auf bestimmte Einkünfte oder Vermögenswerte hat, davon aber faktisch nicht Gebrauch macht bzw. ihre Rechte nicht durchsetzt, oder aus von ihr zu verantwortenden Gründen von der Ausübung einer möglichen zumutbaren Erwerbstätigkeit absieht (vgl. Erwin Murer und Hans-Ulrich Stauffer, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, 2. Auflage, Zürich 2006, mit Hinweisen auf die umfangreiche Rechtsprechung). «Ohne rechtliche Verpflichtung» und «ohne adäquate Gegenleistung» sind alternative Voraussetzungen und müssen daher nicht kumulativ vorliegen (vgl. BGE 131 V 336 Erw. 4.4). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entscheidet über den Verzichtscharakter einer Vermögensanlage nicht in erster Linie das Fehlen einer Rechtspflicht und einer adäquaten Gegenleistung, sondern das Ausmass des Risikos, welches im Zeitpunkt der Investition eingegangen wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 2. Februar 2007, P 12/06, Erw. 3.2). In diesem Zusammenhang führte das Bundesgericht im erwähnten Urteil aus, ein versprochener Zins von 12% weise angesichts des damaligen niedrigen Zinsniveaus auf die äusserst fragliche Bonität der Schuldnerin hin, hätte diese doch andernfalls zu wesentlich günstigeren Konditionen Finanzmittel beschaffen können. Dem Versprechen eines hohen Zinses habe unter diesen Umständen das massiv erhöhte Risiko eines Verlustes der hingegebenen Gelder und damit des gesamten liquiden Vermögens gegenüber gestanden. Dass es sich um ein ausgesprochenes Risikogeschäft gehandelt habe, hätte sowohl dem bevollmächtigten Vermögensverwalter als auch dem Beschwerdeführer bewusst sein müssen (vgl. erwähnter Bundesgerichtsentscheid, Erw. 3.4).

6.

6.1 Die Beschwerdeführerin verpflichtete sich im Rahmen der am 14. August 1999 getroffenen Scheidungskonvention dazu, mit dem ihr von der Vorsorgeeinrichtung von B aus dessen Freizügigkeitsguthaben ausbezahlten Betrag von Fr. 234'000.– einen Leibrentenvertrag abzuschliessen (vgl. Entscheid des Bezirksgerichtes D vom 18. Oktober 1999). Die daraus resultierende lebenslängliche Leibrente in der Höhe von monatlich Fr. 1'047.– hätte einen wesentlichen Beitrag zu ihrem Unterhalt beitragen sollen. In Missachtung dieser zivilrechtlichen Verpflichtung vertraute sie Fr. 220'000.– und somit fast den gesamten Betrag C zur Verwaltung an (vgl.

Beilage 4 der Beschwerdeführerin), den dieser in der Folge veruntreute (vgl. Strafurteil des Kreisgerichts E vom 9. Juni 2008). In Berücksichtigung der in der nachfolgenden Erwägung 6.2 gemachten Ausführungen erübrigen sich an dieser Stelle Weiterungen zur konventionswidrigen Verwendung des genannten Betrages.

6.2 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entscheidet über den Verzichtsscharakter einer Vermögensanlage das Ausmass des Risikos, welches im Zeitpunkt der Investition eingegangen wird (vgl. die in Erw. 5.2 vorstehend zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung).

Dem Mandatsvertrag vom 28. Oktober 1999 ist zu entnehmen, dass C der Beschwerdeführerin unter Vereinbarung einer konservativen Anlagestrategie eine Jahresverzinsung von 12% zugesichert hat (vgl. Ziff. 3). Gerade die zugesicherte Höhe der Verzinsung verdeutlicht angesichts des (auch) damals niedrigen Zinsniveaus, dass nicht von einer konservativen Anlagestrategie die Rede sein kann und es sich um ein ausgesprochenes Risikogeschäft handeln muss. Unter diesen Umständen stand dem Versprechen eines hohen Zinses das massiv erhöhte Risiko eines Verlustes des C anvertrauten Geldes und damit fast des gesamten liquiden Vermögens der Beschwerdeführerin gegenüber. Bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt wäre es für sie somit bei der ersten Durchsicht des Mandatsvertrages und somit bereits vor dessen Unterzeichnung erkennbar gewesen, dass es sich angesichts der Höhe des versprochenen Zinses um ein Geschäft mit ausserordentlich hohem Risiko handeln muss. In diesem Zusammenhang entgegnete die Beschwerdeführerin, es sei lediglich in Kassenobligationen einer Schweizer Bank investiert und die im Mandatsvertrag erwähnte Jahresverzinsung von 12% sei effektiv nie erzielt worden. Da sich C zur Entrichtung des erwähnten Zinses an die Beschwerdeführerin unabhängig vom konkret Erwirtschafteten verpflichtete, vermag sie daraus nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Aus dem gleichen Grund spielt es keine Rolle, dass C offenbar (unter anderem) wegen qualifizierter Veruntreuung verurteilt worden ist, dass es sich bei ihm um den Ehemann der Nichte der Beschwerdeführerin handelt und dass er berufsmässig als Vermögensverwalter tätig gewesen sein soll. Schliesslich erübrigen sich Weiterungen zur Diskussion, ob die Beschwerdeführerin regelmässig den Kontostand überprüft habe.

Zusammenfassend bleibt daher festzuhalten, dass der Beschwerdeführerin in Beachtung der gebotenen Sorgfalt hätte bewusst sein müssen, dass es sich bei der von ihr getätigten Vermögensinvestition um ein ausgesprochenes Risikogeschäft handelt. In Berücksichtigung der oben zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss daher von einem Einkommensverzicht im Sinne von Art. 3c Abs. 1

lit. g ELG ausgegangen werden, weshalb ihr bei der EL-Berechnung eine monatliche Leibrente von Fr. 1'047.– anzurechnen ist.

...

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 19. Mai 2009

S 2008/79

BVG. – Teilung der von den Parteien während der Ehe erworbenen Austrittsleistungen ihrer beruflichen Vorsorge gemäss Art. 122 ZGB bei einer Ehescheidung: Sachliche Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung von Rechtsfragen im Zusammenhang mit geltend gemachten Einkäufen in die zweite Säule des einen Ehegatten aus Eigengut des anderen Ehegatten.

Sachverhalt:

Die zwischen A und B am 12. Mai 1993 vor dem Zivilstandsamt C geschlossene Ehe wurde vom Kantonsgericht des Kantons Zug mit Urteil vom 28. März 2007 geschieden. Gegen dieses Urteil liessen beide Parteien beim Obergericht Berufung einlegen. Im Scheidungspunkt blieb es jedoch unangefochten und erwuchs daher diesbezüglich im Zeitpunkt der Eröffnung an die Parteien in Rechtskraft. Mit Urteil vom 20. November 2007 erklärte das Obergericht das Urteil des Kantonsgerichts vom 28. März 2007 hinsichtlich der Vorsorgeansprüche der Parteien für nichtig, soweit es über die Feststellung hinausgehe, dass die Austrittsleistungen hälftig zu teilen seien. Ausserdem werde die Streitsache an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug zur weiteren Entscheidung überwiesen. Das Berufungsverfahren werde bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Vorsorgeansprüche der Parteien sistiert. Im Verfahren vor Verwaltungsgericht liess die Beklagte unter anderem geltend machen, sie habe aus ihrem Eigengut zwei Einkäufe in die zweite Säule des Klägers im Wert von insgesamt Fr. 36'229.– (Fr. 15'274.– + Fr. 20'955.–) getätigt. Gestützt auf Art. 22 Abs. 3 FZG seien ihr diese Eigengutanteile zuzüglich Zinsen vorab zuzuweisen, was einen Eigengutanspruch von Fr. 40'956.30 ergebe. Der Kläger liess hingegen bestreiten, dass die beiden Pensionskasseneinkäufe in den Jahren 2001 und 2002 teilweise aus dem Eigengut der Beklagten stammten. Beide Einkäufe seien von einem auf beide Parteien gemeinsam lautenden Konto überwiesen worden, auf das der Errungenschaft zuzurechnende Lohnzahlungen eingegangen seien. Wenn überhaupt hätte das Eigengut der Beklagten höchstens eine allfällige Ersatzforderung gegenüber der Errungenschaft des Klägers. Dies hätte die Beklagte jedoch im Berufungsverfahren vor Obergericht geltend machen müssen.

Aus den Erwägungen:

...

4. Die Rechtsvertreterin der Beklagten macht vorab geltend, die beiden in den Jahren 2001 und 2002 zu Gunsten des Klägers getätigten Pensionskasseneinkäufe stammten teilweise aus dem Eigengut der Beklagten, weshalb letzterer diese Eigengutanteile gestützt auf Art. 22 Abs. 3 FZG zuzüglich Zinsen vorab zuzuweisen seien. Demgegenüber bestreitet der Rechtsvertreter des Klägers, dass die Pensi-

onkasseneinkäufe teilweise aus dem Eigengut der Beklagten stammen. An dieser Stelle bleibt abzuklären, ob das Verwaltungsgericht zur Beurteilung dieser güterrechtlichen Streitigkeit sachlich zuständig ist.

4.1 Das Bundesgericht (bzw. damals: EVG) führte in seinem Entscheid vom 16. August 2006 aus, werde das Sozialversicherungsgericht im Falle der Nichteinigung gestützt auf Art. 142 ZGB ins Scheidungsverfahren einbezogen, so richte sich dessen sachliche Zuständigkeit nach den Art. 22 ff. FZG (vgl. B 116/03, Erw. 3.1). Es führe die Teilung der Austrittsleistungen durch. Dabei handle es sich um Ansprüche aus Vorsorgeverhältnissen, die dem FZG unterstünden, d.h. sämtliche Ansprüche aus den Säulen 2a und 2b, nicht hingegen die Ansprüche aus der ersten und der dritten Säule (BGE 130 V 114 Erw. 3.2.2 mit Hinweisen). Auf diese vorsorgerechtlichen Aspekte der Teilung der Austrittsleistungen beschränke sich die sachliche Zuständigkeit des Sozialversicherungsgerichts. Die sich im Rahmen des Ehescheidungsverfahrens in güterrechtlicher oder sachenrechtlicher Hinsicht stellenden Fragen habe das Scheidungsgericht zu beurteilen. Eine sachliche Zuständigkeit des Sozialversicherungsgerichts für die Beurteilung solcher Fragen ergebe sich weder aus Art. 25a FZG noch aus Art. 142 ZGB. Für das Zivilrecht und insbesondere für die güterrechtliche Auseinandersetzung sei das Scheidungsgericht und nicht das Sozialversicherungsgericht sachlich zuständig (vgl. B 116/02, Erw. 3.4 f., vgl. auch Isabelle Vetter-Schreiber, Kommentar zur beruflichen Vorsorge, Zürich 2005, Art. 22 Abs. 3 FZG).

4.2 Die Rechtsfrage, ob die beiden in den Jahren 2001 und 2002 zu Gunsten des Klägers getätigten Pensionskasseneinkäufe teilweise aus dem Eigengut der Beklagten stammen oder nicht, ist eindeutig güterrechtlicher und somit zivilrechtlicher Natur. Dass die Beantwortung dieser Rechtsfrage auch für die Teilung der Vorsorgegelder wichtig ist, da damit die Höhe der jeweiligen Vorsorgeguthaben festgestellt werden kann, ändert nichts an der zivilrechtlichen Natur der güterrechtlichen Auseinandersetzung. Eine sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts für die Beurteilung von güterrechtlichen Fragen ergibt sich jedoch weder aus Art. 25a FZG noch aus Art. 142 ZGB. Wie dem Urteil des Obergerichtes Zug vom 20. November 2007 entnommen werden kann, hat die Beklagte die von der Vorinstanz getroffene güterrechtliche Regelung angefochten. Es bleibt demnach der Beurteilung des Obergerichtes überlassen, ob das Eigengut der Beklagten allenfalls eine Ersatzforderung gegenüber der Errungenschaft des Klägers hat. Diesbezügliche Weiterungen erübrigen sich.

...

Unfallversicherung: Die telefonische Benachrichtigung vom Unfalltod der Tochter stellt kein Unfallereignis im Sinne von Art. 4 ATSG dar.

Sachverhalt:

Als Folge einer Strassenverkehrskollision zwischen einem Raser und einem unbeteiligten Dritten in Schönenwerd (SO) kam L.W., die Tochter der versicherten B. W., als Beifahrerin des unbeteiligten Dritten am 8. November 2008 ums Leben. Im Dezember 2008 attestierte der behandelnde Psychiater Dr. K. der Versicherten, durch den plötzlichen und unerwarteten Tod ihrer Tochter hätten sich bei ihr Symptome einer Depression und einer posttraumatischen Belastungsstörung entwickelt. In der Annahme, das Vorliegen einer Straftat indiziere regelmässig auch einen Unfall bzw. in casu ein entsprechendes Schreckereignis oder einen Schock, liess sich die Versicherte bei ihrer Unfallversicherung, U AG, anmelden und die Kostenübernahme für einen Kuraufenthalt in Wildhaus beantragen. Mit Verfügung vom 28. April 2009 entschied der Unfallversicherer, das Ereignis vom 8. November 2008 erfülle den Unfallbegriff nicht. Die dagegen am 1. Mai 2009 erhobene Einsprache wies er mit Entscheid vom 3. Juni 2009 ab.

Aus den Erwägungen:

...

3.1 Erste Voraussetzung für die Leistungspflicht eines Unfallversicherers ist das Vorliegen eines Unfalls resp. einer unfallähnlichen Körperschädigung. Als Unfall gilt die plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper, die eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit oder den Tod zur Folge hat (Art. 4 ATSG, vgl. auch: aArt. 9 Abs. 1 UVV). Ist das Unfallgeschehen – das der Versicherte glaubhaft zu machen hat – streitig bzw. stehen verschiedene Sachverhaltsdarstellungen zur Diskussion, stellt das Gericht auf jene ab, die am wahrscheinlichsten erscheint, demnach als überwiegend wahrscheinlich gilt (vgl. RKUV 1986 Nr. U 9 S. 347 Erw. 3; Rumo-Jungo, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, 3. Auflage, Zürich 2003 S. 20 ff.). ...

3.1.1 Damit von einem Unfall ausgegangen werden kann, müssen sämtliche in der Legaldefinition nach Art. 4 ATSG enthaltenen Kriterien erfüllt sein. ...

3.1.2 Nach der ständigen Rechtsprechung können auch Schreck- und Schockerignisse als Unfall im Sinne von Art. 4 ATSG gelten. Dabei muss es sich um die

seelische Einwirkung eines gewaltsamen, sich in der unmittelbaren Gegenwart der versicherten Person abspielenden Vorfalls handeln, wobei zudem eine überraschend heftige Einwirkung gefordert wird. Mit anderen Worten: Nur aussergewöhnliche Schreckereignisse, die mit einem ausserordentlichen psychischen Schock verbunden sind, erfüllen das Merkmal der Ungewöhnlichkeit. Dem Kriterium der unmittelbaren Gegenwart kommt dabei eine hohe Bedeutung zu. Als typische Beispiele für Schreckereignisse gelten Brandkatastrophen, Erdbebenkatastrophen, Eisenbahn- oder Flugzeugunglücke, schwere Autokollisionen, ein Brückeneinsturz, ein Bombenabwurf, verbrecherische Überfälle oder eine sonstige plötzliche Todesgefahr (vgl. EVGE 1939 117 Erw. 4). Die Ereignisse müssen indes nicht unbedingt geeignet sein, die psychische Gesundheit eines gesunden Menschen zu beeinträchtigen, versichert das Gesetz doch nicht nur die psychisch Gesunden, sondern auch Personen, welche besondere Veranlagungen aufweisen und daher eine Unfall weniger gut verkraften. Nach BGE 129 V 402 muss sodann auch bei Schock- oder Schreckereignissen – so ein solches grundsätzlich bejaht wird – die natürliche und adäquate Kausalität gegeben sein (vgl. für die gesamte Problematik: Kieser, a.a.O., Art. 4 ATSG, Rz. 35 und 36/Alexandra Rumo-Jungo, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, Zürich 2003, S. 28 f.).

Die ältere Praxis bejahte ein aussergewöhnliches Schreckereignis im Falle eines Bahnwagenführers, der ein Lawinenunglück mit Todesopfern unmittelbar miterlebte, selbst aber nicht verletzt wurde (EVGE 1939 117) oder im Falle eines Lokomotivführers, der eine Person, die sich in Selbstmordabsichten auf die Schienen gelegt hatte, überfuhr (RKUV 1990 Nr. U 109 S. 306 f.). Auch in mehreren Fällen von Personen, die das schwere Seebeben im Indischen Ozean miterleben, die direkte Todesgefahr erfahren und schliesslich für einige Zeit und bis zur möglichen Rückkehr in die Heimat die verzweifelten Verhältnisse ertragen mussten, wurde in jüngerer Zeit eine aussergewöhnliches Schockerlebnis bejaht (Urteile des Bundesgerichts vom 20. September 2007 [U 548/06]/[8C\_30/2007] und vom 28. März 2008 [8C\_653/2007]). Verneint wurde ein ungewöhnlicher Faktor hingegen im Falle eines Tramführers, der miterlebte, wie ein Schneeball das Tramfenster zerbrach und die Glassplitter einen Passagier – der tags darauf und nicht als Folge des Unfalls nach einer plötzlich auftretenden Hirnlähmung verstarb – leicht verletzten (RKUV 1991 Nr. U 129 S. 229 f.); im Falle eines Lokführers, der von einem Halt gebietenden Signal überrascht wurde (EVGE 1956 88f.); im Falle eines Bahnangestellten, der bei Arbeitsantritt am Unfallort von einer vor kurzem erfolgten Zugsentgleisung, die Tote und Verletzte forderte, erfuhr (EVGE 1940 97 f.) sowie im Falle eines Automobilisten, der nach der Kollision mit einem andern in eine heftige

verbale Auseinandersetzung verwickelt wurde (RKUV 1991 Nr. U 128 S. 229 f.). In neuerer Zeit abgelehnt wurde die Ungewöhnlichkeit bzw. Aussergewöhnlichkeit des Schreckereignisses sodann im Falle einer Mutter, die ihren Sohn, der Opfer eines Tötungsdeliktes geworden war, aufgefunden hatte, nachdem sich das Delikt selbst aber nicht in ihrer unmittelbaren Gegenwart zugetragen hatte (vgl. RKUV 2000 Nr. U 365 S. 91). Die Unmittelbarkeit wurde schliesslich auch verneint für einen Vorfall, der sich wenige Minuten vor Erscheinen der versicherten Person zugetragen hatte resp. für den Fall eines Schichtführers einer Kehrlichtverbrennungsanlage, dessen Mitarbeiter ohne sein Beisein in den Verbrennungsofen fiel (Urteil des EVG vom 17. Juni 2003 [U 273/02] Erw. 3.2; SVR 2004 UV-Nr. 6). Verneint wurde ein besonderes Schreckereignis überdies im Falle einer Person, die während eines Raubüberfalls mit einer Schusswaffe bedroht wurde, wobei es weder zu Handgreiflichkeiten kam, noch ein Schuss fiel (BGE 120 V 177 Erw. 4.3) und im Falle eines Untermieters, der dem mit einer Schusswaffe drohenden Vermieter gerade noch entkommen konnte, bevor dieser einen Schuss abgab (Urteil des EVG vom 2. April 2003 [U 67/02] Erw. 3 f.).

...

4. Fest steht vorliegend, dass die Beschwerdeführerin durch einen Raserunfall ihre 21-jährige Tochter verlor und dass sie von der Polizei telefonisch vom Ereignis in Kenntnis gesetzt wurde. Weiter ergibt sich aus den Akten, dass die Boulevard-Zeitung Blick in eher reisserischer Manier darüber berichtete, dass die Beschwerdeführerin dem Blatt Red und Antwort stand, dass sie sich über die Art und Weise, wie sich der Täter vor Beginn seiner Verhandlung vor dem zuständigen Strafgericht bei ihr entschuldigen wollte, entsetzte, schliesslich dass im Rahmen einer schlimmen Schändungsaktion auf dem Friedhof von Schönenwerd auch das Grab der Tochter der Beschwerdeführerin in Mitleidenschaft gezogen wurde. Streitig ist, ob in diesem gesamten Sachverhalt ein Schreckereignis im Sinne der entsprechenden höchstrichterlichen Praxis gesehen werden kann.

5. Wie obig dargelegt, gilt als erstellt, dass die Beschwerdeführerin den für ihre Tochter tödlich endenden Verkehrsunfall nicht unmittelbar miterlebte, sondern dass sie die Todesnachricht telefonisch erhielt. Wie die Beschwerdegegnerin richtigerweise festhielt, fehlt es mithin vorliegend am «Kriterium der unmittelbaren Gegenwart der versicherten Person». In Würdigung von Erwägung 3.1.2 und der dort wiedergegebenen höchstrichterlichen Praxis zu Schreckereignissen als Unfällen ist nämlich noch einmal zu betonen, dass das Bundesgericht diesem Kriterium ganz besondere Bedeutung einräumt resp. dass diesem Kriterium, entgegen der Auffassung

der Beschwerdeführerin, in allen exemplarisch aufgelisteten Fällen – selbst in den Fällen, wo Versicherte den lebensbedrohenden Tsunami des 26. Dezembers 2004 aus nächster Nähe miterleben mussten, wenngleich sie schliesslich heil davon kamen – besondere Beachtung geschenkt wurde. Dass das Bundesgericht im Entscheid BGE 129 V 180 f. eine künftige Korrektur dieser Praxis für Schreckereignisse im Zusammenhang mit deliktischen Geschehnissen wie Raub, Drohung und Erpressung nicht ausschloss, ist vorliegend nicht von Belang, zumal diese Korrektur bis dato offensichtlich auch nicht erfolgte (vgl. Kieser, a.a.O. Art. 4 ATSG Rz. 35 am Ende). Soweit die Beschwerdeführerin ihrerseits eine extensive Auslegung des Begriffs «unmittelbare Gegenwart» verlangt für den Fall, dass eine emotionale, enge Bindung – durch die Scheidung der Eltern soll die Beziehung von Mutter und Tochter noch enger geworden sein – mitspielt, muss sie auf den ebenfalls zitierten Fall der Mutter verwiesen werden, die den Leichnam ihres ermordeten Sohnes auffinden musste, entschied das Bundesgericht in konsequenter Anwendung seiner Praxis doch auch dort, dass ein Schreckereignis im Sinne der Praxis verneint werden müsse, da die Mutter das Tötungsdelikt selbst nicht miterlebt hatte. In Beachtung dieses Falles sowie der gesamten obig wiedergegebenen Praxis – insbesondere auch U 273/02 – dürfte denn auch die unter Berufung auf Kieser gestellte Frage, ob nicht auch das Wahrnehmen eines – bereits erfolgten – Ereignisses als Schreckereignis gelten könne, zu verneinen sein. Alsdann lässt auch die Tatsache, dass es sich in casu um einen Raserunfall handelte, die Benachrichtigung darüber nicht zu einem aussergewöhnlichen Schreckereignis, verbunden mit einem ausserordentlichen Schock, werden. Dass die Medienpräsenz des Falles, das spätere Verhalten des Täters, die erfolgte Grabschändung sowie der Umstand, dass die Beschwerdeführerin, solange sie noch im Kanton Solothurn wohnte und arbeitete, regelmässig an der Unfallstelle vorbeikam, diese psychisch sicherlich stark belastete, steht für das Gericht ausser Frage. Gleichwohl verleihen all diese schrecklichen Umstände der zu beurteilenden telefonisch erfolgten Benachrichtigung über den Tod der Tochter nicht den Charakter eines Unfalls im Sinne von Art. 4 ATSG. Zu beachten ist diesbezüglich, dass – wie generell bei Unfallereignissen – nur das auf einen in der Regel eher kurzen Moment begrenzte «Schreckereignis» auf seine Ungewöhnlichkeit hin zu beurteilen ist und nicht dessen Auswirkungen und Folgen. Mithin vermag auch das von der Beschwerdeführerin resp. ihrem Rechtsvertreter bemühte Bild, das Telefonat der Kantonspolizei Solothurn habe sich für sie wie ein eigentlicher Tsunami ausgewirkt, nicht zu einer anderen Beurteilung führen. Muss das Vorliegen eines Schreckereignisses als Unfall im Sinne von Gesetz und Praxis in casu aber verneint werden, erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen.

Art. 6 UVG – Adäquater Kausalzusammenhang psychischer Unfallfolgen zu einem Raubüberfall.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Während eines Urlaubs in seiner Heimat Bosnien-Herzegowina nahm A. am 12. Oktober 2003 um ca. 20.20 Uhr mit seinem PW Mercedes 180C zwei Anhalter – eine ihm flüchtig bekannte Frau sowie deren Begleiter – mit sich, welche ihn jedoch in einen Hinterhalt lockten und dort mit zwei weiteren Komplizen überfielen. Dabei wurde er aus seinem Wagen gezerrt, gewürgt und mit einer Eisenstange auf Kopf und andere Körperteile geschlagen. Erst nach Einschreiten eines Anwohners liessen die Angreifer von A. ab und flüchteten mit dessen Wagen samt Bargeld im Wert von ca. Fr. 15'000.–, mehreren Ausweisdokumenten sowie diversen Wertgegenständen. Nach den vorhandenen medizinischen Berichten erlitt A. bei diesem Angriff eine Kopfkontusion mit Commotio cerebri, diverse Rissquetschwunden und Prellungen an Kopf, Körper und Vorderarm rechts, eine offene Patellafraktur am linken Knie und eine Würgeverletzung mit Dysphonie. Die Erstversorgung bis 17. Oktober 2003 – insbesondere im Sinne einer Erstbehandlung der Rissquetschwunden samt initialer Überwachung bei anamnestic kurzzeitiger Bewusstlosigkeit und Amnesie – erfolgte in einem Krankenhaus in Bosnien-Herzegowina. Auf seinen Wunsch hin wurde er jedoch am 18. Oktober 2003 in die Schweiz zurückgebracht, wo er in der Folge noch bis zum 1. November 2003 im Spital X. stationär behandelt wurde. Unter anderem wurde dabei insbesondere eine Osteosynthese der linken Kniescheibe durchgeführt. Ein anfänglich noch geäussert Verdacht auf eine Schädelfraktur konnte hingegen nicht erhärtet werden. Bereits im Austrittsbericht des Spitals X. war indessen auch die Rede von einem Verdacht auf eine posttraumatische Belastungsstörung. Wegen in der Folge anhaltender Beschwerden im Sinne von Kopfschmerzen unterschiedlicher Intensität, lumbaler Rückenschmerzen, ventraler Halsschmerzen, Ohrenscherzen beidseits, belastungsabhängiger Schmerzen im Kniegelenk links sowie einer mittelgradigen depressiven Episode mit starker Somatisierung und subsyndromal in Erscheinung tretender posttraumatischer Belastungsstörung folgte vom 17. Dezember 2003 bis 4. Februar 2004 ein stationärer Aufenthalt in der Rehaklinik Y., welche in ihrem Austrittsbericht vom 26. Februar 2004 über fehlende somatische Korrelate, jedoch eine unübersehbare depressive Stimmungslage berichtete, wobei aber vor dem Hintergrund der entsprechenden psychiatrischen Diagnosen das Gesamtbeschwerdebild erklärbar sei. Im Zuge des weiteren, aus rein somatisch-objektiver Sicht an sich normalen Heilungsverlaufs – weder eine otoneurologische Untersuchung vom 14. Juni 2004 beim Dr. B. noch eine neurologische Abklärung vom 21. Juni 2004 bei Dr. C. ergaben eine vollständige Erklärung für die noch vorhandenen Beschwerden – konnte

sodann auch in Bezug auf die linke Patella am 28. September 2004 das Osteosynthesematerial entfernt werden. Psychiatrischerseits wurde A. derweil auch von der psychiatrischen Klinik D. mit Bericht vom 18. Juni 2004 ein Verdacht auf eine posttraumatische Belastungsstörung (ICD-10: F43.1) sowie eine Anpassungsstörung mit depressiver Entwicklung (ICD-10: F43.2) bzw. von Dr. E. mit Bericht vom 10. Oktober 2004 eine posttraumatische Störung sowie eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung (ICD-10: F45.4) diagnostiziert. Im Übrigen war A. seit dem erlittenen Raubüberfall vom 12. Oktober 2003 durchgehend vollständig arbeitsunfähig geblieben. Gestützt auf einen Bericht des Kreisarztes Dr. F. über eine Untersuchung vom 14. Dezember 2004 stellte der Unfallversicherer schliesslich mit Verfügung vom 7. Februar 2005 seine Leistungen per 28. Februar 2005 ein mit der Begründung, es lägen heute keine behandlungsbedürftigen Unfallfolgen mehr vor. Die jetzt noch geklagten Beschwerden seien organisch als Folgen des erlittenen Unfalles nicht mehr erklärbar. Vielmehr seien psychische Gründe dafür verantwortlich. Insoweit sei jedoch ein rechtserheblicher Zusammenhang zum Unfallereignis, welches als höchstens mittelschwer und nicht als besonders eindrücklich eingestuft werden könne, nicht mehr gegeben. Die dagegen erhobenen Einsprachen sowohl von A. als auch der Krankenkasse wies der Unfallversicherer mit Einspracheentscheid vom 5. Oktober 2007 ab, dies nachdem inzwischen im März 2007 im Auftrag der Invalidenversicherung auch eine MEDAS-Begutachtung durchgeführt worden war. Am 8. November 2007 reichten sowohl A. (Beschwerdeführer 1) als auch dessen Krankenkasse (Beschwerdeführerin 2) beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Beschwerde ein jeweils mit dem Antrag, der Einspracheentscheid vom 5. Oktober 2007 sei aufzuheben und, es seien A. die gesetzlichen Leistungen aus UVG zuzusprechen. Der Unfallversicherer beantragte die Abweisung dieser Beschwerden.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. (Natürlicher Kausalzusammenhang zwischen dem geklagten Beschwerdebild und dem Raubüberfall vom 12. Oktober 2003 bejaht)

4. Die Leistungspflicht der Unfallversicherung setzt allerdings im Weiteren voraus, dass zwischen dem Unfallereignis und der damit verursachten Gesundheitsschädigung neben dem natürlichen auch ein adäquater Kausalzusammenhang besteht. Nach der Rechtsprechung hat ein Ereignis dann als adäquate Ursache eines Erfolges zu gelten, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen

herbeizuführen, der Eintritt dieses Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint (BGE 117 V 361; 115 V 135). Mit der Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs wird dem rechtlich bestehenden Bedürfnis nach Eingrenzung und Auswahl von Tatsachen aus der natürlichen Kausalkette Rechnung getragen. Der Prüfung des adäquaten Kausalzusammenhangs als einer Rechtsfrage kommt somit die Funktion einer Haftungsbegrenzung zu (BGE 117 V 382; 115 V 142).

4.1 Im Bereich klar ausgewiesener organischer Unfallfolgen spielt die Adäquanz als rechtliche Eingrenzung der sich aus dem natürlichen Kausalzusammenhang ergebenden Haftung des Unfallversicherers gemäss Rechtsprechung praktisch keine Rolle, da sich hier die adäquate weitgehend mit der natürlichen Kausalität deckt (BGE 127 V 103 Erw. 5b/bb). Bei der Beurteilung der Adäquanz von Unfallfolgeschäden, für die ein natürlicher Kausalzusammenhang medizinisch zwar angenommen wird, jedoch nicht oder nicht hinreichend organisch nachweisbar ist (vgl. BGE 123 V 102 Erw. 3b), ist demgegenüber zunächst abzuklären, ob die versicherte Person beim Unfall ein Schleudertrauma der HWS, eine dem Schleudertrauma äquivalente Verletzung (SVR 1995 UV Nr. 23 S. 67 Erw. 2) oder ein Schädel-Hirntrauma erlitten hat. Ist dies nicht der Fall, gelangt die Rechtsprechung gemäss BGE 115 V 140 Erw. 6c/aa zur Anwendung. Ergeben die Abklärungen indessen, dass die versicherte Person eine der soeben erwähnten Verletzungen erlitten hat, muss beurteilt werden, ob die zum typischen Beschwerdebild einer solchen Verletzung gehörenden Beeinträchtigungen (vgl. dazu BGE 119 V 338 Erw. 1, 117 V 360 Erw. 4b) zwar teilweise vorliegen, im Vergleich zur psychischen Problematik jedoch bereits unmittelbar nach dem Unfallereignis oder im Verlaufe der Entwicklung vom Unfall bis zum Beurteilungszeitpunkt nur eine sehr untergeordnete Rolle gespielt haben und damit ganz in den Hintergrund getreten sind. Trifft dies zu, sind gemäss BGE 123 V 99 Erw. 2a für die Adäquanzbeurteilung ebenfalls die in BGE 115 V 140 Erw. 6c/aa für Unfälle mit psychischen Folgeschäden aufgestellten Grundsätze massgebend; andernfalls erfolgt die Beurteilung der Adäquanz gemäss den in BGE 117 V 366 Erw. 6a und 382 Erw. 4b festgelegten Kriterien (BGE 123 V 99 Erw. 2a; RKUV 2002 Nr. U 465 S. 437). Bei beiden Methoden wird für die Beantwortung der Frage der adäquaten Kausalität an die Schwere des Unfalls und gegebenenfalls bestimmte unfallbezogene Kriterien angeknüpft (BGE 117 V 366 Erw. 6a und 382 Erw. 4b, 115 V 138 Erw. 6). Der Unterschied besteht darin, dass bei HWS-Schleudertraumen, diesen äquivalenten Verletzungen und Schädel-Hirntraumen mit jenen eines Schleudertraumas vergleichbaren Folgen im Rahmen der Prüfung der massgebenden unfallbezogenen Kriterien im Gegensatz zur Rechtslage bei psychischen Fehlentwicklungen auf eine Differenzierung zwischen physischen und psychischen Komponenten zu verzichten ist, weil nicht entscheidend ist, ob die

Beschwerden medizinisch eher als organischer und/oder psychischer Natur bezeichnet werden (BGE 117 V 367 Erw. 6a und 382 f.; RKUV 2000 Nr. U 395 S. 317, 1997 Nr. U 272 S. 174 Erw. 4a).

4.2 Im Hinblick auf so genannte Schreckereignisse ohne körperliche Verletzungen, welche unter bestimmten Umständen ebenfalls als Unfall anerkannt werden, beurteilt sich die Adäquanz nachfolgend aufgetretener psychischer Störungen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung schliesslich nach der allgemeinen Adäquanzformel (gewöhnlicher Lauf der Dinge und allgemeine Lebenserfahrung). Diese Rechtsprechung trägt der Tatsache Rechnung, dass bei Schreckereignissen – anders als im Rahmen üblicher Unfälle – die psychische Stresssituation im Vordergrund steht, wogegen dem somatischen Geschehen keine (entscheidende) Bedeutung beigemessen werden kann. Aus diesem Grund ist die (analoge) Anwendung der in BGE 115 V 133 entwickelten Adäquanzkriterien ebenso ungeeignet wie diejenige der so genannten Schleudertraumapraxis (BGE 117 V 359; vgl. BGE 129 V 184 Erw. 4.2). Nicht anders verhält es sich, wenn die versicherte Person zwar körperlich verletzt wird, die somatischen Beeinträchtigungen indessen lediglich von untergeordneter Bedeutung sind und im Vergleich zum erlittenen psychischen Stress in den Hintergrund treten. Denn auch in solchen Fällen kommt dem somatischen Geschehen keine wesentliche Bedeutung zu. Mithin hat die Beurteilung der Adäquanz zwischen Schreckereignissen, bei welchen die versicherte Person zwar (auch) körperliche Beeinträchtigungen davonträgt, letztere indessen nicht entscheidend ins Gewicht fallen, und psychischen Schäden nach der allgemeinen Adäquanzformel (gewöhnlicher Lauf der Dinge und allgemeine Lebenserfahrung) zu erfolgen (Urteil des EVG vom 14. April 2005, U 390/04, Erw. 1.2).

4.3 Unter den Parteien ist vorab umstritten, nach welcher dieser Methoden der adäquate Kausalzusammenhang im vorliegenden Fall nun zu beurteilen ist. Während die Beschwerdegegnerin der Ansicht ist, die psychischen Unfallfolgen seien bereits kurz nach dem Ereignis vom 12. Oktober 2003 in den Vordergrund getreten, sodass die Adäquanz nach BGE 115 V 133 zu beurteilen sei, will der Beschwerdeführer 1 mit Verweis auf das erlittene Schädel-Hirntrauma BGE 117 V 366 Erw. 6a bzw. 382 Erw. 4b angewendet haben. Die Beschwerdeführerin 2 stellt sich schliesslich auf den Standpunkt, es handle sich vorliegend um ein so genanntes Schreckereignis, weshalb nach der allgemeinen Adäquanzformel vorzugehen sei.

4.3.1 Ausgeschlossen werden kann unter den konkreten Umständen eine Adäquanzprüfung nach den Vorgaben zu den so genannten Schreckereignissen.

Zwar hat das Bundesgericht die Anwendung dieser Methode auch auf Fälle ausgedehnt, in welchen die Betroffenen nebst dem rein psychischen Stress auch körperliche Verletzungen erlitten haben, sofern die somatischen Beeinträchtigungen jedenfalls lediglich von untergeordneter Bedeutung sind. Das Bundesgericht hatte in diesem Sinne etwa einen Fall zu beurteilen, in welchem eine Versicherte auf offener Strasse von einem Unbekannten angegriffen, zu Boden gedrückt und in Tötungsabsicht gewürgt worden war, wobei sie auch Schrammen am Hals und Schmerzen in der Lendengegend erlitt (RKUV 1996 Nr. U 256 S. 215). In einem anderen Fall wurde die Versicherte nachts von drei maskierten Männern überfallen, wobei ihr einer mit den Fäusten ins Gesicht schlug und ein weiterer sie mit einer Pistole bedrohte. Die Versicherte zog sich dabei nebst Schwellungen im Gesicht auch eine Rissquetschwunde über dem linken Auge zu, die ambulant genäht werden musste (Urteil des EVG vom 4. August 2005, U 2/05). Im vorliegend zu beurteilenden Fall sind die erlittenen körperlichen Verletzungen indessen weit gravierender und es kam ihnen im Vergleich zur sicherlich auch gegebenen massiven psychischen Stresssituation keineswegs bloss untergeordnete Bedeutung zu. So wurde der Beschwerdeführer von mehreren Tätern angegriffen, aus seinem Wagen gezerrt, mehrmals mit einer Metallstange auf Kopf und andere Körperteile geschlagen, gewürgt und schliesslich bewusstlos liegen gelassen. Der Beschwerdeführer erlitt dabei nicht nur Schrammen, Kontusionen und Rissquetschunden, sondern namentlich auch eine Commotio cerebri, eine offene Patellafraktur am linken Knie und eine Würgeverletzung mit Dysphonie. Nach rund einwöchiger Hospitalisation in Bosnien musste der Beschwerdeführer daraufhin auch noch vom 18. Oktober 2003 bis 1. November 2003 im Spital X. stationär behandelt werden und es folgte anschliessend noch ein Aufenthalt vom 17. Dezember 2003 bis 4. Februar 2004 in der Rehaklinik Y. Die Adäquanzprüfung nach der Methode, wie sie vom Bundesgericht ursprünglich im Hinblick auf reine Schreckereignisse ohne körperliche Beeinträchtigungen entwickelt worden ist und später noch auf Fälle ausgedehnt wurde, in welchen auch geringfügige körperliche Beeinträchtigungen von untergeordneter Bedeutung vorhanden sind, erscheint unter diesen Umständen jedenfalls nicht mehr als sachgerecht.

4.3.2 Damit hat die Adäquanzprüfung also in jedem Fall entweder nach der so genannten Psycho-Praxis gemäss BGE 115 V 133 oder aber nach der so genannten Schleudertraumapraxis gemäss BGE 117 V 359, welche nach BGE 117 V 369 auch auf Fälle mit erlittenem Schädel-Hirntrauma anzuwenden ist, zu erfolgen. Nach welcher dieser beiden Methoden jedoch vorzugehen ist, kann unter den gegebenen Umständen schliesslich offen bleiben. Wie im Folgenden zu zeigen ist, müsste nämlich selbst dann von einem auch rechtserheblichen Kausalzusammenhang zwischen

dem Raubüberfall vom 12. Oktober 2003 und dem geklagten Beschwerdebild ausgegangen werden, wenn davon ausgegangen würde, dass tatsächlich die körperlichen Beeinträchtigungen im Vergleich zur psychischen Problematik im Verlaufe der Entwicklung nur eine sehr untergeordnete Rolle gespielt hätten und damit ganz in den Hintergrund getreten wären.

4.4 Für die Beurteilung der Adäquanz ist in jedem Fall an das Unfallereignis anzuknüpfen, wobei – ausgehend vom augenfälligen Geschehensablauf – vom Eidgenössischen Versicherungsgericht folgende Einteilung vorgenommen wurde: banale bzw. leichte Unfälle einerseits, schwere Unfälle andererseits und schliesslich der dazwischen liegende mittlere Bereich (BGE 115 V 139).

4.4.1 Bei banalen Unfällen wie z.B. bei geringfügigem Anschlagen des Kopfes oder Übertreten des Fusses und bei leichten Unfällen wie z.B. einem gewöhnlichen Sturz oder Ausrutschen kann der adäquate Kausalzusammenhang zwischen Unfall und nachfolgenden Gesundheitsstörungen in der Regel ohne Weiteres verneint werden, weil aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung, aber auch unter Einbezug unfallmedizinischer Erkenntnisse davon ausgegangen werden kann, dass ein banaler bzw. leichter Unfall nicht geeignet ist, einen erheblichen Gesundheitsschaden zu verursachen. Bei schweren Unfällen dagegen ist der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und den Folgen in der Regel zu bejahen. Denn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung sind solche Unfälle geeignet, entsprechende Gesundheitsschäden zu bewirken (BGE 115 V 139 f.).

4.4.2 Bei Unfällen aus dem mittleren Bereich lässt sich die Frage, ob zwischen Unfall und Folgen ein adäquater Kausalzusammenhang besteht, nicht auf Grund des Unfalles allein schlüssig beantworten. Es sind weitere, objektiv erfassbare Umstände, welche unmittelbar mit dem Unfall in Zusammenhang stehen oder als direkte bzw. indirekte Folgen davon erscheinen, in eine Gesamtwürdigung einzubeziehen. Als wichtigste Kriterien sind im Hinblick auf psychische Unfallfolgen zu nennen: besonders dramatische Begleitumstände oder besondere Eindrücklichkeit des Unfalls; die Schwere oder besondere Art der erlittenen Verletzungen, insbesondere ihre erfahrungsgemässe Eignung, psychische Fehlentwicklungen auszulösen; ungewöhnlich lange Dauer der ärztlichen Behandlung; körperliche Dauerschmerzen; ärztliche Fehlbehandlung, welche die Unfallfolgen erheblich verschlimmert; schwieriger Heilungsverlauf und erhebliche Komplikationen; Grad und Dauer der physisch bedingten Arbeitsunfähigkeit. Im Gegensatz zu diesen bei psychischen Fehlentwicklungen relevanten Kriterien gemäss BGE 115 V 140 wird

für die Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen einem Unfall mit Schleudertrauma der Halswirbelsäule oder mit Schädelhirntrauma und in der Folge eingetretenen Beschwerden auf eine Differenzierung zwischen physischen und psychischen Komponenten verzichtet, weil es hier nicht entscheidend ist, ob Beschwerden medizinisch eher als organischer und/oder psychischer Natur bezeichnet werden (BGE 117 V 367, BGE 117 V 383). Bezogen auf diese Fälle hat das Bundesgericht die Kriterien darüber hinaus auch weiter präzisiert (vgl. BGE 134 V 109 Erw. 10 S. 126 ff.).

4.4.3 Unabhängig davon, ob es sich nun um rein psychische Unfallfolgen oder um Folgen eines Schädel-Hirntraumas handelt, ist der Einbezug sämtlicher objektiver Kriterien in die Gesamtwürdigung nicht in jedem Fall erforderlich. Je nach den konkreten Umständen kann für die Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs ein einziges Kriterium genügen. Dies trifft einerseits dann zu, wenn es sich um einen Unfall handelt, welcher zu den schwereren Fällen im mittleren Bereich zu zählen oder sogar als Grenzfall zu einem schweren Unfall zu qualifizieren ist. Andererseits kann im gesamten mittleren Bereich ein einziges Kriterium genügen, wenn es in besonders ausgeprägter Weise erfüllt ist. Kommt keinem Einzelkriterium besonderes bzw. ausschlaggebendes Gewicht zu, so müssen mehrere unfallbezogene Kriterien herangezogen werden. Dies gilt umso mehr, je leichter der Unfall ist. Handelt es sich beispielsweise um einen Unfall im mittleren Bereich, der aber dem Grenzbereich zu den leichten Fällen zuzuordnen ist, müssen die weiteren zu berücksichtigenden Kriterien in gehäufte oder auffallender Weise erfüllt sein, damit die Adäquanz bejaht werden kann. Diese Würdigung des Unfalles zusammen mit den objektiven Kriterien führt zur Bejahung oder Verneinung der Adäquanz (BGE 117 V 367 f., 117 V 384).

4.5 Die Beschwerdeführer machen vorliegend zu Recht geltend, dass es sich beim zu beurteilenden Raubüberfall zumindest um ein mittelschweres Ereignis im Grenzbereich zu den schweren Unfällen handelt. Selbst wenn aber mit der Beschwerdeführerin von einem mittelschweren Unfall im engeren Sinne ausgegangen werden sollte, genügte auch damit bereits ein einziges der aufgeführten Kriterien, wenn es in besonders ausgeprägter Weise erfüllt ist. Der Beschwerdeführer ist offensichtlich Opfer eines rücksichtslos durchgeführten Raubüberfalls geworden, bei welchem er nicht nur seines Autos, eines namhaften Geldbetrages sowie weiterer Wertsachen beraubt, sondern dabei auch mit dem Tode bedroht, körperlich brutal angegriffen, aus seinem Wagen gezerrt, mit einer Metallstange mehrfach auf den Kopf und andere Körperteile geschlagen, gewürgt und schliesslich bewusstlos liegen gelassen wurde. Bei einem solchen Tathergang ist offenkundig zumindest das

Kriterium besonders dramatischer Begleitumstände oder besonderer Eindrücklichkeit des Unfalls in ausgeprägter Weise erfüllt. Es kann dabei offen bleiben, ob die Angreifer nun tatsächlich zwecks Verdunkelung der Tat sogar die Tötung des Beschwerdeführers beabsichtigt hatten oder inwieweit auch ethnische Feindschaften mit der Tat in einem Zusammenhang standen. So oder anders musste das Opfer auch bei objektiver Betrachtungsweise in der konkreten Situation angesichts des gefährlichen Angriffs auf seinen Körper um sein Leben fürchten. Den Beschwerdeführenden Parteien ist insbesondere auch insoweit Recht zu geben, als der in Bosnien-Herzegowina erlittene Raubüberfall vom 12. Oktober 2003 nicht einfach auf schweizerische Verhältnisse übertragen werden kann, indem etwa gesagt wird, ein gleicher in der Schweiz sich zugetragenem Vorfall wäre nicht von derart eindrücklichen Umständen begleitet gewesen, da hier eine Rivalität zwischen verschiedenen Volksgruppen, Ressentiments gegenüber wohlhabenden Landsleuten, ein Sittenverfall und Verrohung der Moral infolge kriegerischer Vergangenheit im Gegensatz zum Tatort in Bosnien-Herzegowina fehlen würden. Bei der Beurteilung der Schwere eines Unfallereignisses ist grundsätzlich von den tatsächlichen und konkreten Umständen des jeweiligen Falles auszugehen. Etwas anderes lässt sich aus der bundesgerichtlichen Praxis nicht ableiten und wäre dem System einer einzelfallbezogenen Adäquanztprüfung denn auch völlig fremd. Ebenso ist im vorliegenden Zusammenhang auch nicht entscheidend, inwieweit der Beschwerdeführer allenfalls durch sein eigenes unbedarftes Auftreten bis zu einem gewissen Grad selbst dazu beigetragen haben mag, dass er Zielscheibe eines Raubüberfalls wurde. Der Beschwerdeführer lässt dazu zutreffend geltend machen, dass dies höchstens im Hinblick auf ein allfälliges Selbstverschulden im Sinne eines Wagnisses nach Art. 50 UVV zu prüfen wäre. Dass aber der Beschwerdeführer mit einem Mercedes mit schweizerischen Kennzeichen nach Bosnien gefahren ist, dabei Wertsachen und eine höhere Barschaft mitgeführt und schliesslich auch noch Autostopper aufgenommen hat, würde den Wagnisbegriff noch keineswegs erfüllen. Jedenfalls vermögen aber diese Umstände nichts daran zu ändern, dass dem Tathergang des Raubüberfalls das Kriterium besonderer Eindrücklichkeit zugesprochen werden muss. Mit der Bejahung einer besonderen Eindrücklichkeit bzw. besonders dramatischer Begleitumstände ist nun aber ein Kriterium in besonderer Weise erfüllt, welches sowohl bei bloss psychischen Unfallfolgen als auch bei Folgen eines Schädel-Hirntraumas in gleicher Weise zu berücksichtigen ist. Unter den konkreten Gegebenheiten genügt dieses Kriterium daher auch bereits, um die Adäquanzt in jedem Fall als gegeben betrachten zu können. Selbst wenn die weiteren Kriterien – zumindest unter Ausklammerung der psychisch bedingten Komponenten in Anwendung von BGE 115 V 133 – nicht oder nur teilweise erfüllt wären, könnte dies an der Bejahung des adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen dem Raubüberfall vom

12. Oktober 2003 und dem noch immer vorhandenen Beschwerdebild schliesslich nichts ändern.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. Juni 2009

S 2007/159

§ 5 Abs. 1 und § 17 des bis 31. Dezember 2008 in Kraft gewesenen kantonalen Gesetzes über die Kinderzulagen vom 16. Dezember 1982 (KZG; BGS 844.4); Art. 11 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 des am 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über die Familienzulagen vom 24. März 2006 (FamZG; SR 836.2) – Die Bezüge einer Verwaltungsrätin stellen definitionsgemäss massgebenden Lohn im Sinne der AHV-Gesetzgebung dar und sind dementsprechend AHV-rechtlich als Verdienst aus unselbständiger Erwerbstätigkeit zu qualifizieren. Die Verwaltungsrätin ist daher, auch wenn sie in keinem Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft steht, in jedem Fall als Arbeitnehmerin im Sinne von § 5 Abs. 1 KZG bzw. Art. 13 Abs. 1 FamZG zu behandeln und sie hat dementsprechend Anspruch auf Kinderzulagen, sofern die weiteren Bezugsvoraussetzungen erfüllt sind. Der Verweis der Familienausgleichskasse darauf, dass im Bereich der Arbeitslosenversicherung Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung keine Arbeitslosenentschädigung beziehen können, vermag hieran nichts zu ändern.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Gemäss § 5 Abs. 1 KZG haben haupt- und nebenberufliche Arbeitnehmer mit einem Kind oder mehreren Kindern, deren nichtlandwirtschaftliche Arbeitgeber diesem Gesetz unterstellt sind, Anspruch auf Kinderzulagen für jeden vollen Arbeitsmonat. Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer haben Anspruch auf eine der Arbeitszeit entsprechende Teilzulage (§ 5 Abs. 2 Satz 1 KZG). Bei regelmässiger Beschäftigung als Arbeitnehmer während des ganzen Monats sind die Kinderzulagen nach dem Monatssatz zu berechnen. Bei Teilzeitbeschäftigung werden die Ansätze entsprechend gekürzt (§ 3 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung zum KZG vom 28. März 1983, VVKZG; BGS 844.411). Ist die tatsächliche Arbeitszeit nicht oder nur schwer feststellbar, so wird sie in der Regel aufgrund der tatsächlichen

Lohnsumme und eines angenommenen, angemessenen Taglohnes ermittelt (§ 3 bs. 3 VVKZG). Die Begriffe «Arbeitgeber», «Arbeitnehmer» und «Selbständigerwerbende» richten sich dabei laut § 17 KZG in der Regel nach denjenigen der Alters- und Hinterlassenenversicherung.

3. Streitig und zu prüfen ist vorliegend, ob die Beschwerdeführerin im Zeitraum vom 1. April 2005 bis 31. Dezember 2008 für ihre Tätigkeit als Verwaltungsrätin der X Genossenschaft als Arbeitnehmerin im Sinne von § 5 Abs. 1 KZG gilt und in dieser Eigenschaft Anspruch auf Kinderzulagen nach dem damals geltenden KZG hat. Für die Zeit ab 1. Januar 2009 werden im Rahmen des Beschwerdeverfahrens explizit keine Kinderzulagen mehr gefordert, offenbar weil ab diesem Zeitpunkt nunmehr Kinderzulagen nach dem per 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Bundesgesetz über die Familienzulagen vom 24. März 2006 (SR 836.2) über die Firma des Ehemannes der Beschwerdeführerin beantragt wurden. Mithin erübrigt sich vorliegend grundsätzlich eine Prüfung der Frage, ob die Beschwerdeführerin in ihrer Eigenschaft als Verwaltungsrätin der X Genossenschaft auch über den 31. Dezember 2008 hinaus Anspruch auf Kinderzulagen hätte oder nicht. Immerhin kann insoweit aber festgehalten werden, dass allein das Inkrafttreten des neuen FamZG jedenfalls nicht zu einer anderen Beurteilung des bisherigen Status einer Person als selbständig oder als unselbständig Erwerbstätige führen dürfte, wird doch wie im bisherigen § 17 KZG auch in Art. 11 Abs. 2 FamZG für die Qualifikation als Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerin auf die Bundesgesetzgebung über die AHV verwiesen.

4. Paragraph 17 KZG verweist für die Definition des Begriffs Arbeitnehmer wie erwähnt auf die Alters- und Hinterlassenenversicherung. Die Begriffe unselbständige Erwerbstätigkeit und selbständige Erwerbstätigkeit bzw. Arbeitnehmer und Selbständigerwerbender werden aber weder im Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1964, AHVG, noch in der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947, AHVV, klar definiert. Laut Art. 1 AHVG sind aber die Bestimmungen des ATSG auf die im ersten Teil geregelte Alters- und Hinterlassenenversicherung anwendbar, soweit das AHVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht. Für die Definition des Begriffs des Arbeitnehmers ist demnach Art. 10 ATSG bestimmend. Danach gelten als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Personen, die in unselbständiger Stellung Arbeit leisten und dafür massgebenden Lohn nach dem jeweiligen Einzelgesetz beziehen.

4.1 Gemäss Art. 5 Abs. 2 AHVG gilt als massgebender Lohn jedes Entgelt für in unselbständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit.

Es ist dabei festzuhalten, dass auch mit Inkrafttreten von Art. 10 ATSG kein Übergang von dieser bisherigen objekt- zu einer nun subjektbezogenen Umschreibung der Arbeitnehmerqualität angestrebt werden sollte. Da im AHV-Beitragsbezug mit anderen Worten das Beitragsobjekt und nicht etwa der Beitragspflichtige das massgebende Kriterium darstellt, ist für die Qualifizierung des erwerbstätigen Versicherten allein ausschlaggebend, ob das aus seiner Erwerbstätigkeit erzielte Entgelt massgebenden Lohn darstellt oder nicht. Die bisherige Umschreibung gemäss Art. 5 Abs. 2 AHVG hat im Grundsatz unverändert weiter Bestand. Was als massgebender Lohn zu betrachten ist, ist aus Art. 10 ATSG selbst nicht ersichtlich. Welche Bestandteile dazu zählen, muss vielmehr dem jeweiligen Einzelgesetz entnommen werden. Es ergibt sich folglich erst aus einer einzelgesetzlichen Bestimmung, welche Entschädigungen als massgebenden Lohn zu betrachten sind, und dadurch wird zugleich die Arbeitnehmerqualität bestimmt. Auch wenn Art. 10 ATSG ausdrücklich auf das jeweilige Einzelgesetz verweist, ist es nicht ausgeschlossen, dass erst in der entsprechenden Vollzugsverordnung im Einzelnen die Bestimmung des massgebenden Lohns vorgenommen wird (vgl. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 10 N 13 ff.; Peter Forster, AHV-Beitragsrecht, Zürich/Basel/Genf 2007, N 2 zu § 6).

4.2 Unter dem Titel «Beiträge vom Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit» werden gemäss Art. 7 lit. h AHVV unter anderem als Bestandteile des massgebenden Lohns namentlich Tantiemen, feste Entschädigungen und Sitzungsgelder an die Mitglieder der Verwaltung und der geschäftsführenden Organe genannt. Damit werden aber die von der Beschwerdeführerin für ihre Tätigkeit als Verwaltungsrätin erhaltenen Bezüge ausdrücklich als Lohn für unselbständige Erwerbstätigkeit definiert. Die Bestimmung des massgebenden Lohnes muss in diesem Fall daher gar nicht anhand der in der Rechtsprechung zur Anwendung gebrachten einzelnen Merkmale zur Abgrenzung von selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit erfolgen. Es kann vielmehr festgehalten werden, dass der Verdienst der Beschwerdeführerin bereits definitionsgemäss massgebenden Lohn im Sinne der AHV-Gesetzgebung darstellt und dementsprechend AHV-rechtlich als Verdienst aus unselbständiger Erwerbstätigkeit zu qualifizieren ist. In diesem Sinne ist die Beschwerdeführerin also ohne weiteres als Arbeitnehmerin im Sinne von § 5 Abs. 1 KZG zu behandeln.

5. Die Beschwerdegegnerin stellt sich in ihrer Beschwerdeantwort vom 4. Mai 2009 sowie ihrer Duplik vom 12. Juni 2009 auf den Standpunkt, dass sich der Begriff des Arbeitnehmers gemäss § 17 KZG nur «in der Regel» nach denjenigen der Alters- und Hinterlassenenversicherung richte. Wie das Beispiel von Art. 31 Abs. 3 lit. c des Bundesgesetzes über die Arbeitslosenversicherung und die Insolvenz-

entschädigung vom 25. Juni 1982 (AVIG) zeige, sei es im Sozialversicherungsrecht durchaus möglich, dass eine unterschiedliche Beurteilung der Beitragserhebung und der Leistungsberechtigung vorgenommen werde. Es sei deshalb ungeachtet der beitragsrechtlichen Erfassung der Entschädigungen der Verwaltungsratsmitglieder als unselbständiges Erwerbseinkommen zu prüfen, ob Mitglieder des Verwaltungsrates einer Gesellschaft einen Anspruch auf Ausrichtung von Kinderzulagen nach § 5 KZG hätten oder nicht.

5.1 Beim Umgang mit den verschiedenen Anknüpfungsbegriffen soll gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung mittels harmonisierender Auslegung auf eine Koordination zwischen den verschiedenen Sozialversicherungszweigen hingewirkt werden. Die harmonisierende Auslegung dient dabei einer rechtsgleichen Behandlung. Aus Rechtsgleichheitsgründen ist teilweise sogar ein Analogieschluss zu ziehen, sind in verwandten Gebieten wertungsmässig die gleichen Fragen zu entscheiden. Voraussetzung ist die Vernünftigkeit und Erkennbarkeit der ratio legis jener Norm, welche in einem zweiten, ähnlichen Gebiet angewendet werden soll. Mittelbar dient die harmonisierende Auslegung auch der Praktikabilität, um den Rechtssinn in den jeweiligen Sozialversicherungen schneller und einfacher zu finden. Dies kann sogar zur Folge haben, dass bei verschiedenen Normen das Differenzierungspotenzial, welches sie ohne Harmonisierungsgedanken hätten, nicht voll ausgeschöpft wird. Laut Bundesgericht kommt aufgrund des engen sachlichen Zusammenhangs der Sozialversicherung zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber in den einzelnen Gesetzen, direkt oder sinngemäss, auf andere Gesetze dieser Rechtsfamilie verweist. Dem Harmonisierungsziel ist, soweit kein nachweislich anders lautender gesetzgeberischer Wille klar ersichtlich ist, stets Beachtung zu schenken (vgl. Peter Forster, AHV-Beitragsrecht, Zürich/Basel/Genf 2009 N 84 zu § 6; Thomas Gächter, mit weiteren Hinweisen, SZS 46/2002, S. 524 ff.; EVGE 1968 173).

5.2 Es stellt sich mithin die Frage, ob es vorliegend einen zwingenden Grund dafür gibt, der Beschwerdeführerin den Arbeitnehmerstatus entgegen der AHV-rechtlichen Qualifizierung des entsprechenden Entgelts als massgebenden Lohn abzusprechen, da in § 17 KZG der Verweis auf die Alters- und Hinterlassenenversicherung bezüglich des Arbeitnehmerbegriffs nur «in der Regel» erfolgt. So macht die Beschwerdegegnerin anhand des Beispiels von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG geltend, dass es trotz grundsätzlichen Bezugsrechts aufgrund der Qualifikation als Arbeitnehmer nach AHVG durchaus möglich sei, dass gewisse Arbeitnehmer aufgrund ihres Status (als Verwaltungsrat) von sozialversicherungsrechtlichen Leistungen ausgeschlossen werden könnten. Die Beantwortung der Frage, ob der Beschwer-

deführerin Kinderzulagen zustünden, habe daher ebenfalls losgelöst von der beitragsrechtlichen Erfassung zu erfolgen.

5.3 Zahlreiche Rechtsbegriffe und Rechtsinstitute sind in verschiedenen Sozialversicherungszweigen anzutreffen. Es ist daher, wie oben ausgeführt, der Rechtsanwendung überlassen, durch eine harmonisierende Auslegung auf eine Koordinierung zwischen den verschiedenen Sozialversicherungszweigen hinzuwirken. Eine Abweichung von dem Ziel einer möglichst gleichen Anwendung und über alle Sozialversicherungszweige hinweg geltende Umschreibung der Begriffe und Rechtsinstitute soll aber nur dann erfolgen, wenn ein gegenteiliger gesetzgeberischer Wille erkennbar ist (vgl. oben, E. 3.3). Ein solcher klarer Wille ist in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ersichtlich. Grundsätzlich haben gemäss Art. 31 Abs. 1 AVIG Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, unter den in lit. a-d genannten Voraussetzungen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Von dieser Leistung werden bestimmte Personengruppen aufgrund der Regelung von Art. 31 Ab. 3 lit. c AVIG bewusst ausgeschlossen. Die betreffende Bestimmung dient, wie die Beschwerdeführerin richtig feststellt, der Vermeidung von Missbräuchen (Selbstaussstellung von für die Kurzarbeitsentschädigung notwendigen Bescheinigungen, Gefälligkeitsbescheinigungen, Unkontrollierbarkeit des tatsächlichen Arbeitsausfalls, Mitbestimmung oder Mitverantwortung bei der Einführung von Kurzarbeit u.ä., vor allem bei Arbeitnehmern mit Gesellschafts- oder sonstiger Kapitalbeteiligung in Leitungsfunktion des Betriebes; BGE 122 V 272 mit Hinweisen). Es soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der Arbeitsausfall arbeitgeberähnlicher Personen praktisch nicht kontrollierbar ist, da sie ihn aufgrund ihrer Stellung bestimmen oder massgeblich beeinflussen können (BGE 123 V 238 Erw. 7b/bb). Unter solchen Umständen besteht nicht nur auf Kurzarbeits-, sondern auch auf Arbeitslosenentschädigung kein Anspruch (Urteil des EVG vom 14. März 2001, C 376/99, Erw. 2c), dies allerdings auch nur solange, als die betreffende Person die arbeitgeberähnliche Stellung beibehält. Eine analoge, der vorliegenden Konstellation bereits immanente Missbrauchsgefahr ist im Falle einer Verwaltungsrätin, die einen Anspruch auf Kinderzulagen geltend macht, hingegen nicht ersichtlich. Wie die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde vom 4. Mai 2009 richtigerweise ausführt, werden Kinderzulagen zum wirtschaftlichen Schutz der Familie ausgerichtet, wobei dieser Schutz (in den Grenzen von § 6 KZG) nur Arbeitnehmern zukommen soll. Ein klarer gesetzgeberischer Wille, welcher erkennen lässt, dass von der AHV-rechtlichen Qualifikation unselbständigerwerbender, aber eben arbeitgeberähnlicher Personen abgewichen werden soll, liegt dabei nicht vor. Im Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 8. März 1982 zum Kinderzulagengesetz (Kantonsratvorlage Nr. 4823, als einzige Detailberatung zu

§ 17 KZG) wurde lediglich festgehalten, dass für die wichtigsten Begriffe Legaldefinitionen in Anlehnung an die AHV-Regelung festgelegt werden sollen. In der kantonsrätlichen Sitzung vom 30. September 1982 wurde diese Feststellung nicht weiter diskutiert (Protokoll des Kantonsrates vom 30. September 1982, Ziff. 710). Auch weder in § 5 KZG noch in einer anderen Bestimmung dieses Gesetzes sind klare Anhaltspunkte dafür zu finden; die Ausnahmen zur Regel werden mit anderen Worten nirgendwo definiert. Es ist folglich festzuhalten, dass im vorliegenden Fall keineswegs eine unabhängige Einzelfallbeurteilung vorgenommen werden muss.

5.4 Selbst wenn aber schliesslich dennoch unabhängig von der beitragsrechtlichen Erfassung der Entschädigungen eines Verwaltungsratsmitgliedes als unselbständiges Erwerbseinkommen anhand der von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien im Einzelnen zu prüfen wäre, ob die Tätigkeit eines Verwaltungsrates nun eher als selbständige oder als unselbständige Erwerbstätigkeit zu gelten hätte, wäre das Ergebnis dasselbe, hat doch das Bundesgericht beispielsweise auch im Zusammenhang mit der Doppelbesteuerungsproblematik die Tätigkeit als Verwaltungsratsmitglied verschiedener Aktiengesellschaften durchaus als unselbständig qualifiziert (BGE 121 I 259). Die Beschwerdeführerin hat demnach so oder anders gestützt auf § 5 Abs. 1 KZG im fraglichen Zeitraum Anspruch auf Kinderzulagen, sofern und soweit denn die weiteren gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 24. September 2009

S 2009/30

Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG – Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Leiharbeit ist der Temporärarbeit im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG gleichzustellen, sodass beim Wegfall der Arbeitsgelegenheit kein rechtlich fassbarer Arbeitsausfall entsteht. Das Vorliegen eines Dienstleistungs- bzw. Werkvertrags ist in casu zu verneinen.

Aus dem Sachverhalt:

Die A. GmbH mit Sitz in X. hat gemäss Auszug aus dem Handelsregister unter anderem zum Zweck, Dienstleistungen im Rahmen von Unternehmensberatungen und Personalverleih vor allem in den Bereichen Informatik, Organisation und für Dienstleistungsbetriebe zu erbringen. In diesem Sinne besteht auch ein Dienstleistungs-

vertrag zwischen der B. AG, Y., und der A. GmbH, wonach die A. GmbH für die B. AG Unterhaltsarbeiten, Weiter- und Neuentwicklungen im Bereich der Informatik durchführt. Ab dem 14. Juli 2008 wurde von der A. GmbH für diese Tätigkeit deren Mitarbeiterin C. eingesetzt (Einsatzvertrag vom 1. bzw. 5. Juni 2008). Am 9. Dezember 2008 stellte die A. GmbH beim Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zug (AWA) Antrag auf Kurzarbeit voraussichtlich für die Dauer vom 1. Januar 2009 bis 31. März 2009, da die Weiterführung einer zweiten Phase des Projekts bei der B. AG aus organisatorischen Gründen auf das zweite Quartal des Jahres 2009 habe vorschoben werden müssen. Mit Verfügung vom 18. Februar 2009 erhob das AWA in Anwendung von Art. 36 Abs. 4 AVIG Einspruch gegen die Auszahlung der Entschädigung mit der Begründung, die von der Kurzarbeit betroffene Person sei an einen Einsatzbetrieb verliehen. Gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG sei ein Arbeitsausfall von Arbeitnehmern in einem Temporärarbeitsverhältnis aber nicht anrechenbar. Im Übrigen habe auch nicht glaubhaft gemacht werden können, dass der Arbeitsausfall auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen sei. Die dagegen erhobene Einsprache der A. GmbH vom 9. März 2009 wies das AWA mit Einspracheentscheid vom 8. April 2009 ab. Am 14. Mai 2009 reichte die A. GmbH beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Beschwerde ein und beantragte die Aufhebung der Verfügung vom 18. Februar 2009 bzw. des Einspracheentscheids vom 8. April 2009 und die Bewilligung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung. Zur Begründung wurde geltend gemacht, es handle sich vorliegend nicht um ein Temporärarbeitsverhältnis, sondern um einen Werkvertrag/Dienstleistungsvertrag zwischen der A. GmbH und der B. AG. Das AWA beantragte mit Vernehmlassung vom 25. Juni 2009 die Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht, wenn der Arbeitsausfall anrechenbar sowie voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit die Arbeitsplätze erhalten werden können (Art. 31 Abs. 1 lit. b und d AVIG). Ein Arbeitsausfall ist u.a. anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG). Ein auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführender und an sich grundsätzlich anrechenbarer Arbeitsausfall gilt jedoch dann nicht als anrechenbar, wenn er branchen-, berufs- oder betriebsüblich ist oder durch saisonale Beschäftigungsschwankungen verursacht wird (Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG). Damit will das Gesetz vor allem regelmässig wiederkehrende Arbeitsausfälle von der Kurzarbeitsentschädigung ausschliessen (ARV 1986 Nr. 9 S. 41 Erw. 1, 1985 Nr. 17 S. 104 Erw. 1 und 107 Erw. 1).

Gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG ist ein Arbeitsausfall auch insoweit nicht anrechenbar, als er Personen betrifft, die in einem Arbeitsverhältnis auf bestimmte Dauer, einem Lehrverhältnis oder im Dienste einer Organisation für Temporärarbeit stehen. Weil der Temporärarbeitsnehmer nur so weit und so lange zur Leistung von Arbeit im Einsatzbetrieb verpflichtet ist, als ihm der Einsatzbetrieb Arbeit anbietet, entsteht bei Wegfall der Arbeitsgelegenheit kein anrechenbarer Arbeitsausfall (BGE 119 V 358 f. Erw. 1 mit Hinweis auf Gerhard Gerhards, Kommentar zum AVIG, Band I, S. 436 N 102). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist auch die Leiharbeit einer Temporärarbeit im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG gleichzustellen. Abgesehen davon nämlich, dass Temporärarbeit und Leiharbeit bisweilen ohnehin nur schwer voneinander abzugrenzen sind, ist auch bei der Leiharbeit der Beschäftigte nur so weit und so lange zur Leistung von Arbeit verpflichtet, als ihm der Einsatzbetrieb solche anbietet, weshalb beim Wegfall der Arbeitsgelegenheit kein rechtlich fassbarer Arbeitsausfall entsteht. Der Umstand, dass die Organisation für Temporärarbeit den Arbeitnehmer während Beschäftigungslücken entlohnt, ändert hieran nichts, weil der Arbeitsausfall nicht in ihrem Betrieb, sondern im Einsatzbetrieb entstanden ist. Dazu kommt, dass Temporär- und Verleiharbeitsfirmen in gleicher Weise darauf ausgerichtet sind, sich Konjunkturschwankungen und Änderungen in der Beschäftigungslage zunutze zu machen, und deshalb jederzeit mit Arbeitsausfällen zu rechnen haben. Einsatzlücken der von solchen Firmen beschäftigten Arbeitnehmer sind daher zumindest teilweise auch branchen- oder betriebsüblich im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG. Da im Einzelfall kaum zuverlässig festzustellen wäre, inwieweit die Beschäftigungslücke wirtschaftlich bedingt ist und inwieweit sie sich aus den Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses ergibt, rechtfertigt es sich auch unter diesem Gesichtspunkt, das Leiharbeitsverhältnis grundsätzlich dem Temporärarbeitsverhältnis gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG gleichzustellen (BGE 119 V 362 f. Erw. 3b).

3. Streitig ist vorliegend, wie das Arbeitsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und C., für welche hinsichtlich ihres Einsatzes für die B. AG Kurzarbeit beantragt wurde, zu qualifizieren ist. Während sich das kantonale Amt auf den Standpunkt stellt, es liege hier zumindest Leiharbeit vor, für welche wie bei einem Temporärarbeitsverhältnis keine Kurzarbeitsentschädigung bewilligt werden könne, macht die Beschwerdeführerin ihrerseits geltend, es handle sich um einen langfristigen Dienstleistungsvertrag bzw. um einen Werkvertrag zwischen ihr und der B. AG, welcher mit einem Temporärarbeitsverhältnis nichts zu tun habe.

3.1 Wie sich aus den Unterlagen ergibt, hat die Beschwerdeführerin, welche gemäss Eintrag im Handelsregister Dienstleistungen im Rahmen von Unternehmens-

beratungen und Personalverleih vor allem in den Bereichen Informatik, Organisation und für Dienstleistungsbetriebe erbringt, unter anderem mit der B. AG am 27. November 2006 einen Dienstleistungsvertrag abgeschlossen, wonach sie für diese Unterhaltsarbeiten, Weiter- und Neuentwicklungen im Bereich der Informatik durchführt. Nach den Bestimmungen dieses Dienstleistungsvertrages werden Umfang und Dauer der jeweiligen Einsätze – wenn auch in gemeinsamer Planung mit der Beschwerdeführerin – grundsätzlich durch die B. AG festgelegt. Die übertragenen Aufgaben sind dabei vom Auftragnehmer zwar selbständig und nach eigenem Ermessen im Rahmen der üblichen Handhabung durchzuführen. Jedoch wird im Einzelnen auch festgelegt, dass die Dienstleistungen, soweit nicht anders vereinbart, am Domizil der B. AG erbracht werden. Ferner wird eine klare Arbeitszeit vorgegeben mit der Verpflichtung, voraussehbare Abwesenheiten mit dem Auftraggeber abzusprechen und unvorhergesehene Abwesenheiten umgehend mitzuteilen. Die Abrechnung erfolgt monatlich basierend auf einem entsprechenden Stundenrapport. Der Dienstleistungsvertrag enthält sodann Bestimmungen über die Haftung des Auftragnehmers für von seinen Mitarbeitern verursachte Schäden, über das Urheberrecht an den im Auftrag der B. AG erarbeiteten Arbeitsergebnisse, welche bei dieser verbleiben sollen, wie auch strenge Vorschriften im Hinblick auf die Verschwiegenheitspflicht. Schliesslich enthält der Vertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der B. AG auch Bestimmungen über ein gegenseitiges Kündigungsrecht, wonach der Vertrag – auch wenn eine langfristige Partnerschaft mit der Beschwerdeführerin und deren eingearbeiteten Mitarbeitern angestrebt wird – unter Einhaltung einer Frist von einem Monat auf das Monatsende gekündigt werden kann. Nebst diesem Vertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der B. AG hat die Beschwerdeführerin ihrerseits mit ihren Mitarbeitern offenbar Rahmenverträge abgeschlossen, welche fallweise durch entsprechende Einsatzverträge ergänzt werden. Gemäss dem hier massgeblichen Einsatzvertrag vom 1. bzw. 5. Juni 2008 zwischen der Beschwerdeführerin und C. wird deren Einsatz bei der B. AG ab 14. Juli 2008 bis auf weiteres geregelt. Die B. AG wird dabei als «Kundenbetrieb (Einsatzbetrieb) der Verleihfirma» bezeichnet. Die genauen Arbeitszeiten (zu einem Stundenlohn von brutto Fr. 70.–) richten sich nach den Vorgaben der B. AG, wobei ein Arbeitspensum von 50–80% erwähnt wird. Der im Einsatzvertrag erwähnte Rahmenvertrag selbst liegt nicht bei den dem Gericht eingereichten Akten.

3.2 Es kann vorliegend offen bleiben, ob es sich beim Arbeitsvertrag zwischen der Beschwerdeführerin und C. im Hinblick auf deren Einsatz bei der B. AG nun um ein Temporärarbeitsverhältnis im engeren Sinne oder aber um ein Leiharbeitsverhältnis handelt. Dass es sich aber zumindest um die eine oder andere Art des Personalverleihs im Sinne des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den

Personalverleih vom 6. Oktober 1989 (AVG) handelt, erscheint aufgrund der aufgeführten Aktenlage offensichtlich. Abgesehen davon, dass sich die Beschwerdeführerin, deren Zweck gemäss Handelsregistereintrag ja namentlich auch der Personalverleih im Informatikbereich darstellt, im Einsatzvertrag vom 1. bzw. 5. Juni 2008 selbst als Verleihfirma und die B. AG als Einsatzbetrieb bezeichnet, war es klarerweise die B. AG, welche Umfang und Dauer der jeweiligen Einsätze vorgab, indem sie die nach jeweiligem Stundenaufwand abzugeltenden Mitarbeiter der Beschwerdeführerin je nach Bedarf mehr oder weniger einsetzen konnte. Der jeweilige bei der B. AG eingesetzte Mitarbeiter hatte sich auch umfassend in deren Arbeitsorganisation einzufügen, indem als Arbeitsort das Domizil der B. AG zu deren üblichen Arbeitszeiten bei einem Arbeitspensum von 50–80% in ganzen Tagen pro Woche vorgegeben war. Diese Art des zusätzlichen Einsatzes externen Personals je nach Bedarf ergibt sich denn auch klar aus einer bei den Akten liegenden Email der B. AG vom 10. März 2009 an die Beschwerdeführerin, mit welcher diese mitteilte, dass sie derzeit aufgrund von Budgetkürzungen die Mitarbeiter der Beschwerdeführerin nur in geringerem Ausmass einsetzen könne. Nicht entscheidend ist, dass der Einsatz grundsätzlich unbefristet vorgesehen war, kennt doch namentlich auch das AVG beispielsweise mit Art. 19 Abs. 4 Kündigungsbestimmungen im Hinblick auf unbefristete Einsätze. Der Umstand, dass zwischen der Beschwerdeführerin und C. lediglich ein Rahmenvertrag besteht und der konkrete Einsatz bei der B. AG mit einem separaten Einsatzvertrag geregelt wurde, wobei der Arbeitsumfang wie bereits dargelegt von der B. AG vorgegeben und die geleistete Arbeit im Stundenlohn abgegolten wurde, scheint schliesslich nicht nur für die Qualifizierung als Leiharbeit zu sprechen, sondern allenfalls sogar für das Vorliegen eines Temporärarbeitsverhältnisses im engeren Sinne. Wie es sich damit verhält, braucht aber – wie bereits erwähnt – aufgrund der analogen Behandlung dieser beiden Arbeitsformen im Hinblick auf die Bestimmung von Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG nicht weiter geklärt zu werden. Jedenfalls nicht glaubhaft erscheint die Darstellung der Beschwerdeführerin, wonach es sich um einen reinen Dienstleistungsvertrag bzw. um einen Werkvertrag zwischen ihr und der B. AG handle und sie gegenüber ihren Mitarbeitern voll weisungsberechtigt und vor Ort für die Detailplanung verantwortlich gewesen sei. Eine solche Arbeitsorganisation lässt der vorhandenen Aktenlage nicht entnehmen.

3.3 Handelt es sich nach dem Gesagten also jedenfalls um ein Konstrukt des Personalverleihs, sei dies nun im Sinne eines Temporär- oder aber eines Leiharbeitsverhältnisses, so hat die Beschwerdeführerin nach den dargelegten rechtlichen Vorgaben für den ab 1. Januar 2009 geltend gemachten Arbeitsausfall ihrer Mitarbeiterin C. keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Die Verfügung

des AWA vom 18. Februar 2009 bzw. der Einspracheentscheid vom 8. April 2009 sind demnach nicht zu beanstanden, sodass sich die Beschwerde als unberechtigt erweist und dementsprechend abgewiesen werden muss.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 20. August 2009  
S 2009/62



## II. Zivilrecht

### 1. Personenrecht

Art. 28b Abs. 1 Ziff. 1 ZGB – Voraussetzungen und Modalitäten eines Annäherungsverbot.

Aus den Erwägungen:

4.3 Gemäss Art. 172 i.V.m. Art. 28b und Art. 137 ZGB kann eine Schutzmassnahme gegen Gewalt, Drohungen und Nachstellungen in einem Verfahren gemäss Art. 137 ZGB erlassen werden. Zum Schutz gegen Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen kann die klagende Person dem Gericht beantragen, der verletzenden Person zu verbieten, sich ihr anzunähern oder sich in einem bestimmten Umkreis ihrer Wohnung aufzuhalten, sich an bestimmten Orten, namentlich bestimmten Strassen, Plätzen oder Quartieren aufzuhalten, mit ihr Kontakt aufzunehmen, namentlich auf telefonischem, schriftlichem oder elektronischem Weg, oder sie in anderer Weise zu belästigen (Art. 28b Abs. 1 ZGB). Die Aufzählung der gerichtlich zu erlassenden Schutzmassnahmen ist nicht abschliessend (Fischbacher, Stalking im Blickfeld des revidierten Persönlichkeitsschutzes [Art. 28b Abs. 1 ZGB], AJP/PJA 7/2006, S. 810). Tatbestandsvoraussetzung von Art. 28b Abs. 1 ZGB ist eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung durch Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen. Währenddem unter dem Tatbestandsmerkmal der Gewalt die unmittelbare Beeinträchtigung der physischen, psychischen, sexuellen oder sozialen Integrität einer natürlichen Person zu verstehen ist, fallen unter das Tatbestandsmerkmal der Drohung ein Inaussichtstellen von widerrechtlichen Verletzungen der Persönlichkeit. Solche Bedrohungen müssen das Opfer um seine physische, psychische, sexuelle oder soziale Integrität oder allenfalls diejenige eines ihm nahe stehenden Menschen (z.B. des eigenen Kindes oder Ehegatten) fürchten lassen. Die Bedrohung muss ernst zu nehmen sein, eine harmlose Bedrohung reicht nicht. Nachstellungen sind gegeben beim zwanghaften Verfolgen und Belästigen einer Person über einen längeren Zeitraum. Typische Handlungen sind das Ausspionieren, der Drang nach physischer Nähe und damit verbunden das stetige Verfolgen und Aufsuchen sowie das Belästigen und Bedrohen einer Person. Diese Handlungen des so genannten Stalking müssen wiederholt auftreten und bei der betroffenen Person starke Furcht hervorrufen (BBI 2005 6994 f.).

4.4 Unbestritten ist, dass der Gesuchsgegner in der Vergangenheit in hohem Masse Kokain und andere Psychopharmaka konsumiert hat. Ebenso ist aus den im Wesentlichen übereinstimmenden Ausführungen der Parteien ersichtlich, dass der Gesuchsgegner die Gesuchstellerin während des ehelichen Zusammenlebens offenbar während längerer Zeit zu sexuellen Handlungen genötigt hat, namentlich indem er ihr solange den Schlaf entzog, bis sie sich zur Duldung des Beischlafes bereit erklärte. Währenddem die Gesuchstellerin davon ausgeht, dass diese Handlungen des Gesuchsgegners auf Vorsatz beruhten, führt jener sie auf die Auswirkungen seines Betäubungsmittelabusus zurück und verneint einen Vorsatz bzw. seine Schuldfähigkeit infolge Suchterkrankung. (...) Eine allfällige verminderte oder gänzliche Urteilsunfähigkeit des Gesuchsgegners infolge seines Betäubungsmittelmissbrauches würde sodann dem Erlass einer Schutzmassnahme nach Art. 28b ZGB nicht im Wege stehen, ist doch für die Rechtsbehelfe des Persönlichkeitsschutzes kein Verschulden des Verursachers vorausgesetzt (Brückner, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, N 689). Indes ergibt sich aus den beschriebenen Handlungen des Gesuchsgegners keine aktuelle oder zukünftige Gefahr mehr für die Gesuchstellerin. Der Gesuchsgegner befindet sich derzeit im Strafvollzug und verfügt daher nicht über die Gelegenheit, die Gesuchstellerin zu weiteren sexuellen Handlungen zu zwingen. Selbst wenn ihm Hafturlaub oder der offene oder halboffene Strafvollzug gewährt würde, kann er das Zusammenleben mit der Gesuchstellerin ohne deren Einverständnis nicht wieder aufnehmen. Die eheliche Wohnung wird mit der vorliegenden Verfügung der Gesuchstellerin und den Kindern zur alleinigen Benützung zugewiesen, so dass dem Gesuchsgegner der Zugang dazu verwehrt ist und er keine Gelegenheit mehr haben wird, die Gesuchstellerin erneut durch Schlafentzug zum Beischlaf zu zwingen. Es kann daher festgehalten werden, dass zur Zeit und auch in absehbarer Zukunft keine Gefährdung der sexuellen Integrität der Gesuchstellerin besteht und sich aus diesen Gründen allein auch keine Massnahme nach Art. 28b ZGB rechtfertigen lässt. (...)

4.5 Weiter bleiben die Vorbringen der Gesuchstellerin zu prüfen, wonach sich der Erlass einer Schutzmassnahme nach Art. 28b ZGB aufdränge, da er sie in der Vergangenheit mit einer Pistole bedroht und sie Repressalien zu befürchten habe. Aus dem Protokoll der Befragung der Gesuchstellerin durch das Untersuchungsrichteramt des Kantons Zug vom 6. Dezember 2007 geht hervor, dass der Gesuchsgegner gegenüber der Gesuchstellerin mehrmals Morddrohungen geäussert haben soll. So soll er namentlich Drohungen geäussert haben, die dahingehend verstanden werden müssen, dass er die Gesuchstellerin, ihre nächsten Angehörigen oder ihre wichtigsten Personen zu töten beabsichtigte. Insbesondere im Zusammenhang mit dem Antritt der Gefängnisstrafe soll er gesagt haben: «Weisst du, mit dem Gedanken im

Januar ins Gefängnis zu gehen, dass unsere Beziehung kaputt ist, und zu wissen, dass du mich verlassen wirst. Wenn ich rauskomme – rein diese Vorstellung –, ... statt dass ich dich dann abknalle, könnte ich es jetzt tun» sowie «Mein Leben ist zur Sau, da hast du auch kein Recht, also lieber leiden wir beide». Weiter soll er, wenn irgendwo in der Zeitung stand, dass ein Vater seine Kinder umgebracht habe, gesagt haben: «Schau, auch dies könnte passieren.» Nach den Angaben der Gesuchstellerin sollen solche Äusserungen des Gesuchsgegners nicht in Einzelfällen, sondern regelmässig vorgekommen sein. Diese Vorbringen der Gesuchstellerin erscheinen glaubhaft, insbesondere unter Berücksichtigung der bereits unter Erwägung 4.4 festgestellten sexuellen Nötigungen, und werden vom Gesuchsgegner auch nicht ausdrücklich bestritten. (...) Allein diese Äusserungen des Gesuchsgegners erfüllen klarerweise den Tatbestand von Art. 28b Abs. 1 ZGB, so dass dem Erlass einer Schutzmassnahme grundsätzlich nichts im Wege steht. (...)

Zu beurteilen bleibt, wie ernst die Drohungen des Gesuchsgegners zum heutigen Zeitpunkt noch zu nehmen sind. Seine Behauptung, wonach sich sein psychischer Zustand seit dem Eintritt in den Strafvollzug gebessert habe, mag zutreffend sein. Dennoch bleibt festzuhalten, dass in einer vorläufigen forensisch-psychiatrischen Stellungnahme der ambulanten Dienste der Luzerner Psychiatrie vom 19. Dezember 2007 festgestellt wurde, dass Hinweise auf eine reale Ausführungsgefahr bestehen. Es kann daher nicht von der Ungefährlichkeit des Gesuchsgegners ausgegangen werden. Dies muss auch dann gelten, wenn er selbst erklärt, er habe sich mit dem Verlust seiner Familie abgefunden. Erfahrungsgemäss fällt es keinem Ehegatten und besonders keinem Elternteil leicht, sich von seiner Familie zu trennen. Aufgrund des laufenden Scheidungsverfahrens und der massiven Vorwürfe, welche die Gesuchstellerin gegen ihn erhebt, muss der Gesuchsgegner zwar realisieren, dass die Beziehung zwischen den Parteien endgültig zerstört ist, doch dürfte ihm dies erst dann richtig klar werden, wenn er – sei es nun vollständig oder nur zeitweise – aus dem Gefängnis entlassen wird und nicht zu seiner Familie zurückkehren kann. Insbesondere in diesem Zeitpunkt, dessen Eintritt aufgrund des laufenden Strafverfahrens noch ungewiss ist, dürfte die Gefahr am grössten sein, dass der Gesuchsgegner seine früheren Drohungen in die Tat umsetzt. (...) Aufgrund des Gesagten muss daher davon ausgegangen werden, dass die Gesuchstellerin zum Schutz vor Drohungen und möglicher Gewalt auf eine Schutzmassnahme im Sinne eines Annäherungsverbotes nach Art. 28b Abs. 1 Ziff. 1 ZGB angewiesen ist.

4.6 Zu bestimmen bleiben die Modalitäten des Annäherungsverbotes. Die Gesuchstellerin begründet die beantragte Distanz von 200 Metern nicht weiter, währenddem der Gesuchsgegner einerseits vorbringt, er könne auf eine Distanz von

200 Metern die Gesuchstellerin gar nicht erkennen und zudem würden viele seiner Verwandten in direkter Nachbarschaft zur Gesuchstellerin wohnen. Ein Annäherungsverbot von 200 Metern käme für ihn daher einem Umgangsverbot gleich. Vorab ist festzuhalten, dass es in der Tat schwierig ist, eine Person auf eine Distanz von 200 Metern mit blossem Auge zu identifizieren. Gerade in grösseren Menschenmengen dürfte sich dies gar als unmöglich erweisen. Auf der anderen Seite ist festzuhalten, dass es sich bei der Strafandrohung von Art. 292 StGB um ein Vorsatzdelikt handelt, so dass eine Verletzung des Annäherungsverbotes aus Unachtsamkeit oder Unmöglichkeit des Erkennens der zu schützenden Person nicht erfasst wird und damit nicht strafbar wäre. Zweck einer Mindestdistanz von 200 Metern ist es denn auch in erster Linie, die Gesuchstellerin in ihrer Wohnung und an ihrem Arbeitsplatz zu schützen, mithin an Orten, deren Lage der Gesuchsgegner genauestens kennt und daher in jedem Falle in ausreichender Distanz umgehen kann. Sollte der eher unwahrscheinliche Fall des zufälligen Zusammentreffens der Parteien ausserhalb der besagten Orte eintreten, so ist der Gesuchsgegner verpflichtet, die Mindestdistanz von 200 Metern schnellstmöglich wiederherzustellen, so dass ein direkter, länger dauernder Kontakt zwischen den Parteien vermieden werden kann. Sinn dieser Regelung ist es, dass derartige Kontakte schnellstmöglich abgebrochen werden und sich nicht zu Diskussionen und Streitigkeiten zwischen den Parteien entwickeln, durch welche sich der Gesuchsgegner provoziert fühlen und zu weiteren Drohungen oder gar Gewalttätigkeiten hinreissen lassen könnte. (...)

Kantonsgericht Zug, Einzelrichterin, Verfügung vom 18. April 2008

## 2. Familienrecht

Art. 137 ZGB. – Bemessung des Unterhalts während des Scheidungsverfahrens.

Aus den Erwägungen:

3.1 Die Bemessung des Unterhalts während des Scheidungsverfahrens erfolgt wie im eheschutzrichterlichen Verfahren. Grundsätzlich haben beide Ehegatten Anspruch auf den gleichen Lebensstandard. Die Mehrkosten der Führung zweier Haushalte müssen beide Ehegatten tragen (vgl. Gloor, Basler Kommentar, ZBG I, 3. A., Basel/Genf/München 2006, N 10 zu Art. 137 ZGB). Regelmässig wird der Unterhaltsbeitrag so ermittelt, dass Einkünfte und Existenzminima der Parteien gegenübergestellt und für den Fall eines Überschusses dieser zusätzlich aufgeteilt

wird (sog. Notbedarfsrechnung mit Überschussverteilung; vgl. Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, 2. A., Bern 1999, N 25 zu Art. 176 ZGB). Leben die Ehegatten in sehr guten finanziellen Verhältnissen, in denen die durch das Getrenntleben entstehenden Mehrkosten ohne weiteres gedeckt werden, hat der unterhaltsberechtigten Ehegatte Anspruch darauf, dass der Unterhaltsbeitrag so festgelegt wird, dass der bisherige Lebensstandard weitergeführt werden kann. Der Unterhaltsanspruch findet dann seine Begrenzung in der während des Zusammenlebens geführten Lebenshaltung. Im Eheschutzverfahren darf in Bezug auf denjenigen Teil der Einkommen, der bisher der Vermögensbildung diente, keine antizipierte güterrechtliche Auseinandersetzung stattfinden. Auf das liefe aber eine hälftige Überschussverteilung bei finanziell sehr guten Verhältnissen hinaus. Die sonst anzuwendende Berechnungsmethode der Gegenüberstellung von Einkünften und Existenzminima mit Überschussverteilung ist in einem solchen Fall deshalb nicht angezeigt. Es ist vielmehr direkt vom Bedarf des unterhaltsberechtigten Ehegatten für die Weiterführung seiner bisherigen Lebenshaltung auszugehen (sog. einstufig-konkrete Methode; vgl. BGE 121 I 100; BGE-Entscheid Nr. 5P.138/2001). Wurde hingegen das gesamte Einkommen effektiv für den Unterhalt der Familie verwendet, gelangt für die Bemessung der Unterhaltsbeiträge auch bei hohem Einkommen der Ehegatten die Methode der Grundbedarfsrechnung mit Überschussverteilung zur Anwendung (vgl. Six, Eheschutz, Bern 2008, N 2.68).

3.2 Davon zu unterscheiden ist der nacheheliche Unterhalt. Für den nachehelichen Unterhalt gelten andere Grundsätze und Kriterien (Art. 125 Abs. 1 und 2 ZGB) als für den ehelichen Unterhalt, der auf der gegenseitigen ehelichen Beistandspflicht bzw. Familienunterhaltungspflicht (Art. 163 Abs. 1 ZGB) und der zwischen den Ehegatten vereinbarten Aufgabenteilung beruht (Art. 163 Abs. 2 ZGB). Entsprechend können die beiden Unterhaltsarten nicht gleichgesetzt werden (vgl. BGE 134 III 145 ff., 134 III 577 ff.). Im Falle, dass eine Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushalts nicht mehr zu erwarten und das Ziel der wirtschaftlichen Selbständigkeit an Bedeutung gewinnt, können die Grundregeln für den nachehelichen Unterhalt zwar nicht direkt verwendet, aber doch schon einbezogen werden (vgl. Vetterli, Fam-Komm Scheidung, Bern 2005, N 23 zu Art. 176 ZGB), insbesondere bei der Frage nach der Wiederaufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit (vgl. Gloor, a.a.O., N 10 zu Art. 137 ZGB). Eine generelle Anwendung der Kriterien gemäss Art. 125 ZGB auf das vorsorgliche Massnahmeverfahren gemäss Art. 137 ZGB ist indes weder nach Gesetz, Lehre oder Rechtsprechung vorgesehen (vgl. dazu auch JZ 2009 11, JZ 2009 113). Nichts Gegenteiliges lässt sich auch dem von den Vorinstanz zitierten BGE 134 II 145 ff. entnehmen. In BGE 134 III 145 ff. hat das Bundesgericht ausgeführt, dass für den nachehelichen Unterhalt (Art. 125 ZGB) bei

lebensprägenden Ehen der Berechnungsmodus der hälftigen Überschussteilung «in der Regel unpassend» sei. Würde (bei lebensprägenden Ehen) der nacheheliche Unterhalt mit dem ehelichen gleichgesetzt, hätte die Scheidung mit Bezug auf das Unterhaltsrecht gar keine Folgen, sondern würden die Ehegatten ungeachtet der Scheidung in finanzieller Hinsicht lebenslänglich gleichgestellt. Darauf gebe Art. 125 ZGB keinen Anspruch; vielmehr endige die auf Art. 159 Abs. 3 und Art. 163 Abs. 1 ZGB beruhende eheliche Beistands- und Unterhaltspflicht mit der Scheidung. An deren Stelle könne nachehelicher Unterhalt gemäss Art. 125 ZGB treten. Für den nachehelichen Unterhalt bei lebensprägenden Ehen sei daher in einem ersten Schritt anhand der Feststellung der zuletzt erreichten bzw. gepflegten gemeinsamen Lebenshaltung (zuzüglich der scheidungsbedingten Mehrkosten) der gebührende Unterhalt eines jeden Ehegatten zu ermitteln, in einem zweiten Schritt die beidseitige Eigenversorgungskapazität zu prüfen und in einem dritten Schritt ein allfälliger Unterhaltsbeitrag des einen an den anderen festzusetzen. Nachdem der Entscheid des Bundesgerichts (BGE 134 III 145 ff.) zu einer gewissen Verunsicherung geführt hatte (vgl. dazu ZBJV 2008, S. 514 und 568; Geiser, Neuere Rechtsprechung zum Eherecht, in: AJP 2009, S. 61; derselbe, Rechtsprechung im Überblick: Zivilrecht, in: plädoyer 2009, S. 45), hat das Bundesgericht seine Ausführungen in BGE 134 III 577 ff. (Entscheid Nr. 5A\_434/2008 vom 5. September 2008) präzisiert. Es hat festgehalten, dass die Methode der hälftigen Überschussverteilung grundsätzlich auch weiterhin zur zahlenmässigen Konkretisierung des gebührenden Unterhalts und des allfällig geschuldeten nachehelichen Unterhaltsbeitrages herangezogen werden dürfe. Gerade bei langen, von klassischer Rollenteilung geprägten Ehen im mittleren Einkommensbereich könne sie durchaus vernünftige Ergebnisse liefern. Auch diesem Entscheid lässt sich aber keine generelle Anwendung der Kriterien gemäss Art. 125 ZGB auf das vorsorgliche Massnahmeverfahren gemäss Art. 137 ZGB entnehmen. Schliesslich ist zu bemerken, dass zum nachehelichen Unterhalt – im Unterschied zu ehelichen – bei vorhandenen Mitteln auch der Vorsorgeaufbau gehört. Eine schematische Anwendung der Kriterien von Art. 125 ZGB auf das vorsorgliche Massnahmeverfahren gemäss Art. 137 ZGB erscheint auch von daher nicht angezeigt und würde zu unsachgemässen Resultaten führen. Es sind daher in jedem Fall die relevanten Lebensverhältnisse festzustellen (vgl. Hausheer, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2008, in: ZBJV 2009, S. 660; Möckli, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Unterhaltsrecht im Jahr 2008, in: FamPra 3/2009, S. 674).

3.3 Die Vorinstanz hat für die Bemessung des Unterhaltsanspruchs der Beschwerdeführerin die Kriterien für den nachehelichen Unterhalt gemäss Art. 125 ZGB angewendet. Sie hat ausgeführt, vorliegend sei von einer lebensprägenden Ehe

auszugehen, weshalb die Berechnung des Unterhalts gemäss Art. 125 ZGB in drei Schritten zu erfolgen habe, nämlich Ermittlung des gebührenden Unterhalts anhand der zuletzt erreichten bzw. gepflegten gemeinsamen Lebenshaltung (zuzüglich der scheidungsbedingten Mehrkosten), Prüfung der Eigenversorgungskapazität und Festsetzung des Unterhaltsbeitrages. Das Kriterium, ob eine Ehe lebensprägend ist oder nicht, hat indes keinen Einfluss auf die Frage, welche Methode der Unterhaltsberechnung im Massnahmeverfahren gemäss Art. 137 ZGB anzuwenden ist. Massgeblich sind vielmehr die finanziellen Verhältnisse und die Lebenshaltung der Parteien. Die einstufig-konkrete Methode kommt grundsätzlich nur bei sehr guten finanziellen Verhältnissen zur Anwendung (vgl. Erw. 3.1 hievor). Wie es sich damit im Einzelnen verhält, ist vorliegend indes unklar, nachdem die (aktuellen) Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Beschwerdegegners nicht genügend abgeklärt wurden. Insoweit bedarf der Sachverhalt der Ergänzung.

Justizkommission, 23. Dezember 2009

### 3. Sachenrecht

§ 214 des Privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zug vom 22. Dezember 1873 (PRG-ZG) – Übertragbarkeit und Vererblichkeit von altrechtlichen Personaldienstbarkeiten

Aus den Erwägungen:

6.2 Im vorliegenden Fall stellt die Klägerin ihre Eventual- und Subeventualanträge auf Einräumung von Notleitungs- sowie Notwegrechten für den Fall, dass ihr entsprechende Durchleitungs- sowie Fuss- und Fahrwegrechte nicht bereits in der Form von Personaldienstbarkeiten zukommen. Es muss daher vorweg eruiert werden, ob die Klägerin über diese Personaldienstbarkeiten nicht schon verfügt. Unbestrittenermassen schloss die S. AG mit J.E. am 15. Juli 1890 einen Wasserrechtsvertrag, in welchem Quellenrechte sowie weitere damit zusammenhängende Personaldienstbarkeiten zugunsten der S. AG begründet wurden. Die S. AG trat diese Personaldienstbarkeiten, deren Bestand und Umfang vom Beklagten bestritten werden, der Klägerin mit Kaufvertrag vom 17. Dezember 1999 ab. Der Klägerin können diese Personaldienstbarkeiten indes nur dann zukommen, wenn sie übertragbar sind. Der Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, die mit dem Wasserrechtsvertrag begründeten Personaldienstbarkeiten seien nicht übertragbar, weshalb die Übertragung im Kaufvertrag vom 17. Dezember 1999 nichtig und

die Klägerin nicht zur Ausübung der damit verliehenen Befugnisse berechtigt sei. Die Frage der Übertragbarkeit der Personaldienstbarkeiten ist folglich vorab zu prüfen.

6.2.1 Die in casu zu beurteilenden Personaldienstbarkeiten, welche nach den Ausführungen der Klägerin aus Quellenrechten sowie Fahrweg-, Fussweg- und Durchleitungsrechten zu ihren Gunsten und zu Lasten der Grundstücke des Beklagten bestehen sollen, wurden noch vor dem Inkrafttreten des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 und damit gemäss den Bestimmungen des Privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zug begründet. Nach Art. 17 Abs. 1 SchIT bleiben die beim Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches bestehenden dinglichen Rechte unter Vorbehalt der Vorschriften über das Grundbuch auch unter dem neuen Recht anerkannt. In Bezug auf ihren Inhalt stehen jedoch das Eigentum und die beschränkten dinglichen Rechte nach dem Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches, soweit es eine Ausnahme nicht vorsieht, unter dem neuen Recht (Abs. 2). Wäre ihre Errichtung hingegen nach dem neuen Recht nicht mehr möglich, so bleiben sie unter dem bisherigen Recht (Abs. 3). Die in casu zu beurteilenden altrechtlichen Quellen-, Fahrweg-, Fussweg- und Durchleitungsrechte können nach den Bestimmungen des Zivilgesetzbuches weiterhin begründet werden und finden in den Art. 691 ff. sowie Art. 704 und Art. 780 ZGB ihre neurechtliche Regelung. Ihr Inhalt untersteht damit grundsätzlich dem neuen Recht, mithin den Bestimmungen des Zivilgesetzbuches (vgl. Wittibschlager, Basler Kommentar, 3. Auflage, Basel 2007, N 18 zu Art. 17 SchIT; Mutzner, Berner Kommentar, Bern 1926, N 13 und 71 zu Art. 17 SchIT). Dies gilt indes entsprechend Art. 3 SchIT nur für den gesetzlichen, das heisst unabhängig vom Willen der Vertragsparteien durch das Gesetz umschriebenen Inhalt, nicht hingegen für den rechtsgeschäftlichen; letzterer beurteilt sich weiterhin nach altem Recht (Wittibschlager, a.a.O., N 18 zu Art. 17 SchIT; BGE 52 II 349; BGE 38 II 750; BGE 39 II 203; BGE 79 II 401; Mutzner, a.a.O., N 71 ff. zu Art. 17 SchIT; Broggin, Schweizerisches Privatrecht I, Basel 1969, S. 484 ff.). Gerade bei beschränkten dinglichen Rechten ist die gesetzliche Begriffsumschreibung oftmals eine so weite, dass bei der Begründung des beschränkten dinglichen Rechtes dessen nähere Individualisierung durch die Vertragsparteien innerhalb des gesetzlichen Rahmens unerlässlich ist. Daraus folgt für die intertemporale Rechtsanwendung, dass die unter dem früheren Recht begründeten beschränkten dinglichen Rechte hinsichtlich ihres Inhalts nach dem neuen Recht zu beurteilen sind, dass aber die vertraglichen Verabredungen anzuerkennen sind, soweit sie im Rahmen der gesetzlichen Begriffsumschreibung des neuen Rechts Platz haben (Mutzner, a.a.O., N 35 zu Art. 3 SchIT). Ist eine nähere Individualisierung des gesetzlich umschriebenen Inhalts zwar nicht notwendig, aber doch zulässig, oder gestattet das Gesetz den

Vertragsparteien ausnahmsweise in bestimmter Richtung eine Abweichung vom gesetzlich umschriebenen Inhalt, so sind auch solche Vertragsabreden zu schützen, soweit sie im Rahmen des neuen Rechts Platz haben (Mutzner, a.a.O., N 36 zu Art. 3 SchIT). Bei den vorliegend zu beurteilenden Personaldienstbarkeiten sieht das Zivilgesetzbuch für Quellenrechte grundsätzlich die Übertragbarkeit vor, für die Durchleitungs-, Fahrweg- und Fusswegrechte hingegen nicht (Art. 780 Abs. 2 und Art 781 Abs. 2 ZGB). In beiden Fällen ist indes eine anders lautende Vertragsabrede zulässig. Dies bedeutet für die fraglichen Personaldienstbarkeiten, dass die Frage der Übertragbarkeit nicht zum unabänderlichen gesetzlich bestimmten Inhalt gehört, sondern eine Individualisierung durch den Willen der Parteien zulässig ist (vgl. Simonius/Sutter, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band II: Die beschränkten dinglichen Rechte, Basel 1990, N 21 ff. zu § 1). Mithin beurteilt sich die Frage der Übertragbarkeit grundsätzlich nach altem Recht, sofern von den Vertragsparteien eine entsprechende vertragliche Vereinbarung über diesen Punkt getroffen wurde.

6.2.2 Die Klausel § 1 im Wasserrechtsvertrag vom 15. Juli 1890 zwischen J.E. und der S. AG, aus welcher die Klägerin die von ihr angesprochenen Personaldienstbarkeiten herleitet, lautet wie folgt: «Herrn J.E. gebt der S. AG das Recht, ab seinem Heimwesen zu Hinterburg [...] die in seinem Grund entspringenden Quellen in beliebiger Richtung zu fassen u. abzuleiten u. nach freiem Ermessen zu benützen.» Dem Vertragstext lässt sich zwar die Begründung von Personaldienstbarkeiten entnehmen, doch wurde die Frage von deren Übertragbarkeit durch die Vertragsparteien nicht ausdrücklich geregelt und findet sich auch im übrigen Vertragstext nicht thematisiert. Da indes gerade bei Quellenrechten, welche auf Dauer angelegt sind und grössere Investitionen des Berechtigten erfordern (vgl. Erw. 6.2.6 nachfolgend), die Frage der Übertragbarkeit auf eine Drittperson von eminenter Wichtigkeit für die Vertragsparteien sein musste, ist nicht davon auszugehen, dass sie in diesem Punkt keine Regelung vereinbaren wollten oder ihn schlicht übersehen haben. Vielmehr muss angenommen werden, dass J.E. und die S. AG die damals geltenden gesetzlichen Bestimmungen bezüglich der Übertragbarkeit von Personaldienstbarkeiten für angemessen und ausreichend hielten und sie daher im Sinne eines qualifizierten Schweigens als Vertragsinhalt vereinbarten (vgl. Zeller, Auslegung von Gesetz und Vertrag, Habil. Zürich 1989, N 13 ff. zu § 21; Eschmann, Auslegung und Ergänzung von Dienstbarkeiten, Diss. Zürich 2005, S. 106). Es ist mithin nicht anzunehmen, dass der Wasserrechtsvertrag vom 15. Juli 1890 in diesem Punkt eine Lücke enthält, welche zur Anwendung der neurechtlichen Bestimmungen des Zivilgesetzbuches führen würde (vgl. BGE 86 II 243 Erw. 3; BGE 88 II 252 Erw. 6c). Die Frage der Übertragbarkeit der Personaldienstbarkeiten beurteilt

sich folglich nach den Bestimmungen des Privatrechtlichen Gesetzbuches des Kantons Zug und der darauf basierenden Rechtspraxis.

6.2.3 Die altrechtlichen Bestimmungen zu den Dienstbarkeiten finden sich in den §§ 213 ff. des Privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zug vom 22. Dezember 1873 (PRG-ZG; III. Buch: Sachenrecht; Zweiter Abschnitt: Von den Dienstbarkeiten [Servituten]). So bestimmt § 213 PRG-ZG, dass neben den gesetzlich bestimmten Beschränkungen des Grundeigentums solche durch besondere Willensakte (wie z.B. Vertrag, Urteil und Übung) als Dienstbarkeiten begründet werden können. Nach § 214 PRG-ZG steht eine Dienstbarkeit gewöhnlich dem Eigentümer einer anderen Liegenschaft in der Weise zu, dass sie sich auf diese Liegenschaft (herrschende) und deren Bedürfnisse bezieht (Grunddienstbarkeit, Realservitut). Es können aber auch einzelne Dienstbarkeiten, wie namentlich Wegrechte usw. Personen, Genossenschaften oder Gemeinden ohne Rücksicht auf von ihnen besessenes Grundeigentum zustehen, wie z.B. das einer einzelnen Person in einem Hause zustehende Wohnrecht (Personalservitut). Das Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zug erlaubt mithin die Ausgestaltung von Servituten sowohl als Grunddienstbarkeiten wie auch als Personaldienstbarkeiten. Dem Gesetze nicht explizit entnehmen lässt sich indes, ob diese Personaldienstbarkeiten vererblich oder übertragbar sind. Gemäss § 224 Abs. 1 PRG-ZG erlöschen Dienstbarkeiten zwar durch Vertrag oder Verzicht und, wenn sie persönlich sind, durch den Tod der berechtigten Person, sowie bei Grunddienstbarkeiten durch Vereinigung der herrschenden und der dienstbaren Liegenschaft in einer Hand. Aus dieser Bestimmung kann jedoch nicht ohne Weiteres gefolgert werden, eine Personaldienstbarkeit sei in jedem Fall weder vererblich noch übertragbar und gehe deshalb mit dem Tod des Berechtigten unter. Vielmehr muss bei den Personaldienstbarkeiten ein Unterschied gemacht werden zwischen denjenigen, die streng persönlich und damit untrennbar mit der Person des Berechtigten verbunden sind (reguläre Personaldienstbarkeiten), und solchen, die keine derart enge Verbundenheit mit der Person des Berechtigten aufweisen (Irreguläre Personaldienstbarkeiten; vgl. zum neuen Recht Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2003, N 1213 ff.; sowie zum alten Zürcher Recht Schneider, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, Zürich 1888, Anmerkung zu § 239 PRG). Nur dann, wenn eine Personaldienstbarkeit nicht vererblich und nicht übertragbar ist, geht sie gemäss § 224 Abs. 1 PRG-ZG mit dem Tod der berechtigten Person unter (vgl. hierzu Iten, Die ehemaligen Fischerei-Rechte der Stadt Zug im Zugersee, Diss. Fribourg, Zug 1920, S. 114 ff., wonach altrechtliche zugerische Fischereirechte als übertragbare und vererbliche Personaldienstbarkeiten zu qualifizieren sind). Ob und welche Personaldienstbarkeiten vererblich und über-

tragbar sind, lässt sich dem Wortlaut des Gesetzes indes nicht entnehmen. Auch der verfügbaren kantonalzugerischen Rechtsprechung lässt sich kein Präjudiz entnehmen, welches sich mit dieser Frage auseinandersetzen würde. Eine Antwort auf die Frage der Übertragbarkeit und Vererblichkeit von Personaldienstbarkeiten nach altem Zuger Recht lässt sich jedoch finden, wenn die Entstehungsgeschichte des Privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zug berücksichtigt wird.

6.2.4 Die Entstehungsgeschichte des Privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zug ist eng mit derjenigen des Privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich (PRG-ZH) verbunden. Dieses stellte eine Kodifikation des kantonalzürcherischen Privatrechtes dar und basierte im Wesentlichen auf einem Entwurf von Johann Caspar Bluntschli (Schneider, a.a.O., S. 7 ff.; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 2 ff.; Elsener, Schweizerisches Privatrecht I, Basel 1969, S. 164 ff.). Seine einzelnen Teile (Einleitung, Personen- und Familienrecht, Sachenrecht, das Recht der Forderungen und Schulden sowie das Erbrecht) wurden sukzessive in den Jahren 1853–1856 vom Grossen Rat des Kantons Zürich verabschiedet und traten wenig später in Kraft. Diese Gesetzeskodifikation diente mehreren Kantonen, insbesondere auch dem Kanton Zug, als Muster für ihre eigenen Kodifikationen (Schneider, a.a.O., S. 5 ff.). Das nach einer Gesetzesrevision erlassene Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich vom 19. April 1887 übernahm im Wesentlichen sämtliche Teile des Sachenrechts und insbesondere die Dienstbarkeiten betreffenden Bestimmungen der früheren Kodifikation ohne materielle Änderungen und blieb bis zum Inkrafttreten des Schweizerischen Zivilgesetzbuches in Kraft (Schneider, a.a.O., S. 7 ff. und S. 146 ff.).

Ein Vergleich zwischen dem Privatrechtlichen Gesetzbuch für den Kanton Zug mit demjenigen für den Kanton Zürich ergibt eine starke Ähnlichkeit der Bestimmungen über die Dienstbarkeiten. Im Privatrechtlichen Gesetzbuch des Kantons Zug wurden zahlreiche Bestimmungen der Zürcher Kodifikation wortgetreu übernommen. Auch die Systematik der beiden Gesetze ist identisch. Beide regeln die Grunddienstbarkeiten vorab in einem allgemeinen Teil und behandeln in einem speziellen Teil einzelne spezifische Dienstbarkeiten. Gemein ist beiden Kodifikationen weiter, dass sie die Personaldienstbarkeiten nur am Rande (§ 214 PRG-ZG und § 239 PRG-ZH) erwähnen. Ein wesentlicher Unterschied zwischen den beiden Gesetzeswerken ist lediglich darin zu erblicken, dass das Privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zug weniger Gesetzesparagrafen enthält und daher kürzer ist. Sodann enthält es einige zugerische Eigenheiten, welche in casu jedoch nicht von Bedeutung sind. Aufgrund der starken Ähnlichkeit der Kodifikationen und der

bereits aufgezeigten Entwicklungsgeschichte ist es evident, dass der zugerische Gesetzgeber sich nicht nur am Zürcher Vorbild orientiert, sondern dieses auch grösstenteils wort- und sinngetreu übernommen hat. Es kann daher zur Beantwortung der Frage der Übertragbarkeit von Personaldienstbarkeiten nach altem zugerischem Recht auf die Bestimmungen des Privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich abgestellt werden (vgl. Höhn, Praktische Methodik der Gesetzesauslegung, Zürich 1993, S. 141 und S. 254; Hausheer/Jaun, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003, N 276 ff. zu Art. 1 ZGB; Dürr, Zürcher Kommentar, Zürich 1998, N 247 ff. zu Art. 1 ZGB). Auch dem Privatrechtlichen Gesetzbuch für den Kanton Zürich lässt sich jedoch keine Bestimmung entnehmen, welche die Übertragbarkeit von Personaldienstbarkeiten explizit regeln würde. Im Gegensatz zum Kanton Zug findet sich indes im Kanton Zürich eine ständige Rechtsprechung zu dieser Frage.

6.2.5 Die zürcherischen Gerichte hatten in mehreren Streitfällen Gelegenheit, sich zur Frage der Übertragbarkeit von Personaldienstbarkeiten zu äussern. In einem Entscheid vom 15. Februar 1902 (ZR 1902 Nr. 110) hielt die I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich fest, § 239 PRG-ZH erkläre ohne jede Einschränkung, dass das Recht der Grunddienstbarkeit auch zu Gunsten einer einzelnen Person bestellt werden könne. Sodann folge aus der Fassung des Gesetzes nicht, dass die Personaldienstbarkeit nicht übertragen werden könne. In einer Stellungnahme des Gesamtobergerichts vom 12. März 1907 (ZR 1907 Nr. 212) wurde sodann festgehalten, dass die Übertragung eines als Personaldienstbarkeit ausgestalteten Rechtes zur Abfassung und Ableitung von Quellwasser auf dem Grundstück eines Dritten (Wasserrechtsservitut) statthaft sei und nicht der Einwilligung des Eigentümers des belasteten Grundstückes bedürfe. In einem vom Kassationsgericht mit Entscheid vom 7. November 1910 bestätigten Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Mai 1910 (ZR 1910 Nr. 121) wurde sodann unter Berufung auf die vorangehenden Entscheide und unter Berücksichtigung des damals vor seinem Inkrafttreten stehenden Schweizerischen Zivilgesetzbuches ausgeführt, die Übertragbarkeit von Personaldienstbarkeiten sei zwar unter gewissen Umständen angenommen worden, so beispielsweise bei Bauservituten und Quellenrechten, doch sei dies nicht als allgemeine Regel anzunehmen. Vielmehr sei im einzelnen Falle zu untersuchen und festzustellen, ob die Absicht der Parteien bei Bestellung der Personaldienstbarkeit auf die Übertragbarkeit derselben gerichtet gewesen sei, was unter Umständen schon aus dem Inhalte der Personaldienstbarkeit geschlossen werden könne, so beispielsweise bei Quellenrechten und dem Recht, auf fremdem Boden zu bauen.

Die vom Obergericht des Kantons Zürich in ZR 1910 Nr. 121 aufgestellte differenzierte Rechtsprechung ist aufgrund der überwiegenden Übereinstimmung der Bestimmungen über die Dienstbarkeiten in den Privatrechtlichen Gesetzbüchern beider Kantone auch auf den Kanton Zug anzuwenden. Es ist daher bei jeder Personaldienstbarkeit im Einzelfall zu prüfen, ob sie aufgrund der vertraglichen Vereinbarung der Parteien, welche sich entweder explizit aus dem Dienstbarkeitsvertrag oder aber implizit aus dem Wesen und dem Inhalt der Dienstbarkeit ergibt, als übertragbar und vererblich zu qualifizieren ist. Liegt keine solche Abrede vor, gilt sie als höchstpersönlich und unvererblich (vgl. § 224 Abs. 1 PRG-ZG).

6.2.6 Im vorliegenden Fall ist die Übertragbarkeit von so genannten altrechtlichen Wasserrechten zu beurteilen. Diese setzen sich aus Quellen-, Durchleitungs- sowie Fahr- und Fusswegrechten zusammen. Diese verschiedenen Personaldienstbarkeiten dürfen indes nicht einzeln beurteilt werden, da sie in einem offensichtlichen Zusammenhang stehen und allesamt die Nutzung des Quellwassers durch die Klägerin bzw. deren Rechtsvorgängerin bezwecken. So würde die Übertragbarkeit eines Quellenrechts wenig Sinn ergeben, wenn nicht zugleich auch die Durchleitungsdienstbarkeiten zur Ableitung des Quellwassers und die Wegrechtsdienstbarkeiten für den Zugang und Unterhalt der Quellen und Leitungen auf den Erwerber übertragen werden könnten. Wie bereits in Erwägung 6.2.2 festgehalten, lässt sich dem für die Personaldienstbarkeiten konstitutiven Wasserrechtsvertrag vom 15. Juli 1890 keine explizite Regelung betreffend die Übertragbarkeit entnehmen. Diese ist folglich anhand des Wesens und des Inhaltes der Wasserrechte zu beurteilen.

Die Fassung von Grundwasserquellen erfordert für gewöhnlich die Konstruktion geeigneter technischer Einrichtungen wie Brunnenstuben und Leitungsrohre. Dies ist auch bei den in casu betroffenen Grundstücken der Fall. Die Erstellung dieser technischen Einrichtungen ist mit erheblichen Kosten verbunden, welche nur bei einer langfristigen Nutzung des Quellwassers amortisiert werden können. Eine Amortisation kann indes nur dann wirtschaftlich sinnvoll und auf längere Sicht erfolgen, wenn es dem Berechtigten möglich ist, seine mit den Quellen verbundenen beschränkten dinglichen Rechte an eine Drittperson zu verkaufen, wenn er diese Rechte nicht mehr benötigt oder aus anderen Gründen nicht mehr wahrnehmen kann. Allein schon unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten muss daher eine Übertragbarkeit der besagten Personaldienstbarkeiten bejaht werden. Hinzu kommt, dass die Ablehnung der Übertragbarkeit und Vererblichkeit der Quellen-, Durchleitungs- und Wegrechte zu einem unhaltbaren und unsinnigen Resultat führen würde. Sämtliche betroffenen Quellen können nur dann sinnvoll genutzt werden, wenn ihr Quellwasser über die Grundstücke des Beklagten und von Drittpersonen

abgeleitet werden kann. Würde nun das Durchleitungsrecht der Klägerin zu Lasten eines Grundstückes des Beklagten wegfallen, hätte dies zur Folge, dass das Quellwasser nicht mehr abgeleitet und genutzt werden könnte. Eine Ableitung über ein anderes Grundstück ist aufgrund der Eigentumsverhältnisse sowie der topographischen Gegebenheiten sodann nicht möglich. Der Klägerin bliebe mithin – abgesehen von der Einräumung eines Notleitungsrechts – nichts anderes übrig, als die Quelle zu versiegeln. Ähnliche Schwierigkeiten würden beim Wegfall eines Wegrechts der Klägerin entstehen, da sie unter Umständen nicht mehr in der Lage wäre, die auf dem Grundstück des Beklagten gelegenen Leitungen zu kontrollieren und zu warten. Diese unhaltbare Situation musste auch J.E. und der S. AG beim Abschluss der entsprechenden Dienstbarkeitsverträge bewusst gewesen sein. Es kann daher mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden, dass sie von der Höchstpersönlichkeit dieser Personaldienstbarkeiten ausgingen. Vielmehr lag es im Interesse beider Vertragsparteien, dass die Quellen und die dazugehörigen Anlagen längerfristig genutzt werden können, was nur bei einer Übertragbarkeit der Dienstbarkeiten sichergestellt werden kann. Letztlich ist auch anzumerken, dass die in casu zu beurteilenden Quellen-, Durchleitungs- und Wegrechte einen denkbar leichten Eingriff in das Eigentum des Beklagten darstellen. Beinahe sämtliche technischen Anlagen und Leitungen wurden unterirdisch erstellt und beeinträchtigen die land- bzw. forstwirtschaftliche Tätigkeit des Beklagten nicht oder nur in minimierender Weise. Dies ist bei den besagten Dienstbarkeiten generell der Fall. Es verhält sich daher anders als etwa bei einer Nutzniessung oder einem Wohnrecht, welche dem Eigentümer des belasteten Grundstückes oder Liegenschaft wesentliche Teile seines Eigentumsrechts entziehen und daher zu Recht als höchstpersönlich zu betrachten sind. Bei Quellenrechten und damit verbundenen Leitungs- und Wegrechten ist daher im Allgemeinen – vorbehaltlich nachgewiesener anders lautender vertraglicher Abrede – von der Übertragbarkeit und Vererblichkeit der Personaldienstbarkeiten auszugehen (vgl. auch ZR 1907 Nr. 212 und ZR 1910 Nr. 110).

Als Zwischenresultat kann damit festgehalten werden, dass der Klägerin mit Kaufvertrag vom 17. Dezember 1999 sämtliche Quellen- und Wasserrechte sowie die mit diesen in Verbindung stehenden Durchleitungs- und Wegrechte, welche der S. AG von J.E. bzw. dessen Erben damals eingeräumt wurden, übertragen worden sind und sie nunmehr deren Berechtigte ist.

Urteil des Kantonsgerichts Zug, 17. Dezember 2008

#### 4. Obligationenrecht

Art. 313 f. OR – Der Zinsbegriff des Darlehensrechts umfasst jedes Entgelt, das der Borger dem Darleiher für die Wertgebrauchsüberlassung aus Zeit zu leisten verspricht, unbeschadet um die Bezeichnung, welche sie dafür wählen. Gemäss Bundesgericht hat eine sittenwidrige Zinsvereinbarung Teilnichtigkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 2 OR zur Folge. Der zulässige Höchstzins beträgt, mangels besonderer Verhältnisse, 18–20%.

Aus den Erwägungen:

1. Da die Beklagte die Darlehensforderungen des Klägers im Betrag von EUR 10'000.– und EUR 5'000.– an der Hauptverhandlung anerkannt hat, bilden diese nicht mehr Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens. Strittig ist somit einzig noch die Frage, ob der Kläger Anspruch auf Bezahlung von «Bereitstellungskosten» in der Höhe von 50% bezüglich des Darlehens von EUR 10'000.– und von 100% bezüglich des Darlehens von EUR 5000.– hat.

2. Der Zinsbegriff des Darlehensrechts umfasst jedes Entgelt, das der Borger dem Darleiher für die Wertgebrauchsüberlassung auf Zeit zu leisten verspricht, unbeschadet um die Bezeichnung, welche sie dafür wählen. Dabei wird zwischen Darlehenszins i.e.S. und Darlehenszins i.w.S. unterschieden. Als Darlehenszins i.e.S. gilt ein solches Entgelt dann, wenn es gleicher Art (stoffgleich) wie das Kapital ist und dabei in einem Verhältnis zur Höhe der Valuta sowie zur Überlassungsdauer steht. Als Darlehenszins i.w.S. gilt jede andere Vergütung, die der Borger dem Darleiher für die Überlassung der Valuta zu leisten verspricht, die Vergütung aber nicht stoffgleich zur Valuta ist und/oder nicht im Verhältnis zur Valuta steht, aber ihr Wert in einem Verhältnis zur Dauer der Überlassung gesehen werden kann. Kein Darlehenszins liegt dann vor, wenn eine vom Borger dem Darleiher versprochene Leistung bzw. Vergütung weder als Zins i.e.S. noch als Zins i.w.S. begriffen werden kann, so z.B. Verschaffungs- oder Transportkosten, Bearbeitungsgebühren und Bereitstellungskommissionen, die nach Aufwand berechnet werden (Higi, Zürcher Kommentar, Zürich 2003, N 16 ff. zu Art. 313 OR).

Die von den Parteien in den Darlehensverträgen vom 25. Juli und 18. Oktober 2006 vereinbarten «Bereitstellungskosten» sind in Euro zu bezahlen und damit stoffgleich mit der Valuta. Ihre Höhe beträgt 50% bzw. 100% des Darlehenskapitals, demnach stehen sie in einem Verhältnis zur Höhe der Valuta. Sie sind deshalb unabhängig von ihrer Bezeichnung als Darlehenszinsen i.e.S. zu qualifizieren. Eine Qualifikation als Bereitstellungskommission ist hingegen ausgeschlossen, da ver-

einbart wurde, dass die «Bereitstellungskosten» unabhängig von einem allfälligen Aufwand des Klägers zu bezahlen sind.

3. Die Qualifikation der «Bereitstellungskosten» als Darlehenszinsen hat zur Folge, dass sie nicht in beliebiger Höhe gültig vereinbart werden können, sondern Höchstzinsvorschriften zu beachten sind (Schärer/Maurenbrecher, Basler Kommentar, Basel 2007, N 9 zu Art. 313 OR). Es ist deshalb nachfolgend zu prüfen, ob sich im Bundes- oder im kantonalen Recht Vorschriften finden, welche der Höhe der «Bereitstellungskosten» Schranken setzen.

3.1 Bei Konsumkrediten gilt gemäss Konsumkreditgesetz (KKG) ein bundesrechtlich einheitlicher Höchstzinssatz von 15% (Art. 14 Abs. 2 i.V.m. Art. 9 Abs. 2 lit. b KKG i.V.m. Art. 1 VKKG). Das KKG findet nur Anwendung, wenn die kreditnehmende Person Konsumentin oder Konsument ist (Art. 1 Abs. 1 KKG). Bei der Beklagten als börsenkotierter Aktiengesellschaft handelt es sich offensichtlich nicht um eine Konsumentin. Die Höchstzinsvorschriften des KKG finden demnach vorliegend keine Anwendung.

3.2 Das interkantonale Konkordat über Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen (SR 221.121.1) sieht vor, dass derjenige, der auf dem Gebiet der Konkordatskantone ein Darlehen gewährt, dafür nicht mehr als 1,5 Prozent der zu Beginn jedes Monats tatsächlich geschuldeten Summe fordern darf (Art. 1). Im vorliegenden Fall hatte der Kläger seinen Wohnsitz im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung in Deutschland, während die Beklagte im Kanton Zug domiziliert war. Der Kanton Zug war bis zum 31. Dezember 2007 Mitglied des Konkordats (vgl. Art. 19 des Konkordats). Da sich der örtliche Anwendungsbereich des Konkordats gemäss Art. 1 jedoch am Sitz bzw. Wohnsitz derjenigen Person orientiert, welche das Darlehen gewährt hat und dies im vorliegenden Fall der Kläger mit Wohnsitz im Ausland war, findet es vorliegend keine Anwendung.

3.3 Das kantonale Recht des Kantons Zug kennt im Übrigen keine Höchstzinsvorschriften. Wo eine kantonalrechtliche Vorschrift fehlt, hat das Bundesgericht aus Art. 20 OR abgeleitet, dass, mangels besonderer Verhältnisse, Zinsabreden, welche 18–20% Jahreszins übersteigen, in der Regel gegen die guten Sitten verstossen. Als besondere Verhältnisse kommen namentlich besondere Risiken in Betracht (BGE 93 II 189; Schärer/Maurenbrecher, a.a.O., N 11 zu Art. 313 OR; Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. A., Zürich 1988, S. 231; SJZ 22/1989, S. 179 ff.).

3.3.1 Der Darlehensvertrag vom 25. Juli 2006 sah einen Zins von 50% bei einer fixen Laufzeit des Darlehens von etwas mehr als drei Monaten vor, was einem Jahreszins von beinahe 200% entspricht. Beim Darlehensvertrag vom 18. Oktober 2006 betrug der vereinbarte Zins gar 100% bei einer fixen Laufzeit von weniger als drei Monaten, was einem Jahreszins von über 400% entspricht. Angesichts der Tatsache, dass das Bundesgericht die Grenzen der Sittenwidrigkeit bereits bei einem Höchstzins von 18–20% pro Jahr festsetzt, sind diese Zinsvereinbarungen ohne weiteres als sittenwidrig gemäss Art. 20 OR zu qualifizieren.

3.3.2 Gemäss Bundesgericht hat eine sittenwidrige Zinsvereinbarung Teilnichtigkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 2 OR in dem Sinne zur Folge, dass der Zinssatz auf das zulässige Mass reduziert wird (BGE 93 II 189). Der zulässige Höchstzins beträgt, mangels besonderer Verhältnisse, 18–20%. Besondere Verhältnisse stellen u.a. grosse Risiken bei der Darlehensgewährung dar. Der Kläger macht sinngemäss geltend, die Darlehen hätten der Finanzierung eines Metal-Recovery-Projekts gedient, weshalb sie besonders risikoreich gewesen seien. Er verkennt dabei, dass die Darlehen unabhängig von einem Bergungserfolg bzw. -misserfolg zur Rückzahlung fällig wurden. Abgesehen vom Bonitätsrisiko des Schuldners, welches jeder Gläubiger trägt, hatte der Kläger kein besonderes Risiko zu tragen. Eine Erhöhung des vom Bundesgericht festgelegten zulässigen Höchstzinses rechtfertigt sich deshalb nicht. Unter Würdigung sämtlicher Umstände erscheint vorliegend ein Jahreszins von 20% als gerechtfertigt. Der vereinbarte Zinssatz ist in Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR auf 20% zu reduzieren, während der übrige Inhalt der Darlehensverträge von dieser Teilnichtigkeit unbeeinflusst bleibt.

4. Der Kläger wirft der Beklagten vor, sie verhalte sich rechtsmissbräuchlich, wenn sie sich im vorliegenden Verfahren auf den Standpunkt stelle, Darlehenszinsen in der vereinbarten Höhe seien sittenwidrig, nachdem sie dem Kläger von sich aus «Bereitstellungskosten» von 50% bzw. 100% offeriert habe.

4.1 Gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB findet der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Schutz. Missbräuchlich ist insbesondere ein widersprüchliches Verhalten, welches aus der Unvereinbarkeit zweier Verhaltensweisen hervorgeht (sog. «venire contra factum proprium»). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt rechtsmissbräuchliches Verhalten nur vor, wenn das frühere Verhalten ein schutzwürdiges Vertrauen begründet hat, welches durch die neue Handlung enttäuscht würde. Der Vertrauende muss Dispositionen getroffen haben, die sich angesichts der neuen Situation nunmehr als nachteilig erweisen (Honsell, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2006, N 43 zu Art. 2 ZGB, mit Hinweisen).

4.2 Der Kläger behauptet, er habe bei der X. Bank einen Kredit aufgenommen, um der Beklagten das zweite Darlehen über EUR 5'000.– gewähren zu können. Der vom Kläger ins Recht gelegten Kreditbestätigung vom 18. Oktober 2006 lässt sich entnehmen, dass der Kläger einen Kredit von insgesamt EUR 16'315.93 aufgenommen hat, also mehr als das Dreifache des Darlehensbetrages. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Kläger diesen Kredit nicht nur im Hinblick auf die Darlehensgewährung aufgenommen hat. Selbst wenn dem aber so wäre, würde sich diese Disposition nicht zum Vorneherein als nachteilig erweisen. Auch wenn der Darlehenszins auf zulässige 20% gekürzt wird, dürfte dieser den Zins, welcher der Kläger der Creditplus Bank für ihren Kredit zu bezahlen hat, noch übersteigen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Kläger durch das angeblich widersprüchliche Verhalten der Beklagten keine nachteiligen Dispositionen getroffen hat.

4.3 Selbst wenn der Kläger aufgrund des Verhaltens der Beklagten nachteilige Dispositionen getroffen hätte, wäre die Berufung der Beklagten auf Höchstzinsvorschriften im vorliegenden Verfahren nicht als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren. Gemäss Rechtsprechung handelt es sich bei der Zinsobergrenze von 18–20% um einen Teil des schweizerischen *ordre public* (vgl. SJZ, 22/1989, S. 179 ff.). Sie dient demnach nicht nur dem Schutz der schwächeren Partei, sondern auch dem Interesse der Öffentlichkeit an der Durchsetzung der gemeinsamen Wertvorstellungen, weshalb sie unabhängig von Einzelinteressen durchzusetzen ist. Somit handelt die Beklagte nicht rechtsmissbräuchlich, wenn sie sich auf die Höchstzinsvorschriften beruft, auch wenn sie die sittenwidrigen Darlehenszinsen selbst offeriert hat (vgl. Honsell, a.a.O., N 44 zu Art. 2 ZGB).

5. Der Betrag von EUR 10'000.– gemäss Darlehensvertrag vom 25. Juli 2006 wurde der Beklagten am 3. August 2006 auf ihr Konto überwiesen. Das Darlehen hatte eine fixe Laufzeit bis 31. Oktober 2006. Zwar behielt sich die Beklagte im Darlehensvertrag vor, im Falle einer exzessiven Schlechtwetterperiode die Rückzahlung auf den 30. November 2006 zu verschieben. Dass eine exzessive Schlechtwetterperiode vorgelegen habe, wird von der Beklagten aber nicht behauptet. Es ist somit davon auszugehen, dass das Darlehen über EUR 10'000.– am 31. Oktober 2006 zur Rückzahlung fällig geworden ist. Die Beklagte schuldet der Klägerin gemäss den Ausführungen in Erwägung 3.3.2 für die Zeit vom 3. August bis zum 31. Oktober 2006 einen Zins von 20% auf EUR 10'000.–, also EUR 488.90. Der Kläger hat demzufolge aus dem Darlehensvertrag vom 25. Juli 2006 einen Anspruch auf Bezahlung von EUR 10'488.90.

6. Der Betrag von EUR 5'000.– gemäss Darlehensvertrag vom 18. Oktober 2006 wurde der Beklagten am 20. Oktober 2006 auf ihr Konto überwiesen. Das Darlehen hatte eine fixe Laufzeit bis 31. Dezember 2006 und wurde somit an diesem Tag zur Rückzahlung fällig. Die Beklagte schuldet der Klägerin für die Zeit vom 20. Oktober bis zum 31. Dezember 2006 einen Zins von 20% auf EUR 5'000.–, also EUR 197.20. Der Kläger hat demzufolge aus dem Darlehensvertrag vom 18. Oktober 2006 einen Anspruch auf Bezahlung von EUR 5'197.20.

7. Auf der Forderung aus dem Darlehensvertrag vom 25. Juli 2006 verlangt die Klägerin einen Verzugszins zu 5% seit dem 1. November 2006 und auf der Forderung aus dem Darlehensvertrag vom 18. Oktober 2006 einen solchen seit dem 1. Januar 2007. Gemäss Art. 102 Abs. 1 OR wird der Schuldner durch Mahnung in Verzug gesetzt. Wurde für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet, so kommt der Schuldner schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug, ohne dass eine Mahnung nötig wäre (Art. 102 Abs. 2 OR). Mit Eintritt des Verzugs hat der Schuldner seine Schuld mangels anderer Abrede mit 5% Verzugszins zu verzinsen (Art. 104 Abs. 1 OR).

In beiden Darlehensverträgen wurde ein bestimmter Verfalltag vereinbart, an welchem die Darlehen ohne zusätzliche Mahnung zur Rückzahlung fällig wurden. Beim Darlehensvertrag vom 25. Juli 2006 war dies der 31. Oktober 2006 und beim Darlehensvertrag vom 18. Oktober 2006 der 31. Dezember 2006. Mit dem unbenutzten Ablauf dieser Verfalltage kam die Beklagte ohne weiteres in Verzug. Die Beklagte schuldet dem Kläger somit einen Verzugszins von 5% auf EUR 10'488.90 ab dem 1. November 2006 und auf EUR 5'197.20 ab dem 1. Januar 2007.

Kantonsgericht Zug, 3. Abteilung, 2. Juli 2009

Art. 731b Abs. 1 OR – Beim Entscheid, welche Massnahme das Gericht ergreifen will, kommt ihm ein wesentlicher Handlungsspielraum zu. Da es um die Einhaltung von zwingenden Gesetzesvorschriften geht, hat das Gericht bei seinem Entscheid nicht Individualinteressen in den Vordergrund zu stellen, sondern dem Verkehrsschutz Rechnung zu tragen.

Aus den Erwägungen:

3. Fehlt der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe oder ist eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt, so kann gemäss Art. 731b Abs. 1 OR

ein Aktionär, ein Gläubiger oder der Handelsregisterführer dem Richter beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Der Richter kann dabei insbesondere: der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen, binnen derer der rechtmässige Zustand wiederherzustellen ist; das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen; die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen. Beim Entscheid, welche Massnahme der Richter ergreifen will, kommt ihm ein wesentlicher Handlungsspielraum zu. Er hat dabei die konkreten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Da es um die Einhaltung von zwingenden Gesetzesvorschriften geht, hat er bei seinem Entscheid nicht Individualinteressen in den Vordergrund zu stellen, sondern dem Verkehrsschutz Rechnung zu tragen. Er ist deshalb auch nicht an allfällige spezifische Anträge der antragstellenden Partei gebunden (vgl. Lorandi, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkursöffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, in: AJP, 2008, S. 1384, mit Hinweisen; Botschaft zur Revision des Obligationenrechts vom 19. Dezember 2001, in: BBl 2002, S. 3232). Als Kriterium für die Bestimmung des verhältnismässigen richterlichen Handelns können in rechtsfolgenorientierter Betrachtung die Schwere des Eingriffs und die wirtschaftliche Aktivität der betroffenen Gesellschaft dienen. So wird die Einsetzung eines Sachwalters nur in Fällen angezeigt sein, in denen die mangelbehaftete Gesellschaft noch wirtschaftliche Aktivität ausübt oder eine konkursamtliche Liquidation aus anderen Gründen als nachteilig erscheint. Die Auflösung ist letztlich auch angezeigt, wenn sich gerichtliche Verfügungen als nicht zustellbar erweisen oder wenn sich die Gesellschaft in keiner Art und Weise vernehmen lässt (vgl. Bürge/Gut, Richterliche Behebung von Organisationsmängel, in: SJZ 2009, S. 159 f.).

3.1 Im vorliegenden Fall wurde nicht bestritten, dass der Gesuchsteller aus einer ungerechtfertigten Bereicherung Gläubiger der Gesuchsgegnerin ist. Der Gesuchsteller ist somit zur Einreichung der vorliegenden Organisationsklage legitimiert. Unbestritten geblieben ist auch, dass H. J., Geschäftsführer und Gesellschafter der Gesuchsgegnerin, verstorben ist und die Beklagte somit über kein Organ mehr verfügt. Laut Handelsregisterauszug hat die Gesuchsgegnerin sodann kein Domizil mehr (vgl. [www.hrazg.ch](http://www.hrazg.ch); vgl. zum fehlenden Rechtsdomizil als Organisationsmangel: Weber, Mängel in der Organisation von Gesellschaften; Art. 731b OR – Alter Wein in neuen Schläuchen?, Bern 2009, S.361 f.). Damit steht fest, dass bei der Gesuchsgegnerin ein Organisationsmangel besteht (vgl. Art. 814 Abs. 3 OR und Art. 819 OR i.V.m. Art. 731b OR). Die Gesuchsgegnerin hat im vorliegenden Verfahren nicht Stellung genommen und bietet daher offensichtlich zur Behebung des Organisationsmangels nicht Hand.

3.2 Der Gesuchsteller begründet seinen Antrag auf Ernennung des fehlenden Organes bzw. eventualiter Einsetzung eines Sachwalters nur mit dem Hinweis, dass ansonsten der angehobene Prozess nicht weitergeführt werden könne. Demgegenüber steht das Interesse Dritter sowie der Öffentlichkeit an der Auflösung einer Gesellschaft, welche weder über Organe noch ein Domizil verfügt und auch offenkundig keine wirtschaftlichen oder sonstigen Aktivitäten mehr ausübt. Dieses Interesse ist vorliegend höher zu bewerten. Dass die konkursamtliche Liquidation für den Gesuchsteller irgendwie nachteilig sei, hat dieser nicht behauptet und ist auch nicht ersichtlich. Die Gesuchsgegnerin hätte auch ohne Organisationsmangel in Konkurs fallen können, und der bereits angehobene Prozess hätte bis zum Entscheid über die Fortführung des Prozesses durch die Konkursmasse oder einzelne Gläubiger bzw. die Mitteilung, dass die Forderung des Gesuchstellers anerkannt wird, sistiert werden müssen.

3.3 Bei dieser Sachlage ist es somit angezeigt, die Gesuchsgegnerin aufzulösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften des Konkurses anzuordnen.

4. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die gerichtlichen Kosten vom Gesuchsteller zu beziehen, dies unter dem Vorbehalt des Rückgriffsrecht auf die unterliegende Gesuchsgegnerin (vgl. § 38 Abs. 1 ZPO).

Kantonsgericht Zug, Einzelrichter, 7. Dezember 2009

Art. 951 Abs. 2 OR. – Ob zwei Firmen sich hinreichend deutlich unterscheiden, ist aufgrund des Gesamteindrucks zu prüfen, den sie beim Publikum hinterlassen [Permatech (Schweiz) AG gegen PEMATECH GmbH].

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 951 Abs. 2 OR müssen sich die Firmen der Aktiengesellschaften, der Gesellschaften mit beschränkter Haftung und der Genossenschaften von allen in der Schweiz bereits eingetragenen Firmen von Gesellschaften in einer dieser Rechtsformen deutlich unterscheiden, ansonst der Inhaber der älteren Firma gestützt auf Art. 956 Abs. 2 OR wegen Verwechslungsgefahr auf Unterlassung des Gebrauchs der jüngeren Firma klagen kann. Da die Aktiengesellschaften, die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und die Genossenschaften unter Wahrung der allgemeinen Grundsätze der Firmenbildung ihre Firma frei wählen können

(Art. 950 OR), stellt die Rechtsprechung an deren Unterscheidungskraft im Allgemeinen strenge Anforderungen. Die Gefahr der Verwechslung besteht, wenn die Firma eines Unternehmens für die eines andern gehalten wird (unmittelbare Verwechslungsgefahr) oder wenn bei Aussenstehenden der unzutreffende Eindruck entsteht, die Unternehmen seien wirtschaftlich oder rechtlich verbunden. Die beiden kollidierenden Firmen müssen nicht tatsächlich miteinander verwechselt worden sein, um Abwehransprüche der älteren Firma zu begründen. Ob zwei Firmen sich hinreichend deutlich unterscheiden, ist aufgrund des Gesamteindrucks zu prüfen, den sie beim Publikum hinterlassen. Die Firmen müssen nicht nur bei gleichzeitigem, aufmerksamem Vergleich unterscheidbar sein, sondern auch in der Erinnerung auseinandergehalten werden können. Im Gedächtnis haften bleiben namentlich Firmenbestandteile, die durch ihren Klang oder ihren Sinn hervorstechen, was insbesondere für Fantasiebezeichnungen zutrifft. Solchen Bestandteilen kommt daher für die Beurteilung des Gesamteindrucks einer Firma erhöhte Bedeutung zu. Geschützt sind nach ständiger Rechtsprechung Firmen auch gegenüber Unternehmen, die in einer anderen Geschäftsbranche tätig sind, da die firmenrechtlich gebotene Unterscheidbarkeit nicht allein der Ordnung des Wettbewerbs dient; sie schützt den Träger der älteren Firma vielmehr umfassend um seiner Persönlichkeit und seiner gesamten Geschäftsinteressen willen. Allerdings sind die Anforderungen an die Unterscheidbarkeit der Firmen strenger, wenn zwei Unternehmen aufgrund der statutarischen Bestimmungen im Wettbewerb stehen können oder sich aus andern Gründen an den gleichen Kundenkreis wenden. Gleiches gilt bei geografischer Nähe der beiden Unternehmen (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 4C.310/2006 vom 28. November 2006, E.2; BGE 122 III 370, E.1; Hilti, Firmenrecht, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band III/2, Basel 2005, S. 82 ff., jeweils mit zahlreichen Hinweisen).

2. Bei geografischen Hinweisen und solchen auf die Rechtsform handelt es sich um schwache Firmenbestandteile ohne Kennzeichnungskraft (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 4C.396/1999 vom 15. Februar 2000; Kramer, «Starke» und «schwache» Firmenbestandteile, in: Festschrift für Mario M. Pedrazzini, Bern 1990, S. 613). Die von der Klägerin verwendeten Firmenbestandteile «(Schweiz)»; und «AG» und der von der Beklagten geführte Bestandteil «GmbH» sind demgemäss nicht kennzeichnend. Prägend sind die von den beiden Gesellschaften verwendeten Firmenbestandteile «Permatech» bzw. «PEMATECH». Es handelt sich dabei um Fantasiebezeichnungen, auch wenn die jeweils identische dritte Silbe «tech» auf die Betätigungsart beider Unternehmungen im technischen Bereich hindeutet. Es gilt daher zu prüfen, ob sich die beiden Firmen in ihrem kennzeichnenden Bestandteil deutlich unterscheiden.

3. Der Vergleich der beiden am Anfang stehenden Fantasiebezeichnungen zeigt, dass beide Worte bis auf den bei der Beklagten weggelassenen Konsonanten «r» übereinstimmen. Das Schriftbild ist insofern verschieden, als der Bestandteil in der Firma der Beklagten durchwegs in grossen Buchstaben gehalten ist. Letzteres mag beim direkten Vergleich der beiden Worte auf die Verschiedenartigkeit der beiden Unternehmungen hindeuten. In allen Kollisionsfällen ist indes – auch – der Wortklang der beiden kollidierenden Firmen zu berücksichtigen, weil nicht nur im schriftlichen, sondern auch im mündlichen Verkehr eine eindeutige Abgrenzung möglich sein muss und bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr abstrakt auf das oft schwache Erinnerungsvermögen des Publikums und nicht auf eine konkrete Gegenüberstellung der beiden Firmenzeichen abzustellen ist (Hilti, a.a.O., S. 84). Beim Aussprechen beider Zeichen liegt die Betonung auf der identischen Konsonanten-/Vokalfolge «Pe». Der beim Bestandteil der klägerischen Firma folgende Konsonant «r» wird nicht betont, sondern vielfach gar unterdrückt. Dies führt zur Feststellung, dass sich beide Zeichen im Wortklang praktisch nicht, geschweige denn deutlich, wie dies insbesondere bei einer Fantasiebezeichnung erforderlich ist, unterscheiden und demgemäss eine Verwechslungsgefahr besteht. Hinzu kommt, dass im Allgemeinen den – wie hier – am Beginn einer Firma stehenden Wörtern bzw. Wortelelementen besondere Prägekraft zukommt (Kramer, a.a.O., S. 611). Die Beklagte kann aus dem Umstand, dass das Bundesgericht die Verwechselbarkeit der beiden Firmen «Biomed AG» und «Biomet Orthopaedics Switzerland GmbH» verneinte, nichts für ihren Standpunkt gewinnen. Es trifft zwar zu, dass sich diese beiden Unternehmungen im prägenden Bestandteil «Biomed» bzw. «Biomet» nur durch einen unterschiedlichen Konsonanten am Schluss des Wortes unterscheiden. Das Bundesgericht hat indes u.a. festgehalten, dass der Hinweis auf den sachlichen Tätigkeitsbereich der Orthopädie – «Orthopaedics» – eine Vorstellung vermittele, von der anzunehmen sei, dass er im Gedächtnis der Adressaten haften bleibe. Wenn überdies von einer naheliegenden englischen Aussprache der Firma der Beklagten – «Biomet Orthopaedics Switzerland GmbH» – ausgegangen werde, erscheine auch der Klang der beiden Firmen eindeutig unverwechselbar (Urteil des Bundesgerichts 4C.310/2006 vom 28. November 2006, E.2.4). Der vorliegende Fall ist mit dem bundesgerichtlich beurteilten somit nicht zu vergleichen. Der Beklagten hilft auch nicht, dass die beiden Unternehmungen an verschiedenen Orten und nicht in der gleichen Branche tätig sind. Wie bereits an anderer Stelle erwähnt, lehnt die Rechtsprechung das sogenannte Branchenprinzip, d.h. die Beschränkung des Schutzes auf den branchenspezifischen Tätigkeitsbereich des Firmeninhabers, ab. Immerhin ist festzustellen, dass sich beide Unternehmen im weiteren Sinn im Stahl- und Metallbau, also nicht in völlig unterschiedlichen Bereichen betätigen, wie dies beispielsweise bei kollidierenden

Firmen in der Baubranche einerseits und in der Reisebranche andererseits der Fall wäre. Potenzielle Kunden könnten somit versucht sein anzunehmen, beide Unternehmungen seien in irgendeiner Weise miteinander verbunden, weshalb auch aus diesem Grund erhöhte Anforderungen an die Unterscheidbarkeit der beiden Firmen zu stellen sind.

Zivilrechtliche Abteilung des Obergerichts, 22. Dezember 2009

Art. 1, 2 und 12 ff. PauRG – Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Bundesgesetzes über Pauschalreisen (PauRG; SR 944.3). Rechtsfolgen der Schlechterfüllung des Pauschalreisevertrages.

Aus den Erwägungen:

1. Unbestritten ist, dass die Parteien einen Vertrag abgeschlossen haben, in welchem sich der Kläger verpflichtete, für eine von der Beklagten für die Zeit zwischen 26. Dezember 2007 und 24. Januar 2008 organisierte und durchgeführte «...-Heilreise» nach Ecuador und Kolumbien den Betrag von CHF 4'950.– zu bezahlen. Ebenso unbestritten ist, dass die Beklagte den Kläger am 1. Januar 2008 in Kolumbien von der Reisegruppe ausschloss, sich aber in der Folge bereiterklärte, ihn wieder nach Ecuador mitzunehmen, bevor er die Gruppe definitiv verlassen musste. Umstritten ist jedoch, wessen Verhalten zu diesem Ausschluss geführt hat und ob dieses Verhalten allenfalls Minderungs-, Schadenersatz- oder Genugtuungsansprüche begründet.

2. Vorfrageweise ist zu prüfen, ob das Bundesgesetz über Pauschalreisen (PauRG) auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt Anwendung findet. Die Anwendbarkeit dieses Gesetzes hängt davon ab, ob die vertraglich vereinbarten Dienstleistungen als Pauschalreise und ob die Parteien des Vertrages als Veranstalter, Vermittler oder Konsumenten im Sinne des PauRG zu qualifizieren sind (vgl. Art. 1 ff. PauRG).

2.1 Gemäss Art. 1 Abs. 1 PauRG gilt als Pauschalreise die im voraus festgelegte Verbindung von mindestens zwei der folgenden Dienstleistungen, wenn diese Verbindung zu einem Gesamtpreis angeboten wird und länger als 24 Stunden dauert oder eine Übernachtung einschliesst:

- Beförderung;
- Unterbringung;

- andere touristische Dienstleistungen, die nicht Nebenleistungen von Beförderung oder Unterbringung sind und einen beträchtlichen Teil der Gesamtleistung ausmachen.

Das Angebot der Beklagten beinhaltet zum Pauschalpreis von CHF 4'950.– (exkl. Flughafentaxe und allfälliger Treibstoffzuschlag) sämtliche Transporte (Flugzeug, Bus, Taxi), sämtliche Übernachtungen und die meisten Mahlzeiten. Darüber hinaus beinhaltet die Pauschale die Teilnahme an den Ritualen der Shuar-Schamanen, was der eigentliche Gegenstand dieser Heilreise war und deshalb nicht als Nebenleistung betrachtet werden kann. Dieses Gesamtangebot zum Pauschalpreis von CHF 4'950.– ist somit ohne Weiteres als Pauschalreise i.S.v. Art. 1 Abs. 1 PauRG zu qualifizieren.

2.2 Ein Veranstalter gemäss Art. 2 Abs. 1 PauRG ist eine Person, die Pauschalreisen nicht nur gelegentlich organisiert und diese direkt oder über einen Vermittler anbietet. Zur Beantwortung der Frage, ob jemand Pauschalreisen gelegentlich organisiert oder nicht, ist nicht bloss auf die Anzahl der Reisen, sondern v.a. auch darauf abzustellen, ob die Reisen im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit veranstaltet werden (Roberto, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2007, N 6 zu Art. 2 PauRG). Letzteres ist im vorliegenden Fall zu bejahen. Die Beklagte betreibt in H. eine Schule und Praxis für Schamanismus, System- und Traumarbeit. Im Rahmen dieser Tätigkeit hat sie die streitgegenständliche Reise nach Ecuador und Kolumbien organisiert. Dabei verdiente sie nach eigenen Angaben ca. CHF 1'500.– pro Person. Diese Reise wird von ihr einmal jährlich organisiert. Schon diese Umstände genügen, um die Beklagte als Veranstalterin im vorgenannten Sinne zu qualifizieren. Aus der Homepage der Beklagten ist jedoch ersichtlich, dass die Beklagte regelmässig mehrtägige Seminare anbietet, welche als Pauschalreisen zu qualifizieren wären. Die Beklagte ist demnach eine Veranstalterin im Sinne von Art. 2 Abs. 1 PauRG.

2.3 Als Konsument gilt derjenige, welcher touristische Dienstleistungen in Anspruch nimmt. Geschäftsreisende sind demnach nicht als Konsumenten im Sinne des PauRG zu qualifizieren (Roberto, a.a.O., N 7 zu Art. 2 PauRG). Der Kläger ist gemäss dieser Definition ohne Weiteres ein Konsument im Sinne von Art. 2 Abs. 3 PauRG.

2.4 Da somit sämtliche Voraussetzungen des PauRG erfüllt sind, ist der strittige Sachverhalt gemäss den Bestimmungen dieses Gesetzes zu beurteilen.

3. Indem sich der Kläger auf den Standpunkt stellt, die Reise sei schlecht organisiert gewesen, macht er sinngemäss eine Schlechterfüllung des Pauschalreisevertrages geltend. Die Schlechterfüllung ist in den Art. 12 ff. PauRG geregelt. Es ist deshalb zu prüfen, ob die Reise bis zum vorzeitigen Ausschluss des Klägers aus der Reisegruppe am 1. Januar 2008, welcher später thematisiert wird, einen Mangel aufgewiesen hat. Ein Mangel liegt vor, wenn die Ist- negativ von der Sollbeschaffenheit abweicht. Dabei ist auf die Erwartung eines Durchschnittsreisenden und nicht auf die besondere Empfindlichkeit des Konsumenten abzustellen (Roberto, a.a.O., N 3 ff. zu Art. 12 PauRG). Die als Zeugen einvernommenen J. K. und M. C. erklärten unabhängig voneinander, dass die Reise – abgesehen vom Verhalten des Klägers und dessen Partnerin – ihren Erwartungen entsprochen habe und gut organisiert gewesen sei. Auch von den übrigen Mitreisenden ist – abgesehen von der Lebenspartnerin des Klägers, die im Parallelverfahren selbst Partei ist – nichts Gegenteiliges bekannt. Der Kläger hat die Reise somit allenfalls subjektiv als mangelhaft empfunden, worauf jedoch nicht abzustellen ist. Es ist deshalb festzuhalten, dass die Reise bis zum vorzeitigen Ausschluss des Klägers aus der Reisegruppe am 1. Januar 2008 keinen Mangel aufgewiesen hat.

4. Die Beklagte hat den Kläger unbestrittenermassen am 1. Januar 2008 von der Reisegruppe ausgeschlossen, obwohl die Reise noch bis zum 24. Januar 2008 gedauert hätte. Somit hat die Beklagte einen erheblichen Teil der vereinbarten Dienstleistungen nicht erbracht. Gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. a PauRG hat der Veranstalter in diesem Fall angemessene Vorkehrungen für die weitere Durchführung der Pauschalreise zu treffen. Mit anderen Worten hat der Veranstalter den vertragsmässigen Zustand herbeizuführen. Dieses Recht auf Abhilfe ist somit ein modifizierter Erfüllungsanspruch des Reisenden. Schafft der Veranstalter innerhalb einer angemessenen Frist keine (ordnungsgemässe) Abhilfe, steht dem Konsumenten ein Selbstabhilferecht (vgl. Art. 98 Abs. 1 OR) zu, wobei es in Analogie zu Art. 366 Abs. 2 OR keiner richterlichen Bewilligung bedarf. Der Reisende hat diesfalls Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen, wobei dieser Anspruch als Schadenersatz gemäss Art. 14 und 15 PauRG geltend zu machen ist, da die Rechtsprechung den Aufwendungsersatz als Schadenersatz- und nicht als Minderungsanspruch qualifiziert, welcher gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. b PauRG geltend zu machen wäre (Roberto, a.a.O., N 4 ff. zu Art. 13 PauRG; vgl. auch BGE 116 II 314, 107 II 55). Grundsätzlich stehen diese Ansprüche dem Konsumenten unabhängig von einem Verschulden des Veranstalters zu, da dieser den Erfolg der Reise gewährleisten muss. Vorbehalten bleiben allerdings Fälle der höheren Gewalt und Störungen, die der Sphäre des Konsumenten zuzurechnen sind (sog. allgemeines Lebensrisiko; Roberto, a.a.O., N 3 zu Art. 13 PauRG).

5. Die Beklagte hatte als Veranstalterin demzufolge sämtlichen Teilnehmern eine mängelfreie, vertragsgemässe Reise zu gewährleisten. Die Zeugen J. K. und M. C. haben allerdings unter Wahrheitspflicht übereinstimmend ausgesagt, dass das Verhalten des Klägers und dessen Partnerin die Stimmung in der Reisegruppe dermassen beeinträchtigt habe, dass eine Weiterführung der Reise mit ihnen für die übrigen Reisetilnehmer unzumutbar gewesen wäre. Die Beklagte hätte unter diesen Umständen ihre Pflicht gegenüber den übrigen Reisetilnehmern, diesen eine mängelfreie Reise zu gewährleisten, verletzt, wenn sie den Kläger und dessen Partnerin weiterhin an der Reise hätte teilnehmen lassen. Das Interesse des Klägers und dessen Partnerin, in der Reisegruppe zu verbleiben, ist dabei weniger schwer zu gewichten, als das Interesse der übrigen mindestens vier Reisetilnehmern, die Reise ohne den Kläger und dessen Partnerin, deren Verhalten als sehr störend empfunden wurde, weiterzuführen. Aus diesem Grund ist der Ausschluss des Klägers und dessen Partnerin aus der Reisegruppe als gerechtfertigt zu qualifizieren. Dies sagt jedoch noch nichts darüber aus, ob auch die Art und Weise des Ausschlusses rechtmässig war. Mit dem Ausschluss aus der Reisegruppe endete die Verantwortung der Beklagten gegenüber dem Kläger und dessen Partnerin nicht, da das Vertragsverhältnis zwischen ihnen immer noch bestand. Der Kläger und dessen Partnerin kannten sich in Ecuador nicht aus und sprachen kaum Spanisch. Unter diesen Umständen wäre die Beklagte als Veranstalterin verpflichtet gewesen, sich im zumutbaren Rahmen um deren weiteren Aufenthalt in Ecuador zu kümmern und diesen auch zu bezahlen, sofern diese Mehrkosten noch von den für die Pauschalreise bezahlten CHF 4'950.- (vgl. Erwägung 6.2.1 nachfolgend) gedeckt gewesen wären. Da die Beklagte dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist, war der Kläger gemäss den vorgängigen Erwägungen berechtigt, selbst Abhilfe zu schaffen. Dies hat er in der Folge auch getan, indem er sich durch eine Drittperson eine Alternativreise durch Ecuador und auf die Galapagosinseln organisieren liess.

6. Dadurch, dass sich der Kläger dafür entschieden hat, selbst Abhilfe zu schaffen, hat er den Anspruch, den Preis für die Pauschalreise gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. b PauRG zu mindern, verwirkt (vgl. BGE 116 II 314). Dies hat zur Folge, dass nach den Bestimmungen von Art. 14 und 15 PauRG zu prüfen ist, ob der Kläger die von ihm eingeklagten Forderungen als Schadenersatz geltend machen kann (vgl. Erwägung 4).

6.1 Lehre und Rechtsprechung sind sich über die Rechtsnatur der Haftung gemäss Art. 14 und 15 PauRG uneinig. Während die Lehre davon ausgeht, dass es sich um eine Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr beim Verschuldensnachweis handelt (Roberto, a.a.O., N 5 zu Art. 14/15 PauRG), stellt sich das Bundesgericht auf

den Standpunkt, dass es sich um eine einfache Kausalhaftung handelt, welche die Verletzung einer Sorgfaltspflicht präsumiert (BGE 130 III 185). In der Sache führen allerdings beide Ansichten zum gleichen Resultat, nämlich dass der Veranstalter – bei Vorliegen der allgemeinen Haftungsvoraussetzungen – gemäss Art. 14 PauRG haftet, sofern die Haftung nicht gemäss einem der in Art. 15 PauRG genannten Befreiungsgründe entfällt.

6.2 Die Schadenersatzpflicht des Veranstalters gemäss Art. 14 PauRG umfasst alle Nichterfüllungs- und Mangelfolgeschäden (Roberto, a.a.O., N 9 zu Art. 14/15 PauRG). Somit stellt sowohl der vom Kläger geltend gemachte Nichterfüllungsschaden von CHF 4'000.– als auch der Mangelfolgeschaden von CHF 1'500.– (behauptete Mehrkosten für die Alternativreise) einen relevanten Schaden im Sinne des Art. 14 PauRG dar. Das schweizerische Obligationenrecht definiert den ersatzfähigen Schaden trotz seiner zentralen Bedeutung im Schadenersatzrecht nicht. Nach allgemeiner Auffassung entspricht der haftpflichtrechtlich relevante Schaden der Differenz zwischen dem gegenwärtigen, nach dem schädigenden Ereignis festgestellten Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 127 III 73 E. 4a). Nach allgemeinen Grundsätzen hat die Schadenersatz beanspruchende Partei den Schaden zu beweisen (BGE 127 III 365 E. 2b). Demnach ist es am Kläger, den von ihm geltend gemachten Schaden zu beweisen. Der Beweis gilt dabei als erbracht, wenn der Richter aufgrund objektiver Gesichtspunkte von der Verwirklichung einer Tatsache überzeugt ist und allfällig vorhandene Zweifel nicht als erheblich erscheinen (Schmid, Basler Kommentar, 3.A., Basel 2006, N 17 zu Art. 8 ZGB).

6.2.1 Gemäss den Ausführungen des Klägers in der Klageschrift entspricht der von ihm geltend gemachte Nichterfüllungsschaden von CHF 4'000.– der Differenz zwischen dem der Beklagten bezahlten Preis für die Reise von CHF 5'600.– und den von ihr erbrachten Leistungen im Wert von CHF 1'600.– (Flug von CHF 1'300.–, fünf Reisetage inkl. Übernachtung für CHF 300.–). Mit der Beklagten vereinbart wurde jedoch ein Pauschalpreis von CHF 4'950.–, exklusive Flughafentaxen von ca. USD 40.–. Zum Beweis, dass er der Beklagten CHF 5'600.– bezahlt habe, legt der Kläger drei Belege über die Bezahlung von CHF 4'900.–, CHF 5'000.– und CHF 1'080.– ins Recht, wobei diese Zahlungen jeweils für ihn und seine Partnerin erfolgt seien. Addiert man diese Zahlungen und teilt den Gesamtbetrag durch zwei, so erhält man den vom Kläger geltend gemachten Betrag von CHF 5'600.–. Zählt man jedoch lediglich die Zahlung über CHF 4'900.– und die Zahlung über CHF 5'000.– zusammen und teilt das Resultat durch zwei, so erhält man exakt den vereinbarten Pauschalpreis von CHF 4'950.–. Es ist deshalb wahrscheinlich, dass

die dritte Zahlung über CHF 1'080.– nicht für die streitgegenständliche Reise nach Ecuador bestimmt war. Darauf deutet auch der Umstand hin, dass auf der Fotokopie mit den vorgenannten drei Belegen neben dem Beleg über CHF 1'080.– der Vermerk «Heilzeremonienwochenende» angebracht ist. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Kläger für die Reise wie vereinbart pauschal CHF 4'950.– bezahlt hat. Die vom Kläger vom Pauschalpreis gemachten Abzüge für die von der Beklagten erbrachten Dienstleistungen betragen geschätzte CHF 1'300.– für den Flug und CHF 300.– für fünf Reisetage inkl. Übernachtung. Da der Kläger keine detaillierte Aufstellung über die Kosten der Reise von der Beklagten erhalten hat, ist es ihm bloss möglich, diese zu schätzen. Seine Schätzungen bewegen sich mit CHF 1'300.– für einen Flug von der Schweiz über Holland nach Ecuador und zurück und mit CHF 300.– für fünf Reisetage inklusive Übernachtung am unteren Rand dessen, was üblicherweise für solche Dienstleistungen zu entrichten ist. Sie erscheinen aber glaubhaft. Im Übrigen wäre es an der Beklagten gewesen, die klägerischen Behauptungen substantiiert zu bestreiten, da nur sie im Besitz der Abrechnungen über die tatsächlich angefallenen Kosten der Reise ist. Dies hat sie jedoch unterlassen. Es ist deshalb als bewiesen zu erachten, dass die von der Beklagten erbrachten Dienstleistungen in der Zeit, in welcher der Kläger der Reisegruppe angehörte, einen Wert von CHF 1'600.– gehabt haben. Bringt man diesen Betrag vom bezahlten Pauschalpreis für die Reise von CHF 4'950.– in Abzug, so ergibt sich ein Nichterfüllungsschaden von CHF 3'350.–.

6.2.2 Daneben macht der Kläger einen Mangelfolgeschaden von CHF 1'500.– geltend. Zum Beweis legt der Kläger diverse Quittungen ins Recht. Diese sollen die Mehrkosten belegen, welche dem Kläger durch den Ausschluss aus der Reisegruppe am 1. Januar 2008 entstanden seien. Während einige Quittungen eindeutig Kosten der Alternativreise ausweisen, sind andere nicht eindeutig zuzuordnen. Die Quittungen, welche eindeutig Reisekosten ausweisen, ergeben für den Kläger ein Total von USD 1'827.17 (Kosten für die Galapagostour und die Übernachtungen jeweils geteilt durch zwei). Dies entspricht bei einem Kurs von ca. USD 1.– = CHF 1.10 im Januar 2008 einem Betrag von rund CHF 2'010.–. Die ausgewiesenen Kosten sind demzufolge höher als die vom Kläger als Mangelfolgeschaden geltend gemachten. In Anwendung der Dispositionsmaxime (vgl. § 54 ZPO) ist deshalb der vom Kläger geltend gemachte Mangelfolgeschaden von CHF 1'500.– als erwiesen zu erachten. Die von der Beklagten dagegen bloss pauschal erhobene Bestreitung vermag daran nichts zu ändern.

6.3 Eine weitere allgemeine Voraussetzung für die Zusprechung von Schadenersatz ist das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs zwischen dem schädigenden

Ereignis und dem Schaden (vgl. Schnyder, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2007, N 15 ff. zu Art. 41 OR). Als schädigendes Ereignis ist vorliegend nicht der eigentliche Ausschluss aus der Reisegruppe zu betrachten, denn dieser war durch das Verhalten des Klägers gerechtfertigt (vgl. Erwägung 5), sondern die Art und Weise des Ausschlusses. Zu prüfen ist deshalb, ob die vorgängig erwähnten Nichterfüllungs- und Mangelfolgeschäden dadurch entstanden sind, dass die Beklagte den Kläger in Ecuador aus der Reisegruppe ausgeschlossen hat, ohne sich um seinen weiteren Aufenthalt in Südamerika zu kümmern. Die Beklagte behauptet, durch den Ausschluss des Klägers aus der Reisegruppe habe sie keine Minder- sondern gar Mehrkosten gehabt, da sie wegen des Verhaltens des Klägers und dessen Partnerin nach der Reise psychisch erkrankt sei und der Behandlung bedurft habe. Die Beklagte wendet somit sinngemäss ein, nach dem Ausschluss des Klägers aus der Gruppe sei von den für die Reise pauschal bezahlten CHF 4'950.– nichts mehr übrig gewesen. Dieser Einwand ist jedoch in keiner Weise belegt und auch wenig wahrscheinlich, da der Kläger ja bereits nach fünf Tagen am 1. Januar 2008 von der Reise ausgeschlossen wurde, welche noch bis zum 24. Januar 2008 gedauert hätte. Es ist deshalb davon auszugehen, dass es der Beklagten möglich gewesen wäre, mit dem Rest der für die Pauschalreise bezahlten CHF 4'950.– dem Kläger eine adäquate Ersatzreise zu organisieren und auch zu bezahlen. Dadurch dass sie dies pflichtwidrig nicht getan hat, sind dem Kläger überhaupt erst Nichterfüllungs- und Mangelfolgeschäden im Gesamtbetrag von CHF 4'850.– entstanden. Das pflichtwidrige Verhalten der Beklagten ist deshalb als «*conditio sine qua non*» für den Schadenseintritt zu erachten, weshalb das Vorliegen des natürlichen Kausalzusammenhangs zu bejahen ist. Da das Verhalten der Beklagten nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Schaden von der vorgenannten Art zu verursachen, ist auch der adäquate Kausalzusammenhang zu bejahen.

6.4 Gemäss den Ausführungen in Erwägung 6.1 haftet die Beklagte verschuldensunabhängig, kann sich aber bei Vorliegen eines der in Art. 15 PauRG genannten Entlastungsgründe von der Haftung befreien. Gemäss Art. 15 Abs. 1 lit. a PauRG haftet der Veranstalter dem Konsumenten nicht, wenn die Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung des Vertrages auf ein Versäumnis des Konsumenten zurückzuführen ist. Vorliegend sind dem Kläger schwere Versäumnisse vorzuwerfen. Wie die Zeugen C. und K. unter Wahrheitspflicht glaubhaft ausgesagt haben, hat sich der Kläger gegenüber der Beklagten und den übrigen Reiseteilnehmern derart aggressiv Verhalten, dass sein Ausschluss aus der Reisegruppe die einzig zumutbare Lösung für die übrigen Reiseteilnehmer war. Hätte sich der Kläger so verhalten, wie man dies von einem durchschnittlichen Reiseteilnehmer erwarten darf, so

wäre ein Ausschluss aus der Reisegruppe sehr unwahrscheinlich gewesen und dem Kläger wäre kein Schaden entstanden. Allerdings ist auch festzuhalten, dass die Beklagte dadurch, dass sie den Kläger in Ecuador quasi «seinem Schicksal überlassen» hat, ihre Sorgfaltspflichten ihm gegenüber massiv verletzt hat. Unter diesen Umständen reicht das Verhalten des Klägers nicht aus, um die Beklagte von ihrer Haftung zu befreien. Allerdings ist es bei der Schadenersatzbemessung angemessen zu berücksichtigen.

6.5 Die Schadenersatzbemessung im Pauschalreisegesetz richtet sich nach den allgemeinen Regeln von Art. 43 und 44 OR (vgl. BGE 130 III 189). Gemäss Art. 44 Abs. 1 OR kann der Richter die Ersatzpflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden, wenn Umstände, für die der Geschädigte einstehen muss, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt haben. Wie bereits in Erwägung 6.4 ausgeführt, hat der Kläger durch sein Verhalten in der Reisegruppe entscheidend zur Entstehung des Schadens beigetragen. Allerdings wäre der Schaden zumindest geringer ausgefallen, wenn sich die Beklagte nach dem Ausschluss des Klägers aus der Reisegruppe pflichtgemäss verhalten hätte. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, die Ersatzpflicht der Beklagten auf die Hälfte zu reduzieren. Bei einem Gesamtschaden von CHF 4'850.– (vgl. Erwägung 6.2.1 und 6.2.2) ergibt sich demzufolge ein von der Beklagten zu leistender Schadenersatz von CHF 2'425.–.

7. Neben dem Schadenersatz verlangt der Kläger wegen des «gravierend eigenartigen und gefährdenden Umgangs während des Ausschlusses aus der Gruppenreise, der anhaltenden Verweigerung einer normalen Hilfe oder eines unterstützenden Kompromisses» eine Genugtuung von CHF 500.–. Gemäss Art. 49 Abs. 1 OR hat derjenige, der in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und diese nicht anders wiedergutmacht worden ist. Vorliegend rechtfertigt es sich nicht, dem Kläger eine Genugtuung zuzusprechen. Die Beklagte hat zwar angedroht, ihn in Kolumbien zurückzulassen, sich aber nach kurzer Zeit dazu bereit erklärt, ihn wieder nach Ecuador zurückzubringen. Die vom Kläger als «sehr stressig» empfundene Situation, nicht zu wissen, wie er wieder aus Kolumbien ausreisen könne, dauerte demzufolge nur kurze Zeit, weshalb eine allfällige Verletzung seiner Persönlichkeit zum vornherein als nicht schwer im Sinne von Art. 49 Abs. 1 OR zu qualifizieren wäre. Im Übrigen hat der Kläger durch sein Verhalten entscheidend dazu beigetragen, in diese «stressige» Situation zu gelangen. Bereits deshalb wäre es nicht gerechtfertigt, dem Kläger eine Genugtuung zuzusprechen.

Kantonsgericht Zug, Einzelrichter, 5. Oktober 2009



### III. Schuldbetreibung und Konkurs

Art. 17 SchKG. – Gegenstand des betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahrens können nur verfahrensrechtliche Fragen bilden, nicht aber materiellrechtliche.

Aus den Erwägungen:

3. Der Beschwerdeführer übersieht, dass es im Beschwerdeverfahren ... hinsichtlich der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes X. nicht darum ging und gehen kann, ob die in Betreibung gesetzte Forderung materiell zu Recht besteht oder nicht. Die Betreibungsämter und dementsprechend auch die Aufsichtsbehörden sind in keinem Stadium des Betreibungsverfahrens befugt, über Bestand und Begründetheit einer Forderung zu befinden (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. A., Bern 2008, § 17 N 1, § 6 N 3; BGE 7B.36/2006). Die Aufsichtsbehörde hat nur die Einhaltung der Verfahrensvorschriften zu überprüfen. Gegenstand des betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahrens können m.a.W. nur verfahrensrechtliche Fragen bilden, nicht aber materiellrechtliche (BGE 7B.268/2003). Der Beschwerdeführer strebt hingegen eine Wiederaufnahme des Verfahrens aus Gründen an, die rein materiellrechtlicher Natur sind. Auf sein Gesuch kann schon aus diesem Grunde nicht eingetreten werden. Ob im Übrigen die Möglichkeit der Revision eines Beschwerdeentscheides überhaupt zulässig ist, kann deshalb offen bleiben. Die Frage wurde – soweit ersichtlich – von der Justizkommission bislang nicht entschieden. Eine Wiederaufnahme des Verfahrens würde sich jedenfalls nach kantonalem Recht richten (BGE 96 III 15). Nach § 215 Abs. 1 ZPO ist aber die Wiederaufnahme des Verfahrens nur gegenüber den im ordentlichen Verfahren erlassenen und in Rechtskraft erwachsenen Urteilen oder Erledigungsbeschlüssen möglich. Das Beschwerdeverfahren vor der Justizkommission ist indes wohl nicht als ordentliches Verfahren im Sinne dieser Bestimmung zu bezeichnen.

Justizkommission als AB SchK, 9. September 2009

Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 aSchKG. – Die Betreibungsämter sind nach der per 1. Januar 2008 erfolgten Aufhebung von Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 aSchKG, gemäss welchem geschäftsführende Mitglieder einer GmbH der Konkursbetreibung unterliegen, nicht verpflichtet, vor dem 1. Januar 2008 eingeleitete Betreibungsverfahren, in denen dem Betreibungsschuldner die Konkursandrohung zugestellt wurde, von Amtes wegen als Betreibungen auf Pfändung fortzusetzen.

Aus den Erwägungen:

2. In dem von der Beschwerdeführerin zitierten Urteil vom 2. Oktober 2008 hielt das Bundesgericht fest, dass nach der Aufhebung von Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG bzw. nach dem 1. Januar 2008 über ein geschäftsführendes Mitglied einer GmbH kein Konkurs zu eröffnen sei, unabhängig von den vor diesem Zeitpunkt ergangenen Verfahrensschritten, wie beispielsweise der Zustellung des Zahlungsbefehls oder der Konkursandrohung (BGE 135 III 14 ff.). Diesen Entscheid bestätigte das Bundesgericht im Urteil Nr. 5A\_453/2008 vom 2. Dezember 2008. Die Frage, wie zu verfahren ist, wenn einem solchen Betreibungsschuldner vor dem 1. Januar 2008 die Konkursandrohung zugestellt wurde, liess das Bundesgericht allerdings offen. Insbesondere äusserte es sich nicht dazu, ob in einem solchen Fall die im Jahr 2007 ergangene Konkursandrohung nach der per Anfang 2008 erfolgten Aufhebung von Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG durch eine Pfändungsankündigung ersetzt werden kann. Die Beschwerdeführerin, welche eine solche «Umwandlung» beantragt, argumentiert, eine Ablehnung der Umwandlung hätte zur Folge, dass weder das Konkursbegehren gestellt noch die Pfändung vollzogen werden könnte, so dass der Betreibungsgläubiger ohne sein Verschulden das ganze Betreibungsverfahren nochmals von vorne einleiten müsste. Die Beschwerdeführerin weist damit auf die für einen Betreibungsgläubiger unbefriedigende Situation hin, falls eine «Umwandlung» der Konkursandrohung in eine Pfändungsankündigung nicht möglich wäre. Ob deswegen eine solche Umwandlung möglich sein muss, kann offen gelassen werden. Zu weit geht die Beschwerdeführerin jedenfalls, wenn sie verlangt, dass das von ihr eingeleitete Betreibungsverfahren von Amtes wegen ohne entsprechenden Antrag als Pfändungsverfahren hätte fortgesetzt werden müssen. Es liegt im Wesen des Schuldbetreibungsrechts, dass der Fortgang des Zwangsvollstreckungsverfahrens von der Initiative des Betreibungsgläubigers abhängt. Es ist denn auch nahe liegend, dass sich der Betreibungsgläubiger aufgrund seiner Interessenlage selber um das Schicksal des Verfahrens kümmert. Zu berücksichtigen ist sodann, dass Betreibungsverfahren aus mannigfaltigen Gründen nicht fortgesetzt werden. Beispielsweise verzichtet ein Betreibungsgläubiger auf die Eintreibung einer Forderung, weil vom Betreibungsschuldner ohnehin nichts zu holen ist. Ferner kann der Betreibungsschuldner den Betreibungsgläubiger unter dem Druck

der drohenden Pfändung oder des drohenden Konkurses von sich aus direkt befriedigt haben. Daraus erhellt, dass das Betreibungsamt über die Gründe, weshalb ein Betreibungsverfahren nicht fortgesetzt wird, in aller Regel nicht orientiert ist. Unter diesen Umständen geht es nicht an, dass das Betreibungsamt ohne nähere Kenntnis der Verfahrensumstände von Amtes wegen für die Fortsetzung eines hängigen Betreibungsverfahrens sorgt. Demnach war das Betreibungsamt X. auch nicht verpflichtet, die am 13. Dezember 2007 an den Schuldner zugestellte Konkursandrohung, die nach der auf den 1. Januar 2008 erfolgten Aufhebung von Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG nicht mehr zur Stellung des Konkursbegehrens berechnete, von Amtes wegen durch eine Pfändungsankündigung zu ersetzen. Daran ändert auch nichts, dass die Beschwerdeführerin, wie sie geltend macht, am 7. Dezember 2007 fristgemäss das Fortsetzungsbegehren gestellt habe. Dieses Gesuch hat das Betreibungsamt X. behandelt, als es dem Schuldner in Übereinstimmung mit dem damals gültigen Recht am 13. Dezember 2007 die Konkursandrohung vom 11. Dezember 2007 zustellte. Als diese Konkursandrohung nach der per 1. Januar 2008 erfolgten Aufhebung von Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG nicht mehr zur Konkurseröffnung berechnete, wäre es damit an der Beschwerdeführerin gewesen, sich um eine anderweitige Fortsetzung des Betreibungsverfahrens zu kümmern. Keinesfalls oblag es dem Betreibungsamt X. aufgrund des am 7. Dezember 2007 gestellten Fortsetzungsbegehrens, dem es Mitte Dezember 2007 in Nachachtung des damals gültigen Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG mit der Ausstellung der Konkursandrohung entsprochen hatte, nach der Gesetzesnovelle vom 1. Januar 2008 von Amtes wegen die Konkursandrohung durch den Erlass einer Pfändungsankündigung zu ersetzen. Damit stellt sich einzig die Frage, ob das Betreibungsamt X. verpflichtet gewesen wäre, diese «Umwandlung» aufgrund des von der Beschwerdeführerin am 5. Februar 2009 gestellten Antrags vorzunehmen. Wie nachfolgend ausgeführt wird, ist diese Frage letztlich zu verneinen.

3.1 Ist die Betreuung nicht durch Rechtsvorschlag oder durch gerichtlichen Entscheid eingestellt worden, so kann der Gläubiger frühestens 20 Tage nach der Zustellung des Zahlungsbefehls das Fortsetzungsbegehren stellen (Art. 88 Abs. 1 SchKG). Dieses Recht erlischt ein Jahr nach der Zustellung des Zahlungsbefehls. Ist Rechtsvorschlag erhoben worden, so steht diese Frist zwischen der Einleitung und der Erledigung eines dadurch veranlassten Gerichts- oder Verwaltungsverfahrens still (Art. 88 Abs. 2 SchKG). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts läuft die Frist zur Stellung des Fortsetzungsbegehrens nach der Einleitung eines Rechtsöffnungsverfahrens nicht, solange der Gläubiger nicht in den Besitz einer Urkunde gelangen kann, welche das Rechtsöffnungsurteil als vollstreckbar erklärt (BGE 106 III 51 E. 3).

3.2 Der betreibende Gläubiger verwirkt sein Recht, die Fortsetzung der Betreibung zu verlangen, wenn er die vorerwähnte Frist ungenutzt verstreichen lässt. Der Zahlungsbefehl verliert seine Gültigkeit und die Betreibung fällt dahin. Die gestützt auf ein verspätetes Begehren vollzogene Pfändung ist nichtig und der Schuldner kann die Fortsetzungshandlungen gestützt auf Art. 17 SchKG anfechten (vgl. André E. Lebrecht, in: Staehelin/Bauer/Staehelin, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Basel/Genf/München 1998, N 21 zu Art. 88 mit Hinweisen).

3.3 Im vorliegenden Fall stellte das Betreibungsamt X. dem Schuldner den Zahlungsbefehl Nr. ... am 21. Juni 2007 zu. Nach erfolgtem Rechtsvorschlag ersuchte die Beschwerdeführerin am 12. Juli 2007 beim Rechtsöffnungsrichter am Kantonsgerichtspräsidium um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung. Mit Urteil vom 31. Oktober 2007, das der Beschwerdeführerin am 2. November 2007 zugestellt worden war, hiess der Rechtsöffnungsrichter dieses Gesuch im Wesentlichen gut. Gegen dieses Urteil wurde weder innert der 10-tägigen Rechtsmittelfrist (§ 210 Abs. 1 ZPO) bei der Justizkommission des Obergerichts Beschwerde erhoben, noch reichte der Schuldner innert der 20-tägigen Frist (Art. 83 Abs. 2 SchKG) Aberkennungsklage beim Kantonsgericht ein. Am 7. Dezember 2007 stellte die Beschwerdeführerin das Fortsetzungsbegehren, worauf das Betreibungsamt X. dem Schuldner am 13. Dezember 2007 die Konkursandrohung zustellte. In der Folge wartete die Beschwerdeführerin über ein Jahr zu, bevor sie am 5. Februar 2009 beim Betreibungsamt X. die «Umwandlung» der Konkursandrohung in eine Pfändungsankündigung beantragte. Zu diesem Zeitpunkt war die einjährige Verwirkungsfrist gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG, die zwar während des Rechtsöffnungsverfahrens still gestanden war, bereits seit längerem abgelaufen. Demgemäss hatte der Zahlungsbefehl Nr. ... seine Gültigkeit verloren und die fragliche Betreibung war dahin gefallen. Aus diesem Grund durfte das Betreibungsamt X. dem Gesuch um Umwandlung der Konkursandrohung vom 11. Dezember 2007 in eine Pfändungsankündigung nicht entsprechen. Die fragliche Pfändungsankündigung wäre nichtig gewesen.

Justizkommission, 31. März 2009

Art. 49 Abs. 1 BV, Art. 79 Abs. 1, Art. 88 Abs. 1 und 2 SchKG. – Die einjährige Verwirkungsfrist nach Art. 88 Abs. 2 SchKG steht auch dann still, wenn der Gläubiger im vorgängig zum Betreibungsverfahren eingeleiteten Forderungsprozess aus prozessualen Gründen nicht die Beseitigung des im fraglichen Betreibungsverfahren erhobenen Rechtsvorschlags verlangen kann.

Aus den Erwägungen:

3.1 Die Lehre erachtet es als zulässig, dass der Betreibene im Rechtsöffnungsverfahren die Rüge der Verwirkung der Betreibung vorbringt. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist restriktiver: Für diese Frage sind grundsätzlich die Aufsichtsbehörden zuständig, während der Rechtsöffnungsrichter nur darüber befinden kann, wenn die Verwirkung sich als offensichtlich herausstellt (BGE 125 III 45 ff. = Pra 1999 Nr. 57).

3.2 Der Rechtsöffnungsrichter hat im vorinstanzlichen Verfahren den Einwand des Beschwerdeführers, die Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes X. sei infolge Ablaufs der einjährigen Frist gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG verwirkt, verworfen. Dagegen hat der Beschwerdeführer mit der oben stehenden Begründung Beschwerde bei der Justizkommission des Obergerichts erhoben. Ob die Verwirkung der Betreibung im vorliegenden Fall offensichtlich ist, kann offen bleiben. So ist die Justizkommission nicht nur Rechtsmittelinstanz des Rechtsöffnungsrichters. Vielmehr amtet sie auch als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs und ist damit ohnehin zuständig, über die Verwirkung der Betreibung zu befinden. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, über diese Frage im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu befinden.

4.1 Ein Gläubiger, gegen dessen Betreibung Rechtsvorschlag erhoben worden ist, hat seinen Anspruch im ordentlichen Prozess oder im Verwaltungsverfahren geltend zu machen. Er kann die Fortsetzung der Betreibung nur aufgrund eines rechtskräftigen Entscheids erwirken, der den Rechtsvorschlag ausdrücklich beseitigt (Art. 79 Abs. 1 SchKG). Ist die Betreibung nicht durch Rechtsvorschlag oder durch gerichtlichen Entscheid eingestellt worden, so kann der Gläubiger frühestens 20 Tage nach der Zustellung des Zahlungsbefehls das Fortsetzungsbegehren stellen (Art. 88 Abs. 1 SchKG). Dieses Recht erlischt ein Jahr nach der Zustellung des Zahlungsbefehls. Ist Rechtsvorschlag erhoben worden, so steht diese Frist zwischen der Einleitung und der Erledigung eines dadurch veranlassten Gerichts- oder Verwaltungsverfahrens still (Art. 88 Abs. 2 SchKG).

4.2 In BGE 106 III 120 ff. erkannte das Bundesgericht, dass die Verwirkungsfristen der Art. 88 Abs. 2 und 166 Abs. 2 SchKG stillstehen, bis über die im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls hängige Anerkennungsklage rechtskräftig entschieden ist. Im fraglichen Entscheid hielt das Bundesgericht fest, die Frist nach Art. 88 Abs. 2 SchKG ruhe, solange der Gläubiger nicht in der Lage sei, den endgültigen und vollstreckbaren Charakter des Urteils, das den Rechtsvorschlag aufhebe, urkundlich zu beweisen (BGE 106 III 123). Aufgrund dessen könnte man annehmen, das Bundesgericht setze für den Fristenstillstand nach Art. 88 Abs. 2 SchKG voraus, dass im materiellrechtlichen Verfahren, das vorgängig zur Einleitung des Betreibungsverfahrens angehoben worden war, nicht nur über die eingeklagte Forderung, sondern auch über die Aufhebung des im fraglichen Betreibungsverfahrens erhobenen Rechtsvorschlages entschieden wurde. Diese Ansicht wird aber dadurch relativiert, dass das Bundesgericht im oben zitierten Entscheid den Zweck von Art. 88 Abs. 2 SchKG darin erblickt, eine übermässige Verlängerung der Dauer der Betreibung zu verhindern, indem sie gegenüber dem Gläubiger, der sich nicht um das Vollstreckungsverfahren kümmert, die Verwirkung eintreten lässt (BGE 106 III 122 f.). Der Sinn und Zweck von Art. 88 Abs. 2 SchKG besteht somit nicht darin, einen Gläubiger zu sanktionieren, dem es im vorgängig zum Betreibungsverfahren eingeleiteten Forderungsprozess aus prozessualen Gründen verwehrt ist, in Ergänzung seiner Forderungsklage um Beseitigung des nachträglich vom Gläubiger erhobenen Rechtsvorschlages nachzusuchen. Wollte man anders entscheiden, hätte dies zur Folge, dass kantonale Verfahrensbestimmungen, die eine Klageergänzung bzw. -änderung in einem bestimmten Verfahrensstadium als unzulässig erklären, dem Gläubiger die Fortsetzung der nachträglich angehobenen Betreibung, die mit Rechtsvorschlag gestoppt wurde, verunmöglichen. Angesichts des in Art. 49 Abs. 1 BV verankerten Vorrangs des Bundesrechts vor dem kantonalen Recht ist dieses Resultat nicht haltbar. Somit muss die Frist nach Art. 88 Abs. 2 SchKG auch dann still stehen, wenn der Gläubiger im vorgängig zum Betreibungsverfahren eingeleiteten Forderungsprozess aus prozessualen Gründen nicht die Beseitigung des im fraglichen Betreibungsverfahrens erhobenen Rechtsvorschlages verlangen kann. Nach rechtskräftigem Abschluss dieses Verfahrens beginnt die Frist nach Art. 88 Abs. 2 SchKG allerdings bis zur Einleitung des Rechtsöffnungsprozesses zu laufen. Nach dessen rechtskräftigen Erledigung hat der Gläubiger sodann innert der noch verbleibenden Frist das Fortsetzungsbegehren zu stellen.

5. Der Beschwerdegegner leitete am 30. April 2007, nachdem der Beschwerdeführer zuvor am 17. Januar 2007 gegen das Urteil des Kantonsgerichts vom 21. Dezember 2006 Berufung an das Obergericht erklärt hatte, die Betreibung gegen den Letzteren ein für die ihm vom Kantonsgericht zugesprochene Forderung und

Prozessentschädigung. Gegen den am 29. Mai 2007 zugestellten Zahlungsbefehl Nr. ... des Betreibungsamtes X. erhob der Beschwerdegegner am gleichen Tag Rechtsvorschlag, worauf der Beschwerdegegner im Berufungsverfahren vor der Zivilrechtlichen Abteilung des Obergerichts mit Eingabe vom 19. Juli 2007 um Aufhebung des Rechtsvorschlages ersuchte. Zwar hätte der Beschwerdegegner mit diesem Begehren nicht rund 1½ Monate zuwarten müssen. Vielmehr hätte er den Antrag auf Aufhebung des Rechtsvorschlages bereits unmittelbar nach dessen Erhebung Ende Mai 2007 stellen können. Indes hätte es nichts daran geändert, dass die Zivilrechtliche Abteilung des Obergerichts auch in diesem Fall auf die Klageänderung nicht eingetreten wäre. So war die Frist für eine allfällige Anschlussberufung, mit der gemäss den Erwägungen im Urteil der Zivilrechtlichen Abteilung des Obergerichts vom 19. August 2008 eine allenfalls zulässige Klageänderung spätestens hätte eingereicht werden müssen, bereits am 1. März 2007 abgelaufen. Dem Beschwerdegegner war es damit aus prozessrechtlichen Gründen verwehrt, die Aufhebung des Rechtsvorschlages zu verlangen, selbst wenn er diesen Antrag unmittelbar nach der Erhebung des Rechtsvorschlages gestellt hätte. Dies darf ihm – wie oben ausgeführt – nicht zum Nachteil gereichen. Angesichts dessen, dass der Rechtsvorschlag gegen den in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes X. zugestellten Zahlungsbefehl während des hängigen Forderungsprozesses erfolgte, begann die Frist nach Art. 88 Abs. 2 SchKG erst nach der Ende August 2008 erfolgten Zustellung des rechtskräftigen Urteils der Zivilrechtlichen Abteilung des Obergerichts vom 19. August 2008 an den Beschwerdegegner zu laufen (vgl. BGE 106 III 51 ff. = Pra 70 Nr 66). Die einjährige Verwirkungsfrist nach Art. 88 Abs. 2 SchKG war damit im Zeitpunkt des vom Beschwerdegegner am 23. Oktober 2008 beim Kantonsgericht anhängig gemachten Rechtsöffnungsgesuchs fraglos noch nicht abgelaufen und ruhte seither. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass der Rechtsöffnungsrichter dem Beschwerdegegner gestützt auf das rechtskräftige Urteil der Zivilrechtlichen Abteilung des Obergerichts vom 19. August 2008 definitive Rechtsöffnung erteilte für insgesamt CHF 1'210'962.15 (Forderungsbetrag von CHF 1'120'962.15 zuzüglich der für das kantonsgerichtliche Verfahren zugesprochenen Parteientschädigung von CHF 90'000.-) nebst Zins zu 5% auf CHF 1'120.962.15 seit 30. Juli 1996.

Justizkommission, 19. Februar 2009

Art. 82 Abs. 1 SchKG. – Der Schuldner ist bei der inhaltlichen Ausgestaltung einer einseitigen Schuldanererkennung frei und kann seine Zahlungspflicht auch nur bedingt, z.B. erst ab einem bestimmten Zeitpunkt, anerkennen. Provisorische Rechtsöffnung kann in einem solchen Fall grundsätzlich nur erteilt werden, wenn der Bedingungseintritt nachgewiesen ist.

Aus dem Sachverhalt:

1.1 Mit insgesamt fünf zwischen dem 1. April 2008 und dem 24. September 2008 versandten Schreiben stellte der Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin für seine Dienste in den Monaten April, Mai, August und September 2008 sowie für im Zusammenhang mit einem geschäftlichen Treffen entstandene Kosten den Betrag von insgesamt EUR 39'246.11 in Rechnung. Am 5. September 2008 leistete die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner offenbar eine Zahlung von EUR 7'500.–. Zudem unterzeichneten M.G. und K.T. namens der Beschwerdeführerin am 12. September 2009 zugunsten des Beschwerdegegners eine Schuldanererkennung, in welcher bestätigt wurde, dass die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner den Betrag von EUR 20'300.40 schulde. Als Forderungsgrund wurden «die erbrachte Leistung aus Unternehmensberatung in den Monaten April und Mai 2008, sowie verauslagte Reisekosten für die Beschwerdeführerin gemäss mündlicher Vereinbarung» bezeichnet. Des weitern enthielt die Schuldanererkennung die folgende Erklärung: «Der Schuldner zahlt den Betrag nach Abschluss der nächsten Kapitalerhöhung der Beschwerdeführerin.»

(...)

Aus den Erwägungen:

(...)

2.1.1 Gemäss Art. 79 SchKG muss ein Gläubiger, gegen dessen Betreibung Rechtsvorschlag erhoben wurde, zur Durchsetzung seines Anspruches grundsätzlich den ordentlichen Prozessweg beschreiten. Beruht die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanererkennung, so kann der Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung verlangen (Art. 82 Abs. 1 SchKG). Diese ist ein dem schweizerischen Recht eigenes Institut. Dem Gläubiger, der seine Forderung zwar nicht durch ein Urteil, jedoch durch eine vom Schuldner unterzeichnete Schuldanererkennung ausweisen kann, soll die Möglichkeit gegeben werden, den meist aus querulatorischen Gründen erhobenen Rechtsvorschlag auf rasche und einfache Weise zu beseitigen. So kann er immerhin provisorisch an den laufenden Pfändungen teilnehmen bzw. bei einem dem Konkurs

unterliegenden Schuldner seine Ansprüche durch ein Güterverzeichnis sichern. Es wird ihm somit trotz Widerstandes des Schuldners die Vollstreckung provisorisch gewährt, obschon er keinen eigentlichen Vollstreckungstitel im Sinne eines richterlichen Urteils vorweist. Der mit der provisorischen Rechtsöffnung verbundene Eingriff für den Schuldner ist einschneidend, wird er doch, wenn er sich durch Aberkennungsklage gegen den Fortgang der Vollstreckung noch wehren will, durch die provisorische Rechtsöffnung in die unangenehmere Rolle des Klägers – mit allen prozessualen Folgen wie allenfalls einer Kautionsleistung – gedrängt. Gleichzeitig wird er unter Zeitdruck gesetzt und muss sich überdies allenfalls die sich aus einem Güterverzeichnis ergebenden Verfügungsbeschränkungen gefallen lassen. Die provisorische Rechtsöffnung ist daher dem Sinn des Gesetzes entsprechend nur dann zu erteilen, wenn die vom Kläger behauptete Forderung durch die vorgelegten Dokumente in jeder Hinsicht ausgewiesen ist, nicht schon, wenn der Anspruch lediglich als wahrscheinlich erscheint. Das mag in Einzelfällen zu stossenden Ergebnissen führen, vor allem wenn die mit der Erhebung des Rechtsvorschlages bezweckte Verzögerung offenkundig erscheint. Trotzdem muss stets im Auge behalten werden, dass es zur Durchsetzung einer Forderung grundsätzlich des ordentlichen Prozesses bedarf, während die provisorische Rechtsöffnung vom Gesetzgeber nur als Ausnahme für ausgewiesene Forderungen vorgesehen ist (zum Ganzen: Peter Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 326 f.).

2.1.2 Als Schuldanererkennung i.S.v. Art. 82 SchKG gilt nur die schriftliche, vom Schuldner unterzeichnete oder durch öffentliche Urkunde ausgewiesene, vorbehaltlose Erklärung, dem Gläubiger einen genau bestimmten Betrag entweder schon bei der Erklärung oder von einem genau festgelegten Zeitpunkt an zu schulden. Aus der Erklärung des Schuldners muss klar hervorgehen, dass er nicht nur die Forderung, sondern auch seine Zahlungspflicht gegenüber dem Gläubiger uneingeschränkt anerkennt. Dabei muss für die Auslegung der gesamte Zusammenhang berücksichtigt werden, in dem die Aussage steht, wobei sich nach dem Vertrauensprinzip aus Sicht des Empfängers beurteilt, ob eine Schuldanererkennung i.S.v. Art. 82 SchKG vorliegt. Stundungsbegehren, Teilzahlungsvorschläge und dergleichen sind taugliche Schuldanerkenntnisse, wenn der geschuldete Betrag darin genügend beziffert ist. Wurde die Zahlungspflicht des Schuldners in der Schuldanererkennung an eine aufschiebende Bedingung geknüpft, ist grundsätzlich nur dann die Rechtsöffnung zu erteilen, wenn der Gläubiger auch den Eintritt der Bedingung durch Urkunde nachweist (vgl. zum Ganzen: Stücheli, a.a.O., S. 203 u. 328 f.; Daniel Staehelin, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel 1998, Art. 82 SchKG, N 21 ff.; JZ 2004 89).

2.2 Aus dem Wortlaut der von M.G. und K.T. namens der Beschwerdeführerin am 12. September 2008 unterzeichneten Schuldanerkennung folgt ausdrücklich, dass die Beschwerdeführerin eine Honorarforderung (inkl. Spesen) des Beschwerdegegners über EUR 20'300.40 betreffend die Monate April und Mai 2008 anerkannt hat. Der Bestand dieser Forderung ist mithin unstrittig. Fraglich ist indessen, ob die Beschwerdeführerin in der im Recht liegenden Schuldanerkennung vom 12. September 2008 auch ihre Zahlungspflicht vorbehaltlos anerkannt hat, wird darin doch ausdrücklich erklärt, «der Schuldner» bezahle den Betrag «nach Abschluss der nächsten Kapitalerhöhung der Beschwerdeführerin». Die Vorinstanz hat diesen Satz als Stundungsgesuch der Beschwerdeführerin an den Beschwerdegegner ausgelegt und dies damit begründet, der Schuldner könne die Fälligkeit einer Forderung nicht einseitig bestimmen. Dem kann in dieser Form nicht gefolgt werden. Es trifft zwar ohne Weiteres zu, dass der Schuldner die Fälligkeit einer Forderung nicht einseitig bestimmen kann. Die Annahme, die Beschwerdeführerin habe dies vorliegend tun wollen, beruht indessen bereits auf der Prämisse, sie habe bei Abgabe der Schuldanerkennung zugleich auch die Fälligkeit der Betreibungsforderung bzw. ihre diesbezügliche Zahlungspflicht zu jenem Zeitpunkt anerkannt. Denn der Versuch einer – rechtlich zweifellos unmöglichen – einseitigen Verschiebung der Fälligkeit durch die Beschwerdeführerin hätte nämlich nur in diesem Fall überhaupt Sinn gemacht. Der durch Auslegung eigentlich erst zu ermittelnde Erklärungsgehalt ihrer Schuldanerkennung wird bei dieser Argumentation genau besehen bereits vorausgesetzt, was quasi einem Zirkelschluss gleichkommt. Umgekehrt wird ausgeblendet, dass der Schuldner bei der inhaltlichen Ausgestaltung einer einseitigen Schuldanerkennung frei ist und etwa seine Zahlungspflicht hinsichtlich einer anerkannten Forderung auch nur bedingt, z.B. erst ab einem bestimmten Zeitpunkt, anerkennen kann. Aus dem Umstand, dass eine derartige Erklärung keinerlei Einfluss auf die materielle Rechtslage haben kann, folgt mit andern Worten nicht, dass sie auch vollstreckungsrechtlich von vornherein unbeachtlich ist. Denn im Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung ist ja gerade zu prüfen, ob und in welchem Umfang die Betreibungsforderung durch eine Schuldanerkennung ausgewiesen ist. Das soeben Gesagte schliesst zwar nicht aus, dass die vom Beschwerdegegner ins Recht gelegte Schuldanerkennung vom 12. September 2008 hinsichtlich der Frage der Fälligkeit der Betreibungsforderung durch Auslegung als Stundungsbegehren zu qualifizieren ist. Zu beachten ist aber, dass bei der Auslegung einer Schuldanerkennung der gesamte Zusammenhang berücksichtigt werden muss, in welchem diese abgegeben wurde. Dieser Zusammenhang spricht nun aber vorliegend gerade dagegen, die Schuldanerkennung vom 12. September 2008 als Stundungsbegehren zu qualifizieren. Gemäss übereinstimmender Darstellung der Parteien verlangte der Beschwerdegegner von der Be-

schwerdeführerin im September 2008 nämlich die Unterzeichnung einer Schuldanerkennung, gemäss welcher die Fälligkeit der anerkannten Forderung losgelöst von der Durchführung einer Kapitalerhöhung spätestens per 15. Oktober 2008 eingetreten wäre. Urkundlich belegt und in dieser Hinsicht auch unstrittig ist indessen, dass K.T. die Abgabe einer derartigen Schuldanerkennung verweigerte, wurde doch eine solche – in undatierter Version vorliegende – Schuldanerkennung seitens der Beschwerdeführerin nur vom im September 2008 unbestrittenermassen nicht einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsratspräsidenten M.G. unterschrieben, mithin nicht rechtsgenügend. Ist aber belegt, dass die Beschwerdeführerin bzw. ihr damaliger Verwaltungsrat die Unterzeichnung einer Schuldanerkennung mit dem Zusatz «spätestens jedoch bis zum 15. Oktober 2008», mithin die Anerkennung der Fälligkeit der Betreibungsforderung spätestens auf dieses Datum hin verweigerte, kann es nicht angehen, ihre Schuldanerkennung heute durch Auslegung als Stundungsbegehren zu qualifizieren. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sie ihre sofortige Zahlungspflicht bei Abgabe dieser Schuldanerkennung bestritt. Ob sie dies (materiell-rechtlich) zu Recht tat, ist nicht im Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung, sondern in einem ordentlichen Zivilverfahren zu klären.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin ihre Zahlungspflicht in der Schuldanerkennung vom 12. September 2008 nicht vorbehaltlos, sondern nur unter der Bedingung einer Kapitalerhöhung anerkannte. Nachdem diese Bedingung bis anhin unbestrittenermassen nicht eingetreten ist, stellt die Schuldanerkennung vom 12. September 2008 zur Zeit keinen tauglichen Rechtsöffnungstitel dar. Der Beschwerdegegner ist daher mit seiner Forderung ins ordentliche Verfahren zu verweisen.

Justizkommission, 12. August 2009

Art. 82 SchKG. – Ist der Schuldner nicht Vertragspartei eines Grunddienstbarkeitsvertrages, kann dieser gegenüber ihm nur dann als provisorischer Rechtsöffnungstitel taugen, wenn der Schuldner entweder von Gesetzes für die darin vereinbarte Entschädigung haftet oder wenn urkundlich nachgewiesen ist, dass er betreffend der fraglichen Schuld als Rechtsnachfolger des ursprünglich verpflichteten Vertragspartners zu betrachten ist.

Aus den Erwägungen:

1.1 Die Vorinstanz führte zur Begründung ihrer Verfügung im Wesentlichen aus, der Beschwerdegegner habe neben dem Zahlungsbefehl u.a. drei Dokumente ins Recht gelegt: einen Grunddienstbarkeitsvertrag zwischen dem Beschwerdegegner und A., B. und C. vom 30. Juni 1980, wonach der Beschwerdegegner zulasten des Grundstücks GB Nr. XXX und u.a. zugunsten des Grundstücks GB Nr. YYY ein Fuss- und Fahrwegrecht eingeräumt habe und die Servitutsberechtigten hiefür pro gebaute Wohneinheit eine an den Zürcher Baukostenindex gebundene und bei Baubeginn verfallende Entschädigung von mindestens CHF 1'250.– bezahlen sollten; einen Dienstbarkeitsvertrag zwischen dem Beschwerdegegner und B., C. und D. vom April 2000, womit am Grunddienstbarkeitsvertrag vom 30. Juni 1980 verschiedene Änderungen vorgenommen worden seien (mit Stempel des Grundbuchamtes Z. vom 19. Oktober 2001 versehen: «Zur Eintragung ins Grundbuch angemeldet.»); eine Nachbarinformation Nr. 01 der Beschwerdeführerin vom 25. Januar 2006, wonach ihr für die Parzelle Nr. YYY die Baubewilligung erteilt worden sei und im Januar 2006 mit der Erstellung von 20 Eigentumswohnungen begonnen werde. Die Beschwerdeführerin sei im Zeitpunkt des Baubeginns Grundeigentümerin des in der Gemeinde Z. gelegenen Grundstücks GB Nr. YYY gewesen bzw. infolge der realobligatorischen Wirkung des unbestrittenermassen im Grundbuch eingetragenen Fuss- und Fahrwegrechts durch den Erwerb des Grundeigentums am betreffenden Grundstück als Singularsukzessorin in die Rechte und Pflichten aus dem Dienstbarkeitsvertrag vom 30. Juni 1980 eingetreten. Dieser Dienstbarkeitsvertrag berechtere als zweiseitiger Vertrag zur provisorischen Rechtsöffnung für die vereinbarte und vom Dienstbarkeitsberechtigten geschuldete Entschädigung. Der Grunddienstbarkeitsvertrag vom 30. Juni 1980 (mit den Modifikationen vom April 2000) beinhalte demzufolge eine Schuldanerkennung i.S.v. Art. 82 SchKG für die vereinbarte Mindestentschädigung in der Höhe von CHF 1'250.– pro Wohneinheit, was bei einer Anzahl von 20 Eigentumswohnungen einem Betrag von insgesamt CHF 25'000.– bzw. bei einem Indexstand von 154.9 Punkten bei Baubeginn im Januar 2006 einer Entschädigungsforderung von insgesamt CHF 38'725.– entspreche, welche seit Baubeginn im Januar 2006 fällig und zur Zahlung offen sei.

(...)

2.2 Die Beschwerdeführerin ist nicht Vertragspartei der vom Beschwerdegegner ins Recht gelegten Grunddienstbarkeitsverträge vom 30. Juni 1980 bzw. 1. April 2000. Nach dem vorstehend Gesagten könnten diese Verträge deshalb gegenüber der Beschwerdeführerin nur dann als provisorische Rechtsöffnungstitel taugen, wenn diese entweder von Gesetzes wegen für die darin vereinbarte Wegrechtsentschädigung haften würde oder wenn urkundlich nachgewiesen wäre, dass sie betreffend der fraglichen Schuld als Rechtsnachfolgerin der ursprünglich verpflichteten Vertragsparteien zu betrachten wäre. Beides ist vorliegend nicht der Fall. Ein Rechtsgrund für eine gesetzliche Haftpflicht der Beschwerdeführerin bezüglich der vereinbarten Wegrechtsentschädigung ist weder dargetan noch ersichtlich. Nicht rechtsgenügend belegt ist aber auch, inwiefern die Beschwerdeführerin als Singularsukzessorin in die Schuldnerstellung von A., B., C. und D. eingetreten sein soll. Wie die Beschwerdeführerin diesbezüglich zu Recht geltend macht, ist durch ihr als «Nachbarinformation Nr. 1» bezeichnetes Schreiben vom 25. Januar 2006 nämlich keineswegs rechtsgenügend erstellt, dass sie zum Zeitpunkt des Baubeginns Eigentümerin des Grundstücks Nr. YYY war. Dazu hätte es vielmehr eines Auszugs aus dem Grundbuch oder eines andern tauglichen Belegs bedurft. Ein Schreiben, in welchem sich die Beschwerdeführerin selbst als Bauherrin der auf dem Grundstück erstellten Mehrfamilienhäuser bezeichnet, kann dazu jedenfalls nicht genügen, zumal Bauherrschaft und Eigentümerschaft am bebauten Grundstück nicht zwingend identisch sein müssen. Aber auch wenn der Beschwerdegegner urkundlich nachgewiesen hätte, dass die Beschwerdeführerin bei Baubeginn Eigentümerin des Grundstücks Nr. YYY war, wäre dadurch noch nicht rechtsgenügend belegt gewesen, dass sie durch Singularsukzession auch Schuldnerin der in den Grunddienstbarkeitsverträgen vereinbarten Wegrechtsentschädigung geworden ist. Denn, wie die Beschwerdeführerin wiederum zu Recht vorbringt, haben Vereinbarungen, wie diejenige aus den ins Recht gelegten Grunddienstbarkeitsverträgen, wonach der Beitrag eines Dienstbarkeitsberechtigten an die bis zu seinem Anschluss an eine Dienstbarkeitsanlage aufgelaufenen Kosten für Erstellung und Unterhalt derselben durch eine sog. «Einkaufssumme» zu bezahlen ist, nach Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich nur dann realobligatorische Wirkung, wenn sich die rechtsgeschäftlichen Abweichungen von der gesetzlich geregelten Unterhaltspflicht des Dienstbarkeitsberechtigten gemäss Art. 741 ZGB aus dem Grundbuch ergeben. Ohne einen derartigen Grundbucheintrag behalten Vereinbarungen der genannten Art ihren rein obligatorischen Charakter und binden Singularsukzessoren der Vertragsparteien nur, wenn ihnen die Verpflichtung besonders überbunden wurde (vgl. BGE 124 III 289 ff. E. 1 b m.w.H.; zum Ganzen auch Peter Liver, Zürcher

Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Erster Band: Die Grunddienstbarkeiten, 3. A., N 156 ff. zu Art. 730 ZGB). Aus dem Gesagten folgt, dass die Frage, ob und inwiefern der Vereinbarung betreffend Wegrechtsentschädigung in casu realobligatorische Wirkung zukommt, vom genauen Wortlaut des Grundbucheintrags abhängt (vgl. BGE 124 III 292 m.w.H.; ferner Etienne Petitpierre, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 3. A., N 16a zu Art. 741 ZGB), welcher mangels Einreichung eines entsprechenden Belegs nicht bekannt ist. Da die Frage der realobligatorischen Wirkung der Vereinbarung betreffend Wegrechtsentschädigung indes ohnehin materiell-rechtlicher Natur ist, wäre ihre Beurteilung im Rahmen des vorliegenden Rechtsöffnungsverfahrens selbst dann nicht statthaft gewesen, wenn der Beschwerdegegner den Wortlaut des Grundbucheintrags durch Einreichung eines Auszugs belegt hätte. Vielmehr hätte die Rechtsnachfolge der Beschwerdeführerin hinsichtlich der fraglichen Wegrechtsentschädigung vorliegend nur durch den urkundlichen Beleg einer rechtsgeschäftlichen Überbindung bzw. Übernahme der fraglichen Schuld durch sie rechtsgenügend nachgewiesen werden können. Den entsprechenden urkundlichen Nachweis hat der Beschwerdegegner freilich nicht erbracht, weshalb er zur Geltendmachung seiner Forderung ins ordentliche Verfahren verwiesen werden muss.

Justizkommission, 12. August 2009

Art. 82 SchKG. – Für einen vertraglichen Selbstbehalt, der weder in dem vom Versicherungsnehmer unterzeichneten Antrag noch in den AVB, deren Erhalt der Versicherungsnehmer unterschriftlich bestätigt hat, sondern nur in der vom Versicherungsnehmer nicht unterzeichneten Versicherungspolice beziffert ist, kann keine provisorische Rechtsöffnung erteilt werden.

Aus den Erwägungen:

1. Der erstinstanzliche Richter führt zur Begründung der Abweisung des Rechtsöffnungsgesuchs aus, im vorliegenden Fall setzten weder der vom Beschwerdegegner unterzeichnete Antrag zum Abschluss einer Motorfahrzeugversicherung noch die AVB den von der Beschwerdeführerin geforderten Selbstbehalt betragsmässig fest. Vielmehr beziffere erst die Versicherungspolice vom 1. März 2007 den genannten Selbstbehalt mit CHF 1'500.– betragsmässig genau. Dieses Dokument stelle jedoch mangels Unterschrift des Beschwerdegegners keinen provisorischen

Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG dar. Für den geltend gemachten Selbstbehalt von CHF 1'500.– liege daher kein Rechtsöffnungstitel vor, weshalb das Rechtsöffnungsgesuch abzuweisen sei.

2. Dagegen bringt die Beschwerdeführerin vor, mit Versicherungsantrag vom 4. November 2006 habe der Beschwerdegegner gemäss Art. 1 Versicherungsvertragsgesetz (VVG) den Antrag zum Abschluss des Versicherungsvertrags mit den darin enthaltenen Bedingungen gestellt. Mit Versicherungspolice vom 1. März 2007 habe die Beschwerdeführerin die vereinbarten Bedingungen in schriftlicher Form bestätigt. Erst durch dieses Akzept (Zusendung der Versicherungspolice) sei der Versicherungsvertrag und somit die Pflicht zur Tragung des vereinbarten Selbstbehaltes bei Eintritt eines Versicherungsfalles zustande gekommen. Da der Beschwerdegegner diese Versicherungspolice konkludent, durch Stillschweigen, genehmigt habe, sei dieser Vertrag zweifelsohne rechtsgültig zustande gekommen. Aus der Kombination des Versicherungsantrags und des Akzeptes ergebe sich eine zusammengesetzte Schuldanerkennung, worin die Höhe des Selbstbehalts klar beziffert sei. Eine solche Versicherungspolice gelte als Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG.

3.1 Beruht die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung, so kann der Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung verlangen (Art. 82 Abs. 1 SchKG). Der Richter spricht dieselbe aus, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht.

3.2 Nach der Lehre und Rechtsprechung kann eine Schuldanerkennung aus mehreren Urkunden bestehen, wobei nur die eigentliche Anerkennungserklärung unterzeichnet resp. beurkundet worden sein muss. Anders als bei der Schriftform gemäss Art. 12 OR muss der geschuldete Betrag nicht notwendigerweise in dem unterschriebenen (resp. beurkundeten) Dokument beziffert werden, sondern kann sich aus anderen Schriftstücken ergeben, auf welche sich das unterschriebene (resp. beurkundete) Dokument bezieht. Zwischen der Anerkennungserklärung und den weiteren Aktenstücken muss indes ein offensichtlicher und unzweideutiger Zusammenhang bestehen. Dabei kann sich das unterschriebene Dokument auf erst noch zu erstellende andere Schriftstücke beziehen. Einschränkungen ergeben sich indes daraus, dass die Forderungssumme bereits zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Schuldanerkennung zumindest bestimmbar sein muss (vgl. Daniel Staehelin; in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel/Genf/München 1998, N 15 und 26 zu Art. 82 mit Hinweisen).

3.3 In dem vom Beschwerdegegner am 4. November 2006 unterzeichneten Antrag zum Abschluss einer Motorfahrzeugversicherung wurde er als Hauptlenker bezeichnet. Zudem beantwortete der Beschwerdegegner die im Antrag gestellten Fragen, ob es weitere Lenker gebe, mit nein. In Art. 23 Ziff. 1 der AVB, deren Erhalt der Beschwerdegegner im Antrag unterschriftlich bestätigte, wird ausgeführt, dass der Versicherungsnehmer pro Schadenfall den im Vertrag vereinbarten Selbstbehalt trägt. Zusätzlich zu diesem vertraglich vereinbarten Selbstbehalt kommt gemäss Art. 23 Ziff. 2 lit. a AVB ein weiterer, kumulierbarer Selbstbehalt dazu, wenn der Lenker nicht dem im Antrag deklarierten Lenkerkreis angehört. Wie der Vorderrichter zutreffend ausführte, wird damit weder im Antrag vom 4. November 2006 noch in den AVB die Höhe der vorerwähnten Selbstbehalte beziffert. Erst in der Versicherungspolice vom 1. März 2007 wurde der – vertragliche – Selbstbehalt gemäss Art. 23 Ziff. 1 AVB auf CHF 500.– festgesetzt und der zusätzliche, in Art. 23 Ziff. 2 lit. a AVB erwähnte Selbstbehalt für nicht deklarierte Lenker mit CHF 1'000.– beziffert. Dieses Dokument hat der Beschwerdegegner aber nicht unterzeichnet. Demnach war die Höhe der einzelnen Selbstbehalte zum Zeitpunkt der am 4. November 2006 erfolgten Unterzeichnung des Versicherungsantrags durch den Beschwerdegegner weder bestimmt noch bestimmbar. Damit fehlt es an einem provisorischen Rechtsöffnungstitel, unabhängig davon, dass der Versicherungsvertrag aufgrund der geltend gemachten vorbehaltlosen Annahme der Police durch den Beschwerdegegner letztendlich zustande gekommen ist. Der Rechtsöffnungsrichter hat damit das Rechtsöffnungsgesuch für den geltend gemachten Selbstbehalt von CHF 1'500.– zu Recht abgewiesen, weshalb sein Entscheid nicht zu beanstanden ist.

Justizkommission, 10. Dezember 2009

Art. 88 SchKG. – Frage, ob für die Fortsetzung der Betreibung eine Rechtskraftbescheinigung des Rechtsöffnungsentscheids verlangt werden darf.

Aus den Erwägungen:

1. Mittlerweise wurde über die Schuldnerin mit Verfügung des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug vom 16. Juni 2009 der Konkurs eröffnet. Mit der Konkursöffnung wurde die Betreibung des Betreibungsamtes X., bezüglich derer die Beschwerdeführerin geltend macht, es sei für die Fortsetzung der Betreibung keine Rechtskraftbescheinigung des Rechtsöffnungsentscheids erforderlich, aufgehoben

(Art. 206 Abs. 1 SchKG). Insoweit fehlt es am Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin an der Beurteilung dieser Frage. Einzig bezüglich der Kosten der angefochtenen Verfügung des Betreibungsamtes X. vom 1. April 2009 bleibt zu prüfen, ob für die Fortsetzung der Betreibung eine Rechtskraftbescheinigung des Rechtsöffnungsentscheides verlangt werden darf.

1.1 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht kein Anlass, eine Rechtskraftbescheinigung des Rechtsöffnungsentscheides zu verlangen, wenn sich die Rechtskraft des Entscheides klar aus dem Gesetz ergibt. Das ist der Fall, wenn das kantonale Recht gegen den Rechtsöffnungsentscheid nur das ausserordentliche Rechtsmittel der Nichtigkeitsklage vorsieht, welcher nicht von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt (BGE 126 III 479 Erw. 2b; Entscheid Nr. 7B.13/2002 des Bundesgerichts vom 6. März 2002). Eine Konkursandrohung kann daher trotz Hängigkeit eines Rechtsmittels gegen den Rechtsöffnungsentscheid erlassen werden, wenn diesem Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung zukommt. Wenn der Richter dem Rechtsmittel über die definitive Rechtsöffnung aufschiebende Wirkung zuerkennt, wird die zuvor gültig erlassene Konkursandrohung in ihren Wirkungen gehemmt (BGE 130 III 657). Auch in der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass eine Rechtskraftbescheinigung (zumindest bei einem innerkantonalen Urteil) nicht erforderlich ist, wenn das kantonale Recht gegenüber dem Rechtsöffnungsentscheid nur ein ausserordentliches Rechtsmittel vorsieht, welchem nicht von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt. Der Hinweis auf der Rückseite des Betreibungsformulars Nr. 4 auf das Erfordernis einer Rechtskraftbescheinigung sei eine blosser Ordnungsvorschrift (vgl. Staehelin, Basler Kommentar, SchKG, Ergänzungsband, Basel 2005, N 14 zu Art. 88 SchKG).

1.2 Richtig ist, dass der dem Betreibungsamt X. vorgelegte definitive Rechtsöffnungsentscheid vom 26. März 2009 keine Rechtskraftbescheinigung aufweist. Im vorliegenden Fall hat indes kein Anlass bestanden, für diesen Entscheid eine Rechtskraftbescheinigung zu verlangen, weil sich die Rechtskraft klar aus dem Gesetz ergibt. Gemäss § 8 GOG i.V.m. § 136 Ziff. 1 ZPO ist für die Bewilligung der Rechtsöffnung der Kantonsgerichtspräsident im summarischen Verfahren zuständig. Gegen Erledigungsverfügungen des Kantonsgerichtspräsidenten im summarischen Verfahren ist einzig die Beschwerde an die Justizkommission des Obergerichts des Kantons Zug zulässig, wenn der Streitwert CHF 500.– übersteigt oder unbestimmt ist oder das Bundesrecht einen Weiterzug ohne Rücksicht auf den Streitwert vorsieht (§ 208 Ziff. 1 ZPO). Dabei handelt es sich – entgegen der Ansicht des Betreibungsamtes – insofern nicht um ein ordentliches Rechtsmittel, als ihm von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt (§ 209

Abs. 1 ZPO). Dispositiv Ziffer 4 der Verfügung des Rechtsöffnungsrichters vom 26. März 2009 lautet denn auch: «Diese Verfügung ist rechtskräftig». Da sich mithin die Rechtskraft klar aus dem Gesetz ergibt, durfte das Betreibungsamt keine Rechtskraftbescheinigung des Rechtsöffnungsentscheides verlangen. Als Folge davon ist die Kostenverfügung des Betreibungsamtes X. vom 1. April 2009 in der Betreibung Nr. ... aufzuheben.

Justizkommission als AB SchK, 19. August 2009

Art. 242 Abs. 1 SchKG, Art. 47 ff. KOV. – Will das Konkursamt im summarischen Verfahren einen Dritteigentumsanspruch anerkennen, hat es dazu vorgängig die Stellungnahme der Konkursgläubiger einzuholen.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Art. 242 Abs. 1 SchKG trifft die Konkursverwaltung eine Verfügung über die Herausgabe von Sachen, welche von einem Dritten beansprucht werden. Will die Konkursverwaltung den Anspruch anerkennen, so soll die Anzeige davon an den Drittansprecher 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). Lassen indessen die besonderen Umstände des Falles eine Erledigung der Eigentumsansprache vor der zweiten Gläubigerversammlung als wünschenswert erscheinen, so kann zu diesem Zwecke entweder eine besondere Gläubigerversammlung einberufen oder den Gläubigern durch Zirkular eine angemessene Frist angesetzt werden, binnen der sie, bei Vermeidung des Ausschlusses, der Konkursverwaltung mitzuteilen haben, ob sie den Anspruch gemäss Art. 260 Abs. 1 SchKG an Stelle der Masse bestreiten wollen (Art. 48 Abs. 2 KOV). Daraus erhellt, dass im ordentlichen Konkursverfahren die Kompetenz über die Anerkennung oder Bestreitung von Dritteigentumsansprüchen den Gläubigern zusteht, die sich in aller Regel im Rahmen der zweiten Gläubigerversammlung dazu äussern können (vgl. Marc Russenberger, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III, Basel/Genf/München 1998, N 36 zu Art. 242). Damit stellt sich die Frage, ob im summarischen Verfahren, in welchem gemäss Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG in der Regel keine Gläubigerversammlungen einberufen werden, die Anerkennung oder Bestreitung von Dritteigentumsansprüchen ebenfalls den Gläubigern vorbehalten ist oder ob darüber das Konkursamt befindet. Art. 49 KOV hält in diesem Zusammenhang einzig fest, dass im summarischen Verfahren in wichtigeren Fällen eine Fristansetzung an die Gläubiger zur Stellung von Abtretungsbegehren im Sinne von Art. 260 SchKG zu erfolgen hat, welche mit der Bekanntmachung der Auflegung des Kollokationsplans zu verbinden ist. Damit bleibt aber unklar, ob den Gläubigern vorgängig Gelegenheit einzuräumen ist, sich zu den Dritteigentumsansprüchen zu äussern. Das Bundesgericht hat in BGE 134 III 75 ff. (= Pra 97 Nr. 92)

in Bestätigung seiner Rechtsprechung erkannt, dass der Abtretung oder dem Angebot zur Abtretung von Rechtsansprüchen der Masse unter Nichtigkeitsfolge ein Beschluss der Masse über den Verzicht auf eigene Geltendmachung voranzugehen hat. Die Gläubiger müssten Gelegenheit erhalten, zu diesem Punkt Stellung zu nehmen, selbst wenn der Konkurs im summarischen Verfahren durchgeführt werde. Bei dem vom Bundesgericht beurteilten Fall ging es – wie bei den anderen von ihm zitierten Entscheide (BGE 118 III 57 E 3, S 59 = Pra 84 Nr. 44 u. BGE 113 III 137 E. 3b = Pra 79 Nr. 123) – darum, ob die Masse auf die Fortführung des Prozesses über eine streitige Forderung bzw. eines streitigen Rechtsanspruchs verzichten soll oder nicht. Es ist nun nicht einzusehen, weshalb das Erfordernis eines Gläubigerbeschlusses nicht in gleicher Weise für die Anerkennung oder Bestreitung von Dritteigentumsansprüchen gelten soll. Wie der Gläubigerbeschluss über die Frage, ob der Prozess über eine streitige Forderung bzw. über einen streitigen Rechtsanspruch fortgesetzt werden soll oder nicht, wirkt sich auch der Entscheid, ob eine Dritteigentumsansprüche anerkannt wird oder nicht, auf die Konkursmasse und damit auf das den Gläubigern zustehende Verwertungssubstrat aus. Mit Blick auf Art. 49 KOV halten Amonn/Walther (Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. A., Bern 2008, § 49 N 9) denn auch fest, dass im summarischen Konkursverfahren zu Aussonderungsansprüchen Dritter, welche das Konkursamt anerkennen möchte, in wichtigeren Fällen die Stellungnahme der Gläubiger eingeholt werden muss. Ferner ist nach Auffassung von Brunner/Reutter (Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG, 2. A., Bern 2002, S. 93) im summarischen Verfahren die Einholung des Entscheides der Gläubiger zu Drittansprüchen in wichtigen Fällen nötig. Im selben Sinne entschied schliesslich das Kantonsgericht St. Gallen als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs (GVP SG 1995 Nr. 75). Von einer Begrüssung der Gläubiger kann gemäss Art. 51 KOV einzig dann abgesehen werden, wenn das Eigentum des Drittsprechers von vornherein als bewiesen zu betrachten oder die sofortige Herausgabe des angesprochenen Gegenstandes im offenbaren Interesse der Masse liegt oder endlich vom Drittsprecher angemessene Kautio geleistet wird (vgl. Brunner/Reutter, a.a.O., S. 93).

Justizkommission als AB SchK, 28. Januar 2009

Art. 271 f. SchKG, Art. 132 Abs. 2 ZGB. – Die Ausstellung eines Arrestbefehls für eine Forderung auf Sicherheitsleistung zukünftiger Unterhaltsansprüche ist zulässig.

Aus den Erwägungen:

3.1 Der Arrestrichter wies in der angefochtenen Verfügung im Weiteren das Gesuch der Beschwerdeführerin ab, soweit eine den Betrag von CHF 41'080.70 (verfallene Unterhaltsbeiträge von Februar bis November 2008) übersteigende Arrestforderung geltend gemacht wurde. Zur Begründung hielt er fest, dass die Arrestlegung für zukünftige Unterhaltsansprüche mangels Bestand der Forderung zur Zeit nicht möglich sei, zumal über den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Anspruch auf Sicherstellung dieser Forderungen im Umfang von CHF 350'000.– noch nicht entschieden worden sei.

3.2 Dagegen trägt die Beschwerdeführerin vor, der Arrestrichter verkenne damit, dass gestützt auf das Scheidungsurteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 30. März 1990 bereits materiell rechtskräftig entschieden sei, dass ihr der Beschwerdegegner auch künftig Unterhaltsbeiträge in Höhe von monatlich etwas mehr als CHF 4'000.–, mithin jährlich rund CHF 50'000.– bezahlen müsse. Eine entsprechende Forderung bestehe somit grundsätzlich, auch wenn sie zur Zeit noch nicht fällig sei. Weiter verkenne der Arrestrichter, dass sie – die Beschwerdeführerin – gemäss Art. 132 ZGB von Gesetzes wegen einen Anspruch auf Sicherstellung ihrer künftigen Unterhaltsansprüche habe. Diesen Anspruch habe sie mit Datum vom 6. November 2008 beim Bezirksgericht B. auch gerichtlich eingeklagt. Dabei sei sie davon ausgegangen, dass die Unterhaltszahlungen für die nächsten sieben Jahre sicherzustellen seien, womit sie auf einen Betrag von CHF 350'000.– gekommen sei. Auch wenn das zuständige Gericht noch nicht über diesen Sicherstellungsanspruch entschieden habe, sei der Bestand einer entsprechenden Forderung doch wohl zumindest glaubhaft gemacht und mit der Klageeinleitung auch fällig geworden.

3.3 Der Ansicht der Beschwerdeführerin, die künftigen Unterhaltsbeiträge hätten aufgrund des Scheidungsurteils des Obergerichts Zürich vom 30. März 1990 grundsätzlich Bestand, auch wenn sie noch nicht fällig seien, kann nicht beige-pflichtet werden. Zukünftige Forderungen bestehen noch nicht, auch nicht solche, die wahrscheinlich entstehen werden, wie Alimente oder Saläransprüche (Stoffel, a.a.O., N 24 zu Art. 271). Zu prüfen ist jedoch, ob die Beschwerdeführerin die geltend gemachte Forderung auf Sicherheitsleistung der zukünftigen Unterhaltsbeiträge im Umfang von CHF 350'000.– glaubhaft gemacht hat.

3.4.1 Vernachlässigt die verpflichtete Person beharrlich die Erfüllung der Unterhaltspflicht oder ist anzunehmen, dass sie Anstalten zur Flucht trifft oder ihr Vermögen verschleudert oder beiseite schafft, so kann sie gemäss Art. 132 Abs. 2 ZGB verpflichtet werden, für die künftigen Unterhaltsbeiträge angemessene Sicherheit zu leisten.

3.4.2 Nach der Darstellung der Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegner die Bezahlung der Unterhaltsbeiträge seit Februar 2008 gänzlich eingestellt. Zur Stützung dieser Darstellung reichte die Beschwerdeführerin ein an ihre Rechtsvertreterin gerichtetes Schreiben von X., der Lebenspartnerin des Beschwerdegegners, vom 29. April 2008 ein, wonach der Beschwerdegegner mittellos sei und nur die AHV zum Leben habe, weshalb er nicht mehr in der Lage sei, die Unterhaltsbeiträge zu bezahlen. Gemäss den eingereichten Bescheinigungen hat sich der Beschwerdegegner sodann bereits per Ende November 2007 von seinem letzten ordentlichen Wohnsitz in C. ohne Adressangabe nach Thailand abgemeldet. Ferner legte die Beschwerdeführerin einen öffentlich beurkundeten Abtretungsvertrag vom 16. Januar 2003 ins Recht, gemäss welchem der Beschwerdegegner 21 Stockwerkeigentumswohnungen in der Gemeinde Z. an seine damalige Konkubinatspartnerin X. abtrat und zwischen den Parteien vereinbart wurde, dass diese Immobilien an den Beschwerdegegner zurückfallen, falls X. vor dem Beschwerdeführer versterben sollte oder das Konkubinatsverhältnis infolge Trennung aufgelöst wird. Damit hat die Beschwerdeführerin nicht nur glaubhaft gemacht, dass der Beschwerdegegner die Erfüllung der Unterhaltspflicht beharrlich verweigert, sondern auch, dass er einen Teil seines Vermögens beiseite schafft. Die ersten beiden Voraussetzungen zur Anordnung einer Sicherheitsleistung sind damit hinreichend dargetan. Nach der Lehre und Rechtsprechung ist für eine Sicherstellung weiter erforderlich, dass der Unterhaltsschuldner in der Lage ist, die ihm auferlegte Sicherstellungspflicht zu erfüllen (Ingeborg Schwenzer, in: FamKommentar, Bern 2005, N 11 zu Art. 132). Diesbezüglich verweist die Beschwerdeführerin darauf, dass der Beschwerdegegner teilweise zusammen mit X. bei der Migros Bank in A. über diverse Konti verfügt, die per 1. Oktober 2008 einen Saldo von mehr als CHF 520'000.– aufgewiesen haben. Belegt ist ferner die Darstellung der Beschwerdeführerin, dass der Beschwerdegegner und X. bei der Migros Bank ein Wertschriftendepot unterhalten, das per 1. Oktober 2008 einen Bestand von rund CHF 32'000.– hatte. Schliesslich reichte die Beschwerdeführerin eine Leistungsabrechnung der Winterthur-Columna Stiftung vom 22. April 2002 ein, wonach dem Beschwerdegegner aufgrund des erreichten Pensionsalters am 1. Mai 2002 ein Altersguthaben von rund CHF 1,2 Mio. überwiesen wurde. Unter diesen Umständen ist ohne weiteres glaubhaft, dass der Beschwerdeführer zur Leistung der

von der Beschwerdeführerin beim Bezirksgericht B. geltend gemachten Sicherheitsleistung von CHF 350'000.– in der Lage ist. Die Forderung auf Sicherheitsleistung im Betrag von CHF 350'000.– ist damit glaubhaft gemacht.

3.5 Die Arrestbewilligung setzt nach Art. 272 Abs. 1 SchKG voraus, dass nebst der Arrestforderung (Ziff. 1) auch ein Arrestgrund (Ziff. 2) sowie das Vorhandensein von Vermögensgegenständen (Ziff. 3) glaubhaft gemacht werden. Die Arrestforderung von CHF 350'000.– als Sicherheitsleistung ist, wie vorstehend erwähnt, glaubhaft gemacht worden. Ferner hat der Arrestrichter in seinem Arrestbefehl vom 13. November 2008 zutreffend erkannt, dass auch der Arrestgrund (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG) und das Vorhandensein von Vermögensgegenständen glaubhaft gemacht wurden. Somit ist für diese Arrestforderung im Rahmen dieses Arrestbefehls der Arrest ebenfalls zu bewilligen.

Justizkommission, 20. Januar 2009



## IV. Rechtspflege

### 1. Zivilrechtspflege

§§ 129 ff. ZPO. § 4 GWS. – Wesen und Natur des allgemeinen gerichtlichen Verbots.

Aus den Erwägungen:

1.1 Gemäss § 129 ZPO kann der Gerichtspräsident, auf Begehren einer Partei und sofern die Berechtigung der Verfügung glaubhaft gemacht wird, u.a. Verfügungen treffen, die dazu dienen, den bestehenden Zustand gegen unerlaubte Selbsthilfe oder eigenmächtige Eingriffe und Störungen zu schützen (Ziff. 1) oder den gutgläubigen Besitz, sei er bereits verloren gegangen oder werde er erst bedroht, aufrechtzuerhalten (Ziff. 2). Diese prozessualen Institute des Befehlsverfahrens dienen u.a. dem Besitzschutz, also dem Schutz des gutgläubigen Besitzes gegen Entzug oder Störung durch verbotene Eigenmacht, und können insoweit die materiellrechtlichen Besitzesschutzklagen (Art. 927/928 ZGB) weitgehend ersetzen (vgl. Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. A., Bern 2000, N 7b zu Art. 326). Die materiellrechtlichen Besitzesschutzklagen werden nicht im Befehlsverfahren, sondern gemäss § 135 Ziff. 28 ZPO im Summarverfahren auf Grundlage des Zivilrechts und des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes beurteilt. Während aber die Entscheidungen über Besitzesschutzklagen des materiellen Rechts die Frage des Zustandes, der vor der Störung bestand, definitiv regelt, handelt es sich bei dem auf § 129 ZPO gestützten Besitzesschutz lediglich um vorsorgliche Verfügungen. Das für die materiellen Besitzesschutzklagen zur Verfügung gestellte summarische Verfahren stellt kein eigentliches Summarium dar. Dieses dient hier der endgültigen Beurteilung einer Streitfrage, weshalb auch die Kognition umfassend sein muss und dementsprechend keine Beschränkung der Angriffs- und Verteidigungsmittel zulässig ist (vgl. Ernst A. Brandenburg, Das summarische Verfahren in der zugerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 1966, S. 80 ff.). Dementsprechend dürfen diese Klagen denn auch selbst dann nicht ins ordentliche Verfahren verwiesen werden, wenn die tatsächlichen Verhältnisse mit den beschränkten Mitteln des Summarverfahrens nicht genügend geklärt werden können (§ 128 Abs. 3 ZPO).

1.2 Durch ein allgemeines gerichtliches Verbot sucht sich nun der Grundeigentümer generell gegen ungerechtfertigte Störungen in seinem Grundbesitz zu schützen.

Zur Anwendung kommen gerichtliche Verbote in Fällen, bei denen es dem Grundeigentümer nicht möglich oder nicht zumutbar ist, jene Personen, die seinen Besitz stören, einzeln ins Recht zu fassen. Das Verbot richtet sich an die Allgemeinheit. Aus dem Zweck dieses Instituts ergibt sich, dass ein gerichtliches Verbot gegen einzelne Personen, die dem Eigentümer bekannt sind, nicht in Frage kommt, sondern hierfür der Besitzerschutz gemäss § 129 Ziff. 1 oder 2 ZPO bzw. Art. 928 ZGB i.V.m. § 135 Abs. 2 Ziff. 28 ZPO zur Verfügung steht. Allgemeine Verbote dienen aber ebenfalls dem Besitzerschutz und setzen eine zu erwartende Besitzesstörung voraus (ZR 98 Nr. 45). Dem Wesen nach handelt es sich beim Erlass eines – privaten – allgemeinen gerichtlichen Verbotes um einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Ernst A. Brandenburg, a.a.O., S. 94 mit Hinweis auf Max Guldener, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954, S. 4). Freiwillige Gerichtsbarkeit ist die hoheitliche Tätigkeit eines Gerichts oder einer Verwaltungsbehörde in nichtstreitigen Angelegenheiten zur Feststellung, Begründung, Änderung oder Aufhebung privater Rechte oder zur Erhebung und Feststellung eines Sachverhaltes. Sie lässt sich als Verwaltung zur Verwirklichung privater Rechte bezeichnen. Im Gegensatz zum streitigen Verfahren tritt häufig nur eine Person als Gesuchsteller auf. Unter Umständen kann aber ein Dritter gegen die verlangte Anordnung Einsprache erheben und sich dadurch ein streitiges Verfahren entwickeln. Anders als im streitigen Gerichtsverfahren herrscht nicht die Verhandlungs-, sondern die eingeschränkte Untersuchungsmaxime, und die materielle Rechtskraft der Verfügung geht weniger weit als die eines in einer Streitsache ergangenen Urteils (Stahelin/Sutter, Zivilprozessrecht, Zürich 1992, § 7 N 1 ff.). Solche allgemeine Verbote zum Besitzerschutz richten sich, wie erwähnt, gegen einen unbestimmten Personenkreis. Sie brauchen allerdings nicht für jedermann zu gelten, sondern können Ausnahmen (Bewohner einer Liegenschaft, Mieter privater Parkplätze) vorsehen. Dass sie zugleich auf bestimmte bekannte Personen abzielen, ist unerheblich, sofern sich das Interesse des Klägers nicht ausschliesslich gegen diese richtet (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 1 zu § 225 mit Hinweis auf ZR 76 Nr. 67 und ZR 65 Nr. 129). Der Umstand, dass gewisse Personen vom gerichtlichen Verbot ausgenommen sind, wird in der Praxis denn auch häufig mit der Wendung «für Unberechtigte» zum Ausdruck gebracht (Ernst A. Brandenburg, a.a.O., S. 94).

1.3 Die allgemeinen gerichtlichen Verbote unterscheiden sich in ihrem Zweck von den dem Besitzerschutz dienenden Verboten gemäss § 129 Ziff. 1 und 2 ZPO letztlich einzig dadurch, dass sie nicht gegen eine oder mehrere bestimmte Personen gerichtet sind, sondern – wie bereits mehrfach erwähnt – gegen einen unbestimmten Personenkreis. Die zugerische Prozessordnung sieht – anders als beispielsweise

die zürcherische (§ 225), luzernische (§ 229), thurgauische (§ 166), aargauische (§§ 309–316), solothurnische (§ 275) – den Erlass solcher allgemeiner Verbote nicht ausdrücklich vor. So hat § 134 ZPO, welcher zwar den Titel «Gerichtliches Verbot» trägt, nicht dieses allgemeine gerichtliche Verbot im Sinne des Besitzschutzes im Auge, wie man allenfalls aufgrund dieses Titels und namentlich seiner systematischen Stellung unter dem Unterabschnitt «B. Das Befehlsverfahren» annehmen könnte. Das ergibt sich bereits klar aus dem Wortlaut, namentlich von Abs. 1 der fraglichen Bestimmung, der vom «Abruf von Dienstbarkeiten auf einem Grundstück» spricht. Aus dem Bericht des Regierungsrates vom Juli 1936 an den Kantonsrat zum Entwurf einer Zivilprozessordnung für den Kanton Zug geht denn auch hervor, dass diese Bestimmung ursprünglich unter dem Unterabschnitt «D. Die Aufforderung zur Klage» platziert war, und zwar als § 152, als letzte Bestimmung dieses Unterabschnitts. Der Regierungsrat führte dazu – wie schon der Redaktor des Vorentwurfs, Dr. W. Birchmeier, in seinem Bericht vom September 1935 – im Wesentlichen aus, dass das Provokationsverfahren gewissermassen ein ausserordentliches Verfahren sei und durch die Tatsache, dass die Möglichkeit der Feststellungsklage anerkannt, künftig stark eingeengt werde. Obschon einzelne Kantone wie etwa Zürich (§ 91) geradezu ein Verbot der Provokation aufstellten, werde im Entwurf (einer neuen zugerischen Zivilprozessordnung) an diesem Institut festgehalten, dieses aber stark eingeschränkt. Ein Interesse an der Aufrechterhaltung dieser Klageart bestehe namentlich solange das eidgenössische Grundbuch noch nicht eingeführt sei, d.h. wenn Ungewissheit darüber bestehe, ob an einem Grundstück dingliche Rechte geltend gemacht werden könnten. In diesem Zusammenhang wird ausdrücklich auf die §§ 149 und 152 des Entwurfs verwiesen, die in der vom Kantonsrat verabschiedeten Fassung dann zu §§ 139 bzw. 134 wurden. Es ist aus den Materialien nicht ersichtlich, weshalb § 152 des Entwurfs in der verabschiedeten, endgültigen Fassung der Zivilprozessordnung dann in § 134 unnummeriert und umplatziert wurde und dadurch systematisch zum letzten Paragraphen des Unterabschnitts «B. Das Befehlsverfahren» mutierte. Diese Änderung bzw. Verschiebung erfolgte aus nicht nachvollziehbaren Gründen offenbar zwischen der 1. und 2. Lesung bzw. in der 2. Lesung des Kantonsrates. Aus den Beratungsprotokollen des Rates ist dazu indes nichts zu entnehmen.

1.4 Die allgemeinen gerichtlichen Verbote entsprechen aber unbestreitbar einem echten Bedürfnis, weshalb sie die zugerische Praxis – wohl in analoger Anwendung von § 129 ZPO – seit Jahrzehnten zulässt. Es handelt sich denn auch letztlich um eine besondere Form des Besitzschutzes (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 225). So hat offenbar auch die thurgauische Praxis bereits unter ihrer alten Zivilprozessordnung, die das allgemeine Verbot von § 166 der geltenden Prozess-

ordnung noch nicht kannte, im Jahre 1971 eine Änderung seiner Rechtsprechung vorgenommen und festgehalten, obwohl das thurgauische Befehlsverfahren auf das Zweiparteienverfahren zugeschnitten sei, seien Besitzerschutzverfügungen auch gegenüber einem unbestimmten Personenkreis zulässig (Barbara Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Bern 2007, N 1 zu § 166 mit Hinweis auf RBOG 1971 Nr. 17). Die zugerische Praxis macht dabei offenbar auch vom vorerwähnten § 134 ZPO insofern Anleihen, als gemäss dessen Abs. 2 das Verbot im Amtsblatt zu veröffentlichen ist und gemäss dessen Abs. 3 der Gesuchsteller an geeigneter Stelle Verbotstafeln anbringen lassen kann. Hingegen wird – zumindest in neuerer Zeit – keine Einsprachemöglichkeit eingeräumt, wie das § 134 Abs. 1 ZPO «bei Abruf von Dienstbarkeiten auf einem Grundstück» vorsieht.

2. Der Einzelrichter verneint in der angefochtenen Verfügung – nach erneuter, einlässlicherer Prüfung – seine Zuständigkeit zum Erlass des beantragten Fahrverbotes und hebt deshalb seine ursprüngliche Verfügung vom 19. Dezember 2007 auf und tritt nun – gestützt auf die in GVP 2002 S. 216 ff publizierte Rechtsprechung – wegen Unzuständigkeit auf das Verbotsgesuch der Beschwerdeführerin vom 13. Dezember 2007 nicht ein. Er führt aus, nach der zitierten Rechtsprechung sei die Zuständigkeit der Gemeinderäte gemäss § 21 Abs. 1 VSVS zu bejahen, sofern a) eine öffentliche Strasse bzw. ein öffentlicher Weg im Sinne des kantonalen Rechts (vgl. § 4 GSW) zur Diskussion stehe oder sofern b) nicht nur ein rein privates, sondern ein öffentliches Interesse an der fraglichen Signalisation bestehe bzw. davon tangiert sei. Aufgrund der Schreiben der Gemeinde A. vom 18. Januar bzw. 14. Februar 2008 sei glaubhaft, dass das von der Beschwerdeführerin beantragte Verbot einschlägige öffentliche Interessen tangiere, namentlich im Zusammenhang mit der Ortsbuslinie Z. Die Gemeinde A. führe diesbezüglich an, mangels anderer Möglichkeiten müsse diese Buslinie auch weiterhin über die B.-strasse verkehren. Zudem müsse die Zufahrt zu allen an die B.-strasse anstossenden Liegenschaften nicht nur für den Ortsbus, sondern auch für die weiteren Fahrzeuge der öffentlichen Dienste wie Feuerwehr, Polizei, Rettungsdienst, Kehrriechtabfuhr etc. gestattet sein. Im Weiteren sei die Zufahrt zum Schulhaus B. nur über GS L möglich; eine reguläre Zu- und Wegfahrt im Verkehr mit dem Schulhaus müsse gestattet sein. Zudem stelle die Beschwerdegegnerin nicht in Abrede, dass die Stockwerkeigentümergeinschaften B.-strasse 1 und C.-weg 1–42 nur unter der Bedingung bewilligt worden seien, dass die Zufahrt von der D.-strasse über die B.-strasse bzw. über GS M gewährleistet sei. Schliesslich sprächen auch Sicherheitsgründe gegen die von der Beschwerdeführerin beantragte Signalisation. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass am beantragten Fahrverbot nicht nur ein rein privates Interesse bestehe. Vielmehr tangiere das Fahrverbot vielfältige öffentliche

Interessen, was die Beschwerdeführerin denn auch selbst einräume. Entsprechend sei das Kantonsgerichtspräsidium für die materielle Prüfung des Gesuchs der Beschwerdeführerin vom 13. Dezember 2007 nicht zuständig; zuständig sei vielmehr der Gemeinderat A. Auf das Gesuch vom 13. Dezember 2007 könne mithin nicht eingetreten werden. Entsprechend sei die Verfügung des Kantonsgerichtspräsidiums vom 19. Dezember 2007 aufzuheben.

2.1 Die Beschwerdeführerin kritisiert zunächst die Vorgehensweise der Vorinstanz, wonach diese sich von nicht legitimierten Privaten und öffentlichen Parteien habe beeinflussen lassen und das Verfahren in unzulässiger Weise zu einem Mehrparteienverfahren aufgebauscht habe. Die befremdende Vorgehensweise sei durch die Eingabe der E. AG vom 9. Januar 2008 ins Rollen gebracht worden. Dabei habe es sich nicht etwa um eine Rechtsschrift gehandelt, sondern lediglich um eine Anfrage betreffend Datum der Publikation des Fahrverbots und Rechtskraft der Verfügung. Gleichwohl stütze die Vorinstanz ihren Entscheid vom 19. Januar 2008 (Ausserkraftsetzung des Fahrverbotes) genau auf diese Eingabe. Die weitere Begründung, wonach der Vollzug der Verfügung auch sonst mit Schwierigkeiten verbunden sei, sei ohnehin zu schwammig und unbestimmt formuliert, als dass sie irgendwelche Rechtsfolgen zu begründen vermöchte. Die erst am 24. Januar 2008 erhobene «Einsprache» dürfe aber keine Grundlage für die Verfügung vom 4. März 2008 bilden, weshalb sie bereits aus diesem Grunde aufgehoben werden müsse. Das vom Kantonsgerichtspräsidium am 19. Dezember 2007 erlassene Fahrverbot sei im Amtsblatt publiziert worden und damit in Rechtskraft erwachsen. Folglich hätte das Verbot auf dem ordentlichen Weg aufgehoben werden müssen. Es existiere kein Rechtsmittel, welches die Rechtskraft der Verfügung vom 19. Dezember 2007 zu hemmen vermocht hätte. Für das Vorgehen der Vorinstanz habe somit keine Rechtsgrundlage bestanden und eine solche bestehe auch heute nicht.

2.1.1 Wie erwähnt, handelt es sich beim – privaten – allgemeinen gerichtlichen Verbot um einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, bei welcher im Gegensatz zum streitigen Verfahren in der Regel nur eine Partei auftritt. Allenfalls kann aber ein Dritter gegen die verlangte Anordnung Einsprache erheben und sich dadurch ein Streitiges Verfahren entwickeln. Eine solche Einsprache ist indes nach der zugerischen Praxis – wie erwähnt – nicht vorgesehen. Hierfür steht aber die Beschwerde an die Justizkommission zur Verfügung (vgl. § 208 Ziff. 7 ZPO). Anders als im Streitigen Gerichtsverfahren herrscht sodann nicht die Verhandlungs-, sondern eine eingeschränkte Untersuchungsmaxime, und die materielle Rechtskraft der Verfügung geht weniger weit als die eines in einer Streitsache ergangenen Urteils (Stahelin/Sutter, a.a.O., § 7 N 1 ff.).

2.1.2 Die Vorinstanz kam im vorliegenden Fall am 10. Januar 2008 auf ihren Entscheidung vom 19. Dezember 2007 zurück und setzte ihn zunächst ausser Kraft, um ihn dann am 4. März 2008 definitiv aufzuheben und auf das ursprüngliche Gesuch der Beschwerdeführerin um Erlass eines allgemeinen Fahrverbotes wegen Unzuständigkeit nicht einzutreten. Ihr Vorgehen ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Zwar dürfte die ursprüngliche Verfügung wohl nicht als absolut nichtig zu qualifizieren sein, wenn die Zuständigkeit des Kantonsgerichtspräsidiums zum Erlass des verlangten Fahrverbotes tatsächlich nicht gegeben ist, so dass die Verfügung wirkungslos sowie unbeachtlich ist und deshalb jederzeit darauf zurückgekommen werden durfte (vgl. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. A., Basel und Frankfurt a.M 1990 mit Hinweis auf BGE 63 III 57; a.M. Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, S. 78 Anm. 1, wonach Anordnungen nichtig seien, durch welche sich das Gericht Funktionen anmassen würde, die ausschliesslich den Verwaltungsbehörden vorbehalten seien). Nach § 133 Abs. 2 ZPO kann der Gerichtspräsident aber ohnehin die von ihm im Befehlsverfahren erlassene Verfügung jederzeit ändern oder gänzlich aufheben, zumindest sofern sich die Grundlagen bzw. Verhältnisse nachträglich wesentlich geändert haben oder von Anfang an unrichtig waren (vgl. ROG 1953/54 S. 91; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 f.). Dementsprechend ist eben die materielle Rechtskraft des allgemeinen gerichtlichen Verbotes als Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit eingeschränkt, die ihm sonst grundsätzlich für spätere Summarentscheide zukommt. Eingeschränkt ist die materielle Rechtskraft von im Befehlsverfahren ergangenen Entscheiden insofern, als dem Richter entsprechend der provisorischen Natur solcher Verfügungen ein Zurückkommen in weitem Umfang gestattet ist und diese Verfügungen ausserdem den Entscheid im ordentlichen Prozess nicht präjudizieren (Barbara Merz, a.a.O., N 1b zu § 168). Die Zulässigkeit des Einbezugs Dritter zur Klärung dieser Grundlagen ergibt sich sodann aus der dieses Verfahren beherrschenden, beschränkten Untersuchungsmaxime. Dementsprechend ist nichts dagegen einzuwenden, wenn die Vorinstanz sowohl die Gemeinde A. als auch die E. AG als Vertreterin der vom fraglichen Fahrverbot betroffenen Stockwerkeigentümergeinschaften zur Klärung dieser Grundlagen anhörte. Zu Verfahrensparteien wurden sie dadurch allerdings nicht, wie die Beschwerdeführerin zu Recht bemerkt, weshalb ihnen auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren keine Parteirechte zukommen. Der Vorwurf der Beschwerdeführerin an den Vorderrichter, dieser habe das Verfahren in unzulässiger Weise zu einem Mehrparteienverfahren aufgebläht, welches ihr unnötige Umtriebe verursacht habe, ist deshalb unberechtigt.

2.1.3 Damit erweisen sich die formellen Einwände der Beschwerdeführerin aber als unbegründet.

Justizkommission, 1. Juli 2009

§ 157 Abs. 3 ZPO. – Ausnahmsweise sind in summarischen Verfahren schriftliche Zeugenerklärungen zulässig.

Aus den Erwägungen:

2.3.1 Nach Art. 25 Ziff. 2 lit. a SchKG erlassen die Kantone die Bestimmungen über das summarische Prozessverfahren für Entscheide, die vom Rechtsöffnungsrichter getroffen werden. Das Gesetz lässt den Kantonen bei der Ausgestaltung des summarischen Verfahrens damit volle Freiheit (Urs Engler, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, a.a.O., N 11 zu Art. 25). Allerdings ergeben sich gewisse Schranken aufgrund der bundesrechtlichen Natur des Rechtsöffnungsverfahrens, wie etwa der des summarischen Urkundenprozesses (vgl. Peter Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 109; Daniel Staehelin, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, a.a.O., N 5 zu Art. 84). Das summarische Verfahren ist in der zugehörigen Zivilprozessordnung unter dem IV. Abschnitt in den §§ 126 ff. geregelt. Nach § 127 Abs. 1 ZPO muss der Gesuchsteller sein Gesuch mündlich oder schriftlich beim Gerichtspräsidenten anbringen; erscheint das Gesuch nicht von vornherein unbegründet, so ist der Gegenpartei Gelegenheit zur mündlichen oder schriftlichen Vernehmlassung zu geben. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung ist der Gerichtspräsident berechtigt, eine förmliche Parteiverhandlung anzuordnen und durch persönliche Befragung, Einholung von Urkunden und amtlichen Berichten, ausnahmsweise durch Augenschein, Einholung eines Gutachtens oder Abhörung von Zeugen über den Sachverhalt sich Gewissheit zu verschaffen. Der Rechtsöffnungsrichter ist damit von Gesetzes wegen berechtigt, im Rahmen einer mündlichen Verhandlung, bei der auch Zeugen einvernommen werden können, über ein Rechtsöffnungsgesuch zu entscheiden. Seit der Revision der Zivilprozessordnung von 1997 entscheidet der Einzelrichter am Kantonsgericht über Rechtsöffnungsgesuche in konstanter Praxis indes ausschliesslich im Rahmen eines schriftlichen Verfahrens. Zeugeneinvernahmen sind damit naturgemäss ausgeschlossen. Unter

dem V. Abschnitt der zugerischen Zivilprozessordnung sind der Beweis und die Beweismittel geregelt. Unter dem Titel «B. Der Beweis durch Urkunden» hält § 157 Abs. 3 ZPO fest, dass zum Zwecke der Benützung im Prozess schriftlich abgegebene Erklärungen und Bescheinigungen von Personen, die als Zeugen einvernommen werden können, ausser Würdigung fallen. Die Justizkommission hat mit Urteil vom 3. März 1994 (Verfahren Nr. JZ 1994/20.37) entschieden, dass die Vorschrift von § 157 Abs. 3 ZPO nur für das im ordentlichen Prozessverfahren durchzuführende Beweisverfahren gilt. Im summarischen Verfahren finde – so die Justizkommission weiter – diese Regel keine Anwendung, da eben grundsätzlich keine Zeugen befragt würden. Zur Glaubhaftmachung einer Behauptung könne daher in diesem Verfahren durchaus eine schriftliche Bestätigung ins Recht gelegt werden. Diese Regel gilt gemäss dem Urteil der Justizkommission vom 13. Januar 1994 aber nicht uneingeschränkt (JZ 1993/83.144). In dieser Entscheidung hielt die Justizkommission fest, der Umstand, dass nach konstanter Praxis der Zeugenbeweis im summarischen Rechtsöffnungsverfahren nicht zugelassen werde, bedeute nicht, dass § 157 Abs. 3 ZPO unberücksichtigt bliebe. Es könne nicht Sinn dieser Bestimmung sein, dass einer schriftlichen Zeugenerklärung im Verfahren über definitive Rechtsöffnung, bei dem vom Schuldner der strikte Urkundenbeweis verlangt werde, mehr Gewicht zukomme als in einem ordentlichen Verfahren. Demgemäss erkannte die Justizkommission, dass im Verfahren betreffend definitive Rechtsöffnung schriftliche Zeugenerklärungen nicht berücksichtigt werden könnten. Zusammenfassend steht damit fest, dass mit Ausnahme des definitiven Rechtsöffnungsverfahrens in summarischen Verfahren, in welchen der Zeugenbeweis grundsätzlich ausgeschlossen ist, schriftliche Zeugenerklärungen zulässig sind. Mit Stücheli (a.a.O., S. 110 f.) ist allerdings zu bedenken, dass das Abstellen auf schriftliche Berichte oder Bestätigungen von Zeugen in der provisorischen Rechtsöffnung heikel erscheint. Zwar können solche zweifellos im Rahmen der Glaubhaftmachung als genügende Anhaltspunkte dienen. Probleme stellen sich aber in einem allenfalls nachfolgenden materiellen Prozess, in dem dieselben Personen vom Richter als Zeugen unter der Strafandrohung von Art. 307 StGB zu denjenigen Punkten einvernommen werden, zu denen sie sich schon ohne entsprechende Androhung schriftlich geäußert haben. Schliesslich wurde auf ihre schriftlichen Aussagen schon im vorherigen Gerichtsverfahren abgestellt. Dass mancher Zeuge trotz Strafandrohung dazu tendieren wird, nicht von den gemachten Erklärungen abzuweichen, liegt auf der Hand. Trotzdem sind solche Berichte im Rahmen der Glaubhaftmachung im Rechtsöffnungsverfahren zuzulassen; es ist Sache des ordentlichen Richters, bei der Würdigung der Aussagen des Betroffenen als Zeuge seine «Befangenheit» zu berücksichtigen. Der Beklagte sollte sich daher wohl überlegen, ob er nicht auf das Vorlegen schriftlicher

Zeugenberichte verzichten will, um so das Gewicht der Zeugenaussagen in einem allfällig anschliessenden materiellen Prozess nicht zu schmälern.

Justizkommission, 27. Mai 2009

§ 13 GebT, § 8 AnwT; Art. 343 Abs. 2 OR. – Der im Sinne von Art. 343 Abs. 2 OR massgebliche Streitwert ist lediglich in Bezug auf die in Art. 343 OR zwingend vorgesehenen Verfahrensgrundsätze massgebend. Die einschlägigen kantonalen Bestimmungen stellen bei der Bemessung der Spruchgebühr und der Parteientschädigung auf den «noch in Betracht kommenden» bzw. «fallenden Streitwert» ab.

Aus den Erwägungen:

6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Berufung in allen Teilen unbegründet ist und daher abgewiesen werden muss. Für die Bemessung der Spruchgebühr und der an die Beklagte auszurichtenden Entschädigung ist nicht vom Streitwert von CHF 47'888.– auszugehen, sondern von dem im Rechtsmittelverfahren noch umstrittenen Betrag von CHF 27'388.–. Der im Sinne von Art. 343 Abs. 2 OR massgebliche Streitwert ist lediglich in Bezug auf die in Art. 343 OR zwingend vorgesehenen Verfahrensgrundsätze massgebend. Zur Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit, der zulässigen Rechtsmittel oder anderer von Art. 343 OR nicht erfasster Gegenstände dürfen die einschlägigen Prozessordnungen eine andere Art der Streitwertberechnung vorschreiben (Urteil des Bundesgerichtes 4C.337/2004 vom 5. November 2004, E.6). Die gestützt auf die einschlägigen Bestimmungen der zugerischen Zivilprozessordnung und des Gerichtsorganisationsgesetzes erlassenen Verordnungen betreffend Kosten- und Entschädigungen in der Zivil- und Strafrechtspflege (GebT) bzw. über den Anwaltstarif (AnwT) stellen bei der Bemessung der Spruchgebühr und der Parteientschädigung auf den «noch in Betracht kommenden» bzw. «fallenden Streitwert» ab (§ 13 GebT bzw. § 8 AnwT).

Zivilrechtliche Abteilung des Obergerichts, 5. Mai 2009

## 2. Strafrechtspflege

§ 29 Abs. 1 Ziff. 2 StPO, § 37 Abs. 1 und 2 GesG, Art. 321 Ziff. 1 StGB. – Das in § 37 GesG statuierte Berufsgeheimnis anderer Berufe des Gesundheitswesens verleiht kein absolutes Zeugnisverweigerungsrecht von Angestellten gegenüber den Strafuntersuchungsbehörden. Verhältnis von § 37 GesG zum Zeugnisverweigerungsrecht gemäss § 29 Abs. 1 Ziff. 2 StPO.

Aus den Erwägungen:

5.1 ... Die Beschwerdeführerin wird im kantonalen Recht als Betrieb im Gesundheitswesen in § 26 Abs. 2 lit. c des Gesetzes über das Gesundheitswesen (Gesundheitsgesetz, GesG) aufgeführt. Sie gewährt spitalexterne Hilfe sowie Gesundheits- und Krankenpflege am Wohnort der Betroffenen mit dem Ziel, deren Selbständigkeit zu erhalten und zu fördern und ist damit therapeutisch tätig. Unter die Bestimmung von Art. 321 Ziff. 1 StGB fällt sie nach dem klaren Gesetzeswortlaut und der in Ziff. 1 enthaltenen abschliessenden Aufzählung dagegen nicht, da insbesondere die Voraussetzung einer akademischen Ausbildung nicht erfüllt ist. Sodann ist nach herrschender Lehre anerkannt, dass gerade nicht jede Person, welche einen Heilberuf ausübt, unter Art. 321 StGB fällt. Wer etwa einen Heiler, Naturarzt oder Magnetopaths aufsucht, darf nicht den rechtlichen Schutz erwarten, mit dem der Beizug des approbierten Arztes ausgestattet ist (vgl. Trechsel/Vest, a.a.O., Art. 321 N 9).

5.2 Auf kantonaler Ebene statuiert § 37 Abs. 1 GesG ein Berufsgeheimnis für Personen, welche einen Beruf des Gesundheitswesens ausüben. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung können diese Personen vom Berufsgeheimnis entbunden werden, entweder vom Berechtigten selbst oder von der Gesundheitsdirektion als Aufsichtsbehörde. Im Bericht und Antrag des Regierungsrates zu § 37 des Gesundheitsgesetzes wurde zu Recht darauf hingewiesen, dass der Kreis der Betroffenen grösser sei als der Geltungsbereich von Art. 321 StGB (vgl. Vorlage Nr. 1590.1, Laufnummer 12496, S. 78). Eine solche kantonale Regelung des Berufsgeheimnisses für nicht unter Art. 321 Ziff. 1 StGB fallende Berufe des Gesundheitswesens ist zulässig und wird auch in anderen Kantonen gehandhabt (vgl. etwa § 10 der Psychotherapeutenverordnung des Kantons Luzern vom 9. Dezember 2008 [SRL 806a]). Aufgrund der abschliessenden Regelung von Art. 321 Ziff. 1 StGB ist jedoch bei einem Verstoß gegen eine entsprechende kantonale Norm eine Bestrafung nach Art. 321 Ziff. 1 StGB ausgeschlossen. Sähe das kantonale Recht nämlich vor, dass eine nach kantonalem Recht zum Berufsgeheimnis verpflichtete Person nach Art. 321 Ziff. 1 StGB zu bestrafen wäre, so verstiesse eine solche Bestimmung

gegen den in Art. 49 BV statuierten Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts. Art. 49 BV schliesst in Sachgebieten, welche die Bundesgesetzgebung abschliessend regelt, eine Rechtssetzung durch die Kantone aus. In Sachgebieten, die das Bundesrecht nicht abschliessend ordnet, dürfen Kantone nur solche Vorschriften erlassen, die nicht gegen den Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck nicht beeinträchtigen oder vereiteln (BGE 2P.229/2006 vom 14. Mai 2007). Dagegen sind die Kantone nach Art. 335 Abs. 1 StGB frei, im Bereich des Übertretungsstrafrechts insoweit zu legiferieren, als dieses nicht Gegenstand der Bundesgesetzgebung ist. Dabei handelt es sich um einen echten Vorbehalt zu Gunsten des kantonalen Rechts (Treichsel/Lieber, StGB PK, Art. 335 N 3). Der Bund verzichtet insofern auf die volle Ausschöpfung seiner Gesetzgebungskompetenz im Bagatellbereich. Ebenso sind die Kantone nach Art. 335 Abs. 2 StGB befugt, die Widerhandlung gegen das kantonale Verwaltungs- und Prozessrecht mit Sanktionen zu bedrohen. Der kantonale Gesetzgeber machte davon Gebrauch, indem er Widerhandlungen gegen das Gesundheitsgesetz gemäss § 8 des Polizeistrafgesetzes, welches die Übertretung allgemeinverbindlicher Vorschriften regelt, ahnden lässt (vgl. § 68 GesG). Im Ergebnis kann die Beschwerdeführerin damit bei einem Verstoß gegen das ihr vom kantonalen Recht auferlegte Berufsgeheimnis zwar nicht nach Art. 321 Ziff. 1 StGB, dagegen nach § 8 des kantonalen Polizeistrafgesetzes sanktioniert werden.

5.3 Nachfolgend ist jedoch zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin gegenüber den Strafuntersuchungsbehörden gemäss § 27 StPO zu einer Aussage verpflichtet ist oder ob sie sich auf ein Zeugnisverweigerungsrecht gemäss § 29 Abs. 1 Ziff. 2 StPO berufen kann.

Art. 321 Ziff. 3 StGB behält die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnis- und Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde ausdrücklich vor. Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses führt in aller Regel auch zur prozessualen Anerkennung eines der Geheimhaltungspflicht entsprechenden Zeugnis- und Editionsverweigerungsrechts. Massgebend dafür ist nach Art. 321 Ziff. 3 StGB das entsprechende eidgenössische oder kantonale Prozessrecht. Dieses legt im Einzelnen fest, welchen Berufsträgern das Recht eingeräumt wird, im Rahmen eines Prozesses Aussagen, welche der Geheimhaltungspflicht unterliegen, zu verweigern. Infolge des Vorbehalts in Art. 321 Ziff. 3 StGB zu Gunsten der kantonalen Bestimmungen führt Art. 321 Ziff. 1 StGB nicht von allein zu einem Zeugnisverweigerungsrecht. Nach ständiger Praxis des Bundesgerichts hindert Art. 321 StGB die Kantone nicht daran, Normen zu erlassen, welche das von Art. 321 StGB geschützte Berufsgeheimnis unter gewissen Voraussetzungen in

prozessrechtlicher Hinsicht einschränken (BGE 117 Ia 341 E. 6a, 102 Ia 516 E. 3a, 95 I 439 E. 2b). Ebenso wenig legt Art. 321 StGB fest, auf welche Art und Weise die Kantone in ihrer Prozessgesetzgebung entsprechende Zeugnis- und Editionspflichten als Ausnahmen vom Berufsgeheimnis zu regeln haben. Als Norm des materiellen Bundesstrafrechts will der Vorbehalt von Art. 321 Ziff. 3 StGB klarstellen, dass nicht bestraft werden kann, wer aufgrund zwingender Normen des kantonalen Rechtes Berufsgeheimnisse preisgeben muss. Da die Bundesverfassung die Gesetzgebung über das Strafprozessrecht den Kantonen überlässt, handelt es sich bei Art. 321 Ziff. 3 StGB um einen sogenannten unechten oder deklaratorischen Vorbehalt zu Gunsten des kantonalen Rechts. Ob sich ein Berufsgeheimnisträger auf ein Zeugnis- oder Editionsverweigerungsrecht stützen kann oder nicht, ist daher aufgrund der Auslegung der anwendbaren strafprozessualen Bestimmungen zu prüfen (BGE 102 Ia 516 E. 3a). Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich, dass es dem kantonalen Gesetzgeber im dargelegten Rahmen grundsätzlich frei steht, ob und wie er die in Art. 321 Ziff. 3 StGB ausdrücklich vorbehaltenen prozessualen Ausnahmen vom Berufsgeheimnis regeln will und welchen in der entsprechenden Bestimmung genannten Personen das Recht zur Zeugnisverweigerung zukommen soll. Soweit das massgebende Prozessrecht eine Aussagepflicht ausdrücklich vorsieht, bedarf es weder einer Einwilligung noch einer Entbindung, und der Geheimnisträger hat die ihm obliegende prozessuale Pflicht zu erfüllen (BSK Strafrecht II-Oberholzer, a.a.O., Art. 321 N 21).

§ 29 Abs. 1 Ziff. 2 StPO räumt analog zu Art. 321 StGB Ärzten ein Zeugnisverweigerungsrecht ein. Aufgeführt werden des Weiteren Seelsorger und Rechtsanwälte sowie Mitglieder der Sozialbehörden und Sozialarbeiter. Für andere Berufe des Gesundheitswesens gilt die Zeugnispflicht gemäss § 27 StPO. Das in § 37 GesG statuierte Berufsgeheimnis anderer Berufe des Gesundheitswesens verleiht somit kein absolutes Zeugnisverweigerungsrecht von Angestellten gegenüber den Strafuntersuchungsbehörden und geht diesbezüglich nach Massgabe des kantonalen Prozessrechts weniger weit als dasjenige von Seelsorgern, Ärzten, Rechtsanwälten sowie Mitgliedern der Sozialbehörden und Sozialarbeiter. Die kantonale Strafprozessordnung zählt diejenigen Berufsgruppen, welche sich auf ein Zeugnisverweigerungsrecht berufen können, abschliessend und nicht lediglich beispielhaft auf. Die Beschwerdeführerin bzw. ihre Mitarbeitenden sind damit nach dem klaren Gesetzeswortlaut gehalten, als Zeugen auszusagen und können ihre Aussage nicht unter Berufung auf ihre Geheimhaltungspflicht verweigern. Aus § 37 GesG lässt sich somit kein strafprozessuales Zeugnisverweigerungsrecht für die Beschwerdeführerin ableiten. Diese untersteht damit der allgemeinen Zeugnispflicht im Sinne von § 27 StPO. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist diesbezüglich auch

keine Entbindung von der Schweigepflicht durch den Kantonsarzt erforderlich. Soweit das massgebende Prozessrecht eine Aussagepflicht vorsieht, bedarf es nach der vorerwähnten Lehre weder einer Einwilligung noch einer Entbindung und der Geheimnisträger hat die ihm obliegende prozessuale Pflicht zu erfüllen. Aufgrund ihrer Zeugnispflicht kann die Beschwerdeführerin nach erfolgter Aussage auch nicht nach § 8 Polizeistrafgesetz bestraft werden.

Justizkommission, 20. August 2009

§§ 14 Abs. 2, 34 Abs. 5 und 80 Ziff. 3 StPO. – Seit der am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Teilrevision der Strafprozessordnung ist die Beschwerde des Anzeigerstatters gegen eine Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft nicht mehr zulässig.

Aus den Erwägungen:

3. Auf die Beschwerde kann aus nachfolgenden Gründen nicht eingetreten werden:

3.1 Im Zuge der am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Teilrevision der Strafprozessordnung wurde die bisherige Möglichkeit der Beschwerde des Anzeigerstatters gegen eine Nichtanhandnahmeverfügung abgeschafft. Dementsprechend wurde § 7 StPO, der die «Nichtanhandnahme, Beschwerde und Kostenfolge» regelte und das Beschwerderecht des Anzeigerstatters gegen eine Nichtanhandnahmeverfügung vorsah, aufgehoben. Die Nichtanhandnahmeverfügung wird neu in § 14 StPO geregelt. § 14 Abs. 2 StPO bestimmt, dass sich Inhalt, Genehmigung und Eröffnung der Nichtanhandnahmeverfügung sowie die Rechtsmittel dagegen nach § 34 StPO – also analog der Regelung bei der Einstellungsverfügung – richten. Und gegen die Einstellungsverfügung steht das Beschwerderecht einzig den Parteien zu (§ 34 Abs. 5 StPO). Dementsprechend sind nach dem klaren Gesetzeswortlaut auch bei der Nichtanhandnahmeverfügung einzig die Parteien zur Beschwerde legitimiert. Gemäss § 8 StPO gelten als Parteien der Beschuldigte und der Privatkläger, im Hauptverfahren vor Gericht auch die Staatsanwaltschaft. Als Privatkläger gilt sodann gemäss § 11 Abs. 1 StPO der Geschädigte, der im Untersuchungsverfahren ausdrücklich erklärt, sich am Verfahren im Straf- und/oder Zivilpunkt zu beteiligen, wobei der Strafantrag der Erklärung in Bezug auf die Beteiligung im Strafpunkt gleichgestellt ist. Der blosser Anzeigerstatter ist mithin nicht Partei und es steht ihm das Beschwerderecht gegen die Nichtanhandnahme seiner Anzeige nicht zur Verfügung, es sei denn, er sei Opfer im Sinne des Opferhilfegesetzes (OHG) und könne seine Beschwerdelegitimation daraus herleiten (§ 11 Abs. 3 StPO i.V.m. Art. 37 Abs. 1 lit. b OHG). Nichts anderes ergibt sich aus § 80 Ziff. 3 StPO, der bestimmt, dass die Beschwerde an die Justizkommission wegen Nichtanhandnahme einer Anzeige oder Privatklage zulässig ist. § 80 Ziff. 3 StPO verweist ausdrücklich auf § 14 StPO (und dieser wiederum auf die eingeschränkte Beschwerdelegitimation in § 34 Abs. 5 StPO). Auch aus § 81 Abs. 1 StPO lässt sich nichts Gegenteiliges ableiten. Nach dieser Bestimmung kann die Beschwerde von jedermann, der ein Interesse glaubhaft macht, erhoben werden, es sei denn, dass das Gesetz das Beschwerderecht auf gewisse Personen beschränkt, wie eben im vorliegenden Fall gerade in § 14 Abs. 2 i.V.m. § 34 Abs. 5 StPO auf die Parteien des Strafverfahrens.

3.2 Die Aufhebung der Beschwerdemöglichkeit des Anzeigerstatters gegen eine Nichtanhandnahmeverfügung hat sich im Zuge der Einführung des Staatsanwaltschaftsmodells im Kanton Zug als logische Folge dieses Systemwechsels bei der Strafverfolgung ergeben. Dementsprechend findet sie in den Gesetzesmaterialien wohl auch keine ausdrückliche Erwähnung. Weder dem Bericht und Antrag des Obergerichts vom 23. Mai 2006 noch dem Bericht der vorberatenden erweiterten Justizprüfungskommission des Kantonsrats vom 30. Juni 2006 noch dem Bericht der Staatswirtschaftskommission des Kantonsrats vom 11. September 2006 lassen sich Ausführungen dazu entnehmen. Auch in der kantonsrätlichen Beratung gab diese Änderung zu keinerlei Diskussion Anlass. Paragraph 14 StPO war in seiner heutigen Fassung bereits im ersten Gesetzesentwurf zur Teilrevision des Strafprozessrechts von Prof. Dr. Niklaus Schmid vorgesehen und blieb während des ganzen Gesetzgebungsverfahrens unverändert.

3.3 Unter altem Recht bedurfte die Nichtanhandnahmeverfügung des Untersuchungsrichters – anders als heute – nicht der Genehmigung durch die Staatsanwaltschaft. Es machte daher durchaus Sinn, dass auch der Anzeigerstatter gegen eine Nichtanhandnahmeverfügung des Untersuchungsrichteramtes Beschwerde an die Justizkommission führen konnte und damit die Nichtanhandnahmeverfügung einer zusätzlichen Kontrolle unterlag. Seit der Einführung des neuen Staatsanwaltschaftsmodells müssen nun sämtliche Nichtanhandnahmeverfügungen – wie die Einstellungsverfügungen – bei Verbrechen und Vergehen dem Oberstaatsanwalt und bei Übertretungen dem leitenden Staatsanwalt zur Genehmigung unterbreitet werden (§ 14 Abs. 2 i.V.m. § 34 Abs. 4 StPO). Aufgrund dieser zusätzlichen Kontrollfunktion wurde bei der Nichtanhandnahmeverfügung – wie bei der Einstellungsverfügung – das Beschwerderecht auf die Parteien des Untersuchungsverfahrens beschränkt (§ 14 Abs. 2 i.V.m. § 34 Abs. 5 StPO). Die Abschaffung des Beschwerderechts des Anzeigerstatters gegen eine Nichtanhandnahmeverfügung erscheint demnach aus gesetzessystematischer Sicht durchaus als sinnvoll und begründet.

3.4 Damit steht aber fest, dass mit der erwähnten Gesetzesänderung vom 25. Januar 2007 die Beschwerde des Anzeigerstatters gegen die Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft seit Inkrafttreten der Gesetzesänderung, mithin seit 1. Januar 2008, nicht mehr zulässig ist. Daran ändert auch nichts, dass in der Nichtanhandnahmeverfügung fälschlicherweise ein Rechtsmittel eingeräumt wird. Eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung kann nie zur Zulässigkeit eines Rechtsmittels führen, das nach dem Gesetz nicht zur Verfügung steht (BGE 119 IV 330 E. 1c S. 334 mit Hinweis; vgl. dazu auch JS 2003/44).

3.5 Der Beschwerdeführer ist aber weder Privatkläger noch Opfer im Sinne des Opferhilfegesetzes, sondern blosser Anzeigerstatter. Er ist daher nicht legitimiert, die vorliegende Nichtanhandnahmeverfügung mit Beschwerde anzufechten.

4. Gemäss § 56ter Abs. 1 StPO erfolgt die Auferlegung der Kosten im Rechtsmittelverfahren in der Regel nach Massgabe des Erfolges des ergriffenen Rechtsmittels. Dringt die beschwerdeführende Partei mit ihrem Antrag ganz oder teilweise durch, so wird ihr zudem gemäss § 82bis StPO zulasten der Staatskasse eine Parteientschädigung nach Massgabe ihres Obsiegens zugesprochen.

4.1 Da nach dem Gesagten auf die vorliegende Beschwerde nicht einzutreten ist, hat der Beschwerdeführer die Kosten zu tragen. In casu dürfte die Beschwerde indessen auf die falsche Rechtsmittelbelehrung in der angefochtenen Verfügung zurückzuführen sein. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dürfen den Parteien gestützt auf das Prinzip von Treu und Glauben (Art. 9 BV) aus einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung keine Nachteile erwachsen (BGE 119 IV 334 mit Hinweis). Das bedeutet, dass ein Absehen von der Auferlegung von Kosten und die Zusprechung einer Parteientschädigung an den Beschwerdeführer in Betracht zu ziehen ist (vgl. BGE 1A.235/2002 vom 13. März 2003). Allerdings geniesst nach dieser Rechtsprechung nur Vertrauensschutz, wer die Unrichtigkeit der Rechtsmittelbelehrung nicht kennt und sie auch bei gebührender Aufmerksamkeit nicht hätte erkennen können. Bloss eine grobe prozessuale Unsorgfalt einer Partei oder ihres Vertreters soll aber dazu führen, eine falsche Rechtsmittelbelehrung aufzuwiegen. Nach bundesgerichtlicher Praxis liegt eine solche dann vor, wenn der Private oder sein Rechtsanwalt die Mängel der Belehrung schon allein durch die Konsultierung des massgeblichen Verfahrensrechts hätte erkennen können (BGE 124 I 255 mit Hinweis). Bei der Beurteilung der Frage, ob ein erheblicher Fehler vorliege, ist sodann an die Sorgfalt des Anwalts ein strengerer Massstab anzulegen als an jene eines rechtsunkundigen, nicht vertretenen Beschwerdeführers (vgl. BGE 1A.235/2002 vom 13. März 2003, mit Verweis auf BGE 124 I 255).

4.2 Im vorliegenden Fall hätte der Beschwerdeführer zwar aus der Konsultierung des zugerischen Verfahrensrechts erkennen können, dass eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung vorliegt. § 80 Ziff. 3 StPO sieht vor, dass an die Justizkommission Beschwerde wegen Nichtanhandnahme einer Anzeige oder Privatklage geführt werden kann, und verweist dabei auf § 14 StPO. Dieser Paragraph wiederum verweist auf § 34 StPO, wonach das Beschwerderecht gegen Einstellungsverfügungen (und demzufolge auch gegen Nichtanhandnahmeverfügungen) einzig den Parteien zusteht. Diese Schlussfolgerung erfordert indes einige Gesetzeskenntnis, und es

kann von einem juristischen Laien nicht erwartet werden, dass er dies ohne weiteres erkennt. Unter diesen Umständen sind die Kosten auf die Staatskasse zu nehmen. Mangels erheblicher Umtriebe ist dem Beschwerdeführer demgegenüber keine Entschädigung zuzusprechen.

Justizkommission, 4. März 2009



## B. Verwaltungspraxis

# I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

## 1. Bürgerrecht

Art. 8 Abs. 2 BV – Überprüfung und Aufhebung eines Nichteintretensentscheids einer Bürgergemeinde auf das Einbürgerungsgesuch einer unmündigen, urteilsunfähigen Gesuchstellerin (Erw. II. 1, 2, 3).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Am 9. August 2007 reichte A.B. (Jahrgang 1996), vertreten durch ihre Eltern das Gesuch um ordentliche Einbürgerung ein. Im Anschluss an die persönliche Anhörung vom 16. Juni 2008 wurde der Gesuchstellerin ein schriftlicher Entscheid in Aussicht gestellt. Mit Verfügung vom 26. August 2008 trat der Bürgerrat S. nicht auf das Einbürgerungsgesuch von A.B. ein. Er machte geltend, die Gesuchstellerin sei aufgrund ihrer geistigen Behinderung hinsichtlich des Einbürgerungswillens nicht urteilsfähig. Sie erkenne weder die Tragweite noch die Auswirkung einer Einbürgerung. Der Ausdruck ihres Einbürgerungswillens sei einzig durch ihre gesetzlichen Vertreter erfolgt. Der Bürgerrat erklärte sich in der Verfügung dazu bereit, in einem späteren Zeitpunkt zum Einbürgerungsgesuch von A.B. erneut Stellung zu nehmen. Am 19. September 2008 erhob A.B., vertreten durch ihre Eltern, gegen den Beschluss des Bürgerrats beim Regierungsrat Verwaltungsbeschwerde. Sie machte geltend, der Bürgerrat habe sich in seinem Nichteintretensentscheid auf ihre Urteilsunfähigkeit und damit auch ausdrücklich auf die damit im Zusammenhang stehende geistige Behinderung berufen. Daraus folge gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 8 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV; SR 101) der Verdacht einer unzulässigen Differenzierung. Die Anforderungen an die Einsichtigkeit dürften nicht in jedem Fall pauschal so interpretiert werden, dass Menschen mit einer geistigen Behinderung jegliche Chance auf Einbürgerung weggenommen werde. Dies stelle eine Diskriminierung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV dar. Die Beschwerdeführerin werde voraussichtlich auch in zwanzig Jahren nicht über die vom Bürgerrat verlangte Urteilsfähigkeit verfügen. In seiner Stellungnahme vom 26. November 2008 hielt der Bürgerrat an seinem Entscheid vom 26. August 2008 fest. Er macht erneut geltend, dass die Beschwerdeführerin nicht über die gemäss § 5 des Gesetzes betreffend Erwerb und Verlust des Gemeinde- und Kantonsbürgerrechts vom 3. September 1992 (Bürgerrechtsgesetz; BGS 121.3) vorausgesetzte Urteilsfähigkeit verfüge. Zudem macht er geltend, die Beschwerdeführerin werde durch den Entscheid nicht im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV diskriminiert.

Es bestehe die Hoffnung auf eine Entwicklung der intellektuellen Fähigkeiten der Beschwerdeführerin.

Aus den Erwägungen:

I.

1. Gemäss § 30 Abs. 1 des kantonalen Bürgerrechtsgesetzes können Entscheide des Bürgerrates nach Massgabe des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz; VRG; BGS 162.1) angefochten werden. Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um einen Nichteintretensentscheid, da der Bürgerrat S. am 26. August 2008 beschlossen hat, infolge der geltend gemachten fehlenden Urteilsfähigkeit der Beschwerdeführerin auf deren Einbürgerungsgesuch nicht einzutreten. Ein Nichteintretensentscheid beendet ein Verfahren aus prozessualen Gründen und ist kein Sachentscheid, der nach der materiellen Prüfung eines Gesuches oder einer Beschwerde gefällt wird (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, N 91 zu Vorbem. zu §§ 19–28). § 4 VRG definiert den Entscheid u.a. als Anordnung und Feststellung der dem Verwaltungsrechtspflegegesetz unterstellten Verwaltungsbehörden mit hoheitlicher Wirkung. Der Nichteintretensentscheid des Bürgerrates S. ist somit unter § 4 VRG zu subsumieren, da er mit hoheitlicher Wirkung das Nichteintreten auf eine Beschwerde feststellt. Beim Bürgerrat S. handelt es sich um eine Verwaltungsbehörde im Sinne von § 40 Abs. 2 resp. Abs. 3 VRG. Sein Entscheid kann beim Regierungsrat angefochten werden.

2. Nach § 41 Abs. 1 VRG ist zur Erhebung der Verwaltungsbeschwerde berechtigt, wer durch den Entscheid in seiner Rechtsstellung betroffen ist. Beschwerdelegitimiert ist somit, wer durch den Entscheid in höherem Mass als ein beliebiger Dritter oder die Allgemeinheit berührt wird und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Nichteintretensentscheid direkt und unmittelbar in ihren Interessen betroffen; ihre Beschwerdelegitimation ist offensichtlich gegeben.

3. Die Beschwerdeführerin muss zudem im Sinne einer subjektiven Prozessvoraussetzung prozessfähig sein. Die Prozessfähigkeit fliesst aus der Handlungsfähigkeit i.S. von Art. 12 des schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) und bedeutet die Fähigkeit, einen Prozess in eigenem Namen zu führen oder durch einen Vertreter führen zu lassen (Basler Kommentar ZGB-Bigler-Eggenberger, Art. 12 N 25). Handlungsfähig ist, wer mündig und urteilsfähig ist (Art. 13 ZGB). Die Beschwerdeführerin ist, was nicht bestritten ist, einerseits unmündig und andererseits urteilsunfähig,

somit handlungsunfähig. Handlungsunfähige müssen den Prozess, ausser im Bereich ihrer höchstpersönlichen Rechte, durch ihre gesetzliche Vertretung führen (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., N 13 zu § 21). Dies sind im Falle der Beschwerdeführerin ihre verheirateten Eltern gemeinsam (Art. 304 i.V. mit Art. 297 Abs. 1 ZGB). Auch gestützt auf Art. 34 des Bundesgesetzes über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (Bürgerrechtsgesetz; BÜG; SR 141) können Unmündige das Gesuch um Einbürgerung nur durch ihren gesetzlichen Vertreter einreichen, und § 8 des kantonalen Bürgerrechtsgesetzes legt fest, dass Bewerber und Bevormundete unter 16 Jahren nur durch den gesetzlichen Vertreter das Gesuch um Einbürgerung stellen können. Somit war die Beschwerdeführerin im Einbürgerungsverfahren durch ihre Eltern rechtmässig vertreten.

4. ...

## II.

1. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Frage der Rechtmässigkeit des Nichteintretensentscheides des Bürgerrates S.. Der Regierungsrat als Beschwerdeinstanz hat von Amtes wegen zu prüfen, ob die Prozessvoraussetzungen bei der Vorinstanz gegeben waren. Hat diese trotz Fehlens einer Prozessvoraussetzung materiell entschieden, ist der angefochtene Entscheid aufzuheben. Ist sie zu Recht nicht auf das Rechtsmittel eingetreten, so erfolgt eine materielle Abweisung. Hat sie das Vorliegen einer Prozessvoraussetzung zu Unrecht verneint, ist die Beschwerde grundsätzlich gutzuheissen und an die Vorinstanz zur materiellen Prüfung zurückzuweisen (Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, N 412).

2. Der Bürgerrat S. ist zu Unrecht nicht auf das Einbürgerungsgesuch der Beschwerdeführerin eingetreten, da sowohl die objektiven wie auch die subjektiven Prozessvoraussetzungen (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., N 92 zu Vorbem. zu §§ 19–28) im Zeitpunkt der Entscheidung gegeben waren. Die Beschwerdeführerin war zur Stellung eines Einbürgerungsgesuches berechtigt und den gesetzlichen Anforderungen entsprechend vertreten. Somit erweist sich die vorliegende Beschwerde als begründet. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und der Nichteintretensentscheid der Bürgergemeinde S. vom 26. August 2008 ist aufzuheben.

3. Der Bürgerrat S. beruft sich in seinem Nichteintretensentscheid vom 26. August 2008 auf die fehlende Urteilsfähigkeit der Beschwerdeführerin, weshalb er auf deren Einbürgerungsgesuch nicht eingetreten ist und dieses materiell nicht geprüft hat. Unter diesen Umständen ist es auch dem Regierungsrat nicht möglich, die

Beschwerde materiell zu entscheiden, was unter Umständen aus prozessökonomischen Gründen angebracht wäre (Kölz/Häner, a.a.O.). So ist das Gesuch um Einbürgerung an den Bürgerrat S. zurückzuweisen. Dieses ist vom Bürgerrat unter Berücksichtigung der für die Einbürgerung wesentlichen Rechtsgrundsätze und auch unter Berücksichtigung der neusten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. 1D\_19/2007 vom 16. Dezember 2008) zu beurteilen. Dieses hat im erwähnten Entscheid ausdrücklich festgehalten, dass Personen mit einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung eine spezifische, von Art. 8 Abs. 2 BV speziell genannte Gruppe bildeten. Es zählten dazu Personen, die in ihren körperlichen, geistigen oder psychischen Fähigkeiten auf Dauer beeinträchtigt seien und für welche die Beeinträchtigung je nach ihrer Form schwerwiegende Auswirkungen auf elementare Aspekte der Lebensführung hätte. Diese Personen würden durch bestimmte für die Einbürgerung verlangte Eigenschaften wegen eines nicht selbstverschuldeten und nicht aufgebaren Merkmals in spezifischer Art betroffen und gegenüber «gesunden» Bewerbern in besonderer Weise benachteiligt und rechtswidrig behandelt. Es würde ihnen so unter Umständen dauernd und nicht nur vorübergehend verunmöglicht, sich überhaupt einbürgern zu lassen. Insoweit läge eine Konstellation einer (indirekten) Diskriminierung vor, die einer qualifizierten Rechtfertigung bedürfe, um vor Art 8 Abs. 2 BV bestehen zu können.

...

Regierungsrat, 17. März 2009

§ 5 BÜG – Nicht nur die Schwere strafrechtlicher Verfehlungen, sondern auch deren Anzahl können die Verweigerung einer Einbürgerung rechtfertigen (Erw. II. 3)

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

X.Y. ersuchte im Jahr 2007 um ordentliche Einbürgerung. Nach Abklärungen und einer persönlichen Anhörung am 21. Juni 2008 teilte ihm der Bürgerrat K mit beschwerdefähiger Verfügung am 23. Oktober 2008 die Rückstellung des Einbürgerungsgesuches mit. Er begründete den Entscheid u.a. damit, X. Y. erfülle die Voraussetzungen für die Erteilung des Gemeindebürgerrechts nicht, da er diverse Übertretungen im Bereich des Strassenverkehrsrechts begangen habe. Gegen diesen Beschluss reichte X.Y. am 11. November 2008 beim Regierungsrat Verwaltungs-

beschwerde ein. Zur Begründung führte er u.a. aus, er wohne seit dem Jahr 1994 in der Schweiz, sei mit den Lebensverhältnissen vertraut, verfüge über genügend Sprachkenntnisse, kenne und beachte die mit dem schweizerischen Bürgerrecht verbundenen Rechte und Pflichten. Der Bürgerrat K. beantragte die Abweisung der Beschwerde und machte u.a. geltend, dass in Anbetracht der in regelmässigen Abständen erfolgten strafrechtlichen Verfehlungen nicht von einer genügenden Befolgung der schweizerischen Rechtsordnung gesprochen werden könne.

Aus den Erwägungen:

...

## II.

1.1 Gemäss § 5 Abs. 1 kant. BÜG darf das Gemeinde- und Kantonsbürgerrecht nur Bewerberinnen und Bewerbern erteilt werden, die auf Grund ihrer persönlichen Verhältnisse hierzu geeignet sind. § 5 Abs. 2 kant. BÜG zählt verschiedene Kriterien auf, anhand derer die Eignung überprüft werden kann. Diese Aufzählung ist nicht abschliessend, was sich aus der Formulierung von § 5 Abs. 2 kant. BÜG ergibt. Auch Art. 14 des Bundesgesetzes über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (eidg. Bürgerrechtsgesetz; BÜG; SR 141.0) enthält eine Aufzählung möglicher Eignungskriterien.

Ob eine Bewerberin oder ein Bewerber für eine Einbürgerung geeignet ist oder nicht, ist eine Ermessensfrage. Der Bürgerrat hat dabei sein Ermessen pflichtgemäss, das heisst unter Beachtung von Gesetz und Verfassung, insbesondere des Willkürverbots und des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, auszuüben (BGE 22 I 267 E. 3b).

1.2 Der Regierungsrat prüft gestützt auf § 47 Abs. 1 VRG die Beschwerde, ohne an die Anträge der Parteien gebunden zu sein. Er kann den angefochtenen Entscheid zugunsten oder zu Ungunsten einer Partei ändern und so auch das Ermessen der Vorinstanz überprüfen. Unangemessen ist eine Entscheidung, wenn die entscheidende Behörde zwar innerhalb des ihr eingeräumten Ermessensspielraums bleibt, ihr Ermessen jedoch in einer Weise ausübt, die den Umständen des Einzelfalls nicht gerecht wird und deshalb unzumutbar ist (Tschannen/ Zimmerli/Kiener, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern, 2000, S. 143).

2. Der Bürgerrat K. macht im Entscheid vom 21. Juni 2008 sowie in den Stellungnahmen vom 8. Januar 2009 und vom 8. Mai 2009 geltend, der Beschwerdeführer erfülle die Voraussetzungen von § 5 kant. BÜG nicht. Einerseits habe er die mit

dem Bürgerrecht verbundenen Rechte und Pflichten nicht beachtet, was durch die Eintragungen im Polizeibericht vom 3. Dezember 2007 belegt sei, andererseits ...

3. Im Sinne eines Eignungskriteriums ist gemäss Art. 14 lit. c des eidg. Bürgerrechtsgesetzes zu prüfen, ob Einbürgerungswillige die schweizerische Rechtsordnung beachten sowie gemäss § 5 Abs. 2 des kant. BüG, ob Einbürgerungswillige die mit dem Bürgerrecht verbundenen Rechte und Pflichten kennen und beachten wollen.

Nach den internen Weisungen des Bundesamtes für Migration (BfM) kann die eidg. Einbürgerungsbewilligung auch bei geringfügigen Freiheitsstrafen, Geldstrafen oder gemeinnütziger Arbeit erteilt werden, sofern die Voraussetzungen der Einbürgerung zweifelsfrei erfüllt sind und eine einmalige Verfehlung vorliegt. Wenn es sich nicht um eine einmalige Verfehlung handelt, ist die Gesamtsituation zu beurteilen. Wichtig in diesem Zusammenhang ist die Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips. Unverhältnismässig wäre es beispielsweise, eine Einbürgerung wegen einer einzigen Parkbusse abzulehnen (vgl. GVP 2004 S. 235ff.; GVP 2005 S. 265ff.).

So ist beim Beschwerdeführer zu prüfen, ob er die schweizerische Rechtsordnung kennt und beachtet. Darunter muss auch der Wille verstanden werden, nicht gegen die Rechtsordnung verstossen zu wollen.

3.1 Von den vom Bürgerrat K. geltend gemachten Eintragungen im Polizeibericht vom 3. Dezember 2007 hatten folgende Übertretungen des Beschwerdeführers strafrechtliche Konsequenzen:

- Strafbefehl vom 4. Juni 2002: Übertretung des Strassenverkehrsgesetzes (Verurteilung zu drei Tagen Arbeitsleistung zugunsten eines öffentlichen Gemeinwesens und zur Übernahme von Kosten in der Höhe von Fr. 40.-);
- Strafbefehl vom 18. August 2004: Diverse Übertretungen des Strassenverkehrsgesetzes (Verurteilung zu einer Busse von Fr. 400.- und zu Kosten von Fr. 100.-);
- Strafbefehl vom 1. Februar 2008: Übertretung des Strassenverkehrsgesetzes (Verurteilung zu einer Busse von Fr. 100.- und zu Kosten von Fr. 60.-).

Somit ist der Beschwerdeführer in den Jahren 2002, 2004 und 2008 wegen Übertretungen des Strassenverkehrsgesetzes rechtskräftig strafrechtlich belangt worden.

Alle übrigen im Polizeibericht vom 3. Dezember 2007 erwähnten Vorfälle sind in strafrechtlicher Hinsicht nicht relevant und im Sinne des Grundsatzes der Unschuldsvermutung (Art. 32 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV, SR 101] sowie § 8 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Zug vom 31. Januar 1894 [BGS 111.1]) nicht zu beachten.

3.2. Die vom Beschwerdeführer begangenen Übertretungen zeichnen sich nicht durch ihre Schwere, sondern durch ihre Häufigkeit aus. Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer in den letzten sechs Jahren dreimal gegen das Strassenverkehrsgesetz verstossen hat und dafür bestraft worden ist, lässt berechnete Zweifel daran aufkommen, ob X.Y. in einem genügenden Ausmass gewillt ist, die schweizerische Rechtsordnung zu beachten. Zudem ist die letzte Übertretung vor nicht allzu langer Zeit erfolgt, so dass eine positive Prognose hinsichtlich des weiteren Verhaltens des Beschwerdeführers (noch) nicht möglich ist.

3.3 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die von X.Y. zu verantwortenden Übertretungen des Strassenverkehrsgesetzes nicht wegen ihrer Schwere, sondern wegen ihrer Häufigkeit am Willen des Beschwerdeführers, die schweizerische Rechtsordnung zu beachten, zweifeln lassen. Es kann dementsprechend festgestellt werden, dass der Beschluss des Bürgerrates K., der Beschwerdeführer sei gemäss § 5 kant. BüG (vorerst) nicht zur Einbürgerung geeignet, nicht unangemessen ist. Der Bürgerrat K. hat das ihm zustehende Ermessen nicht in einer Weise ausgeübt, die den Umständen des Einzelfalls nicht gerecht wird. Gestützt auf diese Erwägungen ist die Beschwerde abzuweisen, ...

...

Regierungsrat, 30. Juni 2009

Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 4 BV – Anforderungen an die Begründung eines rechtsanwendenden Verwaltungsaktes (Erw. II. 1.3). – Willkürlicher Entscheid einer Bürgergemeindeversammlung (Erw. II. 3.3).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Am 23. Februar 2004 stellten B.K. und E.K. für sich und ihre beiden Kinder, A.K. und C.K., beim Zivilstands- und Bürgerrechtsdienst des Kantons Zug das Gesuch

um Erteilung der eidgenössischen Einbürgerungsbewilligung. Dieses wurde vom Bürgerrat der Gemeinde Y. in der Folge einstweilig zurückgestellt, weil insbesondere der Ehemann die Einbürgerungserfordernisse nicht erfülle. Ende 2007 wurde das Einbürgerungsverfahren wieder aufgenommen. Im Schreiben vom 24. Dezember 2007 bestätigte der Bürgerrat gegenüber der Direktion des Innern, dass einer Einbürgerung grundsätzlich nichts im Wege stehe. Mit Entscheid vom 11. Mai 2009 lehnte die Bürgergemeindeversammlung trotz anderslautender Empfehlung des Bürgerrates das Einbürgerungsgesuch von Familie K. unter Verweis auf deren sehr geringen Bekanntheitsgrad, deren ungenügende Integration und deren ungenügende Anteilnahme am kulturellen und gesellschaftlichen Leben ab. Gegen diesen Entscheid erhob Familie K. mit Eingabe vom 19. Mai 2009 Beschwerde. Die Beschwerdeführenden machten geltend, die von der Bürgergemeinde angeführten Gründe für die Ablehnung ihres Einbürgerungsgesuches seien nicht nachvollziehbar. Vielmehr liege der wahre Grund für die Ablehnung darin, dass die Gemeinde vor Jahren mit einem entfernten Verwandten der Familie K., A.B., unerfreuliche Erfahrungen gemacht habe. Diese Art von Sippenhaft sei unstatthaft. In seiner Stellungnahme vom 8. Juli 2009 beantragte der Bürgerrat die Abweisung der Beschwerde. Der Vorwurf der Sippenhaft sei klar abzulehnen. Ein Bürger habe zwar die Frage nach der diesbezüglichen Verwandtschaft gestellt. Der Präsident des Bürgerrates habe diese Frage «abgeblockt» und als nicht relevant bezeichnet. Für die Ablehnung des Einbürgerungsgesuches seien andere Gründe massgebend gewesen.

Aus den Erwägungen:

I.

...

II.

1.2 Gemäss § 5 Abs. 1 kant. BÜG darf das Gemeinde- und Kantonsbürgerrecht nur Bewerberinnen und Bewerbern erteilt werden, die auf Grund ihrer persönlichen Verhältnisse hierzu geeignet sind. § 5 Abs. 2 kant. BÜG zählt verschiedene Kriterien auf, anhand derer die Eignung überprüft werden kann. Diese Aufzählung ist nicht abschliessend, was sich aus der Formulierung von § 5 Abs. 2 kant. BÜG ergibt. Auch Art. 14 des Bundesgesetzes über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (eidg. Bürgerrechtsgesetz; BÜG; SR 141.0) enthält eine Aufzählung möglicher Eignungskriterien.

Ob eine Bewerberin oder ein Bewerber für eine Einbürgerung geeignet ist oder nicht, ist eine Ermessensfrage. Der Bürgerrat hat dabei sein Ermessen pflicht-

gemäss, das heisst unter Beachtung von Gesetz und Verfassung, insbesondere des Willkürverbots und des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, auszuüben (BGE 122 I 267 E. 3b).

1.3 Der Regierungsrat prüft gestützt auf § 47 Abs. 1 VRG die Beschwerde (...), ohne an die Anträge der Parteien gebunden zu sein. Er kann den angefochtenen Entscheid zugunsten oder zu Ungunsten einer Partei ändern und so auch das Ermessen der Vorinstanz überprüfen. Unangemessen ist eine Entscheidung, wenn die entscheidende Behörde zwar innerhalb des ihr eingeräumten Ermessensspielraums bleibt, ihr Ermessen jedoch in einer Weise ausübt, die den Umständen des Einzelfalls nicht gerecht wird und deshalb unzweckmässig ist (Tschannen/Zimmerli/Kiener, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern, 2000, S. 143).

1.4 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind ablehnende Einbürgerungsentscheide (rechtsanwendende) Verwaltungsakte und somit zu begründen. Es gelten dabei grundsätzlich die Regeln, die sich aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) herleiten (vgl. BGE 132 I 196 f.) Es entspricht allgemeinen rechtsstaatlichen Prinzipien, dass dem Rechtsuchenden die Entscheidungsgründe eröffnet werden (BGE 96 I 723 f., 101 Ia 48 f.); dabei kann sich die Behörde auf die wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 99 V 188). Die Begründung gehört zu den elementaren Bestandteilen des Entscheides; sie muss angemessen sein und darf keine Widersprüche enthalten. Sie muss dem Betroffenen die Möglichkeit geben, sich über die Tragweite des Entscheides Rechenschaft zu geben und allenfalls in voller Kenntnis der Gründe ein Rechtsmittel zu ergreifen (Rhinow/Krähenmann, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband Nr. 85 B III a sowie BGE 114 Ia 242; 113 II 2054 und Haefelin/Müller, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, N. 1294). Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt. Erst die Begründung ermöglicht es, Inhalt, Grenzen und Tragweite einer Anordnung zu erfassen. Sie zeigt, von welchen massgeblichen Tatsachen und Rechtsnormen sich die entscheidende Behörde hat leiten lassen (Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, § 10 N 37). Die Verletzung des Anspruchs auf eine Begründung führt unabhängig vom Nachweis eines materiellen Interesses des Beschwerdeführenden zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides (BGE 116 V 182 E. 1 b; 104 Ia 214 und weitere Hinweise in Rhinow/Krähenmann, a.a.O., Nr. 85 B V).

...

3.1 Die Beschwerdeführenden machen geltend, die Begründung für die Ablehnung ihres Gesuchs sei weder stichhaltig noch nachvollziehbar, sinngemäss also willkürlich. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt Willkür nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre. Das Bundesgericht hebt einen kantonalen Entscheid wegen materieller Rechtsverweigerung nur auf, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 123 I 113). Gestützt auf diese Rechtsprechung ist im konkreten Fall zu prüfen, ob die von der Bürgergemeindeversammlung angeführten Ablehnungsgründe mit der tatsächlichen Situation übereinstimmen.

3.2 Der Bericht der Zuger Polizei vom 22. April 2004 hält fest, dass die Familie K. einen guten Ruf geniesse und keine Beweggründe in Erfahrung gebracht werden konnten, die eine Einbürgerung in Frage stellen würden. Die Integration und den Bekanntheitsgrad der Beschwerdeführenden in Y. betreffend hält der Bericht der Zuger Polizei fest, dass die Kinder integriert sein dürften (Schule, sportliche Betätigung von C.K.); dass Herr K. sich im kommunalen Bereich recht gut integriert habe und als Trainer und Spieler tätig sei; dass Frau K. eine bescheidene, zurückhaltende Person sei, welche zwar mit ihrer Familie bei öffentlichen Veranstaltungen immer dabei sei, selber aber eher weniger Kontakt mit der Bevölkerung pflege. Im Ergänzungsbericht der Zuger Polizei vom 29. November 2007 gibt es diesbezüglich keine weiteren Bemerkungen.

Im Schreiben des Bürgerrats vom 24. Dezember 2007 an die Direktion des Innern steht, dass die Beschwerdeführenden dem Bürgerrat bekannt seien. Frau K. habe ihre Deutschkenntnisse verbessert, Herr K. sei in einem örtlichen Sportverein als Trainer tätig und in Y. bekannt. Die Familie K. sei mit den Sitten und Gebräuchen in Y. vertraut. Einer Einbürgerung stehe somit grundsätzlich nichts im Wege. Dem ausführlichen positiven Polizeibericht könne aus Sicht des Bürgerrates nichts Neues beigefügt werden.

3.3 Die von der Bürgergemeindeversammlung im Protokoll vom 11. Mai 2009 angeführten Gründe, wonach die Beschwerdeführenden einen sehr geringen Bekanntheitsgrad im Dorf hätten sowie zu wenig Anteilnahme am kulturellen und gesellschaftlichen Leben in Y. zeigen würden, teilte der Bürgerrat mit Schreiben von 12. Mai 2009 auch den Beschwerdeführenden mit. Der Ablehnungsgrund der ungenügenden Integration wird nur im Protokoll erwähnt. Gestützt auf die oben unter 3.2 gemachten Ausführungen kann festgehalten werden, dass die von der Bürger-

gemeinde angeführten Gründe den Berichten der Zuger Polizei und der Stellungnahme des Bürgerrats widersprechen. Bei der Beurteilung der Frage, ob die Beschwerdeführenden in Y. im Sinne von § 5 Abs. 2 kant. BÜG genügend integriert sind, kommt der Bürgergemeinde zweifellos ein gewisses Ermessen zu. Dieses Ermessen ist jedoch schon deshalb erheblich eingeschränkt, weil der Bürgerrat die Eignung der Gesuchstellenden geprüft und bejaht hat (vgl. GVP 2007, S. 270 ff.). Da die Begründung der Ablehnung des Einbürgerungsgesuches in Bezug auf B.K., A.K. und C.K. in klarem Widerspruch zu sämtlichen Vorakten steht, ist der Entscheidung der Bürgergemeindeversammlung willkürlich. Auch in Bezug auf E.K., deren Geeignetheit hinsichtlich ihrer Integration im Bericht der Zuger Polizei vom 22. April 2004 noch nicht abschliessend beantwortet scheint, nimmt der Bürgerrat insofern Stellung, als dass er im Schreiben vom 24. Dezember 2007 festhält, dass die ganze Familie K. mit den Sitten und Gebräuchen in Y. vertraut sei. Eine solche Vertrautheit ist aber nur möglich, wenn sich die Beschwerdeführenden und somit auch E.K. im Dorf integriert haben. Zudem erwähnt der Bürgerrat ausdrücklich, dass E.K. ihre Deutschkenntnisse verbessert habe und macht nicht geltend, dass diese ungenügend seien. Somit steht der Entscheidung der Bürgergemeindeversammlung auch im Falle von E.K. im Widerspruch zu den Abklärungen des Bürgerrates.

3.4 Die an der Bürgergemeindeversammlung diffus geäusserten Vorwürfe, welche die Verwandtschaft der Beschwerdeführenden mit A.B. betreffen, sind nicht zu beachten. Die Beschwerdeführenden können nicht für das Verhalten eines Verwandten zur Rechenschaft gezogen werden, für welchen sie keine Verantwortung tragen.

3.5 Gestützt auf § 30 Abs. 1 kant. BÜG i.V. mit § 39 VRG (...) ist die obere Verwaltungsbehörde, die eine Verwaltungsbeschwerde zu beurteilen hat, verpflichtet, «den angefochtenen Entscheid zu überprüfen und in der Sache neu zu entscheiden». Eine Rückweisung an die Vorinstanz bildet die Ausnahme und kommt insbesondere bei Beschwerden gegen politische Akte (Kreditbeschlüsse, rechtsetzende Akte) zur Anwendung; sie kann auch dann in Betracht gezogen werden, wenn der Sachverhalt ungenügend abgeklärt wurde oder die angefochtene Verfügung unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften zustande gekommen ist. Im konkreten Fall verstösst die Begründung der Ablehnung des Einbürgerungsgesuches der Beschwerdeführenden durch die Bürgergemeinde gegen das durch die Bundesverfassung garantierte Willkürverbot. Nachdem das erste Gesuch der Beschwerdeführenden um Einbürgerung zurückgestellt worden war, hat der Bürgerrat bei der Wiederaufnahme des Verfahrens erneut die Voraussetzungen für eine Einbürgerung abgeklärt und ist zum Schluss gekommen, dass einer solchen grundsätzlich nichts im Wege stehe. Eine Rückweisung würde die Bürgergemeinde in eine

schwierige Lage bringen. Entweder müsste sie – in Nachachtung der vorstehenden Erwägungen – den Beschwerdeführenden das Bürgerrecht erteilen oder sie könnte deren Einbürgerungsgesuch erneut ablehnen, was mit grösster Wahrscheinlichkeit eine erneute Rechtsverletzung darstellen würde (vgl. GVP 2007, S. 273). Bei dieser Rechtslage ist den Beschwerdeführenden das Bürgerrecht der Gemeinde Y. zu erteilen.

...

Regierungsrat, 1. Dezember 2009

## 2. Personalrecht

§ 10 des Personalgesetzes – Öffentliches Personalrecht; rechtliches Gehör. Wenn eine gekündigte Person über den konkreten Inhalt der für die Kündigung relevanten Aktenstücke im Bild war und seine Sicht der Dinge demzufolge in das Kündigungsverfahren einbringen konnte, liegt keine Verletzung des Akteneinsichtsrechts und damit auch keine solche des rechtlichen Gehörs vor. Im öffentlichen Dienstrecht können auch relativ informelle Äusserungsgelegenheiten vor der Kündigung dem verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch genügen, sofern dem Betroffenen klar war, dass er mit einer solchen Massnahme rechnen musste.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

X. war seit dem 1. Januar 1997 beim Hochbauamt des Kantons Zug als Projektleiter angestellt. Am 30. September 2005 wurde er im Rahmen einer Fürsorgerischen Freiheitsentziehung in die Psychiatrische Klinik Oberwil und anschliessend in die Psychiatrische Universitätsklinik Zürich eingewiesen. Am 5. Oktober 2005 verfügte die Baudirektion des Kantons Zug die sofortige Freistellung von X. von seinen Arbeitsverpflichtungen. Am 1. März 2006 teilte die Baudirektion X. mit, dass man unter den gegebenen Umständen eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses in Betracht ziehen müsse. Aufgrund der bekannten und aktenkundigen Vorfälle sei eine weitere Zusammenarbeit mit ihm nicht mehr möglich und ein weniger weit reichender Schluss wäre nicht angemessen. Mit Schreiben vom 4. März 2006 forderte X. die Baudirektion auf, sämtliche Gründe im Einzelnen anzugeben, weshalb sie die Auflösung des Arbeitsverhältnisses beabsichtige und weshalb eine weniger weit gehende Massnahme für sie nicht in Frage komme. Sodann ersuchte er um Zustellung sämtlicher Akten, auf welche die Baudirektion sich bei ihrem anstehenden Entscheid stützen wolle. Mit Schreiben vom 16. März 2006 präziserte die

Baudirektion die Gründe für die in Aussicht genommene Kündigung und verdeutlichte, dass die Verhaltensweise von X. dem Arbeitsverhältnis die Vertrauensgrundlage entzogen habe. Der Schritt hänge nicht mit den Arbeitsleistungen von X. zusammen, weshalb auch allfällige mildere Massnahmen von vornherein keinen Sinn machen würden. Die Baudirektion verfügte am 16. Mai 2006, das Arbeitsverhältnis mit X. werde unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist von vier Monaten per 30. September 2006 aufgelöst. Zwei Wochen nach der Kündigung stellte das Hochbauamt X. das Aktendossier zu. Gegen die Kündigungsverfügung reichte Herr X. am 12. Juni 2006 Beschwerde beim Regierungsrat ein. Er beantragte eine Entschädigung von neun Monatslöhnen infolge missbräuchlicher Kündigung; ihm sei keine vollumfängliche Akteneinsicht vor Erlass der Verfügung vom 16. Mai 2006 gewährt worden. Das Hochbauamt hält dem entgegen, X. habe im Zeitpunkt des rechtlichen Gehörs von allen beweisheblichen Akten Kenntnis gehabt und habe sich dazu äussern können.

Aus den Erwägungen:

...

2.2 Der Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör wird zunächst durch die kantonalen Verfahrensvorschriften umschrieben. Unabhängig davon greifen die aus Art. 29 Abs. 2 BV folgenden Verfahrensregeln zur Sicherung des rechtlichen Gehörs Platz (BGE 134 I 159 E. 2.1.1 S. 161). Gemäss § 10 Abs. 3 des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 1. September 1994 (Personalgesetz, PG; BGS 154.21) ist dem Mitarbeiter vor der Kündigung das rechtliche Gehör zu gewähren. Nach § 16 Abs. 1 des Gesetzes des Kantons Zug vom 1. April 1976 über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG; BGS 162.1) haben die Parteien Anspruch auf Einsicht in die Akten, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Dass sich aus dem kantonalen Recht ein weitergehender Gehörsanspruch als aus Art. 29 Abs. 2 BV ergeben würde, wird nicht behauptet und ist auch nicht ersichtlich.

Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass des Entscheides zur Sache zu äussern, Einsicht in die Akten zu nehmen und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei

einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (BGE 132 II 485 E. 3.2 S. 494; 129 II 497 E. 2.2 S. 504 f., je mit Hinweisen).

Aus Inhalt und Funktion des Akteneinsichtsrechts als Teil des Anspruchs auf rechtliches Gehör folgt nach der Rechtsprechung, dass den Beteiligten grundsätzlich sämtliche beweis erheblichen Akten gezeigt werden müssen, sofern in dem sie unmittelbar betreffenden Entscheid darauf abgestellt wird. Es gehört zum Kerngehalt des rechtlichen Gehörs, dass der Verfügungsadressat vor Erlass eines für ihn nachteiligen Verwaltungsaktes zum Beweisergebnis Stellung nehmen kann. Das Akteneinsichtsrecht ist somit eng mit dem Äusserungsrecht verbunden, gleichsam als Vorbedingung. Der Rechtssuchende kann sich nur dann wirksam zur Sache äussern und geeignete Beweise führen oder bezeichnen, wenn ihm die Möglichkeit eingeräumt wird, die Unterlagen einzusehen, auf welche sich die Behörde bei ihrer Verfügung gestützt hat (BGE 132 V 387 E. 3.1 S. 388 f. mit Hinweisen).

Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich auf sämtliche verfahrensbezogenen Akten, die geeignet sind, Grundlage des Entscheids zu bilden. Die Akteneinsicht ist demnach auch zu gewähren, wenn die Ausübung des Akteneinsichtsrechts den Entscheid in der Sache nicht zu beeinflussen vermag. Die Einsicht in die Akten, die für ein bestimmtes Verfahren erstellt oder beigezogen wurden, kann demnach nicht mit der Begründung verweigert werden, die fraglichen Akten seien für den Verfahrensausgang belanglos. Es muss vielmehr dem Betroffenen selber überlassen sein, die Relevanz der Akten zu beurteilen (BGE 132 V 387 E. 3.2 S. 389, mit Hinweisen).

Bei der Akteneinsicht ist zwischen der gegenwärtigen Prüfung, d.h. ob dem fraglichen Akt im aktuellen Verfahren Beweischarakter zuzuschreiben ist oder nicht, und der nachträglichen Prüfung, – etwa im Beschwerdeverfahren –, d.h. ob die Behörde durch Nichtvorlegung des fraglichen Aktenstücks eine Gehörsverweigerung begangen hat, zu unterscheiden. Steht eine nachträgliche Prüfung zur Diskussion und stellt die Behörde fest, dass der fragliche Akt im vorinstanzlichen Verfahren objektiv nicht als Entscheidungsgrundlage in Frage kam, kann eine Gehörsverletzung verneint werden (Michele Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, 2000, S. 228).

Einblick zu gewähren ist prinzipiell auch in Aktenstücke, deren Inhalt dem Gesuchsteller bekannt ist. Die Behörde kann grundsätzlich nicht ein beweis erhebliches Aktenstück von der Einsicht mit der Begründung ausnehmen, dass dessen Inhalt dem Betroffenen bekannt ist. Bestehen keine konkreten, objektiven Anhaltspunkte,

dass der Betroffene über den konkreten Inhalt des Aktenstückes im Bild ist, so ist ihm das Dokument grundsätzlich zur Einsicht vorzulegen (Urteil des Bundesgerichts vom 23. Februar 1977 E. 2b/aa, in: ZBI 78/1977 S. 376). Verfügt hingegen der Betroffene über ein Exemplar desselben, erweist sich eine Einsichtsgewährung im fraglichen Akt an sich generell als unnötig (Albertini, a.a.O., S. 228).

...

2.4 Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses erfolgte vorliegend mit der Begründung, aufgrund der bekannten und aktenkundigen Vorfälle (bedauerliche private Probleme, welche zu einem vollkommen negativen Bild von Justiz und Verwaltung geführt hätten; Äusserungen, in denen ein gewisses Verständnis für den Attentäter A. gezeigt wurde; offene und unterschwellige Drohungen, die dem Arbeitsverhältnis die Vertrauensgrundlage entzogen hätten) sei eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr möglich. Rechtsrelevant sind deshalb diejenigen Aktenstücke, welche sich auf die genannten Kündigungsgründe beziehen.

Unter den erst nach der Kündigung dem Beschwerdeführer zur Einsicht vorgelegten Akten befindet sich unter anderen das Personaldossier des Beschwerdeführers, welches alle Unterlagen in Bezug auf die Begründung seines Arbeitsverhältnisses, seine Arbeitsleistungen, seine Absenzen, seine Zeugnisse und ähnliches enthält. Da indessen die Kündigung nicht mit schlechten Arbeitsleistungen des Beschwerdeführers begründet wurde, sind diese Aktenstücke für das vorliegende Verfahren entgegen der vom Beschwerdeführer vertretenen Auffassung nicht relevant. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer teilweise schon zu einem früheren Zeitpunkt Einsicht in diese Akten genommen hatte.

Massgebend sind vielmehr diejenigen Akten, auf welche die Baudirektion bei ihrem Entscheid vom 16. Mai 2006 abgestellt hatte. Es handelt sich somit um diejenigen Aktenstücke, welche sich auf den Vorfall vom 30. September 2005, der zur Einweisung des Beschwerdeführers in die psychiatrische Klinik führte, beziehen.

Nach der für das Bundesgericht verbindlichen Sachverhaltsdarstellung der Vorinstanz wurden nachträglich die Aktennotiz des Kantonsbaumeisters vom 1. Oktober 2005 über die Vorfälle vom 30. September 2005, eine Kopie einer E-Mail von B. an C. vom 10. Dezember 2003, worin dieser seine Sorge über den Zustand des Beschwerdeführers zum Ausdruck brachte, sowie eine E-Mail von B. an den Kantonsbaumeister vom 3. Oktober 2005, die Fragen zum weiteren Vorgehen aufwarf, zur Einsicht vorgelegt. Wie die Vorinstanz zu Recht erwog, sind die beiden letzteren

Aktenstücke für das vorliegende Verfahren nicht von Relevanz. Hingegen kam der Aktennotiz des Kantonsbaumeisters vom 1. Oktober 2005 bei der Kündigung entscheidende Bedeutung zu. Der Beschwerdeführer stellt nicht in Abrede, dass ihm dieses Aktenstück aus dem FFE-Verfahren vor dem Bezirksgericht Zürich und vor dem Untersuchungsrichteramt Zug bekannt war. Er wies denn auch in seiner Stellungnahme zu den Kündigungsschreiben vom 13. April 2006 an die Baudirektion darauf hin, dass ihm «die vertrauliche Aktennotiz des Kantonsbaumeisters» vorliege. Unter diesen Umständen erscheint es aber nicht verfassungswidrig, wenn die Baudirektion auf die Herausgabe der fraglichen Aktennotiz des Kantonsbaumeisters vom 1. Oktober 2005 im damaligen Zeitpunkt verzichtete. Der Beschwerdeführer war über den konkreten Inhalt des fraglichen Dokuments im Bild und konnte demzufolge seine Sicht der Dinge in das Kündigungsverfahren einbringen. Aufgrund der beiden Schreiben der Baudirektion, die ihm die einzelnen Kündigungsgründe detailliert aufzeigten, musste ihm auch klar sein, dass die Umstände im Zusammenhang mit dem Vorfall vom 30. September 2005, welche in der fraglichen Aktennotiz beschrieben waren, für die geplante Auflösung des Arbeitsverhältnisses von entscheidender Bedeutung waren. Es wurde dem Beschwerdeführer auch Gelegenheit eingeräumt, zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen Stellung zu nehmen, was er mit Eingaben vom 4. März 2006, 13. April 2006 und 29. April 2006 auch tat. Eine Verletzung des Akteneinsichtsrechts und damit des rechtlichen Gehörs im Sinne von § 10 Abs. 3 Personalgesetz liegt somit nicht vor. Hinzu kommt, dass bereits am 20. Januar 2006 im Rahmen eines Gesprächs zwischen dem Vertreter des Beschwerdeführers und der Leiterin des Personalamts sowie dem Kantonsbaumeister eine allfällige Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Betracht gezogen worden war. Im öffentlichen Dienstrecht können auch relativ informelle Äusserungsgelegenheiten vor der Kündigung dem verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch genügen, sofern dem Betroffenen klar war, dass er mit einer solchen Massnahme zu rechnen hatte (Urteile des Bundesgerichts 1C\_103/2007 vom 7. Dezember 2007 E. 5.3; 2P.275/2005 vom 1. März 2006 E. 2.1).

BGer 1C\_560/2008 vom 6. April 2009, in Bestätigung des RRB vom 1. Mai 2007 sowie des Urteils des Verwaltungsgerichts vom 31. Oktober 2008

§§ 10, 13 und 16 des Personalgesetzes; Art. 5 des Gleichstellungsgesetzes – Öffentliches Personalrecht; rechtliches Gehör. Die Fortführung des Arbeitsverhältnisses mit der Beschwerdeführerin konnte für die Beschwerdegegnerin nicht als unzumutbar betrachtet werden. Somit war kein wichtiger Grund gegeben, der eine ausserordentliche Entlassung im Grundsatz gerechtfertigt hätte. Mithin hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf Ersatz dessen, was sie verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist und des Kündigungstermins beendet worden wäre. Die Beschwerdegegnerin kündigte der Beschwerdeführerin unter anderem wegen Erhebung von Vorwürfen. Diese Kündigung kann nur als «Rachekündigung» betrachtet werden, weshalb sie bereits unter diesem Gesichtspunkt missbräuchlich war. Eine überaus kurze Frist für eine Stellungnahme zu einer angedrohten Kündigung ist für eine gehörige Wahrung des Äusserungsrechts der Beschwerdeführerin nicht angemessen und hält vor dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör nicht stand. Der Entscheid der Beschwerdegegnerin (Gemeinde) wurde deshalb unter Missachtung des rechtlichen Gehörs gefällt. Ist eine Entlassung bereits vor der Erteilung des rechtlichen Gehörs beschlossene Sache, ist auch dies als Missachtung des rechtlichen Gehörs zu beurteilen. Äussert ein Mitarbeiter der Beschwerdegegnerin über eine Mitarbeiterin, diese sei «so en heissi Stute», so ist dies als sexuelle Belästigung zu taxieren.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Am 26. Oktober 2006 wurde Frau R. informiert, dass eine Weiterbeschäftigung von ihr in Folge des veränderten Leistungsauftrages der neu entstehenden Arbeitsstelle aufgrund ihrer Ausbildung und Erfahrung nicht möglich sei. Auch weniger weit reichende Massnahmen könnten keine Anwendung finden. Frau R. wurde eine Aufhebungsvereinbarung vorgelegt. Binnen einer Woche lehnte Frau R. die von der Gemeinde vorgeschlagene Aufhebungsvereinbarung ab und unterbreitete ihrerseits eine Aufhebungsvereinbarung. Am 8. November 2006 bestritt Frau R. den Kündigungsgrund und erklärte, es handle sich dabei um eine reine Schutzmassnahme in Bezug auf Herrn G. Dieser habe sie gemobbt und sexuell belästigt. Auf dieser Ebene basiere auch ihre Forderung der Abgangschädigung. Frau R. machte geltend, Herr G. habe seit ihrer Anstellung regelmässig und immer wieder schlecht über Frauen gesprochen habe, im Speziellen über seine Exfrau und seine aktuelle, neue Freundin. Im Jahre 2004 sei die erste konkrete Äusserung gegenüber der Beschwerdeführerin erfolgt: «Als ich dich das erste Mal sah, hat es mich fast umgehauen, denn ich stehe total auf grosse Frauen.» Im Jahr 2005 habe Herr G. vor allen anwesenden Mitarbeitern anlässlich eines Geschäftsausfluges, als die Beschwerdeführerin gerade den Tisch verlassen habe, bemerkt, dass die Beschwerdeführerin

«so en heissi Stute» sei. Im Frühjahr 2006 habe Herr G. eine Mitarbeiterin gefragt, ob «Frau R. wohl gut im Bett sei». Weil Frau R. nie auf die deutlichen Avancen von Herrn G. eingegangen sei, sondern ihn im Gegenteil klar und auch vor anderen Personen zurückgewiesen habe, müsse sie heute davon ausgehen, dass die Kündigung vom 26. Oktober 2006 damit in engem Zusammenhang stehe. Auf den 27. November 2006 wurde Frau R. zu einer Stellungnahme eingeladen. Anlässlich dieser Sitzung wurde Frau R. vorgeworfen, dass sie den Vorwurf der sexuellen Belästigung gegenüber Herrn G. just in dem Moment vorgebracht habe, in welchem sie mit der Arbeitgeberin über eine Aufhebungsvereinbarung verhandelt habe. Die Arbeitgeberin erachte es als treuwidrig, diese schwerwiegenden Vorwürfe an ein Kadermitglied zu diesem Zeitpunkt zu erheben. Mit Schreiben vom 4. Dezember 2006 wurde Frau R. fristlos gekündigt.

Aus den Erwägungen:

## I. **Beschwerde betreffend Kündigung/fristlose Kündigung**

...

3.3. Gemäss § 13 Abs. 1 des gemeindlichen Personalreglements (nachfolgend: PR) kann beim Vorliegen wichtiger Gründe, welche eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben unzumutbar machen, das Arbeitsverhältnis beidseitig ohne Einhaltung der Kündigungsfristen und Kündigungstermine bzw. der festen Vertragsdauer aufgelöst werden. Gemäss § 14 PR besteht bei fristloser Entlassung ohne wichtigen Grund Anspruch auf Ersatz dessen, was die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist und des Kündigungstermins oder durch Ablauf der Vertragsdauer eines befristeten Arbeitsverhältnisses beendet worden wäre (Abs. 1). An diesen Schadenersatz wird angerechnet, was die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart sowie durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat (Abs. 2). Der Anspruch auf Schadenersatz besteht unabhängig von einem allfälligen Anspruch auf Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung (Abs. 3).

Das Personalreglement lehnt sich bei der Formulierung der Voraussetzungen, welche eine fristlose Auflösung des öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses rechtfertigen, an die in Art. 337 Abs. 2 OR genannten wichtigen Gründe für die fristlose Auflösung privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse an, weshalb bei der Frage, ob der kündigenden Partei die Fortführung des Arbeitsverhältnisses zugemutet werden darf, die zu Art. 337 Abs. 1 und 2 OR entwickelte Praxis angemessen berücksichtigt

werden kann. Unzumutbar ist die Fortsetzung des Arbeitsvertrages demnach, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien derart gestört ist, dass die sofortige und fristlose Auflösung als einziger Ausweg erscheint, d.h. wenn dem Arbeitgeber nicht mehr zugemutet werden kann, das Arbeitsverhältnis durch ordentliche Kündigung aufzulösen. Nach der Rechtsprechung rechtfertigen nur besonders schwere Verletzungen der Arbeits- oder Treuepflicht eine solche Kündigung. Leichtere Vertragsverletzungen rechtfertigen eine fristlose Kündigung nur, wenn sie trotz Abmahnung wiederholt vorkommen (Urteil des Bundesgerichts vom 30. November 2000, 4C.244/2000, mit Hinweisen; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, N 2 zu Art. 337 OR). Die Tatbestände, welche eine fristlose Entlassung des Arbeitnehmers zulassen, lassen sich dabei in fünf Gruppen zusammenfassen (vgl. Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 5 zu Art. 337 OR): (a) Begehung eines Vergehens oder Verbrechens während der Anstellung, soweit die Vertrauenswürdigkeit dahingefallen ist. (b) Andere, die persönliche Integrität des Arbeitnehmers schwer herabmindernde Umstände. (c) Falsche Angaben bei der Stellensuche über Fähigkeiten und Kenntnisse, Examen und Ausbildungsgänge, soweit die zugewiesene Stelle auf die behaupteten Fähigkeiten Bezug nahm. (d) Pflichtverletzungen und andere Unkorrektheiten am Arbeitsplatz, wobei es hier oft einer vorgängigen Verwarnung bedarf. Hierhin gehören auch Übergriffe auf Dritte; zum Teil genügen auch andere Verletzungen der Treuepflicht, so insbesondere die beharrliche Missachtung von berechtigten Weisungen des Arbeitgebers trotz Abmahnung und Klarheit der Weisungen. (e) Illoyalitäten gegenüber dem Arbeitgeber ausserhalb des Arbeitsplatzes.

3.4. Das von der Beschwerdegegnerin vorgebrachte Argument, die Beschwerdeführerin habe keine sexuelle Belästigung belegen können, so dass deren entsprechende Behauptungen nur der Auszahlung einer völlig überhöhten Abgangsschädigung hätten dienen sollen, kann nicht gehört werden: Wie nachfolgend noch zu zeigen sein wird (vgl. E. III.1. – E. III.2.6.), wurde die Beschwerdeführerin von Herrn G. tatsächlich sexuell belästigt. Es kann der Beschwerdeführerin also nicht vorgeworfen werden, sie habe mit ihren Behauptungen der sexuellen Belästigung lediglich die Beschwerdegegnerin zu immensen Zahlungen nötigen wollen. Im Gegenteil ist es unverständlich, dass die Vorgesetzten von Herrn G. keine personalrechtlichen Massnahmen gegen diesen eingeleitet haben. Die Vorwürfe der sexuellen Belästigung seitens der Beschwerdeführerin vermögen mithin keine fristlose Entlassung zu rechtfertigen.

Der von der Beschwerdegegnerin genannte angebliche Vertrauensbruch, wonach die Beschwerdeführerin das anlässlich der Besprechung vom 8. November 2006

explizit vereinbarte Stillschweigen gebrochen habe, ist ebenfalls unbehelflich: Die Beschwerdeführerin erklärte an der Parteibefragung, es sei betreffend den Inhalt der Sitzung vom 8. November 2006 nie Stillschweigen vereinbart worden. Allenfalls sei dies erwähnt worden, jedoch habe sie nie eingewilligt. Zwar erklärte der Zeuge K., es sei mündlich Stillschweigen vereinbart worden. Er musste jedoch zugestehen, dass es dafür keinerlei Beweise gibt. Insbesondere wurde von der fraglichen Besprechung auch kein Protokoll erstellt. Kann aber nicht nachgewiesen werden, dass eine Stillschweige-Vereinbarung unmissverständlich und klar formuliert wurde, so kann ein angebliches Brechen einer solchen Vereinbarung auch keine fristlose Entlassung rechtfertigen. Darüber hinaus wäre in einem solchen Fall vor einer fristlosen Kündigung eine Abmahnung nötig. Eine Verwarnung fand jedoch nicht statt, wie Zeuge K. bestätigte.

Schliesslich kann auch der Vorhalt der Beschwerdegegnerin, die Beschwerdeführerin habe unanständige, ehrenrührige und unzutreffende Vorwürfe gegen die Leitung Personal erhoben, nicht gehört werden: Im fraglichen zweiseitigen Schreiben der Beschwerdeführerin an die Beschwerdegegnerin vom 20. November 2006 moniert letztere die Passage, dass Herr G. und Zeuge K., «wie man weiss, ähnliche Einstellungen bezüglich Frauen» haben; deshalb habe Zeuge K. in den Ausstand zu treten. Eine solche Bemerkung in einem Schreiben an die Arbeitgeberin vermag keine Verletzung der Treuepflicht darzustellen, welche eine fristlose Entlassung rechtfertigen würde, erst recht nicht ohne Abmahnung.

Auch die Gesamtheit der angeblichen Verfehlungen der Beschwerdeführerin vermögen an dieser Beurteilung, wonach eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses für die Beschwerdegegnerin nicht als unzumutbar betrachtet werden kann, nichts zu ändern.

Somit war kein wichtiger Grund gegeben, der eine ausserordentliche Entlassung im Grundsatz gerechtfertigt hätte; die fristlose Entlassung der Beschwerdeführerin erfolgte ungerechtfertigterweise. Entsprechend erübrigt sich die Prüfung, ob die fristlose Auflösung umgehend bzw. innert angemessener Frist erklärt worden sei.

3.5. Mithin hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf Ersatz dessen, was sie verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist und des Kündigungstermins beendet worden wäre. Sie soll also gleich gestellt werden, wie wenn gar keine fristlose Kündigung ausgesprochen worden wäre. Deshalb hat sie neben dem Lohn auch alle Nebenleistungen zugute (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 2 zu Art. 337c OR). An diesen Schadenersatz hat sich die Beschwerdeführerin

anrechnen zu lassen, was sie durch anderweitige Arbeit verdient bzw. von der Arbeitslosenversicherung erhalten hat. Obwohl nicht mehr Lohn-, sondern Schadenersatzanspruch, sind die Ansprüche gemäss § 14 Abs. 1 PR durch Zahlungen der Arbeitslosenversicherung gedeckt. Im Umfange der Zahlung von Arbeitslosengeldern gehen die Ansprüche des zu Unrecht Entlassenen von Gesetzes wegen auf die Kasse über (Art. 29 Abs. 2 des Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG; SR 837.0). Ficht der Arbeitnehmer die fristlose Entlassung gerichtlich an, so kann er bei Auszahlung von Arbeitslosengeldern nur noch den Rest einklagen. Die Arbeitslosenkasse kann dem Prozess beitreten (teilweiser Parteiwechsel). Ist die Arbeitslosenkasse teilweise in die Ansprüche eingetreten, so sind nicht nur die ausbezahlten Taggelder, sondern die ALV-Bruttoentschädigung vom Restlohn abzuziehen. Die Arbeitslosenkasse muss ihrerseits den von ihr ausbezahlten Teil der Lohnforderung einklagen, da eine Rückzession von der Kasse auf den Arbeitnehmer gestützt auf das Arbeitslosenversicherungsgesetz ausgeschlossen ist (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 11 zu Art. 337c OR).

Bei der Berechnung des Schadenersatzes ist zu berücksichtigen, dass dieser der Prämienpflicht für die Sozialabzüge unterstellt ist; somit sind davon die Beiträge abzuziehen für AHV/IV, ALV, NBU und EO. Der Arbeitgeber hat sie zu verdoppeln und den entsprechenden Sozialwerken einzubezahlen. Nur diese Lösung ersetzt dem Arbeitnehmer den ganzen Schaden aus der fristlosen Kündigung, einschliesslich der erlittenen Einbussen auf seinem individuellen AHV-Konto. Nicht vom Schadenersatz in Abzug zu bringen sind dagegen die Prämien für die berufliche Vorsorge. Das Vorsorgeverhältnis ist mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses, also mit der fristlosen Entlassung, zu Ende gegangen. Der aus dem entgangenen Arbeitgeberbetrag entstandene Schaden muss vom Arbeitnehmer zusätzlich als Schadensposition eingeklagt werden (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N 15 zu Art. 337c OR).

Mithin berechnet sich der der Beschwerdeführerin zustehende Schadenersatz wie folgt: ...

Die Arbeitslosenkasse des Kantons Y. hat der Beschwerdeführerin unbestrittenermassen ... Arbeitslosenentschädigung über Fr. x netto ausbezahlt. Die Beschwerdegegnerin ist zu verpflichten, der Arbeitslosenkasse des Kantons Y. diesen Betrag zu erstatten.

...

4.2. Eine Kündigung seitens der Gemeinde ist gemäss § 11 PR unter anderem missbräuchlich, wenn sie sich nicht auf sachliche Gründe stützen lässt, insbesondere wenn sie ausgesprochen wird (a) wegen einer persönlichen Eigenschaft oder wegen der Ausübung verfassungsmässiger Rechte, es sei denn, die Eigenschaft oder die Rechtsausübung beeinträchtigt wesentlich die Erfüllung der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis oder die Zusammenarbeit mit anderen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern; (b) um die Entstehung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis und deren Geltendmachung nach Treu und Glauben zu erschweren oder zu verunmöglichen.

4.3. Das Personalreglement lehnt sich bei der Formulierung der Voraussetzungen, welche eine Auflösung des öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses als missbräuchlich erscheinen lassen, an die in Art. 336 Abs. 1 OR genannten Gründe, weshalb bei der Frage, ob eine Kündigung missbräuchlich ist, die zu Art. 336 Abs. 1 OR entwickelte Praxis angemessen berücksichtigt werden kann. Missbräuchlich ist eine Kündigung demnach unter anderem, wenn es sich um eine so genannte «Rachekündigung» handelt. Die Praxis behandelt unter diesem Punkt auch Kündigungen, welche in Verletzung vertraglicher Pflichten des Arbeitgebers erfolgen, so insbesondere von Art. 328 OR z.B. bei ungenügender Abklärung von Vorwürfen (Streff/von Kaenel, a.a.O., N 8 zu Art. 336 OR).

4.4. Wie nachfolgend noch zu zeigen sein wird (vgl. E. III.1. – E. III.2.6.), wurde die Beschwerdeführerin von Herrn G. tatsächlich sexuell belästigt. Auf entsprechende Vorwürfe hin nahm die Beschwerdegegnerin jedoch keine spezifischen, expliziten Abklärungen vor. Zur Begründung wurde an der Parteibefragung angeführt, für solche Abklärungen hätte es keine Veranlassung gegeben. Aus dem Verhalten der Beschwerdeführerin im Vorfeld und auch aus der Art, wie sie den Umgang mit den Mitarbeitenden und im Speziellen auch mit Herrn G. gepflegt habe, sei klar gewesen, dass keine sexuelle Belästigung vorgelegen habe. Auch wurde die Beschwerdeführerin nie von einer neutralen Person betreffend ihre Vorwürfe angehört. Auf die Frage, ob die Einwohnergemeinde X. Massnahmen zur Verhinderung von sexueller Belästigung am Arbeitsplatz getroffen habe, erklärte W., handelnd für die Beschwerdegegnerin, die Einwohnergemeinde X. habe solche Massnahmen getroffen, indem nur Leute eingestellt würden, welche dies nicht machen würden; auch dies zeigt die unbesorgte, um nicht zu sagen besorgniserregende Haltung der Beschwerdegegnerin in diesem Bereich. Da die Beschwerdegegnerin die von der Beschwerdeführerin erhobenen Vorwürfe nicht ernst nahm und sich nicht auch nur ansatzweise um deren objektive Klärung bemühte, sondern vielmehr die Beschwerdeführerin aufgrund von deren Vorwürfen entliess, verletzte erstere ihre arbeitgeberrechtliche

Fürsorgepflicht. In der Folge kündigte die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin unter anderem wegen Erhebung der genannten Vorwürfe. Diese Kündigung kann nur als «Rachekündigung» betrachtet werden, weshalb sie bereits unter diesem Gesichtspunkt missbräuchlich war (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.215/2005 vom 20. Dezember 2005, E. 5.1).

Hier sei angefügt, dass es der Beschwerdegegnerin zwar unbenommen war, vorerst Herrn G. Glauben zu schenken. Nur hätte sie diese «Unschuldsvermutung» selbstverständlich auch gegenüber der Beschwerdeführerin gelten lassen müssen. Solange Aussage gegen Aussage stand, hätte die Beschwerdegegnerin nicht zum Mittel der Kündigung – und schon gar nicht der fristlosen Entlassung – greifen dürfen, es sei denn, sie nahm bewusst in Kauf, dass sich diese im Nachhinein als ungerechtfertigt erweisen würde (Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 30. September 1998, in: ZR 99/2000, S. 286).

4.5. Vor der ordentlichen (vgl. § 8 Abs. 3 PR) wie vor der fristlosen Kündigung des öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ist den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern das rechtliche Gehör zu gewähren, und die Kündigung ist zu begründen (§ 13 Abs. 2 PR). Die Kündigung ist gemäss § 11 PR unter anderem dann missbräuchlich, wenn Verfahrensvorschriften verletzt wurden.

4.6. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV ist prozessorientiert auf die Entscheidungsfindung im Einzelfall hin ausgerichtet und gewährleistet effektive Mitwirkung der Betroffenen im Verfahren. Das rechtliche Gehör ist einerseits ein persönlichkeitsbezogenes Verfahrensrecht der Beteiligten und schützt vor Herabminderung zum blossen Verfahrensobjekt. Andererseits ist es ein Mittel der Sachaufklärung, dient der optimalen Aufarbeitung der relevanten Entscheidungsgrundlagen und ermöglicht im Rahmen des Verfahrensrechts die Einführung der Sicht der Betroffenen. Der Anspruch ergibt sich allein aus dem Verfahren heraus und gilt vorbehaltlos. Inhalt und Umfang des Gehörsanspruchs sind nicht abstrakt zu umschreiben, sondern am Anspruch auf wirksame Mitwirkung anhand konkreter tatsächlicher und rechtlicher Gegebenheiten nach Fallgruppen und im Einzelfall zu konkretisieren. Das rechtliche Gehör umfasst verschiedene Teilgehalte, stellt eine Minimalgarantie dar und wird durch das Verfahrensrecht im Einzelnen umschrieben (Steinmann, in: Ehrenzeller/Matronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 21 zu Art. 29 BV, mit weiteren Hinweisen). Die einzelnen Teilgehalte – Anspruch auf Orientierung, Äusserung, Teilnahme am Beweisverfahren und Begründung – konkretisieren das Recht auf wirksame Partizipation im Hinblick auf den unmittelbaren

Prozess der Entscheidungsfindung und sind trotz ihrer unterschiedlichen Aspekte als Einheit zu verstehen (Steinmann, a.a.O., N 23 zu Art. 29 BV). Der Anspruch auf rechtliches Gehör räumt den Betroffenen das Recht ein, sich vor Erlass eines in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheides zur Sache (zumindest schriftlich) zu äussern (Steinmann, a.a.O., N 25 zu Art. 29 BV).

Die Garantie eines fairen Verfahrens konkretisiert sich unter anderem im Anspruch des Betroffenen, sich zu allen wesentlichen Punkten in einem Verfahren vorgängig zu äussern und von den Behörden alle dazu notwendigen Informationen zu erhalten (vgl. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, S. 520). Bevor die Behörde eine Anordnung trifft, muss sie den Betroffenen davon in Kenntnis setzen, damit er sich dazu äussern kann (konstante Rechtsprechung; statt vieler vgl. BGE 122 II 274 ff).

Aus der Bundesverfassung wird kein allgemeiner Anspruch abgeleitet, welcher der Behörde verbieten würde, dem Betroffenen eine bestimmte Äusserungsfrist einzuräumen. Jedenfalls verletzt die Ansetzung einer Äusserungsfrist durch die Behörde nicht den grundrechtlichen Gehörsanspruch. Die Rechtzeitigkeit der Äusserung kann unmittelbar durch gesetzliche oder durch behördlich angesetzte Fristen gewährleistet sein. Dadurch will man dem Interesse eines geordneten Verfahrensganges Rechnung tragen. Grundsätzlich soll aber davon ausgegangen werden, dass die Frist angemessen sein muss, d.h. so bemessen, dass sie den Betroffenen eine gehörige Wahrung ihres Äusserungsrechts – gegebenenfalls unter Beizug einer Rechtsvertreterin oder eines Rechtsvertreters – ermöglicht. Den Betroffenen soll hinreichend Zeit eingeräumt werden, um eine fundierte Stellungnahme zur Sache einreichen zu können: Bei der schriftlichen Ausübung des Äusserungsrechts muss die Frist genügend lang gesetzt werden, damit den Betroffenen hinreichend Zeit verbleibt, um die Eingabe vorzubereiten und zu redigieren. Massgebend für die Fristbemessung sollen die konkreten Fallumstände sein. Ins Gewicht fallen insbesondere die Komplexität des konkreten Themenkreises sowie die allfällige Dringlichkeit der zu treffenden Massnahmen (vgl. Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss. Bern 2000, S. 341 f.). Werden der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer nicht vor der im Rahmen des rechtlichen Gehörs stattfindenden Anhörung die detaillierten Kündigungsgründe bekannt gegeben, so ist der Verfügungsadressatin oder dem Verfügungsadressaten somit nach der Anhörung genügend – und entsprechend mehr – Zeit einzuräumen, sich schriftlich zu den Vorhaltungen vernehmen zu lassen.

4.7. In casu wurde die Beschwerdeführerin mit Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 15. November 2006 auf den 27. November 2006 zu einem «Rechtlichen Gehör in Sachen Anstellungsverhältnis Frau R.» eingeladen. Weitere Informationen enthielt dieses Schreiben nicht. In der Folge verfasste die Beschwerdeführerin am 20. November 2006 eine schriftliche vorgängige Stellungnahme zuhanden der Beschwerdegegnerin. Anlässlich des rechtlichen Gehörs vom 27. November 2006 verlas W. das von der Beschwerdegegnerin vorbereitete schriftliche Protokoll und erklärte unter anderem, dass der Gemeinderat von X. eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit Frau R. erwäge. Die persönliche Befragung der Parteien sowie die Zeugenbefragung von Zeuge K. ergaben, dass der Beschwerdeführerin im Vorfeld des rechtlichen Gehörs nicht mitgeteilt wurde, dass es sich um das rechtliche Gehör in Bezug auf eine fristlose Kündigung handle. Im Anschluss an das Verlesen des vorbereiteten Dokuments durch W. wurde der Beschwerdeführerin und deren Vertrauensperson eine Stunde Zeit gegeben, um ihre Stellungnahme schriftlich festzuhalten, wobei die Beschwerdeführerin im Vorfeld wiederum nicht darauf vorbereitet worden war, bei der Anhörung eine schriftliche Stellungnahme verfassen zu müssen.

Ein solches Vorgehen der Behörden kann im Lichte des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht hingenommen werden. Eine dermassen kurze Frist war der für eine gehörige Wahrung des Äusserungsrechts der Beschwerdeführerin nicht angemessen und hält vor dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör nicht stand. Der Entscheid der Beschwerdegegnerin wurde deshalb unter Missachtung des rechtlichen Gehörs gefällt.

Im Übrigen war die Entlassung der Beschwerdeführerin offenbar bereits vor der Erteilung des rechtlichen Gehörs am 27. November 2006 beschlossene Sache, wurde doch in der «Personal Info» vom xx schon mitgeteilt, die Beschwerdeführerin werde die Gemeinde X. verlassen. Auch dieses Vorgehen ist als Missachtung des rechtlichen Gehörs zu beurteilen.

Fraglich ist, ob die Verletzung des rechtlichen Gehörs im vorliegenden Rechtsmittelverfahren geheilt werden kann. Das ist jedoch mit Rücksicht auf § 11 PR und § 13 des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 1. September 1994 (Personalgesetz, PG; BGS 154.21) vorliegend nicht der Fall. Gemäss vorerwähnten Bestimmungen ist eine Kündigung u.a. dann missbräuchlich, wenn Verfahrensvorschriften verletzt wurden. Auffallend ist, dass der Gesetzgeber in dieser Bestimmung nicht von «grobem Verfahrensmangel» (vgl. dazu § 24 Absatz 2 VRG) spricht, sondern jede Verletzung von Verfahrensvorschriften als Tatbestand genügen

lässt. Damit bringt der Gesetzgeber unmissverständlich zum Ausdruck, dass in personalrechtlichen Verfahren die relevanten Verfahrensvorschriften in jedem Fall vollständig und umfassend einzuhalten sind und es nicht angehen kann, eine allfällige – in Lehre und Rechtsprechung überdies umstrittene – Heilung der Verletzung des Anspruches auf rechtliches Gehör durch die Rechtsmittelinstanz anzunehmen.

Die Kündigung ist damit missbräuchlich und löst die in § 12 PR und § 14 PG statuierten Rechtsfolgen aus. Die Gemeinde hat daher die rechtlichen Folgen der missbräuchlichen Kündigung zu tragen.

4.8. Eine missbräuchliche Kündigung begründet gemäss § 12 PR Anspruch auf Entschädigung (Abs. 1). Die Entschädigung beträgt vom 1. bis 3. Dienstjahr drei Monatsgehälter, für jedes weitere Dienstjahr ein zusätzliches Monatsgehalt, höchstens jedoch neun Monatsgehälter. Ein angefangenes zählt dabei als volles Dienstjahr. Bemessungsgrundlage ist das im Zeitpunkt der Kündigung massgebende Jahresgehalt einschliesslich Teuerungszulage, Sozialzulage sowie Treue- und Erfahrungszulage (Abs. 2). Ein allfälliger Anspruch auf Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung besteht dabei unabhängig vom Anspruch auf Schadenersatz (vgl. § 14 Abs. 3 PR).

Die Beschwerdeführerin befand sich bei Ablauf der Kündigungsfrist Ende März 2007 im vierten Dienstjahr, weshalb ihr vier Monatsgehälter als Entschädigung zuzusprechen sind (§ 12 Abs. 2 PR). ...

...

## II. Beschwerde betreffend Gesuch um Entschädigung gemäss Art. 5 GIG

...

2.2. Gemäss Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 (Gleichstellungsgesetz, GIG; SR 151.1) dürfen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden, namentlich nicht unter Berufung auf den Zivilstand, auf die familiäre Situation oder, bei Arbeitnehmerinnen, auf eine Schwangerschaft (Diskriminierungsverbot). Diskriminierend ist gemäss Art. 4 GIG jedes belästigende Verhalten sexueller Natur oder ein anderes Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit, das die Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz

beeinträchtigt (Diskriminierung durch sexuelle Belästigung). Bei einer Diskriminierung durch sexuelle Belästigung kann das Gericht oder die Verwaltungsbehörde der betroffenen Person gemäss Art. 5 Abs. 3 GIG eine Entschädigung zusprechen, wenn die Arbeitgeberinnen oder die Arbeitgeber nicht beweisen, dass sie Massnahmen getroffen haben, die zur Verhinderung sexueller Belästigungen nach der Erfahrung notwendig und angemessen sind und die ihnen billigerweise zugemutet werden können. Die Entschädigung ist unter Würdigung aller Umstände festzusetzen und wird auf der Grundlage des schweizerischen Durchschnittslohns errechnet.

Hervorstechendes Wesensmerkmal jeder sexuellen Belästigung ist der Angriff auf die Persönlichkeit der betroffenen Person, namentlich auf ihre sexuelle Freiheit und Würde. Das Recht der sexuellen Freiheit umfasst das Recht auf absoluten Respekt der Intimsphäre (Kaufmann, in: Kaufmann/Steiger-Sackmann, Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009, N 17 zu Art. 4 GIG; Vögeli, Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, Diss. Chur/Zürich 1996, S. 52). Unbestrittenes Merkmal der sexuellen Belästigung ist ihre sexuelle Komponente. Frauenverachtende Bemerkungen oder sexistische Witze, die keinen Bezug zum Sexuellen herstellen, können zwar Persönlichkeitsverletzungen und Geschlechterdiskriminierungen darstellen, die auch vom Geltungsbereich des Gleichstellungsgesetzes erfasst werden, fallen jedoch nicht unter den Begriff der sexuellen Belästigung (Kaufmann, a.a.O., N 19 zu Art. 4 GIG; Vögeli, a.a.O., S. 51 f.; Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 30. September 1998, a.a.O., S. 283). Die Schaffung einer feindseligen Arbeitsatmosphäre stellt eine Form der sexuellen Belästigung dar. Hierbei gelten zum einen das von der betroffenen Person als unerwünscht und ungewollte Verhalten des Belästigers und zum andern die dadurch objektiv geschaffene und vom Opfer auch als solche subjektiv empfundene, feindselige und missbräuchliche Arbeitsatmosphäre als entscheidende Faktoren. Bei der Beurteilung der Schwere der Belästigung ist die Optik der Betroffenen, nicht jene des Belästigers zu berücksichtigen. Der Einzelfallbeurteilung kommt eine bedeutende Rolle zu. Hinsichtlich des belästigenden Charakters ist auf das Durchschnittsempfinden weiblicher Personen abzustellen (Kaufmann, a.a.O., N 23 f. zu Art. 4 GIG; Vögeli, a.a.O., S. 53; Lempen, Überblick über die Rechtsprechung zur sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz, in: AJP 2006, S. 1416; Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 30. September 1998, a.a.O., S. 283). Unter anderem sind Bemerkungen über körperliche Vorzüge oder Schwächen und obszöne, sexistische Redensweisen als Verhaltensweisen zu nennen, welche eine sexuelle Belästigung darstellen (Kaufmann, a.a.O., N 27 zu Art. 4 GIG; Vögeli, a.a.O., S. 49 ff.; Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 30. September 1998, a.a.O., S. 284). Ebenso fallen sexistische Sprüche sowie anzügliche und peinliche Bemerkungen unter den Begriff der sexuellen Belästigung (Lempen, a.a.O., S. 1415, mit

Hinweis auf BGE 126 III 395 Erw. 7.b.bb.). Mit der Sachverhaltsumschreibung in Art. 4 GIG wird diese als eine Geschlechterdiskriminierung definiert. Sexuelle Belästigung wird somit rechtlich als eine ganz besonders entwürdigende Form der geschlechtsbezogenen Diskriminierung erfasst und als Spezialfall des in Art. 3 GIG geregelten allgemeinen Diskriminierungsverbots formuliert (Kaufmann, a.a.O., N 39 zu Art. 4 GIG). Ausschliessliche Adressaten des Belästigungsverbots und seiner all-fälligen Rechtsfolgen sind im Gleichstellungsgesetz die Arbeitgeber. Dies völlig unabhängig davon, ob sie selbst Täter der Belästigung gewesen sind. Keine Rolle spielt auch, ob die Arbeitgeber von der sexuellen Belästigung Kenntnis gehabt haben oder hätten haben müssen. Entscheidend ist allein die direkte Verantwortung der Arbeitgeber für den Schutz der Persönlichkeit, der psychischen und physischen Integrität wie auch der Gesundheit ihrer Beschäftigten (Kaufmann, a.a.O., N 47 zu Art. 4 GIG). Die Motivation des Belästigers ist dabei gänzlich unerheblich. Eine Diskriminierungsabsicht ist nicht erforderlich, ebenso wenig der Wille, mit der Belästigung die Betroffene aufgrund ihres Geschlechts zu benachteiligen. Entscheidend bleibt, dass das Vorgehen gegen den Willen der Betroffenen beziehungsweise ohne ihren Willen erfolgt. Die Beeinträchtigung der Würde zeichnet sich in erster Linie dadurch aus, dass die sexuellen Handlungen, Gesten oder Äusserungen von den Betroffenen als unerwünscht und gegen ihren Willen erfahren werden. Sie sind für die Betroffenen zudem unangenehm, beleidigend und werden von ihnen negativ empfunden. Je nach Form und Art der sexuellen Belästigung kann die Häufigkeit der Verhaltensweise für die Würdigung relevant sein. Satz 1 von Art. 4 GIG schützt vor diskriminierendem Verhalten, das die Würde am Arbeitsplatz beeinträchtigt. Unter die möglichen Handlungsorte fallen sicherlich zuerst die Örtlichkeiten, in welchen Beschäftigte und Arbeitnehmerinnen ihre Tätigkeit verrichten und wo sie sich während der Arbeitszeit aufhalten. Ebenfalls zählen dazu Lokalitäten ausserhalb des eigenen Betriebs beziehungsweise des eigenen Verwaltungsgebäudes, die zur Erfüllung der Arbeit aufgesucht werden müssen. Einzubeziehen sind zudem auch Örtlichkeiten, die nicht zur Arbeitserfüllung aufgesucht werden, aber im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen. Zu denken ist an Lokalitäten, in welchen beispielsweise Firmenanlässe organisiert werden, aber auch Orte der Freizeitgestaltung (Kaufmann, a.a.O., N 60 ff. zu Art. 4 GIG; Vögeli, a.a.O., S. 54 f.; Lempen, a.a.O., S. 1415). Eine Anspruchskumulation ist möglich, wenn die sexuelle Belästigung zusammen mit einer diskriminierenden (Rache-) Kündigung erfolgt (Kaufmann, a.a.O., N 67 zu Art. 4 GIG).

Um auf die Klagemöglichkeiten des Art. 5 GIG greifen zu können, muss eine Diskriminierung im Sinne der Art. 3 und 4 GIG vorliegen (Riemer-Kafka/Ueberschlag, in: Kaufmann/Steiger-Sackmann, a.a.O., N 5 zu Art. 5 GIG). Bei der Entschädigung

nach Art. 5 Abs. 3 GIG geht es vordergründig nicht um den Ausgleich eines eigentlichen Schadens. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung stellt sie vielmehr eine Art Kombination von Schadenersatz und Strafe dar, ohne jedoch ganz das eine oder andere zu sein. Aufgrund der Tatsache, dass kein Verschulden vorausgesetzt ist, liegt keine eigentliche Strafsanktion vor, und weil kein ökonomischer Schaden nachgewiesen werden muss, handelt es sich nicht um eigentlichen Schadenersatz. Vom Bundesgericht wird die Entschädigung entsprechend als solche «sui generis» bezeichnet, welche mit einer Konventionalstrafe oder einer «zivilrechtlichen Busse» vergleichbar ist und eine doppelte Funktion zu erfüllen hat, nämlich Strafe und damit auch Prävention sowie Wiedergutmachung (Riemer-Kafka/Ueberschlag, a.a.O., N 25 zu Art. 5 GIG). Art. 5 Abs. 3 GIG sieht eine Entschädigung für den Fall vor, dass die Arbeitgeberschaft den Entlastungsbeweis nicht zu erbringen vermag, dass sie alle Massnahmen getroffen hat, welche zur Verhinderung sexueller Belästigungen nach der Erfahrung notwendig und angemessen sind und die ihr billigerweise zugemutet werden können. Gelingt dieser Beweis, entfällt der Anspruch auf Entschädigung. Der Entschädigungsanspruch richtet sich immer gegen die Arbeitgeberschaft, gleichgültig ob sie selber belästigt hat oder die Belästigung seitens von Mitarbeitenden oder Dritten stattfand und setzt dabei – den allgemeinen Grundsätzen folgend – weder ein Verschulden ihrerseits noch das Auslösen psychischer oder materieller Schäden auf Seiten der Betroffenen voraus. Die zu ergreifenden Massnahmen sind gesetzlich nicht konkretisiert und auch kaum allgemein bestimmbar. Als Massnahme zur Verhinderung sexueller Belästigungen kommen beispielsweise in Betracht: Der Einbezug der Problematik in die betriebsinterne Schulung beziehungsweise Weiterbildung, betriebsinterne Aufklärungsschriften, Verteilung von Informationsmaterial externer Fachstellen, Aufnahme der Thematik in Betriebsordnungen, Leitbilder oder spezifische Reglemente einschliesslich Androhung von betriebsinternen Sanktionen, Bestimmung von internen oder externen Anlauf- und Beratungsstellen oder Vertrauenspersonen, Trennung von Garderoben und sanitären Einrichtungen. Entscheidend ist, dass die Arbeitnehmenden solche Abwehrmassnahmen zur Kenntnis genommen haben oder wenigstens aller menschlichen Voraussicht nach davon Kenntnis nehmen müssen und dass bei Vorfällen auch tatsächlich reagiert wird. Der Arbeitgeberschaft obliegt der volle Beweis dafür, dass sie wirkungsvolle Massnahmen getroffen hat und dass sie deren Einhaltung regelmässig überprüft. Da Art. 5 Abs. 3 GIG als «Kann»-Vorschrift ausgestaltet ist, steht es dem Gericht bzw. der urteilenden Instanz grundsätzlich frei, von der Ausrichtung der Entschädigung ganz abzusehen, sofern dies aufgrund der konkreten Einzelfallumstände als gerechtfertigt erscheint. Von dieser Möglichkeit sollte jedoch nur mit grösster Zurückhaltung Gebrauch gemacht werden, um die mit der Entschädigung intendierte Präventionswirkung nicht zu unterlaufen (Riemer-

Kafka/Ueberschlag, a.a.O., N 52 ff. zu Art. 5 GIG; Arioli/Furrer Iseli, Die Anwendung des Gleichstellungsgesetzes auf öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse, Basel 1999, S. 76 f., N 162 ff.). Die Höhe der Entschädigung bemisst sich auch im Bereich der Diskriminierung durch sexuelle Belästigung unter Würdigung aller Umstände. Massgebend sind insbesondere die Schwere der Rechtsverletzung und das Ausmass der durch die sexuelle Belästigung verursachten Persönlichkeitsbeeinträchtigungen, welche sich mithin aufgrund der Belästigungsintensität und -dauer beurteilen. Berechnungsgrundlage bildet der schweizerische Durchschnittslohn und nicht der tatsächlich erzielte Lohn. Unabhängig des Geschlechts der sexuell belästigten Person ist dabei auf die im Zeitpunkt der Klageanhebung neusten bekannten Daten zum schweizerischen Durchschnittslohn – unter Einschluss der in der Regel höheren Männerlöhne – abzustellen.

Eine weitere Grenze zieht Art. 5 Abs. 4 GIG derart, dass die Entschädigung den Betrag nicht übersteigen darf, welcher sechs Monatslöhnen entspricht (Riemer-Kafka/Ueberschlag, a.a.O., N 56 ff. zu Art. 5 GIG).

2.3. Von der Beschwerdegegnerin unbestritten geblieben sind die angeblich von Herrn G. geäusserten Bemerkungen «Als ich dich das erste Mal sah, hat es mich fast umgehauen, denn ich stehe total auf grosse Frauen», die Feuerschau und damit die Beschwerdeführerin selber würden eigentlich in seine Bauabteilung gehören, eine Frau «würde sowieso gut tun» sowie «schlechte Bemerkungen» über Frauen allgemein und im Speziellen über dessen Exfrau, des weitern die Anspielungen auf sein Fremdgehen. Ein Teil dieser Bemerkungen erscheint mehr als Wertschätzung und Tatsachen denn als sexuelle Belästigungen: Die Umgangsformen und das Klima gestalten sich häufig anders, wohl meist gepflegter, wenn Frauen in ein Team integriert werden (vgl. auch Aussage von Zeuge K.). Insofern stellt die Bemerkung von Herrn G., eine Frau in seinem Team würde gut tun, keineswegs eine sexuelle Belästigung dar. Auch eine Anmerkung von diesem zur Grösse der Beschwerdeführerin konnte Herr G. plausibel erklären, weshalb hier ebenfalls nicht von einer sexuellen Belästigung auszugehen ist. «Schlechte Bemerkungen» über Frauen sowie Anspielungen auf Fremdgehen schliesslich könnten zwar allenfalls als geschmacklos und als Eindringen in den geschützten privaten Bereich der Beschwerdeführerin taxiert werden. Jedoch sind die fraglichen Aussagen nicht als Angriff auf die sexuelle Freiheit der Beschwerdeführerin und damit nicht als sexuelle Belästigung zu bewerten. Allerdings ist ein sexualisierter Sprachgebrauch bei der Beschwerdegegnerin nicht in Abrede zu stellen, wobei dies offenbar in der Abteilung, in welcher die Beschwerdeführerin tätig war, nichts Aussergewöhnliches war.

Nicht bestritten ist sodann die Bemerkung von Herrn G. über die Beschwerdeführerin, diese sei «so en heissi Stute». Lediglich der Zeitpunkt wirft Fragen auf: Die Beschwerdeführerin behauptet, die Bemerkung sei am Sommerfest im Jahr 2005 gefallen. Die Beschwerdegegnerin sowie Zeuge K. und Herr G. als Zeugen führten aus, die Aussage sei anlässlich des Weihnachtssessens 2005 gemacht worden. Tatsache ist aber, dass Herr G. diese Bemerkung – mindestens einmal – gemacht hat. Diese Äusserung enthält eine sexuelle Komponente und muss als Angriff auf die Persönlichkeit der Beschwerdeführerin, namentlich auf ihre sexuelle Freiheit und Würde taxiert werden. Der Ausspruch ist wohl als Bemerkung über die körperlichen Vorzüge der Beschwerdeführerin zu interpretieren und als obszön sowie sexistisch zu bewerten. Der klar sexistische Spruch war anzüglich und peinlich. Eine weibliche Person empfindet den Ausspruch in der Regel als belästigend (Durchschnittsempfinden weiblicher Personen). Ob der Anlass, an welchem die fragliche Bemerkung fiel, ein «feucht-fröhlicher» war, spielt dabei keine Rolle. Ebenso wenig kann es darauf ankommen, ob die Äusserung direkt an die Beschwerdeführerin gerichtet war. Die Beschwerdegegnerin macht hierzu nämlich geltend, der fragliche Ausspruch sei nicht an die Beschwerdeführerin adressiert gewesen, sondern an die Tischrunde, und sei im Rahmen eines sehr fröhlichen Betriebsfestes gefallen. Dies wird auch von Herrn G. so bestätigt. Ausschlaggebend ist, dass Letzterer die fragliche Bemerkung gemacht hat, diese der Beschwerdeführerin zu Ohren gekommen ist, dass dies gegen deren Willen erfolgte und für die Beschwerdeführerin unerwünscht war – unabhängig von der Motivation von Herrn G. Die Beschwerdeführerin empfand die Aussage, sie sei «so en heissi Stute» offensichtlich und in nachvollziehbarer Weise als unangenehm, beleidigend und negativ. Schliesslich spielt es keine Rolle, dass die fragliche Äusserung nicht am Arbeitsplatz erfolgte. Unbestrittenermassen fiel die Bemerkung an einer Örtlichkeit, an welcher ein Firmenanlass organisiert war; ob es sich hierbei um ein Sommerfest oder ein Weihnachtssessen handelte, ist nicht von Belang. Damit ist erwiesen, dass die Beschwerdeführerin von Herrn G. sexuell belästigt und damit diskriminiert wurde.

Die Beschwerdegegnerin als Arbeitgeberin trägt die Verantwortung für die von Herrn G. geäusserte Bemerkung, die Beschwerdeführerin sei «so en heissi Stute», welche als sexuelle Belästigung zu taxieren ist.

2.4. Die Beschwerdegegnerin besass im fraglichen Zeitpunkt und auch im Moment der Parteibefragung – also mehr als drei Jahre nach der sexuellen Belästigung – kein Personalreglement, kein Mitarbeiterhandbuch, kein Merkblatt oder Ähnliches, mit welchem den Mitarbeitenden kommuniziert würde, was unter sexueller Belästigung zu verstehen ist, dass ein solches Verhalten im Betrieb nicht toleriert wird

und welche arbeitsrechtlichen Konsequenzen ein belästigendes Verhalten nach sich ziehen würde. Die Beschwerdegegnerin hat auch keine verwaltungsinterne Ombudsstelle eingerichtet oder eine Vertrauensperson bezeichnet, an welche sich die Mitarbeitenden bei sexueller Belästigung wenden könnten. Auch sonstige Massnahmen zur Verhinderung von sexueller Belästigung am Arbeitsplatz wurden nicht getroffen. Wenn W. auf entsprechende Frage antwortet, man habe sonstige Massnahmen getroffen, indem Personen eingestellt würden, welche keine sexuellen Belästigungen vornähmen, so muss dies doch als leichtfertig bezeichnet werden. Die Beschwerdegegnerin hat damit keinerlei wirkungsvollen Massnahmen getroffen, welche zur Verhinderung sexueller Belästigung am Arbeitsplatz nach der Erfahrung notwendig und angemessen sind und die ihr billigerweise zugemutet werden können. Sie vermag deshalb auch den entsprechenden Entlastungsbeweis nicht zu erbringen, weshalb sie verpflichtet werden kann, der Beschwerdeführerin eine Entschädigung für die dieser zugefügte sexuelle Belästigung zu bezahlen.

2.5. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, die Beschwerdeführerin und deren Lebenspartner, dessen Aussagen sich die Beschwerdeführerin anlasten lassen müsse, hätten an der Besprechung vom 8. November 2006 den Vorwurf der sexuellen Belästigung ins Spiel gebracht. Eine Konkretisierung des Vorwurfs sei jedoch nie erfolgt. Es wäre jedoch die Pflicht der Beschwerdeführerin gewesen, beim Vorbringen von solch pauschalen Anschuldigungen konkrete Sachverhalte zu benennen. Die Beschwerdegegnerin habe keine umfassenden Abklärungen betreffend sexuelle Belästigung vornehmen können. Von der Beschwerdegegnerin unbestritten blieb aber, dass die Besprechung vom 8. November 2006 abgebrochen wurde, nachdem die Beschwerdeführerin den Vorwurf der sexuellen Belästigung erhoben hatte. Zeuge K. führte hierzu aus, es sei mit der Beschwerdeführerin über die Vorwürfe der sexuellen Belästigung nicht in die Tiefe gesprochen worden. W. erklärte an der Parteibefragung denn auch: «Hätte man den geringsten Verdacht gehabt, dass eine sexuelle Belästigung stattgefunden hat, wissen wir auch, dass man zuerst seriös, auch zusammen mit Frau R., abklären müsste. Das Thema für uns war jedoch ein anderes. Wir kamen von einer anderen Ausgangslage». W. bestätigte weiter, dass sie die Beschwerdeführerin nie gefragt habe, was es mit den Vorwürfen der sexuellen Belästigung auf sich habe. Es sei nicht explizit abgeklärt worden, ob sexuelle Belästigungen stattgefunden hätten; es habe nicht die Veranlassung dazu bestanden. Die Beschwerdeführerin sei auch nie von einer neutralen Person innerhalb der Gemeinde betreffend ihre Vorwürfe angehört worden. Auch Zeuge K. bestätigte Letzteres. Diese Ausführungen bestätigen die nicht gesetzeskonforme Art und Weise der Beschwerdegegnerin, mit dem fraglichen Thema umzugehen. Zunächst sind auch Bemerkungen über körperliche Vorzüge oder Schwächen

sowie sexistische Redensweisen als Verhaltensweisen zu bewerten, welche eine sexuelle Belästigung darstellen, wie vorstehend eingehend erläutert wurde. Die Beschwerdegegnerin kann der Beschwerdeführerin deshalb nicht ernsthaft den Vorwurf machen, Letztere habe «nur» von sexueller Belästigung gesprochen, ohne diesen Vorwurf zu konkretisieren, zumal offenbar am 8. November 2006 bereits von verbalen sexuellen Belästigungen die Rede war. Sodann wurden die Vorwürfe der Beschwerdeführerin ganz offensichtlich nie ernst genommen, und die Beschwerdegegnerin machte nie Anstalten, die entsprechenden Vorhaltungen abzuklären; es fehlte schlicht der Wille zu einem korrekten Vorgehen.

2.6. Aufgrund des konkreten Einzelfalles erscheint es nicht als gerechtfertigt, von der Ausrichtung einer Entschädigung abzusehen. Unter Würdigung aller Umstände ist die der Beschwerdeführerin zuzusprechende Entschädigung auf einen schweizerischen durchschnittlichen Monatslohn bzw. Medianlohn festzusetzen. Massgebend für die Bemessung der Entschädigung ist vorliegend insbesondere, dass die Rechtsverletzung und das Ausmass der durch die sexuelle Belästigung verursachten Persönlichkeitsbeeinträchtigungen nicht als gravierend zu beurteilen sind, zumal die Belästigungsintensität und -dauer (von einem oder zwei Vorfällen) relativ gering waren. Der Medianlohn belief sich im Jahr 2006 (neuste verfügbare Daten) auf Fr. 5'674.-. Mithin ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, der Beschwerdeführerin infolge sexueller Belästigung Fr. 5'674.- zu bezahlen.

...

Regierungsrat, 11. August 2009;  
Erledigung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vor Verwaltungsgericht mittels Vergleich

§ 52 des Personalgesetzes und § 16 der Personalverordnung – Öffentliches Personalrecht. Wer nicht mehr im gleichen Haushalt mit seinen Kindern wohnt und auch nicht mehr die elterliche Obhut über diese hat, führt keinen gemeinsamen Haushalt mehr mit seinen Kindern. Entsprechend ist die Anspruchsvoraussetzung der gemeinsamen Haushaltsführung gemäss § 52 Abs. 3 PG für den Bezug einer Familienzulage nicht mehr erfüllt und der entsprechende Anspruch verloren. Die infolge unterlassener Meldung an das Personalamt zu Unrecht ausbezahlte Familienzulage ist vollumfänglich zurückzuerstatten. Die Verjährung richtet sich nach Art. 127 OR.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

1. X. arbeitet seit dem 1. Mai 1995 bei Y. Am 1. August 1997 trennten sich X. und dessen damalige Ehefrau; X. zog in eine eigene Wohnung in W., währenddem seine damalige Ehefrau zusammen mit der gemeinsamen Tochter eine Wohnung in Z. bezog. Vom 1. August 1997 bis am 31. Dezember 2002 wurde X. zusammen mit der Salärzahlung auch weiterhin die Familienzulage in der Höhe von monatlich CHF 183.35 ausbezahlt.

...

3. § 52 des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 1. September 1994 (Personalgesetz, PG; BGS 154.21) in der im fraglichen Zeitraum geltenden Fassung (Fassung vor Inkrafttreten des PartG) hat folgenden Wortlaut:

<sup>1</sup> Verheiratete Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter erhalten eine jährliche Familienzulage von CHF 2'200.–, sofern folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

a) die Mitarbeiterin/der Mitarbeiter muss nach dem Gesetz über die Kinderzulagen Anspruch auf Kinderzulage haben;

b) die Mitarbeiterin/der Mitarbeiter muss ganz oder vorwiegend für den finanziellen Unterhalt der Familie aufkommen;

c) der Doppelbezug muss ausgeschlossen sein.

<sup>2</sup> Verheirateten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern mit Teilzeitbeschäftigung wird die Familienzulage ungeachtet der Anspruchsvoraussetzung des vorwiegenden Unterhalts der Familie anteilmässig nach Massgabe ihres Teilpensums ausgerichtet, wenn beide Ehegatten im Dienste des Kantons stehen oder wenn der andere

Ehegatte im Dienste einer zugerischen Gemeinde oder einer Institution tätig ist, deren Personalaufwand zu mindestens 50 Prozent vom Kanton subventioniert wird. Die Zulage darf für beide Ehegatten zusammen den Betrag gemäss Abs. 1 nicht übersteigen.

<sup>3</sup> In getrennter Ehe lebenden, verwitweten, geschiedenen und ledigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern wird diese Familienzulage ausgerichtet, sofern sie mit ihren Kindern oder solchen des anderen Ehegatten einen gemeinsamen Haushalt führen.

<sup>4</sup> Wer für ein oder mehrere Kinder dauernd sorgt, erhält für jedes Kind die Kinderzulage gemäss den Vorschriften des Gesetzes über die Kinderzulagen.

<sup>5</sup> Umstände, die zu einer Änderung der Zulagenberechtigung führen, sind sofort nach deren Eintritt zu melden. Was durch die Verletzung dieser Meldepflicht zuviel bezogen wurde, ist zurückzuerstatten.

§ 16 der Vollziehungsverordnung zum Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 12. Dezember 1994 (Personalverordnung, PV; BGS 154.211) hat folgenden Wortlaut:

Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sind verpflichtet, den Eintritt und die Änderung sämtlicher Tatsachen, die auf die Berechnung und Ausrichtung des Gehaltes sowie der Zulagen, Entschädigungen und Vergütungen aller Art Einfluss haben, unaufgefordert dem Personalamt zu melden.

Unbestrittenermassen bezogen X. einerseits sowie dessen damalige Ehefrau zusammen mit der gemeinsamen Tochter andererseits per 1. August 1997 je eine eigene Wohnung. X. wohnte also ab dem 1. August 1997 nicht mehr im gleichen Haushalt mit seiner Tochter und hatte auch nicht mehr die elterliche Obhut über diese. Damit führte X. ab dem 1. August 1997 keinen gemeinsamen Haushalt mehr mit seiner Tochter. Entsprechend war die Anspruchsvoraussetzung der gemeinsamen Haushaltführung gemäss § 52 Abs. 3 PG für den Bezug einer Familienzulage ab dem fraglichen Datum nicht mehr erfüllt. Mithin hat X. die Familienzulage ab dem 1. August 1997 grundsätzlich zu Unrecht bezogen.

4. Gemäss § 52 Abs. 5 PG sind Umstände, welche zu einer Änderung der Zulagenberechtigung führen, sofort nach deren Eintritt zu melden. § 16 PV hält ausdrücklich fest, die Änderung sämtlicher Tatsachen, welche auf die Berechnung und

Ausrichtung von Zulagen Einfluss haben, unaufgefordert dem Personalamt zu melden. Der klare Wortlaut dieser Bestimmung lässt keinen Spielraum für Interpretationen zu. Entsprechend ist der Begriff der in § 16 PV festgesetzten Meldestelle restriktiv auszulegen. Es ist unbestritten, dass X. die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes mit seiner Ehefrau dem Personalamt nicht gemeldet hat. Entsprechend hat X. seine Meldepflicht gegenüber dem Personalamt verletzt. Er durfte (und musste) nach Treu und Glauben auch nicht davon ausgehen, dass sein damaliger Chef die veränderten Familienverhältnisse an das Personalamt weitermelden würde. X. hätte also die entsprechende Änderung seiner familiären Verhältnisse dem Personalamt persönlich mitteilen oder sich zumindest absichern müssen, dass diese Mitteilung von seinem Vorgesetzten vorgenommen wird. X. hat jedoch nie nachgefragt, ob eine entsprechende Meldung an das Personalamt erfolgt sei. Da eine Weiterleitung der fraglichen Information zwischen X. und seinem Vorgesetzten nicht ausdrücklich vereinbart worden war und X. seinen Vorgesetzten auch nicht um eine entsprechende Meldung gebeten hatte, durfte X. nicht von einer Meldung durch seinen Vorgesetzten ausgehen. Das Risiko eines Missverständnisses über die tatsächliche Meldung trägt dabei X.

Ferner handelte es sich bei der anlässlich des Mitarbeitergesprächs vom xx 1998 seitens von X. geäußerten Bemerkung, dass er von seiner Familie getrennt lebe, nicht um eine offizielle Mutationsmeldung im Sinne von § 52 Abs. 5 PG und § 16 PV. X. entschuldigte sich vielmehr beim damaligen Chef für seinen Leistungsabfall mit dem Hinweis auf die für ihn damals prekäre familiäre Situation.

...

Nur am Rande sei erwähnt, dass aus § 52 Abs. 5 PG nicht gefolgert werden kann, die Rückforderung zuviel bezogener Zulagen sei nur bei Verletzung der Meldepflicht erlaubt. Selbst wenn von einer korrekten Meldung der veränderten Familienverhältnisse ausgegangen würde, wären die zu Unrecht ausbezahlten Familienzulagen zurückzuerstatten.

5. Weder das Personalgesetz noch das Verwaltungsrechtspflegegesetz enthalten eine Regelung über die Verjährung von Rückforderungsansprüchen bezüglich Familienzulagen. Gemäss der Praxis des Bundesgerichts ist deshalb folgende Regel anzuwenden: Bei Fehlen gesetzlicher Bestimmungen über Verjährungsfristen ist auf öffentlich-rechtliche Regelungen für verwandte Sachverhalte abzustellen. Gibt es keine solchen, so kann das Gericht privatrechtliche Bestimmungen (insbesondere Art. 127 und 128 OR) analog anwenden oder selbst eine Regelung aufstellen

(Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/St. Gallen 2006, S. 167 f., N 790 ff.; Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, S. 96 ff., Nr. 34; BGE 131 V 55; BGE 126 II 54, 61). Da im vorliegenden Fall keine öffentlich-rechtlichen Regelungen von verwandten Sachverhalten ersichtlich sind, sind die privatrechtlichen Bestimmungen analog anzuwenden. Dieses Vorgehen statuiert im Übrigen auch § 4 Abs. 3 PV.

Gemäss Art. 128 Ziff. 3 OR verjähren unter anderem Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern mit Ablauf von fünf Jahren. Art. 128 Ziff. 3 OR gilt demnach nur für Forderungen des Arbeitnehmers; andere Ansprüche, so auch Forderungen des Arbeitgebers, verjähren nach zehn Jahren gemäss Art. 127 OR (Däppen, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Art. 1–529 OR, 3. Aufl., Basel 2003, N 13 f. zu Art. 128 OR; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, N 8 zu Art. 341 OR). Als «arbeitsrechtliche Forderungen» gelten dabei nebst dem Grundlohn auch andere «lohnähnliche Forderungen» und auch Lohnzuschläge, wie beispielsweise Kinderzulagen (Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Januar 2007, CaS 2007 S. 471 ff., 473). Die Verjährung öffentlich-rechtlicher Forderungen wird sodann durch jede Handlung unterbrochen, mit welcher die Forderung beim Schuldner geltend gemacht wird (Rhinow/Krähenmann, a.a.O., S. 99).

Vorliegend wurde die Rückforderung der von August 1997 bis Dezember 2002 zu Unrecht ausbezahlten Familienzulagen erstmals mit Schreiben des Personalamtes vom 6. Februar 2003 an X. geltend gemacht. Damit wurde die im vorliegenden Fall anzuwendende Verjährungsfrist von 10 Jahren vor deren Ablauf unterbrochen, so dass der Rückforderungsanspruch nicht verjährt ist.

Nur am Rande sei erwähnt, dass der Kanton Zug für die fragliche Rückforderung auch die Verrechnung mit dem Lohn von X. erklären könnte, selbst wenn die Rückforderung der Familienzulagen verjährt wäre (analoge Anwendung von Art. 120 Abs. 3 des Schweizerischen Obligationenrechts [OR]; vgl. im Allgemeinen auch Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., S. 170, N 799 ff.).

...

Finanzdirektion, 16. Januar 2009 (rechtskräftig).

### 3. Gemeinderecht

§§ 33 ff. des Gemeindegesetz – Aufsichtsrecht; § 26 des Finanzhaushaltgesetzes – Begriff der (gebundenen) Ausgabe. Der Regierungsrat hat ein aufsichtsrechtliches Einschreiten von Amtes wegen gegen die Gemeinde X. abgelehnt. Der Gemeinderat hatte die Abschreibung einer verjährten und daher nicht mehr einbringlichen Grundstückgewinnsteuer der Einwohnergemeindeversammlung im Rahmen der Jahresrechnung 2007 vorgelegt. Es war ferner korrekt, dass einem Einwohner der Gemeinde gestützt auf das Amts- und Steuergeheimnis keine weitergehende Auskunft über den Grundstücksfall erteilt wurde. Schliesslich ist ein ordnungsgemäss zustande gekommenes Abstimmungsergebnis anzuerkennen, und die Beschlüsse der Gemeindeversammlungen sind zu respektieren.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Am 14. April 1999 wurde die Handänderung einer Liegenschaft in der Einwohnergemeinde X. öffentlich beurkundet; danach wurde der Eigentumsübergang im Grundbuch eingetragen. Aus der Handänderung resultierte für die Verkäuferschaft ein steuerbarer Gewinn. Im Jahr 2003 wurde dieses Geschäft auf der Gemeindeverwaltung X. in die Geschäfts- und Pendenzenliste des Jahres 2003 statt des Jahres 1999 eingetragen, weshalb irrtümlicherweise keine Steuererklärung versandt wurde. Im Zeitraum 2005/2006, als die Gemeinde die Grundstückgewinnsteuer einfordern wollte, wurde festgestellt, dass die fünfjährige Veranlagungsverjährung gemäss § 23 Abs. 1 des (altrechtlichen) Gesetzes über die Grundstückgewinnsteuer vom 2. November 1990 (aGStG; BGS 632.211) bereits im Jahr 2004 eingetreten war. In der Rechnung 2007 wurde der verjährter Grundstücksteuerfall abgeschrieben. Gegen die Gemeinde X. wurde in der Folge eine Beschwerde «zum aufsichtsrechtlichen Einschreiten von Amtes wegen» eingereicht.

Aus den Erwägungen:

...

2. Das Verfahren des aufsichtsrechtlichen Einschreitens von Amtes wegen richtet sich nach den spezial- und gemeinderechtlichen Aufsichtsbestimmungen der §§ 33 ff. des Gemeindegesetzes vom 4. September 1980 (GG; BGS 171.1). Nach § 3 Abs. 1 GG steht dem Regierungsrat die Aufsicht des Kantons über die Gemeinden zu. Die Voraussetzungen für ein Einschreiten sind gemäss § 37 GG allgemein dann gegeben, sofern «die Aufsichtsbehörde einen Missstand in der Gemeindeverwaltung oder eine Vernachlässigung öffentlicher Aufgaben feststellt».

3.1. Gemäss § 24 des Gesetzes über den Finanzhaushalt des Kantons und der Gemeinden vom 31. August 2006 (Finanzhaushaltgesetz, FHG; BGS 611.1) ist eine Ausgabe die Verwendung von Finanzvermögen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben (Abs. 1). Als Ausgabe gilt unter anderem ein Aufwand der Laufenden Rechnung (Abs. 2 Bst. a). Auf Forderungen kann nach § 15 FHG verzichtet werden, wenn anzunehmen ist, dass die Betreuung erfolglos sein wird und der Aufwand oder die prozessualen Erfolgsaussichten in einem offensichtlichen Missverhältnis zur ausstehenden Summe stehen. Nach § 26 FHG ist eine Ausgabe – unter Vorbehalt von § 25 FHG – dann gebunden, wenn sie (a) durch eine Rechtsgrundlage oder ein Gerichtsurteil grundsätzlich und dem Umfang nach vorgeschrieben ist, (b) zur Erfüllung der gesetzlich geordneten Verwaltungsaufgaben unbedingt erforderlich ist, wenn anzunehmen ist, mit der Rechtsgrundlage seien auch die sich daraus ergebenden Aufwände gebilligt worden. Dagegen sind gemäss § 25 Abs. 1 FHG Ausgaben neu, wenn hinsichtlich ihrer Höhe, des Zeitpunktes ihrer Vornahme oder anderer wesentlicher Modalitäten eine verhältnismässig grosse Handlungsfreiheit besteht. In den Gemeinden werden dabei durch Gemeindebeschluss Höchstbeträge für neue Ausgaben festgelegt, die mit dem Budget beschlossen werden können (§ 25 Abs. 2 FHG). Die Gemeinde X. legte die Finanzkompetenz des Gemeinderates X. für einmalige neue Aufwendungen bei Fr. 100'000.– fest, für wiederkehrende Aufwendungen bei Fr. 30'000.– (Zuständigkeitsordnung für Ausgabenbeschlüsse der Einwohnergemeinde X. vom xxx, genehmigt vom Regierungsrat am xxx).

Da es sich um einen Geschäftsfall aus dem Jahr 1999 handelt, hätte die Grundstückgewinnsteuer nach altem Recht erhoben werden müssen (§ 241 des Steuergesetzes vom 25. Mai 2000; BGS 632.1). Gemäss § 23 Abs. 1 aGStG verjährt(e) das Recht zur Veranlagung der Grundstückgewinnsteuer in 5 Jahren, bei Stillstand oder Unterbrechung der Verjährung spätestens in 15 Jahren nach dem Eintritt des Tatbestandes, der die Steuerpflicht begründete. Das Recht zur Veranlagung der Grundstückgewinnsteuer, welcher eine am 14. April 1999 öffentlich beurkundete Handänderung zugrunde lag, verjährte somit am 13. April 2004, so dass nach diesem Zeitpunkt auch keine Unterbrechungshandlungen mehr vorgenommen werden konnten (und mussten). Einer Verjährung zu Gunsten des Steuerpflichtigen ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts von Amtes wegen Rechnung zu tragen (Greminger, in: Zweifel/Athanas [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Band I/2b: Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, Art. 83–222, Basel 2000, N 12 zu Art. 121 DBG, mit Hinweis auf: BGE vom 29. Oktober 1987, in: ASA 59 [1990/91] 255). Mithin konnte und durfte im vorliegenden Fall die verjährte Grundstückgewinnsteuer nicht mehr eingefordert werden.

Positionen des Finanzvermögens sind gemäss § 13 Abs. 1 FHG zum Verkehrswert zu bilanzieren. Nachdem die Gemeindeverwaltung im Oktober 2006 von der steuerpflichtigen Person eine Steuererklärung eingefordert hatte, diese jedoch nicht reagierte, wurde eine Ermessenstaxation nach Verjährung vorgenommen, da die Steuerforderung buchhalterisch entstanden war und entsprechend in der Buchhaltung erfasst werden musste. Die nunmehr in der Betragshöhe bekannte, aber infolge eingetretener Veranlagungsverjährung bereits verjährte Forderung musste deshalb auf ihren Verkehrswert, also Fr. 0.–, abgeschrieben werden, indem sie als Ertrag (und als Debitor) gebucht wurde, gleichzeitig musste eine Buchung als Aufwand (mit Ausbuchung bei den Debitoren) erfolgen; aufgrund des Grundsatzes der Bilanzwahrheit durfte in der Bilanz kein Debitor erscheinen (§ 3 FHG). Da irrtümlicherweise keine Steuererklärung versandt und die Grundstückgewinnsteuer nie veranlagt worden war, konnte und durfte auch zu einem früheren Zeitpunkt nie ein Debitor gebildet werden. In Bezug auf die Abschreibung bestand somit kein Ermessens- und Handlungsspielraum bezüglich der Betragshöhe, des Zeitpunktes der Vornahme und anderer wesentlicher Modalitäten. Hierbei ist zu beachten, dass der Gemeinderat X. am 16. Mai 2007 über die Angelegenheit, so auch über die Veranlagung nach amtlichem Ermessen, einen Beschluss gefasst hat (vgl. act. 028.2), so dass die Veranlagung erst frühestens Ende Mai oder im Juni 2007 und die Abschreibung erst danach vorgenommen werden konnte. Zudem ist die korrekte Bewertung der verjährten Forderung (im vorliegenden Fall die entsprechende Abschreibung) durch eine Rechtsgrundlage vorgeschrieben (vgl. § 13 FHG).

Die vorgenommene Abschreibung ist mithin als gebundene Ausgabe im Sinne von § 26 FHG zu qualifizieren. Gebundene Ausgaben liegen in der Kompetenz des Gemeinderates, womit die Beschwerdegegnerin korrekt handelte, als sie die fragliche Abschreibung im Rahmen der Verabschiedung der Rechnung 2007 transparent machte und von der Einwohnergemeindeversammlung genehmigen liess. Entsprechend liegt kein Missstand in der Gemeindeverwaltung bzw. eine Vernachlässigung öffentlicher Aufgaben im Sinne von § 37 GG vor.

3.2. Die am 14. April 1999 öffentlich beurkundete Handänderung einer Liegenschaft in der Einwohnergemeinde X. wurde im Jahr 2003 auf der Gemeindeverwaltung X. in die Geschäfts- und Pendenzenliste des Jahres 2003 statt des Jahres 1999 eingetragen, weshalb irrtümlicherweise keine Steuererklärung versandt wurde. Im Zeitraum 2005/2006, als die Gemeinde die Grundstückgewinnsteuer einfordern wollte, wurde festgestellt, dass die fünfjährige Veranlagungsverjährung bereits im Jahr 2004 eingetreten war. Die verjährte Grundstückgewinnsteuer durfte nicht mehr eingefordert werden. Dieses Versehen bei der Grundstückgewinn-

steuerveranlagung ist insgesamt ein überaus ärgerlicher Fehler, sollte eigentlich nicht, kann aber bei einer Verkettung von Fehlinterpretationen und menschlichem Versagen vorkommen. Aus den Verfahrensakten ergibt sich in keiner Weise, dass jemand vorsätzlich, eventualvorsätzlich oder auch nur grobfahrlässig gehandelt hätte (vgl. Ziff 3.3).

3.3. Gemäss § 6 Abs. 1 der Strafprozessordnung für den Kanton Zug vom 3. Oktober 1940 (StPO; BGS 231.1) müssen Behördemitglieder, Beamte und Angestellte des Gemeinwesens strafbare Handlungen, die von Amtes wegen verfolgt werden und die ihnen in Ausübung ihrer behördlichen, amtlichen oder beruflichen Tätigkeit bekannt werden, mit allen sachdienlichen Angaben zur Anzeige bringen (vgl. auch § 39 Abs. 3 Satz 1 GG). Gemäss Art. 305 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer jemanden der Strafverfolgung, dem Strafvollzug oder dem Vollzug einer der in den Artikeln 59–61, 63 und 64 StGB vorgesehenen Massnahmen entzieht. Strafverfolgung ist dabei «das Verfahren, welches der Abklärung dient, ob eine Person schuldig ist oder nicht», der Strafvollzug umfasst die in Art. 34 ff. StGB vorgesehenen Strafen (Trechsel/Affolter-Eijsten, in: Trechsel et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, N 3 f. zu Art. 305 StGB, mit Hinweis auf BGE 69 IV 120). Die Beschwerdegegnerin beteuerte von Beginn weg und immer wieder, es habe sich um eine Verkettung von Fehlinterpretationen und «menschlichem Versagen» gehandelt. Es ist denn auch nicht ersichtlich, inwiefern Vertreter der Beschwerdegegnerin die schweizerische Strafrechtspflege mindestens teilweise wirksam gehindert haben sollen (vgl. Trechsel/Affolter-Eijsten, a.a.O., N 1 zu Art. 305 StGB): Weder ist erkennbar, inwiefern Vertreterinnen und Vertreter der Beschwerdegegnerin jemanden dem Verfahren entzogen haben sollen, welches der Abklärung dient, ob eine Person schuldig ist oder nicht, noch ist offenbar, inwiefern erstere eine Person vor einem Strafvollzug oder einer Massnahme bewahrt haben sollen. Da vorliegend somit keine Begünstigung gemäss Art. 305 StGB auf der Hand liegt, ist auf eine entsprechende Anzeige – und letztlich auch in aufsichtsrechtlicher Hinsicht auf Weiterungen – zu verzichten.

Gemäss § 12 Abs. 1 des Gesetzes über die Verantwortlichkeit der Gemeinwesen, Behördemitglieder und Beamten vom 1. Februar 1979 (Verantwortlichkeitsgesetz, VG; BGS 154.11) haftet der Beamte für den Schaden, den er dem Staat durch vorsätzliche oder grobfahrlässige Verletzung seiner Amtspflichten zufügt. Gemäss § 13 Abs. 1 VG nimmt der Staat, wenn er einem Geschädigten auf Grund des Verantwortlichkeitsgesetzes oder eines andern Gesetzes Ersatz hat leisten müssen,

ganz oder teilweise Rückgriff auf den Beamten, der den Schaden vorsätzlich oder grobfahrlässig verschuldet hat. Das öffentliche Personalrecht kennt als eine der Pflichten der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter die Pflicht, die ihnen übertragenen Aufgaben sorgfältig auszuführen (vgl. § 28 des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 1. September 1994, Personalgesetz, PG; BGS 154.21). Vorliegend ist jedoch nicht augenfällig, dass der für den fraglichen Fehler verantwortliche Mitarbeiter diese Pflicht verletzt hat. Vielmehr scheint es sich wirklich um einen unglücklicherweise unterlaufenen Fehler zu handeln. Entsprechend ist auch keine Grobfahrlässigkeit oder gar Vorsatz ersichtlich. Mithin ist kein Missstand in der Gemeindeverwaltung augenfällig, indem die Beschwerdegegnerin gegen den «fehlbaren» Mitarbeiter nicht vorgegangen ist und keinen Schadenersatz gefordert hat.

3.4. Im Oktober 2006 – bereits nach Eintreten der Veranlagungsverjährung – wurde von der steuerpflichtigen Person eine Steuererklärung eingefordert. Die Steuerpflichtige reagierte jedoch nicht, so dass eine Ermessenstaxation nach Verjährung vorgenommen wurde, da die Steuerforderung buchhalterisch entstanden war und entsprechend in der Buchhaltung erfasst werden musste. Die nunmehr in der Betragshöhe bekannte, aber infolge eingetretener Veranlagungsverjährung bereits verjährte Forderung durfte bzw. konnte nicht mehr einverlangt werden. Entsprechend liegen keine Verstösse der Beschwerdegegnerin vor, welche zu ahnden wären.

3.5. Gemäss Art. 39 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (Steuerharmonisierungsgesetz, StHG; SR 642.14) sind die mit dem Vollzug der Steuergesetze betrauten Personen zur Geheimhaltung verpflichtet; vorbehalten bleibt die Auskunftspflicht, soweit hiefür eine gesetzliche Grundlage im Bundesrecht oder im kantonalen Recht besteht. Diese Geheimhaltungspflicht ist auch auf Angelegenheiten betreffend die Grundstückgewinnsteuer anwendbar, enthält das StHG doch auch Regeln betreffend diese Steuer (vgl. Art. 12 ff. StHG). Gemäss § 12 der Verfassung des Kantons Zug vom 31. Januar 1894 (KV; BGS 111.1) ist die Öffentlichkeit des gesamten Staatshaushaltes gewährleistet; keinem Stimmberechtigten des Kantons kann die Einsicht in denselben verweigert werden. Nicht dem Amtsgeheimnis unterstehen aber nur Tatsachen, welche allgemein zugänglich oder bekannt sind. Ferner können überwiegende öffentliche Interessen oder gesetzliche Vorschriften die Information der Allgemeinheit gebieten (Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, S. 324 f., N 1570).

Mit § 12 KV statuiert die kantonale Verfassung zwar grundsätzlich eine gesetzliche Grundlage für eine Auskunftspflicht betreffend den Staatshaushalt. Der Beschwerdeführer hat denn auch ein Einsichtsrecht in die Bilanz und die Erfolgsrechnung, und dem Beschwerdeführer sind die Zahlen der gesamten Einnahmen aus der Grundstückgewinnsteuer offenzulegen. Hingegen wiegt das Geheimhaltungsinteresse an den konkreten Einzeldaten – insbesondere an den Vertragsparteien des betreffenden Grundstückkaufvertrages samt den Verkaufsbedingungen sowie den Einzelheiten des damit zusammenhängenden Grundstückgewinnsteuerveranlagungsverfahrens – höher als das Interesse des Beschwerdeführers an deren Offenlegung. Vorliegend handelt es sich nämlich gerade und offensichtlich nicht um eine allgemein zugängliche oder bekannte Tatsache. Auch sind keine überwiegenden öffentlichen Interessen oder gesetzlichen Vorschriften ersichtlich, welche die Orientierung der Allgemeinheit gebieten würden; die Information der Aufsichtsbehörde reicht aus. Anders formuliert: Es besteht sowohl ein überwiegendes öffentliches Interesse als auch ein überwiegendes privates Interesse an der Geheimhaltung der fraglichen Daten. Damit ist die Einschränkung des «Öffentlichkeitsprinzips» des Staatshaushaltes begründet.

Daran ändert auch nichts, dass es sich um eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit handelt; der Begriff «öffentlich-rechtlich» steht für Institutionen, die nach öffentlichem Recht verfasst sind, deren Organisation also nicht nach den Regeln des Privatrechts erfolgt und die unter Umständen nicht-zivilrechtliche Handlungsformen wie Verwaltungsakte kennen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die entsprechenden Akten für jedermann jederzeit öffentlich zugänglich sind. Für eine weitergehende oder detailliertere Auskunftserteilung oder Akteneinsicht betreffend Steuerakten wäre eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage erforderlich (vgl. Zweifel, in: Zweifel/Athanas, Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/1: Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden [StHG], Basel 1997, N 14 zu Art. 39 StHG). Mangels einer solcher Rechtsgrundlage ist das Ansinnen des Beschwerdeführers betreffend Information daher nicht erheblich.

Entsprechend handelte die Beschwerdegegnerin bzw. deren Vertreter korrekt, wenn sie dem Beschwerdeführer keine weitergehende Auskunft betreffend den fraglichen Grundstückkauf erteilten.

...

3.8. Wie dem Protokoll der Gemeindeversammlung der Einwohnergemeinde X. vom xxx 2008 zu entnehmen ist, wurde der Antrag eines Stimmberechtigten, es sei zu untersuchen, ob jemand auf politischer oder verwaltungstechnischer Ebene für den finanziellen Schaden verantwortlich sei, mit grossem Mehr nicht genehmigt. Die Gemeindeversammlung der Einwohnergemeinde X. vom xxx 2009 genehmigte die Rechnung 2007 mit deutlichem Mehr. Die Anträge des Gemeinderates dagegen wurden klar angenommen. Die Stimmberechtigten haben sich mithin, auch nachdem sie von den Vorwürfen des Beschwerdeführers genügend Kenntnis erhalten hatten, eindeutig für die Genehmigung der Rechnung 2007 und damit für die Nichtweiterverfolgung der erhobenen Rügen entschieden. Dieser Entscheid der Stimmberechtigten ist zu respektieren. Denn nach dem hiesigen Demokratieverständnis enthält das Stimmrecht nicht nur einen Anspruch darauf, dass kein Abstimmungsergebnis anerkannt wird, welches nicht den freien Willen der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt, sondern es umfasst auch den Anspruch darauf, dass ein ordnungsgemäss zustande gekommenes Abstimmungsergebnis anerkannt wird.

4. Da – wie vorstehende Erwägungen zeigen – kein Grund vorliegt, welcher die Aufhebung des Gemeindeversammlungsbeschlusses rechtfertigen würde, und auch kein Missstand in der Gemeindeverwaltung bzw. eine Vernachlässigung öffentlicher Aufgaben im Sinne von § 37 GG vorliegt, sind die Beschlüsse der erwähnten Gemeindeversammlungen zu respektieren (vgl. GVP 1997/98, S. 284; BGE 112 Ia 208 S. 211, Erw. 1.b).

Regierungsrat, 15. Dezember 2009

## II. Zivilrecht

### 1. Familienrecht

Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 445 ZGB; §15 und 16 VRG. – Das Vormundschaftsgeheimnis verpflichtet die Beiständin oder den Beistand, ihre resp. seine Aufzeichnungen vertraulich zu behandeln. Dem steht das Akteneinsichtsrecht als Teil des Anspruchs auf rechtliches Gehör gegenüber. Die Beiständin oder der Beistand ist verpflichtet, in jene Akten Einsicht zu gewähren, die sie resp. er der Vormundschaftsbehörde offen legt, und die somit Einfluss auf den angefochtenen Entscheid haben könnten.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Die Vormundschaftsbehörde errichtete im Einverständnis aller Beteiligten eine Erziehungsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB für das Kind zweier getrennt lebender, sehr junger Eltern. Das Kind lebt unter der Obhut der Mutter (Beschwerdegegnerin). Es kam zu Problemen bei der Ausübung des Besuchsrechts des Vaters (Beschwerdeführer). Der Beschwerdeführer kritisierte unter anderem, dass die Beiständin ihm nur beschränkt Einsicht in ihre Akten gewährte und ersuchte deshalb bei der Vorinstanz die Absetzung der bisherigen Beiständin und Neubesetzung des Mandats. Das Gesuch wies die Vorinstanz ab, worauf der Beschwerdeführer Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat einreichte.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Der Beschwerdeführer beantragt, das Mandat der Erziehungsbeistandschaft auf eine neue Person zu übertragen und die jetzige Beiständin abzusetzen.

2.1 Diesen Antrag begründet der Beschwerdeführer mit dem fehlenden Vertrauensverhältnis. (...)

Er kritisiert, dass die Beiständin ihm nicht ohne Einschränkungen Akteneinsicht gewährte. Sie habe ihm ihre Handakten nur mit abgedeckten Passagen unterbreitet. Den Inhalt der abgedeckten Passagen habe sie ihm nicht zur Kenntnis gebracht. Dieses Vorgehen wirke nicht vertrauensfördernd und widerspreche seinem Anspruch auf Akteneinsicht. Er habe Anspruch auf Einsicht in alle persönlichen

Daten und in alle Aufzeichnungen, die geeignet seien, als Entscheidungsgrundlage zu dienen. Die Zensur führe als logische Konsequenz zum Verdacht, dass in den Aufzeichnungen nachteilige Äusserungen über den Beschwerdeführer enthalten seien. Dieser Verdacht lasse sich, falls überhaupt, erst durch die Edition der gesamten Akten in unzensurierter Form entkräften.

(...)

2.7 Der Beschwerdeführer begründete sein fehlendes Vertrauen in die Person der Beiständin mit ihrer Weigerung, ihm uneingeschränkt Einsicht in ihre Aufzeichnungen zu gewähren.

Das Akteneinsichtsrecht ist Teil des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Sein Umfang bemisst sich in erster Linie nach dem kantonalen Verfahrensrecht (§ 16 VRG). Unabhängig davon besteht aber ein Mindestanspruch auf Grund des aus Art. 29 Abs. 2 BV folgenden Anspruchs auf rechtliches Gehör. Im Rahmen eines hängigen Verfahrens erstreckt sich das durch Art. 29 Abs. 2 BV garantierte Akteneinsichtsrecht auf alle Akten, die für die Fällung des Entscheids von Bedeutung sind. Es findet seine Grenzen an öffentlichen Interessen des Staates und berechtigten Geheimhaltungsinteressen Dritter (dazu BGE 122 I 161 Erw. 6a). Gemäss § 16 Abs. 2 VRG ist die Verweigerung der Einsichtnahme in den Akten zu vermerken. Der wesentliche Inhalt eines Aktenstückes, in das die Einsicht verweigert wird, muss soweit mitgeteilt werden, als es ohne Verletzung der zu schützenden Interessen möglich ist. Wo das Akteneinsichtsrecht eingeschränkt worden ist, darf die Behörde nur dann zum Nachteil einer betroffenen Person auf ein von der Einsichtnahme ausgeschlossenes Aktenstück abstellen, wenn sie ihr vom wesentlichen Inhalt Kenntnis gegeben und ihr ausserdem Gelegenheit eingeräumt hat, sich zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen (vgl. BGE 115 Ia 304 Erw. 5c).

Das Recht auf Akteneinsicht bezweckt, dass die Partei das Verfahren und die Informationen kennt, auf die sich die Behörde stützen wird, damit sie ihren Standpunkt wirksam geltend machen kann. Die Akteneinsicht findet am Sitz der Behörde statt, die dem Betroffenen erlauben muss, auf eigene Kosten Fotokopien anzufertigen (Häfeli, Wegleitung für vormundschaftliche Organe, 3. Aufl., Luzern 1998, S. 180 f.).

2.8 Grundsätzlich stellt jede Aufzeichnung, welche geeignet ist, der Behörde oder dem Gericht als Grundlage des Entscheids zu dienen, ein Aktenstück im Sinne des verfassungsrechtlichen Akteneinsichtsrechts dar. Ausgenommen sind lediglich Akten, die nur der internen Meinungsbildung dienen, beispielsweise Besprechungs-

notizen (so genannte «interne Akten»; Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, N 68 zu § 8).

Von den behördlichen Akten sind indes die Akten der mandatsführenden Person zu unterscheiden. Ihre Aktenführung dient der Dokumentation des Betreuungsgeschehens im Hinblick auf die periodische Berichterstattung. Eine sorgfältige Berichterstattung ist nur gewährleistet, wenn die Kontakte zwischen Vormund bzw. Beistand und betreuter Person während einer Berichtsperiode, die Kontakte mit Bezugspersonen und überhaupt die mit der Betreuung zusammenhängenden Geschehnisse dokumentiert sind. Die Edition dieser Akten in einem vormundschaftlichen Verfahren ist grundsätzlich abzulehnen. Die notwendige Zusammenarbeit, Rechenschaftsablage und Berichterstattung kann mittels Berichten erfolgen, in denen auf entsprechende Fragen geantwortet wird. Im Einverständnis mit dem Betreuten können Akten herausgegeben werden. Lediglich der betreuten Person ist Einsicht in die Aktennotizen zu gewähren. Auch bei der Übergabe einer Massnahme genügen in der Regel die bisherigen Rechenschaftsberichte, es sind nicht die ganzen Aktendossiers zu verschieben (Häfeli, a.a.O., S. 225).

2.9 Die vormundschaftlichen Organe unterliegen der Schweigepflicht. Diese Schweigepflicht der vormundschaftlichen Organe wird als ungeschriebener allgemeiner bundesrechtlicher Grundsatz abgeleitet aus dem Sinn und Zweck des Vormundschaftsrechts, der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101; Art. 8 Abs. 1 Schutz der Privat- und Familienlebens), dem Verfassungsgrundsatz des Rechts auf persönliche Freiheit, das auch den Schutz der Geheimsphäre umfasst, und aus den Art. 27 und 28 ZGB. Die vormundschaftlichen Organe könnten ihre Aufgaben gar nicht wahrnehmen ohne das Recht und die Pflicht zur Geheimhaltung. Sie ist wesentliche Voraussetzung für das Zustandekommen und die Aufrechterhaltung eines Vertrauensverhältnisses; dieses wiederum ist zentrale Voraussetzung für das Gelingen einer Massnahme. Die betreute Person soll darauf vertrauen können, dass die von ihr stammenden oder sie betreffenden Angaben nur zur Erfüllung der ihr dienenden vormundschaftlichen Arbeit verwendet und nicht zu andern Zwecken an andere Amtsstellen oder Private weitergegeben werden; das Vormundschaftsgeheimnis dient somit auch dem Schutz der persönlichen Geheimsphäre der betreuten Person (Schnyder/Murer, Berner Kommentar zum ZGB, 3. Aufl., Bern 1984, N 145–155 zu Art. 360 ZGB; Langenegger, Basler Kommentar zum ZGB I, 3. Aufl., Basel 2006, N 11 ff. zu Art. 360 ZGB).

Die Beschwerde eines Dritten schliesst die Entbindung vom Vormundschaftsgeheimnis nicht ein. Entbindet die betreute Person nicht vom Vormundschafts-

geheimnis, so überwiegt das private und das öffentliche Interesse an der Wahrung des Vormundschaftsgeheimnisses das gegenteilige Interesse des Beschwerdeführers (vgl. zum Ganzen: Hegnauer, Einsicht des Ombudsmannes in Vormundschafts-akten, in: ZVW 5/2002 S. 188 ff.).

2.10 Das Vormundschaftsgeheimnis verpflichtet somit die Beiständin, ihre Aufzeichnungen vertraulich zu behandeln. Sie ist lediglich verpflichtet, der betreuten Person Einsicht zu gewähren. Vorliegend sind das in erster Linie die Beschwerdegegnerin und das Kind. Ihre Aufgabe umfasst u.a. die Unterstützung der Beschwerdegegnerin als alleinige Inhaberin des elterlichen Sorgerechts. Soweit sich ihre Aufzeichnungen auf diese Tätigkeit beziehen, hat der Beschwerdeführer kein Anrecht auf uneingeschränkte Einsicht. Er hat lediglich Anspruch auf Einsicht soweit die Beiständin ihre Arbeit der Vormundschaftsbehörde offen legt. Denn dadurch werden ihre Aufzeichnungen geeignete Grundlagen für vormundschaftliche Entscheide und somit von seinem verfahrensrechtlichen Anspruch auf Akteneinsicht umfasst. Die Information der Vormundschaftsbehörde erfolgt indes über die Rechenschaftsberichte. Diese Rechenschaftsberichte dienen der Vormundschaftsbehörde als Entscheidungsgrundlage, weshalb diese dem Beschwerdeführer auf Grund seines verfahrensrechtlichen Anspruches auf rechtliches Gehör uneingeschränkt offen zu legen sind. Abgesehen von den Rechenschaftsberichten finden die Aufzeichnungen der mandatsführenden Person keinen Eingang in das vormundschaftliche Verfahren, sondern dienen lediglich der Betreuungsarbeit. Diesbezüglich verkennt der Beschwerdeführer die Tatsache, dass zwischen der Vorinstanz als Vormundschaftsbehörde und der Beiständin als mandatsführende Person zu differenzieren ist. Sein Anspruch auf rechtliches Gehör bezieht sich auf alle Akten der Vorinstanz, welche Einfluss auf den angefochtenen Entscheid haben könnten, nicht jedoch auf die Akten der Beiständin. Sein Antrag auf Edition der Akten der Beiständin ist deshalb abzuweisen. Die Beiständin ist verpflichtet, regelmässig Bericht abzulegen und Anträge auf Weiterführung oder Abänderung der verfügten Massnahme zu stellen. Darüber hinaus muss sie aber ihr Amt unabhängig von der Entscheidinstanz ausüben können, ansonsten es nicht möglich wäre, ein Vertrauensverhältnis zur betreuten Person aufzubauen, auf dem letztlich ihre Arbeit basiert.

Soweit die Beiständin als Vermittlerin beim persönlichen Verkehr tätig war, ist der Beschwerdeführer berechtigt, Aufzeichnungen die ihn betreffen, einzusehen. Aus den Akten und seinen Ausführungen geht indes hervor, dass solche Treffen äusserst selten stattgefunden haben. Der Beschwerdeführer hat sich weitgehend geweigert, mit der Beiständin zusammen zu treffen, weshalb auch keine Aufzeichnungen über eine solche Zusammenarbeit bestehen können. Die Interaktion zwischen

ihm und der Beiständin fand hauptsächlich auf schriftlichem Wege statt, sodass ihm diese Akten – Briefe von ihm und an ihn – bekannt sind. Im Übrigen gewährte die Beiständin dem Beschwerdeführer weitgehend Einblick in ihre Aufzeichnungen. Dies obwohl ihre Akten nicht Eingang in das vormundschaftliche Verfahren gefunden haben, da sie der Vorinstanz lediglich im Rahmen ihrer Rechenschaftsberichte Auskunft über ihre Arbeit gegeben hat. Gestützt auf das Vormundschaftsgeheimnis ist der Beschwerdeführer somit nur befugt, Einträge in ihre Akten einzusehen, die seine Geheimsphäre betreffen. Der Beschwerdeführer macht indes zu Recht nicht geltend, die Beiständin hätte über ihn Akten erstellt, die ihm nicht offen gelegt wurden. Vielmehr zielt er darauf ab, Kenntnis über ihre gesamte Betreuungsarbeit, welche, wie bereits erwähnt, vor allem die Beschwerdegegnerin betrifft, zu erhalten. Dies widerspricht indes dem Vormundschaftsgeheimnis und wird nicht umfasst von seinem Anspruch auf rechtliches Gehör, sodass sein Vorwurf der mangelhaften Gewährung der Akteneinsicht unberechtigt ist. Die Beiständin gewährte ihm weitgehend Einsicht in ihre Aufzeichnungen, wobei sie indes zum Schutze der Geheimsphäre der Beschwerdegegnerin, gewisse Stellen abdeckte. Dass sie damit seinem Bedürfnis nach Informationen nicht vollständig entgegenkam, stellt keine Pflichtverletzung dar, da sie nicht verpflichtet ist, den wesentlichen Inhalt der abgedeckten Textstellen offen zu legen. Dass aufgrund der mangelhaften Kommunikation zwischen den Kindseltern ein grosses Bedürfnis nach Informationen besteht, ist nachvollziehbar. Auf Grund des Vormundschaftsgeheimnisses kann diesem Informationsbedarf indes nicht durch Offenlegung sämtlicher Kontakte mit der Beiständin begegnet werden. Der Beiständin ist somit kein Fehlverhalten vorzuwerfen. Dass es ihr nicht gelungen ist, das Vertrauen beider Elternteile gleichermassen zu gewinnen, stellt keine Verletzung ihrer vormundschaftlichen Pflichten dar, sondern ist Ausfluss der Schwierigkeiten der Aufgabenstellung. Dass die Beiständin Übergabemodalitäten nicht mit ihm besprechen kann, hat der Beschwerdeführer durch seine Weigerung zu Gesprächen zu erscheinen, selber zu vertreten. Auch die übrigen Vorwürfe gegen die Beiständin vermögen kein Fehlverhalten aufzudecken. Sie ist nicht verpflichtet, die Parteien über ihre Abklärungen betreffend begleitetes Besuchsrecht und Fremdplatzierung zu informieren. Gerade die Tatsache, dass diese Massnahmen von der Vormundschaftsbehörde nicht in Erwägung gezogen werden mussten, belegt, dass die Parteien in ihre Vorabklärungen nicht einzubeziehen waren. Weder aus den Vorbringen des Beschwerdeführers noch aus den übrigen Eingaben geht hervor, dass die Beiständin die Interessen des Kindeswohl gefährden würde.

3. (...) Die Beschwerde ist folglich abzuweisen.

Regierungsrat, 17. Februar 2009

## 2. Alimentenbevorschussung

§ 9 Inkassohilfe- und Bevorschussungsgesetz – Unrechtmässig bzw. ungerechtfertigt bevorschusste Unterhaltsbeiträge sind von gutgläubig Bereicherten nur im Umfang einer eventuell noch vorhandenen Bereicherung zurückzuerstatten (Erw. II. 2).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Mit Urteil vom 10. Juli 2003 wurde die Ehe von A.S. mit C.S. geschieden. A.S. wurde ein Unterhaltsbeitrag in der Höhe von Fr. 1'300.– bis zum 31. August 2005, von Fr. 1'000.– bis zum 31. August 2007 sowie von Fr. 800.– bis zum 31. August 2014 zugesprochen. Dem gemeinsamen Kind K.S. sprach das Kantonsgericht einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'300.– (inkl. allfälliger Kinderzulagen) zu. Am 2. November 2005 beantragte C.S. beim Kantonsgericht Zug mit Verweis auf seine aktuellen Einkommens- und Familienverhältnisse die Abänderung des Scheidungsurteils. Seine gesamte Unterhaltsverpflichtung sei auf monatlich Fr. 500.– zu reduzieren. Mit Urteil vom 21. März 2007 hiess das Kantonsgericht den Antrag von C.S. teilweise gut und reduzierte den Unterhaltsbeitrag an K.S. rückwirkend per 3. November 2005 bzw. ab dem Zeitpunkt der Geburt des zweiten Kindes von C.S. aus zweiter Ehe. Die Verpflichtung zur Zahlung eines Unterhaltsbeitrags an die Beschwerdeführerin wurde per 3. November 2005 gänzlich aufgehoben. Gegen dieses Urteil erhob A.S. Berufung. Das Obergericht hiess diese mit Urteil vom 6. Mai 2008 gut und hob das Urteil des Kantonsgerichts vom 21. März 2007 auf. Zugleich wies es die Sache zur ergänzenden Beweisaufnahme im Sinne der Urteilsabwägungen an das Kantonsgericht zurück. Mit Beschluss vom 28. Mai 2008 verfügte das Kantonsgericht die Abnahme der umstrittenen Beweismittel und hiess in der Folge mit Urteil vom 4. Februar 2009 die Abänderungsklage von C.S. rückwirkend erneut teilweise gut. Diesem zufolge wurde C.S. u.a. verpflichtet, seinem Kind K.S. per 3. November 2005 monatlich Fr. 878.– zuzüglich allfälliger Kinderzulagen bzw. ab dem Zeitpunkt der Geburt seines zweiten Kindes aus zweiter Ehe monatlich Fr. 558.– zuzüglich allfälliger Kinderzulagen an Unterhaltsbeiträgen zu bezahlen. Die Unterhaltspflicht gegenüber der Beschwerdeführerin wurde rückwirkend per 3. November 2005 vollständig aufgehoben. Die Gemeinde X, welche die von C.S. zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge bevorschusst hatte, machte unter Bezugnahme auf das rechtskräftige Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 4. Februar 2009 für die Zeit zwischen November 2005 und März 2009 eine Rückforderung in der Höhe von Fr. 64'339.– an zu viel bevorschussten Unterhaltsbeiträgen geltend. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin beim Regierungsrat am 5. Juni 2009 Verwaltungsbeschwerde. Sie beantragte darin die Aufhebung der angefochtenen Verfügung unter

gleichzeitiger Feststellung, dass die geforderten bevorschussten Unterhaltsbeiträge nicht zurückzuzahlen seien. Die Gemeinde X machte geltend, dass der Beschwerdeführerin zu hohe Beiträge bevorschusst worden seien, da das Verfahren vor Gericht so lange gedauert habe. Die Beschwerdeführerin hätte sich dieser Rechtsunsicherheit bewusst sein und mindestens einen Teil der Beiträge allenfalls zurücklegen müssen. X sei aufgrund ihrer finanziellen Lage auf die Rückerstattung angewiesen.

Aus den Erwägungen:

...

## II.

4. Die Beschwerdeführerin beantragt einerseits die Aufhebung der Verfügung der Gemeinde X vom 18. Mai 2009 und andererseits die Feststellung, dass sie die bevorschussten Unterhaltsbeiträge nicht zurückzahlen müsse.

1.1 A.S. begründet ihren Antrag im Wesentlichen damit, dass sie zu keinem Zeitpunkt Vorschüsse bezogen habe, zu denen sie nicht berechtigt gewesen wäre. Sämtliche Leistungen hätten auf dem rechtskräftigen Scheidungsurteil vom 10. Juli 2003 beruht. Für die Zeit zwischen November 2005 und März 2009 könne keine Rede von einer unrechtmässigen oder gar ungerechtfertigten Bevorschussung im Sinne von § 9 des Inkassohilfe- und Bevorschussungsgesetzes sein. Darüber hinaus sei sie während des gesamten Verfahrens bezüglich Abänderung des Scheidungsurteils stets guten Glaubens gewesen, dass die Abänderungsklage abgewiesen würde, da sie damals wie heute der Überzeugung sei, ihr ehemaliger Gatte habe die Abänderung des Scheidungsurteils durch eine wahrheitswidrige Darstellung seiner Einkommensverhältnisse erwirkt. Schliesslich käme die Rückforderung von Vorschüssen in der Höhe von Fr. 64'339.– einer unbilligen Härte gleich. Als allein erziehende Mutter und in Teilzeit arbeitende Verkäuferin verbleibe ihr von ihrem monatlichen Lohn nach Abzug der allgemeinen Lebenshaltungskosten so gut wie keine Restanz. Ebenso wenig verfüge sie über eigenes Vermögen. Ihre Beschwerde sei daher gutzuheissen.

4.1. Die Gemeinde X macht in ihrer Stellungnahme vom 17. August 2009 geltend, sie habe sich gemäss Treu und Glauben verhalten. Sie sei auf die korrekte und beförderliche Festsetzung der zu bevorschussenden Beiträge angewiesen und habe darauf vertraut, dass die bevorschussten Beiträge korrekt seien. Die Fachstelle effzett habe keinen internen Fehler gemacht. A.S. habe mit einer Rückerstattung rechnen müssen, da sie davon ausgehen musste, dass das Gericht das Scheidungs-

urteil teilweise zu ihren Ungunsten ändern könnte. Das mehr als vier Jahre dauernde gerichtliche Verfahren habe eine Rechtsunsicherheit geschaffen...

2.1 Gestützt auf § 9 Abs. 1 des Inkassohilfe- und Bevorschussungsgesetzes haben unterhaltsberechtigten Personen Vorschüsse u.a. soweit zurückzuerstatten, als sie unrechtmässig oder ungerechtfertigt in deren Genuss gelangt sind. Damit konkretisiert das Inkassohilfe- und Bevorschussungsgesetz den allgemeinen, verwaltungsrechtlichen Grundsatz der Rückforderung von grundlos erbrachten Leistungen (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 184 f.). Dem Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 28. September 1992 zum Inkassohilfe- und Bevorschussungsgesetz (Kantonsratsvorlage Nr. 7841, S. 21) ist zudem zu entnehmen, dass die Rückerstattungspflicht sich nur auf die noch vorhandene Bereicherung erstreckt, falls die unrechtmässig oder ungerechtfertigt bezogenen Leistungen nicht durch vorsätzlich falsche Angaben oder durch vorsätzliches Verschweigen von massgeblichen Tatsachen erwirkt worden sind. Gestützt auf diese klare Aussage in den Materialien kann somit festgestellt werden, dass für den Fall der unrechtmässigen oder ungerechtfertigten Bevorschussung der Schutz der gutgläubig bereicherten Personen bezweckt worden ist.

Zu klären ist zunächst, ob die der Beschwerdeführerin bezahlten Unterhaltsbeiträge unrechtmässig oder ungerechtfertigt bevorschusst worden sind.

2.2 Es ist unbestritten, dass die Höhe der bis und mit März 2009 bevorschussten Unterhaltsbeiträge auf dem rechtskräftigen Scheidungsurteil des Kantonsgerichtspräsidiums vom 10. Juli 2003 beruhte. Somit sind diese Unterhaltsbeiträge gestützt auf einen rechtskräftigen Entscheid, d.h. einen Rechtsgrund, mithin also rechtmässig, bevorschusst worden. Durch das Urteil des Kantonsgerichts vom 4. Februar 2009 wurde der Rechtsgrund, auf welchem die Bevorschussung der Unterhaltsbeiträge basierte, rückwirkend per 3. November 2005 geändert. Dieses Urteil ist in Rechtskraft erwachsen. Folglich ist der Leistungsgrund, auf welchen sich die Bevorschussung der Unterhaltsbeiträge bis und mit März 2009 stützte, nachträglich teilweise weggefallen (vgl. BGE 129 III 649). Insofern kann von einem unrechtmässigen resp. ungerechtfertigten Bezug von Unterhaltsleistungen ausgegangen werden, da der Rechtsgrund für diese nachträglich dahingefallen ist.

2.3 Es stellt sich nun die Frage, ob die von der Beschwerdeführerin teilweise unrechtmässig bzw. ungerechtfertigt bevorschussten Unterhaltsbeiträge zurückzuerstatten sind. Wie oben unter Ziff. 2.1 erwähnt, bezweckte der Gesetzgeber den Schutz der gutgläubig bereicherten, unterhaltsberechtigten Person. Aus den

Materialien geht klar hervor, dass er die Rückerstattungspflicht auf die Fälle der böswillig erschlichenen Leistungen begrenzen wollte. Im konkreten Fall kann der Beschwerdeführerin nicht vorgeworfen werden, sie habe vorsätzlich mittels falscher Angaben oder infolge vorsätzlichen Verschweigens massgeblicher Tatsachen ungerechtfertigt oder unrechtmässig Vorschüsse bezogen. Dies tut auch die Gemeinde X in ihrem Entscheid vom 18. Mai 2009 sowie in ihrer Stellungnahme vom 17. August 2009 nicht. Sie macht vielmehr geltend, die Beschwerdeführerin hätte angesichts des lange dauernden, gerichtlichen Verfahrens mit einer Rückerstattung rechnen und diesbezüglich Vorsorge treffen müssen. Die Beschwerdeführerin ihrerseits macht geltend, sie sei während der ganzen Zeit des Abänderungsverfahrens berechtigterweise der Hoffnung gewesen, dass die Abänderungsklage ihres geschiedenen Ehegatten abgewiesen würde. Den Akten ist zu entnehmen, dass das Abänderungsverfahren rund dreieinviertel Jahre dauerte, wobei der Ausgang des Verfahrens nicht offensichtlich war (das Obergericht hiess noch am 6. Mai 2008 die Berufung von A.S. gegen das Urteil des Kantonsgerichts vom 21. März 2007 gut). So konnte die Beschwerdeführerin auch nicht wissen, wie das Urteil lauten würde und durfte so berechtigt auf ein für sie günstige(re)s Urteil hoffen. In Anbetracht dieser Umstände und der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin die bevorschussten Unterhaltsbeiträge für ihren Unterhalt und denjenigen ihres Sohnes brauchte, war es ihr nicht zuzumuten, einen allenfalls zurückzuerstattendes Betrag von ungewisser Höhe vorsorglich auf die Seite zu legen. Das Kantonsgericht hält im Entscheid vom 4. Februar 2009 i. S. von Art. 129 Ziff. 3 und Art. 143 Ziff. 3 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) denn auch fest, dass der Beschwerdeführerin infolge der Abänderung der Unterhaltsbeiträge zur Deckung des gebührenden Unterhaltes ein Betrag von Fr. 840.– pro Monat und nach der Geburt des zweiten Kindes von C.S. ein Betrag von Fr. 1160.– fehle. Es kann der Beschwerdeführerin unter diesen Umständen auch nicht vorgeworfen werden, sie hätte sich böswillig der ungerechtfertigt bezogenen Unterhaltsbeiträge entäussert. Gestützt auf diese Erwägungen ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin unter diesen Umständen nur eine eventuell noch vorhandene Bereicherung zurückzuerstatten hätte. Da sie jedoch weder über Vermögen noch über ein gesichertes, substantielles Einkommen verfügt, welche ihr eine Rückzahlung erlauben würden, hat sie die zu viel bevorschussten Unterhaltsbeiträge nicht zurückzuerstatten.

...

Regierungsrat, 15. Dezember 2009

### III. Planungs- und Baurecht

§ 19 V PBG, §§ 14 – 18 BO Cham; Ausnützungsübertragung von einer Landfläche ausserhalb einer Arealbebauung in eine Arealbebauung, Berechnungsgrundlage für den Ausnützungsbonus

Aus den Erwägungen:

2. a) Gemäss Baubewilligung bezieht sich die Arealbebauung auf das in der Wohnzone W2 liegende Grundstück Nr. ... mit einer anzurechnenden Landfläche von 6'941 m<sup>2</sup> sowie auf die in der übrigen Zone für Freihaltung, das heisst ausserhalb der Bauzone gelegenen Parzelle Nr. ... mit einer Fläche von 3'462 m<sup>2</sup>. Diese beiden Grundstücke bilden somit das Arealbauungsgebiet.

Sofern die in der Wohnzone W2 gelegene Arealbebauung innerhalb dieses Perimeters die erhöhten gemeindlichen Anforderungen gemäss § 15 BO Cham erfüllt, hat die Bauherrschaft nicht nur Anspruch auf die ihr gemäss § 38 BO Cham zustehende Ausnützung von 0.40, sondern ihr steht zusätzlich ein Ausnützungsbonus von 15% zu. Bei einer anzurechnenden Arealbauungsfläche von 6'941 m<sup>2</sup> ergibt das eine anzurechnende Geschossfläche von maximal 3'192.86 m<sup>2</sup> [6'941 m<sup>2</sup> x (0.40 + Bonus von 0.06)]

b) Von der nördlich angrenzenden, ebenfalls in der Wohnzone 2 gelegenen, teilweise überbauten Parzelle Nr. ... soll die Ausnützung von 1'143 m<sup>3</sup> Landfläche auf die Arealbauungsfläche übertragen werden. Der Ausnützungstransfer findet seine gesetzliche Grundlage in § 19 V PBG. (Es folgen Ausführungen, dass die Voraussetzungen gemäss § 19 Abs. 2 V PBG für die Übertragung der geplanten Ausnützung im Umfang von 457.20 m<sup>2</sup> anzurechnende Geschossfläche vom Nachbargrundstück auf das Baugrundstück innerhalb der Arealbebauung erfüllt sind.)

c) Der Bauherrschaft steht damit die Ausnützung des Baugrundstückes GS Nr. ... im Umfang von maximal 3'192.86 m<sup>2</sup> anzurechnende Geschossfläche sowie die vom Nachbargrundstück GS ... übertragene Ausnützung im Umfang von 457.20 m<sup>2</sup> anzurechnende Geschossfläche zur Verfügung, was insgesamt eine maximale anzurechnende Geschossfläche von 3'650.06 m<sup>2</sup> ausmacht.

Gemäss Angaben des Baugesuches sowie aufgrund der Baubewilligung beansprucht die Bauherrschaft mit ihrem Bauprojekt jedoch eine anzurechnende Geschossfläche von 3'707.80 m<sup>2</sup>. Damit wird die maximal zulässige anzurechnende Geschossfläche von 3'650.06 m<sup>2</sup> um 57.74 m<sup>2</sup> überschritten. Es ist offensichtlich, weshalb es zu dieser Differenz kommt. Sowohl die Bauherrschaft als auch der Gemeinderat sind davon ausgegangen, dass die mit der Ausnützungsübertragung vom belasteten Grundstück GS Nr. ... beanspruchte anzurechnende Landfläche nicht nur mit der auf diesem Grundstück liegenden Ausnützungsziffer von 0.40, sondern – weil diese Ausnützung innerhalb des Arealbauungsperimeters beansprucht wird – sogar mit dem Arealbauungsbonus zu multiplizieren ist. Sie haben dabei jedoch übersehen, dass nur die Ausnützung des belasteten Grundstückes GS Nr. ... übertragen werden kann und dass auf diesem Grundstück lediglich eine Ausnützungsziffer von 0.40 liegt. Das belastete Grundstück GS Nr. ... ist eben gerade nicht Bestandteil der Arealbebauung, da sich die Arealbebauung gemäss Baubewilligung lediglich auf die Grundstücke GS Nrn. ... und ... erstreckt. Aus diesem Grund kann die zu übertragende anzurechnende Landfläche des belasteten Grundstückes GS Nr. ... nur mit der dort geltenden Ausnützungsziffer von 0.40 und nicht mit der innerhalb einer Arealbebauung geltenden Ausnützungsziffer von 0.46 (AZ: 0.40 + Ausnützungsbonus von 15%) multipliziert werden. Die zur Verfügung stehende anzurechnende Landfläche des belasteten Grundstückes von 1'143 m<sup>2</sup> könnte nur dann mit der Ausnützung samt Arealbauungsbonus vermehrt werden, wenn auch dieses Grundstück innerhalb des Arealbauungsperimeters liegen würde. In diesem Fall bräuchte es keine Ausnützungsübertragung mehr. Gleichzeitig müssten sich aber die kommunalen Anforderungen an die Arealbebauung gemäss § 14 ff. BO Cham auch auf das Grundstück GS Nr. ... erstrecken. Dies ist jedoch, wie sich aus der Baubewilligung ergibt, nicht der Fall.

Damit steht im Zwischenergebnis fest, dass die Arealbebauung X die maximal zulässige anzurechnende Geschossfläche um insgesamt 57.74 m<sup>2</sup> und damit auch die maximal zulässige Ausnützung überschreitet. Da es von Bauvorschriften, welche die Baudichte (Ausnützungsziffer, Baumassenziffer usw.) bestimmen, keine Ausnahmen geben kann (§ 31 Abs. 2 V PBG), sind die Beschwerden in diesem Umfang begründet. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerden und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides.

Regierungsrat, 27. Januar 2009

§ 29 Abs. 4 PBG – Änderung einer Arealbebauung oder bewilligungsfreier Vorgang (Begrünung einer Fassade)?

Aus den Erwägungen:

2. ... Die Arealbauungsbewilligung verlangt die Begrünung der Nordwestfassade der Einfamilienhäuser. Dafür ist das Rankgerüst vorgesehen. Die jeweiligen Nachbarn sind zivilrechtlich berechtigt, an der ihnen zugewendeten Fassade Kletterpflanzen zu setzen. Sie sind jedoch gleichzeitig verpflichtet, das Überwachsen allfälliger Fenster in der Fassade der Nachbarliegenschaft zu unterlassen. Damit steht also fest, dass die Fassade zwar begrünt werden kann, dass jedoch die Fenster von Bewuchs frei bleiben müssen. Obwohl die Baubehörde das Baugesuch auf die Übereinstimmung mit den Vorschriften des öffentlichen Rechts prüft und nicht über zivilrechtliche Verhältnisse entscheidet (§ 29 Verordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 16. November 1999, V PBG, BGS 721.111), gibt diese Abmachung zumindest einen Anhaltspunkt für die Ausgestaltung der geplanten Begrünung der Nordwestfassaden der Einfamilienhäuser innerhalb der Arealbebauung X. Festzustellen ist jedoch, dass die Arealbebauung lediglich von einer Begrünung der einen Fassade ausgeht. Details zur Konstruktion eines Rankgerüsts enthält die Arealbauungsbewilligung nicht. Auch verlangt die Arealbauungsbewilligung entgegen der Meinung des Gemeinderates nicht, dass an der Fassade vor den Panoramafenstern zwingend Drahtseile als Rankgerüst gespannt werden müssen. Diese würden nur schon deshalb keinen Sinn machen, da ohnehin die jeweilige Nachbarschaft zivilrechtlich verpflichtet ist, die Panoramafenster von Bewuchs freizuhalten. Aus diesem Grund können die Drahtseile des Rankgerüsts ohne gemeindliche Bewilligung bis Unterkant Fenster gekürzt werden.

Es kann vorliegend auch nicht von einer Änderung der Arealbebauung ausgegangen werden. Die Arealbebauung verlangt lediglich eine Begrünung der Nordwestfassade. Diese Begrünungspflicht wird durch die Kürzung der Drähte des Rankgerüsts weder beeinträchtigt noch in Frage gestellt. Kommt hinzu, dass an anderen Liegenschaften der Arealbebauung X auf die Montage dieses Rankgerüsts im Bereich der Panoramafenster vollständig verzichtet worden ist. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb der Gemeinderat vorliegend die Bewilligung für die teilweise Kürzung der Drähte bis Unterkant Fenster verweigert hat, während er die Montage des fehlenden Rankgerüsts bei anderen Liegenschaften nicht nachträglich verlangt hat. Diese rechtsungleiche Behandlung ist nicht nachvollziehbar.

Zu Unrecht hat der Gemeinderat die Kürzung des Rankgerüsts als baubewilligungspflichtige Änderung, ja sogar als Änderung der Arealbauungsbewilligung

betrachtet und zu Unrecht hat er mit der angefochtenen Verfügung die teilweise Kürzung des Rankgerüstes verweigert. Damit steht fest, dass in Gutheissung der Beschwerde der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Drahtseile des Rankgerüstes ohne Bewilligung des Gemeinderates bis Unterkant Fenster gekürzt werden dürfen.

Regierungsrat, 28. April 2009

Art. 21 Abs. 2 RPG – Bei einer erheblichen Änderung der Verhältnisse ist ein Bebauungsplan zu überprüfen und eventuell anzupassen.

Aus den Erwägungen:

5. Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass sich bis heute die Wohnqualität des Grundstücks GS Nr. ... im Vergleich zu den weiteren Parzellen des Bebauungsplanes noch verbessert habe. Sämtliche Liegenschaften innerhalb des Bebauungsplans würden vom Eisenbahnlärm beschallt. Das Grundstück der Beschwerdeführerin werde aber zusätzlich durch die neue Busführung vom und zum Bahnhof Zug erheblich mehr belastet. Täglich werde die XY-Strasse von sieben Buslinien befahren, was über 300 Busfahrten pro Tag ergebe. Demgegenüber fahre vor der Liegenschaft GS Nr. ... lediglich eine Buslinie vorbei. Trotzdem liege der Mindestwohnanteil von 40% auf der Parzelle GS Nr. ... im Vergleich zu den weiteren Grundstücken innerhalb des Bebauungsplanperimeters tiefer. Die Beschwerdeführerin macht damit geltend, dass der Bebauungsplan insbesondere in Bezug auf die Festlegung der Mindestwohnanteilspflicht überprüft werden müsse.

Haben sich die Verhältnisse erheblich geändert, werden die Nutzungspläne überprüft und nötigenfalls angepasst (Art. 21 Abs. 2 Raumplanungsgesetz vom 22. Juni 1979, RPG, SR 700). Wie die Raumplanung im Allgemeinen bildet auch die Nutzungsplanung eine ständige und durchgehende Aufgabe, die eine Veränderung der Verhältnisse und neue Erkenntnisse zu berücksichtigen hat. Eine Planung gilt nur als sachgerecht, wenn sie bei Bedarf mit der Wirklichkeit in Übereinstimmung gebracht wird. Als Verhältnisse, deren Änderung eine Plananpassung rechtfertigen bzw. gebieten, fallen sowohl tatsächliche, namentlich Bevölkerungswachstum, Wirtschaftsentwicklung, Erschliessungsverhältnisse, als auch rechtliche Umstände, wie Änderungen des Planungs- und Umweltrechts, Revision des Richtplans, Rechtsprechung, in Betracht (Waldmann/Hänni, Raumplanungsgesetz, Bern 2006, N 11 ff. zu Art. 21).

Es ist nun nachfolgend zu prüfen, ob vorliegend die Voraussetzungen für eine Anpassung der Nutzungsplanung gegeben sind.

6. Die Änderungen der Verhältnisse müssen erheblich sein. Sie müssen soweit gediehen sein, dass kein öffentliches Interesse mehr an der Beibehaltung der bisherigen Nutzungsordnung besteht (BGE 127 I 105 f.).

Mit dem Bebauungsplan X wurde im Jahre 1982 der Mindestwohnanteil der Parzelle GS Nr. ... auf 40% festgelegt, während der Bebauungsplan für die weiteren Grundstücke innerhalb des Perimeters (GS Nrn. ... [Teil], ..., ..., ..., ... und ...) keine Mindestwohnanteilsvorschriften enthielt. Für diesen Fall bestimmt der Bebauungsplan, dass die entsprechenden Bestimmungen der jeweils geltenden Bauordnung massgebend sind. Damals galt in der Kernzone X ein Mindestwohnanteil von 20% (§ 51 Abs. 1 lit. c BO Zug 81). Mit der Annahme der Volksinitiative für höhere Wohnanteile in der Stadt Zug am 24. Juni 1990 wurde in der Kernzone X die Mindestwohnanteilspflicht von 20% auf 50% erhöht. Mit der Ortsplanungsrevision vom 4. Dezember 1994 wurde das fragliche Gebiet der Kernzone Y zugewiesen. An der bisherigen Mindestwohnanteilspflicht von 50% wurde nichts geändert (§ 50 Abs. 1 BO Zug 94). Auch die künftige, vom Volk am 27. September 2009 verabschiedete Ortsplanungsrevision wird an der Mindestwohnanteilspflicht in diesem Gebiet nichts ändern (Kernzone C 50% gemäss § 36 Bauordnung der Stadt Zug vom 27. September 2009).

Der Grosse Gemeinderat hat beim Erlass des Bebauungsplanes X die Wohnqualität und die Lage der Parzelle GS Nr. ... gegenüber den restlichen Grundstücken des Bebauungsplans offenbar höher eingestuft. Er hat den Mindestwohnanteil auf der Parzelle GS Nr. ... gegenüber den übrigen Liegenschaften verdoppelt. Seit der Änderung der Wohnanteilspflicht mit Annahme der entsprechenden Volksinitiative am 24. Juni 1990 trifft diese Begründung nicht mehr zu. Während die Mindestwohnanteilspflicht im gesamten Bebauungsplangebiet auf 50% gestiegen ist, verblieb sie einzig auf dem Grundstück GS Nr. ... auf 40%. Just auf der Parzelle, deren Wohnqualität und Lage der Grosse Gemeinderat im Jahre 1982 noch als besser als auf den übrigen Liegenschaften des Bebauungsplanes X beurteilt hat, muss im Vergleich zu den weiteren Parzellen seit 1990 ein niedrigerer Mindestwohnanteil eingehalten werden.

Damit steht fest, dass sich insbesondere die rechtlichen Verhältnisse seit dem Erlass des Bebauungsplans X im Jahre 1982 wesentlich geändert haben.

7. Selbst wenn sich die Verhältnisse seit der Planfestsetzung erheblich geändert haben, hat eine Plananpassung nicht zwingend, sondern nur nötigenfalls zu erfolgen. Es bedarf einer Abwägung des Gebots der Rechtssicherheit und des Grundsatzes der Planbeständigkeit (Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, Bern 2008, S. 109 f.). Wichtige Kriterien sind das Alter des Nutzungsplans, die geltend gemachten Änderungsgründe, die Auswirkungen der Planänderungen, die Art, die Aussagedichte und der Stand der Realisierung des Nutzungsplans sowie das Ausmass der Planänderung.

a) Je neuer ein Nutzungsplan ist, umso mehr darf mit seiner Beständigkeit gerechnet werden und desto schwieriger wird es sein, die Vermutung der Gültigkeit zu widerlegen (BGE 128 I 198; 120 Ia 233).

Gemäss Art. 15 lit. b RPG sind Nutzungspläne in der Regel nach etwa 15 Jahren zu überarbeiten. Der Bebauungsplan X ist im Jahre 1982 erlassen worden. Er gilt also seit über 27 Jahren. In diesem Zeitraum haben sich die Anschauungen und Absichten der Planungsorgane unbestrittenermassen gewandelt. Dies hat sich insbesondere im Jahre 1990 mit der Erhöhung der Mindestwohnanteilspflicht in der Kernzone manifestiert. Hinzu kommt, dass nach einem Ablauf von 20 Jahren nicht mehr mit der Beständigkeit des Nutzungsplans gerechnet werden darf (BGE vom 20. Dezember 1994, in: ZBI 1996, S. 39).

b) Bei den geltend gemachten Änderungsgründen wird in der Rechtsprechung zwischen wichtigen und weniger wichtigen Gründen unterschieden. Zu den wichtigen Gründen gehören u.a. auch Gesetzesänderungen und die Anpassung der Nutzungsplanung an diese neuen Vorgaben (BGE 1A.129/2002 vom 9. April 2003 i.S. Flühli, E. 3 f.; BGE 118 Ib 495).

Unter Ziff. 6 hievore ist bereits hingewiesen worden, dass mit der Annahme der Volksinitiative für höhere Wohnanteile in der Stadt Zug am 24. Juni 1990 in der Kernzone X die Mindestwohnanteilspflicht von 20% auf 50% erhöht wurde. Damit hat sich die Ausgangslage im Bebauungsplangebiet wesentlich geändert. Ausgerechnet bei jenem Grundstück (GS Nr. ...), bei dem die Wohnqualität im Vergleich zu den übrigen Liegenschaften innerhalb der Kernzone X als besonders gut eingeschätzt wurde, verbleibt der Mindestwohnanteil mit 40% unterhalb jenem Wert, den die Bauordnung inskünftig als Mindestmass festlegte. Diese Gesetzesänderung führte dazu, dass die ursprüngliche im Bebauungsplan mit der differenzierten Aufteilung der Mindestwohnanteilspflicht zum Ausdruck gebrachte Unterscheidung zwischen hoher und weniger hoher Wohnqualität verloren ging bzw. sogar

vollends umgekehrt wurde. Hinzu kommt, dass mit dem Neubau des Bahnhofs Zug wesentlich mehr Busse von der XY-Strasse abfahren, als dies beim Erlass des Bebauungsplans der Fall war. Dadurch hat sich die Wohnqualität der Häuserzeile entlang der XY-Strasse im Vergleich zur Liegenschaft GS Nr. ... sicher nicht verbessert. Trotzdem verbleibt die Mindestwohnanteilspflicht auf den Parzellen des Bebauungsplans X (GS Nrn. ... [Teil], ..., ..., ..., ... und ...) bei 50% bzw. auf dem Grundstück GS Nr. ... bei 40%.

c) Je einschneidender sich die Planänderung auf die Nutzungsmöglichkeiten der Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer auswirkt, umso gewichtiger müssen die Gründe sein, die für eine Planänderung sprechen (BGE vom 25. Januar 2002, in: ZBI 2003, S. 657 f.).

Vorliegend drängt sich eine Überprüfung der Mindestwohnanteilspflicht innerhalb des Bebauungsplans X auf. Die Beschwerdeführerin verlangt die Wiederherstellung der ursprünglichen Idee eines nach Wohnqualität abgestuften Mindestwohnanteils innerhalb des Bebauungsplanperimeters. Dieses Begehren macht durchaus Sinn. Zu welchem Resultat man kommen wird, ob die Wohnanteilspflicht für die meisten Parzellen im Bebauungsplanperimeter gesenkt werden oder ob allenfalls die Verhältniszahl für das Grundstück GS Nr. ... angepasst wird, muss die Überprüfung zeigen. Wichtig ist einzig, dass der Festlegung der Mindestwohnanteilspflicht wieder die Wohnqualität der einzelnen Parzellen zugrunde gelegt wird.

d) Im Rahmen der Interessenabwägung kommt es des Weiteren auf die Art des Nutzungsplans, seine Aussagekraft und den Stand der Realisierung an. Je konkreter die Nutzungsordnung ausgestaltet und je weiter die Realisierung des Plans vorangeschritten ist, desto mehr Gewicht kommt dem Grundsatz der Planbeständigkeit zu.

Der Bebauungsplan X ist ein Sondernutzungsplan, welcher die Art und Lage der Bauten und teilweise auch deren Nutzungsmix detailliert festlegt. Seit Jahren sind die Bauten innerhalb des Bebauungsplans weitgehend realisiert. Damit können sich die Eigentümerinnen und Eigentümer grundsätzlich auf deren Planbeständigkeit berufen (BGE 116 Ib 188 f.) sowie auf deren Planaussagen abstützen. Der Bebauungsplan ging ursprünglich von einer differenzierten Betrachtungsweise der Wohnanteilspflicht innerhalb seines Geltungsbereichs aus. Massgebend war die jeweilige Güte der Wohnqualität. Diese Unterscheidung ist mit der pauschalen Erhöhung der Mindestwohnanteilspflicht innerhalb der Kernzonen für den weitgehend realisierten Bebauungsplan X vereitelt worden. Eine Wiederherstellung des ursprünglichen Grundgedankens bzw. eine Differenzierung der

Mindestwohnanteile nach Massgabe der Wohnqualität innerhalb des Bebauungsplanperimeters tut Not.

e) Massgebend ist auch das Ausmass der Planänderung. Soweit mit einer Änderung die bestehende Zonenplanung lediglich in untergeordneten Punkten ergänzt wird und eine gesamthafte Überprüfung der Planung nicht erforderlich erscheint, ist eine nachträgliche geringfügige Änderung bereits nach relativ kurzer Zeit seit der Planfestsetzung zulässig (BGE 128 I 199; 124 I 396).

Mit Fug und Recht kann nun behauptet werden, dass die Festlegung der Mindestwohnanteilspflicht im fraglichen Gebiet mit der Annahme der Volksinitiative im Jahre 1990 und in den Ortsplanungsrevisionen 1994 und 2009 jeweils geprüft worden ist. Gleichzeitig muss der städtische Gesetzgeber wohl eingestehen, dass er sich dieser ungleichen Festlegung der Mindestwohnanteilspflicht innerhalb des Bebauungsplanes X nicht detailliert angenommen hat. Hätte er dies nämlich getan, wäre er auf die Ungleichbehandlung der einzelnen Grundstücke gestossen. Dabei hätte er einerseits die Wohnanteilspflicht innerhalb des Bebauungsplans X im Wesentlichen herabsetzen oder jene auf der Parzelle GS Nr. ... erhöhen können. Trotz Bestätigung der heute geltenden Wohnanteilspflicht im Rahmen der noch zu genehmigenden Ortsplanung 2009 ist eine Überprüfung der konkreten Situation innerhalb des seit 27 Jahren geltenden Bebauungsplanes X geboten. Die Beschwerdeführerin muss sich jedoch bewusst sein, dass eine solche Änderung entweder in eine Herabsetzung der Wohnanteilspflicht auf den Grundstücken GS Nrn. ... (Teil), ..., ..., ..., ... und ... oder aber in eine Erhöhung der Wohnanteilspflicht auf der Liegenschaft GS Nr. ... münden kann. Wichtig ist aber festzuhalten, dass sowohl die eine als auch die andere Anpassung geringfügig sein wird.

Damit steht fest, dass sich vorliegend nicht nur die Verhältnisse seit der Planfestsetzung erheblich geändert haben, sondern auch aufgrund der Interessenabwägung eine Plananpassung oder zumindest eine Überprüfung des Bebauungsplanes notwendig erscheint. Insofern ist die Beschwerde begründet und sie ist gutzuheissen.

Regierungsrat, 17. November 2009

## **C. Grundsätzliche Stellungnahmen**

## Datenschutzpraxis

### Vorbemerkungen

#### Rechtsgrundlage

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

#### Zu den Befugnissen des Datenschutzbeauftragten

Stellt der Datenschutzbeauftragte (im Folgenden: DSB) eine Verletzung von Datenschutzvorschriften fest, so hat er gemäss § 20 Abs. 2 DSG das betreffende Organ aufzufordern, die erforderlichen Massnahmen zur Behebung des Missstandes zu ergreifen. Wird die Aufforderung nicht oder nur teilweise befolgt beziehungsweise abgelehnt, hat der DSB die Angelegenheit der vorgesetzten Stelle zum Entscheid vorzulegen:

#### In gemeindlichen Angelegenheiten

Diesbezüglich ist der Gemeinderat zuständig. Werden die erforderlichen Massnahmen durch den Gemeinderat ganz oder teilweise abgelehnt, so kann der DSB den Entscheid des Gemeinderates gestützt auf § 20 Abs. 4 DSG in Verbindung mit § 40 Abs. 1 Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG; BGS 162.1) beim Regierungsrat anfechten.

Allenfalls kann der DSB auch eine Stellungnahme an die Direktion des Innern als allgemeinem Aufsichtsorgan der Gemeinden (§ 42 Ziff. 3 Kantonsratsbeschluss über die Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen; BGS 151.1) richten. Deren Entscheid kann der DSB anschliessend dem Regierungsrat zum Entscheid vorlegen.

Lehnt der Regierungsrat die Empfehlung des DSB ganz oder teilweise ab, so hat der DSB die Möglichkeit, den Entscheid gestützt auf § 20 Abs. 4 DSG in Verbindung mit § 61 VRG beim Verwaltungsgericht anzufechten und dessen Entscheid an das Bundesgericht weiterzuziehen (Näheres dazu: Tätigkeitsbericht des Datenschutzbeauftragten 2008, S. 6/7).

### In kantonalen Angelegenheiten

Diesfalls ist der Regierungsrat zuständig. Auch hier hat der DSB die Möglichkeit, gegen den Entscheid des Regierungsrates wie vorstehend beschrieben, den Rechtsweg zu beschreiten.

Aufgrund von § 19 Abs. 1 Bst. f DSG besteht zudem stets die Möglichkeit, die Öffentlichkeit über wesentliche Anliegen des Datenschutzes zu orientieren.

Ist von der fraglichen Datenbearbeitung eine Bürgerin, ein Bürger direkt betroffen, so steht es ihr oder ihm jederzeit frei, in der Sache den ordentlichen Rechtsweg einzuschlagen.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der DSB grundsätzlich keine direkte Weisungsbefugnisse gegenüber den Organen hat, jedoch seit dem Inkrafttreten der DSG-Revision (08. November 2008) seine Empfehlungen gerichtlich überprüfen lassen kann.

Grundsätzlich soll der Datenschutz in der Verwaltung jedoch in erster Linie durch Information, Beratung und Ausbildung umgesetzt werden.

Im Folgenden werden sieben Fälle aus der DSB-Beratung des Jahres 2009 dargestellt. Über 350 weitere Fälle und die Ausleuchtung der datenschutzrechtlichen Praxis finden sich in den bisher erschienenen ausführlichen Tätigkeitsberichten des Datenschutzbeauftragten der Jahre 1999 bis 2009. Diese können kostenlos beim DSB bestellt werden. Sie stehen auch auf der Website des DSB zu Verfügung: «[www.datenschutz-zug.ch](http://www.datenschutz-zug.ch)».

## I. Zur Einsicht eines Betroffenen in die eigenen Daten im Polizei-Journal

### Ausgangslage

Ein Betroffener verlangte Einsicht in seine eigenen, bei der Zuger Polizei vorhandenen Daten. Dabei ging es insbesondere auch um Einträge in das Polizei-Journal. Anfänglich verweigerte die Polizei die Einsicht in die Daten des Polizei-Journals, später war der Umfang der Einsicht strittig. Der Betroffene erhob gegen den Einspracheentscheid der Zuger Polizei vom 01. Februar 2007 betreffend Akteneinsicht und Datenschutz Beschwerde beim Regierungsrat.

Im Entscheid des Regierungsrats vom 05. Mai 2009 war das grundsätzliche Einsichtsrecht in das Polizei-Journal nicht mehr strittig. Es ging nur noch um die Frage, welche Einträge allenfalls abgedeckt werden dürfen.

Der DSB war bei der Bearbeitung dieses Falles verschiedentlich involviert. Bereits im Tätigkeitsbericht 2006 (S. 12/Fall-Nr. 7) vertrat er die Auffassung, dass Betroffene grundsätzlich einen Anspruch auf Einsicht in ihre im Polizei-Journal vorhandenen Daten haben. Der Entscheid des Regierungsrates teilt nun diese Rechtsauffassung.

#### Aus dem Entscheid des Regierungsrates (rechtskräftig)

A. Im Zusammenhang mit einem Verfahren der fürsorgerischen Freiheitsentziehung (FFE) im Jahr 2001 sowie im Jahr 2003 erfolgten gegenüber dem Beschwerdeführer verschiedene Interventionen der Zuger Polizei.

B. Der Beschwerdeführer ersuchte mit Schreiben vom 1. August 2006 die Zuger Polizei gestützt auf § 13 Abs. 1 Bst. b und c des Datenschutzgesetzes vom 28. September 2000 (DSG ZG; BGS 157.1) sowie § 13 Abs. 2 DSG ZG um Auskunft, welche Daten über ihn bei der Zuger Polizei gesammelt seien und wer wann welche Daten über ihn zur Einsicht erhalten habe. Die Zuger Polizei eröffnete dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 22. August 2006, er könne die betreffenden Akten im Gebäude der Zuger Polizei einsehen; das DSG ZG begründete keine Pflicht zum Versand von Kopien.

C. Mit Einsprache vom 12. September 2006 (Einsprache I) stellte der Beschwerdeführer das Begehren, es seien ihm Kopien sämtlicher Daten kostenlos zuzustellen. Mit Verfügung vom 12. Oktober 2006 hiess die Zuger Polizei die Einsprache vom 12. September 2006 gut und wies die für die Gewährung der Einsichtnahme zuständige Dienststelle an, dem Beschwerdeführer die einverlangten Kopien umgehend und unentgeltlich per Post zuzustellen. Am 20. Oktober 2006 stellte die Zuger Polizei dem Beschwerdeführer 40 kopierte A4 Seiten (ohne die Daten des Polizei-journals) und auf ein neuerliches Gesuch vom 27. Oktober 2006 hin schliesslich mit Datum vom 20. November 2006 auch Kopien aus dem Polizei-journal zu. Einige Passagen auf den ausgehändigten Kopien waren jedoch abgedeckt.

D. Das in der Folge vom Beschwerdeführer eingereichte Gesuch vom 23. November 2006, es seien ihm die unzensurierten Kopien zuzustellen, wies die Zuger Polizei mit Verfügung vom 7. Dezember 2006 mit der Begründung ab, die abgedeckten Stellen enthielten sekundengenaue Einsatzzeiten sowie die Namen und Telefon- bzw.

Faxnummern von Melde- oder Auskunftspersonen. Diese Angaben seien einerseits polizeitaktischer Natur und damit nicht öffentlich zugänglich; andererseits verlange der Persönlichkeitsschutz das Abdecken der Namen von Drittpersonen.

E. Am 2. Januar 2007 erhob der Beschwerdeführer deshalb erneut Einsprache (Einsprache II) gegen die Verfügung der Zuger Polizei vom 7. Dezember 2006 mit dem Begehren, die Verfügung vom 7. Dezember 2006 sei nichtig zu erklären, eventualiter aufzuheben, und die zuständige Behörde sei anzuweisen, ihm unzensierte Kopien sämtlicher Daten über ihn aus ihren Datensammlungen zuzustellen. Es bestehe keine Rechtsgrundlage für eine Einschränkung des Einsichtsrechts und auch die Verfügung der Zuger Polizei vom 12. Oktober 2006 enthalte keine derartige Einschränkung, weshalb die zuständige Dienststelle nicht befugt gewesen sei, die Abdeckung gewisser Textstellen anzuordnen. Mit Verfügung vom 1. Februar 2007 wies die Zuger Polizei die Einsprache vom 2. Januar 2007 ab, ergänzte aber die Verfügung vom 12. Oktober 2006 nachträglich durch die Begründung, dass das Einsichtsrecht des Beschwerdeführers nur soweit gewährleistet sei, als nicht der Schutz von Daten Dritter und ein überwiegendes öffentliches Interesse entgegenstünden. Das bedeute, dass bei der Gewährung des Akteneinsichtsrechts diejenigen Daten, die nicht den Beschwerdeführer selbst betreffen, abgedeckt würden. Die Zuger Polizei müsse ihre Arbeitstechnik und -taktik vor der Offenlegung schützen können; nur so sei sie in der Lage, ihren Auftrag – für die öffentliche Sicherheit zu sorgen – effizient zu erfüllen. Das öffentliche Interesse an Sicherheit überwiege das Interesse des Beschwerdeführers, über die genauen Einsatzzeiten informiert zu werden. Ausserdem habe die Zuger Polizei bei der Gewährung des Einsichtsrechts die Daten Dritter nicht offen legen können.

F. Mit Eingabe vom 26. Februar 2007 erhob der Beschwerdeführer Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat des Kantons Zug mit dem Antrag, der Einspracheentscheid der Zuger Polizei vom 1. Februar 2007 sei aufzuheben. Des Weiteren sei die Zuger Polizei unter Androhung der Ungehorsamstrafe gemäss Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) anzuweisen, dem Beschwerdeführer unzensierte Kopien sämtlicher Daten über ihn aus all ihren Datensammlungen zuzustellen; die Verfahrenskosten seien ihm gestützt auf § 25 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRG]; BGS 162.1) zu erlassen. Zur Begründung verwies er im Wesentlichen auf seine früheren Eingaben und machte geltend, die Zuger Polizei sei nicht befugt gewesen, ihren Einspracheentscheid vom 12. Oktober 2006 nachträglich – durch Nachschieben einer Begründung – abzuändern bzw. zu widerrufen.

G. Die Zuger Polizei beantragte in ihrer Stellungnahme vom 10. April 2007 sinngemäss die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde vom 26. Februar 2007. Zur Begründung verwies sie im Wesentlichen auf ihre vorherigen Verfügungen in dieser Angelegenheit. Zudem betonte sie, dass es sich beim Polizeijournal um ein internes Arbeitsmittel handle und die für den Beschwerdeführer nicht relevanten Daten abgedeckt seien. Von einem Widerruf der Verfügung vom 12. Oktober 2006 könne des Weiteren nicht gesprochen werden, sondern von einer Ergänzung.

H. Im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels hielten die Parteien an ihren Anträgen fest. Auf die entsprechenden Begründungen wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

[...]

Aus den Erwägungen:

I.

1. Nach § 45 Abs. 1 des Polizeigesetzes vom 30. November 2006 (BGS 512.1) in Verbindung mit § 40 Abs. 2 VRG kann gegen Entscheide der Zuger Polizei beim Regierungsrat Verwaltungsbeschwerde erhoben werden.

Der Einspracheentscheid der Zuger Polizei vom 1. Februar 2007 stellt einen Entscheid im Sinne von § 4 VRG dar, weshalb der Regierungsrat für die Beurteilung der vorliegenden Verwaltungsbeschwerde zuständig ist.

2. Laut § 41 Abs. 1 VRG ist zur Erhebung einer Verwaltungsbeschwerde berechtigt, wer durch einen Entscheid in seiner Rechtsstellung betroffen ist. Dies ist immer dann der Fall, wenn jemand ein schutzwürdiges aktuelles Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung geltend machen kann. Ein Betroffensein im Sinne dieser Gesetzesbestimmung bedeutet, dass ein Beschwerdeführer von der angefochtenen Verfügung auch tatsächlich beschwert ist, also einen spezifischen Nachteil erleidet. Nur eine abstrakte Möglichkeit des nachteiligen Betroffenseins bzw. ein virtuelles Berührtsein genügt für die Beschwerdelegitimation nicht.

Der angefochtene Einspracheentscheid der Zuger Polizei vom 1. Februar 2007 richtet sich an den Beschwerdeführer. Der Beschwerdeführer ist durch diese Verfügung direkt und unmittelbar in seiner Rechtsstellung betroffen. Er ist deshalb zur Beschwerdeführung legitimiert.

3. Der Einspracheentscheid der Zuger Polizei vom 1. Februar 2007 ist am 5. Februar 2007 beim Beschwerdeführer eingegangen. Die Verwaltungsbeschwerde vom 26. Februar 2007 wurde form- und fristgerecht eingereicht, und es ist darauf einzutreten.

## II.

1. Vorab ist die Rüge des Beschwerdeführers zu prüfen, die Zuger Polizei habe nachträglich in unzulässiger Weise ihren Einspracheentscheid vom 12. Oktober 2006 abgeändert bzw. widerrufen. Diese Rüge ist haltlos. Richtig ist einzig, dass die Zuger Polizei ihren Einspracheentscheid vom 12. Oktober 2006 am 1. Februar 2007 durch die Begründung ergänzte, dass das Einsichtsrecht des Beschwerdeführers durch entgegenstehende Rechte Dritter und öffentliche Interessen begrenzt sei. Der Einspracheentscheid vom 12. Oktober 2006 als solcher – mit welchem die zuständige Behörde angewiesen wurde, dem Beschwerdeführer die einverlangten Kopien zuzustellen – blieb unverändert.

Der Einspracheentscheid der Zuger Polizei vom 12. Oktober 2006 beschränkt sich auf die Anweisung an die zuständige Behörde, die entsprechenden Kopien auszuhändigen. Diese Anweisung enthält weder die Auflage, bestimmte Textstellen abzudecken, noch die Aufforderung, die eingeforderten Akten ohne jede Einschränkung auszuhändigen. Derartige Präzisierungen waren aber gar nicht erforderlich; die Anweisung, dem Beschwerdeführer die verlangten Kopien zuzustellen, erging vielmehr unter dem selbstverständlichen Vorbehalt, dass die Zustellung unter Beachtung der vom DSG ZG gesetzten Grenzen zu erfolgen habe, also insbesondere in Anwendung von § 14 Abs. 1 DSG ZG, wonach die Auskunft und Einsicht über Daten aus überwiegenden Interessen der Öffentlichkeit oder Dritter begründet eingeschränkt, mit Auflagen versehen, aufgeschoben oder verweigert werden dürfen. In diesem Sinn hat die Zuger Polizei den Einspracheentscheid vom 12. Oktober 2006 denn auch ausgelegt, als sie am 7. Dezember 2006 verfügte, dem Beschwerdeführer seien keine unzensurierten Akten zuzustellen. Diese Verfügung vom 7. Dezember 2006 enthält auch die Begründung für diese Einschränkung des Auskunfts- und Einsichtsrechts. Die abgedeckten Angaben seien einerseits polizeitaktischer Natur und damit nicht öffentlich zugänglich. Andererseits verlange der Persönlichkeitsschutz das Abdecken der Namen von Drittpersonen. Es kann keine Rede davon sein, dass die Zuger Polizei einen rechtskräftigen Entscheid abänderte und damit widerrief. Vielmehr vollzog sie in gesetzeskonformer Weise den Einspracheentscheid vom 12. Oktober 2006. Bei dieser Sach- und Rechtslage hätte die Zuger Polizei durchaus darauf verzichten können, ihren Entscheid nachträglich zu ergänzen. Nachdem es sich bei dieser Ergänzung um eine bloss nachgeschobene

Begründung, nicht aber um eine Änderung oder gar einen Widerruf des Einspracheentscheides vom 12. Oktober 2006 handelt, stellt sich nicht die Frage, ob dem Beschwerdeführer dazu das rechtliche Gehör hätte gewährt werden müssen, zumal er anlässlich seiner Einsprache vom 2. Januar 2007 (Einsprache II) wie auch im Rahmen der vorliegenden Beschwerde vom 26. Februar 2007 seine Argumente ausführlich darlegen konnte. Bei dieser Ausgangslage wäre die behauptete Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ohnehin geheilt, nachdem sowohl die Zuger Polizei im Einspracheverfahren (§ 38 Abs. 2 VRG) als auch der Regierungsrat im Beschwerdeverfahren (§ 47 Abs. 1 VRG) über freie Überprüfungsbefugnis verfügen.

2. In materieller Hinsicht ist nun im Weiteren zu prüfen, ob die vorgenommenen Abdeckungen auf den dem Beschwerdeführer ausgehändigten Kopien rechtmässig vorgenommen wurden. Auszugehen ist von § 13 Abs. 1 DSG ZG. Nach dieser Bestimmung kann jede betroffene Person beim zuständigen Organ mündlich oder schriftlich Auskunft verlangen, ob über sie Daten bearbeitet werden und gegebenenfalls über ihre Daten. Die betroffene Person kann von den sie betreffenden Daten Kopien verlangen; Auskunft und Einsicht sind kostenlos (§ 17 Abs. 1 und 2 DSG ZG). § 13 Abs. 1 DSG ZG – der auch auf die Akten der Zuger Polizei anwendbar ist (§ 37 Abs. 1 Polizeigesetz) – ermöglicht es einer betroffenen Person, die Einhaltung der materiellen Grundsätze des Datenschutzes zu überprüfen und ihre Rechte wahrzunehmen, also beispielsweise Daten berichtigen oder sperren zu lassen (Alexander Dubach, Das Recht auf Akteneinsicht, Diss., Bern 1990, S. 211). Das Auskunftsrecht gilt als zentrales Element des Datenschutzes (Kommentar zum eidg. DSG, Rz 3 zu Art. 8). Das in § 13 DSG ZG garantierte Auskunfts- und Einsichtsrecht ist aber nicht schrankenlos; aus überwiegenden Interessen der Öffentlichkeit oder Dritter können Auskunft und Einsicht begründet eingeschränkt, mit Auflagen versehen oder verweigert werden (§ 14 Abs. 1 DSG ZG). Beschränkungen des Auskunftsrechts, die sich im Einzelfall aus einer Güterabwägung ergeben können, müssen vor dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit standhalten (Ivo Schwegler, Datenschutz im Polizeiwesen von Bund und Kantonen, Diss., Bern 2001, S. 175).

3. Einschränkungen der Auskunft und Einsicht sind zu begründen (§ 14 Abs. 1 DSG ZG), und die Behörde hat das überwiegende Interesse der Öffentlichkeit oder von Dritten nachzuweisen (BGE 126 I 7). In formeller Hinsicht entsprechen sowohl die Verfügung vom 7. Dezember 2006 als auch der angefochtene Einspracheentscheid vom 1. Februar 2007 der gesetzlich vorgeschriebenen Begründungspflicht. Ob jedoch die geltend gemachten Gründe für die verfügten Einschränkungen auch inhaltlich zu genügen vermögen, ist nachfolgend zu prüfen, wobei selbstverständlich davon auszugehen ist, dass die Begründung keine Angaben enthalten muss, die

wegen überwiegender Geheimhaltungsgründe gerade nicht preisgegeben werden dürfen (Kommentar zum eidg. DSG, Rz 6 zu Art. 9).

4. Die Beschwerdeinstanz hat sämtliche Abdeckungen, die auf den dem Beschwerdeführer zur Verfügung gestellten Kopien vorgenommen wurden, auf ihre Zulässigkeit hin überprüft. Im Einzelnen waren auf diesen Kopien die folgenden Passagen abgedeckt:

- Journaleintrag 1 (2001)           Einsatzzeiten, Namen und Telefonnummern von Melde- und Drittpersonen sowie Herkunftsangaben zu einem Leihwagen
- Journaleintrag 2 (2001)           Namen von Drittpersonen, Angaben über Funk- und Telefonverkehr mit Telefon- und Funknummern, Einsatzzeiten
- Rapport (2001)                    Namen von Drittpersonen
- Journaleintrag 3 (2001)           Interne Telefonnummer
- Journaleintrag 4 (2001)           Namen von Drittpersonen, Angaben über Telefon- und Funkverkehr mit Telefon- und Funknummern
- Journaleintrag 5 (2001)           Einsatzzeit, Name einer Drittperson
- Geschäftskontrolle (2001)        Name einer Drittperson
- Journaleintrag 6 (2001)           Einsatzzeiten, Namen und Telefonnummern von Drittpersonen
- Rapport (2001)                    Namen von Drittpersonen
- Journaleintrag 6 (2003)           Einsatzzeiten, Namen sowie Telefon- und Faxnummern von Drittpersonen
- Journaleintrag 7 (2003)           Name einer Drittperson
- Bericht der Kapo eines anderen Kantons aus dem Jahr 2004                            Name einer Drittperson
- Journaleintrag 8 (2004)           Einsatzzeiten und Einsatzdetails, interne Telefonnummern

5. Zu prüfen ist zunächst, ob die oben aufgeführten Abdeckungen aus überwiegenden Interessen der Öffentlichkeit gerechtfertigt sind. Öffentliche Interessen können unter anderem dann dem Interesse einer Privatperson auf Einsicht und Auskunft entgegenstehen, wenn die Preisgabe der Daten die zielkonforme Durchführung behördlicher Massnahmen gefährden würde (Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz des Bundes [BGÖ], Rz 7 der Einleitung). Das ist bei sensiblen Polizeidaten häufig der Fall. Die Einsicht in Polizeidaten kann eingeschränkt werden, soweit die

Aufgabenerfüllung der Polizei beeinträchtigt werden könnte; derartige Einschränkungen rechtfertigen sich aus einem überwiegenden öffentlichen Interesse oder aus berechtigten Interessen Dritter (BGE 126 I 13). Um ihren Auftrag wirkungsvoll erfüllen zu können, muss die Polizei ihre Arbeitstechnik und -taktik vor der Offenlegung schützen können. Umgekehrt rechtfertigt allein die Effizienz oder Effektivität des Verwaltungshandelns Einschränkungen des Einsichtsrechts nicht (Alexander Dubach, a.a.O., S. 102 ff.). In diesem Sinn erscheint es im vorliegenden Fall als gerechtfertigt, gewisse im Polizeijournal – einem internen Arbeitspapier – enthaltene Daten nicht preiszugeben. Das gilt insbesondere für die genauen Einsatzzeiten, die konkrete Rückschlüsse auf die Ermittlungsmethoden und das Vorgehen der Polizei, etwa über den Zeitbedarf bei einem Einsatz, erlauben können. Der durch die Beschwerdeinstanz vorgenommene Vergleich zwischen den zensierten und den nicht zensierten Dokumenten hat einwandfrei ergeben, dass ausschliesslich Textstellen abgedeckt wurden, die Angaben für den polizeiinternen Gebrauch und Daten von Drittpersonen enthielten. Die Ausnahmebestimmung von § 14 Abs. 1 DSG ZG schützt – wie auch Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ – insbesondere die Ermittlungen der Polizeiorgane. Eine Offenlegung der Quellen der erhaltenen Auskünfte oder der gewählten polizeilichen Methoden könnte die Wirksamkeit der Massnahmen in Frage stellen (Kommentar zum BGÖ, Rz 25 zu Art. 7). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist es beispielsweise zulässig, einen Einsatzbefehl grundsätzlich geheim zu halten, und zwar sowohl vor als auch nach dem Einsatz, denn gegen eine nachträgliche Bekanntgabe sprechen gewichtige Gründe (BGE 128 I 167). Zwar handelt es sich bei den Polizeijournalen und Rapporten um Arbeitsmittel, deren Bedeutung einem Einsatzbefehl gewiss nicht gleichkommt; dennoch ist der Zuger Polizei beizupflichten, wenn sie die sensiblen Daten in diesen Papieren – also insbesondere Einsatzzeiten, Namen von Drittpersonen und Meldeerstattern, Einzelheiten über Telefon- und Funkverkehr mit Telefon-, Fax- und Funknummern – vor einer Offenlegung schützen will.

Wie der Einsatzbefehl enthält auch das Polizeijournal Angaben über die Realisierung eines konkreten Polizeieinsatzes und richtet sich nicht an die Bürger, sondern dient dem Polizeihandeln in organisatorischer Hinsicht. In diesem Sinne sind die vorliegend verfügbaren Einschränkungen – von denen übrigens nicht die Datumsangaben, sondern nur die genauen Einsatzzeiten erfasst sind – durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gedeckt. Sie sind umso unbedenklicher, als der Beschwerdeführer von diesen Daten nicht direkt betroffen ist und keine eigenen Interessen geltend machen kann, Einsicht in die abgedeckten Aktenstellen zu erhalten. Der angefochtene Entscheid hält sich an den Rahmen des Gesetzes und trägt dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung, indem sich die verfügbaren

Einschränkungen auf das mögliche Mindestmass – das Abdecken einzelner Stellen – beschränkt (Alexander Dubach, a.a.O., S. 133 ff.). Zudem haben die vorgenommenen Abdeckungen auf die Verständlichkeit der Dokumente keinen Einfluss. Auch die Ansprüche, die dem Beschwerdeführer gemäss § 15 DSG ZG bei widerrechtlichem Bearbeiten von Daten zustehen würden, werden durch die verfügten Einschränkungen in keiner Weise berührt.

6. Schliesslich ist zu prüfen, ob überwiegende Interessen Dritter dem Auskunfts- und Einsichtsrecht des Beschwerdeführers entgegenstehen. Auszugehen ist vom Grundsatz, dass Personendaten Dritter dem Auskunftsrecht nicht unterliegen (Kommentar zum eidg. DSG, Rz 11 zu Art. 8), denn die Datenschutzgesetzgebung bezweckt, Grundrechte von Personen zu schützen, über die Daten bearbeitet werden (§ 1 DSG ZG). Dabei geht es einerseits um den jeder Person zustehenden Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten, andererseits aber auch um das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Kommentar zum BGÖ, Rz 64 zu Art. 3). Einsichtsgesuche haben sich demnach daran messen zu lassen, ob durch die Bekanntgabe von Daten an die Gesuchstellerin bzw. an den Gesuchsteller überwiegende Interessen von Drittpersonen berührt sein können. Dabei ist es nicht notwendig, dass die Gewährung des Einsichts- und Auskunftsrechts zu einer tatsächlichen Verletzung führt; es genügt die Möglichkeit einer Verletzung der Privatsphäre Dritter. Besteht diese Möglichkeit, dann muss die Einsicht nach § 14 Abs. 1 DSG ZG eingeschränkt, d.h. mit Auflagen versehen, aufgeschoben oder verweigert werden. Auch die analoge Bestimmung in Art. 7 Abs. 2 BGÖ wird in diesem strengen Sinn ausgelegt (Kommentar zum BGÖ, Rz 50 zu Art. 7). Die im Einzelfall vorzunehmende Interessenabwägung hat sowohl die Interessen der gesuchstellenden Person als auch diejenigen einer betroffenen Drittperson zu berücksichtigen; Richtschnur ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Dabei ist der Schutz Unbeteiligter in der Regel höher zu gewichten als von Verfahrensbeteiligten (Ivo Schwegler, a.a.O., S. 187). Angaben über Drittpersonen, die nicht die Gesuchstellerin bzw. den Gesuchsteller betreffen, sind nicht bekannt zu geben, ausser die gesuchstellende Person sei sonst nicht in der Lage, sich ein hinreichendes Bild über die ihn selbst betreffenden Daten zu machen und allenfalls eine Korrektur gemäss § 15 DSG ZG zu verlangen. Insbesondere die Identität von Informantinnen bzw. Informanten darf nur insoweit bekannt gegeben werden, als das Informationsbedürfnis die Geheimhaltungsinteressen überwiegt; der Schutz von Informantinnen bzw. Informanten kann beispielsweise gerechtfertigt sein, wenn diese nicht damit rechnen mussten, dass ihre Auskünfte Eingang in ein amtliches Dossier fanden (Kommentar zum eidg. DSG, Rz 10/15 zu Art. 9 unter Hinweis auf Zbl. 1992 S. 362). Vorliegend ist nichts ersichtlich und wird auch nichts geltend gemacht, was gegen

die Abdeckung der Namen von Drittpersonen, von Auskunft- und Meldepersonen und deren Telefon- und Faxnummern sprechen würde. Im Gegenteil: Das Interesse von Drittpersonen an der Einschränkung wiegt gegenüber dem sehr allgemein formulierten Interesse des Beschwerdeführers an Auskunft und Einsicht offensichtlich schwerer. Besonders bei Auskunft- und Gewährspersonen rechtfertigt sich in der Regel ein gewisser Schutz (BGE 122 I 153; BGE 1.A-225/2002). Die Zuger Polizei hat durchaus gemäss dem Verhältnismässigkeitsprinzip gehandelt, als sie dem Beschwerdeführer die Einsicht zwar grundsätzlich gestattete, dabei jedoch Daten über Drittpersonen abdeckte. Dieses Verfahren steht im Übrigen im Einklang mit dem Grundsatz von Art. 9 Abs. 1 BGÖ, wonach amtliche Dokumente, welche Personendaten enthalten, nach Möglichkeit vor der Einsichtnahme zu anonymisieren sind. Das Abdecken ist im vorliegenden Fall auch deshalb nicht problematisch, weil die Einsichtnahme in die ausgehängigten Akten in keiner Weise behindert wurde (Ivo Schwegler, a.a.O., S. 176). Auch nach eidgenössischem Recht – das zur Auslegung in vergleichbaren Situationen durchaus beigezogen werden darf – kann die gesuchstellende Person nur über Akten mit ihren eigenen Personendaten Auskunft verlangen, weil sonst das Einsichtsrecht mit dem Schutz der Persönlichkeit kollidieren würde (Art. 8 des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 [DSG; SR 235.1]; Kommentar zum BGÖ, Rz 57 zu Art. 3).

Die Beschwerde wird abgewiesen.

Regierungsrat, 5. Mai 2009

#### Ergänzende Hinweise des Datenschutzbeauftragten

Zu betonen ist vorweg, dass betroffene Personen grundsätzlich ein Recht auf Einsicht in alle ihre eigenen Daten haben – auch bezüglich des Polizei-Journals. Dies war im Verfahren vor Regierungsrat denn auch nicht mehr strittig.

Thema war vielmehr der Umfang der Schwärzungen der Kopien des Polizei-Journals. Für die Betroffenen ist grundsätzlich jede Schwärzung kritisch, da man ihnen Informationen über sie vorenthält und sie dabei nicht abschätzen können, ob diese belanglos oder im Gegenteil von grosser Wichtigkeit für sie sind (ergänzend: für die Datenbearbeitenden und die Rechtsmittelinstanzen, welchen die Daten bekannt sind, ist die Beurteilung, dass die Daten für den Betroffenen gar nicht von Bedeutung seien, leicht vorgenommen).

Im Zweifelsfall sind die Daten daher offen zu legen. Alles andere führt zu Misstrauen dem Datenbearbeiter gegenüber und allenfalls zu unnötigen Verfahren.

Aus Sicht des Datenschutzbeauftragten hätten dem Betroffenen denn auch im vorliegenden Fall wohl – mit Ausnahme des Namens einer unbeteiligten Drittperson – sämtliche Daten bekannt gegeben werden können.

Der Regierungsrat verweist in seiner Begründung verschiedentlich auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip. Dies ist unseres Erachtens nicht ganz zutreffend, da es beim BGÖ darum geht, dass eine Person allenfalls Zugang zu Personendaten einer anderen Person erhält. Beim vorliegenden Fall geht es aber um die Einsicht in die eigenen Daten. Die Gewichtung der jeweiligen Interessen ist hier deshalb eine andere.

## II. Rechtsfolgen unzulässiger Datenbekanntgabe durch Verwaltungsmitarbeitende

### Ausgangslage

Werden durch die Verwaltung Daten von Einwohnerinnen oder Einwohnern widerrechtlich an andere Verwaltungsstellen oder Private weitergegeben, so kann den betroffenen Personen daraus Schaden entstehen.

Regelmässig erkundigen sich denn auch Private, was sie unternehmen können, wenn die öffentliche Verwaltung ihre Daten unrechtmässig bearbeitet hat. Folgendes ist zu beachten:

### Aus der Beratungspraxis des Datenschutzbeauftragten

#### 1. Berichtigung

Das Datenschutzgesetz sieht in § 15 Abs. 2 Bst. a vor, dass die öffentliche Verwaltung unrichtige Daten berichtigen beziehungsweise auf Verlangen auch vernichten muss. Die Berichtigung muss zudem Dritten mitgeteilt werden, wenn diesen früher bereits die unrichtigen Daten mitgeteilt wurden. Falls die Öffentlichkeit über die unrichtigen Daten informiert wurde, ist die Berichtigung gemäss § 15 Abs. 2 Bst. b DSG auch noch entsprechend zu veröffentlichen.

Bestreitet das Organ die Unrichtigkeit von Daten, so hat es die Richtigkeit zu beweisen. Dabei hat die betroffene Person bei den erforderlichen Abklärungen mitzuwirken (§ 15 Abs. 3 DSG).

Kann aufgrund der Natur der Daten weder deren Richtigkeit noch deren Unrichtigkeit festgestellt werden – dies kann insbesondere bei Werturteilen der Fall sein –, kann die betroffene Person gemäss § 15 Abs. 4 DSG verlangen, dass ihren Daten ein entsprechender Bestreitungsvermerk angefügt wird.

Ist eine widerrechtliche Datenbearbeitung erwiesen, darf das Organ diese unrichtigen Daten selbstredend nicht mehr weiter bearbeiten, dürfen doch gemäss § 4 Bst. a DSG nur richtige Daten bearbeitet werden. Zudem sind allfällige Folgen zu beseitigen (§ 15 Abs. 1 Bst. a-c DSG).

## 2. Bei Vorliegen eines Schadens

Hat die widerrechtliche Datenbearbeitung beim Betroffenen einen finanziell bezifferbaren Schaden zur Folge, kann er diesen auf dem Zivilweg einklagen. Dies kann etwa dann gegeben sein, wenn jemand aufgrund einer falschen Datenbearbeitung durch die öffentliche Verwaltung seine Arbeitsstelle oder eine Firma Kundschaft verloren hat.

## 3. Genugtuung

Ist durch die falsche Datenbearbeitung zudem eine widerrechtliche und schwere Persönlichkeitsverletzung verursacht worden, so kann die betroffene Person auf dem Zivilweg allenfalls eine Genugtuung geltend machen (Art. 49 OR/Art. 28 ZGB).

## 4. Strafrechtliche Konsequenzen

Die unrichtige Datenbearbeitung kann für die Mitarbeitenden des öffentlichen Organs allenfalls auch strafrechtliche Folgen haben. So stellt sich etwa bei einer widerrechtlichen Weitergabe von Daten regelmässig die Frage, ob eine Verletzung des Amtsgeheimnisses gemäss Art. 320 Strafgesetzbuch vorliegt.

## Fazit

Unrichtige Datenbearbeitungen, insbesondere unrechtmässige Datenbekanntgaben, können für die betroffenen Privaten oft schwere Folgen haben. Die Mitarbeitenden der öffentlichen Verwaltung haben deshalb die ihnen anvertrauten Daten von Bürgerinnen und Bürgern nur rechtmässig und unter Einhaltung der Vorschriften bezüglich der Datensicherheit zu bearbeiten. Halten sie sich nicht an die

gesetzlichen Vorgaben, müssen sie allenfalls mit disziplinarischen, zivilrechtlichen oder strafrechtlichen Konsequenzen rechnen. Sind sie sich bei der Datenbearbeitung über die rechtlichen Vorgaben nicht im Klaren, müssen sie sich bei ihrem Vorgesetzten oder bei der Datenschutzstelle nach der Rechtslage erkundigen.

### III. Lässt das geltende Recht verdeckte Überwachung von Sozialhilfebezügern zu?

#### Ausgangslage

Im Rahmen der Beantwortung eines politischen Vorstosses aus dem Kantonsrat stellte sich die Frage, ob es gestützt auf das geltende Recht zulässig sei, ohne vorgängige Information Nachforschungen und verdeckte Überwachungen gegenüber Sozialhilfebezügern vorzunehmen, wenn diese verdächtigt werden, allenfalls missbräuchlich Sozialhilfe zu beziehen. Der Datenschutzbeauftragte beurteilte die Rechtslage wie folgt:

#### Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

1. Verdeckte Überwachung gestützt auf das Sozialhilfegesetz?

§ 23 Abs. 3 des Sozialhilfegesetzes (BGS 861.4) sieht vor, dass die Sozialbehörden berechtigt sind, nötigenfalls bei Dritten Auskünfte einzuholen, in der Regel nach Orientierung des Betroffenen.

Es ist somit geregelt, dass die Sozialbehörde – ausnahmsweise – bei Dritten Auskünfte einholen kann, grundsätzlich den Betroffenen aber vorgängig informieren muss. Das Gesetz, das aus dem Jahr 1982 stammt, spricht ausdrücklich nur von «Auskünften». Dies könnte etwa der Fall sein, wenn bei einem Arbeitgeber telefonisch nachgefragt wird, ob eine Person noch arbeitstätig ist, allenfalls in welchem Umfang etc. Von geheimen Überwachungen ist hingegen nicht die Rede.

Eine verdeckte Überwachung von Betroffenen im öffentlichen Raum seitens des Staates stellt einen schweren Eingriff in die Rechtsstellung der Betroffenen dar. Es handelt sich dabei nicht einfach um eine Auskunft, auch nicht um eine gewöhnliche Kontrollmassnahme. Wenn staatliche Behörden Personen verdeckt überwachen lassen, handelt es sich dabei qualitativ vielmehr um etwas ganz anderes. Will der Staat sich deshalb solche Überwachungen vorbehalten, braucht es unseres Erachtens eine klare, ausdrückliche formell-gesetzliche Grundlage.

Die vorliegende Bestimmung im Sozialhilfegesetz erlaubt demnach aus unserer Sicht keine verdeckten Überwachungen.

#### Exkurs

Selbst die Polizei darf grundsätzlich Daten nur beim Betroffenen selber beschaffen bzw. allenfalls in der Weise, dass es für den Betroffenen erkennbar ist – so denn auch ausdrücklich § 38 Abs. 1 des Polizeigesetzes (BGS 512.1). Erst wenn die polizeiliche Aufgabenerfüllung «ernsthaft» gefährdet ist oder die Datenbeschaffung beim Betroffenen in keinem Verhältnis zum Aufwand steht, darf die Polizei Daten in für den Betroffenen nicht erkennbarer Weise beschaffen. Diese Art der Datenbeschaffung ist aber im Polizeigesetz ausdrücklich so vorgesehen.

#### 2. Verdeckte Überwachung gestützt auf das Verwaltungsrechtspflegegesetz?

§ 13 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (BGS 162.1) sieht vor, dass die Behörde zur Feststellung des Sachverhaltes Parteien und Drittpersonen befragen, Urkunden beiziehen, Augenscheine vornehmen und Gutachten einholen kann.

Unseres Erachtens kann eine verdeckte Überwachung keinesfalls unter diese Bestimmung subsumiert werden, ist doch hier vielmehr ein Vorgehen vorgesehen, über das die Parteien zu jedem Zeitpunkt Bescheid wissen, angehört werden und aufgrund ihrer Parteistellung rechtliches Gehör geltend machen können.

Es wäre ja auch undenkbar, wenn beispielsweise die Steuerbehörden Steuerpflichtige – gestützt auf § 13 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes – im Geheimen überwachen liessen, um zu überprüfen, ob die Angaben der Steuerpflichtigen in der Steuererklärung korrekt sind.

#### Fazit

Unseres Erachtens sieht das anwendbare geltende Recht somit keine verdeckte Übermittlung bzw. Datenbeschaffung seitens der Sozialbehörden vor. Sollen solche Instrumente als erforderlich erachtet werden – wozu wir uns materiell nicht äussern –, so ist eine entsprechende ausdrückliche formell-gesetzliche Grundlage erforderlich.

Eine solche allfällige Regelung hat grundsätzlich zurückhaltend, verhältnismässig und in einer Art und Weise formuliert zu werden, die eines Rechtsstaates würdig ist. Wir gehen etwa von den folgenden Eckpunkten einer möglichen Regelung aus:

- Ausgangspunkt muss ein begründeter Verdacht sein.
- Es muss sich um eine «kann-Vorschrift» handeln. Es ist somit der gemeindlichen Behörde zu überlassen, ob sie zur verdeckten Überwachung greifen will oder nicht. Sie kann am besten abschätzen, ob die Überwachung, die meist recht kostspielig ist, aus wirtschaftlicher Sicht überhaupt sinnvoll ist.
- Die Überwachung darf nur ausnahmsweise angewendet werden. Es soll sich um eine «ultima ratio» handeln.
- Es ist klar zu regeln, welche Überwachungsmassnahmen und verdeckten Datenbeschaffungen im Einzelnen zulässig sind.
- Die Betroffenen sind im Nachhinein in jedem Fall zu informieren, somit auch dann, wenn sich der anfängliche Verdacht als grundlos erweist.

#### IV. Pandemievorbereitungen:

##### Dürfen Verwaltungsmitarbeitende Daten bei sich zu Hause bearbeiten?

###### Ausgangslage

Ab Frühjahr 2009 galt es für die kantonale Verwaltung, sich auf einen möglichen Ausbruch einer Pandemie vorzubereiten. Dabei war unter anderem auch zu prüfen, wie der Betrieb der Verwaltung aufrechterhalten werden konnte, falls ein Drittel der Mitarbeitenden erkranken sollte. Der Regierungsrat ersuchte den DSB um eine Stellungnahme zu verschiedenen datenschutz- bzw. datensicherheitsrelevanten Fragen im Zusammenhang mit den Pandemievorbereitungen, insbesondere auch zur «Telearbeit» von zu Hause aus. Wir beurteilten die Rechtslage wie folgt:

###### Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

###### 1. Grundsätzliches

Die Bearbeitung von Daten durch die Verwaltungsmitarbeitenden unterliegt grundsätzlich dem Amtsgeheimnis und den Vorgaben betr. Datenschutz und Datensicherheit. Entsprechend werden die Daten am Arbeitsplatz – ob in elektronischer Form oder auf Papier (etc.) vorliegend – mit den erforderlichen Massnahmen geschützt.

Werden Zuger Verwaltungsdaten extern bearbeitet, unterwegs oder im privaten Rahmen, muss grundsätzlich derselbe Schutz der Daten sichergestellt werden. Dies bezüglich der technischen Infrastruktur, der Schulung der Mitarbeitenden und der weiteren organisatorischen Massnahmen.

## 2. Elektronische Daten, Briefpost und Telefon

Arbeiten Verwaltungsmitarbeitende zu Hause, ist sicherzustellen, dass auch der Umgang mit Papierakten (Ausdrucke, Briefe, Dossiers etc.) und dem Telefon den Anforderungen des Datenschutzes bzw. der Datensicherheit entsprechen.

Diesbezüglich hat sich der Regierungsrat im Rahmen der Beantwortung eines kantonsrätlichen Vorstosses bezüglich der Förderung der «Telearbeit» gestützt auf Hinweise des Datenschutzbeauftragten im Jahr 2007 wie folgt geäußert:

«Im Übrigen stellen sich grundsätzlich gravierende Probleme bezüglich Datenschutz und Datensicherheit. Die Zuger Verwaltung bearbeitet sehr viele, sehr sensible Daten der Zuger Bevölkerung und ihres Personals. Zu denken ist etwa an Personendaten aus den Bereichen Polizei, Gesundheit, Steuerverwaltung, Schule, Politik etc. Zudem sind auch zahlreiche Sachdaten vertraulich (etwa aus den Bereichen Planung, Finanzen, Politik). Alle diese Datenbearbeitungen sind durch das Amtsgeheimnis [Art. 320 StGB] geschützt. Die Verwaltung unternimmt grosse Anstrengungen, solche Daten vor dem Zugriff Unberechtigter und vor Verlust zu bewahren.

So werden Büroräumlichkeiten der Verwaltung baulich und sicherheitsmässig gegen Einbruch geschützt, Unterlagen werden in abgeschlossenen Ablagen aufbewahrt, und es werden die nötigen Massnahmen gegen Elementarschäden getroffen (Feuermelder, Brandschutztüren etc.). Die EDV-Daten werden ebenfalls mit nicht geringem Aufwand vor Zugriffen Unberechtigter und vor Verlust gesichert (Schutz der Arbeitsstationen, des Netzwerks und der Server gegen Angriffe von aussen, tägliches Anfertigen von Backups). Die Einhaltung der Sicherheitsvorschriften kann durch Vorgesetzte und weitere zuständige Stellen (etwa: AIO, DSB) jederzeit kontrolliert werden. Beim Arbeitsplatz zu Hause sind all diese erforderlichen Sicherheitsmassnahmen in keiner Art und Weise gewährleistet. Weder können die Daten wirksam vor der Einsicht durch Familienmitglieder, Besuchende oder weitere Personen geschützt werden, noch vor Verlust durch Einbruch oder Elementarschäden. Befinden sich Verwaltungsdaten auf privaten PCs oder Laptops, ist im Gegensatz zum Büroarbeitsplatz keinerlei professioneller Schutz vor Gefahren aus dem Internet gewährleistet (Viren, Trojaner, Hackerangriffe, Phishing etc.). Zudem kann

die Einhaltung der vorgeschriebenen Sicherheitsstandards realistischere auch nicht kontrolliert werden. Erfahren unberechtigte Personen aufgrund des Arbeitsplatzes zu Hause von Daten aus der Verwaltung, so kann sich die Frage der Strafbarkeit der Telearbeitenden wegen Amtsgeheimnisverletzung stellen. Zusammengefasst ist es bezüglich Datenschutz und Datensicherheit schlicht unzulässig, dass Polizeirapporte, Steuererklärungen, Sozialberichte, psychiatrische Gutachten und viele andere Daten der Zuger Bevölkerung, zu Hause – quasi «auf dem Küchentisch der Verwaltungsmitarbeitenden» – herumliegen und dort bearbeitet werden. Vielmehr ist die Verwaltungsarbeit grundsätzlich in den entsprechenden Büroräumlichkeiten mittels gesicherter technischer Büroinfrastruktur vorzunehmen.» (Auszug aus Bericht und Antrag Postulat «Telearbeit» Vorlage Nr. 1503.1–12294, S. 10/11)

#### Fazit

Die Rechtslage im Falle des Auftretens einer Pandemie hätte sich grundsätzlich nicht von der vorstehend aufgeführten Beurteilung bezüglich der «Telearbeit» unterschieden. Verwaltungsmitarbeitende können demnach allenfalls und ausnahmsweise Arbeiten bei sich zu Hause erledigen:

- wenn ausschliesslich Sachdaten bearbeitet werden (somit etwa: Organisation von Projekten, Erarbeiten von Rechtserlassen, Bearbeitung von Finanzdaten sowie vollständig anonymisierte Daten);
- wenn die externe Bearbeitung unter Nutzung einer technischen Infrastruktur erfolgt, welche die gleiche Sicherheit gewährleistet, wie diejenige des Büroarbeitsplatzes.

## V. Datenerhebung zur Wohnsituation der Bevölkerung

#### Ausgangslage

Regelmässig beschwerten sich Private beim Datenschutzbeauftragten, dass die Gemeinde ihnen einen sogenannten «Haushaltsfragebogen» geschickt habe und nun von ihnen wissen wolle, in welchem Stockwerk, in welcher Wohnung auf dem Stock, in wie vielen Zimmern und mit welchen Personen sie zusammen wohnen. Die Anfragenden gingen davon aus, dass es sich hier um ihre private Angelegenheit handle, welche die Gemeinde nichts anginge.

### Hinweise zur Rechtslage

Einschlägig sind hier die Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der Einwohnerregister und anderer amtlicher Personenregister (RHG; SR 431.02), des kantonalen Einführungsgesetzes zu diesem Bundesgesetz (EG RHG vom 30. Oktober 2008, in Kraft getreten am 1. Januar 2009; BGS 251.1) und der Verordnung zum Einführungsgesetz (VO EG RHG vom 3. März 2009, in Kraft getreten am 1. Januar 2009; BGS 251.12).

Gemäss diesen Rechtsgrundlagen sind die Gemeinden nicht nur berechtigt, sondern sogar dazu verpflichtet, die fraglichen Daten zu erheben. Der Datenschutzbeauftragte hat sich dazu bei der Schaffung dieser Bestimmungen zwar kritisch geäussert, drang damit aber nicht durch (vgl. DSB-TB 2007 S. 21).

### Ergänzende Hinweise

Anlass der fraglichen Datenerhebung ist übrigens die Volkszählung im Jahr 2010. Von dieser wird der Grossteil der Bevölkerung aber kaum etwas bemerken, da sie nicht im klassischen Stil – mit Fragebogen – durchgeführt wird, sondern «registergestützt»: die Gemeinden werden die Daten der Bevölkerung aus ihren Systemen dem Bundesamt für Statistik in elektronischer Form zuzustellen haben.

## VI. Einbürgerung: Worüber ist die Bürgergemeindeversammlung zu informieren?

### Ausgangslage

Das Zuger Einbürgerungsrecht wurde tiefgreifend geändert, ist doch gemäss § 16 des Bürgerrechtsgesetzes (BGS 121.3; am 27. September 2009 in Kraft getreten) neuerdings nicht mehr die Bürgergemeindeversammlung, sondern der Bürgerrat für die Erteilung des Bürgerrechts zuständig. Die Bürgergemeindeversammlung ist gemäss § 17bis Bürgerrechtsgesetz nur noch im Nachhinein über die erfolgten Einbürgerungen ins Bild zu setzen.

### Fragestellung

Wir wurden angefragt, welche Daten über die eingebürgerten Personen der Gemeindeversammlung im Minimum beziehungsweise im Maximum bekanntzugeben sind.

#### Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

§ 17bis des neuen Bürgerrechtsgesetzes lautet: «Die Angaben müssen die Vor- und Nachnamen, das Geburtsjahr, den Heimatort oder die Staatsangehörigkeit und die aktuelle Adresse der eingebürgerten Personen umfassen.»

Der Wortlaut dieser Bestimmung ist klar, eindeutig und abschliessend. Es sind daher genau die genannten Daten bekanntzugeben, nicht zusätzliche, aber auch nicht weniger.

Dieser Schluss ergibt sich auch aufgrund der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung: In der ersten Lesung der Revision des Bürgerrechtsgesetzes hat es der Kantonsrat nämlich ausdrücklich abgelehnt, dass auch über den Zivilstand und den aktuellen Beruf zu informieren sei (vgl. Protokoll des Kantonsrates, 40. Sitzung vom 27. November 2008/Nachmittagssitzung, S. 1411). Damit wurde klar zum Ausdruck gebracht, dass exakt über die im Gesetz genannten Daten zu informieren ist.

## VII. Zur Rechtslage bezüglich Videoüberwachung des öffentlichen Raums

### Ausgangslage

Im Rahmen der Beantwortung eines politischen Vorstosses wurden der Datenschutzbeauftragte um eine Stellungnahme zur Rechtslage bezüglich Videoüberwachung im öffentlichen Raum gebeten.

### Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

#### 1. Aktuelle Rechtslage

Der Einsatz von Videoüberwachung im öffentlichen Raum durch kantonale oder gemeindliche Organe ist zurzeit im Kanton Zug nicht ausdrücklich geregelt.

Es ist davon auszugehen, dass die Voraussetzungen von § 5 Abs. 2 des Datenschutzgesetzes wohl nur ganz ausnahmsweise gegeben sein dürften. Diese Bestimmung stellt daher in aller Regel keine genügende Rechtsgrundlage für die Videoüberwachung dar.

#### 2. Videoüberwachung bezüglich konzessionierter Transportunternehmen

Der Bund hat in Art. 55 des Bundesgesetzes vom 20. März 2009 über die Perso-

nenbeförderung (PBG; SR 745.1) eine formell-gesetzliche Grundlage für den Einsatz von Videoüberwachung in öffentlichen Verkehrsmitteln von konzessionierten Personenbeförderungsunternehmen geschaffen. Die Ausführungsbestimmungen dazu finden sich in der Verordnung vom 4. November 2009 über die Videoüberwachung im öffentlichen Verkehr (Videoüberwachungsverordnung; SR 742.147.2), die auf den 1. Januar 2010 in Kraft getreten ist.

Die Vorgaben dieser Bundeserlasse sind auch auf die Zugerland Verkehrsbetriebe anwendbar.

### 3. Bildaufzeichnungen der Zuger Polizei

Das Zuger Polizeigesetz sieht in § 23 Bildaufzeichnungen in zwei speziellen Situationen vor: bei polizeilichen Sondereinsätzen sowie unter gewissen Umständen bei Veranstaltungen.

### 4. Schaffung einer formell-rechtlichen gesetzlichen Grundlage

Bei der Überwachung des öffentlichen Raumes durch Videokameras handelt es sich um einen grundsätzlich schweren Eingriff in verfassungsmässig garantierte Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger (Art. 8 EMRK, Art. 13 Bundesverfassung). Einschränkungen sind – unter bestimmten Voraussetzungen – rechtlich zulässig. Dabei ist zu beachten, dass dem Recht, sich in der Öffentlichkeit frei und unbeobachtet von Überwachungsmassnahmen seitens des Staates bewegen zu können, in einem bürgerlichen und demokratischen Rechtsstaat ein sehr grosser Stellenwert zukommen muss.

Trotzdem scheint es grundsätzlich sinnvoll, den Einsatz von Videoüberwachung in einem formellen Gesetz zu regeln, damit klar ist, unter welchen Umständen wer was bewilligen darf und was die weiteren Rahmenbedingungen sind (Aufbewahrung/Löschung, Zugriffsberechtigung, Auswertung etc.).

## Fazit

Es ist grundsätzlich zu begrüssen, die Videoüberwachung des öffentlichen Raums in einem formellen Gesetz zu regeln. Eine allfällige Regelung muss zurückhaltend und unter Beachtung der verfassungsmässigen Grundrechte erfolgen.



