



Gerichts-  
und Verwaltungspraxis  
des Kantons Zug  
2000

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 . . . . .	17
<i>A. Gerichtspraxis</i>	
I Staats- und Verwaltungsrecht . . . . .	43
1. Steuern und Abgaben . . . . .	43
2. Sozialversicherungsrecht . . . . .	49
3. Bau- und Planungsrecht . . . . .	59
4. Umweltrecht . . . . .	84
5. Naturschutzrecht . . . . .	84
6. Personalrecht. . . . .	89
7. Fürsorgerische Freiheitsentziehung . . . . .	92
8. Strassenverkehrsrecht . . . . .	97
9. Sozialhilferecht . . . . .	102
10. Finanzrecht . . . . .	105
11. Verfahrensrecht . . . . .	112
II. Zivilrecht . . . . .	113
1. Familienrecht . . . . .	113
2. Obligationenrecht . . . . .	129
III. Schuldbetreibung und Konkurs . . . . .	141
IV. Strafrecht . . . . .	165
V. Rechtspflege . . . . .	173
1. Zivilrechtspflege . . . . .	173
2. Strafrechtspflege. . . . .	178
<i>B. Verwaltungspraxis</i>	
I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden . . . . .	193
Aufenthalt und Niederlassung. . . . .	193

II. Zivilrecht . . . . .	199
1. Familienrecht . . . . .	199
2. Erbrecht . . . . .	213
III. Schule, Kultur, Denkmalpflege . . . . .	221
1. Schule. . . . .	221
2. Denkmalpflege . . . . .	225
IV. Bauwesen. . . . .	229

*C. Grundsätzliche Stellungnahmen*

Datenschutzpraxis . . . . .	237
1. Vorbemerkungen . . . . .	237
2. Kantonsgericht verlangt Einblick in bzw. Herausgabe von Akten der Sicherheitsdirektion . . . . .	238
3. Stellungnahme zur Videoüberwachung von öffentlichen Räumen . . . . .	239
4. Einsicht von Mitarbeitenden der Verwaltung in das eigene Personaldossier . . . . .	241
5. Einbürgerungsgesuche: Welche Informationen muss der Kantonsrat haben? . . . . .	241
6. Datenschutz im Einbürgerungsverfahren . . . . .	242
7. Politische Rechte – Amtsgeheimnis von Referendumsunterzeichnenden . . . . .	244

# Inhaltsverzeichnis 2000

## A. Gerichtspraxis

### Staats- und Verwaltungsrecht

#### 1. Steuern und Abgaben

- §§ 33 und 34 GStG. – Die Entschädigung für Ausnützungstransfer fällt nicht unter die Grundstückgewinnsteuer, sondern unter die Einkommenssteuer. 43
- § 8 GStG. – Grundstücksgewinn. Unter welchen Voraussetzungen sind die Anlagekosten eines abgebrochenen Gebäudes anrechenbar? 44
- §§ 11 und 27 GStG. – Mietzinsgarantie als Erlösminderung. Revisionsweise Berücksichtigung. 47

#### 2. Sozialversicherungsrecht

- Art. 51 AVIG. – Insolvenzenschädigung. Der einzelunterschriftsberechtigte Geschäftsführer einer GmbH hat im Fall des Konkurses keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung. Dies gilt auch für seine Ehefrau. 49
- Art. 15 und 28 AVIG. – Die einwöchige Frist zur Meldung einer Arbeitsunfähigkeit ist eine Verwirkungsfrist mit der Folge, dass eine arbeitslose Person bei verspäteter Meldung keinen Taggeldanspruch für die Tage vor der Meldung hat, sofern nicht ein entschuldbarer Grund vorliegt. 50
- Art. 9 Abs. 1 UVV. – Zur Glaubhaftmachung eines Unfalls müssen über das konkrete Unfallgeschehen genaue und wenn möglich ins Einzelne gehende Daten namhaft gemacht werden, aufgrund derer der Versicherer in die Lage versetzt wird, sich über die Tatumstände ein Bild zu machen und diese in objektiver Weise abzuklären. Der Nachweis eines Schadens, der möglicherweise auf einen Unfall zurückgehen könnte, genügt allein nicht, um die Leistungspflicht des Unfallversicherers zu begründen. 53
- Art. 51 AVIG und Art. 74 AVIV. – Der gesetzliche Zweck der Insolvenzenschädigung besteht im Schutz der Lohnguthaben und damit in der Sicherstellung des Lebensunterhalts des Arbeitnehmers im Konkursfall des Arbeitgebers. Anspruch besteht aber nur, wenn der Arbeitnehmer seine Lohnforderung (wenigstens) glaubhaft machen kann. 56

### 3. Bau- und Planungsrecht

- Art. 24 RPG, Art. 30 USG, Art. 16 TVA. – Gelände­veränderungen durch Deponierung von Aushub aus der Nachbarschaft zur Erleichterung der landwirtschaftlichen Bewirtschaftung unterliegen der Bewilligung unter raumplanerischen, landschaftsschützerischen, umweltrechtlichen und gewässerrechtlichen Gesichtspunkten.* 59
- Art. 27 RPG, § 5<sup>bis</sup> BauG (vgl. GS 23, 92 heute § 3 PBG). – Planungszone. Zulässigkeit der Planungszone für die Freihaltung zwecks Strassenplanung. Keine Anrechnung anderer Planungs­massnahmen auf die gesetzliche Dauer der Planungszone.* 62
- §§ 33 VV BauG, § 29 PBG, §§ 61 ff. BO Baar. – Arealbebauung auf Verlangen des Gemeinderates. Die Kompetenz des Gemeinderates ist gesetzeskonform. Differenzierte Anwendung nach planungsrechtlich begründeten Interessen.* 71
- Art. 24 RPG, § 19 BauG/§ 18 PBG, § 61 BO Zug. – Umnutzung einer gewerblichen Liegenschaft ausserhalb der Bauzone. Änderung in Restaurant nach alt Art. 24 unzulässig.* 76
- § 19 BauG, § 18 PBG, § 61 BO, Art. 15 USG. – Herrichtung des Hartplatzes einer Schulanlage für Ballhockey. Bewilligungsanforderungen bei Platz teils in der Bauzone, teils in der Freihaltezone.* 79

### 4. Umweltrecht

- Siehe GVP Verwaltungsgericht 2000 V-8 und GVP Verwaltungsgericht 2000 V-12* 84

### 5. Naturschutzrecht

- Art. 78 Abs. 5 BV, Art. 23b NHG. – Moore und Moorlandschaften. Moorlandschaft Zugerberg.* 84

### 6. Personalrecht

- Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 1. April 1976 (VRG, BGS 162.1). § 81 Abs. 1 VRG, § 99 GG, Regl. der ev. ref. Kirchgemeinde. – Die evangelisch-reformierte Kirchgemeinde hat ein eigenes Besoldungsreglement. Für Streitigkeiten gilt das Klageverfahren vor Verwaltungsgericht.* 89

### 7. Fürsorgerische Freiheitsentziehung

- Art. 397a ZGB. – Fürsorgerische Freiheitsentziehung. Voraussetzungen, unter denen die nötige persönliche Fürsorge nur im Rahmen eines stationären Klinikaufenthaltes erwiesen werden kann.* 92

## 8. Strassenverkehrsrecht

- Art. 3 SVG, Art. 108 SSV. – Tempo 30-Zone. Rechtliche Zulässigkeit für Quartier Rosenberg in Zug bejaht.* 97

## 9. Sozialhilferecht

- § 3 Abs. 3 SHG. – Einschränkung der Sozialhilfe wegen Verweigerung der zumutbaren Mitwirkung.* 102

## 10. Finanzrecht

- § 24 FHG. – Rahmenkredit als Verpflichtungskredit für ein Programm. Minimalanforderungen an ein «Programm».* 105

## 11. Verfahrensrecht

- Siehe GVP Verwaltungsgericht 2000 V-3; V-5 und V-14* 112

# II. Zivilrecht

## 1. Familienrecht

- Art. 115 ZGB: Eine Scheinehe stellt einen schwerwiegenden Grund nach Art. 115 ZGB dar.* 113

- Art. 115 ZGB – Scheidungsanspruch wegen Fremdgehen (Erw. 1) und Arbeiten des beklagten Ehegatten in einem Sex- und Massagesalon (Erw. 2) unter den konkreten Umständen verneint.* 119

- Art. 165 Abs. 1 ZGB – Ob die Klägerin sechs bis acht Stunden oder maximal zwei Stunden wöchentlich im Geschäft des Beklagten tätig war, kann grundsätzlich dahingestellt bleiben. Die Arbeitsleistung der Klägerin ist in beiden Fällen lediglich als Mithilfe zu betrachten, welche nicht zu entschädigen ist, insbesondere da der Beklagte unbestrittenermassen zeitweise im gleichen Umfang Arbeiten im gemeinsamen Haushalt übernommen hat.* 121

- Art. 165 Abs. 2 ZGB – Der Ehemann hat keinen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung nach Art. 165 Abs. 2 ZGB, wenn er der Ehefrau während der Ehe eine Weiterbildung mitfinanzierte, diese aber den Haushalt besorgte bzw. teilweise erwerbstätig war.* 123

- Art. 163 ZGB. – Zumutbarkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit bzw. der Ausdehnung derselben durch die Ehefrau nach Auflösung des gemeinsamen Haushalts. Bemessungskriterien; hypothetisches Einkommen.* 126

## 2. Obligationenrecht

- Art. 32 OR – Die Vertretungswirkung tritt ein, wenn der Vertreter Vertretungsmacht hat und er dem Dritten anlässlich des Vertragsabschlusses ausdrücklich oder stillschweigend anzeigt, dass das abzuschliessende Geschäft für einen andern, den Vertretenen, wirken soll. Ferner tritt Vertretungswirkung ein, wenn der Vertreter Vertretungsmacht hat und es dem Dritten (bewusst oder unbewusst) gleichgültig ist, mit wem er den Vertrag schliesst.* 129
- Art. 112 OR – Eine Garantieerklärung gegenüber dem kantonalen Amt für Ausländerfragen, wonach ein Gastgeber in der Schweiz sich verpflichtet, für alle mit dem Aufenthalt eines Gastes in der Schweiz zusammenhängenden Kosten aufzukommen, ist ein echter Vertrag zu Gunsten Dritter zwischen dem Gastgeber und dem Gast. Dritte, die für den Gast Leistungen im Zusammenhang mit dessen Aufenthalt erbringen, erlangen ein direktes Forderungsrecht gegenüber dem Gastgeber, sofern die Kosten nicht bereits durch den Gast selbst oder eine Versicherung bezahlt wurden. Dies gilt auch für Kosten die durch Krankheit oder Unfall des Gastes entstehen.* 130
- Art. 697a ff. OR. – Formelle und materielle Voraussetzungen für die Anordnung einer Sonderprüfung. Es obliegt dem Gesuchsteller, den Zusammenhang zwischen dem von ihm anvisierten Aktionärsrecht und dem Thema der beantragten Untersuchung glaubhaft zu machen. Ferner hat der Gesuchsteller die konkreten Gesetzes- oder Statutenverletzungen substantiiert darzulegen.* 132
- Art. 727 f. OR/Art. 86 Abs. 3 HregV – Voraussetzungen für den Widerruf der Auflösung einer Gesellschaft infolge nachträglicher Eintragung einer Revisionsstelle im Handelsregister* 139

## III. Schuldbetreibung und Konkurs

- Art. 22, 39 Abs. 1, 173 Abs. 2 und 174 Abs. 1 SchKG; § 208 Ziff. 1 ZPO. – Keine Legitimation des Konkursamtes zur Beschwerde gegen das Konkursdekret, um dessen Nichtigkeit feststellen zu lassen (E. 1; Änderung der Rechtsprechung). Ein Konkursdekret darf von den Konkursbehörden dann als unwirksam betrachtet und sein Vollzug abgelehnt werden, wenn es offensichtlich nichtig ist und die Durchführung des Konkurses noch nicht an die Hand genommen wurde (E. 3).* 141
- Art. 33 Abs. 4 SchKG – Wiederherstellung der Frist (für die Erhebung des Rechtsvorschlages). Das geltend gemachte Hindernis muss absolut unverschuldet sein. Der Beschwerdeführer wäre fähig gewesen, recht-* 144



- zeitig die geeigneten Vorkehren zur Wahrung seiner Interessen für die Zeit zu treffen, in der vorhersehbar die Gefahr besteht, dass er nicht selber handeln kann.
- Art. 67 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG und Art. 69 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG. – Im Betreibungsbegehren muss jeder Gläubiger neben seinem Namen seine tatsächliche Adresse angeben. Das Gleiche gilt für einen allfälligen Vertreter des Gläubigers bzw. der Gläubiger. Fehlt eine Adresse oder handelt es sich um eine fiktive Angabe, so ist dem Betreibungsbegehren keine Folge zu geben. Ein trotzdem ausgestellter Zahlungsbefehl ist mit Beschwerde gemäss Art. 17 Abs. 2 SchKG anfechtbar, und der Zahlungsbefehl ist aufzuheben, wenn der Gläubiger innert einer ihm bzw. seinem Vertreter anzusetzenden Frist seinen wirklichen Wohnort nicht nennt. 147
- Art. 67 SchKG. – Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung schadet die mangelhafte Bezeichnung des Gläubigers im Betreibungsverfahren nicht, wenn es dem Schuldner gleichwohl möglich ist, die wahre Identität des Gläubigers ohne Schwierigkeiten zu erkennen. Dies ist der Fall, wenn der Kanton X. statt die Schweizerische Eidgenossenschaft die Betreuung für die direkten Bundessteuern einleitet. Es rechtfertigt sich daher, die fehlerhafte Gläubiger- und Parteibezeichnung zu korrigieren. 149
- Art. 81 SchKG; Art. 27, 28, 46 und 47 LugÜ, Art. 1a des Protokolls Nr. 1 zum LugÜ, § 19 BRAGO. 150
- Vollstreckbarerklärung eines deutschen Vergütungsfestsetzungsbeschlusses sowie Erteilung der definitiven Rechtsöffnung.
- Art. 230, 230a und 269 SchKG. – Eine im Handelsregister noch eingetragene juristische Person kann auch dann betrieben werden, wenn über sie der Konkurs eröffnet und dieser mangels Aktiven eingestellt wird (E. 1a). Wird das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt, entfällt der Konkursbeschluss des Vermögens der juristischen Person unter Vorbehalt von Art. 230a Abs. 2 und Art. 269 SchKG. Die Gesellschaft verfügt somit auch uneingeschränkt wieder über die ihr allenfalls zustehenden Verantwortlichkeitsansprüche (E. 1b). Aktienrechtliche Verantwortlichkeitsansprüche einer Aktiengesellschaft gegenüber ihren Organen können von den Gläubigern der Gesellschaft nach Einstellung des Konkursverfahrens gegen diese Gesellschaft in einem nachfolgenden Betreibungsverfahren gepfändet werden (E. 1c). 153
- Art. 250 SchKG; § 4 Abs. 1 GOG. – Der Streitwert bei der Kollokationsklage richtet sich nach der voraussichtlichen Konkursdividende. Beträgt diese 0%, ist – ein Rechtsschutzinteresse des Klägers vorausgesetzt – im Kanton Zug der Friedensrichter als erkennender Richter zur Beurteilung der Klage zuständig. 158

- Art. 39 LugÜ; Art. 17, 96, 110 und 118 SchKG. – Provisorische Pfändung als Sicherungsmittel i.S. v. Art. 39 LugÜ; Öffnen von Tresorfächern, Inventarisierung.* 160

## IV. Strafrecht

- Art. 23 UWG, Art. 5 lit. a UWG. – Begriff des Arbeitsergebnisses* 165  
Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0)
- Art. 148 nStGB, Art. 148 aStGB, Art. 146 StGB, Art. 2 StGB. – Tatbestand des Check- und Kreditkartenmissbrauchs (in Kraft seit 1. Januar 1995) und sein Verhältnis zum Tatbestand des Betrugers; zeitliche Geltung des Gesetzes.* 166

## V. Rechtspflege

### 1. Zivilrechtspflege

- § 43 Abs. 1 ZPO – Die Zahlungsunfähigkeit des Klägers kann auch durch einen Pfandausfallschein gemäss Art. 158 SchKG ausgewiesen sein. Der Pfandausfallschein ist als «gleichbedeutende Urkunde» im Sinne von § 43 Abs. 1 ZPO zu qualifizieren.* 173
- § 46 ff. ZPO. – Unentgeltliche Prozessführung. Berücksichtigung der Unterhaltskosten für ein im gleichen Haushalt lebendes erwachsenes Kind; Umfang.* 173
- § 46 ff. ZPO. – Verheimlichung vom Vermögenswerten. Die unentgeltliche Rechtspflege ist dann nicht zu gewähren, wenn der Gesuchsteller nachweislich falsche oder unvollständige Angaben über seine finanzielle Situation gemacht hat und auch nach Bekanntwerden der unrichtigen oder unvollständigen Angaben Zweifel über die wirklichen Verhältnisse zurückbleiben. Allerdings darf nicht jede unbedeutende unrichtige Angabe einer Partei automatisch zur Verweigerung dieses Institutes führen (z.B. Lohnkonto). Im vorliegenden Fall bleiben keine solchen Zweifel zurück (E. 1c). Finanzielle Mittel, welche nur die laufenden Ausgaben zu decken vermögen, stellen kein Vermögen i.e.S. dar (E. 1c und 2b).* 175

### 2. Stafrechtspflege

- § 32 Abs. 1 StPO; Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 6 EMRK – Aktenherausgabe. Dem Angeschuldigten steht kein Anspruch auf Herausgabe der Akten an seinen Verteidiger zur Einsichtnahme zu.* 178

§ 34 Abs. 3 StPO. – Im Falle der Einstellung einer Strafuntersuchung sind Zivilklagen auf den Zivilweg zu verweisen. Dabei handelt es sich um einen prozessleitenden Entscheid, gegen den die Beschwerde an die Justizkommission nicht gegeben ist.	182
§ 80 Ziff. 11 StPO. – Beschwerde an die Justizkommission gegen Urteile des Einzelrichters in Strafsachen. Dabei handelt es sich um eine Art Nichtigkeitsbeschwerde, mit der nur besonders schwerwiegende Mängel des vorinstanzlichen Verfahrens und des Entscheides gerügt werden können. Ausführungen zu den einzelnen Beschwerdegründen.	183
§ 30 Abs. 3 GOG, Art. 68 Ziff. 2 StGB. – Strafkompetenz des Einzelrichters bei der Ausfällung von Zusatzstrafen.	187
Art. 190 Abs. 2 StGB. – Vergewaltigung als Offizialdelikt trotz formellen Bestands der Ehe.	188
Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK. – Recht des Angeschuldigten, Fragen an den Belastungszeugen zu stellen; Beweisverwertungsverbot.	???
§ 64 Abs. 3 StPO. – Abwesenheitsverfahren.	191



## B. Verwaltungspraxis

### I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

#### Aufenthalt und Niederlassung

- Art. 4, 18 Abs. 3 und 4, 25 Abs. 1 ANAG; Art. 7 Abs. 1, 3 und 4, 12 Abs. 1, 49 Abs. 1 Bst. *a*<sup>bis</sup>; BVO und Art. 4 BV (neu Art. 8) – Es liegt keine Spezialausbildung vor, da es auch für eine Schweizer Bäckerin oder einen Schweizer Bäcker mit konventioneller Bäckerlehre nicht ausgeschlossen ist, sich die speziellen Kenntnisse zur Herstellung von biologischen Vollwertbrotten im Laufe der Zeit und mit Hilfe der nötigen Instruktion anzueignen. Zudem ist davon auszugehen, dass sich für die zu besetzende Stelle auch eine einheimische Kraft – allenfalls auch eine Ausländerin oder ein Ausländer mit entsprechender Aufenthaltsbewilligung – finden lässt. 193

### II. Zivilrecht

#### 1. Familienrecht

- Art. 8 BV (SR 101); Art. 308, 310 ZGB (SR 210) § 27 VRG (BGS 162.1); Ziff. 114 Verwaltungsgebührentarif (BGS 641.1). – Anordnung einer vorsorglichen Massnahme in einem Beschwerdeverfahren betreffend Aufhebung der elterlichen Obhut. – Eintreten (E. 1). – Das Kindeswohl als oberste Maxime des Kindesrechts (E. 2): Vorsorgliche Massnahmen müssen im Interesse des Kindes liegen (a) – Problematik einer Umplatzierung der Kinder (b) – Errichtung einer Beistandschaft für die Dauer des Beschwerdeverfahrens. – Unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlicher Rechtsbeistand (E. 3). – Anfechtbarkeit des Zwischenentscheides? (E. 5) 199
- Art. 180 Abs. 2, 315a ZGB (SR 210); §§ 6, 27, 28 Abs. 2, 41 Abs. 1, 47 Abs. 2 VRG (BGS 162.1); Ziff. 114 Verwaltungsgebührentarif (BGS 641.1). – Kindesschutzmassnahmen, Zuständigkeit. – Keine Zuständigkeit des Regierungsrates zur Beurteilung von Kindesschutzmassnahmen im Rahmen eines (vormundschaftlichen) Beschwerdeverfahrens, wenn bereits ein Eheschutzverfahren hängig ist (E. 1–3). – Spruchgebühr (E. 4). – Parteientschädigung (E. 5). – Unentgeltlicher Rechtsbeistand (E. 6) 202
- Art. 8 Europäische Menschenrechtskonvention (SR 0.101.1); Art. 8 BV (SR 101); Art. 308, 310, 313 Abs. 1 ZGB (SR 210); § 45 Abs. 1 EG ZGB (BGS 211.1); §§ 27, 28 Abs. 2, 41 Abs. 1 VRG (BGS 162.1); 207

*Ziff. 1 Verwaltungsgebührentarif (BGS 641.1). – Aufhebung eines Obhutsentzuges und Anordnung einer sozialpädagogischen Familienbegleitung. – Eintreten (E.1). – Das Kindeswohl als oberste Maxime des Kindesrechts (E. 2). – Obhutsentzug (E. 3): Rechtliche Voraussetzungen (a) – Überforderung der Mutter (b) – Änderung der Verhältnisse (c–e) – Bestätigung der von der Vormundschaftsbehörde angeordneten Beistandschaft und Ergänzung durch eine sozialpädagogischen Familienbegleitung (f). – Gebührenfreiheit des Verfahrens (E. 4). – Parteientschädigung (E. 5). – Unentgeltlicher Rechtsbeistand (E. 6)*

## **2. Erbrecht**

*Art. 27, 554 Abs. 2 ZGB (SR 210); Art. 86 Abs. 1, 92 Abs. 2 IPRG (SR 291); § 85 EG ZGB (BGS 211.1); §§ 23 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2, 24 Abs. 2 Ziff. 2 VRG (BGS 162.1). – Anordnung einer Erbschaftsverwaltung im Nachlass eines in Zug wohnhaft gewesenen deutschen Erblassers; Person des Erbschaftsverwalters: Verfahrenskosten und Parteientschädigungen (E. 4). – Kein Beistand für den Nachlass (E. 5). – Zusammenfassung (E. 6)*

# **III. Schule, Kultur, Denkmalpflege**

## **1. Schule**

*§§ 17 Abs. 3 und 85 Abs. 3 – Beschränkte Kognition des Regierungsrats bei der Schülerbeurteilung (E. 1–2). – Einwände gegen eine Prüfung sind unverzüglich im Anschluss an die Prüfung vorzubringen (E. 4a). – Rechtsgleiche Behandlung aller Prüfungskandidaten bedeutet für alle die gleichen Prüfungsvoraussetzungen und Rahmenbedingungen zu schaffen (E. 4b). – Berechnung der Maturanote in prüfungsfreien Fächern (E. 4c). Der Lehrperson steht ein erheblicher Beurteilungsspielraum bei der Schülerbeurteilung zu (E. 4.d). Die Bewertung mündlicher Examensleistungen muss nachvollziehbar sein (E. 5). Ungelöste Arbeiten sind mit einer ungenügenden Leistungsnote zu bewerten (E. 6).*

## **2. Denkmalpflege**

*§§ 2,3 und 4 in Verbindung mit § 25 des Gesetzes über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz von 26. April 1990 (Denkmalchutzgesetz, DSG; BGS 423.11); § 3 Bst. h des Gesetzes über die Förderung des kulturellen Lebens vom 25. März 1965 (BGS 421.1). – Unterschutzstellung der Lenkwaffenstellung BL64-ZG, Batterie*

*Nord, auf GS 642, GS 648 (Kollimationsturm) und GS 650 (Zufahrt zum Kollimationsturm), Gubel, Menzingen, der Schweizerischen Eidgenossenschaft.*

## **IV. Bauwesen**

- § 30 Abs. 4 und § 43 Abs.1 BO Zug – Verletzung der Vorschriften über die Gebäudehöhe durch eine Mobilfunkantennenanlage? Ist eine Mobilfunkantennenanlage in der Wohnzone 3 zonenkonform?* 229
- Art. 6 SVG, Art. 95–100 SSV – Praxisänderung bei der Bewilligung von Strassenreklamen.* 231
- Art. 22 Abs. 1 RPG, § 44 Abs. 1 PBG in Verbindung mit §1 Abs. 1V PBG – Eine Konstruktion aus zwei in den Boden gerammten Holzpfosten, die mit einer Holzstange miteinander verbunden sind und über die ein Plastiknetz gespannt ist, das auf der anderen Seite mit einer Dachlatte an einem Gartenhaus befestigt ist, unterliegt nicht der Baubewilligungspflicht* 233





## 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 (Gemeindengesetz) vom 4. September 1980 (BGS 171.1)

GO	KRB über die Geschäftsordnung des Kantonsrates vom 1. Dezember 1932 (BGS 141.1)
GO RR	KRB über die Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen vom 25. April 1949 (BGS 151.1)
GOG	G über die Organisation der Gerichtsbehörden vom 3. Oktober 1940 (BGS 161.1)
GOSTvW	G über die Organisation der Staatsverwaltung vom 10. April 1967 (BGS 153.1)
GS	Gesetzessammlung
GSchG	BG über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung (Gewässerschutzgesetz) vom 8. Oktober 1971 (SR 814.20)
GstG	Gesetz über die Grundstückgewinnsteuer vom 2. November 1990 (GS 23, 66s). Dieses Gesetz ist durch das Steuergesetz vom 25. Mai 2000 per 1. Januar 2001 aufgehoben (vgl. §187 ff. Stg; BGS 632.1)
GVP	Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug
IPRG	BG über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
IRSG	BG über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz) vom 20. März 1981 (SR 351.1)
IRSV	V über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfeverordnung) vom 24. Februar 1982 (SR 351.11)
IVG	BG vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IR 831.20)
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	Verwaltungsgericht
VAM	Verein für Arbeitsmarktmassnahmen
VBB	V über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1993 (SR 211.412.110)
VE	Sammlung der Verwaltungsentscheide (Anh. zum Rechenschaftsbericht des Regierungsrates des Kantons Zug; letztmals erschienen 1975 für die Jahre 1971–1974)
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

### **Altstadtdreglement**

- 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; A 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 Grundstückserwerb; 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 festen 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 Ausnahmegewilligung 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 Nichtigkeitsbeschwerde; 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 beachten 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 Betreibungsverfahren 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

§§ 33 und 34 GStG. – Die Entschädigung für Ausnützungstransfer fällt nicht unter die Grundstückgewinnsteuer, sondern unter die Einkommenssteuer.

*Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):*

Im Rahmen einiger Handänderungen unter benachbarten Eigentümern verkaufte der Steuerpflichtige sowohl Land als auch Ausnützung im Sinne eines Ausnützungstransfers. Die Kommission stellte zur Ermittlung des Gewinnes dem Gesamtkaufpreis den Erwerbspreis pro Quadratmeter Land gegenüber.

*Aus den Erwägungen:*

3. Der Rekurrent hat 194 m<sup>2</sup> Land und 170.89 m<sup>2</sup> Ausnützung verkauft. Der Totalbetrag des Erlöses von Fr. 152'000.– umfasst die Entschädigung für das Land und die Ausnützung, ohne dass die jeweiligen Quadratmeterpreise aus dem Vertrag ersichtlich wären. Mit der Grundstückgewinnsteuer wird der «unverdiente» Wertzuwachs während der Besitzesdauer erfasst. Die Gewinnermittlung erfolgt deshalb nach dem Grundsatz der vergleichbaren Verhältnisse (VGE vom 15. Juli 1999 i.S. F.; Reimann/Zuppinger/Schärrer, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, Band IV, S. 201 mit Hinweisen). Dieser Grundsatz ist nicht gewahrt und der massgebliche Grundstückgewinn wird nicht ermittelt, wenn der Verkauf der Ausnützung beim Erlös berücksichtigt, bei den Anlagekosten aber weggelassen wird. Im Vertrag 3 vom 11. Juni 1981 beträgt der Quadratmeterpreis Fr. 115.–, der Preis für das Ausnützungsland aber Fr. 57.50/m<sup>2</sup>, somit die Hälfte. Es stellt sich die Frage, ob ein angemessener Preis für das Ausnützungsland bei den Anlagekosten hinzugezählt bzw. eine Aufteilung des Erlöses im Kaufpreis für das Land und Entschädigung für den Ausnützungstransfer vorzunehmen ist. Die Frage beurteilt sich danach, ob die dauernde entgeltliche Übertragung der baulichen Ausnützung unter die Grundstückgewinnsteuer fällt oder nicht.

Die Übertragung der Ausnützung erlaubt, die nach öffentlichem Recht zulässige Ausnützung auf dem einen Grundstück einzuschränken und auf das Nachbargrundstück zu übertragen. Statt ein Stück Land zu übertragen, um Grundfläche und bauliche Ausnützung in Übereinklang zu bringen, kann je nach örtlichen Verhältnissen und in beschränktem Umfang die Ausnützung übertragen werden. Die Zustimmung des Gemeinderates liegt hier vor. Die dauernde entgeltliche Übertragung der Ausnützung fällt steuersystematisch unter den Doppelbegriff der «Belastung mit privatrechtlichen Dienstbarkeiten oder öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen» (Richner/Frei/Kaufmann, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, § 216, N. 118). Entgegen der Doktrin und dem zürcherischen Recht

hat der Zuger Gesetzgeber die Belastung eines Grundstückes mit privatrechtlichen Dienstbarkeiten oder öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen nicht dem Steuertatbestand der Handänderung von Grundstücken gleichgestellt, sondern der Einkommensbesteuerung unterstellt (§§ 3 und 34 GStG und § 17 Abs. 1 Ziff. 2 des Gesetzes über die Kantons- und Gemeindesteuern vom 7. Dezember 1946, StG, BGS 632.1). Die vorberatende Kommission wollte damit die «relativ komplizierte Regelung bei den Dienstbarkeiten und Eigentumsbeschränkungen im Verhältnis der Grundstückgewinnsteuer zur Einkommens- oder Ertragsbesteuerung derart lösen, dass jegliches Einkommen, welches aus solchen Dienstbarkeiten und Eigentumsbeschränkungen erzielt wird, der Einkommens- oder Ertragsbesteuerung unterliegt. Damit soll eine klare Abgrenzung zwischen der Einkommens- oder Ertragssteuer und der Grundstückgewinnsteuer erreicht werden, was im Weiteren auch der administrativen Vereinfachung dient» (Bericht und Antrag der vorberatenden Kommission vom 4. Juli 1990 betreffend Revision der Grundstückgewinnsteuer, Vorlage Nr. 7131 zu Nrn. 6218/19, S. 7). Nach der klaren Vorschrift des Gesetzes ist somit nur der auf den Landverkauf entfallende Erlös grundstückgewinnsteuerpflichtig und dem Erwerbspreis für das Land gegenüber zu stellen. Dies erfordert eine Aufteilung des Erlöses von Fr. 152'000.- und lässt sich nicht dem Kaufvertrag entnehmen. Die Sache bedarf daher einer zusätzlichen Abklärung. Dabei wird zu prüfen sein, ob die Vertragsparteien der Preisfestsetzung entsprechende Berechnungen zugrunde gelegt haben, ob gegebenenfalls das im Vertrag 3 angewandte Verhältnis 2:1 angemessen erscheint oder ob aufgrund der konkreten Umstände eine andere Wertdifferenzierung angezeigt erscheint.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Landwert im Jahre 1981 mit Fr. 120.-/m<sup>2</sup> zu schützen ist. Als Erlös darf hingegen nur der auf den Landverkauf entfallende Anteil des Kaufpreises angerechnet werden. Es wird sich deshalb eine Reduktion der Grundstückgewinnsteuer ergeben.

...

Verwaltungsgericht, 22. August 2000

*§ 8 GStG. – Grundstückgewinn. Unter welchen Voraussetzungen sind die Anlagekosten eines abgebrochenen Gebäudes anrechenbar?*

*Aus dem Sachverhalt:*

A. Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 25. November 1997 verkaufte N. das Grundstück GS Nr. 268, Hofraum und Garten, zusammen 606 m<sup>2</sup> gross, an der Hauptstrasse in Oberägeri an die Erbgemeinschaft X. Die Handänderung wurde am 1. Dezember 1997 ins Grundbuch eingetragen. Der Antritt des Kaufgegenstandes mit Nutzen und Schaden für die Käuferschaft erfolgte rückwirkend per 11. Mai 1996. Gemäss Ziffer II 5. des

Kaufvertrages nehmen die Vertragsparteien zur Kenntnis, dass sich der Liegenschaftsbeschrieb auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung bezieht. Zum Zeitpunkt des Antritts der Liegenschaft am 11. Mai 1996 habe sich ein Wohnhaus mit Ladenlokal auf dem Grundstück befunden. Das Wohnhaus mit Ladenlokal sei inzwischen von den Käufern in Absprache und im Einverständnis des Verkäufers abgebrochen worden. Bei der Veranlagung schätzte die Kommission den Verkehrswert des Landes vor 25 Jahren auf Fr. 100.-/m<sup>2</sup>, somit Fr. 60'600.- für das Grundstück. Sie veranlagte einen Grundstücksgewinn ohne Berücksichtigung des Gebäudewertes.

*Erwägungen:*

1. Gemäss § 22 Abs. 2 des Gesetzes über die Grundstückgewinnsteuer vom 2. November 1990 (GStG, BGS 632.211) kann der Steuerpflichtige gegen den Einspracheentscheid beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Rekurs erheben. Der Rekurs ist frist- und formgerecht eingereicht worden, weshalb er zu prüfen ist.

2. Die Grundstückgewinnsteuer wird auf den Gewinnen erhoben, die sich bei Handänderungen von Grundstücken oder Anteilen von solchen ergeben (§ 3 Abs. 1 GStG). Der Steuertatbestand besteht in der Handänderung von Grundstücken. Bei der zivilrechtlichen Handänderung, wie sie hier vorliegt, wird in zeitlicher Hinsicht auf den Eigentumsübergang, somit auf den Grundbucheintrag abgestellt (GVP 1993/94, 79 mit Hinweisen auf die Zuger und Zürcher Praxis). Im vorliegenden Fall wurden die Bauten vor der Veräusserung abgerissen, so dass ein nicht überbautes Grundstück die Hand wechselte.

Grundstücksgewinn ist der Betrag, um welchen der Erlös die Anlagekosten (Erwerbspreis und anrechenbare Aufwendungen) übersteigt (§ 8 Abs. 1 GStG). Die Differenz zwischen den beiden Werten stellt den «unverdienten» Wertzuwachs dar und bildet die Steuerbemessungsgrundlage. Um diese Differenz zuverlässig zu ermitteln, ist der Grundsatz der vergleichbaren Verhältnisse zu beachten. Veräussert wird ein unbebautes Grundstück, so dass der Verkehrswert dem Landwert entspricht. Bei gleichlautenden Gesetzesbestimmungen zieht deshalb die Zürcher Praxis den Schluss, dass Bauten, die bei der Veräusserung nicht mehr vorhanden sind, nicht berücksichtigt werden können (Reimann/Zuppinger/Schärfer, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, Bd. IV, S. 204 und 250; Richner/Frei/Kaufmann, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, § 219 N. 17 und § 221 N. 32). Gleicher Meinung ist Xaver Mettler, Die Grundstückgewinnsteuer des Kantons Schwyz, Zürich 1990, S. 173, mit der Begründung, die Berücksichtigung wertvermehrender Investitionen habe zur Voraussetzung, dass die entsprechenden Substanzzunahmen bzw. rechtlichen Verbesserungen des Grundstückes im Veräusserungszeitpunkt noch vorhanden seien. Gleicher Meinung ist Peter Ochser, Die Besteuerung der Grundstücksgewinne in der Schweiz, Zürich 1976, S. 73.

Diese der Auffassung der Vorinstanz entsprechenden Überlegungen entbehren nicht der konsequenten Folgerichtigkeit bei der Anwendung wesentlicher Prinzipien des Grundstückgewinnsteuerrechtes. Trotzdem vermag nicht zu befriedigen, dass ihrem Charakter nach wertvermehrnde und daher anrechenbare Aufwendungen nicht berücksichtigt werden können. Die einmal getätigten wertvermehrnden Aufwendungen sind grundsätzlich ohne Berücksichtigung einer Altersentwertung anrechenbar und vermindern den steuerbaren Grundstücksgewinn, wenn das Grundstück überbaut verkauft wird, obwohl die Parteien der Baute gegebenenfalls als Abbruchobjekt keinen Wert mehr beimessen. Anderer Meinung als die Zürcher Praxis und der Kommentar Reimann/Zuppinger/Schärfer (a.a.O., S. 250 N. 6) sowie Mettler (a.a.O., S. 173) ist Heinrich Guhl, Die Spezialbesteuerung der Grundstücksgewinne der Schweiz, Zürich 1952, S. 224; Othmar Camenzind, Die schwyzerische Grundstückgewinnsteuer, Luzern 1961, S. 54, sowie Benno Grossmann, Die Besteuerung der Gewinne auf Geschäftsgrundstücken, Bern und Stuttgart 1977, S. 301). Im vorliegenden Fall steht fest, dass in das verkaufte Grundstück vor Jahren anrechenbare wertvermehrnde Investitionen getätigt wurden. Es steht auch fest, dass die Erwerber mit Einverständnis des Veräusserers die Baute abgebrochen haben und das veräusserte Grundstück einer Gesamtüberbauung zugeführt wurde. Auf den rückdatierten Nutzen- und Schadenantritt kann es dabei nicht entscheidend ankommen, da die Unterstellung unter die Steuerpflicht nicht ins Belieben der Parteien gestellt werden kann. Trotz strenger Abgrenzung nach der Besitzdauer schliesst die Praxis nicht aus, dass beispielsweise wertvermehrnde Aufwendungen des Erwerbers im Hinblick auf den Eigentumserwerb der späteren Besitzdauer zugerechnet werden können, selbstverständlich unter Vorbehalt, dass die Anrechnung nur einmal erfolgt (StE B44.1 1992/Nr. 6). Wird das Rechtsgeschäft in diesem gesamten Zusammenhang betrachtet, so lässt sich auch im vorliegenden Fall sagen, das überbaute Grundstück sei in die Dorfkernsanierung eingebracht und zu diesem Zweck veräussert worden, wobei der Abbruch durch die Erwerber im Hinblick auf diese Veräusserung schon vorgängig vorgenommen wurde. Entscheidend ist hier, dass die Besteuerung von Grundstücksgewinnen nicht auf die Besteuerung eines fiktiven Gewinnes hinauslaufen darf. Die Steuerbehörden haben den wirklich erzielten Gewinn zu besteuern (BGE betreffend zugerische Grundstückgewinnsteuer, ASA Bd. 45, S. 489). Die Berücksichtigung lediglich des Landwertes vor 25 Jahren läuft hier auf die Besteuerung eines solchen fiktiven Gewinnes hinaus. Das Gericht gelangt deshalb zum Schluss, dass im vorliegenden Fall die abgebrochene Baute bei der Veranlagung zu berücksichtigen ist. Die Kommission hat den anrechenbaren Betrag unter diesen Voraussetzungen noch nicht geprüft, weshalb die Sache zur Neuveranlagung im Sinne der Erwägungen an die Kommission zurückgewiesen wird. Dies hat gemäss § 22 Abs. 3 GStG i.V. mit § 92 Abs. 1 des Gesetzes über die Kantons- und Gemeindesteuern vom 7. Dezember 1946 (StG, BGS 632.1) die Kostenpflicht für die Einwohnergemeinde Oberägeri zur Folge.

Verwaltungsgericht 22. August 2000

§§ 11 und 27 GStG. – Mietzinsgarantie als Erlösminderung. Revisionsweise Berücksichtigung.

Aus den Erwägungen:

2. Grundstücksgewinn ist der Betrag, um welchen der Erlös die Anlagekosten (Erwerbspreis und anrechenbare Aufwendungen) übersteigt (§ 8 Abs. 1 GStG). Sowohl als Erwerbspreis wie auch als Erlös gilt der Kaufpreis mit Einschluss aller weiteren Leistungen des Erwerbers (§ 9 Abs. 1 und § 11 Abs. 1 GStG). Der Erlös entspricht somit nicht einfach dem verurkundeten Kaufpreis, sondern es ist stets zu prüfen, ob weitere Leistungen des Erwerbers vereinbart sind. Umgekehrt sind auch kaufpreismindernde Vereinbarungen zu berücksichtigen. In jedem Fall ist zu prüfen, ob die weiteren Leistungen des Erwerbers oder erlösmindernden Abreden in kausalem Zusammenhang mit dem Veräusserungsgeschäft stehen und damit der Spezialbesteuerung durch die Grundstückgewinnsteuer unterliegen. Nicht liegenschaftliche Werte, welche mit dem Veräusserungsgeschäft verbunden sind, sind auszuschneiden bzw. nicht kausal mit der Grundstückveräusserung zusammenhängende Mehr- oder Minderleistungen sind auszuschneiden und fallen unter die ordentliche Besteuerung. Im vorliegenden Fall hat die Verkäuferin eine Gewerbeliegenschaft für Fr. 18'500'000.– an eine Privatperson verkauft. Die Mietzinsgarantie ist Bestandteil des Kaufvertrages und in ihren Einzelheiten geregelt. Die Verknüpfung mit dem Veräusserungsgeschäft liegt auf der Hand, da Abschluss des Vertrages, Höhe des Kaufpreises und Garantie des Ertrages wesentlichen Inhalt des Veräusserungsgeschäftes bilden. Die von der Rekurrentin übernommene Mietzinsgarantie vermindert den Erlös (RB 1985, Nr. 63; Richner/Frei/Kaufmann, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, Zürich 1999, § 220 N. 52). Für die zugerische Rechtsprechung kann auf die erlösmindernde Berücksichtigung eines zinslosen Darlehens an den Käufer (GVP 1995/96, 34 = ES 1996 Bl. 7) und von Garantieansprüchen (VGE vom 14. Mai 1992 i.S. E.) verwiesen werden. Die Anrechenbarkeit einer mit dem Veräusserungsgeschäft kausal verbundenen Mietzinsgarantie ist somit zu bejahen. Da es sich nicht um eine Sachleistung gemäss § 11 Abs. 2 GStG handelt, fällt die Anrechnung unter § 11 Abs. 1 GStG.

Bei der Veranlagung ist von Amtes wegen zu prüfen, ob weitere Kaufpreisleistungen oder Erlösminderungen vereinbart sind. Die Mietzinsgarantie ist im Kaufvertrag klar ausgewiesen. Ob sie bei einer fünfjährigen Dauer mit Verrechnungsmöglichkeiten zur Anwendung kommt, dürfte nach der Natur der Sache in der Regel offen sein. Wenn nicht mit Ungewissheiten gerechnet wird, wird ein Veräusserungsgeschäft in der Regel ohne solchen nachträglichen Ausgleich abgeschlossen. Ähnliche Erlösminderungen sind beispielsweise bei Zivilprozessen nach einer Veräusserung zu berücksichtigen (VGE vom 24. August 1989 i.S. I.) oder bei Garantieansprüchen gegen den Veräusserer (VGE vom 14. Mai 1992 i.S. E.). In diesen beiden Fällen

wurde nach mehrjährigem Zuwarten mit der Veranlagung diese schliesslich vor Abschluss der gerichtlichen Verfahren vorgenommen und zwar unter Revisionsvorbehalt. Das Verfahrensrecht und in dessen Rahmen die Gestaltung des konkreten Verfahrens haben der Verwirklichung des materiellen Rechts zu dienen. Da im vorliegenden Fall die fünfjährige Frist abgelaufen ist, erübrigt sich zum Vornherein die Frage, ob gegebenenfalls eine Veranlagung wiederholt zu revidieren wäre.

3. Ein rechtskräftiger Entscheid kann auf Antrag des Steuerpflichtigen zu dessen Gunsten revidiert werden, wenn erhebliche neue Tatsachen oder Beweismittel entdeckt werden (§ 27 Abs. 1 lit. a GStG). Die Revision ist ausgeschlossen, wenn der Steuerpflichtige das, was er als Revisionsgrund vorbringt, bei der ihm zumutbaren Sorgfalt schon im ordentlichen Verfahren hätte geltend machen können (§ 27 Abs. 2 GStG).

Im vorliegenden Fall war den Parteien die im Kaufvertrag vereinbarte Mietzinsgarantie bekannt. Nicht bekannt war, ob und in welchem Ausmass die Garantie in Anspruch genommen und wie weit diesfalls eine Verrechnung möglich würde. Dabei handelt es sich um neue Tatsachen, die auch mit der zumutbaren Sorgfalt im Veranlagungsverfahren nicht vorgebracht werden konnten. Die Revision ist auch rechtzeitig im Sinne von § 28 GStG geltend gemacht worden. Mittlerweile ist zufolge Zeitablauf der Gesamtbetrag der geleisteten Mietzinsgarantie bekannt. Die Sache ist deshalb an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Durchführung der Revision.

4. Die Steuer wird mit der Zustellung der provisorischen Rechnung fällig und ist innert 30 Tagen nach deren Zustellung zu bezahlen. Nach Ablauf der Zahlungsfrist wird ein Verzugszins erhoben (§ 24 Abs. 2 GStG). Eine allfällige Differenz zwischen dem definitiven und dem provisorischen Steuerbetrag zugunsten des Steuerpflichtigen oder zugunsten der Einwohnergemeinde ist ab dem 31. Tag der Rechnungsstellung zu verzinsen (§ 24 Abs. 3 GStG). Das Ergreifen eines Rechtsmittels hemmt weder die Fälligkeit noch die Verzugszinspflicht (§ 24 Abs. 4 GStG). Mit dieser Regelung wollte der Gesetzgeber durch Verzinsung den Wertausgleich gewährleisten und Unterschiede in der Verfahrensdauer und Differenzen zum Endbetrag ausgleichen. Durch die Revision wird ein rechtskräftiger Entscheid nochmals überprüft. Auch ohne ausdrückliche Erwähnung in § 24 GStG muss auch für diesen Fall im Sinne von Art. 8 BV der Zinsausgleich erfolgen. Auch insofern ist der Rekurs gut-zuheissen.

Verwaltungsgericht 22. August 2000



## 2. Sozialversicherungsrecht

*Art. 51 AVIG. – Insolvenzenschädigung. Der einzelunterschriftsberechtigte Geschäftsführer einer GmbH hat im Fall des Konkurses keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung. Dies gilt auch für seine Ehefrau.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Mit Verfügungen vom 3. November 1998 lehnte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zug einen Anspruch von Herr und Frau X. Y. und Z. Y. auf Insolvenzenschädigung ab. In den Begründungen wird unter anderem ausgeführt, aus den Anträgen auf Insolvenzenschädigung gehe hervor, dass Herr X. Y. vom 1. August 1997 und Frau Z. Y. vom 9. August 1997 bis zum 28. September 1998 bei der C. GmbH gearbeitet hätten. Im Handelsregister sei Frau Z. Y. in dieser Firma zu obgenanntem Zeitpunkt als Gesellschafterin und ihr Ehemann X. Y. als Geschäftsführer mit Einzelunterschrift aufgeführt gewesen. Personen, die aufgrund ihrer funktionalen Stellung innerhalb der Gesellschaft eine gewisse Unabhängigkeit geniessen würden und deren Stellung sich daher derjenigen des Betriebsinhabers annähere, seien von der Insolvenzenschädigung ausgeschlossen sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten.

Gegen diese Verfügungen reichten Z. und X. Y. am 25. November 1998 Beschwerde ein und beantragen sinngemäss die Aufhebung der Verfügungen und die Auszahlung der gerechten Insolvenzenschädigung.

*Aus den Erwägungen:*

...

2. Laut Art. 51 Abs. 1 AVIG haben beitragspflichtige Arbeitnehmer von Arbeitgebern, die in der Schweiz der Zwangsvollstreckung unterliegen oder in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigen, Anspruch auf Insolvenzenschädigung, wenn: a) gegen ihren Arbeitgeber der Konkurs eröffnet wird und ihnen in diesem Zeitpunkt Lohnforderungen zustehen oder b) der Konkurs nur deswegen nicht eröffnet wird, weil sich infolge offensichtlicher Überschuldung des Arbeitgebers kein Gläubiger bereit findet, die Kosten vorzuschliessen, oder c) sie gegen ihren Arbeitgeber für Lohnforderungen das Pfändungsbegehren gestellt haben. Die Insolvenzenschädigung deckt Lohnforderungen für die letzten vier Monate des Arbeitsverhältnisses, für jeden Monat jedoch nur bis zum Höchstbetrag des nach Art. 3 Abs. 1 AVIG massgebenden Lohnes im Sinne der AHV-Gesetzgebung; als Lohn gelten auch die geschuldeten Zulagen (Art. 52 Abs. 1 AVIG).

Keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung haben gemäss Art. 51 Abs. 2 AVIG jedoch Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden

Ehegatten. Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung verfügen mitarbeitende Verwaltungsräte einer AG unmittelbar von Gesetzes wegen über massgebliche Entscheidungsbefugnisse. Verwaltungsräte einer AG sind daher ohne weitere Prüfung ihrer Funktion im Betrieb oder der finanziellen Beteiligung vom Anspruch auf Insolvenzenschädigung auszuschliessen. Die Geschäftsführer der GmbH haben eine dem Verwaltungsrat in der AG vergleichbare Stellung (Art. 811–815 OR und Art. 827 OR). Sämtliche im Handelsregister aufgeführte Geschäftsführer – sowohl geschäftsführende Gesellschafter als auch geschäftsführende Dritte – sind somit ohne weitere Prüfung kraft ihrer Organstellung analog den Verwaltungsräten einer AG vom Leistungsbereich der Insolvenzenschädigung ausgeschlossen (ALV-Praxis 99/1 Blatt 4).

3. Gemäss Handelsregisterauszug vom 15. Oktober 1998 war X. Y. im Zeitpunkt der Konkurseröffnung über die C. GmbH einzelunterschriftsberechtigter Geschäftsführer dieser Gesellschaft. X. Y. hatte somit als Geschäftsführer der C. GmbH bis zu deren Konkurseröffnung am 24. September 1998 Organstellung inne und ist deshalb vom Leistungsanspruch auf Insolvenzenschädigung ausgeschlossen. Gemäss Art. 51 Abs. 2 AVIG kann Z. Y. als Ehefrau von X. Y., welcher als Geschäftsführer der C. GmbH von der Anspruchsberechtigung ausgeschlossen ist, somit ebenfalls keine Insolvenzenschädigung zugesprochen werden.

Verwaltungsgericht 29. Mai 2000

*Art. 15 und 28 AVIG. – Die einwöchige Frist zur Meldung einer Arbeitsunfähigkeit ist eine Verwirkungsfrist mit der Folge, dass eine arbeitslose Person bei verspäteter Meldung keinen Taggeldanspruch für die Tage vor der Meldung hat, sofern nicht ein entschuldbarer Grund vorliegt.*

*Aus den Erwägungen:*

2. Gemäss Art. 15 Abs. 1 AVIG ist der Arbeitslose vermittlungsfähig, wenn er bereit und in der Lage ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen. Gemäss Art. 28 Abs. 1 AVIG haben Versicherte, die wegen Krankheit, Unfall oder Mutterschaft vorübergehend nicht oder nur vermindert arbeits- oder vermittlungsfähig sind und deshalb die Kontrollvorschriften nicht erfüllen können, Anspruch auf das volle Taggeld, sofern sie die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllen. Dieser Anspruch dauert längstens bis zum 30. Tag nach Beginn der ganzen oder teilweisen Arbeitsunfähigkeit und ist innerhalb der Rahmenfrist auf 24 Taggelder beschränkt. Taggelder der Kranken- oder Unfallversicherung werden von den Leistungen nach Art. 7 Abs. 2 lit. a oder b abgezogen (Art. 28 Abs. 2 AVIG). Versicherte, die wegen Krankheit, Unfall oder Mutterschaft vorübergehend nicht oder nur vermindert arbeits- und vermittlungsfähig sind und ihren Taggeldanspruch geltend machen wollen,

müssen ihre Arbeitsunfähigkeit innert einer Woche seit deren Beginn der zuständigen Amtsstelle melden (Art. 42 Abs. 1 der Verordnung zum AVIG vom 31. August 1983, AVIV). Meldet der Versicherte seine Arbeitsunfähigkeit ohne entschuldbaren Grund zu spät, so hat er keinen Taggeldanspruch für die Tage vor der Meldung (Abs. 2). Das Staatssekretariat für Wirtschaft (Seco) hat in der ALV-Praxis 99/3 Blatt 6 diese Vorschriften wie folgt präzisiert: Meldet die versicherte Person der Kasse wahrheitsgetreu ihre Arbeitsunfähigkeit anlässlich der Geltendmachung des Arbeitslosenentschädigungsanspruches (Ausdruck des Datensatzes «Kontrolldaten» oder Formular «Angaben der versicherten Person») gilt die Meldung als rechtzeitig erfolgt. Anders verhält es sich, wenn die versicherte Person die aufgeführten Fragen betreffend Arbeitsunfähigkeit nicht wahrheitsgetreu beantwortet. In diesem Fall gilt die Meldung als nicht rechtzeitig erfolgt mit der Konsequenz, dass die versicherte Person keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für jene Tage vor der Meldung hat.

3. Zwischen den Parteien ist strittig, ob der Beschwerdeführer infolge Spitalaufenthaltes vorübergehend nicht arbeits- oder vermittlungsfähig war und ob er diese Tatsache der Arbeitslosenkasse rechtzeitig im Sinne von Art. 42 Abs. 1 AVIV (bzw. ALV-Praxis 99/3 Blatt 6) gemeldet hat. Aus den Akten ergibt sich diesbezüglich was folgt:

a) Der Beschwerdeführer meldete sich per 1. Juni 1996 zum Bezug von Leistungen der Arbeitslosenversicherung an. Im April 1997 erlitt er im Bahnhof L. einen Sturz, der grosse Beschwerden im Bereich Knochen und Bewegungsapparat sowie einen Leistenbruch zur Folge hatte. Gemäss Arzteugnis von Dr. Z. vom 21. April 1997 war der Beschwerdeführer vom 16. bis 20. April 1997 zu 100% arbeitsunfähig. Ebenfalls am 21. April 1997 wurde die Unfallmeldung UVG für arbeitslose Personen ausgefüllt. Mit Schreiben vom 28. April 1997 teilte die Suva der Arbeitslosenkasse mit, dass man dem Versicherten die Taggeldleistungen direkt anweisen werde. Die Taggeldabrechnung über Fr. 440.- wurde der Arbeitslosenkasse am nächsten Tag von der Suva zugestellt.

b) Am 4. Februar 1998 wurde der Leistenbruch des Beschwerdeführers im Spital X. operiert. Auf dem Formular «Angaben der versicherten Person» für den Monat Februar 1998, welches der Beschwerdeführer am 25. Februar 1998 ausfüllte, verneinte er die Frage nach einer allfälliger Arbeitsunfähigkeit. Mit Schreiben vom 11. August 1998, welches der Arbeitslosenkasse zur Kenntnisnahme zugestellt wurde, teilte die Suva dem Beschwerdeführer mit, man habe in Zwischenzeit die Berichte des behandelnden Arztes erhalten und diese dem Kreisarzt vorgelegt. Gemäss dessen Beurteilung handle es sich beim Leistenbruch links nicht mit der mindestens erforderlichen Wahrscheinlichkeit um Folgen des Unfalles vom 9. April 1997. Die Arbeitslosenkasse ersuchte mit Schreiben vom 4. August 1998 den Beschwerdeführer, ein Arzteugnis über die Arbeitsfähigkeit ab 3. Februar 1998 einzureichen. Mit

Antwortschreiben vom 25. August 1998 erklärte der Beschwerdeführer, sein Chirurg sei nicht erreichbar. Er sei auch während des Spitalaufenthaltes arbeitsfähig gewesen, da er an seinen Studien weitergearbeitet und ausserdem sechs Bewerbungen geschrieben habe.

c) Am 14. September 1998 zog die Arbeitslosenkasse verschiedene telefonische Erkundigungen ein. Dabei stellte sich heraus, dass die Suva kein Arztzeugnis besass und dass der Beschwerdeführer zweimal im Spital gewesen war, erstmals vom 3. bis zum 9. Februar 1998 und danach vom 12. bis 16. Februar 1998. Im Begleitschreiben zu den Verfügungen vom 30. September 1998 erklärte die Arbeitslosenkasse, man verzichte auf Sanktionen wegen unwahrer Angaben, fordere hingegen die zu Unrecht ausgerichtete Arbeitslosenentschädigung infolge zu später Krankheitsmeldung zurück.

d) Aufgrund obgenannter Angaben steht fest, dass der Beschwerdeführer vom 3. bis 9. Februar 1998 bzw. vom 12. bis 16. Februar 1998 im Spital X hospitalisiert und aus diesen Gründen vorübergehend nicht arbeits- bzw. vermittlungsfähig war. Er war während dieser Hospitalisation zweifelsfrei nicht in der Lage, eine Arbeitsstelle anzutreten. Wenn er nun mittels Beschwerde geltend macht, dass er sehr wohl in der Lage gewesen sei, Lehrgänge durchzuarbeiten und Stellen zu suchen, so verkennt er, dass sich das Erfordernis der Arbeits- und Vermittlungsfähigkeit nicht auf die Fähigkeit beschränkt, eine Stelle zu suchen, sondern sich vielmehr auf die Fähigkeit erstreckt, eine solche Stelle auch tatsächlich anzutreten. Nur am Rande sei bemerkt, dass ein ärztliche Zeugnis auch dann massgebend ist, wenn der Versicherte selbst seine Arbeits- und Vermittlungsfähigkeit bejaht (ARV 1967 Nr. 20).

e) Die Arbeitslosenkasse erhielt erstmals mit Schreiben der Suva vom 11. August 1998 indirekt Kenntnis vom Spitalaufenthalt des Beschwerdeführers. Nachdem der Beschwerdeführer noch auf dem Formular «Angaben der versicherten Person» für den Monat Februar 1998 eine Arbeitsunfähigkeit verneint hatte, hat er dem Erfordernis der rechtzeitigen Meldung gemäss Art. 42 Abs. 1 AVIV (bzw. ALV-Praxis 99/3 Blatt 6) nicht Genüge getan, weshalb die vorliegende Beschwerde abgewiesen werden muss.

Verwaltungsgericht 29. Juni 2000

Eine gegen dieses Urteil erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde vom Eidgenössischen Versicherungsgericht mit Urteil vom 27. Oktober 2000 abgewiesen.

*Art. 9 Abs. 1 UVV. – Zur Glaubhaftmachung eines Unfalls müssen über das konkrete Unfallgeschehen genaue und wenn möglich ins Einzelne gehende Daten namhaft gemacht werden, aufgrund derer der Versicherer in die Lage versetzt wird, sich über die Tatumstände ein Bild zu machen und diese in objektiver Weise abzuklären. Der Nachweis eines Schadens, der möglicherweise auf einen Unfall zurückgehen könnte, genügt allein nicht, um die Leistungspflicht des Unfallversicherers zu begründen.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Mit Rückfallmeldung vom 14. September 1998 teilte A. B. der SUVA mit, sein Zahnarzt C. D. habe festgestellt, dass seine Schmerzen in den oberen linken Zähnen dadurch entstanden seien, dass die dort vorhandene Brücke am zweitletzten Zahn nicht mehr haften. Nur eine umfassende Sanierung dieser Brücke könne diese Zahnschmerzen eliminieren. Die SUVA werde deshalb um Kostengutsprache ersucht. Mit Verfügung vom 7. Juni 1999 lehnte die SUVA die Erbringung von Versicherungsleistungen ab. Zur Begründung führt sie unter anderem aus, es gehe um den Ersatz der Zahnbrücke 24-25-x-x-28 im Oberkiefer links, die ca. 1987 im Ausland eingesetzt worden sei. Die Kosten seien damals nicht zu ihren Lasten gegangen. Dass die Versorgung eines Zahnes im genannten Brückenverbund je einmal zu ihren Lasten gegangen sei, sei bei ihr nicht aktenkundig und nicht bewiesen. Es sei auch kein Zahnschaden aus dieser Zeit registriert. Aufgrund ihrer Akten sei die Ursache der aktuellen Beschwerden nicht mit Wahrscheinlichkeit nachgewiesen. Ursache der heutigen Behandlung sei die im Ausland angefertigte Brücke. Eine gegen diese Verfügung am 11. Juni 1999 erhobene Einsprache wies die SUVA mit Einsprache-Entscheid vom 9. Juli 1999 ab. Gegen diesen Einsprache-Entscheid erhob A. B. Beschwerde und beantragte sinngemäss die Aufhebung des Einsprache-Entscheides und die Ausrichtung von Versicherungsleistungen.

*Aus den Erwägungen:*

...

2. Gemäss Art. 9 Abs. 1 der Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982 (UVV) gilt als Unfall die plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper. Der Leistungsansprecher muss die Umstände eines Unfalls glaubhaft machen. Kommt er dieser Forderung nicht nach, indem er unvollständige, ungenaue oder widersprüchliche Angaben macht, die das Bestehen eines unfallmässigen Schadens als unglaubwürdig erscheinen lassen, so besteht keine Leistungspflicht des Unfallversicherers (RKUV 1990 Nr. U 86 S. 50; BGE 103 V 175 f.; SUVA-Jahresbericht 1989 Nr. 4 S. 7). Zur Glaubhaftmachung eines Unfalls genügt es nicht, dass der Geschädigte die Existenz eines Schadens nachweist, der möglicherweise auf irgendein Unfallereignis zurückgehen könnte, sondern es müssen über das konkrete Unfall-

geschehen wahre, genaue und wenn möglich ins Einzelne gehende Daten namhaft gemacht werden, aufgrund derer der Versicherer in die Lage versetzt wird, sich über die Tatumstände ein Bild zu machen und diese in objektiver Weise abzuklären (EVGE 1955 S. 6). Der Versicherte muss aber nicht einen strikten Beweis für alle zeitlichen und örtlichen Umstände erbringen. Dem Untersuchungsgrundsatz entsprechend hat der Richter von Amtes wegen die notwendigen Beweise zu erheben und kann zu diesem Zweck auch die Parteien heranziehen. Dabei schliesst der Untersuchungsgrundsatz die Beweislast im Sinne der Beweisführungslast begriffsnotwendig aus. Die Parteien tragen aber in der Regel eine Beweislast insofern, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte (BGE 111 V 201; BGE 107 V 164). Der Richter hat seinen Entscheid nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosser Möglichkeit eines bestimmten Sachverhaltes genügt den Beweisforderungen nicht. Die Verwaltung bzw. im Beschwerdefall der Richter hat jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die er von allen Geschehnisabläufen als die Wahrscheinlichste würdigt.

3. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren geht es einzig um die Beurteilung der Frage, ob das Einsetzen der Stiftkronen 25 durch einen SUVA-versicherten Unfall verursacht wurde und bei Bejahung dieser ersten Frage, ob die Sanierung der Zahnbrücke 24-25-x-x-28 unter Anderem als Folge dieses Unfalls zu qualifizieren ist.

.....

Der Beschwerdeführer vertritt den Standpunkt, dass er – während er bei der SUVA unfallversichert gewesen sei – bei einem Eishockeyspiel («ca. 1980») einen Unfall erlitten habe und in der Folge der Stiftzahn 25 eingesetzt worden sei. Der Beschwerdeführer vermag jedoch weder im SUVA-Verfahren noch in demjenigen vor Verwaltungsgericht konkrete, vollständige sowie überprüfbare Angaben zu machen über den genauen Ablauf des von ihm geltend gemachten Unfallereignisses sowie über dessen genauen Zeitpunkt. Der Beschwerdeführer kann insbesondere weder die medizinischen Unterlagen noch die mit der SUVA geführte Korrespondenz bezüglich der Kostenübernahme der von ihm geltend gemachten unfallbedingten Behandlung des Zahns 25 zu den Akten reichen, die den Nachweis des Verlustes dieses Zahns durch eine ungewöhnliche äussere Einwirkung, insbesondere durch ein Trauma anlässlich eines Eishockeyspiels während eines SUVA-versicherten Zeitraums erbringen würden. Als Zwischenergebnis ist darum festzuhalten, dass aufgrund der Behauptung des Beschwerdeführers, das Einsetzen des Stiftzahns 25 sei durch einen SUVA-versicherten Unfall beim Eishockeyspiel verursacht worden und aufgrund der Tatsache allein, dass ein solcher allfälliger Unfall häufig Folgen wie im vorliegenden Fall verursachen

kann, nicht einfach geschlossen werden darf, dass die Notwendigkeit des Einsetzens des Stiftzahns 25 tatsächlich auf das behauptete Unfallereignis zurückzuführen ist.

Nach Empfang der Unfallmeldung versuchte sodann auch die SUVA die Umstände, die zum Einsetzen des Stiftzahns 25 geführt haben, in objektiver Weise abzuklären, indem sie sowohl bei den Winterthur-Versicherungen als auch bei Dr. Z. und Dr. C. D. Erkundigungen bezüglich der Ursache für das Einsetzen des Stiftzahnes 25 sowie bezüglich des genauen Zeitpunktes einzuholen versuchte. Weder bei Dr. Z. noch bei Dr. C. D. sind jedoch Aufzeichnungen, medizinische Unterlagen und Korrespondenzen vorhanden, die beweisen würden, dass einerseits der Stiftzahn 25 tatsächlich aufgrund eines Unfallereignisses und nicht aufgrund einer Krankheitserscheinung oder Abnutzung eingesetzt worden ist und dass der Beschwerdeführer andererseits zum Zeitpunkt des Einsetzens des Stiftzahns 25 tatsächlich bei der SUVA versichert gewesen ist. Im ZUR-Auszug der SUVA ist kein Unfallereignis vor 1996 vermerkt bzw. registriert.

Aus den Angaben des Beschwerdeführers sowie aufgrund der dem Gericht vorliegenden Akten kann nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf ein Unfallereignis im Zusammenhang mit dem Einsetzen des Stiftzahnes 25 geschlossen werden, denn der Schaden könnte auch anderweitig (Beschädigung als Folge der gewöhnlichen Abnutzung oder Erkrankung dieses Zahnes) verursacht worden sein. Die Schilderungen des Beschwerdeführers lassen es zwar als möglich erscheinen, dass der Schaden auf einen Unfall im Sinne von Art. 9 UVV zurückzuführen ist. Seine Behauptung, der Zahnschaden sei bei einem Eishockeyspiel verursacht worden, kann jedoch nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden. Entsprechend sind die Voraussetzungen für die Annahme eines Unfalls im Sinne des Gesetzes nicht erfüllt.

Die Folgen der Beweislosigkeit trägt der Beschwerdeführer, der daraus einen Anspruch auf Übernahme der Sanierungskosten für die Zahnbrücke 24-25-x-x-28 hätte ableiten wollen. Weder der Beschwerdeführer noch sein damaliger Zahnarzt können überprüfbare Angaben dazu machen, wann genau welcher Zahnschaden entstanden ist, welche Behandlung durchgeführt wurde und bei welchem Arbeitgeber der Beschwerdeführer zu diesem Zeitpunkt angestellt war bzw. bei welchem Unfallversicherer er obligatorisch unfallversichert war. Diese Angaben wären aber unbedingt erforderlich, damit allenfalls noch weitere Abklärungen durch das Gericht hätte vornehmen können. Zu diesen zentralen Fragen geben die Akten keine verwertbaren Anhaltspunkte. Es kann nicht bewiesen und auch nicht abgeklärt werden, welcher Schaden wann eingetreten ist und was für Heilbehandlungen vorgenommen wurden. Die Tatsache, dass 1983 bereits ein Stiftzahn 25 vorhanden war, beweist noch nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit, dass dieser auf einen bei der SUVA versicherten Unfall zurückzuführen ist.

Verwaltungsgericht 26. Oktober 2000

*Art. 51 AVIG und Art. 74 AVIV. – Der gesetzliche Zweck der Insolvenzenschädigung besteht im Schutz der Lohnguthaben und damit in der Sicherstellung des Lebensunterhalts des Arbeitnehmers im Konkursfall des Arbeitgebers. Anspruch besteht aber nur, wenn der Arbeitnehmer seine Lohnforderung (wenigstens) glaubhaft machen kann.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Mit Verfügung vom 17. November 1994 lehnte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zug das Gesuch von X. Y. um Ausrichtung einer Insolvenzenschädigung mangels Lohnforderung ab. Gestützt auf ein von X. Y. eingereichtes Wiedererwägungsgesuch wurde diese Verfügung mit Wiedererwägungsentcheid vom 3. April 1995 aufgehoben und festgestellt, dass X. Y. in der Zeit vom 17. Mai bis 16. August 1994 Anspruch auf Insolvenzenschädigung habe. Am 6. Juni 1995 zahlte die Arbeitslosenkasse einen Betrag von Fr. 18'315.- netto aus. Am 28. April 1995 stellte X. Y. auch bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Aargau ein Insolvenzenschädigungsgesuch, diesmal betreffend offene Lohnforderungen gegenüber der Z AG für Mai bis Juli 1994 von je Fr. 7'000.- sowie einen Ferienanteil von Fr. 2'800.-. In der Folge zahlte die Arbeitslosenkasse des Kantons Aargau am 24. Mai 1995 einen Betrag von Fr. 15'667.45 netto aus.

Mit Verfügung vom 28. Mai 1996 forderte die Arbeitslosenkasse des Kantons Aargau den ausbezahlten Betrag mit der Begründung zurück, dass der Versicherte für den gleichen Zeitraum auch von der Arbeitslosenkasse des Kantons Zug eine Entschädigung erhalten habe. Gegen diese Verfügung erhob X. Y. am 24. Juni 1996 Beschwerde beim Versicherungsgericht des Kantons Aargau, welche er damit begründete, dass die Insolvenzenschädigungen zwei verschiedene, juristisch selbständige Unternehmen betreffen würden, deren Konkurse zeitlich einige Monate auseinandergelegen hätten. Er sei für beide Unternehmen während einigen Monaten gleichzeitig tätig gewesen.

Mit Verfügung vom 8. November 1996 forderte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zug die an X. Y. ausbezahlte Insolvenzenschädigung in Höhe von Fr. 18'315.90 mit der Begründung zurück, dass sie Kenntnis davon erhalten habe, dass er ab 1. April 1994 – noch während des Zeitraumes für den er offene Forderungen gegenüber der konkursiten M AG geltend gemacht habe – bei der Z AG eine neue Tätigkeit aufgenommen habe. Gegen diese Verfügung reichte X. Y. bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Zug am 15. November 1996 wiederum ein Wiedererwägungsgesuch ein, welches mit Entscheid vom 26. Januar 1999 abgewiesen wurde. Die Kasse führte unter anderem aus, die Anspruchsvoraussetzungen auf Insolvenzenschädigung seien mangels Vorliegens von Lohnansprüchen für geleistete Arbeit nicht erfüllt.



Gegen den Wiedererwägungsentscheid vom 26. Januar 1999 reichte X. Y. am 26. Februar 1999 Beschwerde ein und beantragte dessen Aufhebung. Mit Vernehmlassung vom 22. März 1999 beantragt die Arbeitslosenkasse des Kantons Zug die Abweisung der Beschwerde.

*Aus den Erwägungen:*

...

3. Der gesetzliche Zweck der Insolvenzenschädigung besteht im Schutz der Lohnguthaben und damit in der Sicherstellung des Lebensunterhaltes des Arbeitnehmers im Konkursfall seines Arbeitgebers (SVR 1996 ALV Nr. 73 S. 223; BBl 1980 III 534 f. und 606; BGE 114 V 58 E. 3c). Mittels der Insolvenzenschädigung wird somit sichergestellt, dass der Versicherte seinen persönlichen und familiären Verpflichtungen trotz des teilweisen oder gänzlichen Lohnausfalls nachkommen kann und damit durch den Verlust seiner Lohnforderung in seiner Existenz nicht bedroht wird (KS-IE 01.92, S. 15; BGE 114 V 56). Die Insolvenzenschädigung deckt im Gegensatz zu den anderen Leistungsarten nicht das Risiko der Arbeitslosigkeit, sondern das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers. Zwar gewährt bereits das Zivilrecht einen gewissen Schutz der Arbeitnehmer, indem sie bei Lohngefährdung das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen können, wenn nicht innert kurzer Frist Sicherheit für die Lohnforderungen geleistet wird (Art. 337a OR). Die Erfahrung zeigt aber, dass bei einem Firmenzusammenbruch die Arbeitnehmer dennoch vielfach zu einem Lohnverlust kommen. Weil der Lohn meist die materielle Existenzgrundlage darstellt, übernimmt die Versicherung mit der Insolvenzenschädigung im Interesse und zum Schutz des Arbeitnehmers im gesetzlichen Rahmen die nicht erfüllte zivilrechtliche Schuldpflicht des Arbeitgebers (Thomas Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, Bern 1997, § 34 N 67; BGE 112 V 55).

Über die Insolvenzenschädigung wird vom Arbeitnehmer tatsächlich geleistete Arbeit entschädigt (gewissermassen anstelle des insolventen Arbeitgebers), im Gegensatz zur Arbeitslosenentschädigung, über die ein Lohnverlust (Verdienstausschlag) infolge nicht geleisteter Arbeit (Arbeitsausfall) entschädigt wird (Gerhard Gerhards, a.a.O., Art. 51 N 7). Die Insolvenzenschädigung ist zeitlich auf die letzten drei Monate des Arbeitsverhältnisses und betragsmässig für jedes einzelne Arbeitsverhältnis auf den höchstversicherbaren Verdienst (Fr. 6'800.-) beschränkt (KS-IE 01.92, S. 2). Die Lohnansprüche werden voll gedeckt (BBl 1980 III 606).

Gemäss Art. 74 AVIV darf die Arbeitslosenkasse Insolvenzenschädigungen jedoch nur ausrichten, wenn der Arbeitnehmer seine Lohnforderung (wenigstens) glaubhaft macht. Im Einzelfall sollten Verdienstangaben in schriftlichen Arbeitsverträgen, Stundenrapporte, frühere Lohnabrechnungen, eine Schuldanerkennung des früheren Arbeitgebers, Bescheinigungen

des Konkurs- oder Betreibungsamtes, Aussagen ehemaliger Vorgesetzter oder Mitarbeiter ausreichen, ausstehende Lohnzahlungen glaubhaft zu machen (KS-IE 01.92, S. 14; Gerhard Gerhards, a.a.O., Art. 52 N 8 und 11).

4. Im Folgenden ist nun zu prüfen, ob der Beschwerdeführer gegenüber der M AG in der Zeit vom 17. Mai 1994 bis zum 16. August 1994 Arbeit geleistet und Lohn bezogen hat bzw. – wie er behauptet – gestundet hat.

a) Im Antrag auf Insolvenzenschädigung erklärte der Beschwerdeführer, dass er für die Monate Mai bis Juli 1994 je Fr. 7'000.- offene Lohnforderungen gegenüber der M AG habe. Er sei während 40 Stunden pro Woche für die Firma als Personalberater tätig gewesen. Dem Antrag beigelegt ist eine Forderungseingabe an das Konkursamt Zug vom 26. August 1994, in der nicht erhaltener Lohn von Januar bis Juli 1994 im Betrag von Fr. 40'923.20 deklariert wird. Als Beweismittel sind der Forderungseingabe Lohnabrechnungen von Januar bis Juli 1994 beigelegt. Aus diesen Belegen ergibt sich, dass jeweils nur das AHV-pflichtige Bruttogehalt von je Fr. 7'000.- aufgeführt ist. Gemäss Ziff. 4 des Arbeitsvertrages zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Firma hat er aber zusätzlich noch Anspruch auf eine Provision von 10% des fakturierten Nettohonorar-Umsatzes gehabt. Aus der Lohnabrechnung muss somit geschlossen werden, dass gar keine Honorare verrechnet wurden. Weil für das Jahr 1994 auch keine Buchhaltung erstellt wurde, kann auch nicht nachgewiesen werden, ob überhaupt Rechnungen für die vom Beschwerdeführer geleistete Arbeit gestellt wurden. Aus der Lohnabrechnung muss man jedenfalls schliessen, dass dies nicht der Fall gewesen ist.

b) Während des Konkurses der M AG fand am 11. November 1994 eine Schlusskontrolle durch die Revisionsstelle der Ausgleichskassen und zwar für die Zeit vom 1. April bis zum 18. August 1994 statt. Im Rahmen dieser Revision gab der Beschwerdeführer zu Protokoll, dass die Gesellschaft ab dem 1. April 1994 keine Löhne mehr ausbezahlt habe. Die Buchhaltung für 1994 sei nicht erstellt worden.

c) Am 31. März 1994 unterschrieb der Beschwerdeführer bei der Z AG einen Arbeitsvertrag und verpflichtete sich darin, für diese Firma vollamtlich und ausschliesslich tätig zu sein. Als Arbeitsbeginn wurde der 1. April 1994 festgesetzt.

d) Bei den Akten liegt ein Schreiben von A. B., Verwaltungsratspräsident der Z AG vom 2. Mai 1994, aus dem sich ergibt, dass die M AG die gesamte bestehende EDV-Anlage für Fr. 30'000.- an die neue Z AG verkaufte, damit die ausstehenden Saläre und Sozialleistungen per 31. Dezember 1993 bezahlt werden konnten. A.B. und C. D. schossen diesen Betrag vor. Am 31. März 1994 wurde die neue Firma in das Handelsregister des Kantons Aargau eingetragen, wobei man offenbar den Aktienmantel einer anderen AG übernahm und den Namen änderte. Bereits im März 1994 hatte der Be-

schwerdeführer den Sitz seiner eigenen Firma, der M AG, die er im November 1992 gekauft hatte, an eine Briefkastenadresse nach Zug verlegt, wo – auf sein eigenes Begehren hin – am 16. August 1994 der Konkurs eröffnet wurde.

Aus diesen Unterlagen ergibt sich, dass der Beschwerdeführer seine Lohnforderungen nicht einmal glaubhaft machen kann. Im Gegenteil. Aus der Tatsache, dass er ab dem 1. April 1994 vollzeitlich und ausschliesslich für die Z AG, die ebenfalls zum Teil ihm gehörte, tätig war, muss geschlossen werden, dass er für seine eigene Firma keine Arbeit mehr geleistet und damit auch keinen Lohnanspruch mehr erwirken kann. Dies bestätigt er selber in seinen Angaben gegenüber dem Revisor der Ausgleichskasse, indem er feststellte, dass von der Firma ab dem 1. April 1994 keine Löhne mehr ausbezahlt worden seien. Wären die Löhne geschuldet, aber gestundet gewesen, so hätten darauf von der M AG bzw. nach dem Konkurs mit Einstellung mangels Aktiven durch den Beschwerdeführer als einziges Mitglied des Verwaltungsrates persönlich Sozialversicherungsbeiträge entrichtet werden müssen. Auch die sonst wenig aussagekräftigen Lohnabrechnungen für die Monate Januar bis Juli 1994 beweisen, dass überhaupt keine Arbeit verrechnet wurde, sondern dass bloss ein Bruttogehalt eingetragen wurde. Es liegen keine Stundenrapporte, keine Honorarrechnungen für geleistete Arbeit, keine Aussagen ehemaliger Mitarbeiter vor, welche die ausstehenden Lohnzahlungen glaubhaft machen könnten. Mit der Arbeitslosenkasse muss davon ausgegangen werden, dass die Anspruchsvoraussetzungen für die Ausrichtung von Insolvenzenschädigung wegen fehlender Lohnansprüche für geleistete Arbeit in diesem Fall nicht erfüllt sind. Die Insolvenzenschädigung ist zu Unrecht ausgerichtet worden und die Beschwerde gegen den Rückerstattungsentscheid muss abgewiesen werden.

Verwaltungsgericht 30. November 2000

### **3. Bau- und Planungsrecht**

*Art. 24 RPG, Art. 30 USG, Art. 16 TVA. – Geländeänderungen durch Deponierung von Aushub aus der Nachbarschaft zur Erleichterung der landwirtschaftlichen Bewirtschaftung unterliegen der Bewilligung unter raumplanerischen, landschaftsschützerischen, umweltrechtlichen und gewässerrechtlichen Gesichtspunkten.*

*Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):*

Der Eigentümer eines landwirtschaftlichen Grundstückes in Hanglänge über dem Ägerisee ersuchte um Bewilligung für die Auffüllung einer Geländemulde mit ungefähr 3'080 m<sup>3</sup> Aushubmaterial auf einer Fläche von rund 4'000 m<sup>2</sup> bis zu einer Höhe von 3 m. Begründet wurde das Vorhaben mit der landwirtschaftlichen Bodenverbesserung und der Unfallverhütung. Das Aushubmaterial sollte aus der nahen Bauzone bezogen werden.

*Erwägungen:*

1. Die Erstellung und die Veränderung von Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone bedürfen der Zustimmung der Baudirektion und der Bewilligung der Gemeindebehörde (§ 36 Abs. 1 des Baugesetzes für den Kanton Zug, BauG, BGS 721.11). Gesuche für Bauvorhaben sind von der Gemeinde der Baudirektion zu unterbreiten, wenn der Standort in einer Zone ausserhalb des Baugebietes liegt. Die Baudirektion nimmt in der Form eines anfechtbaren Zwischenentscheides Stellung (§ 36 Abs. 1 und 2 der Vollziehungsverordnung zum Baugesetz, VV BauG, BGS 721.111). Gegen Verwaltungsentscheide einer Direktion des Regierungsrates ist die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zulässig, wenn in der Streitsache ein ordentliches Rechtsmittel an eine Bundesbehörde gegeben ist (§ 61 Abs. 1 Ziff. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes, VRG, BGS 162.1). Diese Voraussetzung ist hier erfüllt und zwar nicht nur unter dem Aspekt einer Ausnahmebewilligung gemäss Art. 24 des Bundesgesetzes über die Raumplanung (RPG, SR 700), sondern gemäss ständiger Praxis wegen des Sachzusammenhangs auch im Hinblick auf Art. 22 RPG (GVP 1989/90, 39). Die Beschwerde ist im übrigen fristgerecht eingereicht worden, weshalb sie zu prüfen ist.

Bewilligungspflichtig sind «Bauten» und «Anlagen» (Art. 22 Abs. 1 RPG). Darunter fallen auch bloss Geländeveränderungen, wenn sie erheblich sind (BGE 114 Ib 312f.). Es ist zu Recht unbestritten, dass das Vorhaben des Beschwerdeführers 1 unter den Begriff Anlage fällt und damit bewilligungspflichtig ist (§ 17 Abs. 2 BauG, § 7 VV BauG). Zu überprüfen ist, ob die beabsichtigte Terrainveränderung mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften übereinstimmt (§ 21 VV BauG).

2. Der Beschwerdeführer möchte die Mulde auf seinem Grundstück mit Aushub aus der näheren Umgebung auffüllen, damit diese Stelle einfacher zu bewirtschaften ist. Gemäss Art. 16 Abs. 3 lit. d TVA ist unverschmutzter Aushub in erster Linie für Rekultivierungen zu verwenden; kann das Material nicht sofort verwertet werden, kommt eine Zwischenlagerung in Betracht. Soll Aushubmaterial dagegen endgültig abgelagert werden, so muss dies gemäss Art. 30 Abs. 3 USG auf einer Deponie geschehen; hierfür steht nach Ziff. 12 Abs. 2 Anhang 1 TVA nur die Inertstoffdeponie zur Verfügung (BGE 120 Ib 404). Neue Inertstoffdeponien müssen mindestens ein nutzbares Volumen von 100'000 m<sup>3</sup> aufweisen (Art. 31 Abs. 1 lit. a TVA). Die Kantone können die Errichtung von Inertstoffdeponien mit geringerem Volumen bewilligen, wenn dies aufgrund der geographischen Gegebenheiten sinnvoll ist (Art. 31 Abs. 2 TVA). Dabei darf jedoch Sinn und Zweck der Mindestgrössenbestimmung nicht ausser acht gelassen werden: Art. 31 Abs. 1 TVA beruht auf schlechten Erfahrungen, die in der Vergangenheit gerade mit Kleinstdeponien für Aushub und Bauschutt gemacht wurden (BGE 120 Ib 407).

Im Zusammenhang mit dem Kiesabbau im Kanton Zug besteht ein grosser Rekultivierungsbedarf. Der Bedarf an unverschmutztem Aushub für die Rekultivierung ist in einem Volumen von 7 Mio. m<sup>3</sup> ausgewiesen (vgl. Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 1. September 1987 an den Kantonsrat zum Teilrichtplan Abbau- und Deponiegebiete 1987, Vorlage Nr. 6054). Die Kiesabbaugebiete sind noch nicht (vollständig) rekultiviert, d.h. es bedarf noch immer unverschmutzten Aushubs für dessen Rekultivierung. Da unverschmutzter Aushub in erster Linie zur Rekultivierung verwendet werden muss, sind zuerst die Kiesgruben zu füllen, bevor der Aushub an anderen Orten abgelagert werden darf.

3. a) Weiter begründet der Beschwerdeführer sein Gesuch mit landwirtschaftlicher Bodenverbesserung und damit, dass die Mulde nicht, oder nur mit erhöhter Gefahr, bewirtschaftet werden kann. Es handelt sich dabei unbestrittenermassen um ein Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone. Gemäss Art. 24 Abs. 1 RPG kann eine Ausnahmegewilligung erteilt werden, wenn (lit. a) der Zweck der Baute einen Standort ausserhalb der Bauzone erfordert und (lit. b) wenn dem Vorhaben keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Die Standortgebundenheit wird nach der bundesgerichtlichen Praxis nur dann bejaht, wenn eine Baute aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen oder wegen der Bodenbeschaffenheit auf einen Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen ist. Dabei beurteilen sich die Voraussetzungen nach objektiven Massstäben, und es kann weder auf die subjektiven Vorstellungen und Wünsche des Einzelnen noch auf die persönliche Zweckmässigkeit oder Bequemlichkeit ankommen. Zudem sind an die Erfordernisse der Standortgebundenheit strenge Anforderungen zu stellen (BGE 117 Ib 281).

Im vorliegenden Fall geht es dem Beschwerdeführer in erster Linie darum, dass er die Mulde bewirtschaften bzw. einfacher bewirtschaften kann. Mit seinen derzeit vorhandenen Maschinen läuft er Gefahr, dass sie beim Durchfahren der Mulde beschädigt werden. Vom Technischen her gesehen, wäre die Bewirtschaftung jedoch mit einem vierradgetriebenen Selbstlader möglich, wie der Beschwerdeführer am Augenschein erklärte. Wie das Bundesgericht ausführt, dürfen die persönlichen Wünsche nicht in die Voraussetzungen für die Standortgebundenheit einbezogen werden (BGE 117 Ib 281). Die Standortgebundenheit kann deshalb nicht bejaht werden. Sie ist auch in Bezug auf die Bodenverbesserung zu verneinen. Mit der geplanten Auffüllhöhe kann eine wesentliche Verbesserung nicht erreicht werden, da ein entsprechender Bodenaufbau nicht realisiert werden kann.

b) Selbst wenn die Standortgebundenheit bejaht werden müsste, stünden dem Vorhaben überwiegende Interessen (Art. 24 Abs. 1 lit. b RPG) entgegen. Das Grundstück Nr. 543, Alisacher, liegt gemäss kantonalem Richtplan im Landschaftsschutzgebiet Nr. 22 «Grindel». Der Erhaltung der charakteristischen Landschaftselemente kommt besondere Bedeutung zu. Mit der Ter-

rainauffüllung würde eine Geländemulde eingeebnet. Die Landschaft würde dadurch einen Teil ihres Charakters verlieren; auch wenn dieser Teil nur klein ist, ist es doch ein Verlust. Dies würde Art. 3 Abs. 2 lit. d RPG widersprechen, wonach naturnahe Landschaften erhalten werden sollen.

Auch das Gewässerschutzgesetz (SR 814.20) sieht in Art. 1 lit. h vor, dass die natürliche Funktion des Wasserkreislaufs gesichert werden soll. Wird am gewachsenen Boden etwas verändert, hat dies immer auch Auswirkungen auf den Wasserhaushalt. Wo der Aufbau einmal zerstört wurde, kann der vormalige Wasserkreislauf nie wieder hergestellt werden.

Es ist auch auf die präjudizierende Wirkung einer Ausnahmegewilligung hinzuweisen. Werden solche Bewilligungen einmal erteilt, werden weitere Gesuche folgen. Auch wenn es jeweils nur um kleine Gebiete gehen würde, würde die Landschaft nach und nach ihre einzigartige Feingliederung verlieren.

Auf der anderen Seite sind auch die Interessen des Beschwerdeführers 1 zu beachten. Er muss diese Stelle mit seinen Maschinen jeweils umfahren, wenn er verhindern will, dass sie kaputt gehen. Die Unfallgefahr betrifft innerhalb der Mulde in erster Linie die Beschädigung von Sachen. Die Bewirtschaftung in diesem steilen Gelände ist – und bliebe auch nach einer Auffüllung – gefährlich. Der Hang ist in der Mulde nicht steiler als gleich daneben. Dabei muss auch beachtet werden, dass die Fläche, die aufgefüllt werden soll, rund 2% der bewirtschafteten Fläche des Beschwerdeführers 1 ausmacht. Auch wenn, wie er am Augenschein ausführte, auf dem bewirtschafteten Land noch steilere Hänge vorhanden sind, die nur zur Beweidung taugen, mögen seine privaten Interessen die öffentlichen Interessen an der Erhaltung der gewachsenen Natur nicht überwiegen. Deshalb kann keine Ausnahmegewilligung erteilt werden und die Verfügung der Baudirektion ist vollumfänglich zu schützen.

....

Verwaltungsgericht 29. Februar 2000

*Art. 27 RPG, § 5bis BauG. – Planungszone. Zulässigkeit der Planungszone für die Freihaltung zwecks Strassenplanung. Keine Anrechnung anderer Planungsmassnahmen auf die gesetzliche Dauer der Planungszone.*

*Sachverhalt:*

A. Mit Beschluss vom 28. April 1998 verfügte der Regierungsrat des Kantons Zug eine Planungszone im Gebiet der künftigen S+E-Strasse im Gemeindegebiet von Cham. In dem gemäss beigelegten Situationsplan MSt. 1:2000 ausgewiesenen Gebiet wurde ein generelles Bauverbot festgelegt für

solange, bis die Planungszone durch rechtskräftige Baulinienpläne für die künftige S+E-Strasse abgelöst werde, längstens aber für fünf Jahre unter Vorbehalt einer Verlängerung um höchstens zwei Jahre. Die betroffenen Liegenschaften sind in einer Grundeigentümerliste aufgeführt und dem Situationsplan zu entnehmen.

Der Begründung des Entscheides lässt sich u.a. entnehmen, dass verschiedene Grundstücke entlang der künftigen S+E-Strasse einer gemeindlichen Reservebauzone zugewiesen seien. Gemäss § 21 Abs. 1 der Bauordnung Cham (BO) umfassten die Reservebauzonen Land, das grundsätzlich für die Überbauung innerhalb der nächsten 15 Jahre in Aussicht genommen sei. Die Baufreigabe solle jedoch erst erfolgen, wenn der Bedarf im Rahmen eines geordneten Wachstums der Gemeinde gegeben sei bzw. Entscheide über die allfällige Erstellung und Linienführung der nördlich des Kerns geplanten Erschliessungsachse vorlägen. Nachdem nun mit der Planungszone und den noch auszuarbeitenden Baulinien das eine Kriterium für die Freigabe nach kommunalem Recht gegeben sei, werde der Gemeinderat auf Gesuch der Grundeigentümer über die Baufreigabe entscheiden können. Der Gemeinderat habe es mit der Erschliessungsetappierung in der Hand, gewisse Gebiete aufgrund des ausgewiesenen Bedarfs und im Rahmen eines geordneten Wachstums zur Überbauung freizugeben. Die Erschliessungsetappierung solle die gestaffelte Baufreigabe von Baureserveland innerhalb des ordentlichen Zeithorizontes eines Zonenplanes von rund 15 Jahren gewährleisten. Seit Mitte 1991 sei der heute geltende Zonenplan rechtskräftig. Es verblieben der Gemeinde also noch mehr als acht Jahre, um die gesamten in der Reservezone liegenden Flächen vollumfänglich grob zu erschliessen oder zur Überbauung freizugeben. Die Freigabe der Reservebauzone falle in die Zuständigkeit des Gemeinderates. Es könne deshalb festgestellt werden, dass der Freigabe des in der Reservebauzone gelegenen Areals entlang der Linienführung der künftigen S+E-Strasse und ausserhalb der Planungszone aus kantonaler Sicht nichts mehr im Wege stehe.

Das Ziel der Planungszone bestehe vorliegend in der Raumfreihaltung bis zum Erlass der definitiven Baulinienpläne. Innerhalb der Planungszone gelte ein befristetes Bauverbot. Die Ausnützung könne jedoch von den Grundeigentümern auf der Restfläche ihrer Grundstücke vollumfänglich konsumiert werden, vorbehaltlich entgegenstehender Bauvorschriften.

Zur Geltungsdauer der Planungszone wird erklärt, die fünfjährige Frist mit einer möglichen Verlängerung von maximal zwei Jahren entspreche dem gesetzlichen Maximalrahmen. Dieser müsse so weit gesetzt werden, da die für die einzelnen Verfahrensschritte nötige Zeit sich im Moment sehr schwer voraussagen lasse. In der Zwischenzeit werde die Baudirektion – vorbehaltlich des kantonalen Gesamtverkehrskonzeptes und des Teilrichtplans Verkehr – Baulinienpläne ausarbeiten müssen, welche durch den Regierungsrat zu beschliessen seien. Bereits zu diesem Zeitpunkt werde mit den Baulinien-

plänen, welche einen Sondernutzungsplan im Sinne von Art. 5 Abs. 3 der Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung (SR 814.01; UVPV) darstellten, die dannzumal ermittelbaren Umweltauswirkungen der S+E-Strasse zu prüfen sein. In jedem Fall solle aber die Planungszone nur solange aufrecht erhalten werden, bis sie durch die Auflage der fraglichen Baulinien und den entsprechend angepassten Nutzungsplan abgelöst werde bzw. bis allenfalls der Kantonsrat auf Begehren der Gemeinde Cham die S+E-Strasse im kantonalen Teilrichtplan Verkehr streiche. Damit die Planungszone überhaupt die gewünschte Rechtswirkung entfalten könne, sei darin ein generelles Bauverbot vorzusehen.

B. Unter gleichem Datum vom 28. April 1998 wies der Regierungsrat eine Einsprache der Gemeinde Cham ab. Der Regierungsrat führt u.a. aus, der Gemeinderat Cham sei von der Gemeindeversammlung am 19. Juni 1995 mit einer Motion zur Streichung der S+E-Strasse aus dem kantonalen und gemeindlichen Teilrichtplan Verkehr verpflichtet worden. Aufgrund dieses Auftrages habe der Gemeinderat verschiedene Abklärungen getroffen. Ungeachtet der im Jahre 1995 gutgeheissenen Motion habe die Gemeindeversammlung am 30. Juni 1997 einer Teilrevision der BO Cham zugestimmt, welche die Freigabe der Reservebauzonen weiterhin an Entscheide über die Erstellung und Linienführung der Kernumfahrungsstrasse knüpfe (Art. 21 Abs.1 BO Cham). Es sei zu Gesprächen zwischen der Gemeinde Cham und der Baudirektion gekommen, welche schliesslich in die regionale Verkehrsstrategie Zug-Ennetsee (bestehend aus Vertretern der Gemeinden Risch, Hünenberg, Cham, Steinhausen, Zug und Baar) gemündet seien. In dieser Regionalgruppe hätten die Talgemeinden ein erstes Mal gemeinsam einen Lösungsvorschlag zur Verkehrsproblematik ausgearbeitet. Es sei unbestritten gewesen, dass dieser Vorschlag, der u.a. von einem Verzicht auf die S+E-Strasse ausgegangen sei, noch in die kantonale Verkehrsplanung eingebunden werden müsste. Die Baudirektion habe nun mit der Erarbeitung eines Gesamtverkehrskonzeptes die Überarbeitung des kantonalen Teilrichtplans Verkehr an die Hand genommen. Diese verschiedenen Bemühungen hätten dazu geführt, dass die Ausarbeitung der Baulinienpläne samt Untersuchung der Umweltauswirkungen für die verfeinerte Linienführung der S+E-Strasse, insbesondere wegen des Streichungsbegehrens der Gemeinde Cham, nicht habe weiter bearbeitet werden können. Dieses Begehren der Gemeinde Cham werde jedoch erst im Rahmen der Überarbeitung des kantonalen Teilrichtplans Verkehr formell behandelt werden können.

Die Linienführung der künftigen S+E-Strasse stütze sich auf den kantonalen Richtplan. Weil die Aussagen dieses Richtplanes für die Grundeigentümer nicht, für die Behörden und somit auch für den Gemeinderat Cham jedoch verbindlich seien, habe sich der Regierungsrat gezwungen gesehen, eine Planungszone zu erlassen. Während der Geltungsdauer dieser Planungszone werde der Regierungsrat die grundeigentümergehörige Sondernutzungsplanung vorantreiben und entsprechende Baulinien erlassen.



Die S+E-Strasse solle nach Auffassung des Kantons das Zentrum der Gemeinde Cham entlasten. Die Baudirektion habe nach Gesprächen mit Vertretern der Gemeinde Cham in den Jahren 1994/95 die Linienführung der S+E-Strasse überarbeitet. Dabei habe sich ergeben, dass durch die Tiefelage der geplanten Kernumfahrung auf einen Anschluss im Gebiet Lorzenhof mit einer Verbindung zur Sinser- und zur Knonauerstrasse nicht verzichtet werden könne und dass die Erschliessung des Gebietes Lorzenhof (GS Nr. 179) einbezogen worden sei. Die Gemeinde Cham habe der Baudirektion diesbezüglich die Ausarbeitung eines Erschliessungsplanes zugesichert. Durch die Optimierung des Anschlusses Knonauerstrasse habe die Beeinträchtigung des Gebietes Lorzenhof so klein wie möglich gehalten werden können. Eine Kernumfahrungsstrasse ohne Anschluss an die Sinser- und die Knonauerstrasse sei nie zur Diskussion gestanden. In Art. 21 Abs. 1 BO Cham spreche selbst die Einsprecherin von der nördlich des Kerns geplanten Erschliessungsachse. Dabei könne es sich nur um die geplante S+E-Strasse handeln. Der kantonale Richtplan verpflichte zudem den Kanton, den Raum für die Hauptverkehrsstrassen frei zu halten (Richtplantext Nr. 38). Da es sich sowohl bei der S+E-Strasse als auch bei der Sinser- und der Knonauerstrasse um Kantonsstrassen handle, könne die Raumfreihaltung vorliegend nur mit Baulinien für kantonale Strassen gewährleistet werden. Der Erlass solcher Baulinien falle in die Zuständigkeit des Regierungsrates. Die Planungszone sichere den Raum für die S+E-Strasse bis zum Erlass der Baulinien. Der Regierungsrat orientiere sich diesbezüglich am Richtplan. Die Einsprache erweise sich insoweit als unbegründet.

Zum Vorbringen des Gemeinderates, die Verhältnisse hätten sich geändert, da aus einer angebotsorientierten Verkehrsplanung heraus in Übereinstimmung mit den Talgemeinden aus kantonaler Sicht am Konzept der S+E-Strasse nicht mehr länger festgehalten werden könne, erklärt der Regierungsrat, die S+E-Strasse sei Bestandteil des kantonalen Richtplanes 1987. Die Festlegung der Zonengrenzen und der Reservebauzonen habe die Ortsplanung Cham 1990 den übergeordneten Planungsgrundlagen, nämlich den behördenverbindlichen Vorgaben des kantonalen Teilrichtplans Verkehr sowie des kantonalen Richtplans, genügend Rechnung getragen. Ohne Überarbeitung der behördenverbindlichen Richtpläne durch den Kantonsrat bzw. den Regierungsrat sei ein Verzicht auf die S+E-Strasse nicht möglich. Ein Verzicht auf die Planungszone würde den Bau der S+E-Strasse für immer unmöglichen. Dem für Behörden verbindlichen und vom Kantonsrat beschlossenen Teilrichtplan Verkehr würde keine Nachachtung verschafft. Bis zur definitiven Streichung der S+E-Strasse im kantonalen Teilrichtplan Verkehr durch den Kantonsrat müsse der Regierungsrat deren Raum sichern. Falls der Kantonsrat ebenfalls feststelle, dass sich die Situation erheblich verändert habe, dass sich neue Aufgaben stellen würden oder dass eine gesamthaft bessere Lösung möglich sei, werde er den Teilrichtplan Verkehr anpassen. Daraus ergebe sich, dass nur der Kantonsrat die Streichung der S+E-

Strasse beschliessen könne. Bis zu diesem Zeitpunkt sei es Aufgabe des Regierungsrates, die Raumfreihaltung für die Hauptverkehrsstrassen zu sichern (Richtplantext Nr. 38). Daran ändere nichts, dass sich die Chamer Bevölkerung mehrmals direkt oder indirekt zur S+E-Strasse geäußert habe.

Der Gemeinderat sei offenbar der Ansicht, dass die Reservebauzone im Gebiet Lorzenhof freizugeben sei, weil der Bedarf im Rahmen eines geordneten Wachstums der Gemeinde gegeben sei. Unbestrittenermassen habe sich die Situation in der Zwischenzeit wesentlich geändert. Die Erschliessungsetappierung, welche bis anhin auch noch die Raumsicherung für die S+E-Strasse insbesondere im Gebiet Lorzenhof übernommen habe, solle nach Ansicht des Gemeinderates durch die Baufreigabe der fraglichen Parzelle dahin fallen. Diese Neueinschätzung durch den Gemeinderat habe den Erlass der Planungszone erst notwendig gemacht. Damit sei die Voraussetzung gegeben, wonach Planungszone lediglich dann zu erlassen seien, wenn sich die Verhältnisse geändert hätten.

Die Einwohnergemeinde stelle schliesslich dem öffentlichen Interesse an der Raumfreihaltung für den Bau der künftigen S+E-Strasse ihre eigenen Interessen an der uneingeschränkten Nutzung ihrer Liegenschaften, insbesondere der Schulanlage Röhrliberg, entgegen. Diese beiden entgegengesetzten Interessen seien in der Folge einander gegenüberzustellen. Diese gemeindliche Liegenschaft sei aber lediglich mit einem rund 20 m breiten Streifen entlang der süd/östlichen Grundstücksgrenze von der Planungszone betroffen. Angesichts der grossen Restfläche sei die Beeinträchtigung unbeachtlich. Die Überbaubarkeit der Liegenschaft werde durch die Planungszone weder erschwert noch verhindert.

C. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 28. Mai 1998 beantragt der Gemeinderat Cham:

1. Der Regierungsratsbeschluss vom 28. April 1998 betreffend Festlegung einer Planungszone im Gebiet der künftigen S+E-Strasse, Gemeinde Cham, sei in Gutheissung dieser Verwaltungsgerichtsbeschwerde aufzuheben.
2. Allfällige Kosten- und Entschädigungen seien dem Kanton zu belasten.

Der Gemeinderat führt aus, die Einwohnergemeinde Cham sei in doppelter Eigenschaft zur Beschwerdeerhebung legitimiert, nämlich als Gemeinde und als Landeigentümerin. Die Grundstücke Nr. 27, 123, 130, 204, 2179 und 2543 würden von der Planungszone tangiert. Über die Vorgeschichte würden die Einsprache des Gemeinderates sowie die Entscheide des Regierungsrates erschöpfend Auskunft geben. Die Planungszone bestehe nun faktisch schon seit 15 Jahren, obwohl die Chamer Bevölkerung sowie Linienführung als auch Realisierung der S+E-Strasse an der Urnenabstimmung vom 9. November 1980 über den Verkehrsrichtplan mit 1'327 Nein gegen 847 Ja klar

verworfen habe. Das Nein zum Verkehrsrichtplan 1980 sei ein klares Nein gegen die S+E-Strasse gewesen. Bei der Zonenplanrevision 1990 seien im Gebiet der künftigen S+E-Strasse in Absprache mit der Baudirektion Reservabauzonen ausgeschieden worden. Zu guter Letzt habe die Einwohnergemeindeversammlung am 19. Juni 1995 eine Motion für die Streichung der S+E-Strasse aus dem kantonalen und gemeindlichen Verkehrsrichtplan erheblich erklärt. Gleichzeitig sei auch ein Planungskredit für die Errichtung von Alternativen zur S+E-Strasse bewilligt worden. Faktisch bestehe im genannten Gebiet bereits seit 15 Jahren ein rechtlicher Zustand, wie er explizit durch Planungszone bewirkt werde. Die Gemeinde werde seit über 15 Jahren hingehalten und der Kanton greife im letzten Moment zum Instrument der Planungszone, um sich nochmals 5 oder gar 7 Jahre Zeit zu nehmen, um seine Planung durchzuführen. Zu bemängeln sei insbesondere die fehlende Vorlage des Regierungsrates an das kantonale Parlament betreffend Abänderung des kantonalen Verkehrsrichtplanes im Sinne des Antrages der betroffenen Gemeinden Cham und Hünenberg, welcher im Rahmen der regionalen Verkehrsstrategiegruppe Zug-Ennetsee auch durch die Gemeinden Risch, Steinhausen, Zug und Baar unterstützt werde.

Bei den verschiedenen Gesprächen im Laufe der Jahre sei es der Beschwerdeführerin darum gegangen, einvernehmliche Lösungen zu suchen und nicht einfach eine 15-jährige Verzögerung hinnehmen zu müssen, um dann plötzlich eine Planungszone gewärtigen zu müssen. Der Gemeinderat als Vertreter der Beschwerdeführerin sei immer vollumfänglich hinter den Entscheiden des Souveräns betreffend Verzicht auf die S+E-Strasse gestanden. Die regierungsrätlichen Ausführungen bezüglich Verfeinerung der Linienführung und des politischen Umfeldes seien als reine Schutzbehauptungen zu werten. Notgedrungen habe die Beschwerdeführerin den Wünschen der kantonalen Baubehörden jeweils nachkommen müssen, sonst hätte sie mit erheblichen Schwierigkeiten beim Vorprüfungsverfahren der Ortsplanung rechnen müssen. Unrichtig sei die Behauptung, die politische Situation hätte sich geändert. Geändert habe sich höchstens, dass die Ablehnung der S+E-Strasse heute ein immer stärkeres Echo gefunden habe und sozusagen umfassend von der ganzen Bevölkerung des Ennetsees gefordert werde.

Bei der Planung für die Erweiterung der Schulanlage Röhrliberg gehe es nicht an, die Beeinträchtigung der Planung durch die Planungszone angesichts einer noch vorhandenen grossen Restfläche als unbedenklich zu beurteilen. Die laufende Planung für die Erweiterung der Schulanlage Röhrliberg müsse bereits im Rahmen der kantonalen Submissionsbehörde behandelt werden und habe nun nach dem getroffenen Entscheid einen Rückschlag erlitten. Die Beschwerdeführerin wende sich gegen die regierungsrätliche Behauptung, dass die Beschränkung der gemeindlichen Interessen nur unwesentlich sei. Auch die Schulraumplanung stehe im öffentlichen Interesse und nicht nur die Verkehrsplanung.

Was der Regierungsrat zur zeitlichen Verhältnismässigkeit vorbringe, insbesondere was während der Dauer der Planungszone vorzukehren sei, das hätte er in den vergangenen 15 Jahren tun müssen. Der Regierungsrat verkenne, dass der Erlass einer Planungszone für die betroffenen Grundeigentümer einem langfristigen Bauverbot und so einer temporären Enteignung gleichkomme.

Der Gemeinderat sieht auch das Gebot von Treu und Glauben verletzt, indem der Regierungsrat nach 15-jähriger Untätigkeit der Baudirektion in der Frage der S+E-Strasse nun plötzlich auf Antrag dieser Baudirektion das Rechtsinstitut der Planungszone anwende. Damit benütze er dieses Institut zweckwidrig. Die Gemeinde Cham habe ihre Pflichten im Sinne der vorgeannten gewissenhaften Erfüllung ihrer öffentlichen Pflichten als untergeordneter Partner des Kantons korrekt erfüllt. Sie könne sich nun wie der Bürger auf den Grundsatz von Treu und Glauben berufen und den Vertrauensschutz für sich reklamieren. Es spiele keine Rolle, ob die ungebührliche Verzögerung auf einer bösen Absicht beruhe. Gegen Treu und Glauben verstosse eine Verzögerung dann, wenn die zuständige Behörde Massnahmen ergriffen oder unterlassen habe, die keinen anderen Zweck hätten, als die Entscheidung zu verzögern.

D. Zur Vernehmlassung eingeladen, beantragt die Baudirektion des Kantons Zug namens des Regierungsrates in ihrer Stellungnahme vom 29. Juni 1998, die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen. Da keine neuen Argumente vorgebracht würden, werde auf die Erwägungen der angefochtenen Entscheide verwiesen.

#### *Erwägungen:*

1. Gemäss § 61 Abs. 1 Ziff. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG, BGS 162.1) ist die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zulässig gegen Verwaltungsentscheide des Regierungsrates, soweit die Gesetzgebung den Weiterzug nicht ausschliesst. Ein solcher Ausschluss liegt hier nicht vor. Gemäss § 5bis Abs. 1 Bst. c des bis Ende 1999 in Kraft stehenden Baugesetzes für den Kanton Zug (BauG, BGS 721.11) ist der Regierungsrat für den Erlass von Planungszone im Sinne von Art. 27 des Bundesgesetzes über die Raumplanung (RPG, SR 700) zuständig. Gemäss Art. 33 Abs. 2 RPG sieht das kantonale Recht wenigstens ein Rechtsmittel vor gegen Verfügungen und Nutzungspläne, die sich auf dieses Gesetz und seine kantonalen und eidgenössischen Ausführungsbestimmungen stützen. Es gewährt die volle Überprüfung durch wenigstens eine Beschwerdebehörde (Art. 33 Abs. 3 Bst. b RPG). Die Beschwerde ist somit mit voller Kognition zu überprüfen.

Gemäss § 62 VRG i.V. mit § 41 Abs. 2 VRG steht den zuständigen Gemeinderäten zur Wahrung öffentlicher Interessen das Beschwerderecht zu. Der Gemeinderat ist somit zur Geltendmachung der öffentlichen Interessen der Gemeinde befugt, desgleichen gemäss § 62 VRG i.V. mit § 41 Abs. 1

VRG zur Wahrung der Interessen der Gemeinde als Grundeigentümerin (§ 85 Abs. 2 des Gemeindegesetzes, BGS 171.1). Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden, weshalb sie zu prüfen ist.

2. Die zuständige Behörde kann für genau bezeichnete Gebiete Planungs- zonen bestimmen, wenn Nutzungspläne angepasst werden müssen oder noch keine vorliegen. Innerhalb der Planungszonen darf nichts unternommen werden, was die Nutzungsplanung erschweren könnte. Planungszonen dürfen für längstens 5 Jahre bestimmt werden; das kantonale Recht kann eine Verlängerung vorsehen (Art. 27 RPG). Nach § 38 der Vollziehungsverordnung zum Baugesetz, gültig bis Ende 1999 (aVV BauG, BGS 721.111) können Planungszonen erlassen werden, wenn dringliche Aufgaben der Raumplanung es erfordern, insbesondere wenn bestehende Nutzungspläne und Bauvorschriften aus wichtigen Gründen angepasst werden müssen. Innerhalb der Planungszonen können für die Grundeigentümer unmittelbar verbindliche Bau- und Nutzungsvorschriften oder ein befristetes Bauverbot festgelegt werden (§ 39 Abs. 1 aVV BauG). Das seit 1. Januar 2000 gültige Planungs- und Baugesetz (PBG, BGS 721.11) bringt keine materielle Änderung. Insbesondere kann die Geltungsdauer auch nach neuem Recht einmalig um höchstens zwei Jahre verlängert werden (§ 35 Abs. 2 PBG). Die strittige Massnahme betrifft hier die Freihaltung für die S+E-Strasse zur Entlastung des Dorfzentrums Cham unter Anschluss an die Knonauerstrasse und die Sinslerstrasse. Beim betroffenen Strassennetz handelt es sich um Kantonsstrassen. Der Situationsplan bezeichnet den für allfällige künftige Baulinienpläne vorläufig freizuhaltenden Strassenraum. Die Massnahme stellt einen Eingriff ins Eigentum dar. Das Eigentum ist durch Art. 26 der Bundesverfassung gewährleistet. Eigentumsbeschränkungen sind nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen und sich unter den gegebenen Umständen als verhältnismässig erweisen (BGE 121 I 120, 119 Ia 336 E. 3a, 411 E. 2b mit Hinweisen). Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist im Folgenden zu prüfen.

3. Gesetzliche Grundlage der Planungszone ist Art. 27 RPG. Zu Recht vertritt der Regierungsrat auch die Auffassung, die Entscheidungsfreiheit zum Erlass einer Sondernutzungsplanung durch Auflage von Bau- bzw. Strassenlinien sei offen zu halten. Die S+E-Strasse beruht auf dem Teilrichtplan Verkehr und dem kantonalen Richtplan. In der Ortsplanung hat die Einwohnergemeinde durch die Reservezone auf die Richtplanung Rücksicht genommen. Mit der Baufreigabe für die Reservezone und die Erheblicherklärung der Motion für die Streichung der S+E-Strasse aus den Richtplänen ergab sich für den Regierungsrat eine veränderte Situation, die ihn zur Anpassung bzw. Neuauflage von Sondernutzungsplänen oder zum Verzicht auf die in der Richtplanung behördenverbindlich vorgesehene Verkehrsführung veranlasste.

Der Gemeinderat beruft sich auf den wiederholt klar geäusserten Willen der Gemeindeorgane, insbesondere auch der Gemeindeversammlung, auf die künftige S+E-Strasse zu verzichten. Der Gemeinderat hält das Vorgehen des Regierungsrates für rechtsmissbräuchlich und beruft sich auf den Anspruch der Behandlung nach Treu und Glauben gemäss Art. 9 BV. Es ist zutreffend, dass die Gemeinde die S+E-Strasse schon seit Jahren ablehnt. Die Gemeinde kann sich auch auf den in Art. 2 Abs. 3 RPG gewährleisteten Ermessensspielraum und entsprechend auf ihre Gemeindeautonomie berufen. Sie darf aber dabei zwei Dinge nicht übersehen. Die Opposition gegen eine Strassenplanung stellt noch keine alternative planerische Lösung dar. Wie der Bericht der Behördendelegation der Gemeinden Baar, Cham, Hünenberg, Risch, Steinhausen und Zug vom 31. Oktober 1997 über die «regionale Verkehrsstrategie Zug-Ennetsee» zeigt, bedarf es einer planerischen Überarbeitung und Abstimmung der Massnahmen im regionalen Rahmen. Sodann hat die Beschwerdeführerin zu beachten, dass die Revision der Richtplanung und die daran anschliessende Nutzungsplanung Sache des Kantons sind, dessen Organe insbesondere auch die regionalen Zusammenhänge zu beachten haben. Die Revision des Verkehrsrichtplanes und des kantonalen Richtplanes ist im Gange, wobei die geänderten Verhältnisse und Anschauungen regional berücksichtigt werden. Hinsichtlich Fortschritt dieser komplexen Arbeiten ist die Gemeinde Cham weder besser noch schlechter gestellt als andere Gemeinden. Es ist sachgerecht, wenn der Regierungsrat die Entscheidungsfreiheit des Kantons wahrt, bis die sich im Gang befindlichen Vorbereitungen der Richtplanrevision abgeschlossen und vom Kantonsrat gebilligt worden sind. Das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der Option einer Kernumfahrung von Cham ist solange erheblich, als nicht der Teilrichtplan Verkehr eine andere Lösung ausweist. Die planerischen Interessen der Gemeinde sind dabei mit den Interessen der Nachbargemeinden und den höherrangigen planerischen Interessen abzustimmen (Art. 2 Abs. 1 RPG). Hinsichtlich der Interessen der Einwohnergemeinde Cham als Grundeigentümerin ist der Feststellung des Regierungsrates beizupflichten, dass diese nicht erheblich ins Gewicht fallen. Insbesondere dürfte die Grösse des Areals Röhrliberg die Schulraumplanung nicht entscheidend behindern, da das Areal nur marginal freizuhalten ist.

4. Die Beschwerdeführerin macht insbesondere geltend, faktisch würden sich die Planungsmassnahmen zu einem Bauverbot von 15 Jahren summieren. Sie stösst sich daran, dass zunächst auf Freihaltung durch Reservebauzonen gedrängt worden und bei deren Freigabe das Instrument der Planungszone eingesetzt worden sei. Planungszonen dürfen für längstens 5 Jahre bestimmt werden; das kantonale Recht kann eine Verlängerung vorsehen (Art. 27 Abs. 2 RPG). Die Massnahme ist zeitlich begrenzt, um Nutzungspläne anzupassen oder neu zu erlassen. Hinsichtlich des Eingriffs ins Eigentum kann die Planung aber gerade auf eine dauernde Eigentumsbeschränkung oder gar eine Enteignung hinauslaufen, beispielsweise durch

eine Sondernutzungsplanung mit Strassenlinien und anschliessender Beanspruchung des Strassenperimeters. Die Zulässigkeit solcher Massnahmen bzw. vorgängig der Zuweisung zu einer Reservebauzone beurteilt sich nach den Verfassungsgrundsätzen der Eigentumsgarantie und der Raumplanung. Hinsichtlich einer allfälligen Entschädigung ist festzustellen, dass für die Frage der Intensität der vorübergehenden Eigentumsbeschränkung die Gesamtdauer massgebend ist, wenn sich zulässigerweise mehrere Sicherungsinstrumente unmittelbar folgen (Ruch, Kommentar RPG, Art. 27 Rz 54 mit Hinweisen). Die Frage allfälliger Entschädigungsfolgen ist jedoch nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Hinsichtlich der Überbaubarkeit des betroffenen Landes ist es aber in keiner Weise unzulässig oder rechtsmissbräuchlich, die Planungszone erst dann anzuordnen, wenn ein aktueller Anlass dazu vorliegt.

5. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die angefochtene Massnahme im überwiegenden öffentlichen Interesse erlassen worden ist und dass die Raumfreihaltung bis zur Verabschiedung einer den heutigen Verhältnissen entsprechenden Richtplanung erforderlich erscheint. Die Richtplanung ist im Gange und wird ernsthaft vorangetrieben. Sowohl eine Freigabe der Planungszone wie auch eine öffentliche Auflage von Strassenlinien würde zur Zeit dem Stand der Planung nicht entsprechen. Die angefochtene Massnahme ist daher nicht zu beanstanden. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

Gemäss § 24 Abs. 3 VRG trägt die aus der Geltendmachung des Enteignungsrechts entstehenden Kosten der Enteigner. Bei offensichtlich missbräuchlichen Begehren oder bei offensichtlich übersetzten Forderungen können die Kosten ganz oder teilweise den Enteigneten auferlegt werden. Dem Enteignungsfall stellt das Verwaltungsgericht andere schwere Eingriffe ins Eigentum gleich (VGE vom 4. Juli 2000 i.S. W. und vom 6. Juni 2000 i.S. St.). Soweit die Gemeinde als Eigentümerin Beschwerde führt, hat sie keine offensichtlich missbräuchlichen Begehren gestellt. Soweit der Gemeinderat zur Wahrung öffentlicher Interessen Beschwerde führt, liegt keine offenbare unbegründete Beschwerdeführung vor, so dass auch unter diesem Aspekt keine Kosten aufzuerlegen sind (Art. 24 Abs. 2 VRG, GVP 1987/88, S. 122).

Verwaltungsgericht 26. September 2000

*§§ 33 VV BauG, § 29 PBG, §§ 61 ff. BO Baar. – Arealbebauung auf Verlangen des Gemeinderates. Die Kompetenz des Gemeinderates ist gesetzeskonform. Differenzierte Anwendung nach planungsrechtlich begründeten Interessen.*

*Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):*

In der Urnenabstimmung vom 12. Juni 1994 wurde ein Teil des Grundstücks Nr. 979 in Allenwinden, Gemeinde Baar, in die Landhauszone eingewiesen. Der Regierungsrat genehmigte die Zonenplanung am 20. Dezember

1994 für den ans bisherige Baugebiet anschliessenden Teil des Grundstücks. Die übrige Fläche verblieb in der Landwirtschaftszone mit überlagerter Landschaftsschutzzone gemäss Zonenplan 1991. Zur einheitlichen Gestaltung der Überbauung an der exponierten Hanglage verlangte der Gemeinderat eine Arealbebauung. Er bewilligte schliesslich die Überbauung der Landhauszone mit Doppel Einfamilienhäusern und individuellen Garagen. Im Beschwerdeverfahren erhoben sich unter anderem die Fragen, ob die Arealbebauungspflicht in der Bauordnung vorgeschrieben sein müsste, ob die Anordnung der Arealbebauung durch den Gemeinderat mit Rücksicht auf die Quartiergestaltung auch zwingend eine Sammelgarage zur Folge habe bzw. ob die Bauherrschaft ohne Bonus auch das Recht auf Einzelbebauung geltend machen könne.

*Aus den Erwägungen:*

2. Der Gemeinderat entschied das Baugesuch unter der Herrschaft des Baugesetzes für den Kanton Zug (BauG, BGS 721.11), welches bis 31. Dezember 1999 in Kraft stand. Gemäss § 17 Abs. 2 BauG regelte der Regierungsrat in der Vollziehungsverordnung u.a. das Baubewilligungsverfahren. Nach § 33 der ebenfalls bis Ende 1999 gültigen Vollziehungsverordnung zum Baugesetz (VV BauG, BGS 721.111) waren Arealbauungen entweder Neuüberbauungen oder zumindest teilweise Erneuerungen bestehender Bauten und Anlagen auf einem zusammenhängenden Areal. Die Bauordnung der Gemeinde hatte die Mindestfläche des Areals vorzuschreiben. Die Bewilligung einer Arealbebauung konnte nach den Vorschriften der gemeindlichen Bauordnung in beschränktem Masse von den Bestimmungen für die Einzelbauweise abweichen. In jedem Fall wurde vorausgesetzt, dass die Arealbebauung gegenüber der Einzelbauweise Vorzüge aufweist und benachbarte Grundstücke nicht erheblich stärker belastet (§ 33 Abs. 2 VV BauG). Das seit dem 1. Januar 2000 in Kraft stehende Planungs- und Baugesetz (PBG, BGS 721.11) nennt in § 29 eine Mindestfläche von 2'000 m<sup>2</sup>. Sodann gelten für Arealüberbauungen spezielle gemeindliche Bauvorschriften. Sie setzen voraus, dass eine Arealbebauung Vorteile für das Siedlungsbild und die Umgebung erzielt (§ 29 Abs. 2 PBG). Ist eine Arealbebauung erstellt, sind spätere Änderungen nur mit Rücksicht auf das Ganze bewilligungsfähig (§ 29 Abs. 4 PBG). Der Gemeinderat hatte somit unter dem alten Recht zu entscheiden, der Regierungsrat nach Inkrafttreten des neuen Rechtes. Bei allfälligen Unterschieden wäre § 47 Abs. 2 für das Verwaltungsbeschwerdeverfahren beachtlich, wonach die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheides massgebend sind, soweit sich aus der Natur der Streitsache nichts anderes ergibt.

Die Bauordnung der Einwohnergemeinde Baar enthält Vorschriften für die Arealbebauung in den Art. 61–64 BO. Gemäss Art. 62 BO hat die Bauherrschaft Anspruch auf Anwendung der Bestimmungen über die Arealbe-



bauung, sofern die Anforderungen gemäss Art. 63 erfüllt sind und das zusammenhängende Areal bei Neuüberbauung mindestens 4'000 m<sup>2</sup> aufweist. Nachbargrundstücke dürfen durch eine Arealbebauung nicht stärker beeinträchtigt werden als durch eine Einzelbebauung. Der Anspruch der Bauherrschaft bezieht sich insbesondere auf die speziellen Bauvorschriften von Art. 64 BO, wonach in den meisten Bauzonen ein AZ-Bonus gewährt wird und die Grenz- und Gebäudeabstände sowie die Geschosszahl und die Gebäudelänge innerhalb der Arealbebauung vom Gemeinderat festgelegt werden. Andererseits nennt Art. 63 BO Anforderungen. Insbesondere müssen Gebäude im Einzelnen sowie in ihrer Gesamtanlage architektonisch und städtebaulich gut gestaltet sein (Art. 63 Abs. 2 BO). Dabei sind insbesondere folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen: Gute Eingliederung in die bauliche und landschaftliche Umgebung, gutes Mischungsverhältnis der einzelnen Wohnungstypen in Bezug auf Grösse und Einrichtung, sorgfältig durchdachte Grundrisse in Bezug auf Wohnkomfort und Wohn-hygiene, grössere zusammenhängende und gut gestaltete Freiflächen, zweckmässige Situierung der Kinderspielflächen und der anderen gemeinschaftlichen Anlagen, Trennung des Fussgänger- und Fahrverkehrs, zweckmässige Anordnung und betriebliche Organisation der Autoabstellplätze und deren Zufahrten, wobei mindestens drei Viertel der Pflichtparkplätze in Sammelgaragen anzuordnen sind (Art. 63 Abs. 3 BO).

Der gemeindliche Gesetzgeber kann für bestimmte Gebiete die Arealbauungspflicht anordnen. Dies hat er für das hier strittige Gelände nicht getan. Unter Vorbehalt von Art. 61 Abs. 1 Satz 2 BO ist es Sache der Bauherrschaft zwischen Einzelbauweise und Arealbebauung zu wählen. Die höhere Ausnützung und die grössere Gestaltungsfreiheit machen die Arealbebauung interessant, bedingen aber auch die Einhaltung der erhöhten Anforderungen gemäss Art. 63 BO. Dabei ist der Bauherr auch frei, nur geringfügig von den Massen der Einzelbauweise abzuweichen, statt die Möglichkeiten der Arealbebauung voll auszuschöpfen. Die Bauordnung legt im Übrigen nicht genau fest, wieweit die Abweichungen gehen dürfen. Im vorliegenden Fall besteht weder eine generelle Arealbauungspflicht, noch hat die Bauherrschaft die Arealbebauung gewählt, um von den Vorschriften der Einzelbauweise abzuweichen oder eine höhere Ausnützung zu erreichen. Gestützt auf Art. 61 Abs. 1 Satz 2 BO kann der Gemeinderat eine Arealbebauung verlangen. Wenn ihm die Bauordnung diese Kompetenz einräumt, so erhebt sich die Frage, ob er von dieser Kompetenz nach freiem Belieben Gebrauch machen kann und gegebenenfalls den Anspruch auf Bauen nach der Einzelbauweise ausschliessen darf oder ob sein Entscheid sachlich und rechtlich einer Begründung bedarf. Weiter ist zu prüfen, ob der Gemeinderat analog zur Bauherrschaft vom Instrument der Arealbebauung auch differenziert bzw. teilweise Gebrauch machen darf und dabei insbesondere auch bestimmte planerische Anliegen sowie das Verhältnis von Vorteilen und Belastungen für die Bauherrschaft berücksichtigen darf.

Im vorliegenden Fall hat der Gemeinderat insofern folgerichtig gehandelt, als er bereits bei der Umzonung in Aussicht stellte, eine Arealbebauung zu verlangen. Damit konnte für die ganze Fläche (Art. 63 Abs. 1 BO), für die Gebäude im Einzelnen und die Gesamtanlage eine gut gestaltete Lösung verlangt werden (Art. 63 Abs. 2 BO), wobei unter den konkreten Gegebenheiten die gute Eingliederung in die bauliche und landschaftliche Umgebung im Besonderen berücksichtigt werden sollte (vgl. Art. 63 Abs. 3 BO). Umgekehrt beansprucht das Projekt, von einer geringfügigen Ausnahme abgesehen, keine Abweichung von der Einzelbauweise. In der Landhauszone wird auch kein AZ-Bonus gewährt. Insofern stehen den vom Gemeinderat in Aussicht genommenen Anforderungen keine Gegenleistungen zugunsten der Bauherrschaft gegenüber. Der Katalog der gemäss Art. 63 Abs. 3 BO «zu berücksichtigenden» Gesichtspunkte ist auf grössere Mehrfamilienhausbauten zugeschnitten, während beim vorliegenden Projekt die Eingliederung in die bauliche und landschaftliche Umgebung einer Überbauung in der Landhauszone von Interesse ist. «Gesichtspunkte», welche in grösseren Wohnüberbauungen als Vorteil anzustreben sind, können gegebenenfalls im vorliegenden Fall kein Gewicht beanspruchen. Die Anforderungen gemäss Art. 63 Abs. 3 BO umschreiben vor allem die im Gegenzug zur grösseren Baufreiheit zu beachtenden Auflagen. Dabei ist im Einzelfall unter Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen eine bessere Lösung zu erreichen als bei der Einzelbauweise (Art. 61 Abs. 2 BO). Dies gilt auch für die Anordnung einer Arealbebauung gemäss der Kann-Vorschrift von Art. 61 Abs. 1 BO durch den Gemeinderat. Gemäss «Begriff und Zweck der Arealbebauung» nach Art. 61 BO «kann» der Gemeinderat unter dem Titel Arealbebauung unter Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen das verlangen, was eine bessere Lösung als bei der Einzelbauweise darstellt. Dabei sind Sinn und Zweck der Zonen- und Bauordnung zu wahren. Dem Gemeinderat geht es klarerweise darum, für das Areal eine einheitlich gestaltete Überbauung zu erreichen, welche gut in die bauliche und landschaftliche Umgebung eingegliedert ist und welche spätere Änderungen nur mit Rücksicht auf das Ganze erlaubt (§ 29 Abs. 4 PBG). Entgegen der Auffassung des Regierungsrates ist es mit Art. 61 ff. BO vereinbar, dass der Gemeinderat von seiner Befugnis, eine Arealbebauung zu verlangen in Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen nur insoweit Gebrauch macht, als dies zur Wahrung der öffentlichen Interessen erforderlich ist und ohne Abweichung von den Vorschriften der Einzelbauweise zu verfahren, wo solche öffentlichen Interessen nicht zu wahren sind, wo gar der Sinn und Zweck der Zonen- und Bauordnung dagegen spricht oder wo seitens der Bauherrschaft keine grössere Baufreiheit als bei der Einzelbauweise in Anspruch genommen wird. Insofern lassen sich die gemeindlichen Vorschriften über die Arealbebauung durchaus gesetzeskonform auslegen. Die zur Wahrung gewisser Interessen angeordnete Arealbebauung ist damit auch nicht zwingend gekoppelt mit Anforderungen, welche auf andere bauliche Voraussetzungen ausgerichtet sind oder konnex sind mit Abweichungen von der Einzelbau-

weise. Konkret bedeutet dies, dass der Gemeinderat zur Anordnung der Arealbebauung im getroffenen Umfang grundsätzlich berechtigt war und diese Ordnung keineswegs zwingend den Bau einer Sammelgarage zur Folge hätte. Die Prüfung im Einzelnen bleibt vorbehalten.

...

4. Die privaten Beschwerdegegner befürchten unzumutbare Lärm- und Schadstoffimmissionen, da die geplante Erschliessungsstrasse in kürzestem Abstand an den Schlafzimmern bestimmter Liegenschaften vorbei führe. Befürchtet wird ein bedeutender Fahrzeugverkehr, da zwei Garagen und zwei Aussenplätze pro Wohneinheit geplant seien. Dies werde einer Umweltverträglichkeitsprüfung wohl kaum standhalten.

Die Zufahrtsstrasse ist nicht Gegenstand des Bauvorhabens, sondern bereits rechtskräftig bewilligt. Richtig ist, dass die ländliche Nachbarschaft vor den Wohnungen der Beschwerdegegner, wo die Örtlichkeiten ebenfalls am Augenschein besichtigt wurden, verloren geht. Dies ist jedoch zunächst die Folge der Einzonung, welche von der Gemeinde beschlossen wurde. Die Nachbarn sind im Rahmen der Bauvorschriften geschützt. Die Lage der Zufahrtsstrasse steht fest. Dass Grenzabstände verletzt wären, wird nicht vorgebracht. Eine Umweltverträglichkeitsprüfung ist nur bei Grossanlagen obligatorisch, welche vom Bundesrat in der Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung bezeichnet werden (Art. 9 des Umweltschutzgesetzes, SR 814.01). Eine Umweltverträglichkeitsprüfung, auf welche sich die Beschwerdegegner berufen, ist hier nicht erforderlich. Es kann den Beschwerdegegnern auch darin nicht gefolgt werden, dass sie von einer Sammelgarage weniger betroffen wären als von der projektierten Parkierung. Mit Recht bringt die Bauherrschaft vor, dass eine Sammelgarage hinsichtlich der Zufahrt keine Entlastung bringt und im Bereich der Sammelgarage selbst durch die Lüftung eine Mehrbelastung der Umgebung entsteht. Auch ist nicht von der Hand zu weisen, dass Fahrten bzw. Zwischenhalte zwischen einer relativ entfernten Sammelgarage und den Wohneinheiten nicht zu vermeiden wären. Bestenfalls könnte sich für einzelne Nachbarn eine gewisse Entlastung im Verhältnis zu anderen ergeben.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Gemeinderat in Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen eine Arealbebauung als bessere Lösung unter Wahrung von Sinn und Zweck der Zonen- und Bauordnung verlangen durfte (Art. 61 BO). In Verfolgung von Sinn und Zweck der Zonen- und Bauordnung liegt die Eingliederung in die bauliche und landschaftliche Umgebung und eine Berücksichtigung der Arealbebauung auch bei späteren Änderungen (§ 29 Abs. 4 PBG). Die geringfügige Abweichung des Bauprojektes zwischen den Häusern G und H ist für das Projekt in keiner Weise entscheidend und könnte ohne weiteres und ohne Verlust eines Vorteils für die Bauherrschaft geändert werden. In diesem Sinn macht die Bauherrschaft von den Möglichkeiten der Arealbebauung praktisch keinen Gebrauch. In

dieser Landhauszone ist eine Sammelgarage weder für die Überbauung selber noch für die Nachbarschaft von Vorteil, da Zufahrten und eine Konzentration sowie Lärmquellen durch die Belüftungsschächte entstehen, die sich durch dezentralisierte Parkierung vermeiden lassen. Der Gemeinderat hat deshalb zu Recht von der Kompetenz, die Anordnung von Parkplätzen in einer Sammelgarage zu verlangen, hier keinen Gebrauch gemacht. Er musste auch nicht aus diesem Grund die Bewilligung nach den Vorschriften über die Einzelbauweise erteilen und auf die Anordnung einer Arealüberbauung, welche aus anderen Gründen nach Sinn und Zweck der Bauordnung gerechtfertigt ist, verzichten.

Verwaltungsgericht 3. Oktober 2000

*Art. 24 RPG, § 19 BauG/§ 18 PBG, § 61 BO Zug. – Umnutzung einer gewerblichen Liegenschaft ausserhalb der Bauzone. Änderung in Restaurant nach alt Art. 24 unzulässig.*

*Aus den Erwägungen:*

2. Das im Eigentum der Stadt Zug stehende Areal der ehemaligen Gemüzmühle liegt in der Zone des öffentlichen Interesses für Freihaltung und Erholung. Diese Zonen sind als Frei-, Grün- und Erholungsflächen zu erhalten bzw. zu gestalten. Darauf dürfen oberirdisch nur kleinere Bauten und Anlagen erstellt werden, welche für die Nutzung erforderlich und mit dem Charakter der Zone vereinbar sind (§ 61 Abs. 2 der Bauordnung der Einwohnergemeinde Zug vom 7. Oktober 1994, BO). Die gemeindliche Zonenordnung stützt sich auf § 19 des Baugesetzes für den Kanton Zug, gültig bis Ende Dezember 1999 (aBauG), nach neuem Recht auf § 17 PBG. Nach altem wie nach neuem Recht sind die Zonen des öffentlichen Interesses für Erholung und Freihaltung bzw. für Frei- und Grünflächen keine Bauzonen (§ 19 Abs. 2 aBauG, § 18 Abs. 1 lit. b PBG). Die baulichen Änderungen und Nutzungsänderungen des Grundstücks ausserhalb der Bauzonen unterliegen daher unbestrittenermassen nicht dem Bewilligungsverfahren gemäss § 22 RPG, da weder die frühere gewerbliche Nutzung noch die vorgenommenen oder strittigen Änderungen zonenkonform sind. Die Zone des öffentlichen Interesses für Freihaltung und Erholung erstreckt sich entlang der Lorze und bildet eine Frei-, Grün- und Erholungsfläche zwischen der Lorze und der östlich beginnenden Bauzone. Wegen der Nähe der Bauzone fällt auch zum Vornherein eine Ausnahmbewilligung gemäss Art. 24 Abs. 1 RPG ausser Betracht, da die Bauten und Nutzungen keineswegs im schmalen Freihaltestreifen zwischen Bauzone und Lorze standortgebunden sind. Im Folgenden bleibt zu prüfen, ob die Bewilligung nach Art. 24 Abs. 2 RPG zu Recht erteilt worden ist.

3. Gemäss Art. 24 Abs. 2 RPG (in Kraft bis 30. August 2000) kann das kantonale Recht gestatten, Bauten und Anlagen zu erneuern, teilweise zu

ändern oder wiederaufzubauen, wenn dies mit wichtigen Anliegen der Raumplanung vereinbar ist. Das kantonale Recht hat von dieser Ermächtigung in vollem Umfang Gebrauch gemacht (§ 36bis Abs. 1 aBauG, § 10 Abs. 2 PBG). Die am 1. September 2000 in Kraft getretene Änderung des Raumplanungsgesetzes vom 20. März 1998 betrifft insbesondere auch die Ersetzung von Art. 24 Abs. 2 RPG durch eine Neuregelung in den Artikeln 24 a bis 24 d RPG in der Absicht, für nicht zonenkonforme Bauten ausserhalb der Bauzone differenziertere Normen zu erlassen. Gemäss Art. 52 Abs. 2 der Raumplanungsverordnung (RPV, SR 700.1) werden hängige Beschwerdeverfahren nach bisherigem Recht zu Ende geführt, sofern das neue Recht für den Gesuchsteller nicht günstiger ist.

Artikel 24 Abs. 2 RPG schützt den Besitzstand bestehender Bauten, die durch die Planung zonenwidrig geworden sind, hier durch die Zuweisung zur Zone ÖI für Freihaltung und Erholung, welche die Bauten in ihrem früheren und heutigen Zustand sowie in ihrer früheren und gegenwärtigen bzw. beabsichtigten Nutzung nicht erlauben. Die Besitzstandsgarantie gründet in der durch Art. 22ter BV gewährleisteten Eigentumsgarantie. Zugelassen sind nicht nur der Bestand und die Erneuerung, sondern auch die teilweise Änderung. Bewilligungspflichtige Änderungen können zwar wiederholt oder in kleinen Schritten beantragt werden, das zulässige Ausmass der Änderung ist aber stets gesamthaft, gemessen am ursprünglichen Zustand zu beurteilen (BGE 113 Ib 224, 112 Ib 278 mit Hinweisen). Der unbestimmte Gesetzesbegriff der «teilweisen Änderung» ist vom Bundesgericht dahingehend geklärt worden, dass nur geringfügige Erweiterungen und Nutzungsänderungen zulässig sind. Eine teilweise Änderung darf die Identität eines Bauwerks im Sinne seiner Wesensgleichheit nicht in Frage stellen. Umfang, Erscheinung und Bestimmung einer Baute müssen im Wesentlichen gewahrt bleiben und es dürfen von ihr keine erheblichen neuen Auswirkungen auf die Nutzungsordnung, Erschliessung oder Umwelt ausgehen. Zulässig sind sodann nur teilweise, also geringfügige Änderungen an der Nutzung eines Bauwerkes oder eines seiner Teile. Umfassende Zweckänderungen sind untersagt (Christoph Bandli, Bauen ausserhalb der Bauzonen, Art. 24 RPG, S. 204 mit Hinweisen). So überschreitet der Wechsel von einem Wohnhaus in ein Vergnügungslokal, von einem – bestehendem Wohnraum dienenden – Estrich und Fitnessraum in eine eigenständige Wohneinheit, von einer Fuhrhalterei in eine Autospenglerei, von einer Garage in eine Reparaturwerkstätte, von einer Eierabpackerei zu einem Montagebetrieb für Blechverarbeitungsmaschinen, von einem Hühnerfutterlager zu einer Gipsmaschinenreparaturwerkstätte, von einer Reithalle in eine Lagerhalle, von einer Sennhütte mit Eigenproduktionsverkauf im Sommer zu einem Kiosk mit Restaurantbetrieb für Skifahrer im Winter und von einem als Pension geführten Gastwirtschaftsbetrieb in ein öffentliches Kaffee den bundesrechtlichen Rahmen von Art. 24 Abs. 2 RPG (Beispiele und Zitate Christoph Bandli, a.a.O., S. 205).

Die kantonale Baudirektion hat in ihrer Verfügung vom 29. Oktober 1998 eine umfassende Zweckänderung des Mühlegebäudes, der Materialschuppen und der Lagerbauten sowie die Neuerstellung von 10 Parkplätzen bewilligt. Der Entscheid wurde damit begründet, die Umnutzung liege im weitesten Sinne im öffentlichen Interesse. Dem kann nicht gefolgt werden. Planungsziele und Planungsgrundsätze werden in den Artikeln 1 und 3 RPG umschrieben. Danach sind Siedlungen nach den Bedürfnissen der Bevölkerung zu gestalten und in ihrer Ausdehnung zu begrenzen (Art. 3 Abs. 3 RPG). Die Landschaft ist zu schonen. Insbesondere sollen See- und Flussufer freigehalten und öffentlicher Zugang und Begehung erleichtert werden (Art. 3 Abs. 2 lit. c RPG). Für die im öffentlichen Interesse liegenden Bauten und Anlagen sind sachgerechte Standorte zu bestimmen (Art. 3 Abs. 4 RPG). Das öffentliche Interesse geht auf die planerische Erfassung der unterschiedlichsten Anforderungen von Landschaftsschutz, Siedlungsgestaltung, Berücksichtigung von Gewerbe, Freizeit und Wohnen. Die verschiedenen Interessen sind in einem planerischen Prozess aufeinander abzustimmen (Art. 2 Abs. 1 RPG) und nach rechtskräftiger Planung für jedermann, auch für das Gemeinwesen, verbindlich. Der unbestimmte Hinweis auf ein öffentliches Interesse im weitesten Sinne öffnet einer willkürlichen Beurteilung Tür und Tor. Die gleiche Feststellung wie für die Erfassung der öffentlichen Interessen durch die Planungspflicht gilt auch für die Anwendung der Besitzstandsgarantie. Die Baudirektion setzte sich im damaligen Entscheid nicht mit Art. 24 Abs. 2 RPG und der darauf gestützten Praxis auseinander, sondern erklärte, dem öffentlichen Interesse für Freihaltung entlang der neuen Lorze komme das Kulturzentrum besser entgegen als eine im Sinne der Besitzstandsgarantie weiterführende gewerbliche Nutzung. Damit erachtete die Baudirektion entgegen ihrer eigenen langjährigen Praxis eine durchgehende Umnutzung als mit Art. 24 Abs. 2 RPG vereinbar. Darin kann ihr nicht gefolgt werden. Die Bewilligung vom 29. Oktober 1998 ist zwar rechtskräftig, muss aber als klarerweise rechtswidrig bezeichnet werden. Wie bereits erklärt, kann der Anspruch aus Art. 24 Abs. 2 RPG nur einmal ausgeschöpft werden. Insofern ist auch jene Bewilligung im gegenwärtigen Verfahren zu berücksichtigen. Die Verfügung vom 29. Oktober 1998 erlaubt im Erdgeschoss des Mühlegebäudes einen Aufenthaltsraum mit Bar. Von einem öffentlichen Restaurant ist klarerweise nicht die Rede.

In der Verfügung vom 15. November 1999 stellt die Baudirektion wiederum fest, dass der geplante Restaurationsbetrieb nicht zonenkonform sei. Es wird verwiesen auf den Zwischenentscheid vom 29. Oktober 1998, wo ein Aufenthaltsraum mit Bar bewilligt worden sei. Das neue Gesuch bedeute keine erhebliche Änderung zur bereits bewilligten Nutzung, da weiterhin von einem Barbetrieb die Rede sei und da erfahrungsgemäss ehemalige gewerbliche, zu sogenannten alternativen Kulturräumen umgenutzte Liegenschaften regelmässig mit Wirtschaftsführung verbunden seien. Auch der Stadtrat erklärt in seiner Vernehmlassung ans Verwaltungsgericht,utzungsmässig erfolge kei-

ne wesentliche Änderung. Der neu vereinigte Bar- und Aufenthaltsraum sowie der Aussensitzplatz sollten wie bisher für Restaurationszwecke genutzt werden, wobei hier der Betrieb an einzelnen wenigen Tagen pro Woche auch dem Publikum offenstehen solle. Eine solche Änderung erscheine noch als zulässig. Gerade bei Veranstaltungen, an welchen auch konsumiert werden könne, sei das Bistro im Wesentlichen in gleicher Weise betrieben worden wie mit der nun vorgesehenen partiellen Öffnung für Dritte.

Bewilligt worden ist 1998 ein Aufenthaltsraum mit Bar. Begrifflich bezieht sich Aufenthaltsraum auf die im Haus wohnenden oder arbeitenden Personen. Mehr ist darunter nicht zu verstehen. Dass mit der ursprünglichen Bewilligung «erfahrungsgemäss» damit gerechnet worden sei, dass die bewilligte Umnutzung «regelmässig mit Wirtschaftsführung» verbunden sei, lässt sich dem Beschluss in keiner Weise entnehmen. Es erstaunt auch, wenn der Stadtrat ausführt, das Bistro sei im Wesentlichen in gleicher Weise geführt worden wie es nun bewilligt werden solle. Es stellt sich hier die Frage, ob die Führung eines Restaurants noch als teilweise Änderung der seinerzeitigen gewerblichen Nutzung als Gewürzmühle bezeichnet werden kann. Auch diese Frage ist klarerweise zu verneinen. Vielmehr stellt die Führung eines Restaurants, welches dem Publikum individuell oder im Rahmen von Veranstaltungen offensteht, einen neuen Zweck dar. Eine solche Zweckänderung überschreitet den Rahmen von Art. 24 Abs. 2 RPG.

Artikel 24 Abs. 2 des Raumplanungsgesetzes in der bis Ende August 2000 gültigen Fassung ist aufgehoben und durch die Art. 24a bis 24d ersetzt worden. Es lag im Bestreben des Gesetzgebers, differenzierte Lösungen zu finden. Gemäss Art. 52 Abs. 2 RPV ist das für Gesuchsteller günstigere Recht anzuwenden. Da das neue Recht heikle Anwendungsfragen mit sich bringt, soll den Parteien keine Instanz verloren gehen. Das Gericht weist deshalb die Sache zur ergänzenden Prüfung nach neuem Recht an die Baudirektion zurück, während die angefochtenen Entscheide nach altem Recht aufzuheben sind.

Verwaltungsgericht 19. Dezember 2000

*§ 19 BauG, § 18 PBG, § 61 BO, Art. 15 USG. – Herrichtung des Hartplatzes einer Schulanlage für Ballhockey. Bewilligungsanforderungen bei Platz teils in der Bauzone, teils in der Freihaltezone.*

*Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):*

Zur Schulanlage Herti in der Stadtgemeinde Zug zählt ein Hartplatz, welcher gemäss Baubewilligung vom 12. März 1974 dem Volleyball, Korbball und Kleinfeldhandball dient. Der Platz befindet sich nördlich des Sporttraktes gegen die Lorze hin. Beim Bau der Schulanlage befand sich das ganze Areal in der Zone des öffentlichen Interesses. Seit der Stadtplanung 1981 be-

findet sich die Schulanlage mit Schulhaus und Sporttrakt in der Zone des öffentlichen Interesses für Bauten, ein Landstreifen zwischen Schultrakt und Lorze in der Zone des öffentlichen Interesses für Freihaltung, wobei die östliche Hälfte des Hartplatzes in der Zone ÖI für Bauten liegt, die westliche Hälfte in der Zone ÖI für Freihaltung. Seit der Änderung des Baugesetzes für den Kanton Zug vom 28. Januar 1988 (BauG, BGS 721.11) galt die Zone des öffentlichen Interesses nicht mehr umfassend als Bauzone. Die Zonen ÖI für Frei- und Grünflächen wurden zu Nicht-Bauzonen erklärt. Die Ortsplanung vom 4. Dezember 1994, in Kraft sei 15. August 1995 bestätigte diese Zonenzuweisung.

Am 3. Oktober 1995 beschloss der Stadtrat von Zug die Anschaffung und Zurverfügungstellung von Hockey-Banden an die Cormorants-Zug. In Zusammenarbeit mit einer spezialisierten Firma habe eine durch das Stadtbauamt Zug entwickelte mobile Bandenkonstruktion erstellt werden können. Diese Anlage bleibe im Eigentum der Stadt und könne auch von den Schulen benützt werden. In der Folge führte der Spielbetrieb zu Reklamationen aus der Nachbarschaft über Immissionen. Stadtrat und Regierungsrat schützten den Betrieb mit gewissen Einschränkungen. Diese Entscheide hebt das Verwaltungsgericht auf und macht den weiteren Spielbetrieb von Bewilligungen wie folgt abhängig:

*Aus den Erwägungen:*

... Östlich der Lorze liegt die Schulanlage Herti in der Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen, wobei ein Landstreifen zwischen den Schulhausbauten und der nördlich anschliessenden Bauzone einerseits und der Lorze andererseits der Zone des öffentlichen Interesses für Freihaltung und Erholung zugewiesen ist. Der halbe Hartplatz liegt in dieser Zone, die östliche Hälfte in der Zone ÖI für Bauten und Anlagen. Die Zonen des öffentlichen Interesses für Freihaltung und Erholung sind als Frei-, Grün- und Erholungsflächen zu erhalten bzw. zu gestalten. Darauf dürfen oberirdisch nur kleinere Bauten und Anlagen erstellt werden, welche für die Nutzung erforderlich und mit dem Charakter der Zone vereinbar sind. Wegleitend sind die Angaben im Ortsgestaltungsplan (§ 61 Abs. 2 der Bauordnung der Stadt Zug vom 17. Oktober 1994 (BO). Sowohl nach altem wie nach neuem Baurecht sind die Zonen ÖI für Bauten und Anlagen Bauzonen, die Zonen ÖI für Erholung und Freihaltung keine Bauzonen (§ 19 Abs. 2 des Baugesetzes für den Kanton Zug, BauG, bzw. § 18 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes, PBG, gültig ab 1. Januar 2000, BGS 721.11).

Strittig ist zunächst, ob die Nutzung des Hartplatzes für Ballhockey sich im Rahmen der Baubewilligung vom 12. März 1974 halte und – soweit die Anlage heute ausserhalb der Bauzone liegt – als altrechtliche Anlage im Bestand geschützt sei. Die Vorinstanzen bringen im Wesentlichen vor, neue Spielarten seien ebenso zulässig wie die in den Bewilligungsakten genannten Volleyball, Korbball und Kleinfeldhandball. Bau- und planungsrechtlich so-



wie nach ihrer Bestimmung als Schulanlage dienen die Einrichtungen, insbesondere die sportlichen Einrichtungen, nicht nur dem Schulbetrieb, sondern auch den Vereinen. Dieser Auffassung der Vorinstanzen ist einerseits beizupflichten. Andererseits stellt sich die Frage, ob sich das Ballhockey als neue Sportart in diesen Rahmen einfügt und sich in vergleichbarer Weise auf die Nachbarschaft auswirkt. In dieser Hinsicht ist unbestritten, dass Ballhockey eine lärmige Sportart ist. In baulicher Hinsicht müssen Banden angebracht werden, auf welche der Ball beim Spiel aufschlägt. Der Ballhockey-Club Cormorants benützt den Hartplatz nicht nur gelegentlich, sondern für ein systematisches und intensives Training. Schliesslich locken Wettkampfspiele grössere Zuschauermengen an, welche eine Lärmkulisse bilden und hinsichtlich Ordnung, sanitären Anlagen und Parkierung die entsprechenden Belastungen mit sich bringen. Die lärmige Eigenart des Ballhockeyspiels, die systematischen und ausgedehnten Spielzeiten auch am Feierabend und am Wochenende und die mit Grossveranstaltungen verbundenen Belastungen verbieten es, von einer altrechtlichen Nutzung im Rahmen der Baubewilligung 1974 auszugehen. Vielmehr steht eine rechtlich relevante Nutzungsänderung mit baulichen Massnahmen und einer bedeutenden zusätzlichen Lärmbelastung in Frage. Sowohl in bau- und planungsrechtlicher Hinsicht wie auch unter dem Aspekt des Umweltschutzes bzw. Lärmschutzes ist die strittige Nutzung im Folgenden zu prüfen.

3. Der Hartplatz befindet sich zur Hälfte ausserhalb der Bauzone. Die Erstellung, aber auch die Veränderung von Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone bedürfen der Zustimmung der Baudirektion und der Bewilligung der Gemeindebehörde (§ 36 Abs. 1 BauG). Die Erstellung und die Veränderung von Bauten und Anlagen im Wald, die überwiegend anderen als forstlichen Zwecken dienen, bedürfen neben der Rodungsbewilligung einer Bewilligung gemäss § 36 Abs. 1 BauG. Für das neue Recht sei auf § 10 ff. PBG verwiesen. Eine wesentliche Änderung einer Anlage ausserhalb der Bauzonen bedarf einer formellen Überprüfung im Baubewilligungsverfahren. Aufgrund der bereits ergangenen Akten lässt sich zur Zeit feststellen, dass eine Anlage für Ballhockey mit intensivem Trainings- und Wettkampfbetrieb mit Zuschauern und der dafür erforderlichen Erschliessung jedenfalls ausserhalb der Bauzone nicht zulässig wäre, ebensowenig ist die Änderung von so untergeordneter Bedeutung, dass nur auf die Bestandegarantie zu verweisen wäre. Vielmehr bedarf es einer sorgfältigen Abklärung der Zulässigkeit der Nutzungsänderung und -intensivierung und der damit verbundenen Belastung hinsichtlich Erschliessung, Waldschutz und den übrigen Infrastruktur- anforderungen.

4. Der Hartplatz, ausgerüstet mit Banden für den Ballhockey-Spielbetrieb, ist eine ortsfeste Anlage im Sinne von Art. 7 Abs. 7 des Umweltschutzgesetzes (USG, SR 814.01), welche Aussenlärm erzeugt und somit der Umweltschutzgesetzgebung und insbesondere der Lärmschutz-Verordnung (LSV, SR 814.331) untersteht. Unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung

sind Emissionen im Rahmen der Vorsorge soweit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (Art. 11 Abs. 2 USG). Der Hartplatz war bis zum Aufkommen des Ballhockeys lärmrechtlich unbedenklich. Die Herrichtung als Ballhockeyanlage ist daher als Errichtung einer neuen ortsfesten Anlage im Sinne von Art. 25 USG zu erfassen, da es nicht darum geht, übergangsrechtlich eine vor Inkrafttreten der umweltrechtlichen Vorschriften errichtete Anlage im Sinne des Vertrauensschutzes dem Sanierungsrecht zu unterstellen (vgl. BGE 123 II 329). Die Lärmschutzgesetzgebung ist keineswegs beschränkt auf Verkehrs- und Industrielärm oder auf jene Anlagentypen, für welche im Anhang zur Lärmschutzverordnung Grenzwerte mit Pegelkorrekturen festgelegt sind. Das Lärmschutzrecht des Bundes gilt auch für Anlagen wie Restaurant, Dancing, Kinderspielplatz eines Mehrfamilienhauses, Sportanlage, Kunsteisbahn, Tennisplatz (Wolf, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Art. 25 N. 31, mit Hinweisen, Zürich 2000). Bei Anlagen, die nicht einer der in den Anhängen zur Lärmschutzverordnung geregelten Lärmart zugeordnet werden können, hat die Vollzugsbehörde die Lärmimmissionen nach Art. 15 USG, unter Berücksichtigung auch der Art. 19 und 23 USG (Art. 40 Abs. 3 LSV) zu beurteilen. Nach Art. 15 USG sind die Immissionsgrenzwerte für Lärm so festzulegen, dass nach dem Stand der Wissenschaft oder der Erfahrung Immissionen unterhalb dieser Werte die Bevölkerung in ihrem Wohlbefinden nicht erheblich stören. Da auf das Wohlbefinden der Bevölkerung abzustellen ist – wobei gemäss Art. 13 Abs. 2 USG auch auf Personengruppen mit erhöhter Empfindlichkeit Rücksicht zu nehmen ist – können nur allgemeine Erfahrungswerte und nicht bloss Meinungen Einzelner als Massstab beigezogen werden. Es sind somit auch bei der Beurteilung von Lärmimmissionen direkt auf Art. 15 USG gestützte objektivierte Kriterien anzuwenden. Als grundsätzlich problematisch hat das Bundesgericht die sinngemässe Anwendung von Grenzwerten, namentlich der Grenzwerte für Industrie- und Gewerbelärm bezeichnet. Im Gegensatz zu Grenzwerten für Strassen- und Eisenbahnlärm, die auf breit angelegten soziopsychologischen Untersuchungen über die Störwirkung beruhten, mussten die Grenzwerte des Anhanges 6 LSV auf einer wesentlich schmäleren Untersuchungsbasis über Störwirkungen einiger typischer Industrieanlagen festgelegt werden. Über Störwirkungen anderer Lärmarten fehlen soziopsychologische Untersuchungen, die den Schluss von einem bestimmten Pegelwert auf die Störung oder Belästigung der Bevölkerung erlauben würden (BGE 123 II 334 f.).

Noch vor dieser Bundesgerichtsentscheid hatte das Institut für Lärmschutz ... am 1. Januar 1997 einen Bericht erstattet, welcher sich auf die Belastungsgrenzwerte für Industrie- und Gewerbelärm gemäss Anhang 6 der Lärmschutzverordnung stützt, und zum Schluss kommt, dass im Bereich der Liegenschaft Büsser in einem Gebiet mit der Lärmempfindlichkeitsstufe III die vom Ballhockeyspiel hervorgerufenen Lärmimmissionen die Anforderungen gemäss der LSV gut erfüllten. Auf diese Methode kann jedoch aus

den vorgenannten Gründen hier nicht abgestellt werden. Im Weiteren ist zu verweisen auf die sehr wirksame Lärmbegrenzung durch eine Lärmschutzwand, welche die Einwohnergemeinde Steinhausen zum Schutz der benachbarten Wohnbauten vor dem Tennislärm auf der Tennisanlage Sunnegrund erstellt hat. Es stellt sich auch hier die Frage, ob Lärmschutzmassnahmen ähnlicher Art auch im vorliegenden Fall technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar sind. Soweit ersichtlich, sind diesbezügliche Abklärungen bisher nicht erfolgt. Mit Beschluss vom 10. August 1998 hat der Stadtrat dem Verein Cormorants untersagt, bei der Benutzung des Sportplatzes auf dem Schulareal Herti Lautsprecheranlagen, Megaphone, Radios, Tonbandgeräte etc. zu verwenden. Solche Emissionsbegrenzungen sind zu den Betriebsvorschriften von Art. 12 Abs. 1 lit. c USG zu zählen. Bei diesen Betriebsvorschriften handelt es sich um Massnahmen, die auf eine Beeinflussung des Betriebsablaufes abzielen, wie zum Beispiel zeitliche Betriebs Einschränkungen oder Anordnungen über den Betriebsablauf oder über den Ort von Fahrzeugabstell- und Lagerplätzen (Klaus A. Vallender/Reto Morell, Umweltrecht, S. 238 mit Hinweisen auf die Bundesgerichtspraxis, Bern 1997). Zeitliche Festlegungen sind zwar im vorliegenden Fall im Rahmen der Zuteilung des Platzes erfolgt, nicht jedoch als Betriebsvorschriften im Sinne einer Verfügung gestützt auf die Umwelt- bzw. Lärmschutzgesetzgebung. Durch die Festlegung von Betriebsvorschriften im Rahmen der übrigen Massnahmen kann durch anfechtbare Verfügung und ein allfälliges Rechtsmittelverfahren rechtlich einwandfrei festgelegt werden, welche Auswirkungen zu tragen sind und welche Einschränkungen beim Betreiben einer Anlage zu dulden sind.

Die vom Lärm einer ortsfesten Anlage Betroffenen, welche damit zur Beschwerdeführung legitimiert sind, sind auch befugt, den Erlass eines anfechtbaren Entscheides zu verlangen (F. Matter, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Art. 54 N. 13, Zürich 1986). Zuständig für die Anordnung von Emissionsbegrenzungen ist bei neuen und geänderten ortsfesten Anlagen die Baubewilligungsbehörde (§ 13 des Einführungsgesetzes zum USG, EG USG, BGS 811.1).

5. Im Anschluss an den Augenschein reichte der Stadtrat Reservationsbestätigungen vom 10. Mai 2000, 3. September 2000 und 21. Juli 2000 ein, welche über die vom Sportamt festgelegten Spielzeiten der Cormorants 97 Zug-Oberwil Auskunft geben. Der Rechtsdienst bemerkte dazu, aufgrund der Reklamation der Beschwerdeführer seien die Trainings- und Wettkampfspiele weitestgehend nach Oberwil verlegt worden. Für das weitere Vorgehen wird sich die Frage stellen, ob und wieweit das Interesse an der Benützung des Hartplatzes Herti für Ballhockey-Training und -spiele weiterhin gegeben ist. Die intensive Benützung, welche zu Klagen und der vorliegenden Beschwerde geführt hat, würde eine baurechtliche und umweltrechtliche Überprüfung erfordern. Dabei erscheinen Intensität der Nutzung, bau- und

planungsrechtliche Zulässigkeit der Nutzungsänderung und Lärmschutzaufgaben baulicher oder betrieblicher Art in gegenseitiger Abhängigkeit.

...

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass eine Fortführung der beanstandeten Nutzung des Hartplatzes der Schulanlage Herti einer baurechtlichen und umweltrechtlichen Prüfung und Bewilligung bedarf. Ein Bewilligungsverfahren würde sich jedoch erübrigen, wenn auf den regelmässigen Trainings- und Wettkampfbetrieb verzichtet bzw. das Ballhockey auf eine andere Anlage verlegt würde.

...

Verwaltungsgericht, 19. Dezember 2000

#### **4. Umweltrecht**

*Siehe GVP Verwaltungsgericht 2000 V-8 und V-12*

#### **5. Naturschutzrecht**

*Art. 78 Abs. 5 BV, Art. 23b NHG. – Moore und Moorlandschaften. Moorlandschaft Zugerberg.*

*Sachverhalt:*

A. Am 6. Dezember 1987 haben Volk und Stände die Rothenthurm-Initiative angenommen und die Bundesverfassung (BV) mit einem neuen Verfassungsartikel 24<sup>sexies</sup> Abs. 5 BV, in der neuen Bundesverfassung vom 18. Dezember 1998 Art. 78 Abs. 5, ergänzt. Moore und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und gesamtschweizerischer Bedeutung sind geschützt. Dabei geht es sowohl um den Schutz der Moorbiotope (Naturschutzgebiete) als auch um die Moorlandschaften.

Zum Schutz der Moorbiotope wurden vom Bundesrat am 21. Januar 1991 die Verordnung über den Schutz der Hoch- und Übergangsmoore von nationaler Bedeutung (Hochmoorverordnung) mit Hochmoorinventar (SR 451.32) und am 7. September 1994 die Verordnung über den Schutz der Flachmoore von nationaler Bedeutung (Flachmoorverordnung, SR 451.33) mit Flachmoorinventar in Kraft gesetzt. Im Kanton Zug sind die Moorbiotope von nationaler Bedeutung bereits durch das kantonale Gesetz über den Natur- und Landschaftsschutz grundeigentümerverbindlich geschützt.

Was unter Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung zu verstehen ist, wird im revidierten Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz in der Fassung vom 24. März 1995 umschrieben

(SR 451). Gestützt darauf hat der Bundesrat am 1. Mai 1996 die Verordnung über den Schutz der Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung (Moorlandschaftsverordnung) mit Moorlandschaftsinventar erlassen (SR 451.35). Das Bundesinventar umfasst auch die Moorlandschaft Nr. 6 Zugerberg.

Für die zugerischen Moorlandschaften sind Schutzpläne mit Schutzbestimmungen im Massstab 1:5000 ausgearbeitet worden, welche Auskunft über den genauen Perimeter der Moorlandschaften, die Lage der kantonalen und gemeindlichen Naturschutzgebiete sowie weiterer Schutzobjekte Auskunft geben und die speziellen gebietsbezogenen Bestimmungen enthalten. Am 10. Februar 1998 hat der Regierungsrat die Entwürfe der Schutzpläne mit den Schutzbestimmungen und dem Erläuterungsbericht zur Kenntnis genommen und die Baudirektion beauftragt, ein Vernehmlassungs- und Mitwirkungsverfahren durchzuführen. Am 10. November 1998 hat der Regierungsrat gestützt auf die umfassenden Vorverfahren die Schutzpläne mit den Schutzbestimmungen zu den vier Zuger Moorlandschaften sowie den Eintrag der Moorlandschaften im kantonalen Gesamttrichtplan 1987 mit Richtplanteil erlassen. Die Baudirektion erhielt den Auftrag, die Schutzpläne mit den Schutzbestimmungen öffentlich aufzulegen und auf das Einspracherecht hinzuweisen. Während der öffentlichen Auflage vom 20. November bis 21. Dezember 1998 gingen hinsichtlich der Moorlandschaft Zugerberg neun Einsprachen ein.

Mit Entscheid vom 6. Juli 1999 betreffend Schutzpläne mit Schutzbestimmungen für die vier Moorlandschaften im Kanton Zug beschloss der Regierungsrat, die Einsprachen, soweit darauf eingetreten werden konnte und soweit sie nicht bereits erfüllt waren, abzuweisen.

B. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 24. Juli 1999 wenden sich die abgewiesenen Einsprecher und Grundeigentümer aus dem Gebiet der Moorlandschaft Zugerberg ans Verwaltungsgericht mit dem Antrag, der Regierungsratsbeschluss vom 6. Juli 1999 sei aufzuheben. Sie reichen ihre Einsprachen erneut ein und ersuchen darum, den Begehren Beachtung zu schenken und die Anträge gutzuheissen.

C. Namens des Regierungsrates beantragt die kantonale Baudirektion in ihrer Vernehmlassung vom 3. September 1999, die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen. Es wird erklärt, den Beschwerdeführern gehe es darum, grundsätzlich die Beschränkungen durch den Moorlandschaftsschutz fernzuhalten oder Erleichterungen von den Vorschriften zu erlangen. Die Hauptforderung bestehe im Antrag, die westliche Grenze der Moorlandschaft Zugerberg von der Kuppe der Seitenmoräne weg hinunter an den Lottenbach zu verlegen. Dazu sei festzuhalten, dass der Bundesrat die Grenzen der Moorlandschaft genau und nach einheitlichen, nachvollziehbaren Kriterien festgelegt habe. Grossräumige Verschiebungen, wozu auch eine Verlegung der Grenzen um mehrere Dutzend Meter auf längeren Abschnitten

gehörten, erachte die Baudirektion als ausgeschlossen. Würde dem Begehren der Beschwerdeführer entsprochen, so käme dies einem Verstoss gegen die Moorlandschaftsverordnung gleich.

*Erwägungen:*

1. Gemäss § 61 Abs. 1 Ziff. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG, BGS 162.1) ist die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zulässig gegen Verwaltungsentscheide des Regierungsrates, soweit die Gesetzgebung den Weiterzug nicht ausschliesst. Ein solcher Ausschluss liegt hier nicht vor. Die Beschwerdeführer sind als Landeigentümer im Perimeter der Moorlandschaft vom angefochtenen Entscheid betroffen und damit zur Beschwerde legitimiert. Diese ist frist- und formgerecht eingereicht worden, weshalb sie zu prüfen ist.

2. Sämtliche Beschwerdeführer beanstanden die Ausdehnung der Moorlandschaft. Sie beantragen, die westliche Begrenzung nicht auf der Höhe des Moränenzugs zu führen, sondern die Grenze des Perimeters von der Krete zurück zu verlegen und entlang dem Lothenbach bzw. der Linie Lothenbach – Zumattstrasse – Oberstaffelstrasse zu führen. Dadurch sollen die Wohn- und Ökonomiebauten der Landwirtschaftsbetriebe vom Perimeter der Moorlandschaft Zugerberg und den damit verbundenen baulichen Beschränkungen ausgenommen werden.

Der verfassungsmässige Schutz erstreckt sich auf Moore und Moorlandschaften. Eine Moorlandschaft ist gemäss Art. 23b NHG eine in besonderem Masse durch Moore geprägte, naturnahe Landschaft. Ihr moorfreier Teil steht zu den Mooren in enger ökologischer, visueller, kultureller oder geschichtlicher Beziehung. Es ist zu Recht nicht bestritten, dass die Moorlandschaft Zugerberg wegen ihrer nationaler Bedeutung unter den verfassungsmässigen Schutz fällt. Die Lage der Moorlandschaft wird durch den Bundesrat bezeichnet (Art. 23b Abs. 3 NHG). Der Bundesrat legt auch die Schutzziele fest, die der Eigenart der Moorlandschaften angepasst sind (Art. 23c Abs. 1 NHG). Die Kantone sorgen für die Konkretisierung und Durchsetzung der Schutzziele. Sie treffen rechtzeitig die zweckmässigen Schutz- und Unterhaltmassnahmen (Art. 23c Abs. 2 NHG). Die Umschreibung der Objekte bildet Gegenstand der Moorlandschaftsverordnung des Bundesrates und deren Anhang 2 (Art. 2 der Moorlandschaftsverordnung). Die Kantone legen den genauen Grenzverlauf der Objekte fest (Art. 3 der Moorlandschaftsverordnung). Der Objektbeschreibung ist zu entnehmen, dass die Landschaft Zugerberg auf einem in der Eiszeit vom Reussgletscher geprägten Höhenzug oberhalb des Zugersees liegt. Auf den sanft geformten Grundmoränen und in den Mulden hinter den Moränenwellen haben sich ausgedehnte Hoch- und Flachmoore entwickelt. Die Vielfalt an Hochmoortypen und Flachmoorgesellschaften ist gross und erhebt den Zugerberg zu einer der bedeutendsten Moorlandschaften. Die glazialen Reliefformen werden in der Objektbeschreibung als markant bezeichnet und spielen zusam-

men mit den Mooren im Landschaftsbild eine wichtige Rolle. Besonders erwähnt wird die sehr gut ausgeprägte Seitenmoräne, welche die Moorlandschaft auf fast drei Kilometern Länge im Westen begleitet. Der Zusammenhang zwischen den Geländeformen und den darauf entstandenen Mooren ist auf dem Zugerberg ausserordentlich schön zu sehen. Auch das Gewässernetz wird entscheidend vom Relief beeinflusst, so zum Beispiel der Lothenbach, welcher über eine beträchtliche Distanz von zwei Moränenwellen der Terrassenkante entlang gelenkt wird. Die Objektbeschreibung weist auch auf die Kulturelemente hin, welche hier die frühere und heutige Nutzung der Moore durch den Menschen belegen. Das ganze Gebiet ausser dem Wald und den primären Hochmooren wird landwirtschaftlich genutzt. Die Siedlungsstruktur ist weitgehend erhalten geblieben; auf den Moränenhügeln und -wällen befinden sich in moortypischer Lage die Einzelhöfe. Sie haben ihre ursprüngliche Bausubstanz fast überall bewahrt.

Während die Naturschutzgebiete schon weitgehend durch das frühere kantonale Recht unter Schutz gestellt wurden, geht es hier um den Schutz der Moorlandschaft, welche auch die «moorfreien» Teile umfasst. Wie sich aus der Objektbeschreibung ergibt, gehört gerade die Landschaft mit Einschluss der Seitenmoräne zur schützenswerten Moorlandschaft. Der vom Bundesrat bestimmte Perimeter folgt der Horizontlinie (Anhang 2 zur Moorlandschaftsverordnung Art. 2). Die Objektbegrenzung auf der Krete entspricht der verfassungsrechtlichen Schutzbestimmung. Eine Zurückverlegung der Grenze der Moorlandschaft, wie sie die Beschwerdeführer beantragen, ist von Bundesrechts wegen ausgeschlossen.

3. In den Mooren und Moorlandschaften dürfen weder Anlagen gebaut noch Bodenveränderungen vorgenommen werden. Ausgenommen sind Einrichtungen, die dem Schutz oder der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung der Moore und Moorlandschaften dienen (Art. 78 Abs. 5 BV). Dieser verfassungsmässige Schutz wird in Art. 23d NHG auf Gesetzesstufe konkretisiert. Unter dem Titel «Gestaltung und Nutzung der Moorlandschaften» bestimmt Art. 23d NHG:

Die Gestaltung und Nutzung der Moorlandschaften sind zulässig, soweit sie der Erhaltung der für die Moorlandschaften typischen Eigenheiten nicht widersprechen.

Unter der Voraussetzung von Abs. 1 sind insbesondere zulässig:

- a. die land- und forstwirtschaftliche Nutzung;
- b. der Unterhalt und die Erneuerung rechtmässig erstellter Bauten und Anlagen;
- c. Massnahmen zum Schutz von Menschen vor Naturereignissen;
- d. die für die Anwendung der Bst. a–c notwendigen Infrastrukturanlagen.

Der Biotopschutz, d.h. die Ausscheidung der Naturschutzgebiete, ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Die Naturschutzgebiete vorbehalten, ist in den Moorlandschaften gemäss den genannten Vorschriften die land- und forstwirtschaftliche Nutzung sowie insbesondere auch der Unterhalt und die Erneuerung rechtmässig erstellter Bauten und Anlagen zulässig. Insoweit sind die Befürchtungen der Beschwerdeführer wegen zusätzlichen baulichen Beschränkungen unbegründet.

In diesem Verfahren ist zu bedenken, dass der Schutz der Moore und Moorlandschaften durch die Bundesverfassung und die Bundesgesetzgebung bestimmt ist, welche für die kantonalen Instanzen verbindlich sind. Die Umsetzung im Schutzplan 1997 der Moorlandschaft Zugerberg (ML 6) hält sich mit den «Speziellen Schutz- und Unterhaltmassnahmen» an das übergeordnete Recht.

Die Korporation Walchwil beantragt in verschiedener Hinsicht, «klar definierte Bestimmungen» zu erlassen, welche

- auch in Zukunft die land- und forstwirtschaftliche Nutzung weiterhin existenzsichernd gewährleisten
- welche den Unterhalt und notwendige Erneuerungen von Quellen, Brunnenstuben, Wasserreservoirs und Wasserleitungen auch in Zukunft gestatten
- welche die bisherige Bewirtschaftung der Moorbeete erhalten
- welche Umbau, Sanierungen und notwendige Erweiterung des Restaurants Pfaffenboden in der heute zu gestattenden Form auch in Zukunft gewährleisten.

Es ist verständlich, dass die Korporation und teilweise auch die anderen Beschwerdeführer verschiedene Nutzungen positiv auch für die Zukunft gewährleisten sehen möchten. In allgemeiner Form gewährleistet das Bundesrecht neben dem Schutz der Moore und Moorlandschaften auch die land- und forstwirtschaftliche Nutzung und den Unterhalt und die Erneuerung der rechtmässig erstellten Bauten und Anlagen im Sinne von Art. 23d NHG. Der Kanton könnte aber den Beschwerdeführern nicht generell Nutzungen garantieren, welche das Bundesrecht nicht erlaubt. Es gilt hier den Vorrang des höherrangigen Rechtes zu beachten. Gleichzeitig gilt zu beachten, dass hier der generelle Schutzplan zur Diskussion steht und nicht konkrete Beviligungsverfahren vorweggenommen werden können.

4. Zum Schutz und Unterhalt der Moorlandschaft ist das Gewässersystem zu erhalten und beim Unterhalt von Gewässern namentlich des Lothenbaches und der Zuläufe sowie im Rahmen von Bachöffnungen der naturnahe Lauf der Gewässer zu fördern (Ziff. 3 lit. a der speziellen Schutz- und Unterhaltmassnahmen). Das Gewässersystem ist für den Schutz von Mooren von hoher Bedeutung. Schädliche Eingriffe würden dem bundesrechtlich garantierten Moorschutz widersprechen.

...



Auch hinsichtlich dieser speziellen Anliegen ist auf das vorgegebene Schutzziel und auf die zulässigen Nutzungen gemäss Art. 23d NHG zu verweisen. Die konkrete Beurteilung muss einem allfälligen bewilligungspflichtigen konkreten Anwendungsfall vorbehalten bleiben.

Konkrete Bewirtschaftungsvorschriften enthält der Schutzplan nicht. Entsprechende Fragen gehören in den Zusammenhang mit der Ausscheidung der Naturschutzgebiete oder allenfalls dem Abschluss von Verträgen zwischen den Grundeigentümern und dem Kanton.

Hinzuweisen bleibt darauf, dass die Naturobjekte, insbesondere auch die Findlinge aufgeführt sind. Insofern steht fest, welche Steine nicht zur besseren Bewirtschaftung beseitigt werden dürfen.

5. Ein Teil der Beschwerdeführer befürchtet durch die angefochtenen Massnahmen eine Entwertung des Grundstückes und möchte dafür entschädigt werden. Bund und Kanton sehen in der Naturschutzgesetzgebung, nämlich in Art. 18c NHG und in § 18 des kantonalen Gesetzes über Natur- und Landschaftsschutz (BGS 432.1) die Abgeltung für die Einschränkung der bisherigen Nutzung vor. Diese Abgeltungen stehen allerdings systematisch im Zusammenhang mit dem Biotopschutz bzw. der Ausscheidung von Naturschutzgebieten. Der Gesetzgeber geht im Übrigen davon aus, dass die bisherige Nutzung im Sinne von Art. 23d NHG im Wesentlichen erhalten bleibt. Eine Abgeltung ist jedenfalls nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Die schutzplanmässige Erfassung der Moorlandschaft an sich stellt keinen Eingriff dar, welcher Entschädigungsfolgen nach sich zieht. Sollte sich der Entzug einer bisherigen Nutzung ergeben, so hätte der betroffene Beschwerdeführer Anspruch auf Prüfung eines Entschädigungsanspruches in einem separaten Verfahren.

Verwaltungsgericht, 6. Juni 2000

## **6. Personalrecht**

*§ 81 Abs. 1 VRG, § 99 GG, Regl. der ev. ref. Kirchgemeinde. – Die evangelisch-reformierte Kirchgemeinde hat ein eigenes Besoldungsreglement. Für Streitigkeiten gilt das Klageverfahren vor Verwaltungsgericht.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Die Klägerin hat Klage eingereicht gemäss § 81 Ziff. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG, BGS 162.1). Danach beurteilt das Verwaltungsgericht als einzige Instanz vermögensrechtliche Ansprüche Privater gegen Kanton oder Gemeinden, soweit sie sich auf öffentliches Recht stützen und die Gesetzgebung nicht eine andere Behörde als erste Instanz bezeichnet hat. Sie beruft sich aber auch auf das Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals (Personalgesetz, PG, BGS 154.21). Das Personalgesetz regelt

das Arbeitsverhältnis der im Dienste des Kantons tätigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (§ 1 Abs. 1 PG). Der Rechtsschutz gemäss Personalgesetz richtet sich nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz, wobei nicht das Klageverfahren, sondern das Beschwerdeverfahren anwendbar ist (§ 70 Abs. 3 PG). Demgegenüber beruft sich die Beklagte ergänzend auf das Obligationenrecht. Es ist deshalb zunächst zu prüfen, welches Recht und welches Verfahren anwendbar ist, umso mehr als das kantonale Personalrecht einer Totalrevision unterzogen wurde und am 1. Januar 1995 das Personalgesetz vom 1. September 1994 in Kraft getreten ist.

a) Gemäss § 74 Abs. 2 lit. b des Personalgesetzes wurde § 81 Ziff. 2 VRG aufgehoben, wonach das Verwaltungsgericht als einzige Instanz im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren vermögensrechtliche Streitigkeiten aus Dienstverhältnissen von Behördemitgliedern, Beamten, Angestellten und Lehrern des Kantons und der Gemeinden beurteilte. Der Gesetzgeber wollte den Rechtsschutz nach dem neuen Personalgesetz vollumfänglich ins Beschwerdeverfahren verweisen (Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 1. Februar 1994, Vorlage Nr. 130.4/8257, S. 98). Diese Änderung erfolgte im Zusammenhang mit der Abschaffung des Arbeitsverhältnisses auf Amtszeit unter Einführung eines neuen, weitgehend dem Obligationenrecht nachgebildeten, aber eigenständigen kantonalen Personalrechts. Dieses unterscheidet ebenfalls wie das OR zwischen nichtigen und missbräuchlichen Kündigungen. Es normiert verfahrensrechtliche Anforderungen an die Kündigung und gewährt eine nach Dienstjahren festgesetzte Entschädigung zwischen drei und neun Monatsgehältern, wenn bei der Kündigung Verfahrensvorschriften verletzt wurden oder sie sich nicht auf sachliche Gründe stützen lässt. Wenn auch der Gesetzgeber im Zusammenhang mit dieser materiellen Neuordnung des Personalrechtes den bisherigen Rechtsschutz im Klageverfahren aufhob, so konnte er doch nicht einfach das Beschwerdeverfahren für anwendbar erklären, da die Beschwerde von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung hat und fehlerhafte Verfügungen aufgehoben werden. Gemäss § 70 Abs. 3 PG wurde deshalb das Beschwerdeverfahren auf ein Feststellungsverfahren reduziert, in welchem entweder die Nichtigkeit der Kündigung festgestellt wird oder eine Rechtsverletzung und somit missbräuchliche Kündigung festgestellt wird, mit der Folge, dass der gesetzlich festgesetzte Betrag zugesprochen wird. Der Gesetzgeber hat somit das frühere Klageverfahren für das Personal des Kantons und der Gemeinden aufgehoben und für das kantonale Personal eine angepasste Regelung des Beschwerdeverfahrens getroffen. Es stellt sich die Frage, nach welchem Verfahren die Ansprüche des Gemeindepersonals zu überprüfen sind.

b) Das kantonale Personalgesetz gilt gemäss § 1 Abs. 1 PG für das kantonale Personal. Die Bestimmungen des kantonalen Personalgesetzes gelten bezüglich Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch für das Dienstverhältnis des gemeindlichen Lehrpersonals (§ 5ter des Lehrerbildungsgesetzes, BGS 412.31). Dem gemeindlichen Lehrpersonal steht so-

mit die besondere Beschwerde von § 70 Abs. 3 PG zur Verfügung, wobei Verfügungen des Gemeinderates erstinstanzlich beim Regierungsrat anzufechten sind (vgl. auch Bericht und Antrag a.a.O., S. 98). Gemäss § 99 des Gemeindegesetzes (GG, BGS 171.1) richten sich die Rechte und Pflichten der Gemeindebeamten und Angestellten nach dem Gemeindegesetz und nach dem Dienst- und Besoldungsreglement der Gemeinde. Soweit Bestimmungen fehlen, werden die kantonalen Vorschriften sinngemäss angewendet. Diese Bestimmung von § 99 GG gilt gemäss § 132 GG auch für die Kirchgemeinde. Die Gemeinden können somit auf eine abschliessende Regelung verzichten mit der Folge, dass kantonale Vorschriften sinngemäss anwendbar sind oder können diese auch ausdrücklich für anwendbar erklären.

Die evangelisch-reformierte Kirchgemeinde des Kantons Zug hat ein eigenes Besoldungsreglement. Der Kirchenrat erlässt wo nötig Ausführungsbestimmungen (Ingress). Die §§ 1-16 enthalten die personal- und besoldungsrechtlichen Bestimmungen. Gemäss § 17 des Besoldungsreglementes obliegt die Festsetzung der übrigen Arbeitsbedingungen wie Arbeitszeit, Ferien, Besoldungszahlung bei Militärdienst, Krankheit oder Unfall, Pensionierung und Personalvorsorge usw., dem Kirchenrat. Der Kirchenrat orientiert sich dabei im Wesentlichen an den für das kantonale Personal gültigen Bestimmungen. Gemäss § 18 Abs. 4 des Reglementes werden Sachverhalte, die weder im Besoldungsreglement noch in den Ausführungsbestimmungen oder im Anstellungsvertrag geregelt sind, nach den Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechts geregelt. Der Anstellungsvertrag der Klägerin verweist auf das Besoldungsreglement und die dazugehörigen Ausführungsbestimmungen. Arbeitsbedingungen, die nicht im Besoldungsreglement oder in den Ausführungsbestimmungen enthalten sind, regelt gemäss Anstellungsvertrag das Obligationenrecht. Die Beklagte hat somit ein Dienst- und Besoldungsreglement im Sinne von § 99 Abs. 1 GG. Ergänzend wird auf das Obligationenrecht verwiesen. Es liegt somit kein Fall vor, wo im Sinne von § 99 Abs. 2 GG Bestimmungen fehlen, weshalb auch nicht kantonale Vorschriften sinngemäss anzuwenden sind. Ein Verweis auf das kantonale Recht kann auch in § 17 des Besoldungsreglementes nicht erblickt werden. Vielmehr wird der Delegation zur Regelung dieser «übrigen Arbeitsbedingungen» eine materielle Richtlinie vorgegeben. Es ergibt sich somit, dass weder das gemeindliche Recht das kantonale Personalgesetz für anwendbar erklärt, noch dass Bestimmungen fehlen, mit der Folge dass es gemäss § 99 Abs. 2 GG anwendbar ist. Aus dem kantonalen Personalgesetz können deshalb weder materielle Ansprüche abgeleitet werden, noch ist das besondere Beschwerdeverfahren gemäss § 70 PG anwendbar. Das Besoldungsreglement der evangelisch-reformierten Kirchgemeinde des Kantons Zug ist gemeindliches Recht. Soweit das Obligationenrecht anwendbar erklärt wird, gilt dieses als subsidiäres Gemeinderecht. Es ist deshalb beiden Parteien zuzustimmen, dass das Anstellungsverhältnis der Klägerin öffentlich-rechtlich geregelt ist und damit auch der Verwaltungsgerichtsbarkeit untersteht.

Die Aufhebung von § 81 Ziff. 2 VRG erfolgte im Zusammenhang mit der Einführung des besonderen Beschwerdeverfahrens gemäss § 70 Abs. 3 PG für das kantonale Personal. Soweit die Gemeinden das kantonale Recht übernehmen oder soweit Bestimmungen fehlen und die kantonalen Vorschriften gemäss § 99 Abs. 2 GG Anwendung finden, war die Aufhebung des verwaltungsgerichtlichen Klageverfahrens gemäss § 81 Ziff. 2 VRG auch für die Gemeinden naheliegend. Damit sollte aber nicht ein Klageverfahren gestützt auf § 81 Ziff. 1 VRG ausgeschlossen sein. Wie zuvor ausgeführt, erachtete der kantonale Gesetzgeber das Beschwerdeverfahren nur mit spezifischen Änderungen als geeignet. Darum wäre der Schluss verfehlt, es habe das allgemeine Beschwerdeverfahren zu gelten, sofern in einer Gemeinde nicht das kantonale Personalrecht anwendbar ist. Die Parteien haben sich deshalb zu Recht auf § 81 Abs. 1 VRG berufen. Das Gericht ist zur Prüfung der verwaltungsgerichtlichen Klage zuständig.

Verwaltungsgericht, 20. Juni 2000

## 7. Fürsorgerische Freiheitsentziehung

*Art. 397a ZGB. – Fürsorgerische Freiheitsentziehung. Voraussetzungen, unter denen die nötige persönliche Fürsorge nur im Rahmen eines stationären Klinikaufenthaltes erwiesen werden kann.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Die 25jährige X.Y. wurde am 10. Februar 2000 von Dr. med. A. B. wegen akuter Suizidalität zwangsweise in die Psychiatrische Klinik Z. eingewiesen. Gegen diese Einweisung und die Zurückbehaltung in der Klinik reichte X. Y. Beschwerde ein und verlangte dringend eine Anhörung. Sie erklärte, sie sei gegen ihren Willen eingewiesen worden. Am 15. Februar 2000 wurde X. Y. von der fürsorgerechtlichen Kammer des Verwaltungsgerichts befragt. Dabei erklärte sie, sie sei nicht bereit, länger freiwillig in der Klinik zu verbleiben und wolle austreten. Sie fühle sich gesundheitlich sehr gut. Am 17. Februar 2000 erstattete die behandelnde Ärztin einen ärztlichen Bericht.

*Aus den Erwägungen:*

.....

2. a) Eine Person darf wegen Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunksucht, anderen Suchterkrankungen oder schwerer Verwahrlosung in einer geeigneten Anstalt untergebracht oder zurückbehalten werden, wenn ihr die nötige persönliche Fürsorge nicht anders erwiesen werden kann. Dabei ist auch die Belastung zu berücksichtigen, welche die Person für ihre Umgebung bedeutet. Die betroffene Person muss entlassen werden, sobald es ihr Zustand erlaubt (Art. 397a ZGB). Im weiteren bestimmt Art. 397e Ziff. 5 ZGB, dass bei psychisch Kranken nur unter Beizug von Sachverständigen entschieden werden darf.

b) Eine Geisteskrankheit liegt dann vor, wenn bei einem Menschen auf die Dauer psychische Störungen bzw. psychische Symptome und Verhaltensweisen auftreten, die einen stark auffallenden Charakter haben und die einem besonnenen Laien den Eindruck einfühlbarer, qualitativ tiefgehender, abwegiger, grob befremdender und daher prinzipieller Störungszeichen machen (Schnyder/Murer, Das Vormundschaftsrecht, Art. 369, Nr. 26). Das Vorliegen eines der oben erwähnten Schwächezustände reicht aber für sich allein nicht aus, um jemanden in eine psychiatrische Klinik einzuweisen oder dort zurückzubehalten. Im Sinne des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit darf jemand nur dann in einer Anstalt untergebracht werden, wenn ihm die nötige persönliche Fürsorge nicht anders erwiesen werden kann.

c) Bei der persönlichen Befragung erklärte die behandelnde Ärztin, man könne noch keine eigentliche Diagnose abgeben. Man könne nur das Zustandsbild der Patientin beschreiben. Es könnte sich aber um eine schizophrene-ähnliche Psychose handeln. Aus dem Arztbericht ergibt sich, dass bei der Beschwerdeführerin beim Klinikeintritt ein akutes psychotisches Zustandsbild mit Störungen von Aufmerksamkeit, Konzentration und Gedächtnis, Störungen im Gedankenablauf sowie inhaltlich eine ausgeprägte wahnhaftige Verarbeitung von gewissen Erlebnissen bestanden habe, was den Eindruck einer «doppelten Buchführung» erweckt habe. Darüber hinaus hätten akustische, optische und vermutlich körperbetonte Halluzinationen bestanden. Ausserdem seien affektive Störungen aufgefallen. Im Beisein der Eltern sei die Beschwerdeführerin massiv verbal aggressiv gewesen. Von einer akuten Suizidalität müsse angesichts der Angaben des einweisenden Arztes und der Eltern ausgegangen werden. Diagnostisch komme als Ursache für das psychotische Zustandsbild eine Erstmanifestation einer Erkrankung aus dem schizophrenen Formenkreis (möglicherweise drogeninduziert) in Frage, differentialdiagnostisch seien auch organisch bedingte Störungen möglich. Aufgrund dieser Angaben steht fest, dass bei der Beschwerdeführerin ein Schwächezustand im Sinne von Art. 397a ZGB vorliegt, der eine ärztliche Behandlung in einer geeigneten Institution notwendig macht.

3. Zu prüfen ist daher weiter, inwiefern bei der Beschwerdeführerin eine erhebliche Fremd- und/oder Selbstgefährdung besteht.

a) Bei der Beurteilung der Selbstgefährdung gilt es unter anderem die Suizidgefahr zu beurteilen. Des weiteren ist zu prüfen, ob die Gefahr einer Verwahrlosung in dem Sinn besteht, dass die Beschwerdeführerin Gefahr laufen würde, in ihrer Lebensgestaltung, ihrem Verhalten in ihrer Umgebung, ihrer persönlichen Hygiene und in ihrer Gesamtverfassung in einen Zustand der Selbstdestruktion zu geraten, der der Menschenwürde nicht mehr entsprechen würde (vgl. hierzu R. Furger, Unterbringung Jugendlicher und Erwachsener im Sinne der FFE aus psychiatrischer Sicht, ZVW 38, 41 ff. 45).

Bei der persönlichen Befragung erklärte die Beschwerdeführerin, es stimme schon, dass sie mit dem Gedanken gespielt habe, sich umzubringen. Sie habe auch ein Messer genommen, aber sie habe nichts Ernsthaftes gemacht

und werde sich auch in Zukunft nichts antun. Die Eltern erklärten, ihre Tochter habe sie zwei Tage vor der Einweisung angerufen und erklärt, dass sie diese Nacht sterben werde. Sie habe von ihnen verlangt, dass man ihren «alten» Körper sofort verbrennen werde. So werde sie dann am andern Tag mit einem neuen Körper wieder auf der Erde sein. Weil die Eltern sehr besorgt waren, konnten sie die Beschwerdeführerin davon überzeugen, mit ihnen nach Hause zu kommen. In der Nacht vor der Einweisung habe die Tochter bei der Mutter im Elternschlafzimmer verbracht. Sie sei sehr unruhig gewesen und immer wieder aufgestanden. Gegen vier Uhr morgens sei die Mutter wegen eines Geräuschs aus der Küche erwacht. In der Küche habe sie dann ihre Tochter stillschweigend mit einem grossen Fleischmesser in der Hand angetroffen. Auf ihr Bitten habe die Tochter dann das Messer wieder in die Schublade zurückgelegt. Während des Staubsaugens am andern Morgen habe sich die Szene nochmals in ähnlicher Weise wiederholt. Die behandelnde Ärztin erklärt, dass bei der Patientin aktuell keine akute Fremd- und/oder Selbstgefährdung bestehe. Aufgrund der bisherigen Verlaufsbeobachtung unter anderem auch unter der entsprechenden neuroleptischen Medikation sei eine akute Suizidgefahr nicht mehr vorhanden. Sie schränkt diese Feststellung aber insofern ein, als sie erklärt, bei der Beschwerdeführerin liege ein psychotisches Zustandsbild vor, weshalb es sehr viel schwieriger sei, die Selbstgefährdung zu beurteilen als bei einem depressiven Zustandsbild.

Mit Bezug auf eine mögliche Verwahrlosung erklärt die behandelnde Ärztin, eine solche Gefahr sehe sie zur Zeit nicht, da die Patientin glaubhaft versichere, dass sie wieder eine neue Arbeitsstelle suchen wolle. Die Angaben der Eltern ergeben diesbezüglich aber ein anderes Bild. Die Beschwerdeführerin kam erheblich abgemagert (nur noch mit einem Körpergewicht von 45 kg) von ihrer Reise aus Südostasien zurück, wo sie – nach der Meinung der Eltern – nicht mehr richtig gegessen hatte. Ihre Wohnung befand sich in einem absolut chaotischen Zustand. Überall sei nicht gewaschenes Geschirr und dreckige Wäsche herumgelegen. Die Eltern hätten mehrere Taschen davon voll mitnehmen müssen.

Aus diesen Angaben ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin noch vor zehn Tagen Suizidgedanken geäussert und auch entsprechende Vorbereitungs-handlungen getroffen hat. Unter dem Einfluss der neuroleptischen Medikation sind diese Suizidgedanken insoweit zurückgegangen, als die behandelnde Ärztin eine unmittelbar drohende akute Suizidgefahr (soweit dies bei einer psychotischen Erkrankung zuverlässig beurteilbar ist) verneinen kann. Bei Absetzen der Medikation könnte es aber mittelfristig wieder zu entsprechenden Rückfällen kommen. Die Suizidgefährdung ist zwar nicht mehr akut, aber potentiell nach wie vor in erheblichem Ausmass vorhanden. Zudem besteht eine erhebliche Verwahrlosungstendenz.

b) Eine akute Fremdgefährdung wird von der behandelnden Ärztin verneint und ergibt sich auch nicht augenfällig aus den Akten. ....

Zusammengefasst kann man feststellen, dass zur Zeit im stationären Rahmen und unter der neuroleptischen Medikation eine akute Selbstgefährdung wahrscheinlich nicht mehr besteht. Es besteht aber potentiell eine erhebliche Suizidgefahr und die Gefahr einer raschen Verwahrlosung, wenn die Beschwerdeführerin die Medikamente und die therapeutische Betreuung absetzen würde und in ihr altes Umfeld zurückkehren würde (Drogenkonsum inbegriffen).

4. Unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit ist deshalb weiter zu prüfen, ob der Beschwerdeführerin die nötige persönliche Fürsorge im Zusammenhang mit ihrer Erkrankung auch anders als im Rahmen eines stationären Klinikaufenthalts erwiesen werden kann. Dabei muss das öffentliche Interesse an der Zwangseinweisung bzw. Zurückbehaltung in einer geschlossenen Anstalt das private Interesse der Betroffenen an der persönlichen Freiheit überwiegen. Zu prüfen ist deshalb, ob der Beschwerdeführerin allenfalls durch eine ambulante Psychotherapie, durch die Abgabe von Medikamenten oder durch eine Entlassung unter Auflagen geholfen werden könnte. Bei der Beurteilung dieser Frage sind die folgenden Kriterien entscheidungsrelevant: Krankheitseinsicht, Bereitschaft in eine medizinisch notwendige Behandlung einzuwilligen, soziale Begleitumstände (Wohnung, Arbeit, Beziehungsnetz).

a) Bezüglich Krankheitseinsicht, Bereitschaft in ärztliche Behandlung einzuwilligen und die nötigen Medikamente einzunehmen, erklärte die Beschwerdeführerin, sie fühle sich gesundheitlich sehr gut und brauche keine Behandlung mehr. Sie habe alles brav mitgemacht, was man von ihr verlangt habe. Die behandelnde Ärztin erklärte, teilweise sei eine Einsicht vorhanden, teilweise auch nicht. Die Einsicht bezüglich der Notwendigkeit weiterer Massnahmen, insbesondere eines weiteren Verbleibs in der Klinik, bestehe nicht. Im Arztbericht hielt sie zusätzlich fest, die Patientin sei für eine ambulante psychiatrische Weiterbehandlung motiviert, lehne jedoch eine auch nur kurzfristige Verlängerung des stationären Aufenthaltes ab, obwohl ihr dies von ärztlicher Seite dringend empfohlen worden sei. Gegenüber dem Gericht erklärte sich die Beschwerdeführerin bereit, eine ambulante Psychotherapie zu besuchen und die ärztlich verordneten Medikamente einzunehmen. Auf Anfrage des Gerichts hin bestätigte Dr. N., dass die Patientin mit seiner Praxis Kontakt aufgenommen habe, und dass er bereit sei, sie nach der Entlassung ambulant psychotherapeutisch und medikamentös zu behandeln. Wichtig sei, dass die ambulante Behandlung terminlich mit der Entlassung aus der Klinik gut abgestimmt werde, damit die Patientin nicht in ein Loch falle.

b) Das Beziehungsnetz der Beschwerdeführerin scheint an sich relativ intakt zu sein, kann aber bei einem sofortigen und unvorbereiteten Austritt aus der Klinik die nötige persönliche Fürsorge nicht gewährleisten.

Eine Entlassung in die alten Verhältnisse, d.h. in ihre Einzimmerwohnung ist alles andere als günstig. Der Beschwerdeführerin fehlen einerseits die nötigen finanziellen Mittel, um allein leben zu können. Dann drohen auch erneute Verwahrlosung und möglicherweise auch wieder Rückfall in den früheren zum Teil intensiven Cannabis-Konsum, der in diesem Fall unter Umständen die vorliegende psychotische Erkrankung ausgelöst hat. Die Beschwerdeführerin erklärte bei der persönlichen Befragung, dass sie bei einer Pflegefamilie leben könne, die sich auch um sie kümmern wolle. Zu den Eltern wolle sie im Moment nicht zurück. Das wäre nicht gut und würde zu Problemen führen. Eine Rückfrage bei der Pflegefamilie ergab, dass man die Beschwerdeführerin zwar seit ca. fünf Jahren kenne und ein sehr gutes und freundschaftliches Verhältnis zu ihr habe. Sie könne aber nur vorübergehend bei ihnen wohnen. Ein Aufenthalt von längerer Dauer (mehr als ein bis zwei Tage) sei aber nicht möglich. Man könne auch die entsprechende Verantwortung nicht übernehmen, sie zu beaufsichtigen, wenn sich der Gesundheitszustand nicht gebessert habe.

Die Eltern erklärten, grundsätzlich wären sie bereit, die Tochter bei sich aufzunehmen. Aber selbst wenn die Tochter bei ihnen wohnen wollte, so wären sie zur Zeit nicht in der Lage, sie den ganzen Tag zu betreuen und zu beobachten. Sei brauche Erholung und Ruhe. Auch müsse sichergestellt sein, dass sie die Medikamente regelmässig einnehme (z.B. in der Praxis von Dr. N. ). Auch die behandelnde Ärztin meint, sie brauche eine Vertrauensperson, die unter anderem dafür besorgt wäre, dass sie die häufig notwendigen Arzttermine bei ihrer ambulanten Therapie unbedingt einhalte.

Die behandelnde Ärztin erachtet eine stationäre Behandlung weiterhin als erforderlich. Eine weitere differentialdiagnostische Abklärung sei im Hinblick auf eine geeignete Behandlung und die Langzeitprognose erforderlich und könne in geeigneter Form nur im stationären Rahmen erfolgen, wo eine Verlaufsbeobachtung rund um die Uhr möglich sei. Darüber hinaus sei auch nach dem Abklingen der akut psychotischen Symptome die Grunderkrankung noch vorhanden. Im stationären Rahmen sei zunächst die Reizabschirmung und in der Folge ein allmählicher Aufbau der Anforderungen möglich. Durch eine ambulante Psychotherapie und die regelmässige kontrollierte Medikamentenabgabe könne bei entsprechendem Betreuungsangebot (engmaschige Betreuung) und Zuverlässigkeit der Patientin die nötige persönliche Fürsorge auch erwiesen werden.

Diese Angaben führen beim Gericht zu folgender Güterabwägung: Die betroffene Person ist nach dem Willen des Gesetzgebers zu entlassen, wenn es ihr Zustand erlaubt (Art. 397a Abs. 3 ZGB). Die behandelnde Ärztin äussert Bedenken bezüglich einer sofortigen Klinikentlassung. Die Patientin braucht noch eine gewisse Zeit, um mehr Einsicht in ihre Erkrankung zu gewinnen. Nur so kann – nach Abklingen der akuten Symptome – die Grunderkrankung angegangen und behandelt werden. Die Beschwerdeführerin muss



Vertrauen in die behandelnden Ärzte finden, damit sie sich im Gespräch «öffnen» kann. Entscheidend für das Gericht ist die Tatsache, dass zur Zeit nur eine Entlassung in die «alten» Verhältnisse möglich wäre, was sowohl medizinisch wie auch sozial schwerwiegende Folgen haben könnte. Die Beschwerdeführerin hat sich zwar ausdrücklich damit einverstanden erklärt, eine ambulante Psychotherapie zu besuchen und die ärztlich verordneten Medikamente einzunehmen. Allerdings ist zur Zeit das soziale Netz nicht vorhanden, das sie auffangen könnte, wenn es zu geringsten Schwierigkeiten käme. Sie kann eben nicht, wie sie sich das vorgestellt hat, bei ihrer Pflegefamilie wohnen und von dort aus ihren Therapeuten aufsuchen. Zu den Eltern will sie vorläufig nicht, und der Freund hat offenbar nicht die Möglichkeiten, sie bei sich aufzunehmen. Gemäss den Angaben der behandelnden Ärztin wird es noch zwei bis vier Wochen dauern, bis der Übertritt auf die offene Abteilung und der Austritt in die ambulante Betreuung realisiert werden kann. Der Beschwerdeführerin kann zur Zeit die nötige persönliche Fürsorge noch nicht in erforderlichem Ausmass ausserhalb der Klinik erwiesen werden. Damit erweist sich die Beschwerde zur Zeit als unbegründet und muss abgewiesen werden.

Verwaltungsgericht, 18. Februar 2000

## 8. Strassenverkehrsrecht

*Art. 3 SVG, Art. 108 SSV. – Tempo 30-Zone. Rechtliche Zulässigkeit für Quartier Rosenberg in Zug bejaht.*

*Aus dem Sachverhalt:*

A. Am 6. Oktober 1998 beschloss der Stadtrat von Zug, im Quartier Rosenberg eine Tempo 30-Zone einzuführen. Zur besseren Einhaltung der Zonenhöchstgeschwindigkeit soll mit Ausnahme einer Stopp-Strasse der Rechtsvortritt gelten. Die Sicherheits- und die Bauabteilung wurden beauftragt, für die baulichen Massnahmen eine Kreditvorlage an den grossen Gemeinderat auszuarbeiten. Die Signalisation der Tempo 30-Zone soll nach Ausführung der baulichen Massnahmen erfolgen. Der Stadtrat stützte sich bei dieser Entscheidung auf den Bericht des Büros Emch & Berger Zug AG, «Tempo 30 in der Stadt Zug» vom 28. Juni 1991 sowie auf das Gutachten der Stadtpolizei Zug vom 9. Juni 1998 über verkehrsberuhigende Massnahmen in der Stadt Zug, Tempo 30-Zone Rosenberg. Der Entscheid des Stadtrates wurde im Amtsblatt des Kantons Zug vom 9. Oktober 1998 publiziert.

Eine von X. und 55 Mitunterzeichnern beim Regierungsrat eingereichte Beschwerde wurde am 29. Juni 1999 abgewiesen.

*Aus den Erwägungen:*

2. Die Kantone sind befugt, für bestimmte Strassen Fahrverbote, Verkehrsbeschränkungen und Anordnungen zur Regelung des Verkehrs zu erlassen. Sie können diese Befugnisse den Gemeinden übertragen unter Vorbehalt der Beschwerde an eine kantonale Behörde (Art. 3 Abs. 2 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958, SVG, SR 741.01). Andere Beschränkungen oder Anordnungen können erlassen werden, soweit der Schutz der Bewohner oder gleichermassen Betroffener vor Lärm und Luftverschmutzung, die Sicherheit, die Erleichterung oder die Regelung des Verkehrs, der Schutz der Strasse oder andere in den örtlichen Verhältnissen liegende Gründe dies erfordern. Aus solchen Gründen können insbesondere in Wohnquartieren der Verkehr beschränkt und das Parkieren besonders geregelt werden (Art. 3 Abs. 4 SVG). Artikel 108 der Signalisationsverordnung vom 5. September 1979 (SSV, SR 741.21) nennt die Voraussetzungen für Abweichungen von den allgemeinen Höchstgeschwindigkeiten. Danach kann zur Vermeidung oder Verminderung besonderer Gefahren im Strassenverkehr, zur Reduktion einer übermässigen Umweltbelastung oder zur Verbesserung des Verkehrsablaufs die Behörde für bestimmte Strassenstrecken Abweichungen von den allgemeinen Höchstgeschwindigkeiten anordnen (Art. 108 Abs. 1 Satz 1 SSV). Die allgemeinen Höchstgeschwindigkeiten können herabgesetzt werden, wenn

- a. eine Gefahr nur schwer oder nicht rechtzeitig erkennbar und anders nicht zu beheben ist,
- b. bestimmte Strassenbenützer eines besonderen, nicht anders zu erreichenden Schutzes bedürfen;
- c. auf Strecken mit grosser Verkehrsbelastung der Verkehrsablauf verbessert werden kann;
- d. eine übermässige, durch andere Massnahmen nicht vermeidbare Umweltbelastung (Lärm, Schadstoffe) erheblich vermindert werden kann.

Das EJPD erlässt Weisungen für die Festlegung abweichender Höchstgeschwindigkeiten; wenn diese mit der Zonensignalisation angezeigt werden, kann es Anforderungen an die bauliche Ausgestaltung der Strasse festlegen (Art. 108 Abs. 6 SSV). Vor der Festlegung von abweichenden Höchstgeschwindigkeiten wird durch ein Gutachten abgeklärt, ob die Massnahme nötig, zweck- und verhältnismässig ist oder ob andere Massnahmen vorzuziehen sind (Art. 32 Abs. 4 SVG, Art. 108 Abs. 4 SSV). Über die Zonensignalisation bestimmt Art. 2a Abs. 2 SSV, dass diese nur zulässig ist für Verkehrsanordnungen innerorts, die Strassen mit gleichartigen Merkmalen eines abgegrenzten Gebietes betreffen; ausgenommen sind signalisierte Hauptstrassen, Autostrassen und Autobahnen. Die gestützt auf Art. 108 Abs. 6 SSV erlassenen Weisungen des EDJP datieren vom 3. April 1989.

Der Kanton Zug hat die Befugnis zum Erlass dauernder Verkehrsbeschränkungen für Gemeindestrassen den zuständigen Gemeinderäten übertragen (§ 5 Abs. 1 der Verordnung über den Strassenverkehr und die Strassensignalisation vom 22. Februar 1977, BGS 751.21). Der Regierungsrat überprüft Verwaltungsbeschwerden mit voller Kognition. Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nach Entscheiden des Regierungsrates können nur Rechtsverletzungen sowie die unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden. Das Verwaltungsgericht darf nicht sein Ermessen anstelle des Ermessens des Regierungsrates setzen (§ 63 VRG). Es ist somit zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid Recht verletzt.

2. Gemäss den Weisungen des EJPD über die Zonensignalisation Ziff. II 1.1 können Strassen mit gleichartigen Merkmalen in die Zonensignalisation einbezogen werden. Die Strassen innerhalb einer Zone müssen hinsichtlich Funktion, Nutzung, verkehrsmässiger Bedeutung und Erscheinungsbild gleichartigen Charakter haben. In Betracht fallen nutzungsorientierte Strassen, insbesondere Erschliessungs- und Sammelstrassen. Das Gutachten der Stadtpolizei zur Zonensignalisation beschreibt die einbezogenen Strassen. Die Fadenstrasse und die Rosenbergstrasse sind Quartiersammelstrassen, die restlichen Strassen haben reinen Erschliessungscharakter. Auf das Teilstück Waldheimstrasse wird zurückzukommen sein. Der bauliche Zustand der Strassen und die Frequenzen sind im Gutachten dokumentiert und, soweit hier von Bedeutung, auch unbestritten. Die örtlichen Verhältnisse sind im Übrigen auch gerichtsnotorisch. Hervorzuheben ist, dass die Fadenstrasse nur auf einer Seite über ein Trottoir verfügt und die Liegenschaften auf der Talseite direkt auf die Strasse erschlossen sind. Die Rosenbergstrasse verfügt nur teilweise über ein Trottoir. Das Gleiche gilt für die weiteren Strassen im Bereich der Zone. Das relativ kurze Teilstück der Waldheimstrasse zwischen Bohlbach und Rosenberg weist eine Fahrbahnbreite von 6 m und beidseitige Trottoirs auf. Dieses Teilstück, beidseitig überbaut mit Mehrfamilienhäusern hat nicht funktionell, aber baulich ein anderes Erscheinungsbild. Es ist mit Rücksicht auf die Torgestaltung und den Beginn des Wohnquartiers aus südlicher Richtung in die Zone einbezogen worden.

Strittig ist, ob die genannten Strassen unter den Begriff der «Strassen mit gleichartigen Merkmalen» gemäss den Weisungen des EJPD fallen. Die Beschwerdeführer vertreten in sehr enger Betrachtungsweise den Standpunkt, dass die einbezogenen Strassen nicht alle die geforderten gleichartigen Merkmale aufweisen, wogegen die Vorinstanzen dies bejahen.

Artikel 2a Abs. 2 SSV nimmt Hauptstrassen, Autostrassen und Autobahnen, somit verkehrsorientierte Strassen, von der Zonensignalisation aus. In Betracht fallen gemäss Ziff. II 1.1 der Weisungen nutzungsorientierte Strassen, insbesondere Erschliessungs- und Sammelstrassen. In dieser Umschreibung sind bereits Unterschiede enthalten. Dies ergibt sich insbesondere aber auch aus der Grösse der Zonen, welche im Normalfall 0,4 km<sup>2</sup> nicht übersteigen

und auch bei besonderen Verhältnissen nicht grösser als 0,7 km<sup>2</sup> sein soll (Weisungen Ziff. II 1.2). Bei den vorgesehenen Grössen von Signalisationszonen ist notwendigerweise mit gewissen Unterschieden zu rechnen, so dass der äusserst restriktiven Betrachtungsweise der Beschwerdeführer nicht gefolgt werden kann. Die Tempo 30-Zone Rosenberg umfasst ein Wohnquartier mit den nutzungsorientierten Sammel- und Erschliessungsstrassen, in welchem zufolge fehlenden oder nur einseitig angebrachten Trottoirs ein Grossteil der Liegenschaften direkt auf die Strasse erschlossen ist. Die in tatsächlicher Hinsicht nicht umstrittenen Unterschiede in der baulichen Gestaltung und in der Verkehrsfrequenz ändern nichts daran, dass die im Perimeter liegenden Strassen als solche mit gleichartigen Merkmalen zu gelten haben.

3. Als abgegrenzt im Sinne von Art. 2a Abs. 2 SVV gilt ein Gebiet, das von der Siedlungsstruktur her eine Einheit bildet (z.B. Wohnquartier). Abgrenzende Elemente können insbesondere verkehrsorientierte Strassen sein (z.B. signalisierte Hauptstrassen) und, je nach Situation, Gewässer, Wald, Grünzonen, grosse Freiflächen usw. (Weisungen Ziff. II 1.2). Ausserdem muss nach den gleichen Weisungen die Zone für die Verkehrsteilnehmer überschaubar und als einheitliches Gebiet erkennbar sein. Wie bereits festgestellt, hält sich im vorliegenden Fall die Tempo 30-Zone mit einer Fläche von 0,22 km<sup>2</sup> im Rahmen der Weisungen. Sie ist sodann ausschliesslich ein Wohnquartier und bildet die von der Siedlungsstruktur her geforderte Einheit. Die Beschwerdeführer beanstanden jedoch die Abgrenzung gegen Süden und Osten. Die Abgrenzung gegen Süden bildet die Bohlschlucht bzw. der Bohlbach, welcher gleichzeitig die Grenze des Wohnquartiers darstellt. Als einheitliches und überschaubares Gebiet eignet sich die geplante Zone auch von den Verkehrsbeziehungen her, welche durch die vorgesehene Torgestaltung deutlich gekennzeichnet werden soll. Die Weinbergstrasse erschliesst von der Kantonsstrasse her das östlich angrenzende Gebiet, während südlich die Schulhäuser Kirchmatt und Maria Opferung sowie das Kloster angrenzen. Der Zonenbeginn im Bereich Waldheimstrasse ist ebenfalls zwischen der Bohlbachbrücke und dem Beginn der Wohnüberbauung vorgesehen und sachgerecht. An die Zonenabgrenzung dürfen im Übrigen keine überspitzten Anforderungen gestellt werden. Irgendwo ist die Grenze zu ziehen. Im vorliegenden Fall erscheint diese Grenzziehung sachlich und als für die Zonensignalisierung geeignet, weshalb auch unter diesem Aspekt keine Rechtsverletzung zu beanstanden ist.

4. Das Gutachten der Stadtpolizei zur Zonensignalisation gibt über die Geschwindigkeitsmessungen, die Frequenzen, nebst den baulichen Verhältnissen und den möglichen ergänzenden baulichen Massnahmen Auskunft. Hinsichtlich der schwächeren Verkehrsteilnehmer wird der Kindergarten bzw. das Kleinschulhaus Hänggeli genannt, aber auch die Bedeutung der Fadenstrasse als wichtige Veloroute. Der Anteil von Fussgängern wird als bedeutend bezeichnet. Den Hauptteil stellten Schüler, Kindergärtler sowie ältere Leute dar, wobei die Beziehungen zu den Bushaltestellen an der Weinbergs-

trasse und an der Ägeristrasse sowie die Schulwege zu Primarschule und Kindergarten Hänggeli sowie zum Sekundar- und Realschulhaus Loreto besonders genannt werden.

Gemäss Gutachten der Stadtpolizei wurden in den Jahren 1994, 1995 und 1997 im Gebiet Rosenberg 15 Unfälle registriert und ausgewertet. Zwölf Unfälle entfallen auf die Jahre 1994/95, wobei zehn mit Sachschaden und zwei mit Verletzungen. Drei Unfälle 1997 hatten keine Verletzte, sondern nur Sachschaden zwischen Fr. 7'000.- und Fr. 9'000.- zur Folge. Als Unfallursache wird im Bereich Ägerisaumweg/Rosenbergweg Unaufmerksamkeit genannt, bei einem Unfall an der Fadenstrasse Geschwindigkeit/Unaufmerksamkeit und bei einem Unfall an der Rosenbergstrasse Geschwindigkeit/Unaufmerksamkeit/Alkoholsymptome. Den Beschwerdeführern ist beizupflichten, dass aus den vorliegenden Angaben zum Unfallgeschehen keine konkreten Hinweise auf spezifische Gefahren entnommen werden können. Wäre die konkrete Unfallhäufigkeit zufolge unangemessener Geschwindigkeit die entscheidende oder gar ausschliessliche Voraussetzung für eine Tempo 30-Zone, so würde das aktenkundige Unfallgeschehen die geplante Massnahme wohl nicht rechtfertigen. Dieser Gesichtspunkt ist allerdings nicht allein entscheidend. Die Verkehrssicherheit im Quartier Rosenberg ist aufgrund der dargestellten baulichen Verhältnisse beeinträchtigt. Eine Anpassung des Strassenwesens im bereits überbauten Quartier und angesichts der topographischen Verhältnisse wäre im Vergleich zu einer Zone mit reduzierter Geschwindigkeit unverhältnismässig. Die Verkehrssicherheit kann gerade hinsichtlich der zahlreichen ungeschützten Hauszugänge durch eine generelle Temporeduktion massgebend verbessert werden. Insbesondere lässt sich die abstrakte Gefährdung der Schulkinder reduzieren. Die Signalisation soll nicht nur mit der Torgestaltung, sondern auch der baulichen Verbesserung der Fussgängerbeziehungen (Trottoirnasen) ergänzt werden. Die Kombination der Massnahmen soll die Einhaltung von Tempo 30 gewährleisten und erscheint auch nötig, um in diesem Mass die Verkehrssicherheit zu verbessern. Jedenfalls verletzten die Vorinstanzen mit ihren in diesem Sinn getroffenen Entscheiden den ihnen zustehenden Entscheidungsspielraum nicht. Dem Regierungsrat ist keine Rechtsverletzung vorzuwerfen, weshalb sich die Beschwerde als unbegründet erweist und abgewiesen werden muss. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Beschwerdeführer unter solidarischer Haftbarkeit die Verfahrenskosten zu tragen (§ 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG).

Verwaltungsgericht, 18. April 2000

## 9. Sozialhilferecht

§ 3 Abs. 3 SHG. – Einschränkung der Sozialhilfe wegen Verweigerung der zumutbaren Mitwirkung.

*Aus dem Sachverhalt:*

A. X., geb. 1968, wird seit 1989 mit wenigen Unterbrüchen von den Sozialämtern unterstützt. Mit Verfügung vom 6. Mai 1999 kürzte die Sozial-, Gesundheits- und Umweltschutzabteilung der Stadt Zug den Ergänzungsbedarf II der SKOS-Richtlinien für 12 Monate (Fr. 100.– pro Monat) und den Grundbedarf I der SKOS-Richtlinien um 15% von Fr. 1'010.– während 6 Monaten (Fr. 151.50 pro Monat).

Zur Begründung der Verfügung wurde ausgeführt, X. habe seit dem ... im Rahmen eines Arbeitsprojekts bei der Gemeinnützigen Gesellschaft des Kantons Zug (GGZ) gearbeitet. Die Anstellung sei auf ein Jahr befristet gewesen. Wegen unentschuldigter Absenzen habe es am Arbeitsplatz wiederholt Schwierigkeiten gegeben. Mit Schreiben vom ... habe der Projektleiter ihm mitgeteilt, dass Absenzen zukünftig mit einem Arztzeugnis belegt sein müssten. Ende Februar und anfangs März habe er sich mehrfach geäußert, dass ihm die Arbeit nicht gefalle und er beabsichtige, die Arbeitsstelle zu kündigen. Am ... habe er über einen Mitarbeiterkollegen dem Projektleiter ausrichten lassen, dass er gekündigt habe und nicht mehr zur Arbeit erscheinen werde. Mit Schreiben vom ... habe die GGZ die mündliche Kündigung akzeptiert.

Die Sozialabteilung führte sodann aus, bei X. sei es darum gegangen, wieder ein Leben unabhängig von der Sozialhilfe zu erreichen. Im Vordergrund habe gestanden, X. zu einer Drogentherapie zu motivieren. Leider habe er dies bisher abgelehnt. Somit habe noch die Möglichkeit bestanden, innerhalb eines Beschäftigungsprogramms der GGZ eine Arbeitsstelle anzubieten. Davon habe er Gebrauch gemacht und einen Arbeitsvertrag für ein Jahr unterschrieben. Mit viel Geduld und Gesprächen hätten die Projektleiter versucht, X. zu einer kontinuierlichen Arbeitsleistung hinzuführen. Das Pensum sei von anfänglich 50% auf 100% aufgestockt und dann wieder auf 50% reduziert worden. Trotz dieser flexiblen Haltung des Arbeitgebers habe er gegen Ende der Anstellung offenes Misstrauen dem Projektleiter gegenüber gezeigt. Er habe sich entschlossen, die Arbeitsstelle zu kündigen, ohne eine neue Stelle in Aussicht zu haben. Die Chance der Wiedereingliederung in den ersten Arbeitsmarkt oder die Rückführung in die Arbeitslosenkasse habe er aus unverständlichen Gründen nicht genutzt. Von der Möglichkeit, zum Protokoll über das rechtliche Gehör vom ... Ergänzungen anzubringen, habe er keinen Gebrauch gemacht. X. habe bei der Anhörung geltend gemacht, es sei unzumutbar gewesen, Arbeitsstunden abzusetzen, ohne arbeiten zu können. Demgegenüber wäre genügend Arbeit vorhanden gewesen. Oft habe ihm die Arbeit einfach nicht gepasst, und er habe mehrmals den

Arbeitsplatz verlassen ohne wieder zurückzukehren. X. habe seine Mitwirkungspflicht grob verletzt und nicht alles unternommen, um die Ursache seiner Notlage zu beseitigen oder zu vermindern, weshalb aufgrund des Gesetzes die Sozialhilfe gekürzt werde.

Eine gegen die Verfügung der Sozial-, Gesundheits- und Umweltschutzabteilung der Stadt Zug gerichtete Beschwerde wies der Stadtrat von Zug mit Entscheid vom 14. September 1999 ab.

Am 25. Januar 2000 wies der Regierungsrat eine Verwaltungsbeschwerde von X. ebenfalls ab. Er stellte fest, wenn jemand kündige, der zuvor während Jahren arbeitslos gewesen sei und als schwer vermittelbar gelte, sein Arbeitsverhältnis fristlos ohne ausreichenden Grund verlasse und ohne eine neue Arbeitsstelle in Aussicht zu haben, so begehe er zweifellos eine schwerwiegende Verletzung seiner Mitwirkungspflichten. Unter diesen Umständen ersehe es auch nicht als unangemessen, wenn die städtischen Behörden bei der Kürzung den von den SKOS-Richtlinien vorgegebenen Rahmen voll ausgeschöpft hätten.

...

*Erwägungen:*

...

2. Wer für seinen Lebensunterhalt nicht hinreichend oder nicht rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen kann, hat Anspruch auf Unterstützung (§ 19 Abs. 1 SHG). Wenn der Empfänger die ihm zumutbare Mitwirkung verweigert, kann die Sozialhilfe eingeschränkt oder unterbrochen werden (§ 3 Abs. 3 SHG). Die Einschränkung oder Unterbrechung finanzieller Hilfe ist den Betroffenen mit Rechtsmittelbelehrung schriftlich mitzuteilen (§ 4 Abs. 2 der Verordnung zum Sozialhilfegesetz, Sozialhilfeverordnung, SHV, BGS 861.41). Der Regierungsrat regelt die Voraussetzungen und den Umfang der Unterstützung (§§ 20 und 29 SHG). In Vollziehung dieser Vorschrift erklärte der Regierungsrat am 20. Dezember 1983, letztmals angepasst am 16. Dezember 1997, die Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS-Richtlinien) für anwendbar. Anspruch und Kürzung wurden gemäss Bst. B, Ziff. 2.2 (Grundbedarf I für den Lebensunterhalt) und Ziff. 2.4 (Grundbedarf II für den Lebensunterhalt) sowie Bst. A, Ziff. 8.3 hinsichtlich Kürzungsumfang berechnet. Dabei werden für die Kürzung des Grundbedarf I für den Lebensunterhalt um maximal 15 % für die Dauer bis zu 6 Monaten qualifizierte Kürzungsgründe wie beispielsweise grobe Pflichtverletzung vorausgesetzt.

3. Der Beschwerdeführer und die Geschäftsstelle GGZ-Arbeitsprojekte als Arbeitgeberin haben den Arbeitsvertrag unterzeichnet, welcher unter Ziff. 4 «weitere Bestimmungen» auf die allgemeinen Bestimmungen für das

Arbeitsprojekt als Beilage verweist und sie zum Bestandteil des Vertrages erklären. Unter Ziff. 14 «Austritt aus dem Arbeitsprogramm» werden die Teilnehmer darauf aufmerksam gemacht, dass sie bei vorzeitigem Austritt ohne triftigen Grund (insbesondere ohne neuen Arbeitsvertrag) mit Sanktionen des Sozialdienstes zu rechnen haben. Der Beschwerdeführer kann deshalb mit seinem Vorbringen, es sei ihm nie mitgeteilt worden, dass ein Abbruch des Projektes solche Konsequenzen habe, nicht gehört werden. Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, das Arbeitsprojekt habe ihm geschadet, da wegen Diebstahls in der Bootsvermietung eine polizeiliche Befragung und eine Hausdurchsuchung durchgeführt worden seien. Für den Beschwerdeführer ist es «nicht mehr als logisch», dass er deshalb das Projekt abgebrochen habe. Hier kann dem Beschwerdeführer nicht gefolgt werden. Wohl mag eine Befragung, Kontrolle oder Hausdurchsuchung mit Umtrieben verbunden sein, entscheidend ist aber, ob der Betroffene belastet oder entlastet wird. Dass dem Beschwerdeführer ein wirklicher Nachteil erwachsen wäre, behauptet er auch selber nicht.

4. Das Hauptargument des Beschwerdeführers lautet dahin, er habe zu Beginn des Arbeitsprojektes seine Drogensucht recht gut unter Kontrolle gehabt, sei dann aber durch andere Projektteilnehmer wieder in den Drogenumpf hineingezogen worden.

Das Drogenproblem des Beschwerdeführers geht auf Jahre zurück, und er muss damit rechnen, Personen aus diesem Kreis in der Öffentlichkeit anzutreffen. Das Projekt ist darauf angelegt, zu geregelten Strukturen und in den Arbeitsmarkt zurückzuführen und wird von Fachleuten begleitet, welchen der Umgang mit der Drogenproblematik vertraut ist. Gleichwohl ist nicht auszuschliessen, dass am Rande des Arbeitsprojektes ungünstige Einflüsse auftreten können, denen der Beschwerdeführer auch anderswo hätte begegnen können. Dies ist weniger entscheidend. Gravierender ist vielmehr das Verhalten des Beschwerdeführers, welcher ohne neue Stelle das Arbeitsprogramm kurzfristig und eigenmächtig verlassen hat, ohne sich vorher eingehend mit dem Sozialamt ins Benehmen zu setzen. Das eigene Verhalten des Beschwerdeführers zum bezahlten Arbeitsprogramm muss als so schwerwiegend im Hinblick auf die Verletzung der Mitwirkungspflicht beurteilt werden, dass die angeordneten Kürzungen gerechtfertigt und verhältnismässig erscheinen. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Gestützt auf § 25 VRG wird auf eine Spruchgebühr verzichtet.

Verwaltungsgericht, 18. Juli 2000



## 10. Finanzrecht

§ 24 FHG. – Rahmenkredit als Verpflichtungskredit für ein Programm. Minimalanforderungen an ein «Programm».

*Sachverhalt:*

A. Mit Beschluss Nr. 1184 vom 7. September 1999 bewilligte der Grosse Gemeinderat der Stadt Zug einen Rahmenkredit von Fr. 500'000.– für die Verbesserung der Infrastruktur des öffentlichen und nicht motorisierten Verkehrs. Der Beschluss kam mit 15 Ja- gegen 13 Nein-Stimmen zustande. Er lautet wie folgt:

Der Grosse Gemeinderat von Zug, in Kenntnis von Bericht und Antrag des Stadtrates Nr. 1489 vom 1. Juli 1999, beschliesst:

1. Zu Lasten der Investitionsrechnung wird ein Rahmenkredit von Fr. 500'000.– für die Verbesserung der Infrastruktur des öffentlichen und nicht motorisierten Verkehrs bewilligt.
2. Dieser Beschluss tritt unter Vorbehalt des Referendums gemäss § 6 der Gemeindeordnung sofort in Kraft.

Er ist im Amtsblatt zu veröffentlichen und in die Sammlung der Ratsbeschlüsse aufzunehmen.

Der Stadtrat wird mit dem Vollzug beauftragt.

Gleichzeitig wurde eine Motion Anita Stadler/Martin Stuber betreffend Rahmenkredit «zur Verbesserung des Infrastrukturangebotes für FussgängerInnen, VelofahrerInnen sowie BusbenützerInnen», welche einen Rahmenkredit von Fr. 800'000.– verlangt hatte, als erledigt abgeschrieben. Die Motion knüpfte an den am 31. Mai 1994 vom Grossen Gemeinderat bewilligten ersten Rahmenkredit von Fr. 500'000.– mit der gleichen Zwecksetzung an.

B. Gegen den Beschluss des Grossen Gemeinderates reichte Daniel Staffelbach beim Regierungsrat des Kantons Zug Beschwerde ein. Er wies darauf hin, dass der Stadtrat in seiner Begründung ohne Verbindlichkeit folgende Ideen für die Verwendung des Kredites erwähne: Fusswegkonzept, Fussgängerkarte, Steuerung der Lichtsignalanlagen zugunsten Fussgänger und/oder Bus, Velokonzept, Velokarte, Fördern von Veloabstellanlagen, Umgestaltung Busspuren Alpenstrasse, Massnahmen zur Verbesserung der Sicherheit bei Bushaltestellen, neue Buswartehäuschen, Informationsstellen bei Haltestellen, Wegweiser zu den Bushaltestellen. Konkrete Projekte für den Rahmenkredit seien jedoch nicht vorgelegt worden. Für einen Rahmenkredit verlange das Finanzhaushaltsgesetz aber ein Programm. Hier bleibe jedoch die Zwecksetzung nebulös. Die Geschäftsprüfungskommission des Grossen Gemeinderates habe mit 2:5 Stimmen die Ablehnung der Vorlage beantragt. Die Vorhaben, Aktionen und Programme habe sie als mehr oder weniger ge-

sucht bezeichnet. Es seien auch Projekte erwähnt, die sicher nie isoliert, sondern im Zusammenhang mit beispielsweise einer Gesamtplanung Stadtverkehr kreditiert und realisiert werden müssten. Der Rahmenkredit entspreche in Ermangelung konkret notwendiger Projekte und Programme keiner Notwendigkeit. Würden Rahmenkredite ohne konkretes Programm zugelassen, so könnten unpopuläre Massnahmen im Mantel populär tönender Titel von Rahmenkrediten versteckt und so am Volk vorbei geschmuggelt werden. Der Beschwerdeführer fragt sich auch, ob unter den Vollzug durch den Stadtrat auch dessen Legitimation zum Beschluss über die Objektkredite zu verstehen sei oder ob der Stadtrat die einzelnen Objekte wieder dem grossen Gemeinderat vorlegen müsse.

Das Büro des Grossen Gemeinderates beantragte dem Regierungsrat, die Beschwerde sei abzuweisen.

C. Am 22. Februar 2000 wies der Regierungsrat die Beschwerde ab. Der Regierungsrat führte u.a. aus, gemäss § 24 Abs. 1 des Gesetzes über den Finanzhaushalt des Kantons und der Gemeinden (FHG; BGS 611.1) sei der Rahmenkredit ein Verpflichtungskredit für ein Programm. Er umfasse mehrere Objektkredite (vgl. § 24 Abs. 2 FHG). Bei Rahmenkrediten werde das im Finanzhaushaltrecht an sich geltende dualistische Bewilligungsverfahren (Verpflichtungskredit und Voranschlagskredit) dreiphasig. Durch einen dem Referendum unterliegenden Beschluss werde als Rahmenkredit ein Verpflichtungskredit genehmigt (erste Phase). Gleichzeitig werde mit dem Rahmenkredit entschieden, wer – Parlament oder Regierung – über die einzelnen Objektkredite endgültig bestimme (zweite Phase). Für die Auslösung der einzelnen Objektkredite sei anschliessend auch noch eine dritte Phase, nämlich die Bewilligung des Voranschlagskredites nötig. Das Finanzhaushaltsgesetz lege aber nicht genau fest, wie ein Programm im Sinne von § 24 Abs. 1 FHG beschaffen sein müsse. Bei der Zusammenstellung eines Programms im Sinne von § 24 Abs. 1 FHG verfügten die für die Kreditbewilligung zuständigen Behörden deshalb über einen erheblichen Ermessensspielraum, dessen Ausmass in jedem Einzelfall gesondert beurteilt werden müsse.

Der Regierungsrat stellt sodann fest, die Gesamtkosten und der Zweck des Rahmenkredites gingen aus dem Beschluss klar hervor. Er diene der Verbesserung der Infrastruktur des öffentlichen und nicht motorisierten Verkehrs. Darüber hinaus stehe fest, dass die drei Teilbereiche «Fussgängerverkehr», «Veloverkehr» sowie «öffentlicher Verkehr» gefördert werden sollten. Für die Realisierung einzelner Massnahmen seien indessen noch keine konkreten Projekte bekannt. Durch die genannte Zielsetzung werde aber die geforderte enge sachliche Verbindung mit den später zu verwirklichenden verschiedenen Teilobjekte hergestellt. Wenn auch die entsprechenden Ausführungen in der GGR-Vorlage eher knapp gehalten seien, so erschienen sie doch als noch ausreichend. Gemäss § 24 Abs. 1 FHG könne die Legislative die Befugnis, über die Aufteilung in einzelne Objektkredite zu beschliessen,

an die Exekutive delegieren. Der Grosse Gemeinderat habe den Stadtrat mit dem Vollzug des Beschlusses beauftragt. Im Gesamtzusammenhang vorliegenden Geschäftes könne diese Formulierung nur so verstanden werden, dass die Beschlussfassung über die einzelnen Objektkredite an den Stadtrat delegiert worden sei. Schliesslich verneinte der Regierungsrat auch eine Verletzung der politischen Rechte der Stimmberechtigten. Diese seien durchaus in der Lage gewesen, frei und unverfälscht darüber zu entscheiden, ob sie das Referendum gegen den fraglichen Beschluss ergreifen bzw. ein dagegen ergriffenes Referendum unterstützen wollten oder nicht.

D. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 28. März 2000 beantragt Daniel Staffelbach:

Der Entscheid des Regierungsrates vom 22. Februar 2000 betreffend der Beschwerde von Daniel Staffelbach, Zug, gegen den Grossen Gemeinderat von Zug betreffend Gemeindebeschluss (GGR-Beschluss Nr. 1184 vom 7. September 1999 betreffend Verbesserung der Infrastruktur des öffentlichen und nicht motorisierten Verkehrs) sei aufzuheben.

Es sei der Beschluss des Grossen Gemeinderates von Zug Nr. 1184 vom 7. September 1999 betreffend Verbesserung der Infrastruktur des öffentlichen und nicht motorisierten Verkehrs aufzuheben und für nichtig zu erklären.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Stadt Zug.

Zur Begründung wird insbesondere ausgeführt, Ziel und Zweck des Finanzhaushaltsgesetzes sei es, die Sicherstellung geordneter Finanzen in den Gemeinden und im Kanton sowie die diesbezügliche Kompetenzverteilung und Kontrollverantwortlichkeit zu regeln. Im Sinne der teleologischen Auslegung sei diese Ziel- und Zweckrichtung des Gesetzes beachtlich. Der angefochtene Beschluss unterlaufe die gesetzliche Ordnung der Finanzen, da die Ausgabenkompetenz unkontrollierbar verschoben, das Institut der Investitionsrechnung missbraucht (z.B. für Velokarten), die Trennung von Investition und laufender Rechnung verwischt werde und keine Kontrollinstrumente für diese Ausgestaltung des Kredites eingeführt seien. Die Ausgaben aus diesem Kredit könnten nicht verfolgt werden, und die politische Verantwortung werde vom Grossen Gemeinderat zum Stadtrat delegiert. Der Regierungsrat habe dies mit keinem Wort berücksichtigt.

Nach dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit müsse jede Verwaltungstätigkeit der Gemeinde auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen. Der vorliegende Rahmenkredit sei nun keineswegs ein Rahmenkredit im Sinne von § 24 FHG, sondern sei höchstens als Globalbudget zu qualifizieren, wofür im Kanton Zug jedoch keine gesetzliche Grundlage bestehe.

Der Rahmenkredit gemäss § 24 FHG sei ein Verpflichtungskredit für ein Programm. Die Vorinstanzen hätten das ihnen zustehende Ermessen hinsichtlich der Minimalanforderungen an ein Programm überschritten. Der Titel

des Beschlusses sei noch kein Programm. Vielmehr müsste dieses wenigstens einen minimalen Konkretisierungsgrad aufweisen. Gemäss Lehre und Rechtsprechung sei zwar davon auszugehen, dass ein Verpflichtungskredit bzw. ein damit verbundenes Programm vorliege, wenn ein Vorhaben finanziert werden solle, ohne dass die Art der Verwirklichung bereits in allen Einzelheiten bekannt sei und ohne dass die Folgekosten genau bestimmt seien. Die Lehre fordere jedoch, dass zumindest aus dem zu bewilligenden Budgetposten die Höhe, der Zweck und allenfalls die Empfänger der Ausgabe hervorgehen müssten. Dies sei hier nicht der Fall. Weder seien die einzelnen Vorhaben, für welche die Ausgaben bewilligt worden seien, bestimmt bzw. konkretisiert, noch würden die Einzelheiten der Art der Verwirklichung oder die Folgekosten in groben Zügen bestimmt. Zudem sei nicht klar, für wen oder was das Geld eines Rahmenkredites überhaupt eingesetzt werde. Dem beschlossenen Rahmenkredit liege somit kein dem Finanzhaushaltsgesetz genügendes Programm zugrunde.

Der Regierungsrat sei im angefochtenen Entscheid zur Ansicht gelangt, der Grosse Gemeinderat habe die Beschlussfassung über die einzelnen Objektkredite dem Stadtrat delegiert. Dieser Ansicht sei nicht ohne weiteres zuzustimmen. Der Gemeinderat habe in einem früheren Fall explizit eine solche Kompetenzdelegation beschlossen. Es dürfe nicht einfach davon ausgegangen werden, dass auch ohne explizite Erwähnung eine solche Delegation angenommen werden könne. Zudem widerspreche die Auslegung «im Zweifel für die Delegation», wie sie der Regierungsrat vornehme, nicht dem Ziel und Zweck des Finanzhaushaltsgesetzes. Dieses wolle gerade verhindern, dass eine staatliche Stelle zuviel oder gar die alleinige Finanzmacht unkontrolliert innehabe. Eine solche Delegation dürfe vielmehr nur im Ausnahmefall, vor allem nur wenn die einzelnen Objektkredite sich in ihrem Inhalt durch ein einlässlich umschriebenes Programm abzeichneten und mittels einer ausdrücklichen Delegation vorgenommen werden. Für die Stimmberechtigten sei unklar geblieben, was der Grosse Gemeinderat beschlossen habe. Es bleibe ihnen somit verwehrt, das Referendum zu ergreifen bzw. zu unterstützen, da sie nicht hätten wissen können, gegen was sie das Referendum ergreifen würden. Die gesetzliche Kompetenzordnung sei zwingender Natur. Grundsätzlich liege die Kompetenz zur Aufteilung des Rahmenkredites in verschiedene Objektkredite beim Grossen Gemeinderat. Er könne zwar diese Kompetenz an den Stadtrat delegieren. Der Grosse Gemeinderat habe nicht diese Kompetenz delegiert, sondern die politische Kompetenz zur Bestimmung des Programmes.

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung der in Art. 34 Abs. 1 BV gewährten politischen Rechte. Im vorliegenden Fall habe sich der Stimmbürger kein Bild darüber machen können, was der Grosse Gemeinderat eigentlich beschlossen habe bzw. was die direkten oder indirekten Folgen sein würden. Es sei nicht ersichtlich, mit welchen Massnahmen die Zielsetzungen des Beschlusses im Einzelnen erreicht werden sollten. Ebenso würden wohl

alle Stimmberechtigten für Zielsetzungen wie «die Verbesserung der Schulen», «die Verbesserung des Umfeldes für Familien», «die Verbesserung des wirtschaftlichen Umfeldes» stimmen. In der Art der Umsetzung würden sich aber gewaltige Unterschiede manifestieren. Der Beschluss verletze auch das Gebot der Einheit der Materie. Die Zielsetzung gehe von Verkehrssicherheit über Umweltschutz bis zu rein «luxuriösen» oder individuellen Verbesserungen. Jedes der möglichen Projekte müsste, soweit die Grenze von Fr. 50'000.- überschritten würde, dem Grossen Gemeinderat vorlegt werden, um dem Stimmbürger auch die Möglichkeit zu geben, sich gegen jedes einzelne Projekt unter Umständen mittels Referendum wehren zu können.

E. In seiner Vernehmlassung vom 1. Mai 2000 beantragt das Büro des Grossen Gemeinderates die Abweisung der Beschwerde. Das Büro verweist auf seine bereits im vorinstanzlichen Verfahren eingereichte Vernehmlassung und hält daran fest, dass die vom Grossen Gemeinderat befolgte Praxis zur Bewilligung von Rahmenkrediten, wie sie hier zur Diskussion stünden, gesetzmässig sei und auch im Kantonsrat in zumindest gleicher, wenn nicht grosszügigerer Weise gehandhabt werde. So habe der Kantonsrat einen Rahmenkredit von Fr. 10 Mio. zur Beschaffung von Landreserven durch den Regierungsrat bewilligt. Dieser Kredit sei weit weniger konkret gefasst. Er lege nur den Höchstbetrag fest, bis zu welchem der Regierungsrat Grundstücke kaufen dürfe. Dies sei korrekt und zweckmässig, da andernfalls das mit dem Kredit u.a. verfolgte Ziel, nämlich eine einfache und rasche Zustimmung beim vorsorglichen Landerwerb, kaum erreicht werden könnte. Für den Grossen Gemeinderat würden diesbezüglich keine anderen Vorschriften gelten. Der Rahmenkredit ermögliche es, verschiedene kleinere Projekte auf einfache und unbürokratische Weise zu realisieren.

F. Namens des Regierungsrates beantragt die Direktion des Innern mit Eingabe vom 28. April 2000 die Abweisung der Beschwerde unter Hinweis auf die Begründung des angefochtenen Entscheides.

Auf weitere Ausführungen der Parteien ist – soweit erforderlich – in den Erwägungen einzugehen.

#### *Erwägungen:*

1. Gemäss § 17 des Gemeindegesetzes (GG, BGS 171.1) sowie nach § 49 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG, BGS 162.1) können Beschlüsse des Grossen Gemeinderates mit Beschwerde beim Regierungsrat angefochten werden. Jeder Aktivbürger ist zur Beschwerde befugt. Es kann nur wegen Rechtsverletzung Beschwerde geführt werden (§ 49 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 VRG). Der Entscheid des Regierungsrates kann gemäss § 61 Abs. 1 Ziff. 2 VRG ans Verwaltungsgericht weitergezogen werden. Die Beschwerde ist fristgerecht eingereicht worden, und der Beschwerdeführer ist zur Beschwerdeführung legitimiert. Gemäss § 18 Abs. 2 GG ist das Büro des Grossen Gemeinderates zur Vertretung befugt.

2. Das Finanzhaushaltsgesetz gilt für den Kanton und – soweit hier von Interesse – auch für die Gemeinden. Die Kompetenzen der nach dem Gesetz zuständigen kantonalen Behörden stehen den entsprechenden gemeindlichen Behörden zu (§ 1 FHG). Gemäss § 23 Abs. 1 FHG gibt der Verpflichtungskredit die Ermächtigung, bis zu einer bestimmten Summe für einen bestimmten Zweck finanzielle Verpflichtungen einzugehen. Er ist insbesondere für Investitionen und Eventualverpflichtungen, die sich über mehrere Jahre erstrecken, anzufordern. Die jährlichen Fälligkeiten sind brutto in den Voranschlag aufzunehmen (§ 23 Abs. 3 FHG). Die Begehren für Verpflichtungskredite werden dem Kantonsrat (hier Grossen Gemeinderat) mit einem erläuternden Bericht als Rahmen-, Objekt- oder Zusatzkredit unterbreitet (§ 23 Abs. 4 FHG). Der Rahmenkredit ist ein Verpflichtungskredit für ein Programm (§ 24 Abs. 1 FHG). Der Kantonsrat (hier der Grosse Gemeinderat) beschliesst über die Aufteilung in einzelne Objektkredite. Er kann diese Befugnisse an den Regierungsrat (hier Stadtrat) delegieren. Objektkredite dürfen nur beschlossen werden, wenn die Projekte ausführungsfähig und die Folgekosten ermittelt sind.

Der hier umstrittene Verpflichtungskredit enthält die Ermächtigung, bis zu einer bestimmten Summe für einen bestimmten Zweck finanzielle Verpflichtungen einzugehen. Ausführungsfähige Projekte und ermittelte Folgekosten, die Voraussetzungen somit für einen Objektkredit, sind hier nicht erforderlich. Der erläuternde Bericht an den Grossen Gemeinderat liegt vor. Strittig ist, was unter dem Begriff Programm gemäss § 24 Abs. 1 FHG zu verstehen ist. Eine Legaldefinition enthält das Gesetz nicht. Der Regierungsrat hat deshalb gefolgert, dass die für die Kreditbewilligung zuständigen Behörden über einen erheblichen Ermessensspielraum verfügen. Die Vorinstanz erachtet die Ausführungen in der GGR-Vorlage als «noch ausreichend».

Der Bericht und Antrag des Stadtrates vom 1. Juni 1999 enthält eine Reihe von Massnahmen für den Fussgängerbereich, den Veloverkehr und den öffentlichen Verkehr. Die Massnahmen seien – ohne Verbindlichkeit – bis ins Jahr 2004 zur Planung und teilweisen Realisierung vorgesehen. Die Zwecksetzung und die Programmangaben betreffen hier ein Gebiet, in welchem der Einwohnergemeinde Grenzen gesetzt sind, da das Strassenverkehrsrecht Sache des Bundes ist und die Kantonsstrassen in der Zuständigkeit des Kantons liegen. Der Busbetrieb ist nicht kommunal. In sachlicher Hinsicht wie auch nach der Höhe des Kredites ergibt sich eine Abgrenzung bzw. Verdeutlichung der Programmangaben. Wegen dieser sachlichen und rechtlichen Voraussetzungen bewirken die vorliegenden Programmangaben einen wesentlich höheren Konkretisierungsgrad als dies in den vom Beschwerdeführer vergleichsweise genannten Beispielen einer Verbesserung der Schulen oder Verbesserung des wirtschaftlichen Umfeldes der Fall wäre. Ein solcher Rahmenkredit müsste, insbesondere wenn auch noch ein höherer Betrag beschlossen werden sollte, wohl ganz anders gewertet werden. Insofern ist der Betrachtung des Beschwerdeführers, der für eine strengere Praxis plädiert,

nicht jede Berechtigung abzusprechen. Das Gericht pflichtet dem Regierungsrat bei, dass bei der Beurteilung des Ermessens die Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden müssen. Der Regierungsrat durfte insbesondere ohne Rechtsverletzung feststellen, dass im vorliegenden Fall die Anforderungen in ausreichendem Mass erfüllt sind, welche sich aus dem Erfordernis des Programmes gemäss § 24 Abs. 1 FHG ergeben. Aus der Zweckbestimmung des Rahmenkredites und den Erläuterungen im Bericht und Antrag des Stadtrates, aber auch unter Berücksichtigung der Höhe des Betrages und der beschränkten Zuständigkeiten der Einwohnergemeinde ist die Verwendung ausreichend konkretisiert. Das Gericht schliesst sich insofern der Auffassung des Regierungsrates und des Grossen Gemeinderates an.

3. Im Beschluss über den Rahmenkredit 1994 figurierte die Bestimmung: «Die einzelnen Objektkredite werden durch den Stadtrat freigegeben.» Auch damals wurde der Stadtrat mit dem Vollzug beauftragt. Eine Bestimmung über die Freigabe oder eine Delegation über die Aufteilung in einzelne Objektkredite gemäss § 24 Abs. 2 FHG enthält der angefochtene Beschluss nicht, wohl aber die Beauftragung des Stadtrates mit dem Vollzug. Aus dem Protokoll der Verhandlungen des Grossen Gemeinderates vom 7. September 1999 ergibt sich aber, dass sowohl der Stadtrat wie auch befürwortende und ablehnende Mitglieder des Gemeinderates ohne Zweifel wiederum einen Beschluss wie 1994 fassen und mit dem Vollzug dem Stadtrat auch die Freigabe der einzelnen Objektkredite übertragen wollten. Eine differenziertere Formulierung des Beschlusses könnte allerdings Zweifel vorbeugen. Beim Entscheid und bei der Auslegung unter Zuhilfenahme des Protokolls ergeben sich jedoch im vorliegenden Fall keine praktischen Zweifel an der Tragweite der Übertragung des Vollzugs an den Stadtrat.

4. Der angefochtene Beschluss des Grossen Gemeinderates unterstand dem fakultativen Referendum. Insoweit sind die politischen Rechte der Stimmberechtigten gewahrt. Durch den Beschluss eines Rahmenkredites mit Übertragung der Aufteilung in einzelne Objektkredite auf die Exekutive verändert sich zwar die Mitwirkung bei der Krediterteilung und zwar zulässigerweise aufgrund des kantonalen Rechts gemäss §§ 23 ff. FHG. Der Stimmberechtigte hat insbesondere auch die Möglichkeit, sich auf dem Referendumsweg gegen einen Rahmenkredit und somit für die Zuständigkeitsordnung für Objektkredite auszusprechen. Umgekehrt erlaubt der Rahmenkredit, verschiedene kleinere Projekte auf einfache und unbürokratische Weise zu verwirklichen, sofern der politische Wille da ist, der Exekutive diese Aufgabe zu übertragen. Diese Fragestellung war für den interessierten Stimmberechtigten hier durchaus verständlich.

Die Zuständigkeit des Stadtrates für die Aufteilung in einzelne Objektkredite entbindet im Übrigen nicht von der Einhaltung der Grundsätze der Haushaltsführung und der Kontrolle. Diesbezügliche Befürchtungen erscheinen als unbegründet.

Es ergibt sich, dass die vorinstanzlichen Entscheide kein Recht verletzen, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist. Gemäss § 25 VRG wird auf die Auflage von Kosten verzichtet.

Verwaltungsgericht, 26. September 2000

## **11. Verfahrensrecht**

*Siehe GVP Verwaltungsgericht V-3, V-5 und V-14*



## II. Zivilrecht

### 1. Familienrecht

*Art. 115 ZGB: Eine Scheinehe stellt einen schwerwiegenden Grund nach Art. 115 ZGB dar.*

*Aus den Erwägungen:*

2. Der Kläger stützt seinen Scheidungsanspruch auf Art. 115 ZGB. Demnach kann ein Ehegatte vor Ablauf der in Art. 114 ZGB vorgeschriebenen vierjährigen Trennungsfrist die Scheidung verlangen, wenn ihm die Fortsetzung der Ehe aus schwerwiegenden Gründen, die ihm nicht zuzurechnen sind, nicht zugemutet werden kann.

2.1 Nach dem Willen des Gesetzgebers handelt es sich beim Scheidungsanspruch nach Art. 115 ZGB um einen Auffangtatbestand bzw. ein «Notventil» für krasse Fälle, der weit restriktiver anzuwenden ist als Art. 142 aZGB. Dem Ehegatten, welchem aus schwerwiegenden Gründen, die bloss dem beklagten oder keinem der beiden Ehegatten zuzurechnen sind, nicht zugemutet werden kann, die für eine Scheidungsklage nach Art. 114 ZGB notwendige Trennungszeit von vier Jahren abzuwarten, soll die Möglichkeit offenstehen, sich im Sinne eines «Notausstieges» aus der Ehe vor Ablauf dieser Frist scheiden zu lassen (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 1 und 6 zu Art. 115 ZGB).

Wann die Fortsetzung der Ehe für die klagende Partei im genannten Sinne unzumutbar ist, kann nicht generell, sondern nur im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände beurteilt werden und ist somit ein Ermessensentscheid. Dabei geht es nicht um die Frage der Unzumutbarkeit des ehelichen Zusammenlebens, sondern um die Unzumutbarkeit, mit einer bestimmten Person verheiratet zu sein. Es muss ein Sachverhalt vorliegen, bei welchem die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes im Sinne von Art. 175 ZGB nicht zu genügen vermag. An die so zu verstehende Unzumutbarkeit müssen relativ hohe Anforderungen gestellt werden, da Art. 115 ZGB neben den sonstigen Scheidungsgründen (Art. 111 f. und Art. 114 ZGB) bloss Ausnahmecharakter zukommt. Zudem würde durch eine zu grosszügige Anwendung von Art. 115 ZGB die Verschuldensfrage entgegen den Bestrebungen der Scheidungsrechtsrevision in den Vordergrund gerückt, da bei der sich im Rahmen von Art. 115 ZGB stellenden Frage, ob allfällige schwerwiegende, gegen die Zumutbarkeit der Weiterführung der Ehe sprechende Gründe dem beklagten Ehegatten zuzurechnen sind, das Verschulden eine Rolle spielen kann (Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 9 zu Art. 115 ZGB; Reusser, in: Hausheer, Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, S. 35 ff.; Steck, in: Stiftung für juristische Weiterbildung Zürich, Das neue Scheidungsrecht, Zürich 1999, S. 32 ff.). Tendenziell ist bei

Ehen von relativ kurzer Dauer das Abwarten der vierjährigen Trennungsfrist eher unzumutbar als bei Ehen von langer Dauer, die einen gewissen Vertrauensschutz rechtfertigen (Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 13 zu Art. 115 ZGB).

2.2 Unzumutbar im Sinne von Art. 115 ZGB kann die Ehe für den klagenden Ehegatten beispielsweise werden, wenn der beklagtische Ehegatte durch sein Verhalten die physische oder psychische Integrität der klagenden Partei oder einer dieser nahestehenden Person in schwerster Weise beeinträchtigt hat. Aber auch rein objektive Zerrüttungsursachen, die keinem Ehegatten zuzurechnen sind, können die Unzumutbarkeit der Fortführung der Ehe bewirken. Jahrelange schwere heilbare oder unheilbare Krankheit eines Ehegatten kann für den anderen Ehegatten zur Unzumutbarkeit des Weiterbestehens der ehelichen Bande führen, wenn sie einen Ehegatten derart schwer belastet, dass sie niemandem zugemutet werden könnte (Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 8 und 10 ff. zu Art. 115 ZGB; Steck, a.a.O., S. 36 f.; Reusser, a.a.O., S. 37). Auch die sogenannte Aufenthalts- oder Ausländerrechtsehe, deren Hauptmotiv das Erlangen einer Aufenthaltsbewilligung ist und bei der ein eigentlicher Ehewille fehlt, kann einen Anwendungsfall von Art. 115 ZGB darstellen. Darauf berufen darf sich jedoch nur derjenige Ehegatte, der tatsächlich eine Ehe eingehen wollte und die wahren Motive seines Ehepartners erst nach Abschluss der Ehe entdeckt hat. Wusste der Kläger bereits bei Eheschluss um den fehlenden Ehewillen seines Ehepartners, so kann er sich mangels fehlender Zurechenbarkeit dieser Tatsache nicht auf Art. 115 ZGB berufen. Auch wenn die Ehe während einer gewissen Zeit tatsächlich gelebt wurde und sich erst in der Folge zu einer eigentlichen Aufenthaltsehe entwickelte, ist eine Klage gestützt auf Art. 115 ZGB nicht zulässig. Allein in der Tatsache, dass sich die Ehegatten im Laufe der Zeit auseinandergelebt haben, so dass keine wirkliche Ehe mehr gelebt wird, ist nicht schon ein schwerwiegender Grund, der zur Unzumutbarkeit führt, zu sehen (Steck, a.a.O., S. 37; Schwenzer, Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basel 2000, N 4 zu Art. 114 ZGB; vgl. ZR 99/2000, Nr. 45, S. 129 ff.).

2.3 Die auf Scheidung klagende Partei hat zu beweisen, dass die Fortsetzung der Ehe für sie unzumutbar ist und dass ihr die schwerwiegenden Gründe hierzu nicht zugerechnet werden können. Das Gericht hat die Scheidungsklage abzuweisen, wenn es nicht davon überzeugt ist, dass ein schwerwiegender Grund besteht und dieser der beklagtischen Partei zuzurechnen ist (vgl. Art. 139 Abs. 2 ZGB; Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 19 ff. zu Art. 115 ZGB; Spühler, Neues Scheidungsverfahren, Zürich 1999, S. 32).

3. Der Kläger führt aus, das Vorliegen einer Scheinehe dürfte nach seinen Ausführungen offensichtlich sein. Die Beklagte habe mit ihrer Ehe einzig und allein beabsichtigt, für sich und ihren Sohn eine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz zu erschleichen. Demgegenüber macht die Beklagte geltend, sie habe in der Absicht geheiratet, eine längerfristige Bindung einzugehen

und habe sich immer wieder bemüht, ein gemeinsames Eheleben auch tatsächlich zu leben. Die Trennung sei die Folge eines ehelichen Ausnahmezustandes und dürfe nicht als das Resultat einer von langer Hand geplanten Aufenthaltserschleichung verstanden werden. Dass eine Scheinehe einen schwerwiegenden Grund im Sinne von Art. 115 ZGB darstellen kann, wird von ihr denn auch nicht bestritten.

3.1 Eine Scheinehe im Sinne einer sogenannten Ausländerrechtsehe liegt vor, wenn das Hauptmotiv für die Trauung darin besteht, für den ausländischen Ehepartner eine Aufenthalts- und ev. auch Arbeitsbewilligung zu erlangen. Entscheidend ist die Frage, ob beide Ehepartner im Zeitpunkt der Eheschliessung tatsächlich einen Ehemillen hatten oder ob das Institut der Ehe zur Erreichung eines zweckfremden Zieles missbraucht wurde. Ein Ehemille liegt vor, wenn beide Ehegatten tatsächlich im Willen heirateten, in Zukunft in einer ehelichen Gemeinschaft mit den entsprechenden gegenseitigen Fürsorge- und Treuepflichten zu leben. Der Ehemille kann als innere Tatsache in aller Regel nicht durch direkten Beweis, sondern nur aufgrund von Indizien nachgewiesen werden. Das Bundesgericht erachtet die Tatsache, dass dem ausländischen Ehepartner ohne die Ehe die baldige Ausweisung aus der Schweiz gedroht hätte, als ein Indiz für eine Ausländerrechtsehe. Auch die konkreten Umstände und die Dauer der Bekanntschaftszeit sowie namentlich die Tatsache, dass die Ehepartner nie gemeinsam gewohnt haben, können für das Vorliegen einer Scheinehe sprechen. Umgekehrt darf aus der Aufnahme einer Wohngemeinschaft nicht automatisch auf den entsprechenden Ehemillen geschlossen werden, da ein derartiges Verhalten auch nur in täuschender Absicht vorgespiegelt werden kann (BGE 119 Ib 420; 122 II 295; 121 II 3).

3.2 Der Ehemille des Klägers ist unbestritten. Vorliegend muss geprüft werden, ob der Ehemille der Beklagten im Zeitpunkt der Eheschliessung echt oder nur vorgetäuscht war. Muss ein vorgetäuschter Ehemille seitens der Beklagten bejaht werden, so wird auch von ihr nicht bestritten, dass damit ein schwerwiegender Grund im Sinne von Art. 115 ZGB gegeben ist. Wäre dieser dem Kläger selbst nicht zurechenbar, so müsste die Scheidungsklage im Hauptpunkt gutgeheissen werden, und das Gericht hätte auch über die Nebenfolgen der Scheidung zu befinden.

4. Die Parteien trafen sich erstmals im Jahre 1997, als sich die Beklagte mit einem auf drei Monate befristeten Besuchervisum in der Schweiz aufhielt. Im folgenden Jahr kam die Beklagte mit Besuchervisa erneut zwei Mal jeweils für drei Monate in die Schweiz. In dieser Zeit lernten sich die Parteien näher kennen. Am 12. August 1998 machte der Kläger der Beklagten einen Heiratsantrag. Der Kläger war von der Ehe überzeugt und heiratete «vorwiegend aus Liebe»; die Beklagte gab als Heiratsgrund an, «einen Mann und eine Ehe zu haben und das ganze Leben mit diesem Mann zu verbringen». Die Zeit der Bekanntschaft sei für sie zu kurz gewesen, um tiefe Gefühle zu

empfinden und zudem habe sie ihren zukünftigen Ehemann auch nicht häufig getroffen. Die Heirat fand bereits am 15. Oktober 1998 statt, weil andernfalls die Beklagte die Schweiz Mitte Oktober 1998 hätte verlassen müssen. Sie erhielt am 6. Dezember 1998 ihre Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung.

Die Konstellation im vorliegenden Fall – nach einer kurzen Bekanntschaftszeit von rund 12 Monaten heirateten die Parteien und die kurz bevorstehende Ausweisung wurde damit hinfällig – entspricht in weiten Teilen dem bundesgerichtlichen Indizienkatalog für eine Ausländerrechtsehe. Allerdings entspricht sie ebenfalls dem klassischen Ablauf einer ernstgemeinten binationalen Ehe, wie dies von der Beklagten richtigerweise geltend gemacht wird. Es wäre denn auch vermessen, aus objektiven Zeiträumen und ausländerrichtlich bedingten Umständen allein, auf eine innere Tatsache wie den Ehemillen schliessen zu wollen. Das Gleiche gilt für die vom Kläger geltend gemachte grosse Altersdifferenz der Ehegatten; ohne weitere Begründung spricht sie weder für noch gegen einen intakten Ehemillen. Hingegen deuten die erwähnten Aussagen der Beklagten, sie habe ihren zukünftigen Ehemann selten getroffen, sie habe keine Zeit gehabt, tiefe Gefühle zu empfinden, sie habe einen Mann und eine Ehe gewollt, namentlich im Vergleich zu den Aussagen des heiratswilligen Klägers, nicht eindeutig auf einen Ehemillen hin, sondern geben eher Anlass zu Zweifeln.

4.1 Vor der Heirat wohnten die Parteien getrennt. Die ersten zwei Wochen nach der Heirat lebten sie provisorisch im Haus der Schwester der Beklagten und bezogen Anfang November 1999 eine gemeinsame Wohnung. Die Beklagte macht geltend, der Kläger habe sich nicht um eine Wohnung gekümmert und die gemeinsame Wohnung sei nur ihrer Initiative zu verdanken.

Die Tatsache allein, dass es die Beklagte war, welche die gemeinsame Wohnung organisierte, beweist entgegen der Auffassung der Beklagten nicht automatisch auch deren Ehemillen. Eine gemeinsame Wohnung kann nach Meinung des Bundesgerichtes auch nur mit dem Ziel bezogen werden, die Behörden über die wahren Motive einer Ehe zu täuschen. Würde eine gemeinsame Wohnung jeden Verdacht in Bezug auf eine Scheinehe entkräften, wären dem Missbrauch Tür und Tor geöffnet (BGE 121 II 4 f.; BGE 119 Ib 420 ff.). Analog dazu darf die Tatsache, dass die Beklagte sich um die gemeinsame Wohnung gekümmert hat, nicht per se als Beweis für deren Willen, eine eheliche Gemeinschaft tatsächlich zu leben, verstanden werden. Denkbar ist auch, dass sie damit den Kläger im Unklaren über ihre wahren Eheabsichten lassen wollte oder beabsichtigte, zusammen bloss in einer Art Wohngemeinschaft ohne gemeinsames Eheleben zu leben.

4.2 In der neuen Wohnung schliefen die Eheleute zuerst getrennt je auf einem Sofa, bis sie von der Schwester der Beklagten ein Ehebett erhielten. Wann dies genau geschah und wie lange die Parteien zusammen in einem Bett schliefen, ist unklar. Unbestritten hingegen ist, dass die Eheleute nie

Geschlechtsverkehr miteinander hatten, obschon sich der Kläger dies wünschte. Die Beklagte verwehrte sich ihm von Beginn weg mit der Begründung, sie brauche Zeit in Bezug auf die körperliche Beziehung, was der Kläger denn auch respektierte.

Ein gewisse Zurückhaltung in sexuellen Belangen kann durchaus glaubwürdig und ernst gemeint sein und muss nicht gegen einen ehrlichen Ehemillen sprechen. Der Beklagten ist insofern beizupflichten, als dass eine Ehe nicht auf deren Vollzug im Sinne des Geschlechtsverkehrs reduziert werden dürfe. Anlässlich der Parteibefragung erklärte die Beklagte aber eingehender, weshalb sie keinen Geschlechtsverkehr mit ihrem Mann haben wollte. Zu Beginn hätten sie kein gemeinsames Bett gehabt. Dies sei aber nicht der einzige Grund gewesen, sie habe sich auch Sorgen um die Gesundheit ihres Mannes gemacht, da sie mehrmals Blutflecken in seinem Bettzeug entdeckt habe. Zudem sei der Kläger oft betrunken nach Hause gekommen und habe sich nur selten gewaschen. Trotz allem habe sie mit ihm schlafen wollen und ihn aufgefordert, mit ihr ins Bett zu liegen. Er habe es aber vorgezogen, in einem anderen Zimmer alleine zu schlafen. Sie habe versucht, mit dem Kläger zärtlich zu sein, er sei dabei aber immer ein wenig aggressiv gewesen oder habe Abstand gehalten. Diese Ausführungen machen den Eindruck von Schutzbehauptungen. Der an sich glaubwürdigen und vom Kläger damals auch akzeptierten Begründung, sie brauche noch etwas Zeit, schien die Beklagte anlässlich der Parteibefragung kaum mehr Gewicht beizumessen und erwähnte diese nur am Rande nach mehrmaligem Nachfragen. Es erscheint seltsam, dass die angebliche Zuneigung der Beklagten im Zeitpunkt des Eheschlusses dermassen schnell ins Gegenteil kippen konnte. Die äusseren Umstände, welche diesen Gesinnungswechsel erklären sollten und welche vom Kläger bestritten wurden, wirken in diesem Zusammenhang konstruiert und wenig glaubwürdig. Namentlich die Begründung, unter anderem habe das fehlende Bett die Parteien am Geschlechtsverkehr gehindert, ist an den Haaren herbeigezogen.

4.3 Bereits Ende Dezember 1998 zweifelte der Kläger erstmals an den ehrlichen Heiratsabsichten seiner Frau und tat dies auch seiner Schwägerin kund. Anfang Februar 1999 nahm die Beklagte, gegen den Willen des Klägers, eine Anstellung im Service an, so dass die Parteien nur noch selten gemeinsam das Abendessen einnahmen. Der Kläger behauptet, von diesem Zeitpunkt an sei an ein gemeinsames Eheleben gar nicht mehr zu denken gewesen, die Beklagte sei immer sehr spät nach Hause gekommen und ihm systematisch aus dem Weg gegangen. Sie habe zusammen mit ihrem Sohn, mit welchem sie vorwiegend serbokroatisch gesprochen habe, ein eigenes, vom Kläger getrenntes Leben geführt. Die Beklagte bestätigt, dass sie wegen ihrer Arbeit am Abend meistens nicht zu Hause war. Auch sie hätte eine Anstellung mit Arbeitszeiten während des Tages vorgezogen, wegen Sprachproblemen aber nicht gefunden. Serbokroatisch habe sie mit ihrem Sohn gesprochen, weil sie beide damals die deutsche Sprache noch nicht gut be-

herrscht hätten und dies immerhin ihre gemeinsame Muttersprache sei. Im April 1999 eskalierte die Situation und gipfelte in einer Anzeige der Beklagten, in welcher sie den Kläger beschuldigte, sie mit einer Waffe bedroht und geschlagen zu haben. Dass nach diesem Vorfall das Vertrauensverhältnis zwischen den beiden Parteien nachhaltig gestört war, bedarf keiner weiteren Erklärung, und auch die Beklagte ist der Meinung, dass sie ab Mai 1999 praktisch kein gemeinsames Leben mit dem Kläger mehr führte.

Es fällt auf, dass schon sehr kurze Zeit nach der Heirat die Beziehung mit massiven Problemen belastet war und sich die Situation kontinuierlich verschlechterte. Die Ehegatten haben kaum je eine harmonische und sorgenfreie Zeit gemeinsam verlebt; eine eheliche Gemeinschaft wurde, wenn überhaupt, höchstens in den ersten paar Wochen gelebt. Sicherlich hat auch der Kläger – beispielsweise durch seine Weigerung, die Beklagte seiner Familie vorzustellen – das seinige dazu beigetragen. Wer in welchem Mass die Verantwortung für das Scheitern der Beziehung trägt, braucht indessen nicht entschieden zu werden. Vorliegend muss nur geprüft werden, ob die Beklagte im Oktober 1998 die Ehe mit dem Willen einging, eine eheliche Gemeinschaft zu leben. Gesamthaft betrachtet scheint sich die Beklagte kaum um ein gemeinsames Eheleben gekümmert zu haben. Mit ihrem Sohn zusammen hat sie sich sehr schnell vom Kläger distanziert. Sie hat nicht nur den körperlichen Kontakt mit dem Kläger verweigert, sondern ist ihm richtiggehend aus dem Weg gegangen. Dass sie den Kläger oft beschimpfte, bestätigt sie. Ihre relativierende Aussage in diesem Zusammenhang, wonach sie gewisse Schimpfworte gar nicht gekannt hätte und sich entschuldigt hätte, nachdem sie deren Bedeutung herausgefunden habe, wirkt unglaubwürdig.

4.4 Der Kläger will mehrmals versucht haben, die Ehe zu retten; die Beklagte bestreitet dies. Im September 1999 ersuchte die Beklagte die Ehechutzrichterin um eine Trennung für ein paar Monate. Der Kläger hingegen befürchtete, mit einer Trennung würden sie sich noch mehr auseinanderleben und wollte die Ehe weiterführen. Die beiden einigten sich schliesslich darauf, den ehelichen Haushalt für unbestimmte Zeit auf Anfang November 1999 aufzuheben. Im März 2000 versuchte der Kläger vergeblich, seine Frau zu treffen, um sich mit ihr über die Zukunft und das weitere Vorgehen zu unterhalten. Obwohl die Beklagte ausführt, dass sie eigentlich mit dem Kläger habe zusammensitzen wollen, sei es nie dazu gekommen. Sie habe arbeiten müssen und deswegen keine Zeit gehabt; zudem habe sie den Kläger an einem freien Tag gesucht, aber nicht gefunden.

Im Zeitraum von März 2000 bis zur Einreichung der Scheidungsklage im Juni 2000 will die Beklagte nie Zeit für eine Unterredung mit dem Kläger gehabt haben. Wenn aber die Beklagte tatsächlich ein Interesse daran gehabt hätte, den Kläger zu treffen, so wäre ihr dies trotz der Arbeitsbelastung möglich gewesen. Es entsteht vielmehr der Eindruck, die Beklagte habe versucht, ein derartiges Gespräch zu vermeiden oder wenigstens hinauszuzögern. Ein

Wille der Beklagten zur gemeinsamen Verarbeitung der Eheprobleme oder gar die Bereitschaft zu einem Neuanfang sind in diesem Zeitraum nicht auszumachen. Erst anlässlich der Parteibefragung im September 2000 äusserte die Beklagte, sie sei zwar nicht sicher, ob ihre Ehe gerettet werden könne, wenn sie es noch einmal versuchen würden. Sie glaube aber, es gäbe noch eine Chance für ihre Ehe. Dem Kläger hingegen fehlte der Glaube daran. Die Aussage der Beklagten und deren plötzlich aufkeimende Hoffnung auf eine Rettung der Ehe wirken unter Berücksichtigung der Vorgeschichte wenig glaubwürdig. Aus ihren Aussagen ist vielmehr zu schliessen, dass die Beklagte eine Bereitschaft zum Neuanfang bloss vortäuscht, um die Scheidungsklage abzuwenden.

4.5 Unter Würdigung der gesamten Umstände drängt sich der Schluss auf, dass die Beklagte die Ehe ohne Ehemillen einging. Damit liegt eine Scheinehe vor, welche als schwerwiegender Grund im Sinne von Art. 115 ZGB zu qualifizieren ist. Dem Kläger wurde der fehlende Ehewille erst nach Abschluss der Ehe bewusst, weshalb der schwerwiegende Grund ihm nicht zuzurechnen ist. Die Voraussetzungen von Art. 115 ZGB sind somit erfüllt; dem Kläger steht ein Scheidungsanspruch zu und seine Scheidungsklage ist gutzuheissen.

(Kantonsgericht, 6. Dezember 2000, i.S. L./L.)

*Art. 115 ZGB – Scheidungsanspruch wegen Fremdgehen (Erw. 1) und Arbeiten des beklagten Ehegatten in einem Sex- und Massagesalon (Erw. 2) unter den konkreten Umständen verneint.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Es ist unbestritten, dass die Beklagte mit X eine Liebesbeziehung eingegangen war, nachdem sie sich am 26. April 1997 kennen gelernt hatten. Der Kläger will dieser Beziehung – entgegen der Darstellung der Beklagten – nie zugestimmt haben. Im Zusammenhang mit der sich somit stellenden Frage, ob aufgrund dieses ausserehelichen Verhältnisses dem Kläger der Fortbestand der Ehe bis zum Ablauf der vierjährigen Trennungszeit (am 1. September 2002) zuzumuten ist oder nicht, sind die konkreten Umstände der Ehe zwischen den Parteien von Bedeutung. Diesbezüglich ist vorerst festzuhalten, dass sich weder aufgrund der Darstellung des Klägers noch der Beklagten das Bild einer bis anhin harmonisch verlaufenen Ehe ergibt. Gemäss Darstellung des Klägers soll die Beklagte von Beginn an nur für sich geschaut haben, während die Beklagte sinngemäss geltend macht, der Kläger habe sie stets «vermarkten» wollen, wobei beide Parteien die Darstellung der Gegenpartei bestreiten. Geht nun ein Ehegatte in einer (eher) disharmonisch geführten Ehe fremd, wiegt dies nicht derart schwer, wie in einer harmonischen Ehe. Hinzu kommt im vorliegenden Fall, dass der Kläger in der

zum Jahreswechsel 1997/98 an die Beklagte geschriebenen Karte seine Liebe zu ihr beteuerte und ihr für alles dankte. Dies tat er, obwohl er Ende 1997 von der Fremdbeziehung der Beklagten erfahren hatte, machte er doch geltend, die Fremdbeziehung habe ihn moralisch und finanziell zerstört und im Dezember 1997 zu seinem Privatkonkurs geführt. Schliesslich ist zu beachten, dass der Kläger Mitte 1998, d.h. bloss ein paar Monate, nachdem die Beklagte fremd gegangen war, selber eine Fremdbeziehung aufgenommen hat. Damit zeigte er, dass er es mit der Treue in der Ehe ebenfalls nicht allzu ernst nahm.

Unter Berücksichtigung dieser Umstände kann die durch die Beklagte eingegangene Fremdbeziehung zu X, welche unbestrittenermassen seit längerem beendet ist, nicht als derart schwerwiegend qualifiziert werden, dass dem Kläger ein Abwarten der vierjährigen Trennungsfrist gemäss Art. 114 ZGB nicht zuzumuten wäre. Hinzu kommt, dass die Beklagte – nach eigenen Aussagen – durchaus bereit wäre, mit dem Kläger einen Neuanfang zu versuchen. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten ist jedenfalls nicht erwiesen.

2. Unzumutbar erachtet der Kläger die Aufrechterhaltung der Ehe auch wegen der Tätigkeit der Beklagten in einem Sex- und Massagesalon. Unbestrittenermassen arbeitete die Beklagte vom 1. Mai bis zum 1. September 1998 als Prostituierte in einem solchen Betrieb. Die Darstellung des Klägers, die Beklagte habe auch noch am 28. Oktober 1998 als Prostituierte gearbeitet, beruht auf einem Bericht der Sittenpolizei Zürich, welcher sich nachträglich als nicht verlässlich erwiesen hat. Uneinig sind sich die Parteien, wie die Beklagte zu dieser Tätigkeit kam, nämlich ob sich die Beklagte von sich aus zu diesem Schritt entschloss oder ob der Kläger sie dazu gedrängt hatte. Der Kläger, der ursprünglich nichts von dieser Tätigkeit der Beklagten gewusst haben will, führte aus, er sei ausserordentlich enttäuscht gewesen, als er davon erfahren habe.

Geht eine verheiratete Person der Prostitution nach, ist es dem Ehegatten grundsätzlich nicht mehr zuzumuten, sich bloss von dieser Person zu trennen und weiterhin mit ihr verheiratet zu sein. Allerdings kommt es auch hier auf die konkreten Umstände im Einzelfall an. Stossend wäre beispielsweise die erfolgreiche Berufung auf Unzumutbarkeit durch den Ehegatten, wenn er der Prostitution zugestimmt oder diese sogar veranlasst hätte. Wie es sich diesbezüglich im vorliegenden Fall verhält, ist – wie ausgeführt – unstritten. Trotzdem kann sich der Kläger bezüglich der Tätigkeit der Beklagten im Sex- und Massagesalon nicht auf die Unzumutbarkeit im Sinne von Art. 115 ZGB berufen und zwar unabhängig davon, ob er die Beklagte zu dieser Tätigkeit gedrängt hatte oder nicht. Aufgrund der Akten steht nämlich fest, dass der Kläger spätestens ab Juni 1998 eine Beziehung zu Z aufnahm. Z war eine Bekannte der Beklagten und arbeitete für dieselbe Chefin wie die Beklagte; sie ging mit anderen Worten ebenfalls der Prostitution nach. Dies



war dem Kläger bekannt. Geht nun ein Ehegatte eine Fremdbeziehung mit einer Prostituierten im Wissen um ihre Tätigkeit ein, so erachtet er diese Tätigkeit offensichtlich nicht als derart verwerflich; er kann daher auch nicht erfolgreich geltend machen, es sei für ihn unzumutbar, bis zum Ablauf der vierjährigen Trennungsfrist mit seiner Ehefrau, die – zumindest eine Zeitlang – dieselbe Tätigkeit ausübte, verheiratet zu sein. Dies gilt im vorliegenden Fall um so mehr, als die Beklagte zwischenzeitlich nicht mehr der Prostitution nachgeht und sich mit Sprachkursen weiterbildet. Es ist sodann darauf hinzuweisen, dass der Kläger die Beklagte in einem Nachtclub kennenlernte, wo sie als Tänzerin arbeitete. Auch wenn die Beklagte aufgrund der wirtschaftlichen Situation in ihrem Heimatland wohl gezwungen war, einer derartigen Tätigkeit nachzugehen, und es auch ihr Wunsch gewesen sein dürfte, sich mit einem Schweizer zu verheiraten, musste es dem Kläger klar sein, dass eine derartige Beziehung mit Schwierigkeiten verbunden ist. Es kann von ihm daher auch erwartet werden, dass er, zumindest während einer gewissen Zeit, noch mit diesen Schwierigkeiten lebt.

(Kantonsgericht, 23. März 2000, i.S. Sch./Sch.)

*Art. 165 Abs. 1 ZGB – Ob die Klägerin sechs bis acht Stunden oder maximal zwei Stunden wöchentlich im Geschäft des Beklagten tätig war, kann grundsätzlich dahingestellt bleiben. Die Arbeitsleistung der Klägerin ist in beiden Fällen lediglich als Mithilfe zu betrachten, welche nicht zu entschädigen ist, insbesondere da der Beklagte unbestrittenemassen zeitweise im gleichen Umfang Arbeiten im gemeinsamen Haushalt übernommen hat.*

*Aus den Erwägungen:*

Die Klägerin beantragte, der Beklagte sei zu verpflichten, ihr gestützt auf Art. 165 ZGB ausserordentliche Beiträge von total Fr. 75'000.- zu bezahlen. Zur Begründung machte sie geltend, sie habe während der ungetrennten Ehe die Buchführung wahrgenommen, während der Abwesenheit des Beklagten den Telefonverkehr besorgt und Offerten geschrieben. Der Umfang dieser Arbeiten habe sechs bis acht Stunden pro Woche betragen. Im Übrigen habe der Beklagte über Jahre für die Mitarbeit der Klägerin einen steuerlichen Abzug geltend gemacht und auch erhalten. Der Beklagte hielt dem entgegen, die Tätigkeit der Klägerin in seinem Geschäft habe sich auf maximal zwei Stunden wöchentlich beschränkt. Zudem habe er dann im gleichen Umfang Arbeiten im gemeinsamen Haushalt übernommen. Ferner hätten sich die Parteien dank dem Geschäft des Beklagten gewisse Dinge leisten können, welche sonst nicht möglich gewesen wären; beide hätten von dieser Mitarbeit profitiert.

Gemäss Art. 165 Abs. 1 ZGB hat ein Ehegatte, wenn er im Beruf oder Gewerbe des andern erheblich mehr mitgearbeitet hat, als sein Beitrag an den Unterhalt der Familie verlangt, dafür Anspruch auf angemessene Ent-

schädigung. Nicht jede, bloss Mithilfe übersteigende Arbeitsleistung löst einen Entschädigungsanspruch gemäss Art. 165 ZGB aus. Nach der Intention des Gesetzgebers sollten gesteigerte Arbeitsleistungen zugunsten des anderen Gatten grundsätzlich nicht finanziell abgegolten werden, sondern nur ausnahmsweise, wenn die «Gratisleistung» mit der Billigkeit nicht zu vereinbaren wäre. Die über das übliche Mass hinausgehenden Dienste sollten durch die zwischenmenschlichen Bindungen der Ehegatten und dadurch, dass sie eine Interessengemeinschaft im weitesten Sinn bilden, hinreichend gerechtfertigt sein. Dass ein Gatte mehr arbeitet, als er unterhaltsrechtlich im Rahmen der konkreten Aufgabenteilung verpflichtet ist, genügt also noch nicht. Verlangt ist vielmehr ein Arbeitseinsatz, welcher die übliche Mitwirkung in markanter Weise übersteigt (Hasenböhler, in: Honsell/Vogt/Geiser, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Basel und Frankfurt a.M. 1996, N 3 zu Art. 165 ZGB; Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, in: BBl 1979 II 1254).

Ob die Klägerin sechs bis acht Stunden oder maximal zwei Stunden wöchentlich im Geschäft des Beklagten tätig war, kann grundsätzlich dahingestellt bleiben. Die Arbeitsleistung der Klägerin ist in beiden Fällen lediglich als Mithilfe zu betrachten, welche nicht zu entschädigen ist, insbesondere da der Beklagte unbestrittenermassen zeitweise im gleichen Umfang Arbeiten im gemeinsamen Haushalt übernommen hat. Selbst wenn also auf die Angaben der Klägerin abgestellt würde, sie habe sechs bis acht Stunden wöchentlich im Betrieb des Beklagten mitgearbeitet, wäre diese Mithilfe als durch die zwischenmenschlichen Bindungen der Parteien gerechtfertigt zu betrachten, da in diesem Fall die Klägerin 1,2 bis 1,6 Stunden pro Tag mitgearbeitet hätte. Im Übrigen profitierten beide Parteien von dieser Mithilfe, konnten sie sich doch dadurch Dinge leisten, welche sie sich sonst nicht hätten leisten können. Die erarbeiteten Vermögenswerte verblieben also nicht dem Beklagten, sondern auch die Klägerin profitierte bereits während der Ehe. Die Dienste der Klägerin waren durch die zwischenmenschlichen Bindungen der Ehegatten und dadurch, dass sie eine Interessengemeinschaft im weitesten Sinn bildeten, hinreichend gerechtfertigt. Damit ist auch nicht zu prüfen, für welchen Umfang von Arbeiten der Klägerin der Beklagte Steuerabzüge geltend gemacht hat. Mithin ist der Antrag der Klägerin auf ausserordentliche Beiträge gestützt auf Art. 165 ZGB abzuweisen.

(Kantonsgericht, 17. Februar 1999, i.S. R./R.; nicht in Rechtskraft erwachsen)

*Art. 165 Abs. 2 ZGB – Der Ehemann hat keinen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung nach Art. 165 Abs. 2 ZGB, wenn er der Ehefrau während der Ehe eine Weiterbildung mitfinanzierte, diese aber den Haushalt besorgte bzw. teilweise erwerbstätig war.*

*Aus den Erwägungen:*

5. Der Beklagte verlangt im Weiteren, die Klägerin sei zu verpflichten, ihm gestützt auf Art. 165 ZGB eine angemessene Entschädigung zu bezahlen. Er begründete diese Forderung im Wesentlichen damit, dass die Klägerin während der Ehe verschiedene Weiterbildungen und Sprachkurse im Ausland absolviert habe, die der Beklagte massgeblich mitfinanziert habe. Die Klägerin habe zuerst eine Bürolehre, später eine KV-Lehre absolviert. Deshalb habe sie ihre Erwerbstätigkeit schrittweise reduziert, wobei sie während 1½ Jahren gar nicht mehr gearbeitet habe. In dieser Zeit sei der Beklagte vollumfänglich für die laufenden Kosten der Parteien aufgekommen. Die Klägerin habe nur gelegentlich die Einkäufe bezahlt. Der Beklagte habe die Klägerin in den Jahren 1993 bis 1996 jeweils mit rund Fr. 2'000.– im Monat unterstützt. Zudem habe er ihr für ihre Sprachaufenthalte im Ausland einen Betrag von Fr. 13'000.– bezahlt, da das Vermögen der Klägerin nicht ausgereicht habe. Insgesamt habe der Beklagte die Klägerin mit rund Fr. 103'000.– unterstützt. Dafür sei ihm gemäss Art. 165 ZGB eine angemessene Entschädigung zuzusprechen.

Die Klägerin bestritt einen Anspruch des Beklagten gestützt auf Art. 165 ZGB. Die Parteien hätten sich bei Beginn der Ehe darauf geeinigt, dass beide sich weiterbilden würden. Auch der Beklagte habe sich während der Ehe weitergebildet. Da beide Parteien umfangreiche Weiterbildungen absolviert hätten, seien sie in diesem Punkt quitt.

5.1 Gemäss Art. 165 Abs. 1 ZGB hat ein Ehegatte, wenn er im Beruf oder Gewerbe des andern erheblich mehr mitarbeitet, als sein Beitrag an den Unterhalt der Familie verlangt, Anspruch auf angemessene Entschädigung. Nach Absatz 2 dieser Bestimmung gilt dies auch, wenn ein Ehegatte aus seinem Einkommen oder Vermögen an den Unterhalt der Familie bedeutend mehr beigetragen hat, als er verpflichtet war. Ein Ehegatte kann aber keine Entschädigung fordern, wenn er seinen ausserordentlichen Beitrag aufgrund eines Arbeits-, Darlehens- oder Gesellschaftsvertrages oder eines andern Rechtsverhältnisses geleistet hat (Art. 165 Abs. 3 ZGB).

Im Gegensatz zur Arbeitsleistung nach Art. 165 Abs. 1 ZGB müssen die Leistungen aus dem Einkommen oder Vermögen für den Unterhalt der Familie erbracht worden sein. Richtete demnach ein Ehegatte dem andern eine Leistung zu einem andern Zweck aus, etwa ausschliesslich für dessen berufliche Belange, entsteht kein Anspruch nach Art. 165 Abs. 2 ZGB. Was als Leistung an den Unterhalt zu betrachten ist, richtet sich nach Art. 163 ZGB. Danach kann die Unterhaltsleistung etwa in Geldzahlungen, Besorgen des

Haushalts, Betreuen der Kinder oder in der Mithilfe im Beruf oder Gewerbe des anderen Ehegatten bestehen. Nach einem Teil der Lehre müssen unter Art. 165 Abs. 2 ZGB jedoch auch Leistungen eines Ehegatten berücksichtigt werden können, die zwar nicht für den Unterhalt der Familie bestimmt waren, die er aber aufgrund der Beistandspflicht erbringen musste. Ein Anspruch nach Art. 165 Abs. 2 ZGB besteht im Weiteren nur, wenn die Leistung das überstieg, was ein Ehegatte an den Unterhalt leisten muss, m.a.W. muss es sich um eine bedeutende Mehrleistung handeln. Wird ein Anspruch nach Art. 165 Abs. 2 ZGB bejaht, hat der Ehegatte keinen Anspruch auf Ersatz des zuviel Geleisteten, sondern nur auf eine angemessene Entschädigung. Schliesslich besteht allgemein nur ein Anspruch nach Art. 165 Abs. 2 ZGB, wenn die Mehrleistung nicht aufgrund eines besonderen Rechtsverhältnisses erbracht wurde (Hausheer/Reusser/Geiser, Kommentar zum Ehe-recht Band I, Bern 1988, N 31 ff. zu Art. 165 ZGB).

5.2 In casu gilt es Art. 165 Abs. 2 und 3 ZGB zu prüfen. Ein besonderes Rechtsverhältnis gemäss Art. 165 Abs. 3 ZGB liegt zwischen den Parteien offensichtlich nicht vor und wird vom Beklagten auch nicht geltend gemacht.

5.3 Während der Ehe absolvierte die Klägerin zuerst eine einjährige berufs begleitende Bürofachschule. Im zweiten Halbjahr dieser Ausbildung reduzierte die Klägerin ihr Arbeitspensum auf 80 bzw. 90%. Danach absolvierte die Klägerin das KV via Erwachsenenbildung. Im Sommer machte sie Englisch-Intensivkurse, um ihren Rückstand zum KV-Level aufzuholen. Um sich voll auf die Schule zu konzentrieren, ging die Klägerin während des Hauptkurses im Jahre 1995 keiner Erwerbstätigkeit mehr nach. In den Schulferien jenes Jahres absolvierte sie kürzere Sprachkurse in England, Frankreich und in der Westschweiz. Der Beklagte erklärte an der Parteibefragung vom 23. September 1997 ausdrücklich, er sei mit den Weiterbildungen der Klägerin einverstanden gewesen. Die Klägerin gab an der Parteibefragung an, sie habe ihre Weiterbildung selber finanziert, d.h. aus ihren Einkommensersparnissen. Dem widersprach der Beklagte nicht, er fügte nur bei, dass die Weiterbildung der Klägerin aus dem Geld, das vorhanden war, bezahlt worden sei. Die Klägerin habe ihr Eigengut nicht aufbrauchen müssen. Der Beklagte selber bildete sich während der Ehe auch weiter: Er absolvierte während 1<sup>3</sup>/<sub>4</sub> Jahren berufs begleitend das Studium des Wirtschaftsingenieurs, arbeitete nebenbei jedoch zu 100%. Seine Weiterbildungen wurden auf die gleiche Art wie die der Klägerin finanziert, nämlich aus dem «vorhandenen Geld». Ausserdem besuchte er Englisch- und Französischkurse, die aber vom Arbeitgeber finanziert wurden. Während eines Jahres war der Beklagte erwerbslos; er erhielt in dieser Zeit jedoch die maximale Arbeitslosenentschädigung.

An der Hauptverhandlung liess der Beklagte ausführen, er habe die Klägerin in den Jahren 1993 bis 1996, also in den Jahren ihrer Weiterbildung, pro Monat mit Fr. 2'000.- unterstützt. Dies wurde von der Klägerin bestrit-

ten. Wie die Parteien an der Parteibefragung übereinstimmend erklärten, absolvierten beide während der Ehe im gegenseitigen Einverständnis Weiterbildungen. Diese wurden von beiden aus dem «vorhandenen Geld», mithin aus der Errungenschaft, finanziert. Die Klägerin war während ihrer ganzen Weiterbildung erwerbstätig, wenn auch nicht immer zu 100%. Nur während des Hauptkurses im Jahr 1995 arbeitete sie nicht ausser Haus. Somit ist es offensichtlich, dass der Beklagte zumindest während derjenigen Zeit, in der die Klägerin erwerbstätig war, keinen übermässigen Beitrag an ihren Unterhalt geleistet hat, insbesondere wenn man berücksichtigt, dass die Klägerin den Haushalt alleine besorgte. Mit ihrer Teilzeiterwerbstätigkeit und der Haushaltführung hat die Klägerin einen angemessenen Beitrag an den Unterhalt der Familie gemäss Art. 163 ZGB geleistet.

Auch als die Klägerin ihre Erwerbstätigkeit ganz einstellte – die Dauer lässt sich sowohl aufgrund der Akten als auch der Parteiaussagen nicht bestimmen –, kann von keinem übermässigen Beitrag im Sinne von Art. 165 Abs. 2 ZGB seitens des Beklagten gesprochen werden: Die Klägerin war zwar nicht ausser Haus erwerbstätig; sie kam aber in dieser Zeit allein für den Haushalt auf und leistete damit ihren Beitrag nach Art. 163 ZGB. Die Kosten für die Weiterbildung brachte sie selber auf bzw. sie bestritt sie aus der Errungenschaft. Dass der Beklagte eine erhebliche Mehrleistung erbracht hat, ist somit nicht dargetan.

5.4 Zu prüfen gilt es noch die Frage, ob die der Klägerin im Januar 1994 bzw. September 1996 vom Beklagten überwiesenen Geldbeträge von Fr. 8'000.- bzw. Fr. 5'000.- einen übermässigen Beitrag im Sinne von Art. 165 ZGB darstellen. Wie erwähnt wird vom Beklagten kein besonderes Rechtsverhältnis im Sinne von Art. 165 Abs. 3 ZGB, etwa ein Darlehensvertrag, geltend gemacht. Die Klägerin bestritt nicht, dass ihr der Beklagte diese Geldbeträge überwiesen hat; sie sieht darin jedoch keinen Anspruch des Beklagten nach Art. 165 ZGB.

Wie oben ausgeführt, stimmten die Parteien während ihrer Ehe vollkommen überein, dass beide sich weiterbildeten, wobei sie ihre diesbezüglichen Ausgaben aus dem «vorhandenen» Geld bzw. der Errungenschaft finanzierten. Dass dabei nicht für jede Ausgabe fein säuberlich zwischen den Errungenschaften differenziert wurde, ist in einer funktionierenden Ehe nachvollziehbar und verständlich. So übernahm etwa die Klägerin die Anzahlung für den geplanten Wohnungsverkauf; sie wurde nicht schön hälftig zwischen den Errungenschaften der Parteien aufgeteilt. Unter diesen Gesichtspunkten ist es nachvollziehbar, dass die Klägerin nicht immer über genügend Deckung auf ihrem Konto verfügte und ihr der Beklagte deshalb im Rahmen seiner Beistandspflicht «aushalf». Hätte die Klägerin z.B. die Anzahlung für die Wohnung nicht aus ihrer Errungenschaft bezahlt, hätte sie ihre Ausbildungskosten ohne weiteres aus ihrer Errungenschaft decken können. Man darf nicht ausser Acht lassen, dass eine Ehe keine Geschäftsbeziehung darstellt,

in der über jede finanzielle Transaktion Buch geführt und abgerechnet wird. Dass der Beklagte die gleiche Grundauffassung (zumindest in der noch intakten Ehe) vertreten hatte, tat er an der Parteibefragung ausdrücklich kund: Bis Ende 1996 hätten die Parteien nicht zwischen «Mein und Dein» unterschieden; vielmehr hätten sie jeweils gemeinsam über eine Anschaffung entschieden und sich für die Bezahlung vom vorhandenen Geld auf ihren Bankkonti bedient. Nach dem Gesagten leistete der Beklagte somit auch in diesem Fall keinen übermässigen Beitrag im Sinne von Art. 165 ZGB.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass gemäss Art. 163 ZGB in einer Ehe beide gemeinsam, ein jeder nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt der Familie sorgen. Wie oben dargelegt, hat die Klägerin ihren Beitrag mit dem Besorgen des Haushalts bzw. mit ihrer (Teil-)Erwerbstätigkeit geleistet, während der Beklagte seinen Beitrag an den Unterhalt der Familie mit Geldzahlungen erfüllte. Aufgrund vorstehender Ausführungen ist es offensichtlich, dass der Beklagte keine bedeutende Mehrleistung an den Unterhalt der Familie im Sinne von Art. 165 Abs. 2 ZGB geleistet hat. Sämtliche Ansprüche des Beklagten unter dem Titel von Art. 165 ZGB sind deshalb abzuweisen.

(Kantonsgericht, 14. Juni 2000, i.S. F/F., nicht in Rechtskraft erwachsen)

*Art. 163 ZGB. – Zumutbarkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit bzw. der Ausdehnung derselben durch die Ehefrau nach Auflösung des gemeinsamen Haushalts. Bemessungskriterien; hypothetisches Einkommen.*

*Aus den Erwägungen:*

6. a) Die Beschwerdeführerin legt weiter dar, die Vorinstanz meine, sie könne ohne weiteres eine 100%-Anstellung mit einem Einkommen von Fr. 3'500.- finden und lege dieses völlig hypothetische und unrealistische Einkommen ihren Berechnungen zugrunde. Sie – die Beschwerdeführerin – habe im Oktober 1999 im Amtsblatt des Kantons Zug ein Stelleninserat aufgegeben und sich bei einer Stellenvermittlung gemeldet. Mehrere Vorstellungsgespräche hätten bis anhin nicht zum Erfolg geführt, was u.a. daran liege, dass insbesondere ihre schriftlichen Deutschkenntnisse nicht als gut bezeichnet werden könnten und sie lediglich die Aufenthaltsbewilligung B besitze, was die Stellensuche ebenfalls behindere. Sie habe bis heute lediglich eine Teilzeitstelle bei der Firma X. in Zug finden können, wo sie momentan vier Stunden pro Woche zu einem Stundenlohn von Fr. 17.50 arbeiten könne. Damit erreiche sie ein monatliches Nettosalär von Fr. 280.-. Selbstverständlich werde sie sich weiter bemühen, eine bessere Anstellung zu finden. Ein Einkommen von Fr. 3'500.- pro Monat ab 1. April 2000 liege jedoch völlig ausserhalb der Möglichkeiten. Die Verfügung der Vorinstanz sei deshalb in diesem Punkt auf jeden Fall zu berichtigen: Ihr könne nur angerechnet werden, was sie effektiv als Einkommen erziele bzw. erzielen könne.

b) aa) Bezüglich der Zumutbarkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit bzw. der Ausdehnung derselben durch die Ehefrau nach Auflösung des gemeinsamen Haushaltes ist von der Unterhaltsregelung von Art. 163 ZGB auszugehen, wonach beide Ehegatten gemeinsam unmittelbar und im gleichen Rang für den gesamten Unterhalt bzw. im Falle der Auflösung des gemeinsamen Haushaltes auch für die Mehrkosten verantwortlich sind. Die Verminderung der Aufgaben im Haushalt und allenfalls in der Kinderbetreuung infolge Auflösung des gemeinsamen Haushaltes kann somit für den entlasteten Ehegatten grundsätzlich zur Folge haben, dass er im Rahmen des ihm Zumutbaren zur Aufnahme oder Erweiterung der Erwerbstätigkeit verpflichtet werden kann. Ob Letzteres zumutbar ist, beurteilt sich nach den Umständen der betreffenden Ehe. Kriterien sind dabei die finanziellen und sozialen Verhältnisse der Parteien, die Ehedauer, die bisherige Aufgabenteilung, die Belastung der Ehefrau mit der Kindererziehung, ihr Alter, ihre Gesundheit, ihre Vorbildung und frühere Berufsausbildung und die aktuelle Arbeitsmarktlage. Im Zusammenhang mit der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes im Rahmen von Eheschutzmassnahmen ist jedoch bei der diesbezüglichen Verpflichtung des haushaltführenden und kinderbetreuenden Ehegatten grössere Zurückhaltung angebracht als bei der Auflösung der Ehe, sofern die vorhandenen finanziellen Mittel für zwei Haushalte ausreichen (ZR 1988, Nr. 112 mit Hinweis auf BGE 114 II 16/17 und Literatur). So ist zu berücksichtigen, dass im Rahmen des Eheschutzes nicht die Wiedereingliederung des Unterhaltsberechtigten in das Erwerbsleben mit dem Ziel der Eigenversorgung im Vordergrund steht, sondern die Behebung bestehender Eheschwierigkeiten.

bb) Nachdem die Beschwerdeführerin mit ihren Anträgen auf Erhöhung des ihr von der Eheschutzrichterin zugebilligten Existenzminimums nicht durchdringt und auch der Entscheid der Vorinstanz, wonach die eheliche Wohnung in der Gemeinde X. per Ende März 2000 aufzugeben ist, nicht zu beanstanden ist, ist auf den von der Vorderrichterin errechneten Notbedarf der Parteien abzustellen. Daran ändert auch nichts, wenn der Beschwerdegegner in seiner Vernehmlassung geltend macht, bei seinem in erster Instanz ausgewiesenen Bedarf seien verschiedene Positionen zu Unrecht gestrichen worden. Darüber ist im Rechtsmittelverfahren nicht mehr zu befinden, da der Beschwerdegegner die fragliche Verfügung nicht selbständig angefochten hat und die zugerische Zivilprozessordnung keine Anschlussbeschwerde kennt.

Das Existenzminimum der Parteien belief sich damit bis zum 31. März 2000 auf monatlich Fr. 8'716.- und beträgt seit dem 1. April 2000 Fr. 8'773.- pro Monat. Da der Beschwerdegegner einen monatlichen Nettolohn von Fr. 10'013.- (inkl. 13. Monatslohn und Fr. 150.- Kinderzulagen) erzielt, können mit diesem Einkommen durchaus zwei Haushalte finanziert werden. Dabei ist allerdings nicht zu übersehen, dass aufgrund der hohen Schulden von rund Fr. 95'000.- erhebliche Abzahlungsverpflichtungen bestehen, die

bei der Berechnung des Existenzminimums der Parteien nicht voll berücksichtigt wurden. Das vom Beschwerdegegner erzielte Einkommen reicht daher nur knapp zur Bestreitung der durch die Haushaltsaufteilung erhöhten Lebenshaltungskosten aus. Der Beschwerdeführerin kann daher nicht zugestimmt werden, wenn sie ein anrechenbares Nettosalär von lediglich Fr. 280.– pro Monat als angemessen erachtet. Daran ändert auch nichts, dass sie während der Ehe keiner Erwerbstätigkeit nachgegangen ist. Abgesehen davon, dass dies aufgrund der kurzen Ehedauer kaum ins Gewicht fällt, macht der Beschwerdegegner entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin geltend, er habe sehr wohl befürwortet, dass die Beschwerdeführerin einer Arbeit nachgehe und nur nicht gewollt, dass sie weiter im Animiergewerbe tätig sei. Dementsprechend sei unter den Parteien auch abgemacht gewesen, dass die Beschwerdeführerin in Bratislava Arbeit suche. Die Beschwerdeführerin kann daher nichts zu ihren Gunsten aus der während der Ehe erfolgten Arbeitsaufteilung ableiten. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin erst Ende 30 ist und bereits vor der Eheschliessung im Sommer 1997 nach dem Abschluss ihres Ökonomie-Studiums in Bratislava zusammen mit ihrem vormaligen Ehemann ein Hotel geführt hat und auch in der Schweiz als Tänzerin erwerbstätig war. Unter diesen Umständen ist die Beschwerdeführerin anzuhalten, durch die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit einen substantiellen Beitrag an die erhöhten Unterhaltskosten zu leisten. Der Ansicht der Vorinstanz, wonach die Beschwerdeführerin zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit im Umfang eines 100%-Pensums zu verpflichten ist, kann indes nicht beigeplant werden. So fällt vorab ins Gewicht, dass die Beschwerdeführerin Mutter eines 15-jährigen Sohnes ist, der durchaus einer gewissen Betreuung durch die Beschwerdeführerin bedarf. Auch wenn er aufgrund seines Alters bereits sehr selbständig ist und offensichtlich keine Probleme mit der Kindererziehung bestehen, hat die Beschwerdeführerin nebst der seelisch-geistigen Betreuung ihres Sohnes für ihn auch den Haushalt zu besorgen. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände ist es ihr daher zuzumuten, eine Arbeitsstelle im Umfang eines 70%-Pensums anzutreten. Angesichts der doch erheblich verbesserten Arbeitsmarktlage ist der Entscheid der Vorinstanz, wonach die Beschwerdeführerin bei Ausübung einer Vollzeitbeschäftigung einen Verdienst von Fr. 3'500.– erzielen könnte, nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführerin substantiiert ihre gegenteilige Auffassung in keiner Weise. Dabei wird dem Umstand durchaus Rechnung getragen, dass es der Beschwerdeführerin, deren schriftliche Deutschkenntnisse nach eigenem Bekunden nicht als gut bezeichnet werden können, derzeit kaum möglich sein wird, in der Schweiz eine ähnlich qualifizierte Tätigkeit wie in Bratislava auszuüben. Angemessen erscheint unter den gegebenen Umständen ferner die von der Vorinstanz in ihrer Verfügung festgesetzte Frist von drei Monaten zur Arbeitssuche.

cc) Unzutreffend ist die Ansicht des Beschwerdegegners, wonach die Beschwerdeführerin ab Aufnahme des Getrenntlebens Anspruch auf Arbeitslo-



senunterstützung von rund Fr. 1'800.- pro Monat habe. Richtig ist zwar, dass die Beschwerdeführerin sich während der Dauer der Ehe der Erziehung ihres minderjährigen Sohnes gewidmet hat, womit grundsätzlich eine nach Art. 13 Abs. 2<sup>bis</sup> AVIG anrechenbare Beitragszeit vorliegt. Indes wird nach dieser Bestimmung weiter verlangt, dass die Versicherte im Anschluss an die Erziehungsperiode aufgrund einer wirtschaftlichen Zwangslage eine unselbständige Erwerbstätigkeit aufnehmen muss. Eine derartige Zwangslage liegt aber nur vor, wenn das Einkommen der Versicherten und ihres Ehegatten einen vom Bundesrat festgelegten Grundbetrag nicht erreicht, der im vorliegenden Fall rund Fr. 59'000.- pro Jahr beträgt (Art. 13 Abs. 2<sup>er</sup> AVIG i.V.m. Art. 11b AVIV, Art. 23 Abs. 1 AVIG, Art. 15 Abs. 2 u. 3 UVG sowie Art. 22 Abs. 1 UVG). Da der Beschwerdegegner ein monatliches Nettoeinkommen von über Fr. 10'000.- erzielt, bedarf es keiner Erläuterung, dass die Beschwerdeführerin nicht berechtigt ist, Arbeitslosenunterstützung zu beantragen.

dd) Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Beschwerdeführerin ab dem 1. April 2000 ein hypothetisches Einkommen von Fr. 2'450.- anzurechnen ist. Demnach steht ab diesem Zeitpunkt dem Existenzminimum der Parteien von Fr. 8'773.- ein Nettoeinkommen von Fr. 12'543.- (Fr. 10'013.- [Einkommen Beschwerdegegner] + Fr. 2'450.- [hypothetisches Einkommen Beschwerdeführerin] + Fr. 80.- [Unterhaltsbeitrag für L.]) gegenüber, womit ein Überschuss von Fr. 3'770.- resultiert. Dieser Freibetrag ist den Parteien in Übereinstimmung mit der Vorderrichterin je zur Hälfte zuzuweisen. Zählt man somit den hälftigen Überschuss von Fr. 1'885.- zum Notbedarf der Beschwerdeführerin von Fr. 3'241.- hinzu und subtrahiert davon ihr eigenes Einkommen von Fr. 2'530.-, ergibt sich ein ungedeckter Betrag von Fr. 2'596.-. Der monatliche Unterhaltsbeitrag (inkl. Kinderzulagen von Fr. 150.-) ist daher in Abweichung zur Vorinstanz ab dem 1. April 2000 neu auf Fr. 2'600.- statt auf Fr. 2'100.- festzusetzen. Das vom Beschwerdegegner vom 1. November 1999 bis zum 31. März 2000 geschuldete Haushaltungsgeld beträgt dagegen unverändert Fr. 1'900.- (inkl. Kinderzulagen von Fr. 150.-).

(Justizkommission, 14. Juli 2000, i.S. G./W.)

## 2. Obligationenrecht

*Art. 32 OR – Die Vertretungswirkung tritt ein, wenn der Vertreter Vertretungsmacht hat und er dem Dritten anlässlich des Vertragsabschlusses ausdrücklich oder stillschweigend anzeigt, dass das abzuschliessende Geschäft für einen andern, den Vertretenen, wirken soll. Ferner tritt Vertretungswirkung ein, wenn der Vertreter Vertretungsmacht hat und es dem Dritten (bewusst oder unbewusst) gleichgültig ist, mit wem er den Vertrag schliesst.*

(Kantonsgericht, 6. April 2000, i.S. F. AG/S. GmbH)

*Art. 112 OR – Eine Garantieerklärung gegenüber dem kantonalen Amt für Ausländerfragen, wonach ein Gastgeber in der Schweiz sich verpflichtet, für alle mit dem Aufenthalt eines Gastes in der Schweiz zusammenhängenden Kosten aufzukommen, ist ein echter Vertrag zu Gunsten Dritter zwischen dem Gastgeber und dem Gast. Dritte, die für den Gast Leistungen im Zusammenhang mit dessen Aufenthalt erbringen, erlangen ein direktes Forderungsrecht gegenüber dem Gastgeber, sofern die Kosten nicht bereits durch den Gast selbst oder eine Versicherung bezahlt wurden. Dies gilt auch für Kosten, die durch Krankheit oder Unfall des Gastes entstehen.*

*Aus den Erwägungen:*

Die Parteien sind sich darüber einig, dass die Mutter des Beklagten vom 7. bis zum 11. November 1997 bei der Klägerin hospitalisiert war und dass die Klägerin dafür Anspruch auf ein Entgelt hat. Auch die Höhe der Rechnung ist unbestritten.

Der Beklagte hat am 9. September 1997 beim kantonalen Amt für Ausländerfragen (KAFA) ein Gesuch um Erteilung eines Besuchsvisums für seine Eltern eingereicht. Darin hat er folgende Erklärung abgegeben: «Gleichzeitig erklärt sich der Unterzeichnete bereit, nötigenfalls für alle mit dem Aufenthalt zusammenhängenden Kosten (max. Fr. 20'000.– pro Person) aufzukommen. Des weiteren bestätigt er hiermit, dass seine vorgenannten Gäste anlässlich ihres Aufenthaltes in der Schweiz gegen Krankheit und Unfall versichert sind.»

Die Klägerin verlangt nun vom Beklagten die Bezahlung ihrer Forderung gestützt auf dessen Erklärung gegenüber dem KAFA. Sie bringt vor, es handle sich dabei um einen echten Vertrag zu Gunsten Dritter, den der Beklagte mit seiner Mutter abgeschlossen habe. Darin habe er sich zur Übernahme aller Kosten verpflichtet, die im Zusammenhang mit dem Aufenthalt der Mutter in der Schweiz entstünden. Der Beklagte dagegen macht geltend, es liege weder ein Vertrag zu Gunsten noch zu Lasten Dritter vor. Da weder die geschuldete Leistung noch der Gläubiger derselben bei dem behaupteten Vertragsabschluss bekannt gewesen seien, seien die Essentialia nicht erfüllt und kein gültiger Vertrag zu Stande gekommen. Daher fehle es bereits an der Passivlegitimation des Beklagten.

Der Beklagte musste gegenüber dem KAFA ausdrücklich erklären, dass er für alle Kosten des Aufenthalts seiner Mutter nötigenfalls aufkommen werde. Er versprach somit nicht nur dem Gemeinwesen gegenüber, alle Kosten zu übernehmen, die diesem entstehen könnten. Vielmehr sicherte er ohne Einschränkung zu, für alle Kosten im Zusammenhang mit dem Aufenthalt aufzukommen, insbesondere für Unterkunft etc. Adressat dieses Versprechens war somit neben der Behörde auch die Mutter des Beklagten. Deren Verpflichtungen sollten ja unter Umständen direkt durch den Beklagten erfüllt werden. Das Versprechen auf Kostenübernahme stellt eine rechtsge-

schäftliche Willenserklärung dar. Mit der Erklärung gegenüber dem KAFA hat der Beklagte somit gegenüber seiner Mutter eine Offerte zum Abschluss eines Vertrages zu Gunsten Dritter gemacht. Es kann ohne Weiteres davon ausgegangen werden – und wurde im Übrigen auch nicht bestritten –, dass die Mutter des Beklagten von dieser Offerte Kenntnis erhielt. Spätestens in der Einreise der Mutter ist die Annahme der Offerte zu erblicken, welche im Übrigen gemäss Art. 6 OR auch vermutet wird.

Damit die übereinstimmenden Willensäusserungen auch tatsächlich zum Abschluss eines Vertrages führen, bedarf dessen Inhalt einer minimalen Regelung durch die Parteien selbst. Der Konsens muss sich mindestens auf die wesentlichen Vertragspunkte beziehen (Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, a.a.O., N 330). Die objektiv wesentlichen Vertragspunkte stehen im Vordergrund. Darunter werden nach herrschender Lehre die vertragstypenbestimmenden Teile des Vertragsinhalts verstanden (vgl. Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7.A, Zürich 1998, N 339, mit Hinweisen; Guhl/Merz/Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. A., Zürich 1991, S. 100). Beim Vertrag zu Gunsten eines Dritten handelt es sich um einen gesetzlich normierten Vertrag. Als einziger objektiv wesentlicher Vertragspunkt kann die Verpflichtung betrachtet werden, eine versprochene Leistung an einen Dritten, der nicht Vertragspartei ist, zu erbringen. Vorliegend wird ausdrücklich die Leistung an einen Dritten versprochen, die Leistung selbst wird näher umschrieben und mit einem Höchstbetrag begrenzt. Damit sind alle für den Vertragsschluss wesentlichen Punkte erfüllt, die Leistung ist objektiv bestimmbar und definiert auch den Leistungsempfänger.

Der Beklagte führt aus, er müsse höchstens für die Kosten des gewöhnlichen Aufenthaltes seiner Mutter aufkommen, dazu würden die Spalkosten aber nicht gehören. Mit dem Aufenthalt stehen ohne Weiteres die Kosten der Unterbringung, der Verpflegung, allenfalls der Bekleidung in Zusammenhang. Daneben fallen aber nach allgemeiner Lebenserfahrung auch weitere Kosten in Betracht. Gerade bei einem Aufenthalt von drei Monaten ist nicht auszuschliessen, dass die betreffende ausländische Person krank wird oder einen Unfall erleidet. Diese Kosten stehen also im Zusammenhang mit dem Aufenthalt und werden von der allgemeinen Garantieerklärung erfasst.

Zu prüfen bleibt, ob es sich beim abgeschlossenen Vertrag um einen echten Vertrag zu Gunsten eines Dritten handelt, d.h. ob der Klägerin ein direktes Forderungsrecht gegenüber dem Beklagten zusteht. Das bestimmt sich entweder nach Gesetz, nach Vereinbarung der Parteien oder einer bestehenden Übung (Art. 112 Abs. 1 OR). Lässt sich weder den Willensäusserungen der Parteien noch einer Übung die Forderungsberechtigung des Dritten entnehmen, hat man auf den Vertragszweck abzustellen (Gonzenbach in: Honzeli/Vogt/Wiegand, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 2. A., Basel und Frankfurt a.M. 1996, N 10 zu Art. 112 OR). Eine gesetzliche Vorschrift, die ein direktes Forderungsrecht der Klägerin aus der

Garantieerklärung des Beklagten vorschreiben würde, ist nicht ersichtlich. Auch eine Übung wurde durch die Klägerin nicht nachgewiesen. Ob der Beklagte und seine Mutter in ihren Willensäusserungen allenfalls stillschweigend ein direktes Forderungsrecht vereinbart hatten, kann vorliegend offen bleiben, da der Vertragszweck dieses ohne jeden Zweifel verlangt. Zweck des vorliegenden Vertrages ist in erster Linie, die Voraussetzungen der Visumserteilung für die Mutter des Beklagten zu erfüllen. Ohne die Garantieerklärung bzw. den darin enthaltenen Vertrag zu Gunsten Dritter hätte die Mutter des Beklagten kein Visum erhalten und nicht einreisen können. Die Voraussetzungen für die Visumserteilung sind aber nur dann erfüllt, wenn die Verpflichtung des Garanten in der Schweiz auch durch die Gläubiger selbst durchgesetzt werden kann. Offensichtlich hätte vorliegend die Mutter des Beklagten als Gläubigerin des Vertrags kein Interesse daran, die Leistung an die Klägerin von ihrem Sohn zu verlangen.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass zwischen dem Beklagten und seiner Mutter ein echter Vertrag zu Gunsten Dritter abgeschlossen wurde, worin der Beklagte sich verpflichtete, für alle Kosten des Aufenthaltes seiner Mutter, insbesondere auch für Krankheitskosten aufzukommen, soweit diese nicht bereits durch die Mutter oder anderweitig bezahlt worden sind. Da die Höhe der Forderung nicht bestritten wurde, ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den eingeklagten Betrag zu bezahlen.

(Kantonsgericht, 1. März 2000, i.S. K./M.)

*Art. 697a ff. OR. – Formelle und materielle Voraussetzungen für die Anordnung einer Sonderprüfung. Es obliegt dem Gesuchsteller, den Zusammenhang zwischen dem von ihm anvisierten Aktionärsrecht und dem Thema der beantragten Untersuchung glaubhaft zu machen. Ferner hat der Gesuchsteller die konkreten Gesetzes- oder Statutenverletzungen substantiiert darzulegen.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Das Institut der Sonderprüfung gemäss Art. 697a ff. OR ist bei der Aktienrechtsrevision von 1991 mit dem Ziel eingeführt worden, die Informationslage der Aktionäre zu verbessern (BGE 123 III 261 ff. E. 2a; 120 II 393 ff. E. 4). Die Anordnung einer Sonderprüfung fällt im Kanton Zug in die Zuständigkeit des Einzelrichters im summarischen Verfahren (§ 135 Abs. 2 Ziff. 48bis ZPO). Die Gesuchsgegnerin hat ihren Sitz im Kanton Zug. Das Kantonsgerichtspräsidium Zug ist daher für die Beurteilung des vorliegenden Gesuchs zuständig, was von den Parteien nicht bestritten wird.

2. Jeder Aktionär kann der GV beantragen, bestimmte Sachverhalte durch eine Sonderprüfung abklären zu lassen, sofern dies zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist und er das Recht auf Auskunft oder Einsicht bereits ausgeübt hat (Art. 697a Abs. 1 OR). Entspricht die GV dem Antrag

nicht, so können Aktionäre, die zusammen mindestens 10% des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von Fr. 2 Mio. vertreten, innert drei Monaten den Richter ersuchen, einen Sonderprüfer einzusetzen (Art. 697b Abs. 1 OR).

3. Im vorliegenden Fall ist aktenkundig, dass an der ordentlichen GV der Gesuchsgegnerin vom 20. Januar 2000 von einem Aktionär die Durchführung einer Sonderprüfung beantragt worden ist, nachdem dieser das Recht auf Auskunft ausgeübt hatte. Ferner ist erstellt, dass das Gesuch um Auskunft oder Einsicht im Wesentlichen zum gleichen Gegenstand, auf den das vorliegende Gesuch um Sonderprüfung abzielt, gestellt wurde (vgl. BGE 123 III 261 ff. E. 3a; Böckli, a.a.O., N 1866). Der Gesuchsteller 1 verlangte nämlich mit eingeschriebenem Brief vom 10. Januar 2000 sowohl Auskunft als auch vorsorglich eine Sonderprüfung gemäss Art. 697b OR über die Umbuchungen, welche gegenüber der GV vom 25. Mai 1999 getätigt wurden.

Unbestritten ist, dass die GV vom 20. Januar 2000 dem Antrag auf Sonderprüfung nicht entsprochen hat. Schliesslich steht fest, dass die Gesuchsteller zusammen mehr als 10% des Aktienkapitals der Gesuchsgegnerin vertreten und ihre Gesuche innert der gesetzlichen Frist von drei Monaten beim Kantonsgerichtspräsidium Zug eingereicht haben.

Die formellen Voraussetzungen für die Anordnung einer Sonderprüfung (Ausübung des Auskunfts- oder Einsichtsrechts, ablehnender GV-Beschluss, Höhe der Kapitalbeteiligung, Klagefrist) sind somit erfüllt.

4. Nachfolgend bleibt zu prüfen, ob auch die materiellen Voraussetzungen der Sonderprüfung erfüllt sind, d.h. ob einerseits von den Gesuchstellern glaubhaft gemacht worden ist, dass Organe der Gesuchsgegnerin Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben (Art. 697b Abs. 2 OR) und ob andererseits die verlangte Sonderprüfung zur Ausübung der Aktionärsrechte der Gesuchsteller erforderlich ist (Art. 697a Abs. 1 OR).

4.1 Bei der Sonderprüfung geht es nicht um die Kritik von Ermessensentscheiden und die Zweckmässigkeit von Geschäftsentscheiden, nicht um Wertungen, Erstattung von Rechtsgutachten oder überhaupt um rechtliche Beurteilungen. Jede Sonderprüfung ist demnach zweckgerichtete Tatsachenforschung. Ferner ist die Sonderprüfung eine Untersuchung von hinreichend bestimmten Sachverhalten, was freifliegende Suchaktionen im Innenleben der Gesellschaft ausschliesst. Die Sonderprüfung dient auch nicht der Abklärung undefinierter Rechtswidrigkeiten oder gar blosser Unzulänglichkeiten, sie dient nicht der umfassenden Untersuchung der Geschäftsführung im allgemeinen oder der Geschäftspolitik und in der Regel auch nicht dazu, die Richtigkeit von Angaben der Unternehmensleitung im Geschäftsbericht überprüfen zu lassen. Die Sonderprüfung muss auf die Klärung einzelner konkreter Sachverhalte beschränkt bleiben. Die einzelnen Gegenstände müssen immer individualisiert und konkretisiert werden. Die Stossrichtung

der Prüfung muss immer übereinstimmen mit der Stossrichtung der Aktionärsrechte, denen sie dient (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. A., Zürich 1996, N 1872 und 1877; Casutt, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1991, S. 43 f. N 16 ff., S. 48 N 28 f.; Weber, in: Honsell/Vogt/Watter, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Basel und Frankfurt a.M. 1994, N 11, 16 f. und 23 zu Art. 697a OR).

4.2 Das Glaubhaftmachen betrifft sowohl Tat- wie Rechtsfragen. In tatsächlicher Hinsicht sind bestimmte Handlungen oder Unterlassungen von Gründern oder Organen und der damit zusammenhängende Schaden glaubhaft zu machen. Es braucht somit nicht die volle Überzeugung des Gerichts vom Vorhandensein dieser Tatsachen herbeigeführt zu werden, sondern es genügt, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür spricht, auch wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnten. Das Gericht darf weder blossе Behauptungen genügen lassen noch einen stringenten Beweis verlangen. Es hat vielmehr in wertender Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen die von den Gesuchstellern behaupteten Verdachtsmomente auf ihre Wahrscheinlichkeit hin zu prüfen. Zu weit ginge allerdings, die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum vorsorglichen Rechtsschutz uneingeschränkt zu übernehmen, wonach einem Begehren bereits zu entsprechen ist, wenn es sich nach einer summarischen Prüfung der massgebenden Rechtsfragen nicht als aussichtslos erweist. Bei allzu grosszügiger Handhabung des Erfordernisses des Glaubhaftmachens entstände nämlich ein Widerspruch zum Regelungsgedanken des Gesetzgebers, wonach die zwangsweise Sonderprüfung nicht leichthin zuzulassen ist (BGE 120 II 393 ff. E. 4c, m.w.H.; vgl. auch Urteil der Justizkommission des Obergerichts vom 21. Januar 1994 i.S. S. gegen A. etc. = JZ 1993/121.217, S. 7, E. 3a). Bei der Beurteilung der materiellen Voraussetzungen gilt es auch, das Interesse der Gesellschaft im Auge zu behalten. Die Sonderprüfung gibt dem Aktionär mittelbar das Recht, in interne Verhältnisse der Gesellschaft einzudringen. Die Sonderprüfung stellt deshalb immer einen Eingriff in die Geheimsphäre der Gesellschaft dar, was ein gewisses Schädigungspotential in sich birgt, und dies namentlich deshalb, weil den Aktionär keine Treuepflicht und damit auch keine Geheimhaltungspflicht trifft (Casutt, a.a.O., S. 17 ff. N 3 ff.).

5. Eine erste materielle Voraussetzung für den Antrag ist, dass ein zulässiger Gegenstand einer Sonderprüfung gegeben ist und die Abklärung des Sachverhaltes auf dem ausserordentlichen Weg der Sonderprüfung zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist (Art. 697a Abs. 1 OR).

5.1 Die Sonderprüfung kann sich auf alle Gegenstände beziehen, die für die Beurteilung der wirtschaftlichen und finanziellen Lage der Gesellschaft von Bedeutung sind. Es genügt, wenn zwischen dem Sonderprüfungsbegehren und der Ausübung von Aktionärsrechten ein Zusammenhang erkennbar ist. Eine Sonderprüfung setzt aber auch ein aktuelles Rechtsschutzinteresse

der Gesuchsteller voraus. Massgebend für die thematische Begrenzung der Zulässigkeit eines Sonderprüfungsbegehrens ist das Informationsbedürfnis der antragstellenden Aktionäre, wie es der Verwaltungsrat nach Treu und Glauben aus dem vorgängigen Auskunfts- oder Einsichtsbegehren erkennen musste. Dabei darf sich der Verwaltungsrat zwar nicht hinter einer wortklaubereischen Auslegung verschanzen und zum vornherein nur ausdrücklich gestellte Fragen beantworten. Auf der anderen Seite ist aber auch den Aktionären zuzumuten, bei der Formulierung ihres Auskunfts- oder Einsichtsbegehrens eine gewisse Sorgfalt aufzuwenden und darin so klar, wie es ihnen aufgrund ihres Kenntnisstandes möglich ist, zum Ausdruck zu bringen, wofür sie weiteren Aufschluss zu erhalten wünschen (BGE 123 III 261 ff. E. 3a). Selbstverständlich darf eine Sonderprüfung nicht über offenliegende, aufgeklärte Sachverhalte durchgeführt werden, da die Aktionäre bereits in der Lage wären, von ihren Rechten sinnvollen Gebrauch zu machen (Casutt, a.a.O., S. 41 N 12). Sie kann die Handlungen aller beteiligten Personen, insbesondere von Verwaltungsratsmitgliedern und Mitgliedern der Revisionsstelle, aber auch von sogenannten faktischen Organen sowie von leitenden Angestellten und Arbeitnehmern erfassen (Casutt, a.a.O., S. 53 N 39). Die Sonderprüfung kann grundsätzlich auch die Jahresrechnung betreffen (Casutt, a.a.O., S. 38 ff. N 8 ff.; s. auch BGE 123 III 261 ff. E. 3a; ZBJV 133/1997, S. 508 ff.).

Es obliegt den Gesuchstellern, den Zusammenhang zwischen dem von ihnen anvisierten Aktionärsrecht und dem Thema der beantragten Untersuchung glaubhaft zu machen. Das Aktionärsrecht, welches das Gesetz hier im Auge hat, ist vor allem die Verantwortlichkeitsklage, es kann sich aber bei gravierenden Vorfällen auch um die oppositionelle Ausübung von Mitwirkungsrechten handeln, wie zum Beispiel Antrag auf Amtseinstellung oder Abwahl einzelner Verwaltungsräte, Antrag auf Abberufung der Revisionsstelle, Verweigerung der Genehmigung der Jahresrechnung oder Entlastung der mit der Geschäftsführung betrauten Organe (Böckli, a.a.O., N 1870; Casutt, a.a.O., S. 50 ff. N 34 ff.).

5.2 Das von den Gesuchstellern anvisierte Aktionärsrecht ist offensichtlich die Verweigerung der Genehmigung der Jahresrechnung 1997. Einerseits bestreiten sie, die Jahresrechnung 1997 je anerkannt zu haben. Andererseits verzichten sie ausdrücklich auf eine Anfechtung des GV-Beschlusses vom 20. Januar 2000 betreffend die Genehmigung der Jahresrechnung 1997. Somit ist auch ihr Eventualbegehren, die Feststellung der Teil-Ungültigkeit der GV vom 20. Januar 2000 gänzlich seines Sinnes entleert. Dies führt aber dazu, dass die für die Anfechtungsklage statuierte Verwirklichungsfrist von zwei Monaten (Art. 706a Abs. 1 OR) bereits abgelaufen ist. Da offensichtlich auch kein Nichtigkeitsgrund im Sinne von Art. 706b OR vorliegt, gilt die Jahresrechnung 1997 als genehmigt. Das von den Gesuchstellern anvisierte Aktionärsrecht – die Nichtgenehmigung der Jahresrechnung 1997 – verliert deshalb jede Relevanz, weshalb eine Sonderprüfung nutzlos wäre.

Ob die Gesuchsteller neben der Nichtgenehmigung der Jahresrechnung die Ausübung von weiteren Aktionärsrechten anvisiert haben, ist dem Gesuch auch bei einer wohlwollenden Auslegung nicht zu entnehmen. Insbesondere erwähnen sie in keiner Weise den Problemkreis einer Verantwortlichkeitsklage. Ihre pauschalen Vorwürfe gegen den Verwaltungsrat und die Revisionsstelle reichen dafür jedenfalls nicht aus, weshalb davon auszugehen ist, dass das von ihnen anvisierte Aktionärsrecht einzig die Nichtgenehmigung der Jahresrechnung 1997 ist.

5.3 Selbst wenn angenommen würde, es läge ein aktuelles Rechtsschutzinteresse der Gesuchsteller vor, müsste das vorliegende Gesuch abgewiesen werden.

5.3.1 In ihrem Auskunftsbegehren vom 10. Januar 2000 verlangte der Gesuchsteller 1, es seien sämtliche Umbuchungen schriftlich offen zu legen, welche gegenüber der ordentlichen GV vom 25. Mai 1999 getätigt worden seien. In diesem Zusammenhang sei aber erwähnt, dass in dem von den Gesuchstellern 1 und 2 unterzeichneten Protokoll der GV vom 25. Mai 1999 unter den vorzunehmenden Korrekturbuchungen weder die von den Gesuchstellern beanstandeten Kontokorrent-Positionen noch die Delkredere-Position aufgelistet sind. Ferner führte der Gesuchsteller 1 in seinem Auskunftsbegehren aus: «Nachdem ich keine neue Bilanz per 31. Dezember 1997 (...) gemäss Art. 696 OR erhalten habe, beantrage ich vorsorglich eine Sonderprüfung gemäss (...) Art. 697b.» Aus diesem Auskunftsbegehren durfte der Verwaltungsrat nach Treu und Glauben nicht schliessen, mit der Zusendung einer Bilanz per 31. Dezember 1997 sei er seinen Auskunftspflichten nachgekommen.

Auf der andern Seite kann sich das Gericht nicht mit rudimentären Anträgen dergestalt begnügen, es seien gewisse Positionen der Jahresrechnung abzuklären. Der Antrag der Gesuchsteller, durch die Sonderprüfung sei die Jahresrechnung 1997 abzuklären, ist jedenfalls zu wenig bestimmt. Denn eine gesamte Prüfung des Jahresabschlusses würde sich auf alle oder eine unbestimmte Anzahl von Geschäftsvorfällen beziehen (Casutt, a.a.O., S. 48 f. N 30). Die Sonderprüfung ist aber weder eine flächendeckende Ausforschung noch eine «fishing expedition» (Böckli, a.a.O., N 1872; Weber, a.a.O., N 23 zu Art. 697a OR). Konkret bemängeln die Gesuchsteller einerseits die in der Jahresrechnung unter den Passiven erscheinenden Positionen 2002 und 2003 «KK X» und «KK Y» über insgesamt Fr. 437'873.40, andererseits die Delkredere-Position 1051. Sie müssten jedoch näher darlegen, warum das Zustandekommen und die Richtigkeit der betreffenden Positionen zu Zweifeln Anlass gibt und inwiefern die betreffenden Positionen zu untersuchen sind.

5.3.2 Zudem hat die Gesuchsgegnerin mit der Einreichung von vier Rechnungen, gestellt an die Z AG für Beratung und Mithilfe bei Umsetzungsarbeiten über insgesamt Fr. 711'620.25, welche die Gesuchsteller 1 und 2 selbst



unterzeichnet haben, die Behauptungen der Gesuchsteller erschüttert und die bezweifelten Sachverhalte offen gelegt. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ergibt sich aus Art. 8 ZGB nicht nur das Recht zum Beweis, sondern auch das Recht zum Gegenbeweis. Der Gegner der beweisbelasteten Partei hat einen Anspruch darauf, zum Beweis von Umständen zugelassen zu werden, die beim Richter Zweifel an der Richtigkeit der Gegenstand des Hauptbeweises bildenden Sachbehauptungen wach halten und diesen dadurch vereiteln sollen (BGE 120 II 393 ff. E. 4b). Es ist davon auszugehen, dass es X, der die Z AG beraten hat, obwohl sein Name auf den Rechnungen nicht ersichtlich ist, denn auch die Gesuchsteller anerkennen, dass X für die Z AG beratend tätig war. Im Verfahren auf gerichtliche Durchführung einer Sonderprüfung ist es ausserdem durchaus zulässig, die vorprozessual verweigerten Auskünfte über den Sonderprüfungsgegenstand im Prozess nachzuschieben und so die streitige Sonderprüfung gegenstandslos werden zu lassen (AGVE 1998, S. 40 ff. E. 2b/cc; Weber, a.a.O., N 2 zu Art. 697g OR). Das allfällige Versäumnis der Gesuchsgegnerin, gewisse Unterlagen nicht herausgegeben zu haben, wurde somit nachgeholt, so dass eine Sonderprüfung den Aktionären für diesen Problemkreis keine neuen Perspektiven eröffnen könnte, weshalb das Gesuch diesbezüglich auch aus diesem Grunde abzuweisen wäre (vgl. Casutt, a.a.O., S. 41 N 12).

Der Prüfungsantrag betreffend die Delkredere-Position, die offenbar aufgelöst wurde, da man sich in einem laufenden Prozess gute Erfolgschancen verspricht, scheidet hingegen bereits daran, dass es dabei nicht um die Abklärung eines Sachverhaltes, sondern um die Zweck- oder Rechtmässigkeit einer Handlung der Unternehmensführung geht. Die Tatsache, dass eine Rückstellung von rund Fr. 200'000.- aufgelöst wurde, steht nämlich fest. Es stellt sich nur noch die Frage, ob dies zweckmässig und rechtmässig war, was nicht von einem Sonderprüfer, sondern gegebenenfalls im Rahmen eines Verantwortlichkeitsprozesses untersucht werden müsste.

6. Wie in der Folge aufzuzeigen ist, müsste das vorliegende Gesuch auch noch aus einem weiteren Grund abgewiesen werden.

6.1 Die Gesuchsteller haben Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers, wenn sie glaubhaft machen, dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben (Art. 697b Abs. 2 OR). Der Vorgang, über den sich die Minderheitsaktionäre ins Bild setzen lassen wollen, muss somit mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit rechtswidrig sein. Um zu bestimmen, welche Handlungen einen Verstoß gegen Gesetz oder Statuten darstellen, können Lehre und Praxis zur Anfechtungsklage herangezogen werden. Es handelt sich dabei in erster Linie um die Verletzung zwingender oder dispositiver Normen des Aktienrechts und um die Verletzung von Statutenbestimmungen. Unter Gesetz ist die gesamte Rechtsordnung zu verstehen. Als Gesetzesverletzung gilt deshalb auch jeder Verstoß gegen allgemeine Rechtsnormen oder gegen

einen ungeschriebenen Grundsatz des Aktienrechts (Casutt, a.a.O., S. 52 N 37). Die Gesuchsteller müssen mindestens ihren Vorwurf klar umreissen und objektive Anhaltspunkte darlegen, aus denen sich der Schluss ergibt, dass das Behauptete wahrscheinlich ist. Sie müssen darlegen, welche Verhaltenspflicht die Unternehmensleitung nach ihrer Meinung verletzt hat und warum dieser Verstoß gegen die Regeln Schaden angerichtet, d.h. das Reinvermögen der Gesellschaft oder der Aktionäre vermindert hat. Der ursächliche Zusammenhang zwischen behauptetem Verstoß und behauptetem Schaden ist zwar nicht Gegenstand eines Beweises, wohl aber muss er sich nach der allgemeinen Lebenserfahrung aus der vorgebrachten summarischen Tatsachendarstellung als plausibel ergeben (Böckli, a.a.O., N 1867 ff.; Casutt, a.a.O., S. 52 ff. N 37 ff.).

6.2 Auch in diesem Zusammenhang machen die Gesuchsteller – wie schon betreffend den Prüfungsgegenstand (s. Ziff. 5.3.1 der Erwägungen) – weder irgendwelche Statutenverletzungen geltend, noch benennen sie das konkret zu beanstandende Verhalten der Organe der Gesuchsgegnerin. Vielmehr begnügen sie sich mit pauschalen Vorwürfen. Dies genügt jedoch in keiner Weise dem Erfordernis des Glaubhaftmachens, denn es liegt nicht am Gericht, allfällig von den Gesuchstellern Gemeintes herauszufinden. Die Gesuchsteller haben die konkreten Gesetzes- oder Statutenverletzungen substantiiert darzulegen. Dies bedeutet im vorliegenden Fall etwa, dass aufzuzeigen wäre, wie die Organe durch ihr Verhalten beispielsweise ihre Sorgfalts- oder Treuepflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR verletzt haben und warum sich daraus ein Schaden ergeben hat. Es genügt keineswegs zu behaupten, einige Positionen der Jahresrechnung seien fehlerhaft und die Gesellschaft oder die Aktionäre seien dadurch offensichtlich geschädigt worden, ohne konkrete Anhaltspunkte zu liefern, was genau im Gesellschaftsinnern falsch gelaufen sein soll. Die Gesuchsteller haben weder konkrete Pflichtverletzungen der Organe der Gesuchsgegnerin, noch einen Schaden – und folglich auch nicht den Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden – rechtsgenügend aufgezeigt. Es reicht eben nicht aus, wenn die Gesuchsteller im Wesentlichen ausführen, bei den betreffenden Positionen der Jahresrechnung könne etwas nicht stimmen, genauso wie reine Verdächtigungen noch keine Sonderprüfung rechtfertigen (Urteil der Justizkommission des Obergerichts vom 21. Januar 1994 i.S. S. gegen A. etc. = JZ 1993/121.217, S. 7, E. 3a; Casutt, a.a.O., S. 97 N 38).

Somit sind die Gesuchsteller ihrer Substanziierungslast nicht nachgekommen, weshalb sie ihrer Angriffsrechte verlustig gehen.

(Kantonsgerichtspräsidium, 28. September 2000, i.S. M./F. AG)

*Art. 727 f. OR / Art. 86 Abs. 3 HRegV – Voraussetzungen für den Widerruf der Auflösung einer Gesellschaft infolge nachträglicher Eintragung einer Revisionsstelle im Handelsregister*

*Aus den Erwägungen:*

Der Widerruf der Auflösung infolge nachträglicher Eintragung einer Revisionsstelle ist im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen. Indessen gilt es zu beachten, dass der Handelsregisterführer die Möglichkeit hat, bei Aktiengesellschaften, die mangels rechtmässiger Zusammensetzung des Verwaltungsrates oder mangels rechtmässiger Ordnung der Vertretung (vgl. Art. 708 OR) oder welche infolge fehlenden Rechtsdomizils am Ort des statutarischen Sitzes aufgelöst wurden, die im Handelsregister eingetragene Auflösung zu widerrufen, wenn binnen drei Monaten nach Eintragung der Auflösung der gesetzliche Zustand wieder hergestellt wird (vgl. Art. 86 Abs. 3 HRegV und Art. 88a Abs. 2 HRegV). Die Auflösung einer Aktiengesellschaft mangels Eintragung einer Revisionsstelle ist mit den eben erwähnten Auflösungsständen vergleichbar. Es rechtfertigt sich daher, auch auf den vorliegenden Fall Art. 86 Abs. 3 HRegV analog anzuwenden. Die dreimonatige Frist gilt dann als gewahrt, wenn binnen drei Monaten der gesetzliche Zustand wieder hergestellt wird. Die Gesellschaft hat innerhalb der erwähnten Frist eine ordnungsgemässe Anmeldung der Revisionsstelle dem Handelsregisteramt einzureichen.

Die Verfügung des Kantonsgerichtspräsidiums Zug vom 24. Februar 2000, mit welcher die Gesuchstellerin aufgelöst wurde, ist der Gesuchstellerin am 28. Februar 2000 zugestellt worden. Das vorliegende Wiedererwägungsgesuch und das Schreiben der Gesuchstellerin, mit welchem die Revisionsstelle beim Handelsregisteramt zur Eintragung angemeldet wurde, datieren vom 25. Mai 2000 und wurden somit innert der dreimonatigen Frist eingereicht. Am 20. Juni 2000 wurde die entsprechende Eintragung im Handelsregister vorgenommen. Die mit Verfügung des Kantonsgerichtspräsidiums Zug vom 24. Februar 2000 angeordnete Auflösung der Gesuchstellerin ist demnach zu widerrufen. Das Handelsregisteramt Zug ist zu ersuchen, beim Firmaeintrag der Gesuchstellerin und beim Registereintrag von X. und Y. die angefügten Zusätze «in Liquidation» resp. «Liquidator» zu löschen.

(Kantonsgerichtspräsidium, 23. Juni 2000, i.S. T. AG/Handelsregisteramt).



### III. Schuldbetreibung und Konkurs

*Art. 22, 39 Abs. 1, 173 Abs. 2 und 174 Abs. 1 SchKG; § 208 Ziff. 1 ZPO. – Keine Legitimation des Konkursamtes zur Beschwerde gegen das Konkursdekret, um dessen Nichtigkeit feststellen zu lassen (E. 1; Änderung der Rechtsprechung). Ein Konkursdekret darf von den Konkursbehörden dann als unwirksam betrachtet und sein Vollzug abgelehnt werden, wenn es offensichtlich nichtig ist und die Durchführung des Konkurses noch nicht an die Hand genommen wurde (E. 3).*

*Aus den Erwägungen:*

1. Gemäss Art. 174 Abs. 1 SchKG kann der Entscheid des Konkursgerichtes innert 10 Tagen nach seiner Eröffnung an das obere Gericht weitergezogen werden, und die Parteien können dabei neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Nach dem zugerischen Verfahrensrecht steht dafür das Rechtsmittel der Beschwerde an die Justizkommission des Obergerichtes zur Verfügung (§ 208 Ziff. 1 ZPO). Die Rechtsmittellegitimation bestimmt sich grundsätzlich aber gleichwohl nach dem Bundesrecht (vgl. Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. A., Bern 1997, § 36 RZ 53). Danach sind der Schuldner sowie der Gläubiger, der das Konkursbegehren gestellt hat, zum Weiterzug legitimiert, nicht aber die Gläubiger, die am Verfahren nicht beteiligt waren (BGE 111 III 68; 123 III 403 für den Fall der Konkursöffnung zufolge Insolvenzerklärung des Schuldners).

Die Legitimation des Konkursamtes wird von der kantonalen Praxis uneinheitlich beurteilt (vgl. zum Nachweis Roger Giroud in: Stähelin/Bauer/Stähelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, Basel/Genf/München 1998, N 14 zu Art. 174). Die bisherige zugerische Praxis hat die Legitimation des Konkursamtes für den Fall, dass dieses die Nichtigkeit des Konkursdekretes geltend macht, bejaht, letztmals in einem Entscheid vom 16. Juli 1993 (JZ 1993/57.97). Die Justizkommission hat sich dort im Wesentlichen auf die Meinung Brands (SJK 1994, S. 3) sowie Werner Baumanns (Die Konkursöffnung nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Diss. Zürich 1997, S. 140 Anm. 5) gestützt, welche Autoren dem nicht betreibenden Gläubiger ausnahmsweise im Falle der Konkursöffnung durch einen örtlich unzuständigen Richter die Rechtsmittellegitimation zusprechen wollen; diese Legitimation folge aus der Nichtigkeit des diesbezüglichen Erkenntnisses. Die Justizkommission hielt deshalb dafür, es sei nicht einzusehen, weshalb nicht auch das Konkursamt, stellvertretend für die Gläubiger, zur Ergreifung dieses Rechtsmittels legitimiert sein sollte. Sie führte dazu im Weiteren aus, trage man nämlich der in BGE 100 III 22 geäußerten Ansicht des Bundesgerichtes konsequent Rechnung, wonach die Verantwortung für die Konkursöffnung allein der Richter trage, auch wenn dieser in anderen Angelegenheiten gewisse Fragen der

Behörde zuzuweisen habe, könnte das Konkursamt es nicht ablehnen, ein Konkursverfahren aufgrund einer nichtigen Konkursöffnung durchzuführen. Letztlich trüge sonst die Verantwortung für die Konkursöffnung nicht der Konkursrichter bzw. die Rechtsmittelinstanz, sondern die Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs.

Dieser Entscheid der Justizkommission erging allerdings noch unter dem alten Recht. Dieses bezeichnete die zur Weiterziehung Berechtigten nicht. Aus dem Wortlaut von Art. 174 Abs. 1 des revidierten SchKG geht dagegen unmissverständlich hervor, dass «die Parteien» das Konkurserkennnis weiterziehen können. Das Bundesgericht hat deshalb in einem jüngsten Entscheid BGE 123 III 402 festgehalten, dass unter diesen Umständen von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers auszugehen sei (mit Hinweis auf BGE 123 II 69 E. 3, insbes. 3c S. 73; 120 V 15 E. 4a unten). Zwar betraf der Entscheid die Frage der Beschwerdelegitimation der Gläubiger im Falle der Konkursöffnung zufolge Insolvenzerklärung des Schuldners. Roger Giroud (a.a.O., N 14 zu Art. 174) folgert aber daraus – zu Recht – allgemein, dass auch das Konkursamt nicht Partei und somit ebenfalls nicht zu einem Weiterzug des Konkursdekretes legitimiert sei. An der bisherigen Rechtsprechung der Justizkommission, wonach das Konkursamt ausnahmsweise zur Beschwerde gegen das Konkursdekret legitimiert ist, wenn es damit die absolute Nichtigkeit einer Konkursöffnung feststellen lassen will, kann deshalb unter dem geltenden Recht nicht mehr festgehalten werden. Auf die Beschwerde ist daher unter diesem Gesichtspunkt nicht einzutreten.

2. a) Nach Art. 39 Abs. 1 SchKG unterliegt nur derjenige Schuldner der Konkursbetreibung, der in einer bestimmten Eigenschaft im Handelsregister eingetragen ist. Fehlt es an einem solchen Eintrag, gleichgültig aus welchem Grunde, kann eine Betreibung nicht auf Konkurs fortgesetzt werden. Es ist mithin ein leitender Grundsatz des Gesetzes, dass (von den besonderen Ausnahmen abgesehen) der Konkurs nur über den Eingetragenen eröffnet werden soll, und dieser Grundsatz soll nach Möglichkeit von Amtes wegen beachtet werden. Es hat daher noch der Konkursrichter, wenn er findet, dass der Schuldner nicht der Konkursbetreibung unterliegt, gestützt auf Art. 173 Abs. 2 SchKG das Konkurserkennnis auszusetzen und den Fall der Aufsichtsbehörde zu überweisen (Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, 3. A., Zürich 1993, § 36 Rz 2). Die Fortsetzung der Betreibung auf dem Wege der Pfändung anstatt des Konkurses (oder umgekehrt) ist nach der Rechtsprechung nichtig (Walder, SchKG Textausgabe, 14. A., Zürich 1997, S. 25 mit Hinweis auf BGE 120 III 106). Fehlt es aber an einer gültigen Konkursandrohung, so ist grundsätzlich auch die Konkursöffnung als nichtig zu betrachten.

b) Aufgrund der vorliegenden Akten ist davon auszugehen, dass S. im Zeitpunkt der Konkursöffnung nicht im Handelsregister eingetragen war. Laut dem Handelsregisteramt Olten-Gösgen war auch früher nie eine Einzel-

firma S. Fugentechnik in Niedergösgen eingetragen. Hingegen war S. nach Angaben des Handelsregisteramtes Olten-Gösgen bis 1997 als geschäftsführendes Mitglied der im Oktober 1998 von Amtes wegen gelöschten S. T. GmbH im Handelsregister eingetragen. Jedenfalls wurde über ihn Anfang 1999 der Konkurs eröffnet. Weshalb der Schuldner, als er vom Betreibungsbeamten danach befragt wurde, behauptete, dass er als Inhaber der besagten Einzelfirma im Handelsregister eingetragen sei, ist unerfindlich. Das Konkursdekret vom 14. November 2000 ist mithin als nichtig zu qualifizieren.

3. Nachdem die Justizkommission des Obergerichts als Rechtsmittelinstanz gegen Entscheide des Konkursrichters auf die Beschwerde des Konkursamtes mangels Legitimation nicht eintreten kann und demnach mit der Sache nicht befasst ist und demzufolge auch die Nichtigkeit des Konkursdekretes nicht feststellen kann, stellt sich die Frage, ob sie als kantonale Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs, welche Funktion sie in Personalunion ebenfalls wahrnimmt, dazu kompetent ist. Diese Frage stellt sich deshalb, weil die Nichtigkeit eines betreibungsrechtlichen Aktes von der Aufsichtsbehörde grundsätzlich auch ausserhalb eines Beschwerdeverfahrens von Amtes wegen festzustellen ist. Dies ist geboten, wenn die beanstandete Verfügung gegen zwingendes Recht verstösst, indem sie eine im öffentlichen Interesse oder im Interesse am Betreibungsverfahren nicht beteiligter Dritter aufgestellte Vorschrift verletzt (Art. 22 SchKG; BGE 115 III 26). Solche Verfügungen sind ex tunc nichtig; sie können, weil auch der Zeitablauf ihren Mangel nicht zu heilen vermag, überhaupt keine Wirkung entfalten. Es braucht dabei nur die Nichtigkeit festgestellt zu werden; die betreffende Verfügung muss nicht formell aufgehoben werden (Amonn/Gasser, a.a.O., § 6 Rz 34 f.).

a) Nach der älteren Rechtsprechung des Bundesgerichts waren die Konkursbehörden (Konkursbeamter und Aufsichtsbehörde) befugt, ein Konkurserkennnis auf seine Gesetzmässigkeit zu überprüfen und die Durchführung eines Konkurses abzulehnen, wenn sie es für gesetzwidrig oder doch für offenbar gesetzwidrig hielten (BGE 49 III 248 E. 3; 45 I 53; 30 I 849 E. 2). In dem bereits weiter oben zitierten Entscheid BGE 110 III 19 stellte das Bundesgericht diese Rechtsprechung mit dem Argument in Frage, dass der Entscheid über das Konkursbegehren diesfalls letztlich den Aufsichtsbehörden zugeschoben würde, was mit der im Gesetz vorgesehenen Verteilung der Kompetenzen zwischen Konkursrichter und Aufsichtsbehörden wohl kaum vereinbar sein dürfte. Das Gericht liess die Frage dann aber offen und hielt fest, dass eine Überprüfungsbefugnis jedenfalls – wenn überhaupt – höchstens dann in Betracht kommen könne, wenn das Konkursdekret offensichtlich gesetzwidrig wäre, was in dem vom Bundesgericht dort zu beurteilenden Fall nicht zutraf. Das Gericht legte im Weiteren Wert darauf, dass die Frage der Überprüfungsbefugnis nach der bisherigen Bundesgerichtspraxis auf die Einleitung des Konkursverfahrens beschränkt sei. Habe der Konkursbeamte die Durchführung des Konkurses einmal an die Hand genommen, so könne

er bzw. die Aufsichtsbehörde auf das Konkurserkennntnis nicht mehr zurückkommen, auch wenn dieses an einem Mangel leiden sollte. Aus dieser Rechtsprechung kann geschlossen werden, dass das Bundesgericht den Konkursbehörden allenfalls unter den genannten einschränkenden Bedingungen eine Überprüfungs-kompetenz nach wie vor zubilligen könnte. Auch die Rechtsprechung in Kantonen, die bereits unter dem früheren SchKG dem Konkursamt die Legitimation zum Weiterzug des Konkurserkennntnisses abgesprochen haben, hielt es demgegenüber für zulässig, dass das Amt bzw. die Aufsichtsbehörde im Falle der Nichtigkeit des richterlichen Erkenntnisses dessen Vollzug verweigere. So entschied etwa die obere Aufsichtsbehörde des Kantons Waadt in einem Entscheid vom 10. Dezember 1964 und die II. Zivilkammer des Zürcher Obergerichts noch in einem Entscheid vom 15. November 1988 (ZR 88/1989, S. 55 f.) unter Berufung auf den Kommentar Jaeger (N 21 zu Art. 221 SchKG).

b) Die Justizkommission schliesst sich dieser Rechtsprechung unter den einschränkenden Bedingungen an, wonach ein Konkursdekret von den Konkursbehörden dann als unwirksam betrachtet und sein Vollzug abgelehnt werden darf, wenn es offensichtlich nichtig ist und die Durchführung des Konkurses noch nicht an die Hand genommen wurde. Es ist dem Konkursamt nicht zuzumuten, aufgrund eines absolut nichtigen Konkursdekretes ein Konkursverfahren durchzuführen, wenn es dies rechtzeitig vor der Anhandnahme des Konkursverfahrens feststellt.

4. Nach dem Gesagten ist von der Justizkommission als zivilprozessuale Rechtsmittelinstanz auf die Beschwerde des Konkursamtes nicht einzutreten. Hingegen hat die Justizkommission in ihrer Eigenschaft als kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibung und Konkurs die Nichtigkeit des Konkursdekretes des Kantonsgerichtspräsidiums Zug vom 14. November 2000 sowie der Konkursandrohung vom 7. September 2000 in der Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes X. festzustellen. Letztere ist sodann von Amtes wegen – zufolge Nichtigkeit – aufzuheben, und das Betreibungsamt X. ist anzuweisen, die Betreibung auf dem Wege der Pfändung fortzusetzen.

(Justizkommission, 28. Dezember 2000, i.S. Konkursamt/M. AG)

*Art. 33 Abs. 4 SchKG – Wiederherstellung der Frist (für die Erhebung des Rechtsvorschlages). Das geltend gemachte Hindernis muss absolut unverschuldet sein. Der Beschwerdeführer wäre fähig gewesen, rechtzeitig die geeigneten Vorkehren zur Wahrung seiner Interessen für die Zeit zu treffen, in der vorhersehbar die Gefahr besteht, dass er nicht selber handeln kann.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Wer durch ein unverschuldetes Hindernis davon abgehalten worden ist, innert Frist zu handeln, kann gemäss Art. 33 Abs. 4 SchKG die Aufsichtsbe-



hörde 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) Der Gesuchsteller führt als unverschuldetes Hindernis eine zeitweilige Handlungsunfähigkeit aufgrund einer bei ihm bestehenden traumatischen Hirnschädigung an, die ihrerseits Folge zweier erlittener Unfälle ist. Nach dem von ihm eingereichten ärztlichen Zeugnis vom 18. März 2000 hat diese Hirnschädigung beträchtliche kognitive Beeinträchtigungen zur Folge, welche in ihrer Ausprägung etwas schwanken. Das Zeugnis bestätigt sodann, dass diese neuropsychologischen und intellektuellen Defizite eine definitive Arbeitsunfähigkeit und Invalidität sowie zeitweilig auch eine Handlungsunfähigkeit des Gesuchstellers zur Folge hätten. Besonders starke Auswirkungen hätten die Beeinträchtigung des Gedächtnisses mit grosser Vergesslichkeit sowie eine Störung des konzeptuellen Denkens. Der Gesuchsteller sei dadurch zeitweise ausser Stande, einfache und logische Handlungen zur Wahrung der eigenen Interessen zu vollziehen.

Gestützt auf dieses ärztliche Attest macht der Gesuchsteller im Wesentlichen geltend, er habe die Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlages aus krankheitsbedingten Gründen versäumt. Es sei im Einzelfall nicht voraussehbar und lasse sich rückwirkend natürlich auch nicht für jeden einzelnen Tag bzw. für jede einzelne Zeitperiode feststellen, ob er gerade aufgrund seiner traumatischen Hirnschädigung handlungsfähig sei bzw. gewesen sei oder nicht. Phasen relativer Handlungsfähigkeit und Phasen relativer Handlungsunfähigkeit wechselten sich in unregelmässiger Reihenfolge ab und seien grundsätzlich nicht vorhersehbar und auch nur schwer beeinflussbar. Allein aus der Tatsache, dass er aufgrund seiner Ausbildung durchaus in der Lage sei, dann, wenn es ihm gut gehe, rational zu handeln, sei allerdings schon die Schlussfolgerung zu ziehen, dass sein Verhalten im vorliegenden Fall derart unerklärlich sei, dass es nur darauf zurückgeführt werden könne, dass er in einer Phase relativer Handlungsunfähigkeit nicht in der Lage gewesen sei, korrekt zu handeln.

b) Ob der Gesuchsteller tatsächlich infolge seiner attestierten traumatischen Hirnschädigung und deren Auswirkungen auf sein Denken und Handeln verhindert war, innert der 10tägigen Frist Rechtsvorschlag zu erheben, ist fraglich. Aus dem Arzzeugnis geht jedenfalls nicht deutlich hervor, dass die Phasen, während derer er jeweils handlungsunfähig und ausserstande ist, «einfache und logische Handlungen zur Wahrung der eigenen Interessen» vorzunehmen, von anhaltender, längerer Dauer als die 10tägige Rechtsvorschlagsfrist sind bzw. waren. Wahrscheinlicher scheint deshalb, dass die ebenfalls attestierte «grosse Vergesslichkeit» des Beschwerdeführers der Grund für die Fristversäumnis darstellt. Wie es sich damit in Wirklichkeit verhält, kann indes dahingestellt bleiben. Das geltend gemachte Hindernis

muss nämlich absolut unverschuldet sein. Es muss also eine objektive Unmöglichkeit, höhere Gewalt, eine unverschuldete persönliche Unmöglichkeit oder ein entschuldbares Fristversäumnis vorliegen (Francis Nordmann, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I, Basel/Genf/München 1998, N 10 zu Art. 33). Selbst bei einem nur leichten zurechenbaren Verschulden muss die Restitution scheitern. Bezüglich der subjektiven Voraussetzungen für die Wiederherstellung lehnt sich Art. 33 Abs. 4 SchKG an Art. 35 Abs. 1 OG und Art. 24 Abs. 1 VwVG an (Botschaft über die Änderung des SchKG vom 8. Mai 1991, Separatdruck, S. 46). Die Praxis zu Art. 35 OG bejaht Schuldlosigkeit, wenn die Verhinderung durch einen Umstand eingetreten ist, der nach den Regeln vernünftiger Interessenwahrung auch von einem sorgsamem Geschäftsmann nicht befürchtet zu werden braucht, oder dessen Abwendung übermässige Anforderungen gestellt hätte (Birchmeier, Bundesrechtspflege, Zürich 1950, N 3 zu Art. 35).

c) Aus dem eingereichten Arzzeugnis und den Ausführungen des Beschwerdeführers im Restitutionsgesuch ist zu entnehmen, dass die traumatische Hirnschädigung und deren Auswirkungen offensichtlich schon seit einiger Zeit bestehen. Die beiden dafür ursächlichen Unfälle haben sich nach der Darstellung des Gesuchstellers jedenfalls in der zweiten Hälfte der achtziger Jahre und im Jahre 1998 ereignet. Der Gesuchsteller macht nun nicht geltend, dass ihm diese Beeinträchtigungen nicht seit längerer Zeit bekannt gewesen wären. Er kann deshalb auch nicht behaupten, dass ihn diese Störungen völlig unvorbereitet und unvorhersehbar getroffen hätten. Er hätte deshalb vernünftigerweise schon vor geraumer Zeit geeignete Vorkehrungen treffen müssen, um zu verhindern, dass er zufolge seines Gesundheitszustandes zeitweise nicht in der Lage sein könnte, seine Interessen zeitgerecht zu wahren bzw. wahren zu lassen. Dass er aber hiezu durchaus im Stande gewesen wäre, zeigt sich ohne weiteres darin, dass er – nachdem er festgestellt hatte, dass er die Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlages in der vorliegenden Betreuung versäumt hatte – einen Rechtsvertreter konsultieren und mit der Wahrung seiner Interessen beauftragen konnte. Im Übrigen hat der Gesuchsteller in seiner Replik auf die Vernehmlassung der Gläubigerin selber eingestanden, dass er ein Fahrzeug lenkt. Wer aber bei den heutigen Anforderungen des Strassenverkehrs offenbar ein Fahrzeug zu lenken im Stande ist, von dem kann ohne weiteres erwartet werden, dass er auch fähig ist, die geeigneten Vorkehrungen zur Wahrung seiner Interessen für die Zeit zu treffen, in der vorhersehbar die Gefahr besteht, dass er selber nicht handeln kann. Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung lässt denn eine Erkrankung nur dann als unverschuldetes Hindernis gelten, wenn es sich dabei um eine schwere und plötzliche Erkrankung handelt, sodass der Rechtsuchende infolge der Krankheit selbst davon abgehalten wurde, innert Frist zu handeln oder unfähig war, eine Drittperson mit der entsprechenden Handlung zu betrauen (BGE 112 V 255). Wenn der Beschwerdeführer aber offen-

sichtlich die notwendigen Vorkehrungen zu seiner Interessenwahrung unterliess, obschon er jederzeit damit rechnen musste, dass er infolge seiner gesundheitlichen Störungen ausser Stande sein könnte, die erforderlichen Rechtshandlungen rechtzeitig vorzunehmen, hat er sich das als Verschulden i.S.v. Art. 33 Abs. 4 SchKG anrechnen zu lassen. Damit mangelt es aber an der Voraussetzung des unverschuldeten Hindernisses für die Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist.

(Justizkommission als AB SchKG, 19. April 2000, i.S. S./Betreibungsamt X.)

*Art. 67 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG und Art. 69 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG. – Im Betreibungsbegehren muss jeder Gläubiger neben seinem Namen seine tatsächliche Adresse angeben. Das Gleiche gilt für einen allfälligen Vertreter des Gläubigers bzw. der Gläubiger. Fehlt eine Adresse oder handelt es sich um eine fiktive Angabe, so ist dem Betreibungsbegehren keine Folge zu geben. Ein trotzdem ausgestellter Zahlungsbefehl ist mit Beschwerde gemäss Art. 17 Abs. 2 SchKG anfechtbar, und der Zahlungsbefehl ist aufzuheben, wenn der Gläubiger innert einer ihm bzw. seinem Vertreter anzusetzenden Frist seinen wirklichen Wohnort nicht nennt.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Nach Art. 67 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG sind im Betreibungsbegehren u.a. der Name und Wohnort des Gläubigers und seines allfälligen Bevollmächtigten sowie, wenn der Gläubiger im Auslande wohnt, das von demselben in der Schweiz gewählte Domizil anzugeben. Gemäss Art. 69 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG muss auch der Zahlungsbefehl diese Angaben enthalten.

Neben dem Namen des Betreibungsgläubigers ist also auch dessen Wohnort, d.h. dessen genaue Adresse anzugeben, und zwar selbst dann, wenn über die Identität des Gläubigers kein Zweifel besteht und ein Bevollmächtigter mit gehörig bezeichneter Adresse für ihn handelt (BGE 93 III 50 E. 2 mit Hinweis auf 87 III 57 f. E. 2). Erforderlich ist die Angabe des wirklichen Wohnortes («domicile réel»); die Angabe eines bloss fiktiven Wohnsitzes des Gläubigers («domicile fictif») genügt nicht (BGE 114 III 65 f.; 93 III 50 E. 2 mit weiteren Verweisen). Ebenso ungenügend ist die Angabe des Wohnortes bloss eines Vertreters des Gläubigers. Dem Schuldner soll damit die direkte Kontaktaufnahme mit seinem Gläubiger ermöglicht werden (Sabine Kofmel Ehrenzeller in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I, Basel/Genf/München, 1998, N 20 zu Art. 67). Hat der Gläubiger den bisherigen Wohnsitz gänzlich aufgegeben, befindet er sich also nicht nur zu einem vorübergehenden Zweck (sei es auch für längere Zeit) an einem andern Ort, so ist die neue Wohnadresse anzugeben, wo er tatsächlich erreichbar ist, selbst wenn er eines eigentlichen Wohnsitzes entbehrt (BGE 87 III 59 E. 4). Wählen die

Gläubiger – wie im vorliegenden Fall – einen Vertreter, der ihre Interessen in einer Betreibung wahrnehmen soll, ist auch dessen Wohnort nach Art. 67 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG in gleicher Weise genau anzugeben.

a) Der Beschwerdeführer macht geltend, A. wohne nicht an der von ihm im Betreibungsbegehren angegebenen Adresse. In der Tat ist aufgrund der vom Beschwerdeführer vorgelegten Auskunft des Personenmeldeamtes der Stadt Zürich vom 20. November 1998 davon auszugehen, dass A. im fraglichen Zeitpunkt nicht mehr an der angegebenen Adresse wohnte, sondern am 28. August 1998 ohne Adress- bzw. Ortsangabe nach einem unbekanntem Ort weggezogen ist. A. konnte denn auch die Einladung zur Vernehmlassung zur vorliegenden Beschwerde an der von ihm angegebenen Adresse nicht zugestellt werden, da er die ihm an der besagten Adresse avisierte Sendung nicht innert der ihm angesetzten Frist beim Postamt abholte. Auch aus dem vom Beschwerdeführer eingereichten Auszug aus dem Amtsblatt des Kantons Zürich vom 18. Dezember 1998 geht hervor, dass er an der angegebenen Adresse offenbar nicht angetroffen werden kann und sein Aufenthalt unbekannt ist, da ihm ein Rechtsmittelentscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Oktober 1998 auf dem Ediktalweg zugestellt werden musste. Diese Zustellungsart ist aber nach zürcherischem Recht nur dann zulässig, wenn der Aufenthaltsort der betreffenden Partei unbekannt ist. Schliesslich bestätigt auch das Betreibungsamt Zürich 6 in seiner Rückweisungsverfügung eines gegen A. gerichteten Betreibungsbegehrens vom 2. Dezember 1999, dass der Schuldner A. fortgezogen und die neue Adresse dem Amt nicht bekannt sei. Es steht aufgrund dieser Beweismittel mithin fest, dass A. im Betreibungsbegehren vom 11. November 1998 sowohl als Gläubiger wie auch als Vertreter der übrigen Betreibungsgläubiger einen fiktiven Wohnort angegeben hat.

b) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist dem Betreibungsbegehren keine Folge zu geben, wenn das Betreibungsbegehren überhaupt keine Angabe über den Wohnort des Gläubigers enthält (BGE 47 III 123/124, 82 III 129 E. 2). Das Gleiche muss gelten, wenn dem Betreibungsamt bekannt ist, dass der Gläubiger nicht seinen wirklichen Wohnort angegeben hat (BGE 93 III 50 E. 2). Ist dem Betreibungsbeamten diese Tatsache indes nicht bekannt und stellt er deshalb den Zahlungsbefehl aus, ist dieser nach der eben zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung aber nicht nichtig, sondern lediglich anfechtbar. Der Betreibungsschuldner hat mithin den Zahlungsbefehl innert der Frist von Art. 17 Abs. 2 SchKG durch Beschwerde anzufechten, und der Zahlungsbefehl ist auf eine solche Beschwerde hin nur aufzuheben, wenn der Gläubiger innert einer ihm bzw. seinem Vertreter anzusetzenden Frist seinen wirklichen Wohnort nicht nennt (BGE 93 III 50/51 E. 2 mit Hinweisen auf BGE 47 III 124, 82 III 129 E. 2, 87 III 55 unter B und 60 oben).

c) Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer den Zahlungsbefehl Nr. ... innert Frist bei der Justizkommission angefochten und den Mangel

beanstandet. Die Justizkommission gab A. in dessen Eigenschaft als Betreuungsgläubiger und Vertreter der übrigen mitbetreibenden Gläubiger Gelegenheit, seinen wirklichen Wohnort bekannt zu geben, indem es ihn unter Fristansetzung zur Vernehmung zur Beschwerde einlud. Wenn er diese Einladung an der von ihm selber angegebenen Adresse bzw. an dem von ihm bezeichneten Postfach nicht entgegennahm, hat er sich das selber zuzuschreiben. Es ist deshalb so zu halten, wie wenn er innert angesetzter Frist seinen wirklichen Wohnort nicht nennt.

Der Zahlungsbefehl Nr. ... ist daher in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aufzuheben.

d) Daran ändert nichts, dass neben A. weitere drei Personen als mitbetreibende Gläubiger auftreten. Mehrere Gläubiger können einen Schuldner nur für eine Gesamt- oder Solidarforderung, nicht aber für Einzelforderungen in einer einzigen Betreibung gemeinsam betreiben (Sabine Kofmel Ehrenzeller, a.a.O., N 19 zu Art. 67 mit Hinweisen auf BGE 76 III 91; 71 III 167). Es ist deshalb unerheblich, ob die Angaben über die Wohnorte der übrigen drei Mitgläubiger den Tatsachen entsprechen oder nicht. Handelt es sich um eine sogenannte Forderung zur gesamten Hand, muss eben verlangt werden, dass sämtliche betreibenden Gläubiger ihren wirklichen Wohnort angeben. Wenn auch nur ein Gläubiger einen blossen Scheinwohnort angibt, ist die Betreibung anfechtbar und auf Beschwerde hin aufzuheben. Würde es sich im Übrigen im vorliegenden Fall um eine Forderung handeln, die jedem einzelnen Gläubiger allein zusteht und würden damit rechtlich verschiedene Einzelforderungen geltend gemacht, wäre die vorliegende gemeinsame Betreibung als sogenannte aktive Betreibungsgenossenschaft ohnehin unzulässig und aus diesem Grunde aufzuheben. Schliesslich verlangt das Gesetz, wie bereits ausgeführt, dass auch der gemeinsame Vertreter seinen wirklichen Wohnort im Betreibungsbegehren angibt. Auch daran mangelt es im vorliegenden Fall, weshalb die Betreibung auch aus diesem Grunde aufzuheben ist. (Justizkommission als AB SchKG, 28. Januar 2000, i.S. S./Betreibungsamt X.)

*Art. 67 SchKG. – Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung schadet die mangelhafte Bezeichnung des Gläubigers im Betreibungsverfahren nicht, wenn es dem Schuldner gleichwohl möglich ist, die wahre Identität des Gläubigers ohne Schwierigkeiten zu erkennen. Dies ist der Fall, wenn der Kanton X. statt die Schweizerische Eidgenossenschaft die Betreibung für die direkten Bundessteuern einleitet. Es rechtfertigt sich daher, die fehlerhafte Gläubiger- und Parteibezeichnung zu korrigieren.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Laut Zahlungsbefehl vom 8. November 1999 forderte die Kantonale Steuerverwaltung X., Direkte Bundessteuer, als Vertreterin des Kantons X. vom Beschwerdegegner die direkten Bundessteuern 1998 ein. Zudem stellte

sie im eigenen Namen für diese Forderung beim Kantonsgerichtspräsidium das Rechtsöffnungsbegehren, nachdem der Beschwerdegegner auf den Zahlungsbefehl Rechtsvorschlag erhoben hatte. Gemäss Art. 128 Abs. 1 und 4 BV bzw. Art. 41ter Abs. 5 lit. b aBV und Art. 1 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG) erhebt indes der Bund die direkte Bundessteuer (vgl. BGE 121 II 481 E. 3.b). Gläubiger(in) der vorliegend in Betreuung gesetzten Steuerforderung ist mithin weder der Kanton X. noch dessen Steuerverwaltung, sondern vielmehr die Schweizerische Eidgenossenschaft. Es stellt sich daher die Frage, ob das Rechtsöffnungsgesuch aus diesem Grund abgewiesen werden muss. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung schadet indes die mangelhafte Bezeichnung des Gläubigers im Betreibungsverfahren nicht, wenn es dem Schuldner gleichwohl möglich ist, die wahre Identität des Gläubigers ohne Schwierigkeiten zu erkennen (BGE 114 III 62 ff., BGE 98 III 24 ff., B1SchK 1978 Nr. 5). Dies ist vorliegend der Fall. Aufgrund der von der Steuerverwaltung vorgenommenen Berechnung des steuerpflichtigen Einkommens für die Steuerperiode 1997/98, der darauf beruhenden Veranlagungsverfügung und der Steuerrechnungen, die festhielten, dass die direkte Bundessteuer veranlagt bzw. in Rechnung gestellt wird, musste dem Beschwerdegegner klar sein, dass als Gläubigerin dieser Forderung die Schweizerische Eidgenossenschaft auftrat. Da im Zahlungsbefehl und im Rechtsöffnungsbegehren auf diesen Forderungsgrund hingewiesen wurde, war er somit zweifellos in der Lage, die wirkliche Gläubigerin der in Betreuung gesetzten Forderung zu erkennen. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, die fehlerhafte Gläubigerbezeichnung zu korrigieren und im Rechtsöffnungsentscheid als Gläubigerin bzw. Beschwerdeführerin die Schweizerische Eidgenossenschaft aufzuführen.

(Justizkommission, 14. September 2000, i.S. Schweizerische Eidgenossenschaft/S.)

*Art. 81 SchKG; Art. 27, 28, 46 und 47 LugÜ, Art. Ia des Protokolls Nr. 1 zum LugÜ, § 19 BRAGO. – Vollstreckbarerklärung eines deutschen Vergütungs-festsetzungsbeschlusses sowie Erteilung der definitiven Rechtsöffnung.*

*Aus den Erwägungen:*

1. a) Beruht die Forderung auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil einer Behörde des Bundes oder des Kantons, in dem die Betreuung eingeleitet ist, so wird die definitive Rechtsöffnung erteilt, wenn nicht der Betriebene durch Urkunden beweist, dass die Schuld seit Erlass des Urteils getilgt oder gestundet worden ist, oder die Verjährung anruft (Art. 81 Abs. 1 SchKG). Ist ein Urteil in einem fremden Staat ergangen, mit dem ein Vertrag über die gegenseitige Vollstreckung gerichtlicher Urteile besteht, so kann der Betriebene die Einwendungen erheben, die im Vertrag vorgesehen sind (Art. 81 Abs. 3 SchKG).

b) Gemäss dem vorliegend anwendbaren Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (SR 0.275.11; nachfolgend: Lugano-Übereinkommen bzw. LugÜ) hat die Partei, welche die Anerkennung einer Entscheidung geltend macht und die Zwangsvollstreckung betreiben will, dem Gericht folgende Urkunden vorzulegen: eine Ausfertigung der Entscheidung, welche die für ihre Beweiskraft erforderlichen Voraussetzungen erfüllt; bei einer im Versäumnisverfahren ergangenen Entscheidung die Urschrift oder eine beglaubigte Abschrift der Urkunde, aus der sich ergibt, dass das den Rechtsstreit einleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück der säumigen Partei zugestellt worden ist, die Urkunden, aus denen sich ergibt, dass die Entscheidung nach dem Recht des Ursprungsstaats vollstreckbar ist und dass sie zugestellt worden ist (Art. 46 und Art. 47 Ziff. 1 LugÜ).

2. a) Die Beschwerdegegner reichten im erstinstanzlichen Verfahren eine «Vollstreckbare Ausfertigung» eines deutschen Vergütungsfestsetzungsbeschlusses vom 7. Dezember 1998 ein sowie eine Bescheinigung des Obergerichts des Kantons Zug vom 19. Januar 1999, gemäss welcher der fragliche Beschluss der Beschwerdeführerin am 14. Januar 1999 zugestellt worden ist. Bei den Akten liegt sodann eine Bestätigung des Obergerichts vom 2. November 1998. Darnach wurde der Beschwerdeführerin am 23. Oktober 1998 eine «Beglaubigte Abschrift der Rechnung vom 20. Juli 1998 und der gerichtlichen Verfügung vom 23. Juli 1998» zugestellt. Bei diesen Dokumenten handelt es sich nach der unbestrittenen Darstellung der Beschwerdegegner um den Vergütungsfestsetzungsantrag, mithin um die das Verfahren einleitenden Schriftstücke. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist ihr daher vor Erlass des fraglichen Beschlusses das rechtliche Gehör gewährt worden. Es ist daher nicht stichhaltig, wenn sie im Beschwerdeverfahren geltend macht, sie habe sich auf das Verfahren in Deutschland nicht einlassen können. Vielmehr wurden ihr die das Verfahren einleitenden Schriftstücke so rechtzeitig zugestellt, dass sie sich hätte verteidigen können. Die Beschwerdeführerin kann sich damit nicht auf den in Art. 27 Ziff. 2 LugÜ erwähnten Versagungsgrund berufen. Zudem sind auch die weiteren in diesem Artikel und in Art. 28 Abs. 1 LugÜ erwähnten Versagungsgründe, deren Vorliegen ebenfalls von Amtes wegen zu überprüfen ist (Jan Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen, 6. A., Heidelberg 1998, S. 330 f.), nicht gegeben. Der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung des Vergütungsfestsetzungsbeschlusses steht von daher nichts im Wege.

b) Die Beschwerdeführerin führt in der Beschwerde sodann aus, gemäss «§ 20 und weiteren der EuGVÜ und gemäss § 90 der Schweiz. Verfassung, die den Wohnsitzgerichtsstand Schweiz nachdrücklich gewährleistet, müssen Ansprüche ausländischer Unternehmen nur bei Schweizerischen Gerichten eingeklagt werden». Die Beschwerdeführerin beruft sich dabei offenbar auf den von der Schweiz in Art. Ia des Protokolls Nr. 1 zum Lugano-Übereinkommen angebrachten Vorbehalt. Dazu Folgendes:

aa) Nach § 19 der deutschen Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte (BRAGO) wird die gesetzliche Vergütung, die dem Rechtsanwalt als Prozessbevollmächtigten zusteht, auf Antrag des Rechtsanwalts oder des Auftraggebers durch das Gericht des ersten Rechtszuges (des Ausgangsverfahrens) festgesetzt. Es handelt sich dabei also um ein vereinfachtes, billiges und schnelles Verfahren zur gerichtlichen Prüfung der vom Rechtsanwalt berechneten Vergütung durch das mit dem Hauptprozess im ersten Rechtszug befasste Gericht, ohne dass ein eigentlicher Gebührenprozess mit dessen immanenten Kostenrisiko angestrengt zu werden braucht. Für ausserhalb des Gebührenrechts liegende Streitigkeiten zwischen Rechtsanwalt und Auftraggeber ist dieses Verfahren indes nicht gegeben; sie müssen im ordentlichen Prozessverfahren entschieden werden (Gerold/Schmidt/v. Eicken/Madert, Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte, Kommentar, 11. A., München 1991, N 1 zu § 19). Da es die Beschwerdeführerin selber war, die als Klägerin im sogenannten Ausgangsprozess das deutsche Gericht anrief und sich damit dessen Zuständigkeit für die Gebührenfestsetzung aus § 19 BRAGO ergibt, erscheint es fraglich, ob sich die Beschwerdeführerin im Exequaturverfahren überhaupt auf den schweizerischen Wohnsitzgerichtsstand berufen könne. Betrachtet man das sogenannte Vergütungsfestsetzungsverfahren nicht als eigentliches annexes Verfahren zum Ausgangsprozess – und der Charakter eines Annexverfahrens wird in der Tat denn auch angezweifelt (Jan Kropholler, a.a.O., N 21 zu Art. 27) –, so wäre der Einwand immerhin denkbar.

Die Frage kann hier aber offen gelassen werden. Die Berufung der Beschwerdeführerin auf den von der Schweiz in Art. Ia des Protokolls Nr. 1 zum Lugano-Übereinkommen angebrachten Vorbehalt erweist sich ohnehin als unbehelflich. Nach diesem Vorbehalt wird eine in einem anderen Vertragsstaat ergangene Entscheidung in der Schweiz nicht anerkannt oder vollstreckt, wenn die Zuständigkeit des Gerichts, das die Entscheidung erlassen hat, sich nur auf Artikel 5 Nummer 1 des Übereinkommens stützt, der Beklagte zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens seinen Wohnsitz in der Schweiz hatte und der Beklagte gegen die Anerkennung oder die Vollstreckung der Entscheidung in der Schweiz Einspruch erhebt, sofern er nicht auf den Schutz der in diesem Absatz vorgesehenen Erklärung verzichtet hat. Daraus erhellt, dass dieser Vorbehalt im Vollstreckungsverfahren nur berücksichtigt wird, wenn der Vollstreckungsbeklagte einen entsprechenden «Einspruch» erhebt. Im Rechtsöffnungsverfahren, bei dem gleichzeitig über die Vollstreckbarkeit ausländischer Entscheide zu befinden ist, hat dieser Einspruch im erstinstanzlichen Verfahren zu erfolgen. Unterbleibt er, kann diese Einrede im Beschwerdeverfahren aufgrund des hier geltenden Novenverbots (§ 212 i.V.m. § 205 ZPO) nicht mehr gehört werden.

bb) Im erstinstanzlichen Verfahren führte der Verwaltungsratspräsident der Beschwerdeführerin nach der Zustellung des Rechtsöffnungsbegehrens der Beschwerdegegner mit Eingabe vom 20. März 2000 aus, er sei von den



Aktionären der Beschwerdeführerin an der ausserordentlichen Generalversammlung vom 17. Juni 1999 in sein Amt gewählt worden. Die fragliche Angelegenheit sei ihm unbekannt. Aus diesem Grund müsse er vorsorglich Widerspruch einlegen und die Klage vorerst vollumfänglich ablehnen. Die Rechtsöffnungsrichterin erstreckte daraufhin der Beschwerdeführerin die Frist zur Beantwortung des Rechtsöffnungsbegehrens um sieben Tage. Innert dieser Frist liess sich die Beschwerdeführerin allerdings nicht mehr vernehmen. Wenn im Beschwerdeverfahren geltend gemacht wird, die Beschwerdeführerin habe diese «Einsprachefrist» nicht wahrnehmen können, weil ihr Generalbevollmächtigter O. durch schwere familiäre Schicksalsschläge verhindert gewesen sei, sich dieser Angelegenheit anzunehmen, vermag sie daraus nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. So steht fest, dass die Beschwerdeführerin durch deren einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsrat B. rechtsgenügend vertreten war. Unter diesen Umständen steht ausser Frage, dass sich die Beschwerdeführerin im erstinstanzlichen Verfahren nicht auf den von der Schweiz zu Art. 5 Ziff. 1 LugÜ angebrachten Vorbehalt berief. Ihre diesbezüglichen Vorbringen erweisen sich im Beschwerdeverfahren daher als unzulässig. Unter diesen Umständen braucht auch nicht mehr entschieden zu werden, ob aufgrund der am 31. Dezember 1999 erfolgten Ausserkraftsetzung des Vorbehalts die vor diesem Datum gestützt auf Art. 5 Ziff. 1 LugÜ ergangenen ausländischen Entscheide in der Schweiz vollstreckbar geworden sind oder nicht.

c) Schliesslich ist nach Ansicht der Beschwerdeführerin der Vergütungsfestsetzungsbeschluss zu Unrecht ergangen, weil die Beschwerdegegner sie übervorteilt hätten. Damit ist sie im Vollstreckungsverfahren aber zum Vornherein nicht zu hören. Es ist dem Richter in diesem Verfahrensabschnitt verwehrt, sich mit dem Entscheid, dessen Vollstreckung beantragt wird, auseinanderzusetzen (Art. 29 und Art. 34 Abs. 3 LugÜ). Davon ausgenommen ist einzig der in Art. 27 Ziff. 1 LugÜ erwähnte Verstoß gegen den – materiellen – ordre public. Ein derartiger Verstoß ist im vorliegenden Fall indes nicht auszumachen. Die von der Beschwerdeführerin an die Adresse der Beschwerdegegner erhobenen Vorwürfe, die von den Letzteren bestritten werden, hätten im deutschen Vergütungsfestsetzungsverfahren vorgebracht werden können, wodurch jenes Verfahren gemäss § 19 Abs. 5 BRAGO abgesetzt und die Beschwerdegegner auf die Einleitung eines ordentlichen Prozesses verwiesen worden wären, der allenfalls zur Sicherung der Vollstreckbarkeit am Sitz der Beschwerdeführerin in der Schweiz hätte geführt werden müssen.

(Justizkommission, 17. November 2000, i.S. O. AG)

*Art. 230, 230a und 269 SchKG. – Eine im Handelsregister noch eingetragene juristische Person kann auch dann betrieben werden, wenn über sie der Konkurs eröffnet und dieser mangels Aktiven eingestellt wird (E. 1a). Wird das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt, entfällt der Konkursbeschluss des Vermögens der juristischen Person unter Vorbehalt von Art. 230a*

*Abs. 2 und Art. 269 SchKG. Die Gesellschaft verfügt somit auch uneingeschränkt wieder über die ihr allenfalls zustehenden Verantwortlichkeitsansprüche (E. 1b). Aktienrechtliche Verantwortlichkeitsansprüche einer Aktiengesellschaft gegenüber ihren Organen können von den Gläubigern der Gesellschaft nach Einstellung des Konkursverfahrens gegen diese Gesellschaft in einem nachfolgenden Betreibungsverfahren gepfändet werden (E. 1c).*

*Aus den Erwägungen:*

1. a) Reicht die Konkursmasse voraussichtlich nicht aus, um die Kosten für ein summarisches Verfahren zu decken, so verfügt das Konkursgericht gemäss Art. 230 Abs. 1 SchKG auf Antrag des Konkursamtes die Einstellung des Konkursverfahrens. Das Verfahren wird geschlossen, wenn nicht innert zehn Tagen nach entsprechender Publikation durch das Konkursamt ein Gläubiger die Durchführung des Konkursverfahrens verlangt und die festgelegte Sicherheit für den durch die Konkursmasse nicht gedeckten Teil der Kosten leistet (Art. 230 Abs. 2 SchKG). Durch die Konkurseröffnung wird die Aktiengesellschaft aufgelöst (Art. 736 Ziff. 3 OR), und die aufgelöste Gesellschaft tritt in Liquidation (Art. 738 OR). Der Handelsregisterführer hat die Konkurseröffnung gestützt auf die Mitteilung des Konkursrichters einzutragen (Art. 64 Abs. 1 HRegV). Wird das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt, hat dies der Registerführer auf die amtliche Mitteilung hin ebenfalls einzutragen unter Aufhebung des den Konkurs betreffenden Eintrags (Art. 65 HRegV). Drei Monate danach hat die Löschung der Gesellschaft zu erfolgen, ausser es wird innert dieser Frist begründeter Einspruch gegen die Löschung erhoben; letzterenfalls wird die Gesellschaft mit dem Zusatz «in Liquidation» im Handelsregister weitergeführt und erst nach durchgeführter Liquidation gelöscht (Art. 66 Abs. 2 HRegV). Da die Gesellschaft in der Liquidationsphase ihre Rechtspersönlichkeit noch nicht verloren hat, kann sie grundsätzlich auch dann noch ganz normal betrieben werden, wenn über sie das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt worden ist, und zwar nach Abs. 3 von Art. 230 SchKG – «auch» – auf Pfändung (Urs Lustenberger in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. III, Basel/Genf/München 1998, N 20 und 22 zu Art. 230; vgl. Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, SchKG, Bd. II, 4. A., Zürich 1997/99, N 19 zu Art. 230 mit Hinweis auf BISchK 1996, S. 145). Auch die I. Zivilkammer des Obergerichts Zürich kam in einem Entscheid vom 12. April 1994 zum Schluss, dass eine im Handelsregister noch eingetragene juristische Person auch dann betrieben werden kann, wenn über sie der Konkurs eröffnet und dieser mangels Aktiven eingestellt wird (BISchK 1996, S. 145). Insofern ist die frühere – in der Literatur übrigens kritisierte – Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 53 III 187; 56 III 189), wonach eine Aktiengesellschaft, über die der Konkurs eröffnet, mangels Aktiven eingestellt und hernach mangels Sicherheitsleistung geschlossen worden ist, nicht mehr betrieben werden könne, nach der heute geltenden, geänderten Rechtslage – jedenfalls in dieser absoluten Form – überholt (vgl. auch Botschaft über die

SchKG-Revision vom 8. Mai 1991, Separatdruck, S. 140). Das Bundesgericht hat denn auch in BGE 90 II 255 E. 3 erkannt, dass seine in BGE 53 III 187 begründete Rechtsprechung, wonach eine Gesellschaft nur so lange weiter bestehe, als dies zur Durchführung des Konkurses erforderlich sei, und die Gesellschaft mit Schluss des Konkursverfahrens untergehe und deren Löschung endgültig sei, und zwar auch dann, wenn das Verfahren gemäss Art. 230 SchKG mangels Aktiven eingestellt und geschlossen werde, obsolet sei.

b) Es ist denn auch im vorliegenden Fall unbestritten, dass die in Frage stehende Betreibung gegen die Schuldnerin an sich zulässig ist. Die endgültige Einstellung des Konkursverfahrens bewirkt, dass die Gesellschaft wieder vollumfänglich in die Verfügung über ihr allfällig noch vorhandenes Vermögen eingesetzt ist, solange sie im Handelsregister noch eingetragen und damit existent ist. Der Konkursbeschluss des Vermögens der juristischen Person entfällt unter Vorbehalt von Art. 230a Abs. 2 und Art. 269 SchKG, wenn das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt wird (BGE 90 II 253 E. 2). Die Gesellschaft wird nach den aktienrechtlichen Vorschriften liquidiert. Es verhält sich also insofern nicht anders, als wenn eine Gesellschaft auf eigenen Beschluss hin in Liquidation tritt. Die Gesellschaft verfügt mithin auch uneingeschränkt wieder über die ihr allenfalls zustehenden Verantwortlichkeitsansprüche.

c) Gemäss Art. 754 Abs. 1 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Ausserhalb eines Konkurses sind nur die Gesellschaft selbst und die einzelnen Aktionäre berechtigt, den Gesellschaftsschaden einzuklagen, wobei der Anspruch des Aktionärs auf Leistung an die Gesellschaft geht (Art. 756 Abs. 1 OR). Es ist daher zwischen dem mittelbaren und unmittelbaren Gläubigerschaden zu unterscheiden. Nach der Rechtsprechung liegt ein unmittelbarer Gläubigerschaden vor, wenn das Verhalten eines Gesellschaftsorgans gegen aktienrechtliche Bestimmungen verstösst, die ausschliesslich dem Gläubigerschutz dienen, oder die Schadenersatzpflicht auf einem anderen widerrechtlichen Verhalten des Organs im Sinne von Art. 41 OR oder einem Tatbestand der culpa in contrahendo gründet. Werden hingegen Bestimmungen verletzt, welche sowohl den Interessen der Gesellschaft wie auch dem Schutz der Gläubiger dienen, liegt ein mittelbarer Schaden vor, welcher ausserhalb des Konkurses durch die Gesellschaft, nach Konkurseröffnung jedoch durch die Gläubigergesamtheit, allenfalls durch den an ihrer Stelle klagenden Gläubiger im Sinne von Art. 757 Abs. 2 OR geltend zu machen ist (BGE 125 III 88 E. 3a; 122 III 176).

Im vorliegenden Fall verlangt der Beschwerdeführer die Pfändung des der Betreibungsschuldnerin zustehenden Ersatzanspruches aus dem ihr angebe-

lich zugefügten Schaden, mithin aus dem Gesellschaftsschaden oder dem mittelbaren Gläubigerschaden. Mit der Konkurseröffnung entstand zunächst ein einheitlicher Anspruch der Gläubigergesamtheit aus mittelbarem Schaden (BGE 117 II 432 E. 1b/ee). Dessen Geltendmachung hätte vorerst der Konkursmasse obgelegen; dem Beschwerdeführer als einzelner Gläubiger hätte dieses Recht erst nach erfolgter Abtretung der Forderung i.S.v. Art. 260 SchKG zugestanden. Da der Konkurs über die U. AG indes eingestellt und demnach gar nicht durchgeführt wurde, blieb eine Abtretung unmöglich (BGE 109 III 27 E. 1a). Vor oder nach der Einstellung ausgestellte Abtretungserklärungen sind sogar nichtig (BGE 102 III 78 E. 3). Ausgeschlossen wäre auch – mangels Durchführung eines Konkursverfahrens – die Erwirkung einer Abtretung im Verfahren des Nachkonkurses gemäss Art. 269 Abs. 3 SchKG (BGE 90 II 247; 87 III 72). Nachdem der Konkurs nicht durchgeführt wurde, steht aber der Anspruch aus mittelbarem Schaden weiterhin der Gesellschaft zu, die ja – wie bereits erwähnt – nach der Aufhebung des Konkursbeschlages über ihr Vermögen grundsätzlich wieder uneingeschränkt verfügen kann, soweit sie eben im Handelsregister noch eingetragen ist und damit Rechtspersönlichkeit besitzt. Der Beschwerdeführer könnte somit – entgegen der Meinung des Betreibungsamtes – den mittelbaren Schaden nicht direkt gegenüber den Organen geltend machen. Dem Gläubiger muss aber auch anheim gestellt bleiben, ob er den zur Durchführung des Konkursverfahrens notwendigen Kostenvorschuss rechtzeitig leisten und sich die Verantwortlichkeitsansprüche nach Art. 260 SchKG allenfalls abtreten lassen will, oder ob er gegen die konkursite Gesellschaft nach Einstellung des Konkurses eine Pfändungsbetreibung anheben will. Die beiden Vorgehensweisen sind denn auch in ihrer Ausgestaltung völlig verschieden und führen nicht ohne weiteres zum selben Ergebnis. Es ist deshalb nicht einzusehen, weshalb diese Ansprüche nicht sollten gepfändet werden können. Der Beschwerdeführer weist mit Recht auf einen bundesgerichtlichen Entscheid vom 11. Dezember 1998 hin (BGE 125 III 86), worin das höchste Gericht (in seiner unveröffentlichten Erwägung 4b) diese Möglichkeit ausdrücklich bestätigt. Es hält dort klar fest, auch im Falle einer Einstellung des Konkurses könnten die der Gesellschaft zustehenden Verantwortlichkeitsansprüche von jedem Gläubiger in einer Betreibung gemäss Art. 230 Abs. 3 SchKG gepfändet werden. Eine weitere Möglichkeit erblickt das Bundesgericht unter Hinweis auf seinen Entscheid BGE 110 II 396 E. 2 darin, dass der Konkursrichter auch auf seinen Entscheid zurückkommen könne, wenn nach Einstellung des Verfahrens neues Vermögen des Schuldners entdeckt oder noch Ansprüche angemeldet würden. Falls die Gesellschaft im Handelsregister bereits gelöscht worden sei, so könne der Gläubiger die Wiedereintragung verlangen, um die rechtliche Grundlage für diese Schritte zu schaffen (unveröffentlichte Erwägung 4b von BGE 125 III 86). Unerheblich ist dabei selbstverständlich, ob die Gesellschaft bzw. die Liquidatorin selber solche Ansprüche gegen ihre früheren Organe bereits geltend gemacht hat oder nicht. Bestreiten die Liquidatorin oder die betreffenden Organe als Drittschuldner das Bestehen

solcher Ansprüche, hat das Betreibungsamt die geltend gemachten Ansprüche einfach als bestrittene Forderungen zu pfänden (Art. 99 SchKG). Grundsätzlich ist nämlich eine Forderung zu pfänden, sobald der betreibende Gläubiger deren Existenz behauptet. Nichts kommt darauf an, ob Schuldner oder Drittschuldner diese Existenz bestreiten (Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, Zürich 1984, § 23 Rz. 41).

d) Das Betreibungsamt wendet nun ein, selbst wenn die Verantwortlichkeitsansprüche der Schuldnerin gegenüber den Organen gepfändet werden könnten, wäre dies im vorliegenden Fall nicht möglich, weil weder Höhe noch Rechtsgrund der Forderung noch die Person der Schuldner hinreichend bestimmt seien. Die Forderung müsste, schon aufgrund des Deckungssystems und weil eine Abtretung nach Art. 131 SchKG sonst nicht möglich wäre, beziffert sein. Ebenso müsste der Grund, aus welchem Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber den Organen geltend gemacht würden, umschrieben sein. Weiter müssten die genauen Adressen der Organe bekannt sein, wobei zu erwähnen sei, dass entsprechende Sperranzeigen nicht nach Deutschland gesandt werden dürften.

Zwar trifft zu, dass die Forderung grundsätzlich vom Gläubiger zu beziffern ist. Ist ihm das aber wie im vorliegenden Fall kaum zumutbar, hat das Betreibungsamt den Verantwortlichkeitsanspruch bis zur Höhe der Befreiungsforderung inkl. Kosten und Zinsen zu pfänden. Weshalb eine Forderungsüberweisung nach Art. 131 SchKG deswegen bei der Verwertung nicht möglich sein sollte, ist nicht einzusehen. Fragen lässt sich immerhin, ob der Grund der geltend gemachten Verantwortlichkeitsansprüche näher umschrieben sein müsste. Hier könnte aber das Betreibungsamt den Beschwerdeführer ohne weiteres zur Ergänzung auffordern. Gleich verhält es sich mit den Adressen der Organe, soweit diese dem Betreibungsamt nicht bekannt sind oder von der Betreibungsschuldnerin nicht in Erfahrung gebracht werden können. Die Pfändung einer Forderung erfolgt durch die im Zuge des Pfändungsaktes erfolgende Erklärung des Amtes gegenüber dem Schuldner oder dessen Vertreter (BGE 50 III 48). Nicht erst die Anzeige an den Drittschuldner bedeutet also Vornahme der Pfändung (BGE 109 III 12 f.), wohl aber sichert sie deren Beachtung durch den Drittschuldner (Fritzsche/Walder, a.a.O., § 23 Rz. 42). Diese Anzeige mittels Formular Nr. 9 wird auch dann vom Betreibungsamt selbst erlassen, wenn der Drittschuldner in einem anderen schweizerischen Betreibungskreis oder im Ausland wohnt (BGE 52 III 2). Immerhin ist vor der Zustellung ins Ausland zu prüfen, ob nach dem in Frage kommenden Staat die Zustellung durch die Post (anstelle des diplomatischen Weges) zulässig ist oder ob nicht dieser Staat im Erlass eines Zahlungsverbot eine Zwangsvollstreckungshandlung erblickt, die er auf seinem Gebiet nicht dulden will, was gemäss dem – heute allerdings nicht mehr in Kraft stehenden – Kreisschreiben des Bundesgerichts Nr. 20 betreffend Verbot der Zustellung von Pfändungsanzeigen nach Deutschland vom

13. Juli 1926 zutraf (Fritzsche/Walder, a.a.O., § 23 Rz. 42). Aber selbst wenn die Anzeige an die beiden in Deutschland wohnhaften Organe unzulässig wäre (was nach heutiger Auffassung nicht mehr zutrifft), würde das nichts an der Möglichkeit der Pfändung ändern. Die Anzeige ist blosses Sicherungsvorkehr. Sie ist damit keine Betreibungshandlung, sondern stellt eine Massnahme zur Vermögenserhaltung dar (André E. Lebrecht in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], a.a.O., N 7 zu Art. 99). Sie ist nicht Voraussetzung für die Gültigkeit der Pfändung, sondern bloss eine Sicherungsmassnahme (BGE 109 III 11, 13; 107 III 75, 81).

(Justizkommission als AB SchKG, 1. September 2000, i.S. S./Betreibungsamt X.)

*Art. 250 SchKG; § 4 Abs. 1 GOG. – Der Streitwert bei der Kollokationsklage richtet sich nach der voraussichtlichen Konkursdividende. Beträgt diese 0%, ist – ein Rechtsschutzinteresse des Klägers vorausgesetzt – im Kanton Zug der Friedensrichter als erkennender Richter zur Beurteilung der Klage zuständig.*

*Aus den Erwägungen:*

2. Gemäss Art. 250 SchKG muss ein Gläubiger, der den Kollokationsplan anfechten will, weil seine Forderung ganz oder teilweise abgewiesen worden ist, innert 20 Tagen nach der öffentlichen Auflage der Auflegung beim Richter am Konkursort gegen die Masse klagen (Abs. 1). Will er die Zulassung eines anderen Gläubigers oder dessen Rang bestreiten, so muss er die Klage gegen den Gläubiger richten (Abs. 2 Satz 1). Der Prozess wird im beschleunigten Verfahren durchgeführt (Abs. 3).

a) Der Gerichtsstand für beide Arten von Kollokationsklagen ist der Konkursort, obschon das Gesetz nur die örtliche Zuständigkeit für den Kollokationsprozess gegen die Masse ausdrücklich erwähnt (Hierholzer in: Staehelin/Bauer/Staehelin, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. III, Basel 1998, N 46 zu Art. 250). Die Regelung des Gerichtsstandes in Art. 250 Abs. 1 SchKG beschränkt sich indes auf die örtliche Zuständigkeit. Die Ordnung der sachlichen Zuständigkeit ist grundsätzlich der kantonalen Gesetzgebung überlassen (BGE 100 III 38 E. 2; Hierholzer, a.a.O., N 47 zu Art. 250). Die Kantone können ein Gericht, insbesondere das Konkursgericht gemäss Art. 166 SchKG oder die ordentlichen Zivilgerichte, wo in der Regel je nach Streitwert der Friedensrichter, der Einzelrichter, der Gerichtsausschuss oder die Zivilabteilung kompetent sind, als zuständig erklären (Viktor Furrer, Die Kollokationsklagen nach schweizerischem Recht, Zürich 1979, S. 150). Die sachliche Zuständigkeit wird von Art. 250 SchKG lediglich insoweit bestimmt, als das Kollokationsgericht alle die Kollokation betreffenden Streitigkeiten zu beurteilen hat, gleichgültig auf welchen Rechtsgrund sich die Ansprüche stützen (BGE 71 III 197 E. 2).

b) Nach zugerischem Prozessrecht werden Kollokationsklagen nicht in die Zuständigkeit des Konkursrichters gewiesen. Sie sind daher vom ordentlichen Zivilrichter zu beurteilen. Die Zuständigkeit zur erstinstanzlichen Beurteilung von Zivilstreitigkeiten richtet sich grundsätzlich nach dem Streitwert. So beurteilt das Kantonsgericht insbesondere alle Zivilstreitigkeiten mit unbestimmtem oder wenigstens Fr. 8'000.- betragenden Streitwert (§ 10 GOG). Demgegenüber entscheidet der Kantonsgerichtspräsident endgültig über Zivilstreitigkeiten mit einem Streitwert von mehr als Fr. 300.- und weniger als Fr. 8'000.- (§ 7 Abs. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 GOG). Streitigkeiten, deren Wert Fr. 300.- nicht übersteigt und die nicht durch Vermittlung geschlichtet werden können, sind vom Friedensrichter endgültig zu entscheiden (§ 4 Abs. 1 GOG).

Hängt die Zuständigkeit des Richters vom Wert des Streitgegenstandes ab und geht die Klage nicht auf Bezahlung einer bestimmten Geldsumme, so hat der Kläger in der Klage den Streitwert in einer Geldsumme anzugeben oder zu erklären, welches Gericht er in letzter Instanz als zuständig erachte (§ 11 ZPO). Sind die Parteien über den Wert des Streitgegenstandes uneinig, so wird er nach richterlichem Ermessen festgestellt, wobei im Zweifel für den höheren Betrag zu entscheiden ist (§ 12 ZPO). Der Richter beurteilt seine sachliche Zuständigkeit bei Beginn des Rechtsstreites von Amtes wegen oder auf Antrag der Parteien (§ 16 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

c) Das zugerische Prozessrecht enthält keine konkreten Bestimmungen darüber, wie der Streitwert einer Kollokationsklage zu berechnen ist. Ausgangspunkt für die Berechnung bildet die in § 11 ZPO vorgesehene Angabe durch den Beschwerdeführer. Dieser beziffert den Streitwert auf null, weil im Konkurs der H. AG die voraussichtliche Konkursdividende 0% betrage. Diese Angabe wird von der Beschwerdegegnerin im Beschwerdeverfahren nicht bestritten. Zudem entspricht sie, wie im Folgenden zu zeigen ist, der Praxis zur Streitwertberechnung bei der Kollokationsklage. Mangels einer Bestimmung in der zugerischen Prozessordnung ist diesbezüglich auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Berufungsverfahren gemäss Art. 46 bzw. Art. 36 OG abzustellen (vgl. Viktor Furrer, a.a.O., S. 156; ebenso die Praxis in anderen Kantonen, vgl. Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Bern 2000, Vorbemerkungen zu Art. 137 ZPO-BE; Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, N 2a zu Vorbemerkungen zu Art. 73 bis 76 ZPO-SG; Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, Aarau 1998, N 1 zu § 17 ZPO-AG). Danach entspricht der Streitwert bei der Kollokationsklage – wie der Beschwerdeführer zutreffend vorgebracht hat – grundsätzlich dem mit der Klage höchstens erzielbaren Prozessgewinn, also dem Betrag der mutmasslichen Konkursdividende (BGE 114 III 114; 87 II 193 65 III 29; Hierholzer, a.a.O., N 49 zu Art. 250 SchKG). Beträgt somit die voraussichtliche Konkursdividende 0%, so beläuft sich der Streitwert der Kollokationsklage grundsätzlich ebenfalls

auf null. Bei einer Klage mit einem Streitwert von Fr. 0.- ist aber, ein Rechtsschutzinteresse vorausgesetzt (vgl. dazu Brunner/Houlmann/Reutter, Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG, Bern 1994, S. 46; BGE 82 III 96; SJZ 1973, S. 38), der Friedensrichter als erkennender Richter mit einem Kompetenzrahmen von bis zu Fr. 300.- für die Beurteilung der Klage zuständig. Ein Rechtsschutzinteresse des Beschwerdeführers an der Nichtkollozierung der Forderung des Beschwerdegegners dürfte im vorliegenden Fall wohl gegeben sein. Würde nämlich die Forderung des Beschwerdegegners nicht kolloziert, könnte sich dieser als Nichtgläubiger zum einen keine Verantwortlichkeitsansprüche abtreten lassen und damit den Beschwerdeführer nicht in eine Streitgenossenschaft zwingen und sich zum andern auch nicht die im Inventar aufgenommene Forderung der Konkursitin gegen den Beschwerdeführer aus Sachgewährleistung abtreten lassen.

(Justizkommission, 1. Dezember 2000, i.S. K./B.)

*Art. 39 LugÜ; Art. 17, 96, 110 und 118 SchKG. – Provisorische Pfändung als Sicherungsmittel i.S.v. Art. 39 LugÜ; Öffnen von Tresorfächern, Inventarisierung.*

*Aus den Erwägungen:*

1. a) Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, wie bereits das Kantonsgerichtspräsidium in seiner Verfügung vom 29. Oktober 1998 richtigerweise festgestellt habe, seien zur Sicherungsvollstreckung für Geldforderungen nach Art. 39 LugÜ die Regeln über die provisorische Pfändung, angepasst an die besonderen Anforderungen als reines Sicherungsmittel des LugÜ, analog anzuwenden. Dementsprechend liege auch keine betreibungsrechtliche provisorische Pfändung und auch keine Betreibungshandlung vor. Der Gläubiger dürfe während der Rechtsbehelfsfrist noch keine endgültigen Massnahmen der Zwangsvollstreckung durchführen, erhalte aber ein Instrument in die Hand, um zu verhindern, dass der Schuldner zwischenzeitlich über sein Vermögen verfüge und damit die spätere Zwangsvollstreckung nutzlos oder sogar unmöglich mache. Sinn der Massnahme nach Art. 39 LugÜ sei daher einzig zu verhindern, dass ein mutmasslicher Schuldner über sein Vermögen verfügen könne.

b) Die Justizkommission hat in der vorliegenden Sache bereits in ihrem Urteil vom 2. Juli 1999 festgehalten, dass die als Sicherungsmassnahme i.S.v. Art. 39 LugÜ für Geldforderungen angeordnete provisorische Pfändung insoweit Änderungen bzw. Anpassungen erfahre, als solche nach Sinn und Zweck der Vorschriften des LugÜ verlangt würden. Im Übrigen habe aber das Betreibungsamt die provisorische Pfändung in gleicher Weise zu vollziehen wie bei einem ordentlichen Betreibungsverfahren. Das Betreibungsamt handle insoweit denn auch in seiner angestammten Funktion und Kompetenz und habe sich deshalb an die Vorschriften des SchKG zu halten. Gegen



seine Verfügungen müsse demnach auch die Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG gegeben sein. Daran ist festzuhalten. Durch die Anordnung der provisorischen Pfändung als Sicherungsmassnahme i.S.v. Art. 39 LugÜ wird dieses Institut nicht zu einem neuen, eigenständigen Institut sui generis, sondern behält grundsätzlich seine Natur bei und ist nach wie vor ein betreibungsrechtliches Institut. Die provisorische Pfändung als Institut des Zwangsvollstreckungsrechts ist denn auch in erster Linie Sicherungsmassnahme; sie hat vorläufig nur Sicherungsfunktion (Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. A., Bern 1997, § 22 Rz 84 mit Hinweis auf BGE 83 III 19, 117 III 28). Dessen ungeachtet ist die provisorische Pfändung aber wie eine definitive durchzuführen. Die provisorische Pfändung bewirkt, dass der Gläubiger mit dem Tage ihres Vollzugs unter allfällig bereits bestehende Pfändungen eingereiht und durch den Pfändungsbeschluss, soweit Deckung vorhanden ist, für seine Forderung gesichert wird (Art. 96, 110 SchKG). Der Unterschied zwischen der provisorischen und der definitiven Pfändung besteht darin, dass der Gläubiger, solange die Pfändung bloss provisorisch ist, die Verwertung nicht verlangen kann (Art. 118 SchKG), dass die Pfändungsurkunde bei bloss provisorischer Pfändung keinen definitiven oder provisorischen Verlustschein bildet, auch wenn die Pfändung überhaupt keine oder keine genügende Deckung ergeben hat, und dass einem Gläubiger, zu dessen Gunsten erst provisorisch gepfändet wurde, die dem Betreibungsamt abgelieferten Lohnbeträge und der Anteil am Erlös einer von einem anderen Gläubiger herbeigeführten Verwertung nicht ausbezahlt werden dürfen (Fritzsche/Walder, Schuldbetreibungs- und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, 3. A., Zürich 1984, § 20 Rz 18). Sie entzieht dem Schuldner jedenfalls die Verfügungsgewalt über die provisorisch gepfändeten Vermögenswerte. Die provisorische Pfändung ist aber genau gleich wie die definitive zu vollziehen (Fritzsche/Walder, a.a.O., § 20 Anm. 23). Die üblichen Zwangsmittel stehen zur Verfügung und der Schuldner ist unter Strafdrohung auskunftspflichtig (Walter Stoffel, Das Verfahren zur Anerkennung handelsrechtlicher Entscheide nach dem Lugano-Übereinkommen, in: SZW 1993, S. 117).

Es ist nun nicht einzusehen, weshalb die aufgrund des LugÜ angeordnete provisorische Pfändung nach anderen Regeln vollzogen werden sollte, als die aufgrund einer provisorischen Rechtsöffnung oder eines bestrittenen privilegierten Pfändungsanschlusses oder eines Arrestes erfolgte provisorische Pfändung bzw. provisorische Anschlusspfändung. Dadurch wird denn auch durchaus der in Art. 39 Abs. 1 LugÜ stipulierten Einschränkung, wonach die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners nicht über Massnahmen zur Sicherung hinausgehen darf, Beachtung geschenkt.

c) Ist ein Schrankfach eines Schuldners bei einer Bank zu pfänden, kommt das Betreibungsamt nicht umhin, dieses öffnen zu lassen, dessen Inhalt nach pfändbaren Vermögensgegenständen zu durchsuchen und diese gegebenenfalls ins Pfändungsprotokoll aufzunehmen. Das ergibt sich aus dem

für das Pfändungsrecht geltenden Spezialitätsprinzip. Danach muss beim Vollzug des Pfändungsaktes, d.h. der ausdrücklichen Pfändungserklärung gegenüber dem Schuldner oder seinem Vertreter, eröffnet werden, welche einzeln genau bezeichneten Vermögenswerte gepfändet sind. Wirkungslos wäre deshalb etwa die Pfändung von Gegenständen im Gewahrsam eines Dritten, wenn diese nur in ihrer Gesamtheit bezeichnet würden, beispielsweise alle im Depot einer Bank befindlichen Wertschriften des Schuldners (Amonn/Gasser, a.a.O., § 22 Rz 54). Es muss klar bekannt sein, was der Pfändungsneus im Einzelnen umfasst (BGE 106 III 100, 114 III 76 f.). Die als Sicherungsmassnahme i.S.v. Art. 39 LugÜ vorgenommene provisorische Pfändung soll gegebenenfalls in einem späteren Zeitpunkt im Rahmen einer eingeleiteten Betreibung ohne weiteres in eine definitive Pfändung übergeführt werden können. Auch aus diesem Grunde ist es angezeigt, die provisorische Pfändung grundsätzlich nach den Regeln der definitiven Pfändung vorzunehmen. Das Betreibungsamt hat deshalb nicht nur das Recht, sondern die Pflicht, in die beiden Tresorfächer Einblick zu nehmen und die sich dort allenfalls befindenden pfändbaren Gegenstände zu inventarisieren. Darüber hinaus ist aber durchaus auch denkbar, dass sich in den Tresorfächern Hinweise auf weitere Vermögensgegenstände, die sich an einem anderen Ort befinden, ergeben. Auch diesbezüglich besteht mithin das Interesse und die Pflicht der Betreibungsbeamtin bzw. der damit rechtshilfweise beauftragten Beamten, die beiden Tresorfächer zu durchsuchen. Wenn der Beschwerdeführer mithin einwendet, es fänden sich in den beiden Tresorfächern keine pfändbaren Gegenstände, weshalb eine Inventarisierung nicht stattfinden könne, ändert das nichts. Darüber wird erst Klarheit bestehen, nachdem das Betreibungsamt den Inhalt der Fächer durchgesehen hat. Dabei wird es selbstverständlich ausschliesslich allfällige pfändbare Gegenstände und keine unpfändbaren Aktenstücke ins Pfändungsprotokoll aufnehmen dürfen. Zuzustimmen ist dem Beschwerdeführer einzig darin, dass eine Öffnung der Schliessfächer grundsätzlich nur im Beisein des Schuldners erfolgen kann. Einzig wenn dieser sich dabei weigert, kämen Zwangsmassnahmen in Betracht. Das hat das Betreibungsamt aber nicht verkannt, hat es doch bereits in seinem Schreiben vom 26. Januar 2000 ausdrücklich darauf hingewiesen. Die angefochtene Verfügung ist mithin im Grundsatz nicht zu beanstanden. Sie ist aber um der Klarheit willen insofern zu präzisieren, dass die Schlüssel anlässlich der Öffnung der Tresorfächer vom Beschwerdeführer oder von dessen Vertreter mitzubringen sind oder, falls dieser bei der Öffnung nicht anwesend zu sein wünscht oder sich hiezu weigert, dem Betreibungsamt zu übergeben sind. Die Schlüssel bleiben indes nach der Öffnung der Fächer im Gewahrsam des Betreibungsamtes. Die Betreibungsbeamtin hat deshalb den Beschwerdeführer zur Öffnung der beiden Schrankfächer vorzuladen und deren Inhalt im Beisein des Beschwerdeführers zu durchforschen, allfällige pfändbare Vermögenswerte in der Pfändungsurkunde aufzuzeichnen und allfälligen Hinweisen auf bislang nicht gepfändete Vermögenswerte nachzugehen.

2. Die Beschwerde erweist sich demnach im Ergebnis als unbegründet und ist abzuweisen. Das Betreibungsamt X. hat im Sinne der vorstehenden Erwägungen vorzugehen.

(Justizkommission als AB SchKG, 12. Oktober 2000, i.S. B./Breibungsamt X.)



## **IV. Strafrecht**

*Art. 23 UWG, Art. 5 lit. a UWG. – Begriff des Arbeitsergebnisses.*

*Aus den Erwägungen:*

3. Laut Art. 23 UWG macht sich – auf Antrag – strafbar, wer vorsätzlich unlauteren Wettbewerb nach Massgabe von Art. 5 UWG begeht; gemäss Art. 5 lit. a handelt unlauter, wer ein ihm anvertrautes Arbeitsergebnis wie Offerten, Berechnungen oder Pläne unbefugt verwertet.

3.1.1. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten als Arbeitsergebnisse Produkte geistiger Anstrengung und materieller Aufwendungen, die ausserhalb des Bereichs der Spezialgesetzgebung zum Schutz von Immaterialgütern als solche nicht geschützt sind (BGE 117 II 202, unter Hinweis auf die Botschaft zum UWG vom 18. Mai 1983, BBl 1983 II 1047). Ausgehend von dieser Grunddefinition wird in der Literatur der Begriff des Arbeitsergebnisses unterschiedlich ausgelegt: Die eine Lehrmeinung versteht unter Arbeitsergebnis ein individualisiertes Objekt jeglicher Art (Gebrauchsgegenstände, Produkte, Apparate, Projekte und Pläne), bezieht aber auch dokumentarisch festgelegtes Know-how oder zweckdienlich gespeicherte Computerprogramme mit ein; wesentliches Kriterium bildet danach, dass eine materielle Erscheinungsform existiert, und ausgeklammert bleiben einzig blosse Ideen und nicht konkret ausgearbeitete Methoden (Guyet in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Hrg. von Büren/David, Bd. V/1, 2. A., Basel/Frankfurt am Main 1998, S. 212). Zum andern findet sich im Schrifttum die Auffassung vertreten, dass die Aufzählung der Arbeitsergebnisse in Art. 5 UWG als kategoriell erschöpfend aufzufassen sei (Pedrazzini/von Büren/Marbach, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 1998, S. 230; Mario M. Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb, UWG, Bern 1992, S. 172); gemäss diesem vergleichsweise restriktiven Standpunkt, der unter Verweisung auf den Ausnahmecharakter von Art. 5 UWG einzig Analogien im Rahmen der vom Gesetz selbst nahegelegten Kategorien zulassen will, sind Kundenlisten und Datensammlungen grundsätzlich nicht als Arbeitsergebnisse anzusehen, es sei denn, sie würden sich als solche zur Verwertung eignen – wie Sammlungen von möglichen Adressaten für bestimmte Waren oder Leistungen, die eine Firma für die eigenen Zwecke hält (Mario M. Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb, UWG, Bern 1992, S. 172).

3.1.2. Wie der Angeklagte an der Hauptverhandlung vom 4. Februar 2000 darlegte, sollen bei der X-AG die Personaldaten im Computersystem unter zwei Masken registriert gewesen sein; die eine Maske habe etwa 60 bis 80 Klienten erfasst, die über die X-AG nach geeignetem Personal für die in ihren Unternehmen zu besetzenden Stellen gesucht hätten, während auf der anderen Maske ein Pool von potentiellen Arbeitnehmern angelegt gewesen

sei (act. GD 7, S. 3). Um diesen sogenannten Kandidatenpool, aus dem die X-AG den personalsuchenden Firmen Angebote unterbreitete, auf- und ausbauen zu können, seien verschiedene Wege beschrrieben worden: Die X-AG habe den Personalmarkt beobachtet und beispielsweise Beförderungen, die publik geworden seien, bei sich vermerkt; im weiteren seien Abgänger von Schulen und Universitäten bereits namentlich registriert worden, bevor ein persönlicher Kontakt erfolgt sei; andere Personen, die sich beruflich umzuorientieren suchten, seien zu Gesprächen eingeladen worden, wobei die ausgewerteten Ergebnisse in die Personaldatenbank übertragen worden seien (GD 7, S. 3). Diese Darstellung deckt sich mit den Angaben der X-AG, wonach von manchen Kandidaten nicht nur Namen und Adressen, sondern auch deren Lebensläufe, die Ergebnisse der mit ihnen geführten Bewerbungsgespräche, Lohndaten und weitere «vertrauliche Hinweise und persönliche Aussagen» (act. 12, Ziff. 2) in den Personaldatenbanken gespeichert worden sind. Damit steht fest, dass das Informationsmaterial über die Kandidaten von unterschiedlicher Qualität war. Von manchen von ihnen mögen bloss wenig aussagekräftige und ohne grossen Aufwand zu eruiierende Informationen wie Namen, Adresse, Geburtsdatum und Beruf oder Ausbildungsstand greifbar gewesen sein. In anderen Fällen umfassten die Personaldaten eigentliche Persönlichkeitsprofile bestehend aus vertraulichen Angaben und Auswertungen von Laufbahnberatungsgesprächen. Dieser qualitativ höherwertige Bestand an Informationen über die Kandidaten konnte die X-AG nur über die intellektuellen Leistungen ihrer Mitarbeiter und den Einsatz der Betriebs-Infrastruktur gewinnen. Das Ergebnis dieses geistigen und materiellen Aufwands bildete für die X-AG die Grundlage, um ihren Klienten Personal-Angebote unterbreiten, Arbeitgeber und Arbeitnehmer zusammenführen und damit ihre spezifischen Dienstleistungen erbringen zu können. Zumindest die auf persönlichen Gesprächen mit den Kandidaten beruhenden, qualitativ anspruchsvollen Personaldaten sind daher zweifellos als Arbeitsergebnisse im Sinne von Art. 5 lit. a UWG zu qualifizieren, an welchen Begriff die Strafnorm von Art. 23 UWG unmittelbar anknüpft.

(Berufungskammer, 4. Februar 2000, i.S. Staatsanwaltschaft/Z.)

*Art. 148 nStGB, Art. 148 aStGB, Art. 146 StGB, Art. 2 StGB. – Tatbestand des Check- und Kreditkartenmissbrauchs (in Kraft seit 1. Januar 1995) und sein Verhältnis zum Tatbestand des Betruges; zeitliche Geltung des Gesetzes.*

*Aus den Erwägungen:*

2.2. Des Check- und Kreditkartenmissbrauchs gemäss Art. 148 Abs. 1 nStGB macht sich schuldig, wer, obschon er zahlungsunfähig oder zahlungsunwillig ist, eine ihm vom Aussteller überlassene Check- oder Kreditkarte oder ein gleichartiges Zahlungsinstrument verwendet, um vermögenswerte Leistungen zu erlangen und den Aussteller dadurch am Vermögen schädigt,

sofern dieser und das Vertragsunternehmen die ihnen zumutbaren Massnahmen gegen den Missbrauch der Karte ergriffen haben.

Tatmittel sind Check- oder Kreditkarten oder gleichartige Zahlungsinstrumente; die Checkkarte ist der Ausweis, «mit dem die ausstellende Bank jedem nach den Grundsätzen des Checkrechts rechtmässigen Inhaber eines im Rahmen der Checkkarten-Bestimmungen übernommenen Checks diesen bis zu einem maximalen Betrag honoriert» (z.B. Eurocheque-Karte i.V.m. Eurochecks; Postcheck-Garantiekarte i.V.m. Postchecks; Niklaus Schmid, Kommentar Computer- sowie Check- und Kreditkartenkriminalität, Zürich 1994, § 8 N 19; BGE 122 IV 154).

Bei Art. 148 nStGB handelt es sich um ein Sonderdelikt, das nur vom berechtigten Inhaber einer Check- oder Kreditkarte begangen werden kann, d.h. von denjenigen Personen, «die auf Grund der mit dem Check- oder Kreditkartenaussteller (einer Bank oder einem ähnlichen Unternehmen) getroffenen Vereinbarungen durch Ausstellung einer Karte die Befugnis eingeräumt erhielten, jenen unter Verwendung der Karte zu verpflichten». An der Qualifikation als berechtigter Inhaber ändert nichts, wenn der Kartenbezüger nach vertraglichen Regelungen, z.B. mangels Kontodeckung, nicht mehr befugt ist, die Karte zu verwenden (Schmid, a.a.O., § 8 N 25; Stratenwerth, a.a.O., BT I, 5. A., N 25 zu § 16; Trechsel, a.a.O., 2. A., N 2 zu Art. 148).

Wem vom Check- oder Kreditkartenaussteller nicht die Befugnis zur Benützung der Karte verliehen wurde, kann nicht Täter gemäss Art. 148 nStGB sein. Verwendet ein Dritter die Karte im Einverständnis mit dem Berechtigten, belastet der Umstand, dass Letzterer mit der Karten-Weitergabe gegen Vertragsbestimmungen verstösst, den Dritten – anders als bei Benutzung einer gefälschten, gestohlenen oder gefundenen Karte – nicht (Stratenwerth, a.a.O., BT I, 5. A., N 25 zu § 16). Benützt der Dritte eine ihm entgegen den Kartenregulativen überlassene Karte, verwendet er diese unrechtmässig und fällt damit nicht unter den Tatbestand von Art. 148 nStGB; bei persönlicher Präsentation durch den Dritten – persönliche Vorlage und Unterzeichnung der Belege (Verwendung von Check-/Kreditkarten am Bankschalter, in Verkaufsgeschäften etc.) – liegt meist eine Täuschung über die Person/Identität und damit regelmässig Betrug und Urkundenfälschung vor (Schmid, a.a.O., § 8 N 31 f., m.w.H.). Art. 148 nStGB ist ebenfalls nicht anwendbar auf den Dritten, dem vom rechtmässigen Inhaber die Eurocheckkarte und von diesem ordnungsgemäss unterzeichnete Checks überlassen werden, da dadurch der Dritte «naturgemäss nicht zu dem in einem besonderen Verantwortungsverhältnis zum Kartenaussteller stehenden berechtigten Karteninhaber» wird (Schmid, a.a.O., § 8 N 36). Dritte kommen somit nur als Teilnehmer an einem durch den berechtigten Karteninhaber begangenen Check- und Kreditkartenmissbrauch gemäss Art. 148 nStGB oder aber als Täter bei Betrug und allenfalls weiterer Delikte in Frage.

Tathandlung ist der funktionsgerechte Einsatz der Check- oder Kreditkarte trotz Zahlungsunfähigkeit oder fehlendem Zahlungswillen. Kartenspezifischer Einsatz bedeutet, «dass die Karte ihrer Bestimmung und den ihre Benutzung regelnden Bestimmungen gemäss, also als Zahlungs- oder Kreditinstrument, sowie im Rahmen und in den Schranken ihrer Zweckbestimmung, eingesetzt und dabei die für sie typische Garantiewirkung missbraucht wird» (Schmid, a.a.O., § 8 N 37 f.; vgl. auch BGE 122 IV 153 ff.). «Wird die Karte in anderer Weise bzw. in Verletzung der für das betreffende Kartensystem vorhandenen Vorschriften eingesetzt, mit der Konsequenz, dass die Garantiewirkung entfällt und folglich das ausgebende Institut dem Wesen dieser Karten folgend zivilrechtlich für die Belastungen im Prinzip nicht haftet, ist StGB 148 grundsätzlich nicht anwendbar» (z.B. Abgabe von Eurochecks ohne gleichzeitige Präsentation der Checkkarte, Honorierung von Check-/Kreditkarten unter Überschreitung der Limiten; Schmid, a.a.O., § 8 N 42 ff.).

Das Tatbestandsmerkmal der Zahlungsunfähigkeit fordert kumulativ Überschuldung und Illiquidität; der Zahlungsunwilligkeit kommt primär ergänzende Bedeutung für jene Fälle zu, in denen der Beweis der Zahlungsunfähigkeit Schwierigkeiten bereitet (vgl. Stratenwerth, a.a.O., BT I, 5. A., N 29 f. zu § 16; Schmid, a.a.O., § 8 N 57 ff.; Trechsel, a.a.O., 2. A., N 6 zu Art. 148, je m.w.H.). Als massgebender Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit werden in der Lehre der Einsatz der Karte, der Zeitraum Karteneinsatz-Rechnungsstellung oder aber die Fälligkeit der Ausgleichsforderung genannt (vgl. im Einzelnen Schmid, Stratenwerth, Trechsel, je a.a.O.).

Entgegen dem Wortlaut von Art. 148 nStGB genügt die Absicht des Erlangens vermögenswerter Leistungen nicht und werden auch Fälle mit Vorleistung erfasst (Stratenwerth, a.a.O., N 31 zu § 16; Schmid, a.a.O., § 8 N 83 ff.; Trechsel, a.a.O., N 5 zu Art. 148). Art. 148 nStGB setzt den Eintritt eines Vermögensschadens beim Kartenaussteller voraus, womit diejenigen Fälle ausscheiden, in denen für den Aussteller keine Zahlungspflicht entsteht (z.B. Unterlassung der nötigen Kontrollen durch den die Karte Honorierenden, Stratenwerth, a.a.O., N 34).

In subjektiver Hinsicht verlangt der Tatbestand von Art. 148 nStGB Vorsatz, wozu «gehört, dass der Täter mindestens in Kauf nimmt, im massgebenden Zeitpunkt zahlungsunfähig zu sein, oder doch gewillt ist, seine Zahlungsverpflichtungen nicht zu erfüllen, und dadurch den Kartenherausgeber zu schädigen» (Stratenwerth, a.a.O., BT I, 5. A., N 35 zu § 16; Schmid, a.a.O., § 8 N 100; Trechsel, a.a.O., 2. A., N 10 zu Art. 148). Objektive Strafbarkeitsbedingung ist das Ergreifen der zumutbaren Massnahmen gegen den Missbrauch der Karte durch den Kartenaussteller und die Vertragsunternehmen (BGE 125 IV 260 ff.; vgl. im Einzelnen Schmid, a.a.O., § 8 N 103 ff.; Stratenwerth, a.a.O., BT I, 5. A., N 36 ff. zu § 16; Trechsel, a.a.O., 2. A., N 9 zu Art. 148).



2.3. Nach der Botschaft sowie einem Teil der Lehre hat der Tatbestand des Check- und Kreditkartenmissbrauchs grundsätzlich subsidiären, den Betrug ergänzenden Charakter (vgl. Schmid, a.a.O., § 8 N 139 ff.; Trechsel, a.a.O., 2. A., N 14 zu Art. 148; a.M. Stratenwerth, a.a.O., BT I, 5. A., N 43 zu § 16, der sich für den Vorrang von Art. 148 nStGB ausspricht). Gemäss BGE 122 IV 149 findet der Tatbestand des Check- und Kreditkartenmissbrauchs jedoch auch im Zweiparteiensystem (hier: Einlösen von ungedeckten, mittels einer Postcheckkarte garantierten Postchecks durch den rechtmässigen Inhaber bei einer schweizerischen Poststelle) Anwendung und geht dem Betrugstatbestand vor.

2.4. Gemäss Art. 1 StGB ist nur strafbar, wer eine Tat begeht, die das Gesetz ausdrücklich mit Strafe bedroht («nulla poena sine lege»). Nach diesem Gesetze wird beurteilt, wer nach dessen Inkrafttreten ein Verbrechen oder Vergehen verübt (Art. 2 Abs. 1 StGB). Hat jemand ein Verbrechen oder Vergehen vor Inkrafttreten dieses Gesetzes verübt, erfolgt die Beurteilung aber erst nachher, so ist dieses Gesetz anzuwenden, wenn es für den Täter das mildere ist (Art. 2 Abs. 2 StGB; «lex mitior»).

Der Tatbestand des Check- und Kreditkartenmissbrauchs gemäss Art. 148 nStGB, in Kraft seit 1. Januar 1995, wurde im Sinne der Schliessung einer Strafbarkeitslücke ins Gesetz aufgenommen, nachdem sich in Rechtsprechung und Lehre die Auffassung durchgesetzt hatte, der Missbrauch einer Check- oder Kreditkarte durch ihren insolventen Inhaber stelle im Regelfalle keinen Betrug dar bzw. sei weder als Betrug noch nach einem anderen Tatbestand strafbar (Stratenwerth, a.a.O., BT I, 5. A., N 22 zu § 16; Trechsel, a.a.O., 2. A., N 1 zu Art. 148; Grace Schild Trappe, «Zum neuen Straftatbestand des Check- und Kreditkartenmissbrauchs, Art. 148 StGB – zugleich eine Anmerkung zu BGE 122 IV 149 ff.», ZBJV 133 (1997) 1 ff., je m.w.H.).

Werden mit dem neuen Tatbestand des Check- und Kreditkartenmissbrauchs gemäss Art. 148 nStGB somit Verhaltensweisen unter Strafe gestellt, welche vor der per 1. Januar 1995 in Kraft gesetzten Revision des Vermögensstrafrechts straflos waren, ist nachfolgend vorab zu prüfen, ob das Verhalten der Angeklagten nach dem im Tatzeitpunkt – Sommer 1992 – geltenden Recht einen Straftatbestand erfüllte. Ist dies zu verneinen, fällt eine Anwendung von Art. 148 nStGB angesichts des Grundsatzes «nulla poena sine lege» von vorneherein ausser Betracht. Wird hingegen das Vorliegen einer strafbaren Handlung bejaht, hat unter dem Aspekt der lex mitior eine umfassende Gegenüberstellung der entsprechenden altrechtlichen Strafbestimmung mit dem neuen Tatbestand des Check- und Kreditkartenmissbrauchs zu erfolgen und erweist sich Art. 148 nStGB gegebenenfalls als milderes und damit anwendbares Recht.

Im Hinblick auf die Beurteilung der strafrechtlichen Relevanz des Verhaltens der Angeklagten zum Tatzeitpunkt bleibt auf die unter dem altem Recht entwickelte Rechtsprechung und Lehre zum missbräuchlichen Einsatz von Kredit- und Checkkarten hinzuweisen:

2.4.1. Der «Regelfall», wonach beim Einsatz von Kredit- oder Checkkarten durch den insolventen Inhaber ein Betrug nicht vorliegt, betrifft diejenige Konstellation, in der Kreditkarten bei von der kartenausstellenden Organisation verschiedenen Vertragsunternehmen oder garantierte Checks bei von der kartenausstellenden, bezogenen Bank/PTT verschiedenen Checknehmern eingesetzt werden («Dreiparteiensystem»). In diesen Fällen, in welchen die Vertragsunternehmen oder Checknehmer von der Kreditkartenorganisation bzw. der bezogenen Bank/PTT entschädigt werden, sofern den bei der Karten-/Checkannahme zu beachtenden formalen Überprüfungspflichten nachgelebt wurde, stellen Solvenz und Deckung nicht Gegenstand der Prüfung durch die Vertragsunternehmen oder Checknehmer dar; Letztere können daher in diesem für den Betrug zentralen Punkt nicht getäuscht bzw. nicht in einen Irrtum versetzt werden [vgl. BGE 112 IV 79 u. BGE 110 IV 20 (Kreditkarten); BGE 111 IV 134 (garantierte Eurochecks); SJZ 88 (1992) 110 (garantierte Postchecks; ausländische Poststelle); Schmid, a.a.O., § 8 N 1; Andreas Eckert, Die strafrechtliche Erfassung des Check- und Kreditkartenmissbrauchs, Dissertation, Zürich 1991, S. 106 ff., m.w.H.]. Ein Betrug zum Nachteil der – im Zeitpunkt des Karteneinsatzes nicht involvierten – Kreditkartenorganisation bzw. der bezogenen Bank entfällt ebenfalls mangels Täuschung im Sinne von Art. 148 aStGB. Anzufügen bleibt, dass die Verwendung ungedeckter, garantierter Eurochecks durch den Kontoinhaber auch nicht unter den Tatbestand der Veruntreuung fällt, da weder die Aushängung der Checks noch die Möglichkeit, die bezogene Bank in einem die Deckung übersteigenden Betrag zu verpflichten, «anvertrautes Gut» im Sinne von Art. 140 aStGB darstellt (BGE 111 IV 138).

2.4.2. Im «Spezialfall», in dem die bezogene Bank/PTT zugleich Checknehmer ist, d.h. die Checks vom berechtigten Kontoinhaber bei der bezogenen Bank/PTT selbst oder einer deren Filialen zum Bezug von Bargeld eingelöst werden («Zweiparteiensystem»), wird die Möglichkeit einer konkludenten Täuschung als gegeben erachtet bzw. der Vorlage des kartengarantierten Checks der Erklärungswert, das Konto verfüge über die erforderliche Deckung, zugerechnet, da in dieser Konstellation eine Einlösungspflicht im vorerwähnten Sinne nicht besteht und sich mithin dem Checknehmer, der für einen allfälligen Schaden selbst einzustehen hat, die Frage nach der Deckung stellt (vgl. Eckert, a.a.O., S. 106 f., m.w.H.). Das Bundesgericht qualifizierte dementsprechend die wissentliche Vorlage ungedeckter Postchecks zur Auszahlung durch den Konteninhaber bei einer schweizerischen Poststelle als Betrug, wobei die Arglist im Wesentlichen unter Hinweis auf das bestehende besondere Vertrags- und Vertrauensverhältnis zwischen der PTT und ihren Kunden sowie der Voraussicht und Ausnutzung der – unter dem Aspekt der Zumutbarkeit nicht beanstandeten – Unterlassung einer Überprüfung der Kontendeckung bejaht wurde (BGE 99 IV 75). Wie bereits erwähnt, subsumiert das Bundesgericht die Einlösung ungedeckter, mittels Postcheckkarte garantierten Postchecks durch den rechtmässigen Inhaber bei

einer schweizerischen Poststelle nunmehr unter den Tatbestand des Check- und Kreditkartenmissbrauchs gemäss Art. 148 nStGB bzw. spricht sich für den Vorrang dieser Bestimmung vor dem Betrugstatbestand aus (BGE 122 IV 149; a.M. Grace Schild Trappe, nach deren Auffassung weder Betrug noch Checkkartenmissbrauch vorliegt, a.a.O., m.w.H.).

(Strafgericht, 6. Oktober 2000, i.S. Staatsanwaltschaft/J.)



## V. Rechtspflege

### 1. Zivilrechtspflege

§ 43 Abs. 1 ZPO – Die Zahlungsunfähigkeit des Klägers kann auch durch einen Pfandausfallschein gemäss Art. 158 SchKG ausgewiesen sein. Der Pfandausfallschein ist als «gleichbedeutende Urkunde» im Sinne von § 43 Abs. 1 ZPO zu qualifizieren.

*Aus den Erwägungen:*

6.2 Der Pfandausfallschein wird in § 43 Abs. 1 ZPO nicht ausdrücklich erwähnt. Aus dieser Bestimmung geht indes hervor, dass immer dann ein Bedürfnis nach Sicherstellung der Parteientschädigung vorliegt, wenn triftige Anzeichen dafür bestehen, dass sich der Kläger in Zahlungsschwierigkeiten befindet. Wird ein Pfandausfallschein im Sinne von Art. 158 SchKG ausgestellt, lässt sich zwar – im Gegensatz zu einem Verlustschein – noch nicht mit Sicherheit sagen, ob der Gläubiger zu Verlust kommen wird, wenn das übrige Vermögen des Schuldners in Anspruch genommen wird. Die Annahme liegt aber nahe, ein Schuldner, der dem Gläubiger ein unzureichendes Pfand gestellt hat, befinde sich in Schwierigkeiten. Ein Gläubiger, der in seiner nach Treu und Glauben begründeten Erwartung, ein seine Forderung deckendes Pfand zu besitzen, enttäuscht wurde, hat daher, auch wenn dem Pfandausfallschein nicht die Wirkungen eines Verlustscheines gemäss Art. 149 f. SchKG zukommen, einen Anspruch darauf, dass ihn der Schuldner, wenn dieser einen Prozess gegen ihn anhebt, für allfällige Prozesskosten sicherstelle und ihn nicht zu neuen, möglicherweise ebenfalls nicht oder nicht voll gedeckten Ausgaben zwingt. Der Gesetzgeber wollte denn auch nicht nur einen offenkundig zahlungsunfähigen Kläger zur Sicherheitsleistung verpflichten, sondern auch einen zahlungsunfähigen Kläger, dessen Gläubiger in den letzten fünf Jahren teilweise zu Verlust kamen (vgl. ZR 60 [1961] Nr. 58, S. 110 f.; GVP 1983/84, S. 129).

(Kantonsgericht, 7. Februar 2000, i.S. S./E.)

§ 46 ff. ZPO. – Unentgeltliche Prozessführung. Berücksichtigung der Unterhaltskosten für ein im gleichen Haushalt lebendes erwachsenes Kind; Umfang.

*Aus den Erwägungen:*

1. d) Die Beschwerdeführerin verfügt unbestrittenermassen über ein Erwerbseinkommen von monatlich Fr. 3'107.15 netto (ohne allfällige Zuschläge für Überstundenarbeit). Hinzu kommt eine Ehegatten-Zusatzrente der Invalidenversicherung in der Höhe von monatlich Fr. 579.-, welche der Beschwerdeführerin am 25. Mai 2000 rückwirkend per 1. Dezember 1999 zugesprochen wurde. Das Einkommen der Beschwerdeführerin beläuft sich daher seit 1. Dezember 1999 auf insgesamt Fr. 3'686.15.

Dem Einkommen ist das erweiterte betriebsrechtliche Existenzminimum gegenüberzustellen. Nach den Richtlinien der Justizkommission zur Berechnung des monatlichen Notbedarfs ist zunächst von einem Grundbetrag von Fr. 1'010.- auszugehen. Da sich derjenige, welcher die unentgeltliche Prozessführung beansprucht, in seiner Lebensführung nicht in dem Mass einzuschränken braucht wie der betriebene Schuldner, ist nach bewährter Faustregel auf den Grundbetrag grundsätzlich ein Zuschlag von 20% zu gewähren. Es ergibt sich damit ein erweiterter Grundbetrag von Fr. 1'212.-. Hinzuzurechnen sind die Kosten für die Krankenkasse, für Versicherungen und für die Miete der Wohnung, wobei die Mietzinserhöhung per 1. Mai 2000 zu berücksichtigen ist. Nach den besagten Richtlinien können sodann rechtlich oder moralisch geschuldete Unterstützungs- und/oder Unterhaltsbeiträge, welche der Schuldner an nicht in seinem Haushalt wohnende Personen nachgewiesenermassen leistet, berücksichtigt werden (BGE 109 III 56 E. c). Zur Vermeidung möglicher Missbräuche sollen bei der Ermittlung der zivilprozessualen Bedürftigkeit nur rechtlich geschuldete Beiträge voll berücksichtigt werden, moralisch geschuldete nur insoweit, als sie angemessen sind (Kreisschreiben Nr. 18 des Appellationshofs des Kantons Bern und des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern über die Ermittlung und den Nachweis der Prozessarmut, in: ZBJV 2000 S. 599 f.). Soweit mündige Kinder, die noch in Ausbildung stehen und keinen Verdienst haben, im Haushalt des Schuldners leben, ist nach den betriebsrechtlichen Richtlinien im Rahmen des Art. 277 Abs. 2 ZGB der Kinderzuschlag einzurechnen. Dieser Zuschlag kann allerdings nur bis zum Abschluss der Schul- oder Lehrausbildung, nicht aber während eines allfälligen Studiums berücksichtigt werden (Vonder Mühl, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, N 24 zu Art. 93 mit Hinweis auf BGE 98 III 34).

Gemäss Art. 328 Abs. 1 ZGB ist derjenige, der in günstigen Verhältnissen lebt, verpflichtet, Verwandte in auf- und absteigender Linie zu unterstützen, die ohne diesen Beistand in Not geraten würden. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung bleibt unter anderem die Unterhaltspflicht der Eltern vorbehalten. Nach Art. 277 ZGB dauert die Unterhaltspflicht der Eltern bis zur Mündigkeit des Kindes bzw. – wenn es dann noch keine angemessene Ausbildung hat und soweit es den Eltern nach den gesamten Umständen zugemutet werden darf, für seinen Unterhalt aufzukommen – bis eine entsprechende Ausbildung ordentlicherweise abgeschlossen werden kann. Im vorliegenden Fall hätte der Sohn der Beschwerdeführerin «ordentlicherweise» eine Ausbildung schon seit einiger Zeit abgeschlossen. Aus den Akten ist nicht ersichtlich, weshalb dies bisher nicht geschehen ist. Die Beschwerdeführerin bringt keine konkreten Gründe dafür vor. Hinzu kommt, dass es ihr eben aufgrund der finanziellen und familiären Verhältnisse kaum zugemutet werden kann, weiterhin für ihren erwachsenen Sohn zu sorgen. Zwar ist es verständlich, dass sie ihn unterstützt, soweit es ihr möglich ist, aber eine rechtli-

che Pflicht trifft sie in keiner Weise. Die Beschwerdeführerin könnte daher zum vornherein die Unterhaltskosten für ihren erwachsenen Sohn nicht in vollem Umfang geltend machen. Nachdem ihr Sohn aber im gleichen Haushalt mit ihr lebt, käme ohnehin nur die Anrechnung des Grundbetrages für Kinder nach den betriebsrechtlichen Richtlinien gemäss Ziff. II./3. in Betracht. Es wäre auf der anderen Seite aber auch nicht einzusehen, weshalb aus sittlicher Pflicht heraus geleistete Unterstützungsbeiträge an ein ausserhalb des schuldnerischen Haushaltes lebendes volljähriges Kind angemessen berücksichtigt werden könnten, nicht aber wenn dieses im Haushalt des Schuldners selber lebt. Im vorliegenden Fall kann die Frage letztlich aber offen bleiben, da – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – selbst bei Berücksichtigung des um 20% erhöhten Grundbetrages für Kinder, d.h. von Fr. 564.–, die vorausgesetzte zivilprozessuale Bedürftigkeit der Beschwerdeführerin nicht ausgewiesen ist. ...

(Justizkommission, 1. Dezember 2000, i.S. B./Kantonsgerichtspräsidium)

*§ 46 ff. ZPO. – Verheimlichung von Vermögenswerten. Die unentgeltliche Rechtspflege ist dann nicht zu gewähren, wenn der Gesuchsteller nachweislich falsche oder unvollständige Angaben über seine finanzielle Situation gemacht hat und auch nach Bekanntwerden der unrichtigen oder unvollständigen Angaben Zweifel über die wirklichen Verhältnisse zurückbleiben. Allerdings darf nicht jede unbedeutende unrichtige Angabe einer Partei automatisch zur Verweigerung dieses Institutes führen (z.B. Lohnkonto). Im vorliegenden Fall bleiben keine solchen Zweifel zurück (E. 1c). Finanzielle Mittel, welche nur die laufenden Ausgaben zu decken vermögen, stellen kein Vermögen i.e.S. dar (E. 1c und 2b).*

*Aus den Erwägungen:*

1. a) Wer sich durch ein Zeugnis des zuständigen Einwohnerrates oder der Armenbehörde darüber ausweist, dass er nicht die nötigen Mittel besitzt, um neben dem Lebensunterhalt für sich und seine Familie die Prozesskosten aufzubringen, kann jederzeit um die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege nachsuchen. Dem Begehren ist zu entsprechen, wenn der Prozess nicht als offenbar aussichtslos oder mutwillig erscheint (§ 46 Abs. 1 ZPO). Ist ein amtliches Zeugnis nicht erhältlich, muss die Mittellosigkeit auf andere Weise belegt werden (§ 46 Abs. 2 ZPO). Auf besonderes Gesuch kann mit der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege gestützt auf § 48 Abs. 1 ZPO die Bestellung eines Rechtsbeistandes verbunden werden, sofern es eines solchen für die Prozessführung bedarf.

Massgebend für die Prüfung der Bedürftigkeit im Sinne der Grundsätze über die unentgeltliche Prozessführung ist die gesamte wirtschaftliche Situation des Gesuchstellers. Hierzu gehören nebst sämtlichen finanziellen Ver-

pflüchtungen auch die Einkommens- und Vermögenverhältnisse, wobei es grundsätzlich dem Gesuchsteller obliegt, diese umfassend darzustellen und soweit möglich auch zu belegen. Je komplexer diese Verhältnisse sind, umso höhere Anforderungen dürfen an eine umfassende und klare Darstellung der finanziellen Situation durch den Gesuchsteller selbst gestellt werden. Verweigert er die zur Beurteilung seiner aktuellen Gesamtsituation erforderlichen Angaben oder Belege, so kann die Bedürftigkeit verneint werden (BGE 120 Ia 181 f.; BJM 1996, S. 163 f.). Diese Auswirkung hat auch einen Gesuchsteller zu treffen, der nachweislich falsche oder unvollständige Angaben über seine finanzielle Situation gemacht hat; die unentgeltliche Rechtspflege ist jedenfalls dann nicht zu gewähren, wenn auch nach Bekanntwerden der unrichtigen oder unvollständigen Angaben Zweifel über die wirklichen Verhältnisse zurückbleiben (BJM 1996, S. 164). Dabei darf durchaus in die Würdigung einbezogen werden, dass die Verheimlichung eines Vermögenswertes naturgemäss eine gewisse Unsicherheit zurücklässt, ob der einmal Ertrappte noch in weiteren Punkten unehrlich ist. In Anbetracht des verfassungsmässigen Anspruchs auf unentgeltliche Prozessführung ist indes in dieser Hinsicht Zurückhaltung angezeigt. Nicht jede unbedeutende unrichtige Angabe einer Partei darf automatisch zur Verweigerung dieses Institutes führen. Sodann dürfen an den Nachweis der Mittellosigkeit, da es sich um eine negative Tatsache handelt, grundsätzlich nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden. Das Verfahren betreffend unentgeltliche Prozessführung ist überdies von der Untersuchungsmaxime beherrscht (vgl. Beat Ries, Die unentgeltliche Rechtspflege nach der aargauischen Zivilprozessordnung vom 18. Dezember 1984, Aarau 1990, S. 125; Walter Düggelin, Das zivilprozessuale Armenrecht im Kanton Luzern, Zürich 1986, S. 16 und 130; JZ 1998/25). Verfügt eine gesuchstellende Partei nicht bereits im armenrechtlichen Verfahren über einen Rechtsbeistand, ist vom richterlichen Fragerecht in einem ausgedehnteren Masse Gebrauch zu machen. Die Partei ist auf ungenügende oder unklare Angaben und Beweismittel aufmerksam zu machen und in geeigneter Form zu deren Verbesserung anzuhalten. Die unbeholfene Partei soll ihr Manko nicht mit dem Verlust ihres verfassungsmässigen Anspruchs auf Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung vergelten müssen (JZ 1999/139).

b) Die Vorinstanz wies das Begehren der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege unter anderem deshalb ab, weil sie im Formular «Zeugnis zur Erlangung der unentgeltlichen Rechtspflege» in der Rubrik Vermögen verheimlicht habe, dass sie über zwei Konti mit einem Aktivsaldo von insgesamt Fr. 8'877.- verfügt habe.

Die Beschwerdeführerin bringt dagegen mit der Beschwerde vor, sie habe auf Verfügung des Einzelrichters vom 21. September 1999 die aktuellen Belege eingereicht und am 1. Oktober 1999 präzisiert, dass sie aus dem Betrag von Fr. 8'877.- ausser den Ausgaben für den September auch die seit 1. Juli



1999 aufgelaufenen Hypothekarzinsen bezahlen müsse. Es könne daher nicht von einem Vermögen von Fr. 10'000.- ausgegangen werden. Tatsächlich seien ihr per Ende September 1999 rund Fr. 2'300.- verblieben.

c) Der Vorinstanz ist darin beizupflichten, dass die Beschwerdeführerin unter der Rubrik «Vermögen» des Zeugnisses vom 19. Juli 1999 nicht sämtliche finanziellen Mittel angegeben hat, welche sie in diesem Zeitpunkt besass. Erst auf Editionsverfügung des Einzelrichters, wonach die Beschwerdeführerin unter anderem einen Auszug betreffend das Konto bei der Raiffeisenbank einzureichen hatte, reichte sie Auszüge betreffend zwei Konti, jeweils mit Stand 28. September 1999 ein. Gemäss den Auszügen besass sie in diesem Zeitpunkt insgesamt Fr. 8'877.-. Sie führte dazu allerdings aus, dass sie im November den halbjährlichen Hypothekarzins von Fr. 8'175.- bezahlen müsse und dringende Reparaturen anstünden, welche ca. Fr. 2'000.- kosten würden. In der Beschwerde fügte sie zusätzlich an, dass sie aus diesen Konti auch den laufenden Bedarf für sich und die beiden Kinder decken müsse und noch Ende September 1999 Rechnungen in der Höhe von rund Fr. 2'100.- (für Heizöl, Steuern und Krankenkasse) bezahlt habe. Aus diesen Ausführungen, welche durch die eingereichten Postenauszüge und Belastungsanzeigen bestätigt werden, ergibt sich, dass die beiden ursprünglich nicht deklarierten Konti kein eigentliches Sparguthaben bzw. Vermögen enthalten, sondern dass das monatlich darauf gutgeschriebene Einkommen (Salär und Unterhaltsbeiträge) offenbar stets mehr oder weniger vollumfänglich für die laufenden Ausgaben der Beschwerdeführerin und der beiden bei ihr lebenden Kinder aufgezehrt wurde bzw. als Rückstellung für die halbjährlich fällig werdenden Hypothekarzins diente. Zwar sind auch solche Konti grundsätzlich anzugeben, denn es ist nicht Sache eines Gesuchstellers zu entscheiden, ob ein Betrag relevantes Vermögen darstellt oder nicht. Da aber im vorliegenden Fall bloss diese beiden Konti in Frage stehen, kann der Beschwerdeführerin unter den gegebenen Umständen jedenfalls nicht vorgeworfen werden, Vermögenswerte bewusst verheimlicht zu haben, um in den Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege zu gelangen. Insgesamt betrachtet gibt es zur Zeit auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdeführerin andere Vermögenswerte verheimlicht. Das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung kann daher nicht ohne weiteres abgelehnt werden. Vielmehr sind im Folgenden die finanziellen Verhältnisse der Beschwerdeführerin zu prüfen.

2. a) Die Vorinstanz lehnte das Gesuch der Beschwerdeführerin auch deshalb ab, weil diese über realisierbare Aktiven von insgesamt Fr. 15'377.- (Fr. 8'877.- und ein Auto im Wert von Fr. 6'500.-) verfüge, was den vom Kantonsgerichtspräsidium in konstanter Praxis zugewilligten «Notgroschen» übersteige.

Die Beschwerdeführerin hält dem in der Beschwerde entgegen, es könne nicht von einem Vermögen von Fr. 10'000.- ausgegangen werden. Sie habe

bereits im vorinstanzlichen Verfahren präzisiert, dass sie aus dem vorhandenen Guthaben bei der Raiffeisenbank unter anderem auch die aufgelaufenen Hypothekarzinsen bezahlen müsse. Zudem bestreite sie damit weitere laufende Ausgaben. Das Motorfahrzeug benötige sie zur Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit an zwei Stellen, damit sie über Mittag ihren Kindern Mittagessen kochen könne. Sie habe es zudem von Verwandten geschenkt bekommen.

b) Wie bereits ausgeführt verfügt die Beschwerdeführerin zwar über zwei Bankkonti, welche jedoch im Wesentlichen der Deckung der laufenden Ausgaben inkl. Hypothekarzinsen dienen. Dementsprechend kann sie dieses Geld nicht zur Bezahlung der Prozesskosten verwenden. Es handelt sich also dabei nicht um Vermögen im eigentlichen Sinne, weshalb es im vorliegenden Verfahren nicht berücksichtigt werden kann. Es verbleibt somit als Vermögen nur das Motorfahrzeug im Wert von Fr. 6'500.-. Dieser Betrag allein rechtfertigt aber die Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung nicht. Es kann daher offen bleiben, ob die Beschwerdeführerin auf das Fahrzeug tatsächlich zur Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit bzw. für die Erfüllung ihrer familiären Pflichten angewiesen ist.

(In der Folge wurde die Beschwerde trotzdem abgewiesen, weil die Beschwerdeführerin über einen monatlichen Überschuss von Fr. 510.- verfügte und damit nicht bedürftig i.S. von § 46 Abs. 1 ZPO war.)

(Justizkommission, 30. Juni 2000, i.S. Z./Kantonsgerichtspräsidium)

## **2. Strafrechtspflege**

*§ 32 Abs. 1 StPO; Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 6 EMRK – Aktenherausgabe. Dem Angeschuldigten steht kein Anspruch auf Herausgabe der Akten an seinen Verteidiger zur Einsichtnahme zu.*

*Aus den Erwägungen:*

1. a) Gemäss § 32 Abs. 1 StPO gestattet der Untersuchungsrichter dem Angeschuldigten oder seinem Verteidiger nach Aufnahme des Schlussverhörs Einsicht in die Untersuchungsakten. Über die Modalitäten der Ausübung dieses Rechtes enthält die zugerische Prozessordnung keine Bestimmungen. Nach der von der Wirtschaftsabteilung des Untersuchungsrichteramtes geübten Praxis wird die Akteneinsicht in der Regel in den Räumlichkeiten des Untersuchungsrichteramtes gewährt. Dieses Vorgehen hat seinen Grund insbesondere darin, dass die Akten in wirtschaftsstrafrechtlichen Untersuchungen zumeist sehr umfangreich und oft mehrere Angeschuldigte und damit auch Verteidiger am Verfahren beteiligt sind. Das Untersuchungsrichteramt weist zu Recht darauf hin, dass dadurch die Koordination zwischen den einzelnen Einsichtsberechtigten einfacher ist und Zeit eingespart

werden kann, da die Akten während gleicher Frist mehreren Verteidigern und Angeschuldigten zur Einsicht aufgelegt werden könnten. Richtig ist auch, dass dieses Vorgehen den Vorteil hat, dass der einzelne Verteidiger in seiner Terminplanung unabhängiger ist. Das wiederum reduziert auch den Koordinationsaufwand des Untersuchungsrichteramtes. Schliesslich dürfte bei derart umfangreichen Akten auch ganz allgemein ein nicht ganz unerheblicher administrativer Aufwand für das Sekretariat des Untersuchungsrichteramtes vermieden werden. Es bestehen daher durchaus nachvollziehbare, sachliche Gründe für die von der Wirtschaftsabteilung verfolgte Praxis. Schliesslich hält das Untersuchungsrichteramt auch fest, dass diese Modalität sowohl gegenüber den kantonalen wie auch den ausserkantonalen Verteidigern gelte. Damit stellt sich auch zum vornherein die Frage nach einer allfälligen Ungleichbehandlung von auswärtigen Verteidigern gegenüber den im Kanton niedergelassenen Rechtsanwälten nicht.

b) Im vorliegenden Strafverfahren weist der Umfang der Akten nach Angabe des Untersuchungsrichteramtes mittlerweile 72 Bundesordner auf. Die hier in Frage stehende ergänzende Akteneinsicht bezieht sich offenbar noch immer auf 41 Bundesordner. Der Untersuchungsrichter erklärt, dass er von Beginn weg ausnahmslos für alle involvierten Verteidiger die Amtsräume als Ort für die Akteneinsicht bezeichnet habe. Am Verfahren sind auch hiesige Anwälte beteiligt. Aus dem Umstand, dass einzig dem Verteidiger des Beschwerdeführers – offenbar aufgrund eines entsprechenden Verhaltens – schliesslich notgedrungen sowohl für die erste Akteneinsicht, die am 14. September 1998 für die Zeit vom 5. Oktober 1998 bis 4. Dezember 1998 angesetzt worden war, als auch für eine zweite, am 9. März 1999 für die Zeit vom 22. März 1999 bis 21. April 1999 angesetzte Akteneinsicht die Akten zur Mitnahme in die Anwaltskanzlei ausgehändigt werden mussten, kann er für die neuerliche, hier in Frage stehende Akteneinsicht nichts herleiten. In Anbetracht des vom Untersuchungsrichteramt beschriebenen Vorgehens des Verteidigers des Beschwerdeführers bei den beiden früheren Akteneinsichtnahmen, erscheint es geradezu missbräuchlich, wenn sich die Verteidigung heute darauf beruft, dass ihr schon früher die Akten jeweils ausgehändigt worden seien.

2. Ist mithin die Praxis aufgrund der kantonalrechtlichen Ordnung nicht zu beanstanden, stellt sich die Frage, ob ein darüber hinausgehender Anspruch auf Aushändigung der Akten als Minimalgarantie von Bundesrechts wegen gegeben sei. Der Beschwerdeführer macht geltend, dass ihm nach neuerer Bundesgerichtspraxis gestützt auf Art. 4 aBV und «die einschlägigen Normen der EMRK» ein verfassungs- und konventionsrechtlicher Anspruch auf Herausgabe der Akten an seinen Verteidiger zur Einsichtnahme zustehe.

a) Nach ständiger Praxis des Bundesgerichts zu Art. 4 Abs. 1 aBV ist dem Akteneinsichtsrecht Genüge getan, wenn die Akten am Sitz der betreffenden Behörden eingesehen werden können; ein Anspruch auf Herausgabe

von Akten ergibt sich aus Art. 4 aBV nicht (AJP 1994, S. 1476 mit Hinweis auf BGE 108 Ia 7; vgl. auch Alexander Dubach, Das Recht auf Akteneinsicht, Diss. Bern 1990, S. 157). Daran hat sich auch nach dem Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung nichts geändert. Art. 29 Abs. 2 BV garantiert den früher aus Art. 4 aBV abgeleiteten Anspruch auf rechtliches Gehör nun ausdrücklich, und das Akteneinsichtsrecht ist nach wie vor Teilgehalt dieses umfassenden grundrechtlichen Anspruchs. Die Rechtsprechung zum Akteneinsichtsrecht nach Art. 4 aBV hat daher auch für den neuen Art. 29 Abs. 2 BV uneingeschränkt Gültigkeit.

Das Akteneinsichtsrecht als Minimalgarantie nach Art. 4 aBV umfasst den Anspruch, die Akten am Sitze der Behörden einzusehen und davon Notizen zu machen. Weiter geht der Anspruch nach Art. 4 aBV nicht, auch wenn sich dies in manchen Fällen zur Wahrung der Interessen als wünschbar erweise (BGE 108 Ia 7; vgl. auch BGE 112 Ia 380). Die teilweise gebräuchliche Zustellung von Akten an Rechtsanwälte basiert in der Regel nicht auf gesetzlicher Statuierung oder Gewohnheitsrecht, sondern nach der Rechtsprechung auf freiwilliger Kooperation der Behörden und rechtfertigt sich mit der besonderen Stellung und Funktion des Rechtsanwaltes (Thomas Cottier, Anspruch auf rechtliches Gehör, 2. Teil, in: recht 1984, S. 124; Alexander Dubach, a.a.O., S. 161). In BGE 120 IV 242 hat das Bundesgericht die Frage, ob sich aus dem Akteneinsichtsrecht als Minimalgarantie nach Art. 4 aBV und aus Art. 6 Ziff. 3 lit. b und c EMRK ein verfassungs- bzw. konventionsrechtlicher Anspruch des (praktizierenden) Anwalts auf Herausgabe der Akten ergebe, mit der Begründung offen gelassen, dass vor Abschluss der Untersuchung ohnehin kein Anspruch des Beschuldigten auf vollumfängliche Gewährung des rechtlichen Gehörs bestehe. Die Bemerkung in jenem Entscheid, wonach bei ausserordentlich umfangreichen Akten der Verwaltung – auch wenn sie in ihrer Praxis Anwälten Akten in der Regel zusende – nicht zugemutet werden könne, diese einem Anwalt mehr als einmal zur Einsichtnahme zuzustellen, veranlasste Andreas Kley-Struller in der Besprechung dieses Urteils in AJP 1994, S. 1476 f., die Frage aufzuwerfen, ob es sich bei diesen Ausführungen um ein redaktionelles Versehen handle oder um eine feine Andeutung einer Praxisänderung, wonach nach Abschluss der Untersuchung die Akten unabhängig von ihrem Umfang dem Anwalt zuzustellen seien. Er kommt dann aber – nach Auffassung der Justizkommission zu Recht – zum Schluss, dass es sich wohl um ein redaktionelles Versehen handle. Jedenfalls lässt sich aus diesem Entscheid eine Praxisänderung des Bundesgerichts nicht ableiten. Auch in dem vom Beschwerdeführer zitierten jüngeren Entscheid BGE 122 I 109 hat das Bundesgericht die Frage letztlich offen gelassen. Es hat in jenem Entscheid lediglich das auf der Praxis der kantonalen Behörde beruhende Vorgehen, wonach nur den im Kanton niedergelassenen, nicht aber den ausserkantonalen Rechtsanwälten die Akten zugestellt würden, als unzulässige Ungleichbehandlung bei der Ausübung der Verteidigerrechte qualifiziert, weshalb es eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 3

lit. b EMRK i.V.m. Art. 14 EMRK, Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II, Art. 14 Ziff. 3 lit. b UNO-Pakt II i.V.m. Art. 2 Ziff. 1 UNO-Pakt II und – unter den gegebenen Umständen – Art. 4 aBV erblickte. Es hat in Erwägung Ziff. 2b indessen im Gegenteil zunächst erneut unter Hinweis auf seine publizierte Rechtsprechung ausdrücklich festgehalten, «selon la jurisprudence, l'accès au dossier ne comprend, en règle générale, que le droit de consulter les pièces au siège de l'autorité, de prendre des notes (...) et, pour autant que cela n'entraîne aucun inconvénient excessif pour l'administration, de faire des photocopies (...)». Das Gericht bemerkt dann allerdings weiter unter Hinweis auf den hier bereits erwähnten Entscheid 120 IV 242, es habe ins Auge gefasst («a envisagé»), die Zustellung der Akten an einen mandatierten Rechtsanwalt als eine durch Art. 4 aBV garantierte wesentliche Modalität des Akteneinsichtsrechts zu betrachten, ohne die Frage dann aber zu entscheiden. Trotz dieser sibyllinischen Bemerkung des Bundesgerichts, mit der möglicherweise tatsächlich eine Praxisänderung angedeutet werden soll, ist klar, dass das Bundesgericht jedenfalls einen solchen Anspruch (noch) nicht ausdrücklich anerkannt hat (Michele Albertini, *Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates*, Diss. Bern 2000, S. 249). Im Übrigen wäre aber auch noch keineswegs klar, welchen genauen Inhalt ein solcher Anspruch hätte. Michele Albertini (a.a.O., S. 249 f.) plädiert denn auch lediglich für einen bedingten Anspruch des praktizierenden Anwalts auf Aushändigung der Akten, entsprechend etwa der bundesgerichtlichen Praxis zum (bedingten) Anspruch auf Erstellung von Kopien im Zusammenhang mit dem Akteneinsichtsrecht. Danach bestünde ein verfassungsmässiger Anspruch auf Aushändigung bzw. Zustellung der Akten nur, wenn dies für die Behörde keinen unverhältnismässigen Aufwand darstellen würde oder wenn sich keine sonstigen überwiegenden Unzulänglichkeiten ergeben würden. Im vorliegenden Fall müsste aber aufgrund der konkreten Verhältnisse wohl der so verstandene Anspruch gerade an diesen Kautelen scheitern.

Der Beschwerdeführer vermag daher auch aus diesem Entscheid keinen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Herausgabe der Akten zur Einsichtnahme an den Verteidiger herzuleiten.

b) Schliesslich vermag der Beschwerdeführer auch nicht darzutun, dass ein solcher Anspruch aufgrund von Art. 6 EMRK garantiert sei. Die vom Bundesgericht zum Recht auf Akteneinsicht als Teilgehalt des Gehörsanspruchs auf der Grundlage von Art. 4 aBV entwickelte Praxis steht durchaus im Einklang mit Art. 6 EMRK (Haefliger/Schürmann, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz*, Bern 1999, S. 188 mit Hinweisen auf die Praxis des Menschenrechtsgerichtshofes). Der Gerichtshof hat aber – soweit ersichtlich – bislang noch nie einen selbständigen Anspruch der Verteidigung auf Zusendung bzw. Aushändigung der Akten bejaht. Auch in der Literatur wird ein solcher Anspruch – soweit überblickbar – nicht erwähnt. Festgehalten wird dazu, dass das Recht, die Strafakten einzusehen,

spätestens nach Anklageerhebung gelte, soweit nicht Sicherheitsrisiken oder verwaltungstechnische Schwierigkeiten oder Geheimhaltungspflichten entgegenstünden (vgl. Vogler, IntKommEMRK, Art. 6 N 490 ff.). Der Beschwerdeführer begnügt sich denn auch mit der nackten Behauptung, die EMRK garantiere diesen Anspruch.

3. Ergibt sich mithin, dass die Praxis der Wirtschaftsabteilung des zugerischen Untersuchungsrichteramtes mit dem kantonalen Recht in Einklang steht und den verfassungs- und konventionsrechtlichen Garantien entspricht, erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist daher abzuweisen.

(Justizkommission, 20. Juli 2000, i.S. V./Untersuchungsrichteramt)

*§ 34 Abs. 3 StPO. – Im Falle der Einstellung einer Strafuntersuchung sind Zivilklagen auf den Zivilweg zu verweisen. Dabei handelt es sich um einen prozessleitenden Entscheid, gegen den die Beschwerde an die Justizkommission nicht gegeben ist.*

*Aus den Erwägungen:*

3. a) ... Die Staatsanwaltschaft stellt sich auf den Standpunkt, es sei nicht richtig, dass die Untersuchungsbehörde die Zivilforderung des Geschädigten auf den Zivilweg verwiesen habe. Bekanntlich habe der Angeschuldigte die Forderung im Strafverfahren ausdrücklich anerkannt, weshalb – statt einer Verweisung auf den Zivilweg – davon (in der Einstellungsverfügung) hätte Vormerk genommen werden sollen.

b) Im Falle der Einstellung einer Strafuntersuchung sind Zivilklagen nach der ausdrücklichen Vorschrift von § 34 Abs. 3 StPO auf den Zivilweg zu verweisen. Dabei handelt es sich um einen prozessleitenden Entscheid, gegen den keine Beschwerdemöglichkeit gegeben ist (vgl. zur Berufung Klaus Weber, Die Berufung im zugerischen Strafprozess, Diss. Zürich 1978, S. 42), weshalb unabhängig von der Frage der Beschwerdelegitimation auf die Beschwerde in diesem Punkt nicht eingetreten werden kann. Ob im Sinne des Antrages der Staatsanwaltschaft im Dispositiv ergänzend vorgemerkt werden könnte, dass der Angeschuldigte die Forderung anerkannt hat, kann daher offen bleiben.

(Justizkommission, 30. Juni 2000, i.S. Staatsanwaltschaft/Untersuchungsrichteramt)

*§ 80 Ziff. 11 StPO. – Beschwerde an die Justizkommission gegen Urteile des Einzelrichters in Strafsachen. Dabei handelt es sich um eine Art Nichtigkeitsbeschwerde, mit der nur besonders schwerwiegende Mängel des vorinstanzlichen Verfahrens und des Entscheides gerügt werden können. Ausführungen zu den einzelnen Beschwerdegründen.*

*Aus den Erwägungen:*

2. a) Nach § 80 Ziff. 11 StPO ist die Beschwerde an die Justizkommission zulässig gegen Urteile des Einzelrichters betreffend Übertretungen, soweit eine Busse von höchstens Fr. 500.– ausgesprochen wurde, und zwar wegen Verletzung klaren materiellen Rechts, offensichtlich unrichtiger Akten- und Beweiswürdigung und bei Verletzung bestimmter Prozessvorschriften. Diese Novelle wurde mit der Gesetzesänderung vom 17. Dezember 1998 in die Strafprozessordnung eingefügt. Davor war gegen Urteile des Einzelrichters (damals Polizeirichters) nach § 70 Abs. 1 Ziff. 2 StPO unabhängig von der Höhe der Sanktion die Berufung an das Strafergericht gegeben, welche eine umfassende, uneingeschränkte Überprüfung ermöglichte. Die neue Bestimmung in § 80 Ziff. 11 StPO lehnt sich inhaltlich stark an § 208 Ziff. 12 ZPO an, der die Beschwerde gegen Urteile der Friedensrichter in Zivilrechtsstreitigkeiten regelt. Es handelt sich dabei um ein ausserordentliches Rechtsmittel mit beschränkter Kognition. Der einzige Unterschied im Wortlaut der beiden Bestimmungen besteht darin, dass nach § 80 Ziff. 11 StPO die Verletzung – klaren – materiellen Rechts vorausgesetzt wird, während nach dem Wortlaut von § 208 Ziff. 12 ZPO jede Verletzung materiellen Rechts genügen soll. Indes verdeutlicht die Formulierung in § 80 Ziff. 11 StPO lediglich die nach Praxis und Schrifttum auch in der zivilprozessualen Beschwerde geltende Beschränkung der Anfechtbarkeit auf besonders schwerwiegende Mängel des vorinstanzlichen Entscheides (vgl. Heinrich Baumgartner, Die Rechtsmittel des zugerischen Zivilprozessrechts, Diss. Zürich 1949, S. 79 ff.). Bei dem neu eingeführten Rechtsmittel handelt es sich um eine Art Nichtigkeitsbeschwerde. Mit ihr können nicht beliebige, sondern nur besonders schwerwiegende Mängel des vorinstanzlichen Verfahrens (*error in procedendo*) und des Entscheides (*error in iudicando*) gerügt werden, sogenannte Nichtigkeitsgründe also (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 12 zu § 281). Die in der zugerischen Zivil- und Strafprozessordnung genannten, identischen Nichtigkeitsgründe entsprechen im Wesentlichen auch denjenigen der Zürcher Zivilprozessordnung. Es kann deshalb zu deren Auslegung auch das Schrifttum und die Praxis zur zürcherischen Zivilprozessordnung herangezogen werden.

aa) Nach Heinrich Baumgartner, auf den sich auch die Praxis stützt, kann der zivilprozessuale Beschwerdegrund der Verletzung materiellen Rechts gemäss § 208 Ziff. 12 ZPO nicht in dem Sinne aufgefasst werden, dass jede Behauptung einer materiellen Gesetzesverletzung die Beschwerde begründet. Er führt dazu aus, obwohl die erwähnte Bestimmung keine Beschrän-

kung auf Verletzung klaren Rechts vorsehe, müsse nach dem Sinn der Beschwerde, die hier ein ausserordentliches Rechtsmittel gegen Entscheide des Friedensrichters sei, gefordert werden, dass Verletzung eines bestimmten Rechtssatzes vorliege, sei es, dass der Friedensrichter gegen den klaren Wortlaut desselben entschieden habe oder dass er ihm eine Auslegung gegeben habe, die nach den Grundsätzen der Wissenschaft offensichtlich unhaltbar sei. Habe der Friedensrichter dagegen einer Gesetzesvorschrift eine Auslegung gegeben, die sich nach den Grundsätzen der Wissenschaft vertreten lasse, so könne materielles Recht nicht verletzt sein, auch wenn die Justizkommission den betreffenden Streitfall anders entschieden hätte. Wo daher eine Gesetzesvorschrift die Entscheidung dem richterlichen Ermessen überlasse, könne Beschwerde nur ergriffen werden, wenn Ermessensmissbrauch oder Ermessensüberschreitung vorliege (a.a.O., S. 79 f.). Ähnlich äussert sich auch die Zürcher Praxis und Literatur zu diesem Beschwerdegrund (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 46 ff. zu § 281): Die Nichtigkeitsbeschwerde kann nur gegen grobe Verstösse und Irrtümer bei der Anwendung materiellen Rechts Abhilfe schaffen. Im Gegensatz zur Berufung wird nicht die Durchsetzung der Rechtseinheit angestrebt, sondern nur die Vermeidung offener schwerer Irrtümer bei Anwendung des Gesetzes (ZR 40 Nr. 65). Vorausgesetzt wird, dass über die Auslegung einer Rechtsvorschrift kein begründeter Zweifel bestehen kann (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 51 zu § 281 u.a. mit Hinweis auf ZR 42 Nr. 28). Diese Auslegung des Beschwerdegrundes der Verletzung materiellen Rechts bei der zivilprozessualen Beschwerde muss sinngemäss a fortiori für den entsprechenden Beschwerdegrund in der geänderten Strafprozessordnung gelten.

bb) Nach Heinrich Baumgartner sind sodann dem weiteren Beschwerdegrund der offenbar unrichtigen Akten- und Beweiswürdigung durch das Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung enge Grenzen gezogen. In der Würdigung der Beweise sei der Richter lediglich an seine Überzeugung gebunden, sofern das Gesetz nicht besondere Beweisregeln aufstelle. Wo der Richter in seiner Beweiswürdigung gegen eine bundesrechtliche oder kantonale Beweisvorschrift verstossen habe, sei die Beschwerde zulässig. Darüber hinaus müsse aber auch überall dort die Beschwerde zulässig sein, wo die freie richterliche Beweiswürdigung willkürlich angewendet worden sei. Eine offenbar unrichtige Aktenwürdigung liege vor, wenn eine für die rechtliche Entscheidung des Falles bedeutsame tatsächliche Annahme mit einem bestimmten Aktenstück in unverträglichem Widerspruch stehe (a.a.O., S. 80). Auch hier kann auf die zürcherische Praxis und Literatur zum Nichtigkeitsgrund der Aktenwidrigkeit und willkürlichen Annahmen der Zürcher Zivilprozessordnung, der im Wesentlichen gleich ausgelegt wird wie derjenige der unrichtigen Akten- und Beweiswürdigung des zugerischen Rechts, verwiesen werden (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 44/45 zu § 281). Auch hier besteht kein Anlass, dem wörtlich in § 80 Ziff. 11 StPO übernommenen Nichtigkeitsgrund eine andere Bedeutung als in der Zivilprozessordnung zu geben.



cc) Schliesslich ist nach Heinrich Baumgartner unter dem Beschwerdegrund der Verletzung bestimmter Prozessvorschriften dasselbe zu verstehen wie unter dem Beschwerdegrund der Verletzung klarer Prozessvorschriften bei der Beschwerde gegen prozessleitende Entscheide gemäss § 208 Ziff. 4 ZPO (a.a.O., S. 80). Danach sind klare Prozessvorschriften solche, die im Gesetz, insbesondere in der StPO und im GOG, eine ausdrückliche Regelung erfahren haben, und über deren Bedeutung keine ernsthaften Zweifel möglich sind, nicht aber blosser Gerichtsgebrauche. Da aber auch viele Bundesgesetze prozessuale Vorschriften enthalten, die der kantonale Richter zu berücksichtigen hat, muss auch bei Verletzung von solchen die Beschwerde zulässig sein. Ausgeschlossen ist die Beschwerde gegen einen Entscheid, den der Richter in Anwendung des freien richterlichen Ermessens gefällt hat, sofern er die Grenzen des richterlichen Ermessens nicht überschritten hat (a.a.O., S. 84). Die frühere zürcherische Prozessordnung kannte diesen Beschwerdegrund wortwörtlich als Rekursgrund. Nach dessen Aufhebung hat nun die Nichtigkeitsbeschwerde eine Ersatzfunktion übernommen, weshalb die Praxis und Literatur zum früheren Recht bei der Auslegung des Nichtigkeitsgrundes der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes einen Ansatzpunkt bildet (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 16 zu § 281). Es kann deshalb – wie das die zugerische Praxis tatsächlich auch tut – insbesondere auch die Monographie von E. Weber (Der Rekurs «wegen Verletzung klarer Prozessvorschriften» im Zürcher Zivilprozess, Diss. Zürich 1956) zur näheren Bestimmung der Bedeutung dieses Beschwerdegrundes herangezogen werden.

Es liegt nahe und erscheint durchaus angezeigt, den gleichlautenden strafprozessualen Beschwerdegrund gleich wie denjenigen des Zuger Zivilprozesses auszulegen.

dd) Nur unter diesem eingeschränkten Gesichtswinkel ist mithin das angefochtene Urteil durch die Beschwerdeinstanz im Folgenden zu überprüfen.

b) Der Beschwerdeführer macht zum einen eine Verletzung klaren materiellen Rechts geltend. Eine solche ist nach den obigen Ausführungen dann gegeben, wenn die Verletzung eines bestimmten Rechtssatzes vorliegt, sei es, dass der Einzelrichter gegen den klaren Wortlaut desselben entschieden hat, oder dass er ihm eine Auslegung gegeben hat, die nach den Grundsätzen der Wissenschaft offensichtlich unhaltbar ist. Der Schuldspruch des Einzelrichters in seinem Urteil vom 3. März 2000 stützt sich auf Art. 34 Abs. 1 SVG. Danach müssen Fahrzeuge rechts, auf breiten Strassen innerhalb der rechten Fahrbahnhälfte fahren, und haben sich möglichst an den rechten Strassenrand zu halten, namentlich bei langsamer Fahrt und auf unübersichtlichen Strecken. Gestützt auf zwei Lehrmeinungen und einen Bundesgerichtsentscheid (106 IV 51) gelangte der Einzelrichter aufgrund des Untersuchungsergebnisses zum Schluss, der Beschwerdeführer habe sich unge-

nügend an den rechten Strassenrand gehalten, indem der Abstand zum rechten Strassenrand zu Beginn des Bremsmanövers 1,45 m und zur Leitlinie in der Mitte der Strasse ca. 0,45 m betragen habe; nach dem Bremsmanöver habe er sich auf ca. 0,2 m reduziert. Beim Rechtsfahrgebot handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, womit ohnehin nicht von klarem materiellem Recht auszugehen ist; der erkennende Richter hat im Einzelfall zu beurteilen, ob das Verhalten des Fahrzeuglenkers diesem allgemeinen Gebot entspricht. Es stellt sich damit einzig die Frage, ob die Auslegung des Einzelrichters im vorliegenden Fall offensichtlich unhaltbar ist. Dies ist zu verneinen. Etwas anderes ist auch nicht aus den vom Beschwerdeführer erwähnten Bundesgerichtsentscheiden abzuleiten (vgl. BGE 97 II 366; 99 IV 24; 100 IV 184, 106 IV 51; 107 IV 46). Aus dem letztgenannten Entscheid ergibt sich, dass das Gebot des Rechtsfahrens je nach den Verkehrs- und Sichtverhältnissen mehr oder weniger strikt einzuhalten ist. Immerhin – so das Bundesgericht in diesem Entscheid – müssen sich die beiden beteiligten Verkehrsteilnehmer vor einem Kreuzen so stark rechts halten, dass zwischen den beiden Fahrzeugen ein Zwischenraum von mindestens 50 cm besteht. Der Umstand, dass der eine der beiden Verkehrsteilnehmer die Fahrbahnmitte nicht verlasse, befreie den andern nicht von der Pflicht, alles zu tun, um den Zusammenstoss zu vermeiden. Wird die Auslegung durch den Einzelrichter an dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung gemessen, erweist sie sich ohne weiteres als vertretbar, selbst wenn sich der Abstand erst im Verlaufe des Bremsmanövers noch weiter verringerte. Demgegenüber orientiert sich die Argumentationsweise des Beschwerdeführers vorwiegend daran, dass es genüge, die eigene Fahrbahnhälfte nicht zu verlassen, was allerdings zu kurz greift. Die Grundregel erlaubt es dem Fahrzeuglenker nämlich auch auf einer breiten Strasse nicht, beliebig innerhalb der rechten Fahrbahnhälfte zu fahren, sondern es gilt auch dort, dass so weit rechts wie möglich, aber mit einem so grossen Abstand vom Fahrbahnrand wie nötig zu fahren sei. Bei unübersichtlichen Kurven ist sodann von allen Beteiligten mit einem möglichen Fehlverhalten Entgegenkommender zu rechnen und darum genügend rechts der Mittellinie zu fahren (Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bd. I, Bern 1984, N 507 mit Hinweis auf BGE 106 IV 51 und N 508).

Nach dem Gesagten hat der Einzelrichter weder klares materielles Recht verletzt, noch hat er die anwendbare Bestimmung in offensichtlich unhaltbarer Weise ausgelegt. Die Beschwerde erweist insofern als unbegründet.

(Justizkommission, 19. April 2000, i.S. E./Staatsanwaltschaft)

§ 30 Abs. 3 GOG, Art. 68 Ziff. 2 StGB. – *Strafkompetenz des Einzelrichters bei der Ausfüllung von Zusatzstrafen.*

*Aus den Erwägungen:*

Zuständigkeit der Vorinstanz

Die Verteidigung bestritt in der Berufung vorab die Zuständigkeit der Vorinstanz mit der Begründung, die Strafkompetenz des Einzelrichters umfasse gemäss § 30 Abs. 3 (a)GOG lediglich Freiheitsstrafen bis zu sechs Monaten, im konkreten Fall sei jedoch eine Zusatzstrafe gemäss Art. 68 Ziff. 2 StGB auszufällen und mithin eine – ausserhalb der Kompetenz der Vorinstanz liegende – Gesamtstrafe von 18 Monaten oder mehr zu beurteilen.

Mit rechtskräftigem Urteil des Strafgerichtes Zug vom 6. November 1995 wurde der Angeklagte wegen mehrfacher qualifizierter Veruntreuung mit 18 Monaten Gefängnis, unter Gewährung des bedingten Strafvollzuges für eine Probezeit von zwei Jahren, bestraft; die vorliegend zu beurteilenden Handlungen beging er in den Jahren 1990 bzw. 1994, mithin vor dem erwähnten Urteil. Es ist daher gemäss Art. 68 Ziff. 2 StGB «eine Zusatzstrafe auszufällen, welche die Differenz zwischen der ersten, Einsatz- oder Grundstrafe und der Gesamtstrafe ausgleicht, die nach Auffassung des Richters bei Kenntnis der später beurteilten Straftat ausgefällt worden wäre; der Täter soll durch die Aufteilung der Strafverfolgung in mehrere Verfahren nicht benachteiligt und soweit als möglich auch nicht besser gestellt werden» (Trechsel, Schweiz. Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2.A., N 18 zu Art. 68 m.w.H.). Bei der Bestimmung der Zusatzstrafe hat sich der Richter «vorerst zu fragen, welche Strafe er im Falle einer gleichzeitigen Verurteilung in Anwendung von Art. 68 Ziff. 1 StGB ausgesprochen hätte. Ausgehend von dieser hypothetischen Gesamtbewertung muss er anschliessend unter Beachtung der rechtskräftigen Grundstrafe die Zusatzstrafe bemessen.» (BGE 109 IV 93, Trechsel, a.a.O., N 25 zu Art. 68). Bei Festsetzung der Zusatzstrafe «kann der Richter den bedingten Strafvollzug verweigern, wenn er für die Einsatzstrafe zugestanden wurde, er muss ihn verweigern, wenn die Zusatzstrafe zusammen mit der Grundstrafe das für den bedingten Strafvollzug gesetzte Höchstmass überschreitet – in diesem Fall führt die Trennung zu einer Privilegierung, weil der bedingte Vollzug der Grundstrafe nicht angetastet wird» (Trechsel, a.a.O., N 27 zu Art. 68 m.w.H.)

Wie erwähnt, ist für die vorliegend zu beurteilenden, weiteren Delikte des Angeklagten eine Zusatzstrafe – und nicht etwa eine Gesamtstrafe für sämtliche Delikte – festzusetzen. Bewegt sich diese Zusatzstrafe im Rahmen der Strafkompetenz des Einzelrichters, ist dessen Zuständigkeit entgegen der Auffassung der Verteidigung nicht anzuzweifeln. Allein der Umstand, dass bei der Festlegung der Zusatzstrafe vorgängig eine hypothetische Gesamtbewertung aller strafbaren Handlungen vorzunehmen ist, vermag die Zuständigkeit des Einzelrichters bezüglich der konkret zu beurteilenden,

weiteren Delikte nicht aufzuheben. Würde anders entschieden, hätte dies zur Konsequenz, dass der Einzelrichter nur noch in denjenigen Fällen retrospektiver Konkurrenz urteilen könnte, in denen Grund- und Zusatzstrafe zusammen dessen Strafkompetenz von 6 bzw. neu 12 Monaten Freiheitsstrafe nicht überschritten. Entsprechende Regelungen oder Vorbehalte der einzelrichterlichen Spruchkompetenz im Zusammenhang mit der Ausfällung von Zusatzstrafen gemäss Art. 68 Ziff. 2 StGB finden sich jedoch weder in § 30 Abs. 3 aGOG noch in der revidierten Fassung des GOG. Demgegenüber beschränkt sowohl das alte als auch das neue GOG die Kompetenz des Einzelrichters betreffend Anordnung des Vollzuges bedingt aufgeschobener Strafen auf diejenigen Fälle, in denen die Höhe der zum Vollzug angeordneten Strafe – und nicht etwa dieser und der neu ausgesprochenen Strafe zusammen – im Rahmen seiner Strafkompetenz liegt; m.a.W. konnte der Einzelrichter unter altem Recht bspw. eine unbedingte Freiheitsstrafe von 6 Monaten aussprechen und zugleich eine früher ausgesprochene bedingte Strafe von 6 Monaten zum Vollzug anordnen. Eine Beschränkung des «Gesamtergebnisses» auf 6 bzw. 12 Monate Freiheitsstrafe liegt mithin nicht vor. Dasselbe hat auch im Falle der hypothetischen Gesamtbetrachtung gemäss Art. 68 Ziff. 2 StGB zu gelten, müsste sich andernfalls doch eine explizite Regelung bzw. Einschränkung im GOG finden lassen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in Berücksichtigung und in Würdigung der kantonalen Kompetenzregelung gemäss § 30 Abs. 3 GOG sowie der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 68 Ziff. 2 StGB die Zuständigkeit des Einzelrichters im konkreten Fall zu bejahen ist. Der von der Verteidigung vorgebrachte Nichtigkeitsgrund der Unzuständigkeit der Vorinstanz ist mithin nicht gegeben und das angefochtene Urteil demzufolge nicht aufzuheben, sondern von der Berufungskammer als zweiter Instanz materiell zu überprüfen.

...

(Berufungskammer, 7. Januar 2000, i.S. Staatsanwaltschaft/S.)

*Art. 190 Abs. 2 StGB. – Vergewaltigung als Officialdelikt trotz formellen Bestands der Ehe.*

*Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK. – Recht des Angeschuldigten, Fragen an den Belastungszeugen zu stellen; Beweisverwertungsverbot.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Gemäss Art. 190 Abs. 1 StGB macht sich der Vergewaltigung schuldig, wer eine Person weiblichen Geschlechts zur Duldung des Beischlafs nötigt, namentlich indem er sie bedroht, Gewalt anwendet, sie unter psychischen Druck setzt oder zum Widerstand unfähig macht. Ist der Täter der Ehegatte des Opfers und lebt er mit diesem in einer Lebensgemeinschaft, wird die Tat nur auf Antrag verfolgt (Art. 190 Abs. 2 StGB).

2. Dem Angeschuldigten X. Z. wird die mehrfache Vergewaltigung seiner ehemaligen Gattin Y. Z., begangen zwischen Juni 1994 und 4. Januar 1996, vorgeworfen. In diesem Zeitraum waren die Eheleute Z. bereits gerichtlich getrennt und lebten nicht mehr in einem gemeinsamen Haushalt (vgl. Verfügung Kantonsgerichtspräsidium Zug vom 1. Juni 1994, GD 7). Ungeachtet dessen, ob das Merkmal der Lebensgemeinschaft in Analogie zu Art. 110 Ziff. 3 StGB, wonach Familiengenossen Personen sind, die im gemeinsamen Haushalte leben (d.h., «dass zwei oder mehr Personen gemeinsam essen und wohnen und unter einem gemeinsamen Dache schlafen», BGE 102 IV 163), bestimmt wird, wie dies ein Teil der Lehre vertritt (so z.B. Jenny und Stratenwerth), oder ob als entscheidend angesehen wird, ob ein Fortbestand der Ehe noch ernstlich in Aussicht steht (so z.B. Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. A., Zürich 1997, N 15 zu Art. 189 StGB m.w.H., u.a. auf die abweichenden Lehrmeinungen), ist vorliegend in Würdigung der konkreten Gesamtumstände eine Lebensgemeinschaft zwischen X. und Y. Z. zum Zeitpunkt der dem Angeschuldigten zur Last gelegten Taten zu verneinen. Damit handelt es sich bei diesen Taten, wie die Staatsanwaltschaft zutreffend ausführte, um Offizialdelikte, welche unabhängig vom Willen des Opfers von Amtes wegen zu ahnden sind (GD 1, S. 8).

3. Wie vorstehend unter Ziffer 2. des Sachverhaltes ausgeführt, bestreitet der Angeschuldigte, seine Ex-Ehefrau Y. Z. im Zeitraum von Juni 1994 bis 4. Januar 1996 je vergewaltigt zu haben; zwar habe er auch nach der gerichtlichen Trennung vom 31. Mai 1994 mit ihr den Geschlechtsakt vollzogen, dies jedoch nie gegen ihren Willen (vgl. act. 11 und HD 1).

Es ist somit zu prüfen, ob dem Angeschuldigten rechtsgenügend nachzuweisen ist, Y. Z. ein oder mehrere Male zur Duldung des Beischlafs genötigt zu haben. Dabei ist dem Grundsatz «in dubio pro reo» Rechnung zu tragen, der sowohl die Verteilung der Beweislast als auch die Würdigung der Beweise betrifft (vgl. BGE 124 IV 86 ff., 120 Ia 31 ff.). Als Beweismäßigkeitsregel besagt der Grundsatz, dass sich der Strafrichter nicht von der Existenz eines für den Angeklagten ungünstigen Sachverhaltes überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat; als Beweislastregel bedeutet die Maxime, dass es Sache der Anklagebehörde ist, die Schuld des Angeklagten zu beweisen, und nicht dieser seine Unschuld nachweisen muss (vgl. im Einzelnen BGE 124 IV 86 ff., 120 Ia 31 ff.).

4. In concreto basieren die gegenüber dem Angeschuldigten erhobenen Vorwürfe allein auf den Aussagen, die Y. Z. anlässlich ihrer Anzeigeerstattung am 10. Februar 1996 gegenüber der Polizei zu Protokoll gab (act. 2). Nachdem Y. Z., soweit ersichtlich, vorgängig dieser polizeilichen Einvernahme nicht auf das ihr damals als Ehefrau gemäss § 29 Abs. 2 Ziff. 1 StPO zustehende Zeugnisverweigerungsrecht aufmerksam gemacht wurde und später der Untersuchungsbehörde mitteilen liess, jegliche Aussage als Zeugin zu verweigern (wozu sie, wie die Staatsanwaltschaft zutreffend festhielt, nach

der Scheidung gestützt auf Art. 7 Abs. 2 OHG berechtigt war bzw. ist; GD 1, S. 8 f.), ist somit vorab zu prüfen, ob das polizeiliche Einvernahmeprotokoll im vorliegenden Verfahren als Beweismittel verwendet werden kann.

Ob die fehlende Aufklärung über ein bestehendes Zeugnisverweigerungsrecht im polizeilichen Ermittlungsverfahren auch unter dem Blickwinkel der vorliegend anwendbaren zugerischen Strafprozessordnung grundsätzlich die Ungültigkeit bzw. Unverwertbarkeit der betreffenden Aussagen zur Folge hat, sofern die Einvernahme nicht wiederholt und der unterbliebene Nachweis nachgeholt werden kann [wie dies die Staatsanwaltschaft unter Hinweis auf den Kommentar von Niklaus Schmid zum Strafprozessrecht des Kantons Zürich ausführt bzw. wie dies die Bundesstrafprozessordnung statuiert (Art. 76 und 83 BStP)], kann in concreto offen bleiben, verstiesse eine Verwendung der polizeilichen Aussagen von Y. Z. doch von vorne herein gegen die in Art. 6 EMRK statuierten Verfahrensgarantien und Verteidigungsrechte des Angeschuldigten:

Gemäss Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und des Bundesgerichts sind Beweise grundsätzlich in Anwesenheit des Angeschuldigten in öffentlicher Verhandlung mit dem Ziel einer kontradiktorischen Erörterung zu erheben; ein Abstellen auf Aussagen aus der Voruntersuchung ist indessen mit Konvention und Bundesverfassung vereinbar, sofern die Verteidigungsrechte gewahrt wurden (vgl. BGE 125 I 132 ff.). Letzteres beinhaltet insbesondere den Anspruch des Angeschuldigten, mindestens einmal im Laufe des ganzen Verfahrens in angemessener und tatsächlich wirksamer Weise Fragen an die Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen (Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK; vgl. im Einzelnen BGE 124 I 284 ff. und 125 I 127 ff., je m.w.H.). Diesem Anspruch «kommt ein absoluter Charakter zu. Es soll garantiert werden, dass keine Verurteilung sich auf Aussagen stützt, zu denen sich der Beschuldigte nicht hat äussern und deren Urheber er nicht hat befragen können. Dies gehört zu den Grundzügen des fair trial und des rechtsstaatlichen Verfahrens nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 4 aBV [Art. 8 nBV]. ..... Das strenge Erfordernis des Anspruchs auf Befragung von Belastungszeugen erfährt in der Praxis eine gewisse Abschwächung: Es gilt uneingeschränkt nur in all jenen Fällen, in denen dem streitigen *Zeugnis ausschlaggebende Bedeutung* zukommt, das Zeugnis also den einzigen oder einen wesentlichen Beweis darstellt.» [BGE 125 I 135 f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EUGMR, der in einzelnen Fällen, in denen das belastende Zeugnis nicht den einzigen Beweis darstellte und die Zeugen aus äusseren Umständen, die nicht von den Behörden zu vertreten waren, nicht einvernommen und dem Beschuldigten gegenübergestellt werden konnten (z.B. Tod oder Aussageverweigerung der Zeugen), eine Konventionsverletzung verneinte].

Im vorliegenden Fall war dem Angeschuldigten die Wahrung seines Anspruches auf Befragung der Belastungszeugin angesichts des von dieser ausgeübten Zeugnisverweigerungsrechtes offenkundig verwehrt und kommt der

Aussage der Belastungszeugin gegenüber der Polizei ausschlaggebende Bedeutung zu, nachdem die Untersuchung keinerlei weitere Beweise oder Indizien hervorbrachte, die auf ein strafbares Verhalten des Angeschuldigten schliessen liessen. Bei dieser Sachlage unterliegt das Protokoll der polizeilichen Einvernahme von Y. Z. vom 10. Februar 1996 einem Beweisverwertungsverbot.

Damit aber ist dem Angeschuldigten – mangels anderer Beweismittel oder Indizien – ein strafbares Verhalten nicht rechtsgenügend nachzuweisen; er ist mithin vom Vorwurf der mehrfachen Vergewaltigung gemäss Art. 190 Abs. 1 StGB freizusprechen.

(Strafgericht, 12. Mai 2000, i.S. Staatsanwaltschaft/D.)

*§ 64 Abs. 3 StPO. – Abwesenheitsverfahren.*

*Aus den Erwägungen:*

Formelles

Der Verteidiger des Angeklagten X. beantragte im Hauptpunkt die einstweilige Einstellung des Verfahrens, dies im Wesentlichen mit der Begründung, das Kontumazialverfahren verletze wichtige Rechte des Angeklagten, insbesondere dessen Anspruch auf persönliche Verteidigung vor Gericht bzw. auf rechtliches Gehör.

Zwar trifft zu, dass die aus Art. 4 aBV (vgl. Art. 29 Abs. 2 u. 32 Abs. 2 nBV) bzw. Art. 6 Abs. 1 EMRK abgeleiteten Verfahrensgarantien grundsätzlich das Recht auf persönliche Teilnahme am Verfahren und an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung statuieren, doch ist ein Verzicht auf dieses Recht möglich und bedeutet dieses Recht insbesondere nicht, dass bei Flucht oder Unauffindbarkeit des Angeklagten nicht in dessen Abwesenheit verhandelt werden könnte (vgl. M. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, Zürich 1999, S. 303 f. m.w.H.).

In concreto tauchte der Angeklagte X. nach der untersuchungsrichterlichen Schlusseinvernahme vom 10. März 1997 zu einem unbekanntem Zeitpunkt unter und nahm bis dato keinen Kontakt zu seinem amtlichen Verteidiger auf (HD 5/1, S. 107; GD 31, S. 12); sein derzeitiger Wohn-/Aufenthaltort ist nach wie vor unbekannt. Demzufolge wurde er gemäss der Bestimmung der Strafprozessordnung des Kantons Zug über das Verfahren gegen Abwesende zweimal im Amtsblatt öffentlich zur Hauptverhandlung vor Strafgericht vorgeladen (§ 64 Abs. 1 StPO; GD 11–14; GD 22–24). Trotz dieser ordnungsgemässen Vorladung blieb der Angeklagte der Hauptverhandlung unentschuldig fern. Die Voraussetzungen für die Ausfällung eines Kontumazialurteils sind mithin erfüllt (§ 64 Abs. 3 StPO), wobei festzuhalten

ist, dass die zugerische Regelung des Abwesenheitsverfahrens den Anforderungen von Bundesverfassung und EMRK grundsätzlich genügt (Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens; §§ 76 ff. StPO), und dass vorliegend im Nichterscheinen des Angeklagten zur Hauptverhandlung trotz gehöriger Vorladung ohnehin ein Verzicht auf das Teilnahmerecht gemäss Art. 6 EMRK zu sehen ist (vgl. Villiger, a.a.O). Bei dieser Sachlage steht einem Kontumazialurteil in Bezug auf den Angeklagten X. nichts im Wege; dem Antrag auf Sistierung des Verfahrens wird mithin nicht stattgegeben.

(Strafgericht, 11. September 2000, i.S. Staatsanwaltschaft/C.)



## B. Verwaltungspraxis

### I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

#### **Aufenthalt und Niederlassung**

*Art. 4, 18 Abs. 3 und 4, 25 Abs. 1 ANAG; Art. 7 Abs. 1, 3 und 4, 12 Abs. 1, 49 Abs. 1 Bst. a<sup>bis</sup>; BVO und Art. 4 BV (neu Art. 8) – Es liegt keine Spezialausbildung vor, da es auch für eine Schweizer Bäckerin oder einen Schweizer Bäcker mit konventioneller Bäckerlehre nicht ausgeschlossen ist, sich die speziellen Kenntnisse zur Herstellung von biologischen Vollwertbrotten im Laufe der Zeit und mit Hilfe der nötigen Instruktion anzueignen. Zudem ist davon auszugehen, dass sich für die zu besetzende Stelle auch eine einheimische Kraft – allenfalls auch eine Ausländerin oder ein Ausländer mit entsprechender Aufenthaltsbewilligung – finden lässt.*

#### *Aus dem Sachverhalt:*

C.G., Geschäftsführerin der Spezialgeschäfte x und y, stellte der Volkswirtschaftsdirektion 1999 ein Gesuch um Erteilung einer erstmaligen Jahresaufenthaltsbewilligung für den deutschen Staatsangehörigen A.B. sowie ein Eventualgesuch um Zuteilung eines Kurzaufenthalter-Kontingents. Mit Verfügung vom 21. September 1999 wies die Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zug das Gesuch um Zuteilung einer Einheit aus dem kantonalen Kontingent für einen ausländischen Jahresaufenthalter ab und entsprach dem Eventualgesuch um Zuteilung eines Kurzaufenthalter-Kontingents. Gegen diesen Entscheid erhob C.G. Beschwerde beim Regierungsrat.

#### *Aus den Erwägungen*

1. Nach Art. 4 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; SR 142.20) entscheidet die Volkswirtschaftsdirektion als zuständige Arbeitsmarktbehörde im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften nach freiem Ermessen, ob die Voraussetzungen erfüllt sind, damit ein ausländischer Staatsangehöriger in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben darf. Das der Volkswirtschaftsdirektion von Gesetzes wegen eingeräumte Ermessen bedeutet allerdings nicht, dass sie bei ihren Entscheiden in Willkür verfallen darf; das Ermessen ist vielmehr pflichtgemäss und nach sachlichen Kriterien auszuüben. Zu berücksichtigen sind deshalb die sich aus Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung ergebenden Kriterien sowie die allgemeinen Rechtsgrundsätze, wie namentlich das Willkürverbot, das Verbot der rechtsungleichen Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben sowie das Gebot der Verhältnismässigkeit von Verwaltungsakten (Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nummer 67B II).

2. (...) Gemäss Art. 12 Abs. 1 Bst. BVO legt der Bundesrat periodisch die Höchstzahlen fest, namentlich auch für Jahresaufenthalter, die erstmals eine Erwerbstätigkeit in der Schweiz aufnehmen. Diese Höchstzahl ist im Anhang I der BVO für die Zeit vom 1. November 1998 bis 31. Oktober 1999 für den Kanton Zug auf total 177 festgelegt worden (AS 1998 S. 2726). Die Zahl hat auch für die Zeit vom 1. November 1999 bis 31. Oktober 2000 keine Änderung erfahren (AS 1999 S. 3139).

3. (...) Zu dem aus alt Art. 4 BV (neu Art. 8 BV) abgeleiteten Anspruch auf rechtliches Gehör gehört auch das Recht auf Begründung von Verfügungen und Entscheidungen (BGE 114 Ia 242; BGE 112 Ia 109). Gemäss Literatur und Rechtsprechung ist die Verfügung angemessen zu begründen; die Motivierung muss die Begründung eines Rechtsmittels ermöglichen. Dabei werden an die Begründung von Verfügungen der Verwaltungsbehörden weniger strenge Anforderungen gestellt als an Rechtsmittelentscheide. Die entscheidende Behörde hat sich nicht über alle Vorbringen auszusprechen, die im vorangegangenen Verfahren bzw. in der Beschwerde gestellt worden sind. Vielmehr kann sie sich dabei auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1986, Band I: Allgemeiner Teil, Nr. 85 B. III; Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1990, Ergänzungsband, Nr. 85, B. III; BGE 122 II 362 f; BGE 122 IV 14 f; BGE 121 I 57).

Mit der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz die Erteilung einer Jahresaufenthaltsbewilligung für A.B. verweigert. Zur Begründung verwies sie auf die Begrenzungsverordnung sowie die kantonalen Richtlinien vom 6. September 1996. Da zur Zeit wesentlich mehr Gesuche eingereicht würden als Kontingente vorhanden seien, sei es unumgänglich, bei der Erteilung von Bewilligungen die gesetzlichen Vorschriften streng anzuwenden und praktisch nur Begehren für Personen mit einer Spezialausbildung, die in der Schweiz nicht erworben werden kann oder für wichtige Kaderleute zu entsprechen. Das Gesuch der Beschwerdeführerin genüge den Voraussetzungen nicht, insbesondere nicht den Kriterien eines wirtschaftlich und arbeitsmarktlich wichtigen Betriebs sowie einer vorausschauenden und gezielten Anstrengung zu dessen Existenzsicherung.

Zweifellos ist diese Begründung kurz und relativ knapp gehalten. Trotzdem umfasst sie die Überlegungen, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf welche sie den Entscheid stützt. Die Beschwerdeführerin wusste aufgrund dieser Begründung im wesentlichen, welche Gesichtspunkte zu einer Verweigerung der Bewilligung führten. Es war ihr deshalb auch möglich, die Verfügung sachgerecht anzufechten. Damit aber ist die Vorinstanz ihrer Begründungspflicht nachgekommen. Doch selbst wenn von einer mangelhaft begründeten Verfügung auszugehen wäre, wäre der Mangel aus folgenden Gründen als geheilt zu betrachten: Zum einen lieferte die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung weitere Ausführungen nach, zu welchen die

Beschwerdeführerin in Rahmen des zweiten Schriftenwechsels Stellung nehmen konnte. Zum andern kommt dem Regierungsrat im Verwaltungsbeschwerdeverfahren als Rechtsmittelbehörde volle Kognition zu, die ihm eine Prüfung im gleichen Umfang wie durch die Vorinstanz erlaubt (Attilio Gadola, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Zürich 1991, S. 453; Häfelin/Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage, Zürich 1998, N. 798 f mit Hinweisen).

4.a) Bewilligungen zur erstmaligen Erwerbstätigkeit dürfen nur erteilt werden, wenn der Arbeitgeber keine einheimische Arbeitskraft findet, die gewillt und fähig ist, die Arbeit zu den orts- und berufsüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen zu leisten (Art. 7 Abs. 1 BVO). Geht es um die erstmalige Erwerbstätigkeit, so haben neben den einheimischen Arbeitskräften diejenigen stellensuchenden Ausländer den Vorrang, die sich bereits in der Schweiz aufhalten und zur Erwerbstätigkeit berechtigt sind (Art. 7 Abs. 3 BVO). Gemäss den von der Vorinstanz erlassenen Richtlinien vom 6. September 1996 wird zudem vorausgesetzt, dass die Ausländerin oder der Ausländer über eine qualifizierte Ausbildung verfügt, «mindestens Stufe HWV/HTL oder ähnliches mit Berufspraxis», oder über eine Spezialausbildung, die z.B. in der Schweiz nicht erworben werden kann.

(...)

c) Zweifellos braucht es zur gewerblichen Herstellung biologischer Vollwertbrote Spezialkenntnisse. Wie den Unterlagen zu entnehmen ist, absolvierte A.B. in Deutschland eine «normale» Bäckerlehre. Die Kenntnisse zur Herstellung biologischer Vollwertbrote erwarb er sich erst im Laufe der Arbeit. Er verfügt also nicht über eine Spezialausbildung, die in der Schweiz nicht erworben werden könnte .... Zumindest ist es auch für eine Schweizer Bäckerin oder einen Schweizer Bäcker mit einer konventionellen Bäckerlehre nicht ausgeschlossen, sich diese speziellen Kenntnisse im Laufe der Zeit und mit Hilfe der nötigen Instruktion anzueignen. Laut den Akten beherrscht auch die frühere Geschäftsinhaberin und heutige Mitarbeiterin der Beschwerdeführerin die Fähigkeit, Biovollwertbrote zu produzieren. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, bestünde deshalb allenfalls sogar die Möglichkeit, eine interessierte Person mit konventioneller Bäckerlehre durch das betriebseigene Personal einzuarbeiten und sie in der Herstellung biologischer Vollwertbrote zu instruieren. Aus all diesen Gründen kann die Ausbildung von A.B. nicht als Spezialausbildung im Sinne der gemachten Ausführungen qualifiziert werden.

5. a) Bei Gesuchen für eine erstmalige Erwerbstätigkeit muss der Arbeitgeber auf Verlangen nachweisen, dass er alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, um eine Arbeitskraft auf dem inländischen Arbeitsmarkt zu finden, die zu besetzende Stelle beim zuständigen Arbeitsamt gemeldet hat und dieses innert angemessener Frist keine Arbeitskraft vermitteln so-

wie eine auf dem Arbeitsmarkt verfügbare Arbeitskraft nicht innert angemessener Frist für die betreffende Stelle ausbilden oder ausbilden lassen konnte (Art. 7 Abs. 4 Bst. a-c BVO).

b) (...) Wie die von der Beschwerdeführerin bzw. deren Vorgängerin erstellte Auflistung zeigt, ist die Suche nach einer geeigneten Person für die zu besetzende Stelle offensichtlich nicht einfach. Trotzdem haben sich auf die Inserate verschiedene interessierte Personen gemeldet.

(...) Es ist deshalb anzunehmen, dass es zwar nicht einfach, aber auch nicht unmöglich ist, in der Schweiz eine Person zu finden, die wie A.B. über eine konventionelle Bäcker Ausbildung verfügt und gewillt und fähig ist, sich die für die Herstellung biologischer Vollwertbrote nötigen Spezialkenntnisse zusätzlich anzueignen.

(...)

6. Ist die Voraussetzung einer Spezialausbildung entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin eben gerade nicht gegeben und ist zudem davon auszugehen, dass sich für die zu besetzende Stelle auch eine einheimische Arbeitskraft – allenfalls auch eine Ausländerin oder ein Ausländer mit entsprechender Aufenthaltsbewilligung – finden lässt, so brauchen die übrigen Voraussetzungen für die Erteilung einer Jahresaufenthaltsbewilligung hier nicht mehr näher geprüft zu werden.

(...)

7. Im Zusammenhang mit vorliegendem Fall verweist die Beschwerdeführerin auf ein vor rund drei Jahren durchgeführtes analoges Verfahren. Sie glaubt, weil sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung nicht mit dem als Präjudiz zu qualifizierenden Beschluss des Regierungsrats vom 11. Juni 1996 auseinandersetzte bzw. den gleichen Sachverhalt verschieden beurteilte, habe sie sowohl die Untersuchungsmaxime als auch den Anspruch auf rechtliches Gehör und Rechtsgleichheit verletzt. Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz bedeute im Resultat eine Praxisänderung, für die keine Rechtfertigungsgründe vorliegen.

(...)

Im Beschluss vom 11. Juni 1996 hat der Regierungsrat die anzuwendenden gesetzlichen Bestimmungen sowie Richtlinien – aus heutiger Sicht – unrichtig ausgelegt und der damaligen Beschwerdeführerin für den Bäcker deutscher Staatsangehörigkeit zu Unrecht eine Jahresaufenthaltsbewilligung erteilt. Aus diesem Umstand kann die Beschwerdeführerin im vorliegenden Beschwerdeverfahren deshalb nichts zu ihren Gunsten ableiten. Insbesondere gibt ihr die vom Regierungsrat im damaligen Beschluss vorgenommene Rechtsanwendung nicht den Anspruch, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden. Zu Recht hat die Vorinstanz den vorliegenden Fall in

Anwendung der massgebenden gesetzlichen Bestimmungen und Richtlinien, losgelöst und unabhängig vom damaligen Beschwerdeverfahren, beurteilt. Der Entscheid der Vorinstanz mag im Einzelfall als hart empfunden werden. Dies allein lässt jedoch den Schluss nicht zu, sie habe vorliegend mit ihrer Verweigerung einer Bewilligung für einen Jahresaufenthalter das Rechtsgleichheitsgebot verletzt.

8. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde gegen die Verfügung der Vorinstanz, der Beschwerdeführerin keine Bewilligung für einen Jahresaufenthalter zuzuteilen, als unbegründet. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

Regierungsrat, 17. April 2000



## II. Zivilrecht

### 1. Familienrecht

*Art. 8 BV (SR 101); Art. 308, 310 ZGB (SR 210) § 27 VRG (BGS 162.1); Ziff. 114 Verwaltungsgebührentarif (BGS 641.1). – Anordnung einer vorsorglichen Massnahme in einem Beschwerdeverfahren betreffend Aufhebung der elterlichen Obhut. – Eintreten (E. 1). – Das Kindeswohl als oberste Maxime des Kindesrechts (E. 2): Vorsorgliche Massnahmen müssen im Interesse des Kindes liegen (a) – Problematik einer Umplatzierung der Kinder (b) – Errichtung einer Beistandschaft für die Dauer des Beschwerdeverfahrens. – Unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlicher Rechtsbeistand (E. 3). – Anfechtbarkeit des Zwischenentscheides? (E. 5)*

*Aus dem Sachverhalt*

A. N wurde am 19. Februar 1997 geschieden und erhielt die elterliche Sorge über ihre beiden Töchter S und D. Im Sommer 1998 wurde bei S eine schwere Zuckerkrankheit festgestellt. Anfänglich wurde die Mutter in der Betreuung ihrer Kinder, insbesondere der kranken Tochter, durch die gemeindeeigene Institutionen und die behandelnden Ärztin unterstützt. Am 7. Juni 1999 erteilte der Sozialdienst der Wohngemeinde der Fachstelle Kinderbetreuung den Auftrag, für die Mädchen eine Pflegefamilie zu vermitteln. D und S kamen am 4. Oktober 1999 zur einer Pflegefamilie in einem andern Kanton. Die Mutter unterzeichnete am 11. November 1999 den entsprechenden Pflegevertrag.

B. In der Folge entzog der Gemeinderat N die elterliche Obhut über die beiden Kinder, bestätigte mit sofortiger Wirkung den Pflegeplatz und ernannte M vom Sozialdienst zur Aufsichtsperson im Sinne von Art. 307 Abs. 3 ZGB.

C. Gegen den Beschluss des Gemeinderates erhob N (nachfolgend «Beschwerdeführerin» genannt), vertreten durch eine Rechtsanwältin, am 17. Dezember 1999 beim Regierungsrat Beschwerde und beantragte unter anderem, den Obhutsentzug bis Anfang Juli 2000 zu befristen, der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und die unterzeichnete Rechtsanwältin als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

D. Am 28. Februar 2000 führte die instruierende Direktion des Innern eine Besprechung mit den Parteien durch. Die Beschwerdeführerin und die Vertretung der Gemeinde erklärten sich damit einverstanden, dass für die Kinder eine Erziehungsbeistandschaft errichtet werde. Ebenfalls befürwortet wurde die Erstellung eines kinderpsychologischen Gutachtens. Im Einverständnis der Parteien beauftragte die Direktion des Innern eine Kinderpsychologin am 14. März 2000 mit dem Gutachten.

### *Erwägungen*

1. Aufgrund der frist- und formgerecht eingereichten Beschwerde ist vorliegend im Sinne eines Zwischenentscheides die Notwendigkeit einer vorsorglichen Massnahme in Form einer Beistandschaft gemäss Art. 308 ZGB zu prüfen. Zu beurteilen ist sodann auch, ob die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung erfüllt sind.

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). Voraussetzung für die Anordnung einer Kindeschutzmassnahme ist die Gefährdung des Kindeswohls (Hegnauer, a.a.O., N. 27.09). Unter diesem Aspekt wird der Regierungsrat die Beschwerde von N zu beurteilen haben. Angesichts der komplexen Verhältnisse ist dies vorliegend nur aufgrund eines kinderpsychologischen Gutachtens möglich, welches sowohl von der Beschwerdeführerin als auch von der Vormundschaftsbehörde befürwortet wird. Im Rahmen dieses Gutachtens wird auch die in Art. 314 Ziff. 1 ZGB statuierte Anhörung der neun beziehungsweise acht Jahre alten Mädchen erfolgen. Bis das von der Direktion des Innern in Auftrag gegebene Gutachten vorliegt, wird erfahrungsgemäss geraume Zeit vergehen, auch wenn sich die Gutachterin um eine beförderliche Behandlung bemüht. Es stellt sich daher die Frage, ob Vorkehren für die Dauer des Beschwerdeverfahrens zu treffen sind. Die auch hier geltende Maxime des Kindeswohls gebietet, dass zu treffende Massnahmen im Interesse des Kindes liegen. Es genügt nicht, dass sie das Wohl des Kindes einfach nicht gefährden (vgl. Andreas Brauchli, Das Kindeswohl als Maxime des Rechts, Diss. Zürich 1982, S. 123).

b) Mit Beschluss vom 29. November 1999 entzog der Gemeinderat der Beschwerdeführerin die elterliche Obhut über ihre beiden Töchter und bestätigte die Platzierung bei der Pflegefamilie. Die Beschwerdeführerin erklärte sich damit einverstanden, die Kinder bis zum Abschluss des Schuljahres dort zu belassen, um ihnen einen Orts- und Schulwechsel während des laufenden Schuljahres zu ersparen. Aller Voraussicht nach sollte das Gutachten Anfang Herbst 2000 erstellt sein, so dass sich zumindest vorerst keine Änderung der Platzierung aufdrängt. Eine Umplatzierung im jetzigen Zeitpunkt erweist sich unter dem Aspekt des Kindeswohls in der Tat als problematisch, da erst bei Vorliegen des Gutachtens entschieden werden kann, wo die Kinder mittel- bis langfristig am besten aufgehoben sind.

c) Zwischen der Mutter und der Pflegemutter bestehen jedoch Spannungen, die sich offensichtlich auf die Kinder negativ auswirken und ihnen den Wechsel zwischen den Aufenthalten bei der Mutter und den Pflegeeltern mehr als üblich erschweren. Daher erscheint es im Interesse der Kinder an-



gezeigt, zumindest für die Dauer des Beschwerdeverfahrens eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 ZGB zu errichten. Eine solche Massnahme wird von beiden Parteien befürwortet, Die Beiständin oder der Beistand soll insbesondere die Aufgabe haben, dazu beizutragen, dass der Wechsel vom Aufenthalt bei der Mutter und den Pflegeeltern für die beiden Mädchen möglichst ruhig verläuft. Darüber hinaus sollen durch die Beistandschaft die Spannungen und Konflikte zwischen der Mutter und den Pflegeeltern, vor allem der Pflegemutter, abgebaut und neue Spannungen wenn möglich vermieden werden. Schliesslich soll die Mutter in ihren Bemühungen um die Kinder unterstützt und bei Fragen der Erziehung und Pflege beraten werden. Gemäss Art. 308 Abs. 1 ZGB wird es der Vormundschaftsbehörde obliegen, eine geeignete Person als Beiständin oder Beistand zu ernennen.

3. a) Gemäss Ziffer 114 des Verwaltungsgebührentarifs vom 11. März 1974 (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, sofern nicht die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt wurde. Wie sich aus den nachstehenden Ausführungen ergibt, sind vorliegend die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege erfüllt, da die Beschwerdeführerin mittellos ist und ihre Beschwerde nicht offensichtlich aussichtslos erscheint (§ 27 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegesetzes vom 1. April 1976, VIRG; BGS 162.1).

b) Gemäss § 27 Abs. 1 VRG kann die entscheidende Behörde die unentgeltliche Rechtspflege bewilligen, wenn einer Partei die nötigen Mittel fehlen und ihr Begehren nicht offensichtlich aussichtslos erscheint. Nach dem Wortlaut von § 27 Abs. 2 VRG kann ein unentgeltlicher Rechtsbeistand nur im Verfahren vor Verwaltungsgericht bestellt werden. Gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts ist jedoch von einem unmittelbar aus Art. 8 der Bundesverfassung (vormals Art. 4 BV) 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 Rechtsbeistandes bedarf und das Verfahren nicht aussichtslos ist (vgl. BGE 124 I 306 mit Hinweisen). Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, bleibt nachstehend zu prüfen.

c) Für die Beurteilung der Bedürftigkeit sind die wirtschaftlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchstellung massgebend (vgl. BGE 122 I 6 mit Hinweisen). Die Beschwerdeführerin wird zur Zeit vom Sozialdienst der Wohngemeinde mit monatlich Fr. 1'664.10 unterstützt. Die Voraussetzung der fehlenden finanziellen Mittel ist somit im vorliegenden Fall offensichtlich erfüllt.

d) Das Bundesgericht erachtet die Bestellung eines Rechtsbeistands grundsätzlich als geboten, falls das in Frage stehende Verfahren besonders stark in die Rechtsstellung des Bedürftigen eingreift. Andernfalls müssen zur

relativen Schwere des Falls besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen die Gesuchstellenden trotz der geltenden Offizialmaxime allein nicht gewachsen sind, wobei die sachliche Notwendigkeit der unentgeltlichen Verbeiständung massgebend ist (vgl. BGE 119 Ia 265f.). Kindesschutzverfahren sind in der Regel heikle, oft komplexe, langwierige und für die Betroffenen vielfach einschneidende Verfahren. In solchen Verfahren wird daher die unentgeltliche Rechtsverbeiständung vom Regierungsrat regelmässig gewährt, sofern die übrigen Voraussetzungen dafür erfüllt sind (vgl. Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug; GVP; 1997/98, S. 339).

e) Voraussetzung für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und -verbeiständung ist schliesslich, dass das Verfahren nicht aussichtslos erscheint. Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde (BGE 124 I 306 mit Hinweisen). Die vorliegende Beschwerde kann nicht als aussichtslos im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bezeichnet werden, da nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass anstelle des Obhutsentzugs eine mildere Massnahme anzuordnen ist.

f) Somit sind sämtliche Voraussetzungen für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung erfüllt. Der Bestellung der Rechtsanwältin steht nichts entgegen.

4. Zusammenfassend ist eine Beistandschaft gemäss Art. 308 ZGB anzuordnen und der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege sowie die unentgeltliche Rechtsbeiständin zu gewähren.

5. Vorliegend handelt es sich um einen Zwischenentscheid. Eine selbständige Anfechtungsmöglichkeit besteht grundsätzlich nur dann, wenn der Zwischenentscheid einen nichtwiedergutzumachenden Nachteil bewirkt (vgl. Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Diss. Zürich 1983, S. 124f., vgl. auch BGE 124 V 25 mit Hinweisen). Diese Voraussetzung ist hier jedoch nicht erfüllt.

(Regierungsrat, 4. April 2000)

*Art. 180 Abs. 2, 315a ZGB (SR 210); §§ 6, 27, 28 Abs. 2, 41 Abs. 1, 47 Abs. 2 VRG (BGS 162.1); Ziff. 114 Verwaltungsgebührentarif (BGS 641.1). – Kindesschutzmassnahmen, Zuständigkeit. – Keine Zuständigkeit des Regierungsrates zur Beurteilung von Kindesschutzmassnahmen im Rahmen eines*

*(vormundschaftlichen) Beschwerdeverfahrens, wenn bereits ein Eheschutzverfahren hängig ist (E. 1–3). – Spruchgebühr (E. 4). – Parteientschädigung (E. 5). – Unentgeltlicher Rechtsbeistand (E. 6)*

*Aus dem Sachverhalt:*

A. Vorliegend geht es um die Frage nach der Zuständigkeit bei der Prüfung von Massnahmen gegen die psychische Belastung von Kindern in einem Trennungsverfahren. Im Interesse des Kindeswohls sowie zur Vorbeugung allfälliger Kindesmisshandlungen beschloss die Präsidentin der Vormundschaftsbehörde, die Eltern im Sinne von Art. 307 ZGB anzuweisen, ihre beiden Kinder in Begleitung der Mutter vorübergehend im Frauenhaus Zürich unterzubringen. Ferner wies sie die Eheleute an, unverzüglich beim Kantonsgericht Zug das Eheschutzverfahren einzuleiten. Einer allfälligen Beschwerde entzog sie die aufschiebende Wirkung.

B. Gegen die Präsidialverfügung erhob der Vater (nachfolgend «Beschwerdeführer» genannt), Beschwerde beim Regierungsrat und beantragte, die Präsidialverfügung der Vormundschaftsbehörde aufzuheben, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wieder herzustellen und unverzüglich geeignete Massnahmen zum Schutze der beiden Kinder zu erlassen, namentlich diese einstweilen unter die Obhut des Beschwerdeführers zu stellen.

C. In seiner Vernehmlassung stellte der Gemeinderat fest, dass er an der angefochtenen Verfügung festhalte und die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ablehne. Auf die übrigen Anträge des Beschwerdeführers betreffend anderer geeigneter Kindesschutzmassnahmen beschloss der Gemeinderat hingegen infolge Unzuständigkeit nicht einzutreten und verwies den Beschwerdeführer diesbezüglich an das Kantonsgericht. Die Unzuständigkeit begründete der Gemeinderat damit, dass der Beschwerdeführer – was er im vorliegenden Verfahren verschwiegen hat – bereits ein Eheschutzverfahren eingeleitet habe. Aufgrund von Art. 315 a Abs. 1 ZGB seien deshalb nicht mehr die vormundschaftlichen Behörden, sondern nurmehr der Eheschutzrichter zur Anordnung der nötigen Kindesschutzmassnahmen zuständig. Im Weiteren nahm der Gemeinderat zum Vorhalt der Kindesmisshandlungen Stellung und stellte diese in Abrede.

D. Um Vernehmlassung gebeten wurde auch der Rechtsanwalt der Mutter und Ehegattin. Dieser beantragte auf die Beschwerde nicht einzutreten und das Gesuch um Aufhebung des Entzuges der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde abzuweisen. Ein Eheschutzverfahren sei auch im Kanton Zürich hängig.

*Erwägungen:*

1. Die Beschwerde wurde form- und fristgerecht beim Regierungsrat des Kantons Zug eingereicht. Da der Beschwerdeführer durch die Verfügung in

seiner Rechtsstellung betroffen ist, ist er auch zur Beschwerde legitimiert (vgl. § 41 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 [Verwaltungsrechtspflegegesetz; VRG; BGS 162.1]). Damit sämtliche formellen Voraussetzungen für das Eintreten auf die Beschwerde erfüllt sind, ist weiter erforderlich, dass der Regierungsrat die zur Behandlung der Beschwerde zuständige Instanz ist. Da im heutigen Zeitpunkt bereits zwei Eheschutzverfahren hängig sind, ist vorerst diese Frage zu klären (vgl. auch § 6 VRG).

2. a) Art. 315a Abs. 1 ZGB bestimmt, dass dann, wenn ein Gericht nach den Bestimmungen über die Ehescheidung oder den Eheschutz die Beziehung der Eltern zu den Kindern zu gestalten hat, es auch die nötigen Kindesschutzmassnahmen trifft und den Vollzug den vormundschaftlichen Behörden überträgt. Gemäss Abs. 2 derselben Bestimmung ist das Gericht zudem befugt, bestehende Kindesschutzmassnahmen den neuen Verhältnissen anzupassen. Abs. 3 schliesslich sieht zwei Vorbehalte zugunsten der vormundschaftlichen Zuständigkeit vor, wobei es sich beide Male nur um eine Befugnis, nicht dagegen um eine Pflicht, von der Zuständigkeit Gebrauch zu machen, handelt (vgl. Cyril Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 5. Auflage, Bern 1999, N. 27.56f.). Auf die Vorbehalte wird weiter unten detaillierter eingegangen.

b) Im vorliegenden Fall haben die Vormundschaftsbehörde wie auch der Rechtsvertreter der Mutter bereits auf die oben zitierte Bestimmung des Zivilgesetzbuchs sowie darauf hingewiesen, dass bereits zwei Eheschutzverfahren hängig sind, eines beim Bezirksgericht Zürich und das andere beim Kantonsgerichtspräsidium Zug. Entsprechende Nachfragen der instruierenden Direktion hatten dies bestätigt. Die Eheschutzrichterin in Zürich habe mit einer superprovisorische Verfügung der Klägerin das Getrenntleben bewilligt und gleichzeitig auch die notwendigen Kindesschutzmassnahmen getroffen.  
....

c) Die Frage, ob das Eheschutzgericht in Zürich oder in Zug zuständig ist, kann im vorliegenden Verfahren offen bleiben. Von Bedeutung ist einzig, dass bereits zumindest ein Eheschutzverfahren hängig ist. Darüber hinaus wurde gar in beiden Verfahren bereits superprovisorisch über Kindesschutzmassnahmen geurteilt. In Zürich wurde die Präsidialverfügung der Vormundschaftsbehörde direkt, in Zug dagegen indirekt bestätigt. Deshalb entfällt – wie bereits erwähnt –, gemäss Art. 315a Abs. 1 ZGB die Zuständigkeit der vormundschaftlichen Behörden bezüglich Anordnung von Kindesschutzmassnahmen. Zuständig, über die im vorliegenden Verfahren gestellten Anträge des Beschwerdeführers zu befinden, ist nurmehr das Eheschutzgericht, sei dies nun dasjenige von Zürich oder dasjenige von Zug (vgl. Art. 180 Abs. 2 ZGB). Somit kann bereits an dieser Stelle abschliessend festgehalten werden, dass der Regierungsrat infolge Unzuständigkeit nicht auf die Beschwerde einzutreten hat.

d) Abs. 3 von Art. 315a ZGB sieht allerdings – wie erwähnt – zwei Vorbehalte zugunsten der vormundschaftlichen Behörden vor, indem er ihnen eine Befugnis, nicht dagegen eine Pflicht, tätig zu werden, einräumt. Obwohl der Regierungsrat, wie oben festgestellt, wegen Unzuständigkeit – im Sinne einer Pflicht – auf die vorliegende Beschwerde nicht einzutreten hat, soll im Folgenden dennoch geprüft werden, ob er dazu allenfalls befugt wäre. Der Rechtsvertreter der Mutter führte zwar aus, dass infolge des Wohnsitzwechsels seiner Klientin nach Zürich nicht mehr die vormundschaftlichen Behörden in Zug, sondern diejenigen in Zürich zuständig seien. Dies trifft jedoch nicht zu, da im Falle eines Wohnsitzwechsels die im Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens zuständige Behörde weiterhin mit dem hängigen Verfahren befasst bleibt (vgl. Peter Breitschmid, Basler Kommentar, N. 18 zu Art. 315/315a ZGB mit Hinweis auf BGE 101 II 11f. ). Daher soll im Folgenden geprüft werden, ob die zugerischen Behörden von der ihnen eingeräumten Befugnis einzugreifen Gebrauch machen können.

3. Abs. 3 von Art. 315a ZGB bestimmt, dass die vormundschaftlichen Behörden befugt bleiben, ein vor dem gerichtlichen Verfahren eingeleitetes Kindesschutzverfahren weiterzuführen (Ziff. 1) oder die zum Schutz des Kindes sofort notwendigen Massnahmen anzuordnen, wenn sie das Gericht voraussichtlich nicht rechtzeitig wird treffen können (Ziff. 2). Davon, dass das Gericht die notwendigen Kindesschutzmassnahmen nicht rechtzeitig wird treffen können, kann vorliegend nicht die Rede sein, wurden solche doch im zürcherischen Eheschutzverfahren angeordnet, und auch im Verfahren in Zug wurde über Kindesschutzmassnahmen befunden. Die vormundschaftlichen Behörden sind aufgrund von Ziffer 2 von Art. 315a Abs. 3 ZGB somit nicht einmal befugt, auf die vorliegende Beschwerde einzutreten und Kindesschutzmassnahmen anzuordnen. Ebenso besteht aber auch kein Anlass, von der in Ziffer 1 der Bestimmung erwähnten Befugnis Gebrauch zu machen, geht es doch nicht an, in irgendeiner Weise einem eheschutzrichterlichen Entscheid vorzugreifen, ist der Eheschutzrichter doch befugt, die Beziehung zwischen den Ehegatten unter sich und zu den Kindern umfassend zu regeln, wohingegen der Regierungsrat vorliegendenfalls nur punktuell, nämlich einzig in Bezug auf Kindesschutzmassnahmen Anordnungen treffen kann. Vom sachlichen Konnex und der Prozessökonomie her wäre ein Eingreifen somit nicht sinnvoll (vgl. hierzu auch Peter Breitschmid, a.a.O., N. 3 zu Art. 315/315a sowie Dieter Freiburghaus, in ZVW 3/1999, S. 153). Im Übrigen ist zur Zeit auch gar keine Gefährdung des Kindeswohles ersichtlich, befinden sich die beiden Kinder doch in einem unter der Leitung des Frauenhauses stehenden Haus, in dem betreutes Wohnen gewährleistet ist. So sind die beiden Kinder vor möglichen Übergriffen geschützt, von wem auch immer diese ausgehen mögen. Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass der Regierungsrat weder verpflichtet noch auch nur befugt ist, auf die vorliegende Beschwerde einzutreten.

4. Gemäss Ziffer 114 des Kantonsratsbeschlusses über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen vom 11. März 1974 (Verwaltungsgebührentarif; BGS 641.1) ist das Beschwerdeverfahren in Kinderschuttsachen gebührenfrei.

5. Gemäss § 28 Abs. 2 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz; VRG; BGS 162.1) ist im Rechtsmittelverfahren der ganz oder teilweise obsiegenden Partei eine Parteientschädigung nach Massgabe ihres Obsiegens zuzusprechen. Nach herrschender Lehre gilt dies im allgemeinen nur, wenn ein Sachentscheid ergeht. Indessen rechtfertigt es sich nicht, bei Erledigung einer Beschwerde ohne Anspruchsprüfung eine Parteientschädigung generell zu verweigern. In einem solchen Fall sind für die Parteientschädigung diejenigen Grundsätze massgebend, welche bei einem Sachentscheid anzuwenden sind (vgl. Martin Bernet, Die Parteientschädigung in der schweizerischen Verwaltungsrechtspflege, Diss. Zürich 1986, S. 143; Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug, GVP, 1997/98 S. 336 mit Hinweis). Es ist daher summarisch zu prüfen, welche Partei obsiegt hätte. Hierbei sind die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheides massgebend (§ 47 Abs. 2 VRG). Vorliegend fällt die Zusprechung einer Parteientschädigung jedoch ausser Betracht, zu Lasten des Gemeinderates deshalb, weil diesem weder ein Verfahrensfehler noch eine offenbare Rechtsverletzung vorgeworfen werden kann (§ 28 Abs. 2 Ziffer 2 VRG) und zulasten des Vaters oder der Mutter der Kinder deshalb, weil das Mass des Obsiegens bzw. Unterliegens bei dieser Verfahrenssituation nicht mit Sicherheit abschätzbar ist und auch gar nicht abgeschätzt werden soll, um auch diesbezüglich den eheschutzrichterlichen Entscheid in keiner Weise zu präjudizieren.

6. a) Es bleibt zu prüfen, ob die Mutter die Voraussetzungen für die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes erfüllt. Gemäss § 27 Abs. 2 VRG kann ein unentgeltlicher Rechtsbeistand nur im Verfahren einer Verwaltungsgericht bestellt werden. Gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts ist jedoch von einem unmittelbar aus Art. 8 der Bundesverfassung (vormals Art. 4 BV) 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 Rechtsbeistandes bedarf und das Verfahren nicht aussichtslos ist (vgl. BGE 124 I 306 mit Hinweisen). Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, bleibt nachstehend zu prüfen. Da das Gesuch um Bewilligung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes noch vor Inkrafttreten des neuen § 4 Abs. 1 lit. i der Delegationsverordnung (BGS 153.3(1)) gestellt wurde, hat darüber der Regierungsrat und nicht die Direktion des Innern zu entscheiden.

b) Für die Beurteilung der Bedürftigkeit sind die wirtschaftlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchstellung massgebend (vgl. BGE 122 I 6 mit Hinweisen). Wie sich aus den Akten ergibt, wird die Mutter vom Amt für Jugend- und Sozialhilfe Zürich unterstützt. Die Voraussetzung der fehlenden finanziellen Mittel ist im vorliegenden Fall somit offensichtlich erfüllt.

c) Das Bundesgericht erachtet die Bestellung eines Rechtsbeistands grundsätzlich als geboten, falls das in Frage stehende Verfahren besonders stark in die Rechtsstellung des Bedürftigen eingreift. Andernfalls müssen zur relativen Schwere des Falls besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen die Gesuchstellenden trotz der geltenden Officialmaxime allein nicht gewachsen sind, wobei die sachliche Notwendigkeit der unentgeltlichen Verbeiständung massgebend ist (vgl. BGE 119 Ia 265f.). Kindesschutzverfahren sind in der Regel heikle, oft komplexe, langwierige und für die Betroffenen vielfach einschneidende Verfahren. In solchen Verfahren wird daher die unentgeltliche Rechtsverbeiständung vom Regierungsrat regelmässig bewilligt, sofern auch die übrigen Voraussetzungen dafür erfüllt sind (vgl. Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug; GVP; 1997/98, S. 339).

d) Voraussetzung für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung ist schliesslich, dass das Verfahren nicht aussichtslos erscheint. Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde (BGE 124 I 306 mit Hinweisen). Aus der Tatsache, dass sowohl das Eheschutzgericht in Zürich als auch dasjenige in Zug die angefochtene Verfügung direkt respektive indirekt bestätigte, ergibt sich, dass die Einleitung eines Verfahrens mit den Prozessbegehren der Mutter nicht offensichtlich aussichtslos gewesen wäre.

e) Somit sind sämtliche Voraussetzungen für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung erfüllt. Die Mutter hat zu Recht einen Anwalt beigezogen. Diesem sind die in Rechnung gestellten Aufwendungen im Betrage von Fr. 3'244.35 zu Lasten der Staatskasse zu vergüten.

(Regierungsrat, 21. November 2000)

*Art. 8 Europäische Menschenrechtskonvention (SR 0.101.1); Art. 8 BV (SR 101); Art. 308, 310, 313 Abs. 1 ZGB (SR 210); § 45 Abs. 1 EG ZGB (BGS 211.1); §§ 27, 28 Abs. 2, 41 Abs. 1 VRG (BGS 162.1); Ziff. 1 Verwaltungsgebührentarif (BGS 641.1). – Aufhebung eines Obhutsentzuges und Anordnung einer sozialpädagogischen Familienbegleitung. – Eintreten (E.1). – Das Kindeswohl als oberste Maxime des Kindesrechts (E. 2). – Obhutsentzug (E. 3): Rechtliche Voraussetzungen (a) – Überforderung der Mutter (b) – Veränderung der Verhältnisse (c-e) – Bestätigung der von der Vormundschaftsbehörde angeordneten Beistandschaft und Ergänzung durch eine sozialpädagogischen Familienbegleitung (f). – Gebührenfreiheit des Verfahrens (E. 4). – Parteientschädigung (E. 5). – Unentgeltlicher Rechtsbeistand (E. 6)*

*Aus dem Sachverhalt:*

Es geht um die Abklärung der Frage, ob ein Obhutsentzug durch mildere Massnahmen einer Beistandschaft und durch eine sozialpädagogische Familienbegleitung ersetzt werden könne.

*Aus den Erwägungen*

1. Die Beschwerde gegen den Beschluss des Gemeinderates, den Eltern die Obhut über ihre Kinder A, B und C zu entziehen, wurde form- und fristgerecht eingereicht. Die Beschwerdeführerin ist durch den Beschluss in ihrer Rechtsstellung betroffen, sie ist zur Beschwerde legitimiert (vgl. § 41 Abs. 1 VRG). Die formellen Voraussetzungen für das Eintreten auf die Beschwerde sind erfüllt.

2. 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). Voraussetzung für die Anordnung einer Kindesschutzmassnahme ist die Gefährdung des Kindeswohls, wobei unerheblich ist, ob die Eltern ein Verschulden trifft. Eine Gefährdung liegt vor, wenn nach den Umständen die ernstliche Möglichkeit einer Beeinträchtigung des körperlichen, sittlichen oder geistigen Wohls des Kindes besteht. Kindesschutzmassnahmen sollen dem jeweiligen Grad der Gefährdung entsprechen und die elterliche Sorge so wenig wie möglich, jedoch soviel wie nötig beschränken (Hegnauer, a.a.O., N. 27.09 und 27.14). Für jede Anordnung oder Abänderung von Kindesschutzmassnahmen ist eine Prognose über die künftige Entwicklung der massgebenden Umstände erforderlich. Dabei spielt das bisherige Verhalten der betroffenen Personen eine massgebliche Rolle (vgl. BGE 120 II 386).

3.a) Im vorliegenden Fall wurde ein Entzug der Obhut verfügt. Diesbezüglich bestimmt Art. 310 ZGB, dass die Vormundschaftsbehörde dann, wenn der Gefährdung des Kindes nicht anders begegnet werden kann, die elterliche Obhut aufzuheben und das Kind in angemessener Weise unterzubringen hat. Die Gefährdung hat dabei jedoch so ernst zu sein, dass sie nicht anders, d.h. nicht durch eine weniger weitreichende Massnahme, abgewendet werden kann. Im Übrigen stellt die Aufhebung der elterlichen Obhut einen schweren Eingriff in das durch Art. 8 der Europäischen Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK; SR 101) gewährleistete Elternrecht dar und ist nur zulässig, wenn sie im Blick auf die Gefährdung des Kindes verhältnismässig ist (Hegnauer, a.a.O., N. 27.36 mit weiteren Hinweisen). Im Folgenden ist somit zu prüfen, ob die Voraussetzungen für den Obhutsentzug erfüllt sind oder ob der festgestellten Gefährdung des Kindeswohls auch mit einer milderen Massnahme begegnet werden kann.



b) Der Gemeinderat begründete den verfügten Obhutsentzug im Wesentlichen damit, dass die Beschwerdeführerin trotz Unterstützung durch einen Beistand überfordert sei. Weitere Gründe für den Obhutsentzug waren die Unzuverlässigkeit der Beschwerdeführerin, das Fehlen eines geregelten und verbindlichen Tagesablaufes der Kinder sowie das Vorliegen einer ärztlichen Bestätigung vom Oktober 1999, die bei B schmerzhaft Infektionen feststellte, welche auf unterlassene Pflege zurückzuführen waren. Der Gemeinderat stützte sich bei seinem Entscheid insbesondere auf entsprechende Äusserungen des Beistandes. Diesen Ausführungen hält die Beschwerdeführerin im Wesentlichen entgegen, sie benötige zwar Hilfe, eine Beistandschaft, die mit einer sozialpädagogischen Familienbegleitung ergänzt werde, sei jedoch die mildere und adäquatere Massnahme.

c) Spätestens anlässlich der Parteibesprechung wurde offensichtlich, dass sich die Situation der Beschwerdeführerin seit dem Entscheid des Gemeinderates in mancherlei Hinsicht verändert und zum Positiven gewendet hat. Dies bewog den Beistand (die ursprünglich den Antrag auf Obhutsentzug stellte und auf deren Aussagen sich der Gemeinderat bei seinem Entscheid im Wesentlichen stützte) als erste den Vorschlag zu unterbreiten, das Verfahren zu sistieren, von einem Obhutsentzug abzusehen und neben der Beistandschaft eine sozialpädagogische Familienbegleitung anzuordnen. In der Folge hielten auch die übrigen Verfahrensbeteiligten ein solches Vorgehen für angezeigt.

d) Der Beistand bestätigte, dass sich die Situation insbesondere dadurch verändert habe, dass die Beschwerdeführerin mit ihren drei Kindern von einer kleinen 2-ZimmerDachwohnung in eine viel kinderfreundlichere 4-Zimmer-Wohnung habe umziehen können. Die Beschwerdeführerin zeige unverkennbar Freude über die neue Wohnsituation. Sie habe die neue Wohnung viel liebevoller und wohnlicher eingerichtet und mache auch selbst einen gepflegteren und ruhigeren Eindruck. Die Situation scheine sich aber auch in Bezug auf die Kinder zunehmend zu beruhigen und zu stabilisieren. Dazu trage auch der Freund und wahrscheinlich leibliche Vater der Kinder der Beschwerdeführerin bei. Dieser wohne nun bei ihr, unterstütze sie und kümmere sich auch um die Kinder. Zum Positiven gewendet hat sich gemäss Aussage der Beschwerdeführerin aber auch deren Beziehung zur Mutter, seit sich diese damit habe abfinden können, dass sie nun mit ihrem Freund zusammenlebe. Auch diese Veränderung wird von positivem Einfluss auf das Wohl der Kinder sein, halten sie sich doch oft, A seit ihrer Geburt gar grösstenteils, bei ihrer Grossmutter auf. Da auch die Mutter der Beschwerdeführerin eine Weggabe der Kinder unter allen Umständen verhindern will, ist anzunehmen, dass die Beschwerdeführerin künftig auf die versprochene zusätzliche Unterstützung seitens ihrer Mutter zählen können. Dafür aber, dass die Pflege und Betreuung der Kinder durch den Familienverband - unterstützt durch entsprechende behördliche Massnahmen - das Kindeswohl so stark gefährden würden, dass eine Fremdplatzierung unumgänglich

wäre, liegen keine stichhaltigen Gründe vor. Schliesslich lassen sich auch durch die Tatsache, dass die Kinder A, B und C nun einen Nachmittag in einer Spielgruppe verbringen, gewisse positive Veränderungen im Richtung eines geregelten Tagesablaufs feststellen.

Ausschlaggebend für den Obhutsentzug war im weiteren auch der Gesundheitszustand von B. Auch diesbezüglich ist jedoch zum heutigen Zeitpunkt von veränderten Verhältnissen auszugehen. Auf entsprechende Anfrage der instruierenden Direktion, führte die von ihrer Schweigepflicht entbundene Dr. med. Z mit Schreiben vom 3. April 2000 aus, dass sie B zwar erst seit Dezember 1999, die beiden andern Kinder dagegen seit deren Geburt kenne. Bei allen drei Kindern könne sie jedoch weder eine Gefährdung für die Gesundheit noch für deren Entwicklung erkennen. Alle Kinder seien gesund, sauber und gut genährt. Von einer Fremdplatzierung sei aus medizinischer Sicht abzuraten, werde das jüngste Kind doch derzeit noch gestillt. Dass die Kinder gesund und gepflegt seien, wurde auch von der um Stellungnahme ersuchten Vertreterin von der Frauenzentrale bestätigt, welche jedoch darauf hinwies, nur einmal zwei der Kinder gesehen zu haben.

Zu beurteilen bleibt schliesslich die für den Beschluss des Gemeinderates ausschlaggebende Unzuverlässigkeit der Beschwerdeführerin. Auch wenn diese nicht zu bagatellisieren ist, vermag sie im heutigen Zeitpunkt dennoch keinen Obhutsentzug zu rechtfertigen, zeigte sich die Beschwerdeführerin doch gegenüber ihrem Rechtsvertreter wie auch gegenüber der Direktion des Innern durchaus imstande, vereinbarte Termine pünktlich einzuhalten. In Anbetracht der Tatsache, dass bei einer negativen Entwicklung der Verhältnisse seitens der Vormundschaftsbehörde allenfalls ein Obhutsentzug droht, ist mithin mit guten Gründen anzunehmen, dass die Beschwerdeführerin ihren Pflichten als Mutter inskünftig zuverlässiger und gewissenhafter nachkommt.

e) Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass seit dem Entscheid des Gemeinderates vom 3. Januar 2000 in Bezug auf die Beschwerdeführerin von offensichtlich veränderten Verhältnissen auszugehen ist. Zur Zeit ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass ein Verbleib der Kinder bei ihrer Mutter – mit entsprechender Unterstützung – einer gedeihlichen physischen und psychischen Entwicklung der Kinder, dem Kindeswohl, abträglich sein könnte. Die verschiedenen Abklärungen der Direktion des Innern haben vielmehr ergeben, dass ein Entzug der Obhut zum Wohle der Kinder – zumindest im jetzigen Zeitpunkt – nicht erforderlich ist. Der weiterhin bestehenden Gefährdung des Kindeswohls kann, wie sich auch aus den nachstehenden Ausführungen ergibt, mit einer mildereren Massnahme begegnet werden.

f) Eine Beistandschaft zur Abwendung einer Gefährdung des Kindeswohls ist weiterhin eine adäquate Massnahme. Dies wird auch von allen Beteiligten, insbesondere der Beschwerdeführerin, nicht in Abrede gestellt. Im Sinne des Grundsatzes der Proportionalität von Kinderschutzmassnahmen

ist im vorliegenden Fall allerdings eine weitere, eingreifendere Massnahme anzuordnen, die jedoch weniger weit geht als ein Obhutentzug. Eine solche Massnahme stellt die von der Praxis geschaffene Kombination der Beistandschaft mit einer sozialpädagogischen Familienbegleitung dar.

Dieser Lösung ist insbesondere deshalb beizupflichten, weil die sozialpädagogische Familienbegleitung derzeit nicht nur die geeignetere mildere Massnahme ist, sondern auch diejenige, die bei Schwierigkeiten, wie sie im vorliegenden Fall bestehen, speziell angezeigt ist. Die sozialpädagogische Familienbegleitung ist insbesondere angezeigt bei Überforderung bei der Alltagsbewältigung, bei Erziehungsschwierigkeiten sowie bei fehlenden Strukturen. Ihre Hauptaufgaben liegen darin, Bedingungen zu schaffen, die der Entwicklung der Kinder förderlich sind und zur Stabilisierung der Familie beizutragen. Zusammen mit der Beistandschaft soll diese Massnahme die Beschwerdeführerin in ihrer Rolle als Mutter unterstützend begleiten und stärken sowie dazu beitragen, den Kindern zu einer geregelteren Tagesstruktur zu verhelfen. Dadurch wird auch den für den Obhutentzug angeführten Gründen, dem Fehlen eines geregelten Tagesablaufes sowie der Überforderung trotz Beistand, Rechnung getragen. Dass diese Massnahme zur Zeit die adäquateste ist, wird – wie erwähnt – insbesondere auch dadurch bestätigt, dass der Beistand, der ursprünglich den Antrag auf Obhutentzug gestellt hatte, anlässlich der Parteibesprechung diesen Vorschlag unterbreitet hat. Unabhängig davon wurde diese Massnahme auch von anderer Seite empfohlen, nämlich von der Frauenzentrale Zug, die im vergangenen Jahr mit der Beschwerdeführerin mehrere Gespräche führen und dadurch Einblick in deren Leben gewinnen konnte. Im Übrigen wurde die Massnahme auch von sämtlichen an der Parteibesprechung Anwesenden, insbesondere aber von der Beschwerdeführerin selbst, befürwortet.

g) Zusammenfassend ergibt sich, dass im heutigen Zeitpunkt von einem Obhutentzug abzusehen ist, die Beistandschaft jedoch fortzuführen und zusätzlich eine sozialpädagogische Familienbegleitung anzuordnen ist. Für die Durchführung und Überwachung der angeordneten Massnahmen ist die Vormundschaftsbehörde zuständig (vgl. § 45 Abs. 1 EG zum ZGB vom 17. August 1911; BGS 211.1 in Verbindung mit Art. 307ff. ZGB). Die Massnahmen dauern so lange, bis sie die Vormundschaftsbehörde gemäss Art. 313 Abs. 1 ZGB als nicht mehr notwendig aufhebt oder durch andere Massnahmen, allenfalls einen Obhutentzug, ersetzen muss. Da sich die Angelegenheit heute als spruchreif erweist und überdies die Vormundschaftsbehörde die für den Vollzug und die später allfällig erforderliche Änderung der Massnahmen zuständige Behörde ist (vgl. § 45 Abs. 1 EG zum ZGB i.V.m. Art. 307 ff. ZGB; siehe auch Hegnauer, a.a.O., N. 27.50 und 27.53), ist der vorliegende Entscheid – anders als in der Parteibesprechung vorgesehen – nicht in Form eines Zwischen-, sondern eines Endentscheides zu fällen (vgl. auch Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Diss. Zürich 1983, S. 167).

4. Gemäss Ziffer 114 des Kantonsratsbeschlusses über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen vom 11. März 1974 (Verwaltungsgebührentarif; BGS 641.1) ist das Beschwerdeverfahren in Kindesschutzsachen gebührenfrei.

5. Gemäss § 28 Abs. 2 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz; VRG; BGS 162.1) ist im Rechtsmittelverfahren der ganz oder teilweise obsiegenden Partei eine Parteientschädigung nach Massgabe ihres Obsiegens zuzusprechen. Im vorliegenden Fall fällt die Zusprechung einer Parteientschädigung zu Lasten des Gemeinderates jedoch ausser Betracht, da diesem weder ein Verfahrensfehler noch eine offenbare Rechtsverletzung vorgeworfen werden kann (§ 28 Abs. 2 Ziffer 2 VRG).

6. a) Es bleibt zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin/Gesuchstellerin die Voraussetzungen für die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes erfüllt. Nach § 27 Abs. 2 VRG kann ein unentgeltlicher Rechtsbeistand nur im Verfahren vor Verwaltungsgericht bestellt werden. Gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts ist jedoch von einem unmittelbar aus neu Art. 8 der Bundesverfassung (alt Art. 4 BV) 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 Rechtsbeistandes bedarf und das Verfahren nicht aussichtslos ist (vgl. BGE 124 I 306 mit Hinweisen). 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). Wie sich aus den Akten ergibt, verfügt die Beschwerdeführerin über kein Erwerbseinkommen und wird vollumfänglich von der Einwohnergemeinde unterstützt. Die Voraussetzung der fehlenden finanziellen Mittel ist im vorliegenden Fall somit offensichtlich erfüllt.

c) Das Bundesgericht erachtet die Bestellung eines Rechtsbeistands grundsätzlich als geboten, falls das in Frage stehende Verfahren besonders stark in die Rechtsstellung des Bedürftigen eingreift. Andernfalls müssen zur relativen Schwere des Falls besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen die Gesuchstellenden trotz der geltenden Officialmaxime allein nicht gewachsen sind, wobei die sachliche Notwendigkeit der unentgeltlichen Verbeiständung massgebend ist (vgl. BGE 119 Ia 265f.). Kindesschutzverfahren sind in der Regel heikle, oft komplexe, langwierige und für die Betroffenen vielfach einschneidende Verfahren. In solchen Verfahren wird daher die unentgeltliche Rechtsverbeiständung vom Regierungsrat regelmässig bewilligt, sofern auch die übrigen Voraussetzungen dafür erfüllt sind (vgl. Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug; GVP; 1997/98, S. 339).

d) Voraussetzung für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung ist schliesslich, dass das Verfahren nicht aussichtslos erscheint. Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde (BGE 124 I 306 mit Hinweisen). Aus der Tatsache, dass mit dem vorliegenden Entscheid die Anträge der Beschwerdeführerin gutgeheissen und der Entscheid des Gemeinderates aufgehoben wird, ergibt sich, dass die vorliegende Beschwerde nicht (offensichtlich) aussichtslos war.

e) Somit sind sämtliche Voraussetzungen für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung erfüllt. Die Beschwerdeführerin/Gesuchstellerin hat zu Recht X als Anwalt beigezogen. Diesem sind die in Rechnung gestellten Aufwendungen im Betrage von Fr. 3'418.50 zu Lasten der Staatskasse zu vergüten.

(Regierungsrat, 6. Juni 2000)

## **2. Erbrecht**

*Art. 27, 554 Abs. 2 ZGB (SR 210); Art. 86 Abs. 1, 92 Abs. 2 IPRG (SR 291); § 85 EG ZGB (BGS 211.1); §§ 23 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2, 24 Abs. 2 Ziff. 2 VRG (BGS 162.1). – Anordnung einer Erbschaftsverwaltung im Nachlass eines in Zug wohnhaft gewesenen deutschen Erblassers; Person des Erbschaftsverwalters: Verfahrenskosten und Parteientschädigungen (E. 4). – Kein Beistand für den Nachlass (E. 5). – Zusammenfassung (E. 6)*

*Aus dem Sachverhalt:*

A. Am 17. November 1995 verstarb in Baden-Baden, Deutschland, die zuletzt in Zug wohnhaft gewesene H. In ihrem Testament vom 19. April 1993 hatte sie ihren Ehemann, P. als Vorerben und den gemeinsamen Sohn, T. als Nacherben eingesetzt und ihren Ehemann, falls er Vorerbe würde, ermächtigt, die von ihr berufenen Willensvollstrecker durch andere Willensvollstrecker zu ersetzen.

B. P. zuletzt in Zug wohnhaft gewesen, verstarb am 15. Oktober 1998 im Tessin. Gemäss den jüngsten den Behörden bekannten Testamenten ernannte der Verstorbene für seinen eigenen Nachlass und für die Nacherbschaft seiner vorverstorbenen Ehefrau A und B als Willensvollstrecker.

C. Die Erbteilungskommission der Stadt Zug ordnete am 21. Oktober 1998 über die Nachlässe von H. und P. die Erbschaftsverwaltung an und ernannte Rechtsanwalt C. zum Erbschaftsverwalter. Die Anordnung einer Erb-

schaftsverwaltung war auch von D., der sich mit einer postmortal wirkenden Generalvollmacht des Erblassers ausgewiesen hatte, verlangt worden. Gegen diese Verfügung erhoben die beiden Willensvollstrecker A. und B. beim Stadtrat von Zug Beschwerden mit dem Antrag, beide oder sich selbst als Erbschaftsverwalter einzusetzen.

Die Legatsnehmerin K. verlangte in ihrer Beschwerde vom 1. April 1999 mit Ergänzung vom 8. April 1999, die Erbschaftsverwaltung aufzuheben beziehungsweise eventuell die Erbschaftsverwaltung den beiden Willensvollstreckern A. und B. zu übertragen. Mit Beschluss vom 24. August 1999 ernannte der Stadtrat von Zug in teilweiser Gutheissung der Beschwerden den Willensvollstrecker A. zum Erbschaftsverwalter. Gleichzeitig sprach er D., der sich ebenfalls am Verfahren beteiligt hatte, die Legitimation ab und auferlegte die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.- zur Hälfte B. und je zu einem Viertel T. und D. Schliesslich sprach der Stadtrat A. und der Legatsnehmerin K. eine Parteientschädigung von je Fr. 1'000.- zu, welche zu zwei Fünfteln B. und je zu einem Fünftel T. und D. sowie der Einwohnergemeinde Zug auferlegt wurde.

D. Gegen diesen Beschluss erhob T. am 3. September 1999 Beschwerde beim Regierungsrat mit den Anträgen, die Ziffern 1, 2 und 3 des Beschlusses aufzuheben, C. als Erbschaftsverwalter zu bestätigen, ihm eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen und die Verfahrenskosten A. und der Legatsnehmerin K. aufzuerlegen.

Am 16. September 1999 erhob auch D. als Generalbevollmächtigter des Erblassers Beschwerde und beantragte seinerseits Folgendes: der Beschluss des Stadtrates sei mit Bezug auf die Anordnung einer Erbschaftsverwaltung zu bestätigen und im Übrigen aufzuheben, C. sei als Erbschaftsverwalter zu bestätigen und die Verfahrenskosten und Parteientschädigungen seien rechtmässig festzusetzen unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten von A. und der Legatsnehmerin K. Beide Beschwerdeführer machen geltend, dass die erforderliche Vertrauenswürdigkeit von A. nicht gegeben sei.

E. In seiner Vernehmlassung vom 8. Oktober 1999 erklärte A. er verzichte unabhängig vom Ausgang des Verfahrens auf das Mandat als Erbschaftsverwalter und beantragte, die beiden Beschwerden als gegenstandslos abzuschreiben. Die Legatsnehmerin K liess durch ihren Vertreter, am 21. Oktober 1999 beantragen, die beiden Beschwerden abzuweisen und eventuell, für den Fall dass A. auf sein Mandat verzichte, die Erbschaftsverwaltung auf B. zu übertragen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführer. Der Stadtrat von Zug erklärte in der Vernehmlassung vom 23. November 1999, dass die beiden Beschwerden durch den Verzicht von A. mit Ausnahme der Verlegung der Kosten und Parteientschädigungen weitgehend gegenstandslos geworden und daher abzuschreiben seien. Im Abschreibungsbeschluss sei C. als Erbschaftsverwalter zu bestätigen. Im übrigen seien die Beschwerden abzuweisen.

F. Gestützt auf den Eventualantrag der Legatsnehmerin fragte die instruierende Direktion des Innern B am 19. November 1999 ohne jegliche präjudizielle Wirkung vorsorglich an, ob er das Mandat als Erbschaftsverwalter überhaupt annehmen würde. Der Angefragte erklärte sich mit Schreiben vom 22. November 1999 zur allfälligen Übernahme des Mandats bereit und beantragte in seiner Stellungnahme vom 24. Januar 2000, für den in der Schweiz liegenden Nachlass von T einen Beistand zu bestellen, der dessen Interessen wahre und berechtigt sei, Vollmachten zu erteilen.

G. In der Replik vom 3. Januar 2000 hielt T. an der Beschwerde fest, beantragte die Abweisung des Eventualantrages der Legatsnehmerin K und erklärte sich mit den Ausführungen des Stadtrates von Zug zur Gegenstandslosigkeit einverstanden. D. verzichtete auf eine Replik. In der Duplik vom 17. Februar 2000 erklärte sich die Legatsnehmerin K mit dem Vorschlag des Stadtrates von Zug ebenfalls einverstanden. Diese im Interesse einer vernünftigen Lösung abgegebene Erklärung dürfe jedoch nicht dazu führen, dass ihr irgendwelche Kosten auferlegt würden.

H. Auf die Ausführungen der Parteien im Einzelnen wird – soweit erforderlich – in den Erwägungen eingegangen.

*Erwägungen:*

1. Vorliegend ist neben dem Kostenspruch der Vorinstanz eine Massnahme zur Sicherung des Nachlasses eines in Zug wohnhaft gewesenen deutschen Erblassers zu beurteilen. Streitig ist dabei nicht die Massnahme als solche, sondern die Bestimmung der Person des Erbschaftsverwalters. Gemäss Art. 86 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 92 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG) sowie § 85 des Gesetzes betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug vom 17. August 1911 (EGZGB; BGS 211. 1) ist vorliegend der Regierungsrat zuständig und Schweizerisches Recht anwendbar. Die beiden Beschwerden wurden formgerecht und innert der in der Rechtsmittelbelehrung angegebenen Frist von 20 Tagen eingereicht. T. ist als Erbe, wie schon die Vorinstanz zutreffend festhielt, zur Beschwerde legitimiert. D. ist durch den Entscheid des Stadtrates bezüglich der Verlegung der Verfahrenskosten und der Parteientschädigung zweifellos beschwert und daher zur Anfechtung zumindest in diesen Punkten legitimiert. Vorerst offen bleiben kann, ob D. auch befugt ist, die Absetzung des vom Stadtrat bestimmten Erbschaftsverwalters A. zu verlangen, da die Beschwerde in diesem Punkt, wie sich nachstehend ergibt, gegenstandslos geworden ist. Die Frage der Legitimation von D. wird jedoch bei der Überprüfung des Kostenspruchs des Stadtrates zu beantworten sein. Die Voraussetzungen für ein Eintreten auf die Beschwerden sind, vorbehältlich der Prüfung der Legitimation von D. bezüglich des Beschwerdeantrages 1, erfüllt.

2. Die Beschwerden von T. und D. richten sich gegen denselben Beschluss des Stadtrates von Zug. Die beiden Verfahren sind daher zu vereinen (vgl. Alfred Kölz, Jürg Bossard, Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, Vorbem. zu §§ 4–31 VRG, N. 33 ff.).

3. Wegen des Verzichts von A. auf das Mandat als Erbschaftsverwalter ist der Entscheid des Stadtrates von Zug in dieser Frage gegenstandslos geworden. Zwar stellte die Legatnehmerin K. den Eventualantrag, bei einem Verzicht von A. den zweiten Willensvollstrecker, B. zum Erbschaftsverwalter zu ernennen. In der Duplik vom 17. Februar 2000 erklärte sie sich jedoch ausdrücklich damit einverstanden, dass die Beschwerden entsprechend dem Vorschlag des Stadtrates als gegenstandslos abgeschrieben würden und C. als Erbschaftsverwalter bestätigt werde. Der Eventualantrag kann somit faktisch als zurückgezogen betrachtet werden. Daran ändert nichts, dass B. grundsätzlich bereit wäre, das Mandat als Erbschaftsverwalter zu übernehmen. Denn er selbst hat den Beschluss des Stadtrates weder angefochten, noch einen Antrag auf Einsetzung als Erbschaftsverwalter gestellt, sondern lediglich auf die nicht präjudizielle Anfrage der Direktion des Innern geantwortet. Die Beschwerden von T. und D. sind somit in diesem Punkt als gegenstandslos abzuschreiben.

4. a) Zu prüfen bleibt daher einzig die Verlegung der Verfahrenskosten und der Parteientschädigung durch den Stadtrat von Zug. Gemäss § 23 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2 VRG sind die Verfahrenskosten im Beschwerdeverfahren der unterliegenden Partei aufzuerlegen beziehungsweise im Verhältnis zu teilen, in welchem die Parteien unterlegen sind. Dieser Grundsatz gilt auch für die Verlegung der Parteientschädigung gemäss § 28 Abs. 2 VRG. Verfahrenskosten und Parteientschädigungen können nur einer verfahrensbeteiligten Person mit Parteistellung auferlegt werden.

b) Ist ein Sachentscheid ergangen, gilt diejenige Partei als ganz oder teilweise unterliegend, die mit ihren Anträgen nicht oder nur teilweise durchdringt (vgl. Alfred Kölz, Jürg Bossard, Martin Röhl, a.a.O., § 13 N. 15 und § 17 N. 31 VRG). Gemäss Entscheid der Vorinstanz seien die Beschwerdeführer T. und D. dessen Legitimation die Vorinstanz im Übrigen verneinte, mit ihren Anträgen, C. als Erbschaftsverwalter zu bestätigen, unterlegen, soweit darauf eingetreten wurde, währenddem A. und die Legatnehmerin K teilweise obsiegt hätten. Allerdings ist in einem Rechtsmittelverfahren auch über den Kostenspruch der Vorinstanz neu zu befinden, wenn die Beschwerde ganz oder teilweise gutgeheissen wird. Ist wie vorliegend eine Beschwerde infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben, bleibt demnach summarisch zu prüfen, welche Partei(en) bei einem Sachentscheid obsiegt hätte(n) (vgl. Kölz, Bossard, Röhl, a.a.O. § 13, N. 19).

c) Streitig ist vorliegend nicht die Erbschaftsverwaltung als solche, sondern die Frage, wer zum Erbschaftsverwalter zu ernennen ist. Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, hat der Willensvollstrecker gemäss Art. 554 Abs. 2



ZGB grundsätzlich einen Rechtsanspruch auf Übertragung der Erbschaftsverwaltung an ihn. Allerdings muss auch der Willensvollstrecker die persönlichen Voraussetzungen, namentlich Vertrauenswürdigkeit und Unabhängigkeit, erfüllen (vgl. Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch 11, Basel 1998, Basler Kommentar, Martin Karrer, Art. 554 ZGB N. 22 und 25). Kein Ablehnungsgrund für sich allein genommen ist die gerichtliche Anfechtung des Testaments (vgl. Claude Wetzel, Interessenkonflikte des Willensvollstreckers, Diss. Zürich 1985, N. 175ff.; Basler Kommentar, a.a.O., Karrer, Art. 554 ZGB N. 27 mit Hinweisen). Auch aus dem Berner Kommentar ergibt sich nichts Gegenteiliges. Dort wird nämlich die Auffassung vertreten, der Behörde sei die Entscheidungsfreiheit zu lassen, wenn mit der Ungültigkeitsklage die Ernennung des Willensvollstreckers angefochten wird (Art. 554 ZGB, N. 12). Gemäss Bundesgericht hindert das Misstrauen der Erben die Ernennung des Willensvollstreckers zum Erbschaftsverwalter dann, wenn Tatsachen darzulegen sind, die ernstliche Zweifel an der Vertrauenswürdigkeit des Willensvollstreckers rechtfertigen (BGE 98 II 280 E. 4). Die von den Beschwerdeführern gegen A. erhobenen Vorwürfe, welche belegt wurden und damit auch als Tatsachen angesehen werden können, sind zwar geeignet, gewisse Zweifel zu erwecken. Diese Zweifel sind indessen aufgrund der hier nur summarisch vorzunehmenden Prüfung nicht dergestalt, dass sie einer Ernennung von A. entgegenstünden. Der Entscheid des Stadtrates von Zug hätte somit in diesem Punkt bestätigt werden müssen. Dabei ist es zulässig, bei mehreren Willensvollstreckern nur einem die Erbschaftsverwaltung zu übertragen (Basler Kommentar, a.a.O., Karrer, Art. 554 ZGB, N. 24). Weder T. noch D. hätten demnach mit ihren Anträgen obliegt.

d) Die Kostenpflicht von D. wurde von der Vorinstanz insbesondere mit dessen fehlender Legitimation begründet. D. beruft sich auf eine über den Tod hinaus geltende, öffentlich beurkundete Generalvollmacht, welche ihm der Erblasser am 3. Dezember 1995 ausstellte. Solche über den Tod hinaus geltende Vollmachten sind grundsätzlich zulässig, wenn auch, wie die Legatsnehmerin K. geltend macht, umstritten. Der Bevollmächtigte handelt nach dem Tod des Vollmachtgebers für diesen bzw. wirtschaftlich für dessen Nachlass, wobei er die Rechte der Erbengemeinschaft zu berücksichtigen hat (Rolf Watter, Basler Kommentar, a.a.O. Art. 35 OR, N. 10). Leidet die Vollmacht nicht an einem sonstigen Ungültigkeitsgrund, was vorfrageweise zu klären wäre, ist sie gültig, solange sie nicht von einem Erben oder dem Willensvollstrecker widerrufen worden ist (Basler Kommentar, a.a.O., Watter, Art. 35 OR, N. 11). Zwar ist die vorliegende Generalvollmacht im Lichte von Art. 27 ZGB kritisch zu würdigen, insbesondere was den erschwerten Widerruf angeht, der in dieser Form zumindest nach dem Tod des Vollmachtgebers kaum als zulässig zu betrachten ist. Auch wenn somit von einem jederzeitigen, uneingeschränkten Widerrufsrecht auszugehen ist, bleibt festzuhalten, dass ein Widerruf der Vollmacht bis anhin weder durch den Erben noch

durch die Willensvollstrecker erfolgte. Mithin ist von einer für das Verfahren betreffend Erbschaftsverwaltung gültigen Vollmacht auszugehen. Der Umfang der Vollmacht wird durch das Vertrauensprinzip bestimmt, wie die Legatsnehmerin zutreffend geltend macht. Dieser Grundsatz ist jedoch vorliegend nicht verletzt. Dass die Erbschaftsverwaltung zu Recht angeordnet wurde, wird heute von keiner Partei mehr bestritten. Streitig ist einzig, ob ein oder beide Willensvollstrecker als Erbschaftsverwalter zu ernennen sind. Indem sich D. gegen die Ernennung der Willensvollstrecker wehrte, hat er nicht von vorneherein gegen die Interessen des Erblassers gehandelt, kann doch nie ausgeschlossen werden, dass nachträglich Tatsachen bekannt werden, welche die Vertrauenswürdigkeit eines Willensvollstreckers als zweifelhaft erscheinen lassen. Dass der Erblasser beziehungsweise der Nachlass im Sinne von § 85 EG ZGB ein Interesse nachweisen kann, steht ausser Zweifel. Demnach ist die Legitimation von D. als Generalbevollmächtigter des Erblassers, nicht aber als einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer der P und H-Stiftung, da diese bis anhin nicht als Partei am Verfahren teilgenommen hat, zu bejahen. Wie bereits ausgeführt, unterlag D. im Beschwerdeverfahren vor der Vorinstanz insoweit, als sein Antrag, C. als Erbschaftsverwalter zu bestätigen, abgelehnt wurde.

e) Wie festgestellt, hätte der Entscheid des Stadtrates von Zug in Bezug auf die Erbschaftsverwaltung und die Person des Erbschaftsverwalters bestätigt werden müssen. Hinsichtlich des Obsiegens beziehungsweise Unterliegens der Parteien im vorinstanzlichen Verfahren ergibt sich somit folgendes Bild: B. unterlag mit seinen Anträgen vollständig. A. der die Anordnung der Erbschaftsverwaltung durch die Erbteilungskommission erst in den «Bemerkungen» vom 13. März 1999 und damit nicht rechtsgültig angefochten hatte, obsiegte mit seinem Eventualantrag auf Ernennung seiner Person zum Erbschaftsverwalter. Die Legatsnehmerin K. unterlag mit ihrem Hauptantrag auf Aufhebung der Erbschaftsverwaltung und obsiegte mit ihrem Eventualantrag teilweise. Die beiden Beschwerdeführer obsiegten gegenüber der Legatsnehmerin mit ihren Anträgen auf Bestätigung der Erbschaftsverwaltung, unterlagen jedoch mit ihrem Antrag zur Person des Erbschaftsverwalters. Die Vorinstanz hat die insgesamt drei Beschwerden sinnvollerweise vereinigt. Bei der Verlegung der Kosten und der Parteientschädigungen ist jedoch so vorzugehen, wie wenn die Verfahren getrennt geführt worden wären (vgl. Kölz, Bosshard, Röhl, a.a.0. Vorbem. zu §§ 4-31, N.35). Überwiegend obsiegende Partei gegenüber T. und D. ist A., dessen nachträglich gestellter Antrag auf Aufhebung der Anordnung der Erbschaftsverwaltung, wie bereits erwähnt, ungültig ist. Somit sind ihm zu Recht keine Verfahrenskosten auferlegt und eine Parteientschädigung zugesprochen worden. Nicht überwiegend obsiegend gegenüber T. und A. erscheint dagegen die Legatsnehmerin. Es bleibt daher zu prüfen, wie die Kosten und Parteientschädigungen zwischen der Legatsnehmerin einerseits und T. sowie D. andererseits zu verlegen sind. Das teilweise Unterliegen der drei Genannten er-

scheint nur geringfügig verschieden. Einerseits wurde die Erbschaftsverwaltung von der Vorinstanz bestätigt, andererseits wurde die Verwaltung jedoch nicht C. sondern einem Willensvollstrecker übertragen. Es rechtfertigt sich daher, die Legatsnehmerin K. T. und D. zu gleichen Teilen an den Verfahrenskosten zu beteiligen und ersterer keine Parteientschädigungen zu Lasten der Beschwerdeführer zuzusprechen, da keine der drei Parteien überwiegend obsiegt. Dem Umstand, dass die Legatsnehmerin K. ihre Beschwerde bei der Vorinstanz ohne genaue Kenntnisse der Akten habe einreichen müssen, wird insofern Rechnung getragen, dass der Teil der Parteientschädigung an sie, welcher zu Lasten der Einwohnergemeinde Zug geht, Fr. 200.–, von dieser Entscheid nicht berührt wird. Gegenüber B. schliesslich haben die Beschwerdeführer überwiegend obsiegt, so dass sie Anspruch auf eine Parteientschädigung ihm gegenüber haben. Indessen ist zu berücksichtigen, dass sich B. gemäss Entscheid der Vorinstanz mit zwei Fünfteln an der Entschädigung von A. zu beteiligen hat, so dass der Entschädigungsanspruch der Beschwerdeführer als abgeholten zu betrachten ist. Die Legatsnehmerin K. hat wie erwähnt keinen Anspruch auf Parteientschädigung gegenüber T. und D. Der Kostenspruch gegenüber B. ist rechtskräftig geworden und deshalb nicht zu überprüfen.

f) Was das vorliegende Verfahren angeht, sind für die Verlegung der Verfahrenskosten und die Zusprechung von Parteientschädigungen ebenfalls die oben umschriebenen Grundsätze anzuwenden. Abzustellen ist wiederum auf die gestellten Anträge. Wie bereits dargelegt hätten die Beschwerdeführer mit ihrem Antrag, C. als Erbschaftsverwalter einzusetzen, nicht obsiegt. Überwiegend obsiegt haben T. und D. jedoch bezüglich der Anträge zur Verlegung der Verfahrenskosten und Parteientschädigungen im vorinstanzlichen Verfahren. A. obsiegt zwar mit seinem Antrag auf Gegenstandslosigkeit der Beschwerden. Er verursachte die Abschreibung indessen durch seinen Verzicht auf das Mandat als Erbschaftsverwalter selbst. Die Legatsnehmerin K. schliesslich hätte mit ihrem Hauptantrag, was die Bestätigung A. als Erbschaftsverwalter, nicht aber was die Verlegung der Kosten und Parteientschädigungen angeht, obsiegt. Allerdings verursachte sie durch ihren Eventualantrag, B. zum Erbschaftsverwalter zu ernennen, den sie in der Duplik faktisch, mit ihrem Einverständnis zur Abschreibung der Beschwerde, zurückgezogen hat, Umtriebe. Diese sind indessen nicht als schwerwiegend zu betrachten. Nachdem somit keine Partei überwiegend obsiegt, sondern in vergleichbarem Mass unterliegt, rechtfertigt es sich, die Verfahrenskosten von Fr. 1'600.– den Parteien zu gleichen Teilen aufzuerlegen und die Parteikosten wettzuschlagen (vgl. Kölz, Bosshart, Röhl, a.a.0. N. 32 zu § 17). Die Voraussetzungen für eine Kosten- und Parteientschädigungspflicht der Vorinstanz gemäss § 24 Abs. 2 und § 28 Abs. 2 Ziffer 2 VRG, offenbare Rechtsverletzung und (grober) Verfahrensfehler sind vorliegend nicht erfüllt.

5. Der Antrag von B. für den in der Schweiz gelegenen Nachlass von T. einen Beistand zu bestellen, ist in diesem Beschwerdeverfahren unbeachtlich

Der guten Ordnung halber sei indessen darauf hingewiesen, dass die Schweizerischen Behörden gar nicht zuständig wären und selbst bei Zuständigkeit keine der gesetzlichen Voraussetzungen für eine Beistandschaft erfüllt wäre, hat T. doch bereits einen amtlich bestellten Betreuer, der gegenüber T. keine widersprechenden Interessen hat.

6. Zusammenfassend sind mithin die Beschwerden hinsichtlich der Anträge auf Bestätigung von C. als Erbschaftsverwalter als gegenstandslos abzuschreiben. Die von der Vorinstanz verfügte Verlegung der Verfahrenskosten und Parteientschädigungen ist in teilweiser Gutheissung der Beschwerden so zu ändern, dass die Legatsnehmerin keinen Anspruch auf Parteientschädigung hat und ebenso wie die Beschwerdeführer einen Sechstel der Verfahrenskosten der Vorinstanz von Fr. 1'000.- übernehmen muss. Die Parteientschädigung an A. von Fr. 1'000.- geht zu insgesamt drei Fünfteln zu Lasten von B. und der Einwohnergemeinde Zug. Die restlichen zwei Fünftel gehen zu gleichen Teilen zu Lasten der Beschwerdeführer.

(Regierungsrat, 23. Mai 2000)

### III. Schule, Kultur, Denkmalpflege

#### 1. Schule

§§ 17 Abs. 3 und 85 Abs. 3 – Beschränkte Kognition des Regierungsrats bei der Schülerbeurteilung (E. 1–2). Einwände gegen eine Prüfung sind unverzüglich im Anschluss an die Prüfung vorzubringen (E. 4a). Rechtsgleiche Behandlung aller Prüfungskandidaten bedeutet für alle die gleichen Prüfungsvoraussetzungen und Rahmenbedingungen zu schaffen (E. 4b). Berechnung der Maturanote in prüfungsfreien Fächern (E. 4c). Der Lehrperson steht ein erheblicher Beurteilungsspielraum bei der Schülerbeurteilung zu (E. 4.d). Die Bewertung mündlicher Examensleistungen muss nachvollziehbar sein (E. 5). Ungelöste Arbeiten sind mit einer ungenügenden Leistungsnote zu bewerten (E. 6).

*Aus dem Sachverhalt:*

A. J. B. absolvierte im Frühjahr 1999 die Maturitätsprüfung Typus B an einer Privatschule im Kanton Zug. An der Maturakonferenz stellte die Prüfungskommission für die anerkannten privaten Mittelschulen im Kanton Zug fest, J. B. habe mit 59 Punkten die Mindestpunktzahl 60 nicht erreicht und damit die Maturitätsprüfung nicht bestanden.

B. Auf mündliche Nachfrage von J. B. wurden die Noten in den Fächern Biologie und Zeichnen überprüft. Die Prüfungskommission änderte die Biologienote von 4 auf 4.5. Die Note 3 im Zeichnen wurde beibehalten. Mit der Korrektur in Biologie erreichte J. B. die Gesamtpunktzahl von 59.5. Damit änderte sich nichts am bisherigen negativen Prüfungsbescheid. Mit Schreiben vom 14. Juni 1999 teilte die Prüfungskommission ihren Beschluss J. B. mit. Die dagegen erhobene Einsprache von J. B. wies die Prüfungskommission mit Entscheid vom 2. September 1999 ab.

D. Gegen den Einspracheentscheid erhob J. B. Beschwerde beim Regierungsrat Beschwerde. Er beanstandete die Notengebung in den Fächern Chemie, Latein und Zeichnen.

*Aus den Erwägungen:*

1. Dem Regierungsrat steht im Beschwerdeverfahren grundsätzlich eine uneingeschränkte Überprüfungsbefugnis zu. Er auferlegt sich jedoch bei Beschwerden gegen Prüfungs- und Promotionsentscheide Zurückhaltung. Nach § 85 Abs. 5 Schulgesetz (BGS 412.11) wird die Schülerbeurteilung – wozu gemäss § 17 Abs. 3 Schulgesetz auch die Notengebung gehört – nur in Bezug auf Verfahrensfehler und Willkür überprüft. Wohl hat der Geprüfte Anspruch darauf, dass seine Leistungen und seine Fähigkeiten sachgerecht und unparteiisch beurteilt werden. Die Verantwortung für eine korrekte Beurteilung liegt aber in erster Linie bei den Prüfungsorganen. Ihr Entscheid ist ein

auf besonderer Fachkenntnis beruhendes pädagogisches Werturteil, das einer Kontrolle durch die Beschwerdeinstanz nur beschränkt zugänglich ist. Die Rechtsmittelinstanz greift deshalb auf Beschwerde hin nur ein, wenn bei einer Prüfung Verfahrensfehler vorgekommen sind, die sich auf das Prüfungsergebnis auswirken können, oder wenn offensichtlich falsche Bewertungen vorgenommen wurden oder sich die Prüfungsbehörde von Erwägungen hat leiten lassen, die keine oder doch keine massgebliche Rolle hätten spielen dürfen (ZBl 86/1985 S. 326f.). Nur wenn das Examenverfahren einen geradezu unübersehbaren und in die Augen springenden Fehler aufweist, könnte eine Verletzung des materiellen Willkürverbots angenommen werden. In diesen Fällen hat die Rechtsmittelinstanz jedoch die erhobenen Einwendungen in freier Kognition zu prüfen (vgl. auch BGE 106 Ia 1ff.).

2. Bewertungen sind durch Rechtsmittelbehörden kaum überprüfbar, weil ihr zumeist nicht alle massgebenden Faktoren der Bewertung bekannt sind. Eine Nachprüfung setzt nicht nur Spezialkenntnisse, sondern auch Kenntnisse hinsichtlich des vermittelten Stoffs, der Persönlichkeit des Prüflings sowie der Leistungen der übrigen Kandidatinnen und Kandidaten voraus. Schliesslich gilt es auch, den Fachbeurteilungsspielraum der Lehrpersonen und Experten zu wahren. Besondere Schwierigkeiten ergeben sich für die Nachprüfung überdies dann, wenn Notengebungen zu beurteilen sind, die sich nicht ausschliesslich auf schriftliche, sondern auch auf mündliche Prüfungen beziehen oder wenn bei der Bewertung zu berücksichtigen ist, wie sich ein Schüler während einer längeren Zeitspanne am Unterricht beteiligt hat. Im Übrigen würde die Abänderung einer Examensbewertung zudem die Gefahr von Ungerechtigkeiten und Ungleichheiten gegenüber anderen Kandidatinnen und Kandidaten in sich bergen (BGE 106 Ia 2ff.; mit weiteren Verweisen). Die Notengebung wird deshalb nur mit beschränkter Kognition überprüft, insbesondere ob sich die entscheidende Instanz von sachfremden Erwägungen leiten liess, so dass der Prüfungsentscheid unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten als nicht mehr vertretbar erscheint (vgl. Imboden/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung; Ergänzungsband, Nr. 67B III c und dort aufgeführte Entscheide).

3. (...)

4. Der Beschwerdeführer rügt primär die Notengebung im Fach Chemie.

a. (...) Vorab stellt sich die Frage, ob im heutigen Zeitpunkt die Bewertung einer Prüfung im ersten Semester des Schuljahrs 1998/1999 überhaupt noch Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sein kann. Der Beschwerdeführer hätte unverzüglich nach der schriftlichen Prüfung die Rüge erheben müssen, das abgefragte Sachgebiet Astronomie gehöre nicht zum Maturaprüfungsstoff Chemie. Es kann nicht angehen, erst nach Vorliegen der Maturanote – je nach dem, wie diese ausfällt – zu entscheiden, ob eine einzelne Wertung des ersten Semesters für die Berechnung der Zeug-

nisnote berücksichtigt werden darf oder nicht. Aber auch der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Prüfungskandidatinnen und -kandidaten steht dem entgegen (ZBI Nr. 86/1985 S. 327 Bst. c). Für alle Schülerinnen und Schüler der Klasse des Beschwerdeführers galten in dieser schriftlichen Prüfung die gleichen Prüfungsfragen. Es verstiesse gegen das Gleichheitsgebot, würde diese Prüfung des ersten Semesters nur im Falle des Beschwerdeführers bei der Berechnung der Zeugnissnote nicht berücksichtigt.

Zudem geht die Argumentation des Beschwerdeführers auch in der Sache selbst fehl. Die vom Beschwerdeführer beanstandete schriftliche Chemieprüfung umfasste drei Sachbereiche. (...) Wie der Stellungnahme des Chemielehrers zu entnehmen ist, ging es bei dieser Prüfung nicht um Sternkunde im Sinne von Sternbilder Erkennen etc., sondern um Fragen, woher die Elemente stammen, aus welchen Elementen die Erde und die organischen Verbindungen bestehen, wie die Elemente des Periodensystems im Universum entstehen und welche weiteren, auf der Erde unbekannt Arten von Materie im Weltall entdeckt wurden. Die gestellten Prüfungsfragen zählen zweifellos zum Fachgebiet Chemie. (...)

b. (...) Der Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung aller Prüfungskandidatinnen und -kandidaten bedeutet nicht in erster Linie, alle gleich oft zu prüfen, sondern für alle die gleichen Prüfungsvoraussetzungen und Rahmenbedingungen zu schaffen.

Der Beschwerdeführer und zwei weitere seiner Mitschüler konnten im zweiten Semester keine mündliche Prüfung ablegen, während der Rest der Klasse einmal mündlich geprüft wurde. Dies ist unbestritten. Gemäss Darstellung des Chemielehrers laufen diese mündlichen Prüfungen immer gleich ab. Zu Beginn der Schulstunde ruft er spontan eine Schülerin oder einen Schüler auf, die letzte Unterrichtsstunde kurz zusammenzufassen. Pro Lektion wird nur eine Schülerin bzw. ein Schüler geprüft. Die Eigenart der vorliegenden mündlichen Prüfung liegt darin, dass niemand weiss, wann sie oder er zum Repetieren aufgerufen wird. Aus diesem Grund muss es dem Chemielehrer überlassen bleiben, in welcher Schulstunde er wen aufruft und prüft. Nur so ist gewährleistet, dass für alle Schülerinnen und Schüler die gleichen Rahmenbedingungen für diese mündliche Prüfung gelten.

Der Chemielehrer rief den Beschwerdeführer zweimal auf und wollte ihn abfragen. Beide Male blieb der Beschwerdeführer dem Unterricht jedoch entschuldigt fern. Der Chemielehrer räumte dem Beschwerdeführer somit zweimal die Möglichkeit ein, eine mündliche Prüfung abzulegen. Damit kam er seiner Pflicht nach, dem Beschwerdeführer die gleichen Prüfungschancen wie den anderen Klassenkameradinnen und -kameraden zu geben. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ist der Chemielehrer nicht verpflichtet, dafür zu sorgen, dass gegen Ende des Semesters alle Schülerinnen und Schüler der Klasse einmal mündlich geprüft werden. Bestände diese Pflicht,

wäre der Beschwerdeführer gegenüber seinen Mitschülerinnen und Mitschülern bevorzugt; er könnte sich nämlich auf die letzten Lektionen eines Semesters gezielt vorbereiten, weil er damit rechnen könnte, geprüft zu werden. Im Gegensatz zu den anderen Mitschülerinnen und Mitschülern wüsste er dann im Voraus, dass ihn der Chemielehrer mündlich abfragen würde. Damit würden aber veränderte Prüfungsbedingungen geschaffen, die wiederum neue Ungerechtigkeiten und Ungleichheiten in sich bergen und damit dem Gleichheitsgebot entgegenstünden. (...).

c. (...) Die Schülerbeurteilung bei Maturitätsprüfungen richtet sich nach § 12 des Reglements über die Maturitätsprüfungen an den privaten Mittelschulen im Kanton Zug vom 11. Dezember 1989 (BGS 414.21). Die Beurteilung in prüfungsfreien Fächern obliegt der Fachlehrkraft. Die Maturanote entspricht der Note, die dem Durchschnitt der beiden letzten Zeugnisnoten am nächsten ist. Liegt der Durchschnitt genau in der Mitte zwischen zwei möglichen Maturanoten, entscheidet der Lehrer über Auf- oder Abrunden (Abs. 2). Maturanoten werden in ganzen und halben Noten ermittelt (Abs. 1).

Bei der Maturitätsprüfung Typus B gehört das Fach Chemie zu den prüfungsfreien Fächern. Der Beschwerdeführer hatte im ersten Semester des letzten Schuljahrs 1998/1999 eine Note 4 und im zweiten Semester eine Note 5.5. Dies ergibt einen Durchschnitt von 4.75, der genau zwischen den Noten 4.5 und 5 liegt. Der Chemielehrer rundete ab auf 4.5. Diese Notengebung entspricht den Vorschriften des Prüfungsreglements (§ 12 Abs. 2 Prüfungsreglement). Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers steht sie nicht im Widerspruch zu arithmetischen Grundsätzen. So ist die Zahl 4.75 nicht näher bei 5 als bei 4.5, sondern liegt in der Mitte. Ein Rechenfehler und somit eine Rechtsverletzung liegen nicht vor.

d. (...) Bei der Notenfestsetzung steht der Lehrperson im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu. Bei der Ausübung hat sie sich aber von sachlichen Kriterien zu leiten, die auf alle Schülerinnen und Schüler Anwendung finden.

Nach der Stellungnahme des Chemielehrers richtet sich sein Entscheid auf- oder abzurunden bei allen Maturandinnen und Maturanden nach den gleichen Grundsätzen. Massgeblich ist der Durchschnitt sämtlicher Noten während des ganzen Schuljahrs. Liegt der Jahresdurchschnitt aller Noten über 4.75, rundet er auf eine 5 auf, liegt der Schnitt bei 4.75 oder darunter, rundet er auf eine 4.5 ab. Dieses Vorgehen erscheint sinnvoll; auf diese Weise werden nämlich alle erzielten Leistungen jeder Kandidatin und jedes Kandidaten während der gesamten Beurteilungsperiode berücksichtigt und gleich gewichtet. Der Durchschnitt aller Noten des Beschwerdeführers im Schuljahr 1998/1999 lag nicht über 4.75. Nach seiner Praxis rundete der Chemielehrer auf eine 4.5 ab. Inwiefern dieses Vorgehen auf eine Voreingenommenheit des Chemielehrers gegenüber dem Beschwerdeführer schliessen lassen soll, ist nicht ersichtlich. (...)



5. (...) Damit die Bewertung von Examensleistungen überprüft werden kann, muss der Ablauf der mündlichen Prüfung nachvollziehbar sein. Aus den Akten muss zumindest ersichtlich sein, welche Fragen der Prüfungskandidat korrekt beantwortet hat, wo Wissenslücken festgestellt worden sind und welches allenfalls die richtigen Antworten gewesen wären (VPB 1999/IV Nr. 88 S. 832).

Anhand der ausführlichen Stellungnahme der Lateinlehrerin lässt sich der Ablauf der Prüfung nachvollziehen. (...) Der Stellungnahme lässt sich detailliert entnehmen, in welchen Punkten der Beschwerdeführer ungenügend war und welche Fragen er richtig beantwortete. Von einer ungenügenden Begründung, die eine Überprüfung der Bewertung verunmöglicht, kann deshalb keine Rede sein. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt nicht vor. (...)

6. (... Verspätete Rüge der Zeichnungsnote des ersten Semesters der 5. Klasse im Schuljahr 1996/1997: gleiche Begründung wie bei Chemienote Ziff. 4 Bst. a).

Aber auch in materieller Hinsicht sind die Einwände des Beschwerdeführers unbeachtlich. Wie der Zeichnungslehrer ausführt, beruht die Note 3 im ersten Semester nicht auf dem gestalterischen Unvermögen des Beschwerdeführers, sondern auf nicht vorhandenen und ungelösten Arbeiten und mangelndem Einsatz. Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, im ersten Semester einzelne Arbeiten gar nicht erstellt und andere nicht gelöst zu haben. (...) Wer die vom Lehrer gestellten Aufgaben nicht erfüllt, erbringt damit eine ungenügende Leistung, die entsprechend zu bewerten ist. Würde man den Argumenten des Beschwerdeführers folgen, könnte sich der Schüler der Leistungsbeurteilung entziehen, indem er die gestellten Aufgaben gar nicht an die Hand nimmt. Aus diesem Grund sind keine bzw. ungelöste Arbeiten in jedem Fall mit einer ungenügenden Leistungsnote zu bewerten.

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

Regierungsrat, 17. April 2000

(Die gegen den Entscheid des Regierungsrats ergriffene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde mit Urteil vom 26. September 2000 abgewiesen.)

## 2. Denkmalpflege

§§ 2,3 und 4 in Verbindung mit § 25 des Gesetzes über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz von 26. April 1990 (Denkmalschutzgesetz, DSG; BGS 423.11); § 3 Bst. h des Gesetzes über die Förderung des kulturellen Lebens vom 25. März 1965 (BGS 421.1). – Unterschutzstellung der Lenkwaffenstellung BL64-ZG, Batterie Nord, auf GS 642, GS 648 (Kollimationsturm) und GS 650 (Zufahrt zum Kollimationsturm), Gubel, Menzingen, der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

*Beschluss:*

1. Die Lenkwaffenstellung BL 64-ZG, Batterie Nord, auf GS 642, GS 648 (Kollimationsturm) und GS 650 (Zufahrt zum Kollimationsturm), Gubel, Menzingen, der Schweizerischen Eidgenossenschaft, wird als Denkmal von regionaler Bedeutung unter kantonalen Denkmalschutz gestellt.

2. Allfällige Veränderungen an der Anlage dürfen nur mit vorgängiger Zustimmung des Amtes für Denkmalpflege und Archäologie des Kantons Zug vorgenommen werden.

3. Für die museale Aufbereitung von Ausrüstungskomponenten der Anlage im Informationsraum und für die Einrichtung der Lenkwaffenstellung zu Besuchszwecken werden Fr. 97'000.- aus dem Fonds für wohltätige, gemeinnützige und kulturelle Zwecke, Konto Nr. 929034.3650.00, bereitgestellt.

4. Die Direktion des Innern wird ermächtigt und beauftragt, mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Militärhistorischen Stiftung des Kantons Zug eine Vereinbarung über die Benützung der Lenkwaffenstellung BL64-ZG abzuschliessen.

5. Nach Eintritt der Rechtskraft dieses Beschlusses wird gemäss § 27 DSG die Eigentumsbeschränkung «Denkmalschutz» im Grundbuch angemerkt. Die Kosten gehen zulasten des Kantons.

6. .... (Rechtsmittelbelehrung)

*Erwägungen:*

A. 1964 kaufte die Eidgenossenschaft auf dem Gubel rund 20 Hektaren (196'201 m<sup>2</sup>) Land und baute in der Folge die Lenkwaffenstellung BL64-ZG. Sie umfasst gesamthaft vier Parzellen. Per Ende 1999 stellte die Schweizer Armee die Boden-Luft-Lenkwaffenstellungen «Bloodhound» BL64 ausser Dienst. In der Folge sollte die Stellung BL64-ZG auf dem Gubel in Menzingen wie die anderen fünf gesamtschweizerisch installierten Anlagen abgebaut werden. Auf der grössten, 185'632 m<sup>2</sup> beinhaltenden Parzelle GS 642 befinden sich zwei Feuerinheiten mit allen Depots, dazu das ganze Truppenlager mit sämtlichen Gebäuden. Die Parzelle GS 644 im Umfang von 9'582 m<sup>2</sup> ist reines Landwirtschaftsland und für einen denkmalpflegerischen Schutz der Anlage nicht relevant. Auf der Parzelle GS 648 im Umfang von 498 m<sup>2</sup> steht der Kollimationsturm, der Prüfturm des Beleuchtungsradars. Die Parzelle GS 650 im Umfang von 489 m<sup>2</sup> ist die Zufahrtstrasse zum Turm. Die Schweizerische Eidgenossenschaft hat die Gesamtfläche in fünf Bewirtschaftungsparzellen aufgeteilt und dieses Kulturland an Landwirte verpachtet.

Mit der Ausserdienststellung der Lenkwaffen stand ein Nutzungswechsel des Areals bevor. Seit 1998 war der Direktion des Innern die Absicht einer Liquidation des Waffensystems bekannt. Da die kantonale Denkmalkom-

mission und die kantonale Denkmalpflege die Anlage als wichtigstes monumentales Zeugnis des Kalten Krieges in der Schweiz einstufen und ihr somit Denkmalstatus gemäss § 2 des kantonalen Denkmalschutzgesetzes (DSG) beimassen, stellte die Direktion des Innern die gesamte Anlage am 13. Dezember 1999 vorsorglich unter Denkmalschutz. So war Gewähr geboten, dass zusammen mit dem VBS Wege gesucht werden konnten, eine komplette Feuereinheit der dauernden Bewahrung zuzuführen. In der Zwischenzeit haben zwischen dem Kanton und dem VBS entsprechende Gespräche stattgefunden, dies unter Beizug der Militärgeschichtlichen Stiftung des Kantons Zug (MHSZ), welche sich zum Ziel gesetzt hat, militärische Anlagen im Kanton Zug für die Nachwelt zu erhalten.

B. Diese Gespräche haben zu einer Vereinbarung geführt, welche die Verantwortlichkeiten der drei Partner wie folgt regelt:

1. Die Lenkwaffenstellung Gubel BL64-ZG auf den Parzellen GS 642 (Batterie Nord), GS 648 (Kollimationsturm) und GS 650 (Zufahrt zum Kollimationsturm) wird unter kantonalen Denkmalschutz gestellt. Die Parzelle GS 644 ist von dieser Massnahme nicht betroffen.
2. BL64-ZG bleibt eine militärische Anlage (Truppenunterkunft und Übungsplatz) und wird vom Bundesamt für Betriebe des Heeres (BABHE) betrieben.
3. Das VBS stellt dem Kanton Zug im Untergeschoss der Halle 8 die beiden Magazine zur Einrichtung eines Informationsraumes BL64 zur Verfügung.
4. Das VBS belässt sämtliche Objekte der Batterie Nord sowie den Kollimationsturm an Ort. Deren Unterhalt ist Sache des Bundesamtes für Armeematerial und Bauten in der Gruppe Rüstung, welches seinerseits eine Leistungsvereinbarung mit dem Festungswachtkorps (FWK) abschliesst.
5. Das VBS gestattet der MHSZ und dem Kanton Zug den Zutritt zur Anlage und die Durchführung von Besichtigungen. Besichtigungszeiten und weitere Details zur Benützung der Anlage durch die Öffentlichkeit werden vom BABHE, Betrieb Seewen, mit dem Kanton und der MHSZ separat vereinbart.
6. Der Kanton Zug richtet den Informationsraum ein und sorgt für die Beschriftung der publikumsrelevanten Teile der Anlage.
7. Die MHSZ übernimmt in Absprache mit dem VBS und dem Kanton Zug den Museumsbetrieb der Anlage BL64-ZG.

C. Da das VBS die Desarmierung der Lenkwaffen und die Bereitstellung der Batterie Nord für den Besucherbetrieb übernimmt, fallen keine Restaurierungskosten gemäss Denkmalschutzgesetz § 34 an. Hingegen ist es not-

wendig, die Anlage und das System so einzurichten, dass es für eine breite Öffentlichkeit zugänglich und verständlich gemacht werden kann. Darum übernimmt der Kanton Zug die Einrichtung des Informationsraumes im Untergeschoss der Halle 8 inklusive bauliche Anpassungen, Beleuchtung, Ventilation und audiovisuelle Hilfsmittel. Der Kanton Zug übernimmt weiter die Neuaufstellung und Inbetriebnahme der in diesen Raum transferierten Einsatzstelle (Konsole, Computer, Bildschirme) und die für Besuche notwendige Beschriftung auf dem ganzen Areal. Die genannten Massnahmen sind von der kantonalen Denkmalpflege in Zusammenarbeit mit Architekt Alois Fischer, Cham, in einem Vorprojekt studiert und mit einem Kostenvoranschlag erfasst worden. Die einmalig zu leistenden Aufwendungen belaufen sich gesamthaft auf Fr. 97'000.-. Da es sich hierbei nicht um Arbeiten im Rahmen denkmalpflegerischer Massnahmen handelt, sondern um Museumseinrichtungen, soll der Betrag dem Fonds für wohltätige, gemeinnützige und kulturelle Zwecke, Konto Nr. 929034.3650.00, belastet werden. Falls notwendig stellt der Kanton Zug aufgrund eines jährlich einzureichenden Budgetantrages der MHSZ einen jährlichen Beitrag an den Besucherbetrieb von maximal Fr. 10'000.- bereit. Dieser Betrag wird jeweils auf Konto 1580.30108.00 budgetiert.

D. Das Museums- und Informationskonzept basiert auf den folgenden Vorgaben:

1. Die Originalkomponenten des Systems bleiben mit der Batterie Nord vollständig, aber nicht mehr betriebsbereit, am originalen Standort sichtbar.
2. Die Funktionsweise des Systems wird im Informationsraum anhand einer dort installierten und aktivierten Einsatzkonsole mit Computer sowie weiteren Systemkomponenten erlebbar und nachvollziehbar gemacht.
3. Das politische und militärische Umfeld der Beschaffungszeit, der fünfziger und sechziger Jahre, wird im Informationsraum mittels Filmen, Videos und weiteren Medien dargestellt.

E. Der Gemeinderat von Menzingen hat dem vorliegenden Antrag mit Beschluss vom 5. Juli 2000 zugestimmt.

(Regierungsrat, 8. August 2000)

## IV. Bauwesen

*§ 30 Abs. 4 und § 43 Abs.1 BO Zug – Verletzung der Vorschriften über die Gebäudehöhe durch eine Mobilfunkantennenanlage? Ist eine Mobilfunkantennenanlage in der Wohnzone 3 zonenkonform?*

*Aus den Erwägungen:*

7. Die Beschwerdeführer glauben, eine Verletzung der Vorschriften über die Gebäudehöhe zu erkennen. Mit einer Gebäudehöhe von über 30 m überschreite das Mehrfamilienhaus die für die Wohnzone W3 zulässige Gebäudehöhe um mehr als das Doppelte. Weil es sich dabei nicht um dem Gebäude dienende, technisch bedingte Installationen handle, könne die Antennenanlage nicht bewilligt werden.

Weder die Beschwerdeführer noch die Vorinstanz gehen davon aus, dass es sich bei der Mobilfunkantenne um eine technisch bedingte Installation im Sinne von § 30 Abs. 4 BO Zug handelt. Danach sind die technisch bedingten Installationen wie Antennen, Sonnenkollektoren, Lüftungsrohre, Kamine, Liftaufbauten in die Dachgestaltung miteinzubeziehen. Unter diese Installationen fallen lediglich Einrichtungen, welche dem Gebäude selbst dienen. Mit der fraglichen Antennenanlage wird aber die Gebäudehöhe – unabhängig davon, ob diese Antenne dem Haus selbst oder anderen Zwecken dient – nicht verändert. Die BO Zug enthält nur für Anlagen der Haustechnik spezielle Bauvorschriften bezüglich Grösse und Standort auf den Dächern. Zu Antennen des Mobilfunk bzw. zu Anlagen auf Dächern, welche nicht vornehmlich dem jeweiligen Gebäude dienen, äussert sie sich nicht. Solche Einrichtungen sind demnach grundsätzlich zulässig, sofern ihnen nicht die Eingliederung, der Denkmal- oder des Ortsbildschutzes entgegenstehen.

Weder gebieten beim fraglichen Mehrfamilienhaus das Verunstaltungsverbot noch das Eingliederungsgebot einen Verzicht auf die Mobilfunkantenne, weder steht das Haus unter Denkmalschutz noch liegt es in einer Ortsbildschutzzone. Das Mehrfamilienhaus samt Mobilfunkantenne mit einer Höhe von rund 6 m entspricht den Vorgaben der BO Zug vollumfänglich. Aus diesen Gründen ist die Beschwerde unbegründet und deshalb abzuweisen.

8. Die Beschwerdeführer bestreiten die Zonenkonformität der Anlage. Das Mehrfamilienhaus befinde sich in der Wohnzone W3. In dieser Zone seien nur nicht störende Gewerbe- und Dienstleistungsbetriebe zulässig. Eine Mobilfunkantennenanlage gehöre zu den mässig störenden Betrieben und habe deshalb in der Wohnzone nichts zu suchen.

Die Wohnzonen sind für das Wohnen bestimmt. Nichtstörende Gewerbe- und Dienstleistungsbetriebe sind zulässig (§ 43 Abs. 1 BO Zug). Daraus ergibt sich, dass in Wohnzonen die Wohnnutzung Vorrang hat. Andere Nut-

zungen sollen mit der Wohnnutzung in einem direkten Zusammenhang stehen. Das bedeutet, dass vorweg die privaten Bedürfnisse der Quartierbewohner befriedigt werden sollen. Umgekehrt soll die Anziehung von Verkehr aus anderen Gebieten vermieden werden. Damit werden einerseits eine zurückhaltende Belebung der Quartiere ermöglicht, andererseits für häufige Verrichtungen weite Wege der Quartierbewohner vermieden.

Für die Beurteilung der Rügen der Beschwerdeführer bedarf der Betriebsbegriff einer näheren Betrachtung. Unter dem Begriff des Betriebs fällt die Zusammenfassung personeller und sachlicher Mittel zu einem wirtschaftlichen Zweck (Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, Kommentar, Aarau 1985, §§ 130-133 N 10). In Zweifelsfällen geben technisch-räumliche Merkmale den Ausschlag. Insbesondere Archive- und Lagerräume im Keller eines Einfamilienhauses sind nicht als Betrieb gewürdigt worden. Ebenso eine Gelegenheitswerkstatt mit Lager in einem Untergeschossanbau wurde als eine zum Wohnen Bezug aufweisende und damit in der Wohnzone zulässige Freizeitbeschäftigung betrachtet. Das Bundesgericht befasste sich mit der Zulässigkeit eines Verkaufsplatzes für Occasionsautos in der Wohnzone (BGE 117 Ib 147). Zwar enthielt die Begründung keine Definition des Betriebsbegriffs, doch geht aus den Erwägungen hervor, dass darunter ein kaufmännischer Gewerbe- und Industriebetrieb zu verstehen ist (BGE 117 Ib 154 f.; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Oktober 1998, in: RB 1998, Nr. 96).

Angesichts der bei einer Mobilfunkanlage fehlenden Zusammenfassung personeller und sachlicher Mittel zu einem wirtschaftlichen Zweck handelt es sich dabei keineswegs um einen Betrieb oder Gewerbe im baurechtlichen Sinn. Auch wird durch die Anlage kein zusätzlicher Verkehr erzeugt. Abgesehen davon, dass sich die Bausubstanz im Wesentlichen auf einen rund 6 m hohen Mast beschränkt, erfordert das Funktionieren der Mobilfunkanlage keine regelmässige Präsenz von Personen. Die Überwachungs-, die Wartungs- und die Erneuerungsarbeiten werden ebenfalls bescheiden sein. Dass die Anlage gemäss ihrer Bestimmung nicht nur dem Standortquartier oder der Stadt, sondern einem ausgedehnten Benützerkreis dient, spielt bei deren Qualifikation keine Rolle (vgl. hierzu: Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 21. Oktober 1998, in: RB 1998 Nr. 96). Daraus erhellt, dass die Mobilfunkantennenanlage auf dem Dach des Mehrfamilienhauses zonenkonform ist. Die Beschwerde ist auch in diesem Umfang unbegründet und abzuweisen.

Regierungsrat, 6. Juni 2000

*Art. 6 SVG, Art. 95-100 SSV – Praxisänderung bei der Bewilligung von Strassenreklamen.*

*Aus den Erwägungen:*

2. Bewilligungen für Strassenreklamen unterstehen generell den Bestimmungen von Art. 6 des Strassenverkehrsgesetzes (SVG, SR 741.01) und von Art. 95–100 der Signalisationsverordnung (SSV, SR 741.21). Am 20. Oktober 1982 wurde vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement die Weisung über Strassenreklamen (Weisung EJPD) erlassen, welche die Anwendung von Art. 95–100 und Art. 117 Abs. 3 SSV erläutert. Die Weisung EJPD ist auf Art. 96 Abs. 5 und 7 und Art. 115 Abs. 1 SSV gestützt. Die Behörden des Kantons Zug haben sich seither bei Bewilligungen für Strassenreklamen an der Weisung EJPD orientiert.

In Art. 97 Abs. 2 SSV bestimmt die Verordnung, dass innerorts freistehende Strassenreklamen mindestens 3 m vom Fahrbahnrand entfernt sein müssen. Die Weisung EJPD erweitert diese Bestimmung insofern, als sie mindestens 0,5 m Abstand nicht nur für freistehende Firmenanschriften, sondern auch für spezifische freistehende Fremdreklamen genügen lässt. Gemäss Weisung EJPD gilt demzufolge ein Abstand von 0,5 m für freistehende Firmenanschriften, für freistehende unbeleuchtete Fremdreklameflächen bis zu einer Grösse von 3,5 m<sup>2</sup> und für freistehende beleuchtete Fremdreklameflächen bis zu einer Grösse von 1,2 m<sup>2</sup>. Ein Abstand von 3 m muss lediglich von den übrigen freistehenden Strassenreklamen eingehalten werden.

Im Herbst 1999 wurden offensichtliche Widersprüche zwischen der Weisung EJPD und der SSV bemerkt. Die daraufhin ausgelöste Diskussion zwischen dem Bund und dem Kanton Zug, aber auch zwischen verschiedenen Bundesstellen untereinander, führte zu einem Schreiben der Sicherheitsdirektion des Kantons Zug vom 16. Februar 2000. Darin empfahl sie den kantonalen und kommunalen Behörden, im Sinne einer Übergangslösung nur auf Art. 6 SVG und Art. 95–100 SSV bei der Erteilung einer Bewilligung für Reklamesuche abzustellen. Die Weisung EJPD sollte nur herangezogen werden, falls sie die Bestimmungen des SVG oder der SSV konkretisiere. Damit leitete die Sicherheitsdirektion eine Praxisänderung der kantonalen und kommunalen Behörden im Kanton Zug ein.

3. Es ist nun zu prüfen, ob auch vorliegend die Praxisänderung greift.

Generell ist eine lange geübte Praxis aufgrund des Gleichheitsprinzips und der Rechtssicherheit bindend. Sofern die Praxis aus sachlichen Gründen ändert, stehen dem die erwähnten Grundsätze nicht entgegen (Häfelin/Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Zürich 1998, N 417ff.).

Eine Praxisänderung ist mit dem Gleichheitsprinzip insbesondere dann vereinbar, wenn ernsthafte und sachliche Gründe dafür sprechen, die Änderung grundsätzlich erfolgt, das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung

gegenüber demjenigen an der Rechtssicherheit überwiegt und kein Verstoss gegen Treu und Glauben vorliegt. Unter diesen Aspekten erfolgt die nachfolgende Prüfung:

a) Gemäss BGE 119 Ib 41 können Weisungen dienlich sein, um eine einheitliche und rechtsgleiche Praxis der anwendenden Behörden zu gewährleisten. Materiell sind die Weisungen jedoch an den Rahmen gebunden, den ihnen das Gesetzes- oder Verordnungsrecht gibt. Art. 97 Abs. 2 SSV erwähnt explizit den Abstand von 3 m für freistehende Strassenreklamen. Die Weisung EJPD steht in diesem Fall der SSV entgegen, da sie offensichtlich den Sinn der Verordnung erweitert, indem sie bezüglich des Strassenabstandes mehrere Kategorien von freistehenden Strassenreklamen unterscheidet. Eine bloss Konkreterisierung liegt nicht vor, da die SSV ausdrücklich nur zwischen freistehenden Strassenreklamen und freistehenden Firmenanschriften unterscheidet. Für die Bemessung des Abstandes bleibt somit kein Raum für erweiternde Weisungen des EJPD.

Art. 115 Abs. 1 SSV besagt, dass das UVEK (Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation) für die Anwendung der SSV Weisungen erlassen kann. Früher lag dies in der Kompetenz des EJPD. Das UVEK kann insbesondere aus zwingenden Gründen Abweichungen von einzelnen Bestimmungen bewilligen. Die Unterteilung der freistehenden Strassenreklamen in verschiedene Kategorien stellt eine Abweichung zur SSV dar. Eine Abweichung von der SSV ist jedoch nur im Einzelfall – auf konkretes Gesuch hin – aus zwingenden Gründen vom UVEK zu bewilligen, nicht im Rahmen einer Weisung. Möglich ist demzufolge nur eine Rechtsanwendung im Einzelfall, nicht die Rechtsetzung mittels Weisung.

Die Weisung EJPD steht im Widerspruch zu Art. 97 Abs. 2 SSV. Der Kanton Zug leitet daher eine Praxisänderung ein, indem sich die kantonalen und kommunalen Behörden bei der Erteilung von Bewilligungen für Strassenreklamen nur noch auf Gesetz und Verordnung stützen.

Das Schreiben der Sicherheitsdirektion vom 16. Februar 2000 an alle Gemeinderäte der Zuger Einwohnergemeinden und an den Stadtrat von Zug erhellt die einheitliche Bewilligungspraxis für zukünftige Reklamegesuche. Die Änderung bezieht sich auf den ganzen Kanton Zug und auf alle künftigen Reklamegesuche. Da die bisherige Praxis grundsätzlich aufgegeben wird, ist kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht gegeben.

b) Die Praxisänderung darf nicht gegen Treu und Glauben verstossen. Das Bundesgericht führt in BGE 119 Ib 41 aus, dass Weisungen keine Gesetzeskraft haben. Sie schaffen demzufolge kein unmittelbar rechtsverbindliches Recht, d.h. sie entfalten keine Rechtswirkung und binden den privaten Betroffenen nicht.



Da an die Weisung EJPD kein erhöhtes Vertrauensinteresse gebunden ist, kann es nicht geschützt werden. Die Praxisänderung verstösst nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass alle Voraussetzungen für eine Praxisänderung erfüllt sind. Bei diesem Zwischenresultat bedarf es nun der Prüfung, ob die Erteilung der Baubewilligung durch den Stadtrat zu recht erfolgt ist.

4. Mit der Praxisänderung kann sich die Baubewilligung nur auf das SVG und insbesondere die SSV stützen. Die Weisung EJPD gelangt hier nicht zur Anwendung, da keine Konkretisierung der Bestimmungen des SVG oder der SSV vorliegt.

Die drei umstrittenen Plakatträger sollen nicht mit der Mauer des hinterliegenden Grundstückes verbunden werden, sondern kommen etwas vorgeückt auf das davorliegende Trottoir zu stehen. Sie sind deswegen als freistehende Strassenreklamen zu betrachten. Gemäss Art. 97 Abs. 2 SSV beträgt der Abstand zwischen freistehenden Strassenreklamen und dem Fahrbahnrand innerorts mindestens 3 m. Laut Protokoll des Augenscheins vom 1. Juli 1999 «wird das Trottoir etwas schmaler, es ist jedoch noch immer ca. 1,5 m breit». Dieser Abstand erfüllt die Voraussetzung von Art. 97 Abs. 2 SSV nicht. Da Art. 97 Abs. 2 SSV nicht eingehalten wird, kann keine Baubewilligung erteilt werden. Aus diesem Grund ist die Beschwerde gutzuheissen und die vom Stadtrat erteilte Baubewilligung aufzuheben.

Regierungsrat, 6. Juni 2000.

*Art. 22 Abs. 1 RPG, § 44 Abs. 1 PBG in Verbindung mit §1 Abs. IV PBG – Eine Konstruktion aus zwei in den Boden gerammten Holzpfosten, die mit einer Holzstange miteinander verbunden sind und über die ein Plastiknetz gespannt ist, das auf der anderen Seite mit einer Dachlatte an einem Gartenhaus befestigt ist, unterliegt nicht der Baubewilligungspflicht.*

*Aus den Erwägungen:*

2. Einziger Streitpunkt zwischen den Parteien bildet die Frage, ob die umstrittene Holzkonstruktion auf der Südseite des Gartenhauses der Bewilligungspflicht unterliegt.

a) Gemäss Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung (SR 700; RPG) dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Unter den Begriff «Bauten und Anlagen» fallen mindestens «jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in fester Verbindung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sei es, dass

sie den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen. Dazu gehören gemäss bundesgerichtlicher Praxis auch Fahrnisbauten, welche über nicht unerheblichen Zeitraum ortsfest verwendet werden.» (BGE 123 II 259, 119 Ib 226, 119 Ib 445). Als Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Bewilligungsverfahren zu unterwerfen, erscheint also, ob damit nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht (BGE 114 Ib 314). Die Kantone dürfen bei der Ausgestaltung der Bewilligungspflicht über den bundesrechtlichen Mindeststandard hinausgehen. Sie dürfen für bestimmte Bauvorhaben ein vereinfachtes Verfahren vorsehen, sowie Kleinstbauten einer blossen Anzeigepflicht unterstellen oder überhaupt von der Bewilligungspflicht ausnehmen (vgl. Ruch, Kommentar RPG, Art. 22, Rz 4).

b) Im Kanton Zug ist das Baubewilligungsverfahren auf kantonaler Ebene im Planungs- und Baugesetz (BGS 721.11; PBG) geregelt. Gemäss § 44 Abs. 1 PBG bedarf einer Bewilligung der zuständigen Gemeindebehörde, wer Bauten und Anlagen erstellen, ändern oder anders nutzen will. Für Bauten und Anlagen von geringer Tragweite kann das Anzeigeverfahren nach § 44 Abs. 2 PBG gewählt werden. Der Begriff «Bauten und Anlagen» wird in Abs. 1 von § 1 V PBG in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung auf allgemeine Art und Weise definiert. In Abs. 2 werden Beispiele von bewilligungspflichtigen Bauten und Anlagen aufgeführt. Als Bauten und Anlagen gelten beispielsweise unter oder über dem Boden errichtete Gebäude und Anlagen aller Art, einschliesslich An-, Um- und Aufbauten, Keller, Strassen, Parkplätze, Mauern und Terrainveränderungen und dergleichen. Ferner fallen Fahrnisbauten und provisorische Bauten darunter.

c) Wie im Sachverhalt bereits ausgeführt, besteht die umstrittene Holzkonstruktion aus zwei Holzpfosten, die in den Boden gerammt sind und einer Querverbindung in Form einer Holzstange. Über diese Konstruktion ist ein Plastiknetz gespannt, das auf der anderen Seite mit einer Dachlatte am Gartenhaus befestigt ist. Das Netz hält die vom benachbarten Baum der Beschwerdeführerin herunterfallenden Blätter auf und verhindert, dass diese in die unter dem Netz aufgestellten Wasserfässer gelangen können. Diese Konstruktion erfüllt die zuvor erwähnten Anforderungen an die Bewilligungspflicht offensichtlich nicht. Die vom Beschwerdegegner erstellte Konstruktion ist mit dem Boden zwar verbunden, ein festes Fundament existiert jedoch nicht. Entscheidend, dass die Konstruktion nicht der Bewilligungspflicht unterliegt, ist, dass sie den äusseren Raum nicht erheblich verändert. Die Konstruktion ist in der ganzen Umgebung kaum wahrnehmbar, sie ist Teil der Gartengestaltung. Sie beeinträchtigt weder die Umwelt noch belastet sie die Erschliessung. Solche Konstruktionen sind seit jeher in den Gärten anzutreffen und sie zählen typischerweise zu den Kleinstvorhaben, die seit jeher bewilligungsfrei ausgeführt werden können. Es besteht kein Anlass, an dieser

Praxis etwas zu ändern. Die gegenteiligen Behauptungen der Beschwerdeführerin sind unbegründet. So kann ihrer Behauptung, die Konstruktion sei bzw. wirke wie ein Anbau, nicht beigespflichtet werden. Die Konstruktion verfügt über kein festes Dach, sondern ist nur mit einem losen Plastiknetz überspannt. Die Konstruktion kann somit objektiv gesehen nicht mit einem Anbau verglichen werden, geschweige denn erscheint die Konstruktion wie ein Anbau.

Regierungsrat, 12. Dezember 2000



## C. Grundsätzliche Stellungnahmen

Datenschutzpraxis

### 1. Vorbemerkungen

Das Datenschutzgesetz des Kantons Zug vom 28. September 2000 (im Folgenden: DSG; BGS 157.1) trat am 9. Dezember 2000 in Kraft. Soweit unbestritten, wurde der Entwurf im Rahmen der Beratungstätigkeit bereits vor Inkrafttreten herangezogen.

Zu den *Befugnissen* des Datenschutzbeauftragten (im Folgenden DSB): Gemäss § 20 Abs. 2 kann der DSB bei Verletzung von Datenschutzvorschriften das Organ auffordern, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Wird die Aufforderung nicht befolgt oder abgelehnt, kann die Angelegenheit dem Gemeinderat (in gemeindlichen Angelegenheiten) bzw. dem Regierungsrat (in kantonalen Angelegenheiten) unterbreitet werden. Werden in gemeindlichen Angelegenheiten die erforderlichen Massnahmen durch den Gemeinderat nicht ergriffen, so kann der DSB eine Stellungnahme an die Direktion des Innern als allgemeinem Aufsichtsorgan<sup>1</sup> der Gemeinden richten. Anschliessend kann die Angelegenheit dem Regierungsrat unterbreitet werden.

Lehnt der Regierungsrat die Empfehlung des DSB ab, so ist der verwaltungsinterne Weg erschöpft. Aufgrund von § 19 Abs. 1 Bst. f DSG besteht allerdings die Möglichkeit, die *Öffentlichkeit* über wesentliche Anliegen des Datenschutzes zu orientieren.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der DSB grundsätzlich<sup>2</sup> keine Weisungsbefugnisse hat. Der Datenschutz soll durch *Information*, *Beratung* und *Empfehlung* umgesetzt werden.

Im Folgenden werden sechs Fälle aus der DSB-Beratung zusammengefasst. Weitere Beispiele und die Ausleuchtung der datenschutzrechtlichen Praxis findet sich in den ausführlichen Tätigkeitsberichten<sup>3</sup> des DSB.

<sup>1</sup> § 42 Ziff. 3 Kantonsratsbeschluss über die Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen [BGS 151.1].

<sup>2</sup> Ausnahme: Gemäss § 19 Abs. 1 Bst. g kann der DSB gegenüber Datenschutzstellen der Gemeinden und der kantonalen Direktionen Weisungen erteilen. Bis anhin haben jedoch weder Gemeinden noch die Direktionen von der Möglichkeit, eigene Datenschutzstellen zu schaffen, Gebrauch gemacht [Stand: 31. Mai 2001].

<sup>3</sup> Zugänglich auf der Web-Site des DSB: [www.datenschutzzug.ch](http://www.datenschutzzug.ch).

## 2. Kantonsgericht verlangt Einblick in bzw. Herausgabe von Akten der Sicherheitsdirektion

### *Sachverhalt*

In einem zivilrechtlichen Verfahren verlangte eine Partei, es seien Akten eines vermutlich durchgeführten Administrativverfahrens beizuziehen. Anzumerken ist, dass der fraglichen Partei nicht mit Sicherheit bekannt war, ob überhaupt Verfahren durchgeführt worden sind. Das Kantonsgericht verlangte in der Folge von der Sicherheitsdirektion die Herausgabe sämtlicher Akten pender oder innerhalb der letzten Jahre abgeschlossener Administrativverfahren der Gegenpartei.

### *Aus den Empfehlungen*

1. Das Kantonsgericht hat nicht etwa einen besonderen Status, der es ihm erlauben würde, ohne weiteres irgendwelche Akten der Verwaltung herausverlangen zu können. Zu betonen ist, dass innerhalb der Verwaltung grundsätzlich *kein* freier Fluss von Daten besteht, gilt doch das Amtsgeheimnis gemäss § 29 des Personalgesetzes (BGS 154.21) in Verbindung mit § 11 der Personalverordnung (BGS 154.211) auch gegenüber anderen Amtsstellen. Es kommen somit die Regeln rund um Amtsgeheimnis, Aktenherausgabe und Zeugnispflicht zur Anwendung. Das Datenschutzrecht ist gemäss § 3 Abs. 2 Bst. a DSG nicht auf hängige Zivilverfahren anwendbar. Im vorliegenden Fall geht es jedoch nicht um eine datenschutzrechtliche Frage, die sich auf den Zivilprozess selber bezieht, sondern um die Frage, ob eine Verwaltungsstelle Akten herausgeben darf bzw. muss. Diese Frage prüft die betroffene Verwaltungsstelle in eigener Kompetenz. Das DSG kommt hier somit zur Anwendung.

2. Bei den zur Diskussion stehenden Daten handelt es sich um besonders schützenswerte Personendaten gemäss § 2 Bst. b DSG. Die Sicherheitsdirektion untersteht dem Amtsgeheimnis. Dieses ist grundsätzlich nicht nur gegenüber anderen Amtsstellen, sondern auch gegenüber Gerichten zu wahren. Die Herausgabe von Akten kann verweigert werden, soweit bezüglich des fraglichen Inhalts ein Zeugnisverweigerungsrecht besteht.<sup>4</sup> Ein Zeugnisverweigerungsrecht steht unter anderem auch den Beamten zu.<sup>5</sup> Die Direktionsvorsteher können jedoch die Verwaltungsmitarbeitenden vom Amtsgeheimnis entbinden.<sup>6</sup> Somit ist es am Direktionsvorsteher zu prüfen, welche Interessen im konkreten Einzelfall höher zu gewichten sind: Ist es der Schutz der Privatsphäre der betroffenen Person – oder aber die Ermittlung des Tatbestandes im Zivilprozess. Damit diese heikle Frage überhaupt sorgfältig geprüft werden kann, muss der Verwaltungsstelle klar dargelegt werden, wel-

<sup>4</sup> § 161 Abs. 2 Zivilprozessordnung [BGS 222.1].

<sup>5</sup> § 168 Abs. 1 Ziff. 2 Zivilprozessordnung [BGS 222.1].

<sup>6</sup> § 29 Abs. 3 Personalgesetz [BGS 154.21].

che konkreten Angaben für die Beantwortung welcher Fragen benötigt werden. Eine pauschale Anfrage nach «allen vorhandenen Akten» betr. XY aus der Zeit 1994–1999 genügt diesen Anforderungen *nicht*.

3. Es ist abschliessend darauf hinzuweisen, dass aus der Antwort der Sicherheitsdirektion nicht geschlossen werden darf, ob überhaupt Akten über die fragliche Person vorhanden sind. Die Information, ob ein Verfahren eingeleitet oder abgeschlossen wurde, ist selber bereits schützenswert.

### 3. Stellungnahme zur Videoüberwachung von öffentlichen Räumen

#### *Sachverhalt*

Im Jahr 2000 nahm der Velo-Vandalismus rund um den Bahnhof Zug zu. Eine Privatperson machte deshalb den Vorschlag, den Bahnhofplatz zur Bekämpfung des Velo-Vandalismus mit einer Video-Überwachungsanlage auszurüsten.

#### *Aus den Empfehlungen*

1. Seit dem 9. Dezember 2000 ist das Datenschutzgesetz des Kantons Zug in Kraft. Es ist grundsätzlich anwendbar auf die Datenbearbeitung kantonaler und kommunaler Behörden. Weder im kantonalen noch im eidgenössischen Recht ist die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der Video-Überwachung ausdrücklich erwähnt.

2. Besteht die Möglichkeit, dass durch auf öffentlichen Plätzen installierte polizeiliche Videokameras Personen erfasst werden, so handelt es sich um eine Datenbearbeitung durch Behörden (§ 3 in Verbindung mit § 2 Bst. a und Bst. c DSG). Das Datenschutzgesetz ist anwendbar. Es kommen die darin festgelegten Grundsätze zur Anwendung.

3. Das Datenschutzgesetz hat zum Ziel, die Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger vor unrechtmässiger staatlicher Datenbearbeitung zu schützen. Es handelt sich somit um ein Abwehrrecht des Bürgers gegenüber dem Staat.

Der Staat soll dementsprechend nur dann Daten erheben dürfen, wenn eine gesetzliche Grundlage besteht oder es für eine in einer gesetzlichen Grundlage umschriebene Aufgabe unentbehrlich ist (§ 5 Abs. 1 Bst. a und Bst. b DSG). Diese ausdrücklich geforderte Unentbehrlichkeit stellt einen *strengen* Massstab dar. Der Kanton Zug ist diesbezüglich strenger als gewisse andere Kantone. Zudem ist stets zu beachten, dass eine staatliche Massnahme verhältnismässig und notwendig sein muss.

4. Das Bundesgericht hat diesbezüglich etwa in BGE 93 I 219 ausgeführt: «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit erheischt, dass die Einschränkungen (bzw.: Massnahme) nicht über das hinausgehen dürfen, was erforderlich

ist, um den (...) Zweck zu erfüllen, dem sie dienen. Sie müssen also das richtige Mittel zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Zieles sein und es erlauben, dieses unter möglichster Schonung der Freiheit des Einzelnen zu erreichen. Das gesteckte Ziel muss zudem in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln, den zu seiner Erlangung notwendigen Freiheitsbeschränkung stehen.»

#### 5. Videoüberwachung – ein taugliches Instrument?

In England, teilweise auch in gewissen Städten in Frankreich, werden zum Teil ganze Stadtteile im Kampf gegen die Kriminalität flächendeckend mit Videoüberwachungskameras überzogen. Untersuchungen haben nun gezeigt, dass diese Massnahme an den fraglichen Orten tatsächlich gewisse Erfolge brachten – allerdings um den Preis der Zunahme der Kriminalität an anderen Orten. Die Kriminalität *insgesamt* kann mit dieser Massnahme nicht reduziert werden, es wird einfach örtlich ausgewichen.

Die flächendeckende Bestückung des öffentlichen Raums mit Videoüberwachungskameras ist keine Perspektive. Videoüberwachung kann hingegen ein taugliches Instrument bei ganz *punktuell* zu schützenden Personen (z.B. Schalterpersonal bei Post und Bank) oder Sachwerten (z.B. Postomat) sein.

#### 6. Bedrohte Privatsphäre – bedrohte Freiheit

Ein wichtiger Teil unserer persönlichen Freiheit besteht darin, sich in der Öffentlichkeit unbeobachtet und unverfolgt von staatlichen Überwachungsmassnahmen, somit unbeschwert, bewegen zu dürfen.

#### 7. Gefährdetes Rechtsgut – Velo

Bei der vorzunehmenden Güterabwägung spielt das gefährdete Rechtsgut eine wichtige Rolle. Geht es um den Schutz von Leib und Leben, sieht die Beurteilung anders aus als bei Fahrrädern.

#### 8. Alternative Sicherheitsmassnahmen

Zu prüfen ist im Rahmen der Verhältnismässigkeit auch, ob es nicht weniger einschneidende Alternativen gibt. Vorliegendenfalls ist davon auszugehen, dass wohl mit planerischen bzw. baulichen Massnahmen einiges erreicht werden könnte: Abstellplätze sind in viel begangenen, gut überwachten und beleuchteten Gebieten anzulegen; gegebenenfalls können abschliessbare Velo-Boxen (wie z.B. beim Bahnhof Zürich) eingerichtet werden.

#### 9. Fazit

Die Videoüberwachung des Bahnhofplatzes zur Verhinderung von Velo-Vandalismus ist unzulässig, da sie als unverhältnismässig zu beurteilen ist.



#### **4. Einsicht von Mitarbeitenden der Verwaltung in das eigene Personaldossier**

##### *Sachverhalt*

Eine Verwaltungsangestellte möchte in Erfahrung bringen, welche Informationen in ihrem Personaldossier vorhanden sind.

##### *Aus den Empfehlungen*

1. Die Einsichtnahme in das eigene Personaldossier ist jederzeit und grundsätzlich vollumfänglich möglich.<sup>7</sup> Zu beachten ist, dass das Personaldossier in der kantonalen Verwaltung in der Regel doppelt angelegt ist. Das Personalamt, das für die Abwicklung der administrativen Belange<sup>8</sup> zuständig ist, führt eines, daneben die vorgesetzte Stelle<sup>9</sup> der Mitarbeitenden. Transparenter wäre die zentrale Führung nur eines einzigen Dossiers. Klarerweise unzulässig ist es, «Geheimakten» anzulegen, die für Mitarbeitende nicht zugänglich sind.

2. Das Dossier kann beim zuständigen Vorgesetzten und/oder der Personalabteilung während der Arbeitszeit eingesehen werden. Es dürfen unentgeltlich<sup>10</sup> Fotokopien gemacht werden.

3. Sind in einem Personaldossier Unterlagen von Dritten, ist zu prüfen, ob diese aufgrund eines überwiegenden eigenen Interesses einen Anspruch auf Geheimhaltung beanspruchen können.

#### **5. Einbürgerungsgesuche: Welche Informationen muss der Kantonsrat haben?**

##### *Sachverhalt*

Es galt im Rahmen einer Interpellation<sup>11</sup> zu prüfen, ob der Versand des gesamten Dossiers über einzubürgernde Personen an den Kantonsrat (mit dem Versand der kantonsrätlichen Vorlagen) rechtmässig ist.<sup>12</sup>

##### *Aus den Empfehlungen*

1. Das Einbürgerungsdossier umfasst Unterlagen aus sehr vielen verschiedenen Persönlichkeitsbereichen der einbürgerungswilligen Person. Es ist in der Regel sehr umfangreich. Viele Daten sind besonders schützenswert, ins-

---

<sup>7</sup> §§ 13/14 DSG.

<sup>8</sup> Geführt werden grundsätzlich nur Unterlagen im Zusammenhang mit der Begründung des Anstellungsverhältnisses, der Auszahlung des Lohnes, der Abwicklung von Versicherungsfällen bei Unfällen etc.

<sup>9</sup> Betreffend Leistung und Verhalten.

<sup>10</sup> § 17 Abs. 2 DSG.

<sup>11</sup> Interpellation 837.1-10348 vom 17. Oktober 2000.

<sup>12</sup> Vgl. auch die Antwort des Regierungsrates 837.2-10357 vom 21. November 2000.

gesamt handelt es sich um ein Persönlichkeitsprofil. Die Kantonsratsvorlagen sind öffentlich. Würden die vollständigen Einbürgerungsdossiers mit den übrigen Kantonsratsunterlagen verschickt, würden unzulässigerweise Informationen aus einem inneren Bereich der Privatsphäre an die Öffentlichkeit gelangen.

Eine solche Regelung wäre somit aus datenschutz- und persönlichkeitsrechtlichen Gründen *nicht* rechtmässig.

2. Es ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass die *Kommissionen* des Kantonsrates befugt sind, in *sämtliche* Akten eines Beratungsgegenstandes Einsicht zu nehmen und alle zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Auskünfte zu verlangen. Der Persönlichkeitsschutz und die Geheimnissphäre sind dabei zu berücksichtigen, das Amtsgeheimnis zu wahren.<sup>13</sup>

## 6. Datenschutz im Einbürgerungsverfahren

### *Sachverhalt*

Welche Daten über Einbürgerungswillige sollen der Bürgergemeinde bekanntgegeben werden?

### *Aus den Empfehlungen*

1. Im Rahmen des Einbürgerungsverfahrens wird eine grosse Zahl von teilweise sehr heiklen, besonders schützenswerten Personendaten im Sinne von § 2 Bst. b i.V.m. § 5 Abs. 2 DSG erhoben. Solche dürfen nur bearbeitet (d.h. erhoben bzw. bekanntgegeben) werden, wenn ein formelles Gesetz dies ausdrücklich vorsieht oder es für eine in einem formellen Gesetz umschriebene Aufgabe offensichtlich unentbehrlich ist.

Es gibt keine formellgesetzliche Grundlage, welche die Datenbearbeitung im Einbürgerungsverfahren explizit regelt. Der Bürgerrat darf jedoch gestützt auf § 5 Abs. 2 Bst. b DSG auch besonders schützenswerte Daten erheben – andernfalls könnte er seine in § 16 Abs. 1 Bürgerrechtsgesetz<sup>14</sup> umschriebene Aufgabe nicht erfüllen.

2. Aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips sind jedoch nur solche Daten zu erheben, die für die Einbürgerung geeignet und erforderlich sind.

Was nun die Bekanntgabe von besonders schützenswerten Daten an die Bürgergemeinde betrifft, so ist auch hier das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten: es sollen nur diejenigen Daten automatisch bekanntgegeben werden, die für das Fällen eines Entscheides unbedingt notwendig sind.

---

<sup>13</sup> Vgl. § 24 der Geschäftsordnung des Kantonsrates [BGS 141.1].

<sup>14</sup> BGS 121.3.

Darunter fallen etwa: Name, Vorname, Adresse, Geburtsdatum, Zivilstand, Datum der Ersteinreise in die Schweiz, Aufenthaltsdauer in der Gemeinde und Beruf.

In der Bürgerversammlung können bei Zweifel an der Einbürgerungsfähigkeit Fragen zu bestimmten Punkten gestellt werden. Aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes ist aber grundsätzlich bei der Bekanntgabe von besonders schützenswerten Daten Zurückhaltung zu üben.

3. Man kann sich fragen, wie sich die Lage verhält, wenn eine einbürgerungswillige Person ausdrücklich damit einverstanden wäre, dass ihre Daten der Bürgergemeinde bekanntgegeben würden. Datenschutzrechtlich dürfen nämlich aufgrund von § 5 Abs. 2 Bst. c DSG auch besonders schützenswerte Daten bekanntgegeben werden, wenn die betroffene Person mit der Bekanntgabe ausdrücklich einverstanden ist.

Diesbezüglich ist sorgfältig zu prüfen, ob damit nicht längerfristig auf indirektem Weg ein Zwang zur Bekanntgabe eingeleitet würde: Wer mit der Bekanntgabe einverstanden ist, hätte grössere Chancen, vor der Bürgergemeinde zu bestehen. Die datenschutzrechtliche Zustimmung muss jedoch *freiwillig* und insbesondere auch *frei* von möglichen negativen Konsequenzen bei Verweigerung erfolgen.

4. Sehr sinnvoll ist es, die Bürgergemeinde in *allgemeiner* Weise darüber zu informieren, welche Abklärungen getroffen, wie Informationen erhoben und welche Untersuchungen angestellt werden.

Wenn mit anderen Worten das methodische Prozedere transparent dargelegt wird, damit es für die BürgerInnen nachvollziehbar ist, worauf ein Entscheid des Bürgerrates beruht.

5. Abzulehnen ist dagegen aus datenschutzrechtlichen Überlegungen eine automatische und vollständige Offenlegung der konkreten Untersuchungsergebnisse im Einzelfall. Dazu ist anzumerken, dass die Form einer Bekanntgabe keine (wesentliche) Rolle spielt: ob das Dossier auf der Kanzlei einzusehen wäre, anlässlich der Bürgerversammlung auflage oder aber daraus Einzelheiten mündlich bekanntgegeben würden – es handelte sich dabei in jedem Fall um eine unverhältnismässige Datenbekanntgabe.

Es genügt, wenn der *Bürgerrat* in Kenntnis aller erhobenen Informationen Antrag stellt, und gegebenenfalls in der Bürgerversammlung punktuell zu Fragen Stellung nimmt.

6. Fazit: Im Bürgerrechtsverfahren soll die Devise lauten: «Soviel wie nötig – aber nicht mehr.» Wo genau die Grenzen zu ziehen sind, wird ein Stückweit eine Gratwanderung bleiben.

## 7. Politische Rechte – Amtsgeheimnis von Referendumsunterzeichnenden

### *Sachverhalt*

Die Staatskanzlei wurde von einer Verwaltungsstelle angefragt, ob ihr Name und Adresse der Unterzeichnenden eines Referendums bekanntgegeben werden können. Die betreffende Amtsstelle wollte eruieren, wie sich die Gegnerschaft der fraglichen Vorlage zusammensetzt. Interessiert hätte etwa, aus welchen Kreisen und Schichten sowie aus welchen Kantonsgegenden die Unterzeichnenden stammen. Aufgrund dieser Kenntnisse hätte über die Vorlage zielgruppenorientierter informiert werden können.

Der DSB kam auf entsprechende Anfrage zum Schluss, dass die fraglichen Angaben *keinesfalls* bekanntgegeben werden dürfen.

### *Aus den Empfehlungen*

1. Die Ausübung der politischen Rechte untersteht einem *strikten* Amtsgeheimnis. Wer ein Referendum unterzeichnet, muss sicher gehen können, dass niemand<sup>15</sup> von der Ausübung seiner politischen Rechte Kenntnis erhält. Das Unterzeichnen muss in Freiheit erfolgen können. Mögliche Nachteile oder gar Repressionen müssen mit absoluter Sicherheit ausgeschlossen werden. Die Abgabe einer Unterschrift für ein Referendum ist ein Teilaspekt des Abstimmungsgeheimnisses. Im *kantonalen* Recht ist die vorliegende Frage nicht ausdrücklich geregelt. Der Grund dürfte wohl darin liegen, dass das Abstimmungsgeheimnis in einer freiheitlichen Demokratie derart grundlegend ist, dass es sich dabei um eine nicht weiter zu regelnde Selbstverständlichkeit handelt. Im *Bundesrecht* ist die Frage bezüglich der Unterschriftenliste einer Volksinitiative explizit geregelt – jegliche Einsicht ist unzulässig.<sup>16</sup>

2. Das Abstimmungs- und Wahlgeheimnis wird zudem auch durch das *Strafrecht* geschützt: «Wer sich durch unrechtmässiges Vorgehen Kenntnis davon verschafft, wie einzelne Berechtigte stimmen oder wählen, wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft.»<sup>17</sup>

3. Hinzuweisen ist schliesslich auch auf den datenschutzrechtlichen Grundsatz der Zweckbindung<sup>18</sup>. Die Unterzeichnung eines Referendums dient ausschliesslich der Äusserung des politischen Willens. Keinesfalls sind dabei irgendwelche andere Zwecke abgedeckt.

---

<sup>15</sup> Mit Ausnahme derjenigen gesetzlich vorgesehenen Stellen [Einwohnerkontrolle, ggfs. Staatskanzlei], die zu überprüfen haben, ob die Vorschriften bezüglich der Unterzeichnung von Referenden erfüllt sind.

<sup>16</sup> Vgl. Art. 71 Abs. 2 Bundesgesetz über die politischen Rechte [SR 161.1]: «Eingereichte Unterschriftenlisten werden nicht zurückgegeben und können nicht eingesehen werden.»

<sup>17</sup> Art. 283 des Strafgesetzbuches [SR 311.0].

<sup>18</sup> § 4 Bst. c DSGVO.

4. Fazit: Das Amtsgeheimnis ist hier strikte zu beachten, es kann keine Bekanntgabe der gewünschten Informationen stattfinden. Zusätzlicher Hinweis: Nach durchgeführter Abstimmung (und nach unbenütztem Ablauf der Einsprachefrist) werden die unterzeichneten Referendumsbögen vernichtet.