



Gerichts-
und Verwaltungspraxis
des Kantons Zug
1999

Staatskanzlei des Kantons Zug
Zug 2001 - 700

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

Inhaltsübersicht

	Seite
Inhaltsverzeichnis (Leitsätze)	5
Abkürzungsverzeichnis	15
<i>A. Gerichtspraxis</i>	
I Staats- und Verwaltungsrecht	39
1. Steuern und Abgaben	39
2. Sozialversicherungsrecht	47
3. Bau- und Planungsrecht	73
4. Gewässerrecht	104
5. Strassenverkehrsrecht	105
6. Verfahrensrecht	108
II. Zivilrecht	111
1. Obligationenrecht	111
2. Privatversicherungsrecht	122
3. Internationales Privatrecht	125
III. Schuldbetreibung und Konkurs	129
IV. Strafrecht	147
V. Rechtspflege	149
1. Gerichtsorganisation	149
2. Zivilrechtspflege	152
3. Strafrechtspflege	160
<i>B. Verwaltungspraxis</i>	
I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden	163
1. Aufenthalt und Niederlassung	163
2. Politische Rechte	166
3. Personalrecht	170
4. Gemeinderecht	174

II. Zivilrecht	191
1. Personenrecht	191
2. Familienrecht	191
3. Sachenrecht; Grundbuchwesen	198
III. Finanzrecht	215
IV. Baurecht	219
V. Soziale Sicherheit	223
VI. Verwaltungsrechtspflege	231
<i>C. Grundsätzliche Stellungnahmen</i>	
Gesetzliche Regelung der beruflichen Tätigkeit des Treuhänders . .	235
1. Zum Gegenstand des Postulates	237
2. Rechtlicher Rahmen eines Treuhänder- oder Finanzdienstleistungsgesetzes	238
3. Beurteilung der Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung . .	241
4. Antrag.	244

Inhaltsverzeichnis 1999

A. Gerichtspraxis

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Steuern und Abgaben

- §§ 3, 8 und 11 GStG. *Die massgebliche Besitzesdauer richtet sich nach dem Grundbucheintrag. Der Kaufpreis ist auf den Tag der Handänderung zu diskontieren (Bestätigung der Rechtsprechung).* 39
- § 8 GStG. – *Anlagekosten. Der Begriff der Anlagekosten ist bei der Grundstückgewinnsteuer objektiv-technisch, nicht subjektiv-wirtschaftlich auszulegen.* 45

2. Sozialversicherungsrecht

- Art. 85 Abs. 2 lit. f AHVG. – *Anspruch auf Parteientschädigung. Voraussetzungen für die Zusprechung einer Parteientschädigung, wenn eine Schadenersatzklage nach Art. 52 AHVG wegen Begleichung der Schadenersatzforderung gegenstandslos wird.* 47
- Art. 30 Abs. 1 Bst. a AVIG. – *Einstellung in der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit. Wer sich nach vorübergehend bewilligter Heimarbeit weigert, ein zumutbares Arbeitspensum von 50% in den Räumlichkeiten der Arbeitgeberfirma aufzunehmen, trägt die Schuld am sich daraus ergebenden Verlust des Arbeitsplatzes und wird zu Recht für 35 Tage in der Anspruchsberechtigung eingestellt.* 52
- Art. 27 ELV. – *Rückerstattung unrechtmässig bezogener Ergänzungsleistungen. Das Verschweigen einer Pensionskassenrente gegenüber der Ausgleichskasse über Jahre hinweg ist eine grobe Fahrlässigkeit und schliesst die Annahme des guten Glaubens im Sinne von Art. 47 AHVG aus.* 57
- Art. 9 IVG, Art. 23bis IVV. – *Anspruch auf die Durchführung medizinischer Massnahmen im Ausland. In casu Bejahung der Voraussetzungen der «beachtlichen Gründe» gemäss Art. 23bis IVV. Gründe für eine Rückweisung zur Überprüfung der Voraussetzungen nach Art. 23bis Abs. 1 IVV* 61

- § 10 f. PvkG. – Die Frist von § 11 PvkG ist eine Verwirkungsfrist. Gesuche um Prämienverbilligung müssen spätestens bis zum 31. März bei jener Gemeinde eingereicht werden, wo man am 1. Januar des betreffenden Jahres Wohnsitz gehabt hat. Auch Personen, die im Vorjahr ein Bescheinigung im Sinne von § 10 PvkG erhalten haben, müssen in jedem Fall ein neues Gesuchsformular einreichen, auch wenn sie kein solches automatisch erhalten haben 69

3. Bau- und Planungsrecht

- § 50 BO Zug, Art. 2 ff. AR. – Kriterien für die Auslegung des Altstadtreglementes. Verweigerung der Umbaubewilligung zur Errichtung einer neuen Bar aufgrund der gesamten Umstände. 73
- § 15 VV BauG. – Ausnützungsübertragung. Eine Ausnützungsübertragung über die im Eigentum der Gemeinde stehende Erschliessungsstrasse mit beidseitigem Trottoir hinweg ist nicht zulässig. 77
- § 10 BO Buonas. – Gesamtüberbauungsplan und spätere Änderungen in Einzelbauweise. Hier Unzulässigkeit der Schaffung zusätzlicher Wohneinheiten. 79
- Art. 1 Abs. 2 BO Oberägeri. – Bestandesgarantie. Die Bestandesgarantie beruht auf höherrangigem Recht und ist demgemäss auszulegen. 84
- Art. 2 RPG. – Planungspflicht. Wann kann ein Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone als Ausnahme bewilligt werden und wann bedarf es einer Nutzungsplanung? Der Bau eines Bootshafens in Oberägeri erfordert ein Planungsverfahren. 88
- Art. 2 und 26 RPG, § 15 BauG Überprüfung der Ortsplanung durch die Genehmigungsinstanz. Ermessensspielraum der Gemeinde. In concreto schützt das Verwaltungsgericht den gemeindlichen Planungsentscheid gegen die Nichtgenehmigung durch den Regierungsrat. 95
Siehe auch GVP 1999 V-16

4. Gewässerrecht

- § 108 GewG. (vgl. § 88 GewG vom 25. November 1999; BGS 731.1) – Konzessionsgebühr. Die Gebühr von Fr. 350.– pro Jahr für eine Boje im Bojenfeld beruht auf gesetzlicher Grundlage. 104

5. Strassenverkehrsrecht

- Art. 16 Abs. 1 Bst. a und Art. 32 SVG. – Führerausweisentzug wegen schwerer Verkehrsgefährdung durch Nichtanpassen der Geschwindigkeit an die Umstände. Aquaplaning. 105

6. Verfahrensrecht

- §§ 4, 61 und 92 VRG. – *Im Vollstreckungsverfahren kann der Sachentscheid nicht neu aufgerollt werden.* 108
Siehe auch GVP 1999 V-3

II. Zivilrecht**1. Obligationenrecht**

- Art. 49 Abs. 1 OR. – *Anspruch auf Genugtuung und deren Höhe für nahe Angehörige des Geschädigten.* 111
- Art. 675 Abs. 1 OR. – *Für das Aktienkapital dürfen keine Zinsen bezahlt werden. Von einer Verletzung des Zinsverbotes kann nur gesprochen werden, wenn die Gesellschaft ein solches Versprechen abgibt. Ein persönliches Garantieverprechen eines Dritten hingegen, welcher ein Interesse am Zustandekommen eines Unternehmens hat, ist zulässig und sogar häufig.* 118
- Art. 685b OR. – *Bestimmung des wirklichen Wertes der Aktien durch den Richter. Bei der Übertragung vinkulierter, nicht börsenkotierter Namenaktien gemäss Art. 685b Abs. 1 OR hat das Gesuch um Bestimmung des wirklichen Wertes der Aktien vom Veräusserer der Aktien auszugehen. Der Erwerber der Aktien ist zur Stellung des Gesuchs nicht legitimiert.* 119

2. Privatversicherungsrecht

- Art. 33 VVG. – *Auslegung einer Ausschlussklausel in Allgemeinen Versicherungsbedingungen. Im konkreten Fall Ausschluss von «Krankheiten, die infolge von Alkoholismus (...) auftreten»* 122

3. Internationales Privatrecht

- Art. 1, 62 und 85 IPRG; Art. 1, 3, 4 und 5 MSÜ – *Örtliche Zuständigkeit zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Bereich des Minderjährigenschutzes bei einer Scheidungs- oder Trennungsklage im internationalen Verhältnis.* 125

III. Schuldbetreibung und Konkurs

- Art. 25 Ziff. 2 SchKG; Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG. – Bemessung der Par-teientschädigung im Rechtsöffnungsverfahren.* 129
- Art. 33 Abs. 2 SchKG; Art. 230 Abs. 2 SchKG – Gesetzliche Eingabefristen des SchKG sind unter den Voraussetzungen von Art. 33 SchKG grundsätzlich erstreckbar. Frage der Erstreckung der 10-tägigen Frist zur Beantragung der Durchführung des Konkurses und zur Leistung des Barvorschusses gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG* 132
- Art. 174 SchKG; Art. 33 Abs. 4 SchKG. – Im Rechtsmittelverfahren kann die nach der Konkursöffnung vorgenommene Tilgung der Schuld nur dann berücksichtigt werden, wenn sie innerhalb der Rechtsmit-telfrist erfolgt ist. Die Belege zum Nachweis der Zahlung und zur Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit können indes auch noch nach Ablauf der Rechtsmittelfrist nachgereicht werden, soweit sie bereits in der Beschwerdeschrift und damit innerhalb der Rechts-mittelfrist angerufen wurden und ihre Nachreichung innert einer kurzen Nachfrist in Aussicht gestellt wurde. Frage offen gelassen, ob gestützt auf Art. 33 Abs. 4 SchKG auch die Zahlungsfrist wiederher-gestellt werden könnte.* 137
- Art. 13 lit. d GebV SchKG – Zustellgebühr für die Pfändungsankündi-gung. Obgleich der Wortlaut dieser Bestimmung die Weiterverrech-nung dieser Zustellgebühr nicht vorsieht, darf das Betreibungsamt, dem die Zustellung der Pfändungsankündigung mit eingeschriebe-ner Post oder eigenhändig vorgeschrieben ist, die effektiven Ausla-gen für die Posttaxe bzw. die bei eigenhändiger Zustellung einge-sparte Posttaxe weiterverrechnen.* 142
- Art. 27 GebV SchKG; Art. 47 GebV SchKG; Art. 16 VZG; Art. 20 VZG. – Überträgt das Betreibungsamt die Grundstücksverwaltung einem Dritten, weil die Verhältnisse eine professionelle Verwaltung mit Spe-zialkenntnissen erfordern, kann die Aufsichtsbehörde auf Antrag des Betreibungsamtes bereits vorgängig über eine Erhöhung der Ge-bühr gemäss Art. 27 Abs. 1 GebV SchKG befinden.* 144

IV. Strafrecht

- Art. 60 StGB. – Das Strafgericht schliesst sich der Auffassung von Jörg Rehberg an, wonach es zur Bestimmung der Schadenshöhe nicht einer entsprechenden Feststellung innerhalb des Urteilspruchs (Dis-positiv) bedürfe, sondern vielmehr diesbezügliche Ausführungen im Rahmen der Erwägungen genügen.* 147

- Art. 173 Ziff. 2 StGB. – Auch ein noch nicht in Rechtskraft erwachsenes Urteil reicht zur Erbringung des Wahrheitsbeweises bei der üblen Nachrede aus, insbesondere wenn dieses Urteil – Schuldspruch wegen mehrfachen Betruges und versuchten Betruges – vom gleichen Gericht ausgesprochen worden war und damit die Behauptung des Angeklagten im Nachhinein bestätigt hatte* 148

V. Rechtspflege

1. Gerichtsorganisation

- § 74 GOG, § 76 StPO – Akten erledigter Prozesse sind im Gerichtsarchiv aufzubewahren. Unproblematisch ist die Aufbewahrung von Akten, aus denen sich die Sachverhaltsabklärungen der Strafverfolgungsbehörden ergeben; dagegen wird die persönliche Freiheit durch die Erhebung, Aufbewahrung und Bearbeitung von erkennungsdienstlichen Daten tangiert. Voraussetzungen zur Aufbewahrung von Fotos.* 149

2. Zivilrechtspflege

- § 43 Abs. 1 ZPO. – Sicherstellung der Parteientschädigung wegen fehlenden festen Wohnsitzes in der Schweiz und wegen Zahlungsunfähigkeit. Auslegung des Wohnsitzbegriffs und des Begriffs der Zahlungsunfähigkeit.* 152
- § 208 Ziff. 4 und 10 ZPO; § 54 GOG. – Wird in einem gerichtlichen Entscheid festgelegt, dass der unentgeltliche Rechtsbeistand für den Fall der Uneinbringlichkeit der seiner Partei zugesprochenen Parteientschädigung aus der Staatskasse entschädigt wird, so ist der Entscheid über die Frage, ob die Uneinbringlichkeit vorliegt, administrativer Art. Gegen einen solchen administrativen Entscheid ist nur die allgemeine Aufsichtsbeschwerde möglich (E. 1).* 154
- § 48 ff. ZPO; § 51 Abs. 1 ZPO. – Rechtsnatur des Entschädigungsanspruchs des unentgeltlichen Rechtsbeistandes. Frage offen gelassen, ob die unentgeltliche Prozessführung auch rückwirkend entzogen werden kann. [Frage mit der Änderung von § 51 Abs. 1 ZPO vom 16. Dezember 1999 mittlerweile bejaht]. Eine allfällige Rückwirkung könnte aber jedenfalls nur gegenüber der betroffenen Partei, nicht aber gegenüber dem unentgeltlichen Rechtsbeistand eintreten, sofern diesem kein täuschendes Verhalten zur Last gelegt werden kann (E. 2 c).* 154
- Art. 64 und 85 IPRG; Art. 1, Art. 4 und Art. 13 Abs. 1 MSÜ. – Zur Feststellung der Zuständigkeit ist im Verfahren auf Abänderung eines Scheidungsurteils in Bezug auf das Besuchs- und Ferienrecht das* 158

MSÜ massgebend. Gestützt auf Art. 1 MSÜ sind zur Abänderung eines Scheidungsurteils in Bezug auf das Besuchs- und Ferienrecht grundsätzlich die Gerichte am Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes zuständig. Auch unter dem Aspekt des Kindeswohls lässt es sich nicht rechtfertigen, die Heimatzuständigkeit gemäss Art. 4 MSÜ zu bejahen.

3. Strafrechtspflege

§ 11 StPO. – Sachliche Unzuständigkeit des Strafgerichts zur Beurteilung von öffentlichrechtlichen Forderungen im Rahmen eines Adhäsionsprozesses. 160

B. Verwaltungspraxis

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

1. Aufenthalt und Niederlassung

- Art. 13 Bst. f BVO – Voraussetzung für die Einleitung eines Verfahrens um Erteilung einer humanitären Aufenthaltsbewilligung ist ein noch nicht rechtskräftig entschiedenes Asylverfahren oder die Ausreise nach rechtskräftigem Abschluss des Asylverfahrens. Der Ausreise gleichgestellt ist die Anordnung einer Ersatzmassnahme bei nicht durchführbarem Vollzug (Vorläufige Aufnahme gemäss Art. 14a ANAG). Aus dem Sinn des Gesetzes ergibt sich, dass die Voraussetzung der Ausreise wieder an die Stelle der Voraussetzung der vorläufigen Aufnahme tritt, sobald diese aufgehoben ist.* 163

2. Politische Rechte

- Art. 31 Abs. 1 und 1bis, 77 Abs. 2 Bst. c und Abs. 2 BPR; § 52 VRG; – Aufsichtsbeschwerde «wegen Irreführung der Wählerschaft» im Zusammenhang mit der Liste 4 mit dem Titel «Seniorenliste/Parteilose» bei den Gesamterneuerungswahlen der zugerischen Mitglieder des Nationalrates für die Amtsperiode 2000–2003. – Formelles (E. I): Wahlbeschwerde oder Aufsichtsbeschwerde (E. I. 1 und 2); Regierungsrat als Aufsichtsbehörde über die Staatskanzlei (E.I. 3). – Materielles (E. II): Aufsichtsbeschwerde als Anzeige und Ueberprüfungsbefugnis der Aufsichtsbehörde (E. II.1); Vorliegend besteht insbesondere deshalb kein Grund zum Einschreiten der Aufsichtsbehörde, weil die Stimmberechtigten nicht irreführt wurden (E. II. 2)* 166

3. Personalrecht

- Personalrecht: Aus einem Arbeitsverhältnis folgt kein Rechtsanspruch auf effektive Beschäftigung und seitens des Arbeitgebers besteht keine Rechtspflicht zur Annahme der geschuldeten Arbeitsleistung (E. 3). Anforderungen an den Rückzug einer Beschwerde (E 4).* 170

4. Gemeinderecht

- Art. 49 Abs. 6 alte BV; §§ 3, 59, 120 GG; §§ 1, 2 – 5 FHG; § 26 Denkmal SG; § 50 VRG. Beschwerde betreffend Urnenabstimmung über die zukünftige Nutzung des Kapuzinerklosters Zug der Bürgergemeinde Zug. – Das Kapuzinerkloster ist Teil des Bürgergutes, seine Vermietung zulässig (E 3a); Keine Verletzung der finanzhaushaltrechtlichen* 174

Grundsätze der Gesetzmässigkeit, Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit (E 3b); Keine ungebührliche steuerliche Belastung (E 3c); Aufgabenerfüllung der Gemeinde und Finanzhaushaltsgesetz (E 3d). – Die in Aussicht gestellte Steuererhöhung stellt keine «spezielle Kultussteuer» dar (E4)

- Art. 5 alte BV; Art. 85 Bst. a OG; §§ 17, 33 ff. insbes. 37, 82 GG; §§ 4, 7 Abs. 1, 23 Abs. 1 Ziff. 3, 25, 28 Abs. 2, 39 ff., 49, 52 VRG. – Beschwerden betreffend Behandlung der Motion der CVP Risch-Rotkreuz für eine Verbesserung des Badeangebotes, Strandbad Buonas und Erweiterung der Seeuferpromenade in der Einwohnergemeindeversammlung. – 1. Beschwerde M. und A. 2. Aufsichtsbeschwerde der SVP Risch-Rotkreuz* 179

II. Zivilrecht

1. Personenrecht

- Art. 84 ZGB Stiftungsaufsicht: Limitierte Verlängerung der gemäss Urkunde zeitlich begrenzten Dauer der Stiftungstätigkeit. Das Interesse an der Weiterführung überwiegt den formellen Mangel des verspätet eingereichten Verlängerungsgesuches* 191

2. Familienrecht

- Art. 367 Abs. 3, 421 Ziff 1 ZGB – Dingliche Belastung eines Grundstückes einer Erbengemeinschaft mit Beteiligung einer verbeiständeten Person; stellvertretende Genehmigung durch den Regierungsrat wegen potentiellen Interessenskonflikts der Vormundschaftsbehörde* 191
- Art. 264 ZGB; Art. 4 Abs. 1, 8a Abs. 1 Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern vom 19. Oktober 1977 (PAVO, SR 211.222.339); § 3 Bst. a Verordnung über das Pflegekinderwesen vom 7. Mai 1985 (PVO, BGS 213.41); Art. 75 Abs. 1, 77 Abs. 1 und 2 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG, SR 291).* 192
- Vorläufige Bewilligung zur Aufnahme eines ausländischen Kindes zur späteren Adoption. – Es muss bereits bei der Erteilung der vorläufigen Bewilligung sorgfältig geprüft werden, ob aufgrund der heute bekannten Sachlage einer späteren Adoption grundsätzlich zugestimmt werden könnte (E. 1). – Ein türkisches Ehepaar, welches in der Schweiz lebt, kann ein türkisches Kind nicht nach schweizerischem sondern nur nach türkischem Recht adoptieren. Da die Beschwerdeführenden nunmehr ein Kind in der Türkei nach türkischem Recht adoptieren wollen, erübrigt sich eine vorläufige Bewilligung zur Aufnahme eines ausländischen Kindes zur späteren Adoption. (E. 2).* ???

- Art. 274a, 310 Abs. 3, 313 ZGB; § 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG; Ziff. 114 Verwaltungsgebührentarif. Wiedereinräumung der elterlichen Obhut der Mutter und Abweisung des Antrages auf Uebertragung der elterlichen Gewalt an den Vater. – Kindeswohl und Rücknahme eines Kindes bei den Pflegeeltern gemäss Gesetz (E. 2). – Konkrete Voraussetzungen (E. 3): Stabilisierung der Verhältnisse (a) – Umplatzierung des Kindes (b–e). – Keine Uebertragung der elterlichen Gewalt auf den Vater (E. 4). – Zusammenfassung (E. 5). – Kosten und Entschädigungen (E. 6)* 194

3. Sachenrecht

- §§ 7 und 26 Abs. 3 GB GebT– Beschwerdelegitimation der Gemeinden (E I. 2)* 198
- §§ 2 und 3 GB GebT – Bemessung der Handänderungssumme aufgrund der Gegenleistung für den Grundstückerwerb (E II 4)* 198

III. Finanzrecht

- § 9 FAG Sinn des kalkulatorischen Abschlusses ist, den Finanzausgleich auf der Basis einer möglichst einheitlichen, den wahren finanziellen Verhältnissen einer Gemeinde entsprechenden Grundlage durchzuführen (E 3). Mehreinnahmen aus der Aufarbeitung von Steuer-Veranlagungsrückständen sind für die kalkulatorischen Abschluss nicht zu berücksichtigen (E 5).* 215

IV. Baurecht

- § 40 BO Walchwil – Welche gewerblichen Nutzungen sind in der Wohnzone 2 zulässig? Eine Tankanlage zur Betankung von Baumaschinen einer Bauunternehmung ist in der Wohnzone nicht zonenkonform.* 219
- Art. 2 Abs. 1 und 2 BO Cham – Bestandesgarantie. Darf ein Gebäude, das die zulässige Ausnützung überschreitet, aufgestockt werden, wenn der geplante Dachaufbau (Attikageschoss) nicht zur Ausnützung zählt.* 219
- § 14 Abs. 2 alt V BauG – Müssen die Keller- und Abstellräume im Erdgeschoss eines bestehenden und nicht unterkellerten Wohnhauses zur Ausnützung gerechnet werden?* 270
- § 19 BO Zug – Ausrichtung der Hauptwohnräume* 221

V. Soziale Sicherheit

Berufliche Vorsorge

- Art. 89^{bis} Abs. 6 ZGB i.V.m. Art. 62 Abs. 1 BVG. – Aufsichtsrechtliche Aufgaben gegenüber dem Stiftungsrat im Zusammenhang mit der (längst fälligen) Teilliquidation einer Stiftung infolge stufenweisen Personalabbaus* 223
- Art. 23 Abs. 1 und 2 FZG; Art. 10 Abs. 1 lit. a. BVV I – Gesamtliquidation einer BVG-Sammelstiftung mit Verteilung des freien Stiftungsvermögens auf die einzelnen Vorsorgewerke und kollektive Übertragung der Vermögens auf eine andere Sammelstiftung; Streichnung aus dem Register für berufliche Vorsorge.* 226
- Art. 83 Abs. 2 ZGB; § 4 der Verordnung über die berufliche Vorsorge vom 18. August 1998 (BGS 846.1). – Massnahmen der Aufsichtsbehörde bei ungenügender Organisation und gesetzeswidrigen Vermögensanlagen (vorliegend Einsetzung einer kommissarischen Verwaltung zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes bzw. zur Durchführung der Liquidation der Stiftung).* 227
- Art. 88 Abs. 1 ZGB, Art. 10 Abs. 1 lit. b. BVV I – Aufhebung und Liquidation einer Stiftung sowie Streichung aus dem Register für berufliche Vorsorge bei Unmöglichkeit der Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes und drohendem Konkurs.* 228

VI. Verwaltungsrechtspflege

- Art. 4 alt BV; Art. 3 Bst. a und 5 Bst. a Haager Uebereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1989 (SR 0.211.230.02); §§ 27, 28 Abs. 2 VRG; Ziff. 109, 114 Kantonsratsbeschluss über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen vom 11. März 1974 (Verwaltungsgebührentarif; BGS 641.1); §§ 8 f. insbesondere 9 Abs. 1 und 2 Verordnung über die Kosten im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vom 30. August 1977 (BGS 162.12). – Unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlicher Rechtsbeistand in einem Besuchsrechts(beschwerde)verfahren.* 231

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
BGBB	BG über das bürgerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (SR 211.421.11)
BGBM	BG über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz: BGBM; SR 943.02)
BGE	Entscheidung(en) des Schweizerischen Bundesgerichtes
BGS	Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons Zug
BKBVG	Eidgenössische Beschwerdekommision für die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BlSchK	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	BG über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG)
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
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)
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)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung Zürich
O	Obergericht
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz) vom 16. Dezember 1943 (SR 173.110)
OHG	BG über die Hilfe an Opfern von Straftaten vom 4. Oktober 1991 (Opferhilfegesetz, SR 312.5)

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

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

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

Alphabetisches Stichwortverzeichnis zur GVP

A

Aktien

- Bestimmung des wirklichen Wertes durch den Richter bei Übertragung vinkulierter, nicht börsenkotierter Namenaktien; Legitimation zur Stellung des Gesuches 1999 O-1

Aktienkapital

- Zinsverbot; nicht Garantieverprechen eines Dritten 1999 K-2

Alters- und Hinterlassenenversicherung

- Parteientschädigung bei gegenstandslos gewordener Schadenersatzforderung 1999 V-3

Altstadtreglement

- Kriterien für die Auslegung, Verweigerung einer Umbaubewilligung 1999 V-9

Arbeitsverhältnis, öffentlich-rechtliches

- kein Rechtsanspruch auf effektive Beschäftigung, keine Rechtspflicht zur Annahme der geschuldeten Arbeitsleistung 1999 R-3

Arbeitslosenversicherung

- Einstellung der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit 1999 V-4
- Der einzelunterschriftsberechtigte Geschäftsführer einer GmbH hat im Falle des Konkurses keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung; dies gilt auch für seine Ehefrau 2000 V-4
- Einwöchige Frist zur Meldung einer Arbeitsunfähigkeit ist Verwirkungsfrist 2000 V-5
- Gesetzlicher Zweck der Insolvenzenschädigung; Lohnforderung muss mindestens glaubhaft gemacht werden 2000 V-7

Aufenthaltsbewilligung

- Voraussetzungen zur Erteilung einer humanitären Aufenthaltsbewilligung 1999 R-1
- Verneint für Bäcker/in zur Herstellung von biologischem Vollwertbrot 2000 R-1

Ausnützungsübertragung

- nicht zulässig über eine im Eigentum der Gemeinde stehende Strasse mit beidseitigem Trottoir hinweg 1999 V-9
- die Entschädigung für Ausnützungstransfer fällt unter die Einkommenssteuer 2000 V-1

B

Baurecht

- siehe Planungs- und Baurecht

Berufliche Vorsorge

- Aufhebung und Liquidation einer Stiftung, wenn ordnungsgemässer Zustand nicht wiederhergestellt werden kann und der Konkurs droht 1999 I-4
- Auflagen gegenüber Stiftungsrat bei Teilliquidation einer Stiftung infolge Personalabbaus 1999 I-1
- Gesamtliquidation einer Sammelstiftung und Übertragung des Vermögens auf eine andere Sammelstiftung 1999 I-2
- Ungenügende Organisation und gesetzeswidrige Vermögensanlagen 1999 I-3

Besoldungsreglement

- der ev. ref. Kirchgemeinde; für Streitigkeiten gilt das Klageverfahren vor Verwaltungsgericht 2000 V-14

Bürgergut

- Kapuzinerkloster als Bürgergut der Bürgergemeinde Zug; die für die Renovation des Klosters in Aussicht gestellt Steuererhöhung stellt keine spezielle Kultussteuer dar 1999 R-4

D

Denkmalpflege

- Unterschutzstellung einer Raketenstellung 2000 R-7

E

Eherecht

- Scheinehe als Unzumutbarkeitsgrund für die Fortsetzung der Ehe 2000 K-1
- Fremdgehen, Arbeit in Sex- und Massagesalon 2000 K-2
- Mitarbeit im Gewerbe und Arbeiten im gemeinsamen Haushalt 2000 K-3
- Keine Entschädigung für die Finanzierung einer Weiterbildung 2000 K-4
- Erwerbstätigkeit; Zumutbarkeit resp. Ausdehnung nach Auflösen des gemeinsamen Haushalts; hypothetisches Einkommen 2000 O-1

Erbschaftsverwaltung

- Streit unter verschiedenen berufenen Erbschaftsverwaltern; keine Notwendigkeit für einen im Kanton Zug wohnhaft gewesenen deutschen Erblasser 2000 R-5

Ergänzungsleistungen

- Rückerstattung wegen verschwiegener Pensionskassenrente 1999 V-5

F

Finanzausgleich

- Sinn des kalkulatorischen Abschlusses in § 9 des Gesetzes über den direkten Finanzausgleich 1999 R-11

Finanzhaushalt

- Verpflichtungskredit für ein Programm; Minimalanforderung an «Programm» 2000 V-18

Fotos

- Aufbewahrung von erkennungsdienstlichen Fotos im Gerichtsarchiv 1999 O-8

Fristen im SchKG

- Gesetzliche Eingabefristen sind grundsätzlich erstreckbar; Ersteckung einer zehntägigen Frist zur Beantragung der Durchführung des Konkurses und zur Leistung des Barvorschusses bei Einstellung des Konkurses mangels Aktiven 1999 O-4
- Wiederherstellung der Frist für die Erhebung des Rechtsvorschlags 2000 O-3

Führerausweisentzug

- wegen schwerer Verkehrsgefährdung; Aquaplaning 1999 V-15

Fürsorgerische Freiheitsentziehung

- persönliche Fürsorge nur in stationärem Klinikaufenthalt, Voraussetzungen 2000 V-15

G

Gebühren

- für die Verwaltung von Grundstücken im Betreibungsverfahren; Erhöhung durch die Aufsichtsbehörde auf Antrag des Betreibungsamts 1999 O-7

Genugtuung

- Anspruch für nahe Angehörige und Höhe 1999 K-1

Gesamtüberbauungsplan

- spätere Änderungen in Einzelbauweise 1999 V-10

Grundbuchgebührentarif

- Bemessung der Handänderungssumme aufgrund der Gegenleistung für den Grundstückerwerb; Beschwerdelegitimation der Gemeinden 1999 R-10

Grundstück

- dingliche Belastung eines Grundstücks im Gesamteigentum, bei der ein Mitglied der Erbengemeinschaft verbeiständet ist 1999 R-7

Grundstückgewinnsteuer

- Anlagekosten; Begriff 1999 V-2
- Besitzesdauer richtet sich nach Grundbucheintrag 1999 V-1
- Kaufpreis ist auf den Tag der Handänderung zu diskontieren 1999 V-1
- Die Entschädigung für Ausnützungstransfer fällt nicht unter die Grundstückgewinnsteuer, sondern unter die Einkommenssteuer 2000 V-1
- Voraussetzung für die Anrechenbarkeit der Anlagekosten eines abgebrochenen Gebäudes 2000 V-2
- Mietzinsgarantie als Erlösminderung, revisionsweise Berücksichtigung 2000 V-3

I

Internationales Privatrecht

- Minderjährigenschutz; örtliche Zuständigkeit zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen 1999 O-2
- Zuständigkeit der Gerichte am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes zur Änderung des Besuchs- oder Ferienrechts in Scheidungsurteilen 1999 K-6
- Vorläufige Bewilligung zur Aufnahme eines ausländischen Kindes zwecks späterer Adoption 1999 R-8

Invalidenversicherung

- Durchführung medizinischer Massnahmen im Ausland; Voraussetzungen für die Annahme beachtlicher Gründe 1999 V.-6

K

Kindesschutzmassnahmen

- Keine Zuständigkeit des Regierungsrats, wenn bereits ein gerichtliches Eheschutzverfahren läuft 2000 R-3
- Krankenpflegeversicherung; Prämienverbilligung
- Die Einreichung von Gesuchen unterliegen einer Verwirkungsfrist 1999 V-7

M

Motionen

- Beschwerde gegen Motionsbehandlung in der Gemeindeversammlung; Aufsichtsbeschwerde 1999 R-5

N

Nachrede, üble

- Wahrheitsbeweis kann auch durch ein noch nicht rechtskräftiges Urteil der gleichen Gerichtsinstanz erbracht werden, die über die üble Nachrede zu befinden hat 1999 K-5

Natur- und Heimatschutz

- Moore und Moorlandschaft 2000 V-13

O

Obhut

- Wiedereinräumung der elterlichen Obhut an die Mutter; Abweisung des Anspruchs auf Übertragung der elterlichen Gewalt an den Vater 1999 R-9
- Vorsorgliche Massnahme in Beschwerdeverfahren betr. Aufhebung der elterlichen Obhut 2000 R-2
- Aufhebung eines Obhutentzuges und Anordnung einer sozialpädagogischen Familienbegleitung 2000 R-4

Obligationenrecht

- Vertrag z.G. Dritter durch Abgabe einer Garantieerklärung beim Amt für Ausländerfragen für einen Gast durch den Gastgeber 2000 K-6
- Sonderprüfung einer Aktiengesellschaft, Voraussetzungen; Obliegenheiten des Gesuchstellers 2000 K-7
- Widerruf der Auflösung einer Gesellschaft infolge nachträglicher Eintragung einer Revisionsstelle im Handelsregister 2000 K-8

P

Parteienschädigung

- im Rechtsöffnungsverfahren 1999 O-3
- Sicherstellung wegen fehlenden ??? Wohnsitzes in der Schweiz und wegen Zahlungsunfähigkeit 1999 O-9
- Frage der Uneinbringlichkeit ist administrativer Art, dagegen ist nur die Aufsichtsbeschwerde zulässig 1999 O-10

Pfändungsankündigung

- Zustellgebühr für die Pfändungsankündigung; Weiterverrechenbarkeit 1999 O-6

Planungs- und Baurecht

- Arealbebauung auf Verlangen des Gemeinderates 2000 V-10
- Ausnützung; Keller und Abstellräume im Erdgeschoss eines nicht unterkellerten Gebäudes 1999 R-14
- Ausrichtung der Hauptwohnräume (§ 19 BO Zug) 1999 R-15
- die Bestandesgarantie in einer Bauordnung beruht auf höherrangigem Recht; Auslegung der Bauordnung 1999 V-11
- Bestandesgarantie; darf ein Gebäude, das die zulässige Ausnützung überschreitet, aufgestockt werden, wenn der geplante Dachaufbau nicht zur Ausnützung zählt? 1999 R-13
- Bewilligungspflicht für Geländeänderungen durch Deponieren von Aushub 2000 V-8
- Bewilligungsanforderungen für Hartplatz bei Schulanlage, der teils in der Bauzone und teils in der Freihaltezone liegt 2000 V-12
- Planungspflicht ausserhalb der Bauzone; wann ist eine Ausnahmebewilligung zulässig und wann bedarf es einer Nutzungsplanung 1999 V-12
- Planungszone; Freihaltung zwecks Strassenplanung 2000 V-9
- Überprüfung der Ortsplanung durch die Genehmigungsinstanz und Ermessenspielraum der Gemeinden 1999 V-13
- Umnutzung einer gewerblichen Liegenschaft ausserhalb der Bauzone 2000 V-11

- Wohnzone 2; welche gewerbliche Nutzungen sind zulässig? 1999 R-12
- Mobilfunkanlage in Wohnzone 3 2000 R 8
- Strassenreklamen; Praxisänderung für die Bewilligung 2000 R-9
- Keine Baubewilligungspflicht für Konstruktion aus Holzpfosten an bestehendem Garenhaus 2000 R-10

Prozessführung

- unentgeltliche, rückwirkender Entzug 1999 O-10

R

Rechtspflege

Strafrechtsverfahren

- Aktenherausgabe; kein Anspruch des Angeschuldigten auf Herausgabe an den Verteidiger zur Einsichtnahme 2000 O-13
- Einstellung der Strafuntersuchung; die Verweisung einer Zivilforderung auf den Zivilweg ist ein prozessleitender Entscheid, keine Beschwerde an die Justizkommission 2000 O-14
- Beschwerde gegen Urteile des Einzelrichters in Strafsachen als eine Art Wichtigkeitsbeschwerde; Ausführungen zu den einzelnen Beschwerdegründen 2000 O-15
- Kompetenz des Einzelrichters bei Zusatzstrafen 2000 S-3
- Vergewaltigung als Officialdelikt; Recht des Angeschuldigten Fragen an den Belastungszeugen zu stellen 2000 S-4
- Abwesenheitsverfahren 2000 S-5

Verwaltungsbeschwerdeverfahren

- unentgeltliche in einem Besuchsrechtsbeschwerdeverfahren 1999 R-16

Zivilrechtsverfahren

- Pfandausfallschein als Beweismittel für Zahlungsunfähigkeit 2000 K-8
- Unentgeltliche Prozessführung; Berücksichtigung der Unterhaltskosten für ein im gleichen Haushalt lebendes, erwachsenes Kind 2000 O 11
- Keine unentgeltliche Rechtspflege bei Verheimlichung von Vermögenswerten 2000 O-12

Rechtsöffnungsverfahren

- Bemessung der Parteientschädigung 1999 O-3

S

Schaden

- Feststellung bei erlittenem Vergehen oder Verbrechen; Ausführungen in den Erwägungen genügen 1999 K-4

Schuldbetreibung und Konkurs

- Keine Legitimation des Konkursamts zur Beschwerde gegen das Konkursdekret um dessen Nichtigkeit festzustellen; Voraussetzungen, unter denen die Konkursbehörden ein Konkursdekret als unwirksam betrachten dürfen (Änderung der Rechtsprechung) 2000 O-2
- Anforderungen an die Angaben im Betreibungsbegehren; i.c. Adresse des Gläubigers 2000 O-4
- Korrektur einer fehlerhaften Gläubiger- und Parteibezeichnung im Betriebsverfahren 2000 O-5
- Deutscher Vergütungsfeststellungsbeschluss; Vollstreckbarerklärung, definitive Rechtsöffnung 2000 O-6
- Betreibung einer AG, wenn über sie der Konkurs eröffnet und mangels Aktiven eingestellt worden ist 2000 O-7
- Streitwert bei der Kollokationsklage; Zuständigkeit des Friedensrichters 2000 O-8
- Provisorische Pfändung; Öffnen von Tresorfächern, Inventarisierung 2000 O-9
- Berücksichtigung einer nach konkurseröffnung erfolgten Tilgung der Schuld im Rechtsmittelverfahren; Nachweis der Zahlung und glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit 1999 O-5

Schule

- Kognition bei Schülerbeurteilungen; Beschwerde gegen Maturitätsnote 2000 R-6

Sozialhilfe

- Einschränkung wegen Verweigerung zumutbarer Mitwirkung 2000 V-17

Stiftung

- Verlängerung einer limitierten Stiftungstätigkeit; Interessenabwägung 1999 R-6

Strafrecht

- Begriff des Arbeitsergebnisses i.S. von Art. 23 UWG 2000 S-1
- Check- und Kreditkartenmissbrauch; Verhältnis zu Betrug 2000 S-2

T

Tempo 30-Zone

- rechtliche Zulässigkeit für Quartier Rosenberg in Zug 2000 V-16

U

Unfallversicherung

- Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Unfalls 2000 V-6

V

Versicherungsbedingungen, Allgemeine

- Auslegung einer Ausschlussklausel; Krankheit infolge Alkoholismus
1999 K-3

Vollstreckungsverfahren

- Im Vollstreckungsverfahren kann der Sachentscheid nicht neu aufgerollt werden 1999 V-16

W

Wahlen

- Irreführung der Wählerschaft; förmliche Beschwerde oder Aufsichtsbeschwerde 1999 R-2

Wasserrecht

- Konzessionsgebühr für eine Boje im Bojenfeld 1999 V-14

Wohnsitz

- Auslegung des Begriffs 1999 O-9

Z

Zahlungsunfähigkeit

- Auslegung des Begriffs 1999 O-9

Zuständigkeit

- sachliche Unzuständigkeit des Strafgerichts zur Beurteilung von öffentlichrechtlichen Forderungen im Rahmen eines Adhäsionsprozesses 1999 K-7

A. Gerichtspraxis

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Steuern und Abgaben

§§. 3, 8 und 11 GStG. – Die massgebliche Besitzesdauer richtet sich nach dem Grundbucheintrag. Der Kaufpreis ist auf den Tag der Handänderung zu diskontieren (Bestätigung der Rechtsprechung).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Die Steuerpflichtige erstellte Mehrfamilienhäuser im Stockwerkeigentum. Die Stockwerkeinheiten wurden relativ kurz nach Erwerb des Grundstücks und zwar vor Fertigstellung und Fälligkeit des Restkaufpreises verkauft. Die Steuerpflichtige möchte die Besitzesdauer auf den Zeitpunkt der Fertigstellung und Übergabe bzw. Fälligkeit des Restkaufpreises berechnet haben.

Aus den Erwägungen:

3. a) Die Rekurrentin lässt vorbringen, sie sei der Auffassung, dass im vorliegenden Fall als Besitzesdauer der Zeitraum zwischen dem Erwerb der Parzelle und der jeweiligen Fertigstellung bzw. Bezugsbereitschaft der Verkaufsobjekte zu gelten habe. Bei dieser Betrachtungsweise resultiere für alle Verkäufe ein Steuersatz von 10%. Dazu wird zunächst hingewiesen auf § 24 Abs. 1 GStG, wonach die Veranlagungsbehörde nach Eintritt des Steuertatbestandes eine provisorische Steuerrechnung erlasse und die Steuer mit der Zustellung dieser provisorischen Rechnung fällig werde. Wenn nun der Grundbucheintrag des Kaufvertrages der massgebende Steuertatbestand wäre, hätte unmittelbar nach dem Eintrag eine provisorische Rechnung versandt werden müssen und die erst später berechenbare Steuerschuld wäre ab diesem Datum zu verzinsen gewesen. Das Verwaltungsgericht habe aber entschieden, dass die Grundstückgewinnsteuer erst ab Beendigung der werkvertraglichen Komponente zu verzinsen sei. Das Gericht habe somit selbst befunden, dass in einem wesentlichen Aspekt (Fälligkeit und Verzugszins) ein Vorgehen nach dem Text des Gesetzes unrichtig sei. Damit werde zum Ausdruck gebracht, dass der Steuertatbestand nicht mit dem Grundbucheintrag übereinstimmen müsse, wenn der Gewinn erst nach der Handänderung realisiert werde. Die Entscheidung könne deshalb zum Anlass genommen werden, bei «gemischten Verträgen» den Begriff Steuertatbestand aufgrund wirtschaftlicher Kriterien auszulegen und als Ende der Besitzesdauer den Zeitpunkt der Fertigstellung der Wohnungen anzunehmen. Dies entspreche einem Grundsatz des Steuerrechtes, dass die Steuern erst erhoben würden, wenn der Steuertatbestand realisiert sei. Das Gesetz über die Grundstückgewinnsteuer verweise in § 33 subsidiär auf das Gesetz über die Kantons- und Gemeindesteuern. Wenn der Grundsatz nicht auch für das Grundstückge-

winnsteuerrecht gelten würde, hätte dies für den der Grundstücksgewinnsteuer unterstehenden Unternehmer gegenüber dem der ordentlichen Steuer unterstellten eine Benachteiligung zur Folge.

In den Kaufverträgen der Rekurrentin seien die Objekte auf einen bestimmten Termin bezugsbereit gestellt worden. Die Restzahlung des einen wesentlichen Teil des Gesamtpreises ausmachenden Kaufpreises sei per Datum der Bezugsbereitschaft zu bezahlen. Die zentralen Vollzugselemente eines Vertrages, nämlich die Übergabe des Werkes und die Bezahlung der entsprechenden Entschädigung seien erst lange nach Vertragsabschluss eingetreten. Eine Handänderung könne materiell erst dann als erfüllt betrachtet werden, wenn diese beiden Vollzugshandlungen erfüllt und abgeschlossen seien. Der Kaufvertrag sei hier aus zwei Elementen zusammengesetzt. Er regle einerseits den Kauf eines Miteigentumsanteils an einer Parzelle. Andererseits regle er die Werkerstellung. Erst mit der Übergabe des Werkes sei der Vertrag erfüllt und der Gewinn realisiert. Daran müsse das Steuerrecht anknüpfen. Dies ergebe sich auch aus § 23 GStG, wonach die Veranlagungsverjährung fünf Jahre nach Eintritt des Tatbestandes eintrete. Wenn beispielsweise das Werk erst nach sechs Jahren erstellt wäre, würde die Verjährung eintreten, bevor ein Verfahren überhaupt eröffnet werden könnte. Der die Verjährung auslösende Tatbestand gemäss § 23 GStG könne deshalb erst dann angenommen werden, wenn die Veranlagung erstmals möglich sei. Gemäss § 19 GStG habe der Steuerpflichtige innert 60 Tagen nach Anmeldung der Handänderung im Grundbuch eine wahrheitsgetreue ausgefüllte und unterzeichnete Steuererklärung einzureichen. Die Einhaltung dieser Vorschrift sei insofern schlicht unmöglich, als die anrechenbaren Aufwendungen noch nicht feststünden und das wahrheitsgetreue Ausfüllen der Steuererklärung einschliesslich der Beibringung der notwendigen Unterlagen nicht möglich sei. Diese gesetzliche Pflicht sei erst nach erfolgter Werkerstellung erfüllbar. Dieser Auslegung stehe der Gesetzestext nicht entgegen. Paragraph 8 Abs. 2 GStG stelle den Beginn der Besitzesdauer dar. Eine analoge Regelung für das Ende der Besitzesdauer kenne das Gesetz nicht. Die Steuerbehörden seien deshalb berechtigt und verpflichtet, für das Ende der Besitzesdauer einen dem konkreten Steuerfall angemessenen Termin zu bestimmen. Motiv des Gesetzgebers für die Schaffung sehr hoher Steuersätze für eine kurze Besitzesdauer sei die Erfassung von hohen Spekulationsgewinnen, die in kürzester Zeit erzielt worden seien. Es habe aber nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen, wirtschaftlich vernünftiges Handeln zu pönalisieren. Dass die Rekurrentin Kaufverträge schon sehr bald nach dem Landerwerb abzuschliessen pflege, sei wirtschaftlich vernünftig. Nur so seien die Banken bereit, gegenüber der Werkerstellerin für den Kaufpreis Preisversprechen abzugeben und die Bezahlung des Kaufpreises für den Zeitpunkt des Liegenschaftsantrittes zu garantieren. Dies vermindere das unternehmerische Risiko, was auch den Erwerbem zugute komme, da nicht so hohe Risikozuschläge gemacht werden müssten.

Für den Fall, dass das Gericht der Auslegung der Rekurrentin nicht folgen sollte, beruft sie sich auf eine «unechte» Gesetzeslücke, somit auf eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes. Wenn eine wirtschaftlich richtige Vorgehensweise zu einer das Vielfache der ordentlichen Steuern ausmachenden Besteuerung führe, müsse dies als unannehmbares Resultat beurteilt und korrigiert werden. Es wäre widersinnig, wenn Firmen zuerst während Jahren auf ihrem Land sitzen müssten, um einer exorbitanten Besteuerung zu entgehen. Eine Lücke müsse auch deshalb angenommen werden, weil das Gesetz Regelungen nur für eigentliche Handänderungen getroffen habe. Für den Fall der Zusammenrechnung von Landverkauf und Erstellen eines Werkes enthalte es keine direkt anwendbaren Bestimmungen. Das Ausfüllen der Lücke müsse in der Weise geschehen, dass man eine Besteuerung anstrebe, die resultieren würde, wenn auf eine etwas andere Art und Weise ein ähnliches oder gleiches wirtschaftliches Resultat entstanden wäre. Hier sei das Auffinden eines solchen Vergleichsgeschäfts nicht schwer. Ein Käufer nämlich, der von der Rekurrentin Wohnungen gemäss der vorgehend aufgezeigten Vorgehensweise erworben habe, befinde sich wirtschaftlich in einer gleichen Situation wie ein Käufer, der zuerst einen Vorvertrag und erst im Zeitpunkt der Bezugsbereitschaft einen Hauptvertrag abgeschlossen habe. Beide Arten von Käufern seien schon vor dem Beginn der Bauarbeiten gebunden. Beide aber hätten auch einen wesentlichen Teil des Gesamtpreises im Vollendungszeitpunkt zu bezahlen. Deshalb rechtfertige sich bei beiden Arten eines Wohnungserwerbs eine analoge Besteuerung.

Das Abstellen auf tatsächliche und wirtschaftliche Umstände sei auch dem Gesetz nicht fremd, stelle doch die wirtschaftliche Handänderung gemäss § 3 Abs. 2 GStG einen Steuertatbestand dar. Wenn man die Vorschrift von § 3 Abs. 2 GStG umkehre, so wären Rechtsgeschäfte, bei denen die Verfügungsgewalt über Grundstücke tatsächlich und wirtschaftlich erst nach der eigentlichen Handänderung übergangen, steuerlich so behandelt, wie wenn die Handänderung erst im Zeitpunkt des tatsächlichen und wirtschaftlichen Übergangs der Verfügungsgewalt erfolgt wäre.

b) Die Kommission beruft sich auf § 3 GStG, wonach der Steuertatbestand mit der Handänderung von Grundstücken oder Anteilen von solchen eintritt. Massgebender Steuertatbestand sei damit der Grundbucheintrag. Gemäss konstanter Praxis gelte sowohl für den Beginn wie auch für das Ende der Besitzesdauer der grundbuchliche Eintrag. Gemäss Zürcher Praxis gelte dies auch in jenen Fällen, in denen die Parteien den Antritt vor- oder nachverschoben hätten oder in denen sich der Eintrag ins Grundbuch infolge von Vermessungsarbeiten verzögere. Auch bei der Zusammenrechnung von Kaufvertrag und Werkvertrag sei gemäss Praxis die Besitzesdauer nicht bis zur Bauvollendung zu erstrecken.

c) Die Grundstücksgewinnsteuer wird auf Gewinnen erhoben, die sich bei Handänderungen von Grundstücken oder Anteilen von solchen ergeben (§ 3 Abs. 1 GStG). Andere Rechtsgeschäfte sind Handänderungen an Grund-

stücken gleichgestellt, wenn sie bezüglich der Verfügungsgewalt über Grundstücke tatsächlich und wirtschaftlich wie Handänderungen wirken (§ 3 Abs. 2 GStG). Grundstücksgewinn ist der Betrag, um welchen der Erlös die Anlagekosten (Erwerbspreis und anrechenbare Aufwendungen) übersteigt. Massgebend für die Berechnung des Gewinnes und der Besitzesdauer ist die letzte steuerpflichtige Handänderung (§ 8 Abs. 1 und 2 GStG).

Hat der Käufer mit dem Veräusserer einen Werkvertrag über die Erstellung einer Baute auf dem Kaufgrundstück abgeschlossen, so entspricht der grundsteuerlich massgebende Erlös der Summe von Landpreis und Werklohn, sofern die Verträge so voneinander abhängen, dass es ohne den einen Vertrag nicht zum Abschluss des anderen gekommen wäre und das Geschäft zudem als Ganzes dem Verkauf einer fertigen Baute gleichkommt. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, muss aufgrund aller Umstände des Falles beurteilt werden. Diese Praxis befolgte vor Schaffung des Verwaltungsgerichtes bereits die Rekurskommission (Sammlung der Verwaltungsentscheide 1963/66, S. 45). Die Praxis des Verwaltungsgerichtes nach altem, gemeindlichem Grundstücksgewinnsteuerrecht wurde durch Urteil des Bundesgerichts vom 31. Oktober 1985 bestätigt. Mit Urteil vom 22. Dezember 1994 i.S. A.M. AG wurde die Praxis für das neue Gesetz vom 2. November 1990 bestätigt und insbesondere auch festgestellt, dass sich die Praxis der Zusammenrechnung auf § 11 Abs. 1 GStG stützt, wonach als Erlös der Kaufpreis mit Einschluss aller weiteren Leistungen des Erwerbers gilt. Die Praxis entspricht auch jener anderer Kantone, insbesondere des Kantons Zürich, und ist vom Bundesgericht wiederholt bestätigt worden, auch für das interkantonale Verhältnis (ASA Bd. 64, S. 427; Bd. 62, S. 720 ff.; Reimann/Zuppinger/Schärler, Kommentar zur Zürcher Steuergesetz, Bd. 4, S. 355; Zuppinger/Schärler/Fässler/Reich, Ergänzungsband 2. A. S. 540; Richner/Frei/Weber/Brütsch, Kurzkommentar zum Zürcher Steuergesetz, 2. A., § 181 N. 5 ff.). Im vorliegenden Fall hat die Rekurrentin das Land erworben, parzelliert, Stockwerkeigentum begründet und die Mehrzahl der Verkäufe vor Baubeginn getätigt. Es wurden schlüsselfertige Eigentumswohnungen verkauft ohne dass auch nur separate, aber miteinander verknüpfte Verträge über Landerwerb und Werkerstellung abgeschlossen worden wären. Dass die Veräusserungen unter die Praxis der Zusammenrechnung fallen, kann hier keinem Zweifel unterliegen. Die diesbezügliche Veranlagung der Kommission wird indirekt unter Berufung auf § 3 GStG in Frage gestellt. Dass trotz Vorliegen einer zivilrechtlichen Handänderung diese unbeachtlich sein sollte, findet im Gesetz keine Stütze. Vielmehr sind gemäss § 11 GStG neben dem Kaufpreis auch die weiteren Leistungen des Erwerbers zu berücksichtigen. Der nach der Praxis der Zusammenrechnung als einheitliches Geschäft zu betrachtende Verkauf fällt unter den Tatbestand der zivilrechtlichen Handänderung. Die Verfügungsgewalt geht auch tatsächlich auf den Erwerber über und verbleibt nicht bis zur Fertigstellung der Baute beim Veräusserer. Wollte man gleichwohl Landverkauf und Übergabe des erstellten Werkes als separate Steuer-

tatbestände erfassen und die gesetzliche Bestimmung über die Teilveräusserung gemäss § 14 GStG anwenden, so wird die Zusammenrechnungspraxis und insbesondere die Erfassung des Werklohns durch die Grundstückgewinnsteuer in Frage gestellt. Für eine Änderung der gefestigten Praxis besteht aber kein Anlass, umso mehr als sich Landgewinn und Werkgewinn hier nicht getrennt ermitteln lassen.

Handänderungen im Sinne des Steuerrechtes sind Rechtsgeschäfte oder auf öffentlich-rechtlichen Bestimmungen beruhende Verfügungen, durch welche Eigentum an Grundstücken oder die wirtschaftliche Verfügungsmacht über ein Grundstück übertragen wird (Reimann/Zuppinger/Schärfer, a.a.O., N. 12 zu § 161, mit Hinweisen P. Ochsner, Die Besteuerung der Grundstückgewinne in der Schweiz, 1976, S. 198 ff.). Eine Handänderung im Sinne von § 3 Abs. 1 GStG setzt in der Regel ein öffentlich beurkundetes Verpflichtungsgeschäft und in dessen Erfüllung die Verfügung über das Grundstück durch Eintragung im Grundbuch voraus. Diese Akte können zeitlich mehr oder weniger auseinander liegen. Demgemäss entspricht die Besitzesdauer im Grundstückgewinnsteuerrecht grundsätzlich der zivilrechtlichen Eigentumsdauer. Der Eigentumsübergang durch Eintrag im Grundbuch ist massgeblich, da das Verpflichtungsgeschäft allein die Verfügungsgewalt noch nicht zu übertragen vermag. Das Verwaltungsgericht hat diese Praxis auch bestätigt bei abweichendem Nutzen- und Schadenantritt (GVP 1993/94, 79; 1983/84, 20 mit Hinweisen; 1989/90, 20 und 1991/92, 90). Diese Praxis stimmt wiederum mit jener anderer Kantone, insbesondere des Kantons Zürich, überein und ist vom Bundesgericht bestätigt worden, insbesondere auch für den Fall der Zusammenrechnung von Landpreis und Werklohn, wo die Besitzesdauer nicht bis zur Bauvollendung zu erstrecken ist. Der Einschluss aller weiteren Leistungen des Erwerbers beim Erlös verlangt nach dem Grundsatz der vergleichbaren Verhältnisse auch die Berücksichtigung der Werkherstellungskosten bei den Anlagekosten. Durch deren Anrechnung wird verhindert, dass ein fiktiver Gewinn aus dem Verkauf besteuert würde (ASA, Bd. 64, S. 423 ff.); Richner/Frei/Weber/Brütsch, a.a.O., § 164 N. 16).

Die Rekurrentin plädiert nicht nur für eine Praxisänderung, für welche nach dem Gesagten kein Anlass besteht, sondern bringt auch vor, das Gesetz sei in planwidriger Weise unvollständig, weshalb eine Gesetzeslücke vorliege. Dem kann nicht gefolgt werden. Das geltende Gesetz über die Grundstückgewinnsteuer vom 2. Februar 1990 ersetzte die zuvor von den Gemeinden erlassenen Grundstückgewinnsteuer-Reglemente. Diese lehnten sich eng an die Zürcher Gesetzgebung an und hatten in wesentlichen Teilen sogar deren Wortlaut übernommen. Hinsichtlich Steuertatbestand, Besitzesdauer und Zusammenrechnung änderte sich mit der Ablösung der alten Reglemente durch das kantonale Gesetz nichts. Der Gesetzgeber legifizierte in einem durch Lehre und Rechtsprechung geklärten Bereich, ohne eine Änderung der gesetzlichen Regelung vorzunehmen. Für die Annahme einer (unechten) Gesetzeslücke bleibt kein Raum.

7. a) Für den Fall der Berechnung des Steuersatzes nach der Grundbuchanmeldung ersucht die Rekurrentin, auch den Wert der käuferischen Gegenleistung auf diesen Tag zu berechnen. Die Rekurrentin beantragt eventualiter, die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese, basierend auf den von ihr zu treffenden und von der Rekurrentin wieder anfechtbaren Annahmen als Erlös die diskontierten Leistungen der Käufer ermitteln und der Grundstückgewinnbesteuerung zugrunde legen könne.

b) Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der erst nach der Veräusserung erfolgenden Bezahlung des Werklohnes durch einen Einschlag in Form eines Diskonts Rechnung zu tragen (ASA Bd. 64, S. 424 und 431, mit Hinweisen). Beim Verkauf der Eigentumswohnungen hatten die Erwerber beim Kauf einen Teilbetrag des Preises der schlüsselfertigen Wohnung zu leisten, den Restbetrag nach Fertigstellung. Aus § 11 Abs. 1 GStG, wonach als Erlös der Kaufpreis mit Einschluss aller weiteren Leistungen des Erwerbers gilt, hat die Praxis gefolgert, dass der nominelle Kaufpreis um die Verzinsung zu berichtigen ist. Die Praxis wurde auch in verschiedener Hinsicht differenziert (GVP 1995/96, 34 = ES 1996, Bl. 7, mit Hinweisen). Die strikte Praxis zur Zusammenrechnung und zur Besitzesdauer erfordert auch die Berücksichtigung der Tatsache, dass im massgebenden Zeitpunkt für die Gewinnermittlung der Erlös der Rekurrentin nur zum kleineren Teil zur Verfügung gestanden ist. Soweit die Kaufpreisleistungen nach der Besitzesdauer erfolgt sind, sind sie auf den Zeitpunkt der Handänderung abzuzinsen. Dies erfordert eine Neuberechnung des Erlöses und führt zu einer Reduktion der Steuer. Dabei geht es um eine Frage der Gewinnermittlung und nicht des Steuerbezuges.

Für die Frage des anrechenbaren Zinses kann gleichwohl § 24 Abs. 5 GStG entsprechend angewendet werden. Gemäss Beschluss des Regierungsrates vom 5. Februar 1991 gilt der Zinssatz der Zuger Kantonalbank für 1. Hypotheken im Wohnungsbau (Alt-Hypotheken). Massgebend ist der jeweils am 1. Januar gültige Zinssatz für die Dauer des betreffenden Kalenderjahres. Dieser dem Hypothekarzins folgende Zinssatz erscheint sachgerecht für die Diskontierung der Kaufpreisleistung.

Verwaltungsgericht, 15. Juli 1999

§ 8 GStG. – *Anlagekosten. Der Begriff der Anlagekosten ist bei der Grundstücksgewinnsteuer objektiv-technisch, nicht subjektiv-wirtschaftlich auszulegen.*

Aus dem Sachverhalt:

...

Zur Begründung des Rekurses wird sodann ausgeführt, die Liegenschaft sei zum Zeitpunkt des Rechtsgeschäftes nur ungenügend in Stand gehalten gewesen, was bei der Festsetzung des Kaufpreises berücksichtigt worden sei. Die dadurch notwendigen Instandstellungsarbeiten seien über mehrere Jahre ausgeführt worden. Bei der Veranlagung seien die eingereichten Belege gemäss konstanter Praxis durch den Baufachexperten der Kommission überprüft worden. Der Rekurrent schliesse sich hinsichtlich der technischen Betrachtung der Anerkennung von wertvermehrenden Aufwendungen im Betrag von Fr. 85'212.– an. Darüber hinaus werde jedoch die Anrechnung von weiteren Fr. 85'428.– unter Berufung auf die «Dumont-Praxis» geltend gemacht. Als Folge des Nachholbedarfes bezüglich der Instandstellung der Liegenschaft seien über mehrere Jahre entsprechende Arbeiten ausgeführt worden. Da die ungenügende Instandhaltung des besagten Objektes durch die Parteien bei der Festsetzung des Kaufpreises berücksichtigt worden sei, hätten die Instandstellungsausgaben zu einer Wertvermehrung des Kaufgegenstandes geführt.

Der Einkommens- bzw. Ertragssteuer als allgemeinen Kantons- und Gemeindesteuern würden gemäss § 17 StG die gesamten Einkünfte unterworfen, insbesondere nach Ziff. 4 auch solche aus Liegenschaften, sofern sie nicht Kapitalgewinne aus Handänderung seien. Diese Gewinne unterlägen der als Objektsteuer ausgestalteten Grundstücksgewinnsteuer (§ 3 bzw. § 8 Abs. 1 GStG). Steuergesetz und Rechtsprechung untersagten demnach die gleichzeitige Erfassung des Grundstücksgewinns durch die Einkommens- bzw. Ertragssteuer und die Grundstücksgewinnsteuer. Eine derartige gesetzwidrige Doppelbelastung liege hier vor. Einerseits kenne der Kanton Zug bei den Einkommenssteuern bekanntlich das System der Dumont-Praxis. Danach seien alle in den ersten fünf Jahren nach Erwerb der Liegenschaft anfallenden Kosten wertvermehrend. Andererseits würden genau diese wertvermehrenden Kosten von Fr. 85'428.– bei der Grundstücksgewinnsteuer nicht zur Anrechnung zugelassen. Die gesetzwidrige Doppelbelastung sei auf ein widersprüchliches Verhalten der zuständigen Steuerbehörden zurückzuführen. Die dadurch verursachten systembedingten Überschneidungen seien deshalb unter dem Gesichtswinkel von Art. 4 BV willkürlich. Ausgehend von der langjährigen Praxis der kantonalen Steuerverwaltung und unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung könne eine erforderliche Korrektur nur noch bei der Veranlagung der Grundstücksgewinnsteuern erfolgen.

...

Aus den Erwägungen:

...

2. Grundstückgewinn ist der Betrag, um welchen der Erlös die Anlagekosten (Erwerbspreis und anrechenbare Aufwendungen) übersteigt (§ 8 Abs. 1 GStG). Als Aufwendungen anrechenbar sind u.a. Aufwendungen für Bauten, Umbauten, Erschliessungskosten, bei der Einkommens- oder Ertragssteuer nicht zu berücksichtigende Bau- und Landzinsen sowie andere Aufwendungen, die zu einer dauernden und wertvermehrenden Verbesserung des Grundstücks führen (§ 10 Abs. 1 Ziff. 1 GStG). Andererseits fallen gemäss § 10 Abs. 5 GStG Auslagen als Aufwendungen ausser Betracht, die bei der Einkommens- oder Ertragssteuer anrechenbar sind. Unterhaltskosten fallen somit ausser Betracht. Dabei erfolgt die Veranlagung der Grundstückgewinnsteuer unabhängig von der Veranlagung der Kantons- und Gemeindesteuern (GVP 1995/96, 41). Was wertvermehrende oder werterhaltende Aufwendungen sind, bestimmt sich nach bisher unangefochtener Praxis nach der technischen Natur der Kosten. In einem nicht publizierten Urteil vom 29. November 1990 i.S. T. gegen Baar hat das Gericht auch festgestellt, dass die objektiv-technische Auslegung unabhängig davon anwendbar ist, ob in der ordentlichen Besteuerung technische Unterhaltskosten wirtschaftlich als Unterhalt gelten. Mit der Zürcher Praxis, welche die der Dumont-Praxis zugrundeliegende subjektiv-wirtschaftliche Betrachtung als mit dem Zürcher System der Grundstückgewinnsteuer nicht vereinbar erachtet, befolgt auch das Verwaltungsgericht die objektiv-technische Auslegung (VGE vom 6. Oktober 1988 i.S. R. gegen Stadt Zug, vom 29. November 1990 i.S. T. gegen Hünenberg, aber auch Zuppinger/Scharrer/Fessler/Reich, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, Ergänzungsband 2. A., S. 166 N. 40; Xaver Mettler, Die Grundstückgewinnsteuer des Kantons Schwyz, Zürich 1990, S. 180). Bei der Grundstückgewinnsteuer müsste wohl subjektiv-wirtschaftlich nicht nur die Renovation nach Erwerb einer Liegenschaft, sondern auch die Renovation vor Verkauf in Betracht gezogen werden, da gelegentlich auch geltend gemacht wird, nur dank entsprechender Unterhaltsaufwendungen habe der realisierte Erlös erzielt werden können. Diese Unterhaltskosten wären aber nach § 10 Abs. 5 GStG nicht anrechenbar, was innerhalb der Grundstückgewinnsteuer zumindest zu neuen Ungereimtheiten führen würde. Die Einführung der Dumont-Praxis würde auch der Tendenz des Gesetzgebers widersprechen, welcher gerade die Berücksichtigung der Unterhaltskosten im Rahmen des Gesamtbetriebsverlustes abgeschafft hat. Der Rekurrent beauftragt sich insbesondere darauf, dass es Ziel und Absicht des Gesetzgebers sei, das Grundstückgewinnsteuergesetz sowie das Gesetz über die Kantons- und Gemeindesteuern im Rahmen einer systematischen Betrachtungsweise aufeinander abzustimmen. Insofern sind tatsächlich Bemühungen unternommen worden. Eine volle «Abstimmung» würde wohl dadurch erzielt, die Grundstückgewinne als Kapitalgewinne bei der Einkommens- bzw. Ertragssteuer zu erfassen. Solange eine Besteuerung aber nach unterschiedlichen

Systemen erfolgt, ergeben sich Unterschiede, die ohne weiteres mit Art. 4 BV vereinbar sind. Für die Grundstückgewinnsteuer ist die konsequente objektiv-technische Auslegung die angemessene Methode, weshalb zu einer Praxisänderung kein Anlass besteht.

Verwaltungsgericht, 1. September 1999

2. Sozialversicherungsrecht

Art. 85 Abs. 2 lit. f AHVG. – Anspruch auf Parteientschädigung. Voraussetzungen für die Zusprechung einer Parteientschädigung, wenn eine Schadenersatzklage nach Art. 52 AHVG wegen Begleichung der Schadenersatzforderung gegenstandslos wird.

Aus dem Sachverhalt:

Am 9. April 1996 reichte die Ausgleichskasse X. unter anderem gegen Y. Z. Klage ein und beantragte unter anderem, er sei zu verpflichten, ihr Schadenersatz für entgangene Beiträge in der Höhe von Fr. 168'894.– zu bezahlen. Mit Klageantwort vom 10. Januar 1997 lässt Y. Z. beantragen, die Klage sei vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin. In einem zweiten Schriftenwechsel hielten beide Parteien vollumfänglich an ihren Anträgen fest. Mit Schreiben vom 4. Juni 1999 teilt die Ausgleichskasse dem Verwaltungsgericht mit, dass man aus dem Konkurs der Firma A. AG den eingeklagten Schadenersatzbetrag erhalten habe (Überweisung vom 25. Mai 1999). Man ersuche daher das Gericht, die Schadenersatzklage als gegenstandslos abzuschreiben.

Aus den Erwägungen:

1. Bei nachträglichem Hinfall des Interesses an einem Sachurteil ist es angebracht, den Streit durch Verfügung als gegenstandslos abzuschreiben. Hingegen ist es nicht erlaubt, auf das hängige Rechtsmittel mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten (Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern, 2. Auflage, S. 326 f.). Die Kosten werden dabei so verlegt, wie sich die Prozessaussichten nach dem Stand der Streitsache vor der Gegenstandslosigkeit dargeboten haben. Der Kostenentscheid ist summarisch zu begründen. Das EVG hat Art. 85 Abs. 2 lit. f AHVG immer in dem Sinn ausgelegt, dass die Rechtsmittelinstanz gegebenenfalls auch bei Gegenstandslosigkeit der Beschwerde eine Parteientschädigung zusprechen kann. Diese Auslegung ist nicht so zu verstehen, dass der kantonale Richter nach Belieben eine Parteientschädigung zusprechen kann, wenn er einen Prozess als gegenstandslos abschreibt. Vielmehr besteht auch hier ein Rechtsanspruch auf eine Parteientschädigung, wenn die prozessuale Situation die Zusprechung einer solchen Entschädigung rechtfertigt (BGE 107 V 127).

Der Rückzug einer Beschwerde ist im Ergebnis ihrer Abweisung gleichzusetzen. Dies gilt auch für den Rückzug einer Schadenersatzklage nach Art. 52 AHVG. Der Beklagte hat in einem solchen Fall als obsiegende Partei im Sinne von Art. 85 Abs. 2 lit. f AHVG Anspruch auf Ersatz der Kosten der Prozessführung und Vertretung. Voraussetzung eines Anspruchs auf eine Parteientschädigung ist jedoch, dass der obsiegenden Partei auch wirklich ein Schaden entstanden ist, d.h. dass sie durch das Klageverfahren zu Aufwendungen, Umtrieben und Bemühungen im Sinn einer gehörigen Interessenswahrung verhalten wurde (EVGE vom 25. Februar 1994, in: AHI-Praxis 1994, S. 180 ff.).

Im vorliegenden Fall steht nicht der Rückzug einer Beschwerde zur Diskussion. Aus einem Schreiben des Konkursamtes des Kantons Zug vom 4. August 1998 ergibt sich, dass das Konkursverfahren über die Firma A. AG mit Verfügung des Konkursrichters vom 30. November 1995 als geschlossen erklärt wurde. Nach Abschluss des Konkursverfahrens wurde ein bis dahin vom Verhöramt des Kantons Zug beschlagnahmtes Bankguthaben von Fr. 274'103.- freigegeben und an das Konkursamt überwiesen. Aus diesem Guthaben konnte die Forderung der Ausgleichskasse gegenüber der ehemaligen A. AG vollständig beglichen werden, d.h. es besteht kein Schaden der Ausgleichskasse mehr, für den sich die ehemaligen Mitglieder des Verwaltungsrates gegenüber der Ausgleichskasse verantworten müssten. Das Klageverfahren ist dadurch an sich gegenstandslos geworden, denn es besteht kein Interesse an einem Sachurteil mehr. Zum Zeitpunkt der Klageeinreichung wusste die Ausgleichskasse aber noch nicht, dass sie nicht zu Schaden kommen würde, weshalb sie verpflichtet war, gegen die ihrer Meinung fehlbaren Mitglieder des Verwaltungsrates der A. AG Klage auf Schadenersatz einzureichen. Bei Abschreibung der Klage wegen Gegenstandslosigkeit muss – im Hinblick auf den Anspruch auf Parteientschädigung – demnach summarisch überprüft werden, ob die Klagen gegen die Mitglieder des Verwaltungsrates hätten gutgeheissen oder abgewiesen werden müssen.

3. Verschuldet ein Arbeitgeber durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften einen Schaden, so hat er diesen der Ausgleichskasse zu ersetzen (Art. 52 AHVG). Ist der Arbeitgeber eine juristische Person, so haften subsidiär die für sie handelnden Organe (BGE 122 V 66 E. 4a). Diese subsidiäre Haftung trifft insbesondere die Organe einer in Konkurs geratenen Aktiengesellschaft (ZAK 1983, 489; Rz 6003 ff. der Wegleitung über den Bezug der Beiträge, WBB).

.....

4.

Es stellt sich zunächst die Frage, ab welchem Zeitpunkt der Beklagte für den Schaden allenfalls verantwortlich gemacht werden kann. Gemäss Handelsregisterauszug war der Beklagte seit dem 30. April 1993 (im SHAB publiziert am 17. Mai 1993) als kollektivzeichnungsberechtigtes Verwaltungsrats-

mitglied – und damit als Organ der Gesellschaft – im Handelsregister eingetragen. Zur Beurteilung der Frage seiner Organstellung vor dem Eintrag ins Handelsregister ist festzustellen, dass er vor diesem Zeitpunkt in keinem Zusammenhang mit der Firma stand. Entsprechend der Aktenlage hatte er davor auch keine Funktion bei der konkursiten Gesellschaft inne. Es liegen keine Fakten vor, die annehmen lassen, dass er die Funktion eines Organs erfüllt hätte. Es ist demnach davon auszugehen, dass er während der Abrechnungsperiode 1991/92 in keiner Art und Weise mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle der Gesellschaft betraut gewesen ist.

Für die Abrechnungsperiode 1993 ist festzuhalten, dass der massgebende Zeitpunkt, von welchem an ein Verwaltungsratsmitglied gegenüber der Kasse für den Schaden verantwortlich wird, sein effektiver Eintritt in den Verwaltungsrat und nicht das Datum des Eintrages in das Handelsregister ist (SVR 5/1998 Nr. 10). Die Verwaltungsräte können nicht für den Schaden verantwortlich gemacht werden, der vor der Übernahme der Organfunktion entstanden ist. Der adäquate Kausalzusammenhang zwischen der grobfahrlässigen Verletzung der Vorschrift und des Eintritts des Schadens muss verneint werden, wenn die Gesellschaft bereits beim Eintritt in den Verwaltungsrat schwer verschuldet oder zahlungsunfähig ist (SVR 9/1996 Nr. 98). Da die Gesellschaft offensichtlich bereits Ende 1992 überschuldet gewesen ist, kann der Beklagte für den vor seiner Mandatsübernahme entstandenen Schaden nicht haftbar gemacht werden. Gemäss eigenen Angaben vom 29. April 1995 betreffend Arbeitgeberhaftung führte der Beklagte aus, er sei ab 30. April 1993 Verwaltungsratsmitglied mit Kollektivunterschrift gewesen und habe dem Verwaltungsratspräsidenten beratend zur Seite gestanden. Er sei zwar nicht in der operativen Geschäftsführung tätig gewesen und habe auch keinen Beratervertrag oder ähnliches mit der Gesellschaft abgeschlossen. Durch die regelmässigen VR-Sitzungen hätten aber die wichtigsten Gesellschaftsprobleme besprochen und auf die Entschlüsse der Geschäftsleitung Einfluss genommen werden können. Bei seinem Eintritt in den Verwaltungsrat sei nur die minimalste Liquidität der Gesellschaft vorhanden gewesen, so dass die Geschäftsführung aufgrund der strikten Liquiditätsplanung sehr eng kontrolliert worden sei. In Anbetracht dieser Tatsachen ist eindeutig erstellt, dass die Beklagten seit 30. April 1993 als Organ der konkursiten Gesellschaft zu qualifizieren ist. Mit der Verletzung der Beitragszahlungspflicht ist ihm gemäss EVG-Praxis grundsätzlich ein Verschulden anzulasten, so dass er ab diesem Zeitpunkt für den der Klägerin entstandenen Schaden zu haften hat. Allerdings ist auch festzuhalten, dass die Firma bis und mit Ende August 1993 die monatlichen pauschalen Beiträge an die Sozialversicherung immer klaglos bezahlt hat und erstmals vier Tage vor der Konkurseröffnung für die per Oktober 1993 fälligen Beiträge betrieben werden musste. Für den Betrag von Fr. 42'075.65 besteht aber eine grundsätzliche Haftung, wenn es sich nicht ergeben sollte, dass besondere Exkulpations- und Rechtfertigungsgründe vorliegen.

5. Es ist denkbar, dass ein Arbeitgeber zwar in verschuldeter Missachtung von AHV-Vorschriften der Ausgleichskasse einen Schaden zufügt, aber trotzdem nicht schadenersatzpflichtig wird. Die ist dann der Fall, wenn besondere Umstände die Nichtbefolgung der einschlägigen Vorschriften als erlaubt oder nicht schuldhaft erscheinen lassen (BGE 108 V 186 E. 1b und 193 E. 2). Die vorläufige Verwendung der geschuldeten Arbeitnehmerbeiträge zur Bezahlung von Löhnen und dringenden Lieferantenforderungen ist nur dann und insoweit unter dem Gesichtspunkt der Exkulpation zu werten, als ein Arbeitgeber bzw. dessen Organe ohne grosse Fahrlässigkeit erwarten dürfen, die Firma innerhalb nützlicher Frist retten und damit auch die Ausgleichskasse und die übrigen Gläubiger vor Schaden retten zu können (vgl. ZAK 1985, 575 ff.). Fehlende finanzielle Mittel der Gesellschaft genügen für sich allein nicht als Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgrund, welche das fehlerhafte Verhalten des Arbeitgebers als gerechtfertigt erscheinen lassen oder sein Verschulden im Sinne von Absicht oder grober Fahrlässigkeit ausschliessen (vgl. ZAK 1985, 619). Die geltend gemachten Rechtfertigungs- und Exkulpationsgründe haben der Arbeitgeber bzw. das ins Recht gefasste Organ der juristischen Person im Rahmen ihrer Mitwirkungspflichten nachzuweisen (vgl. ZAK 1983, 104 f.).

Aus den Akten ergibt sich zur Entlastung des Beklagten, dass dieser verschiedene Anstrengungen unternommen hat, um die Liquidität der Firma zu verbessern und Verluste abzubauen. Die Gesellschaft war bereits Ende 1992 in erheblichen finanziellen Schwierigkeiten und schon mit ca. 20 Mio. Franken überschuldet. Eigentlich wäre schon damals eine sofortige Konkursanmeldung nötig gewesen, aber ein Beraterteam kam zusammen mit der Geschäftsleitung zum Schluss, dass eine Sanierung möglich sei. Im Rahmen dieser Massnahmen wurde auch der Beklagte in die Firmenleitung berufen. Die anfangs 1993 eingeleiteten Massnahmen sollten dazu führen, dass eine Weiterführung der Geschäftstätigkeit mit langsamer Schuldentilgung möglich sein sollte. Ausgaben wurden nur noch für die notwendigsten Angelegenheiten bewilligt. Priorität hatten bei den Ausgaben die Saläre, die Sozialleistungen (AHV-Beiträge wurden – wie bereits erwähnt – bis Ende August 1993 lückenlos bezahlt). Neben einem Personalabbau wurden andere Ausgaben wie Kosten für Telefon und Informationssysteme für den Brokerbereich auf ein Minimum reduziert. Zur Sanierung wurden Massnahmen wie Unterzeichnung von Rangrücktrittsvereinbarungen durch die wichtigsten Gläubiger, Zusicherung von Gläubiger für Liquiditätseinschüsse sowie eine Kapitalherabsetzung auf Fr. 0.– mit anschliessender Wiederaufstockung des Kapitals auf Fr. 200'000.– ins Auge gefasst. Dabei geriet einer der Hauptgläubiger, der Liquiditätszuschüsse versprochen hatte, selber in finanzielle Schwierigkeiten und konnte seine Abmachungen nicht mehr einhalten. Noch am 12. November 1993 wurde ein Vertragsentwurf vorgelegt, in dem zugesichert wurde, dass bei Unterzeichnung des Vertrages eine sofortige

Zahlung von Fr. 650'000.- freigegeben werde, womit die alten Schulden hätten bezahlt werden können. Weil dieser Vertrag nicht zustande kam, musste der Verwaltungsrat den Konkurs anmelden.

Das Schreiben der Rechtsanwälte B. und Partner vom 12. November 1993, mit dem ein Kompromissvorschlag unterbreitet wurde, gemäss dem dem Verwaltungsratspräsidenten offeriert wurde, den Darlehensbetrag von Fr. 650'000.- auf das Konto der A. AG zu überweisen mit der Auflage, diesen Betrag nur zur Erfüllung der dringenden Verbindlichkeiten zu verwenden, ist aktenkundig. Auch wurde die Zahlung eines weiteren Betrages von Fr. 350'000.- auf ein Sperrkonto der A. AG offeriert. Mit Berichtsentwurf vom 17. September 1993 hielt die Kontrollstelle fest, dass der Verwaltungsrat die feste Absicht habe, die Firma zu sanieren. Dies bestätigte die Kontrollstelle ebenfalls mit Schreiben vom 30. August 1995. Weiter bestätigte die Kontrollstelle, dass als Rettungsmassnahmen für das Unternehmen Rangrücktrittserklärungen eingeholt, verschiedene Unternehmensberater und Fachleute, insbesondere Wirtschaftsprüfer, eingeholt und Barmittel (mehrere Fr. 100'000.-) an die Gesellschaft eingeschossen worden seien. Seitens des Verwaltungsrates und der Aktionäre haben somit glaubwürdige Zusagen zur Sanierung des Unternehmens bestanden. Diese anfänglich positiv scheinenden Massnahmen führten dann aber nicht zu einer Besserung der finanziellen Situation, weil die Geldgeber - aus der Kontrollstelle unbekanntem Gründen - ihre Unterstützung einstellten.

Zu Ungunsten des Beklagten könnte vorliegend ausgelegt werden, dass die Gründe für die Nicht-Reüssierung der Sanierungsmassnahmen nicht sehr durchsichtig sind. In Würdigung der Gesamtumstände und der Bestätigung der Kontrollstelle hingegen ist es als überwiegend wahrscheinlich zu erachten, dass der Beklagte alles Mögliche getan hat, um die Firma zu sanieren. Die Tatsache, dass eigentlich nur für eine kurze Dauer ein Beitragsausstand (September bis November 1993), für den der Beklagte verantwortlich war, bestand, und dass nur eine einzige Betreuung für ausstehende Beiträge erfolgte (vier Tage vor der Konkursöffnung), lässt das Verhalten des Beklagten als nicht grob fahrlässig erscheinen. Im Zeitpunkt seines Eintritts in den Verwaltungsrat durfte der Beklagte von intakten Sanierungsmöglichkeiten ausgehen. Hätte das Gericht die Klage beurteilen müssen, so hätte sie bezüglich des Beklagten abgewiesen werden müssen. Entsprechend besteht auf im Falle der Gegenstandslosigkeit Anspruch auf eine Parteientschädigung gestützt auf Art. 85 Abs. 2 lit. f AHVG.

Verfügung des Vorsitzenden der III. Kammer vom 9. Juni 1999

Eine gegen diese Verfügung eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde vom Eidgenössischen Versicherungsgericht mit Urteil vom 12. Oktober 1999 abgewiesen.

Art. 30 Abs. 1 Bst. a AVIG. – Einstellung in der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit. Wer sich nach vorübergehend bewilligter Heimarbeit weigert, ein zumutbares Arbeitspensum von 50% in den Räumlichkeiten der Arbeitgeberfirma aufzunehmen, trägt die Schuld am sich daraus ergebenden Verlust des Arbeitsplatzes und wird zu Recht für 35 Tage in der Anspruchsberechtigung eingestellt.

Aus dem Sachverhalt:

A. A. K., arbeitete vom 8. September 1989 bis zum 30. November 1996 bei der Firma M. AG in R. Am 24. September 1996 kündigte die M. AG das Arbeitsverhältnis auf den 30. November 1996. Am 30. November 1996 erhob A. K. Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Dezember 1996. Mit Verfügung vom 11. Februar 1997 stellte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zug A. K. für 35 Tage ab dem 1. Dezember 1996 in der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit ein. Die Arbeitslosenkasse führte unter anderem aus, aufgrund ihrer Abklärungen habe sie festgestellt, dass sie durch ihr Verhalten den Arbeitgeber dazu bewogen habe, sie zu entlassen. Sie habe somit die Arbeitslosigkeit in grober Weise selbst verschuldet.

B. Gegen diese Verfügung liess A. K. am 24. Februar 1997 beim Verwaltungsgericht Beschwerde einreichen und beantragen, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, eventuell sei die verfügte Anzahl der Einstelltage angemessen herabzusetzen und es sei ihr eine angemessene Prozessentschädigung für das vorliegende Beschwerdeverfahren zuzusprechen. Zur Begründung ihrer Anträge lässt A. K. unter anderem ausführen, sie sei vom 1. November 1989 bis zum 30. November 1996 in einem Arbeitsverhältnis mit der M. AG in R. gestanden. Seit dem 1. November 1994 habe sie als Heimarbeiterin im Rahmen eines Pensums von 50% zuhause gearbeitet. Am 25. Mai 1996 sei ihr zweites Kind geboren worden. Schon am 29. April 1996 habe ihr die Arbeitgeberin mitgeteilt, sie habe keine Heimarbeit mehr anzubieten und erwarte sie ab dem 1. Juli 1996 wieder im Betrieb zur Arbeit. Sie habe daraufhin der M. AG mitgeteilt, dass sie keine Möglichkeit der Fremdbetreuung für ihr Kind habe und dass sie auf der vertraglich vereinbarten Heimarbeit bestehen müsse. Die M. AG habe diesen Standpunkt schliesslich akzeptiert und habe das Arbeitsverhältnis im September per Ende November 1996 gekündigt. Sie habe der Arbeitgeberin keinen Anlass zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben. Eine Verletzung vertraglicher Pflichten werde ihr seitens des Arbeitgebers nicht vorgeworfen.

C. Mit Vernehmlassung vom 25. März 1997 beantragt die Arbeitslosenkasse die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung ihres Antrages führt die Arbeitslosenkasse unter anderem aus, ein Selbstverschulden im Sinne des AVIG liege vor, wenn und soweit der Eintritt der Arbeitslosigkeit nicht objektiven Faktoren zuzuschreiben sei, sondern in einem nach den persönlichen Umständen und den persönlichen Verhältnissen vermeidbaren Verhal-

ten des Versicherten liege, für das die Arbeitslosenversicherung die Haftung nicht übernehme. Zwischen dem geltend gemachten Grund zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses und der eingetretenen Arbeitslosigkeit müsse ein Kausalzusammenhang bzw. ein rechtserheblicher Zusammenhang bestehen. Vorliegend sei grundsätzlich erstellt, dass das Verhalten der Versicherten, nämlich ihre Weigerung, wieder in den Fabrikationsräumen der M. AG – statt in Heimarbeit – zu arbeiten, kausal für die nachfolgende Arbeitslosigkeit gewesen sei. Die M. AG habe denn auch bestätigt, dass die Arbeitnehmerin im Betrieb selber hätte weiterarbeiten können.

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG ist der Versicherte in der Anspruchsberechtigung einzustellen, wenn er durch eigenes Verschulden arbeitslos ist. Die Arbeitslosigkeit gilt insbesondere dann als selbstverschuldet, wenn der Versicherte durch sein Verhalten dem Arbeitgeber Anlass zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeben hat (Art. 44 lit. a der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 31. August 1983, AVIV, in der Fassung gültig seit 1. Januar 1996). Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung dauert 1–12 Tage bei leichtem, 13–25 Tage bei mittelschwerem und 26–60 Tage bei schwerem Verschulden (Art. 45 Abs. 2 AVIV). Ein schweres Verschulden liegt vor, wenn der Versicherte ohne entschuldbaren Grund eine zumutbare Arbeitsstelle ohne Zusicherung einer neuen aufgegeben oder eine zumutbare Arbeit abgelehnt hat (Art. 45 Abs. 3 AVIV). Im Gegensatz zum Zivil- und Strafrecht setzt das Verschulden im Arbeitslosenversicherungsrecht nicht den Vorwurf eines anfechtbaren Verhaltens voraus, d.h. ein Verschulden ist schon gegeben, wenn der Eintritt der Arbeitslosigkeit nicht objektiven Faktoren zuzuschreiben ist, sondern in einem nach den persönlichen Umständen und den persönlichen Verhältnissen vermeidbaren Verhalten des Versicherten liegt, für das die Arbeitslosenversicherung die Haftung nicht übernimmt. In diesem Sinn ist im folgenden zu prüfen, ob der von der ehemaligen Arbeitgeberin angebotene Wechsel von der Heimarbeit zur Arbeit im Betrieb unter den konkreten Umständen und den persönlichen Verhältnissen zumutbar war oder nicht. Die ehemalige Arbeitgeberin hat in ihrer Stellungnahme vom 9. Januar 1997 klar bestätigt, dass sie die Beschwerdeführerin weiterhin beschäftigt hätte, wenn sie sich nicht geweigert hätte, wieder im Betrieb zu arbeiten (Heimarbeit sei nicht mehr genügend vorhanden gewesen). Es ist also zu klären, ob die Beschwerdeführerin mit ihrer Weigerung, nach einer Periode von Heimarbeit wieder eine ausserhäusliche Tätigkeit anzunehmen, im Sinne von Art. 45 Abs. 3 AVIV eine zumutbare Arbeit abgelehnt und durch die anschliessende Arbeitslosigkeit selbst verschuldet hat.

Das EVG hat sich zur Frage, ob und unter welchen Bedingungen sich eine Versicherte – nach einer Periode von Heimarbeit – wieder für eine ausserhäusliche Tätigkeit zur Verfügung zu stellen habe, im Zusammenhang

mit der Prüfung der Frage der Vermittlungsfähigkeit in einem Entscheid vom 23. November 1994 (BGE 120 V 375 ff.) geäussert. Das Gericht kommt zum Schluss, dass Versicherte, die vor ihrer Arbeitslosigkeit als Heimarbeiter beschäftigt waren, nur dann als vermittlungsfähig gelten, wenn sie bereit seien, auch ausserhäusliche Arbeit anzunehmen, es sei denn, sie würden nachweisen, dass sie dazu aufgrund ihrer persönlichen Verhältnisse nicht in der Lage seien. Als «persönliche Verhältnisse» in diesem Sinn bezeichnet das Bundesgericht – in Übereinstimmung mit dem BIGA – zwei Sachverhaltskonstellationen: einerseits gesundheitliche Gründe, die eine ausserhäusliche Tätigkeit objektiv verunmöglichten, oder familiäre Ursachen, wie beispielsweise die Betreuung eines schwer pflegebedürftigen Familienangehörigen. Mütter mit Erziehungsaufgaben fallen erst darunter, wenn eine Kinderbetreuung durch Drittpersonen bei objektiver Betrachtungsweise auch potentiell nicht in Frage kommt. Weiter führt das EVG aus, bei weniger strengen Anforderungen würden heimarbeitende Mütter gegenüber ausserhäuslich tätigen in unzulässiger Weise bevorteilt, da sich diese oft aufgrund ihrer familiären Situation Vermittlungsunfähigkeit entgegenhalten lassen müssten (BGE 120 V 376).

Zu der Frage, ob das Verhalten der Beschwerdeführerin als Ablehnung einer zumutbaren Arbeit zu qualifizieren ist, ergibt sich aus den Akten und den Rechtsschriften was folgt:

a) Die Beschwerdeführerin arbeitete vom 1. November 1989 bis zum 30. Oktober 1994 in einem Pensum von 100% als Mitarbeiterin der Produktion bei der M. AG in R., wo sie diverse Montagearbeiten verrichtete (vgl. hierzu Vertrag vom 8. September 1989 und Arbeitszeugnis vom 30. November 1996). Per 1. November 1994 vereinbarten die Parteien eine Vertragsänderung in dem Sinne, dass die Beschwerdeführerin fortan in einem Heimarbeitsverhältnis ein Pensum von 50% absolvierte. Die M. AG erklärte am 11. September 1996 gegenüber dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, dass man ihr im Sinne eines Entgegenkommens für die familiäre Situation (gesundheitliche Situation des Kindes B., das am 20. Juli 1991 zur Welt gekommen war) die Möglichkeit der Heimarbeit geboten habe.

b) Mit Schreiben vom 29. April 1996 unterbreitete die M. AG der Beschwerdeführerin eine Vertragsänderung. Sie teilte ihr mit, dass man ihr ab Sommer 1996 keine Heimarbeit mehr bereitstellen könne. Infolge Automatisierung und neuen Vorrichtungen würde viel Heimarbeit entfallen. Demzufolge werde der Arbeitsplatz der Beschwerdeführerin ab dem 1. Juli 1996 wieder am Sitz der Firma am Zugerweg in R. sein. Falls sie mit dem neuen Arbeitsort nicht einverstanden sei, erwarte man ihre ordnungsgemässe Kündigung (unter Beachtung der zweimonatigen Kündigungsfrist). Am 8. August 1996 teilte der Ehemann der Beschwerdeführerin der Arbeitgeberin mit, dass seine Frau mit der Vertragsänderung nicht einverstanden sei.

c) Am 25. Mai 1996 kam die zweite Tochter der Beschwerdeführerin, A.R. zur Welt. Die Beschwerdeführerin genoss in der Folge den Kündigungsschutz von Art. 336c Abs. 1 lit. c OR, wonach in den ersten 16 Wochen nach der Niederkunft einer Arbeitnehmerin das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt werden kann, d.h. bis zum 15. September 1996. Mit Schreiben vom 11. September 1996 teilte die M. AG dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin mit, dass man den Arbeitsvertrag von 1989 bzw. die Vertragsänderung vom 29. April 1996 weiterhin als relevant betrachte. Am 24. September 1996 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis bzw. die Vertragsänderungen vom 12. November 1994/29. April 1996 aus wirtschaftlichen Gründen (rückgehende Auftragslage).

d) Gegenüber der Arbeitslosenkasse erklärte die M. AG am 9. Januar 1997, die Kündigung sei dadurch verursacht worden, dass die Beschwerdeführerin nur bereit gewesen sei, Heimarbeit auszuführen, von der nicht mehr genügend vorhanden gewesen sei. Die Entlassung sei auf das Verschulden der Beschwerdeführerin zurückzuführen und sie hätte auch bei ihr weiterarbeiten können, wenn sie statt der Heimarbeit bereit gewesen wäre, wieder im Betrieb zu arbeiten. Die Beschwerdeführerin erklärte diesbezüglich am 20. Januar 1997 gegenüber der Arbeitslosenkasse, während ihres Mutterschaftsurlaubes sei ihr erstmals eine Kündigung durch den Arbeitgeber zugestellt worden, wobei sich dieser auch erlaubt habe, ihr das Recht auf einen bezahlten Mutterschaftsurlaub abzusprechen. Ungeachtet des bestehenden Heimarbeitsvertrages habe die Arbeitgeberin sie aufgefordert, sich alsdann in den Fabrikationsräumlichkeiten zur Arbeit einzufinden. Durch diese Aufforderung habe die Firma sie in eine äusserst schwierige Lage gedrängt. Es sei für sie nicht einfach gewesen, den erst vier Monate alten Säugling irgendeiner Tagesmutter anzuvertrauen, ebenso das ältere Kind. Sie hätte gerne die Heimarbeit wieder aufgenommen, was ihr aber leider verweigert worden sei. Das befremdende Verhalten des Arbeitgebers ihr gegenüber sei unverständlich.

Die Beschwerdeführerin wusste seit dem Schreiben vom 29. April 1996, dass ihr die M. AG wegen Auftragsrückgangs und wegen innerbetrieblicher UmDispositionen keine Heimarbeit mehr zur Verfügung stellen konnte. Dadurch dass sie weiter auf ihrem Heimarbeitsvertrag beharrte, nahm sie die Kündigung durch die M. AG bewusst in Kauf und verursachte damit ihre anschliessende Arbeitslosigkeit. Es wäre der Beschwerdeführerin zumutbar gewesen, ihr 50%-Pensum in den Fabrikationsräumlichkeiten der Arbeitgeberin zu absolvieren. Die Kinderbetreuung, die sie in ihrer Begründung für die Ablehnung des Angebots der Firma in den Vordergrund stellt, ist nach der Praxis des EVG für sich allein kein Grund für eine Beschränkung der Arbeitssuche auf Heimarbeit. Bei objektiver Betrachtungsweise wäre im September 1996 – nach Ablauf des Schwangerschaftsurlaubs – eine Betreuung der beiden Kinder durch eine Drittperson potentiell in Frage gekommen, nachdem die Beschwerdeführerin ab Ende April mehrere Monate Zeit ge-

habt hätte, die entsprechende Betreuung zu organisieren. Es spielt keine Rolle, dass die Schwägerin, die ab Januar 1997 die Rolle als Betreuerin – zumindest teilweise – übernahm, für diese Aufgabe im Sommer/Herbst noch nicht bereit war, denn die Kinderbetreuung hätte eine andere geeignete Drittperson übernehmen können, wie dies offenbar beim ersten Kind während mehr als drei Jahren möglich gewesen ist. Dass die Beschwerdeführerin bereit war, auch ausserhäusliche Tätigkeiten anzunehmen, ergibt sich im übrigen aus ihren Arbeitsbemühungen im Monat November 1996, wo sie sich bei sechs von sieben Bewerbungen um eine Stelle als Mitarbeiterin bewarb, ohne sich auf Heimarbeit zu beschränken.

Die Beschwerdeführerin hat die Kündigung durch die M. AG in Kauf genommen, obwohl ihr der Verbleib bei diesem Arbeitgeber auch unter veränderten Vertragsbedingungen zumutbar gewesen wäre. Sie hätte auch keinerlei Einbusse bezüglich Lohn oder Arbeitszeit in Kauf nehmen müssen. In Anwendung des Schadensminderungsprinzips hat sie daher die Folgen dieses Verhaltens selber zu tragen. Weil sie einer zumutbaren Änderung des Arbeitsvertrages nicht zugestimmt hat, hat sie die Arbeitslosigkeit selbst verschuldet und ist zu Recht im untersten Bereich des schweren Verschuldens eingestellt worden. Die Verfügung erweist sich als korrekt und die Beschwerde muss abgewiesen werden.

3. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin erklärt in der Replik, ein berechtigtes Beharren auf arbeitsvertraglichen Vereinbarungen durch den Arbeitnehmer könne nicht als selbstverschuldete Arbeitslosigkeit qualifiziert werden, wenn in dessen Folge das Arbeitsverhältnis aufgelöst werde. Die Beschwerdeführerin habe sich geweigert, das bisherige Arbeitsverhältnis aufzulösen, damit sie sich um ihre Kinder habe kümmern können, mithin also einer Rechtspflicht nachgekommen sei (Art. 272 ZGB). Der Standpunkt der Arbeitslosenkasse, wonach eine Arbeitnehmerin ein fünfwöchiges bis halbjähriges Kleinkind in fremde Betreuung geben müsse, um dem Vorwurf der selbstverschuldeten Arbeitslosigkeit zu entgehen, verstosse in krasser Weise gegen Art. 8 EMRK (Achtung des Familienlebens). Dies gelte nicht nur für den Fall einer Arbeitsaufnahme ab Juli 1996, sondern auch noch für Dezember 1996, wo die jüngere Tochter gerade erst sechs Monate alt geworden sei.

Der Vorwurf an die Adresse der Arbeitslosenkasse, sie verstosse mit ihrer Verfügung gegen Art. 8 EMRK und verlange von einer Mutter die Verletzung ihrer Betreuungspflichten gegenüber den Kindern, ist nicht angebracht. Da der Ehemann der Beschwerdeführerin bei der Firma X. in C. vollzeitig erwerbstätig ist, sind die Betreuungspflichten unter den Ehepartnern offenbar klar aufgeteilt worden. Wenn sich die Beschwerdeführerin unter diesen Umständen – weibliche Versicherte, die im Hinblick auf ihre Hausfrauen- und Mutterpflichten nur während gewisser Tagesstunden arbeiten wollen, gelten nur als sehr bedingt vermittlungsfähig (ARV 1980, Nr. 24) – als zu 50% arbeits- und vermittlungsfähig zum Bezug von Leistungen der Arbeitslosen-

versicherung anmeldet, so hat die Arbeitslosenkasse zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Stellt die Kasse dabei fest, dass die Versicherte auf der Weiterführung von Heimarbeit beharrt, so müsste sie an sich die Vermittlungsunfähigkeit und damit die fehlende Anspruchsberechtigung feststellen, die im vorliegenden Fall die in BGE 120 V 376 f. festgehaltenen Voraussetzungen nicht erfüllt. Wenn es die Kasse als zumutbar erachtet hat, dass die Beschwerdeführerin nach Ablauf des Schwangerschaftsurlaubs die Arbeit im Betrieb der früheren Arbeitgeberin wieder hätte aufnehmen können, so verletzt sie damit nicht Art. 8 der EMRK. Die Beschwerde erweist sich auch unter diesem Aspekt als unbegründet und muss abgewiesen werden.

Eine gegen dieses Urteil erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde hiess das Eidgenössische Versicherungsgericht zunächst mit Urteil vom 25. Januar 1999 gut. Auf ein Revisionsgesuch der Arbeitslosenkasse hin, wurde die Beschwerde dann am 28. Mai 1999 abgewiesen und die Einstellung von 35 Tagen bestätigt.

Verwaltungsgericht, 2. Oktober 1997

*Art. 27 ELV. – Rückerstattung unrechtmässig bezogener Ergänzungsleistungen.
Das Verschweigen einer Pensionskassenrente gegenüber der Ausgleichskasse über Jahre hinweg ist eine grobe Fahrlässigkeit und schliesst die Annahme des guten Glaubens im Sinne von Art. 47 AHVG aus.*

Aus dem Sachverhalt:

Mit Verfügung vom 26. Februar 1999 teilte die Ausgleichskasse A.T. mit, dass man seinem Gesuch um Erlass der Rückerstattung von zuviel ausgerichteten Ergänzungsleistungen wegen Fehlens des guten Glaubens nicht entsprechen könne. Gegen diese Verfügung liess A. T. am 25. März 1999 Beschwerde einreichen und beantragen, die Verfügung sei aufzuheben und die Sache sei zur Neubeurteilung an die Ausgleichskasse zurückzuweisen. Zur Begründung wird ausgeführt, mit Verfügung vom 14. Oktober 1998 habe die Ausgleichskasse ihm und seiner Ehefrau ein erstes Rückforderungsbegehren in der Höhe von Fr. 21'815.- zugestellt. Die Revision im Jahre 1998 habe ergeben, dass die Pensionskassenrente irrtümlicherweise nicht ins EL-Gesuch von 1994 einbezogen worden sei. Zudem habe man des weiteren feststellen müssen, dass damals auch die SUVA-Rente von Frau B. T. nicht berücksichtigt worden sei. Sie hätten somit nie Anspruch auf Ergänzungsleistungen gehabt. Weiter lässt der Beschwerdeführer ausführen, man sei der Meinung, dass ihm und seiner Ehefrau der gute Glaube nicht einfach abgesprochen werden dürfe. Zudem würde die Rückerstattung von über Fr. 60'000.- angesichts ihrer Vermögens- und Einkommenssituation eine unerhörte Härte darstellen.

Mit Vernehmlassung vom 4. Juni 1999 beantragt die Ausgleichskasse des Kantons Zug die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung wird unter anderem ausgeführt, dem Beschwerdeführer könne keineswegs der gute Glaube attestiert werden. Die Anmeldung für die Ergänzungsleistungen habe er eigenhändig unterzeichnet, darin aber weder die Leistungen der Rentenanstalt noch die der SUVA deklariert. Mit der Unterzeichnung habe er auch die Vollständigkeit und Wahrheit seiner Angaben bestätigt und habe Kenntnis von den Folgen bei unwahren und unvollständigen Angaben genommen. Er sei auch mehrmals auf die Meldepflicht hingewiesen und mit Berechnungsblättern bedient worden. Auch bei der Revision seien die bezogenen Leistungen nicht gemeldet worden, was ihm sicher nicht habe entgangen sein können. Es könne deshalb keinesfalls gesagt werden, die Nichtmeldung der Leistungen der Rentenanstalt und der SUVA sei gutgläubig erfolgt. Die Ausführungen in der Beschwerdeschrift, wonach die Ausgleichskasse selbst eine «gewisse Mitverantwortung» für die Höhe der Rückerstattung zu tragen habe, sei umso weniger angebracht, als die ordentliche Revision nach vier Jahren durchgeführt worden sei. Die Rückerstattungsverfügungen und die Ablehnung des Erlasses seien zu Recht erfolgt, die Beschwerde müsse abgewiesen werden.

Aus den Erwägungen:

...

2. ...

Gemäss Art. 27 der Verordnung über die Ergänzungsleistungen zur Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 15. Januar 1971 (ELV) sind unrechtmässig bezogene Ergänzungsleistungen vom Bezüger oder seinen Erben zurückzuerstatten. Für die Rückerstattung solcher Leistungen und den Erlass der Rückforderung sind die Vorschriften des AHVG sinngemäss anwendbar. Gemäss Art. 47 Abs. 1 AHVG kann bei gutem Glauben und gleichzeitigem Vorliegen einer grossen Härte von der Rückforderung abgesehen werden. Hinsichtlich des guten Glaubens sind die Voraussetzungen nicht schon mit der Unkenntnis des Rechtsmangels gegeben. Vielmehr darf sich der Bezüger unrechtmässiger Leistungen nicht nur keiner böswilligen Absicht, sondern auch keiner groben Fahrlässigkeit schuldig gemacht haben. Der Erlass der Rückerstattung ist daher auch zu verweigern, wenn der Versicherte die nach dem Umständen zumutbare Aufmerksamkeit nicht beachtet oder seine Meldepflicht hinsichtlich allfälliger Änderungen in den massgebenden Verhältnissen in grober Weise verletzt hat (BGE 102 V 245 f.). Das EVG hat bei der Beurteilung des guten Glaubens am Erfordernis eines dolosen oder grob fehlerhaften Verhaltens ausdrücklich festgehalten, indem es den guten Glauben verneinte, wenn der Versicherte es am zumutbaren «Mindestmass an Sorgfalt» fehlen liess. Grobe Fahrlässigkeit ist nach der Praxis des EVG dann gegeben, wenn jemand das ausser acht lässt, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umstän-

den als beachtlich hätte einleuchten müssen (BGE 110 V 180 E. 3c). Allfällige unzulängliche Sprachkenntnisse und fehlende Bildung sind unter diesem Aspekt zu würdigen (vgl. hierzu ZAK 1987, 166 mit Verweisen).

a) Der Beschwerdeführer ist 71 Jahre alt und seit 1966 in der Schweiz ansässig. Ab September 1993 bezog er mit seiner Ehefrau zusammen je eine halbe Ehepaar-Altersrente von jährlich insgesamt Fr. 19'608.-. Bis Ende Februar 1993 war er bei der Firma X.Y. angestellt, von Februar bis August 1993 bezog er Arbeitslosenentschädigung von durchschnittlich Fr. 2'356.- pro Monat. Seine Ehefrau bezog seit dem 1. September 1991 eine ganze einfache Invalidenrente von Fr. 585.-. Vor der Pensionierung standen ihm und seiner Ehefrau damit Einkünfte von ca. Fr. 4'600.- zur Verfügung. Nach der Zusage von Ergänzungsleistungen von monatlich Fr. 1'210.- ab dem 1. August 1994 hatte das Ehepaar T. Einkünfte von ca. Fr. 4'470.- (Fr. 1'634.- Altersrente, Fr. 1'211.- SUVA-Rente der Ehefrau, Fr. 415.- Pensionskassenrente der Ehefrau und Fr. 1'210.- EL).

b) Im Formular «Anmeldung zum Bezug von Ergänzungsleistungen zur AHV- oder IV-Rente» wird unter der Ziff. 25 ausdrücklich nach Renten der SUVA und nach Pensionen aller Art gefragt. Obwohl die beiden Renten (SUVA und Pensionskasse) zusammen mit Fr. 19'512.- die Hälfte der Einkünfte des Ehepaares T. ausmachten, unterliess es der Beschwerdeführer, die entsprechenden Beträge aufzuführen. Nachdem das Formular nach den Angaben in der Beschwerdeschrift von einer Mitarbeiterin der ...beratungsstelle ausgefüllt wurde, ist anzunehmen, dass der Beschwerdeführer ihr gegenüber die beiden Renten (SUVA und Pensionskasse) auch nicht erwähnt hat. Auf dem erwähnten Formular wird ausdrücklich nach den wirtschaftlichen Verhältnissen des Versicherten und seines Ehegatten gefragt. Unter Ziff. 58 des Anmeldeformulars ist festgehalten, dass sich die wirtschaftlichen Verhältnisse dauernd verändert hätten, weil man seit September 1993 nur von der AHV lebe, nachdem der Lohn und die Arbeitslosenentschädigung entfallen seien. Diese Angabe erfolgte offensichtlich wider besseres Wissen, denn damals erhielt man schon seit längerem die Renten der SUVA und der Rentenanstalt. Schliesslich bescheinigt der Beschwerdeführer unterschriftlich, dass alle Angaben wahr und vollständig seien.

c) In der EL-Verfügung vom 10. August 1994 sind als «Einkommen» die Renten AHV/IV im Betrag von Fr. 19'608.- sowie Zinsen aus Sparguthaben und ein 1/10 des anrechenbaren Vermögens aufgeführt. Spätestens jetzt hätte der Beschwerdeführer merken müssen, dass bei ihm und seiner Ehefrau Einkünfte von mehr als jährlich Fr. 19'000.- nicht in die Berechnung mit einbezogen wurden. In der Folge erhielt er diverse Neuberechnungen, jeweils per Jahresbeginn, letztmals per 1. Januar 1998. Immer fehlten auf der Berechnungen Einkommensbeträge von über Fr. 19'000.-. Auch im Revisionsverfahren, das ordnungsgemäss spätestens nach vier Jahren (siehe Art. 30 ELV) durchgeführt wurde, sorgte der Beschwerdeführer wiederum nicht

dafür, dass die SUVA- und die Pensionskassenrente aufgeführt wurden. Auch als die Kasse mit Hilfe der Steuerakten im Juli 1998 auf die Rente der Rentenanstalt aufmerksam wurde, wurde die SUVA-Rente immer noch verschwiegen. Erst im Beschwerdeverfahren betreffend die erste Rückerstattungsverfügung erwähnte die ...beratungsstelle erstmals die schon seit Jahren ausbezahlte SUVA-Rente im Betrag von Fr. 1'336.-.

d) Der Beschwerdeführer lässt zu seiner Rechtfertigung ausführen, das Formular habe eine Mitarbeiterin der ...beratungsstelle unter Zeitdruck ausgefüllt. Er und seine Frau seien praktisch Analphabeten, die der deutschen Sprache kaum mächtig seien. Auch die Kasse hätte merken müssen, dass einer invaliden Person auch eine Rente der Pensionskasse zustehen würde. Im übrigen habe die Tochter M.T. alles angegeben, was sie gewusst habe. Es handle sich um einen Lapsus der ...beratungsstelle.

Das Gericht kann sich dieser Auffassung nicht anschliessen. Auch wenn der Beschwerdeführer der deutschen Sprache nicht mächtig sein sollte – was nach mehr als dreissigjährigem Aufenthalt in der Schweiz erstaunen würde –, so hat er sich doch der ...beratungsstelle anvertraut und mit deren Hilfe das Anmeldeformular ausgefüllt. Auch ohne aufwendige Abklärungen und Befragungen muss man mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgehen, dass die Sachbearbeiterin den Beschwerdeführer zu den einzelnen Ziffern des Formulars befragt hat. Auf keinen Fall wird sie – ohne entsprechende Angaben des Beschwerdeführers – von sich aus eingetragen haben, dass man seit «September 1993 nur noch von der AHV» lebe. Selbst wenn dies nicht der Fall gewesen sein sollte, hätte es dem Beschwerdeführer spätestens mit der Zustellung der Berechnungsgrundlagen «in die Augen springen müssen», dass auf der Einnahmeseite nur die Altersrente aufgeführt war und dass die Hälfte der Einkünfte von ihm und seiner Ehefrau «vergessen» wurde. Auch wenn man berücksichtigt, dass ihm wegen seiner sprachlichen und intellektuellen Fähigkeiten das Ausfüllen des Anmeldeformulars allein vielleicht nicht möglich war, so hätte ihm bei Durchsicht der Berechnungsgrundlagen – allein aufgrund der eingesetzten Beträge – auffallen müssen, dass das anrechenbare Einkommen viel zu tief angesetzt war. Dass er darauf nicht reagiert bzw. nicht einmal bei der Revision die beiden erheblichen Rentenbeträge deklariert hat, liegt schon nahe bei einer dolosen Absicht, und muss auf jeden Fall als grobe Fahrlässigkeit qualifiziert werden.

In Würdigung dieser Fakten kann das Gericht dem Beschwerdeführer den guten Glauben nicht zubilligen. Da aber die Erfordernisse des guten Glaubens und der grossen Härte im Sinne von Art. 47 AHVG kumulativ erfüllt sein müssen, damit ein Erlass gewährt werden kann, muss die vorliegende Beschwerde abgewiesen werden.

Verwaltungsgericht, 28. Oktober 1999

Art. 9 IVG, Art. 23^{bis} IVV. – Anspruch auf die Durchführung medizinischer Massnahmen im Ausland. In casu Bejahung der Voraussetzungen der «beachtlichen Gründe» gemäss Art. 23^{bis} IVV. Gründe für eine Rückweisung zur Überprüfung der Voraussetzungen nach Art. 23^{bis} Abs. 1 IVV

Aus dem Sachverhalt:

Mit Anmeldung vom 2. November 1987 ersuchte die Mutter von P.Z. Jahrgang 1985, die Invalidenversicherung um medizinische Massnahmen für die Behandlung des Geburtsgebrechens ihres Sohnes. Mit Verfügung vom 3. März 1988 übernahm die Ausgleichskasse des Kantons Zug die notwendigen medizinischen Massnahmen zur Behandlung des Geburtsgebrechens Nr. 384 inklusive Medikamente und EEG-Kontrollen. Am 23. Juli 1990 wurden die medizinischen Massnahmen bis Ende August 1995 verlängert. Auf Gesuch hin bewilligte die IV-Stelle ab Februar 1992 auch die Kosten für eine Psychotherapie. Im November 1995 wurde die Massnahmen bis August 2000 verlängert. Am 26. August 1996 sprach die IV-Stelle Zug Sonderschulmassnahmen im Pestalozziheim Buechweid in Russikon zu. Im Herbst 1997 trat P. Z. in die Schweizerische Epilepsie-Klinik in Zürich ein und besuchte dort auch die klinikinterne Schule. Am 11. März 1998 ersuchte Frau Dr. R.A., leitende Ärztin der Epi-Klinik die IV-Stelle Zug um Übernahme der Kosten für eine diagnostische Abklärung und eine mögliche Operation von P.Z. im Epilepsie-Zentrum Bethel in Bielefeld, Deutschland. Am 30. April 1998 teilte die IV-Stelle den Eltern von P. Z. mit, die beantragten Massnahmen könnten auch in der Schweiz durchgeführt werden. Mit Schreiben vom 12. März 1999 gelangte der Rechtsvertreter der Eltern von P. Z. erneut an die IV-Stelle und stellte das Gesuch um Kostengutsprache für die vorgesehene diagnostische Abklärung und eventuelle Operation im Epilepsie-Zentrum Bethel in Bielefeld. Mit Verfügung vom 26. April 1999 teilte die IV-Stelle dem Rechtsvertreter mit, gemäss ihren Abklärungen könne die beantragte Massnahme auch in der Schweiz durchgeführt werden.

Gegen diese Verfügung liessen die Eltern von P. Z. am 25. Mai 1999 beim Verwaltungsgericht Beschwerde einreichen und beantragen, die IV-Stelle sei zu verpflichten, die vorgesehene epilepsiechirurgische Abklärung und Behandlung im Epilepsie-Zentrum Bethel in Bielefeld zu übernehmen, unter Entschädigungsfolge zu Lasten der IV-Stelle. Mit Vernehmlassung vom 26. Juli 1999 teilt die IV-Stelle dem Gericht mit, nach dem Eingang der Beschwerde habe man die Akten erneut dem Bundesamt für Sozialversicherung unterbreitet. Dieses habe weiterhin eine Kostenübernahme verneint und führe zur Begründung unter anderem aus, Genf sei zu einem führenden Zentrum für epilepsiespezifische Massnahmen für Kinder in der Schweiz geworden. Das Angebot sei identisch mit jenem ausländischer Zentren. Nachdem die IV-Stelle gegenüber dem Bundesamt weisungsgebunden sei, müsse entsprechend dem Schreiben vom 22. Juli 1999 am ablehnenden Entscheid festgehalten werden. Nach Abschluss des Schriftenwechsels er-

suchte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers um eine nochmalige Möglichkeit zur Stellungnahme, weil das Schreiben des Bundesamtes vom 22. Juli 1999 wesentliche neue Elemente enthalte. In der Folge wurde beiden Parteien Gelegenheit zu einer Stellungnahme zum erwähnten Schreiben des Bundesamtes gegeben. Die IV-Stelle teilt mit Schreiben vom 12. Oktober 1999 mit, dass sie auf eine weitere Stellungnahme und auch auf die Stellung eines Antrages verzichte. Der Beschwerdeführer nahm – auch unter Hinweis auf eine erneute Stellungnahme der Schweizerischen Epi-Klinik – mit Eingabe vom 10. November 1999 nochmals ausführlich zu der Beschwerdesache Stellung. Auf die entsprechenden Ausführungen ist – soweit erforderlich – in den Erwägungen einzugehen.

Aus den Erwägungen:

.....

2. Gemäss Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG) werden Eingliederungsmassnahmen in der Schweiz, ausnahmsweise auch im Ausland gewährt. Die Invalidenversicherung übernimmt die Kosten einer einfachen und zweckmässigen Durchführung der Eingliederungsmassnahmen im Ausland dann, wenn sich die Durchführung in der Schweiz als nicht möglich erweist, insbesondere weil die erforderlichen Institutionen und Fachpersonen fehlen, oder wenn eine medizinische Massnahme notfallmässig im Ausland durchgeführt werden muss (Art. 23^{bis} Abs. 1 der Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961, IVV). Wird eine Massnahmen aus anderen beachtlichen Gründen im Ausland durchgeführt, so vergütet die Versicherung die Kosten bis zu dem Umfang, in welchem solche Leistungen in der Schweiz zu erbringen gewesen wären (Art. 23^{bis} Abs. 2 IVV).

Das EVG hat sich schon wiederholt mit dem unbestimmten Rechtsbegriff der «beachtlichen Gründe» auseinandergesetzt und dabei erklärt, dass die Voraussetzungen von Art. 23^{bis} Abs. 2 IVV weniger weit gehen würden als diejenigen von Absatz 1. Dies ergebe sich schon aus dem Wortlaut der beiden Bestimmungen und stehe zudem im Einklang damit, dass die Leistungen des Absatz 2 weniger umfassend seien als diejenigen nach Absatz 1. Während die Invalidenversicherung nach Absatz 1 die im Ausland entstehenden Durchführungskosten schlechthin übernehme, habe sie nach Absatz 2 bloss bis zum Umfang Leistungen zu erbringen, in welchem solche in der Schweiz erbracht werden müssten. Es frage sich aber, ob der in Absatz 2 enthaltene Begriff der «beachtlichen Gründe» eher einschränkend oder eher grosszügig zu interpretieren sei. Die übergeordnete Norm von Art. 9 IVG bestimme, dass die Massnahmen bloss «ausnahmsweise» im Ausland übernommen würden. Daraus lasse sich eine enge Auslegung des Begriffes der beachtlichen Gründe ableiten. Andererseits aber dürften die Anforderungen nicht überspannt werden, weil sonst die Abgrenzung zu den Voraussetzungen von Absatz 1 schwierig würde. Es sei auch zu bedenken, dass der Bun-

desrat mit dem Absatz 2 bewusst eine neue Leistungsmöglichkeit habe einführen wollen. Wenn er hier also eine Leistungslücke habe schliessen wollen, dann dürfe dieser Absatz nicht toter Buchstabe bleiben. Eine enge Auslegung sei auch deshalb nicht gerechtfertigt, weil die Invalidenversicherung mit dieser neuen Leistungsmöglichkeit ja nicht stärker belastet werde, als wenn die Massnahmen in der Schweiz durchgeführt würden. Schliesslich könne es sich auch nicht darum handeln, die Invalidenversicherung aus dem einzigen Grund zu entlasten, dass sich der Versicherte aus beachtlichen Gründen im Ausland habe behandeln lassen (ZAK 1984, 276 ff.). Im Juli 1994 hat das EVG diese Praxis bestätigt und unter anderem festgehalten, dass Art. 23^{bis} Abs. 2 IVV nicht restriktiv auszulegen sei. Allerdings könnten beachtliche Gründe nur solche von erheblichem Gewicht sein. Besondere persönliche Erfahrungen des ausländischen Arztes auf dem in Frage stehenden Gebiet seien aufgrund der nur im Rahmen des Einfachen und Zweckmässigen zu erbringenden Versorgung nicht entscheidend. Ebensowenig vermöge eine Verringerung des mit der Operation verbundenen Risikos die Durchführung des Eingriffs im Ausland zu rechtfertigen. Auch das mangelnde Vertrauen in den Hausarzt stelle keinen beachtlichen Grund im Sinne der erwähnten Bestimmungen dar (vgl. hierzu AHI-Praxis 1997, 115 ff.).

Im vorliegenden Fall ergibt sich aus den Akten bezüglich der Notwendigkeit der Durchführung des Massnahmen im Ausland folgendes:

a) Am 23. Januar 1996 teilte Frau Dr. med. R. A. dem Kinderarzt, Dr. med. W. Zug, unter anderem mit, dass P. Z. vom 16. Oktober bis zum 22. Dezember 1995 in ihrer Klinik hospitalisiert gewesen sei. Bei ihm bestehe eine therapieresistente fokale Epilepsie mit komplex-fokalen Anfällen bei Status nach Exstirpation eines Astrozytoms Grad II im Alter von 2¹/₂ Jahren. Aufgrund der Anfallsrezidive sowie der Bildgebung Verdacht auf Tumorrezidiv. Zusätzlich ausgeprägte Verhaltensauffälligkeiten mit Unruhe und unangebrachter Verhaltensweise. Unter Dekapinesteigerung sowie Aufnahme von Petinutin Zunahme der Anfallshäufigkeit sowie der Verhaltensauffälligkeiten. Bezüglich des Prozederes erklärt Frau Dr. med. R. A. unter anderem, bezüglich des Tumorrezidivs sei im Rahmen eines neurologischen Konsiliums mit Prof. Dr. med. H.G. die folgende Vorgehensweise erarbeitet worden: Durchführung einer PET-Untersuchung und falls kein lokalisierter Hypometabolismus vorliege geringe Operationschancen.

b) Am 11. März 1998 gelangte Frau Dr. med. R. A. an die IV-Stelle des Kantons Zug und führte aus, im Laufe der letzten zwei bis drei Jahre sei die Anfallsfrequenz laufend gestiegen. Trotz intensiver medikamentöser Behandlung sei es nicht möglich, die Anfälle befriedigend zu kontrollieren. Es sei zu einer Verschlechterung in dem Masse gekommen, dass Markus weder in der normalen Schule noch in der Heilpädagogischen Sonderschule integrierbar gewesen sei. Seit Herbst 1997 werde P. Z. in der Epilepsie-Klinik stationär behandelt. Es sei geprüft worden, ob eine operative Behandlung in Frage käme. Diesbezüglich sei mit Frau Dr. I., Leitende Ärztin der präopera-

tiven Diagnostik im Epilepsie-Zentrum Bethel in Bielefeld, Kontakt aufgenommen worden. Gemäss deren Beurteilung könne eine Operation in diesem Fall erfolgreich sein. Man beantrage deshalb die Kostenübernahme für die diagnostische Abklärung und einer möglichen Operation im Bielefeld.

c) Auf Anfrage der IV-Stelle des Kantons Zug hin teilte Prof. Dr. med. H. G., Leiter der Abteilung für EEG und Epileptologie, am 27. April 1998 mit, die von der Schweizerischen Epilepsie-Klinik ins Auge gefasste diagnostische prächirurgische Abklärung im Hinblick auf eine epilepsiechirurgische Behandlung sei auch in der Schweiz möglich, z.B. in seiner Abteilung. Sollte eine solche Abklärung die Indikation für einen epilepsiechirurgischen Eingriff ergeben, könne ein solcher auch in der Schweiz, z.B. in Zürich, durchgeführt werden.

d) Als Reaktion auf ein Schreiben vom 30. April 1998 gelangte Frau Dr. R.A. wiederum an die IV-Stelle und führte unter anderem aus, die IV-Stelle weise darauf hin, dass die zur Diskussion stehenden Massnahmen gemäss Prof. H.G. auch in der Neurologischen Klinik des Universitätsspitals Zürich durchgeführt werden könnten. Leider habe Prof. H. G. von seiner Seite aus eine präoperative Abklärung und Operation abgelehnt. Weil eine operative Therapie damals (Ende 1995) nicht für möglich erschien, sei eine weitere Testung der medikamentösen Therapieresistenz durchgeführt worden. Bis zum Beginn des Jahres 1998 habe die Epilepsie von P. Z. einen progredienten Verlauf genommen. Die Medikamente hätten keine Linderung gebracht. Er sei nicht in der Lage, in der Schule etwas Neues zu lernen, obgleich er regelmässig am Unterricht teilgenommen habe, da die epileptische Aktivität in seinem Gehirn und die Anfälle ihn dermassen gestört hätten. Ausserdem sei es zu häufigen Sturzanfällen mit Verletzungen gekommen. In dieser Situation habe die operative Behandlung die einzige Möglichkeit geschaffen, um Linderung zu schaffen. Wegen der bei Prof. H. G. negativ verlaufenen Konsultationen habe sie Kontakt mit der Klinik Bethel aufgenommen, weil dieses Zentrum jährlich zahlreiche epilepsiechirurgische Massnahmen bei Kindern mit therapieresistenten Epilepsien durchführe und entsprechend viel Erfahrung habe. Diese Erfahrungen seien auch in wissenschaftlichen Berichten festgehalten worden und international anerkannt. In einem ergänzenden Schreiben erklärte sie am 18. Juni 1998, man habe dem Prof. H. G. den Patienten bereits einmal vorgestellt. Damals habe dieser eine Behandlung abgelehnt. Es sei unverständlich, warum er jetzt eine andere Meinung vertrete, zumal er in der Zwischenzeit keinen Kontakt mit dem Patienten gehabt habe.

e) Am 12. November 1998 gelangte Frau Dr. R.A. erneut an die IV-Stelle und erklärte, P. Z. sei erstmals 1995/96 Prof. H.G. vorgestellt worden. Damals habe dieser eine operative Behandlung abgelehnt. Nachdem die Invalidenversicherung eine Kostenübernahme für eine operative Behandlung im Ausland abgelehnt habe, habe sie die Sache nochmals mit Prof. H. G. besprochen. Er habe eine Läsionektomie mit anteriorer Kallosotomie vorge-

schlagen. Diese Operation habe bleibende neurologische Defizite zur Folge. Von ihrer Seite könne sie diese Operation nicht empfehlen. Die Eltern möchten weiterhin eine operative Behandlung im Epilepsiezentrum in Bielefeld. Die bisherige Behandlung habe gezeigt, dass die üblichen Medikamente nur teilweise wirksam seien und dass durch Medikamente eine längere Anfallsfreiheit nicht erreichbar sei. Die Chancen, durch eine Operation eine deutlich bessere Anfallskontrolle bzw. Anfallsfreiheit zu erreichen, seien relativ gross. In dieser Situation hätte P. Z. deutlich bessere Chancen für eine schulische und berufliche Ausbildung.

f) Am 24. Februar 1999 nahm Prof. E. B. von der Abteilung Neurologie des Kinderspitals Zürich, Universitäts-Kinderklinik, zu der Frage Stellung, ob in der Schweiz die erforderlichen Institutionen und Fachpersonen vorhanden seien. Er führte unter anderem aus, die Kommission «Prächirurgische Epilepsieabklärung und Epilepsiechirurgie» der Schweizerischen Neurologischen Gesellschaft habe bisher keinen abschliessenden Bericht vorgelegt. Die Antwort von Prof. H. G., der diese Kommission präsidiere, an die Invalidenversicherung entspreche einer persönlichen Meinungsäusserung, die mit den Mitgliedern der Kommission nicht besprochen worden sei. In der Schweiz werde Epilepsiechirurgie seit Jahren in Zürich (bei Erwachsenen) durchgeführt. Dieser Zweig werde in Genf und Bern seit 1994 aufgebaut. «Erfahrungen» mit Kindern im Vorschulalter sähen an diesen drei Zentren wie folgt aus: Genf/Lausanne in vier Jahren vier Kleinkinder operiert, in Bern ein Kind pro Jahr und in Zürich ebenfalls ein Kind pro Jahr. «Erfahrungen» mit Kindern im Schulalter seien ebenfalls als bescheiden einzustufen. Man könne davon ausgehen, dass aktuell pro Zentrum und Jahr ca. 3-4 Kinder operiert würden. Die Haltung der Schweizerischen Neuropädiatrischen Gesellschaft könne wie folgt zusammengefasst werden: Aktuell erfülle kein Zentrum in der Schweiz die Kriterien des «minimal standard for pediatric epilepsy surgery programs». Nebst unvollständiger pädiatrischer Infrastruktur fehle die entsprechende numerische Erfahrung in pädiatrischer Epilepsiechirurgie. Diese Meinung betreffe den Gesamtkomplex der prä- und perioperativen Abklärungen und nicht die neurochirurgische Intervention als solche. Als persönliche Einschätzung führt Prof. B. aus, in einer Zeit, wo Qualitätsstandards, Guidelines und kritische Masse für entsprechende Erfahrung gefordert würden, falle es schwer einzusehen, dass in der Schweiz angeblich die erforderliche Erfahrung vorhanden sei. Diese Ansicht beruhe weitgehend auf selbstdeklariierter Kompetenz. Die Situation sei insofern im Fluss, als besonders von Lausanne und Genf aus Anstrengungen unternommen würden, die Schwachpunkte zu verbessern. Es befänden sich jüngere Kollegen für eine entsprechende fachspezifische Ausbildung im Ausland. In diesem Sinn gelte es, die Situation jeweils neu zu evaluieren. Zum jetzigen Zeitpunkt scheine es aber nach wie vor gerechtfertigt, speziellere Probleme an ein Epilepsiezentrum mit etablierter Erfahrung in pädiatrischer Epilepsiechirurgie zu weisen.

g) Am 26. Mai 1999 nahm Frau Dr. R. A. nochmals ausführlich zu der Situation Stellung. Unter anderem führte sie aus, man habe mit Prof. H. G. ausführlich die neurophysiologischen, neuropsychologischen und neuroradiologischen Befunde besprochen. Während er 1996 eine Operation abgelehnt habe, sei sein Vorschlag im Herbst 1998 gewesen, eine Resektion im rechten Frontallappen (wo der Tumor früher operiert worden sei) mit einer anterioren Kallosotomie mit Gamma-Knife durchzuführen. Es sei aus der Literatur bekannt, dass Kallosotomien zu bleibenden neuropsychologischen Schäden führen würden. Aus diesem Grund sei diese Operation für P. Z. ethisch nicht vertretbar. Bei P. Z. bestehe ein Zustand nach einer Tumorooperation im 3. Lebensjahr mit einer unbeherrschbaren schweren Epilepsie. Die praktisch täglich auftretenden Anfälle und die hochdosierten antiepileptischen Medikamente würden erhebliche kognitive Störungen und Verhaltensprobleme verursachen, so dass er nicht lernen könne. Durch eine erneute operative Therapie könne sehr wahrscheinlich eine erhebliche Besserung des Zustandes erreicht werden. Es sei sehr wichtig, dass die Operation so schnell wie möglich durchgeführt werde, weil sonst bleibende psychische und kognitive Schäden drohen würden.

h) Mit Schreiben vom 22. Juli 1999 teilte das Bundesamt für Sozialversicherung auf Anfrage der IV-Stelle unter anderem mit, man habe sich auch telephonisch über die Behandlungsmöglichkeiten in Genf orientiert. Gemäss Dr. H., dem Leiter der Neuropädiatrischen-Kinderklinik in Genf, sei Genf zu einem führenden Zentrum in epilepsiespezifischen Massnahmen für Kinder in der Schweiz geworden. Das Angebot sei identisch mit jenem ausländischer Zentren. Man habe einzig keine Neuropädiater, die sich ausschliesslich der Epilepsie widmen würden. Mit Prof. V. stehe dem Zentrum zudem einer der besten Epilepsiechirurgen der Welt zur Verfügung.

i) Am 28. September 1999 nahm Frau Dr. R. A. nochmals zu dem Problemkreis Stellung. Sie führte unter anderem aus, es sei ihr nichts darüber bekannt, dass Genf generell zu einem führenden Zentrum für epilepsiespezifische Massnahmen für Kinder geworden wäre. In der Schweizerischen Epilepsie-Klinik werde ein spezielles und hochqualifiziertes Angebot für Diagnostik und Therapie im Kindesalter angeboten. Auf diesem Gebiet sei diese Klinik führend. Durch ausführliche und komplizierte diagnostische Untersuchungen werde die Indikation für epilepsiechirurgische Massnahmen gestellt, die aber nicht in der Klinik durchgeführt werden könnten. Je nach den speziellen Problemen des einzelnen Patienten gebe man Empfehlungen für ein Zentrum ab, das Operationen durchführe. Für Routinefälle (Tumore, Temporallappen-Epilepsien im höheren Kindesalter oder Hemisphärektomien) könnten durchaus die Schweizer Kliniken mit Epilepsiechirurgie in Anspruch genommen werden. Für kompliziertere Fälle sei dies zur Zeit nicht ohne weiteres möglich, da entsprechende Erfahrungen fehlen würden.

Die Schweizerische Neuropädiatrische Gesellschaft habe sich ausführlich mit der Problematik «Epilepsiechirurgie im Kindesalter» beschäftigt. Der

Präsident dieser Gesellschaft, Prof. B., habe sich dazu geäußert (siehe oben lit. f). Vorausgegangen seien ausführliche Diskussionen in der Gesellschaft sowie ein Besuch unter der Leitung von Prof. B. (mit Teilnahme der Unterzeichneten) unter anderem im Kantonsspital Genf, um das Genfer Angebot an Ort und Stelle kennenzulernen. Die Behauptung von Dr. H., das Genfer Angebot sei identisch mit jenem ausländischer Zentren, könne wohl schon objektiv nicht stimmen, wenn man nur berücksichtige, dass in Genf in den letzten vier Jahren wenige Operationen im Kindesalter durchgeführt worden seien. In seiner Aussage stimme, dass Prof. V. ein sehr guter Epilepsiechirurg sei. In der Epilepsiechirurgie hänge das Ergebnis aber nicht nur vom Chirurgen, sondern entscheidend von den vorher durchgeführten Abklärungen ab. Für diese Abklärungen, in denen die Lokalisation der Störung, die neuropsychologischen Auswirkungen und die genaue Durchführung der Operation festgelegt würden, brauche man ein erfahrenes Team. Diese Erfahrung könne man entweder durch Ausbildung in anderen grossen Zentren oder durch eigene mehrjährige Arbeit erreichen. Das Angebot in Genf sei nicht identisch mit jenem ausländischer Zentren. Herr Dr. H. habe selber mitgeteilt, dass keine Neuropädiater zur Verfügung stehen würden, die sich ausschliesslich mit Epilepsie beschäftigen würden. Dies bedeute, dass der Stellenwert der Epilepsiechirurgie im Kindesalter eine wesentlich geringere Gewichtung habe als in den Zentren, in denen die Neuropädiater hauptamtlich mit Epilepsiechirurgie beschäftigt seien. Dies, zusammen mit der geringen Zahl der jährlichen Operationen, bedeute, dass das Zentrum in Genf im Aufbau begriffen sei, dass dort Erfahrungen gesammelt würden, dass aber die fachliche Basis auch für kompliziertere Abklärungen und Operationen noch nicht gefestigt sei.

Das Prinzip «eine einfache und zweckmässige Behandlung» zu bezahlen, könne man in der Epilepsiechirurgie schlecht anwenden. Schlecht durchgeführte Operationen hätten nämlich verheerende Folgen für die Kinder. Im Fall von P. Z. wolle man noch einmal darauf hinweisen, dass er zweimal Prof. H.G. vorgestellt worden sei. Einmal habe Prof. H. G. eine Operation abgelehnt, ein zweites Mal eine Operation vorgeschlagen, die die Epilepsie-Klinik nicht vertreten könne. Dies bedeute, dass man für P. Z. in der Schweiz keine angemessene Behandlungsmöglichkeit gefunden habe. Man habe deshalb die dringend notwendige Operation in Bielefeld vorgeschlagen, nachdem die Versuche, eine Operation bei Prof. H. G. machen zu lassen, fehlgeschlagen hätten.

Die Frage, ob in der Schweiz die erforderlichen Institutionen oder Fachpersonen fehlen, um die für P. Z. notwendigen medizinischen Eingliederungsmassnahmen in einfacher und zweckmässiger Weise durchzuführen, kann aufgrund dieser Unterlagen nicht abschliessend beantwortet werden. Für die Bejahung der vorhandenen Fachkompetenz sprechen nur die sehr knapp gehaltene und nicht nachvollziehbar begründete Stellungnahme von Prof. H. G. gegenüber der IV-Stelle des Kantons Zug sowie das Schreiben

des BSV vom 22. Juli 1999, in dem ein Telefongespräch mit Dr. H. von der Neuropädiatrischen Kinderklinik Genf wiedergegeben wird. Im zweiten Fall bezeichnet Dr. H. das Angebot in der Genfer Klinik als mit den ausländischen Zentren identisch. Demgegenüber stehen die ausführlich und differenziert begründeten Stellungnahmen und Schreiben von Frau Dr. R. A. und von Prof. B.. Es ist allerdings nicht Sache des kantonalen Versicherungsgerichts, diesen Expertenstreit zu schlichten. Aufgrund der vorhandenen Meinungen kann das Gericht nämlich die Frage nicht beantworten, ob der Beschwerdeführer gestützt auf Art. 23^{bis} Abs. 1 IVV Anspruch auf Leistungen für die Durchführung von medizinischen Eingliederungsmassnahmen im Ausland hat. Hierfür braucht es vertiefte Abklärungen, die klar über das hinausgehen müssen, was die IV-Stelle bzw. das Bundesamt bis dato in diesem Fall veranlasst haben. Soweit aus den Akten (und auch aus dem zu den Akten gereichten Entscheid des Versicherungsgerichts Baselland vom 10. Februar 1999) ersichtlich ist, bemüht man sich beim Bundesamt zwar, zusammen mit Neuropädiatern, Epileptologen und Neurochirurgen ein Arbeitspapier auszuarbeiten, aus dem hervorgehen soll, in welchen Fällen welche medizinischen Massnahmen bei Kindern mit Epilepsie zwingend im Ausland durchgeführt werden müssten. Auch Frau Dr. R. A. und Prof. B. bestätigen, dass man sich in der Schweizerischen Neuropädiatrischen Gesellschaft ausführlich mit der Problematik der Epilepsiechirurgie im Kindesalter beschäftigt. Es gibt offenbar auch eine Kommission «Prächirurgische Epilepsieabklärung und Epilepsiechirurgie» der Schweizerischen Neurologischen Gesellschaft, der es bis dato nicht gelungen ist, einen abschliessenden Bericht vorzulegen. Wenn all diese Abklärungen vorliegen, hat die IV-Stelle über den Anspruch gestützt auf Art. 23^{bis} Abs. 1 IVV neu zu befinden. In diesem Sinn wird die Beschwerdesache zur ergänzenden Abklärung und Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3. Unabhängig vom Ergebnis der erwähnten Abklärungen steht für das Gericht aber fest, dass der Beschwerdeführer Anspruch auf Leistungen gemäss Art. 23^{bis} Abs. 2 IVV hat. Es bestehen nämlich im Sinne der Rechtsprechung des EVG beachtliche Gründe für die Vergütung von Kosten bis zu dem Umfang, der auch in der Schweiz für solche Leistungen zu erbringen gewesen wäre. In der Schweiz wurden seit Jahren Massnahmen und Abklärungen durchgeführt, die bis heute wenig Erfolge gebracht haben. P. Z. leidet seit 1995 unter immer häufigeren Anfällen mit direktem Einfluss auf die Lern- und Leistungsfähigkeit. Es geht darum, den Knaben so rasch wie möglich vor weiteren Dauerschäden zu bewahren. Es ist nicht mehr zu verantworten, dass er nochmals neuen Experten zur Untersuchungen und Beurteilung zugewiesen wird. Die Eltern sind in ihrem Vertrauen auf die Ratschläge der Epilepsie-Klinik zu schützen, zu der sie seit Jahren ein Vertrauensverhältnis aufgebaut haben. Durch die seit 1996 stark steigende Anfallsfrequenz ist ein Zustand eingetreten, der weder die Eingliederung in einer normalen Schule noch in einer Hilfsklasse mehr ermöglicht. Der Knabe

muss heute in einer IV-Sonderschule unterrichtet werden. Durch seine Krankheit sind seine Entwicklungsmöglichkeiten auch für die Zukunft gravierend eingeschränkt: er ist nicht lernfähig und kann sich wegen der dauernden Sturz- und Verletzungsgefahr auch kaum allein bewegen. Die heutige Anfallsituation erlaubt keine Berufsausbildung, wobei er gemäss den Angaben von Frau Dr. R. A. bei einer besseren Anfallskontrolle durchaus in der Lage wäre, einen Beruf zu erlernen. Die Eltern haben durch die mehrjährige intensive Zusammenarbeit mit der Epilepsie-Klinik viel Vertrauen in die Meinung der Klinik gewonnen und sich davon überzeugen lassen, dass durch die Operation in Bielefeld mit grosser Wahrscheinlichkeit eine deutliche Verbesserung der Situation möglich sein sollte. Sie sehen darin die einzige und wohl auch letzte Möglichkeit, dass ihr P. Z. in seinem späteren Leben einen Beruf erlernen und eine gewisse Selbständigkeit erreichen kann.

Dies sind für das Gericht beachtliche Gründe im Sinne von Art. 23^{bis} Abs. 2 IVV. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Invalidenversicherung durch diese Leistungen nicht in stärkerem Mass belastet wird, als wenn die Massnahme in der Schweiz durchgeführt würde. Ob noch Anspruch auf weitergehende Leistungen im Sinne von Art. 23^{bis} Abs. 1 IVV besteht, kann die IV-Stelle erst nach den unter Erw. 2 erwähnten Abklärungen entscheiden. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde im Sinne des Eventualantrages gutzuheissen ist und festgestellt wird, dass der Beschwerdeführer Anspruch auf Leistungen im Sinne von Art. 23^{bis} Abs. 2 IVV hat. Im übrigen wird die angefochtene Verfügung aufgehoben und die Sache zur ergänzenden Abklärung und Neuentscheidung an die IV-Stelle zurückgewiesen, damit diese über einen allfälligen Anspruch gestützt auf Art. 23^{bis} Abs. 1 IVV neu befinden kann.

Verwaltungsgericht, 29. November 1999

§ 10 f. PvKG. – Die Frist von § 11 PvKG ist eine Verwirkungsfrist. Gesuche um Prämienverbilligung müssen spätestens bis zum 31. März bei jener Gemeinde eingereicht werden, wo man am 1. Januar des betreffenden Jahres Wohnsitz gehabt hat. Auch Personen, die im Vorjahr ein Bescheinigung im Sinne von § 10 PvKG erhalten haben, müssen in jedem Fall ein neues Gesuchsformular einreichen, auch wenn sie kein solches automatisch erhalten haben.

Aus dem Sachverhalt:

Mit Verfügung vom 14. Juni 1999 verneinte die Ausgleichskasse des Kantons Zug infolge verspäteter Gesuchseinreichung einen Anspruch von A.B. auf Prämienverbilligung für das Jahr 1999. Eine gegen diese Verfügung gerichtete Einsprache wies die Ausgleichskasse mit Einspracheentscheid vom 8. Oktober 1999 ab. Gegen diese Einspracheentscheid liess A. B. am 13. Oktober 1999 beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Beschwerde einreichen

und sinngemäss deren Aufhebung beantragen. Zur Begründung seines Antrages liess er im Wesentlichen ausführen, er habe kein Formular erhalten und sei somit auch nicht darauf aufmerksam gemacht worden, dass ein neuer Antrag fällig sei. Das Amt habe doch sicher die Aufgabe, beim Steueramt nachzufragen, ob die Prämienverbilligung gerechtfertigt sei oder nicht. Mit Vernehmlassung vom 15. November verzichtet die Ausgleichskasse auf einen Antrag und führt in Ergänzung zum Einspracheentscheid zusätzlich aus, dass es aus verschiedenen Gründen nicht möglich sei, alle möglichen Anspruchsberechtigten anzuschreiben, da auch von der Steuerverwaltung nicht alle möglichen Anspruchsberechtigten lückenlos erfasst werden könnten. Deshalb liege dem kantonalen Prämienverbilligungsgesetz das Antragsystem zugrunde. Grundsätzlich wäre es sinnvoller, gar niemanden anzuschreiben, da sowieso nie alle Personen erfasst werden könnten, so dass sich jeder selber melden müsste; dies sei jedoch im Gesetz nicht so vorgesehen.

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss § 1 PvKG soll den beitragsberechtigten Personen durch die Verbilligung der Prämien in der Krankenpflegeversicherung ein angemessener Versicherungsschutz zu finanziell tragbaren Bedingungen gewährleistet werden. Die Ausgleichskasse und die Gemeindestellen für Krankenversicherung sorgen dabei zusammen mit den Krankenversicherern für eine angemessene Information der Bevölkerung über die Möglichkeiten der Prämienverbilligung (§ 8 Abs. 1 PvKG). Personen, die aufgrund der massgebenden Steuerwerte mutmasslich Anspruch auf Prämienverbilligung haben, stellt die Ausgleichskasse zu Beginn des Jahres eine Bescheinigung zu (§ 10 Abs. 1 PvKG). Versicherte, die keine Bescheinigung erhalten haben und Anspruch auf Prämienverbilligung erheben, können bei der Gemeindestelle bis spätestens 31. März des Jahres ein Gesuch stellen (§ 10 Abs. 3 PvKG). Personen, welche Anspruch auf Prämienverbilligung erheben, reichen die Bescheinigung zusammen mit dem Versicherungsnachweis bis zum 31. März bei jeder Gemeinde ein, wo sie am 1. Januar des Jahres Wohnsitz hatten (§ 11 Abs. 1 PvKG). Die Frist zur Gesuchsstellung kann im Einzelfall durch die zuständige Gemeindestelle aus wichtigen Gründen bis zum 30. Juni des Jahres, für welches der Anspruch geltend gemacht wird, mit dem schriftlichen Hinweis verlängert werden, dass Ansprüche verwirken, wenn sie nach Ablauf dieser Frist geltend gemacht werden (Abs. 2).

a) Bei der ersten bis zum 31. März laufenden Frist handelt es sich um die ordentliche Anmeldefrist, bei der zweiten um eine ausserordentliche, die nur aus wichtigen Gründen eingeräumt werden kann. Das Gesetz enthält keine Angaben, die Aufschluss über die Bedeutung des Begriffes «wichtige Gründe» geben könnten. In Anlehnung an die Rechtsprechung zur Wiederherstellung versäumter Frist liegt ein wichtiger Grund vor, wenn der Gesuchsteller durch äussere oder in seiner Person liegende Umstände verhindert gewesen ist, innert Frist zu handeln. Selbst wenn man in Anwendung

von § 11 Abs. 2 PvKG einen weniger strengen Massstab berücksichtigt als bei der Wiederherstellung der Fristen gemäss § 11 VRG bedürfen die Umstände zumindest eines gewissen Gewichts. Die Wiederherstellung einer versäumten Frist gemäss § 11 VRG dient dazu, die Rechtsnachteile aus unverschuldet versäumter Rechtshandlung zu beheben. Die Wiederherstellung wird bei Versäumen gesetzlicher oder richterlicher Fristen gewährt. Wiederherstellungsgründe liegen in der Verhinderung einer Partei, fristgerecht zu handeln, so etwa wegen Militärdienst, plötzlicher schwerer Erkrankung, nicht dagegen wegen Arbeitsüberlastung, Stress oder Ferien (Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 62 mit Verweis auf BGE 108 V 110). Krankheit kann ein unverschuldetes, zur Wiederherstellung führendes Hindernis sein, doch muss die Erkrankung derart sein, dass der Rechtssuchende durch sie davon abgehalten wird, selber innert Frist zu handeln oder doch eine Drittperson mit der Vornahme der Prozesshandlung zu betrauen (BGE 112 V 255). Arbeitsüberlastung oder Irrtum über den Fristenlauf stellen keinen wichtigen Grund für die Wiederherstellung einer Frist dar.

Bei beiden Fristen von § 11 Abs. 1 und 2 PvKG handelt es sich um Verwirkungsfristen. Durch die Verwirkung geht der Anspruch unter, wenn der Berechtigte nach Gesetz zur Vornahme gewisser, jenen Anspruch erhaltender Handlungen binnen einer bestimmten Frist verpflichtet ist und diese Handlung nicht rechtzeitig vornimmt (Guhl/Merz/Kummer, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1991, S. 289). Dieser Grundsatz gilt auch im öffentlichen Recht, doch ist dabei zu beachten, welchen Zweck der Gesetzgeber im fraglichen Rechtsgebiet mit dem Institut verfolgen wollte. Schliesslich ist den im konkreten Fall gegebenen Umständen Rechnung zu tragen (BGE 116 Ib 392 f.). Dass es sich bei den Fristen von § 11 PvKG um Verwirkungsfristen handelt, ergibt sich aus dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung. Jedes Jahr sind von den Organen der Ausgleichskasse eine grosse Zahl von Gesuchen (über 30'000) zu überprüfen. Um dies mit einem möglichst vernünftigen Aufwand und vor allem rechtzeitig bis zum Beginn der neuen Anspruchsperiode erledigen zu können, müssen im Gesetz verbindliche Fristen für die Anmeldung vorgesehen werden, nach deren Ablauf nicht angemeldete Ansprüche von Gesetzes wegen verwirkt sind (vgl. hierzu auch die Gerichtspraxis im Kanton Luzern: LGVE 1996 II Nr. 13).

c) Prämienverbilligungsansprüche, die nicht innerhalb der Anmeldefrist bis Ende März des entsprechenden Jahres geltend gemacht werden, sind grundsätzlich verwirkt. Weil es sich bei diesen Fristen um Verwirkungsfristen handelt, sind sie für die rechtsanwendenden Verwaltungs- und Gerichtsinstanzen verbindlich. Bei der Verwirkung geht das Recht selber unter, falls nicht innerhalb der Verwirkungsfrist die gesetzlich vorgesehene Handlung vorgenommen wird. Eine Unterbrechung der Frist ist nicht möglich, und die Verwirkung ist von Amtes wegen zu beachten. Wie bereits oben erwähnt gelten diese Grundsätze nicht absolut. So ist namentlich dem Zweck der Verwirkungsfrist Rechnung zu tragen, der dazu führen kann, dass eine Wie-

derherstellung der Frist trotz Verwirkung zugelassen wird, oder dass die Verwirkung nicht berücksichtigt wird, wenn sich der Staat als Beklagter ohne Vorbehalt auf eine Sache einlässt oder ausdrücklich darauf verzichtet, sich auf die Verwirkung zu berufen (Häfelin/Haller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Zürich 1993, Zit. nach: LGVE 1996 II S. 152).

3. Aus den Akten ergibt sich, dass die Vertreterin des Beschwerdeführers mit Schreiben vom 8. Juni 1999 an die Ausgleichskasse gelangte und angab, im Jahre 1998 habe er Fr. 1'205.- Prämienverbilligung erhalten und es sei zu prüfen, ob ihm auch dieses Jahr eine Verbilligung zustehe. Das «Gesuch» wurde demnach nach Ablauf der Verwirkungsfrist gemäss § 11 Abs. 1 PvKG eingereicht. Der Beschwerdeführer lässt im Sinne eines Wiederherstellungsgrundes geltend machen, da er bereits im Vorjahr von einer Prämienverbilligung habe profitieren können, habe er angenommen, dass ihm wiederum automatisch ein Antragsformular zugestellt werde.

Der Beschwerdeführer bringt demnach keinen anerkannten Wiederherstellungsgrund wie z.B. Militärdienst oder plötzliche schwere Erkrankung vor. Vielmehr beruft er sich auf eine fehlende Information der Behörde (Nichtzustellung des Antragsformulares). Es ist ihm entgegenzuhalten, dass den Pressepublikationen der Ausgleichskasse im März 1999 (Bsp: Amtsblatt des Kantons Zug vom 5./19./26. März) unter anderem zu entnehmen war, dass Personen, welche keine Mitteilung der Ausgleichskasse für die Prämienverbilligung 1999 erhalten haben, ein Anmeldeformular bei der Gemeindezweigstelle ihres Wohnortes beziehen können. Spätestens zu diesem Zeitpunkt hätte der Beschwerdeführer reagieren, sich bei der Ausgleichskasse betreffend die noch nicht eingetroffenen Mitteilungen erkundigen und die Zustellung eines Anmeldeformulars verlangen müssen.

Aufgrund obiger Ausführungen kann kein Wiederherstellungsgrund anerkannt werden. Die Frist zur Einreichung des Antrages ist verwirkt.

Das Gericht hat ein gewisses Verständnis für den Ärger des Beschwerdeführers. Es ist für einen juristischen Laien in der Tat nicht ohne weiteres nachzuvollziehen, warum man in einem Jahr Anspruch auf Prämienverbilligung haben soll und warum man sich im nächsten Jahr – bei unveränderten Verhältnissen – wieder neu anmelden muss. Die entsprechende gesetzliche Regelung ist darauf ausgerichtet, dass man sich jedes Jahr wieder neu zum Bezug anmelden muss. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich nämlich deutlich, dass man bewusst das System der jährlichen Gesuchstellung gewählt hat, d.h. auch derjenige, der bereits Prämienverbilligung erhalten hat, muss sich jedes Jahr neu anmelden (Bericht und Antrag des Regierungsrates, KRV 8343/44). Dieses System der jährlichen Neuanmeldung gilt sowohl für die Personen, die erstmals und neu Anspruch erheben, aber auch für diejenigen, die bereits früher Anspruch auf Prämienverbilligung hatten. Während letztere im Regelfall mit einer Bescheinigung auf ihren möglichen Anspruch aufmerksam gemacht werden, die sie aber auszufüllen und ebenfalls bis zum

31. März einzureichen haben, müssen sich jene selber um ein Formular bemühen. Die Regelung von Paragraph 10 über die «Bescheinigung» geht im Grundsatz davon aus, dass derjenige, der mutmasslich aufgrund der Steuerwerte Anspruch auf Prämienverbilligung hat, eine Bescheinigung erhält. Der gleiche Paragraph regelt aber ausdrücklich den Fall, wie vorzugehen ist, wenn dieser Versicherte aus irgendeinem Grund diese Bescheinigung nicht erhält. Dann muss er nämlich selber aktiv werden und bei der Gemeinde-stelle bis spätestens zum 31. März ein Gesuch einreichen. Diese Frist hat der Beschwerdeführer leider verpasst, weshalb die Beschwerde abgewiesen werden muss.

Verwaltungsgericht, 29. November 1999

Eine gegen dieses Urteil erhobene staatsrechtliche Beschwerde wurde vom Bundesgericht am 6. Januar 2000 als durch Rückzug erledigt abgeschrieben.

3. Bau- und Planungsrecht

§ 50 BO Zug, Art. 2 ff. AR. – Kriterien für die Auslegung des Altstadtreglementes. Verweigerung der Umbaubewilligung zur Errichtung einer neuen Bar aufgrund der gesamten Umstände.

Aus den Erwägungen:

...

2. a) Die Liegenschaft Oberaltstadt 18 liegt in der Altstadtzone gemäss Bauordnung der Stadt Zug mit Zonenplan vom 4. Dezember 1994 (BO). Paragraph 50 Abs. 1 BO legt den Wohnanteil in der Altstadt auf mindestens 60% fest, verweist aber im übrigen für die Bauweise auf das Altstadtreglement vom 11. Januar 1983 (AR). Dieses geht als Spezialregelung grundsätzlich dort den Bestimmungen der Bauordnung vor, wo es andere oder weitergehende Bestimmungen enthält. Wo sich das Altstadtreglement nicht äussert, gelangen grundsätzlich die Vorschriften der Bauordnung zur Anwendung (Hans Haggmann, Kommentar zur Bauordnung der Stadt Zug, S. 113). Unter den allgemeinen Bestimmungen wird in § 2 AR folgender Grundsatz formuliert:

¹Die Altstadt ist in ihrem Gesamtbild, ihrer Massstäblichkeit und inneren Struktur sowie – wo immer möglich – in ihrer historischen Substanz zu erhalten. Die städtebauliche und architektonische Eigenart und Qualität ist zu bewahren oder wieder herzustellen. Zweckmässige Massnahmen, wie die Schaffung von Läden und Wohnraum (insbesondere für Wohnungen mit drei und mehr Zimmern) sowie die Unterbringung von Kleingewerbe, sollen eine Aufwertung und Belebung herbeiführen.

²In der inneren Altstadt, die eine in sich besonders geschlossene Einheit darstellt, gelten die Bestimmungen zur Erhaltung, Wiederherstellung und Verbesserung in verstärktem Masse.

Das Baugrundstück liegt in der inneren Altstadt, in welcher die Bestimmungen zur Erhaltung, Wiederherstellung und Verbesserung «in verstärktem Masse» gelten. Die Liegenschaft Nr. 18 liegt im südlichen Bereich der inneren Altstadt in der Gabelung zwischen Oberaltstadt und Unteraltstadt, in unmittelbarer Nähe der Liebfrauenkapelle. Östlich, nördlich und westlich grenzen Liegenschaften mit verhältnismässig hohem Wohnanteil an.

Gemäss § 3 Abs. 1 AR sind Renovationen, Restaurierungen und Umbauten im Interesse möglichst vollständiger Substanzerhaltung Neubauten oder Rekonstruktionen vorzuziehen. Im II. Abschnitt «Besondere Bau- und Zonenvorschriften» werden ebensowenig wie in der Bauordnung selbst und zwar im Unterschied zu den anderen Bauzonen keine herkömmlichen Massvorschriften genannt. Das Altstadtreglement schreibt im Interesse des Ortsbildschutzes grundsätzlich die Erhaltung der historischen Gebäude vor (vgl. Hagmann, a.a.O., S. 113). Baufluchten bzw. -abstände, Geschosshöhe, Gebäudehöhe, Haustrennwände, Fassaden und Fenstergestaltung, Schaufenster und Dächer sind gemäss den Vorschriften von §§ 10 bis 19 AR grundsätzlich beizubehalten. Das Verwaltungsgericht hat daher festgestellt, dass die Grundmasse wie Geschosshöhe, Gebäudelänge, -abstände und Ausnutzungsziffern bei den anderen Bauzonen normativ festgelegt sind, während sie in der Altstadtzone grundsätzlich durch das Gewachsene bzw. Faktische bestimmt sind, indem die besonderen Vorschriften die Erhaltung des Bisherigen, ohne dieses in Normen zu fassen, verlangen (GVP 1991/92, 61).

Unter dem Titel «Nutzungsart» bestimmt § 20 Abs. 1: Im Erdgeschoss sind nach Möglichkeit Ladengeschäfte, öffentlich zugängliche Lokale oder nicht störende Kleingewerbe vorzusehen. § 20 Abs. 2 enthielt Wohnanteilsvorschriften, welche grundsätzlich einen Drittel der Bruttogeschossfläche für Wohnzwecke vorsahen. Die Bauordnung 1994 legt nunmehr den Mindestwohnanteil auf mindestens 60% fest (§ 50 Abs.1 BO). Im Unterschied zu den eigentlichen Bauvorschriften verlangt die Nutzungsbestimmung von § 20 nicht in erster Linie die Erhaltung des Bestehenden. Sie umschreibt die zulässige, ja erwünschte Nutzung. Die baurechtlichen Gebote der Erhaltung und Wiederherstellung setzen der «Verbesserung» durch «Aufwertung und Belebung» aber zum vorneherein Grenzen. Erhaltung, Wiederherstellung und Verbesserung sind daher vom Grundsatz des Altstadtreglements gemäss § 2 her auszulegen. Dieser § 2 AR unterscheidet auch zwischen der äusseren und der inneren Altstadt. Diese Altstadt zeigt in ihrem Gesamtbild, ihrer Massstäblichkeit und der inneren Struktur recht unterschiedliche Verhältnisse, denen Rechnung zu tragen ist. Wie das Verwaltungsgericht bereits in GVP 1991/92, 62 festgestellt hat, gehören Ungleichheiten gegebenenfalls gerade auch zum Erhaltenswerten, so dass sorgfältig abzuwägen ist, inwieweit der Gleichheitssatz eine Gleichbehandlung nach Baumassen oder eine Ungleichbehandlung nach Gewachsenem verlangt. In den Urteilen vom 3. Juni 1982 i.S. B. und U. wie auch im genannten Entscheid GVP 1991/92, 62 hat das

Verwaltungsgericht auch festgestellt, dass den Normen des Altstadtreglementes wie den allgemeinen Baunormen nicht nur öffentliches Interesse zuzumessen ist, sondern auch nachbarschützende Funktion zukommt.

b) Gemäss § 2 soll die Aufwertung und Belebung u.a. durch die «Unterbringung von Kleingewerbe» herbeigeführt werden. Nach den besonderen Bau- und Zonenvorschriften sind im Erdgeschoss nach Möglichkeit Ladengeschäfte, öffentlich zugängliche Lokale oder nicht störende Kleingewerbe vorzusehen. Diese Umschreibung der Nutzungsart umfasst gewiss auch Gaststätten. Die gewählte Formulierung erlaubt ein breites Spektrum von Nutzungsarten. Andererseits ist nicht zu übersehen, dass der Gesetzgeber «nicht störende» Kleingewerbe nennt. Der Begriff «nicht störende Gewerbe- und Dienstleistungsbetriebe» war sowohl der Bauordnung 1981 eigen wie auch der gültigen Bauordnung 1994. Als nicht störend wird jenes Gewerbe bezeichnet, das in Wohnzonen zugelassen ist. Ladengeschäfte sind ebenfalls nicht störend, insbesondere was die Ladenöffnungszeiten und die Einhaltung der Nacht- und Sonntagsruhe betrifft. Aufgrund der mittleren bis kleinen Gebäudegrundrisse in der inneren Altstadt ergeben sich in diesem Bereich der Altstadtzone ohnehin nur beschränkte Möglichkeiten hinsichtlich der Grösse von Ladengeschäften. Der Begriff «öffentlich zugängliche Lokale» ist im gleichen Sinne zu verstehen wie die Nutzung für Ladengeschäfte oder nicht störende Kleingewerbe. Eine Auslegung, welche Kleingewerbe nur zulassen wollte, wenn sie nicht stören, andererseits aber öffentlich zugängliche Lokale auch dann bewilligen wollte, wenn sie stören, wäre in sich widersprüchlich. Das gleiche gilt von der Auslegung nach dem Grundsatz gemäss § 2 AR. Die Schaffung von Läden und Wohnraum sowie die Unterbringung von Kleingewerbe sind nicht als gegensätzliche und konfliktträchtige Ziele zu verstehen, sondern sollen miteinander verträglich eine Aufwertung und Belebung herbeiführen. Andererseits verbietet das Altstadtreglement keineswegs Restaurants, Hotels oder Bars. Hinsichtlich der baulichen Gestaltung, der Nutzung und der Lärmbelastung ist die Altstadtzone aber durch starke Unterschiede gekennzeichnet. Das Reglement unterscheidet zwischen der äusseren und der inneren Altstadt, in welcher die Bestimmungen über Erhaltung, Wiederherstellung und Verbesserung in verstärktem Masse gelten. Die Differenzierung ist aber auch im Gesamtbild, in der Massstäblichkeit und inneren Struktur angelegt, welche gemäss § 2 AR zu erhalten ist. Bei der Anwendung des Altstadtreglementes verbietet sich eine rein normativ-abstrakte Beurteilung über die Zonenkonformität einer Baute, sondern ist die gewachsene Struktur, welche zu erhalten und zu beleben ist, zu berücksichtigen. Diese Struktur beinhaltet grosse Unterschiede, beispielsweise hinsichtlich Geschosshöhe, hinsichtlich Lärmbelastung und Eignung für die Wohnnutzung oder hinsichtlich der denkmalpflegerischen Schutzwürdigkeit. Diese Unterschiedlichkeit in der Massstäblichkeit und inneren Struktur verbietet auch, die Zulässigkeit eines Bauvorhabens ohne Berücksichtigung dieser Struktur aus dem Bestehen einer anderen Baute im Alt-

stadtgebiet zu begründen. So gehört beispielsweise die unterschiedliche Geschosszahl zur Altstadt im Sinne von § 2 Abs. 1 AR, so dass aus der vier- oder fünfgeschossigen Bauweise kein Recht auf Aufstockung benachbarter zwei- oder dreigeschossiger Häuser hergeleitet werden könnte. Soweit die Parteien in ihren Ausführungen von einer generell-abstrakten Normierung des Zulässigen oder von der Massgeblichkeit einzelner Bauten für andere Bauvorhaben ausgehen, kann ihnen nicht oder nur soweit gefolgt werden, als dies mit den vorstehenden Ausführungen über die Eigenart der für die Altstadtzone geltenden Rechtsnormen vereinbar ist.

c) Ein Barbetrieb kann zweifellos zur Belebung der Altstadt beitragen. Die Besonderheit eines solchen Betriebes liegt aber darin, dass eine mit Lärmemissionen verbundene Tätigkeit schergewichtig in der Nacht entfaltet wird. Eine solche Nutzung unterscheidet sich daher wesentlich von der Belebung durch Läden oder nicht störende Kleingewerbe oder von einem öffentlich zugänglichen Lokal gleicher Nachbarschaftsverträglichkeit. Der Regierungsrat hat, gestützt auf die bundesrechtlichen Lärmschutzbestimmungen, diverse betriebliche Auflagen angeordnet. Diese sollen den Barbetrieb auf das Gebäudeinnere beschränken. Erfahrungsgemäss bringt aber eine Bar auch lärmiges Verhalten von Gästen ausserhalb des Betriebes mit sich, welches bei den engen räumlichen Verhältnissen im südlichen Teil der inneren Altstadt besonders störend in Erscheinung treten müsste. Hier ist die innere Struktur mehr als in anderen Teilen der Altstadt vom Wohnen geprägt. Der Standort der Bar beim Zusammentreffen der oberen und unteren Gasse hätte Auswirkungen auf alle vier Häuserreihen. Der Vorplatz mit dem Greth-Schell-Brunnen, der auch ohne Aussenbestuhlung zum Sitzen einlädt, sind öffentlicher Boden, wo Ruhe zu schaffen nicht Aufgabe und Zuständigkeit des Betriebsinhabers ist. Die generelle Sorge für die Nachtruhe und das Wohlbefinden der Bevölkerung obliegt dem durch die Zonenordnung gewährleisteten raumplanerischen Immissionsschutz. Dieser ist nicht durch ständige Präsenz der Polizei zu gewährleisten, sondern durch das Baurecht. Das Altstadtreglement und die Bauordnung könnten durchaus eine Förderung von Teilen der Altstadt als Vergnügungsviertel vorsehen. Dies ist aber nicht geschehen. Der Gesetzgeber hat sich für Wohnen und nicht störende öffentliche und gewerbliche Tätigkeiten entschieden. Der südliche Bereich der inneren Altstadt dient im besonderen Mass dem Wohnen. Diese Qualität kann, wie die Beschwerdeführer zutreffend erklären, durch einen einzigen nächtlichen Barbetrieb empfindlich gestört werden. Eine solche erhebliche Störung der Nachbarschaft ist nicht notwendigerweise mit jeder Art von Gastgewerbebetrieb und insbesondere nicht mit jedem Standort innerhalb der vielgestaltigen inneren und äusseren Altstadt verbunden. Das hier strittige Bauvorhaben, welches nicht wie Läden an die üblichen Ladenöffnungszeiten gebunden ist und nicht einem nicht störenden Kleingewerbe gleichgesetzt werden kann, sondern unvermeidlicherweise für die nähere und weitere Umgebung eine Belastung darstellt, erweist sich in den konkreten

örtlichen Verhältnissen als unvereinbar mit dem Planungsziel, in der Altstadt einen Wohnanteil von 60% zu erhalten und durch Schaffung von Wohnraum eine Aufwertung und Belebung herbeizuführen (§ 2 AR). Das Gericht gelangt daher zum Schluss, dass das Umbaugesuch wegen der vorgesehenen Nutzung dem Altstadtreglement widerspricht. Zu Unrecht beruft sich die Bauherrschaft auf die Grundsätze der Rechtsgleichheit und der Handels- und Gewerbefreiheit. Die Auslegung des Altstadtreglementes verlangt gerade die differenzierte Berücksichtigung des Gewachsenen und die sorgfältige Abwägung aufgrund der Zielsetzung des Altstadtreglementes und der rechtlich geschützten Interessen der Nachbarschaft, da die Baudichte in der inneren Altstadt einen hohen Wert erreicht.

....

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass das Umbaugesuch zur Einrichtung einer Bar nach dem Altstadtreglement nicht bewilligt werden kann. Ob das Bauvorhaben auch gestützt auf das bundesrechtliche Umweltrecht abgelehnt werden müsste, kann offenbleiben und würde weitere Erhebungen erfordern. Insgesamt ergibt sich, dass die Baubewilligung und der Beschwerdeentscheid des Regierungsrates aufzuheben sind.

....

Verwaltungsgericht, 22. April 1999

Eine staatsrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid wurde vom Bundesgericht am 25. Januar 2000 abgewiesen.

§ 15 VV BauG. – Ausnutzungsübertragung. Eine Ausnutzungsübertragung über die im Eigentum der Gemeinde stehende Erschliessungsstrasse mit beidseitigem Trottoir hinweg ist nicht zulässig.

Aus den Erwägungen:

...

2. Das Baugesetz für den Kanton Zug (BauG, BGS 721.11) verpflichtet in § 17 die Gemeinden zum Erlass einer Bauordnung, welche Vorschriften enthält u.a. über die Bauweise und über die Baudichte, insbesondere in Form von Ausnutzungs-, Baumassen- oder Überbauungsziffern (§ 17 Abs. 1, insbesondere Ziff. 2 BauG). Gemäss § 17 Ziff. 2 BauG umschreibt der Regierungsrat in der Vollziehungsverordnung die wesentlichen Begriffe des Baurechtes wie Baute, Ausnutzungs-ziffer usw. und regelt das Baubewilligungs- und Einspracheverfahren. Die Ausnutzungs-ziffer zählt zu den Baumassen wie Abstands-, Höhenvorschriften und Gebäudelänge, durch welche die Bauweise

bestimmt wird. Sie ist die Verhältniszahl zwischen der anrechenbaren Geschossfläche der Gebäude- und der anrechenbaren Landfläche (§ 14 Abs. 1 VV BauG). Hinsichtlich der Ausnutzungsübertragung bestimmt § 15 VV BauG was folgt:

¹Die Ausnutzungsübertragung bedeutet den Verzicht eines Grundeigentümers auf die Ausschöpfung der Ausnutzungsziffer zugunsten seines Nachbarn und erfolgt mittels Vertrag zwischen den Grundeigentümern, der folgende Voraussetzungen zu berücksichtigen hat:

- a) Auf dem begünstigten Grundstück darf die zulässige Ausnutzungsziffer um höchstens einen Viertel erhöht werden;
- b) die Grundstücke müssen Zonen angehören, die die gleiche Nutzung gestatten;
- c) die übrigen Bauvorschriften gehen dem Anspruch auf Ausschöpfung der Ausnutzung vor.

Im Bereich der Grenze liegende Fusswege und kleinere Gewässer hindern die Ausnutzungsübertragung nicht.

.....

Die Ausnutzungsübertragung führt zu einer Abweichung von der Regelbauweise. Insofern hat sie sich an die Grenzen des gesetzlichen Ausnahmetatbestandes zu halten. Die praktische Funktion ist eine ähnliche wie bei privatrechtlichen Abmachungen über die Grenzabstände. Beide Massnahmen können anstelle einer Arrondierung des Bodens im Sinne der gewünschten Bauweise treten. Die Verordnung erwähnt ausdrücklich, dass im Bereiche der Grenze liegende Fusswege und kleinere Gewässer die Ausnutzungsübertragung nicht hindern. Sie geht somit von einem beschränkten Anwendungsbereich der Ausnutzungsübertragung aus, und erwähnt ausdrücklich, dass diese kleineren Abgrenzungen der bebaubaren Fläche eine Ausnutzungsübertragung nicht hindern. Dem kann aber die Lüssrainstrasse als öffentliche Erschliessungsstrasse mit beidseitigem Trottoir, welche im Eigentum der Stadt steht, nicht gleichgestellt werden. Die noch nicht beachtliche Schranke eines Fussweges im Bereich der Grenze ist hier klar überschritten. Es geht auch nicht mehr um eine Übertragung zwischen benachbarten Grundstücken. Stadtrat und Regierungsrat haben daher zu Recht die Ausnutzungsübertragung gemäss § 15 Abs. 1 als nicht zulässig erachtet.

Verwaltungsgericht, 22. April 1999

§ 10 BO Buonas. – Gesamtüberbauungsplan und spätere Änderungen in Einzelbauweise. Hier Unzulässigkeit der Schaffung zusätzlicher Wohneinheiten.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Die Bauordnung sieht die Überbauung nach einem Gesamtüberbauungsplan vor, welcher in verdichteter Bauweise im Rahmen eines umfassenden Gestaltungskonzepts verwirklicht worden ist. Strittig wird die Änderung eines Einfamilienhauses durch Schaffung zusätzlicher Wohneinheiten.

Aus den Erwägungen:

...

2. a) Gemäss § 10 des Baugesetzes für den Kanton Zug (BauG, BGS 721.11) sind die Gemeinden verpflichtet, eine Bauordnung mit Zonenplan und Zonenvorschriften zu erlassen. Je nach Bedürfnis können die Gemeinden die Baulinien, Bebauungspläne und Sonderbauvorschriften beschliessen (§ 10 BauG). Die Einwohnergemeinde Risch ist für die Bauzone Buonas dieser Planungspflicht in besonderer Weise nachgekommen. Die Einwohnergemeinde Risch erliess am 9. Dezember 1974 eine (Teil-)Bauordnung Buonas, welche in Abänderung bzw. in Ergänzung der Bauordnung der Gemeinde Risch vom 23. Februar 1970 besondere Planungsziele verfolgt. Die Bauordnung Buonas ist auch im neuen Recht als Anhang 1 zur Bauordnung der Gemeinde Risch, beide vom 3. Mai 1994, übernommen worden.

In der Bauzone 2 darf nur aufgrund eines Gesamtüberbauungsplanes gebaut werden. Genannt werden folgende Mindestanforderungen (soweit hier von Interesse): 1. Zulässige AZ 0.2; 2. Gebäudehöhe 6 m; 3. Parkierung: Die für den Eigenbedarf notwendigen Parkplätze sind unterirdisch, bzw. gedeckt zu erstellen (§ 17 Abs. 1 BO Buonas). Alle übrigen Elemente sind im Einvernehmen zwischen Baubewilligungsbehörde und Grundeigentümer so festzulegen, dass der Eindruck einer harmonischen, in die Umgebung gut eingegliederten Siedlung entsteht (§ 17 Abs. 2 BO Buonas).

Unter Gesamtüberbauungsplänen versteht die BO Buonas die im Auftrag der Grundeigentümer ausgearbeiteten und von der Expertenkommission begutachteten Pläne, die sich grundsätzlich über das gesamte eingezonte Gebiet des betreffenden Grundeigentümers erstrecken und einheitlich gestaltete Bauten und Gebäudegruppen umfassen (§ 10 Abs. 1 BO Buonas). Struktur, Gliederung und Materialien sind innerhalb einer Gruppe einheitlich zu wählen. Eintönige Wiederholungen sind zu vermeiden, und es ist eine räumliche Wirkung anzustreben. Die Umgebung ist zusammenhängend und mit Ausnahme geschützter Sitzplätze möglichst parkartig zu gestalten und mit hochstämmigen Bäumen zu bepflanzen. Das Fusswegnetz ist so anzulegen, dass es ein Begehen des Areals in verschiedenen Richtungen erlaubt

und sich die Erstellung von Trottoirs erübrigt. Die Spielplätze sind in guter Verbindung zu den Wohnungen anzulegen (§ 10 Abs. 2 BO Buonas). Für die Gestaltung dieser Pläne nennt § 1 BO Buonas folgende Planungsziele:

- die möglichst weitgehende Erhaltung des vorwiegend ländlichen Charakters von Buonas
- die Freihaltung des Uferbereiches sowie den Schutz der erhaltenswerten Bauten und des Baumbestandes
- die Verhinderung stark in Erscheinung tretender Bauten sowie störender Anlagen und Einrichtungen
- die Förderung der Gruppenbauweise sowie die harmonische Eingliederung der Bauten durch besondere Bestimmungen bezüglich Situierung und Ausmass, Gestaltung und Architektur, Gliederung und Dachform, Baumaterialien und Farbgebung, Terrain und Umgebungsgestaltung usw.
- die Schaffung grösserer Spiel- und Freiflächen sowie möglichst vollständig unterirdisch, bzw. gedeckt angelegter Parkplätze
- die Trennung von Fahr- und Fussgängerverkehr durch ein entsprechendes Erschliessungskonzept.

b) Am 15. April 1980 genehmigte der Gemeinderat Risch die Gesamtplanung für die damalige GBP Nr. 1157, umfassend 22 Einfamilienhäuser. Grundlage für die Genehmigung der Gesamtplanung über die Parzelle GBP Nr. 1157 bildeten die Pläne Nr. BS 4-107a, Überbauungsplan (Gesamtsituation), Nr. BS 4-107b, Überbauungsplan (mit Höhenkurven) und Nr. BS 4-107c, Überbauungsplan (Strassen) und dazugehöriges Modell M 1:500. Zur Absicherung der gesamthaft verbindlichen Ausnützung bei der Aufparzellierung war über das ganze Grundstück GBP Nr. 1157 eine Baubeschränkung zugunsten der Einwohnergemeinde Risch im Grundbuch einzutragen. Die Überbauungsvorschriften des Gesamtplanes sind im Plan BS 4-107a aufgeführt. Als Teil der Gesamtplanung über das Grundstück GBP Nr. 1157 ist am 6. Dezember 1983 die Baubewilligung für das Einfamilienhaus auf der GBP Nr. 1209 erteilt worden.

c) Die Bauordnung Buonas und insbesondere die Vorschriften für die Bauzone 2 zeichnen sich dadurch aus, dass der Gesetzgeber Planungsziele und einen Rahmen vorgibt, dem Grundeigentümer aber weitgehende Gestaltungsmöglichkeiten und Planungspflichten auferlegt. Dieses Vorgehen erlaubt, in Gruppenbauweise besondere gestalterische Qualitäten mit verdichtetem Bauen zu verbinden. Die Erfahrung zeigt, dass mit Erfolg von dieser erhöhten planerischen Freiheit Gebrauch gemacht wird, dass aber bei parzellenweisem Verkauf von Teilen einer ursprünglichen Gesamtüberbauung dann heikle Rechtsfragen auftreten, wenn einzelne Eigentümer neue Bauvorhaben verfolgen. Diese richten sich nicht einfach nach der Einzelbau-

weise, welche die BO Buonas für die Bauzone 2 überhaupt nicht kennt, sondern müssen die Gesamtplanung berücksichtigen. Diese kommt im bewilligten Gestaltungskonzept zum Ausdruck, wie es aus Plänen, Überbauungsvorschriften, Bewilligung und Realisierung zum Ausdruck kommt. Die Frage, wieweit durch Einzelbaubewilligungen spätere Veränderungen zulässig sind, kann zu heiklen Auslegungsfragen führen. Im Zusammenhang mit Arealbebauungen und Gesamtplanungen stellte das Verwaltungsgericht wiederholt grundsätzlich fest, dass das gemäss den erhöhten Anforderungen und der grösseren Gestaltungsfreiheit verwirklichte Konzept in gewissem Sinne normativen Charakter hat, indem es Ausgangspunkt für weitere baurechtliche Entscheide bleibt. Die verbindliche Festlegung der Gesamtplanung ist für die spätere Wahrung der Rechte der einzelnen Eigentümer wegleitend. Insofern als bei der Erstellung über die vorgegebenen Normen hinaus oder anstelle genauer Bauvorschriften in erhöhter Gestaltungsfreiheit «Vorteile» und «Nachteile» gestaltet und aufeinander abgestimmt werden konnten, muss das gewählte Konzept auch für Neuentscheide Grundlage bilden. Eine Änderung des Konzepts der Gesamtüberbauung im Einverständnis aller beteiligten Eigentümer wurde als soweit zulässig erachtet, als die öffentlich-rechtlichen Vorschriften dies erlauben. Sind sich die Eigentümer nicht einig, so sind die rechtlich relevanten nachbarlichen Interessen zu ermitteln und gegeneinander abzuwägen. Dabei gibt es wesentliche Gestaltungselemente, von denen gegen den Willen des einzelnen Grundeigentümers zu seinem Nachteil nicht abgewichen werden darf. Besondere Beachtung ist auch der rechtsgleichen Behandlung der Grundeigentümer zu schenken. Die präjudizielle Wirkung für die Erledigung weiterer Gesuche darf nicht ausser Acht bleiben (GVP 1997/98, 101, ES 1995 Bl. 11, GVP 1989/90, 52; 1987/88, 68).

3. a) Wie das Verwaltungsgericht bereits im Fall der Nachbarliegenschaft H. (GVP 1997/98, 101) feststellte, erfolgte die Überbauung der ursprünglichen GBP Nr. 1157 nach einem differenziert gestalteten, vergleichsweise streng geregelten einheitlichen Konzept. Zulässig sind auf den Parzellen der Parteien generell ein Vollgeschoss und ein ausgebautes Dachgeschoss (Ziff. 6 der Überbauungsvorschriften). Die Bauordnung Buonas in der Fassung vom 9. Dezember 1974 erlaubte keine Kniestöcke (§ 17). Gegenüber der Landhauszone gemäss BO Risch 1970 mit einer Ausnützung von ebenfalls 0.2 und zwei zulässigen Vollgeschossen realisierte die Gesamtplanung die Ausnützung bei einem Vollgeschoss und erheblich reduzierten Grenz- und Gebäudeabständen. Die geschützten Sitzplätze befinden sich auf den Hauptwohnseiten der Einfamilienhäuser gegen Süden und Westen, nicht aber gegen die Nebenwohnseiten, um jedem Einfamilienhaus die individuelle Aussenbeziehung zuzuordnen. Im Sinne der Schutz- und Gestaltungsvorschriften der BO Buonas ist die Umgebung zusammenhängend und mit Ausnahme geschützter Sitzplätze möglichst parkartig gestaltet. Gemäss § 17 Abs. 1 BO Buonas sind die Parkplätze unterirdisch bzw. gedeckt zu erstellen. Nach der Rechtslage bei der Bewilligung der Gesamtplanung wäre der beab-

sichtigte Umbau zur Erstellung einer separaten Wohnung schon daran gescheitert, dass nach § 17 VV BauG Waschküchen auf die Ausnützung nicht angerechnet wurden (§ 17 Abs. 2 VV BauG in der Fassung vom 28. Dezember 1967). Die Beanspruchung einer höheren Ausnützung durch Umwandlung in eine Küche war aber ausgeschlossen, da für die Liegenschaft der Bauherrschaft weder generell noch wegen der konkreten Überschreitung der Ausnützung eine Reserve bestand. Eine Wohnnutzung im Untergeschoss fiel nicht nur wegen der Ausnützung, sondern auch deshalb ausser Betracht, weil nur ein Vollgeschoss und ein Dachgeschoss zulässig sind.

b) In der BO Buonas 1994 ist der Ausschluss von Kniestöcken in § 17 Abs. 1 fallengelassen worden. Das kantonale Recht hat bei der Regelung der Ausnützung in § 14 VV BauG die Kniestockregelung eingeführt und aus Umweltschutzgründen die Querschnitte von Aussenmauern von der Ausnützungsberechnung ausgenommen. Diese Massnahmen tragen zum verdichteten Bauen und damit zum haushälterischen Umgang mit dem Boden bei. Die Gesamtplanung hat im vorliegenden Fall aber bereits ein Konzept stark verdichteten Bauens verwirklicht. Es stellt sich die Frage, ob nun die Einfamilienhäuser ohne Kniestock um einen Kniestock erweitert werden könnten. Was geschieht mit der Ausnutzungsreserve, die durch die Nichtanrechnung der Dachgeschosse frei wird? Wie ist die neue Möglichkeit zu handhaben, Waschküchen in Küchen umzuwandeln und dadurch zusätzliche Wohneinheiten zu schaffen? Weder im Fall GVP 1997/98, 101 noch im vorliegenden Fall war beabsichtigt, den geschützten Sitzplatz analog dem Gebäudeinnern aufzuteilen, sondern die bisher wenig benutzte, dem Sitzplatz des Nachbarn zugewandte Seite als Aussenbeziehung der neuen Wohneinheit zu nutzen. Die vorgeschriebene überdeckte Parkierung ist im strittigen Projekt nicht vorgesehen. Der Gemeinderat hat vielmehr die Auflage gemacht, einen offenen Parkplatz zu Lasten des Umgeländes zu erstellen. Diese Fragen stellen sich im Rahmen der aufgrund der Gesamtplanung in Gruppenbauweise erstellten Siedlung. Die Beantwortung darf weder das Gesamtkonzept noch die Rechtsgleichheit unter den in den Gesamtplanungsperimeter fallenden Liegenschaften ausser Acht lassen. Die gelockerten Bauvorschriften erlauben grundsätzlich eine weitere Verdichtung, würden je eine Verdoppelung der Wohneinheiten zulassen und würden die Frage der Gestaltung der Aussenbereiche und der Parkierung neu aufwerfen.

c) Der Regierungsrat will eine Einliegerwohnung in den Einfamilienhäusern des Gesamtplanperimeters zulassen. Dabei stützt er sich auf den allgemeinen baurechtlichen Begriff des Einfamilienhauses. Die Bauordnung Risch enthält keine Legaldefinition des Begriffes Einfamilienhaus. Die im Zeitpunkt der Gesamtplanung gültige Bauordnung Risch vom 7. Februar 1970 erlaubte in der Wohnzone mit der kleinsten Ausnützung bei Einzelbebauung, nämlich in der Landhauszone mit der Ausnützung 0,2, Ein- und Zweifamilienhäuser (§ 38 Abs. 1 BO 70). Mit der Gesamtplanung wurden 22 Einfamilienhäuser in einer um ein Vollgeschoss reduzierten Bauweise bewilligt.

Die eingeschossige Bauweise mit Dachgeschoss und Orientierung der Ausenbeziehung ist zumindest auf ein Einfamilienhaus als eine Wohneinheit zugeschnitten.

Die Bauherrschaft hat im Baugesuch wiederholt darauf hingewiesen, dass keine äusseren Änderungen vorgesehen sind. Auch wenn dies mit Ausnahme der Wirkung auf die Umgebung und die Parkierung richtig sein mag, so erblickt doch das Gericht insgesamt die Hauptfrage im vorliegenden Streitfall darin, ob im Gesamtplanperimeter in den einzelnen Einfamilienhäusern eine zweite bzw. zusätzliche Wohneinheiten geschaffen werden dürfen. Die Frage erfordert wegen der Gruppenbauweise und dem Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung eine allgemeine Beantwortung. Die Frage ist insofern auch konkret, als das Gericht bereits zweimal direkt oder indirekt zu dieser Frage Stellung nehmen musste. Im Fall 1995 Bl. 11 hat es das Gericht als unzulässig erachtet, bei einem anderen Gesamtüberbauungsplan in Buonas mit 16 Einfamilienhäusern eine Einheit als Doppel-einfamilienhaus zu bewilligen. Im Fall GVP 1997/98, 101 der Nachbarliegenschaft H. stellte sich die Frage unter bestimmten rechtlichen Aspekten. Auch dort war der Einbau einer Zusatzwohnung Anlass zur Überprüfung der daraus entstehenden Auswirkungen. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass sich der Umbau bzw. Einbau einer zweiten Wohneinheit pro Einfamilienhaus, aber auch die Ausdehnung der Wohnnutzung vom Erdgeschoss und Dachgeschoss auf ein weiteres Geschoss, hier Untergeschoss, als Änderungen erweisen, die zusammen mit den Auswirkungen auf die Sitzplätze, die Umgebungsgestaltung und die Parkierung weitreichende Veränderung ins realisierte Gesamtplanungskonzept bringen können. Die Schaffung einer zusätzlichen Wohneinheit wie auch die Wohnnutzung auf einem dritten Geschoss stellen Veränderungen dar, welche gestützt auf die bestehende Gesamtplanung nicht als Einzelbaubewilligungen bewilligt werden können. Die Eigentümer des Gesamtplanperimeters sind zwar nicht in eine Ordnung eingebunden wie Stockwerkeigentümer oder Eigentümer von Reiheneinfamilienhäusern, sie haben andererseits auch nicht lediglich wie bei Einzelbauweise materielle Vorschriften der Bauordnung zu beachten. Vielmehr bleibt das verwirklichte Planungskonzept für die weiteren Bauentscheidungen beachtlich. In der Bauzone 2 darf nur aufgrund eines Gesamtüberbauungsplanes gebaut werden (§ 17 Abs. 1 BO Buonas). Die Schaffung zusätzlicher Wohneinheiten und Beanspruchung weiterer Wohnebenen erscheint hier als so bedeutender Eingriff ins Konzept, dass eine Revision der Gesamtplanung ergeben müsste, ob, wieweit und gegebenenfalls wie Veränderungen zulässig sein sollen. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde der Nachbarn und zur Aufhebung der vorinstanzlichen Bewilligungen. Die Bewilligung kann insbesondere auch nicht im reduzierten Umfang gemäss Entscheid des Regierungsrates geschützt werden.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass sich der Umbau mit Erstellung einer zweiten Wohneinheit im Erdgeschoss und der Umnutzung eines Teils

der Waschküche als Küche der zweiten Wohneinheit, sowie die Wohnnutzung im Untergeschoss, insbesondere auch der Einbau von Dusche, Toilette und Sauna als unzulässig erweist. Insoweit sind die vorinstanzlichen Entscheide aufzuheben. Gegenstand dieses Verfahrens ist die Baubewilligung. Dem Gemeinderat obliegt die Herstellung und Überwachung des rechtmässigen Zustandes.

....

Verwaltungsgericht, 23. September 1999

Art. 1 Abs. 2 BO Oberägeri. – Bestandesgarantie. Die Bestandesgarantie beruht auf höherrangigem Recht und ist demgemäss auszulegen.

Aus dem Sachverhalt:

A. Am 3. Juli 1995 erteilte der Gemeinderat Oberägeri die Baubewilligung für den Neubau von zwei Mehrfamilienhäusern auf GS Nrn. Bei der Rohbauabnahme am 24. Februar 1997 wurde festgestellt, dass in den beiden Wohnungen EG West und EG Ost des Mehrfamilienhauses Nebenräume unerlaubterweise in Wohnräume umgenutzt worden waren. Bei einer weiteren Kontrolle am 15. Oktober 1997 stellte die gemeindliche Bauverwaltung erneut unbewilligte Änderungen fest. Am 16. Oktober 1997 erliess der Gemeinderat Oberägeri für verschiedene Wohnungen und Räume im Mehrfamilienhaus einen Baustopp.

Am 22. Januar 1998 erteilte der Gemeinderat Oberägeri nachträglich die Bewilligung für die Nutzungsänderung, da sich die Bauherrschaft auf Art. 1 Abs. 2 der Bauordnung Oberägeri berufen würde. Nach dieser Bestimmung sei der Weiterbestand von Bauten und Anlagen, die vor dieser Bauordnung erstellt worden seien, gewährleistet. Sie dürften unterhalten und innerhalb des bestehenden Volumens um- und ausgebaut werden, wobei die Bestimmungen über die Ausnützung, Geschosse, Höhenlage, Gebäude und Firsthöhe sowie Grenz- und Gebäudeabstände entfallen würden. Es sei nicht zu bestreiten, dass der Wortlaut dieser Bestimmung bei erster Betrachtung den Eindruck erwecke, die Bauten und Anlagen müssten bei Inkrafttreten der heute geltenden Bauordnung bereits erstellt sein, damit sie unter die vorerwähnte Bestandesgarantie fallen würden und ein Aus- und Umbau innerhalb des Volumens möglich sei. Mit der Bestimmung von Art. 1 Abs. 2 der gemeindlichen Bauordnung sei bewusst eine «Generalamnestie» für Bauten und Anlagen geschaffen worden, die vor Inkrafttreten erstellt, in Angriff genommen oder auch nur bewilligt worden seien. Dies bedeute im Grundsatz, dass bei solchen Bauten die bisherigen Nutzungsvorschriften entfallen würden und innerhalb des bestehenden Volumens ein voller Um- und Ausbau möglich sei. Mit der Formulierung «erstellt wurden» sollte die «Generalamnestie» bewusst auch Bauten und Anlagen einschliessen, bei denen im

Verlaufe der Zeit bauliche Veränderungen und insbesondere Umnutzungen ohne Bewilligung vorgenommen worden seien. Diese wären von den Erleichterungen ausgeschlossen, wenn die Formulierung «bewilligt worden» verwendet worden wäre. Dies hätte zu einer rechtsungleichen Behandlung geführt, die nicht beabsichtigt gewesen sei.

Mit Entscheid vom 11. August 1998 hob der Regierungsrat aufsichtsrechtlich die vom Gemeinderat Oberägeri am 22. Januar 1988 erteilten Baubewilligungen betreffend Wohnungserweiterungen und Umnutzungen auf und ordnete die Wiederherstellung des rechtmässig bewilligten Zustandes innert drei Monaten nach Inkrafttreten des regierungsrätlichen Entscheides an. ...

Der Regierungsrat führt zur Begründung u.a. aus, aus dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 BO Oberägeri gehe klar hervor, dass die in dieser Bestimmung verankerte Besitzstandsgarantie nur für Bauten und Anlagen gelte, die bei Inkrafttreten der heute geltenden Bauordnung bereits erstellt, d.h. fertiggestellt gewesen seien oder ganz einfach bestanden hätten. Die Berufung auf die Besitzstandsgarantie setze nach allgemeiner Rechtsauffassung voraus, dass die betreffenden Bauten und Anlagen rechtmässig erstellt sein müssten. Rechtmässig erstellt sei eine Baute dann, wenn eine formell rechtsgültige Baubewilligung erteilt oder die Bauten und Anlagen zumindest materiell rechtmässig errichtet worden seien. Unter die Besitzstandsgarantie fielen ferner Bauten, die durch den Titel der Unvordenklichkeit geschützt seien. Für widerrechtlich erstellte Räume oder widerrechtlich vorgenommene Nutzungsänderungen gebe es keine Besitzstandsgarantie. Es liege ein klarer Verstoß gegen geltendes Recht vor. Der Regierungsrat komme in seiner Eigenschaft als Aufsichtsbehörde nicht darum herum, gegen die offensichtlich gesetzwidrig erteilten Baubewilligungen einzuschreiten und diese aufzuheben.

...

Aus den Erwägungen:

2. Gestützt auf Art. 22^{quater} der Bundesverfassung verpflichtet das Bundesgesetz über die Raumplanung (RPG, SR 700) Bund, Kantone und Gemeinden zur Planung (Art. 2 RPG) und schreibt in Art. 22 ff. RPG die Bewilligungspflicht vor. Darnach dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Die übrigen Voraussetzungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts bleiben vorbehalten (vgl. Art. 22 RPG). Das Baugesetz für den Kanton Zug (BauG, BGS 721.11) führte die Bewilligungspflicht allgemein ein (§ 62 Abs. 4 in der Fassung vom 18. Mai 1967) und verpflichtet in § 17 BauG die Gemeinden, eine Bauordnung zu erlassen mit Vorschriften über die Bauweise, Grenz- und Gebäudeabstände, Gebäudehöhe und Gebäudelänge, über die Baudichte, insbesondere Ausnutzungs-, Baumassen- oder Überbauungsziffern etc. (vgl. § 17 BauG). Im Baubewilligungsverfahren (formelles Baurecht) ist zu prüfen, ob ein Baugesuch den Bauvorschriften und den weiteren öffentlich-rechtlichen Vor-

schriften entspricht (materielles Baurecht) (§§ 27 ff. der Vollziehungsverordnung zum Baugesetz, VV BauG, BGS 721.111). Werden neue Bauvorschriften erlassen oder bestehende geändert, so stellt sich die Frage, ob bestehende (altrechtliche) Bauten, die dem neuen Recht nicht entsprechen, geändert oder abgebrochen werden müssen oder ob der Besitzstand gewährleistet ist. Die Bauordnungen enthalten deshalb regelmässig Bestimmungen über die Besitzstandsgarantie.

In GVP 1997/98, 89 hat sich das Verwaltungsgericht zur Besitzstandsgarantie im allgemeinen wie folgt geäußert: Die Besitzstandsgarantie wird aus der Eigentumsgarantie und dem Verbot der Rückwirkung von Gesetzen abgeleitet. Sie bedeutet, dass rechtmässig erstellte Bauten und Anlagen in ihrem Bestand geschützt sind. Sie dürfen, auch wenn sie neuen Vorschriften und Plänen nicht entsprechen, als sogenannte altrechtliche Bauten so, wie sie sind, weiterbestehen, unterhalten und weiterhin in der bisherigen Art genutzt werden (BGE 113 Ia 122, 109 Ib 119 E. 4b; Aldo Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, S. 86; Leo Schürmann/Peter Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 3. A., S. 267). Das kantonale Recht kann diese Besitzstandsgarantie erweitern und auch Umbauten und Erweiterungen nach altem Recht behandeln, darf jedoch nicht gegen wichtige öffentliche Interessen der Raumplanung verstossen (BGE 113 Ia 122 f.; Schürmann/Hänni, a.a.O., S. 267). Besitzstandsgarantien kennzeichnen sich dadurch aus, dass sie vermitteln wollen. Sie streben darnach, zwischen den entgegengesetzten Interessen an der rechtsgleichen Verwirklichung des neuen Rechtes einerseits und den Interessen an der Bewahrung altrechtlicher baulicher Tatbestände andererseits einen Ausgleich zu schaffen (Martin Pfisterer, Die Anwendung neuer Bauvorschriften auf bestehende Bauten und Anlagen, insbesondere die Besitzstandsgarantie, S. 109). Die Besitzstandsgarantie schützt die rechtmässig erstellte Baute bzw. die rechtmässig getätigte bauliche Investition. Ein Umbau oder ein Ausbau setzen eine bestehende Baute voraus. Die Besitzstandsgarantie bezieht sich auf bestehende Bauten und nicht auf die nach altem Recht zulässigen und ausgenützten Baumasse. Es gibt kein «Recht der alten Baustelle» (GVP 1993/94, 36; 1981/82, 46; VGE vom 13.8.1987 i.S. Sch.). Die Besitzstandsgarantie kann somit nicht für eine (freiwillig) zerstörte Baute in Anspruch genommen werden. Das gleiche würde auch für ein Abbruchobjekt gelten. Die Rechtfertigung der Besitzstandsgarantie fällt dahin, wenn die geschützte bauliche Investition ihren Wert verloren hat.

Artikel 1 Abs. 2 BO Oberägeri lautet wie folgt:

Der Weiterbestand von Bauten und Anlagen, die vor Inkrafttreten dieser Bauordnung erstellt wurden, ist gewährleistet. Diese dürfen unterhalten und innerhalb des bestehenden Volumens um- und ausgebaut werden, wobei die Bestimmungen über die Ausnützung, Geschosse, Höhenlage, Gebäude- und Firsthöhe sowie Grenz- und Gebäudeabstände entfallen. Die Vorschriften über die Wohnhygiene (Art. 33 dieser Bauordnung) wer-

den vom Gemeinderat unter Berücksichtigung der baulichen Gegebenheiten von Fall zu Fall festgelegt. Kleine Lukarnen und Dachaufbauten sind erlaubt. Die Bestimmungen des eidgenössischen Raumplanungsrechts und des kantonalen Rechts über Bauten und Anlagen ausserhalb des Baugebietes bleiben vorbehalten.

Diese Vorschrift geht einerseits sehr weit. Der Gemeinderat spricht von einer Generalamnestie, was auch im Vorprüfungsverfahren durch die kantonale Baudirektion zur Sprache kam, ohne dass – soweit ersichtlich – die hier strittigen Probleme diskutiert worden wären. Andererseits erscheint Art. 1 Abs. 2 BO weniger differenziert als andere Bauordnungen hinsichtlich der Erweiterung altrechtlicher Bauten. Die Auslegung im Einzelfall ist im Lichte der vorgenannten verfassungsrechtlichen Normen und des höherrangigen Gesetzes- und Ordnungsrechtes vorzunehmen. Dies ergibt zunächst, dass die Gemeinde zur materiellen Prüfung der Bauvorhaben im Bewilligungsverfahren verpflichtet ist. Soweit unter Generalamnestie eine Sanktionierung widerrechtlicher Bauten zu verstehen wäre, würde die Gemeinde ihre Verpflichtungen nach höherrangigem Recht verletzen. Eine solche Amnestie liegt nicht im Rahmen der Gemeindeautonomie. Die Gemeinde ist vielmehr verpflichtet, das neue Recht rechtsgleich zu verwirklichen. Daneben tritt die aus der Eigentumsgarantie fließende Bestandesgarantie, welche rechtmässig erstellte Bauten und Anlagen in ihrem Bestand schützt bzw. welche den Wert schützt, welchen der Eigentümer im Vertrauen auf die Baubewilligung geschaffen hat. Das gleiche gilt für ältere Bauten, die vor Einführung der Bewilligungspflicht erstellt wurden. Im vorliegenden Fall geht es nicht darum, das geltende Recht rechtsgleich anzuwenden unter Gewährleistung altrechtlicher Bauten. Es geht auch nicht um die Frage, ob der Besitzstand nur im Rahmen von Weiternutzung und Unterhalt oder in erweiterter Gestaltungsfreiheit gewährleistet ist.

Der hier strittige Ausbau von Räumlichkeiten wäre weder nach altem Recht noch nach neuem Recht materiell zulässig. Der Innenausbau ist – soweit strittig – in Verletzung der nach früherem Recht erteilten formellen Baubewilligung erstellt worden. Dementsprechend hat die Bauherrschaft bzw. haben die Erwerber auch nicht gutgläubig im Vertrauen auf die erteilte Baubewilligung ihre Investition getätigt. Die Berufung auf die Besitzstandsgarantie ist deshalb offensichtlich missbräulich. Die Besitzstandsgarantie der Bauordnung Oberägeri ist im Rahmen der Verfassung, insbesondere der Planungspflicht, der Eigentumsgarantie und der Rechtsgleichheit sowie im Sinne des höherrangigen materiellen und formellen Baurechtes auszulegen. Soweit Art. 1 Abs. 2 BO im Einzelfall bei isolierter Betrachtungsweise eine Auslegung ermöglicht, welche nicht verfassungskonform ist und dem höherrangigen Recht nicht entspricht, muss ihm die Anwendung versagt bleiben.

...

Verwaltungsgericht, 21. Oktober 1999

Art. 2 RPG. – Planungspflicht. Wann kann ein Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone als Ausnahme bewilligt werden und wann bedarf es einer Nutzungsplanung? Der Bau eines Bootshafens in Oberägeri erfordert ein Planungsverfahren.

Sachverhalt:

A. In einem koordinierten Entscheid erteilte der Regierungsrat des Kantons Zug am 29. März 1999 der Korporation Oberägeri eine bis 31. Dezember 2019 befristete Konzession für eine Hafenanlage für 45 Boote, 3 Prallpfähle, 14 Standplatzpfähle, eine Markierungsboje, eine Wasserungsstelle, einen Schiffshüttenanbau (Assek.-Nr. 668a) auf dem Gebiet des Ägerisees (GS Nr. 1900) und für 174 Trocken-Bootsplätze auf dem GS Nr. 250, Seeplatz, Gemeinde Oberägeri, gemäss Auflagen und Bedingungen. Mit der Konzessionserteilung wurde gleichzeitig die Zustimmung der Baudirektion zur befristeten Ausnahme nach Art. 24 des Raumplanungsgesetzes und der fischereirechtlichen Bewilligung der Forstdirektion eröffnet und Einsprachen der Erbgemeinschaft Rogenmoser/Gander abgewiesen. Der Gemeinderat Oberägeri wurde angewiesen, den Beschluss mit dem gemeindlichen Baubewilligungsverfahren zu koordinieren und den Einsprechern zu eröffnen.

Zur Begründung verwies der Regierungsrat auf die Vorgeschichte und führte aus, er habe am 25. März 1991 eine bis 31. Dezember 1997 befristete Konzession für eine zentrale Bootsanlage (Bojenfeld) mit der Auflage erteilt, dass die Korporation Oberägeri bis Ende 1997 in enger Zusammenarbeit mit den kantonalen Fachinstanzen eine Hafenanlage plane und erstelle. Der von der Pantrust AG und Josef Hegglin, Oberägeri, angefochtene Entscheid des Regierungsrates sei vom Verwaltungsgericht und später vom Bundesgericht bestätigt worden. Nebst verschiedenen kleineren Anpassungen und Verbesserungen habe der Regierungsrat am 23. Dezember 1997 die Konzession bis 31. Dezember 1999 verlängert. Die Verlängerung sei mit den bereits eingeleiteten konkreten Schritten zur Realisierung einer Hafenanlage durch den Korporations- und Gemeinderat begründet worden, aber auch mit den bestehenden Sicherungsmassnahmen zum Schutz des Schilfbestandes, die eine engbefristete Verlängerung zugelassen hätten. In der Vorprüfung habe die Baudirektion am 30. Oktober 1997 zu einem Bootshafen vor den Bootshütten (Variante 17 mit 64 Plätzen) unter Auflagen und Bedingungen positiv Stellung genommen. Es sei unter anderem verlangt worden, dass zum Schutz der Anstösser beim Baden eine klare Abgrenzung des Fahrbereichs für Boote vorzunehmen sei. Am 9. Juni 1998 habe sich das Amt für Raumplanung vorbehältlich einiger Anpassungen und der Zustimmung weiterer Fachinstanzen und des Regierungsrates mit der abgeänderten Variante 19 ebenfalls einverstanden erklärt. Sie sehe gegenüber der Variante 17 eine seeseitige Verschiebung des Hafens um 9,5 m in südlicher Richtung vor sowie eine Reduktion der Bootsstandplätze von 64 auf 45. Begründet werde die Änderung damit, dass die privaten Seeanstösser möglichst wenig tangiert

werden sollten und die mit ihnen verhandelte Abgrenzung eingehalten werden könne. Durch die Hafenanlage würden ca. 2'200 m² Seegebiet beansprucht. Am 31. Juli 1998 habe die Korporation Oberägeri bei der Einwohnergemeinde Oberägeri das Baugesuch für einen Bootshafen vor den Bootshütten am Seeplatz eingereicht. Es seien drei Einsprachen dagegen eingegangen, von seiten der Erbgemeinschaft Rogenmoser, von den Mietern der Liegenschaften Rogenmoser, Seestrasse 15, 17 und 19 und von Anton Iten, Hauptstrasse 56, Oberägeri.

Die Hafenmole solle mit einer Länge von total 104 m, 91 m in Form einer Betonschwimmole (3,25 m x 1,65 m) mit einem Freibord von 60 cm und einem Zugangssteg mit Rampe (13 m x 2 m) in fester Bauweise mit darunterliegendem Wellenbrecher (Spundwand) und seitlichem Rudersteg mit Rampe (14 m x 2 m) erstellt werden. Als Aufbauten seien sechs Sitzbänke, Beleuchtungskandelaber und seitliche Streifpfosten, unterbrochen mit Bordlatten, geplant. Der Zugangssteg sei mit einem Geländer geplant. Die 45 Boote sollen an Auslegern, an Mole und Schwimmsteg (31 Stück) bzw. jeweils zwischen zwei Pfählen und dem Zugangssteg bzw. der Seeufermauer (14 Stück) stationiert werden. Im weiteren würden 4 Gästeplätze entlang der Mole ausgewiesen. Zur Stationierung der Boote müsse entlang der Ufermauer auf einer Fläche von 200 m² ca. 100 m³ Unterwasserterrain abgetragen werden. Die Gesuchstellerin habe betreffend des Parkplatznachweises mit Schreiben vom 2. Oktober 1998 der Bauverwaltung Oberägeri mitgeteilt, dass auf dem oberen Teil des Seeplatzes die notwendigen 44 Parkplätze ohne Problem ausgewiesen werden könnten. Sie sei jedoch der Meinung, dass ein definitiver Parkplatz erst dann geplant und eingezeichnet werden solle, wenn die Seestrasse saniert sei. Die Konzession für die Hafenanlage solle neu wie im Regierungsratsbeschluss vom 25. März 1991 festgehalten, an die dahinter liegende Grundeigentümerin, die Korporation Oberägeri, erteilt werden.

Am 25. November 1998 habe die Baudirektion der Konzessionsnehmerin den Konzessionsentwurf zur Stellungnahme übermittelt. Mit Schreiben vom 11. März 1999 habe sich die Konzessionsnehmerin mit den Konzessionsbedingungen einverstanden erklärt. Die dem Amt für Raumplanung gleichzeitig zur Beurteilung vorgelegte neueste Bootshafenvariante vor dem Birkenwäldli sei unter Einbezug der Stellungnahmen weiterer Fachinstanzen als weniger geeignet eingestuft worden.

B. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 5. Mai 1999 beantragen Adolf Rogenmoser, Seestrasse 19, Oberägeri, für sich und die anderen Erben Rogenmoser, nämlich Josef Rogenmoser, Bennau, für die Liegenschaft Seestrasse 15 und Elisabeth Gander-Rogenmoser, Beckenried, für die Liegenschaft Seestrasse 17, es sei auf den regierungsrätlichen Entscheid zurückzukommen und die Einsprache gegen die Konzession an die Korporation Oberägeri für eine zentrale Bootsstationierungsanlage gutzuheissen. Zur Be-

gründung wird ausgeführt, die Liegenschaften Seestrasse 15 bis 19 würden durch den Bau des vorgesehenen Bootshafens eine grundlegende Wertverminderung erfahren. Die Wohn- und Lebensqualität der Mieterschaft würde sehr stark eingeschränkt. Mit der Realisierung des Bootshafens und der damit verbundenen Infrastruktur (Molen, Gehstege) und im Zusammenhang mit dem in unmittelbarer Umgebung liegenden Jugendtreff sei mit künftigen Lärmimmissionen zu rechnen. Da eine redimensionierte neue Variante im Bereich Birkenwäldli vorliege, sollte diese Variante nochmals gründlich geprüft werden. In jenem Bereich seien keine privaten Grundeigentümer vom Bauprojekt tangiert. Auch den Mitgliedern des Verwaltungsrates der Korporation sei es ein Anliegen, nochmals auf die Variante Birkenwäldli zurückzukommen. Eine erneute Beurteilung setze allerdings Gesprächsbereitschaft und auch Objektivität seitens der zuständigen Behörden voraus. Es sei wohl nicht vermessen, wenn die Beschwerdeführer ihrer Enttäuschung darüber Ausdruck geben würden, dass der Gemeinderat Oberägeri im Verlaufe des Einspracheverfahrens mit den Einsprechern keine Gespräche geführt und auch keinen Augenschein vorgenommen habe. Zur Einsprachebehandlung im regierungsrätlichen Entscheid wird ausgeführt, Adolf Rogenmoser habe als Vertreter der Erbgemeinschaft einmal mündlich signalisiert, dass er sich eine Anlage gemäss angefochtenem Entscheid vorstellen könnte, nachdem er die Vorschläge auf dem Papier gesehen habe. Erst durch die Profilsetzung seien aber die Ausmasse richtig zum Vorschein gekommen. Trotz der früheren Konsultativabstimmung, die der Gemeinderat angeordnet habe und die ja nicht rechtskräftig sei, würden inzwischen auch viele Stimmberechtigte aus Oberägeri der heutigen Variante Birkenwäldli zustimmen.

C. Namens der Korporation Oberägeri nimmt der Korporationsrat mit Vernehmlassung vom 19. Mai 1999 zur Beschwerde wie folgt Stellung: Der Korporationsrat verstehe die Bedenken der Erbgemeinschaft Rogenmoser/Gander. Vor der Liegenschaft Seestrasse 15, 17 und 19 würde es zugegebenermassen mehr Immissionen geben. Der Korporationsrat möchte auch feststellen, dass er in der Vergangenheit einer Hafenanlage vor seinem Grundstück beim Seeplatz immer den Vorzug gegeben habe. So sei an einer vom Gemeinderat Oberägeri durchgeführten konsultativen Urnenabstimmung vom 1. Dezember 1996 ein baureifes Hafenprojekt vor dem korporationseigenen Birkenwäldli abgelehnt worden. In der Folge sei das heute vorliegende Projekt in Zusammenarbeit mit dem Gemeinderat und dem Amt für Raumplanung ausgearbeitet worden. Aufgrund der Einsprachen habe der Korporationsrat das Büro Willi Stäubli AG, Zürich, beauftragt, noch einmal eine Lösung vor dem korporationseigenen Seeplatz auszuarbeiten. Mit Datum vom 8. Dezember 1998 habe das Büro Stäubli den Entwurf Nr. 2727-22 vorgelegt. Mit Schreiben vom 30. Dezember 1998 habe der Korporationsrat diesen Entwurf dem Amt für Raumplanung vorgelegt. In der Folge hätten sich das Amt für Raumplanung mit Schreiben vom 3. März 1999 und der

Gemeinderat Oberägeri mit Schreiben vom 10. Februar 1999 negativ zu diesem Projekt geäußert und den Korporationsrat aufgefordert, den Konzessionsentwurf des Regierungsrates vom 25. November 1998 zu unterzeichnen. Diesem Begehren sei der Korporationsrat am 11. März 1999 nachgekommen.

Der Korporationsrat stelle fest, dass mit der nun vorliegenden Beschwerde der Bau einer Hafenanlage vor den Bootshütten bis zum kommenden Frühling fast nicht mehr möglich sei, zumal die Einsprecher versichert hätten, dass sie einen allfälligen negativen Entscheid des Verwaltungsgerichtes an das Bundesgericht weiterziehen würden. Die befristete Konzession für das Bojenfeld vom 23. Dezember 1997 laufe am 31. Dezember 1999 aus. Im Interesse der Bojenbesitzer sollte der Regierungsrat diese Konzession um zwei Jahre verlängern. In dieser Zeit könnte weiter nach einer für alle Seiten befriedigenden Lösung gesucht werden. Gestützt auf diese Ausführungen stellt der Korporationsrat folgenden Antrag:

- Das Verwaltungsgericht sistiert die Konzession an die Korporation Oberägeri vom 29. März 1999;
- das Verwaltungsgericht beantragt dem Regierungsrat des Kantons Zug, dass die Konzession vom 23. Dezember 1997 für die Bojenanlage bei der Gerbe um zwei Jahre, bis zum 31. Dezember 2001, verlängert wird;
- das Verwaltungsgericht beauftragt die kantonale Baudirektion, den Gemeinderat Oberägeri und den Kantonsrat Oberägeri zusammen nach weiteren Lösungen zu suchen und insbesondere noch einmal den Entwurf Nr. 2727-22 vom 8. Dezember 1998 zu überarbeiten.

D. In ihrer Vernehmlassung vom 4. Juni 1999 beantragt die Baudirektion des Kantons Zug, die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen.

Zur Begründung wird u.a. ausgeführt, die Beschwerdeführer könnten aus der Eigentumsgarantie und der damit verbundenen Besitzstandsgarantie nichts zu ihren Gunsten ableiten. Der Korporation Oberägeri sei nicht verwehrt, auf dem fraglichen Areal einen Bootshafen zu errichten. Es sei unbestritten, dass damit gewisse Immissionen verbunden seien. Entscheidend im Konzessions- und Baubewilligungsverfahren sei, ob eine Anlage die massgebenden Vorschriften einhalte. Bei der zur Diskussion stehenden Anlage treffe dies zu. Die Beschwerdeführerin teile offensichtlich diese Auffassung, mache sie doch keine Verletzung der Umweltschutz- und Bauvorschriften geltend. Mögliche Lärmbelästigungen im Zusammenhang mit dem Betrieb des Jugendtreffs könnten mit flankierenden Massnahmen verhindert werden, sei es in Form von Auflagen an die Leitung des Jugendtreffs, durch Kontrollen seitens der Polizei oder durch bauliche Massnahmen wie Sperren der Mole bei Nacht. Der Standort Birkenwäldli sei früher als möglicher Standort zur Diskussion gestanden. Die Korporation Oberägeri habe diesen Standort

jedoch aus verschiedenen Gründen fallengelassen, so dass nicht mehr weiter darauf einzugehen sei. Im vorliegenden Fall sei nur das zur Diskussion stehende Baugesuch zu beurteilen und nichts anderes. Auf Wunsch der heutigen Beschwerdeführer sei das Hafenprojekt bereits reduziert und als Folge davon die Seefläche vor deren Grundstücken möglichst freigehalten worden.

E. Am 6. Juli 1999 nahm eine Delegation des Gerichtes in Anwesenheit der Beschwerdeführer und von Vertretern des Korporationsrates, des Gemeinderates und des Regierungsrates einen Augenschein vor. Die Parteien hatten Gelegenheit, sich zu äussern. Auf ihre Ausführungen wird – soweit erforderlich – in den Erwägungen eingetreten.

Erwägungen:

1. Gestützt auf § 14 bis und § 21 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG, BGS 162.1) hat der Regierungsrat die Teilentscheide hinsichtlich Verfahren und Eröffnung koordiniert. Er stützte sich vorab auf Art. 24 des Bundesgesetzes über die Raumplanung (RPG, SR 700), auf §§ 67 lit. d und 70 Abs. 1 des kantonalen Gesetzes über die Gewässer (GewG, BGS 731.1) sowie auf Art. 8 des Bundesgesetzes über die Fischerei (SR 923.0). Gemäss § 61 Abs. 1 VRG ist die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zulässig, gegen Verwaltungsentscheide einer Direktion des Regierungsrates, wenn in der Streitsache ein ordentliches Rechtsmittel an eine Bundesbehörde gegeben ist und gegen Verwaltungsentscheides des Regierungsrates, soweit die Gesetzgebung den Weiterzug nicht ausschliesst. Die Beschwerde ans Verwaltungsgericht ist somit zulässig. Die Beschwerdeführer sind als Eigentümer der Grundstücke mit Seeanstoss im Bereich des geplanten Hafens durch das Bauvorhaben individuell betroffen, so dass sie zur Beschwerdeführung legitimiert sind. Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden, weshalb sie zu prüfen ist.

2. Gestützt auf Art. 22^{quater} der Bundesverfassung verpflichtet Art. 2 RPG den Bund, die Kantone und die Gemeinden, für ihre raumwirksamen Aufgaben die nötigen Planungen zu erarbeiten und sie aufeinander abzustimmen. Die Planung hat in verschiedenen Etappen zu erfolgen: Richtplanung, Nutzungsplanung und Baubewilligungsverfahren. Auch Ausnahmegewilligungen haben sich in den planerischen Stufenbau einzufügen. Sie dürfen nicht für Bauten und Anlagen erteilt werden, die ihrer Natur nach sachgerecht nur in einem Planungsverfahren erlassen werden können (BGE 113 Ib 374; Peter Heer, Die raumplanungsrechtliche Erfassung von Bauten und Anlagen im Nichtbaugebiet, S. 129). Im Planungsverfahren, das Rechtsschutz (Art. 33 ff. RPG) und demokratische Mitwirkung (Art. 4 RPG) sichert, entstehen aufgrund einer umfassenden Abstimmung und Abwägung (Art. 1 Abs. 1 Satz 2, Art. 2 Abs. 1 RPG) nach Massgabe des Richtplans (Art. 6 ff., Art. 26 Abs. 2 RPG) die für die Privaten verbindlichen Nutzungspläne (Art. 14 ff. RPG). Wann ein nicht zonenkonformes Vorhaben hinsichtlich seines Ausmasses und seiner Auswirkungen auf die Nutzungsordnung so

gewichtig ist, dass es erst nach einer Änderung oder Schaffung eines Nutzungsplanes bewilligt werden darf, ergibt sich aus der Planungspflicht (Art. 2 RPG), den Planungsgrundsätzen und -zielen (Art. 1 und 3 RGP), dem kantonalen Richtplan (Art. 6 ff. RPG) sowie der Bedeutung des Projekts im Lichte der im Raumplanungsgesetz festgelegten Verfahrensordnung (Art. 4 und Art. 33 ff. RPG) (Heer, a.a.O., S. 139, mit zahlreichen Hinweisen, insbesondere auf BGE 119 Ib 178 E. 4 und 440 E. 4a).

Der kantonale Richtplan weist im Bereich des Seeplatzes von Oberägeri eine zentrale Bootsstationierungsanlage aus, ohne jedoch zu den hier strittigen Fragen Stellung zu nehmen. Die Vorinstanzen haben mit grossem Aufwand zahlreiche Planungsvarianten erarbeitet, rechtlich relevante Interessen ermittelt, Standorte für einen Hafen oder für ein Bojenfeld geprüft und haben schliesslich das Verfahren durch Erteilung einer Ausnahmegewilligung zum vorläufigen Abschluss gebracht. Das für den Hafen beanspruchte Seegebiet ist nicht von der Ortsplanung erfasst. Es wurde insbesondere auch keine Ortsplanung im Sinne einer Sondernutzungsplanung im Sinne von § 10 BauG beschlossen. Nach Anfechtung des Entscheides ist von Amtes wegen zu prüfen, ob das strittige Hafenprojekt als Ausnahme ausserhalb der Bauzone bewilligt werden kann, oder ob ein Fall vorliegt, welcher den Erlass einer Sondernutzungsplanung voraussetzt.

3. Gegenüber der Variante 17 mit 64 Bootsplätzen wurde die konzessionierte Variante 19 auf 45 Bootsstandplätze reduziert, wobei die Hafenanlage ca. 2'200 m² Seegebiet beansprucht. Für die Notwendigkeit einer Sondernutzungsplanung spricht nicht primär die Dimension der Anlage. Die Ausarbeitung zahlreicher Varianten und die Ermittlung verschiedener Standorte für eine zentrale Bootsstationierungsanlage als Hafen oder als Bojenfeld durch eine Kommission der beteiligten Gemeinwesen bestätigt die hohen Anforderungen, welche sich hier an die Ermittlung und Abstimmung der planerischen Anforderungen ergeben. Aus Gründen des Natur- und Landschaftschutzes soll die Bootsstationierung zentralisiert erfolgen und unter Berücksichtigung des landseitigen Erschliessungsbedarfes die Zugänglichkeit zum See für Freizeit und Wassersport ermöglichen. Zu berücksichtigen ist die Uferbepflanzung, aber auch der Badebetrieb, die Anlegestelle für die Kurschiffahrt und die bestehenden Schiffshütten. Die Seeanlage beim Birkenwäldli ist für das Publikum hergerichtet worden, und die Studenhütte dient als Jugendtreffpunkt. Die räumlichen Verhältnisse ermöglichen es insgesamt kaum, die sich teils zuwiderlaufenden öffentlichen und privaten Interessen örtlich so zu entflechten, dass allen Belangen ohne Einschränkung Rechnung getragen werden kann. Die Berücksichtigung aller Interessen ist zugleich wegen der landschaftlichen Lage und der vielfältigen Nutzung von besonderer Bedeutung. Insofern ist ein gesteigertes Regelungsbedürfnis zu anerkennen, was für die Notwendigkeit einer Sondernutzungsplanung spricht (vgl. Meinrad Huser, Die Planungspflicht nach Art. 2 Abs. 1 RPG, AJP 8/94, S. 943 ff.).

Der Korporationsrat erklärt, er habe einer Hafenanlage vor dem Grundstück der Korporation beim Seeplatz immer den Vorzug gegeben. Er verstehe die Bedenken der Erben Rogenmoser/Gander. Diese Überlegungen der Korporation zielen auf eine gegenseitige Zuordnung der Publikumsnutzungen von Hafen- und Studenhütte ab unter Entlastung der Wohnliegenschaften. Soweit sich der Gemeinderat überhaupt geäußert hat, hat er auf die Konsultativabstimmung verwiesen. Diese stellt unbestrittenermassen keinen verbindlichen Planungsentscheid des gemeindlichen Souveräns dar. Es stand auch nicht die wesentlich reduzierte Projektvariante zur Befragung, welche die Korporation nunmehr noch geprüft haben möchte. Der Gemeinderat sieht sich in einer wichtigen ortsplanerischen Frage bei der Stellungnahme zu einer neuen Variante nicht frei von einer unverbindlichen Konsultativabstimmung. Die Mitwirkung des Gemeinderates erfolgte eher formell im Baubewilligungsverfahren, während die entscheidende Prüfung nach Art. 24 RPG und gemäss Konzessionsrecht bei den kantonalen Instanzen liegt. Schliesslich wurde mit Recht auch auf das seinerzeitige Beschwerdeverfahren Pantrust/Dr. Joseph Hegglin verwiesen. Jenes Verfahren betraf einen Teilaspekt des Schilfschutzes sowie persönliche Interessen, die ebenfalls das Wohnen am See betrafen. Die Hafenvariante wurde damals ohne vorherige Planung als Möglichkeit einer konzentrierteren Schiffsstationierung als Alternative berücksichtigt. Der damalige Entscheid darf einer Gesamtwürdigung unter Einbezug aller öffentlichen und privaten Interessen und der seither gewonnenen Erkenntnisse nicht im Wege stehen. Schliesslich ist festzustellen, dass der Regierungsrat aus verständlichen Gründen die Bootsstationierungsfrage zum Abschluss bringen möchte. Dies birgt die Gefahr in sich, dass nach diesem langen Planungsverfahren die jetzt noch erhobenen Rügen und Einwände oder Begehren um Prüfung von Varianten nicht in gleicher Sorgfalt angegangen werden, wie bei einer gleichzeitig vorgenommenen Interessenabwägung. Diese Planungsgeschichte und -umstände führen auch unter verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten dazu, die Notwendigkeit einer Sondernutzungsplanung zu bejahen (vgl. Huser, a.a.O., S. 946). Die zugerische Gesetzgebung erlaubt auch Variantenabstimmungen.

Es ergibt sich somit, dass das Vorhaben nicht als Ausnahme ausserhalb der Bauzone bewilligt werden kann, sondern dass der Bau einer Hafenanlage auf der Seefläche eine Nutzungsplanung voraussetzt.

Verwaltungsgericht, 21. Oktober 1999

Art. 2 und 26 RPG, § 15 BauG. – Überprüfung der Ortsplanung durch die Genehmigungsinstanz. (vgl. § 3 Abs. 3 i.V. mit §§ 15 ff. PBG vom 26. November 1998; BGS 721.11) Ermessensspielraum der Gemeinde. In concreto schützt das Verwaltungsgericht den gemeindlichen Planungsentscheid gegen die Nichtgenehmigung durch den Regierungsrat.

Sachverhalt:

A. Bei der Teilplanung Buonas 1974 wurde ein Teil des GS Nr. 392 (dieses Teilgrundstück trägt neu die Nr. 1769) in die Bauzone 5 eingeteilt. Diese Zonierung sollte die Errichtung eines Gastgewerbebetriebes gegenüber dem früheren Gasthaus Rössli ermöglichen, welches in den sechziger Jahren in ein Wohnhaus umfunktionierte wurde. Bei der Ortsplanungsrevision 1992 unterbreitete der Gemeinderat Risch dem Souverän eine separate Vorlage über die Bauzone 5 Buonas. Geplant war, die bestehende Bauzone 5 in südlicher und östlicher Richtung um 2'785 m² zu erweitern, um die Errichtung eines grösseren Restaurations- und Hotelbetriebes zu ermöglichen. Die Baudirektion, der Regierungsrat und der Souverän der Gemeinde Risch stellten sich aber gegen das Vorhaben. In der Urnenabstimmung über die Revision der Ortsplanung 1994 vom 12. Juni 1994 wurde auf Antrag des Gemeinderates das GS Nr. 1769 vom Souverän in der Bauzone 5 belassen unter Beibehaltung der bestehenden Bestimmungen. Diese Ortsplanung 1994 wurde vom Regierungsrat am 5. Dezember 1994 genehmigt.

B. Am 18. Februar 1997 beschloss der Gemeinderat auf Gesuch der Erbgemeinschaft Stuber eine Änderung der Bauvorschriften für das GS Nr. 1769 und reichte diese zur Vorprüfung der kantonalen Baudirektion ein. Im Vorprüfungsbericht erklärte sie, dass dem Regierungsrat kein Antrag auf Genehmigung der Zonenplanänderung gestellt werden können, da das Vorhaben mit der Siedlungsplanung, dem Orts- und Landschaftsschutz sowie der Rechtsbeständigkeit der Bauvorschriften nicht zu vereinbaren sei. Die kantonale Natur- und Heimatschutzkommission äusserte sich in ihrer Stellungnahme ebenfalls negativ zur Änderung der Bauvorschriften.

An der Gemeindeversammlung vom 2. Dezember 1997 wurde der besagten Umzonung zugestimmt.

C. Mit Beschluss vom 2. Juni 1998 verweigerte der Regierungsrat der Änderung von Zonenplan und Bauordnung seine Genehmigung.

Zur Begründung wurde ausgeführt, das Planungsgebiet Buonas sei seit 1974 in fünf verschiedenen definierte Bauzonen sowie eine Ufer- und Promenadenzone unterteilt. Die Bauzone 5 liege als einzige unterhalb der Dersbachstrasse. Dass damals eine solche Inselbauzone ausgeschieden worden sei, liege einzig im Umstand begründet, dass ein dem öffentlichen Interesse verpflichteter Zweck damit verfolgt worden sei. Einschränkend dürfe das Grundstück «nur» für die Erstellung eines mittelgrossen Gastgewerbebetriebes

bes mit einer Geschossfläche von 1'200 m² verwendet werden. Nach dem Bericht «Teilplanung Buonas» vom Dezember 1974 sollte diese Massnahme dem Teilziel «Unterstützung und Erhöhung der Attraktivität als Naherholungsgebiet durch Förderung des örtlichen Gastgewerbs» dienen. Ohne diese planerische Absicht wäre damals das Grundstück dem übrigen Gemeindegebiet, heute der Landwirtschaftszone zugewiesen worden. Weder damals noch heute gebe es ortsplanerische Gründe, das Grundstück einer Landhauszone zuzuweisen. Würde von dieser planerischen Vorgabe abgewichen, wären weitere Einzonungsbegehren in dieser seenahen und reizvollen Landschaft – trotz bestehender Siedlungsbegrenzungslinie – präjudiziert. Eine planerische Begründung, weshalb auf dem GS Nr. 1769 die Ausscheidung einer Landhauszone als zweckmässig erachtet werde, auf den benachbarten Grundstücken jedoch nicht, könnte nicht gegeben werden. Sodann dürfe der empfindliche Landschaftsraum zwischen Dersbachstrasse und See nicht mit dem Bau von Wohnhäusern beeinträchtigt werden.

Unter Berufung auf Art. 21 Abs. 2 RPG wird erklärt, im vorliegenden Fall hätten sich die sachlichen Verhältnisse seit der Revision der Ortsplanung im Jahre 1994 überhaupt nicht geändert. Da diese Revision erst vier Jahre zurück liege, sei es mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit nicht vereinbar, wenn im vorliegenden Fall ohne triftigen Grund bereits wieder eine Zonenplanänderung vorgenommen werde.

Der Regierungsrat hält die von der Gemeindeversammlung Risch beschlossene Zonenplanänderung auch nicht für zweckmässig, weil sie der seinerzeitigen Absicht der Zonenplanung 1974, nach der Auszonung eines Teils des seeseitig der Dersbachstrasse liegenden Gebietes auf diesem einen Grundstück nur noch die Erstellung eines mittelgrossen Gastgewerbebetriebes zu ermöglichen, zuwiderlaufe. Der Regierungsrat habe mit dem kantonalen Richtplan 1987 und der Siedlungsbegrenzungslinie in diesem Raum klar zum Ausdruck gebracht, dass aus Landschaftsschutzgründen das Siedlungsgebiet nicht östlich der Dersbachstrasse ausgedehnt werden dürfen. Die einzige Ausnahme bezüglich GS Nr. 1769 sei mit der Rechtmässigkeit der Bauzone und dem einem öffentlichen Interesse dienenden Zweck (Unterstützung und Erhöhung der Attraktivität als Naherholungsgebiet durch Förderung des örtlichen Gastgewerbes) begründet.

Wenn die Grundeigentümer die zonenkonforme Nutzung nicht realisieren wollten, dann wäre aufgrund der dargelegten raumplanerischen Überlegungen einzig eine Umzonung in eine Landwirtschaftszone sachgerecht. Die nun beschlossene Zonenplanänderung würde weitere Einzonungen in der näheren Umgebung präjudizieren. Die planerischen Gründe würden das Interesse der Grundeigentümer überwiegen, auf ihrem Land nicht wie vorgesehen an einen Gastgewerbebetrieb erstellen zu müssen, sondern darauf Landhäuser errichten zu können.

D. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 6. Juli 1998 lassen die Erben Stuber beantragen:

1. Es sei der Entscheid des Regierungsrates vom 2. Juni 1998 aufzuheben und die an der Gemeindeversammlung Risch vom 2. Dezember 1997 beschlossene Zonenplanänderung in Buonas auf GS Nr. 1769 sowie die Änderung der §§ 6 und 20 der Bauordnung Buonas, Anhang 1 der Bauordnung der Einwohnergemeinde Risch, zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdebeklagten.

Zur Begründung wird zunächst geltend gemacht, das Baugebiet Buonas ende entgegen den Ausführungen des Regierungsrates nicht oberhalb der Dersbach- bzw. St. Germannstrasse. Vielmehr würden sich unterhalb dieser Strasse im zur Diskussion stehenden Bereich das Restaurant Wilder Mann befinden, das Wohnhaus auf GS Nr. 391, zwei Bauten auf GS 931 sowie ein neu erstelltes Wohnhaus auf GS Nr. 394. Auf GS Nr. 643 befinde sich ein Parkplatz und zu berücksichtigen sei schliesslich, dass das Grundstück GS Nr. 1769 der Beschwerdeführer ebenfalls mit einer landwirtschaftlich nicht mehr genutzten Scheune überbaut sei. Faktisch betrachtet befinde sich unterhalb der Dersbach- und St. Germannstrasse ein weitgehend zusammenhängendes Baugebiet.

Zur Präjudizierung weiterer Einzonungen wird ausgeführt, die Begrenzung der Bauzone sei einerseits ein allgemeines Problem, weshalb der Rechtsgleichheit im Planungsrecht nur eine untergeordnete Bedeutung zukomme. Der Souverän einer Gemeinde könne recht frei darüber entscheiden, wo Bauzonen zu enden hätten. Sie dürften allerdings nicht willkürlich festgelegt werden. Konkret sei hier aber sowohl nördlich wie südlich des strittigen Areals nicht mit weiteren Begehren zu rechnen, da nördlich das Baugebiet ende und die südlich angrenzenden Parzellen bereits überbaut seien.

Zur Interessenabwägung erklären die Beschwerdeführer, die Argumentation des Regierungsrates laufe darauf hinaus, dass die Parzelle GS Nr. 1769 nur mit einem Gastgewerbebetrieb überbaut werden könne oder dann aber dem Nichtbaugebiet zugewiesen sein müsse. Wenn dem so wäre, was aber bestritten sei, bestünde die Konsequenz nicht darin, dass diesfalls das Grundstück GS Nr. 1769 zu einer unüberbauten, das landschaftliche Bild in keiner Weise beeinträchtigenden Parzelle würde. Das vom Regierungsrat beabsichtigte Ziel bestehe in letzter Konsequenz darin, dass auf GS Nr. 1769 ausser einem Gastgewerbebetrieb keine das Landschaftsbild beeinträchtigende Baute bestehen dürfte. Dieses Ziel könne aber auf rechtlichen Wegen nicht erreicht werden, weil die Stipulierung einer Zone OeI mit anschliessender Enteignung und Abbruch der bestehenden Scheune zufolge fehlendem öffentlichen Interesse und Unverhältnismässigkeit rechtlich nicht durchsetzbar wäre. Ergänzt werden die Ausführungen durch folgende Berechnungen:

Nach bisheriger Zonierung könnte ein Gastgewerbebetrieb mit einer Bruttogeschossfläche von 1'200 m² realisiert werden. Mit hoher Wahrscheinlichkeit würde ein Bau drei oder jedenfalls zwei Vollgeschosse und mit hoher Wahrscheinlichkeit auch ein Dachgeschoss aufweisen. Die derzeit bestehende Scheune habe zwischen zwei und drei Geschossen und eine Grundfläche von etwa 180 m². Die Bruttogeschossfläche dürfte irgendwo zwischen 360 und 540 m² liegen. Die strittigen neuen Zonenvorschriften würden mit einer zulässigen Ausnutzung 0.15 bei einer eingezonten Landfläche von 2'697 m² zu einer zulässigen Bruttogeschossfläche von 404.55 m² führen. Die Geschosszahl sei auf ein Vollgeschoss beschränkt. Die Nichtgenehmigung der Zonenplanänderung durch den Regierungsrat hätte nun zur Folge, dass eine rund viermal grössere Baumasse realisiert werden könnte. Die landschaftliche Beeinträchtigung wäre nach altem Recht grösser als nach den neuen Vorschriften. Viele Stimmberechtigte könnten den neuen Vorschriften zugestimmt haben, weil sie diese dem Landschaftsbild als besser entsprechend betrachtet hätten. Der Souverän der Gemeinde habe deshalb sein Ermessen weder missbraucht noch überschritten.

Die Beschwerdeführer erklären auch, der Regierungsrat schein die Meinung zu vertreten, es habe für die Gemeinde nur die Alternative bestanden, entweder die Gastgewerbezone zu belassen oder aber eine Auszonung zu beschliessen. Eine solche Betrachtungsweise verkenne die rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten. Die Zugehörigkeit des Grundstückes GS Nr. 1769 zum Baugebiet sei während der Geltungsdauer des Raumplanungsgesetzes mehrfach bestätigt worden, weshalb die Beschwerdeführer Anspruch darauf hätten, dass ihre Parzelle auch zukünftig im Baugebiet belassen werde. Die Gemeinde habe somit zwischen der Erstellung eines Gastgewerbebetriebes oder der ausnutzungsmässig bedeutend kleineren Wohnbauvorhaben abwägen müssen. Bei der Abwägung dieser beiden Varianten sei es raumplanerisch richtig oder zumindest vertretbar gewesen, sich für eine ausnutzungsmässig geringere Zonierung (mit Zustimmung der Grundeigentümer) zu entscheiden. Indem der Regierungsrat anders befunden habe, habe er in unzulässiger Weise in den Ermessensbereich der Gemeinde Risch eingegriffen.

Die Beschwerdeführer erklären abschliessend, sie würden es vorziehen, gemäss Beschluss der Gemeindeversammlung Risch Wohnbauten erstellen zu können. Wenn ihnen dies wider Erwarten nicht erlaubt würde, so bestünde nach wie vor ein Interesse an der Errichtung eines Gastgewerbebetriebes. Einer Auszonung würden sich die Beschwerdeführer mit aller Kraft widersetzen. Der Souverän von Risch habe im Rahmen seines pflichtgemässen Ermessens gehandelt, als er sich für das geringere Bauvolumen entschieden habe.

E. Namens des Regierungsrates beantragt die Baudirektion des Kantons Zug in ihrer Vernehmlassung vom 3. August 1998, die Beschwerde unter Kostenfolge abzuweisen. Zur Begründung wird zunächst auf den angefoch-

tenen Entscheid verwiesen. Der Regierungsrat lege Wert auf die Feststellung, dass das Baugebiet in Buonas grundsätzlich oberhalb der Dersbachstrasse ende. Das Restaurant Wilden Mann, das Wohnhaus auf GS Nr. 391, die zwei Gebäude auf der Liegenschaft GS Nr. 931 sowie die umgenutzte Baute auf der GS Nr. 394 lägen ausserhalb der Bauzone. Während das Restaurant Wilden Mann und das Objekt auf der Parzelle GS Nr. 394 Denkmalschutzobjekte darstellten, genössen die drei weiteren Bauten die Bestandesgarantie. Es könne demnach nicht von einem geschlossenen Baugebiet unterhalb der Dersbachstrasse gesprochen werden. Raumplanerisch sei vielmehr entscheidend, dass es Ziel der Teilplanung Buonas von 1974 gewesen sei, das damalige Baugebiet zwischen See und Dersbachstrasse auszuzonen, um einen breiten Streifen als «Puffer» zwischen Seeufer und Wohnzone zu erreichen. Als einzige Ausnahme sei das fragliche GS Nr. 1769 in einer Bauzone mit speziellen Vorschriften belassen worden. Im regierungsrätlichen Entscheid sei ausführlich dargelegt, warum diese Bauzone 5 eine Spezialzone darstelle und weshalb nach dem Wegfall der Begründung für diese «Inselzone» das Grundstück wieder der Landwirtschaftszone zuzuweisen sei.

F. Am 8. Juli 1998 reichte auch der Gemeinderat Risch Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein mit dem Antrag:

Es sei der Regierungsratsbeschluss vom 2. Juni 1998 betreffend Nichtgenehmigung einer Bauordnungs- und Zonenplanänderung aufzuheben und festzustellen, dass eine Umzonung der bisherigen Bauzone 5 Buonas rechtens ist, d.h. der Bau von max. zwei Landhäusern zulässig ist.

Der Gemeinderat lässt ausführen, die umfassende Überprüfungsbefugnis des Regierungsrates werde nicht in Zweifel gezogen, doch sei es dem Regierungsrat verwehrt, sein eigenes Ermessen an die Stelle des kommunalen Ermessens zu setzen. Der Regierungsratsbeschluss schenke weder dem Volkswillen noch der Gemeindeautonomie genügend Beachtung. Die Stimmberechtigten hätten der Zonenplanänderung grossmehrheitlich zugestimmt. Entgegen der Meinung des Regierungsrates sei die heutige Bauzone 5 keine Inselbauzone, weil sie unmittelbar an die Bauzone 2 angrenze. Die ursprüngliche Begründung zur Einzonung sei nicht von Bedeutung. Tatsache sei vielmehr, dass das Grundstück seit 25 Jahren in einer Bauzone liege. Die Umzonung sei sowohl mit der Siedlungsplanung als auch mit dem Orts- und Landschaftsschutz vereinbar. Die vorhandene Siedlungsbegrenzungslinie sei rechtsverbindlich und verbiete jede Erweiterung der Bauzone. Allfällige angrenzende Einzonungsbegehren könnten somit jederzeit abgelehnt werden, u.a. auch mit der Begründung, dass unterhalb der Dersbachstrasse aus Landschaftsschutzgründen keine Erweiterung der Bauzone erwünscht sei. Das Grundstück GS Nr. 1769 liege sodann in einer Landschaft von nationaler Bedeutung, die einer grösstmöglichen Schonung bedürfe. Es sei aber wenig objektiv, wenn der Regierungsrat betone, dass der empfindliche Landschaftsraum zwischen Dersbachstrasse und See nicht mit dem Bau von zwei Land-

häusern beeinträchtigt werden dürfe, wohl aber mit einem Gasthof, der mit wesentlich mehr Immissionen (Verkehr, Lärm etc.) verbunden sei. Mit dem Entscheid vom 2. Dezember 1997 habe der Souverän der Gemeinde Risch die Bedeutung der Planung von 1974 durchaus bekräftigt. Ein Vergleich mit der im Rahmen der Ortsplanungsrevision 1992 abgelehnten Vorlage des Gemeinderates sei unhaltbar, da es sich damals um eine wesentlich erweiterte Hotelzone gehandelt hätte.

G. In der Vernehmlassung vom 3. August 1998 beantragt die Baudirektion namens des Regierungsrates, die Beschwerde des Gemeinderates unter Kostenfolge abzuweisen. Zur Begründung wird auf den angefochtenen Entscheid verwiesen.

H. Am 12. November 1999 nahm eine Delegation des Gerichtes in Anwesenheit der Parteien eine Augenschein vor. Die Parteien hatten Gelegenheit zur Stellungnahme. Auf ihre weiteren Ausführungen ist – soweit erforderlich – in den Erwägungen einzugehen.

Das Verwaltungsgericht erwägt:

1. Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht ist zulässig gegen Verwaltungsentscheide des Regierungsrates, soweit die Gesetzgebung den Weiterzug nicht ausschliesst (§ 61 Abs. 1 Ziff. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes, VRG, BGS 162.1). Der Genehmigungsentscheid ist ein anfechtbarer Verwaltungsentscheid (GVP 1993/94, 28). Die Erben Stuber sind als Grundeigentümer von der Nichtgenehmigung betroffen und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Der Gemeinderat ist gestützt auf § 41 Abs. 2 VRG beschwerdeberechtigt.

Das kantonale Recht gewährleistet die volle Überprüfung der Nutzungspläne durch wenigstens eine Beschwerdebehörde (Art. 33 Abs. 3 lit. b des Bundesgesetzes über die Raumplanung, RPG, SR 700). Diese Überprüfung obliegt dem Regierungsrat (GVP 1983/84, 117; 1991/92, 44, ES 1995 Bl. 9), soweit er nicht selbst den belastenden Eingriff vornimmt. Dies ist hier der Fall, weshalb das Verwaltungsgericht die Nichtgenehmigung voll überprüft. Als Genehmigungsinstanz überprüft der Regierungsrat die gemeindlichen Bauvorschriften auf ihre Rechtmässigkeit, Zweckmässigkeit und Angemessenheit (Art. 26 RPG, § 15 Abs. 2 des Baugesetzes für den Kanton Zug, BauG, BGS 721.11; GVP 1993/94, 34 mit Hinweisen). Die mit Planungsaufgaben betrauten Behörden achten aber darauf, den ihnen nachgeordneten Behörden den zur Erfüllung ihrer Aufgaben nötigen Ermessensspielraum zu lassen (Art. 2 Abs. 3 RPG). Die Genehmigungsbehörde hat somit ihr Ermessen nicht an die Stelle des gemeindlichen Ermessens zu setzen. Es ist Sache der Gemeinde, unter mehreren verfügbaren und zweckmässigen Lösungen zu wählen (ES 1995, Bl. 9, S. 22; BGE 106 Ia 70 ff. mit Hinweisen). Erforderlich ist schliesslich eine Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen (BGE 115 Ia 353 E. 3d).

2. Die Bauzone 5 gemäss Zonenplan Buonas gehört zum Baugebiet Buonas. Sie liegt zwar östlich (seewärts) der nord-südlich verlaufenden Dersbachstrasse, ist aber mit dem übrigen Baugebiet verbunden. Direkt verbunden ist sie mit der Bauzone 2, welche eingeschossige Wohnbauten mit einer Ausnützung von 0,2 vorsieht und auch entsprechend im Rahmen einer Gesamtüberbauung überbaut ist. Konkret geht es um die Frage, ob das Gebiet der Bauzone 5 weiterhin für einen Gastgewerbebetrieb bestimmt bleiben soll oder ob der Bau von zwei eingeschossigen Landhäusern bei einer Ausnützung von 0,15 vorgesehen werden soll. Falls die bestehende Scheune umgebaut werden sollte, so zählt gemäss den Ergänzungen der Bauordnung Buonas die Geschossfläche zur zulässigen Ausnützung, falls diese dem Wohnen oder Gewerbe dient. Der Regierungsrat bezeichnet die Bauzone 5 als Inselbauzone, die 1974 nur deshalb ausgeschieden worden sei, weil ein dem öffentlichen Interesse verpflichteter Zweck damit verfolgt worden sei. Die Genehmigungsinstanz verwendet zwar den Ausdruck Inselbauzone, scheint aber daraus nicht direkt auf die Rechtswidrigkeit der Zone zu schliessen. Dem könnte auch nicht gefolgt werden. Zwar würde eine isolierte Kleinbauzone dem grundlegenden Ziel der Raumplanung widersprechen, das Baugebiet vom Nichtbaugebiet abzugrenzen und die Streubauweise zu verhindern (Art. 1 und 3 RPG, GVP 1993/94, 36 mit weiteren Hinweisen). Solche Verhältnisse liegen hier aber nicht vor. Die Bauzone ist mit dem Baugebiet räumlich verbunden und läuft hinsichtlich der neuen Nutzung auf eine Erweiterung der bestehenden Landhauszone um zwei Bauten hinaus.

Der Regierungsrat ist der Meinung, es habe damals wie heute keine ortsplannerischen Gründe gegeben, dieses Grundstück einer Landhauszone zuzuweisen. Trotz bestehender Siedlungsbegrenzungslinie würden weitere Einzonungsbegehren präjudiziert. Hierzu ist aufgrund der örtlichen Verhältnisse zunächst festzustellen, dass südlich angrenzend an die Bauzone 5 seeseits der Dersbachstrasse bereits Bauten stehen, nämlich das Restaurant Wilden Mann und das Gebäude auf GS Nr. 394, welche beide unter Denkmalschutz stehen sowie drei weitere Bauten ausserhalb der Bauzone, welche die Bestandesgarantie geniessen. Die Bauten haben die Dimension von 2^{1/2}-geschossigen Bauten. In nördlicher Richtung findet das Baugebiet keine Fortsetzung, sondern ist beidseits der Dersbachstrasse durch die Siedlungsbegrenzungslinie gemäss kantonalem Richtplan begrenzt, welche auch die Bauzone 2 umfasst und anschliessend der Dersbachstrasse Richtung Süden folgt. Die Befürchtungen einer negativen Präjudizierung können im Zusammenhang mit der Planungsgeschichte und den konkreten örtlichen Verhältnissen nicht geteilt werden. Zu Recht weisen die Grundeigentümer darauf hin, dass es in der Natur der Sache ist, das Baugebiet irgendwo abgrenzen zu müssen und dass daher dem Grundsatz der Rechtsgleichheit nur beschränkte Bedeutung zukommen kann. Die südlich angrenzenden Parzellen sind bereits überbaut. Es ist daher nicht ersichtlich, dass bei Genehmigung der beschlossenen Änderung ein besonderer, den Interessen der Raumplanung entgegen laufender Druck entstehen würde.

3. Das Baugebiet Buonas liegt wie grosse Teile der Gemeinde Risch und anderen zugerischen Gemeinden im BLN-Gebiet. Es liegt in der Ortsbildschutzzone und ist östlich begrenzt durch die Zone des öffentlichen Interesses für Erholung und Freihaltung. Der Abstand zum See beträgt von der Grenze der Bauzone 5 rund 100 m. Bei der Genehmigung der Teilplanung Buonas am 1. April 1975 bezeichnete der Regierungsrat den Standort für einen allfälligen Hotelbetrieb und die Anordnung eines Teils der öffentlichen Parkplätze an der Dersbachstrasse als Kompromisslösungen. Die Planung könne deswegen aber jedenfalls nicht als unzweckmässig qualifiziert werden. Anerkennend hatte der Regierungsrat festgestellt, dass das hochgesteckte Planungsziel, nämlich eine wesentliche Verringerung der bisherigen Ausnützung für Buonas und damit eine Reduktion der Bevölkerungszahl von ca. 2'500 auf rund 750 Einwohner, durch eine den örtlichen Gegebenheiten entsprechende Lösung erreicht worden sei. Durch die erarbeiteten Planungsmittel könne der bisherige Charakter der Landschaft gewahrt werden. Besondere Anerkennung gelte nebst der teilweisen Aus- und Abzonung der grosszügigen Gestaltung der Uferpromenadezone.

Ein planerisches Konzept, wonach östlich der Dersbachstrasse keine Wohnzone mehr zuzulassen sei, kann in eher abstrakter Betrachtungsweise zweifellos vertreten werden. Bei der Ortsplanung 75 hätte ein solches Konzept gewählt werden können, umso mehr als auch der alte Gasthof Rössli auf der Westseite der Dersbachstrasse liegt. In dessen Nachbarschaft hätte ebenfalls der Standort für einen Gastgewerbebetrieb geplant werden können. Die Planungsinstanzen haben jedoch ein anderes Vorgehen für richtig und zweckmässig, ja für gut befunden. Heute lautet die Frage, ob in diesem Teil des Baugebietes weiterhin ein Restaurant mit einer Nutzfläche von 1'200 m² oder maximal zwei Landhäuser mit einer Nutzung von insgesamt 404,55 m² vorzusehen sei. Eine Beurteilung der Neudefinierung der bestehenden Bauzone, welche dies nicht berücksichtigt, ist fehlerhaft. Insbesondere führt die Verweigerung der Genehmigung nicht zu einer Auszonung des Grundstücks, sondern zur Aufrechterhaltung der bisherigen Ordnung. Danach müsste ein Gaststättenbetrieb bewilligt werden. Stattdessen eine Bauzone mit sehr niedriger Ausnützung und hohen Anforderungen an die Einordnung zu bilden, entbehrt entgegen der Meinung der Vorinstanz nicht der planerischen Rechtfertigung.

4. Zu prüfen ist im weiteren, ob das Erfordernis der Planbeständigkeit im Sinne von Art. 21 RPG einer Genehmigung entgegen stehe. Die Eigentümer haben versucht, über eine Vergrösserung der Bauzone einen grösseren Gastgewerbebetrieb zu ermöglichen. Diesem Vorhaben widersetzten sich der Souverän und die Behörden. Die Eigentümer zeigen nach wie vor Interesse an der Beibehaltung der bisherigen Zonenordnung, sofern die Zuteilung zur Landhauszone nicht genehmigt würde. Für die Öffentlichkeit bietet das Umzonungsgesuch der Beschwerdeführer die Möglichkeit, sich zu einer

Alternative zur bestehenden Planung auszusprechen. Insofern haben sich neue Verhältnisse im Sinne von Art. 21 Abs. 2 RPG ergeben, welche zur Überprüfung des Nutzungsplans und nötigenfalls dessen Anpassung führen. Es ist im übrigen auch nicht ersichtlich, zu wessen Schutz die Planbeständigkeit angerufen werden sollte, nachdem Grundeigentümer, Gemeinderat und gemeindlicher Souverän die Zonenänderung befürworten.

5. Die Grundeigentümer können sich darauf berufen, dass ihr Grundstück einzont wurde und zwar im Rahmen einer umfassenden Anstrengung, Buonas vor einer überbordenden Bebauung zu bewahren. Bei späteren Überprüfungen wurde die Zuweisung des Grundstücks zur Bauzone bestätigt. Eine Auszonung würde Fragen der Eigentumsgarantie aufwerfen. Die Interessen der Grundeigentümer decken sich zum Teil auch mit den von der Gemeinde geltend gemachten öffentlichen Interessen an einer Umplanung, welche im inzwischen entstandenen Wohnquartier die Nutzung für einen Gaststättebetrieb mit den dabei unvermeidlichen Lärm- und Verkehrsimmissionen ändern möchte. Durch die gleichzeitige Reduktion der Nutzungsfläche auf rund ein Drittel wird nicht nur die Ruhe des Wohnquartiers verbessert, sondern gleichzeitig eine erhebliche Reduktion des Bauvolumens erreicht.

6. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Bewilligung weder zu verweigern ist, weil es sich bei der Bauzone 5 um eine rechtswidrige Inselbauzone handeln würde, noch steht die Planbeständigkeit oder eine erhöhte präjudizielle Wirkung einer Genehmigung entgegen. Bereits bei der Ortsplanung 1974 wurde dem übergeordneten Landschaftsschutz grosse Beachtung geschenkt. Strittig ist heute nicht die Berücksichtigung überkommunaler landschaftsschützerischer Belange, welche von der Genehmigungsinstanz allenfalls in Ergänzung zu ortsplanerischen Vorkehren zu berücksichtigen wären. Die Verweigerung der Genehmigung würde vielmehr eine intensivere Nutzung erlauben. Unter Berücksichtigung der Tatsache der Einzonung, der Interessen der Eigentümer, der Nachbarschaft und der gemeindlichen Öffentlichkeit erscheint die von der Gemeinde beschlossene Variante als rechtmässig und angemessen. Der Regierungsrat hatte im Genehmigungsverfahren zwischen der Beibehaltung der Zone für einen Gastwirtschaftsbetrieb oder der erheblichen Reduktion des zulässigen Bauvolumens auf zwei Landhäuser zu entscheiden und hat dabei in widersprüchlicher Weise die Frage Landwirtschaftszone oder Wohnzone zugrunde gelegt. Diese Frage stellt sich hier nicht. Die Genehmigung darf nicht unter Berufung auf eine theoretische Variante, welche nicht zur Entscheidung steht, verweigert werden. Dies gilt umso mehr, als die Umzonung durch Verminderung des Bauvolumens und der Umgebungsbelastung dem Anliegen einer schonenderen Nutzung entgegen kommt. Die Verweigerung der Genehmigung ist deshalb nicht sachgerecht. Die Nichtgenehmigung stellt insofern auch eine Verletzung des den gemeindlichen Organen bei der Planung zustehenden

Ermessensspielraums im Sinne von Art. 2 Abs. 3 RPG dar. Der angefochtene Entscheid ist somit aufzuheben und die Sache zur Genehmigung an den Regierungsrat zurückzuweisen.

Verwaltungsgericht, 16. Dezember 1999

4. Gewässerrecht

§ 108 GewG. – Konzessionsgebühr. (vgl. § 88 GewG vom 25. November 1999; BGS 731.1) Die Gebühr von Fr. 350.– pro Jahr für eine Boje im Bojenfeld beruht auf gesetzlicher Grundlage.

Aus den Erwägungen:

...

4. Für die konzessionspflichtige Nutzung öffentlicher Gewässer oder des dazugehörenden Gebietes gemäss § 67 GewG erhebt der Kanton jährliche Gebühren, die in billiger Weise nach der gewährten Leistung abzustufen sind (§ 107 Abs. 1 GewG). Paragraph 108 GewG regelt die Höhe der Konzessionsgebühr, wobei die hier zur Diskussion stehende Nutzung unter «jede andere Inanspruchnahme öffentlicher Gewässer» gemäss § 108 Abs. 1 Bst. d fällt. Die Höhe richtet sich nach dem Betrag, welcher den Kosten des Verfahrens, der Bedeutung der Anlage und der Wirtschaftlichkeit des Unternehmens angemessen ist. Gestützt darauf hat der Regierungsrat am 22. Oktober 1996 Gebührenrichtlinien für die Inanspruchnahme öffentlicher Gewässer beschlossen. Diese enthalten differenzierte Ansätze für die verschiedenen Kategorien der Inanspruchnahme öffentlicher oberirdischer Gewässer. Für eine Boje im Bojenfeld wird Fr. 350.– pro Jahr verlangt.

Der Beschwerdeführer erachtet die gesetzliche Grundlage für die Erhebung der Gebühr in der Höhe von Fr. 350.– pro Boje und Jahr als ungenügend, weil zuwenig konkret. Diese Rüge ist zulässig. Die vom Regierungsrat erlassenen Richtlinien sind zu Recht als Richtlinien bezeichnet worden. Anstelle einzelfallweiser Gebührenerhebung unter Berücksichtigung der gesamten Praxis sollen diese Richtlinien die rechtsgleiche und angemessene Erhebung von Gebühren im Sinne von § 108 Abs. 1 lit. d GewG ermöglichen. Eine abstrakte Normenkontrolle kantonaler Erlasse kennt das zugerische Recht nicht. Zu prüfen bleibt somit, ob die gesetzliche Grundlage für die Erhebung der Konzessionsgebühr in der verfügten Höhe genügend sei.

Der Regierungsrat weist zu Recht darauf hin, dass hier nicht einfach eine Gebühr für eine Amtshandlung in Frage steht. Vielmehr ist davon auszugehen, dass dem Konzessionär die Inanspruchnahme einer öffentlichen Sache bewilligt wird. Insofern hat die Gebrauchsüberlassung eine gewisse Ähnlichkeit mit einem Mietverhältnis, verbunden mit dem Recht, gewisse Einrich-

tungen anzubringen. Es trifft zu, dass die Erhöhung verglichen mit bisherigen Konzessionsgebühren massiv ausfällt, verglichen aber mit dem heutigen Preisniveau ohne weiteres als angemessen erscheint. Zu einer veränderten wirtschaftlichen Bewertung der Bedeutung solcher Anlagen führt auch die Nachfrage nach Bootsplätzen sowie der baurechtlich und umweltrechtlich abzufangende Druck auf die Beanspruchung der Gewässer und der Seeufer durch das heutige Freizeitverhalten und die dadurch bedingte, vermehrte Beschäftigung des Gemeinwesens mit der Bewältigung der daraus entstehenden Zielkonflikte. Dem Regierungsrat ist auch darin beizupflichten, dass die Konzessionsgebühr vom Verhältnis Kanton-Bojenbenützer bzw. Stationierungsanlage ausgeht. Nicht unmittelbar damit zusammenhängende wirtschaftliche Interessen, wie sie der Werftbetrieb des Beschwerdeführers darstellt, könne nicht im Sinne einer Vergünstigung berücksichtigt werden. Der Gebührentarif berücksichtigt insbesondere die Rechtsgleichheit und die Verhältnismässigkeit. In Berücksichtigung des der Konzession innewohnenden vertraglichen Elementes über die Inanspruchnahme einer Wasserfläche in öffentlichem Eigentum erweist sich die gesetzliche Grundlage für die Erhebung der Konzessionsgebühr als ausreichend. Insofern ist die Beschwerde abzuweisen.

Verwaltungsgericht, 21. Oktober 1999

5. Strassenverkehrsrecht

Art. 16 Abs. 1 Bst. a und Art. 32 SVG. – Führerausweisentzug wegen schwerer Verkehrsgefährdung durch Nichtanpassen der Geschwindigkeit an die Umstände. Aquaplaning.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Ein Berufsschauffeur verliert auf der Autobahn in einer Kurve bei nasser Fahrbahn und starkem Niederschlag, bei einer Geschwindigkeit von 90–100 km/h, zufolge Aquaplaning die Herrschaft über seinen Lieferwagen und prallt gegen die Leitplanke. Die Sicherheitsdirektion entzieht den Führerausweis für die Dauer eines Monats. Im Beschwerdeverfahren bestätigt das Gericht die Massnahme.

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 16 Abs. 2 SVG kann der Führerausweis entzogen werden, wenn der Führer Verkehrsregeln verletzt und dadurch den Verkehr gefährdet oder andere belästigt hat. In leichten Fällen kann eine Verwarnung ausgesprochen werden (Art. 16 Abs. 2 Satz 2 SVG). Nach Art. 16 Abs. 3 lit. a SVG muss der Führerausweis obligatorisch entzogen werden, wenn der Führer den Verkehr in schwerer Weise gefährdet hat. Eine schwere Verkehrsgefährdung liegt vor, wenn der Lenker durch eine grobe Verletzung von Verkehrs-

regeln eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer hervorruft oder in Kauf nimmt (Art. 32 Abs. 2 der Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr vom 27. Oktober 1976, VZV). Eine grobe Verkehrsregelverletzung liegt dann vor, wenn der Führer in nicht alltäglicher Weise Verkehrsregeln verletzt, deren Missachtung nach der allgemeinen Lebenserfahrung oft zu schweren Unfällen führt.

a) Unbestrittenermassen verlor der Beschwerdeführer infolge Aquaplanings die Beherrschung über das Fahrzeug und verursachte deshalb am 10. Juni 1998 auf der Autobahn A4 in Steinen (km 119.650, 119.680) von Rotkreuz Richtung Seewen einen Selbstunfall.

b) Gemäss Art. 32 Abs. 1 SVG ist die Geschwindigkeit stets den Umständen anzupassen, namentlich den Besonderheiten von Fahrzeug und Ladung, sowie den Strassen-, Verkehrs- und Sichtverhältnissen. Die allgemeine Höchstgeschwindigkeit auf Autobahnen von 120 km/h gilt unter günstigen Strassen-, Verkehrs- und Sichtverhältnissen (Art. 4a Abs. 1 Bst. d der Verkehrsregelverordnung vom 13. November 1962, VRV). Bei starkem Regen besteht die Gefahr des Aquaplanings, d.h. des Aufschwimmens der Reifen auf einem Wasserkeil mit Verlust der Steuer- und Bremsmöglichkeit. Dies ist als bekannt vorauszusetzen (BGE 103 IV 43). Die Beratungsstelle für Unfallverhütung empfiehlt deshalb, bei starkem Regen 80 km/h nicht zu überschreiten. Eine höhere Geschwindigkeit kann jedoch nicht generell als den Verhältnissen nicht angepasst bezeichnet werden. Aquaplaning hängt nicht nur von der Geschwindigkeit des Fahrzeugs ab, sondern auch von anderen Faktoren, wie der Dicke des Wasserfilms, der Beschaffenheit des Belags und Art und Zustand der Reifen (BGE 103 IV 43). Gemäss dem Unfallrapport der Kantonspolizei Schwyz vom 26. Juni 1998 ereignete sich der Unfall auf der Autobahn in einer langgezogenen Linkskurve. Der Asphaltbelag war infolge starken Niederschlags nass. Der Zustand der vorderen Reifen war um 3 mm Profil besser als in den Mindestanforderungen von Art. 58 Abs. 4 der Verordnung über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge vom 19. Juni 1995 (SR 741.41) vorgeschrieben. Es bestanden aber schlechte Witterungsverhältnisse und demgemäss erschwerte Strassenverhältnisse. Der Beschwerdeführer fuhr nach eigenen Angaben mit einer Geschwindigkeit von 90 bis 100 km/h, als er die Beherrschung über sein Fahrzeug verlor. Diese Geschwindigkeit liegt zwar unter der erlaubten Höchstgeschwindigkeit, war aber in Anbetracht der erschwerten Verhältnisse zu hoch. Der Beschwerdeführer hat damit gegen Art. 32 Abs. 1 SVG verstossen.

Bei Aquaplaning verliert der Lenker die Beherrschung über sein Fahrzeug. Damit setzt er andere Verkehrsteilnehmer einer ernstlichen Gefahr aus (BGE 120 Ib 316). Dies gilt insbesondere auf Autobahnen, wo ausschliesslich mit relativ hohen Geschwindigkeiten gefahren wird. Für nachfolgende Fahrzeuge besteht besonders die Gefahr von Auffahrunfällen mit erheblichen Folgen für die Beteiligten. Im vorliegenden Fall waren konkret

keine anderen Verkehrsteilnehmer betroffen, es bestand jedoch eine erhöhte abstrakte Gefährdung. Die unkontrollierte Schleuderfahrt – in casu von der rechten Leitplanke quer über die Fahrspuren zur Mittelplanke – ist als schwere Verkehrsgefährdung zu beurteilen (Prof. Dr. R. Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bb. III, Rz. 2333). Mit dieser Fahrweise beging der Beschwerdeführer eine grobe Verkehrsregelverletzung bzw. eine schwere Verkehrsgefährdung. Der Tatbestand von Art. 16 Abs. 3 lit. a SVG ist objektiv klar erfüllt.

3. Die Dauer des Führerausweisentzuges ist nach den Umständen festzusetzen, beträgt jedoch mindestens einen Monat (Art. 17 Abs. 1 lit. a SVG). Daneben sind die Schwere des Verschuldens, der Leumund des Fehlbaren als Motorfahrzeugführer und die berufliche Notwendigkeit zum Führen eines Motorfahrzeuges zu prüfen (Art. 33 Abs. 2 VZV).

a) Bezüglich des Verschuldens muss festgehalten werden, dass der Beschwerdeführer nach eigenen Angaben im Zeitpunkt des Unfalls bei schlechten Strassen- und Witterungsverhältnissen auf der Autobahn 90 bis 100 km/h fuhr. Die Fahrt auf der Autobahn erfordert eine erhöhte Aufmerksamkeit, weil dort ausschliesslich mit relativ hohen Geschwindigkeiten gefahren wird. Der Beschwerdeführer fuhr die erlaubte Höchstgeschwindigkeit nicht aus, woraus geschlossen werden kann, dass er die Gefährlichkeit der Verhältnisse an sich erkannte. Die von ihm gewählte, immer noch sehr hohe Geschwindigkeit berücksichtigte die Verhältnisse jedoch nicht konsequent. Da die Gefahr von Aquaplaning als bekannt vorausgesetzt wird, musste sich der Beschwerdeführer bewusst sein, dass seine Geschwindigkeit noch viel zu wenig angepasst war. Das Verhalten des Beschwerdeführers muss deshalb als grob fahrlässig gewertet werden, weshalb sein Verschulden schwer wiegt.

b) Der Leumund des Beschwerdeführers ist ungetrübt. Zudem ist er von Beruf Chauffeur, weshalb die berufliche Angewiesenheit offensichtlich zu bejahen ist.

c) Der Tatbestand von Art. 16 Abs. 3 lit. a SVG ist sowohl objektiv wie subjektiv erfüllt. Die Mindestentzugsdauer wird durch Art. 17 Abs. 1 lit. a SVG bestimmt und beträgt einen Monat. Zu Recht hat die Vorinstanz in Anbetracht der beruflichen Angewiesenheit einen Entzug des Führerausweises lediglich im Ausmass des gesetzlichen Minimums von einem Monat angeordnet. Eine weitergehende Berücksichtigung der beruflichen Angewiesenheit ist nicht möglich.

d) Sinn und Zweck der Administrativmassnahme ist die Besserung des fehlbaren Fahrzeuglenkers und die Wiederherstellung der Sicherheit im Strassenverkehr. Der einmonatige Führerausweis-Entzug ist erfahrungsgemäss geeignet, diesen Zweck zu erfüllen. Dem steht auch im vorliegenden Fall nichts entgegen.

Verwaltungsgericht, 21. Oktober 1999

6. Verfahrensrecht

§§ 4, 61 und 92 VRG. – Im Vollstreckungsverfahren kann der Sachentscheid nicht neu aufgerollt werden.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Ein Gewerbebetrieb ausserhalb der Bauzone erstellte ohne Bewilligung einen Verkaufsladen. Im nachfolgenden Baubewilligungsverfahren wird das Ausmass einer zulässigen Erweiterung festgestellt. Im Rahmen von Vollstreckungsmassnahmen wird beschwerdeweise erneut der zulässige Umfang der Umbaute diskutiert.

Aus den Erwägungen:

1. Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht ist zulässig gegen Verwaltungsentscheide des Regierungsrates, soweit die Gesetzgebung den Weiterzug nicht ausschliesst. Bei Zustimmung des Beschwerdeführers kann der Regierungsrat eine Verwaltungsstreitsache unter Verzicht auf einen Entscheid an das Verwaltungsgericht zur direkten Beurteilung überweisen; der Regierungsrat kann zur Beschwerde Stellung nehmen und Anträge einreichen (§ 61 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes, VRG, BGS 162.1). Die Zulässigkeit der Beschwerde hängt somit zunächst davon ab, ob ein Verwaltungsentscheid vorliegt und ob das Gericht im Instanzenzug funktionell zuständig ist. Diese Voraussetzungen sind für die Beschwerde gegen den Nichteintretensentscheid des Regierungsrates und den mit Sprungbeschwerde überwiesenen Verwaltungsentscheid des Gemeinderates gegeben. Da die gleiche Materie betroffen ist, sind die Verfahren antragsgemäss zu vereinigen. Die Beschwerden sind auch frist- und formgerecht eingereicht worden. Strittig ist aber und muss im folgenden geprüft werden, ob und wieweit bei der Vollstreckung der rechtskräftigen Baubewilligung der Umfang des Warensortimentes und die entsprechende Gestaltung der Grösse der Verkaufsfläche, welche bereits Inhalt des Baubewilligungsverfahrens waren, Gegenstand weiterer Erörterungen sein können.

Mit der Überweisung als Sprungbeschwerde ist der Antrag 5 der Beschwerde V 1999/25 betreffend instruierende Direktion gegenstandslos geworden.

2. Als Entscheide im Sinne des Verwaltungsrechtspflegegesetzes gelten Anordnungen und Feststellungen der dem Gesetz unterstellten Verwaltungsbehörden mit hoheitlicher Wirkung sowie Urteile des Verwaltungsgerichtes (§ 4 VRG). Entscheide im Sinne des Verwaltungsrechtspflegegesetzes sind vollstreckbar, sobald kein ordentliches Rechtsmittel mehr zulässig ist oder wenn einem Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung zukommt (§ 92 VRG). Je nach Art des Sachentscheides kann der Vollzug oder die Vollstreckung wiederum Verwaltungsentscheide erfordern, beispielsweise Fristansetzung oder Androhung der Ersatzvornahme. Gegenstand einer solchen

Verfügung ist die Vollstreckung. Die beschwerdeweise Anfechtung eines solchen Entscheides ist deshalb auf vollstreckungsrechtliche Rügen beschränkt, während einer weiteren Diskussion des Sachentscheides dessen Rechtskraft entgegensteht.

Nach Abschluss eines Baubewilligungsverfahrens verbleibt die Möglichkeit eines neuen Baugesuches oder allenfalls einer Bauermittlung zur Abklärung bestimmter Fragen. Im Vollstreckungsverfahren kann aber der Sachentscheid nicht neu aufgerollt werden.

Verwaltungsgericht, 10. Juni 1999

II. Zivilrecht

1. Obligationenrecht

Art. 49 Abs. 1 OR. – Anspruch auf Genugtuung und deren Höhe für nahe Angehörige des Geschädigten.

Aus dem Sachverhalt:

Am 16. Mai 1989 fuhr B.W., Ehefrau von P.W. (Kläger 1) und Mutter von P. (Kläger 2) und O. (Kläger 3), auf ihrem Rennvelo in C. dorfeinwärts. Auf der Höhe eines Einkaufszentrums wurde sie vom Fahrzeug von Z., die – von der Gegenfahrbahn kommend – nach links in die Tiefgarage abbiegen wollte, erfasst und zu Boden geschleudert. B.W. erlitt dabei ein schweres Stauungs- und Distorsionstrauma der Halswirbelsäule. Trotz intensiver Behandlungen litt sie in den folgenden Jahren unter ständigen Kopfschmerzen, immer wiederkehrenden Schmerzschüben im Bereich des Nackens, Armschmerzen sowie Konzentrations- und Gedächtnisstörungen.

Das Kantonsgericht hiess in der Folge die Klage von B.W. gegen die X.-Versicherungen (Beklagte) dem Grundsatz nach gut und sprach ihr unter anderem eine Genugtuung von Fr. 70'000.– zu. Gegen dieses Urteil haben sowohl B.W. als auch die Beklagte beim Obergericht des Kantons Zug Berufung erhoben; das Urteil des Obergerichts steht noch aus.

Mit Klage ans Kantonsgericht vom 29. Mai 1996 verlangten der Kläger 1 eine Genugtuung von Fr. 60'000.– und die Kläger 2 und 3 eine solche von je Fr. 30'000.–.

Aus den Erwägungen:

1. Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, hat Anspruch auf Leistung einer Genugtuung, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und diese nicht anders wiedergutmacht worden ist (Art. 49 Abs. 1 OR).

In seiner neueren Rechtsprechung hat das Bundesgericht einen selbständigen Genugtuungsanspruch von Ehegatten und Nachkommen bejaht, deren Partner bzw. Elternteil durch eine unerlaubte Handlung oder eine Vertragsverletzung schwer invalid geworden ist, soweit diese nächsten Angehörigen dadurch in ihren persönlichen Verhältnissen gleich oder schwerer betroffen werden als im Falle der Tötung (BGE 123 III 206 mit Hinweisen). Ein Genugtuungsanspruch setzt somit eine äusserst gravierende Behinderung des unmittelbar verletzten Angehörigen voraus, welche die künftige Lebensqualität des Ansprechers spürbar und dauerhaft beeinträchtigt (s. Hütte/Duksch, Die Genugtuung, 3. A., Zürich 1996 [Stand: Februar 1999], I/88).

2. Zu prüfen ist vorab die Frage, ob die Verletzungen, die B.W. erlitten hat, bzw. die Unfallfolgen, unter denen sie nach wie vor leidet, derart gravierend sind, dass sich die Zusprechung einer Genugtuung an die Kläger rechtfertigt.

2.1 Das Bundesgericht hat einen Genugtuungsanspruch der nächsten Angehörigen beispielsweise in Fällen bejaht, in denen

- eine Frau nach dem Unfall erblindete, an den Rollstuhl gefesselt und pflegebedürftig blieb (BGE 112 II 220 ff.);
- eine Dehydration bei einem Kind zu schweren Hirnschäden und einer dauernden Pflegebedürftigkeit führte (BGE 116 II 519 ff.);
- das Opfer nach einer schweren Kohlenmonoxidvergiftung in einen kindlichen Zustand verfiel und völlig von der Betreuung seiner Ehefrau abhängig wurde (BGE 117 II 50 ff. = Pr 81 [1992] Nr. 140);
- eine Schussverletzung bei einem Mann zu einer irreparablen Querschnittlähmung und einer damit verbundenen Störung der Sexualfunktionen führte (BGE 122 III 5 ff.).

Wie diese Beispiele zeigen, müssen Fälle schwerster Invalidität oder extrem entstellende, abstossende Verunstaltungen des unmittelbar Verletzten vorliegen, damit den Angehörigen ein Genugtuungsanspruch zusteht; auch die Zerstörung der Kommunikationsfähigkeit zum Angehörigen kann indes genügen (s. Hütte/Duksch, a.a.O., I/92). Das Bundesgericht hat ausserdem entschieden, dass die unfallbedingte Impotenz des Ehemannes unter Umständen die Ehefrau in ihren Persönlichkeitsrechten besonders schwer verletzt haben könnte und daher die Zusprechung einer Genugtuung geprüft werden müsse (BGE 112 II 226 ff.).

2.2 B.W. erlitt beim Unfall vom 16. Mai 1989 ein schweres Stauchungs- und Distorsionstrauma der Halswirbelsäule. Diese Verletzungen sind zwar gravierend; sie erscheinen auf den ersten Blick aber nicht als ausserordentlich schwer. In seinem Gutachten vom 12. März 1996 kam Prof. M. sodann zum Ergebnis, dass B.W. hinsichtlich einer beruflichen Tätigkeit als Krankenpflegerin zu 80% und in ihrer Arbeitsfähigkeit als Hausfrau lediglich zu 40% eingeschränkt ist. Zu beachten ist zudem, dass B.W. trotz erheblicher Einschränkungen eine gewisse Selbständigkeit wahren konnte und ihr nach eigener Aussage durch den Unfall und dessen Folgen die Lebensfreude «eigentlich nicht genommen» wurde.

2.3 Würde allein auf die eben genannten Umstände abgestellt, müsste die für die Zusprechung einer Genugtuung erforderliche Schwere der Invalidität wohl verneint werden. Die Zulässigkeit eines solchen Schlusses erweist sich aber schon aufgrund des Urteils des Kantonsgerichts vom 5. September 1997 als fraglich. In Erw. 6.4 dieses Urteils wurde im Wesentlichen ausgeführt,

B.W. habe beim Unfall einen Helm getragen, weshalb die äusserlichen Verletzungen glücklicherweise gering geblieben seien. Das Stauchungstrauma mit Distorsion der Halswirbelsäule habe aber von Anfang an zu starken und anhaltenden Beschwerden geführt, die trotz jahrelanger, überdurchschnittlich intensiver Behandlungen nicht wesentlich hätten gelindert werden können. Zwar habe sich der Zustand von B.W. mit der Zeit offenbar stabilisiert; sie leide aber nach wie vor an fast täglich vorhandenen, von hinten nach vorne ausstrahlenden Kopfschmerzen, an gelegentlich exazerbierenden Nackenschmerzen sowie an Armschmerzen rechts und gewissen Gedächtnisstörungen, wobei diese Beschwerden auch nach leichten Belastungen jeweils stark zunähmen. Die beim Unfall erlittenen Verletzungen hätten allerdings nicht nur zur Folge, dass B.W. seit dem Unfall fast täglich an starken Schmerzen leide (und weiterhin leiden werde); sie sei seither auch weitgehend zur Untätigkeit gezwungen und habe wegen der anhaltenden Beschwerden nicht nur auf jegliche berufliche Tätigkeit verzichtet, sondern auch ihre vielfältigen Freizeitaktivitäten praktisch vollständig aufgeben müssen. Sie könne nur noch ganz selten ausgehen und werde ihr Leben lang auf fremde Hilfe angewiesen sein. Auch wenn B.W. nach ihren eigenen Angaben durch den Unfall und dessen Folgen die Lebensfreude «eigentlich nicht genommen» worden sei und sie trotz der erheblichen Einschränkungen eine gewisse Selbständigkeit habe wahren können, sei nicht zu übersehen, dass der Unfall vom Mai 1989 ihr Leben grundlegend und irreversibel verändert, ihren Lebensplan zerstört und vieles von dem genommen habe, was ihr im Leben besonders wichtig gewesen sei.

Diese Ausführungen wurden von den Klägern an der Parteibefragung vom 15. September 1998 weitgehend bestätigt. Der Kläger 1 erklärte, dass seine Frau, die früher eine sehr lebhaft, lebensfrohe und dynamische Person gewesen sei, heute fast keine Energie mehr habe, ihre Aktivitäten sehr stark habe einschränken müssen und ihre Ausgeglichenheit verloren habe. Sie könne sehr launisch sein, was zumeist darin begründet sei, dass sie massive Kopfschmerzen habe und unter Ohrensausen leide. Der Kläger 2 führte aus, seine Mutter habe nach dem Unfall vorerst versucht, alles zu verdrängen und ihr Leben, trotz Schmerzen, möglichst normal weiterzuführen. Mit der Zeit sei es aber immer schlimmer geworden; seine Mutter habe immer weniger erledigen können. Sie habe keine Energie mehr und müsse fast die ganze Zeit liegen. Sie könne kaum mehr kochen und lege sich hin, weil sie Schmerzen habe. Sie sei nicht mehr die gleiche Person wie vor dem Unfall. Früher sei sie aufgestellt gewesen und habe Ausflüge für die Familie organisiert oder sei mit ihm an die Fasnacht gekommen. Heute unternehme sie kaum mehr etwas. Seine Mutter sei seit dem Unfall nicht mehr die gleiche Person; sie sei schon noch seine Mutter, aber sie habe sich seither «krass» verändert. Der Kläger 3 schliesslich gab zu Protokoll, er habe anfänglich zwar bemerkt, dass seine Mutter habe operiert werden müssen. Erst im Alter von 15 oder 16 Jahren, als sie ihre Arbeit aufgegeben habe, nicht mehr

Velo gefahren sei und auch sonst keinen Sport mehr betrieben habe, habe er allerdings realisiert, dass «dies eine andere Mutter» gewesen sei. Sie sei nicht mehr so «aufgestellt» gewesen, habe fast nichts mehr unternommen und sich oft hingelegt. Sie habe dann auch über Schmerzen zu klagen begonnen und ihre Lebensfreude verloren. Aus einer sehr aktiven sei eine passive Frau geworden, die gelegentlich den Sinn im Leben nicht mehr sehe, wenn sie sich vergegenwärtige, worauf sie alles verzichten müsse. Sie rette sich – obwohl sie dann immer Schmerzen verspüre – in die Haushaltarbeit, um wenigstens beschäftigt zu sein.

2.4 Zieht man diese Umstände – und insbesondere auch die glaubwürdigen Aussagen der Kläger – in Betracht, ergibt sich das Bild einer (ursprünglich) sehr aktiven und dynamischen Frau, die vom Unfall äusserlich zwar kaum gezeichnet ist, deren Leben und Wesen sich wegen des Unfalls aber völlig verändert hat. Sie ist nicht nur dauernd auf Hilfe angewiesen; die anhaltenden Beschwerden und Schmerzen treiben sie zunehmend in die Isolation und haben sie inzwischen dazu gezwungen, fast all ihre sportlichen und gesellschaftlichen Aktivitäten stark einzuschränken oder gar aufzugeben. Offenbar musste sie sich auch aus dem Familienleben weitgehend zurückziehen und ist selbst für ihren Ehemann und die beiden Söhne nur noch beschränkt ansprechbar. Nicht zuletzt müssen sich B.W. bzw. die Kläger aber auch damit abfinden, dass ein Dauerzustand eingetreten ist, der jede Hoffnung auf eine Besserung ausschliesst. Dieser Zustand wird die Kläger – insbesondere den Kläger 1 – noch während Jahren binden und eine Verarbeitung oder Überwindung der Geschehnisse erheblich erschweren. Insofern ist anzunehmen, dass die Invalidität von B.W. die Kläger in ihrer Persönlichkeit zumindest im gleichen Mass betrifft wie im Fall einer Tötung (s. dazu auch BGE 113 II 339). Dies gilt mit Sicherheit auch im Vergleich zu BGE 112 II 226 ff., wo das Bundesgericht – wie bereits dargelegt – den Genugtuungsanspruch einer Ehefrau, deren Ehemann wegen eines Unfalls impotent wurde, grundsätzlich bejaht hat. Im Übrigen mögen – wie der klägerische Rechtsvertreter an der Hauptverhandlung zu Recht bemerkte – die Verletzungen eines Querschnittgelähmten nach aussen zwar auffälliger sein. Nach der Akutphase kann ein Paraplegiker unter Umständen aber besser als der chronisch Schmerzgeplagte wieder ein gesellschaftliches Leben führen, in beschränktem Mass wieder einer Arbeit und unter Umständen sogar sportlichen Aktivitäten nachgehen. Auch insoweit lässt sich, wenn man die Trauer und die Schmerzen gegeneinander aufrechnen will oder muss, der vorliegende Fall durchaus mit demjenigen vergleichen, der dem ebenfalls bereits erwähnten BGE 122 III 5 ff. zugrunde lag und in welchem der Genugtuungsanspruch der Angehörigen bejaht wurde (s. Beilage 21, S. 6 f.). Unter diesem Aspekt sind die Voraussetzungen für die Zusprechung einer Genugtuung somit als erfüllt zu betrachten.

3. Zu prüfen ist im Weiteren, welche Auswirkungen der Unfall und dessen Folgen auf die Angehörigen hatte und in welchem Masse sich die

gewohnte Lebensweise der Kläger durch das Erfordernis von Pflege und steter Rücksichtnahme gezwungenermassen verändert hat (s. Hütte/Duhsch, a.a.O., I/92).

3.1 Die Beklagte stellte sich an der Hauptverhandlung auf den Standpunkt, der Unfall vom Mai 1989 habe sich auf die Beziehung zwischen B.W. und den Klägern nicht schwerwiegend ausgewirkt. Der Kläger 1 habe den Gesundheitszustand seiner Frau vielmehr akzeptiert. Er habe immer noch eine gute Beziehung zu ihr und habe mit ihr auch noch sexuelle Kontakte. Er habe inzwischen seinen Lebensweg gefunden und sei der Meinung, dass es seine Aufgabe sei, mit seiner Gattin gemeinsam das Leben zu bestreiten. Auch das Verhältnis von B.W. zu ihren Söhnen, den Klägern 2 und 3, sei nicht schwerwiegend tangiert worden. Wie der Kläger 1 müssten zwar auch die Kläger 2 und 3 ihrer Mutter immer wieder Hilfe leisten. Sie hätten sich aber an die Situation gewöhnt und fühlten sich in ihrem Leben nicht stark behindert. Da die beiden Söhne den gemeinsamen Haushalt der Familie ohnehin früher oder später verliessen, könne von einer dauerhaften künftigen Beeinträchtigung der Lebensqualität der Kläger 2 und 3 mit Sicherheit nicht die Rede sein.

3.2 Hält man sich die Unfallfolgen vor Augen, unter denen B.W. seit Jahren gelitten hat und auch künftig noch leiden wird, kann ernsthaft nicht bezweifelt werden, dass diese Folgen das Leben der Kläger wesentlich beeinflusst bzw. verändert haben und auch in Zukunft prägen werden. Dies gilt im besonderen Mass für den Kläger 1, der an der Parteibefragung ausführte, er und seine Frau hätten früher vieles gemeinsam unternommen. Dies sei heute nicht mehr möglich. Zu Beginn habe er grosse Mühe gehabt, sich an die neue Situation anzupassen bzw. zu verstehen, dass er plötzlich eine völlig veränderte Frau gehabt habe. Dies habe ihn sehr geschmerzt. Inzwischen sei es ihm aber gelungen, sich umzustellen, und er habe es zu seiner Lebensaufgabe gemacht, seiner Frau beizustehen. Er helfe, wo er könne, und gehe Einkaufen oder putze Schuhe. Wenn sie Schmerzen habe, müsse man – auch wenn man selber nicht bei guter Laune sei – schonend mit ihr umgehen und versuchen, sie abzulenken. Er sei selber eingeschränkt, indem er heute nichts mehr spontan unternehmen könne. Dies gelte generell im Freizeitbereich, wo er sich zu einem grossen Teil seiner Frau anpassen müsse, besonders aber auch im sexuellen Bereich, wo die ganze Spontaneität verloren gegangen sei und sich eine grosse Veränderung ergeben habe.

3.3 Auch für die Kläger 2 und 3, die nach wie vor bei den Eltern leben, hatte und hat der Unfall ihrer Mutter einschneidende Folgen. Der Kläger 2 erklärte, die Familie habe früher recht viel zusammen unternommen. Am Anfang habe seine Mutter noch versucht, alles zu verdrängen und ihr Leben trotz Schmerzen möglichst normal weiterzuführen. Mit der Zeit sei es aber immer schlimmer geworden und seine Mutter könne heute immer weniger erledigen. Es schmerze ihn, sie leiden zu sehen. Da er jeweils am Nachmit-

tag frei habe, habe er häufigen Kontakt mit der Mutter. Er helfe ihr viel, vor allem beim Heben von Lasten und bei den Gartenarbeiten. Früher habe seine Mutter alles selbst erledigt. In den zehn Jahren seit dem Unfall habe sie sich «krass verändert»; sie sei nicht mehr die Gleiche.

Der Kläger 3 führte aus, dass er, als der Unfall passiert sei, erst elf Jahre alt gewesen sei und daher nicht viel mitbekommen habe. Erst im Alter von 15 oder 16 Jahren habe er realisiert, dass «dies eine andere Mutter» sei. Zu Beginn habe sie ihre Schmerzen verdrängt und den ganzen Haushalt selber verrichtet, auch wenn er ihr seine Hilfe angeboten habe. Seit er ca. 16 Jahre alt sei, helfe er ihr jedoch mehr, zum Beispiel beim Geschirr spülen oder Staub saugen. Jetzt komme sie auch auf ihn zu und bitte ihn um Hilfe. Wenn er am Abend nach Hause komme, könne er sich nicht mehr einfach hinsetzen und etwas für sich tun. Er besorge den Abwasch, helfe bei der Wäsche oder reinige das Badezimmer. Im Unterschied zu früher unternehmen sie heute fast nichts mehr zusammen. Es sei alles ganz anders als vorher. Er habe grosse Schwierigkeiten mit der Invalidität seiner Mutter umzugehen. Wenn er abends nach Hause komme, sei seine Mutter nie «gut drauf» und klage jeweils über Kopfschmerzen und einen «müden Kopf». Ihn schmerze dies innerlich sehr, wenn er seine Mutter leiden sehe; er versuche sie dann zu trösten. Es sei für ihn schwierig seine gute Laune zu bewahren, wenn er den Zustand seiner Mutter sehe. Das Ganze stelle für ihn eine erhebliche Belastung dar. Innerhalb der Familie sei die Lebensfreude der Familie «extrem» zurückgegangen.

3.4 Gestützt auf diese im Wesentlichen übereinstimmenden und glaubwürdigen Aussagen der Kläger sowie aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung ist die objektive Schwere der Verletzung der Persönlichkeit der Kläger als ausgewiesen zu betrachten. Durch eine Invalidität, wie sie B.W. erlitten hat, wird nicht nur die eheliche Gemeinschaft stark belastet; diese führt auch zu einem spürbaren Eingriff in die Persönlichkeitssphäre der Kinder, die wegen des Unfalls bzw. dessen Folgen ebenfalls Einschränkungen ihrer jugendlichen Lebensfreude in Kauf zu nehmen haben (s. den Entscheid des Bundesgerichts, I. Zivilabteilung, vom 27. Dezember 1995 [= BGE 122 III 5 ff.], nicht publizierte Erw. 3.b). Der Anspruch der Kläger auf die Zusprechung einer Genugtuung ist daher im Grundsatz zu bejahen.

4. Die Höhe der Genugtuung hängt entscheidend von der Schwere der Schädigung bzw. von der Grösse des Leides ab, welches die Folge dieser Schädigung ist. Die Festlegung der Genugtuung beruht auf richterlichem Ermessen. Als Regeln sind dabei zu beachten, dass die seelische Unbill von nahen Angehörigen einer infolge eines Unfalls lebenslanglich schwer invaliden Person im Allgemeinen höher eingeschätzt wird als jene, die sich aus dem Todesfall ergibt. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Intensität der seelischen Unbill auch vom Verwandtschaftsgrad abhängt. Das schwere Verschulden des Schädigers sowie ein allfälliges Selbstverschulden des Opfers

sind ebenfalls als Faktoren mitzubersichtigen. Weiter wird die Höhe der Genugtuung von Angehörigen auch mitbestimmt von der Anzahl der Anspruchsberechtigten. Es wird daher die Regel aufgestellt, dass ein naher Angehöriger im Verhältnis zu der dem Verunfallten selbst zukommenden Genugtuung etwa auf die Hälfte Anspruch habe; bei zwei oder mehreren Berechtigten sei die Genugtuung aber für jeden von ihnen gegenüber einer einzigen anspruchsberechtigten Person zu reduzieren, weil sie sich das Leid und die Last teilen könnten (s. den Entscheid des Bundesgerichts, I. Zivilabteilung, vom 27. Dezember 1995 [= BGE 122 III 5 ff.], nicht publizierte Erw. 4.a, mit zahlreichen Hinweisen).

4.1 Wie bereits im Urteil vom 5. September 1997 erwähnt, kommt Z. das alleinige Verschulden am Unfall vom 16. Mai 1989 zu; dieses Verschulden wiegt jedoch nicht allzu schwer. Dass andererseits B.W. irgendein Selbstverschulden treffe, wird auch von der Beklagten zu Recht nicht behauptet.

Im Weiteren ist zu beachten, dass die eheliche Gemeinschaft zwischen B.W. und dem Kläger 1 zwar nicht zerstört ist und es zwischen ihnen immer noch zu sexuellen Kontakten kommt. Nicht zu übersehen ist jedoch, dass sich die eheliche Gemeinschaft seit dem Unfall grundlegend verändert hat und ihren Bestand wohl nicht zuletzt dem Umstand zu verdanken hat, dass es beiden Seiten gelungen ist, sich erheblich einzuschränken und den veränderten Umständen anzupassen. Wenn sich nun die Beklagte daraus einen Vorteil verschaffen will und geltend macht, der Unfall seiner Ehefrau habe sich auf den Kläger 1 nicht schwerwiegend ausgewirkt, ist dies unter den gegebenen Umständen nicht nachvollziehbar, kann es doch nicht im Interesse der Beklagten liegen, denjenigen, der sich gehen lässt und dem es entsprechend schlecht geht, noch zu «belohnen», und denjenigen, der sich um eine Verbesserung bemüht und bis zu einem gewissen Grad auch erreicht, zu «bestrafen». Dass im Übrigen die Unfallfolgen auch zu einem spürbaren Eingriff in die Persönlichkeitssphäre der Kläger 2 und 3 geführt haben, wurde bereits dargelegt (s. vorne Erw. 3.4).

4.2 Gestützt auf diese Erwägungen und in Berücksichtigung des Umstandes, dass der Verletzte B.W. selbst eine Genugtuung von Fr. 70'000.- zugesprochen wurde, rechtfertigt es sich, dem Kläger 1 eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 40'000.- und den Klägern 2 und 3 eine solche in der Höhe von je Fr. 20'000.- zuzusprechen. Damit wird auch der Praxis des Bundesgerichts Rechnung getragen, das in seiner neueren Rechtsprechung die Genugtuungssummen bei schweren Fällen immaterieller Beeinträchtigung im Allgemeinen erheblich erhöht hat (s. dazu auch den Entscheid des Bundesgerichts, I. Zivilabteilung, vom 27. Dezember 1995 [= BGE 122 III 5 ff.], nicht publizierte Erw. 4.b und 4.c, mit weiteren Hinweisen). Diese Beträge sind antragsgemäss je seit dem Tag des Unfalls, mithin seit dem 16. Mai 1989, mit 5% zu verzinsen (BGE 112 II 138).

(Kantonsgericht, 23. August 1999, i.S. P.W., P.W. und O.W./X.-Versicherungen)

Art. 675 Abs. 1 OR. – Für das Aktienkapital dürfen keine Zinsen bezahlt werden. Von einer Verletzung des Zinsverbotes kann nur gesprochen werden, wenn die Gesellschaft ein solches Versprechen abgibt. Ein persönliches Garantieverprechen eines Dritten hingegen, welcher ein Interesse am Zustandekommen eines Unternehmens hat, ist zulässig und sogar häufig.

Aus den Erwägungen:

1. Für das Aktienkapital dürfen keine Zinsen bezahlt werden. Der Zweck des Zinsverbotes ist die Erhaltung des Kapitals im Interesse der Gläubiger, der Aktionäre und der Gesellschaft selbst (Bürgi, Zürcher Kommentar, Zürich 1957, N4 zu Art. 675, 676 OR). Das Versprechen der Gesellschaft an die Aktionäre oder die Gewährung besonderer Vorteile an einzelne von ihnen im Sinne einer Zusicherung eines periodisch wiederkehrenden Kapitalertrages ist daher nichtig (Bürgi, a.a.O., N2 zu Art. 675, 676 OR).

Von einer Verletzung des Zinsverbotes kann demzufolge nur gesprochen werden, wenn die Gesellschaft ein solches Versprechen abgegeben hätte. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Beim Vertrag vom 8. Juli 1996 handelt es sich, wie die Klägerin sinngemäss ausführte und vom Beklagten nicht bestritten wurde, um ein persönliches Versprechen des Beklagten (KB 3, insb. Ziff. 2). Die Zinszahlungen wurden unbestrittenermassen dem Beklagten auf seinem Gesellschaftskontokorrent belastet. Das Aktienkapital wurde mithin nicht tangiert (KB 5, 6 und 11; Beilage 3, S. 3 und Beilage 4, S. 3 Ziff. 2).

Die herrschende Lehre ist der Ansicht, dass ein persönliches Garantieverprechen eines Dritten, welcher ein *Interesse* am Zustandekommen eines Unternehmens hat, zulässig und sogar häufig ist (vgl. Bürgi, a.a.O., N 3 und 4 zu Art. 675, 676 OR und dort zitierte Autoren; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 40 N 116). Solche Garantien sind als Nebenabreden zu Sachübernahmeverträgen oder als *selbständige Abmachungen* anzutreffen. Sie können bei der Gründung einer Gesellschaft oder auch *später* zustande kommen. Als Renditegarantie für eine Reihe von Jahren zugunsten des Geldgebers hat sie jedoch nie den Charakter einer Bürgschaft, indem seitens der Gesellschaft keinerlei Schuld in obligationenrechtlichem Sinne vorliegt und folglich eine solche auch nicht verbürgt werden kann (vgl. F. von Steiger, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 3. A., Zürich 1966, S. 60). Dass der Beklagte Mehrheitsaktionär der X AG ist, ist irrelevant, da es – wie Bürgi in seinem Kommentar festhält – erlaubt ist, dass die Garantie durch eine Gesellschaft erfolgt, die ihrerseits Aktionärin des Unternehmens ist (Muttergesellschaft zugunsten der Tochtergesellschaft) (vgl. Bürgi, a.a.O., N 3 zu Art. 675, 676 OR).

2. Wie vorstehend bereits ausgeführt, spricht die Lehre von einem Garantieverprechen des Dritten. Der Garantievertrag im Sinne von Art. 111 OR ist grundsätzlich nicht akzessorischer Natur; d.h. er setzt kein gültiges Grundgeschäft voraus. Er stellt vielmehr ein selbständiges, von der versprochenen Leistung des Dritten (hier die Gesellschaft gemeint) unabhängiges

Schuldversprechen dar (vgl. BGE 76 II 33). Im vorliegenden Fall hat der Beklagte der Klägerin jedoch eine fiktive Leistung eines Dritten (X AG) versprochen. Das «Garantieversprechen» des Beklagten ist somit nichts anderes, als die Zusicherung einer nicht von der Aktiengesellschaft, sondern vom Garanten auszahlenden festen Verzinsung. Dieses bedingte einseitige Schuldversprechen des Beklagten deckt – wie bereits ausgeführt – ein gewisses Risiko der Klägerin ab und verfolgt in diesem Sinne einen ähnlichen Zweck wie das Garantieversprechen im Sinne von Art. 111 OR. Die Bestimmungen von Art. 111 OR sind in Analogie auf das vorliegende Schuldversprechen des Beklagten anzuwenden.

3. Die Klägerin verlangt sodann auf dem Betrag von Fr. 17'500.– einen Verzugszins von 5% seit 25. August 1997 und auf Fr. 8'750.– einen Verzugszins von 5% seit 9. Oktober 1997. Gemäss Art. 105 Abs. 1 OR hat der Schuldner, der mit der Zahlung von Zinsen im Verzuge ist, erst vom Tage der Anhebung der Betreuung oder der gerichtlichen Klage an Verzugszinse zu bezahlen. Am 29. August 1997 wurde dem Beklagten der Zahlungsbefehl, lautend auf Fr. 17'500.–, zugestellt. Mithin schuldet der Beklagte der Klägerin einen Verzugszins von 5% auf Fr. 17'500.– seit dem 30. August 1997. Für die weitere Forderung über Fr. 8'750.– wurde der Beklagte nicht betrieben, weshalb der Verzugszins von 5% erst ab dem Tag nach Klageeinreichung beim Kantonsgericht Zug, somit ab 5. Dezember 1997 zuzusprechen ist.

(Kantonsgericht, 21. Januar 1999, i.S. H. AG/H.)

Art. 685b OR. – Bestimmung des wirklichen Wertes der Aktien durch den Richter. Bei der Übertragung vinkulierter, nicht börsenkotierter Namenaktien gemäss Art. 685b Abs. 1 OR hat das Gesuch um Bestimmung des wirklichen Wertes der Aktien vom Veräusserer der Aktien auszugehen. Der Erwerber der Aktien ist zur Stellung des Gesuchs nicht legitimiert.

Aus den Erwägungen:

1. Die Statuten können bestimmen, dass Namenaktien nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden dürfen (Art. 685a Abs. 1 OR). Die Gesellschaft kann das Gesuch um Zustimmung ablehnen, wenn sie hierfür einen wichtigen, in den Statuten genannten Grund bekannt gibt oder wenn sie dem Veräusserer der Aktien anbietet, die Aktien für eigene Rechnung, für Rechnung anderer Aktionäre oder für Rechnung Dritter zum wirklichen Wert im Zeitpunkt des Gesuchs zu übernehmen (Art. 685b Abs. 1 OR). Sind die Aktien durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht erworben worden, so kann die Gesellschaft das Gesuch um Zustimmung nur ablehnen, wenn sie dem Erwerber die Übernahme der Aktien zum wirklichen Wert anbietet (Art. 685b Abs. 4 OR). Der Erwerber kann verlangen, dass der Richter am Sitz der Gesellschaft den wirklichen Wert bestimmt. Die Kosten der Bewertung trägt die Gesellschaft (Art. 685b Abs. 5 OR).

a) Der Einzelrichter hielt zunächst unter Hinweis auf zwei Literaturstellen fest, dass die Bestimmung von Art. 685b Abs. 5 OR auch auf die Fälle der rechtsgeschäftlichen Übertragung Anwendung finde, obwohl ihr Wortlaut sich allein auf die Fälle der Übertragung kraft Gesetzes zu beziehen scheine. Der Einzelrichter erachtete es sodann als urkundlich belegt, dass der Beschwerdegegner am 29. Juni 1998 zehn Namenaktien der Beschwerdeführerin gekauft habe und dass diese Aktien durch die Bank X. in einem Depot des Beschwerdegegners verwahrt würden. Damit sei der Beschwerdegegner legitimiert, das vorliegende Gesuch zu stellen. Ferner könne dem Schreiben der Beschwerdeführerin vom 22. September 1998 sinngemäss entnommen werden, dass ein Eintragungsgesuch gestellt, von der Beschwerdeführerin aber abgelehnt worden sei. Dieser Sachverhalt sei im Schreiben des Beschwerdegegners an die Beschwerdeführerin vom 4. November 1998 bestätigt worden; diesem Bestätigungsschreiben habe die Beschwerdeführerin nicht widersprochen. Schliesslich gehe aus den Schreiben vom 22. September 1998, 4. November 1998 und 14. Januar 1999 klar hervor, dass die Parteien über den wirklichen Wert der Aktien keine Einigung hätten erzielen können. Demzufolge sei der Beschwerdegegner berechtigt, den wirklichen Wert der Aktien vom Richter bestimmen zu lassen.

b) Die Beschwerdeführerin bestreitet im Wesentlichen die Legitimation des Beschwerdegegners, beim Richter die Bewertung der Aktien zu verlangen. Dieses Recht stehe im Falle einer vertraglichen Übertragung der Aktien nur dem Veräusserer als rechtmässig eingetragenen Aktionär zu, der auch Adressat eines Übernahmeangebots gemäss Art. 685b Abs. 1 OR sein könne. Die Zuerkennung von Klagerechten an den «Erwerber» von vinkulierten Namenaktien, die nicht an der Börse kotiert seien, würde die Vinkulierungsvorschriften in einem für die Gesellschaft nachhaltig störenden Punkt quasi ausser Kraft setzen. Die in der vorinstanzlichen Verfügung enthaltene Feststellung, dass aus dem vom Gesuchsteller eingereichten Schreiben klar hervorgehe, dass über den wirklichen Wert keine Einigung erzielt worden sei, sei vor diesem Hintergrund für die Kernfrage der Legitimation zur Gesuchstellung irrelevant. Die Gesellschaft habe aus den dargelegten Gründen gar keine Veranlassung und Möglichkeit gehabt, mit dem Gesuchsteller, welcher nicht Eigentümer der Namenaktien sei, über einen Übernahmepreis zu verhandeln.

c) Das Recht, vom Richter den wirklichen Wert der Aktien bestimmen zu lassen, ist in Art. 685b Abs. 5 OR vorgesehen. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung ist einzig der Erwerber zur Gesuchstellung ermächtigt. Dies erklärt sich indes daraus, dass die Vorschrift unmittelbar an den vorangehenden Absatz 4 von Art. 685b OR anknüpft. Darin wird der Gesellschaft die Möglichkeit eingeräumt, das Gesuch um Zustimmung zur Eintragung im Aktienbuch dann zu verweigern, wenn sie dem Erwerber, der die Aktien durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung erworben hat, die Übernahme der Aktien zum wirklichen Wert anbietet. Das Gesetz regelt somit die Anrufung des Richters lediglich im Fall der Übertra-

gung der Aktien zufolge Erb- oder Güterrechts oder Zwangsvollstreckung ausdrücklich. Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, ist indes in der Lehre unbestritten, dass ein entsprechender Rechtsbehelf auch in den übrigen Fällen der Übertragung der Aktien gemäss Art. 685b Abs. 1 OR zur Verfügung stehen muss. Denn der Anspruch, vom Richter den wirklichen Wert der Aktien bestimmen zu lassen, leitet sich aus dem Recht der Gesellschaft ab, durch Unterbreitung eines Übernahmeangebots «zum wirklichen Wert» eine Übertragung der Aktien zu verhindern, und kommt dann zum Tragen, wenn sich die Parteien über den Wert nicht einigen können (vgl. Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2.A., Rz 699; Shelby du Pasquier/Matthias Oertle, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel 1994, N 13 zu Art. 685b OR; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 44 N 165 und Anm. 58).

Steht somit fest, dass der Richter auch bei einer Übertragung der Aktien gemäss Art. 685b Abs. 1 OR zur Bestimmung des Aktienwertes angerufen werden kann, bleibt zu prüfen, wer in diesem Fall zur Stellung des Gesuchs legitimiert ist. Die Vorinstanz bejahte stillschweigend die Legitimation des Beschwerdegegners als Erwerber der Aktien. Dem hält die Beschwerdeführerin mit Recht entgegen, dass sich bei der Übertragung gemäss Art. 685b Abs. 1 OR das Übernahmeangebot der Gesellschaft an den Veräusserer der Aktien zu richten hat. Im Unterschied zum Erwerb gemäss Abs. 4 (Erbang, Erbteilung usw.), wo das Eigentum und die Vermögensrechte sogleich übergehen, verbleiben denn auch bei der gewöhnlichen Übertragung nach Abs. 1 das Eigentum an den Aktien und alle damit verknüpften Rechte beim Veräusserer, solange die Zustimmung zur Übertragung nicht erteilt wird (vgl. Art. 685c Abs. 1 und 2 OR). Ist das Übernahmeangebot an den Veräusserer zu richten, so erscheint es nur folgerichtig, dass das Gesuch um Bestimmung des Aktienwertes ebenfalls vom Veräusserer der Aktien auszugehen hat (vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, a.a.O., § 44, Anm. 58 zu N 165; Forstmoser, Ungereimtheiten und Unklarheiten im neuen Aktienrecht, in SZW 1992, S. 66, Anm. 59d). Demgegenüber steht dieses Recht dem Erwerber, der vor einer Zustimmung zur Übertragung weder das Eigentum noch die Vermögensrechte erworben hat, nicht zu. Die anderslautende Auffassung Böcklis (a.a.O., Rz 699), wonach sowohl der Erwerber wie der Veräusserer zwingend antragsberechtigt seien, überzeugt nicht und wird auch nicht begründet (diesbezüglich unklar: Shelby du Pasquier/Matthias Oertle, Transfert des actions nominatives liées, AJP 1992, S. 760 f.).

Zusammenfassend ergibt sich, dass im Falle einer Übertragung vinkulierter, nicht börsenkotierter Aktien gemäss Art. 685b Abs. 1 OR das Gesuch um Bestimmung des wirklichen Wertes der Aktien vom Veräusserer der Aktien auszugehen hat. Der Beschwerdegegner als Erwerber der Aktien ist demzufolge zur Stellung des Gesuchs nicht legitimiert, weshalb sein Gesuch abzuweisen ist.

(Justizkommission, 30. Dezember 1999, i.S. N. AG/T.)

2. Privatversicherungsrecht

Art. 33 VVG. – Auslegung einer Ausschlussklausel in Allgemeinen Versicherungsbedingungen. Im konkreten Fall Ausschluss von «Krankheiten, die infolge von Alkoholismus (...) auftreten».

Aus den Erwägungen

3. Vorformulierte Vertragsbestimmungen sind grundsätzlich nach den gleichen Regeln wie individuell verfasste Vertragsklauseln auszulegen. So erfolgt denn auch bei den allgemeinen Versicherungsbedingungen die Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens nach dem Vertrauensgrundsatz. Dabei hat der Richter vom Wortlaut auszugehen und zu berücksichtigen, was sachgerecht ist. Gemäss der sogenannten Unklarheitsregel sind zweideutige Wendungen in allgemeinen, formularmässig vorgeformten Vertragsbedingungen im Zweifel zu Lasten ihres Verfassers auszulegen. Für den Versicherungsvertrag konkretisiert Art. 33 VVG die Unklarheitsregel insofern, als der Versicherer für alle Ereignisse haftet, welche die Merkmale der versicherten Gefahr an sich tragen, es sei denn, dass der Vertrag einzelne Ereignisse in bestimmter, unzweideutiger Fassung von der Versicherung ausschliesst. Ob diese Voraussetzung im einzelnen Fall erfüllt ist, beurteilt sich nach der Bedeutung, die den verwendeten Wörtern im täglichen Sprachgebrauch üblicherweise zukommt (vgl. BGE 115 II 268 f. und 122 III 121, je mit zahlreichen Hinweisen). Eine Ausschlussklausel ist bestimmt und unzweideutig, sofern an ihrem Sinngehalt keine ernsthaften Zweifel mehr bestehen. Ob über den Umfang der versicherten Gefahr vernünftigerweise kein Zweifel bestehen kann, wird sich immer erst bei Würdigung aller Umstände, wie gesamter Vertragsinhalt, wirtschaftlicher Zweck und rechtliche Natur der in Frage stehenden Versicherung, ergeben. Somit muss auch die Ausschlussklausel zuerst ausgelegt werden, bevor die Unklarheitsregel angewendet werden darf (Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. A., Bern 1995, S. 247 f., mit Hinweisen).

4. Die strittige Formulierung «Krankheiten, die infolge von Alkoholismus (...) auftreten» (Art. 4 lit. b Abs. 1 der AVB) ist zwar relativ weit gefasst, erscheint aber nicht als derart unklar oder zweideutig, dass deswegen nach Art. 33 VVG ein Haftungsausschluss von vornherein zu verneinen wäre (s. SVA XIII, Nr. 113, S. 575). Die Klausel bedarf indes, wie der Kläger zu Recht ausführt, der näheren Bestimmung und Auslegung.

4.1 Nach der Definition der WHO, auf die sich der Kläger beruft, gilt als «Alkoholismus» oder Trunksucht eine chronische Verhaltensstörung, die bestimmt wird durch wiederholtes Geniessen alkoholischer Getränke über das sozial übliche Mass hinaus, wobei der Alkoholkonsum ein Ausmass erreicht, welches die Gesundheit des Trinkers, seine Arbeitsfähigkeit und seine soziale Stellung gefährdet (RKUV 1994, S. 254). Der Psyhyrembel (Klinisches Wörterbuch, 258. A., Berlin und New York 1998, S. 40 f.) definiert die Alko-

holkrankheit (sog. Alkoholismus) als Missbrauch oder Abhängigkeit vom Alkohol mit somatischen, psychischen oder sozialen Folgeschäden. Nach Brockhaus (Die Enzyklopädie, Erster Band, 20. A., Leipzig und Mannheim 1996, S. 387) ist unter «Alkoholismus» die durch ständiges oder vermehrtes periodisches Trinken von Alkohol hervorgerufene chronische Krankheit mit körperlicher, psychischer und sozialer Schädigung zu verstehen. Der Duden schliesslich umschreibt «Alkoholismus» als (1.) zusammenfassende Bezeichnung für verschiedene Formen der schädigenden Einwirkungen, die übermässiger Alkoholgenuss im Organismus hervorruft, und (2.) als Trunksucht (Fremdwörterbuch, 5. A., Mannheim, Zürich, Wien 1990, S. 48).

4.2 Auch wenn nicht zu übersehen ist, dass diese (zum Teil medizinisch-wissenschaftlichen) Definitionen unterschiedlich sind und bei der Umschreibung des Begriffs Ursache und Wirkung vermischt werden, geht es im Kern doch immer um dasselbe, nämlich die körperlich oder sozial schädigenden Folgen übermässigen Alkoholkonsums, d.h. des ständigen oder vermehrten periodischen Trinkens von Alkohol. Darin ist denn auch der landläufige Sinn zu erblicken, der dem Begriff «Alkoholismus» im täglichen Sprachgebrauch zukommt. Im weiteren bedeutet das Verb «auftreten» im Kontext mit Krankheit «vorkommen» bzw. «eintreten» (Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 1985, S. 479). Das Wort «infolge» wiederum ist – entgegen der Ansicht des Klägers – ein Synonym für den Begriff «als Folge» (Wahrig, a.a.O., S. 1940). Die fragliche Ausschlussklausel («Krankheiten, die infolge von Alkoholismus [...] auftreten») umfasst somit Krankheiten, die als Folge von übermässigem Alkoholkonsum eintreten. Die Klausel erscheint insoweit klar und unzweideutig, und es kann ohne weiteres angenommen werden, dass der Kläger diese Bestimmung auch entsprechend verstanden hat.

4.3 Aufgrund des Wortlautes steht im weiteren fest, dass der Versicherungsausschluss gemäss Art. 4 lit. b Abs. 1 AVB entgegen der Behauptung des Klägers nicht nur die Alkoholkrankheit als solche, sondern auch deren Folgen, wie z.B. die Leberzirrhose, umfasst. Daran ändert nichts, dass nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (EVG) zum (alten) KUVG mit dem Vorbehalt «Alkoholismus» nur die Behandlung der Alkoholkrankheit als solcher ausgeschlossen wird, nicht hingegen die Behandlung der vielfältigen somatischen und psychischen Folgen der Trunksucht (s. RKUV 1994, S. 255). Zum einen lässt sich die Rechtsprechung zum (öffentlich-rechtlichen) Sozialversicherungsrecht nicht ohne weiteres auf das Privatversicherungsrecht übertragen, da den beiden Rechtsbereichen unterschiedliche Zielsetzungen zugrunde liegen. Zum andern wurde im vorliegenden Fall nicht der Vorbehalt «Alkoholismus» angebracht, wie in dem vom EVG zu beurteilenden Fall; die Beklagte schloss in Art. 4 lit. b Abs. 1 der AVB vielmehr ausdrücklich «Krankheiten, die infolge von Alkoholismus (...) auftreten» von der Versicherung aus. Die streitige Ausschlussklausel ist somit bereits vom Wortlaut her weiter gefasst als der Vorbehalt «Alkoholismus». Auch die systematische Auslegung von Art. 4 lit. b der AVB führt

zum selben Ergebnis. Der Kläger weist zwar zu Recht darauf hin, dass sich Abs. 2 dieser Bestimmung nur auf «Entwöhnungskuren», also die Behandlung der Alkoholkrankheit als solcher, bezieht. Daraus kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass auch Abs. 1 nur die Behandlung der Alkoholkrankheit als solche erfasst, nicht dagegen deren Folgeschäden. Denn Abs. 2 ist im Verhältnis zu Abs. 1 eine Ausnahmebestimmung: Abs. 1 umschreibt diejenigen Krankheiten, die von der Versicherung ausgeschlossen sind, und Abs. 2 nennt die Fälle, die trotz dieses Ausschlusses von der Versicherung gedeckt sind. Die gleiche Systematik findet sich im übrigen in Art. 4 lit. a und c der AVB. Der Ausschlussgrund von Art. 4 lit. b der AVB umfasst demzufolge neben der Alkoholkrankheit als solchen auch die Folgeschäden von Alkoholismus. Dabei ist für jeden Durchschnittsmenschen klar, was unter Alkoholismus und körperlichen Folgeschäden bei Alkoholismus zu verstehen ist, ohne dass er die medizinischen Fachbegriffe dieser Krankheiten im einzelnen zu kennen braucht. Die Formulierung «Krankheiten, die infolge von Alkoholismus (...) auftreten» ist demnach klar und hinreichend bestimmt.

4.4 Dass das EVG nach ständiger Rechtsprechung zum (alten) KUVG Vorbehaltsformulierungen wie «und Folgen» als unzulässig erachtet (RKUV 1992, S. 61), vermag dem Kläger ebenfalls nicht zu helfen, da Vorbehaltsbeschreibungen im Sozialversicherungsrecht – wie bereits erwähnt – nach anderen Kriterien zu beurteilen sind als Ausschlussklauseln im Privatversicherungsrecht. Wie das Bundesgericht festhielt, sind auch Begriffe wie «Hochgebirge» oder «Krankheiten und ihre Folgen» nicht völlig eindeutig und können in gewissen Fällen zu Zweifeln Anlass geben, ohne dass dabei die Wirksamkeit einer solchen Klausel von vornherein nach Art. 33 VVG verneint würde (SVA XIII Nr. 113, S. 575, mit Hinweisen). Art. 33 VVG verlangt, dass die gefahrenbeschränkende Abrede hinreichend bestimmt und unzweideutig ist, damit der Versicherte nicht im Zweifel darüber sein kann, unter welchen Voraussetzungen er keinen Versicherungsschutz genießt. Indessen ist nicht erforderlich, dass die von der Versicherung nicht erfassten Fälle als solche im einzelnen bezeichnet werden; es genügt, dass bei Würdigung der gesamten Umstände über den Umfang der versicherten Gefahr vernünftigerweise kein Zweifel mehr bestehen kann (SVA XVI Nr. 26, S. 145 f.; BGE 118 II 345). Dies ist vorliegend der Fall.

4.5 Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der Haftungsausschluss für «Krankheiten, die infolge von Alkoholismus (...) auftreten» (Art. 4 lit. b Abs. 1 der AVB) vor Art. 33 VVG standhält.

(Kantonsgericht, 25. Februar 1999, i.S. C./A.)

Die gegen dieses Urteil eingereichte Berufung wurde vom Obergericht und danach auch vom Bundesgericht abgewiesen.

3. Internationales Privatrecht

Art. 1, 62 und 85 IPRG; Art. 1, 3, 4 und 5 des Haager Übereinkommens vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (MSÜ). – Örtliche Zuständigkeit zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Bereich des Minderjährigenschutzes bei einer Scheidungs- oder Trennungsklage im internationalen Verhältnis.

Aus den Erwägungen:

1. Die Vorinstanz führte in der angefochtenen Verfügung aus, im jetzigen Zeitpunkt sei nicht mit Sicherheit zu sagen, ob die Beschwerdeführerin zusammen mit dem Kind N. die Schweiz definitiv verlassen habe. Dies bleibe vorliegend jedoch ohne Einfluss. Bei Einleitung des Scheidungs- bzw. des Massnahmeverfahrens sei die Zuständigkeit der Gerichte des Kantons Zug gegeben gewesen, und es sei schweizerisches Recht zur Anwendung gelangt (Art. 62 und 85 IPRG i.V.m. dem Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen; MSÜ). Werde im Laufe des Verfahrens der Aufenthaltsort des Kindes geändert, so bleibe es bei der anfänglich gegebenen Zuständigkeit. Anwendbar bleibe auch weiterhin das eigene innerstaatliche, mithin das schweizerische Recht (Ivo Schwander, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Basel und Frankfurt a.M. 1996, N 31 a.E. u. N 45 zu Art. 85).

2. a) Gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 IPRG regelt dieses Gesetz im internationalen Verhältnis – unter Vorbehalt völkerrechtlicher Verträge – die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte oder Behörden. Ein internationaler Sachverhalt und somit die Anwendbarkeit des IPRG im Bereich des Scheidungsrechts liegt vor, wenn nur ein Ehegatte in der Schweiz wohnt oder wenn einer oder gar beide in der Schweiz lebenden Ehegatten ausländische Staatsbürger sind (Kurt Siehr; in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, a.a.O., N 16 zu Art. 59).

b) Im vorliegenden Fall hatte die Beschwerdeführerin, welche wie ihr Ehegatte die jugoslawische Staatsangehörigkeit besitzt, bei der Anhebung der Scheidungsklage ihren Wohnsitz in Baar. Die Vorinstanz hat sich daher zur Behandlung dieser Klage gestützt auf den massgebenden Art. 59 lit. b IPRG zu Recht als zuständig erklärt.

3. a) Gemäss Art. 62 Abs. 1 IPRG kann das schweizerische Gericht, bei dem eine Scheidungs- oder Trennungsklage hängig ist, vorsorgliche Massnahmen erlassen, sofern seine Unzuständigkeit zur Beurteilung der Klage nicht offensichtlich ist oder nicht rechtskräftig festgestellt wurde. Aufgrund von Art. 62 Abs. 3 des genannten Gesetzes sind indessen die Bestimmungen des IPRG über den Minderjährigenschutz (Art. 85) vorbehalten. Art. 85 Abs. 1

IPRG sieht vor, für den Schutz von Minderjährigen gelte in Bezug auf die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte oder Behörden und das anwendbare Recht das Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (nachfolgend: MSÜ). Im Bereich des Minderjährigenschutzes ist damit ohne Zweifel grundsätzlich einzig und ausnahmslos das MSÜ anwendbar (BGE 118 II 186 mit Verweisen). Der sachliche Anwendungsbereich des MSÜ umfasst nach der allgemeinen Formulierung von dessen Art. 1 denn auch sämtliche definitiven oder provisorischen Massnahmen von nationalen Zivil- oder Verwaltungsbehörden zum Schutz von Person und Vermögen der Minderjährigen. Darunter fallen insbesondere die den Minderjährigen betreffenden vorsorglichen Massnahmen für die Dauer eines Scheidungsverfahrens, namentlich die durch die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes notwendig gewordene Zuteilung der elterlichen Gewalt über den Minderjährigen und die Regelung des persönlichen Verkehrs mit diesem sowie die Abänderung bzw. Ergänzung der bereits gefällten entsprechenden Entscheide (Daniel Candrian, Scheidung und Trennung im internationalen Privatrecht der Schweiz, Diss., St. Gallen 1994, S. 25 f.; Ivo Schwander, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, a.a.O., N 23 f. zu Art. 85; BGE 118 II 184 ff.).

b) Das MSÜ ist somit in sachlicher Hinsicht zur Regelung des für die Dauer des vorliegenden Scheidungsverfahrens strittigen Besuchsrechts grundsätzlich anwendbar. Dessen Art. 1 sieht nun vor, dass die Gerichte und Verwaltungsbehörden des Staates, in dem ein Minderjähriger seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, unter Vorbehalt der Bestimmungen der Artikel 3, 4 und 5 Abs. 3 dieses Übereinkommens zuständig sind, Massnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens des Minderjährigen zu treffen. Für den Fall, dass ein Minderjähriger seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einen anderen Vertragsstaat verlegt, bestimmt Art. 5 Abs. 1 MSÜ ausserdem, dass die von den Behörden des Staates des früheren gewöhnlichen Aufenthalts getroffenen Massnahmen so lange in Kraft bleiben, bis die Behörde des neuen gewöhnlichen Aufenthaltes sie aufheben oder ersetzen. Gestützt darauf hat das Bundesgericht in BGE 123 III 413 f. – entgegen der von der Vorinstanz zitierten Lehrmeinung – erkannt, dass nach Sinn und Zweck der Abkommensregelung Schutzmassnahmen am Ort des früheren gewöhnlichen Aufenthaltes prinzipiell nicht mehr getroffen werden sollen. Die Vorschrift des Art. 5 MSÜ, so das Bundesgericht weiter, beruhe nämlich auf dem Grundsatz, dass mit dem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltes die Zuständigkeit der Behörden am bisherigen Aufenthaltsort erlösche. Somit bleibe bei der Regelung der elterlichen Gewalt und des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kinder für den Grundsatz der «perpetuatio fori» kein Raum. In Art. 85 Abs. 2 IPRG wird das fragliche Übereinkommen ferner über den Grundsatz von dessen Abs. 1 hinaus auch bei Fehlen der persönlichen und räumlichen Voraussetzungen des MSÜ als sinngemäss anwendbar

erklärt. Es ist daher ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit des Betroffenen und unabhängig davon, ob dessen Heimatstaat Vertragspartei ist oder nicht, als nahezu erga omnes wirkende loi uniforme unmittelbar und ausschliesslich anzuwenden (BGE 124 III 179 f. mit Verweisen).

4. a) Die angefochtene Verfügung, mit welcher dem Beschwerdegegner ein unbegleitetes Besuchsrecht eingeräumt wurde, erging kurz nachdem die Beschwerdeführerin mit N. die Schweiz verlassen hatte. Es stellt sich damit die Frage, ob die Vorinstanz nach der massgebenden Regelung des MSÜ zur Beurteilung des nach der Abreise der Beschwerdeführerin bei ihr anhängig gemachten Gesuchs des Beschwerdegegners um Abänderung des Besuchsrechts noch zuständig war, da sich ja auch die unter die Obhut ihrer Mutter gestellte N. nicht mehr in der Schweiz aufhielt. Nach dem bereits erwähnten Art. 1 MSÜ sind – unter Vorbehalt der hier nicht interessierenden Art. 3, 4 und 5 Abs. 3 MSÜ – die Gerichte zum Erlass von Kinderschutzmassnahmen nur zuständig, sofern der Minderjährige in diesem Staat seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort hat. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes wird im MSÜ jedoch nicht definiert. Das Bundesgericht verweist dafür auf Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG, nach welcher Bestimmung eine Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt in dem Staat hat, in dem sie während längerer Zeit lebt. Was unter längerer Zeit zu verstehen sei – so das Bundesgericht weiter –, ergebe sich nicht aus dem Gesetz und sei daher aufgrund der Verhältnisse des einzelnen Falles zu bestimmen. Dabei komme es auf den Zusammenhang an, in welchem sich die Frage nach dem gewöhnlichen Aufenthalt stelle. Allgemein könne gesagt werden, dass stärker als beim Wohnsitz auf den äusseren Anschein und weniger auf subjektive Momente, insbesondere den Willen, abzustellen sei. Massgebend sei aber grundsätzlich wie beim Wohnsitz, wo sich der Schwerpunkt der Lebensverhältnisse befinde (BGE 117 II 337 mit Verweisen).

(Justizkommission, 22. Januar 1999, i.S. V./V.)

III. Schuldbetreibung und Konkurs

Art. 25 Ziff. 2 SchKG; Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG. – Bemessung der Parteientschädigung im Rechtsöffnungsverfahren.

Aus den Erwägungen:

3. Der Beschwerdeführer macht sodann eine unrichtige Gesetzesanwendung in der Bemessung der Parteientschädigung geltend. Er wendet sich zwar nicht grundsätzlich gegen die Zusprechung einer Entschädigung an die obsiegende Partei, rügt aber die Höhe derselben.

a) Gemäss Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG kann das Gericht in betreibungsrechtlichen Summarsachen (Art. 25 Ziff. 2 SchKG) der obsiegenden Partei auf Verlangen für Zeitversäumnisse und Auslagen auf Kosten der unterliegenden Partei eine angemessene Entschädigung zusprechen, deren Höhe im Entscheid festzusetzen ist.

aa) Das Bundesgericht konnte in BGE 113 III 109 ff. die Frage der Höhe der Entschädigung für Vertretungskosten sowie die Frage, nach welchem Tarif diese zu bemessen sei, offen lassen, nachdem es bejaht hatte, dass die Vertretungskosten grundsätzlich zu den Auslagen der obsiegenden Partei zu zählen sind (Erw. 3.b und d). In BGE 119 III 68 ff. führte es aus, als Auslagen seien namentlich auch die Kosten zu berücksichtigen, die der obsiegenden Partei durch die bei objektiver Würdigung notwendig erscheinende Inanspruchnahme eines Anwaltes entstehen. Angemessen entschädigt sei der Anwalt dann, wenn sein zeitlicher Aufwand, die Schwierigkeit der sich stellenden Rechtsfragen und die mit dem Fall verbundene Verantwortung, die sich auch in der Höhe des Streitwertes zeigen könne, berücksichtigt werde. Eine solche Beurteilung erfolge in Anwendung von Bundesrecht (Art. 68 Abs. 1 GebV SchKG, heute Art. 62 Abs. 1), weshalb der kantonale Anwalts-tarif zwar hilfsweise beizuziehen sei, ohne dass aber dessen Ansätze unbesehen zu übernehmen seien (Erw. 3.a und b, mit Hinweis u.a. auf Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. I, Zürich 1984, S. 180, 181 N 21; BLSchK 53, 1989, S. 38 f.). Die Kostenfolgen des Rechtsöffnungsverfahrens werden durch Art. 68 SchKG und die relevanten Bestimmungen der Gebührenverordnung zum SchKG abschliessend geregelt (BGE 123 III 272). Zu berücksichtigen ist insbesondere auch, dass die Gebührenverordnung nach wie vor den Charakter eines Sozialtarifs hat (vgl. Straessle/Krauskopf, Erläuterungen zum Gebührentarif zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 7. Juli 1971, S. 6).

bb) Der Appellationshof des Kantons Bern brachte im Kreisschreiben Nr. 29 vom 23. Juli 1981 die Auffassung zum Ausdruck, das Dekret über die Anwaltsgebühren sei lediglich als unverbindliche Bemessungshilfe heranzuziehen; primäres Kriterium im Rechtsöffnungsverfahren sei der Arbeits- und

Zeitaufwand des Anwaltes und nicht der Streitwert. Die Parteientschädigung erscheine im übrigen dann als angemessen, wenn sie sich eher in bescheidenem Rahmen halte und der wirtschaftlichen Lage der unterliegenden Partei Rechnung trage (ZBJV 118 S. 56 f.).

cc) Das Obergericht des Kantons Zürich hielt in einem Entscheid vom 9. Dezember 1971 fest, von Bundesrechts wegen stehe dem Erlass kantonalen Vorschriften über die Parteientschädigung im Rechtsöffnungsverfahren grundsätzlich nur die materielle Schranke des Art. 68 (heute Art. 62) GebV SchKG entgegen; diese Bestimmung schränke die Legiferierungskompetenz des kantonalen Gesetzgebers sachlich weiter ein auf Zeitversäumnisse und Auslagen der obsiegenden Partei. Das Obergericht gelangte zum Schluss, der (damals geltende) zürcherische Anwaltstarif werde allen Anforderungen gerecht, welche das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Überprüfung eines (gestützt auf Art. 27 SchKG erlassenen) Geschäftsagententaris des Kantons Genf in BGE 92 I 249 aufgestellt hatte, und könne daher als Richtlinie bei der Ermittlung einer angemessenen Auslagenvergütung an die von einem Rechtsanwalt vertretene Partei dienen, wobei zu berücksichtigen sei, dass er nicht unmittelbar, sondern in Ausfüllung der bundesrechtlichen Rahmenvorschrift zur Anwendung komme (BlSchK 1973 S. 59 ff.).

dd) Die Justizkommission des Obergerichts des Kantons Zug vertrat in einem Urteil vom 16. Januar 1997 die Auffassung, für das Rechtsöffnungsverfahren sei bundesrechtlich in Art. 51 GebV SchKG (heute: Art. 48) über die Höhe der Gerichtsgebühr und in Art. 68 Abs. 1 GebV SchKG (heute: Art. 62 Abs. 1) über die Zusprechung einer Parteientschädigung an die unterliegende (recte: obsiegende) Partei abschliessend legiferiert worden. Die Kantone könnten mithin in diesen Bereichen keine eigenen Vorschriften aufstellen (JZ 1996/108.193). Damit wurde indes nicht zum Ausdruck gebracht, die Verordnung des Obergerichts über den Anwaltstarif vom 3. Dezember 1996 könne nicht hilfsweise für die Bemessung der Parteientschädigung herangezogen werden, allerdings immer nur insoweit, als er sich in den Schranken der Angemessenheit im Sinne von Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG hält.

b) aa) Zunächst ist festzuhalten, dass die im vorliegenden definitiven Rechtsöffnungsverfahren sich stellenden Rechtsfragen – trotz der Konkubinatsklausel – für einen Rechtsanwalt als eher einfach zu bezeichnen sind; zudem handelt es sich bei der Bedingung, an die der Untergang bzw. das Wiederaufleben der Unterhaltspflicht geknüpft ist, um eine – da hier nur durch Urkunden beweisbar – relativ einfach zu ermittelnde Sachfrage. Das ergibt sich schon daraus, dass die Parteien zum Beweis des Bestehens bzw. der Auflösung des Konkubinats (abgesehen von zwei die erforderliche Beweiskraft nicht erreichenden Zeugenbescheinigungen) einzig auf Bestätigungen der Einwohnerkontrolle Risch abstellten. Die Beschwerdegegnerin weist

zudem selber auf «die klare rechtliche Situation» hin; vorinstanzlich liess sie zwei Rechtsschriften von je fünf Seiten Umfang einreichen (Vorakten, Beil. 1 und 3).

bb) Die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin reichte vorinstanzlich eine Kostennote über Fr. 1'072.50, zuzüglich Fr. 61.80 Auslagen und Fr. 85.- Mehrwertsteuer, total Fr. 1'219.30, ein. Den zeitlichen Aufwand spezifizierte sie darin nicht; als entschädigungsberechtigte Bemühungen listete sie Aktenstudium, rechtliche Abklärungen, Beratung, Redaktion Rechtsöffnungsgesuch und Vernehmlassung, zwei Schreiben an die Gegenpartei vom 19. Dezember 1997 und 17. Februar 1998 sowie «diverse Schreiben» und «diverse Telefonate» auf. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers bezifferte seinen zeitlichen Aufwand mit rund acht Arbeitsstunden; aktenkundig sind seinerseits zwei Vernehmlassungen von fünf bzw. sechs Seiten Umfang.

cc) Die Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin vertrat diese bereits im Scheidungsverfahren; der zeitliche Aufwand für das Aktenstudium zur Einleitung des Rechtsöffnungsverfahrens kann schon aus diesem Grund nicht allzu gross gewesen sein. Auch der Beratungsaufwand sowie die allenfalls vorzunehmenden rechtlichen Abklärungen mussten sich angesichts der einfachen Sach- und Rechtslage in engen Grenzen halten. Sodann können die beiden Schreiben an die Gegenpartei vom 19. Dezember 1997 und 17. Februar 1998, die vor Einleitung der Betreuung verfasst wurden, nicht als entschädigungsberechtigte prozessuale Bemühungen in Betracht fallen. Demzufolge ist davon auszugehen, dass der zur Entschädigung berechtigte Aufwand der Rechtsvertreterin zum grössten Teil auf die Redaktion von Rechtsöffnungsgesuch und Vernehmlassung entfällt, wobei auffällt, dass mit letzterer keine wesentlichen neuen Vorbringen erfolgten. Der von der Vorinstanz angenommene Arbeitsaufwand von acht Stunden muss daher als überhöht bezeichnet werden; als objektiv gerechtfertigter Aufwand sind vier Arbeitsstunden als obere Grenze anzusehen.

dd) Wird hilfsweise die Verordnung des Obergerichts über den Anwaltstarif vom 3. Dezember 1996 (AnwT; GS 163.4) herangezogen, ergibt sich Folgendes:

Gemäss § 7 AnwT finden auf die Schuldbetreibungs- und Konkursachen – soweit das Bundesrecht nichts anderes bestimmt – die Bestimmungen dieser Verordnung entsprechende Anwendung. Im summarischen Verfahren soll das Grundhonorar in der Regel auf die Hälfte bis einen Fünftel herabgesetzt werden; Paragraph 5 ist sinngemäss anwendbar (§ 6 AnwT). Das Grundhonorar bestimmt sich in vermögensrechtlichen Streitigkeiten grundsätzlich nach dem Streitwert (§ 3 Abs. 1 AnwT). Ein Zuschlag bis 50% des Grundhonorars darf u.a. berechnet werden für jede zusätzliche Rechtschrift; alle Zuschläge zusammen sollen in der Regel nicht mehr als das Grundhonorar betragen (§ 5 Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 3 AnwT). Missverhältnisse zwischen

Streitwert und Interesse der Parteien oder Bemühungen des Rechtsanwaltes bzw. der Rechtsanwältin sind entsprechend durch Erhöhung bzw. Herabsetzung des Honorars zu berücksichtigen (§ 3 Abs. 5 AnwT).

Bei einer schematischen Betrachtungsweise betrüge demnach das Grundhonorar Fr. 200.– (25%, mindestens aber Fr. 200.– bei einem Streitwert von Fr. 550.–), der Zuschlag für die zusätzliche Rechtschrift maximal Fr. 100.–. Nach Herabsetzung gemäss § 6 Abs. 1 AnwT resultierte ein Honorar von Fr. 150.–. Es ist offensichtlich, dass dieser Betrag unter Berücksichtigung von § 3 Abs. 5 AnwT (Missverhältnis zwischen Streitwert und Bemühungen der Rechtsanwältin) zu erhöhen ist. Zwar ist der Streitwert nicht entscheidendes Kriterium für die Beurteilung der Angemessenheit der Parteientschädigung nach Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG; immerhin fällt er aber als Ausgangspunkt hierfür in Betracht. Zu beachten ist schliesslich, dass die sich aus einem Anwaltstarif ergebende Entschädigung nicht nur den vom Anwalt erbrachten Diensten, sondern auch den Umständen des Einzelfalles gerecht werden muss (BGE 119 III 69). Hinsichtlich des Interesses der Beschwerdegegnerin an der Erteilung der definitiven Rechtsöffnung kann angefügt werden, dass das vorliegende Verfahren nur mit Bezug auf die in Betreuung gesetzte Forderung Wirkungen entfaltet und die Verpflichtung des Beschwerdegegners zur Zahlung weiterer Unerhaltsleistungen keineswegs «praktisch festgestellt» wird (vgl. auch Erw. 2.a vorstehend).

c) In Berücksichtigung der relativ einfachen rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse des vorliegenden Falles, des objektiv gerechtfertigten Zeitaufwandes der Rechtsvertreterin, des geringen Streitwerts und eines gewissen Missverhältnisses zwischen Streitwert und Bemühungen der Rechtsanwältin erscheint eine Parteientschädigung an die obsiegende Beschwerdegegnerin von Fr. 720.– (zuzüglich Auslagen von Fr. 61.80 und Mehrwertsteuer von Fr. 58.65) für das Verfahren vor dem Kantonsgerichtspräsidium Zug als angemessen.

(Justizkommission, 19. November 1999, i.S. W./W.)

Art. 33 Abs. 2 SchKG; Art. 230 Abs. 2 SchKG. – Gesetzliche Eingabefristen des SchKG sind unter den Voraussetzungen von Art. 33 SchKG grundsätzlich erstreckbar. Frage der Erstreckung der 10-tägigen Frist zur Beantragung der Durchführung des Konkurses und zur Leistung des Barvorschusses gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG.

Aus dem Sachverhalt:

Nach der Konkursöffnung über die X. AG verfügte das Konkursamt am 9. Juli 1998, dass T. B. in seiner Eigenschaft als Konkursgläubiger Einsicht in die Konkurs- und Geschäftsakten gewährt werde. Gestützt auf eine dagegen gerichtete Beschwerde des Verwaltungsrats der Konkursitin erteilte die Jus-

tizkommission des Obergerichts der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung. Am 7. September 1998 verfügte der Konkursrichter auf Antrag des Konkursamtes die Einstellung des Konkursverfahrens über die X. AG mangels freier Aktiven i.S. von Art. 230 SchKG. Die Einstellung wurde am 18. September 1998 im SHAB und im kantonalen Amtsblatt publiziert unter Hinweis darauf, dass das Verfahren als geschlossen gelte, sofern nicht ein Gläubiger innert zehn Tagen die Durchführung des Konkurses begehre und einen Barvorschuss von Fr. 5'000.- leiste. Der Gläubiger T. B. ersuchte das Konkursamt um Erstreckung dieser Frist, und zwar bis 20 Tage nach der rechtskräftigen Erledigung der beim Obergericht des Kantons Zug hängigen Beschwerde betreffend Einsichtnahme in die Konkurs- und Geschäftsakten (JA 1998/17). Das Konkursamt teilte T. B. mit, es handle sich bei der Frist gemäss Art. 230 SchKG um eine gesetzliche Verwirkungsfrist, weshalb das Konkursamt nicht legitimiert sei, diese zu erstrecken. Auf eine von T. B. dagegen erhobene Beschwerde trat die Justizkommission als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs mit Beschluss vom 6. Oktober 1998 nicht ein und wies das Konkursamt gleichzeitig an, das Fristerstreckungsgesuch zuständigkeitshalber an den Konkursrichter beim Kantonsgerichtspräsidium Zug weiterzuleiten (JA 1998/26). Mit Urteil vom 15. Oktober 1998 wies die Justizkommission als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs die Beschwerde der Konkursitin betreffend Akteneinsicht ab und auferlegte die Gerichtskosten deren Verwaltungsrat wegen mutwilliger Beschwerdeführung (JA 1998/17).

Mit Verfügung vom 3. November 1998 wies der Konkursrichter das Fristerstreckungsgesuch von T. B. ab. Dieser (nachstehend: Beschwerdeführer) erhob erneut Beschwerde bei der Justizkommission des Obergerichts und beantragte die Aufhebung dieser Verfügung und die angemessene Erstreckung der Frist zur Beantragung der Durchführung des Konkurses der X. AG und zur Leistung eines Barvorschusses von Fr. 5'000.—.

Aus den Erwägungen:

1. Grundsätzlich sind Vollstreckungsorgane und Gerichte an Fristen gebunden. Die richterliche Erstreckung gesetzlicher Fristen ist nur zulässig, soweit das Gesetz diese Möglichkeit vorsieht (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, S. 267).

a) Nur ganz ausnahmsweise, wo es das Gesetz ausdrücklich sagt, hat die einer Partei bestimmte Frist keine peremptorische Wirkung (z.B. Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 und Art. 251 SchKG). Handlungen, die erst nach Ablauf einer Verwirkungs- oder peremptorischen Frist vorgenommen werden, sind grundsätzlich wirkungslos. Der Rechtsverlust wirkt sich nur für die hängige Betreibung aus, in welcher die Frist versäumt wurde. Ist eine solche Frist verwirkt, kann sich aber noch die Frage ihrer Wiederherstellbarkeit bzw. - vor Ablauf der Frist - ihrer Verlängerbarkeit stellen (Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. A. Bern 1997, § 11 N 10 ff.).

Unter welchen Bedingungen die im SchKG aufgestellten Fristen verlängert oder wiederhergestellt werden können, wird neu in Art. 33 SchKG geregelt. Im Gegensatz zu Art. 33 Abs. 1 OG und Art. 22 Abs. 1 VwVG sind auch gesetzliche Eingabefristen im Rahmen von Art. 33 Abs. 2 SchKG erstreckbar (vgl. Francis Nordmann, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I, Basel 1998, N 4 ff. zu Art. 33, unter Hinweis auf Fridolin M. R. Walther, in: AJP 1996, S. 1381). Der Sache nach kommen aber grundsätzlich nur kurze Eingabefristen in Frage. Deshalb sind von vornherein nicht verlängerbar bzw. wiederherstellbar sog. Rahmenfristen, Ordnungs-, Zustands- und Bedenkfristen, materiell-rechtliche Verjährungs- und Verwirkungsfristen (Art. 6, 86, 186 SchKG) sowie die langen Klagefristen nach Art. 292 SchKG (Amonn/Gasser, a.a.O., § 11 N 26 f.; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A., Zürich 1997, N 18 zu Art. 33 SchKG; Dominik Gasser, in: ZBJV 1996, S. 636). Mithin ist vorab zu prüfen, ob die 10-tägige Frist gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG ihrer Natur nach erstreckbar ist.

b) Reicht die Konkursmasse voraussichtlich nicht aus, um die Kosten für ein summarisches Verfahren zu decken, so verfügt das Konkursgericht auf Antrag des Konkursamtes die Einstellung des Konkursverfahrens (Art. 230 Abs. 1 SchKG). Das Konkursamt macht die Einstellung öffentlich bekannt. In der Publikation weist es darauf hin, dass das Verfahren geschlossen wird, wenn nicht innert zehn Tagen ein Gläubiger die Durchführung des Konkursverfahrens verlangt und die festgelegte Sicherheit für den durch die Konkursmasse nicht gedeckten Teil der Kosten leistet (Abs. 2).

In einem älteren Entscheid hatte das Bundesgericht ausgeführt, die Nichtleistung des Kostenvorschusses habe Verwirkungsfolgen (BGE 64 III 171). In einem etwas später gefällten Urteil hielt es sodann fest, der in Frage stehenden Fristansetzung komme nicht absolute Wirkung zu, was sich daraus ergebe, dass gewisse Voraussetzungen des Konkurschlusses vom Konkursamt zu bestimmen seien (Anordnung der Bekanntmachung, Bestimmung ihres Inhaltes, Festsetzung der Sicherheit nach Art und Höhe). Das Bundesgericht führte zur Begründung aus, dass binnen der Beschwerdefrist von gleichfalls zehn Tagen eine Wiedererwägung durch das Konkursamt mit entsprechender Änderung der getroffenen Verfügung, namentlich aber eine Beschwerdeführung möglich ist. Wird der Beschwerde aufschiebende Wirkung beigelegt, so braucht die Sicherheit bis auf weiteres nicht geleistet zu werden; ebenso wenig, wenn sie in der Bekanntmachung gar nicht deutlich genug bestimmt war und dies noch nachgeholt werden muss. Mit der Fristansetzung ist also durchaus verträglich, dass unter Umständen die Sicherheitsleistung noch längere Zeit abgewartet werden muss (BGE 74 III 78). Der Lehre ist nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Jaeger/Walder/Kull/Kottmann (a.a.O., N18 zu Art. 33) bezeichnen die Frist von Art. 230 Abs. 2 SchKG sogar ausdrücklich als wiederherstellbar i.S. von Art. 33 Abs. 4 SchKG. Da es sich bei der 10-tägigen Frist gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG

auch nicht etwa um eine materiell-rechtliche Verwirkungsfrist handelt und das SchKG in prozessualer Hinsicht die Verlängerung von gesetzlichen SchKG-Fristen zulässt, ist sie als erstreckbar im Sinne des neuen Art. 33 Abs. 2 SchKG zu betrachten, sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind.

2. a) Gemäss Art. 33 Abs. 2 SchKG kann einer an einem Verfahren beteiligten Person, die im Ausland wohnt oder die durch öffentliche Bekanntmachung anzusprechen ist, eine längere Frist eingeräumt oder eine Frist verlängert werden. Bereits unter dem aSchKG bewilligten Aufsichtsbehörden und Gerichte in der Praxis längere Fristen, wenn eine sachliche Notwendigkeit bestand (BGE 106 III 1; 97 III 62). Die neue Bestimmung in Art. 33 Abs. 2 SchKG enthält die Regelung von Art. 66 Abs. 5 aSchKG, wobei sie in verallgemeinerter Form übernommen worden ist. Demnach sind die Fristen nur dann den Umständen nach zu erstrecken, wenn ein am Verfahren Beteiligter im Ausland wohnt oder infolge unbekanntes Aufenthaltes oder Wohnortes durch eine öffentliche Bekanntmachung anzusprechen ist (Art. 33 Abs. 2 i.V.m. Art. 66 Abs. 4 Ziff. 1 und 3 SchKG, Art. 35 SchKG). Von dieser Möglichkeit der Fristverlängerung können nicht nur Schuldner, sondern auch Gläubiger und Dritte profitieren (zum Ganzen: Francis Nordmann, a.a.O., N 4 f. zu Art. 33 SchKG; Amonn/Gasser, a.a.O., § 11 N 24).

b) Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob die Publikation der richterlich verfügten Einstellung des Konkursverfahrens und der 10-tägigen Frist zur Leistung des Kostenvorschusses für die Durchführung des Konkursverfahrens gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG unter den Tatbestand der öffentlichen Bekanntmachung von Art. 33 Abs. 2 SchKG zu subsumieren ist. Dem reinen Wortlaut nach trifft dies wohl zu. Dem scheint jedoch – sofern nicht gleichzeitig der Wohnsitz oder Aufenthalt des Betroffenen sich im Ausland befindet oder unbekannt ist – die ratio legis von Art. 33 Abs. 2 SchKG zu widersprechen, welche den Schutz von Beteiligten anstrebt, die aufgrund der örtlichen Distanz oder des Umstandes, dass ihnen eine Frist nicht persönlich von der Behörde mitgeteilt werden kann, einen erschwerten Zugang zu Behörden oder Gerichten haben. Die Publikation der Verfahrenseinstellung gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG erweist sich nun aber als notwendig, weil zuvor mangels Durchführung des Konkursverfahrens noch kein Schuldenruf hat stattfinden können und daher der Konkursbehörde noch nicht alle Gläubiger bekannt sind. Davon unterscheiden sich andere Fälle von publizierten Eingabefristen im Rahmen eines Betreibungs- und Konkursverfahrens. Im Fall des Schuldenrufs bzw. der verspäteten Konkurseingabe gemäss Art. 232 i.V.m. Art. 251 SchKG hat der Gesetzgeber gerade eine Ausnahme der normalerweise peremptorischen Wirkung einer Eingabefrist vorgesehen, können Forderungen doch bis zum Schluss des Konkursverfahrens eingegeben werden. Die Klagefrist zur Anfechtung des Kollokationsplanes gemäss Art. 249 und 250 SchKG wird ebenfalls durch Publikation ausgelöst, allerdings sind lediglich die im Kollokationsplan zugelassenen bzw. abgewiesenen

Konkursgläubiger zur Klage aktivlegitimiert. Dritte, welche ihre Forderung noch nicht angemeldet haben, können nach erwähntem Verfahren der verspäteten Konkurs eingabe gemäss Art. 251 SchKG vorgehen (vgl. Dieter Hierholzer, in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), a.a.O., N 42 zu Art. 250 SchKG). Mithin hat die Publikation hier nicht dieselbe Funktion wie etwa in Art. 230 Abs. 2 SchKG, wo unbekannte Gläubiger angesprochen werden sollen. Aufgrund dieser Überlegungen liesse sich argumentieren, eine Verlängerung der publizierten 10-tägigen Frist gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG sei grundsätzlich im Rahmen von Art. 33 Abs. 2 SchKG gerechtfertigt, da die Beteiligten durch öffentliche Bekanntmachung anzusprechen und dem Konkursamt noch weitgehend unbekannt sind. Die Frage braucht hier allerdings nicht abschliessend entschieden zu werden.

3. a) Der Beschwerdeführer bringt im Einzelnen vor, eine Verweigerung der Fristerstreckung würde in Anbetracht der Verhältnisse einer Rechtsverweigerung gleichkommen und damit gegen Art. 4 BV verstossen.

Das Recht auf Akteneinsicht ist ein Ausfluss des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör und wurde dem Beschwerdeführer im Verfahren JA 1998/17 auch zugestanden. Im vorliegenden Fall stellt sich lediglich noch die Frage, ob dieses auch beinhaltet, dass die Akteneinsichtnahme vor Ablauf einer Eingabefrist gewährt werden muss, oder in anderen Worten, ob es dem Beschwerdeführer zuzumuten ist, die Barkaution von Fr. 5'000.- gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG zu leisten, ohne zuvor Einsicht in die Konkursakten genommen zu haben. Die Vorinstanz hat hiezu zutreffend ausgeführt, von einer vergleichbaren Situation mit BGE 74 III 77 könne nicht die Rede sein. Damals lagen Umstände vor, welche es bei einer Nichterstreckung der Frist der beschwerdeführenden Partei wohl verunmöglicht hätten, überhaupt rechtzeitig den verlangten Kostenvorschuss zu leisten, was auf eine Rechtsverweigerung hinausgelaufen wäre. Im vorliegenden Fall hingegen macht der Beschwerdeführer nicht geltend, dass es ihm nicht möglich gewesen wäre, rechtzeitig die Kosten vorzuschüssen, um damit die Einstellung des Konkursverfahrens zu verhindern. Eine Verweigerung der Fristverlängerung hätte lediglich Auswirkungen finanzieller Art, da der Beschwerdeführer nicht zuvor Akteneinsicht erhalten hatte und damit die Lage der Konkursitin nur beschränkt einschätzen konnte. Dennoch hätte eine Verweigerung der Fristerstreckung zur Folge, dass gerade der Zweck der Akteneinsicht vereitelt würde. Zunächst wurde der Beschwerde des Verwaltungsrats der Konkursitin gegen die vom Beschwerdeführer beantragte Akteneinsicht aufschiebende Wirkung erteilt, die Beschwerde schliesslich aber abgewiesen. Die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses war jedoch mittlerweile abgelaufen, wodurch dem Beschwerdeführer gerade sein Recht auf Akteneinsicht innert nützlicher Frist verunmöglicht wurde. Es wäre daher stossend und damit willkürlich, ihm nunmehr die Fristerstreckung zu verweigern.

Der Beschwerdeführer hätte zwar eine fristgerechte Leistung des Kostenvorschusses unter Vorbehalt der Akteneinsicht in Betracht ziehen können.

Da eine solche Vorgehensweise aber weder vom Gesetz vorgesehen noch in der Literatur erwähnt wird, war sie auch dem Beschwerdeführer nicht zuzumuten. Es kann daher offen bleiben, ob eine bedingte Vorschusszahlung überhaupt möglich wäre.

b) Auch unter Berücksichtigung der Interessen der übrigen Verfahrensbeteiligten lässt sich eine Verlängerung der Frist rechtfertigen. Wohl mag eine derartige Fristerstreckung anderen Gläubigern nachteilig sein; sie müssen mit Betreibungen bzw. deren Fortsetzung (Art. 230 Abs. 3 und 4 SchKG) zuwarten, ohne für die Durchführung des Konkurses Gewähr zu haben, solange die Sicherheit nicht tatsächlich geleistet ist; auch mögen sie Machenschaften des Schuldners zu befürchten haben, denen das Konkursamt mangels Kostenvorschusses nicht vorzubeugen vermag. Aber immerhin könnten diese anderen Gläubiger durch eigene Vorschussleistung allfällige Nachteile vermeiden (vgl. BGE 74 III 80).

c) Unter den gegebenen Umständen ist es mithin gerechtfertigt, dem Beschwerdeführer die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG um zehn Tage zu erstrecken. Demnach ist die Beschwerde gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben.

(Justizkommission, 23. April 1999, i.S. B./F.)

Art. 174 SchKG; Art. 33 Abs. 4 SchKG. – Im Rechtsmittelverfahren kann die nach der Konkurseröffnung vorgenommene Tilgung der Schuld nur dann berücksichtigt werden, wenn sie innerhalb der Rechtsmittelfrist erfolgt ist. Die Belege zum Nachweis der Zahlung und zur Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit können indes auch noch nach Ablauf der Rechtsmittelfrist nachgereicht werden, soweit sie bereits in der Beschwerdeschrift und damit innerhalb der Rechtsmittelfrist angerufen wurden und ihre Nachreichung innert einer kurzen Nachfrist in Aussicht gestellt wurde. Frage offen gelassen, ob gestützt auf Art. 33 Abs. 4 SchKG auch die Zahlungsfrist wiederhergestellt werden könnte.

Aus den Erwägungen:

2. a) Gemäss Art. 174 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 SchKG kann das obere Gericht, an das der Entscheid des Konkursrichters innert zehn Tagen weitergezogen wird, die Konkurseröffnung aufheben, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld, einschliesslich Zinsen und Kosten, getilgt oder der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zu Händen des Gläubigers hinterlegt ist oder letzterer auf die Durchführung des Konkurses verzichtet. Diese Aufzählung der zulässigen echten Noven, d.h. der erst nach dem Konkurserkenntnis eingetretenen Tatsachen, ist abschliessend (Botschaft über die Änderung des SchKG vom 8. Mai 1991, Separatdruck,

S. 112). Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes kann eine erst nach Eröffnung des Konkurses erfolgte Tilgung der Schuld nur berücksichtigt werden, wenn das innerhalb der Rechtsmittelfrist geschehen ist. Das ergibt sich schon daraus, dass der Schuldner die neu vorgebrachten Tatsachen mit der Einlegung des Rechtsmittels durch Urkunden zu beweisen hat. Richtigerweise muss die Bestimmung zwar dahingehend verstanden werden, dass die Beweismittel längstens bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist noch nachgereicht werden können, wenn die Beschwerde vorher eingereicht wird, die Beschwerde mithin bis zum Ende der Beschwerdefrist ergänzt werden kann (vgl. Jürgen Brönnimann, Novenrecht und Weiterziehung des Entscheides des Konkursgerichtes gemäss Art. 174 E. SchKG, in FS H.U. Walder, Zürich 1994, S. 448). Damit diese Urkunden mit dem Rechtsmittel eingereicht werden können, muss sich der darin verurkundete Vorgang (Zahlung, Hinterlegung, Verzichtserklärung) zwangsläufig vorher bzw. vor Ablauf der Rechtsmittelfrist ereignet haben. Mit Bezug auf die Unterlagen zum Nachweis der Zahlungsfähigkeit, die nach dem Wortlaut von Art. 174 Abs. 2 SchKG gleichermaßen mit der Einlegung des Rechtsmittels glaubhaft zu machen ist, hat die Justizkommission es als zulässig erachtet, dass solche Unterlagen auch noch nach Ablauf der Rechtsmittelfrist nachgereicht werden können, soweit diese zumindest bereits in der Beschwerdeschrift und damit innerhalb der Rechtsmittelfrist angerufen und deren Nachreichung innert einer kurzen Nachfrist in Aussicht gestellt wurden. Grundsätzlich steht einer solchen Praxis auch hinsichtlich des geltend gemachten Novums nichts entgegen. Das ändert aber nichts daran, dass eine erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist erfolgte Tilgung oder Hinterlegung im Beschwerdeverfahren nicht mehr berücksichtigt werden kann (JKE v. 3.7.98 [JZ 1998/77.124]). Soweit ersichtlich, hat die Justizkommission auch nach ihrer Praxis zum früheren Recht, unter dessen Geltung die Regelung des Novenrechts noch dem kantonalen Recht unterstand, eine nach Ablauf der Beschwerdefrist erfolgte Tilgung nicht mehr berücksichtigt. So hielt sie in einem Entscheid vom 23. Januar 1987 (JK 111/1986) fest, dass in allen Fällen, in denen die Justizkommission in den letzten Jahren zu einer Gutheissung der Berufung gelangt sei, die Berufungskläger jeweils mit der Einreichung der Berufung den Urkundenbeweis der Tilgung geleistet oder sich darauf berufen hätten, dass die Tilgung der Schuld gleichzeitig erfolge, und anschliessend den Beweis für die Richtigkeit dieser Behauptung erbracht hätten.

b) Im vorliegenden Fall ist der Beschwerdeführerin gemäss Empfangsbestätigung das Konkursdekret am 18. November 1998 zugegangen. Die 10-tägige Beschwerdefrist lief mithin am 28. November 1998 ab und verlängerte sich, da dieser Tag ein Samstag war, bis zum nächstfolgenden Werktag, mithin bis zum 30. November 1998. Die Belastung für die Überweisung des Betrages von Fr. 9'408.85 an die Beschwerdegegnerin erfolgte gemäss Anzeige der Crédit Suisse am 2. Dezember 1998 auf dem Firmenkonto der Beschwerdeführerin. Damit steht aber fest, dass die Tilgung der Schuld frühes-

tens zwei Tage nach Ablauf der Beschwerdefrist erfolgt ist. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der wohl herrschenden Lehre gilt nämlich eine Zahlung im bargeldlosen Zahlungsverkehr erst dann als erfolgt, wenn bei Überweisung auf ein Bank- oder Postcheckkonto der Betrag dem Gläubiger auf seinem Konto gutgeschrieben worden ist und er mithin über den Geldbetrag verfügen kann (BGE 124 III 117; 119 II 232; 114 Ib 67; Weber, Berner Kommentar, 1983, N 123 f. zu Art. 74 OR mit weiteren Hinweisen). Der Schuldner, der sich zur Tilgung seiner Schuld einer Bank bedient, hat deshalb den Zahlungsauftrag so frühzeitig zu erteilen, dass der Zahlungsvorgang im Zeitpunkt des Ablaufs der Zahlungsfrist erledigt ist. Bis zu diesem Zeitpunkt trägt er die Verlust- und Verzögerungsgefahr (BGE 119 II 235 E. 2 mit Hinweisen). Im Lichte dieser Rechtsprechung ist die Zahlung der Schuld eindeutig nach Ablauf der Rechtsmittelfrist und damit zu spät erfolgt, weshalb sie als echtes Novum im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG nicht mehr berücksichtigt werden kann. Bei dieser Sach- und Rechtslage kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten herleiten, wenn sie darauf hinweist, dass die zugerischen Gerichte die Leistung eines Kostenvorschusses u.a. dann als rechtzeitig betrachten, wenn der Giroauftrag am letzten Tag der Frist erteilt wird.

c) Die Beschwerdeführerin macht nun aber geltend, die Verspätung der Zahlung könne ihr nicht angelastet werden, sondern sei Folge eines unverschuldeten Hindernisses im Sinne von Art. 33 Abs. 4 SchKG. Sie ersucht deshalb um Wiederherstellung dieser «Zahlungsfrist».

3. Wer durch ein unverschuldetes Hindernis davon abgehalten worden ist, innert Frist zu handeln, kann gemäss der durch die Revision neu eingefügten Bestimmung von Art. 33 Abs. 4 SchKG die Aufsichtsbehörde oder die in der Sache zuständige richterliche Behörde um Wiederherstellung der Frist ersuchen. Er muss, vom Wegfall des Hindernisses an, in der gleichen Frist wie der versäumten ein begründetes Gesuch einreichen und die versäumte Rechtshandlung bei der zuständigen Behörde nachholen.

a) Man kann nun in der Frist für den Weiterzug eines Konkursdekretes im Ergebnis eine letzte Zahlungsfrist zur Abwendung des Konkurses in zweiter Instanz erblicken. Die gesetzliche Ordnung des Novenrechts gemäss Art. 174 SchKG lässt es nämlich zu, durch die nachträgliche Zahlung der gesamten Schuld die erstinstanzliche Konkurseröffnung rückgängig zu machen. Voraussetzung ist aber, wie bereits ausgeführt, dass diese nachträgliche Zahlung innerhalb der Rechtsmittelfrist vorgenommen wird. Die Rechtsmittelfrist selbst ist aber zweifellos wiederherstellbar. Es erscheint deshalb nicht a priori als ausgeschlossen, dass diese Zahlungsfrist gestützt auf Art. 33 Abs. 4 SchKG wiederhergestellt werden könnte, wenn ein unverschuldetes Hindernis den Kridaren zwar von der rechtzeitigen Zahlung abgehalten hat, dieser aber das Rechtsmittel dennoch rechtzeitig eingereicht hat. Die Frage braucht

hier allerdings nicht abschliessend entschieden zu werden, da es im vorliegenden Fall – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – an den übrigen Voraussetzungen einer Wiederherstellung mangelt.

b) Hinsichtlich der subjektiven Voraussetzungen für die Wiederherstellung lehnt sich die Bestimmung an Art. 35 Abs. 1 OG und Art. 24 Abs. 1 VwVG an (Botschaft über die Änderung des SchKG vom 8. Mai 1991, a.a.O., S. 46). Es liegt deshalb nahe, die zu diesen Bestimmungen entwickelte Rechtsprechung und Literatur auch für die Wiederherstellung im Bereich der neuen SchKG-Bestimmung heranzuziehen.

Eine Wiederherstellung setzt zunächst voraus, dass ein Hindernis vorliegt, das die Fristwahrung unmöglich macht. Das trifft ohne weiteres zu bei Naturereignissen, unvorhersehbarer Verkehrsstörungen, Hemmnissen der Postbeförderung infolge Kriegswirren (BGE 60 III 354, 67 III 72). Genügen muss aber wohl auch höhere Gewalt im Sinne der subjektiven Theorie, d.h. dass die Verhinderung durch einen Umstand eingetreten ist, der nach den Regeln vernünftiger Interessenwahrung auch von einem sorgsamem Geschäftsmann nicht befürchtet zu werden braucht, oder dessen Abwendung übermässige Anforderung gestellt hätten (Birchmeier, Bundesrechtspflege, Zürich 1950, S. 38 mit Hinweis auf BGE 21, 755). Sodann muss dieses Hindernis unverschuldet sein. Es darf weder die Partei selbst noch ihren Vertreter ein Verschulden treffen. Dabei wird ihnen auch das Verschulden einer Hilfsperson angerechnet (Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, S. 26 mit Hinweisen). Bedient sich eine Partei oder ein Parteivertreter einer Hilfsperson, ist deren Verhalten somit grundsätzlich der Partei selbst anzurechnen. Als Hilfsperson der Partei ist auch die Bank zu betrachten, welche die Überweisung einer Zahlung termingerecht vornehmen sollte. Verschuldet sie die Verspätung, kann die Frist nicht wiederhergestellt werden (Geiser, in: Geiser/Münch, Prozessieren vor Bundesgericht, Basel und Frankfurt am Main 1996, S. 33 mit Hinweis auf BGE 111 II 506 und 114 Ib 69 ff.).

c) Im Lichte dieser Rechtsprechung erscheint im vorliegenden Fall eine Wiederherstellung als ausgeschlossen. Dabei ist unerheblich, ob die Beschwerdeführerin den Zahlungsauftrag an die Bank, wie sie geltend macht, tatsächlich am 27. November 1998 der Post zur Zustellung übergab und ob eine Verzögerung bei der Zustellung durch die Post oder bei der Bank bei der Ausführung des Zahlungsauftrages eintrat. Die Beschwerdeführerin muss sich so oder anders eine solche Verzögerung als Verschulden anrechnen lassen: Wenn die Beschwerdeführerin den Zahlungsauftrag an die Bank erst am Freitag, dem 27. November 1998 der Post zur Zustellung übergab, wofür sie übrigens den Nachweis nicht erbracht hat, und damit in Kauf nahm, dass dieser frühestens am letzten Tag der Rechtsmittel- bzw. Zahlungsfrist bei der Bank eintraf, durfte sie sich nicht einfach darauf verlassen, dass die Bank den Auftrag auch tatsächlich an diesem Tag noch ausführen

würde. Sie war in Anbetracht der Wichtigkeit der Einhaltung dieses Zahlungstermins und der äusserst knappen Frist zur Ausführung des Zahlungsauftrages bei Anwendung pflichtgemässer Sorgfalt gehalten, die termingerechte Ausführung dieses Auftrages gegebenenfalls durch eine telefonische Nachfrage bei der Bank zu überwachen bzw. sicherzustellen. Dieser Sorgfaltspflicht genügte sie selbstverständlich auch nicht, indem sie in ihrem Zahlungsauftrag als Ausführungsdatum den 30. November 1998 ausdrücklich vermerkte. Immerhin war über sie erstinstanzlich bereits der Konkurs eröffnet worden. Von einer im Geschäftsleben tätigen Person, wie das beim Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft der Fall ist, muss aber ein gewisses Mass an sorgsamem und umsichtigem Handeln verlangt werden. Nichts hätte ihn denn auch davon abgehalten, die Einzahlung des Betrages am 30. November 1998 direkt bei der Post vorzunehmen und damit sicherzustellen, dass die quasi allerletzte Zahlungsfrist zur Abwendung eines Konkurses eingehalten gewesen wäre.

Im Übrigen bleibt anzumerken, dass die Behauptung der Beschwerdeführerin, sie habe den Zahlungsauftrag am 27. November 1998 mit A-Post an die Bank versandt, ohnehin nicht sehr glaubwürdig erscheint. Ihre Beschwerdeschrift, die zwar ebenfalls vom 27. November 1998 datiert wie der Zahlungsauftrag, wurde erst am 30. November 1998 bei der Post aufgegeben. Wenn die *Crédit Suisse* sodann bestätigt, dass sie den Auftrag erst am 2. Dezember 1998 empfangen habe, so erscheint es nicht ausgeschlossen, dass die Beschwerdeführerin den Auftrag eben erst am 30. November 1998 zusammen mit der Beschwerde oder allenfalls sogar erst am 1. Dezember 1998 bei der Post aufgegeben hat.

Muss der Beschwerdeführerin aber ein Verschulden im Sinne der Rechtsprechung angelastet werden, fällt eine Wiederherstellung ausser Betracht.

d) Im Übrigen dürfte eine Wiederherstellung im vorliegenden Fall auch aus formellen Gründen ausgeschlossen sein: Die Beschwerdeführerin musste bereits am 3. Dezember 1998 gewahr werden, dass die Zahlung verspätet ausgeführt worden war. Es ist nämlich anzunehmen, dass sie die Belastungsanzeige der Bank an diesem Tag erhielt, datiert das Begleitschreiben an die Justizkommission, mit dem sie das Beweismittel nachreichte, doch vom 3. Dezember 1998. Allerdings gab sie dieses Schreiben ebenfalls erst später, nämlich am 6. Dezember 1998 bei der Post auf. Es zeigt sich übrigens auch hier wieder, dass die Beschwerdeführerin ihre Korrespondenz offenbar nicht selten erst einige Tage, nachdem sie diese geschrieben hat, bei der Post aufgibt. Die Beschwerdeführerin hat aber ihr Wiederherstellungsgesuch erst am 16. Dezember 1998 (Datum der Postaufgabe) eingereicht und damit die Frist gemäss Art. 33 Abs. 4 SchKG, die im vorliegenden Fall zehn Tage beträgt, nicht eingehalten.

(Justizkommission, 29. Januar 1999, i.S. I. AG/A.)

Art. 13 lit. d GebV SchKG. – Zustellgebühr für die Pfändungsankündigung. Obgleich der Wortlaut dieser Bestimmung die Weiterverrechnung dieser Zustellgebühr nicht vorsieht, darf das Betreibungsamt, dem die Zustellung der Pfändungsankündigung mit eingeschriebener Post oder eigenhändig vorgeschrieben ist, die effektiven Auslagen für die Posttaxe bzw. die bei eigenhändiger Zustellung eingesparte Posttaxe weiterverrechnen.

Aus den Erwägungen:

2. c) Der Beschwerdeführer macht unter Hinweis auf das Urteil der Justizkommission vom 2. Juni 1999 weiter geltend, die Pfändung (recte: die Pfändungsankündigung) über den gar nicht geschuldeten Betrag sei «rechtsstaatswidrig». Offenbar bezieht sich der Beschwerdeführer hier auf die Frage der Höhe der Zustellgebühr für die Pfändungsankündigung.

aa) Richtig ist, dass die Justizkommission im angerufenen Urteil ausgeführt hat, dass für die Pfändungsankündigung – streng nach dem Wortlaut von Art. 13 lit. d GebV SchKG – die Einschreibegebühr bei der Zustellung der Pfändungsankündigung nicht weiterverrechnet werden dürfe. Die Justizkommission hat sich dann aber nicht näher damit auseinandergesetzt, ob der Wortlaut hier den wirklichen Willen des Verordnungsgebers wiedergibt oder nicht.

bb) In der Tat ist nicht einzusehen, weshalb das Betreibungsamt, dem die Zustellung der Pfändungsankündigung – wie weiter oben dargelegt – mit eingeschriebener Post oder eigenhändig vorgeschrieben ist, die effektiven Auslagen für die Posttaxe bzw. die bei eigenhändiger Zustellung eingesparte Posttaxe nicht sollte weiterverrechnen dürfen. Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, die Zustellung der Pfändungsankündigung mit Bezug auf die Kostenfrage anders zu behandeln als die der übrigen betreibungsamtlichen Mitteilungen, die nach dem Gesetz ebenfalls mit eingeschriebenem Brief erfolgen muss. Es ist deshalb auch nicht anzunehmen, der Verordnungsgeber habe hier tatsächlich eine Ausnahme statuieren wollen. Vielmehr muss angenommen werden, dass es sich um ein Versehen handelt bzw. dass der Verordnungsgeber von einer anderen, gesetzlich vorgeschriebenen Zustellungsform für die Pfändungsanzeige ausgegangen ist.

cc) In Art. 13 Abs. 3 lit. d GebV SchKG sollte offenbar zunächst lediglich klargestellt werden, dass für die Zustellung eines Zahlungsbefehls oder einer Konkursandrohung, die nach der gesetzlichen Regelung nicht eingeschrieben, sondern in einer besonderen Form – nämlich offen – zugestellt werden müssen, eine allfällige Einschreibegebühr nicht weiterbelastet werden darf. Diese Klarstellung im neuen Tarif ging offenbar auf ein Urteil der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts vom 8. Dezember 1993 zurück, welches den Ersatz der Einschreibegebühr bei der Zustellung des Zahlungsbefehls nach der diesbezüglich unklaren Regelung im alten Gebühren tariff als zulässig bezeichnet hatte. Dieser Entscheid war in der Praxis

teilweise auf Kritik gestossen. Der Entwurf der neuen Gebührenverordnung des Bundesrates, der den kantonalen Aufsichtsbehörden zur Vernehmlassung vorgelegt worden war, enthielt denn auch den besagten Ausschluss nur für den Zahlungsbefehl und die Konkursandrohung und erwähnte die Pfändungsankündigung noch nicht (vgl. Art. 13 Abs. 2 i.V.m. Art. 17 Abs. 5 und Art. 40 Entwurf GebV SchKG). Erst in der endgültigen Fassung ist die Pfändungsankündigung in diesem Zusammenhang nun ebenfalls genannt. Der Bundesrat hat dabei möglicherweise übersehen, dass für die Zustellung der Pfändungsankündigung nicht wie für den Zahlungsbefehl und die Konkursandrohung gesetzlich eine besondere Form ausdrücklich vorgeschrieben ist (vgl. Art. 72 und Art. 161 SchKG). Möglicherweise ging er aber bewusst davon aus, es handle sich bei der Pfändungsankündigung (quasi als Pendant zur Konkursandrohung) ebenfalls um eine Betreuungsurkunde im engeren Sinne, die wie diese nach den Vorschriften von Art. 72 i.V.m. Art. 64 bis 66 SchKG, mithin «offen» zuzustellen sei, weshalb es sich – wie beim Zahlungsbefehl und bei der Konkursandrohung – rechtfertige, dass eine zusätzliche Einschreibegebühr nicht verlangt werden dürfe. Damit käme bei der Pfändungsankündigung dieselbe Zustellungsart und dementsprechend auch dieselbe Postgebühr wie beim Zahlungsbefehl und der Konkursandrohung zum Tragen. Im Ergebnis hat diese Sichtweise aber auf die Höhe des Gebührenersatzes keinen Einfluss. Nach den gegenwärtig gültigen Posttaxen beträgt nämlich die Gebühr für die – uneingeschriebene – Zustellung eines Zahlungsbefehls oder einer Konkursandrohung Fr. 5.- und entspricht damit der Gebühr für einen eingeschriebenen Brief. So oder anders steht dem Betreibungsamt mithin für die Zustellung der Pfändungsankündigung ein Postgebührenersatz von Fr. 5.- zu. Stellt das Betreibungsamt die Pfändungsankündigung durch einen eigenen Boten oder mittels eingeschriebener Post zu, kann es hierfür eine Zustellgebühr von Fr. 5.- erheben. Selbstverständlich kann es diese Kosten nicht erheben, soweit es die Pfändungsanzeige lediglich mit einfachem Brief zustellt; diesfalls kann es lediglich die effektive Posttaxe verlangen. Ebenso wenig kann es einen zusätzlichen Auslagenersatz geltend machen, wenn es die Anzeige sowohl eingeschrieben wie auch mit einfacher Briefpost versendet.

dd) Daraus erhellt, dass die bundesrätliche Verordnung nicht so verstanden werden muss, dass das Betreibungsamt einzig bei der Pfändungsankündigung keinen Anspruch auf die Einschreibegebühr haben soll, wenn das Gesetz ihm diese Zustellungsform ausdrücklich vorschreibt. Für sämtliche Mitteilungen, für die das Gesetz nicht eine andere Zustellform vorsieht, darf gemäss Art. 13 Abs. 1 und 2 GebV SchKG der Ersatz der Einschreibegebühr überbunden werden. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn das Betreibungsamt im vorliegenden Fall für die Zustellung der Pfändungsankündigung die Posttaxe für einen eingeschriebenen Brief belastet.

(Justizkommission, 13. August 1999, i.S. S./Betreibungsamt X.)

Art. 27 GebV SchKG; Art. 47 GebV SchKG; Art. 16 VZG; Art. 20 VZG. – Überträgt das Betreibungsamt die Grundstücksverwaltung einem Dritten, weil die Verhältnisse eine professionelle Verwaltung mit Spezialkenntnissen erfordern, kann die Aufsichtsbehörde auf Antrag des Betreibungsamtes bereits vorgängig über eine Erhöhung der Gebühr gemäss Art. 27 Abs. 1 GebV SchKG befinden.

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss Art. 27 Abs. 1 GebV SchKG beträgt die Gebühr für die Verwaltung von Grundstücken, einschliesslich Abschluss von Miet- oder Pachtverträgen sowie Buch- und Rechnungsführung, 5% der während der Dauer der Verwaltung erzielten oder erzielbaren Miet- oder Pachtzinse. Dabei gelten die tatsächlichen Verwaltungskosten (Unkosten, Barauslagen) als Auslagen (Abs. 3). In besonderen Fällen kann die Aufsichtsbehörde die Gebühr angemessen erhöhen (Abs. 4).

a) Art. 27 Abs. 1 und Abs. 4 GebV SchKG entsprechen Art. 29 Abs. 1 und 2 des früheren, bis am 31. Dezember 1996 gültigen Gebührentarifs (GebT). In der Regel soll alles, was bei einer Verwaltung üblicherweise an Arbeit anfällt, mit den 5% abgegolten sein. Lässt das Amt die Liegenschaft durch eine Dritten verwalten, so kann trotzdem grundsätzlich nur die tarifarische Gebühr von 5% verrechnet werden. Eine Erhöhung durch die Aufsichtsbehörde soll nur dann erfolgen, wenn z.B. die Gebühr zufolge geringen Ertrages des Grundstückes in keinem angemessenen Verhältnis zum Zeitaufwand mehr steht (Straessle/Krauskopf, Erläuterungen zum Gebührentarif zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 7. Juli 1971, S. 39).

b) Über die Frage einer Erhöhung der tarifierten Gebühr ist grundsätzlich erst nach Beendigung der Verwaltung zu befinden. Sieht sich das Betreibungsamt genötigt, die Grundstücksverwaltung einem Dritten zu übertragen, weil die Verhältnisse eine professionelle Verwaltung mit Spezialkenntnissen erfordern, die dem Betreibungsamt abgehen, wird ein entsprechender Verwalter zur Übernahme dieses Mandates nur bereit sein, wenn dieser zum Vornherein die Zusicherung erhält, dass er für seinen Aufwand eine genügende Entschädigung erhält. Es rechtfertigt sich daher, dass die Aufsichtsbehörde bereits vorgängig über eine Erhöhung der Gebühr befindet und dem Liegenschaftsverwalter dadurch eine entsprechende Zusicherung hinsichtlich des zur erwartenden Verwaltungshonorars abgegeben werden kann. Nach der Praxis der Justizkommission hat es sich eingebürgert, dass sich eine ausseramtliche Konkursverwaltung ihre beanspruchten Honoraransätze in anspruchsvollen Verfahren i.S.v. Art. 47 GebV SchKG ebenfalls bereits vorgängig i.S. eines Vorentscheides durch die Aufsichtsbehörde bestätigen lassen kann. Es rechtfertigt sich, ein analoges Vorgehen bei der auf einen Dritten übertragenen Liegenschaftsverwaltung im Pfändungs- bzw. Pfandverwertungsverfahren. Die Liegenschaftsverwaltung hat aber über die Art ihrer Tätigkeit, den zeitlichen Aufwand und allfällige Auslagen detaillierte

Aufzeichnungen zu machen, aufgrund derer eine Kontrolle durch das Betreibungsamt nach Abschluss des Mandates möglich sein wird. Die Verantwortung für die Verwaltung und die Bewirtschaftung bleibt nämlich auch bei einer Übertragung auf einen Dritten letztlich beim Betreibungsamt (Art. 16 Abs. 3 VZG). Im Streitfall würde die Entschädigung, die der Dritte für die Verwaltung und Bewirtschaftung zu beanspruchen hat, allerdings von der Aufsichtsbehörde festgesetzt (Art. 20 Abs. 2 VZG).

(Justizkommission, 20. Mai 1999, i.S. Betreibungsamt X.)

IV. Strafrecht

Art. 60 StGB. – Das Strafgericht schliesst sich der Auffassung von Jörg Rehberg an, wonach es zur Bestimmung der Schadenshöhe nicht einer entsprechenden Feststellung innerhalb des Urteilspruchs (Dispositiv) bedürfe, sondern vielmehr diesbezügliche Ausführungen im Rahmen der Erwägungen genügen.

Aus den Erwägungen:

D. Erforderlich für die Zusprechung gemäss Art. 60 StGB ist ferner, dass jemand infolge eines Verbrechens oder Vergehens einen Schaden erlitten hat und die Höhe des Schadens gerichtlich oder durch Vergleich festgestellt worden ist.

Es stellt sich zunächst die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Schaden als «gerichtlich festgestellt» gelten kann, d.h. ob verlangt werden muss, dass die Höhe des Schadens im Rahmen eines Urteilspruchs (Dispositiv) bestimmt worden ist, oder ob die Quantifizierung des Schadens innerhalb der Erwägungen ausreicht.

Günter Stratenwerth (Schweizerisches Strafrecht, AT II, 1989 § 14 N 42 und § 4 N 68) scheint der erstgenannten Auffassung (Feststellung der Schadenshöhe im Rahmen des Dispositivs) zu sein, indem er ausführt, es sei vorausgesetzt, dass die Höhe des Schadenersatzes bereits durch ein rechtskräftiges Urteil festgesetzt worden sei, was vielfach natürlich erst nach dem Strafurteil geschehen könne. Den gleichen Standpunkt vertritt wohl auch Niklaus Schmid (Das neue Einziehungsrecht nach StGB Art. 58 ff., in ZStrR 1995 Nr. 113 S. 357 f., insbesondere S. 359). Demgegenüber ist Jörg Rehberg (Strafrecht II, 6. Auflage, 1994 S. 208) der Auffassung, im Gegensatz zum früheren Recht brauche die Zahlungspflicht des Schädigers nicht gerichtlich festgestellt worden zu sein, womit dieser Autor wohl zum Ausdruck bringen möchte, dass es zur Bestimmung der Schadenshöhe nicht einer entsprechenden Feststellung innerhalb des Urteilspruchs (Dispositiv) bedürfe, vielmehr diesbezügliche Ausführungen im Rahmen der Erwägungen genügen.

Das Strafgericht schliesst sich der Auffassung von Rehberg an; es muss ausreichend sein, wenn die Höhe des Schadens im Rahmen der Erwägungen eines Strafurteils in bestimmter Höhe festgestellt worden ist.

(Strafgericht, 16. Juli 1999, i.S. U. AG/Kanton Zug)

Art. 173 Ziff. 2 StGB. – Auch ein noch nicht in Rechtskraft erwachsenes Urteil reicht zur Erbringung des Wahrheitsbeweises bei der üblen Nachrede aus, insbesondere wenn dieses Urteil - Schuldspruch wegen mehrfachen Betrug und versuchten Betrug - vom gleichen Gericht ausgesprochen worden war und damit die Behauptung des Angeklagten im Nachhinein bestätigt hatte.

Aus dem Sachverhalt:

Der Angeklagte hat M. in einem Presseartikel des Betrug beschuldigt. Daraufhin erhob M. Strafanzeige gegen den Angeklagten wegen übler Nachrede. Bevor über die Anklage der üblen Nachrede durch die Berufungskammer des Strafgerichts des Kantons Zug zu entscheiden war, war M. u.a. wegen mehrfachen Betrug und versuchten Betrug schuldig gesprochen worden.

Aus den Erwägungen:

Das Bundesgericht hat in BGE 122 IV 318 ff. festgehalten, die in der Presse geäusserte Behauptung, jemand habe eine bestimmte strafbare Handlung begangen, könne unter Umständen als wahr bewiesen werden durch ein im Zeitpunkt der Äusserung gefälltes Strafurteil, das infolge Anfechtung mit einem zwar unvollkommenen, aber ordentlichen Rechtsmittel nicht rechtskräftig sei. In BGE 122 IV 311 ff. führte das Bundesgericht aus, die in einem Zeitungsartikel geäusserte Behauptung, jemand habe strafbare Handlungen begangen, könne grundsätzlich auch durch ein erst nach der ehrverletzenden Äusserung gefälltes und in Rechtskraft erwachsenes Strafurteil als wahr bewiesen werden. Vorliegend handelt es sich jedoch nicht um ein rechtskräftiges Urteil. Wie es sich in einem solchen Fall verhält, hatte das Bundesgericht (soweit ersichtlich) noch nie zu entscheiden. Jedoch hat das Strafgericht des Kantons Zug M. wegen mehrfachen Betrug und versuchten Betrug schuldig gesprochen und damit die Behauptung des Angeklagten im Nachhinein bestätigt. Insofern ist davon auszugehen, dass auch ein noch nicht in Rechtskraft erwachsenes Urteil zur Erbringung des Wahrheitsbeweises ausreichen muss, insbesondere wenn dieses Urteil vom gleichen Gericht gefällt worden war. Mithin ist der Wahrheitsbeweis erbracht.

(Berufungskammer des Strafgerichts, 3. Dezember 1999, i.S. Staatsanwaltschaft/B.)

V. Rechtspflege

1. Gerichtsorganisation

§ 74 GOG; § 76 StPO. – Akten erledigter Prozesse sind im Gerichtsarchiv aufzubewahren. Unproblematisch ist die Aufbewahrung von Akten, aus denen sich die Sachverhaltsabklärungen der Strafverfolgungsbehörden ergeben; dagegen wird die persönliche Freiheit durch die Erhebung, Aufbewahrung und Bearbeitung von erkenntungsdienstlichen Daten tangiert. Voraussetzungen zur Aufbewahrung von Fotos.

Aus dem Sachverhalt:

Das Verhöramt stellte die Strafuntersuchung gegen den Beschwerdeführer wegen Verdachts auf Exhibitionismus ein. Dagegen erhob der Beschwerdeführer bei der Justizkommission des Obergerichts Beschwerde. Er verlangt die Aufhebung der Verfügung des Verhöramtes und eine Neuentscheidung u.a. hinsichtlich Aktenvernichtung.

Aus den Erwägungen:

2. a) Der Beschwerdeführer verlangte in der Untersuchung, die Akten seien, soweit sie seine Person betreffen, vollständig zu vernichten. Diesen Antrag wies das Verhöramt ab mit der Begründung, eine derartige Vernichtung von Akten sei von Gesetzes wegen nicht vorgesehen. Vielmehr werde nach § 74 GOG vorgeschrieben, die Akten erledigter Prozesse im Gerichtsarchiv aufzubewahren. Im Weiteren würde eine Vernichtung von Untersuchungsakten auch § 76 StPO widersprechen. Nach dieser Bestimmung könne ein Verfahren wieder aufgenommen werden, wenn sich neue Anhaltspunkte für die Täterschaft oder die Schuld ergäben, bzw. wenn sich die Beweislage geändert habe. Es verstehe sich von selbst, dass die beantragte Aktenvernichtung Sinn und Zweck dieser Bestimmung vereiteln bzw. sie faktisch ausser Kraft setzen würde. Mit Bezug auf die zu Konfrontationszwecken beigezogenen Fotos des Angeschuldigten handle es sich nach Angaben der polizeilichen Sachbearbeiterin um solche aus früheren Verfahren. Neue Fotos seien hingegen nicht erstellt worden. Aus diesem Grund bestehe keine Veranlassung, die genannten erkenntungsdienstlichen Unterlagen zu vernichten.

b) Nach Ansicht des Beschwerdeführers geht der Hinweis auf § 76 StPO und § 74 GOG fehl, weil diesen Bestimmungen andere Problemstellungen zugrunde lägen. Der Tatverdacht des Begehens von Exhibitionismus oder ein «Unhold» zu sein, sei sehr gravierend. Er habe bis jetzt nie ein Sittlichkeitsdelikt begangen, und auch die jetzige Strafuntersuchung sei zu Unrecht erfolgt. Selbst wenn allein erkenntungsdienstliche Massnahmen nur leichte Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte darstellten, so seien jedenfalls die Ergebnisse nach Abschluss der Untersuchung zu vernichten oder zu anonymi-

sieren. Offenbar seien frühere erkennungsdienstliche Akten, d.h. die Fotos, nach Abschluss nicht vernichtet worden. Es gehe nicht an, solche Fotos, die zu ganz anderen Zwecken angefertigt worden seien, nun zusammen mit Fotos «einschlägiger Personen» zusammenzulegen. Sie seien zu vernichten. Nur so sei Gewähr geboten, dass sie nicht plötzlich in einer anderen Untersuchung betreffend Sittlichkeitsdelikte figurierten. Da er zu Unrecht in eine Untersuchung einbezogen worden sei, habe er gestützt auf Art. 8 EMRK Anspruch darauf, dass die Akten vollständig vernichtet würden. Allenfalls sei es Aufgabe der Justizkommission, die Polizei und die Untersuchungsbehörden auf allfällige Praxismängel hinzuweisen und allenfalls durch Anträge auf Änderung des kantonalen Strafprozessrechts für Abhilfe zu sorgen.

c) Nach § 74 Abs. 1 GOG sind die Akten erledigter Prozesse im Gerichtsarchiv aufzubewahren. Zu den Prozessakten gehören auch diejenigen einer abgeschlossenen Strafuntersuchung. Unproblematisch ist die Aufbewahrung von Akten, aus denen sich die Sachverhaltsabklärungen der Strafverfolgungsbehörden ergeben, um deren Handeln allenfalls rekonstruieren zu können. Dies gilt auch für Protokolle, so wenn beispielsweise im polizeilichen Vorhalt vom 12. Mai 1997 von einem «Exhibitionisten» bzw. einem «Unhold» die Rede ist. Diese Anschuldigungen hat der Beschwerdeführer umgehend zurückgewiesen, und wie das Ergebnis der Untersuchung zeigt, fällt er als Täter ausser Betracht. Insofern bleibt auch die Verhältnismässigkeit ohne weiteres gewahrt.

Demgegenüber wird die persönliche Freiheit durch die Erhebung, Aufbewahrung und Bearbeitung von erkennungsdienstlichen Daten tangiert. Die Aufbewahrung streng persönlicher Daten kann eine Verletzung der persönlichen Freiheit bedeuten, selbst wenn die Daten nicht öffentlich zugänglich sind (BGE 113 Ia 262f.). Allerdings liegt auch die Aufbewahrung von erkennungsdienstlichen Unterlagen grundsätzlich im öffentlichen Interesse (vgl. BGE 109 Ia 155). In gleicher Weise bedeutet die Aufbewahrung persönlicher Daten einen Eingriff in die Garantie von Art. 8 Ziff. 1 EMRK, welcher u.a. den Anspruch auf Achtung des Privatlebens garantiert. Unter diesem Aspekt ist zu prüfen, wie es sich mit den bei den Akten liegenden Fotos des Beschwerdeführers verhält.

d) Unter dem Begriff der erkennungsdienstlichen Massnahmen werden alle Handlungen zusammengefasst, welche den staatlichen Organen, namentlich der Polizei, dazu dienen, Personen zu identifizieren. Dafür kommen vor allem Fotografien, Fingerabdrücke, Signalementsaufnahmen, Schrift- oder Sprechproben in Betracht. Sie sind wichtige Mittel zur Feststellung der Täterschaft. Die erkennungsdienstlichen Massnahmen sind leichte Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte. Sie dürfen schon von der Polizei angeordnet werden. Diese darf zur Durchsetzung der Massnahmen gegenüber dem Beschuldigten auch Zwangsmittel einsetzen. Die Ergebnisse der erkennungsdienstlichen Massnahmen müssen nach Abschluss der Untersuchung ver-

nichtet oder anonymisiert werden, wenn sie nicht weiterhin zu Beweis- oder Sicherungszwecken dienen oder dem Bundesarchiv abzuliefern sind (Robert Hauser/Erhard Schwenk, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Auflage, Basel 1997, § 72 N 16 ff. mit Hinweisen).

Nach § 56 Abs. 1 des Dienstreglementes für die Kantonspolizei vom 22. Januar 1985 müssen Untersuchungsgefangene und Personen, die eines Verbrechens oder Vergehens verdächtigt werden, erkennungsdienstlich behandelt werden. Die erkennungsdienstliche Behandlung von Personen umfasst das Erstellen von Lichtbildern, die Abnahme von Finger- und Handflächenabdrücken, die Abnahme von Schriftproben, die Feststellung und Sicherung anderweitiger Spuren und Befunde am Körper und an den Kleidern, soweit dies nicht Sache des Arztes ist (Abs. 3). Der Beschwerdeführer behauptet nicht, er sei im vorliegenden Verfahren erkennungsdienstlich behandelt worden, er beanstandet die Aufbewahrung der Fotos, welche die Polizei offenbar in einem früheren Verfahren erstellt hatte. Bei der Aufbewahrung von erkennungsdienstlichen Unterlagen orientiert sich die Kantonspolizei Zug nach eigenen Angaben an der Verordnung über den Erkennungsdienst der Bundesanwaltschaft (SR 172.213.57). Nach dessen Art. 9 werden Daten gelöscht:

- a) auf Verlangen der Behörde, die sie geliefert hat;
- b) nach vollendetem 80. Altersjahr der betroffenen Person;
- c) nach dem Tod der betroffenen Person;
- d) auf Gesuch der betroffenen Person, wenn die Voraussetzungen von Art. 17 erfüllt sind.

Nach Art. 17 dieser Verordnung werden Daten auf Gesuch der betroffenen Person gelöscht, wenn sie nachweist, dass das Verfahren, in dem die erkennungsdienstlichen Daten erhoben wurden, wegen erwiesener Unschuld eingestellt oder mit einem Freispruch abgeschlossen worden ist (Abs. 1). Hat das Verfahren mangels Beweisen nicht zu einer Verurteilung geführt, so werden die Daten auf Gesuch hin fünf Jahre nach Abschluss des Verfahrens gelöscht (Abs. 2 lit. a).

In den vorliegenden Untersuchungsakten befinden sich Kopien von Fotografien des Beschwerdeführers, und zwar zusammengestellt mit solchen anderer Personen. Der Beschwerdeführer verlangt nun deren Vernichtung, soweit sie seine Person betreffen. Im zugerischen Prozessrecht ist die Aufbewahrung erkennungsdienstlicher Unterlagen in den Prozessakten nicht geregelt. Es ist daher angezeigt, analog auf die Bestimmungen in der Verordnung über den Erkennungsdienst der Bundesanwaltschaft abzustellen (vgl. BGE 120 Ia 153).

(Justizkommission, 22. Januar 1999, i.S. W./V.)

2. Zivilrechtspflege

§ 43 Abs. 1 ZPO. – Sicherstellung der Parteientschädigung wegen fehlenden festen Wohnsitzes in der Schweiz und wegen Zahlungsunfähigkeit. Auslegung des Wohnsitzbegriffs und des Begriffs der Zahlungsunfähigkeit.

Aus den Erwägungen:

2. Nach § 43 Abs. 1 ZPO kann die Sicherstellung von Parteientschädigungen von Amtes wegen oder auf Antrag der Gegenpartei verlangt werden, wenn der Kläger, Intervenient oder Widerkläger in der Schweiz keinen festen Wohnsitz hat, wenn seine Zahlungsunfähigkeit durch Konkurs, durch einen Verlustschein oder eine gleichbedeutende Urkunde nachgewiesen ist, wenn er binnen der letzten fünf Jahre einen gerichtlichen Nachlassvertrag erlangt hat oder wenn er der Gerichtskasse von früher her noch Kosten oder Bussen schuldet.

Die Vorinstanz hat die Kautionspflicht des Beschwerdeführers wegen des fehlenden schweizerischen Wohnsitzes bejaht, nachdem der Beschwerdeführer der Aufforderung des kantonsgerichtlichen Referenten zur Einreichung einer Wohnsitzbestätigung nicht nachgekommen war. Zu Unrecht macht der Beschwerdeführer dagegen zunächst geltend, da er ja bevormundet und von der Amtsvormundschaft der Gemeinden des Bezirkes Werdenberg vertreten sei, ergebe sich auch ohne entsprechende Angabe, dass er gemäss Art. 25 Abs. 2 ZGB am Sitz der Vormundschaftsbehörde in Buchs Wohnsitz habe. Der Wohnsitz bestimmt sich nämlich im Hinblick auf § 43 ZPO nach Art. 23 ZGB. Massgeblich ist der tatsächliche Wohnsitz, nicht der fiktive i.S. von Art. 24 ZGB bzw. derjenige am Sitz der Vormundschaftsbehörde (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 9 zu § 73). Im Übrigen steht keineswegs fest, dass der Beschwerdeführer tatsächlich bevormundet und nicht eher gemäss Art. 309 ZGB nur verbeiständet ist. Kautionspflichtig ist aber auch eine im Ausland lebende Person, für welche in der Schweiz eine Beistandschaft gemäss Art. 392 und 393 ZGB errichtet worden ist (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 9 zu § 73). Auch die weitere Argumentation des Beschwerdeführers, wonach die «Mitteilung» des kantonsgerichtlichen Referenten vom 11. Dezember 1998 nicht genügend klar und schon gar nicht mit Rechtsmittelbelehrung in Verfügungsform die Aufforderung zur Einreichung einer Wohnsitzbestätigung enthalten habe, geht offensichtlich fehl. Zum einen kann in Anbetracht des klaren Wortlautes nicht im Ernst behauptet werden, die Aufforderung im Schreiben des Referenten des Kantonsgerichts vom 11. Dezember 1998 sei unklar gewesen. Zum andern kann nach konstanter Praxis eine Referentenverfügung – wie dies im vorliegenden Fall geschehen ist – auch durchaus in Briefform ergehen, und eine Rechtsmittelbelehrung ist nicht erforderlich, weil gegen diese prozessleitende Verfügung lediglich das ausserordentliche Rechtsmittel der Beschwerde gemäss § 208 Ziff. 4 in fine ZPO

gegeben ist. Fragen liesse sich einzig, ob die Vorinstanz von Amtes wegen weitere Abklärungen hätte vornehmen müssen, nachdem der Beschwerdeführer – ohne irgendwelche Belege vorzulegen – in seiner auf die vorerwähnte Aufforderung hin folgenden Eingabe vom 6. Januar 1999 geltend gemacht hatte, sein schweizerischer Wohnsitz ergebe sich aus der Tatsache, dass er hier ein Asylbegehren gestellt habe, über das noch nicht entschieden worden sei. Allein, er argumentierte dort selber, selbstverständlich sei der ununterbrochene Aufenthalt in der Schweiz im Rahmen eines Asylverfahrens ohne weiteres als festen Wohnsitz zu qualifizieren. Aus den Akten ergibt sich aber, wie die Beschwerdegegner zu Recht geltend machen, dass der Beschwerdeführer seine Fristerstreckungsgesuche vom 17. September und 12. Oktober 1998 gerade mit seinem und seiner Mutter Auslandsaufenthalt begründete. Unter diesen Umständen durfte aber vom anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer durchaus erwartet werden, dass er zumindest einen Nachweis über das hängige Asylverfahren einreichen würde, ohne dass er hierzu noch speziell aufgefordert würde, nachdem er es schon versäumt hatte, der Aufforderung zur Einreichung einer Wohnsitzbestätigung nachzukommen.

Wenn die Vorinstanz bei dieser Sachlage einen schweizerischen Wohnsitz des Beschwerdeführers verneinte, ist dieser Entscheid nicht zu beanstanden. Sie hat daher die Kautionspflicht des Beschwerdeführers zu Recht bejaht. Die Höhe der Kautions wird vom Beschwerdeführer nicht angefochten.

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist demnach abzuweisen.

3. Die Beschwerde müsste im Übrigen wohl auch aus einem weiteren, bereits von der Vorinstanz erwähnten Grunde abgewiesen werden. Zu Recht bemerkte diese, es wäre fraglich, ob die Zahlungsunfähigkeit des Beschwerdeführers durch einen Verlustschein oder eine gleichbedeutende Urkunde nachgewiesen werden müsste, nachdem dieser seine Mittellosigkeit selbst zugestanden habe (vgl. UP 1998 107). Es wäre den Beklagten nach Treu und Glauben wohl kaum zumutbar, ohne Kautions gegen eine offensichtlich mittellose Partei prozessieren zu müssen, deren Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit abgewiesen worden sei.

Wenn der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers dagegen argumentiert, die von ihm im Rahmen des Verfahrens über unentgeltliche Prozessführung bekundete Mittellosigkeit sei nicht gleichzusetzen mit dem Begriff der Zahlungsunfähigkeit, bei der es sich um einen qualifizierten Begriff der Mittellosigkeit handle, kann dem zwar grundsätzlich beigeplichtet werden. Allein, es geht hier nicht darum. Der Beschwerdeführer liess in seinem Gesuch um unentgeltliche Prozessführung vortragen, sowohl er als auch seine Mutter seien mittellos im Sinne des Gesetzes, «weil sie (seine Mutter) doch als Asylbewerberin hier in der Schweiz sei und über keinerlei Einkommen oder Vermögen verfügt». Das kann nun aber nichts anderes heissen, als dass sie

beide in einem weiteren Sinne mittellos sind, also nicht nur nicht «die nötigen Mittel besitzen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Prozesskosten aufzubringen» (§ 46 Abs. 1 ZPO), sondern eben bereits zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts auf die Unterstützung der öffentlichen Hand angewiesen sind. Darin liegt aber zweifellos das Eingeständnis, zahlungsunfähig zu sein. Zahlungsunfähig i.S. von § 43 ZPO ist, wer weder über die Mittel verfügt, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen, noch über den erforderlichen Kredit, sich diese Mittel nötigenfalls zu beschaffen (Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2.A., Aarau/Frankfurt a.M./Salzburg 1998, N 13 zu § 105 mit Hinweis auf BGE 111 II 206 E.1). Gesteht eine Partei aber selber ein, zahlungsunfähig zu sein, darf nach der ratio des § 43 ZPO wohl nicht verlangt werden, dass noch eine entsprechende Urkunde vorliegen muss. Die Berufung einer Partei auf den an sich klaren Wortlaut der Bestimmung dürfte hier einem Rechtsmissbrauch gleichkommen. Es müsste m.a.W. von einer unechten oder rechtspolitischen Lücke gesprochen werden, die der Richter hier aber ausnahmsweise zu füllen hätte (vgl. BGE 121 III 219 E. 1 d).

(Justizkommission, 20. August 1999, i.S. M./D. Eine gegen diesen Entscheid erhobene staatsrechtliche Beschwerde wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 28. Oktober 1999 abgewiesen.)

§ 208 Ziff. 4 und 10 ZPO; § 54 GOG. – Wird in einem gerichtlichen Entscheid festgelegt, dass der unentgeltliche Rechtsbeistand für den Fall der Uneinbringlichkeit der seiner Partei zugesprochenen Parteientschädigung aus der Staatskasse entschädigt wird, so ist der Entscheid über die Frage, ob die Uneinbringlichkeit vorliegt, administrativer Art. Gegen einen solchen administrativen Entscheid ist nur die allgemeine Aufsichtsbeschwerde möglich (E. 1).

§ 48 ff. ZPO; § 51 Abs. 1 ZPO. – Rechtsnatur des Entschädigungsanspruchs des unentgeltlichen Rechtsbeistandes. Frage offen gelassen, ob die unentgeltliche Prozessführung auch rückwirkend entzogen werden kann. [Frage mit der Änderung von § 51 Abs. 1 ZPO vom 16.12.1999 mittlerweile bejaht]. Eine allfällige Rückwirkung könnte aber jedenfalls nur gegenüber der betroffenen Partei, nicht aber gegenüber dem unentgeltlichen Rechtsbeistand eintreten, sofern diesem kein täuschendes Verhalten zur Last gelegt werden kann (E. 2 c).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Mit Beschluss vom 19. März 1997 schrieb das Kantonsgericht die Scheidungsklage des P.H. gegen dessen Ehegattin H.H. zufolge Nichtleistung des Kostenvorschusses angebrachtermassen am Protokoll ab und verpflichtete den Kläger, die Beklagte für die prozessualen Umtriebe zu entschädigen. Für den Fall der Uneinbringlichkeit und für den Fall, dass der Beklagten die

Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und des unentgeltlichen Rechtsbeistandes nicht entzogen werde, legte das Gericht fest, dass RA X. als unentgeltlicher Rechtsbeistand der Beklagten aus der Staatskasse mit Fr. 3'484.25 entschädigt werde.

Mit Eingabe vom 24. November 1998 beantragte RA X. die Auszahlung dieser Entschädigung mit der Begründung, dass die der Beklagten zugesprochene Parteientschädigung von Fr. 10'000.- nicht einbringlich gewesen sei. Diesen Antrag wies das Kantonsgericht u.a. mit der Begründung ab, dass das Kantonsgerichtspräsidium die Frage des Entzuges der unentgeltlichen Prozessführung hätte beurteilen müssen, sofern der Gesuchsteller innert Frist bekannt gegeben hätte, dass die zugesprochene Parteientschädigung noch nicht erhältlich gemacht worden sei. Der Entzug der Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung wäre, so das Kantonsgericht weiter, damals mutmasslich erfolgt, da dem Kläger ein Erbanspruch von rund Fr. 260'000.- zugekommen sei, sodass die Beklagte vom Kläger einen Prozesskostenvorschuss hätte verlangen können.

Diesen Entscheid focht RA X. mit Beschwerde bei der Justizkommission des Obergerichts an.

Aus den Erwägungen:

1. Der Beschwerdeführer legt nicht dar, auf welchen Beschwerdegrund er seine Beschwerde stützt. Auch dem angefochtenen Entscheid ist nicht zu entnehmen, aufgrund welcher Bestimmung das Kantonsgericht eine Beschwerde gegen den angefochtenen Beschluss als zulässig erachtet.

Der Beschluss des Kantonsgerichts lässt sich unter keinen der Beschwerdefälle von § 208 ZPO subsumieren. Der Anfechtungsgrund des § 208 Ziff. 4 ZPO fällt allein schon deshalb ausser Betracht, weil es sich nicht um einen prozessleitenden Entscheid handelt. Aber auch ein Erledigungsbeschluss im Sinne von § 208 Ziff. 10 ZPO liegt nicht vor. Als solche gelten nur Beschlüsse, durch die ein Rechtsstreit erledigt wird, ohne dass sich der Richter materiell über die Begründetheit des streitigen Rechtsbegehrens ausspricht (Baumgartner, Die Rechtsmittel des zugerischen Zivilprozessrechts, Baar 1951, S. 76).

Der angefochtene Beschluss ist vielmehr als Akt der Justizverwaltung zu betrachten. Er erging mehr als zwei Jahre nach der rechtskräftigen Erledigung des Scheidungsverfahrens vom März 1997 und schafft zwischen den Parteien des abgeschlossenen Verfahrens kein Recht. Gegenstand des vorinstanzlichen Entscheides ist lediglich die Frage, ob die im Abschreibungsbeschluss vom 19. März 1997 enthaltenen Bedingungen für die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistands aus der Staatskasse erfüllt sind. Die Beurteilung dieser Frage ist administrativer Natur und liegt, sofern nicht das zuständige Gericht bereits in seinem Entscheid darüber befunden hat, zunächst beim Rechnungsführer der Gerichtskanzleien. Im vorliegenden Fall

ist zwar der Beschwerdeführer mit seinem Gesuch um Auszahlung der Entschädigung direkt an das Kantonsgerichtspräsidium bzw. an das Kantonsgericht gelangt. Dessen Entscheid hat daher den Charakter einer Anordnung an den Rechnungsführer. Als solcher Akt der Justizverwaltung kann der Entscheid einzig mit einer allgemeinen Aufsichtsbeschwerde im Sinne von § 54 GOG angefochten werden. Unter diesem Titel ist daher auf die Beschwerde einzutreten (vgl. zum Ganzen: JKE 10/1989 i.S. B./S. vom 7.7.1989).

(...)

2. c) Nach § 48 Abs. 1 ZPO wird einer Partei auf besonderes Gesuch – auch ohne Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege – unter den Voraussetzungen von § 46 ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt, sofern sie für die Führung des Prozesses eines solchen bedarf. Obsiegt die unentgeltlich vertretene Partei, wird die Prozessentschädigung dem Rechtsvertreter im Umfang seiner Bemühungen zugesprochen (§ 49 Abs. 1 ZPO). Wird eine Entschädigung nicht zugesprochen oder ist sie von der Gegenpartei nicht erhältlich, werden dem unentgeltlichen Rechtsbeistand vom urteilenden Gericht eine nach dem Zeitaufwand zu bemessende Entschädigung für seine notwendigen Bemühungen und eine Auslagenvergütung zu Lasten der Gerichtskasse zugesprochen (Abs. 2). Fallen die Voraussetzungen für die Vertretung durch einen unentgeltlichen Rechtsbeistand dahin, ist die Bewilligung mit Wirkung ab dem Zeitpunkt des Dahinfallens zurückzuziehen (§ 51 Abs. 1 ZPO).

Im Urteil des Kantonsgerichts vom 19. März 1997 wurde die Entschädigung des Beschwerdeführers aus der Staatskasse zum einen gestützt auf § 49 Abs. 2 ZPO von der Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung beim Kläger und zum andern vom Umstand abhängig gemacht, dass der Beklagten die am 7. November 1995 erteilte Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung nicht entzogen würde. Dies wirft zunächst die Frage auf, ob dem unentgeltlichen Rechtsbeistand die Entschädigung aus der Staatskasse im Falle eines Entzugs der Armenrechtsbewilligung überhaupt verweigert werden könnte.

aa) Der unentgeltliche Rechtsbeistand im Zivilprozess führt, gleich wie der amtliche Verteidiger im Bereich des Strafrechts, eine staatliche Aufgabe aus, welche durch das kantonale öffentliche Recht geregelt wird. Durch die Ernennung entsteht zwischen dem Anwalt und dem Staat eine besondere rechtliche Beziehung, aufgrund welcher der Anwalt gegenüber dem Staat einen Anspruch aus dem öffentlichen Recht auf Entschädigung im Rahmen der anwendbaren kantonalen Bestimmungen hat. Dieser Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung ist nicht vertraglicher Natur (vgl. BGE 117 Ia 23 mit Hinweisen).

Der Entzug der unentgeltlichen Prozessführung erfolgt gemäss § 51 Abs. 1 ZPO auf den Zeitpunkt des Dahinfallens der Voraussetzungen. Ob diese Formulierung auch einen rückwirkenden Widerruf der Bewilligung umfasst,

kann hier offen bleiben (vgl. zur Problematik: Beat Ries, Die unentgeltliche Rechtspflege nach der aargauischen Zivilprozessordnung vom 18. Dezember 1984, Aarau 1990, S. 268 ff.). Selbst wenn der Entzug rückwirkend möglich sein sollte, würde diese Wirkung jedenfalls nur gegenüber der betroffenen Partei, nicht aber gegenüber dem unentgeltlichen Rechtsbeistand eintreten, sofern diesem kein täuschendes Verhalten zur Last gelegt werden kann (Walter Düggelin, Das zivilprozessuale Armenrecht im Kanton Luzern, Diss., Zürich 1986, S. 193 f). Der unentgeltliche Rechtsbeistand darf gestützt auf den Vertrauensgrundsatz erwarten, dass ihm nach den Regeln von § 49 ZPO für seine Bemühungen bis zum Zeitpunkt des Entzugs der Bewilligung eine Entschädigung zu Lasten der Gerichtskasse zugesprochen wird. Der Widerruf gegenüber der Prozesspartei entbindet den Staat, der mit der Bestellung des Rechtsbeistands ein Leistungsversprechen abgegeben hat, nicht von der Zahlungspflicht gegenüber diesem (vgl. zum Ganzen: Entscheid JZ 1996/124 vom 27. Mai 1997).

bb) Im vorliegenden Fall liegen keinerlei Anhaltspunkte für ein täuschendes Verhalten des Beschwerdeführers vor, zumal der Entzug der «Armenrechtsbewilligung» allein deshalb in Betracht gezogen wurde, weil dem Kläger – und nicht etwa der Beklagten selbst – ein Erbenspruch zugekommen sein soll. Der Entzug des Armenrechts gegenüber der Beklagten hätte mithin keine Auswirkungen auf den Entscheid über die Entschädigung des Beschwerdeführers aus der Staatskasse entfalten können. Die Entschädigung hätte mit anderen Worten allein von der Uneinbringlichkeit gegenüber dem Kläger als Schuldner der Parteientschädigung abhängig gemacht werden dürfen.

cc) Nach dem Gesagten steht fest, dass dem Beschwerdeführer die Entschädigung aus der Staatskasse nicht mit dem Hinweis darauf verweigert werden kann, dass der Entzug der Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung damals mutmasslich erfolgt wäre, wie dies das Kantonsgericht in seiner Eventualbegründung ausgeführt hat.

(Justizkommission, 19. November 1999, i.S. RA X./Kantonsgericht)

Art. 64 und 85 IPRG; Art. 1, Art. 4 und Art. 13 Abs. 1 MSÜ. – Zur Feststellung der Zuständigkeit ist im Verfahren auf Abänderung eines Scheidungsurteils in Bezug auf das Besuchs- und Ferienrecht das MSÜ massgebend. Gestützt auf Art. 1 MSÜ sind zur Abänderung eines Scheidungsurteils in Bezug auf das Besuchs- und Ferienrecht grundsätzlich die Gerichte am Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes zuständig. Auch unter dem Aspekt des Kindeswohls lässt es sich nicht rechtfertigen, die Heimatzuständigkeit gemäss Art. 4 MSÜ zu bejahen.

Aus den Erwägungen:

1. Die Klägerin und die minderjährige Tochter A. sind Schweizer Bürger mit Wohnsitz in den USA, der Beklagte ist Schweizer mit Wohnsitz in X. Es geht somit um einen Rechtsstreit, welcher einen internationalen Charakter aufweist. Die Frage der örtlichen Zuständigkeit des Kantonsgerichtes Zug ist daher gestützt auf das Gesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) zu beurteilen. Die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte für Klagen auf Abänderung eines Scheidungsurteils wird in Art. 64 IPRG geregelt.

2. Gemäss Art. 64 Abs. 1 IPRG sind die schweizerischen Gerichte für Klagen auf Ergänzung oder Abänderung von Entscheidungen über die Scheidung oder die Trennung zuständig, wenn sie diese selbst ausgesprochen haben oder wenn sie nach Art. 59 oder 60 IPRG zuständig sind. Die Bestimmungen des IPRG über den Minderjährigenschutz (Art. 85) sind vorbehalten. Mithin richtet sich die Abänderungszuständigkeit für kindesrechtliche Nebenwirkungen primär nach den Staatsverträgen (LugÜ und Haager Minderjährigenschutzabkommen) und erst sekundär nach autonomem Recht in Form der Art. 59 und 60 IPRG, wie das Art. 64 Abs. 1 IPRG anordnet (Siehr, in: Honsell/Vogt/Schnyder, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Basel und Frankfurt a.M. 1996, N 11 zu Art. 64 IPRG).

3. Für den Schutz von Minderjährigen gilt gemäss Art. 85 Abs. 1 IPRG in Bezug auf die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte oder Behörden, das anwendbare Recht und die Anerkennung ausländischer Entscheidungen oder Massnahmen das Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (MSÜ).

Das Haager Minderjährigenschutz-Übereinkommen gilt kraft staatsvertraglicher Bindung für alle Schutzmassnahmen, die in einem Vertragsstaat zugunsten eines Minderjährigen im Sinne des Art. 12, der seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Vertragsstaat hat (Art. 13 Abs. 1 MSA), getroffen werden (Siehr, in: Heini und weitere Autoren, a.a.O., N 5 zu Art. 85 IPRG). Unter die vom Abkommen beherrschten Schutzmassnahmen fällt unter anderem die Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kindern, also das Besuchsrecht (BGE 124 III 179; BGE 123 III 413; Volken, in:

Heini und weitere Autoren, JPRG-Kommentar, Zürich 1993, N 4 zu Art. 63 IPRG; Siehr, in: Honsell/ Vogt/Schnyder, a.a.O., N 18 zu Art. 63 IPRG; Schwander, in: Honsell/Vogt/ Schnyder, a.a.O., N 24 zu Art. 85 IPRG).

Mithin ist zur Feststellung der Zuständigkeit in casu das MSÜ massgebend.

4. Gemäss Art. 1 MSÜ sind grundsätzlich die Gerichte des Staates, in dem ein Minderjähriger seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, unter Vorbehalt der Bestimmungen der Artikel 3, 4 und 5 Abs. 3 dieses Übereinkommens, zuständig, Massnahmen zum Schutze der Person oder des Vermögens des Minderjährigen zu treffen. Diese Regelung ist sachgerecht, da die Behörden an diesem Lebensmittelpunkt das Schutzbedürfnis rascher erkennen und wirksamer beheben können; dem Minderjährigen soll am Ort und nach den rechtlichen und sozialen Gegebenheiten seines Lebenszentrums geholfen werden (Schwander, a.a.O., N 26 zu Art. 85 IPRG).

Aus der systematischen Stellung von Art. 4 MSÜ ergibt sich, dass die Zuständigkeit der Gerichte und Behörden des Staates, dem der Minderjährige angehört, nicht eine primäre Zuständigkeit ist; von ihr hat die Heimatbehörde nur hilfsweise (vgl. Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 MSA: «Sind die Behörden des Staates, dem der Minderjährige angehört, der Auffassung, dass das Wohl des Minderjährigen es erfordert, ...») und somit mit Zurückhaltung Gebrauch zu machen: Im allgemeinen ist dem Wohl der zu schützenden Person besser gedient, wenn die Behörde am gewöhnlichen Aufenthalt einschreitet (Schwander, a.a.O., N 33 zu Art. 85 IPRG; Siehr, in: Heini und weitere Autoren, a.a.O., N 19 zu Art. 85 IPRG).

5. Gemäss Art. 1 MSA sind zur Beurteilung des vorliegenden Falles also grundsätzlich die Gerichte am Orte des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes zuständig. Auch unter dem Aspekt des Kindeswohls lässt es sich nicht rechtfertigen, die Heimatzuständigkeit gemäss Art. 4 MSA zu bejahen. Dem Wohl der minderjährigen Tochter A. ist besser gedient, wenn die Behörde am gewöhnlichen Aufenthalt einschreitet, da dort ein allenfalls vorhandenes Schutzbedürfnis rascher erkannt und wirksamer behoben werden kann. A. hat unbestrittenermassen ihren gewöhnlichen Aufenthalt in C./K. in den USA, weshalb grundsätzlich die amerikanischen Behörden und Gerichte zur Abänderung einer Scheidungsklage betreffend das Besuchsrecht zuständig sind.

Daran ändert nichts, dass die USA das MSÜ nicht ratifiziert haben, denn die Schweiz hat von der Möglichkeit des Vorbehalts gemäss Art. 13 Abs. 3 MSÜ, die Anwendbarkeit des Übereinkommens auf einen dem Vertragsstaat angehörig Minderjährigen zu beschränken, keinen Gebrauch gemacht. In Art. 85 Abs. 2 IPRG wird über den Grundsatz von Abs. 1 hinaus das Übereinkommen auch bei Fehlen der persönlichen Voraussetzungen des MSÜ als sinngemäss anwendbar erklärt. Es ist daher ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit des Betroffenen und unabhängig davon, ob dessen Hei-

matstaat Vertragspartei ist oder nicht, als nahezu erga omnes wirkende loi uniforme unmittelbar und ausschliesslich anzuwenden (BGE 124 III 179 f.), also auch auf Personen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz haben (Schwander, a.a.O., N 3 zu Art. 85 IPRG).

Mithin ist nicht das Kantonsgericht Zug, sondern sind die amerikanischen Gerichte zur Beurteilung der vorliegenden Klage zuständig, weshalb auf die Klage nicht einzutreten ist.

(Kantonsgericht, 6. Januar 1999, i.S. S./S.)

3. Strafrechtspflege

§ 11 StPO. – Sachliche Unzuständigkeit des Strafgerichts zur Beurteilung von öffentlichrechtlichen Forderungen im Rahmen eines Adhäsionsprozesses.

Aus den Erwägungen:

Die Arbeitslosenkasse des Kantons Zug konstituierte sich am 30. Mai 1995 als Privatklägerin und machte zunächst eine Forderung im Betrage von Fr. 66'716.15 geltend. Mit Eingabe vom 24. April 1997 stellte sie eine zusätzliche Forderung in Höhe von Fr. 47'322.55 bzw. bezifferte ihre Totalforderung mit Fr. 114'038.70. Am 5. August 1999 teilte die ALK Zug dem Strafgericht mit, dass sie gemäss Schreiben des Konkursamtes Zug vom 2. Juli 1999 im Konkurs über die X. AG mit ihrer Forderung betreffend Kurzarbeitsentschädigung gänzlich zu Verlust kommen werde, und dass die Angeklagten ihres Erachtens, sofern strafbare Handlungen vorlägen, eine Schadenersatzpflicht aus OR 41 treffe.

Zur strafprozessualen Stellung der Arbeitslosenkasse des Kantons Zug ist vorab darauf hinzuweisen, dass der Arbeitslosenkasse bzw. deren Mitarbeitern zwar die Pflicht obliegt, strafbare Handlungen, die von Amts wegen verfolgt werden und die ihnen in Ausübung ihrer behördlichen, amtlichen oder beruflichen Tätigkeit bekannt werden, zur Anzeige zu bringen (§ 6 Abs. 1 StPO), dass sie sich als öffentliche, vom Kanton getragene Kasse (vgl. Art. 77 Abs. 1 u. 2 AVIG) jedoch nicht als Privatklägerin konstituieren kann (vgl. § 6 Abs. 3 StPO e contrario).

Es ist somit zu prüfen, ob die Arbeitslosenkasse des Kantons Zug ihre Ansprüche im Sinne einer Zivilklage adhäsionsweise im vorliegenden Strafverfahren geltend machen kann (vgl. § 11 StPO, wonach als Zivilkläger angesehen wird, wer im Anschluss an eine Strafuntersuchung eine Schadensforderung geltend gemacht hat).

Gegenstand der vom Strafrichter zu beurteilenden Adhäsionsklagen sind zivil- bzw. privatrechtliche Ansprüche von unmittelbar durch eine strafbare Handlung Geschädigten oder Verletzten; primär handelt es sich um An-

sprüche auf Schadenersatz und Genugtuung nach Art. 41 ff. OR, doch umfasst der Begriff der Zivilforderung bspw. auch Forderungen nach Art. 9 Abs. 1 u. 2 UWG oder nach Art. 28a ZGB. Nicht in diese Kategorie gehören hingegen Ansprüche, welche sich aus öffentlichem Recht ergeben (vgl. BGE 125 IV 163 u. BGE 122 IV 143 zum Begriff der Zivilforderung im Sinne des OHG bzw. im Sinne von Art. 270 Abs. 1 BStP; zum Thema Adhäsionsprozess vgl. auch Hauser, Das Adhäsionsurteil, ZStrR, 1992, S. 207 ff., und Jörg Rehberg, Zum zürcherischen Adhäsionsprozess, Festschrift für Max Keller, Zürich 1989, S. 627 ff.).

In concreto ist vorab festzuhalten, dass die Arbeitslosenkasse staatliche bzw. hoheitliche Funktionen wahrnimmt und entsprechend im Rahmen der Durchführung ihres gesetzlichen Auftrages mit hoheitlicher Gewalt ausgestattet ist, weshalb sie der offenkundig auf Private zugeschnittenen Erleichterung der Geltendmachung einer Schadenersatzforderung auf dem Wege eines Adhäsionsprozesses von vornherein nicht bedarf. Insbesondere aber gilt zu beachten, dass die Rechtsgrundlagen und das Verfahren zur Geltendmachung der von der Arbeitslosenkasse angebehrten Rückerstattungs- bzw. Schadenersatzansprüche im Arbeitslosenversicherungsgesetz, mithin im öffentlichen Recht, abschliessend geregelt werden. Bei dieser Sachlage hat die Arbeitslosenkasse den im öffentlichen Recht vorgesehenen Rechtsweg zu beschreiten bzw. ist eine Beurteilung ihrer Forderung im Rahmen des vorliegenden Strafverfahrens zufolge sachlicher Unzuständigkeit des Strafgerichts ausgeschlossen. Auf die Forderung der Arbeitslosenkasse kann mithin nicht eingetreten werden.

Für die Zusprechung einer Prozessumtriebsentschädigung fehlt es an den gesetzlichen Voraussetzungen (Stellung als Privatkläger; vgl. § 58 StPO).

(Strafgericht, 25. November 1999, i.S. Staatsanwaltschaft/M. und R.)

B. Verwaltungspraxis

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

1. Aufenthalt und Niederlassung

Art. 13 Bst. f BVO – Voraussetzung für die Einleitung eines Verfahrens um Erteilung einer humanitären Aufenthaltsbewilligung ist ein noch nicht rechtskräftig entschiedenes Asylverfahren oder die Ausreise nach rechtskräftigem Abschluss des Asylverfahrens. Der Ausreise gleichgestellt ist die Anordnung einer Ersatzmassnahme bei nicht durchführbarem Vollzug (Vorläufige Aufnahme gemäss Art. 14a ANAG). Aus dem Sinn des Gesetzes ergibt sich, dass die Voraussetzung der Ausreise wieder an die Stelle der Voraussetzung der vorläufigen Aufnahme tritt, sobald diese aufgehoben ist.

Aus dem Sachverhalt:

Die Familie M., jugoslawische Staatsangehörige aus Kosovo, stellten 1991 ein Asylgesuch, das mit Entscheid vom 2. März 1993 abgelehnt wurde; gleichzeitig wurde gestützt auf einen Bundesratsbeschluss die kollektive vorläufige Aufnahme verfügt. Diese Massnahme wurde vom Bundesrat per 30. April 1998 wieder aufgehoben und das Kantonale Amt für Ausländerfragen des Kantons Zug (KAFA) setzte der Familie M. die vom Bund empfohlene Ausreisefrist per 30. April 1999 an. Daraufhin reichte die Familie M. beim KAFA ein Gesuch um Erteilung einer Jahresaufenthaltsbewilligung im Sinne einer sogenannten humanitären Bewilligung gestützt auf Art. 13 Bst. f der Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO) ein.

Mit Verfügung vom 22. Dezember 1998 lehnte das KAFA das Gesuch ab bzw. erklärte sich nicht bereit, das Gesuch dem für die Prüfung und den Entscheid zuständigen Bundesamt für Ausländerfragen (BFA) zur Prüfung zu unterbreiten.

Gegen diesen Entscheid erhob Familie M. Beschwerde beim Regierungsrat. Zur Begründung wurde geltend gemacht, eine besonders enge Beziehung zur Schweiz, insbesondere ein langjähriger Aufenthalt, gute Integration, eingeschulte Kinder, könnten gemäss Weisungen des BFA die Anforderung an die Dringlichkeit der Notlage allenfalls herabsetzen. Und in einem neueren Bundesgerichtsentscheid sei dazu festgehalten worden, ein 10-jähriger, untadeliger Aufenthalt in der Schweiz führe grundsätzlich zur Gewährung einer Ausnahme von den ausländerrechtlichen Begrenzungsmassnahmen. Die Familie M. erfülle die Voraussetzung der langjährigen, klaglosen Integration, eines tadellosen Leumunds und der finanziellen Unabhängigkeit. Auch wenn sie noch nicht 10 Jahre in der Schweiz lebten, so sei

doch ihre immerhin 8-jährige Aufenthaltsdauer zu berücksichtigen. Im übrigen handle es sich bei der 10-Jahresregel nicht um eine starre, unveränderliche Limite, sondern lediglich um eine Richtschnur.

C. In ihrer Vernehmlassung vom 9. April 1999 beantragte das KAFA die Abweisung der Beschwerde. Es wurde dazu u.a. ausgeführt, auf das Gesuch vom 12. November 1998 hätte gar nicht eingetreten werden dürfen. Denn das Asylgesuch der Familie Mujolli sei vor Einreichung des vorliegenden Gesuchs um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung bereits rechtskräftig abgewiesen und die Ersatzmassnahme der vorläufigen Aufnahme sei bereits vor Einreichung dieses Gesuchs wieder aufgehoben worden. Gemäss Art. 12 Bst. f des Asylgesetzes sei in solchen Fällen die Einreichung eines Gesuchs um Erteilung einer fremdenpolizeilichen Aufenthaltsbewilligung und damit die Prüfung einer Härtefallregelung ausgeschlossen.

D. Nachdem der Bundesrat infolge der kriegerischen Ereignisse in der Provinz Kosovo am 7. April 1999 erneut die kollektive vorläufige Aufnahme von jugoslawischen Staatsangehörigen mit letztem Wohnsitz in der Provinz Kosovo beschlossen hatte, verfügte das Bundesamt für Flüchtlinge (BFF) am 14. Juni 1999 auch die vorläufige Aufnahme der Familie M. Aufgrund dieser Massnahme reichte diese am 10. August 1999 beim KAFA erneut ein Gesuch um Erteilung einer humanitären Aufenthaltsbewilligung ein mit Verweis auf ihre erneute vorläufige Aufnahme. Bereits am 16. August 1999 hob jedoch der Bundesrat diese Massnahme wieder auf und setzte die Ausreisefrist auf den 31. Mai 2000 fest. Das KAFA teilte daraufhin der Familie M. unter Hinweis auf die bereits wieder aufgehobene vorläufige Aufnahme und ihren noch nicht 9-jährigen Aufenthalt in der Schweiz mit, auf das Wiedererwägungsgesuch könne nicht eingetreten werden.

Aus den Erwägungen:

II.1. Gegenstand des am 12. November 1998 eingereichten Gesuchs der Beschwerdeführer war die Erteilung einer sogenannten Härtefallbewilligung im Sinne von Art. 13 Bst. f der Verordnung des Bundesrates vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (Begrenzungsverordnung, BVO; SR 823.21). Gemäss dieser Bestimmung kann Ausländern beim Vorliegen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls oder staatspolitischer Gründe eine Bewilligung in Ausnahme von den Höchstzahlen erteilt werden. Zuständig zur Erteilung der Bewilligung ist gemäss Art. 52 Abs. 1 Bst. a BVO das Bundesamt für Ausländerfragen auf Antrag der kantonalen Fremdenpolizeibehörde.

a) Gemäss Art. 12f des Asylgesetzes vom 5. Oktober 1979 (AsylG; SR 142.31) kann nach Einreichung eines Asylgesuches und bis zur Ausreise nach rechtskräftigem Abschluss des Asylverfahrens oder bis zur Anordnung einer Ersatzmassnahme kein Verfahren um Erteilung einer fremdenpolizeilichen Aufenthaltsbewilligung eingeleitet werden, ausser es bestehe ein Anspruch darauf. Artikel 17 Abs. 2 und 3 des Asylgesetzes bleiben vorbehalten.

b) Ein Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung besteht für Ehegatten von Schweizer Staatsangehörigen (Art. 7 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931; ANAG, SR 142.20), von niedergelassenen Ausländerinnen und Ausländern (Art. 17 ANAG) sowie im Rahmen des Rechts auf Achtung des Familienlebens (Art. 8 EMRK). Hingegen besteht kein Anspruch auf Einleitung eines Verfahrens um Erteilung einer sogenannten humanitären Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 13 Bst f. BVO. Es liegt vielmehr im Ermessen des Kantons, ob er ein derartiges Verfahren einleiten will (vgl. BGE 119 Ib 33 E. 2b). Vorliegend kann ein Anspruch weder aus einer Ehe mit einer Schweizerin noch mit einer Ausländerin mit Niederlassungsbewilligung hergeleitet werden. Ebensovienig liegt ein Familiennachzug vor. Ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Sinne von Art. 12f AsylG besteht deshalb nicht.

c) Voraussetzung für die Einleitung eines Verfahrens um Erteilung einer fremdenpolizeilichen Aufenthaltsbewilligung ist gemäss Art. 12f AsylG die Ausreise nach rechtskräftigem Abschluss des Asylverfahrens. Dieser gleichgestellt ist die Anordnung einer Ersatzmassnahme bei nicht durchführbarem Vollzug (Vorläufige Aufnahme gemäss Art. 14a ANAG). Aus dem Sinn des Gesetzes ergibt sich, dass die Voraussetzung der Ausreise wieder an die Stelle der Voraussetzung der vorläufigen Aufnahme tritt, sobald diese aufgehoben ist. Ein Verfahren um Erteilung einer fremdenpolizeilichen Aufenthaltsbewilligung kann deshalb im Falle einer vorläufigen Aufnahme nur solange eingeleitet werden, als diese noch nicht aufgehoben ist. Nach deren Aufhebung ist als Voraussetzung der Einleitung grundsätzlich wiederum eine Ausreise erforderlich.

Das Asylgesuch der Beschwerdeführer wurde am 2. März 1993 abgelehnt. Die vorläufige Aufnahme der Beschwerdeführer wurde per 30. April 1998 aufgehoben. Voraussetzung dafür, dass auf das Gesuch der Beschwerdeführer vom 12. November 1998 ein Verfahren zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 13 Bst. f BVO hätte eingeleitet werden können, wäre deshalb gemäss Art. 12f Abs. 1 AsylG grundsätzlich die Ausreise der Beschwerdeführer gewesen. Das erneute Gesuch der Beschwerdeführer um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung traf zwar am 11. August 1999 beim KAFA ein; zu einem Zeitpunkt also, als die Beschwerdeführer wieder vorläufig aufgenommen waren. Diese Massnahme wurde aber bereits drei Arbeitstage später, d.h. am 16. August 1999 vom Bundesrat wieder aufgehoben, so dass die Einleitung des Verfahrens betreffend Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 13 Bst. f BVO bzw. die Weiterleitung des entsprechenden Gesuchs an das BFA wiederum nicht möglich war.

d) Vorbehalten bleiben gemäss Art. 12f AsylG die Art. 17 Abs. 2 und 3 AsylG. Gemäss Art. 17 Abs. 2 AsylG kann der Kanton einem ihm zugewiesenen Gesuchsteller eine fremdenpolizeiliche Aufenthaltsbewilligung ertei-

len, sofern das Asylgesuch vor mehr als vier Jahren eingereicht worden ist. Häufigster Anwendungsfall dieser Bestimmung ist die Erteilung einer humanitären Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 13 Bst. f BVO. Will der Kanton von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, hat er dies dem Bundesamt für Ausländerfragen unverzüglich anzuzeigen.

Aus Art. 17 Abs. 3 AsylG, wonach die Regelung von Art. 17 Abs. 2 AsylG nicht nur während des erstinstanzlichen Asylverfahrens, sondern auch während des Asylbeschwerdeverfahrens sinngemäss zur Anwendung gelangt, kann e contrario geschlossen werden, dass der Kanton eine Bewilligung nur bis zum rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens erteilen kann. Entsprechend spricht auch die Botschaft des Bundesrats davon, dass eine Bewilligung erteilt werden könne, «sofern das Asylgesuch bereits vier Jahre hängig» sei.

Seit dem Abschluss der Asylverfahren der Beschwerdeführer am 2. März 1993 besteht deshalb keine Möglichkeit mehr zur Erteilung einer Bewilligung gemäss Art. 17 Abs. 2 und 3 AsylG.

Regierungsrat, 9. November 1999

2. Politische Rechte

Art. 31 Abs. 1 und 1bis, 77 Abs. 2 Bst. c und Abs. 2 Bundesgesetz über die politischen Rechte vom 17. Dezember 1976 (BPR; SR 161.1); § 52 VRG; § 2 Abs. 1 Organisationsgesetz. – Aufsichtsbeschwerde «wegen Irreführung der Wählerschaft» im Zusammenhang mit der Liste 4 mit dem Titel «Seniorenliste/Parteilose» bei den Gesamterneuerungswahlen der zugerischen Mitglieder des Nationalrates für die Amtsperiode 2000–2003. – Formelles (E. I): Wahlbeschwerde oder Aufsichtsbeschwerde (E. 1 und 2); Regierungsrat als Aufsichtsbehörde über die Staatskanzlei (E. 3). – Materielles (E. II): Aufsichtsbeschwerde als Anzeige und Ueberprüfungsbefugnis der Aufsichtsbehörde (E. 1); Vorliegend besteht insbesondere deshalb kein Grund zum Einschreiten der Aufsichtsbehörde, weil die Stimmberechtigten nicht irreführt wurden (E. 2)

Aus dem Sachverhalt:

A. Am 24. Oktober 1999 findet die Gesamterneuerungswahl der zugerischen Mitglieder des Nationalrates für die Amtsperiode 2000–2003 statt. Mit Publikationen in den Amtsblättern vom 1. und vom 9. April sowie vom 13. August 1999 wurden die politischen Parteien bzw. Gruppierungen aufgefordert, für diese Wahl bei der Staatskanzlei bis spätestens 30. August 1999, 18:00 Uhr, Wahlvorschläge einzureichen. Innerhalb der Wahlanmeldefrist wurde – nebst vier weiteren Wahlvorschlägen – auch ein Wahlvorschlag mit der Bezeichnung «Seniorenliste/Parteilose» eingereicht. Die eingereichten

Wahlvorschläge wurden im Amtsblatt vom 3. September 1999 veröffentlicht und lagen sodann bei der Staatskanzlei zur Einsichtnahme durch die Stimmberechtigten auf. Nach erfolgter Bereinigung veröffentlichte die Staatskanzlei die Listen im Amtsblatt vom 17. September 1999. Dabei wurde auch auf die Listenverbindung zwischen der Liste Nr. 4 «Seniorenliste/Parteilose» und der Liste Nr. 3 «Schweizerische Volkspartei (SVP)» hingewiesen.

B. Mit Eingabe vom 12. Oktober 1999 erhob W beim Regierungsrat «Aufsichtsbeschwerde wegen Irreführung der Wählerschaft» und beantragte, die Liste Nr. 4 mit dem Titel «Seniorenliste/Parteilose» für ungültig zu erklären. Alle diese Liste betreffenden Publikationen seien zurückzuziehen.

Zur Begründung führt W im Wesentlichen aus: Für die Nationalratswahlen vom 24. Oktober seien für den Kanton Zug drei Mandatsträger zu bestimmen. Folglich stehe allen sich an der Wahl beteiligten Parteien das Recht zu, drei Wahlkandidaten oder -kandidatinnen zu nominieren. Davon habe auch die Schweizerische Volkspartei mit den Kandidaturen Yvonne Kraft-Rogenmoser, Karl Betschaft und Marcel Scherer rechtens Gebrauch gemacht. Anhand des Wahlzettels und der ausgehängten Plakate sei festzustellen, dass als Liste 4 mit dem Titel «Seniorenliste/Parteilose» folgende Nominierungen eingereicht worden seien: Robadey Bernard, Bär René und Durrer Hans. Alle drei Persönlichkeiten seien prominente Mitglieder der Schweizerischen Volkspartei. Damit sei die Bezeichnung «Parteilose» im Listentitel eine vollendete Irreführung der Wählerinnen und Wähler. Ferner finde eine Verbindung der SVP-Liste mit der Liste 4 statt, die – wie dargestellt – ausnahmslos Mitglieder der SVP enthalte. Das bedeute für die SVP eindeutig eine missbräuchliche Verdoppelung des Wahlspruchs, was als Wahlbetrug qualifiziert werden müsse.

Aus den Erwägungen:

I.

1. a) W bezeichnet seine Eingabe als «Aufsichtsbeschwerde wegen Irreführung der Wählerschaft». In Bezug auf den Inhalt könnte sie jedoch für eine (ordentliche) Wahlbeschwerde im Sinne von Art. 77 Abs. 1 Bst. c des Bundesgesetzes über die politischen Rechte vom 17. Dezember 1976 (BPR; SR 161.1) gehalten werden. Es ist deshalb vorab zu prüfen, ob die Eingabe von W als Wahlbeschwerde entgegengenommen werden könnte.

b) Nach Art. 77 Abs. 1 Bst. c BPR kann bei der Kantonsregierung Beschwerde geführt werden wegen Unregelmässigkeiten bei der Vorbereitung und Durchführung der Nationalratswahlen (Wahlbeschwerde). Die Beschwerde ist innert drei Tagen seit der Entdeckung des Beschwerdegrundes, spätestens jedoch am dritten Tage nach Veröffentlichung der Ergebnisse im kantonalen Amtsblatt einzureichen (Abs. 2). W vermochte die von ihm behaupteten Unregelmässigkeiten spätestens mit der Publikation der bereinig-

ten Wahlvorschläge im Amtsblatt vom 17. September 1999 zu erkennen. Was die Parteizugehörigkeit der Kandidaten der Liste «Seniorenliste/Parteilose» angeht, räumt er denn auch ein, es handle sich um «prominente Mitglieder» der SVP. Unter diesen Umständen begann die dreitägige Beschwerdefrist am auf die Publikation im Amtsblatt folgenden Tag, d.h. am 18. September 1999, zu laufen und endigte Montag, 20. September 1999. Um als Wahlbeschwerde im Sinne von Art. 77 Abs. 1 Bst. c BPR entgegengenommen zu werden, erweist sich die Eingabe von W vom 12. Oktober 1999 somit als zu spät eingereicht. Es bleibt folglich zu prüfen, ob sie – wie von W selber so bezeichnet – immerhin als Aufsichtsbeschwerde an die Hand zu nehmen ist.

2. Gemäss § 52 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (VRG; BGS 162.1) kann jedermann die Aufsichtsbehörde über Tatsachen in Kenntnis setzen, die ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde gegen eine untere Verwaltungsinstanz von Amtes wegen erfordern. Der Anzeiger hat nicht die Rechte einer Partei, und eine Pflicht zur Begründung von aufsichtsrechtlichen Entscheiden besteht nicht (Abs. 2 und 4). Die Art der Erledigung ist dem Anzeiger jedoch mitzuteilen (Abs. 3). Eine Beschwerdefrist braucht nicht eingehalten zu werden (vgl. Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Diss. Zürich 1983 S. 76). Ebenso wenig muss eine anfechtbare Verfügung vorliegen (vgl. Weiss, a.a. O.; Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage, Zürich 1998 Rz. 1428; Imboden/Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1990, Nr. 145 B IIb).

3. Nach § 52 Abs. 1 VRG ist Aufsichtsbeschwerde bei der Aufsichtsbehörde zu führen. W macht sinngemäss geltend, die Staatskanzlei sei ihren Pflichten nicht genügend nachgekommen, weil sie die von ihm gerügten Mängel nicht selber erkannt habe. Die Staatskanzlei ist Teil der Staatsverwaltung. Gemäss § 2 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Staatsverwaltung vom 29. Oktober 1998 (OrG, BGS 153.1) untersteht die Staatskanzlei der Aufsicht des Regierungsrates. Aufsichtsbehörde über die Staatskanzlei ist demzufolge der Regierungsrat. Der Regierungsrat erweist sich deshalb auch als zuständig für die Behandlung der vorliegenden Eingabe. Die Aufsichtsbeschwerde von W ist somit an die Hand zu nehmen.

II.

1. Aus dem Wortlaut von § 52 Abs. 1 VRG lässt sich ableiten, dass die Aufsichtsbehörde auf aufsichtsrechtliche Anzeige hin gegen eine untere Verwaltungsbehörde nur dann einschreitet, wenn sie dies auch von Amtes wegen tun würde, bzw. müsste. Bei der Aufsichtsbeschwerde handelt es sich somit nicht um ein Rechtsmittel, sondern lediglich um eine Anzeige. Es liegt in der Natur der beschränkten Wirkung dieses Rechtsbehelfs, dass beim auf-

sichtsrechtlichen Einschreiten allgemein Zurückhaltung geübt wird. Insbesondere in Bezug auf Verfügungen und Entscheide der unteren Behörde steht der Aufsichtsbehörde keine umfassende Überprüfungsbefugnis zu. So bleibt es der Aufsichtsbehörde verwehrt, bei einfachen Rechtsverletzungen einzuschreiten. Anlass für ein aufsichtsrechtliches Einschreiten besteht dementsprechend nur bei Verletzung klaren materiellen Rechts, bei Missachtung wesentlicher Verfahrensgrundsätze oder bei Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen. (vgl. zum Ganzen: Alfred Kölz, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978, § 20 N. 68; H.R. Thalman, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, 2. Auflage, Wädenswil 1991, Vorb. §§ 141 – 150 N 8.5; vgl. für das zugerische Recht auch Marco Weiss a.a.O., S. 76).

2. Vorliegend kann jedoch keine Rede sein von einer Verletzung klaren materiellen Rechts, einer Missachtung wesentlicher Verfahrensgrundsätze oder einer Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen. Entgegen der Auffassung von W kann den politischen Parteien nicht verwehrt werden, dass sie verschiedene Wahlvorschläge einreichen; in grösseren Kantonen ist dies bei den bedeutenderen Parteien denn auch durchaus üblich. So gibt es dort von ein und derselben Partei eine Senioren- und eine Juniorenliste oder eine Stadt- und eine Landliste oder eine Frauen – und eine Männerliste usw... Auch dagegen, dass diese Listen miteinander verbunden werden, lässt sich angesichts von Art. 31 Abs. 1 BPR nichts einwenden; mehr noch erlaubt Abs. 1bis derselben Bestimmung ausdrücklich soger Unterlistenverbindungen zwischen Listen der obgenannten Art. Was die angeblich irreführende Parteibezeichnung der Liste 4 (Seniorenliste/Parteilose) angeht, ist der Argumentation von W entgegenzuhalten, dass es sich bei den aufgeführten Kandidaten – wie W selber hervorhebt – um bekannte Mitglieder der SVP handelt. Dieser Umstand ist deshalb auch den politisch interessierten Stimmberechtigten, d.h. denjenigen, die wirklich auch an die Urne gehen, bewusst. Davon, dass die Stimmberechtigten durch den Parteititel der Liste 4 tatsächlich irreführt würden, kann bei dieser Sachlage nicht ausgegangen werden. Im Übrigen muss sich der Parteititel nicht zwingend (nur) auf die Kandidierenden beziehen; vielmehr könnte er (auch) auf die Unterzeichnerinnen und Unterzeichner zutreffen oder Ausdruck sein für das Parteiprogramm, dem sich die Kandidierenden verpflichtet fühlen. Abgesehen davon wäre die Staatskanzlei gar nicht in der Lage, die Parteimitgliedschaften aller Kandidierenden zu überprüfen. Erstens vermögen dies nur die Parteien selber und nur für ihre Mitglieder zu tun, und zweitens nehmen immer wieder lose politische Gruppierungen an Wahlen teil, welche nicht in Vereinsform organisiert sind und deshalb auch keine eigentliche Mitgliedschaft kennen. Bei dieser Sach- und Rechtslage ist der Aufsichtsbeschwerde von W keine Folge zu geben.

Regierungsrat, 19. Oktober 1999

3. Personalrecht

Personalrecht: Aus einem Arbeitsverhältnis folgt kein Rechtsanspruch auf effektive Beschäftigung und seitens des Arbeitgebers besteht keine Rechtspflicht zur Annahme der geschuldeten Arbeitsleistung (E 3). Anforderungen an den Rückzug einer Beschwerde (E 4)

Aus dem Sachverhalt:

X.Y. war als Turnlehrer in der Gemeinde T. tätig. Am 14. September 1998 wurde X.Y. durch den Schulpräsidenten und Gemeinderat A. und B. mündlich eröffnet, dass er mit sofortiger Wirkung vom Unterricht freigestellt sei. Gleichzeitig wurde ihm untersagt, während der Freistellung die Schulanlagen Z. zu betreten. Die Gemeinde begründete ihren Entscheid mit den bei der Schulleitung gegen X.Y. eingegangenen Vorwürfen von «unangenehmen Belästigungen gegenüber Jugendlichen». Mit Schreiben vom 15. September 1998 des Gemeinderates T. an X.Y. wurden die gegen ihn ausgesprochenen Massnahmen nochmals schriftlich festgehalten. Einer allfälligen Beschwerde gegen diese Freistellung wurde die aufschiebende Wirkung entzogen.

Mit Eingabe vom 5. Oktober 1998 erhob X.Y. vertreten durch Rechtsanwalt B., Zug, beim Regierungsrat Verwaltungsbeschwerde mit folgendem Antrag:

«Die Verfügung sei aufzuheben und der Beschwerdeführer sei baldmöglichst wieder im Rahmen seiner bisherigen Anstellung zu beschäftigen. Insofern sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wiederherzustellen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegner.»

Zur Begründung machte der Beschwerdeführer im wesentlichen geltend, dass die Vorgehensweise der Beschwerdegegnerin das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt habe und dieser durch die zu Unrecht verfügten Massnahmen bereits irreversibel in seinem Ruf und seiner Persönlichkeit geschädigt worden sei. Um weiteren Schaden von ihm fernzuhalten, sei er deshalb so schnell wie möglich wieder zum Schuldienst zu zulassen. Dafür müsse die entzogene aufschiebende Wirkung der Beschwerde durch einen schnellen Zwischenentscheid der Beschwerdeinstanz bzw. des Landammanns wiederhergestellt werden.

Mit Entscheid vom 29. Oktober 1998 wies das Landammannamt das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab.

Der Regierungsrat beauftragte die Finanzdirektion mit der Beschwerdeinstruktion. Diese forderte mit Schreiben vom 15. Oktober 1998 die Beschwerdegegnerin zur Vernehmlassung auf. In ihrer Stellungnahme vom 5. November 1998 begründete die Beschwerdegegnerin ihren Entscheid damit, dass bis zum Vorliegen der Untersuchungsergebnisse zu den Vorwür-

fen über unangenehme Belästigungen von Schülerinnen der Oberstufe eine Freistellung des Beschwerdeführers vom Schulunterricht im Interesse und zum Schutz aller Beteiligten – mithin auch in seinem Interesse und zu seinem Schutz – die beste Lösung sei. Da bereits im Januar 1997 ähnliche Vorwürfe gegen den Beschwerdeführer erhoben worden seien und das Thema sehr heikel sei, sei das gewählte Vorgehen richtig gewesen. Damit sei es möglich, die Angelegenheit in einem sachlichen Umfeld und ohne den Beschwerdeführer vorzuerurteilen, anzugehen.

Auf Gesuch des Beschwerdeführers ordnete die Finanzdirektion am 6. November 1998 einen zweiten Schriftenwechsel an. Weil die Parteien in der Zwischenzeit ausserhalb des Beschwerdeverfahrens in Vergleichsverhandlungen traten, wurde dem Beschwerdeführer auf sein Begehren wiederholt die Frist zur Einreichung der Replik erstreckt.

Im Januar 1999 wurde das Anstellungsverhältnis von X.Y. per 31. Juli 1999 aufgelöst.

Mit Schreiben vom 26. März 1999 teilte der Beschwerdeführer der Finanzdirektion mit, dass er, um unnötige Weiterungen zu vermeiden und die nach wie vor laufenden Vergleichsgespräche nicht zu gefährden, auf die Einreichung einer weiteren Rechtschrift verzichte. Auf die Begründung wurde, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss § 18 Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG) wendet die angerufene Behörde das Recht von Amtes wegen an. Ihr obliegt die Prüfung der Einhaltung der Prozessvoraussetzungen.

2. Mit Verwaltungsbeschwerde können alle Entscheide unterer Verwaltungsbehörden angefochten werden, sofern die Weiterzugsmöglichkeit nicht durch besondere Vorschrift ausdrücklich ausgeschlossen ist (§ 40 Abs. 1 VRG).

Gegenstand der Verwaltungsbeschwerde sind Entscheide im Sinne von § 4 VRG. Nach Lehre und Rechtsprechung ist eine Verfügung eine einseitige, hoheitliche Massnahme, durch die in einem konkreten Einzelfall ein Rechtsverhältnis unmittelbar und verbindlich festgestellt oder rechtsgestaltend geregelt wird. Das zentrale Element der Verfügung ist die Eignung eines Verwaltungsaktes, individuelle Rechte und Pflichten festzustellen, zu begründen, zu ändern oder aufzuheben (BGE 121 11477 mit Hinweisen; Alfred Kölz, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978, § 19 N. 2-10 mit Hinweisen; Tomas Poledna, Verfügung und verfügungsfreies Handeln im öffentlichen Personalrecht, in AJP 8/98, S. 917). Der Entscheid des Gemeinderates T. als Entscheid im Sinne von § 4 VRG zu qualifizieren, weil dem Beschwerdeführer durch die Freistellung eine Pflicht, nämlich die Pflicht zur Arbeitsleistung, einseitig und hoheitlich entzogen worden ist. Zudem wurde ihm eine Pflicht auferlegt, nämlich während der Freistellung die Schulanlagen T. nicht betreten zu dürfen.

3. Es stellt sich die weitere Rechtsfrage, ob der Beschwerdeführer zur Beschwerde berechtigt ist. Gemäss § 41 VRG ist zur Erhebung der Verwaltungsbeschwerde berechtigt, wer durch einen Entscheid in seiner Rechtsstellung betroffen ist.

Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung ergibt sich aus einem Arbeitsverhältnis kein Rechtsanspruch auf effektive Beschäftigung (BGE 99 Ib 129 ff.), und seitens des Arbeitgebers besteht keine Rechtspflicht zur Annahme der geschuldeten Arbeitsleistung (Guhl/Merz/Kummer, Schweizerisches Obligationenrecht, 8. Aufl. Zürich 1991, § 46 S. 444). Der Arbeitgeber kann demnach den Arbeitnehmer während der Dauer der Anstellung unter Bezahlung des Lohnes jederzeit beurlauben; es sei denn, ein Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung werde durch Gesetzesvorschrift oder Vertragsbestimmung ausdrücklich gewährleistet (BGE 99 Ib 133). Eine solche Bestimmung enthält weder das Lehrerbesoldungsgesetz (LBG; BGS 412.31) noch das Personalgesetz (PG; BGS 154.21). Da vorliegend kein Rechtsanspruch, weder ein gesetzlicher noch ein vertraglicher, auf effektive Beschäftigung besteht, wurden durch die Freistellung die Rechte des Beschwerdeführers auch nicht verletzt, d.h. weder aufgehoben noch geändert. Der Beschwerdeführer mag sich persönlich von der Freistellung durchaus betroffen fühlen, in seiner Rechtsstellung ist er aber mangels Rechtsanspruch auf Beschäftigung nicht tangiert. Auf die Verwaltungsbeschwerde ist nicht einzutreten.

4. Es liegt aus einem weiteren Grunde keine Beschwerdeberechtigung vor: Der Beschwerdeführer beantragt in seiner Beschwerde vom 5. Oktober 1998 die Aufhebung der Verfügung und dass er baldmöglichst wieder im Rahmen seiner bisherigen Anstellung zu beschäftigen sei. Mit Schreiben vom 26. März 1999, in welchem der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers der Instruktionsbehörde seinen Verzicht auf die Einreichung einer Replik mitteilt, hält er unter anderem folgendes fest:

«Das im Oktober 1998 aktuelle und sinnvolle Begehren auf sofortige Aufhebung der Freistellung ist heute aus Sicht des Betroffenen und für das Wohl der Schülerinnen und Schüler im heutigen Zeitpunkt anders zu beurteilen. Im Januar 99 wurde das Arbeitsverhältnis per 31.7.1999 aufgelöst, weshalb der Beschwerdeführer nur noch kurz an seinen Arbeitsplatz zurückkehren könnte. (...) Andererseits besteht nach wie vor ein Interesse an einer juristischen Beurteilung der Vorgehensweise der Beschwerdegegnerin. Der Beschwerdeführer behält sich deshalb – unabhängig vom Entscheid in dieser Sache – ausdrücklich vor, in einer allfälligen Klage (Schadenersatz, Genugtuung, ...) gegen den Beschwerdegegner die Unrechtmässigkeit seiner Vorgehensweise geltend zu machen. Aufgrund voreiliger Massnahmen der Gemeinde in den Augen der T. Bevölkerung fälschlicherweise als sexuell abartig zu gelten, ist eine massive Verletzung der Persönlichkeit».

Vorab stellt sich die Frage, ob die Darlegungen des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers einer Abstandserklärung gleichkommen und die Beschwerde infolge Rückzug als erledigt abzuschreiben ist. Eine Abstandser-

klärung muss klar, ausdrücklich und unbedingt erfolgen; andernfalls ist sie unbeachtlich (BGE 119 V 38). Das bedeutet, dass nicht leichthin auf einen Rückzug geschlossen werden darf, sondern es bedarf dazu einer eindeutigen und unmissverständlichen Erklärung (Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 39 N. 7). An einer solchen unzweideutigen Erklärung fehlt es im vorliegenden Fall. Allerdings hält der Beschwerdeführer in seiner Eingabe vom 26. März 1999 fest, sein Rechtsbegehren vom 5. Oktober 1998 auf sofortige Aufhebung der Freistellung im heutigen Zeitpunkt sei «anders zu beurteilen», weil im Januar 1999 entschieden wurde, das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer auf Ende Schuljahr 1999 aufzulösen und er aus diesem Grund nur noch für knapp zwei Monate bis zum Sommerferienbeginn am 3. Juli 1999 an seinen Arbeitsplatz zurückkehren könnte. Daraus sowie aus der weiteren Begründung der Eingabe vom 26. März 1999 ist zu schliessen, dass der Beschwerdeführer für sich kein aktuelles und praktisches Interesse mehr an der Überprüfung der strittigen vorsorglichen Massnahme (vgl. vorne Ziff. 1/2.) hat. Daran ändert nichts, dass der Beschwerdeführer offenbar mit einer Klage auf Schadenersatz und/oder Genugtuung das Vorgehen der Gemeinde beurteilen lassen will. Diese Begehren sind im vorliegenden Verfahren nicht gestellt und auch nicht Verfahrensgegenstand im Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat. Auf die Verwaltungsbeschwerde ist daher auch unter diesem Blickwinkel nicht einzutreten.

5. Nichteintreten auf eine Beschwerde hat grundsätzlich Kostenpflicht des Beschwerdeführers zur Folge (§ 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG). Das Personalgesetz sieht unter dem Titel Rechtsschutz und Verfahren in § 70 Abs. 4 für Streitigkeiten aus dem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis ein kostenloses Beschwerdeverfahren bis zu einem Streitwert von Fr. 20'000.- vor, soweit das Verfahren nicht mutwillig veranlasst wurde. Das Lehrerbesoldungsgesetz des Kantons, welches das Dienstverhältnis und die Besoldung der Lehrer an den gemeindlichen Schulen regelt (§ 1 Abs. 1 LBG), kennt keine entsprechende Bestimmung. § 70 Abs. 4 PG gilt aber dennoch für das Personal des Kantons und der gemeindlichen Lehrer gleichermaßen. Denn es ist kein sachlicher Grund auszumachen, weshalb die gemeindlichen Lehrkräfte bezüglich Rechtsschutz schlechter gestellt sein sollten als das kantonale Verwaltungs- und Lehrpersonal; und erst noch schlechter als zivilrechtlich Angestellte von Kanton, Gemeinden und auch der Privatwirtschaft (§ 70 Abs. 5 PG und Art. 343 OR).

Gestützt auf diese Erwägungen werden vorliegend keine Kosten erhoben.

6. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist von der Zuspreehung einer Parteientschädigung an die Beschwerdegegnerin abzusehen, da die Gemeinde T. am Verfahren nicht im Sinne von § 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG als Partei mit gegensätzlichen Interessen beteiligt war, sondern in Ausübung ihrer hoheitlichen Funktion (GVP 1981/82 S. 114).

Regierungsrat, 15. Juni 1999

4. Gemeinderecht

Art. 49 Abs. 6 BV; §§ 3, 59, 120 GG; §§ 1, 2-5 FHG; § 26 DenkmalSG; § 50 VRG.
- *Beschwerde betreffend Urnenabstimmung über die zukünftige Nutzung des Kapuzinerklosters Zug der Bürgergemeinde Zug. - Das Kapuzinerkloster ist Teil des Bürgergutes, seine Vermietung zulässig (Ziff. II/3 Bst. a); Keine Verletzung der finanzhaushaltrechtlichen Grundsätze der Gesetzmässigkeit, Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit (Bst. b); Keine ungebührliche steuerliche Belastung (Bst. c); Aufgabenerfüllung der Gemeinde und Finanzhaushaltgesetz (Bst. d). - Die in Aussicht gestellte Steuererhöhung stellt keine «spezielle Kultussteuer» dar (Ziff. 4)*

Aus dem Sachverhalt:

A. Am 13. Dezember 1998 fand in der Bürgergemeinde Zug eine Urnenabstimmung über die zukünftige Nutzung des Kapuzinerklosters Zug statt. In einem Variantenabstimmungsverfahren wurden den Stimmberechtigten dabei zwei Nutzungsvarianten mit religiösem Hintergrund zur Auswahl unterbreitet, nämlich das Projekt VIVO der klösterlichen Gemeinschaft von Benedikt Wälder einerseits und eine Nutzung durch die Ordensgemeinschaft der Seligpreisungen andererseits. Der Bürgerrat beschränkte sich auf die Vorlage zweier kirchlicher Projekte, weil eine weltliche Nutzung (städtische Musikschule/Wohnateliers der Zuger Kulturstiftung Landis & Gyr) an der vorangegangenen Urnenabstimmung vom 28. Juni 1998 von den Stimmberechtigten deutlich abgelehnt worden war. Die Stimmberechtigten konnten nunmehr entweder einer der beiden kirchlichen Nutzungen zustimmen und die andere ablehnen oder beiden Nutzungen zustimmen oder beide Nutzungen ablehnen. Für den Fall, dass die Gesamtheit der Stimmberechtigten beiden Nutzungen zustimmen würde, war eine Stichfrage zu beantworten. Das Ergebnis des Urnenganges lautete wie folgt (Amtsblatt vom 18. Dezember 1998: 648 Ja- zu 1102 Nein-Stimmen gegen das Projekt VIVO und 915 Ja-Stimmen gegen 882 Nein-Stimmen für eine Nutzung durch die Gemeinschaft der Seligpreisungen. Damit sprachen sich die Stimmberechtigten der Bürgergemeinde Zug mehrheitlich für eine Vermietung des Kapuzinerklosters an die Ordensgemeinschaft der Seligpreisungen zu einem jährlichen Mietzins von Fr. 90'000.- aus.

B. Gegen diese Urnenabstimmung beschwerte sich M (im folgenden Beschwerdeführer genannt) beim Regierungsrat. In seiner Beschwerdeschrift vom 18. Dezember 1998 beantragte er, der angefochtene Urnenabstimmungsbeschluss sei aufzuheben, unter Kosten - und Entschädigungsforderungen zulasten der Bürgergemeinde Zug.

.....

Aus den Erwägungen:

.....

3. In materieller Hinsicht beanstandet der Beschwerdeführer sinngemäss, das angefochtene Abstimmungsergebnis führe dazu, dass die Bürgergemeinde für die Kosten eines Klosterbetriebs aufzukommen habe und zu diesem Zweck zusätzliche Steuern erheben müsse. Dabei handle es sich um eine Tätigkeit, die nicht in den Aufgabenbereich einer Bürgergemeinde fallen könne, sondern lediglich in denjenigen einer Kirchgemeinde. Mit dem angefochtenen Abstimmungsergebnis werde nicht nur gegen § 120 des Gemeindegesetzes verstossen, sondern auch gegen die Grundsätze des Finanzhaushaltsgesetzes.

a) Nach § 120 Abs. 1 des Gemeindegesetzes vom 4. September 1980 (GG; BGS 171.1) hat die Bürgergemeinde folgende Aufgaben zu erfüllen: die Erteilung des Gemeindebürgerrechts (Ziff. 1), die Durchführung des Sozial- und Vormundchaftswesens für die an ihrem Heimatort wohnenden Bürger (Ziff. 2), die Verwaltung des Bürgergutes (Ziff. 3) sowie die Förderung der Heimatverbundenheit (Ziff. 4). Gestützt auf § 120 Abs. 2 GG kann die Bürgergemeinde weitere Aufgaben im Gemeinwohl erfüllen. Der Bürgerrat führt hierzu aus, bei der mit der angefochtenen Urnenabstimmung gutgeheissenen Vermietung des Kapuzinerklosters an die Gemeinschaft der Seligpreisungen handle es sich um einen Akt der Verwaltung des Bürgergutes. Unbestrittenermassen steht das Kapuzinerkloster im Eigentum der Bürgergemeinde Zug. Es ist somit Teil des Bürgergutes im Sinne von § 120 Abs. 1 Ziff. 3 GG. Ausserdem ist die Vermietung einer zum Bürgergut gehörenden Liegenschaft in grundsätzlicher Hinsicht zweifellos zulässig. Angesichts dessen besteht – spätestens mit der angefochtenen Urnenabstimmung – grundsätzlich eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Vermietung der Klosterliegenschaft an die Gemeinschaft der Seligpreisungen. Der Beschwerdeführer unterlässt es denn auch – und dies zu Recht – zu behaupten, § 120 Abs. 1 Ziff. 3 GG sei auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar und die Vermietung eines der Bürgergemeinde gehörenden Objekts an eine religiöse Gemeinschaft sei von vornherein unzulässig.

b) Unter Verweisung auf §§ 2 bis 5 des Gesetzes über den Finanzhaushalt des Kantons und der Gemeinden vom 28. Februar 1985 (FHG; BGS 611.1) macht der Beschwerdeführer hingegen sinngemäss geltend, die Vermietung der Klosterliegenschaft erfolge zu Bedingungen, die zu einer Verletzung der finanzhaushaltrechtlichen Grundsätze der Gesetzmässigkeit, der Sparsamkeit und der Wirtschaftlichkeit führten. Demgegenüber legt der Bürgerrat glaubhaft dar, dass unter den gegebenen Umständen mit der Vermietung der Klosterliegenschaft an die Gemeinschaft der Seligpreisungen eine Lösung gefunden werden konnte, die auch aus wirtschaftlicher Sicht für die Bürgergemeinde zumindest als vertretbar erscheint. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kann dabei nicht ausschlaggebend sein, dass zu einem früheren Zeitpunkt mit der Nutzung der Liegenschaft durch die Stadt Zug als städtische Musikschule und der Zuger Kulturstiftung Landis & Gyr für Wohnateliers eine für die Bürgergemeinde kostengünstigere Lösung hätte

getroffen werden können. Einerseits wurde eine solche Nutzung von den Stimmberechtigten der Bürgergemeinde Zug klar und unmissverständlich abgelehnt und andererseits steht sie heute nicht mehr zur Diskussion. So hatten die Organe der Bürgergemeinde nur noch die Wahl, das Kapuzinerkloster entweder leer stehen zu lassen oder nach einer anderweitigen Verwendung dafür Ausschau zu halten. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die Klosterliegenschaft unter Denkmalschutz steht (vgl. hierzu den entsprechenden Regierungsratsbeschluss vom 21. Juni 1994). Damit ist ein Umbau im Hinblick auf eine neuartige Nutzung – wenn überhaupt – nur in sehr beschränktem Masse möglich. Aus demselben Grund fällt auch ausser Betracht, das Kloster einfach leer stehen zu lassen und auf jegliche Unterhaltsmassnahmen zu verzichten, wie dies der Beschwerdeführer als mögliche Alternative vorschlägt. Nach § 26 Abs. 1 des Gesetzes über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz vom 26. April 1990 (DenkmalSG, BGS 423.11) sind unter Denkmalschutz stehende Objekte nämlich vom Eigentümer so zu unterhalten, dass ihr Bestand dauernd gesichert wird (Satz 1), und Schäden, die den Wert des Denkmals bedrohen oder sein Aussehen beeinträchtigen, sind im Einvernehmen mit dem Amt für Denkmalpflege und Archäologie zu beheben (Satz 2). Abgesehen davon wäre es auch mit der Verpflichtung zur Verwaltung des Bürgergutes gemäss § 120 Abs. 1 Ziff. 3 GG kaum vereinbar, wenn man das Kapuzinerkloster einfach sich selber und damit dem Zerfall überlassen würde. Dank der Vermietung der Klosterliegenschaft an die Gemeinschaft der Seligpreisungen erzielt die Bürgergemeinde Mietzinseinnahmen von jährlich Fr. 90'000.–. Angesichts der Tatsache, dass sich eine Klosterliegenschaft unter den vorliegend gegebenen Umständen nicht ohne weiteres vermieten lässt, erweist sich dieser Mietzins als durchaus angemessen. Mit den Mietzinseinnahmen kann die von den Unterhaltskosten ausgehende Belastung der Bürgergemeinde erheblich vermindert werden. Für die Bürgergemeinde erweist sich diese Lösung auf jeden Fall als wesentlich vorteilhafter, als wenn das Kloster leer stünde, aber infolge der denkmalpflegerischen Verpflichtung trotzdem unterhalten werden müsste. In diesem Zusammenhang ist auch in Erinnerung zu rufen, dass der frühere Benützer des Kapuzinerklosters – der Kapuzinerorden – überhaupt keinen Mietzins entrichtete. Eine für die Bürgergemeinde wirtschaftlich günstigere Lösung als diejenige der Vermietung an die Gemeinschaft der Seligpreisungen kommt somit im heutigen Zeitpunkt nicht ernsthaft in Frage. Unter diesen Umständen kann aber von einer Verletzung der finanzhaushaltrechtlichen Grundsätze der Gesetzmässigkeit, der Sparsamkeit und der Wirtschaftlichkeit keine Rede sein.

c) Wie bereits vorstehend unter Bst. a ausgeführt kann die Bürgergemeinde – nebst den unter § 120 Abs. 1 GG aufgeführten Aufgaben – weitere Aufgaben im Gemeinwohl erfüllen (Abs. 2). Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass der Gesetzgeber auf diese Weise es den Bürgergemeinden erlauben wollte. «im weiten Sinne ihr Tätigkeitsfeld frei zu bestimmen» (vgl.

Bericht des RR vom 12. Januar 1979 zur Totalrevision des Gesetzes betreffend das Gemeindewesen, KR-Vorlage Nr. 4263, S. 60). Es wurden dabei weder räumliche noch sachliche Einschränkungen postuliert. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers bestand auch nicht die Meinung, eine Gemeinde dürfe in Aufgabenbereichen, welche durch das Gesetz einer andern Gemeindeart zugewiesen sind, keine Tätigkeiten entfalten. So verfügen beispielsweise noch heute verschiedene Kirchgemeinden über eigene Sozialdienste, fördern verschiedene Bürgergemeinden das kulturelle Leben oder betreiben an verschiedenen Orten die Korporationsgemeinden die Wasserversorgung, obwohl alle diese Aufgaben nach § 59 GG grundsätzlich den Einwohnergemeinden obliegen. Nebst dem Erfordernis der Aufgabenerfüllung im Gemeinwohl sollte einzige Schranke für die Übernahme freiwilliger Aufgaben durch eine Gemeinde die Verhältnismässigkeit sein. Dementsprechend wurde gefordert, dass die freiwillige Aufgabenerfüllung nicht zu einer Vernachlässigung der Erfüllung der für die jeweilige Gemeindeart angestammten im Gemeindegesetz ausdrücklich verankerten Aufgaben führen und auch die Bürgerinnen und Bürger nicht ungebührlich belasten dürfe (vgl. Bericht und Antrag der vorberatenden Kommission vom 5. Dezember 1979 zur Totalrevision des Gesetzes betreffend das Gemeindewesen, KR-Vorlage Nr. 4362, S. 9 f). Dieses weite Verständnis der Aufgabenbereiche, in denen die Gemeinden tätig sein dürfen, ist nicht zuletzt auch Ausdruck der in § 3 GG verankerten Gemeindeautonomie. Für den vorliegenden Fall fällt in Betracht, dass das Kapuzinerkloster Zug – wie bereits vorstehend und Bst. b erwähnt – unter Denkmalschutz steht. Der Regierungsrat wies in seinem Unterschutzstellungsentscheid auf die grosse Bedeutung des Klosters hin und bezeichnete es als eines der wichtigsten Denkmäler der Stadt Zug (vgl. RR vom 21. Juni 1994). Unter diesem Gesichtswinkel ist das Ergebnis der angefochtenen Urnenabstimmung (auch) als Entscheid zur Erhaltung eines wichtigen Kulturgutes in der Stadt Zug zu verstehen darin eingeschlossen die bestimmungsgemässe Nutzung als Kloster. Die Erhaltung eines Kulturgutes auf dem Gebiet der gleichnamigen Einwohnergemeinde und die Sicherstellung von dessen herkömmlicher Verwendung sind aber nach dem vorstehend Gesagten zweifelsohne Aufgaben, welche die Bürgergemeinden gestützt auf § 120 Abs. 2 GG (freiwillig) übernehmen dürfen. Auch wenn die vom Beschwerdeführer behauptete Steuererhöhung unumgänglich werden sollte, kann angesichts der bescheidenen Höhe – es ist die Rede von einem Prozent des Einheitsansatzes gemäss der kantonalen Steuergesetzgebung – keineswegs von einer ungebührlichen Belastung der Bürgerinnen und Bürger gesprochen werden. Im vorliegenden Zusammenhang ist schliesslich darauf hinzuweisen, dass die Bürgergemeinde Zug die obenerwähnte Aufgabe nicht neu übernommen hat, sondern diese bereits seit langer Zeit erfüllt. Bei dieser Sach- und Rechtslage wäre der angefochtene Urnenentscheid somit selbst dann nicht zu beanstanden, wenn sich im Rahmen der Verwaltung des Bürgergutes im Sinn von § 120 Abs. 1 Ziff. 3 GG eine für die Bürgergemeinde wirtschaftlich günstigere Lösung hätte finden lassen.

d) Die vom Beschwerdeführer angerufenen §§ 2 bis 5 des FHG gelten im Übrigen nur für die Führung des Finanzhaushaltes (vgl. § 1 FHG). Dies bedeutet, dass für die Entscheidungsfindung darüber, welche Aufgaben ein Gemeinwesen zu erfüllen hat bzw. erfüllen will, das Finanzhaushaltsgesetz nicht von Relevanz ist. Dieses äussert sich denn auch nicht zur Frage, ob eine bestimmte Aufgabe von einem Gemeinwesen übernommen werden solle oder nicht, sondern lediglich darüber, wie eine einmal festgelegte Aufgabe zu erfüllen sei. Mit andern Worten gelangen die Vorschriften des Finanzhaushaltsgesetzes erst dann zur Anwendung, wenn bereits feststeht, welche Aufgaben ein Gemeinwesen zu erfüllen hat, bzw. erfüllen will. Damit dürfen vom Gemeinwesen aber auch Aufgaben übernommen werden, die sich aus rein wirtschaftlicher Sicht als verlustbringend erweisen, weil sie den Staatshaushalt belasten. Dies trifft übrigens auf die meisten Aufgaben der öffentlichen Hand zu, so zum Beispiel auf die Landesverteidigung, die Gewährleistung von Ruhe, Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit, die Gewährleistung der sozialen Sicherheit, den Umweltschutz, die Kulturförderung usw.. Die vom Beschwerdeführer vertretene gegenteilige Auffassung, gestützt auf das Finanzhaushaltsgesetz komme für das Kapuzinerkloster nur eine Nutzung in Frage, die keine nachteiligen finanziellen Folgen für die Bürgergemeinde mit sich bringe, erweist sich bei dieser Rechtslage als unhaltbar.

4. a) Der Beschwerdeführer macht schliesslich geltend, die vom Bürgerrat in Aussicht gestellte Steuererhöhung führe zu einer eigentlichen Kultussteuer, womit – soweit eine solche bei konfessionsfremden Personen erhoben werde – gegen Art. 49 Abs. 6 der Bundesverfassung verstossen werde. Hierzu ist vorerst festzuhalten, dass mit dem angefochtenen Urnengang weder höhere noch zusätzliche Steuern beschlossen worden sind. Soweit der Beschwerdeführer also eine künftige Steuererhöhung anführt, kann mangels geeignetem Anfechtungsobjekt auf dessen diesbezügliche Vorbringen nicht eingetreten werden. Immerhin könnte sich der Beschwerdeführer aber auch auf den Standpunkt stellen, mit dem angefochtenen Abstimmungsergebnis werde ein Teil der bereits heute erhobenen Steuern in eine Kultussteuer umgewandelt. Aus diesem Grund ist die Rüge, es liege eine unzulässige Kultussteuer vor, dennoch zu prüfen.

b) Gemäss Art. 49 Abs. 6 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 ist niemand gehalten, Steuern zu bezahlen, welche speziell für eigentliche Kultuszwecke einer Religionsgemeinschaft, der er nicht angehört, auferlegt werden (Satz 1). Die nähere Ausführung dieses Grundsatzes ist der Bundesgesetzgebung vorbehalten (Satz 2). Die entsprechende Ausführungsgesetzgebung ist indessen bis heute nicht erlassen worden. Aus diesem Grund hat das Bundesgericht nach konstanter Rechtsprechung die vorliegende Verfassungsnorm als unmittelbar anwendbar erklärt (vgl. BGE 107 Ia 128 E. 1 a mit Hinweis). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt eine «spezielle Kultussteuer» einerseits dann vor, wenn es sich um eine Steuer handelt, die von der Kirchgemeinde erho-

ben wird (vgl. BGE 107 Ia 130 E. 2b; Häfelin, in Kommentar BV Art. 49 Rz. 76). Andererseits fallen unter den Begriff «spezielle Kultussteuer» aber auch jene Steueranteile der übrigen Gemeindearten, welche in Form von finanziellen Zuwendungen an die staatlich anerkannten Kirchen ausgerichtet werden (vgl. Häfelin, a.a.O., Rz 77). Vorliegend stehen keine von einer Kirchgemeinde erhobenen Steuern in Frage. Ebensowenig geht es um direkte finanzielle Zuwendungen an eine Religionsgemeinschaft. Damit kann sich nur noch die Frage stellen, ob die Vertragsbestimmungen im Mietvertrag derart einseitig zugunsten der Gemeinschaft der Seligpreisungen ausgestaltet worden seien, dass von einer indirekten Finanzierung einer Religionsgemeinschaft gesprochen werden müsste. Dies ist jedoch nicht der Fall. Die vom Beschwerdeführer beanstandete finanzielle Belastung der Bürgergemeinde rührt vom Unterhalt der Klosterliegenschaft her. Dieser Unterhalt ist einerseits Folge der Sorgfaltspflicht des Eigentümers gemäss § 26 Denkmal SG und andererseits Pflicht der Bürgergemeinde zur Verwaltung des Bürgergutes nach § 120 Abs. 1 Ziff. 3 GG. Demgegenüber sind die eigens durch die Vermietung an die Gemeinschaft der Seligpreisungen hervorgerufenen Umbaukosten vergleichsweise gering. Die von der Mieterin zu bezahlenden Mietzinse von jährlich Fr. 90'000.- (ohne Nebenkosten) werden bei Weitem ausreichen, um diese Umbaukosten zu amortisieren. Mehr noch werden auch die ordentlichen Unterhaltskosten ganz oder zumindest zu einem grossen Teil mit den Mietzinseinnahmen gedeckt werden können. Wie bereits vorstehend unter Ziff. 3 Bst. b ausgeführt, muss die Vermietung der Klosterliegenschaft zu den erwähnten Bedingungen als für die Bürgergemeinde durchaus vorteilhaft beurteilt werden. Die in Aussicht gestellte Möglichkeit einer Steuererhöhung liegt denn auch nicht im Mietverhältnis mit der Gemeinschaft der Seligpreisungen begründet, sondern vielmehr im Umstand, dass durch den Aufschub von Unterhaltsarbeiten die entsprechenden Kosten erst in den nächsten Jahren anfallen werden. Auf den notwendigen Unterhalt kann aber – wie bereits ausgeführt – auf Dauer nicht verzichtet werden. Bei dieser Sach- und Rechtslage liegt eine «spezielle Kultussteuer» nicht vor. Die Beschwerde erweist sich damit auch in diesem Punkt als unbegründet. Was der Beschwerdeführer darüber hinaus vorbringt, sind reine Zweckmässigkeitsüberlegungen, für deren Prüfung im Rahmen einer blossen Rechtskontrolle im Sinne von § 50 Abs. 2 Ziff. 3 VRG kein Raum besteht. Die Beschwerde ist somit vollumfänglich abzuweisen.

Regierungsrat, 12. April 1999

Art. 5a BV; Art. 85 Bst. a OG; §§ 17, 33 ff. insbes. 37, 82 GG; §§ 4, 7 Abs. 1, 23 Abs. 1 Ziff. 3, 25, 28 Abs. 2, 39 ff., 49, 52 VRG. – Beschwerden betreffend Behandlung der Motion der CVP Risch-Rotkreuz für eine Verbesserung des Badeangebotes, Strandbad Buonas und Erweiterung der Seeuferpromenade in der Einwohnergemeindeversammlung.- 1. Beschwerde M. und A. 2. Aufsichtsbeschwerde der SVP Risch-Rotkreuz

Sachverhalt:

Am 1. Dezember 1998 fand in Rotkreuz eine Versammlung der Einwohnergemeinde Risch statt, an welcher unter Traktandum 5 die Motion der CVP Risch-Rotkreuz für eine Verbesserung des Badeangebotes zu behandeln war. Dabei standen unter Traktandumsteil 5c der Erwerb und die Erweiterung des Strandbades Buonas sowie eine Erweiterung der Seeuferpromenade zu Diskussion. Zur Erweiterung der Seeuferpromenade vertrat der Gemeinderat die Auffassung, das Geschäft sei noch nicht entscheidungsreif, dies unter anderem deshalb, weil die Verhandlungen für den Rechts- bzw. Eigentumserwerb des dafür benötigten Landes noch nicht hätten abgeschlossen werden können. Im Hinblick auf weitere Verhandlungen mit den Grundeigentümern wolle er aber mittels einer Konsultativabstimmung in Erfahrung bringen, wie die Bevölkerung über eine Fortsetzung des Seeuferweges denke, und ob das Projekt überhaupt – in erweiterter oder reduzierter Form – weiter verfolgt werden solle.

Nachdem der Gemeindepräsident zwei Projektvarianten vorgestellt hatte, und diese von der Versammlung diskutiert worden waren, sollte zur Abstimmung geschritten werden. Hierfür schlug der Gemeindepräsident drei Abstimmungsfragen vor, nämlich eine über die hintere Wegführung, eine über die vordere Wegführung und eine über einen gänzlichen Verzicht auf die Erweiterung. Im Anschluss daran entstand erneut eine Diskussion, in deren Rahmen verschiedene andere Varianten ins Spiel gebracht wurden. Ferner erhoben sich Stimmen, die behaupteten, die Grunddienstbarkeit für eine bereits früher geplante Wegerweiterung bestehe – dies entgegen der vom Gemeindepräsidenten geäußerten Auffassung – nach wie vor. Schliesslich gelangten insgesamt sechs Varianten zur Abstimmung, aus welcher Variante Nr. 6 mit 159 von 231 möglichen Stimmen als Siegerin hervorging.

Gegen diese Abstimmung erhoben M. D. und A. R. im Folgenden «Beschwerdeführer» genannt, mit Eingabe vom 4. Dezember 1998 Beschwerde beim Gemeinderat Risch. Sie stellten dabei verschiedene Anträge, von denen für das Verfahren vor dem Regierungsrat allerdings nur folgendes Rechtsbegehren (vgl. Antrag Nr. 1) von Bedeutung ist: Die Abstimmung über die Wegführung für eine künftige Erweiterung der Seeuferpromenade sei zu wiederholen, unter der klaren rechtlichen Voraussetzung, dass das 1975 vereinbarte Wegrecht nach wie vor seine volle Gültigkeit habe, da der vom Gemeinderat erklärte Rechtsverzicht ungültig gewesen sei.

Zur Begründung wird sinngemäss ausgeführt, die Stimmberechtigten seien vom Gemeinderat irreführt worden. Hätten diese gewusst, dass das fragliche Wegrecht – entgegen der unrichtigen Behauptung des Gemeindepräsidenten – nach wie vor bestehe, wäre das Ergebnis der angefochtenen Abstimmung mit grosser Wahrscheinlichkeit anders ausgefallen.

Ferner erhob D. K. namens der SVP Risch-Rotkreuz, mit Eingabe vom 7. Dezember 1998 Aufsichtsbeschwerde bei der Direktion des Innern des Kantons Zug mit folgenden Anträgen:

1. Es sei an der nächsten Gemeindeversammlung das Traktandum 5c, Strandbad Buonas und Erweiterung der Seeuferpromenade erneut zu traktandieren. Alle diesbezüglich vergründbuchten Dienstbarkeits- und Schenkungsverträge vom 3. Januar 1975 seien dann in der Gemeindevorlage zu veröffentlichen.
2. Es sei der Schenkungsvertrag der GBP Nr. 398 über 9719 m² Land, publiziert im Infoblatt «Gmeind Risch» vom 3. April 1996, in der nächsten Gemeindevorlage zu veröffentlichen mit einem Situationsplan über die offizielle Zugangsmöglichkeit für die allgemeine Bevölkerung.
3. Es seien die längst fälligen obgenannten Dienstbarkeitsverträge im Wortlaut einzuhalten und deren Umsetzung voranzutreiben.

Zur Begründung lässt die SVP Risch-Rotkreuz vortragen, nach eingehender Überprüfung der Sachlage auf dem Grundbuchamt sei festgestellt worden, dass die Ausführungen des Gemeindepräsidenten bezüglich Traktandum 5c absolut nicht den Tatsachen entsprechen. Mit irreführenden Angaben sei die Volksmeinung in Bezug auf die Übernahme des Seebades Buonas und die Weiterführung der Seeuferpromenade manipuliert worden. Somit sei die Konsultativabstimmung über die Wegführung gegenstandslos, da sie auf falschen Darstellungen durch den Gemeindepräsidenten basiere.

Mit Schreiben vom 16. Dezember 1998 liess die SVP Risch-Rotkreuz ausdrücklich wissen, dass sie nur Aufsichtsbeschwerde führen wolle, und nicht Beschwerde gegen einen Gemeindebeschluss.

Erwägungen:

A. Erwägungen des Beschwerdeentscheides

1. Gemäss § 17 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden vom 4. September 1980 (Gemeindengesetz, GG; BGS 171.1) sowie nach § 49 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (VRG; BGS 162.1) können Gemeindeversammlungsbeschlüsse und Beschlüsse des Grossen Gemeinderates durch Beschwerde beim Regierungsrat angefochten werden. Gemäss § 49 Abs. 2 VRG kommen dabei die Vorschriften über die Verwaltungsbeschwerde sinngemäss zur Anwendung mit folgenden für die Eintretensfrage massgeblichen Abweichungen: Die Beschwerdefrist beträgt acht Tage, und der Fristenlauf beginnt bei Gemeindeversammlungsbeschlüssen mit dem auf den Beschluss folgenden Tag (Ziff. 1). Ausser den in ihrer Rechtsstellung unmittelbar Betroffenen ist jeder Aktivbürger zur Beschwerde befugt (Ziff. 2).

2. a) Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen eine Konsultativabstimmung, die im Rahmen einer Gemeindeversammlung durchgeführt wurde. Der Gemeinderat Risch vertritt hierzu die Auffassung, eine Konsultativabstimmung führe nicht zu einem Entscheid, in welchem Rechte oder

Pflichten hoheitlich und verbindlich geregelt würden. Es fehle deshalb einer solchen Abstimmung an den Eigenschaften eines Gemeindeversammlungsbeschlusses im Sinne von § 17 Abs. 1 GG bzw. von § 49 Abs. 1 VRG. Gegen Konsultativabstimmungen könne daher die Beschwerde gegen Gemeindebeschlüsse nicht ergriffen werden, weshalb auf die Eingabe der Beschwerdeführer nicht einzutreten sei. Ob diese Rechtsauffassung zutrifft, ist im Folgenden zu prüfen.

b) Nach § 82 Abs. 1 GG kann der Gemeinderat über Grundsatzfragen Konsultativabstimmungen an der Gemeindeversammlung durchführen. An das Ergebnis sind weder die Stimmberechtigten noch die Behörden gebunden (Abs. 2). Konsultativabstimmungen sind somit rechtlich unverbindlich. Die mangelnde rechtliche Verbindlichkeit spricht an sich gegen die Anfechtbarkeit eines entsprechenden Beschlusses (vgl. für das zürcherische Recht H.R. Thalman, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, 2. Auflage, Wädenswil 1991, § 151 N 2.1). Immerhin wies der Regierungsrat aber im seinerzeitigen Bericht und Antrag an den Kantonsrat (vgl. Kantonsratsvorlage Nr. 4263 vom 12. Januar 1979, S. 45 f.) auf die politische Bedeutung hin, die eine solche Konsultativabstimmung haben könne. Auch ergeben sich aus den Gesetzesmaterialien keine Hinweise darauf, dass der zugerische Gesetzgeber die Anfechtbarkeit von Konsultativabstimmungen hätte einschränken oder ausschliessen wollen.

c) Im Gegensatz zur Verwaltungsbeschwerde gemäss §§ 39 ff. VRG sind Gegenstand der Beschwerde nach § 17 Abs. 1 GG und § 49 VRG nicht Entschiede im Sinne von § 4 VRG, sondern vielmehr Gemeindeversammlungsbeschlüsse (vgl. Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Diss. Zürich 1983, S. 191 f.). Damit ist der Kreis der zulässigen Anfechtungsobjekte bei der Beschwerde gegen Gemeindebeschlüsse weiter gefasst als bei der eigentlichen Verwaltungsbeschwerde. Dies zeigt sich namentlich auch darin, dass mit der Gemeindebeschwerde beispielsweise auch Rechtsetzungsakte, verfahrensrechtliche Beschlüsse und Beschlüsse rein gemeindeinterner, organisatorischer Natur angefochten werden können (vgl. hierzu H.R. Thalman, a.a.O. § 151 N 2 sowie Simon Andreas Trippel, Gemeindebeschwerde und Gemeinderekurs im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1988, S. 64 ff.). Daraus und aus dem offenen Wortlaut der fraglichen Vorschriften ist zu schliessen, dass der Beschwerde gegen Gemeindebeschlüsse ein weites Anwendungsgebiet zukommt. Unter diesen Umständen erweist sich die vom Gemeinderat vorgenommene Auslegung der §§ 17 Abs. 1 GG und 49 VRG jedenfalls als zu eng.

d) Innerkantonal kommt der Gemeindebeschwerde unter anderem dieselbe Rechtsschutzfunktion zu wie auf Bundesebene der Stimmrechtsbeschwerde an das Bundesgericht nach Art. 85 Bst. a des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG; SR 173.110). Es erscheint deshalb als angezeigt, die Art. 85 Bst. a OG - betreffende Rechtsprechung des

Bundesgerichts ebenfalls auf die Gemeindebeschwerde nach kantonalem Recht anzuwenden. Eine solche analoge Anwendung drängt sich geradezu auch deshalb auf, weil andernfalls die Gefahr bestünde, dass – infolge Fehlens eines Rechtsmittels auf kantonaler Stufe – gegen einen gemeindlichen Akt unmittelbar staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht geführt werden müsste. Eine solche Lösung wäre wenig sinnvoll und ist deshalb unter allen Umständen zu vermeiden.

e) Nach Art. 85 Bst. a OG beurteilt das Bundesgericht Beschwerden betreffend die politische Stimmberechtigung der Bürgerinnen und Bürger und betreffend kantonale Wahlen und Abstimmungen. Als kantonal im Sinne dieser Bestimmung gelten neben den Wahlen und Abstimmungen auf kantonaler Ebene auch jene in den Gemeinden (vgl. BGE 120 Ia 196 E. Ia, mit Hinweisen). In einem Fall, der eine Konsultativabstimmung über den Standort einer Schiessanlage zum Gegenstand hatte, äusserte sich das Bundesgericht zur Frage nach der Zulässigkeit der Stimmrechtsbeschwerde wie folgt (vgl. zum Ganzen: BGE 104 Ia 228 f. E. Ia): «Im vorliegenden Fall ist vorab zu prüfen, ob es sich bei der streitigen Volksbefragung überhaupt um eine Abstimmung handelt, die gemäss Art. 85 lit. a OG mit Stimmrechtsbeschwerde angefochten werden kann, oder ob es an einem tauglichen Beschwerdegegenstand fehlt. Zweifel mögen sich daraus ergeben, dass die ... durchgeführte Konsultativabstimmung keinen rechtlich verbindlichen Entscheid der Stimmbürger bewirkte, sondern im Hinblick auf die vorzubereitende Kreditvorlage lediglich Aufschluss darüber geben sollte, welchem von drei möglichen Schiessplatz-Standorten die Stimmbürger den Vorzug einräumten. Aus diesem Umstand lässt sich jedoch nicht ableiten, dass die in Art. 85 lit. a OG vorgesehene Beschwerde nicht ergriffen werden könne. Es trifft zwar zu, dass eine Volksabstimmung, die nicht zu einem die Behörden rechtlich bindenden Entscheid führt, gewisse Merkmale einer blossen Meinungsumfrage trägt, und es steht ausser Zweifel, dass die Stimmrechtsbeschwerde nicht gegeben ist, um die Anordnung, das Verfahren oder das Ergebnis einer formlosen Umfrage anzufechten, die im Stichprobefahren oder anderswie, z.B. aufgrund einer Fragebogenaktion oder mittels Zeitungstalons, durchgeführt worden ist. Von einer solchen Befragung unterscheidet sich eine eigentliche Konsultativabstimmung aber dadurch, dass sie in den spezifischen äusseren Formen des Abstimmungsverfahrens erfolgt und dass zur Teilnahme daran die Gesamtheit der Stimmbürger aufgerufen ist. Die Stimmbürger geben in öffentlicher Funktion ihrem Willen Ausdruck, und die Konsultativabstimmung ist dazu bestimmt, die Meinung des Souveräns autoritativ festzulegen. Selbst wenn sie nicht zu einem rechtlich verbindlichen Entscheid führt, kommt ihr doch eine faktische Verbindlichkeit und eine Bedeutung für die Behörden zu, die mit jener einer formlosen Umfrage nicht vergleichbar ist. Wird eine konsultative Volksbefragung in den spezifischen Formen des Abstimmungsverfahrens durchgeführt, so muss dem Stimmbürger deshalb ein Anspruch darauf zustehen, dass die Abstimmung

rechtmässig erfolgt und der politische Wille der Stimmberechtigten unverfälscht zum Ausdruck kommt. Eine derartige Volksbefragung ist daher als Abstimmung im Sinne von Art. 85 lit. a OG zu betrachten, was zur Folge hat, dass sie der Anfechtung mittels der Stimmrechtsbeschwerde unterliegt.» Dieser Entscheid ist in der Literatur unangefochten geblieben; teilweise hat er ausdrückliche Zustimmung gefunden (vgl. Jörg Paul Müller, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, Bern 1991, S. 384 f.; Walter Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, zweite Auflage, Bern 1994, S. 152 oben; Christoph Hiller, Die Stimmrechtsbeschwerde, Diss. Zürich 1990, S. 185 f.; Regine Sträuli, Die konsultative Volksabstimmung in der Schweiz, Diss. Zürich 1982, S. 161 ff. sowie Alexander Ruch in ZBI 80/1979, S. 345 je mit Hinweisen).

f) Entsprechend der vorstehend unter Bst. d gezogenen Schlussfolgerung muss somit eine Konsultativabstimmung grundsätzlich dann mittels Gemeindebeschwerde im Sinne von § 17 Abs. 1 GG und § 49 VRG angefochten werden können, wenn sie an der Gemeindeversammlung und in den spezifischen Formen des Abstimmungsverfahrens durchgeführt worden ist. Dies ist vorliegend der Fall. Die von den Beschwerdeführern erhobene Beschwerde erweist sich demzufolge als grundsätzlich zulässig.

3. a) Zur Eintretensfrage führt der Gemeinderat im Weiteren aus, auf die Beschwerde könne selbst dann nicht eingetreten werden, wenn die angefochtene Konsultativabstimmung grundsätzlich anfechtbar sein würde. Die Beschwerdeführer hätten es nämlich versäumt, die von ihnen behaupteten Verfahrensmängel noch an der Gemeindeversammlung selber zu rügen. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben hätten sie dadurch ihr Anfechtungsrecht verwirkt.

b) Aus dem Gemeindeversammlungsprotokoll ergibt sich indessen, dass die von den Beschwerdeführern behauptete angeblich falsche Information seitens des Gemeinderates noch vor Durchführung der Abstimmung in verschiedenen Wortmeldungen gerügt worden war. So hatte sich der Stimmbürger A hierzu wie folgt geäußert (vgl. Protokoll der Einwohnergemeindeversammlung Risch vom 1. Dezember 1998, S. 9): «Herr A. verlangt das Wort: Er stellt Fragen betreffend der rechtlichen Ausführungen zum plötzlichen Untergang des Servituts. 1975 wurde anscheinend ein Dienstbarkeitsvertrag ausgehandelt und seither ist ein Verzicht durch den Gemeinderat erfolgt, der allerdings nicht gültig war. Es handelt sich dabei um einen nicht rechtsgültigen Verzicht, was bedeutet, dass das Recht noch besteht. Warum wird also nicht von dieser Situation ausgegangen?» und «Herr von Rohr interveniert und meint, dass die Ausgangslage eine andere ist, wenn man das Recht auf seiner Seite hat. So stimmen wir ab, als hätten wir dies nicht. Mit diesen Wortmeldungen wurde der zur vorliegenden Beschwerde Anlass gebende angebliche Verfahrensmangel klar und unmissverständlich beanstandet. Damit ist aber das Erfordernis der sofortigen Rüge des Verfahrensmangels noch

an der Gemeindeversammlung erfüllt. Nicht ins Gewicht fällt der Umstand, dass die Rüge nicht von den späteren Beschwerdeführern selber erhoben wurde, sondern von einem anderen Versammlungsteilnehmer (bei dem es sich allerdings um den Sohn von Beschwerdeführer von A.R. handelt); so ist allein entscheidend, dass die Versammlungsleitung auf den Mangel aufmerksam gemacht wurde und damit Gelegenheit erhielt, diesen noch an der Versammlung selber zu beheben (vgl. H.R. Thalman, a.a.O., § 151 N 4.2.1.2). Auch wird nicht vorausgesetzt, dass das später ergriffene Rechtsmittel bereits an der Versammlung ausdrücklich angedroht worden ist (vgl. H.R. Thalman, a.a.O., § 151 N 4.2.1.2). Bei dieser Sach- und Rechtslage erweist sich die vom Gemeinderat vorgetragene Einwendung, die mit der Beschwerde erhobene Rüge sei verspätet, als unzutreffend.

4. Die übrigen Eintretensvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt. So ist die Beschwerdefrist gewahrt: Die angefochtene Konsultativabstimmung fand am 1. Dezember 1998 statt. Die achttägige Beschwerdefrist begann folglich am 2. Dezember 1998 zu laufen und endigte am 9. Dezember 1998. Mit Postaufgabe am 5. Dezember 1998 erweist sich die Beschwerde daher als rechtzeitig. Adressat der Beschwerdeschrift ist der Gemeinderat; die Beschwerde wird damit zwar bei einer unzuständigen Instanz erhoben. Dies schadet den Beschwerdeführern indessen nicht, weil die Eingabe gestützt auf § 7 Abs. 1 VRG von Amtes wegen an den für die Beschwerdebehandlung zuständigen Regierungsrat weiterzuleiten war. Schliesslich sind die Beschwerdeführer in der Einwohnergemeinde Risch stimmberechtigt und in dieser Eigenschaft zur Beschwerdeerhebung befugt. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

II.

1. Gemäss § 49 Abs. 2 Ziff. 3 VRG können Gemeindebeschlüsse nur wegen Rechtsverletzung angefochten werden. Keinen Beschwerdegrund stellt dagegen die Unzweckmässigkeit bzw. die blossе Unangemessenheit eines Beschlusses dar (vgl. Marco Weiss, a.a.O., S. 193). Hinsichtlich seines Inhalts ist ein Gemeindebeschluss rechtsverletzend, wenn er gegen materielles eidgenössisches oder kantonales Recht verstösst oder wenn ihm gemeindliche Gesetze und Verordnungen entgegenstehen, es sei denn, er ändere das bestehende kommunale Recht in dem dafür vorgesehenen Verfahren ab (vgl. Marco Weiss, a.a.O., S. 193). Ein Gemeindeversammlungsbeschluss kann jedoch nicht nur wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit angefochten werden, sondern auch wegen formellrechtlicher Mängel des zum Beschluss führenden Verfahrens (vgl. Marco Weiss, a.a.O., S. 193).

2. a) Die bei Volksabstimmungen zu beachtenden Verfahrensregeln sollen die politischen Rechte der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger schützen. Diese Rechte werden durch einen entsprechenden verfassungsmässigen Anspruch gewährleistet, weichen das Bundesgericht aus Art. 5 der Bundes-

verfassung ableitet (vgl. Blaise Knapp in Kommentar BV, Art. 5 Rz. 60 ff.). Unter diesem bundesverfassungsrechtlichen Schutz steht sowohl die Ausübung der politischen Rechte auf kantonaler Ebene als auch diejenige auf Stufe Gemeinde (vgl. Jörg Paul Müller, a.a.O., S. 380; Blaise Knapp, a.a.O., Art. 5 Rz. 76). Verfassungsrechtlich geschützt sind die politischen Rechte der Stimmberechtigten somit auch bei Volksabstimmungen, die – wie vorliegend geschehen – im Rahmen einer Gemeindeversammlung durchgeführt werden.

b) Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts räumt das vom Verfassungsrecht des Bundes gewährleistete Stimm- und Wahlrecht der Bürgerin bzw. dem Bürger allgemein einen Anspruch darauf ein, dass kein Abstimmungs- oder Wahlergebnis anerkannt wird, das nicht den freien Willen der Stimmberechtigten zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt. Es soll garantiert werden, dass jede Stimmbürgerin und jeder Stimmbürger ihren bzw. seinen Entscheid gestützt auf einen möglichst freien und umfassenden Prozess der Meinungsbildung treffen und entsprechend mit ihrer bzw. seiner Stimme zum Ausdruck bringen kann. Auf diese Grundsätze, welche auch als Wahl- und Abstimmungsfreiheit bezeichnet werden, hat das Bundesgericht eine Reihe von Prinzipien abgestützt. So werden auf die Wahl- und Abstimmungsfreiheit zurückgeführt etwa die Ansprüche auf richtige Zusammensetzung der Aktivbürgerschaft, auf Wahrung der Einheit der Materie, auf korrekte Formulierung der Abstimmungsfragen, auf rechtmässige Durchführung von Wahlen und Abstimmungen und korrekte und zurückhaltende behördliche sowie private Informationen im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen. (Vgl. zum Ganzen BGE 121 I 141 f. E. 3 mit zahlreichen Hinweisen).

c) Die Beschwerdeführer bringen in dieser Hinsicht vor, der Gemeinderat habe in seiner Vorlage an die Stimmberechtigten die Existenz eines für die Erweiterung der Seeuferpromenade wichtigen Wegrechts verschwiegen; und an der Gemeindeversammlung habe der Gemeindepräsident sogar wahrheitswidrig erklärt, die fragliche Dienstbarkeit sei durch Verzichtserklärung seitens des Gemeinderates untergegangen. Die Beschwerdeführer machen damit sinngemäss geltend, die behördlichen Informationen seien unvollständig bzw. unrichtig gewesen und hätten damit zu einer fehlerhaften Willensbildung der Stimmberechtigten geführt. Wie es sich tatsächlich mit dem Bestand des fraglichen öffentlichen Begehungs- und Benützungrechts verhält, ist unsicher. Während der Gemeinderat und die betroffenen Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer die Auffassung vertreten, das Recht sei untergegangen, gehen die Beschwerdeführer von dessen Weitergeltung aus. Zum letzterwähnten Schluss gelangt auch ein vom Gemeinderat im Anschluss an die vorliegende Beschwerde in Auftrag gegebenes Rechtsgutachten (vgl. Gutachten des Büros Delwing/Kohli/Windlin vom 25. Februar 1999, S. 5 ff.). Unter diesen Umständen fällt die Antwort auf die Frage nach dem Fortbestand der streitigen Dienstbarkeit nicht eindeutig aus; eine endgültige Klärung der Rechtslage würde erst ein rechtskräftiges Urteil eines Zivilgerichts bringen.

d) In dem der Versammlungsteilnehmer A.R. die Schlussfolgerungen des Gemeindepräsidenten aus der seinerzeitigen Verzichtserklärung des Gemeinderates mit klarer Begründung in Abrede stellte, mussten sich die Versammlungsteilnehmerinnen und -teilnehmer der bestehenden Unsicherheit bewusst werden; dies nicht zuletzt deshalb, weil die entsprechenden Ausführungen von A.R. unwidersprochen blieben. Diese Unsicherheit fand im Übrigen auch Ausdruck in den Voten von K. (Gemeindeversammlungsprotokoll, S. 6 f.), von R. (Protokoll, S. 7) sowie der Beschwerdeführerin M. D. (Protokoll, S. 10). Abgesehen davon ging es bei der vorliegenden Fragestellung nicht um Tatsachen, die bereits eingetreten waren und die deshalb eine schlüssige Beurteilung der gemeinderätlichen Informationen als richtig oder als falsch erlaubt hätten. Vielmehr bestanden noch offene Rechtsfragen, deren Beantwortung in der Zukunft liegt und naturgemäss mit erheblichen Unsicherheiten behaftet ist. Aufgrund der kontroversen Diskussion in der Gemeindeversammlung waren sich dessen aber auch die Versammlungsteilnehmerinnen und Teilnehmer bewusst. Somit könnte selbst dann nicht von einer mangelhaften Willensbildung der Stimmberechtigten gesprochen werden, wenn die fraglichen Informationen des Gemeinderates tatsächlich unvollständig oder unrichtig gewesen sein sollten und sich ein solcher Mangel grundsätzlich geeignet hätte, Auswirkungen auf das Abstimmungsergebnis zu entfalten. Unter diesen Umständen ist aber davon auszugehen, dass das Ergebnis der angefochtenen Konsultativabstimmung den freien Willen der Stimmberechtigten zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt. Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

3. Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass es sich bei einer Konsultativabstimmung, die an der Gemeindeversammlung und in der für Abstimmungen vorgesehenen Form durchgeführt wird, um einen Gemeindebeschluss im Sinne von § 17 Abs. 1 GG bzw. von § 49 VRG handelt. Eine solche Konsultativabstimmung ist demzufolge mittels Beschwerde gegen Gemeindebeschlüsse anfechtbar. Vorliegend zeigt sich, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen für eine geplante Erweiterung der Seeuferpromenade von Buonas umstritten sind. Die damit verbundene Unsicherheit ist den Versammlungsteilnehmerinnen und -teilnehmern durch die kontroverse Diskussion an der Versammlung ausreichend bewusst geworden. Von einer fehlerhaften Willensbildung der Stimmberechtigten kann bei dieser Sachlage nicht gesprochen werden. Unter diesen Umständen ist die angefochtene Konsultativabstimmung über verschiedene Varianten für eine Fortsetzung der bestehenden Seeuferpromenade nicht zu beanstanden. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.- Bei diesem Ausgang des Verfahrens hätten die Beschwerdeführer die Kosten zu tragen (vgl. § 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG). Nach § 25 VRG können jedoch in besonderen Fällen, vorab wenn die Parteien an einer Streitsache nicht wirtschaftlich interessiert sind oder wenn das öffentliche Interesse an der Abklärung einer Streitfrage es rechtfertigt, die Kosten herabgesetzt oder ganz erlassen wer-

den. Vorliegend ist sowohl das eine wie auch das andere der Fall. Auf die Erhebung einer Spruchgebühr ist daher zu verzichten. Die Zusprechung einer Parteientschädigung fällt ausser Betracht; an die Beschwerdeführer deshalb, weil sie im vorliegenden Verfahren unterlegen sind (vgl. § 28 Abs. 2 VRG e contrario) und an die Einwohnergemeinde Risch deshalb, weil sie in Ausübung ihrer obrigkeitlichen Funktion und nicht als Partei mit gegensätzlichen Interessen am Verfahren beteiligt ist (vgl. § 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG; GVP 1981/82, S. 114).

B. Erwägungen des Aufsichtsbeschwerdeentscheides

I.

1. Gemäss § 52 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG; BGS 162.1) kann jedermann die Aufsichtsbehörde über Tatsachen in Kenntnis setzen, die ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde gegen eine untere Verwaltungsbehörde von Amtes wegen erfordern. Der Anzeiger hat nicht die Rechte einer Partei, und eine Pflicht zur Begründung von aufsichtsrechtlichen Entscheiden besteht nicht (Abs. 2 und 4). Die Art der Erledigung ist dem Anzeiger jedoch mitzuteilen (Abs. 3). Eine Beschwerdefrist braucht nicht eingehalten zu werden (vgl. Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Diss. Zürich 1983, S. 76). Ebensovienig muss eine anfechtbare Verfügung vorliegen (vgl. Marco Weiss, a.a.O.; Imboden/Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1990, Nr. 145 B IIb; Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage, Zürich 1998, Rz. 1428).

2. Mit Eingabe vom 16. Dezember 1998 liess die SVP Risch-Rotkreuz ausdrücklich erklären, sie wolle lediglich Aufsichtsbeschwerde führen, und nicht Beschwerde gegen Gemeindebeschlüsse. Die Aufsichtsbeschwerde hat jedoch insofern subsidiären Charakter, als eine aufsichtsrechtliche Anzeige dann nicht an die Hand zu nehmen ist, wenn der anzeigenden Person ein förmliches Rechtsmittel zur Wahrung ihrer Rechte zur Verfügung steht, und es ihr zugemutet werden kann, dieses Rechtsmittel zu ergreifen (vgl. Marco Weiss, a.a.O., S. 77). Als zumutbar erscheint die Ergreifung eines förmlichen Rechtsmittels in denjenigen Fällen, in denen nicht in erster Linie öffentliche Interessen auf dem Spiel stehen, sondern vielmehr die privaten Interessen der Anzeigerin oder des Anzeigers (vgl. GVP 1985186, S. 206 f.). Vorliegend trifft dies jedoch nicht zu. Die eingereichte Aufsichtsbeschwerde hat denn auch vor allem die Wahrung der im öffentlichen Interesse liegenden politischen Rechte zum Gegenstand; private Interessen an der Beschwerdeführung sind demgegenüber keine zu erkennen. Damit braucht die Frage nicht geprüft zu werden, ob gegen die streitige Konsultativabstimmung auch hätte Beschwerde gegen Gemeindebeschlüsse im Sinne von § 17 Abs. 1 des Geset-

zes über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden vom 4. September 1980 (GG; BGS 171.1) bzw. im Sinne von § 49 VRG erhoben werden können.

3. Nach § 52 Abs. 1 VRG ist Aufsichtsbeschwerde bei der Aufsichtsbehörde zu führen. Die SVP Risch-Rotkreuz rügt mittels Aufsichtsbeschwerde ein angebliches Fehlverhalten des Gemeindepräsidenten anlässlich der Gemeindeversammlung vom 1. Dezember 1998. Der Gemeindepräsident erläuterte der Versammlung das streitige Versammlungsgeschäft als Vertreter des Gemeinderates. Da der Gemeinderat die oberste Exekutiv- bzw. Verwaltungsbehörde einer Einwohnergemeinde ist, besteht im vorliegenden Fall keine Aufsichtsbehörde auf kommunaler Ebene. In solchen Fällen muss deshalb die Verbandsaufsicht des Kantons über die Gemeinden zum Tragen kommen. Dementsprechend unterstehen die Gemeinden nach §§ 33 ff. GG der Aufsicht des Kantons. Diese Aufsicht steht dem Regierungsrat zu (vgl. § 33 Abs. 1 GG) und wird von der Direktion des Innern ausgeübt, sofern keine andere Direktion dafür zuständig ist (Abs. 2). Die Zuständigkeit für die Behandlung der vorliegenden Eingabe liegt folglich beim Regierungsrat. Die Aufsichtsbeschwerde der SVP Risch-Rotkreuz ist somit an die Hand zu nehmen.

II.

1. Gemäss § 37 GG mahnt der Regierungsrat den Gemeinderat, Abhilfe zu schaffen, wenn er einen Missstand in der Gemeindeverwaltung oder eine Vernachlässigung öffentlicher Aufgaben feststellt. Mit anderen Worten besteht für die Aufsichtsbehörde nur – aber immerhin – dann ein Handlungsbedarf, wenn sie erhebliche Mängel bei der Verwaltung der Gemeinde bzw. eine Vernachlässigung öffentlicher Aufgaben erkennt. Dies wiederum bedeutet, dass einer Aufsichtsbeschwerde – entsprechend der Funktion des Aufsichtsrechts und mit Rücksicht auf die Autonomie der Gemeinden – nur Folge zu geben ist bei Verletzung klaren materiellen Rechts, bei Missachtung wesentlicher Verfahrensgrundsätze oder bei Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen (vgl. H.R. Thalmann, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, 2. Auflage, Wädenswil 1991, Vorb. §§ 141–150 N 8.5 vgl. für das zugehörige Recht auch Marco Weiss, a.a.O., S. 76). Demgegenüber steht der Aufsichtsbehörde keine umfassende Prüfungsbefugnis zu. Insbesondere genügt es für ein aufsichtsrechtliches Einschreiten nicht, dass die Aufsichtsbehörde gegenüber einer mit guten Gründen vertretbaren Rechtsauffassung der Gemeindeorgane einer andern Auslegung des Gesetzes den Vorzug geben würde oder vom Tatbestandsermessen einen abweichenden Gebrauch machen möchte (vgl. H.R. Thalmann, a.a.O.).

2. Vorliegend rügt die SVP Risch-Rotkreuz, der Gemeinderat bzw. der Gemeindepräsident als dessen Sprecher habe die Versammlungsteilnehmerinnen und -teilnehmer irregeführt, indem er falsche Angaben über den Fortbestand bzw. den Untergang eines für die Verlängerung der Seeuferpro-

menade wichtigen öffentlichen Begehungs- und Benützungsrechts gemacht habe. Wie es sich tatsächlich mit dem Bestand der fraglichen Grunddienstbarkeit verhält, ist unsicher. Während der Gemeinderat und die betroffenen Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer die Auffassung vertreten, das Recht sei untergegangen, gehen die SVP Risch-Rotkreuz und verschiedene Versammlungsteilnehmerinnen und Versammlungsteilnehmer von dessen Weitergeltung aus. Zum letzterwähnten Schluss gelangt auch ein vom Gemeinderat im Anschluss an eine Beschwerde in Auftrag gegebenes Rechtsgutachten (vgl. Gutachten des Büros Delwing/Kohli/Windlin vom 25. Februar 1999, S. 5 ff.). Unter diesen Umständen liess sich die Frage nach dem Fortbestand der streitigen Dienstbarkeit an der Gemeindeversammlung nicht eindeutig und abschliessend beantworten; eine endgültige Klärung der Rechtslage würde erst ein rechtskräftiges Urteil eines Zivilgerichts bringen. Mit anderen Worten ging es bei der vorliegenden Fragestellung nicht um Tatsachen, die bereits eingetreten waren und die deshalb eine schlüssige Beurteilung der gemeinderätlichen Informationen als richtig oder als falsch erlaubt hätten. Vielmehr bestanden noch offene Rechtsfragen, deren Beantwortung in der Zukunft liegt und naturgemäss mit erheblichen Unsicherheiten behaftet ist. Unter diesen Umständen können die Ausführungen des Gemeindepräsidenten vor der Versammlung nicht als falsch oder irreführend bezeichnet werden. Damit kann aber auch keine Rede sein von einer Verletzung klaren materiellen Rechts, einer Missachtung wesentlicher Verfahrensgrundsätze oder einer Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen seitens des Gemeinderates. Der Aufsichtsbeschwerde der SVP Risch-Rotkreuz ist deshalb keine Folge zu geben.

Zwei Regierungsratsbeschlüsse vom 31. August 1999

II. Zivilrecht

1. Personenrecht

Art. 84 ZGB. – Stiftungsaufsicht: Limitierte Verlängerung der gemäss Urkunde zeitlich begrenzten Dauer der Stiftungstätigkeit. Das Interesse an der Weiterführung überwiegt den formellen Mangel des verspätet eingereichten Verlängerungsgesuches.

Aus den Erwägungen:

.....

C. Gemäss Art. 3 der Stiftungsurkunde wurde die Stiftung ausdrücklich auf die Dauer von vier Jahren errichtet und wird anschliessend unter Beachtung der entsprechenden Vorschriften von Art. 21 der Urkunde aufgelöst. Der Stiftungsrat kann jedoch bis spätestens drei Monate vor Ablauf der festen Dauer entscheiden, dass die bestehende Stiftung, unter dem Vorbehalt der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde, auf bestimmte oder unbestimmte Dauer weitergeführt wird.

.....

E. Nachdem die Stiftung Ende April 1995 ins Handelsregister eingetragen worden ist, hat der Stiftungsrat die in Art. 3 der Stiftungsurkunde vorgesehene Frist von drei Monaten vor Ablauf der festen Dauer für die Beschlussfassung über die Weiterführung formell zwar nicht eingehalten, doch wiegt im vorliegenden Fall das Interesse an der Erfüllung des Stiftungszweckes, nämlich der Realisierung der beiden noch laufenden Projekte, wesentlich schwerer als der rein formelle Mangel der Beschlussfassung. Dem Gesuch des Stiftungsrates um die bis Ende Juni 2000 befristete Weiterführung der Stiftung ist somit zu entsprechen.

Regierungsrat, 29. Juni 1999

2. Familienrecht

Art. 367 Abs. 3, 421 Ziff. 1. – Dingliche Belastung eines Grundstückes einer Erbengemeinschaft mit Beteiligung einer Verbeiständeten; stellvertretende Genehmigung durch den Regierungsrat infolge potentiellen Interessenskonfliktes der Vormundschaftsbehörde

Aus den Erwägungen:

.....

D. Es handelt sich vorliegend um eine dingliche Belastung eines Grundstückes im Sinne von Art. 421 Ziff. 1 ZGB. Diese Bestimmung ist nach Art.

367 Abs. 2 ZGB auch anwendbar auf die Vertretungsbeistandschaft (Honsell/Vogt/Geiser, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I/2, Art. 360.456 ZGB, N 7 zu Art. 421/422; Egger, Zürcher Kommentar zum ZGB, Zürich 1948, N 4 zu Art. 421).

Da es sich vorliegend nicht um ein selbständiges und dauerndes Bau-recht, mithin nicht um ein Grundstück handelt, hat sich der Regierungsrat nicht unter dem Gesichtspunkt des Freihandverkaufs nach Art. 404 Abs. 3 ZGB damit zu befassen. Er hat dies indessen unter folgendem Aspekt zu tun: Der Gemeinderat X. befindet sich in einer potentiellen Interessenkollisionslage, da er gleichzeitig als Vertragspartei auftritt und als Vormund-schaftsbehörde zu amten hätte. Dieser Situation kann mit einer Genehmi-gung durch den Regierungsrat, stellvertretend für den Gemeinderat als Vor-mundschaftsbehörde, begegnet werden (RRB vom 1. Februar 1994 in GVP 1993/94, mit Hinweis auf Schnyder/Murer, Berner Kommentar zum ZGB, Bern 1982, N 66 zu Art. 361). Die Genehmigung muss sich allerdings auf Art. 421 Ziff. 1 ZGB stützen.

Der Regierungsrat hat, stellvertretend für den Gemeinderat X., zu prüfen, ob der Abschluss des Dienstbarkeitsvertrages im Interesse der Verbeiständeten liegt. Wenn die Erstellung der Schmutzwasserleitung durch die Einwoh-nergemeinde X. im eigenen Interesse der Erbgemeinschaft für eine Über-bauung ihres Landes unabdingbar ist, steht einer Genehmigung des Dienstbarkeitsvertrages unter dem Aspekt des Interessenschutzes der Ver-beiständeten nichts entgegen, zumal – wie der Gemeinderat X. richtig aus-führt – die Interessen der Verbeiständeten gegenüber denjenigen der gesam-ten Erbgemeinschaft und damit der beiden andern Miterben, welche den Vertrag vorbehaltlos unterzeichnet haben, zu relativieren sind. Zudem wird die Einräumung des Baurechts entschädigt. Einer Genehmigung des Bau-rechts steht daher nichts entgegen.

Regierungsrat, 10. August 1999

Art. 264 ZGB; Art. 4 Abs. 1, 8a Abs. 1 Verordnung über die Aufnahme von Pfl-egekindern vom 19. Oktober 1977 (PAVO, SR 211.222.339); § 3 Bst. a Ver-ordnung über das Pflegekinderwesen vom 7. Mai 1985 (PVO, BGS 213.41); Art. 75 Abs. 1, 77 Abs. 1 und 2 Bundesgesetz über das Internationale Privat-recht vom 18. Dezember 1987 (IPRG, SR 291). – Vorläufige Bewilligung zur Aufnahme eines ausländischen Kindes zur späteren Adoption. – Es muss bereits bei der Erteilung der vorläufigen Bewilligung sorgfältig geprüft wer-den, ob aufgrund der heute bekannten Sachlage einer späteren Adoption grundsätzlich zugestimmt werden könnte (E. 1). – Ein türkisches Ehepaar, welches in der Schweiz lebt, kann ein türkisches Kind nicht nach schweizeri-schem sondern nur nach türkischem Recht adoptieren. Da die Beschwerde-

führenden nunmehr ein Kind in der Türkei nach türkischem Recht adoptieren wollen, erübrigt sich eine vorläufige Bewilligung zur Aufnahme eines ausländischen Kindes zur späteren Adoption. (E. 2).

Aus den Erwägungen:

1 Angefochten wird der Entscheid der Vormundschaftsbehörde X. den Beschwerdeführenden die vorläufige Bewilligung zur Aufnahme eines ausländischen Kindes zur späteren Adoption zu verweigern. Gemäss Art. 264 ZGB darf ein Kind adoptiert werden, wenn ihm die zukünftigen Adoptiveltern während wenigstens zwei Jahren Pflege und Erziehung erwiesen haben und nach den gesamten Umständen zu erwarten ist, die Begründung eines Kindesverhältnisses diene seinem Wohl. Für die Begründung des Pflegeverhältnisses ist eine Bewilligung der Vormundschaftsbehörde erforderlich (Art. 4 Abs. 1 der Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern vom 19. Oktober 1977; PAVO, SR 211.222.338 i.V.m. § 3 lit. a Verordnung über das Pflegekinderwesen vom 7. Mai 1985, Pflegekinderverordnung, (PVO, BGS 213.41). Ist das ausländische Kind, das adoptiert werden soll, noch nicht bekannt, wie dies vorliegend der Fall ist, kann eine vorläufige Bewilligung erteilt werden, sofern die Voraussetzungen dafür erfüllt sind (Art. 8a Abs. 1 PAVO). Wie die Vormundschaftsbehörde X. zutreffend feststellte, muss bereits bei der Erteilung der vorläufigen Bewilligung sorgfältig geprüft werden, ob aufgrund der heute bekannten Sachlage einer späteren Adoption grundsätzlich zugestimmt werden könnte (vgl. Monique Jametti Greiner, Adoption in der Schweiz, Überblick über die Rechtsprechung, Adoption und UNO-Konvention über die Rechte des Kindes in: Zeitschrift für Vormundschaftswesen, ZVW, 49, S. 55).

2. Die Beschwerdeführenden sind türkische Staatsangehörige mit Wohnsitz in der Schweiz und wollen ein türkisches Kind adoptieren. Zu beurteilen ist demnach ein internationaler Sachverhalt (IPRG Kommentar, Zürich 1993, Kurt Siehr, Rz. 6 zu Art. 75 IPRG). Zwischen der Schweiz und der Türkei gibt es keinen Staatsvertrag, welcher auf die Adoption anwendbar ist. Zu beachten sind daher die Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG, SR 291). Gemäss Art. 75 Abs. 1 IPRG sind die schweizerischen Behörden am Wohnsitz der adoptierenden Personen zuständig. Die Voraussetzungen der Adoption in der Schweiz unterstehen schweizerischem Recht (Art. 77 Abs. 1 IPRG). Zeigt sich, dass die Adoption in der Türkei nicht anerkannt und dem Kind daraus ein schwerwiegender Nachteil erwachsen würde, muss die Behörde auch die Voraussetzungen des türkischen Rechts berücksichtigen. Erscheint die Anerkennung auch dann nicht als gesichert, darf die Adoption nicht ausgesprochen werden (Art. 77 Abs. 2 IPRG). Zu prüfen ist demnach bereits bei der Frage, ob die vorläufige Bewilligung zu erteilen ist, wie es sich mit der Anerkennung einer von schweizerischen Behörden nach schweizerischem Recht ausgesprochenen Adoption verhält. Gemäss Schreiben des türkischen

General Directorate of Social Services and Child Protection vom 10. März 1999 kann ein türkisches Ehepaar, welches in der Schweiz lebt, ein türkisches Kind nicht nach Schweizer Recht adoptieren, sondern nur nach türkischem Recht. Dies wurde auch vom Internationalen Sozialdienst am 17. August 1999 telefonisch bestätigt mit dem Hinweis, dass die Adoption gleichzeitig mit der Übergabe des Kindes an die Adoptierenden ausgesprochen werde und demnach ein türkisches Kind die Türkei mit den Adoptiveltern nur verlassen könne, wenn die Adoption nach türkischem Recht erfolgt sei. Die Beschwerdeführenden wurden vom Kantonalen Sozialamt über das erwähnte Schreiben in Kenntnis gesetzt und beabsichtigen gemäss telefonischer Auskunft des Internationalen Sozialdienstes Genf vom 17. August 1999 ein Kind in der Türkei nach türkischem Recht zu adoptieren. Da nach türkischem Recht die Adoption ohne vorgängiges Pflegeverhältnis erfolgt, erübrigt sich auch eine vorläufige Bewilligung zur Aufnahme eines ausländischen Kindes zur späteren Adoption. Es wird vorliegend dem Amt für Ausländerfragen obliegen, anlässlich des Gesuchs um Einreise für das Adoptivkind, vorfrageweise über die Anerkennung der ausländischen Adoption zu entscheiden. Bei dieser Rechtslage erübrigt sich eine Prüfung der Frage, ob die Vormundschaftsbehörde X. die vorläufige Bewilligung zu Recht oder zu Unrecht verweigerte. Die Beschwerde ist vielmehr als gegenstandslos abzuschreiben.

Regierungsrat, 7. September 1999

Art. 274a, 310 Abs. 3, 313 ZGB; § 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG; Ziff. 114 Verwaltungsgebührentarif. – Wiedereinräumung der elterlichen Obhut der Mutter und Abweisung des Antrages auf Uebertragung der elterlichen Gewalt an den Vater. – Kindeswohl und Rücknahme eines Kindes bei den Pflegeeltern gemäss Gesetz (E. 2). – Konkrete Voraussetzungen (E. 3): Stabilisierung der Verhältnisse (a) – Umplatzierung des Kindes (b-e). – Keine Uebertragung der elterlichen Gewalt auf den Vater (E. 4). – Zusammenfassung (E. 5). – Kosten und Entschädigungen (E. 6)

Erwägungen:

2.a. Oberste Maxime des Kindesrechts ist das Wohl des Kindes. Diese Maxime weist Behörden, die für das Kind Entscheidungen treffen müssen, an, in der jeweiligen Situation das zu tun, was die gedeihliche Entwicklung des Kindes am ehesten zu fördern verspricht (vgl. Cyril Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 5. Auflage, Bern 1999, N. 26.04a). Ändern sich die Verhältnisse, sind gemäss Art. 313 ZGB Kindesschutzmassnahmen der neuen Lage anzupassen. Falls sich eine Massnahme als nicht mehr nötig erweist, ist sie aufzuheben oder durch eine mildere zu ersetzen (BGE 120 II 386 mit Hinweis). Für jede Anordnung oder Änderung von Kindesschutzmassnahmen ist eine Prognose über die künftige Entwicklung der massgebenden Umstände erforderlich. Dabei spielt das bisherige Verhalten der betroffenen Perso-

nen eine massgebliche Rolle. Ob sich die Verhältnisse im Sinne von Art. 313 ZGB geändert haben, kann nur unter Berücksichtigung der Umstände, welche der Anordnung einer Kindesschutzmassnahme zu Grunde lagen, beurteilt werden (vgl. BGE 120 11386 f.).

b. Gemäss Art. 310 Abs. 3 ZGB ist die Rücknahme eines Kindes, das längere Zeit bei Pflegeeltern gelebt hat, zu untersagen, wenn sie die Entwicklung des Kindes ernstlich zu gefährden droht. Laut Bundesgericht ist bei der Umplatzierung eines Kindes dessen Wohl von vorrangiger Bedeutung. Daneben sei jedoch auch dem natürlichen Recht der leiblichen Mutter Rechnung zu tragen, ihr Kind selbst zu betreuen, zu pflegen und zu erziehen. Entscheidend sei es deshalb, ob die Beziehung der Beschwerdeführerin zu ihrem Kind auch in der Trennungsphase ungetrübt und genügend intensiv geblieben sei. Wesentlich sei zudem, ob die Beschwerdeführerin auf Grund ihrer Persönlichkeit, ihres Verantwortungsbewusstseins und ihrer erzieherischen Fähigkeiten wie auch auf Grund der äusseren Umstände, in denen sie lebe, die Pflichten als Mutter erfüllen könne (vgl. BGE 111 II 124).

3.a. Der Gemeinderat begründete den am 9. Juli 1997 verfügten Obhutsentzug im Wesentlichen mit der mangelnden Stabilität der Beschwerdeführerin. Tatsächlich gab es Phasen, in denen sich die Beschwerdeführerin nicht in dem Masse um ihre Tochter kümmerte, wie sie es hätte tun können. Bereits vor dem Regierungsratsbeschluss vom 5. Januar 1999 zeichnete sich indessen eine nachhaltige Veränderung der Situation der Beschwerdeführerin ab. Seit Mai 1998 nahm diese ihr Besuchsrecht regelmässig wahr.

Nach dem erwähnten Regierungsratsbeschluss wurde das Besuchsrecht der Beschwerdeführerin schrittweise ausgedehnt und von ihr trotz der grossen Distanz zwischen ihrem Wohnort und dem Aufenthaltsort des Kindes regelmässig ausgeübt. Dem Bericht der Beiständin vom 7. Dezember 1999 lässt sich entnehmen, dass sich die Verhältnisse der Beschwerdeführerin seit ihrer Eheschliessung im Januar 1999 stabilisiert haben. Fachpersonen, die sie im Umgang mit ihrem zweiten Kind beobachten konnten, sind sich darin einig, dass sie in der Lage sei, einem Kind die nötige Fürsorge zu erbringen. Auch hat sich die Beziehung der Beschwerdeführerin zu ihrer Tochter laut Beiständin während der Sistierungsphase positiv entwickelt. Die im August 1998 begonnene, vom Gutachter seinerzeit empfohlene, Therapie führt die Beschwerdeführerin noch heute weiter. Zusammenfassend zeigt sich die Beschwerdeführerin nun willens und fähig, ihre Tochter selber zu betreuen. Dies wird von den Parteien nicht bestritten.

b. Die Voraussetzungen für eine Umplatzierung sind auf Seiten der Beschwerdeführerin als erfüllt zu betrachten. Bleibt somit zu prüfen, wie es sich mit dem Wohl des Kindes verhält. Das Kind wird, seit es vier Monate alt ist, mehrheitlich von der Familie Z betreut und entwickelte insbesondere zu R. Z. deren grosser Einsatz für das Kind Anerkennung verdient, eine enge Bindung. Unterdessen konnte jedoch auch die Beschwerdeführerin gemäss

dem Bericht der Beiständin zum Kind eine tragfähige, natürliche und liebevolle Mutter-Kind Beziehung aufbauen. Unter diesen Umständen kann auch nach Meinung der Beiständin eine ernstliche Gefährdung des Kindes grundsätzlich ausgeschlossen werden, wenn folgende Rahmenbedingungen erfüllt sind:

5. Die Ablösung des Kindes von der Familie Z. soll nicht abrupt sondern schrittweise vollzogen werden. Die von der Beiständin skizzierte und mit den Beteiligten vorbesprochene abgestufte Ablösungsphase von rund zwei Monaten erscheint daher sinnvoll. Voraussetzung einer dem Kindeswohl entsprechenden Umplatzierung ist aber auch, dass das Kind diese insbesondere während der Ablösungsphase positiv erleben kann. Dies bedingt, dass die Beteiligten konstruktiv mit der für sie neuen Situation umgehen können und die Leistungen, welche alle für das Kind erbracht haben, gegenseitig anerkennen, auch wenn sie nicht im Einklang mit den eigenen Vorstellungen stehen. Gestützt auf die bisherigen Erfahrungen ist davon auszugehen, dass die Beteiligten dazu in der Lage sind.

d. Sowohl der Gesuchsteller als auch die Familie Z halten es für wichtig, dass die Kontakte des Kindes zur Pflegefamilie auch nach der Ablösungsphase gewährleistet bleiben. Gemäss Art. 274a ZGB kann bei Vorliegen ausserordentlicher Umstände auch Dritten Anspruch auf persönlichen Verkehr eingeräumt werden, sofern dies dem Wohl des Kindes dient. Das Erfordernis der ausserordentlichen Umstände erfüllt beispielsweise die Auflösung eines Pflegeverhältnisses, wie dies vorliegend der Fall ist (vgl. Cyril Hegnauer, Berner Kommentar 1991, N. 19 zu Art. 274a ZGB, mit Hinweis). Die Beiständin und der von der Direktion des Innern kontaktierte Leiter des Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienstes Dr. Y. weisen darauf hin, dass es für das Kind wichtig sein werde, den Kontakt zur Familie Z aufrecht erhalten zu können. Obleich diese Kontakte offensichtlich im Interesse des Kindes liegen, ist von der Gewährung eines regelmässigen Besuchsrechts, zumindest im jetzigen Zeitpunkt, vor allem im Interesse der Ablösung abzusehen. Die Kontaktmöglichkeiten sollen – auch nach Meinung des oben erwähnten Facharztes und der Beiständin – insbesondere auf die Bedürfnisse des Kindes zugeschnitten und daher, unter Berücksichtigung der räumlichen Distanz zwischen der Mutter und der Pflegefamilie, flexibel ausgestaltet sein. Für das Kind ist es wichtig zu wissen, dass es nun seinen Lebensmittelpunkt bei seiner Mutter und deren Familie hat. Äussert es jedoch den klaren Wunsch, die Familie Z. zu sehen, am Telefon mit ihnen zu sprechen oder ihnen eine Zeichnung zu schicken, soll diesem Wunsch soweit als möglich von der Mutter oder dem Vater, je nach dem wo sich das Kind gerade aufhält, entsprochen werden. Diese Lösung verlangt von den Beteiligten ein hohes Mass an Zusammenarbeit einerseits sowie Einfühlungsvermögen, Verantwortungsbewusstsein gegenüber dem Kind und die Bereitschaft, die Ablösung von der Familie Z fördern, andererseits. Während der Sistierungsphase haben die Beteiligten gezeigt, dass sie im Interesse des Kindes Jenni-

fer zu konstruktivem Verhalten fähig sind, so dass der bedürfnisorientierte, flexible persönliche Verkehr möglich und einem behördlich angeordneten vorzuziehen ist. Sollte sich jedoch zeigen, dass diese Lösung nicht genügt, wird die Vormundschaftsbehörde über die Frage des Besuchsrechts der Familie Z entscheiden haben.

6. Alle Beteiligten, insbesondere auch die Beschwerdeführerin, befürworten die Weiterführung der Beistandschaft sowie die Anordnung einer sozialpädagogischen Familienbegleitung. Beide Massnahmen sollen einen guten Übergang der Obhut von der Familie Z auf die Beschwerdeführerin unterstützen und gewährleisten. Durch die Beistandschaft soll insbesondere allfälligen Konflikten bezüglich der Kontakte mit der Familie Z auch bezüglich des Besuchsrechts des Vaters begegnet und die Umplatzierung begleitet werden. Zudem sollen die Beteiligten in ihrer Zusammenarbeit unterstützt werden. Die jetzige Beiständin erklärte sich bereit, die Beistandschaft weiterzuführen, bis die Ablösungsphase am 25. Februar 2000 abgeschlossen ist. Diese Weiterführung erscheint vorliegend sinnvoll. Sobald jedoch wieder unter der vollen Obhut ihrer Mutter steht, muss die Beistandschaft zuständigkeitshalber auf die Vormundschaftsbehörde am Wohnort der Mutter übertragen werden. Diese wird von der Direktion des Innern zu ersuchen sein, eine geeignete Person mit der Beistandschaft zu beauftragen. Die jetzige Beiständin wird ihr Mandat mit einem Abschlussgespräch mit allen Beteiligten abschliessen. Die sozialpädagogische Familienbegleitung soll die Eheleute unterstützen, zusammen mit dem Kind eine Familie zu bilden.

7. Da der Beschwerdeführerin die Obhut über ihre Tochter wieder erteilt werden kann, steht ausser Zweifel, dass die Voraussetzungen eines Entzugs der elterlichen Gewalt nicht erfüllt sind. Die Übertragung auf den Vater kommt somit nicht in Betracht, weshalb sein Gesuch abzuweisen ist.

8. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der Beschluss des Gemeinderates vom 9. Juli 1997 aufzuheben und die Obhut der Beschwerdeführerin über ihre Tochter wieder herzustellen ist, wobei für die Umplatzierung eine Übergangsphase im Sinne des Berichts der Beiständin vorzusehen ist. Dem Bedürfnis des Kindes nach Kontakten mit der Familie Z ist so weit als möglich Rechnung zu tragen. Die Wiederherstellung der Obhut ist mit einer Beistandschaft und einer sozialpädagogischen Familienbegleitung zu verbinden. Das Gesuch des Vaters um Übertragung der elterlichen Gewalt ist abzuweisen.

9. Gemäss Ziffer 114 des Kantonsratsbeschlusses über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen vom 11. März 1974 (Verwaltungsgebührentarif; BGS 641.1) sind das Beschwerde- und das Gesuchsverfahren in Kindeschutzsachen gebührenfrei. Im übrigen wurde der Beschwerdeführerin am 16. September 1997 die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.

Eine Parteientschädigung an die obsiegende Beschwerdeführerin kommt nicht in Betracht, da dem Gemeinderat weder ein Verfahrensfehler noch eine grobe Rechtsverletzung vorgeworfen werden kann (§ 28 Abs. 2 Ziffer 2 Verwaltungsrechtspflegegesetz; BGS 162.1)

Regierungsrat, 21. Dezember 1999

3. Sachenrecht; Grundbuchwesen

Gesetz über den Gebührentarif im Grundbuchwesen (Grundbuchgebührentarif) vom 28. Februar 1980 (GB GebT; BGS 215.35)

§§ 7 und 26 Abs. 3 – Beschwerdelegitimation der Gemeinden (E I. 2)

§§ 2 und 3 – Bemessung der Handänderungssumme aufgrund der Gegenleistung für den Grundstückerwerb (E II 4)

Sachverhalt

A. Die einfache Gesellschaft Z, bestehend aus A, B und C realisierte ein Mehrfamilienhaus mit insgesamt fünf Wohnungen, einem Bastelraum und einem Mehrzweckraum für eine Spielgruppe. Diese Räumlichkeiten wurden im Stockwerkeigentum verkauft. Die Käufer der einzelnen Stockwerkeinheiten schlossen mit der Y AG, deren einzige Verwaltungsräte A und B sind, nebst dem Kaufvertrag über die Stockwerkeinheiten gleichzeitig einen Werkvertrag für den Bau derselben ab.

Vier Kaufverträge wurden im Oktober 1996, ein Kaufvertrag im November 1996 und einer im Januar 1997 auf der Gemeindekanzlei öffentlich beurkundet. Die Anmeldung der Verträge zur Eintragung im Grundbuch erfolgte jeweils unmittelbar im Anschluss daran. Eine Wohnung war im Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde noch nicht verkauft.

B. Am 4. April 1997 stellte das Grundbuchamt der Gemeinde für die Übertragung des Eigentums an sechs Stockwerkeinheiten die entsprechenden Rechnungen zu, umfassend die Handänderungsgebühren und Barauslagen. Alle Rechnungen hatten als Basis allein den Landwert.

C. Dagegen reichte der Gemeinderat am 11. April 1997 beim Regierungsrat Beschwerde ein mit folgenden, im wesentlichen alle sechs Rechnungen betreffenden Haupt- und Nebenanträgen:

1. Die Gebührenrechnungen seien aufzuheben und für die Neuberechnung der Handänderungsgebühren sei jeweils vom Gesamtkaufpreis auszugehen.
2. Eventualiter sei für die Berechnung der Handänderungsgebühren vom Land- und Zeitwert am Tage der Beurkundung der sich im Bau befindlichen Eigentumswohnungen auszugehen.

3. Das Grundbuchamt sei anzuweisen, bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides keine Gebührenrechnungen mehr zu erlassen, die das gleiche Rechtsproblem zum Gegenstand haben.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdegenerin.

Der Gemeinderat begründet die Beschwerde im wesentlichen wie folgt:

Als Kaufpreis werde in den Kaufverträgen jeweils nur der «Landwert im ursprünglichen (unerschlossenen) Zustand», die auf die Kaufobjekte entfallenden Kostenanteile für die Quartierserschliessung mit Kanalisation und Strassen sowie die Erstellungskosten für sämtliche Werkleitungen bis zur Grundstücksgrenze der Kaufobjekte vereinbart. Die restliche Zahlung erfolge gestützt auf den Werkvertrag. Im Zeitpunkt der öffentlichen Beurkundung (Herbst/Winter 1996) sei das Gebäude im Rohbau jedoch bereits erstellt gewesen. Die ersten beiden, im Oktober 1996 verkauften Wohnungen sowie der Bastelraum und der Mehrzweckraum für die Spielgruppe seien schon Mitte Dezember 1996 bezogen worden, die beiden anderen Wohnungen im Februar und März 1997, als der Bau noch weiter fortgeschritten war. Die beiden letzten Käuferschaften hätten somit praktisch eine im Rohbau voll ausgebaute Wohnung erworben, bei der sie nur noch einen Teil des Innenausbau mitbestimmen konnten. Deshalb sei in den Kaufverträgen nebst dem von den Parteien vereinbarten Kaufpreis für das Land und die Erschliessung zusätzlich der Zeitwert der sich im Bau befindlichen Wohnungen bzw. Räumlichkeiten sowie der Gesamtkaufpreis für Land und Baute festgehalten. Das Grundbuchamt habe die Handänderungsgebühren indes nur auf dem blossen Landwert berechnet.

Der Gemeinderat vertritt die Auffassung, die Kaufverträge könnten gebührenmässig nicht gleich behandelt werden wie der blosser Kauf einer Landparzelle ohne Baupläne und ohne formellen Werkvertrag. Vorliegend seien nämlich die Kaufverträge mit einem Werkvertrag verbunden worden, und zwar so, dass die Werkverträge nicht ohne gleichzeitige Aufhebung der Kaufverträge hätten aufgehoben werden können. Daraus zeige sich, dass sich der Wille der Vertragspartei eindeutig auf den Kauf schlüsselfertiger Eigentumswohnungen bzw. Räumlichkeiten gerichtet habe und nicht auf den Erwerb von blosser Bauland, das dann individuell hätte überbaut werden können. Dies ergebe sich namentlich auch aus den Verkaufsprospekten. Im Rahmen der Realisierung des Bauwerks hätten die Käufer lediglich den Innenausbau ihrer Objekte mitbestimmen können. Es wäre auch nicht möglich gewesen, mit einem anderen Bauunternehmen einen anderen Werkvertrag abzuschliessen. Die Käufer hätten auch nicht, anders als bei einem Einfamilienhaus, jeder für sich als Bauherr auftreten können. Praktisch liege deshalb nur ein einziger Vertrag über eine schlüsselfertige Wohnung bzw. Räumlichkeit vor. Während die ersten beiden Wohnungen sowie der Bastelraum und der Mehrzweckraum für die Spielgruppe etwa zwei Monate nach

erfolgter Handänderung bezugsbereit gewesen seien, hätten die beiden letzten Käuferschaften infolge des Baufortschritts eine im Rohbau voll ausgebaute Wohnung erworben. Die rechtliche und wirtschaftliche Lage der Käufer sei also nicht anders, als wenn sie statt eines Kauf- und eines Werkvertrags nur einen einzigen Kaufvertrag über die fertiggestellten Wohnungen bzw. Räumlichkeiten abgeschlossen hätten, denn die Leistungen aus den Kaufverträgen seien gleich wie diejenigen, welche die Käufer beim Erwerb einer fertigen Wohnung oder eines fertigen Hauses erbringen müssen. Deshalb müsse vorliegend für die Berechnung der Handänderungsgebühren auf den Gesamtkaufpreis abgestützt werden und nicht lediglich auf den blossen Landwert, wie es das Grundbuchamt mache.

Sofern wider Erwarten nicht vom Gesamtkaufpreis ausgegangen werde, müsse für die Berechnung der Handänderungsgebühr zumindest der Zeitwert der sich – bei der öffentlichen Beurkundung im Bau befindlichen Wohnungen bzw. Räumlichkeiten berücksichtigt werden. Diese seien nämlich im Zeitpunkt der öffentlichen Beurkundung der Kaufverträge und beim Abschluss der Werkverträge praktisch erstellt gewesen.

E. In seiner Vernehmlassung vom 22. Mal 1997 verweist das Grundbuchamt auf seine Stellungnahme vom 6. Mai 1997 zu verschiedenen, die gleichen Fragen betreffende frühere Beschwerden des Gemeinderats, in welcher es deren Abweisung beantragte, und zwar im wesentlichen aus folgenden Gründen:

In allen Kaufverträgen des fraglichen Typs sei lediglich der Kaufpreis für das Land vereinbart worden. Gegenstand der Kaufverträge sei nur das Land, nicht auch die künftige Baute. Diese sei vielmehr Gegenstand der separaten Werkverträge, worin sich die Unternehmerin verpflichte, im Auftrag und auf Rechnung des Bestellers eine Baute zu errichten. Demgegenüber verpflichte sich der Käufer, den vereinbarten Werkpreis zu entrichten. Die Bauten würden also gestützt auf Werkverträge erstellt, die gleichzeitig mit den Kaufverträgen abgeschlossen worden seien. Zwar enthielten die Kaufverträge jeweils einen Hinweis auf die Werkverträge: Auf Veranlassung der Urkundsperson seien in die Kaufverträge neben dem eigentlichen Kaufpreis auch der sogenannte Gesamtkaufpreis, nämlich der für Land und Bauwerk bezahlte Preis sowie der Zeitwert am Tag der Beurkundung der sich im Bau befindlichen Objekte aufgenommen worden.

Gemäss Grundbuchgebührentarif werde die Handänderungsgebühr aufgrund der Handänderungssumme berechnet. Übersteige der Wert eines Grundstücks im Zeitpunkt der Handänderung die Handänderungssumme, so erfolge die Berechnung der Gebühr aufgrund dieses Wertes. Der Grundsatz, wonach die Handänderungssumme zumindest nach dem Wert des Grundstücks im Zeitpunkt der Handänderung berechnet werde, erfahre jedoch insofern eine Einschränkung, als der Gebührenberechnung neben dem Wert von Grund und Boden nicht auch der Wert der vom Erwerber aus

eigenen Mitteln vor der Eigentumsübertragung erstellten Gebäudes zugrunde gelegt werden dürfe. Gestützt auf diese Bestimmung des Grundbuchgebührentarifs habe das Grundbuchamt die Handänderungsgebühr nur aufgrund des als Kaufpreis vereinbarten Landwertes berechnet, weil die Objekte laut den Werkverträgen im Auftrag und auf Rechnung der Käufer erstellt worden seien. Auch der in den Kaufverträgen aufgeführte Zeitwert der sich im Bau befindlichen Stockwerkeinheiten habe deshalb bei der Ermittlung der Handänderungsgebühr nicht berücksichtigt werden können. Die Werkverträge hätten nämlich die schlüsselfertige Erstellung der Bauten zum Gegenstand, und der Werkpreis beziehe sich auf die vollumfänglichen Erstellungskosten. An der hier massgeblichen Rechtslage ändere auch der vom Beschwerdeführer zitierte Bundesgerichtsentscheid nichts, weil die rechtliche Grundlage, auf die sich dieser Entscheid beziehe, anders sei als hier.

F. Auf die übrigen Ausführungen des Grundbuchamts sowie auf jene in der Replikschrift des Gemeinderats vom 12. Juni 1997 und der Duplikatschrift des Grundbuchamts Zug vom 22. Juli 1997 wird, soweit sich dies als nötig erweisen sollte, in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen sein.

G. Auf Anfrage der die Beschwerde instruierenden Justiz- und Polizeidirektion (heute Sicherheitsdirektion) vom 12. Februar 1998 bestätigte der Gemeinderat am 16. Mai 1998, alle Geschäfte, die Anlass zur Gebührenanfechtung geboten hätten, seien, selbstverständlich mit Ausnahme der Personalien der Käuferschaft und des Kaufpreises genau gleich strukturiert.

In der Folge räumte die Justiz- und Polizeidirektion am 24. März 1998 den Parteien der Kaufverträge betreffend Stockwerkeigentum im Mehrfamilienhaus die Möglichkeit ein, Einsicht in die Beschwerdeakten zu nehmen und, falls erwünscht, allfällige Einwendungen schriftlich und begründet einzureichen. Von der Möglichkeit der Teilnahme am Verfahren wurde indessen nicht Gebrauch gemacht.

Erwägungen

1. Gemäss § 41 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz; VRG; BGS 162.1) ist zur Erhebung einer Verwaltungsbeschwerde ermächtigt, wer durch einen Entscheid in seiner Rechtsstellung betroffen ist. Bei der Auslegung dieser Bestimmung ist die allgemeine Lehre (Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. A., Zürich 1998, N 535 ff.) und vor allem die Praxis heranzuziehen. Danach ist zur Beschwerdeführung berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung und Änderung hat. Das Anfechtungsinteresse kann rechtlicher oder bloss tatsächlicher Natur sein. Es genügt, wenn rein tatsächliche, praktische, wirtschaftliche, ideelle oder andere Interessen des Beschwerdeführers verletzt werden. Verlangt wird, dass der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Entscheid stärker als jedermann

betroffen ist und in einer besonderen, beachtenswerten nahen Beziehung zur Streitsache steht. Das Interesse muss «schutzwürdig», also ein unmittelbares, eigenes und persönliches sein (VPB 1998 Nr. 16 E. 2a).

2. Zwar ist diese Beschwerdebefugnis in erster Linie auf Private, und nicht, wie vorliegend, auf das Gemeinwesen zugeschnitten. Es gibt jedoch Fälle, bei denen auch eine öffentlichrechtliche Körperschaft zur Verwaltungsbeschwerde legitimiert sein und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids geltend machen kann (Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Zürich 1983, Seiten 99 ff.).

Die Gemeinden beziehen gemäss § 7 des Gesetzes über den Gebührentarif im Grundbuchwesen vom 28. Februar 1980 (Grundbuchgebührentarf; BGS 215.35) für alle Handänderungen die gleichen Gebühren wie der Kanton, und zwar voraussetzungslos, also ohne Gegenleistung seitens der Gemeinden. Auf der anderen Seite besorgt die Gemeinde das Inkasso der gesamten Handänderungsgebühren, also auch des dem Kanton zufallenden Teils (§ 26 Abs. 3 Grundbuchgebührentarif). Deshalb stellt das Grundbuchamt die Gebührenrechnung bei Handänderungen der Gemeindekanzlei zu (§ 26 Abs. 2 Grundbuchgebührentarif).

Je nach der Berechnungsart des Grundbuchamts fällt der Ertrag für die Gemeinde tiefer oder höher aus. Die Gemeinde ist somit betroffen vom Entscheid, wie das Grundbuchamt die Handänderungsgebühr ermittelt. Sie hat damit ein aktuelles und schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der ihrer Auffassung nach vorliegend zu niedrigen Gebührenrechnung des Grundbuchamts. Die Gemeinde ist deshalb durch den Gemeinderat zur Beschwerdeführung legitimiert (§ 85 Abs. 2 des Gemeindegesetzes vom 4. September 1980; BGS 171.1).

3. Laut § 29 des Grundbuchgebührentarifs kann gegen die Berechnung der Gebühren und Auslagen Verwaltungsbeschwerde an den Regierungsrat erhoben werden. Der Regierungsrat ist deshalb zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerden zuständig. Die Beschwerden sind frist- und formgerecht eingereicht worden und entsprechen somit den Voraussetzungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes. Auf die Beschwerden ist deshalb einzutreten.

4. Die vom Gemeinderat eingereichten Beschwerden betreffen sechs Gebührenrechnungen bei denen sich die gleichen Rechtsfragen stellen. Sie enthalten übereinstimmende Rechtsbegehren und grundsätzlich gleichlautende Begründungen. Von daher ist es angezeigt, sie antragsgemäss zusammenzulegen und im gleichen Verfahren zu behandeln.

5. Das Grundbuchamt hat nach Eingang der Beschwerden keine Rechnungen mehr verschickt, weiche die hier zu beurteilenden Fragen erneut aufwerfen würden. Damit wird der Ausgang bereits hängiger Beschwerdeverfahren abgewartet.

6. Hinsichtlich der Stellung der Vertragsparteien im Beschwerdeverfahren macht das Grundbuchamt geltend, diese seien ebenfalls anzuhören, weil sie aufgrund ihrer Gebührenpflicht unmittelbar vom Beschwerdeentscheid betroffen seien. Demgegenüber widersetzt sich der Gemeinderat der Mitbeteiligung der Vertragsparteien am Beschwerdeverfahren mit der Begründung, sie könnten nach Abschluss dieses Verfahrens selbständig Beschwerde führen, sobald ihnen die sie betreffenden Gebührenrechnungen zugestellt seien. Deshalb halte er die Anhörung im laufenden Verfahren für unnötig.

Vorliegend meldete die Gemeinde dem Grundbuchamt die Handänderungen an, weshalb es ihr die Gebührenrechnungen zum Inkasso zustellte, wie dies § 26 Abs. 2 des Grundbuchgebührentarifs vorsieht. Die angefochtenen Rechnungen sind demgemäss an die Gemeinde und nicht an die Vertragsparteien adressiert und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen. Die Vertragsparteien sind also in dieser Phase nicht direkt in das Geschehen involviert. Trotzdem sind auch sie von den angefochtenen Rechnungen unmittelbar betroffen. Je nach der Berechnungsart des Grundbuchamts und dem Ausgang des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist nämlich die Handänderungsgebühr höher oder tiefer, denn das Grundbuchamt ist an die Begründung des vorliegenden Beschwerdeentscheids gebunden. Es darf deshalb seinen neuen Entscheid nicht auf Erwägungen stützen, die der Regierungsrat im Beschwerdeverfahren ausdrücklich oder sinngemäss verworfen hat (Rhino/Krähenmann, Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1990, Seite 131). Der Ausgang des Beschwerdeverfahrens wirkt sich deshalb unmittelbar auch auf die Gebührensschuld der Vertragsparteien aus, wenn ihnen die Gemeinde Rechnung für die Gebühren des Kantons und der Gemeinde stellt (§ 7 und § 26 Abs. 3 Grundbuchgebührentarif). Es war somit richtig, den privaten Beschwerdegegnern die Teilnahme am Verfahren zu ermöglichen.

II.

1. Nach § 1 des Gebührentarifs erhebt der Kanton für die Verrichtungen des Grundbuchamts Gebühren, so auch bei Handänderungen (§ 2 Abs. 1 und § 3 Abs. 1. Gebührentarif). Wer ein nicht überbautes Stück Land kauft, bezahlt die Handänderungsgebühr auf dem Landpreis. Ist der Kaufgegenstand hingegen eine Liegenschaft, bemisst sich die Handänderungsgebühr nach dem Wert der bebauten Parzelle (Land und Bauten). Grundlage für die Bemessung der Handänderungsgebühr ist die Handänderungssumme (§ 2 Abs. 1 Grundbuchgebührentarif). Diese entspricht bei nicht-landwirtschaftlichen Grundstücken – nur diese interessieren hier – dem Verkehrswert im Zeitpunkt der Eigentumsübertragung (§ 2 Abs. 1 und 2 Gebührentarif).

Strittig ist die Frage, wie vorliegend die Handänderungsgebühr zu bemessen sei. Das Grundbuchamt hat sie aufgrund des vertraglich vereinbarten Landpreises ermittelt, während der Gemeinderat wegen des engen Konne-

xes von Kauf- und Werkvertrag vom Gesamtkaufpreis, also vom Entgelt für Land und Bauten ausgehen will, allenfalls vom Land- und vom Zeitwert der Bauten am Tage der Beurkundung der Kaufverträge.

2. Bei den Akten liegt einer der insgesamt sechs öffentlich beurkundeten Kaufverträge. Er beinhaltet den Erwerb der Stockwerkeinheiten Nr. 10 und Nr. 3 durch M. Auch liegt die Kopie eines Generalunternehmer-Werkvertrages über die Erstellung dieser 2^{1/2}-Zimmerwohnung einschliesslich dieverser Gemeinschaftsanlagen und -einrichtungen im projektierten Mehrfamilienhaus vor, sowie ein als «Vorvertrag» bezeichnetes Vertragsdokument vom 29.1.1996. Gemäss Auskunft des Gemeinderats vom 11. April 1997 sind alle Fälle genau gleich strukturiert. Davon ist nachfolgend auszugehen.

3. Die Kauf- und Werkverträge hängen formell und materiell stark von einander ab:

- So ist die Landverkäuferin, nämlich die einfache Gesellschaft Z zwar nicht rechtlich, wohl aber faktisch insofern mit der Firma Y AG als Generalunternehmerin identisch, als zwei der drei einfachen Gesellschafter die einzigen Verwaltungsräte der Aktiengesellschaft bilden.
- Sämtliche Kaufverträge verpflichten die Käufer zum Abschluss eines Werkvertrages bestimmten Inhalts mit einem bestimmten Generalunternehmer zwecks Realisierung des von der zuständigen Baubehörde bewilligten Gesamtkonzepts. Zwischen den beiden Verträgen besteht faktisch und rechtlich eine Abhängigkeit. So wäre es ohne den Abschluss des einen nie zum Abschluss des andern Vertrages gekommen. Mit dem gleichzeitigen Abschluss der beiden Verträge verpflichten sich die Käufer zum Kauf der eindeutig umschriebenen, von der Y-AG schlüsselfertig zu erstellenden Objekte gemäss Verkaufsprospekt. Faktisch liegt nur ein Geschäft vor, das im Ergebnis dem Verkauf einer schlüsselfertigen Wohnung bzw. von Räumlichkeiten zu einem bestimmten Gesamtkaufpreis gleichkommt. Die Abhängigkeit zeigt sich auch in der kaufvertraglichen Verpflichtung der Käuferschaft, mit keinem anderen Generalunternehmer als dem von der Verkäuferin bestimmten – und mit dieser quasi identischen – einen Werkvertrag abzuschliessen.
- Der bei den Akten liegende Kaufvertrag über die Stockwerkeinheiten Nr. 10 und Nr. 3 datiert vom 11. Oktober 1996. An diesen Tag wurde er auch verkündet. Der entsprechende Werkvertrag ist gleich datiert wie der Kaufvertrag.
- Die Grundbuchanmeldung erfolgte laut dem bei den Akten liegenden Vertrag am 11. Oktober 1996, in einem Zeitpunkt also, in dem der Rohbau bereits erstellt war, kurz vor dem Bezug des Objekts. Die beiden zuletzt verkauften Objekte waren im Zeitpunkt der Handänderung praktisch bezugsbereit.

Im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung bzw. der Grundbuchanmeldung waren die Bauten gemäss unwidersprochen gebliebenen Angaben des Gemeinderats mindestens im Rohbau bereits erstellt. Die Käufer erwarben praktisch eine im Rohbau voll ausgebaute Wohnung. Sie konnten nur noch einen Teil des Innenausbaus mitbestimmen, wie es beim Kauf von Stockwerkeigentum die Regel ist. Die Einflussmöglichkeiten der Käufer auf die Gestaltung der Kaufsobjekte war unter diesen Umständen beschränkt. Aus all dem schliesst der Gemeinderat, die Käufer hätten sich rechtlich und wirtschaftlich in keiner anderen Lage befunden, als wenn sie statt eines Kauf- und eines Werkvertrags lediglich einen Kaufvertrag über die praktisch fertiggestellten Wohnungen abgeschlossen hätten. Entsprechend hätten auch die Handänderungsgebühren aufgrund des Gesamtkaufpreises oder aber des Land- und Zeitwerts am Tage der Beurkundung der sich im Bau befindlichen Eigentumswohnungen sowie der gemeinschaftlichen Anlagen und Einrichtungen berechnet werden müssen.

4. Die Berechnung der Handänderungsgebühr erfolgt anhand der Handänderungssumme (§ 2 Abs. 1 Grundbuchgebührentarif). Die Handänderungssumme bemisst sich dem Grundsatz nach aufgrund der Gegenleistung für den Grundstückserwerb. Diesem Prinzip liegt die Erfahrungstatsache zugrunde, dass die von den Parteien vereinbarte Handänderungssumme dem Marktwert der veräusserten Sache Rechnung trägt. Übersteigt der Verkehrswert eines nicht-landwirtschaftlichen Grundstücks im Zeitpunkt der Handänderung die vom Erwerber vertraglich geschuldeten bzw. erbrachten Leistungen, dann ist – unter Vorbehalt des in § 2 Abs. 3 geregelten Sachverhalts – dieser Wert massgebend (§ 2 Abs. 1 und 2 Grundbuchgebührentarif).

Was das Kaufsobjekt anbelangt, so wollten die Käufer der Eigentumswohnungen im Mehrfamilienhaus nichts anderes, als eine Wohnung im Stockwerkeigentum erwerben. Deshalb haben sie den eng miteinander verknüpften Kauf- und Werkverträgen mitsamt den entsprechenden Vertragsabreden zugestimmt. Es ist daher zutreffend, dass als Kaufsobjekt im vorliegenden Falle der Grund und Boden einschliesslich der darauf erstellten bzw. zu erstellenden Wohnungen bzw. Räumlichkeiten zu gelten hat. Es ging um den Kauf einer künftigen, im Zeitpunkt der Vertragsabschlüsse jedoch eindeutig bestimmten und behördlich bewilligten Baute gemäss Verkaufsprospekt. Bei dem in Ziff. 6. des Kaufvertrages enthaltenen Hinweis, Werk- und Kaufvertrag seien rechtlich voneinander unabhängig, handelt es sich um eine private Rechtsansicht der Vertragsparteien, wie ihre Vereinbarungen rechtlich zu würdigen seien. Sie ist jedoch unbeachtlich, da die zutreffende rechtliche Qualifikation eines Rechtsgeschäfts dem Parteiwillen schlechthin entzogen und dem Richter vorbehalten ist (Jäggi/Gauch, Zürcher Kommentar zu Art. 18 OR N 224ff.). Die Verkäuferschaft und die Erwerber befanden sich infolge des gleichzeitigen Abschlusses eines Kauf- und eines Werkvertrages faktisch und rechtlich in der gleichen Situation wie Erwerber eines schlüsselfertigen Hauses. Nach Ziff. 5. und 6. des Kaufvertrages verpflichtete

ten sich die Käufer, das Mehrfamilienhaus gemäss dem von der kommunalen Baubehörde bewilligten Gesamtkonzept zu überbauen und zu diesem Zwecke mit keinem anderen Generalunternehmer als der Y AG einen Werkvertrag abzuschliessen. Da der Kauf ohne den Werkvertrag nicht abgeschlossen worden wäre, ist die werkvertragliche Abrede als Bestandteil des Kaufvertrages zu betrachten. Sie bildet mit diesem ein untrennbares Ganzes (Pra 70 Nr. 240). Dies umso mehr, als die Verkäuferin und die Generalunternehmerin faktisch identisch sind.

Der Werkvertrag verpflichtet die Y AG, unter Übernahme des gesamten Baurisikos eine schlüsselfertige Wohnung nach behördlich genehmigtem Projekt zu erstellen. Aus dem Verkaufsprospekt und der als «Vorvertrag» bezeichneten Vereinbarung vom 25. Januar 1996 ergibt sich, dass die Käufer für die Erbringung sämtlicher Leistungen einen Pauschalpreis zu entrichten hatten, wobei der Vorvertrag keine Unterscheidung zwischen Landerwerbskosten und Werkpreis trifft. Als Kaufsobjekt wird nicht unbebautes Land, sondern eine Eigentumswohnung gemäss Verkaufsprospekt und Baubeschrieb vom 3. Oktober 1995 aufgeführt.

Für die Erfüllung der vertraglichen Abmachungen durch die Verkäuferschaft, welche letztlich in der Übertragung des Eigentums an den erstellten bzw. fertig zu erstellenden Wohnungen und Häusern bestand, hatten die Käufer ein Entgelt zu bezahlen. Die vertragliche Anspruchsgrundlage für die von den Erwerbern zu erbringenden Leistungen bildeten einerseits der Kaufvertrag, und andererseits der Werkvertrag. Die Frage, welche der geschuldeten bzw. getätigten Zahlungen als Gegenleistung für die Übertragung des Eigentums am Kaufsobjekt und damit als 'Kaufpreis' und Handänderungssumme zu gelten haben, beurteilt sich nicht allein aufgrund der kaufvertraglichen Abmachung. Somit kann der Umstand, dass im Kaufvertrag von «Landerwerb» die Rede ist, nicht ausschlaggebend sein. Eine solche Betrachtungsweise stünde in Widerspruch zur allgemeinen Regel, wonach bei der Feststellung des Vertragsinhalts zunächst und in erster Linie dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen zu entsprechen ist (Art. 18 Abs. 1 OR; vgl. statt vieler Wiegand, Basler Kommentar zu Art. 18 N 1 ff., 2. A., 1996). Das Gebot der ganzheitlichen Auslegung des Vertrages unter Berücksichtigung der Begleitumstände, der Interessenlagen und des Vertragszwecks verbietet es, einzig auf den reinen Wortlaut der kaufvertraglichen Vereinbarung abzustellen und der Berechnung der Handänderungsgebühr ausschliesslich den Verkehrswert des Bodens im Sinne des üblichen Quadratmeterpreises zugrunde zu legen (Kramer, Berner Kommentar zu Art. 18 OR N 27, 35 ff., 44 m.z.H.; Jäggi/Gauch, Zürcher Kommentar zu Art. 18 OR N 370ff., 427ff.).

Der Kaufpreis i.S.v. Art. 184 Abs. 1 und 216 Abs. 1 OR umfasst nach herrschender Lehre und Praxis die Gesamtheit aller Leistungen, welche der Erwerber dem Veräusserer als Gegenleistung für die Übertragung des Eigentums am Grundstück tatsächlich zu erbringen hat (vgl. Giger, Berner Kom-

mentar zu Art. 216 OR N 247 m.z.H.; SJZ 94 1998 Nr. 19 m.z.H.). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts fallen darunter auch werkvertraglich geschuldete Leistungen, sofern sie in den Rahmen des Kaufvertrages fallen (Pra 70 Nr. 240). Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall erfüllt. Die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bzw. der Handänderung vorhandenen baulichen Vorrichtungen wirken sich auf den Wert des Grundstücks aus, da sie gemäss Akzessionsprinzip Bestandteil der Sache werden (Art. 642 ZGB). Mit der Erfüllung des Kaufvertrages, die mit der Eintragung des Erwerbers im Grundbuch ihren Abschluss findet, ändern diese Werte die Hand. Das im Gegenzug gestützt auf den Werkvertrag von den Erwerbenden dafür erbrachte Entgelt ist als Teil des Kaufpreises zu betrachten. Er muss bei der Bemessung der Handänderungsgebühr für die Übertragung des Eigentums am bebauten Grundstück ebenfalls berücksichtigt werden. Die mit Hinweis auf den Kaufvertrag erhobene Behauptung des Grundbuchamts, wonach als Kaufpreis lediglich die Landerwerbskosten zu gelten haben, trägt dem im Kaufvertrag ausdrücklich bekräftigten Konnex der beiden Verträge und damit auch der Auslegungsregel von Art. 18 OR nicht Rechnung.

Nach dem ausdrücklichen Parteiwillen bildete die Leistung des Gesamtkaufpreises durch die Käufer eine «*conditio sine qua non*» für die Erbringung der im Kaufvertrag seitens der Verkäuferschaft versprochenen Gegenleistung, d.h. der Verschaffung des Eigentums an schlüsselfertigen Häusern bzw. Wohnungen. Die Leistung des Gesamtpreises steht zur Eigentumsübertragung am schlüsselfertigen Objekt in einem kaufvertragstypischen Austauschverhältnis. Dies ergibt sich insbesondere auch aus den Begleitumständen des Vertragsschlusses, wie dem Verkaufsprospekt und dem vorgängig abgeschlossenen «Vorvertrag», aber auch bei Berücksichtigung der von den Parteien mit dem Abschluss der beiden Verträge verfolgten Gesamtzweck. Die Urkundsperson hat denn auch in Ermittlung des wirklichen Parteiwillens und der wahren Beschaffenheit des Vertrages i.S.v. Art. 18 OR den Gesamtpreis und den Zeitwert in den öffentlich beurkundeten Kaufvertrag aufgenommen.

Zusammenfassend ergibt sich, dass in jedem Einzelfall eine Wohnung bzw. Räumlichkeit die Hand geändert hat, und nicht lediglich ein Stück Land, das noch nach Belieben der Käufer später hätte überbaut werden können. Gerade diese Möglichkeit bestand vorliegend von allem Anfang an nicht: wer Land erwarb, bot auch Hand für den Abschluss eines Werkvertrags. Eine andere Lösung liess die Vertragskonstruktion nicht zu. Dass der von den Vertragsparteien angestrebte wirtschaftliche Erfolg mittels Abschluss und Erfüllung zweier Verträge erreicht werden sollte, ist unwesentlich. Entscheidend ist allein der übereinstimmende Wille der Parteien; und dieser war auf den Verkauf bzw. Erwerb einer fertig erstellten Baute gerichtet.

Gegenstand der im Oktober 1996 erfolgten Handänderungen bildeten im Rohbau erstellte Stockwerkeinheiten, Gegenstand der beiden letzten, be-

zugsbereite Eigentumswohnungen. Den Ausgangspunkt für die Bestimmung der Handänderungssumme bildet aus diesem Grunde der Kauf- und der Werkpreis. Da die Stockwerkeinheiten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzw. der Handänderung nicht vollständig erstellt waren, rechtfertigt es sich – in Berücksichtigung des Akzessionsprinzips – bei der Berechnung der Handänderungssumme vom Land- und Zeitwert der jeweiligen Kaufobjekte auszugehen. Dafür spricht auch der Umstand, dass die Erfüllung des Kaufvertrages durch die Verkäufer nicht von der vollständigen Bezahlung des Gesamtpreises abhängig gemacht wurde. Ein Teil des Werkpreises war im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzw. der Handänderung noch nicht zur Bezahlung fällig. Ob die den Zeitwert übersteigende Schuld des Käufers angesichts dessen noch als Leistung zu qualifizieren ist, welche die Käufer der Verkäuferin für die Eigentumsverschaffung am Kaufobjekt zu erbringen hatten, kann offen bleiben. Die Handänderungsgebühr ist so oder anders nur von jenem Wert zu erheben, welcher den Grundstücken im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bzw. der unmittelbar im Anschluss daran von den Parteien gewollten und von der Urkundsperson beantragten Handänderung zukam.

Aufgrund der Regel in § 2 Abs. 1 des Grundbuchgebührentarifs, wonach die Handänderungsgebühr aufgrund der Handänderungssumme berechnet wird, folgt, dass vorliegend Grundlage für die Berechnung der Handänderungsgebühr nicht der Landpreis sein kann.

5. Das Grundbuchamt verweist auf § 2 Abs. 3 des Gebührentarifs und meint, laut Bundesgericht (BGE 88 I 222) sei es willkürlich, wenn bei der Berechnung der Abgaben neben dem Wert von Grund und Boden auch noch der Wert des vom Erwerber aus eigenen Mitteln vor der Eigentumsübertragung erstellten Gebäudes zugrunde gelegt werde. Deshalb sei vorliegend die Handänderungsgebühr aufgrund des als Kaufpreis vereinbarten Landwertes berechnet worden.

Der Bericht und Antrag des Regierungsrats zur Totalrevision des Grundbuchgebührentarifs vom 11. Juni 1979 (Vorlage Nr. 4311, Seite 7) erwähnt diesen Bundesgerichtsentscheid. Danach ist allenfalls dann auf einen geringeren Wert abzustellen, als ihn das Grundstück im Zeitpunkt der Eigentumsübertragung hat, wenn der Käufer mit Zustimmung des Grundeigentümers im Hinblick auf den unmittelbar bevorstehenden Grundstückserwerb mit der Erstellung einer Baute vorzeitig begonnen hat, also mit eigenen Mitteln einen Mehrwert schafft (vgl. auch Ruf, Kommentar zum Gesetz betreffend die Handänderungs- und Pfandrechtsabgaben, Muri BE 1985, Seite 67). Gerade das trifft vorliegend aber nicht zu. Nicht nur waren die Bauten im Zeitpunkt der Vertragsabschlüsse im Rohbau bereits erstellt, sondern es war auch die Verkäuferin, welche die Überbauung weitgehend selbst finanzierte.

Im Gegensatz zu den erheblichen finanziellen Leistungen der Verkäuferin mussten die Käufer vor der Eigentumsübertragung nur einige Zehntausend Franken entrichten. Ein Teil davon wurde gewissermassen als Reservations-

zahlung, ein Teil als Anzahlung an den Werkpreis geleistet. Der bei den Akten liegende Werkvertrag weist in Ziff. 9. auf eine am 8. März 1996 bei Vorvertragsunterzeichnung von der Käuferin geleistete Zahlung in der Höhe von Fr. 19'000.- hin. Eine solche Reservationszahlung kann unterschiedliche Funktionen haben (Entschädigung für Bindung an Verkaufsofferte, Vorauszahlung an geschuldeten Kaufpreis, Reuegeld für Vertragsrücktritt, Kaufvertragsabschluss sichernde Konventionalstrafe). Welche Bedeutung den Reservationszahlungen in den. zu beurteilenden Fällen zukommt, kann offen bleiben. Von Investitionen der Erwerber i.S.v. § 2 Abs. 3 des Grundbuchgebührentarifs kann jedenfalls nicht gesprochen werden. Dies trifft auch für die Anzahlung an den Werkpreis von Fr. 33'700.- zu, welche im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung fällig wurde.

Das mit der Schaffung des § 2 Abs. 3 des Grundbuchgebührentarifs vom Gesetzgeber verfolgte Ziel ist klar: Es soll ausgeschlossen werden, dass Zahlungen, welche der Käufer einem mit dem Verkäufer weder rechtlich noch wirtschaftlich identischen Dritten aus Werkvertrag schuldet, bei der Ermittlung der Handänderungssumme berücksichtigt werden. Der Grundeigentümer wird infolge des Akzessionsprinzips zwar Eigentümer der mit solchen Investitionen des Käufers von einem Dritten geschaffenen Werte. Er hat aber, wenn er dem Käufer das Eigentum an der Kaufsache überträgt, keinen Anspruch, für diese Werte entschädigt zu werden. Da Investitionen des Käufers i.S.v. § 2 Abs. 3 des Grundbuchgebührentarifs nicht als Gegenleistung für den Grundstückserwerb aufgefasst werden können, fällt der investitionsbedingte Mehrwert des Grundstücks bei der Ermittlung der massgebenden Handänderungssumme ausser Betracht (BGE 53 1187; Ruf, BN. 1982, 58; SJZ 94 1998 Nr. 19, Fri. 7). Hätten im übrigen die Käufer Investitionen im Sinne des Grundbuchgebührentarifs leisten müssen, hätten sie sich wohl kaum mit dem im Beschwerdeverfahren unbestritten gebliebenen nur geringen Einfluss auf die Ausgestaltung der Bauten abgefunden.

6. Das Grundbuchamt meint ferner, der Grundbuchgebührentarif kenne keine Bestimmung, welche die wirtschaftliche Betrachtungsweise rechtfertige. Zutreffend ist, dass der Grundbuchgebührentarif den Begriff der wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht ausdrücklich erwähnt. Die Frage der Zulässigkeit der wirtschaftlichen Handänderung stellt sich vorliegend jedoch gar nicht. Wie die Handänderungsgebühr zu berechnen ist, ergibt sich aus § 2 Abs. 1 und 2 des Gebührentarifs. Danach ist der Verkehrswert im Zeitpunkt der Handänderung entscheidend. In diesem Zeitpunkt hat aber jeweils nur ein Stück Land die Hand geändert, sondern auch die darauf erstellten Bauten. Diese waren gemäss Akzessionsprinzip Bestandteil des Grundstücks geworden. Die grammatikalische, systematische und vor allem die teleologische Auslegung des § 2 Abs. 1 und 2 einerseits, die Berücksichtigung obligationen- und sachenrechtlicher Prinzipien andererseits (Art. 18 OR; Art. 642, 667, 671ff. ZGB) haben zum Ergebnis geführt, dass unter dem in § 2 Abs. 2 des Grundbuchgebührentarifs als massgebend erklärten Ver-

kehrswert nicht der Bodenwert zu verstehen ist. Es sind also entgegen der Ansicht des Grundbuchamts zivilrechtliche Gesichtspunkte, welche den Standpunkt der Gemeinde stützen, die allerdings auch unter einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise sinnvoll und konsequent sind.

Der von der Gemeinde vertretene Standpunkt verträgt sich im übrigen auch mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug (Urteil vom 11. Juni 1979) und den Überlegungen des Regierungsrates im Bericht und Antrag zur Totalrevision des Kantonsratsbeschlusses über den Gebührentarif im Grundbuchwesen vom 11. Juni 1979. Danach ist zwar die Erhebung einer Handänderungsgebühr vom Eintritt eines zivilrechtlichen Eigentumsübergangs abhängig zu machen. Rechtsgeschäfte, die zivilrechtlich keinen Eigentümerwechsel nach sich ziehen, bezüglich der Verfügungsgewalt über Grundstücke aber dennoch tatsächlich und wirtschaftlich wie Handänderungen wirken, begründen somit keine Gebührenpflicht. Dass es aber bei Vorliegen einer zivilrechtlichen Handänderung nicht einfach auf die Höhe des gemäss Kaufvertrag geschuldeten bzw. geleisteten Kaufpreises ankommen kann, bestätigt indessen auch das Verwaltungsgericht. Es hält im zitierten Entscheid ausdrücklich fest, dass bei der Bestimmung der Berechnungsgrundlage «in Abweichung zum zivilrechtlich beurkundeten Kaufpreis der Verkehrswert massgebend» sei. Lediglich die Begründung der Gebührenpflicht setzt somit den Eintritt eines Rechtsaktes voraus, der als zivilrechtliche Handänderung zu qualifizieren ist. Die von der Beschwerdeführerin vertretene Auffassung steht somit – da sie nicht auf die unrechtmässige Besteuerung einer «wirtschaftlichen Handänderung» abzielt – auch im Einklang mit der kantonalen Gerichtspraxis und der Rechtsauffassung des Regierungsrates.

Die wirtschaftliche Beurteilung eines Sachverhalts erfolgt vorwiegend, wenn auch nicht ausschliesslich im Bereich des Abgaberechts. Auch das Privatrecht stellt vereinzelt den «Verkauf einem Geschäft» gleich, «das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt» (vgl. Art. 216c Abs. 1 OR), was aufgrund einer finalen bzw. zweckorientierten Auslegung des konkret vorliegenden Geschäfts beantwortet werden muss (vgl. Rey, Die Neuregelung der Vorkaufsrechte in ihren Grundzügen, ZSR NF. 113 1994 I 47 ff., 53). Vertreter der neueren Lehre weisen im übrigen darauf hin, dass das Privatrecht die wirtschaftliche Betrachtungsweise als ein vor allem im Bereich des Abgaberechts als selbständige und dem Privatrecht gleichwertig nebengeordnete Teilrechtsordnung massgeblichen Wertungsgesichtspunkt zu respektieren habe (Koller, Privatrecht und Steuerrecht, Bern 1993, S. 165, 233). Umgekehrt dürfe auch das Abgaberecht nicht bloss auf formelle zivilrechtliche Kriterien abstellen, sondern habe die materiellen, d.h. wirtschaftliche bzw. zweckorientierte Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund ist im Rahmen der Rechtsanwendung zu entscheiden, ob mit dem Abschluss gemischter Verträge oder mit der im vorliegenden Fall gewählten Vertragskombination von den Parteien das gleiche wirtschaftliche Ziel ver-

folgt wird, wie beim Kauf einer schlüsselfertigen Wohnung, so dass das von den Parteien durch Abschluss zweier Verträge tatsächlich getätigte Geschäft wertungsmässig eine gleiche Behandlung verdient. Dies muss nach dem Gesagten bejaht werden. Die Betrachtungsweise des Grundbuchamts, die den für das Land bezahlten Kaufpreis und den Werkpreis für die Erstellung der Baute auseinanderreisst, und die übrigen rechtlichen und wirtschaftlichen Aspekte ausser acht lässt, wird den besonderen Verhältnissen des vorliegenden Falles, welcher dem Verkauf eines schlüsselfertigen Objekts gleichkommt, nicht gerecht (Koller, a.a.O. Seite 339 m.w.H.).

7. Das Grundbuchamt stützt die vorliegend erfolgte Berechnung der Handänderungsgebühr auf seine mehrjährige Praxis. Allerdings erweist sich diese nach dem Gesagten als mit dem Gebührentarif nicht vereinbar und somit als unrichtig. An ihr kann deshalb nicht länger festgehalten werden. Die Praxisänderung muss sich jedoch auf ernsthafte, sachliche Gründe stützen können, die umso gewichtiger sein müssen, je länger die als unrichtig erkannte Rechtsanwendung praktiziert worden ist. Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt. Deshalb steht – obgleich jede Änderung der bisherigen Rechtsanwendung zwangsläufig mit einer Ungleichbehandlung der früheren und der neuen Fälle verbunden ist – die Praxisänderung weder mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit noch der Rechtsgleichheit im Widerspruch (Häfelin/Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. A., Zürich 1998, N 417 ff.). Das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung wiegt hier schwerer als das Festhalten an einer Praxis, die sich nicht auf sachliche und vor allem nicht auf rechtliche Gründe zu stützen vermag. Es wäre überdies stossend und mit dem Rechtsgleichheitsgebot nicht vereinbar, wenn die einen Kauf und einen konnexen Werkvertrag abschliessenden Parteien gegenüber den Käufern schlüsselfertiger Objekte gebührenmässig privilegiert würden.

8. Schliesslich stellt sich noch die Frage, ob und inwieweit es dem Grundbuchamt zuzumuten ist, die Handänderungsgebühren bei solchen Vertragskonstruktionen ohne unverhältnismässigen Aufwand zu bestimmen. Die Gebührenberechnung muss einfach und ohne aufwändige Abklärungen möglich sein. Dabei ist dem Grundbuchamt bei der Gebührenberechnung im Einzelfall ein gewisser Ermessensspielraum zuzugestehen, namentlich in denjenigen Fällen, wo der Verkehrswert nicht präzise bestimmbar und das Grundbuchamt mithin auf Hilfswerte angewiesen ist. Aber gerade vorliegend waren all diese Schwierigkeiten bei der Berechnung der Handänderungsgebühr nicht gegeben. Die Urkundsperson erwähnte im Kaufvertrag jeweils nicht nur den Landwert, sondern ausdrücklich auch den Gesamtkaufpreis mit Land und Baute sowie zusätzlich den Zeitwert des angefangenen Werkes (ohne Landanteil) im Zeitpunkt der öffentlichen Beurkundung. Damit lagen alle notwendigen Unterlagen vor, um die Gebühr entsprechend geltendem Recht zu bestimmen. Und auch dieser Umstand spricht dafür, dass nicht allein auf den Landwert abgestellt werden kann.

9. Aufgrund dieser Erwägungen ist festzustellen, dass die Berechnung der Handänderungsgebühren für den Bau des Mehrfamilienhauses nicht dem Grundbuchgebührentarif entspricht. Damit erweisen sich die Beschwerden des Gemeinderats gegen das Grundbuchamt als begründet. Folglich sind sie gutzuheissen. Das Grundbuchamt hat die Gebühren im Sinne der Erwägungen neu in Rechnung zu stellen.

III.

1. Laut § 23 Abs. 1 Ziff. 3 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes hat im Verwaltungsbeschwerdeverfahren die unterliegende Partei die Kosten zu tragen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens würde somit das Grundbuchamt kostenpflichtig. Die entscheidende Behörde belastet jedoch den Gemeinwesen, dem sie angehört, sowie dessen übrigen Behörden im Sinne von § 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes keine Kosten. Deshalb sind vorliegend keine Kosten zu erheben.

2. Gemäss § 28 Abs. 2 Ziff. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes ist der obsiegenden Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen. Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob eine solche beantragt worden ist oder nicht (GVP 1995/96 Seite 142). Unterliegende Partei ist vorliegend das Grundbuchamt, während der Gemeinderat obsiegt. Dieser beantragt in seinen Beschwerden ausdrücklich die Zusprechung einer Parteientschädigung.

Eine Parteientschädigung wird zu Lasten der unterliegenden Partei zugesprochen, wenn Parteien mit gegensätzlichen Interessen am Verfahren beteiligt sind (§ 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG) oder zu Lasten des Gemeinwesens, wenn dessen Behörde als Vorinstanz einen Verfahrensfehler oder eine offenbare Rechtsverletzung begangen hat (Ziff. 2). Unter Parteien mit gegensätzlichen Interessen versteht das Verwaltungsgericht private Parteien, insbesondere im Baubewilligungsverfahren, oder nicht-hoheitliche Interessen des Gemeinwesens (Urteil des Verwaltungsgerichts vom 2. Oktober 1997, A 18/1995). Obschon das Grundbuchamt vorliegend Parteistellung im Sinne von § 5 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes hat, handelte es nicht «aus gegensätzlichen Interessen», sondern es berechnete die Handänderungsgebühren in Ausübung seiner hoheitlichen Funktionen (GVP 1981/82 Seite 114; GVP 1995/1996 Seite 119). Zudem hat es seinerseits auf Einnahmen des Kantons verzichtet, also seinen Entscheid nicht aus fiskalischen Gründen gefällt. Unter diesen Gesichtspunkten besteht deshalb kein Anspruch auf Parteientschädigung.

Der Gemeinderat wirft dem Grundbuchamt keinen Verfahrensfehler vor, der die Ausrichtung einer Parteientschädigung hätte begründen können (§ 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG). Es ist jedoch zu prüfen, ob das Grundbuchamt mit der von ihm vorgenommenen Berechnung der Handänderungsgebühren «eine

offenbare Rechtsverletzung» im Sinne von § 28 Abs. 2 Ziff. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes begangen hat. Eine solche liegt allerdings nicht schon dann vor, wenn ein Entscheid der rechtlichen Oberprüfung durch die Beschwerdeinstanz nicht standhält (GVP 1981/82 Seite 116). Vorliegend ging das Grundbuchamt aufgrund langjähriger unwidersprochener Praxis von einer Interpretation des § 2 des Grundbuchgebührentarifs aus, die sich bei näherer Prüfung als nicht länger haltbar erweist. Zwar schützt der Regierungsrat vorliegend die Rechtsauffassung des Grundbuchamts nicht. Dies bedeutet aber noch nicht, dass das Grundbuchamt «offenbar» Recht verletzt hat. Es besteht deshalb auch unter diesem Gesichtspunkt kein Anspruch auf Ausrichtung einer Parteientschädigung.

Regierungsrat 22. Juni 1999

III. Finanzrecht

Finanzausgleich

G über den direkten Finanzausgleich vom 31. August 1989 (FAG; BGS 621)

§ 9 – *Sinn des kalkulatorischen Abschlusses ist, den Finanzausgleich auf der Basis einer möglichst einheitlichen, den wahren finanziellen Verhältnissen einer Gemeinde entsprechenden Grundlage durchzuführen (E 3). Mehreinnahmen aus der Aufarbeitung von Steuer-Veranlagungsrückständen sind für die kalkulatorischen Abschluss nicht zu berücksichtigen (E 5).*

Aus dem Sachverhalt:

Mit Schreiben vom 30. April 1998 teilte der Gemeinderat von Menzingen mit, dass die Laufende Verwaltungsrechnung 1997 mit einem Mehrertrag von Fr. 528'444.95 abschliessen würde. Unter Berücksichtigung von Fondseinlagen und nach Abzug der Grundstückgewinnsteuern ergab sich ein kalkulatorischer Vorschlag von Fr. 294'006.-. Gemäss § 10 des Gesetzes über den direkten Finanzausgleich hätte davon ein Drittel zur Senkung des Steuerfusses verwendet werden müssen. In der Praxis bedeutete dies, dass die Gemeinde Menzingen den Steuerfuss um 2% hätte senken müssen.

Der Hauptgrund dieses sehr guten Rechnungsergebnisses lag beim Steuerertrag aus den Vorjahren in der Höhe von Fr. 500'000.-. Diese waren nur deshalb so hoch, weil die Steuerverwaltung mit den Steuerveranlagungen aus den Vorjahren infolge Einführung einer neuen EDV-Lösung in Verzug war. Im Rechnungsjahr 1995 war ein kalkulatorischer Rückschlag von Fr. 308'723.- und im Rechnungsjahr 1996 ein solcher von Fr. 758'205.- zu verzeichnen. Wären diese Steuernachbezüge bereits 1995/96 in Rechnung gestellt worden, so hätten sich die kalkulatorischen Rückschläge pro 1995/96 vermindert und pro 1997 hätte sich kein kalkulatorischer Vorschlag ergeben.

Gestützt auf diese Feststellungen beantragte der Gemeinderat, den Steuerfuss pro 1999 im Sinne einer Ausnahmebewilligung auf 82% zu belassen.

Aus den Erwägungen:

1. Der Steuerertrag, Steuerfuss und die Einwohnerzahlen der Gemeinde Menzingen entwickelten sich pro 1994 bis 1997 wie folgt:

Jahr	Steuerertrag	Steuerfuss	Einwohner am 1.1.	Steuerertrag/Einw.
1994	4'639'039.60	82%	3'987	1'163.54
1995	4'365'804.85	82%	4'041	1'080.38
1996	4'051'666.35	82%	4'043	1'002.14
1997	5'080'823.50	82%	4'039	1'257.94

Die Aufstellung verdeutlicht, dass die Rückgänge der Steuererträge pro 1995/96 auf die Veranlagungsrückstände der Steuerverwaltung zurückzuführen sind. Diese sind nun im Rechnungsjahr 1997 teilweise abgebaut worden. Aufgrund der Veranlagungsstatistik muss jedoch damit gerechnet werden, dass im Rechnungsjahr 1998 nochmals mit Mehrerträgen zu rechnen ist. Die im Schreiben der Gemeinde Menzingen erwähnte Summe von Fr. 500'000.- für zusätzliche Steuern aus den Vorjahren pro 1997, ist angemessen.

2. Grundlage für die Berechnung des Finanzausgleiches bildet ein kalkulatorischer Abschluss (§ 9 Abs. 1 FAG). Dieser basiert auf der Laufenden Rechnung der bezugsberechtigten Gemeinden (vgl. § 18 FHG), welche durch folgende Änderungen am tatsächlichen Ergebnis korrigiert wird:

- a) die Bildung und Auflösung von Rückstellungen und Reserven werden auf- bzw. abgerechnet (§ 9 Abs. 1 lit. a FAG);
- b) es wird der gemäss dem Gesetz über den Finanzhaushalt des Kantons und der Gemeinden massgebende Abschreibungssatz angerechnet (§ 9 Abs. 1 lit. b FAG);
- c) der Grundstückgewinnsteuer-Ertrag wird abgezogen (§ 9 Abs. 1 lit. c FAG)

Ergibt der kalkulatorische Abschluss einen Ertragsüberschuss, hat die bezugsberechtigte Einwohnergemeinde einen Drittel dieses Überschusses im übernächsten Rechnungsjahr zur Senkung des Steuerfusses zu verwenden (§ 10 Abs. 1 FAG). § 10 Abs. 2 FAG regelt die Folgen, wenn eine Steuerfuss-senkung nicht vorgenommen wird.

3. Sinn des kalkulatorischen Abschlusses ist, den Finanzausgleich auf der Basis einer möglichst einheitlichen, den wahren finanziellen Verhältnissen einer Gemeinde entsprechenden Grundlage durchzuführen. Deshalb werden Rückstellungen und Reserven auf- bzw. abgerechnet (§ 9 Abs. 1 lit. a FAG).

Um auch bei guten Rechnungsabschlüssen keine extremen Steuersenkungen zu verursachen, lässt das FAG den gemäss Finanzhaushaltgesetz massgebenden Abschreibungssatz zu (§ 9 Abs. 1 lit. b FAG). Der massgebende Abschreibungssatz beträgt 10%; er entspricht dem Abschreibungssatz gemäss § 20 Abs. 2 FHG.

Der Abzug der Grundstückgewinnsteuern (§ 9 Abs. 1 lit. c FAG) ist zulässig, weil diese von Jahr zu Jahr stark schwanken können. Solche unregelmässigen Einflüsse auf die Laufende Rechnung wollte der Gesetzgeber bei der Bestimmung des kalkulatorischen Abschlusses unberücksichtigt lassen. Aus dem gleichen Grunde wurde im FAG festgehalten, dass vom kalkulatorischen Ertragsüberschuss lediglich 1/3 (und nicht der volle Ertragsüberschuss) zur Steuerfuss-senkung verwendet werden muss (eingehend dazu der Bericht des Arbeitsausschusses der kantonsrätlichen Kommission «Ände-

«Einführung des Finanzvergleichsgesetzes» vom 7. Dezember 1988; Protokoll der 9. Sitzung der vorberatenden Kommission des Kantonsrates vom 22. Dezember 1988; Bericht und Antrag der vorberatenden Kommission des Kantonsrates zum Gesetz über den direkten Finanzausgleich vom 1. Mai 1989, Seite 6 f. [Vorlage Nr. 6578].

4. Die Bestimmungen von § 9 Abs. 1 FAG erwähnen nur den Grundstückgewinnsteuerertrag als Einnahme, die von Jahr zu Jahr zufällig schwanken kann. Im Zeitpunkt, als das Finanzausgleichsgesetz erlassen wurde, dachte der Gesetzgeber nicht an Einnahmenschwankungen, wie sie bei der Einführung eines neuen EDV-Systems entstehen können. Würden diese Steuererträge, welche aus dem Abbau der Veranlagungs- und Bezugsrückstände entstehen, beim kalkulatorischen Abschluss nicht abgezogen, bestünde die Gefahr, dass eine Gemeinde wegen der Finanzausgleichsgesetzgebung den Steuerfuss senken, in einem Folgejahr aber wieder erhöhen müsste, weil sie aus den normalerweise anfallenden Einnahmen ihre Gemeindeaufgaben nicht finanzieren kann. § 9 und § 10 Abs. 1 des FAG wollen solche Schaukelbewegungen verhindern.

5. Aus den vorstehenden Feststellungen ergibt sich, dass gestützt auf § 9 Abs. 1 FAG die Mehreinnahmen aus der Aufarbeitung der Steuer-Veranlagungsrückstände in den Rechnungsjahren 1997 und 1998 für den kalkulatorischen Abschluss für den Finanzausgleich nicht zu berücksichtigen sind. Die Gemeinderechnungen 1997 beinhalten die Steuereinnahmen 1997 und die Nachbezüge früherer Jahre. Es ist eine sachlich gerechtfertigte, einheitliche Abgrenzung vorzunehmen. Dabei sind die buchmässigen Steuererträge der Jahre 1994-1997 unter Berücksichtigung der Steuerfussenkungen zur Bemessung beizuziehen.

Von den bezugsberechtigten Gemeinden wird eine Aufstellung über die Zusammensetzung der buchmässigen Steuererträge der Rechnungsjahre 1997 und 1998 angefordert. Unter Berücksichtigung von allfälligen Steuerfussänderungen werden die Nachbezüge der Steuerjahre 1995 und 1996 ermittelt. Diese werden in der Kalkulation als Minusposten eingestellt.

Nicht berücksichtigt werden Erträge aus früheren Jahren und Sondersteuern. Diese ausserordentliche Regelung soll für alle Finanzausgleich beziehenden Gemeinden für die Jahre 1997 und 1998 gelten.

6. Für die nicht bezugsberechtigten Gemeinden Stadt Zug und Baar ergeben sich keine Änderungen. Für die Beitragsbemessung der nicht bezugsberechtigten Gemeinden sind die Steuerabrechnungsjahre (Steuersoll), welche zwei Jahre zurückliegen, massgebend (§ 8 Abs. 1 FAG). Dabei muss beachtet werden, dass die Berechnung von einem einheitlichen Steuerfuss von 80% ausgeht (§ 8 Abs. 2 FAG).

Der Kantonssteuer-Ertrag pro Kopf dieser beiden Gemeinden hat sich wie folgt entwickelt:

Beitragsjahr	Steuerjahr	Kantonssteuerertrag pro Kopf Zug	Baar
1995	1993	3'629.7955	3'004.1943
1996	1994	3'993.4787	2'559.9241
1997	1995	4'029.4260	2'487.6645

Für die Beitragsbemessung werden immer die aktuellen, nachgeführten Steuersoll-Werte berücksichtigt. Für die Beitragsberechnungen pro 1998 werden die aktuellen Werte des Steuerjahres 1996, nachgeführt per Ende September 1998, beigezogen. Für verspätet eingereichte Steuererklärungen sind provisorische Rechnungen aufgrund der Selbstdeklaration berücksichtigt.

Der Gemeindebeitrag wird von der Differenz pro Kopf ertrag der Gemeinde zum kantonalen Mittel berechnet. Von diesem Differenzbetrag wird nur ein Drittel zur Beitragsleistung angerechnet (§ 4 FAG).

Regierungsrat, 14. Juli 1998

IV. Baurecht

§ 40 BO Walchwil – Welche gewerblichen Nutzungen sind in der Wohnzone 2 zulässig? Eine Tankanlage zur Betankung von Baumaschinen einer Bauunternehmung ist in der Wohnzone nicht zonenkonform.

Aus den Erwägungen:

2. Die Wohnzonen W1, W2 und W3 sind für das Wohnen bestimmt. Läden, Geschäfte und nicht störende Gewerbe- und Dienstleistungsbetriebe sind zulässig (§ 40 Abs. 1 und 2 BO Walchwil). Nicht störende Gewerbe- und Dienstleistungsbetriebe sind in Wohnzonen dann gestattet, wenn eine immissionsmässige und funktionale Beeinträchtigung der Wohnliegenschaften ausgeschlossen werden kann. Es kommt nicht darauf an, ob im konkreten Fall tatsächlich Immissionen verursacht werden, sondern mit dem betreffenden Gewerbe typischerweise Belästigungen verbunden sind, die über das hinausgehen, was normalerweise mit dem Wohnen verbunden ist. In der Wohnzone sind namentlich die für den täglichen Bedarf notwendigen Quartiergeschäfte und betrieblich nicht störende Kleingewerbe wie Coiffeur, Schneideratelier, Arztpraxis usw. zulässig. Bei einer Bauunternehmung kann nicht mehr von einem stillen Gewerbe gesprochen werden. Die umstrittene Betankungsanlage ist ein ausgegliederter Bestandteil des Werkhofes der Bauunternehmung und als solcher in der Wohnzone nicht zonenkonform. Bei der Betankungsanlage für die Bauunternehmung handelt es sich weder um eine in der Wohnzone für den täglichen Quartierbedarf notwendige Tätigkeit, noch kann die Betankungsanlage als betrieblich nicht störendes Kleingewerbe in der Wohnzone toleriert werden.

Regierungsrat, 29. Juni 1999

Art. 2 Abs. 1 und 2 BO Cham – Bestandesgarantie. Darf ein Gebäude, das die zulässige Ausnützung überschreitet, aufgestockt werden, wenn der geplante Dachaufbau (Attikageschoss) nicht zur Ausnützung zählt.

Aus den Erwägungen:

2. Der Weiterbestand von rechtmässig erstellten Bauten und Anlagen, welche der geltenden Bauordnung widersprechen, ist gewährleistet. Ebenso ist der Um- und Ausbau innerhalb der bestehenden Kuben gestattet (Art. 2 Abs. 1 BO Cham). Bei wesentlichen Änderungen, namentlich Abbruch und Wiederaufbau tragender Gebäudeteile, Erweiterungen und Aufstockungen sowie Umnutzungen ist diese Bauordnung einzuhalten. Der Gemeinderat kann Ausnahmen bewilligen, sofern kein überwiegendes öffentliches Interesse entgegensteht und die Nachbarrechte gewahrt bleiben oder es sich um Bagatellfälle handelt (Art. 2 Abs. 2 BO Cham). Unter Erweiterung wird die

Vergrosserung des bestehenden Bauvolumens verstanden, wozu beispielsweise neben der Erstellung von An- und Aufbauten auch das Ersetzen eines Flachdaches durch ein Giebeldach gehört.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die bereits heute um bis zu 53% übernutzten Wohn- und Geschäftshäuser von der Bestandesgarantie profitieren. Für eine volumenmässige Erweiterung der bestehenden Kuben ist die geltende Bauordnung integral massgebend, weil auf Grundstücken, deren zulässige Ausnützung überschritten oder erreicht ist, die Nutzung nicht mit einer Erweiterung gesteigert werden darf. Das bedeutet für die vorliegenden Bauvorhaben, dass wegen massiver Überschreitung der zulässigen Ausnützung eine volumenmässige Erweiterung selbst mit bei der anrechenbaren Geschossfläche nicht zu berücksichtigenden Attikageschossen unzulässig ist.

Regierungsrat 30. August 1999

§ 14 Abs. 2 alt V BauG – Müssen die Keller- und Abstellräume im Erdgeschoss eines bestehenden und nicht unterkellerten Wohnhauses zur Ausnützung gerechnet werden?

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss § 14 Abs. 2 alt V BauG gilt als anrechenbare Fläche die Summe aller Flächen des Erdgeschosses und der darüberliegenden Geschosse, einschliesslich der Treppenhäuser und Laubengänge, soweit sie der Erschliessung dienen. Eingeschlossen sind die Querschnitte von innenliegenden Mauern und Wänden, nicht aber von Aussenmauern. Laut Bst. c von § 14 Abs. 3 alt V BauG müssen Flächen von im Erdgeschoss gelegenen bergseitigen Keller-, Heizungs-, Wasch- und Trocknungsräumen bei stark geneigtem Gelände nicht angerechnet werden, sofern diese Räume nicht Wohn- oder Gewerbebezwecken dienen können.

Die Vorinstanz hat die Keller- und Abstellräume im Erdgeschoss des bestehenden Gebäudes entgegen dem klaren Wortlaut von § 14 Abs. 2 alt V BauG nicht angerechnet. Da das bestehende Gebäude im flachen Gelände steht, findet die Bestimmung von § 14 Abs. 3 Bst. c alt V BauG hier keine Anwendung. Steht ein Haus nicht an einer Hanglage und sind die Keller- und Abstellräume nicht bergseitig angeordnet, so müssen sie definitionsgemäss zur Ausnützung gezählt werden, wenn sie im Erdgeschoss liegen. Davon kann keine Ausnahme gemacht werden, auch wenn ein Gebäude ohne Unterkellerung bereits besteht.

Regierungsrat, 26. Oktober 1999

§ 19 BO Zug – Ausrichtung der Hauptwohnräume

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss § 19 BO Zug ist in jenen Zonen, wo zwischen einem grossen und einem kleinen Grenzabstand unterschieden wird, der grosse Abstand von der Hausseite mit den Hauptwohnräumen, der kleine von allen übrigen Hausseiten einzuhalten.

a. Bei den Liegenschaften im fraglichen Quartier ist der grosse Grenzabstand mehrheitlich gegen Süden einzuhalten, da die Hauptwohnräume in diese Richtung ausgerichtet sind. Die Beschwerdeführer planen einen Längsbau für sechs Familien. Die nach Süden gerichtete Stirnseite ist 6,90 m breit, die nach Westen und Osten gerichtete Längsseite beträgt 23,86 m. Das 6-Familienhaus weist im Erdgeschoss in der südlichen Hälfte des Gebäudes eine 2-Zimmerwohnung, im 1. und 2. Obergeschoss im südlichen Teil je eine 3-Zimmer- und im nördlichen Teil je eine 2-Zimmerwohnung aus. Im Dachgeschoss befindet sich eine 3-Zimmer-Attikawohnung.

b. Bei der Definition der Hauptwohnräume oder der Hauptwohnrichtung ist die Anordnung von Schlafzimmern, Gärten, Gartensitzplätzen und Balkonen unbeachtlich. Entscheidend sind einzig jene Räume, welche von den Bewohnern am häufigsten benutzt werden. Dies sind in der Regel die Wohn- und Esszimmer sowie die Aufenthaltsräume (GVP 1995/96, 180 ff.). Anhand dieser Kriterien ist nun für jedes Stockwerk die Hauptwohnrichtung zu bestimmen.

c. Im Erdgeschoss befindet sich eine 2-Zimmerwohnung. Eingang, Küche, Wohnen und Essen sind räumlich nicht getrennt auf einer Fläche von insgesamt rund 25,5 m². Dieser Raum wird sowohl von Osten, als auch von Süden und Westen belichtet. Vor diesem Raum in südlicher Richtung befindet sich der Gartensitzplatz. Das Schlafzimmer orientiert sich nur gegen Westen. Die Grundrisse des 1. und 2. Obergeschosses sehen gleich aus. Während der 24 m² grosse Wohn- und Essraum der südlichen 3-Zimmerwohnungen mit vorgelagerten Balkonen vornehmlich von Süden und Westen belichtet wird, orientieren sich die beiden rund 14 m² grossen Zimmer nach Westen. Die in der nördlichen Hälfte des Gebäudes liegenden 2-Zimmerwohnungen erhalten keine Belichtung aus Süden. Der Wohnraum mit Wohnen, Essen und Küche weist Fenster Richtung Osten und Norden sowie eine grosse Fensterfront Richtung Westen auf. Auch die Balkone dieser Wohnungen befinden sich an der westlichen Längsfassade. Das ebenfalls 14 m² grosse Zimmer wird einzig von Westen belichtet. Die nach Süden gerichtete Fensterfront des Dachgeschosses weist lediglich eine Breite von 3,79 m auf, während die nach Westen gerichtete Fensterfront des Wohnzimmers 8,64 m misst. Mit Ausnahme der Küche, welche nach Osten gerichtet ist, orientieren sich die Räume, namentlich das Entrée sowie die beiden zwischen 13 m² und 15 m² grossen Zimmer ebenfalls nach Westen.

Bei dieser Sachlage vermag die Auffassung der Beschwerdeführer, die Hauptwohnrichtung des neu zu bauenden 6-Familienhauses gehe nach Süden, nicht zu überzeugen. Auch aufgrund der Gesamtsituation kann ihrer Argumentation nicht gefolgt werden. Es ist festzustellen, dass sich die Hauptwohnräume von mindestens drei Wohnungen eindeutig nach Westen richten. Bei den übrigen drei Wohnungen orientieren sich die Wohn- und Aufenthaltsräume nach Süden, werden aber gleichzeitig auch von Westen belichtet. Damit ergibt sich in Übereinstimmung mit der Vorinstanz, dass sich die Hauptwohnräume des projektierten 6-Familienhauses gesamthaft betrachtet nach Westen richten. Diese Tatsache hat zur Folge, dass der grosse Grenzabstand von 10m nicht Richtung Süden, sondern zur westlichen Grundstücksgrenze eingehalten werden muss.

Regierungsrat, 7. Dezember 1999

V. Soziale Sicherheit

Berufliche Vorsorge

Art. 89^{bis} Abs. 6 ZGB i.V.m. Art. 62 Abs. 1 BVG. – Aufsichtsrechtliche Auflagen gegenüber dem Stiftungsrat im Zusammenhang mit der (längst fälligen) Teilliquidation einer Stiftung infolge stufenweisen Personalabbaus

Aus den Erwägungen:

.....

4. Mit Schreiben vom 13. November 1992 hatte die Direktion des Innern vom Stiftungsrat ausdrücklich konkrete Teilliquidationspläne mit allen notwendigen Angaben und Details im Zusammenhang mit den Restrukturierungsmassnahmen bei der Fa. X., begleitet von einem Bericht des Experten für berufliche Vorsorge, verlangt. Diese Forderung wurde im Schreiben vom 5. März 1993 ausdrücklich wiederholt. Die verlangten Unterlagen gingen jedoch trotz zweimaliger Fristerstreckung nicht ein. Vielmehr stellte der Stiftungsrat damals den Antrag, den Sozialplan aufsichtsrechtlich zu genehmigen und den Stiftungsrat zum Vollzug zu ermächtigen. Dass die Aufsichtsbehörde einen Sozialplan, der zwischen den Sozialpartnern Arbeitgeber und Gewerkschaft als Arbeitnehmervertretung abgeschlossen wurde, aus stiftungs- und vorsorgerechtlicher Sicht nicht genehmigen konnte und durfte, wurde dem Stiftungsrat mehrfach mitgeteilt, denn entgegen dem Gleichbehandlungsgebot wären bei einem Vollzug des Sozialplans nicht sämtliche ausgetretenen Destinatäre der Stiftung berücksichtigt worden. Ein solcher Vollzug des Sozialplans wäre gegebenenfalls nur als Bestandteil eines gesamthaften Verteilungsplans zulässig und dürfte höchstens im Sinne einer Teilzahlung akzeptiert werden. Dies hat die Direktion des Innern dem Stiftungsrat nach seiner Wiedereinsetzung im Jahre 1997 denn auch mitgeteilt bzw. zugestanden, nachdem dieser zuvor stets den Sozialplan als Grund für die Nichteinreichung der geforderten Verteilungsvorschläge vorschob.

5. Nach Art. 62 Abs. 1 BVG wacht die Aufsichtsbehörde darüber, dass die Vorsorgeeinrichtung die gesetzlichen Vorschriften einhält und gemäss Abs. 2 übernimmt sie bei Stiftungen auch die Aufgaben nach Art. 84 Abs. 2, Art. 85 und 86 ZGB. Zu diesen Aufgaben gehört auch eine allfällige Stiftungsaufhebung nach Art. 88 Abs. 1 ZGB mit Gesamtliquidation. Hat aufgrund von wirtschaftlichen Veränderungen bei der Stifterfirma ein zeitlich konzentrierter, grösserer Personalabbau und demzufolge auch ein gruppenweiser Austritt von Destinatären aus der Vorsorgeeinrichtung stattgefunden, so unterscheidet sich ein solcher Vorgang aus der Sicht der Destinatäre lediglich quantitativ, aber nicht qualitativ von der durch einen wirtschaftlichen Zusammenbruch der Stifterfirma verursachten Stiftungsaufhebung mit Gesamtliquidation. Demzufolge dürfen auch die gruppenweise ausscheidenden

Destinatäre berechtigterweise darauf vertrauen, dass sie in ähnlicher Weise am freien Stiftungsvermögen partizipieren, wie dies bei einer Gesamtliquidation der Fall wäre: Es muss zwingend eine Teilliquidation vorgenommen werden. Eine Teilliquidation ist im übrigen auch dann notwendig, wenn eine grössere Anzahl von Destinatären aus der Stifterfirma bzw. der zugehörigen Personalvorsorgestiftung ausscheidet und gesamthaft von einem neuen Arbeitgeber und dessen Vorsorgeeinrichtung übernommen wird (vgl. Mannhart, Die Aufhebung mit Liquidation von Stiftungen, insbesondere Personalvorsorgestiftungen, Diss. Zürich, 1986, S. 184).

Dabei gilt der Grundsatz, dass das Vorsorgevermögen im Sinne der Wahrung des Besitzstandes dem Personal folgt, ungeachtet der Veränderungen bei der Arbeitgeberfirma selbst. Es würde einem Verstoß gegen das Prinzip von Treu und Glauben gleichkommen, wenn nach einer wesentlichen Reduktion des Personalbestandes ausschliesslich die verbleibenden oder allfällige zukünftige Destinatäre der Personalvorsorgestiftung vom gesamten vorhandenen freien Stiftungsvermögen profitieren würden, während die austretenden Destinatäre an diesem in keiner Weise mehr beteiligt wären. Der Anteil der austretenden Destinatäre am Stiftungsvermögen hat der Summe der Betreffnisse zu entsprechen, welche auf die einzelnen, aus der Vorsorgeeinrichtung austretenden Destinatäre im Falle der Gesamtliquidation der Personalvorsorgestiftung nach Massgabe eines alle relevanten sozialen Gesichtspunkte und alle (also auch die in der Stiftung verbleibenden) Destinatäre berücksichtigenden Verteilungsplans entfallen würde. Allerdings erhalten im Falle der Teilliquidation einer Vorsorgeeinrichtung die austretenden Destinatäre (anders als bei einer Gesamtliquidation) keinen Anteil an separat ausgewiesenen, ebenfalls zum freien Stiftungsvermögen gehörenden Arbeitgeberbeitragsreserven (vgl. Mannhart, a.a.O., S. 185 f.).

Nachdem bei der Fa. X. der Personalbestand in mehreren Schüben reduziert wurde und auch Einzelaustritte erfolgt sind, die mit den Entlassungsschüben im Zusammenhang stehen, wird die mit dem Sozialplan verbundene Verwendung von Mitteln der Stiftung, wie sie der Stiftungsrat wiederholt anstelle eines Verteilungsplans vorsah und genehmigt haben wollte, aus stiftungs- bzw. vorsorgerechtlicher Sicht nicht gerecht, da ohne genaue Feststellung des massgebenden Stiftungsvermögens, der genauen Anzahl der entlassenen oder ausgetretenen Mitarbeiter und ohne korrekte Ausarbeitung des notwendigen Verteilungsplans unter Beizug des Experten für berufliche Vorsorge (Art. 53 Abs. 2 BVG) nicht beurteilt werden kann, ob es sich bei dem für die im Sozialplan erfassten Personen vereinbarten Betrag um das korrekte Treffen im Rahmen der Teilliquidation handelt. Unabdingbar ist nach wie vor eine korrekte Abwicklung der Teil- oder Gesamtliquidation aufgrund eines umfassenden Verteilungsplans.

6. Im heutigen Zeitpunkt ist es nicht nur für die Aufsichtsbehörde, sondern auch für weitere Beteiligte unklar, ob der Stiftungsrat nunmehr Teilliquidationen oder eine Gesamtliquidation der Stiftung ins Auge fasst. Im

Interesse der Rechtssicherheit hat er sich deshalb – gemäss den vorstehenden Erwägungen – definitiv und begründet darüber zu äussern, ob er Teilliquidationen der Stiftung gemäss den Entlassungsschüben und Dienstaustritten bei der Firma oder ob er eine Gesamtliquidation der Stiftung durchzuführen gedenkt. Während nämlich bis vor kurzem lediglich von Teilliquidationen die Rede war, hat der Stiftungsrat in seinen offenen Schreiben vom 23. September 1998 bzw. 9. Oktober 1998 deutlich eine Gesamtliquidation in Aussicht gestellt. Sofern für die Stiftung kein Fortbestandesinteresse mehr besteht, weil allenfalls sämtliche bisherigen Destinatäre ausgetreten sind und keine Leistungen ausgerichtet oder solche entsprechend abgelöst werden, kann aus aufsichtsrechtlicher Sicht auch einer Gesamtliquidation der Stiftung zugestimmt werden. Ueber die genaue Kenntnis der Gegebenheiten, die entweder die Durchführung von Teilliquidationen wie bisher oder eine Gesamtliquidation der Stiftung rechtfertigen, verfügt der Stiftungsrat und hat dementsprechend einen definitiven und klaren Beschluss zu fassen. Dieser Beschluss, der für das weitere Vorgehen massgebend sein wird, ist der Aufsichtsbehörde spätestens innert 30 Tagen ab Datum dieser Verfügung schriftlich zur Kenntnis zu bringen.

7. Der Stiftungsrat hat wiederholt und letztmals ausdrücklich im offenen Schreiben vom 23. September 1998 sowie andeutungsweise in Ziffer 3. des offenen Schreibens vom 9. Oktober 1998 darauf hingewiesen, dass er eine allfällige Verteilung von Stiftungsvermögen keinesfalls nach dem Giesskannenprinzip, sondern gemäss dem Zweckartikel der Stiftungsurkunde vornehmen werde. Nur die wirklich bedürftigen ehemaligen Mitarbeiter kämen in den Genuss eines Anteils am Stiftungsvermögen, nicht aber die früheren Kaderleute und ehemalige gut bis sehr gut verdienende Arbeitnehmer der Stifterfirma. Diese Sichtweise des Stiftungsrates ist wohl während des unveränderten Bestandes und im Rahmen der üblichen Tätigkeit einer Stiftung zutreffend und korrekt. Im Zeitpunkt der Teil- oder insbesondere der Gesamtliquidation jedoch ändert sich diese Optik, denn es geht nicht mehr um den üblichen Leistungsfall, der nach pflichtgemäßem Ermessen des Stiftungsrates behandelt wird, sondern es geht um die umfassende Gleichbehandlung aller Destinatäre im Sinne der unter Ziffer 5. hiervoor genannten Erwägungen. Alle Destinatäre der Stiftung haben Anspruch auf einen Anteil am vorhandenen Vermögen und müssen nach denselben objektiven Kriterien erfasst werden, wobei es selbstverständlich im Ermessen des Stiftungsrates liegt, die einzelnen Kriterien verschieden zu bewerten. Auf diese Weise lassen sich sämtliche Destinatäre – Härtefälle, Ausgetretene im aktiven Alter, Pensionierte – in ein und demselben Verteilungsplan erfassen und trotzdem je nach den effektiven Bedürfnissen unterschiedlich bewerten. Auf diese Weise wird im Stadium der Teil- oder Gesamtliquidation der Stiftungszweck vollumfänglich erfüllt. Ob der Verteilungsplan letztlich als Grundlage für die Teilliquidationen oder für eine Gesamtliquidation der Stiftung dient, ist bezüglich des Prinzips der Gleichbehandlung aller Destinatäre uner-

heblich. Wichtig und unabdingbar ist die Voraussetzung, dass der Verteilungsplan alle (aktiven und pensionierten) Destinatäre der Stiftung umfasst, dass alle Härtefälle gebührend gewichtet und auf alle Betroffenen die gleichen objektiven Kriterien (Verteilungsschlüssel) angewandt werden. Aus der Sicht der Aufsichtsbehörde erschiene es durchaus als sinnvoll, wenn der Stiftungsrat – wie im offenen Schreiben vom 23. September 1998 ausdrücklich festgehalten – das Verteilungsplansystem vom 9. März 1995, welches der Sachwalter ausgearbeitet hat, heranzieht und es allenfalls den aktuellen Gegebenheiten anpasst. Wichtig ist zudem, dass bei der Ausarbeitung und Beurteilung des Verteilungsplans ein Experte für berufliche Vorsorge im Sinne von Art. 53 Abs. 2 BVG beigezogen wird, dessen Bericht zusammen mit dem Verteilungsplan der Aufsichtsbehörde einzureichen ist. Diesen Anforderungen hat übrigens der Stiftungsrat nie widersprochen, sondern im Gegenteil verschiedentlich selbst darauf hingewiesen, dass ein Experte beigezogen werde (vgl. Schreiben von RA A. vom 16. Dezember 1997 und offenes Schreiben vom 9. Oktober 1998, Ziff. 3). Im Zusammenhang mit der mündlichen Orientierung vom 4. Februar 1999 durch die Aufsichtsbehörde hat sich allerdings herausgestellt, dass der Stiftungsrat dem in den vorgenannten Schreiben erwähnten Büro Dr. B., bislang kein Mandat als Experte erteilt hat.

Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht (ABVSA), 26. Februar 1999)

Art. 23 Abs. 1 und 2 FZG; Art. 10 Abs. 1 lit. a. BVV 1 – Gesamtliquidation einer BVG-Sammelstiftung mit Verteilung des freien Stiftungsvermögens auf die einzelnen Vorsorgewerke und kollektive Uebertragung der Vermögens auf eine andere Sammelstiftung; Streichnung aus dem Register für berufliche Vorsorge.

Aus den Erwägungen:

C.

Die Liquidationsbilanz per 30. April 1998 weist ein freies Stiftungsvermögen im Betrage von Fr. 662'952.50 aus. Dieses setzt sich aus den jährlich auf die einzelnen Vorsorgewerke vorverteilten freien Stiftungsmitteln (Fr. 364'223.54) sowie aus den übrigen freien Stiftungsmitteln (Fr. 298'728.96) zusammen. Letztere wurden aufgrund der Vertragsanschlussdauer der einzelnen Vorsorgewerke und der durchschnittlichen Altersgutschriften in den Jahren 1993–1996 auf die einzelnen Vorsorgewerke verteilt, von wo sie kollektiv der neuen Vorsorgeeinrichtung überwiesen werden sollen. Die Vorsorgekommissionen der Vorsorgewerke der angeschlossenen Arbeitgeber haben alle der Verteilung der freien Stiftungsmittel im vorgeschlagenen Sinn zugestimmt.

.....

E. Das ABVSA hat gemäss Art. 23 FZG darüber zu entscheiden, ob die Voraussetzungen für eine Gesamtliquidation erfüllt sind. Es genehmigt den Verteilungsplan. Die freien Mittel sind aufgrund des Vermögens, das zu Veräusserungswerten einzusetzen ist, zu berechnen.

Die Voraussetzungen für eine Gesamtliquidation des Stiftungsvermögens sind gegeben, nachdem sämtliche Anschlussverträge aufgelöst wurden und sich die einzelnen Arbeitgeber verschiedenen Vorsorgeeinrichtungen angeschlossen haben.

ABVSA, 2. Juli 1999

Art. 83 Abs. 2 ZGB; § 4 der Verordnung über die berufliche Vorsorge vom 18. August 1998 (BGS 846.1). – Massnahmen der Aufsichtsbehörde bei ungenügender Organisation und gesetzeswidrigen Vermögensanlagen (vorliegend Einsetzung einer kommissarischen Verwaltung zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes bzw. zur Durchführung der Liquidation der Stiftung).

Aus den Erwägungen:

.....

F. Sind die vorgesehene Organisation einer Stiftung und die Verwaltung des Vermögens unzureichend, hat die Aufsichtsbehörde die erforderlichen und geeigneten Massnahmen zu treffen, um die gesetzliche Ordnung wieder herzustellen (Art. 83 Abs. 2 ZGB). Sind die Verhältnisse einer Stiftung solcherart, dass ein Eingreifen der Aufsichtsbehörde als notwendig erscheint, weil z.B. zur Sicherung des Stiftungsvermögens ohne Verzug gehandelt werden muss oder weil die Verhältnisse unklar sind, so ist die Aufsichtsbehörde nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, vorsorgliche Massnahmen zu treffen (Riemer, Berner Kommentar zum ZGB, N 106 zu Art. 84). Der genaue Vermögensstand der Stiftung ist nicht bekannt, fest steht nur, dass praktisch das ganze Stiftungsvermögen in Form von Darlehen ohne entsprechende Sicherheiten bei der Stifterfirma und einer mit ihr wirtschaftlich verbundenen Unternehmung angelegt ist. Diese Anlagen sind nicht gesetzeskonform und müssen dringend angepasst werden, wobei die angeblich mangelnde Liquidität der Firmen eine kurzfristige Korrektur offenbar verunmöglicht und ein rasches aufsichtsbehördliches Handeln umso mehr erfordert. Auch werden ausstehende Forderungen seitens der Buchhaltungs- und Revisionsstelle geltend gemacht. Die zuständige Aufsichtsbehörde hat deshalb für die unverzügliche und korrekte Führung der Stiftungstätigkeit und die Wiederherstellung eines ordnungsgemässen Zustandes und die Sicherung des Stiftungsvermögens zu sorgen. Bei der Ergreifung von Aufsichtsmitteln ist der verwaltungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten (Riemer, Berner Kommentar zum ZGB, N. 88 zu Art. 84).

G. Der Stiftungsratspräsident, X., war bis jetzt mit Einzelzeichnungsbe-
rechtigung für die Stiftung geschäftsführend tätig. Er ist gleichzeitig nach
eigenen Aussagen aber auch einziger Destinatär der Stiftung. Seine Ehefrau
Y. ist als Mitglied des Stiftungsrates mit Kollektivunterschrift zu zweien im
Handelsregister eingetragen. Damit einem allfälligen Interessenkonflikt vor-
gebeugt werden kann, welchem X. als Verwaltungsratspräsident der Stifter-
firma bzw. als Stiftungsratspräsident und seine Ehefrau als Mitglied des Stif-
tungsrates bezüglich der Verantwortlichkeitsfrage ausgesetzt sein könnten
und weil die bisherigen Erfahrungen im Zusammenhang mit der Wiederher-
stellung eines ordnungsgemässen Zustandes der Stiftung zeigen, dass der
Stiftungsrat nicht bereit ist, mit der Aufsichtsbehörde kooperativ zusammen-
zuarbeiten und transparente Verhältnisse zu schaffen, sondern vielmehr die
Bereinigung der Situation zu verzögern sucht, sind X. und Y. in ihren Funk-
tionen als Stiftungsräte mit sofortiger Wirkung einzustellen und – gestützt
auf § 4 Bst. g) der kantonalen Verordnung über die berufliche Vorsorge vom
18. August 1998 – zu Lasten des Stiftungsvermögens eine kommissarische
Verwaltung einzusetzen.

ABVSA, 3. September 1999

*Art. 88 Abs. 1 ZGB, Art. 10 Abs. 1 lit. b. BVV I – Aufhebung und Liquidation
einer Stiftung sowie Streichung aus dem Register für berufliche Vorsorge bei
Unmöglichkeit der Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes
und drohendem Konkurs.*

Aus den Erwägungen:

.....

D. Die Abklärungen der Sachwalterin ergaben, dass die Nachführung der
Stiftungsrechnungen ab 1994 praktisch unmöglich ist, da die Belege unvoll-
ständig vorhanden bzw. nicht oder evtl. nur mit unverhältnismässigem Auf-
wand beizubringen sind. Auch wurden seitens der Stifterfirma die für die Fest-
stellung des aktuellen Vermögensstandes dringend benötigten Akten per 1998
und 1999 trotz Aufforderungen durch die Sachwalterin bis heute nicht beige-
bracht. Darüber hinaus bestehen gegen die Stiftung u. a. Forderungen sei-
tens der A.-Versicherungsgesellschaft (ausstehende Prämien für die Kollektiv-
Risikoversicherung), des Kantonsgerichts Zug (ausstehende Gerichtskosten)
sowie der B. Treuhand AG, Zug (durch Vergleich anerkannte Honorar-
forderung), für welche Betreibungen auf Konkurs bzw. Pfändung eingeleitet
sind. Für die Forderungen der Stiftung gegen die Stifterfirma und die ihr
nahestehende Firma X. AG, Zug, bestehen keine oder offensichtlich nur un-
genügende Sicherheiten. Ebenso ist die Handelbarkeit der im Depot bei der
X-Bank befindlichen Titel äusserst eingeschränkt. Für die Abwendung eines
Konkurses der Stiftung wären mehrere zehntausend Franken nötig, die weder
die Stiftung noch die Stifterfirma noch M. persönlich aufbringen können.

Eine Anfrage der Sachwalterin bei der Geschäftsstelle des Sicherheitsfonds BVG betreffend Deckung der Vorsorgeansprüche von M. als einzigem Destinatär der Stiftung und gleichzeitig als verantwortlichem Präsidenten des Stiftungsrates und des Verwaltungsrates der Stifterfirma in Personalunion ergab, dass die Geschäftsstelle das Vorgehen und Verhalten von M. als rechtsmissbräuchlich einstuft und er deshalb nicht mit einer Deckung seiner Vorsorgeansprüche durch den Sicherheitsfonds BVG rechnen kann.

Zudem haben die Nachforschungen der Sachwalterin zur Gewissheit geführt, dass die Y-Versicherungsgesellschaft den bestehenden Kollektiv-Risikovertrag (Rückversicherung der Stiftung) aufgrund ausstehender Prämienzahlungen bereits per 31. Dezember 1997 aufgelöst hat und die Stiftung somit ab jenem Zeitpunkt die gesetzlichen Voraussetzungen für die Durchführung der obligatorischen beruflichen Vorsorge nicht mehr erfüllen konnte bzw. kann.

E. Der drohende Konkurs der Stiftung und damit zusammenhängende zusätzliche, heute noch nicht bezifferbare Kosten, welche die Stiftung mangels Liquidität ohnehin nicht zu übernehmen in der Lage ist, kann bzw. können ordnungsgemäss nur durch die Aufhebung und Liquidation der Stiftung vermieden werden. Die Aufhebung einer Stiftung erfolgt grundsätzlich von Gesetzes wegen, sobald ihr Zweck unerreichbar geworden ist (Art. 88 Abs. 1 ZGB). Nachdem die Stiftung zahlungsunfähig ist und die Schuldner der Stiftung offensichtlich auch nicht in der Lage sind, ihre Ausstände vollumfänglich oder teilweise zu begleichen, ist die Stiftung mit sofortiger Wirkung im Register für berufliche Vorsorge zu streichen, da sie die gesetzlichen Voraussetzungen nicht mehr erfüllt und die erforderlichen Anpassungen vorzunehmen ausserstande ist (Art. 10 Abs. 1 Bst. b BVV1), und aufzuheben. Nachdem ferner M. als einziger Destinatär der Stiftung keine Deckung seiner Vorsorgeansprüche durch den Sicherheitsfonds BVG erwarten kann, ist ein allfälliger Liquidationsüberschuss zu seinen Gunsten der Stiftung Auffangeinrichtung BVG, Zweigstelle Zürich, bzw. gegebenenfalls der neuen Vorsorgeeinrichtung der Stifterfirma zu übertragen. Der Stiftung gehören danach keine Destinatäre mehr an. Die Stiftung muss die Stifterfirma darüber orientieren, dass sie sich unverzüglich und rückwirkend per 1. Januar 1998 bei einer registrierten Vorsorgeeinrichtung anschliessen muss (Art. 10 Abs. 3 BVV1). Der Stiftungszweck ist ohnehin schon durch die (allseitige) Zahlungsunfähigkeit unerreichbar geworden. Eine Aufhebung und Liquidation der Stiftung ist daher nicht nur gerechtfertigt, sondern insbesondere auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit geradezu zwingend notwendig, soll noch grösserer Schaden verhindert werden.

ABVSA, 13. Oktober 1999

VI. Verwaltungsrechtspflege

Art. 4 alt BV; Art. 3 Bst. a und 5 Bst. a Haager Uebereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1989 (SR 0.211.230.02); §§ 27, 28 Abs. 2 VRG; Ziff. 109, 114 Kantonsratsbeschluss über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen vom 11. März 1974 (Verwaltungsgebührentarif; BGS 641.1); §§ 8 f. insbesondere 9 Abs. 1 und 2 Verordnung über die Kosten im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vom 30. August 1977 (BGS 162.12). – Unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlicher Rechtsbeistand in einem Besuchsrechts(beschwerde)verfahren.

Erwägungen:

3. a) Die Beschwerdeführerin beantragt die unentgeltliche Rechtspflege sowie die unentgeltliche Rechtsverbeiständung durch Rechtsanwalt W. Gemäss Ziffer 114 des Kantonsratsbeschlusses über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen vom 11. März 1974 (Verwaltungsgebührentarif; BGS 641.1) dürfen für Amtshandlungen zum Schutze von Kindern keine Gebühren bezogen werden. Für allfällige Barauslagen wie Expertisen kann dagegen entsprechend Ziffer 109 des Verwaltungsgebührentarifs Ersatz verlangt werden. Laut § 27 Abs. 1 VRG kann die entscheidende Behörde die unentgeltliche Rechtspflege bewilligen, wenn einer Partei die nötigen Mittel fehlen, sie zur gehörigen Wahrung ihrer Interessen eines Rechtsbestandes bedarf und das Verfahren nicht aussichtslos ist. Nach dem Wortlaut von § 27 Abs. 2 VRG kann ein unentgeltlicher Rechtsbeistand nur im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht bestellt werden. Gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts ist jedoch von einem unmittelbar aus Art. 4 der Bundesverfassung fließenden Anspruch auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes auch im Verwaltungsverfahren auszugehen, sofern der Partei die nötigen Mittel fehlen, sie zur gehörigen Wahrung ihrer Interessen eines Rechtsbestandes bedarf und das Verfahren nicht aussichtslos ist (vgl. BGE 124 I 306 mit Hinweis). Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, bleibt nachstehend zu prüfen.

b) Für die Beurteilung der Bedürftigkeit sind die wirtschaftlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchstellung massgebend (vgl. BGE 122 I 6 mit Hinweisen). Die Bedürftigkeit ist zu bejahen, wenn die gesuchstellende Partei die Verfahrens- und die Anwaltskosten nicht aufzubringen vermag, ohne die Mittel anzugreifen, die sie für sich und die Familie zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts benötigt. Zu berücksichtigen sind die Einkommens- und Vermögensverhältnisse (vgl. BGE 124 I 98, mit Hinweisen), wobei hypothetische Einkommens- und Vermögenszurechnungen unzulässig sind (vgl. Andreas Kley-Struller, Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, in: Aktuelle juristische Praxis 2/95, S. 181). Die monatlichen Kosten der Gesuchstellerin und ihres Ehemannes werden in der Beschwerdeschrift mit Fr. 6251.20 beziffert. Die Schulden von Fr. 90'000.- per Ende 1998 bezahlt der Ehemann in monatlichen Raten von Fr. 885.- zurück. Diesen Ausgaben steht ein monatliches Einkommen des Ehemannes von Fr. 4'500.- zu-

züglich Fr. 500.- für Spesen gegenüber. Die Beschwerdeführerin arbeitet seit Februar 1999 als Aushilfe und erzielt ein durchschnittliches Monatseinkommen von rund Fr. 1'100.-. Über Vermögen verfügen die Beschwerdeführerin und ihr Ehemann nicht. Die für den Lebensunterhalt geltend gemachten Ausgaben erscheinen auch gemäss den zur Zeit geltenden Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für öffentliche Sozialhilfe grundsätzlich als realistisch, wobei die Mietkosten gemessen am Einkommen hoch sind. Aber selbst, wenn von einem tieferen Mietzins ausgegangen würde, wäre die Beschwerdeführerin trotz ihres seit Februar 1999 erzielten Einkommens angesichts der bestehenden Schulden nicht in der Lage, Verfahrens- und Anwaltskosten zu tragen. Der Hinweis des Beschwerdegegners, dass die Beschwerdeführerin die bei den Ausgaben aufgeführten Alimente für T gar nicht bezahle, ist bedeutungslos, da diese Alimente bis zu einer allfälligen Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge geschuldet sind. Somit ist die Bedürftigkeit ausgewiesen.

c) Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerdeführerin zur Wahrung ihrer Rechte einer Rechtsvertretung bedarf. Das Bundesgericht erachtet die Bestellung eines Rechtsbeistandes grundsätzlich als geboten, falls das in Frage stehende Verfahren besonders stark in die Rechtsstellung der bedürftigen Person eingreift. Andernfalls müssen zur relativen Schwere des Falles besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen die Beschwerdeführerin trotz der im Verwaltungsverfahren geltenden *Offizialmaxime* allein nicht gewachsen ist, wobei die sachliche Notwendigkeit der unentgeltlichen *Verbeiständung* massgebend bleibt (vgl. BGE 119 Ia 265f.). Verfahren betreffend den persönlichen Verkehr von Eltern mit ihren Kindern sind in der Regel heikel, oftmals komplex und für die Betroffenen vielfach einschneidend. In solchen Verfahren wird daher die unentgeltliche *Verbeiständung* grundsätzlich zu gewähren sein, sofern die übrigen Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Im vorliegenden Fall geht es jedoch nicht direkt um die Regelung des Besuchsrechts der Beschwerdeführerin, sondern um die Frage, wer mit der Erstellung des Gutachtens zu beauftragen und ob auch die *Obhutsfrage* zu prüfen sei. Das Gutachten untersteht der freien *Beweiswürdigung*, bildet aber eine wesentliche Entscheidungsgrundlage für eine allfällige Änderung des Besuchsrechts und greift damit zumindest indirekt erheblich in die Rechtsstellung der Beschwerdeführerin ein. Der Frage, wer mit dem Gutachten beauftragt wird, kommt deshalb eine grosse Bedeutung zu, auch wenn das Kindeswohl und nicht die Interessen der Mutter im Zentrum stehen. Dies zeigt sich darin, dass die Betroffenen auf Grund ihrer *Mitwirkungsrechte* im Verfahren zur Gutachtensperson regelmässig Stellung nehmen können. Die Notwendigkeit der *Rechtsverbeiständung* ist daher unter *Würdigung* aller Umstände zu bejahen.

d) Die unentgeltliche *Rechtspflege* und *-verbeiständung* wird nur gewährt, wenn das Verfahren nicht aussichtslos erscheint. Laut Bundesgericht ist die *Aussichtslosigkeit* zu bejahen, wenn die Aussichten auf *Obsiegen* beträchtlich geringer sind als die Aussichten auf *Unterliegen*. Entscheidend ist,

ob sich eine Partei, die über die erforderlichen Mittel verfügt, bei vernünftiger Überlegung zu einer Beschwerde entschliessen würde (BGE 124 I 306 mit Hinweis). Dass die vorliegende Beschwerde nicht als aussichtslos im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bezeichnet werden kann, zeigt sich schon darin, dass die Gutachterin wegen des fehlenden Vertrauens der Beschwerdeführerin auf ihr Mandat verzichtete. Somit sind die Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung erfüllt. Der Bestellung von W zum Rechtsvertreter steht nichts entgegen.

4. a) Gemäss Ziffer 114 des Kantonsratsbeschlusses über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen ist das Beschwerdeverfahren in Kinderschutzsachen – wie bereits erwähnt – gebührenfrei.

b) Nach § 28 Abs. 2 VRG ist im Rechtsmittelverfahren der ganz oder teilweise obsiegenden Partei eine Parteientschädigung nach Massgabe ihres Obsiegens zuzusprechen. Vorliegend ist der erste Beschwerdeantrag gegenstandslos, der zweite ist abzuweisen. Hinsichtlich des ersten Antrages ist daher summarisch zu prüfen, welche Partei obsiegt hätte, da es sich nicht rechtfertigt, bei Erledigung einer Beschwerde ohne Anspruchsprüfung eine Parteientschädigung generell zu verweigern (vgl. Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug 1995/1996, S. 193 mit Hinweis). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung keinen Einfluss auf eine allfällige Parteientschädigung zu Lasten der bedürftigen Partei hat. Im Falle des Unterliegens kann sie daher zur Zahlung einer Parteientschädigung verpflichtet werden (vgl. BGE 122 I 324 f. mit Hinweis). Die Beschwerdeführerin wirft der Gutachterin Befangenheit vor, da sich diese ihr gegenüber mehrmals negativ geäussert und in den Gutachten den Begriff «Kindesentführung» verwendet habe. Als Beweis für die negativen Äusserungen reichte die Beschwerdeführerin eine Aktennotiz ein. Diese trägt nur das Datum der Fax-Obermittlung an den Rechtsvertreter, Februar 1999. Aus der Tatsache, dass es mit dem Namen nach der Heirat der Beschwerdeführerin überschrieben ist, muss geschlossen werden, dass die besagte Aktennotiz nicht zur Zeit der Kontakte der Beschwerdeführerin mit der Gutachterin verfasst wurde, sondern erst später. Es kann angesichts der grossen Zeitspanne nicht ohne weiteres als erwiesen angenommen werden, dass die Gutachterin die behaupteten Äusserungen genau so auch tatsächlich machte. Selbst wenn dies der Fall wäre, vermöchten sie jedoch objektiv betrachtet nicht den Anschein von Befangenheit zu begründen. Solche Äusserungen wären unter den damaligen Umständen zu würdigen und nicht unter den heutigen. Damals jedoch musste der Beschwerdeführerin schliesslich die elterliche Gewalt über T entzogen werden. Der Begriff der Kindesentführung so dann ist der juristische Fachausdruck, der im Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1980 verwendet wird und genau den Sachverhalt umschreibt, welcher sich 1996 ereignete, nämlich das Verbringen eines Kindes in ein anderes Land unter Verletzung des Obhutrechts (vgl. Art. 3 lit. a

und Art. 5 lit. a des erwähnten Übereinkommens). Aus dem Umstand, dass die Gutachterin den Begriff «Kindesentführung» verwendete, kann somit keineswegs gefolgert werden, diese sei befangen. Der Hinweis der Beschwerdeführerin auf BGE 118 II 249 schliesslich geht fehl. Diesem Entscheid liegt ein anderer, mit dem vorliegenden Verfahren nicht vergleichbarer Sachverhalt zu Grunde, ging es doch dort um ein fachärztliches Gutachten, welches für eine fürsorgliche Freiheitsentziehung zwingend einzuholen ist. Dabei hielt das Bundesgericht fest, dass der Sachverständige, der ein Entlassungsgesuch zu beurteilen hat, sich nicht bereits im gleichen Verfahren über die Krankheit der betroffenen Person geäussert haben darf. Vorliegend jedoch gab die Gutachterin nicht in diesem Verfahren, sondern am 18. November 1996 eine Empfehlung zum Besuchsrecht ab und zwar gestützt auf die psychische Verfassung von T nach ihrer Rückkehr aus dem Ausland. Hintergrund der damaligen Empfehlung der Gutachterin für das Besuchsrecht war, T die Zeit und die Möglichkeit zu geben, ihre innere Sicherheit und ihr Gleichgewicht finden. Daraus kann nun keineswegs geschlossen werden, der Gutachtein fehle es an der erforderlichen Objektivität, wenn es darum geht, die Besuchsrechtsregelung rund drei Jahre später nochmals fachärztlich unter dem Aspekt des Kindeswohls zu überprüfen. Wie die Beschwerdeführerin mit Hinweis auf BGE 120 V 357 ff. selbst festhält, muss das Misstrauen objektiv begründet sein. Lediglich subjektive Empfindungen, wie sie die Beschwerdeführerin offensichtlich hegt, genügen für die Ablehnung eines Sachverständigen nicht. Die erforderliche Objektivität ist jedoch vorliegend, wie dargelegt, nicht gegeben. Unter dem Aspekt des Kindeswohl wäre die Gutachterin als frühere Bezugsperson von T vielmehr für die Erstellung des Gutachtens geeignet gewesen. Somit ist von der Abweisung der Beschwerde auszugehen. Die Beschwerdeführerin ist daher zu einer Parteientschädigung an den Beschwerdegegner zu verpflichten. Eine Entschädigung zu Gunsten der Gemeinde entfällt, da die Gemeinde in hoheitlicher Funktion am Verfahren beteiligt ist (§ 28 Abs. 2 Ziff. 1). Mangels einer Bestimmung über die Höhe der Parteientschädigung für das Verwaltungsverfahren ist die Verordnung über die Kosten im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vom 30. August 1977 (BGS 162.12) analog heranzuziehen. Gemäss § 8 f. der Kostenverordnung muss die Entschädigung für eine anwaltlich vertretene Partei angemessen sein. Das Honorar bewegt sich grundsätzlich zwischen Fr. 100.- bis Fr. 3'000.-, je nach Zeit- und Arbeitsaufwand, Wichtigkeit und Schwierigkeit der Sache sowie den sonstigen Interessen an der Beurteilung der Angelegenheit. Der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners reichte trotz schriftlicher Aufforderung der instruierenden Direktion des Innern vom 20. September 1999 keine Kostennote ein. Die Parteientschädigung ist daher von der Entscheidinstanz nach Ermessen festzulegen. Vorliegend ist von einem eher geringen Aufwand des Rechtsvertreters auszugehen. Unter Würdigung aller Umstände erscheint gestützt auf § 9 Abs. 1 und 2 der Kostenverordnung eine Entschädigung von Fr. 500.- angemessen.

Regierungsrat, 2. November 1999

C. Grundsätzliche Stellungnahmen

Gesetzliche Regelung der beruflichen Tätigkeit des Treuhänders

Am 13. Oktober 1980 reichte Kantonsrat Karl Ried, Unterägeri, folgende Motion (Nr. 4539) ein:

«Der Regierungsrat wird beauftragt, dem Kantonsrat eine Vorlage zu unterbreiten, in der die Ausübung der beruflichen Tätigkeit des Treuhänders gesetzlich geregelt wird. Verschiedene – auch an den Kanton Zug angrenzende – Kantone sind gegenwärtig mit Vorbereitungen beschäftigt, um die berufliche Tätigkeit des Treuhänders gesetzlich zu regeln. Der Treuhänder genießt grundsätzlich schon von seiner Berufsbezeichnung her ein erhebliches Vertrauen in der breiten Öffentlichkeit. Die Bestrebungen, das Publikum vor Missbrauch der Bezeichnung Treuhänder zu schützen, sind daher verständlich. Für die verantwortliche Führung eines Treuhandbüros müssen im Interesse der Öffentlichkeit vor allem zwei Voraussetzungen gegeben sein:

Unbescholtener Leumund und Vertrauenswürdigkeit
Genügende fachliche Ausbildung und Praxis

Auch für den bedeutsamen Finanz- und Handelsplatz Zug ist es m.E. wichtig und notwendig, die Tätigkeit des Treuhänders gesetzlich zu regeln, um Missbräuche nach Möglichkeit auszuschliessen.»

Hintergrund der Motion waren Vorkommnisse, in deren Nachgang sich ein Zuger Treuhänder wegen mehrfachen Betruges zu verantworten hatte.

Mit Bericht und Antrag vom 27. August 1985 (Nr. 5535) stellte der Regierungsrat dem Kantonsrat das Begehren, die Motion für nicht erheblich zu erklären. Der Regierungsrat war der Auffassung, eine Überprüfung des Leumundes und der Vertrauenswürdigkeit eines Treuhänders sei nur sinnvoll, wenn diese periodisch während der ganzen Berufstätigkeit stattfinden würde, was den Verwaltungsaufwand unverhältnismässig erhöhe. Bei der Überprüfung der fachlichen Kenntnisse bestünden Schwierigkeiten, den Examensstoff zu bestimmen, weil sich der Tätigkeitsbereich eines Treuhänders über zahlreiche Gebiete erstreckte und es auf eidgenössischer Ebene verschiedene Möglichkeiten gebe, Fachausweise oder Diplome zu erlangen. Ausserdem werde das Treuhandgewerbe oft über die Kantonsgrenzen hinaus ausgeübt, was seine gesetzliche Erfassung erschwere.

In der Kantonsratssitzung vom 28. November 1985 beschloss der Kantonsrat mit 37:35 Stimmen, die Motion in ein Postulat umzuwandeln.

Obwohl nicht ausdrücklich beschlossen worden ist, das Postulat erheblich zu erklären, ist aufgrund der Voten und aufgrund von § 39 Abs. 3 der Geschäftsordnung des Kantonsrates davon auszugehen, dass der Rat mit seinem Umwandlungsentscheid gleichzeitig das Postulat erheblich erklärte.

Die weitere Behandlung des Postulates wurde in der Folge zurückgestellt, weil der Bund wiederholt ankündigte, er wolle ein Finanzdienstleistungsgesetz erlassen. In der Zwischenzeit revidierte er das Bankengesetz (BankG; SR 952.0) teilweise. Sodann erliess er 1994 ein neues Anlagefondsgesetz (AFG; SR 951.31), 1995 das Börsengesetz (BEHG; SR 954.1) und 1997 das Geldwäschereigesetz (GwG; SR 955.0). Im Bereiche des allgemeinen Wirtschaftsrechts schuf der Bund 1995 das Binnenmarktgesetz (BGBM; SR 943.02), welches für alle Gewerbetreibenden den freien und gleichberechtigten Marktzugang innerhalb der Schweiz sicherstellen soll. Ausserdem hat die Schweiz mit siebzig weiteren Staaten am 13. Dezember 1997 im Rahmen des GATS (General Agreement on Trade in Services) das WTO-Abkommen über Finanzdienstleistungen unterzeichnet.

Nach Abschluss dieser Gesetzgebungsarbeiten des Bundes sind die Arbeiten zum Postulat im Sommer 1998 wieder an die Hand genommen worden. Es wurden verwaltungsintern verschiedene Mitberichte zur Situation auf dem Finanzplatz Zug und beim Bund Auskünfte über den Stand der weiteren Entwicklung des Bundesrechts eingeholt. Die entsprechenden Berichte gingen in der zweiten Hälfte des Jahres 1998 ein. Ende 1998 setzte das Eidg. Finanzdepartement sodann eine Expertengruppe ein, welche unter anderem prüft, ob und wie Finanzintermediäre (Vermögensverwalter und dergleichen), die heute nur der Geldwäscherei-Aufsicht unterstehen, einer umfassenderen institutionalisierten Aufsicht zu unterstellen sind. Ausserdem ist seitens der Zuger Behörden verschiedentlich Kontakt mit der Eidg. Bankenkommision gepflegt worden, letztmals mit einem Runder-Tisch-Gespräch im April 1999. Bei dieser Sachlage ist der Zeitpunkt für eine Behandlung des Postulates Ried gekommen.

Der Regierungsrat gliedert seinen Bericht wie folgt:

- 1 Zum Gegenstand des Postulates
 - 1.1 Begriff der Treuhandtätigkeit
 - 1.2 Finanzdienstleister auf dem Grauen Kapitalmarkt
2. Rechtlicher Rahmen eines Treuhänder- oder Finanzdienstleistungsgesetzes
 - 2.1 Handels- und Gewerbefreiheit (Wirtschaftsfreiheit) sowie Binnenmarkt
 - 2.2 Anlegerschutz im Finanzmarktrecht des Bundes
 - 2.3 Bundesrechtliche Vorschriften über das Erlangen von Berufsdiplomen
3. Beurteilung der Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung
 - 3.1 Allgemeine Oberlegungen

- 3.2 Praktische Gesetzgebungs- und Vollzugsprobleme
- 3.3 Weitere Aspekte
- 4. Antrag

1. Zum Gegenstand des Postulates

1.1 Begriff der Treuhändertätigkeit

Das Postulat verlangt die Ausarbeitung eines Gesetzes, welches die Regelung der Treuhändertätigkeit zum Gegenstand hat. Im rechtlichen Sinne bezeichnet Treuhand ein Vertragsverhältnis, mit welchem der Treuhänder nach Aussen unbeschränkte Verfügungsbefugnis über Vermögensrechte seines Klienten erhält. Diese Verfügungsbefugnis darf er nur gemäss den mit dem Auftraggeber getroffenen Absprachen ausüben. Auf der Einhaltung dieser internen Absprachen gründet das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Treuhänder und Mandanten. Im wirtschaftlichen Alltag ist das Tätigkeitsgebiet der Treuhänder weit vielfältiger, als es die rechtliche Definition erwarten lässt. Im Sinne einer unvollständigen Übersicht umfasst das Berufsfeld der Treuhänder folgende Tätigkeitsbereiche, deren Grenzen in der Praxis fließend sind:

Wirtschaftsprüfung, umfassend die klassische Revision von Unternehmungen, heute zunehmend aber auch das Erbringen von spezialisierten Dienstleistungen wie Revision von Informationssicherheits- und Umweltmanagementsystemen (Sicherheits- und Öko-Audits); *Unternehmensberatung*, die sich primär auf Beratungsdienste bei der Festlegung von Unternehmensstrategien, der Optimierung von Unternehmensstrukturen und Geschäftsprozessen, für Leistungsverbesserungen von Betrieben und Mitarbeitern sowie bei der Projektierung und Einführung neuer technologischer Lösungen in Unternehmungen bezieht; *Steuer- und Rechtsberatung*, wozu die traditionelle Steuerberatung von natürlichen Personen und Unternehmungen und die Beratung in allgemeinen Rechtsfragen gehört; Finanzwirtschaftliche Tätigkeiten, umfassend die Bereiche Unternehmensfinanzierung, Immobilientreuhand und -bewirtschaftung, Vorsorge- und versicherungsrechtliche Angelegenheiten sowie Vermögensberatung und -verwaltung.

Im Blickfeld des Postulates stehen die finanzwirtschaftlichen Tätigkeiten der Treuhänder. Das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Treuhänder und Klient manifestiert sich in diesem Bereich ganz besonders. Deshalb werden in der Öffentlichkeit, aber auch unter den Berufsgenossen, Verfehlungen einzelner Treuhänder, welche nicht die erforderlichen Kenntnisse, Erfahrungen oder persönlichen Eignungen besitzen, besonders kritisch gewürdigt. Die nach wie vor ungebrochene Aktualität dieses Problems belegen Einzelfälle aus dem Kanton Zug und aus benachbarten Kantonen, die in

jüngster Zeit vor den Schranken der Gerichte verhandelt wurden. Die Aktualität gilt umso mehr, als die Treuhänder ein wichtiger volkswirtschaftlicher Faktor für den Kanton Zug sind. Der Wirtschaftsstandort Zug ist auf diese Berufsgruppe für die Betreuung der Klientschaft angewiesen. Trotz vereinzelten spektakulären Fällen verhält sich diese Gruppe fast ausnahmslos korrekt. Der Regierungsrat unterstreicht, dass ein ganzer Berufsstand nicht durch einige wenige schwarze Schafe diskreditiert werden darf.

1.2 Finanzdienstleister auf dem Grauen Kapitalmarkt

Neuerdings stehen nicht nur betrügerische Tätigkeiten einzelner schwarzer Schafe der Treuhandbranche im Blickfeld der Öffentlichkeit und der Behörden. Das attraktive Umfeld des Wirtschafts- und Finanzplatzes Zug hat Finanz- und -Investmentgesellschaften angezogen, welche öffentlich oder über direkte Kundenansprachen (oft per Telefon) dubiose Finanzkonstrukte mit nicht marktüblichen Konditionen und sehr hohen Renditeversprechen gutgläubigen Anlegern verkaufen. Das auf dem «Grauen Kapitalmarkt» investierte Geld ist in aller Regel bereits nach wenigen nicht transparenten Transaktionen und/oder durch hohe Kommissionsverrechnungen innert Kürze verloren, oft bevor das Kapital effektiv zur Anlage kommt. Rückforderungen sind mangels hinreichender Sicherheiten, welche diese Anlagefirmen bieten, meist ohne Erfolg. Die Bekämpfung der Tätigkeit solcher Anlagebetrüger ist heute ein erheblicher und insgesamt zunehmender Bestandteil der Arbeit der Wirtschaftsabteilung des Zuger Untersuchungsrichteramtes. In der ersten Hälfte des Jahres 1999 waren dort 27 Fälle von Anlagebetrug hängig; jährlich gehen zwischen sieben und neun solcher Fälle ein. Auch die Zuger Strafgerichte sind seit Jahren mit entsprechenden Verfahren erheblich belastet; es kann auf den Rechenschaftsbericht des Obergerichtes für das Amtsjahr 1998 und die entsprechende Beratung des Kantonsrates vom 1. Juli 1999 verwiesen werden (Protokoll des Kantonsrates, Sitzung vom 1. Juli 1999, S. 274 ff.)

2. Rechtlicher Rahmen eines Treuhänder- oder Finanzdienstleistungsgesetzes

Unredliche Treuhänder und dubiose Finanzgesellschaften machen den Ruf nach einer staatlichen Regelung und Kontrolle der Tätigkeit von Finanzdienstleistern verständlich. Der rechtliche Rahmen für ein solches kantonales Gesetz ist freilich komplex geworden, da es verschiedene bundesrechtliche Vorschriften zu beachten gilt.

2.1 Handels- und Gewerbefreiheit (Wirtschaftsfreiheit) sowie Binnenmarkt

Die Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 Abs. 1 der Bundesverfassung/BV) garantiert jedermann die freie Berufswahl und Ausübung einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit. Das gilt auch für die Tätigkeit von Treuhändern und anderen Finanzdienstleistern. Art. 31 Abs. 2 BV behält aller-

dings kantonale Bestimmungen über die Ausübung von Handel und Gewerben vor. Solche Vorschriften dürfen jedoch – soweit die Bundesverfassung nichts anderes vorsieht – den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nicht beeinträchtigen; zulässig sind vor allem Einschränkungen aus polizeilichen Gründen, so zum Schutz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr.

Auch nach der neuen Bundesverfassung (nBV) müssen sich die Kantone an die Wirtschaftsfreiheit halten (Art. 27 und Art. 94 Abs. 1 nBV). Sie haben für günstige Rahmenbedingungen für die Wirtschaft zu sorgen, aber auch zur wirtschaftlichen Sicherheit der Bevölkerung beizutragen (Art. 94 Abs. 2 und 3 nBV): Wettbewerbsbeschränkende Einschränkungen sind nur aufgrund einer Ermächtigung in der Bundesverfassung oder aufgrund von kantonalen Regalrechten möglich (Art. 94 Abs. 4 nBV); wirtschaftspolizeiliche Vorschriften der Kantone sind somit auch unter der neuen Bundesverfassung grundsätzlich möglich.

Das Binnenmarktgesetz (BGBM) freilich gewährleistet, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Marktzugang geniessen (Art. 1 Abs. 1 BGBM). Jede Person hat daher das Recht, überall – und damit auch im Kanton Zug – Treuhand- und Finanzdienstleistungen anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Herkunftskanton zulässig ist (Art. 2 Abs. 1 BGBM), was für Treuhand- und andere Finanzdienstleistungen mit Ausnahme des Kantons Tessin ohne weiteres zutrifft. Der freie Marktzugang für internationale Anbieter im Bereich der Treuhand- und Finanzdienstleistungen wird im Nachgang zu dem vom Bund abgeschlossenen WTO-Abkommen über internationale Finanzdienstleistungen zukünftig an Bedeutung noch zunehmen, weil das Abkommen grundsätzlich die freie international grenzüberschreitende Erbringung von Finanzberatungen gewährleisten will. Nach geltender Ordnung können die Kantone jedoch den freien Marktzugang für schweizerische ortsfremde Anbieter einschränken, wenn die entsprechenden Beschränkungen gleichermaßen für Ortsansässige gelten und die Beschränkungen unerlässlich zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen sowie verhältnismässig sind (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Solche überwiegenden öffentlichen Interessen sind zum Beispiel die Lauterkeit des Handelsverkehrs und der Konsumentenschutz (Art. 3 Abs. 2 Bst. c BGBM). Ob darauf gestützte kantonale Bestimmungen für ausländische Anbieter in Zukunft vor den Bestimmungen des WTO-Abkommens für Finanzdienstleistungen noch Bestand haben können, ist heute offen, doch besteht auf internationaler Ebene unverkennbar die Tendenz, Handelschranken abzubauen.

2.2 Anlegerschutz im Finanzmarktrecht des Bundes

Der Schutz gutgläubiger Anleger steht im Zentrum der Finanzmarktgesetzgebung des Bundes. So benötigt, wer eine Bank betreiben und gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennehmen will, seit jeher eine Bewilligung

der Eidg. Bankenkommission, welche die Geldinstitute einer strengen Aufsicht unterzieht (Art. 1-3 sowie Art. 23 BankG). Allerdings gilt das Bankengesetz nicht für Treuhänder, Vermögensverwalter, Notare usw., die lediglich die Gelder ihrer Kunden aufgrund einer Vollmacht verwalten. Die Errichtung und der Vertrieb von Anlagefonds hingegen unterliegen ebenfalls der Bewilligung und Aufsicht der Eidg. Bankenkommission (Art. 7, 10, 18 und 22 AFG). Das Börsengesetz unterstellt sodann den gewerbsmässigen Handel mit Effekten der Bewilligungspflicht und Aufsicht durch die Bankenkommission (Art. 10 und Art. 34 BEHG). Als Effekten gelten vereinheitlichte und zum massenweisen Handel geeignete Wertpapiere, nicht verurkundete Rechte mit gleicher Funktion (Wertrechte) und Derivate (Art. 2 Bst. a BEHG). Gestützt auf diese Bestimmungen ist die Eidg. Bankenkommission in letzter Zeit auch gegen Finanzgesellschaften im Kanton Zug eingeschritten und hat deren Zwangsliquidation angeordnet, weil die Voraussetzungen für eine Bewilligung nach Börsengesetz nicht gegeben waren (Verfügungen der Eidg. Bankenkommission seit 1998 gegen die Firmen Unia Industrie Holding AG, Prime Core AG, Baco Securities AG, CF Capitals Futures AG, OCH Ost Com Holding AG sowie die Mentano AG). In diesem Zusammenhang ist auch auf den strafrechtlichen Schutz der Anleger hinzuweisen, der – auch wenn er im Einzelfall erst nachträglich greift – von rechtspolitischen Zielsetzung her auch präventive Ziele verfolgt. So stellt das Strafgesetzbuch Betrug, Veruntreuung, ungetreue Geschäftsführung sowie Urkundenfälschung unter Strafe. Die entsprechenden Untersuchungen sind von den Kantonen zu führen. Das Geldwäschereigesetz schliesslich dient primär der Erhaltung eines «sauberen» Finanzplatzes Schweiz.

Deshalb sind diesem Gesetz sämtliche Finanzintermediäre (Treuhänder, Vermögensverwalter usw.) unterworfen (Art. 2 GwG). Sie stehen im Kanton Zug unter der Aufsicht einer vom Bund anerkannten Selbstregulierungsorganisation (Verein zur Qualitätssicherung im Bereich der Finanzdienstleistungen VQF).

2.3 Bundesrechtliche Vorschriften über das Erlangen von Berufsdiplomen

Schon heute bestehen vom Bund genehmigte Reglemente über das Erlangen von eidgenössischen Fachausweisen und Diplomen in verschiedenen Sachbereichen der Treuhand- und Finanzdienstleistungsbranche (Art. 51 ff. des Berufsbildungsgesetzes des Bundes/BBG/SR 412.10 sowie Art. 44 der Berufsbildungsverordnung/BBV/SR 412.101). Die entsprechenden Ausweise (eidg. dipl. Buchhalter, Bücherexperte, dipl. Controller, dipl. Treuhandexperte usw.) geniessen im Markt aufgrund der notwendigen anspruchsvollen Prüfung, deren Absolvierung einige Jahre Berufspraxis voraussetzt, einen ausgezeichneten Ruf. Bis vor kurzem bestanden zwar noch keine Vorschriften über das Erlangen von Diplomen im Bereiche der Anlageberatung und integrierten Finanzplanung für Private. Die neu gegründete Swiss Financial Planners Organization (SFPO) hat sich jedoch zum Ziel gesetzt, in Zusammenar-

beit mit Aus- und Weiterbildungsinstituten sowie Unternehmungen der Finanzindustrie einen Qualitätsstandard für professionelle Finanzplaner zu schaffen. Zu diesem Zweck soll der Titel eines Certified Financial Planners (CFP) verliehen werden. Die Hürden für den Diplomerwerb sind hoch und setzen ausser eine qualifizierte Vorbildung spezifische Berufspraxis in der Branche voraus. Der Qualitätsstand soll durch eine vorgeschriebene permanente Weiterbildung erhalten bleiben.

3. Beurteilung der Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung

3.1 Allgemeine Überlegungen

Der Regierungsrat hat bereits in seinem Bericht und Antrag vom 27. August 1985 zur Motion Ried (Vorlage Nr. 5535) ein gewisses Verständnis für den Ruf nach einer gesetzlichen Regelung der Treuhändertätigkeit bekundet. Wenn er damals für die Nichterheblicherklärung der Motion eingetreten ist, so war dieser Antrag mit der Einsicht verbunden, dass eine gesetzliche Regelung der Treuhändertätigkeit mit schwierigen praktischen Problemen sowohl bei der Ausformulierung eines Gesetzes als auch beim Vollzug verbunden ist. Das hat denn auch bisher alle Kantone mit Ausnahme des Tessins davon abgehalten, ein umfassendes Treuhändergesetz zu erlassen; soweit wie im Falle von Graubünden ein solches bestand, ist es nach nur wenigen Jahren aus praktischen Erwägungen wieder aufgehoben worden. Bereits bei der Definition der Bewilligungsvoraussetzungen und der Definition der Voraussetzungen, die für die Zulassungsprüfung zu fordern waren, stellten die Vollzugsorgane vor erhebliche Schwierigkeiten. Heute kennen lediglich einzelne Kantone eine Bewilligungspflicht für Teilbereiche der Treuhandtätigkeit, so zum Beispiel für die gewerbliche Immobilienvermittlung (Aargau) oder die Ausübung von Sachwaltermandaten bei Unternehmenssanierungen (Luzern). Die Erfahrungen des Kantons Tessin mit seinem umfassenden Treuhändergesetz werden unterschiedlich beurteilt. Nicht auszuschliessen ist, dass Personen und Gesellschaften, denen die Treuhänderbewilligung verweigert wird, von benachbarten Kantonen aus im Bewilligungskanton tätig werden, auch wenn sie dazu keine Niederlassung gründen.

Es darf mit anderen Worten nicht verkannt werden, dass heute der Treuhand- und Finanzdienstleistungsmarkt klar nationale und internationale Dimensionen aufweist. Missbrauchsfälle, wie sie leider im Kanton Zug vereinzelt vorgekommen sind, können daher mit einem auf das Kantonsgebiet beschränkten Gesetz nur schwerlich verhindert werden, zumal nach dem Beitritt der Schweiz zum WTO-Abkommen über die internationale Freizügigkeit von Finanzdienstleistungen nicht auszuschliessen ist, dass internationale Anbieter von den Kantonen nur beschränkt vom Markt ferngehalten werden können. Eine in der Sache nicht gerechtfertigte und auch zielwidrige

Diskriminierung von ortsfremden Schweizer Anbietern, die gestützt auf ein kantonales Gesetz vom Markt ferngehalten werden, ist damit nicht von vornherein auszuschliessen.

Eine gesetzliche Erfassung der Treuhand- und Finanzdienstleistungsbranche ist daher nur sinnvoll, wenn eine für alle kantonalen Märkte geltende, wettbewerbsneutrale einheitliche Lösung des Problems erfolgt. Das kann, auch wenn der Kanton Zug heute über die Kompetenz verfügt, die Treuhand- und Finanzdienstleistungsbranche im engen Rahmen des bestehenden Bundesrechts zu regulieren, sinnvollerweise nur durch Bundesrecht erfolgen. Der Bund hat sich denn auch in Art. 98 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung, welche voraussichtlich am 1. Januar 2000 in Kraft treten wird, die Kompetenz in Form einer Kann-Vorschrift vorbehalten, neben der Banken-, Anlagefonds- und Börsengesetzgebung ein umfassendes Bundesgesetz über Finanzdienstleistungen zu erlassen. Vorarbeiten dazu hat er Ende 1998 einer Expertenkommission in Auftrag gegeben. Auch wenn die Arbeiten für ein umfassendes Finanzdienstleistungsgesetz des Bundes noch einige Zeit in Anspruch nehmen dürften, so würde mit Inkrafttreten eines solchen Bundesgesetzes das kantonale Gesetz in absehbarer Zeit durch Bundesrecht abgelöst. Das spricht gegen den Erlass eines kantonalen Treuhänder- oder Finanzdienstleistungsgesetzes.

3.2 Praktische Gesetzgebungs- und Vollzugsprobleme

Schwierige und im Ergebnis kaum lösbare Fragen wären auch mit der Bestimmung des Inhaltes eines Treuhänder- oder Finanzdienstleistungsgesetzes verbunden. Während zum Beispiel der Zugang zum Anwaltsberuf ein akademisches Studium und eine klar strukturierte praktische Tätigkeit bei Gericht oder in der Advokatur mit anschliessender Prüfung voraussetzt, wäre der Zugang zum Treuhänderberuf bzw. zur Finanzdienstleistungsbranche weit schwieriger gesetzlich zu definieren, weil das Berufsfeld wenig homogen ist (vgl. vorne Ziffer 1.1). Sodann müsste auch beachtet werden, dass wohl keiner kantonalen Bewilligung bedarf, wer bereits eine Bewilligung nach Banken-, Anlagefonds- oder Börsengesetz benötigt, was in der Praxis zu erheblichen Abstimmungsproblemen führen würde, weil der Anwendungsbereich vor allem des Börsengesetzes nicht in allen Teilen klar ist. Langwierige Rechtsstreitigkeiten mit den damit verbundenen Rechtsunsicherheiten wären die unerwünschte Folge. Komplex wären auch die Übergangsrechtlichen Fragen. So müsste etwa entschieden werden, ob die heute im Treuhänder- und Finanzdienstleistungsgeschäft Tätigen nachträglich eine Bewilligung einholen müssten, welche wohl vom Vorliegen einer universitären Ausbildung oder eines eidgenössischen Diploms abhängig gemacht werden müsste. Eine entsprechende Forderung wäre nach Auffassung des Regierungsrates eine unverhältnismässige und damit verfassungswidrige Einschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit. Würde für die Übergangszeit ersatzweise auf die Anzahl Berufsjahre abgestellt, wäre nicht viel gewonnen,

da die Definition der Anzahl Jahre weitgehend Ermessenssache ist und überdies der mit datenschutzrechtlichen Schwierigkeiten verbundene Nachweis einer gewissen Anzahl Referenzmandate zu verlangen wäre, um die notwendige Fachkenntnis nachzuweisen.

Nach Auffassung des Regierungsrates ist es richtig und wichtig, den Wirtschafts- und Finanzplatz Zug sauber zu halten. Er unterstützt daher bereits heute im Rahmen des Möglichen die Tätigkeit der zuständigen Bundesorgane im Bereiche der Kapitalmarktaufsicht, welche – wie erwähnt – mit der Zwangsliquidation von einzelnen Firmen auch erste Erfolge aufweist. Es ist ausserdem Aufgabe aller Behörden des Kantons, seine Untersuchungs- und Strafbehörden personell und sachlich so auszustatten, damit die bestehenden (Straf) Gesetze wirkungsvoll angewendet werden und Straftäter ihrer Strafe nicht entgehen. Entsprechende Berichte und Diskussionen liegen dem Kantonsrat bereits im Zusammenhang mit anderen Geschäften vor (vgl. unter anderem Interpellation Josef Lang betreffend drohende Verjährung eines Strafverfahrens gegen einen Zuger Wirtschaftsanwalt vom 26. November 1997, KR-Vorlage Nr. 505.1-9381, Antwort des Obergerichtes vom 29. April 1998, KR-Vorlage Nr. 505.2-9498 sowie Protokoll des Kantonsrates, Sitzung vom 2. Juli 1998, S. 2091; Motion Willi Wismer betreffend Reorganisation und Ausbau der Strafgerichtsbarkeit im Kanton Zug vom 17. November 1997, KR-Vorlage Nr. 503.1-9379, Bericht und Antrag des Obergerichtes vom 9. Juni 1999, Vorlage Nr. 575.1-9555, Bericht und Antrag der erweiterten Justizprüfungskommission vom 18. August 1998, KR-Vorlage Nr. 575.6-9630).

3.3 Weitere Aspekte

Der Verwaltungsaufwand für den Vollzug eines kantonalen Treuhänder- oder Finanzdienstleistungsgesetzes darf nicht unterschätzt werden. Während zum Beispiel die Aufsicht über die Anwälte und freiberuflichen Urkundspersonen in allen Kantonen seit Jahren einer bestehenden staatlichen Organisation, nämlich den Gerichten oder besonderen Aufsichtskommissionen mit Richtern und Anwälten bzw. Notaren übertragen ist, müsste für das Treuhänder- und Finanzdienstleistungsgewerbe eine neue Aufsichtsorganisation geschaffen werden. Damit diese eine wirkungsvolle Aufsicht führen könnte, wäre sie mit mehreren fachlich ausgewiesenen Personen zu bestücken, was entsprechende Kostenfolgen mit sich bringen würde. Auch darf der Aufwand für die Aufbauarbeit einer Kontrollorganisation nicht unterschätzt werden, wie das Beispiel des Bundes mit seiner Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei zeigt; es wäre wenig überzeugend, eine Bewilligungspflicht einzuführen, diese aber mit einer nicht schlagkräftigen Organisation zu überwachen. Die Aufsicht könnte zwar unter gewissen Voraussetzungen einer Selbstregulierungsorganisation zum Beispiel der Zuger Treuhändervereinigung oder dem Verein für die Qualitätssicherung im Bereich der Finanzdienstleistungen – übertragen werden, doch wären in einem solchen Falle weder die praktischen Vollzugsprobleme gelöst noch ein beträchtliches finan-

zielles Engagement des Kantons vermieden. Da die Selbstregulierungsorganisation eine an sich staatliche Aufgabe übernimmt, müsste deren Arbeit nicht nur in einem gewissen Umfang finanziell abgegolten werden, sondern wiederum vom Kanton überwacht werden.

Im übrigen ist der Kanton Zug auch im präventiven Bereich seit Jahren tätig. Das beweist die Initiative der Finanzdienstleistungsbranche im Zusammenhang mit der Gründung einer Selbstregulierungsorganisation im Bereich der Geldwäscherei, welche gesamtschweizerisch richtungsweisende Bedeutung eingenommen hat. Ausserdem ist die Sicherheitsdirektion verantwortlich für das Projekt einer Fachhochschule für Wirtschaftskriminalistik, eine Initiative der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren und der Privatwirtschaft. Mit dieser Fachhochschule soll ein Beitrag zur Prävention und Früherkennung von Problemfällen geleistet werden. Nicht zu vergessen sind auch die Bemühungen der 1986 (im Nachgang zu den im Postulat Ried angesprochenen Vorfällen) gegründeten Zuger Treuhändervereinigung (ZTV). Sie hat sich zum Ziel gesetzt, einen massgeblichen Beitrag zu leisten, damit das Ansehen der Treuhandbranche gewahrt und gefördert wird.

4. Antrag

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass unter Abwägung aller Vor- und Nachteile einer kantonalen gesetzlichen Regelung der Tätigkeit der Treuhänder bzw. Finanzdienstleister zum Schutz des Publikums die Schwierigkeiten, eine praktikable und wirksame Lösung zu finden, unüberbrückbar sind. Die Regelung der Treuhändertätigkeit und der Finanzdienstleistungsbranche ist auf Grund der heutigen Marktsituation ein Problem von nationaler und internationaler Dimension, was nach einer Lösung im Bundesrecht ruft. Zudem besteht bereits heute ein relativ enges Korsett an bundesrechtlichen Vorschriften im Bereiche des Kapitalmarktrechts. Eine allfällige kantonale Lösung wäre überdies auf Grund der dem Bund in der neuen Bundesverfassung eingeräumten Kompetenzen nur von vorübergehender Dauer.

Schliesslich stellen die praktischen Probleme der Ausformulierung eines Gesetzes und des täglichen Vollzugs grosse Hürden dar. Die Eigenverantwortung jedes Bürgers, sich nicht durch überhöhte Renditeversprechen von Treuhändern oder anderen Finanzdienstleistern verleiten zu lassen, kann im übrigen auch ein kantonales Gesetz nicht abnehmen, zumal heute allgemein bekannt sein dürfte, dass sich namentlich zweistellige Gewinnaussichten bei Vermögensanlagen ohne sehr erhebliche Risiken nicht dauerhaft verwirklichen.

An seiner Sitzung vom 30. September 1999 beschloss der Kantonsrat gemäss Antrag des Regierungsrates vom 17. August 1999 (Nr. 696.1-9929) das Postulat Ried nicht erheblich zu erklären und als erledigt vom Geschäftsverzeichnis abzuschreiben.