Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug

2004

Staatskanzlei des Kantons Zug
Zug 2004–700

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 Gesamtredaktion liegt die Verantwortung beim juristischen Mitarbeiter der Staatskanzlei.

Inhaltsübersicht

Alphabetisches Stichwortverzeichnis zur GVP 1999–2004 5

Inhaltsverzeichnis (Leitsätze) 45

Abkürzungsverzeichnis 59

A. Gerichtspraxis

I. Staats- und Verwaltungsrecht 69

1. Planungs- und Baurecht 69
2. Vergaberecht 79
3. Steuerrecht 87
4. Ausländerrecht 98
5. Fürsorgerecht 102
6. Sozialversicherung 122
7. Verfahren 147

II. Zivilrecht 157

1. Personenrecht 157
2. Familienrecht 159
3. Obligationenrecht 163

III. Schuldbetreibung und Konkurs 171

IV. Rechtspflege 189

1. Gerichtsstand 189
2. Zivilrechtspflege 192
3. Strafrechtspflege 219

B. Verwaltungspraxis

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden 235
Bürgerrecht 235

II. Zivilrecht 240

1. Personenrecht 240
2. Grundbuchwesen 248

III. Baurecht 253

IV. Soziale Sicherheit 264

V. Verwaltungsrechtspflege 270

C. Grundsätzliche Stellungnahmen

Datenschutzpraxis 277

I. Darf der Kanton online auf die Datenbank der Einwohnerkontrolle zugreifen? 278

II. Das abgelehnte Stipendiengesuch und die Bekanntgabe der Finanzlage der Eltern an den Gesuchstellenden 281

III. Dürfen Resultate von Lebensmittelkontrollen im Internet veröffentlicht werden? 283

IV. Datenerhebung für eine Forschungsstudie – und wo bleibt das Steuergeheimnis? 286

V. Zur Aufhebung einer Datensperre ? 289

Alphabetisches Stichwortverzeichnis zur GVP 1999–2004

A

Aktien

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

Aktienkapital

- Zinsverbot; nicht Garantieversprechen eines Dritten 1999 S. 118

Alters- und Hinterlassenenversicherung

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

Altstadtreglement

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

Amtshilfe

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

Anwaltsrecht

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

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

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

Arbeitsverhältnis, öffentlich-rechtliches

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

Arbeitslosenversicherung

- Einstellung der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit 1999 S. 52
- Der einzelunterschriftsberechtigte Geschäftsführer einer GmbH hat im Falle des Konkurses keinen Anspruch auf Insolvenzentschädigung; dies gilt auch für seine Ehefrau 2000 S. 49
- Insolvenzentschädigung. Geschäftsführende Gesellschafter einer GmbH sind vom Anspruch auf Insolvenzentschädigung ausgeschlossen 2004 S. 125
- Einwöchige Frist zur Meldung einer Arbeitsunfähigkeit ist Verwirkungsfrist 2000 S. 50
- Gesetzlicher Zweck der Insolvenzentschädigung; Lohnforderung muss mindestens glaubhaft gemacht werden 2000 S. 56
- Überzeitentschädigungen und Entschädigungen für geleistete Überstunden sind nicht Bestandteil des versicherten Verdienstes, der Grundlage für die Berechnung des Taggeldes bildet 2002 S. 85
- Pflicht zur Stellensuche während der Kündigungsfrist 2003 S. 97
- Schadenminderungspflicht. Pflicht des Versicherten zur Stellensuche bereits nach erfolgter Kündigung. Anforderungen an Qualität und Quantität der Stellenbewerbungen. Nachweis dieser Bemühungen 2004 S. 122

Aufenthaltsbewilligung

- Voraussetzungen zur Erteilung einer humanitären Aufenthaltsbewilligung 1999 S. 163

– Verneint für Bäcker/in zur Herstellung von biologischem Vollwertbrot 2000 S. 193

Auslagerung

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

Ausländerrecht

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

– Konkrete Anzeichen, die befürchten lassen, dass sich der betroffene Ausländer einer Ausschaffung entziehen könnte, sind z.B. die wiederholte Straffälligkeit, falsche Angaben bezüglich Identität, Untertauchen und hartnäckige Verweigerung der Mitwirkung bei der Beschaffung von Reisepapieren 2004 S. 98

– Vollzug der Wegweisung; besondere Hindernisse, die eine Verlängerung der Ausschaffungshaft rechtfertigen 2003 S. 119

Ausnützungsübertragung

– nicht zulässig über eine im Eigentum der Gemeinde stehende Strasse mit beidseitigem Trottoir hinweg 1999 S. 77

– die Entschädigung für Ausnützungstransfer fällt unter die Einkommenssteuer 2000 S. 43

Ausstandsbegehren

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

B

Baurecht

- siehe Planungs- und Baurecht

Berufliche Vorsorge

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

tung der einzelnen Klagen, nur im Falle einer Beklagten gegeben wäre 2004 S. 128

- Streitigkeiten zwischen Vorsorgeeinrichtungen, Arbeitgebern und Anspruchsberechtigten. Es gilt der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist dann die Rede, wenn eine begründete Überzeugung besteht, welcher keine konkreten Einwände entgegengehalten werden können und welche insoweit mit hinreichender Sicherheit den Schluss darauf zulässt, dass der betreffende Sachverhalt wahrscheinlich der Wirklichkeit entspricht. Kann die Klägerin weder den Nichtempfang einer Freizügigkeitsleistung noch die Beklagte die postalische Überweisung nachweisen, ist nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass ein Barbezug auf der Bank und eine Bareinzahlung auf der Post eines grossen Betrages, ohne dass die Postquittung aufbewahrt wird, als lebensfremd zu bezeichnen und deshalb von einer Nichtbezahlung auszugehen ist 2004 S. 130

Besoldungsreglement

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

Bürgergemeinde

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

Bürgergut

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

D

Datenbekanntgabe

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

Datenschutz

– Auslagerung von öffentlichen Aufgaben an Private.

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

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

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

– Kantonsgericht und Herausgabe von Akten der Sicherheitsdirektion 2000 S. 238

– Videoüberwachung von öffentlichen Räumen 2000 S. 239

– Einsicht in eigene Personaldossiers 2000 S. 241

– in Einbürgerungsverfahren 2000 S. 242

– Amtsgeheimnis von Referendumsunterzeichnenden 2000 S. 244

– Abstimmungsgeheimnis. Verletzt der Modus der brieflichen Stimmabgabe das Abstimmungsgeheimnis 2003 S. 352

– Online Zugriff des Kantons auf die Datenbank der Einwohnerkontrolle 2004 S. 278

– Resultate von Lebensmittelkontrollen, Veröffentlichung im Internet 2004 S. 283

– Das abgelehnte Stipendiengesuch und die Bekanntgabe der Finanzlage der Eltern an den Gesuchstellenden 2004 S. 281

– Datenerhebung für eine Forschungsstudie – und wo bleibt das Steuergeheimnis? 2004 S. 286

Datensperre

Zur Aufhebung einer Datensperre 2004 S. 289

Denkmalpflege

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

E

Eherecht

- Scheinehe als Unzumutbarkeitsgrund für die Fortsetzung der Ehe 2000 S. 113
- Fremdgehen, Arbeit in Sex- und Massagesalon 2000 S. 119
- Mitarbeit im Gewerbe und Arbeiten im gemeinsamen Haushalt 2000 S. 121
- Aufhebung des gemeinsamen Haushalts, wenn beide Ehegatten in der ehelichen Wohnung bleiben; massgebend ist der Trennungswille 2004 S. 159
- Keine Entschädigung für die Finanzierung einer Weiterbildung 2000 S. 123
- Erwerbstätigkeit nach Auflösen des gemeinsamen Haushalts; hypothetisches Einkommen 2000 S. 126
- Kostenvorschuss an andern Ehegatten im Scheidungsverfahren 2001 S. 126

Eigentumsgarantie

- Einschränkung durch Öffentlicherklärung einer Waldstrasse 2002 S. 51

Einbürgerungsverfahren

- (Datenschutz) Fotos im Einbürgerungsverfahren 2002 S. 302

Erbrecht

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

Erbschaftsverwaltung

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

Ergänzungsleistungen

– Rückerstattung wegen verschwiegener Pensionskassenrente 1999 S. 57

Ermächtigung

– zur Datenbekanntgabe (Datenschutz) 2001 S. 247

F

Familienrecht

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

Finanzausgleich

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

Finanzhaushalt

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

Fischerei

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

Fotos

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

Forschungsstudie

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

Fristen im SchKG

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

Führerausweisentzug

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

Fürsorgerische Freiheitsentziehung

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

G

Gebühren

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

Gemeinden

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

Genugtuung

- Anspruch für nahe Angehörige und Höhe 1999 S. 111

Gesamtüberbauungsplan

- spätere Änderungen in Einzelbauweise 1999 S. 79

Gesundheitswesen

- (Datenschutz) zur Bekanntgabe der Krankengeschichte an den Versicherer 2002 S. 300
- Eine ordentliche Zulassung als Leistungserbringer zulasten der Krankenkassen ist ausgeschlossen, wenn die Höchstzahl der Leistungserbringer in dieser Kategorie nach der Zulassungsverordnung bereits erreicht oder überschritten ist 2003 S. 144
- Zuständigkeit zur Überprüfung von Zwangsmassnahmen im Gesundheitswesen; Zulässigkeit 2003 S. 147
- Zwangsmassnahmen. Örtliche und sachliche Zuständigkeit zur gerichtlichen Überprüfung von Beschwerden gegen Zwangsmassnahmen. Anforderungen an die Anordnung einer Zwangsmassnahme 2004 S. 116
- Zwangsmassnahmen im Gesundheitswesen. Wann liegt eine anfechtbare Zwangsmassnahme vor 2004 S. 119
- Die zuständige kantonale Behörde kann der Privatapotheke eines selbstdispensierenden Arztes das Zusammenmischen von verwendungsfertigen Arzneimitteln zu applikationsfertigen Inhalanda bewilligen 2003 S. 152

Gerichtsstand

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

Grundbuchdaten

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

Grundbuchgebührentarif

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

Grundbuchverordnung

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

Grundschulunterricht, unentgeltlicher

- Umfang des Anspruchs auf unentgeltlichen Schulbus 2002 S. 66

Grundstück

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

Grundstückgewinnsteuer

- Anlagekosten; Begriff 1999 S. 45
- Besitzesdauer richtet sich nach Grundbucheintrag 1999 S. 39
- Kaufpreis ist auf den Tag der Handänderung zu diskontieren 1999 S. 39
- Die Entschädigung für Ausnützungstransfer fällt nicht unter die Grundstückgewinnsteuer, sondern unter die Einkommenssteuer 2000 S. 43
- Voraussetzung für die Anrechenbarkeit der Anlagekosten eines abgebrochenen Gebäudes 2000 S. 44
- Mietzinsgarantie als Erlösminderung, revisionsweise Berücksichtigung 2000 S. 47
- Besitzesdauer bei Verkauf im Baurecht. Die Besitzesdauer beginnt nicht beim Kauf des Grundstücks, sondern bei der Begründung des Baurechts 2001 S. 53
- Treu und Glauben; Voraussetzungen für die Berufung auf Treu und Glauben wegen einer inhaltlich falschen Bestätigung durch das Sekretariat der Grundstückgewinnsteuerkommission 2003 S. 65

I

Internationales Privatrecht

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

Internet

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

Invalidenversicherung

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

K

Kindesschutzmassnahmen

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

Krankengeschichte

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

Krankenpflegeversicherung; Prämienverbilligung

- Die Einreichung von Gesuchen unterliegen einer Verwirkungsfrist 1999 S. 69
- Personen, welche Anspruch auf Prämienverbilligung erheben, reichen die Bescheinigung zusammen mit dem Versicherungsnachweis bis 31. März bei jener Gemeinde ein, wo sie am 1. Januar des Jahres Wohnsitz hatten. – Der Beweis der Fristwahrung kann im Falle eines Gesuchs, das nie bei der Behörde eintraf, nicht durch Zeugen, die über die Einzelheiten der Postaufgabe Auskunft geben, erbracht werden 2004 S. 133
- Der Wohnkanton muss sich an den Kosten einer ausserkantonalen Hospitalisation nur beteiligen, wenn diese aus medizinischen Gründen notwendig ist. Definition der medizinischen Gründe 2002 S. 94
- Das Sozialamt, das für eine Person Sozialhilfe ausrichtet, erhält die volle Prämienverbilligung, wenn es auch erst nach Fristablauf vom Anspruch auf Sozialhilfe erfuhr 2003 S. 99

L

Lebensmittelkontrolle

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

M

Mobilfunkantennen

– Zulässigkeit und Schranken der Errichtung 2001 S. 86

Motionen

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

N

Nachrede, üble

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

Natur- und Heimatschutz

– Moore und Moorlandschaft 2000 S. 84

O

Obhut

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

Obligationenrecht

Allgemeiner Teil

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

Die einzelnen Vertragsverhältnisse

- Mit Bezug auf die Zusicherung von Eigenschaften wird zwar kein ausdrücklicher Verpflichtungswillen des Verkäufers verlangt, wohl aber eine (auch konkludente) Erklärung über Sacheigenschaften, die erkennbar für den Kaufentschluss des Käufers entscheidend war 2004 S. 163
- Herabsetzung eines vertraglich geschuldeten Nettomietzinses und Schadenersatzansprüche des Mieters 2004 S. 164
- Trifft der Beauftragte bei Fälligkeit seiner Tätigkeitspflicht keine Anstalten zur Herbeiführung des angestrebten Erfolgs, begeht er eine Vertragsverletzung. Der Auftraggeber ist berechtigt – wenn er dies unverzüglich erklärt – auf die Leistung zu verzichten und vom Vertrag zurückzutreten 2004 S. 166
- Versäumnisse des Arbeitnehmers im ersten Dienstjahr und ihr Folgen 2001 S. 134
- Lohnfortzahlungspflicht bei Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung; bezüglich der Dauer ist die sog. «Zürcher Scala» massgebend; der Anspruch des teilweise arbeitsfähigen Arbeitnehmers besteht so lange, bis der erhaltene Lohn dem vollen Salär für die «beschränkte Zeit» entspricht 2003 S. 167

– Kostenlosigkeit des Verfahrens nach Art. 343 Abs. 3 OR; die Kostenlosigkeit des Verfahrens gelangt auch in Fällen zur Anwendung, in denen es einzig um die Frage geht, ob ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist 2003 S. 175

– Freistellung eines Handelsreisenden; Bestimmung des Freistellungslohnes 2001 S. 139

– Freistellungslohn und Leistungen der Arbeitslosenkasse 2001 S. 139

– Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe; Aktivlegitimation einer lokalen paritätischen Berufskommission 2001 S. 142

– Ausstelldatum eines erst einige Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgestellten (Schluss)Arbeitszeugnisses 2002 S. 169

– Mietrecht; Entschädigung von Investitionen, welche vom Mieter in der Liegenschaft getätigt worden sind, wenn das Mietverhältnis durch höhere Gewalt beendet wird 2003 S. 165

Gesellschaftsrecht

– Das Begehren um Einberufung einer Generalversammlung ist nur rechtsgültig, wenn gleichzeitig mindestens ein Verhandlungsgegenstand (Traktandum) und ein damit verbundener konkreter Antrag in Schriftform dem Verwaltungsrat zugestellt wird 2004 S. 168

– Bei einer Überschuldung der Aktiengesellschaft ist der Verwaltungsrat grundsätzlich zur sofortigen Benachrichtigung des Richters verpflichtet. Der Verwaltungsrat handelt jedoch nicht schuldhaft, wenn er statt dessen unverzüglich saniert und konkrete Aussicht besteht, dass die Überschuldung beziehungsweise die Zahlungsunfähigkeit innerhalb von 60 Tagen seit Erstellung der Zwischenbilanzen beziehungsweise seit Feststellung der Zahlungsunfähigkeit behoben wird 2004 S. 169

– Sonderprüfung einer Aktiengesellschaft, Voraussetzungen; Obliegenheiten des Gesuchstellers 2000 S. 132

– Materielle Voraussetzungen für die Anordnung einer Sonderprüfung 2001 S. 143

– Wer beim Gericht einen Antrag auf Sonderprüfung einreicht, muss nicht mit dem Aktionär identisch sein, welcher das Begehren um Auskunftserteilung gestellt hat. Sonderprüfung ist zweckgerichtete Tatsachenforschung, nicht umfassende Untersuchung der Geschäftsführung oder -politik 2002 S. 170

– Sonderprüfung in Konzernverhältnissen; Hält die Muttergesellschaft 100% der Aktien ihrer Tochtergesellschaft und bildet die Beteiligung an

der Tochtergesellschaft mit den entsprechenden Wertschriftenbeständen das einzige wesentliche Aktivum der Muttergesellschaft, haben die verantwortlichen Organe der Muttergesellschaft der Sonderprüferin sämtliche für den Gegenstand der Sonderprüfung notwendigen Unterlagen der Tochtergesellschaft auszuhändigen und die erforderlichen Auskünfte zu erteilen 2003 S. 180

- Widerruf der Auflösung einer Gesellschaft infolge nachträglicher Eintragung einer Revisionsstelle im Handelsregister 2000 S. 139
- Fehlende Revisionsstelle; Verfügt eine Aktiengesellschaft über keine Revisionsstelle mehr und sorgt sie trotz entsprechender Aufforderung des Gerichts auch nicht für deren Wahl, kann das Gericht in richterlicher Lückefüllung die säumige Gesellschaft gerichtlich auflösen, worauf diese nach den gesetzlichen Grundsätzen ordentlich zu liquidieren ist 2003 S. 179

Online Zugriff

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

Outsourcing

- s. Auslagerung

P

Parteienschädigung

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

Personenrecht

- Persönlichkeitsverletzung durch Erhöhung der Strahlung einer Hochspannungsleitung? 2001 S. 115
- Aufhebung einer Stiftung mit geringem Restvermögen 2001 S. 183
- Aufsicht; örtliche und sachliche Zuständigkeit 2001 S. 184
- Abwehr von persönlichkeitsverletzenden Äusserungen, die der Rechtsverfolgung oder der Verteidigung in einem Gerichtsverfahren dienen. Rechtsschutzinteresse 2002 S. 143
- Eine Begrenzung der Beitragspflicht im Sinne von Art. 71 Abs. 1 ZGB ist nicht nur dann anzunehmen, wenn der Beitrag aufgrund der Statuten genau bestimmt oder objektiv bestimmbar ist. Eine solche Begrenzung liegt vielmehr auch dann vor, wenn die Statuten die Beitragspflicht lediglich dem Grundsatz nach festlegen und die Fixierung in quantitativer Hinsicht einem Reglement oder einem periodischen Vereinsbeschluss vorbehalten. Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Verein effektiv und rechtsgültig vom statutarischen Vorbehalt Gebrauch gemacht hat 2002 S. 144
- Prozessfähigkeit eines 14-jährigen Kindes 2004 S. 240
- Wohnsitzbegründung als Prozessvoraussetzung; Aufenthalt eines geistig Behinderten 2004 S. 241

Pfändungsankündigung

- Zustellgebühr für die Pfändungsankündigung; Weiterverrechenbarkeit 1999 S. 142

Pflegekind

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

Planungs- und Baurecht

- Arealbebauung auf Verlangen des Gemeinderates 2000 S. 71
- Ausnützung; Keller und Abstellräume im Erdgeschoss eines nicht unterkellerten Gebäudes 1999 S. 220
- Ausrichtung der Hauptwohnräume (§ 19 BO Zug) 1999 S. 221
- die Bestandesgarantie in einer Bauordnung beruht auf höherrangigem Recht; Auslegung der Bauordnung 1999 S. 84
- Bestandesgarantie; darf ein Gebäude, das die zulässige Ausnützung überschreitet, aufgestockt werden, wenn der geplante Dachaufbau nicht zur Ausnützung zählt? 1999 S. 219
- Besitzstandgarantie; Bauordnung Unterägeri; Tragweite 2001 S. 215
- Bewilligungspflicht für Geländeveränderungen durch Deponieren von Aushub 2000 S. 59
- Bewilligungsanforderungen für Hartplatz bei Schulanlage, der teils in der Bauzone und teils in der Freihaltezone liegt 2000 S. 79
- Einzonung eines Gebietes, das in einem BLN-Objekt liegt; Beschwerdeberechtigung von Heimatschutzorganisationen 2004 S. 253
- Baureife eines Grundstücks; Erschliessungspflicht des Gemeinwesens 2004 S. 260
- Erschliessungspflicht der Gemeinde eines in der Bauzone gelegenen Grundstücks 2001 S. 214
- Begriff der hinreichenden Zufahrt. Eine Zufahrt ist hinreichend, wenn sie tatsächlich und rechtlich sichergestellt ist. Bedeutung eines im Grundbuch angemerkten öffentlichen Fuss- und Fahrwegrechts, auch wenn dieses im Anhang des gemeindlichen Strassenreglements nicht aufgeführt ist 2004 S. 72
- Geschossflächen, nicht anrechenbare: Entscheidend ist die bauliche Eignung 2001 S. 92
- Jugendcafé in Baustellenwagen; bewilligungspflichtige Baute? Zonenkonformität mit Zone des öffentlichen Interesses? 2001 S. 216
- Lärmbekämpfungsverordnung Cham; Benützungsordnung für den Pausenplatz des Schulhauses Städtli II 2001 S. 209
- Mindestabstand für Gebäude an Gemeindestrassen 2001 S. 96
- Mobilfunkantennen, Zulässigkeit und Schranken der Errichtung 2001 S. 86

- Mobilfunkanlage und Informationsfreiheit 2001 S. 218
- Planungspflicht ausserhalb der Bauzone; wann ist eine Ausnahmebewilligung zulässig und wann bedarf es einer Nutzungsplanung 1999 S. 88
- Planungszone; Freihaltung zwecks Strassenplanung 2000 S. 62
- Tennisanlage, die breiten Öffentlichkeit dient und Zone des öffentlichen Interesses 2001 S. 83
- Überprüfung der Ortsplanung durch die Genehmigungsinstanz und Ermessenspielraum der Gemeinden 1999 S. 95
- Umnutzung einer gewerblichen Liegenschaft ausserhalb der Bauzone 2000 S. 76
- Wohnzone 2; welche gewerbliche Nutzungen sind zulässig? 1999 S. 219
- Mobilfunkanlage in Wohnzone 3 2000 S. 229
- Strassenreklamen; Praxisänderung für die Bewilligung 2000 S. 231
- Unter welchen Voraussetzungen braucht es für die Sanierung einer schadhaften Stützmauer eine Baubewilligung 2004 S. 69
- Keine Baubewilligungspflicht für Konstruktion aus Holzpfosten an bestehendem Garenhaus 2000 S. 233
- Grenze zwischen Wohnraumerweiterung und auf die Ausnützung nicht anrechenbarem Wintergarten 2002 S. 100
- Minimaler Gewerbeanteil von 60% bei Baumassenziffer. Der Mindestanteil bezieht sich auf die Maumasse des Bauvorhabens, nicht auf die maximal mögliche Baumasse 2002 S. 102
- Haftung für Schäden aus missbräuchlicher Baubeschwerde. Zuständig sind die Zivilgerichte. Das Verwaltungsgericht tritt auf ein Begehren um Feststellung der missbräuchlichen Beschwerdeführung nicht ein 2002 S. 109
- Verhältnis von Eingliederungsgebot, Ortsbildschutz und Denkmalschutz 2002 S. 110
- Zonenkonformität eines Frischmarktladens mit nächtlicher Anlieferung 2002 S. 270
- Garantie des unabhängigen Richters gilt im Planungsverfahren auf Verwaltungsebene nicht. Die Baudirektion darf im Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat als instruierende Direktion tätig werden 2003 S. 72
- Bestandesgarantie 2003 S. 76
- Bewilligungspflicht für das Aufstellen eines grossen Kreuzes und dessen Beleuchtung 2003 S. 79

- Eine Zonenplanänderung durch den Gemeinderat ist nicht zulässig, wenn diese mit einer beschlossenen, aber noch nicht rechtskräftigen Baulinie in Widerspruch geraten könnte 2003 S. 84
- Wohnzone 2, Anzahl zulässiger Geschosse 2003 S. 299
- Höhenlage des Erdgeschossfussbodens bei zusammengebauten Gebäudeteilen, die als ein Gebäude gelten 2003 S. 301
- Mobilfunkantennen und an Gemeindeversammlung erheblich erklärte Motion 2003 S. 303
- Kann die Baufreigabe einer Reservezone durch den Gemeinderat von den Nachbarn mit Beschwerde beim Regierungsrat angefochten werden 2003 S. 310
- Anforderungen an die Umweltverträglichkeit einer Parkierungsanlage in einem Bebauungsplangebiet 2003 S. 313

Politische Rechte

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

Prozessführung

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

R

Rechtspflege

Strafrechtsverfahren

- Zur Anordnung und gegebenenfalls zwangsweisen Durchsetzung erkennungsdienstlicher Massnahmen ist alleine die Polizei zuständig, sofern diese nicht zum Zwecke der Erstellung eines DNA-Profils erfolgt. Der Untersuchungsrichter hat daher in den erstgenannten Fällen keine Vorkehren zu treffen. Dementsprechend können derartige Anordnungen und Handlungen der Polizei einzig auf dem Verwaltungsweg angefochten werden 2004 S. 220

- Nach dem am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen § 11 Abs. 1 StPO gilt als Privatkläger einzig der Geschädigte, der im Untersuchungsverfahren ausdrücklich erklärt, sich am Verfahren im Straf- und / oder Zivilpunkt zu beteiligen. Der Strafantrag ist der Erklärung in Bezug auf die Beteiligung im Strafpunkt gleichgestellt 2004 S. 219

- Im zugerischen Strafprozess wird der Prozessstoff durch die Überweisungsverfügung in Kombination mit der Anklageschrift bestimmt und begrenzt. Praxisänderung 2004 S. 222

- Abwesenheitsverfahren 2000 S. 191

- Aktenherausgabe; kein Anspruch auf Herausgabe an den Verteidiger 2000 S. 178

- Ausstand eines Kantonsrichters, der in verschiedenen Verfahren mitwirkt 2001 S. 174

- Einstellung der Strafuntersuchung; die Verweisung auf den Zivilweg ist ein prozessleitender Entscheid, keine Beschwerde an die Justizkommission 2000 S. 182

- Qualität der Beschwerde gegen Urteile des Einzelrichters in Strafsachen 2000 S. 183

- Kompetenz des Einzelrichters bei Zusatzstrafen 2000 S. 187

- Vergewaltigung als Offizialdelikt; Recht des Angeschuldigten Fragen an den Belastungszeugen zu stellen 2000 S. 188

- Mit dem Rückzug des Strafantrages entfällt eine Prozessvoraussetzung, das Strafverfahren ist einzustellen; Auswirkung auf Kostenfolge 2002 S. 219

- Aufsichtsbeschwerde ist nicht Ersatz für nicht existierendes Rechtsmittel; Subsidiarität gegenüber Berufung; Vorwurf des Amtsmissbrauchs 2002 S. 220
- Berufungsverhandlung; entschuldigtes bzw. unentschuldigtes Fernbleiben 2004 S. 228
- Als Privatkläger gilt einzig der Geschädigte, der im Untersuchungsverfahren ausdrücklich erklärt, sich am Verfahren im Straf- und/oder Zivilpunkt zu beteiligen 2003 S. 226
- Das neue Prozessrecht ist auf alle hängigen Fälle anzuwenden. Die Mitwirkungsrechte einer Privatklägerin reichen nur so weit, als es zur Durchsetzung der prozessualen Interessen erforderlich ist 2003 S. 227
- Die Bestellung eines amtlichen Verteidigers erfolgt grundsätzlich ad personam und beinhaltet keine Substitutionsermächtigung; ein Verteidigerwechsel ist nur mit gerichtlicher Zustimmung zulässig 2003 S. 230
- Voraussetzungen für die Gewährung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes 2003 S. 231
- Akteneinsicht. Eine Herausgabe von Untersuchungsakten erfolgt nur an patentierte Anwälte, Ämter oder Versicherungsgesellschaften 2003 S. 232
- Kostenauflage bei Einstellung der Untersuchung. Dem Beschuldigten, welcher zu Unrecht einen Atemlufttest verweigert und damit die Einleitung eines Untersuchungsverfahrens und insbesondere eine unnötige Blutanalyse verursacht hat, sind die Untersuchungskosten aufzuerlegen 2003 S. 234
- Vorsorgliche Massnahmen im Verfahren gegen Kinder und Jugendliche. Anordnung der stationären Beobachtung eines Jugendlichen zur Abklärung der zweckmässigen Sanktion 2003 S. 235
- Internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Es ist grundsätzlich Sache der schweizerischen Behörden, diejenigen Akten auszuscheiden, die den ausländischen Strafverfolgungsbehörden übermittelt werden. Sie sind jedoch verpflichtet, den ausländischen Behörden sämtliche Aktenstücke zu übermitteln, die sich auf den im Ersuchen enthaltenen Verdacht beziehen können 2003 S. 241
- Die Ergreifung eines Rechtsmittels im Strafprozess setzt voraus, dass der Rechtsmittelkläger urteilsfähig ist. Anders als im Zivilprozess ist hier hingegen seine Handlungsfähigkeit nicht verlangt. Urteilsfähigkeit im konkreten Fall verneint 2004 S. 225
- Gegen Einstellungsbeschlüsse des Einzelrichters steht weder das Rechtsmittel der Berufung noch das Rechtsmittel der Beschwerde offen 2004 S. 230

Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren

- Ausstand dient der Wahrung von nötiger Distanz und Objektivität in der Fallbearbeitung; Regierungsrat als Beschwerdeinstanz 2004 S. 270
- Ein Gemeinderat, der mit einer privaten Bauherrschaft Verhandlungen über ein gemeinsames Bauprojekt führt, kann deshalb noch nicht als befangen bezeichnet werden. Entscheidend ist, ob sich der Gemeinderat als zuständige Baubewilligungsbehörde an die baurechtlichen Vorschriften hält 2004 S. 147
- Gegenüber Spezialadressaten sind Allgemeinverfügungen individuell und persönlich zu eröffnen, d.h. die anordnende Behörde kann sich nicht allein auf die öffentliche Bekanntmachung der Allgemeinverfügung beschränken. Beginn des Fristenlaufs 2004 S. 151
- Beschwerdeberechtigung von Heimatschutzorganisationen bei der Änderung einer Bauzone 2004 S. 253
- unentgeltliche in einem Besuchsrechtsbeschwerdeverfahren 1999 S. 231
- Kosten und Parteienschädigung bei Abschreibung einer Kindesschutzbeschwerde infolge Gegenstandslosigkeit 2001 S. 193
- Prozessfähigkeit eines 14-jährigen Kindes im Verwaltungsbeschwerdeverfahren 2004 S. 240
- Prozessvoraussetzung und zivilrechtlicher Wohnsitz im Verwaltungsbeschwerdeverfahren 2004 S. 241
- Die Sprungbeschwerde ist ausgeschlossen, wenn der Regierungsrat eine Vormundschaftsbeschwerde als vormundschaftliche Aufsichtsbehörde zu entscheiden hat 2002 S. 135
- Die Stiftungsaufsichtsbeschwerde als Beschwerde sui generis verleiht dem legitimierten Gesuchsteller Anspruch auf einen beschwerdefähigen Entscheid der Aufsichtsbehörde, somit des Regierungsrats. Die Sprungbeschwerde ist ausgeschlossen 2002 S. 137
- Legitimation zur Stiftungsaufsichtsbeschwerde 2002 S. 246
- Aufsichtsbeschwerde im Vormundschaftsrecht 2002 S. 252
- Keine Wiedererwägung von Rechtsmittelentscheiden 2002 S. 289
- Einreichung einer Beschwerdeschrift; Rechtzeitigkeit 2002 S. 291
- Beweiswürdigung; Beweiswert eines psychiatrischen Gutachtens, das ohne Beizug eines Dolmetschers erstellt wurde 2003 S. 93
- Ablehnung von Beweisanträgen; Notwendigkeit des Beizugs eines Sachverständigen; Anforderungen an dessen Unabhängigkeit und Unbefangenheit 2003 S. 135

- Voraussetzungen unter denen die betroffene Behörde selber über ein offensichtlich unzulässiges Ausstandsbegehren befinden 2003 S. 68
- Garantie des unabhängigen Richters gilt im Planungsverfahren auf Verwaltungsebene nicht. Die Baudirektion darf im Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat als instruierende Direktion tätig werden 2003 S. 72
- Wer sich nicht mit selbständigen Begehren am Verfahren beteiligt, kann nicht als unterliegende Partei beurteilt werden somit auch nicht zur Zahlung einer Parteientschädigung verpflichtet werden 2003 S. 157
- Rechtzeitige Einreichung einer Beschwerdeschrift 2003 S. 333
- Aufschiebende Wirkung einer Beschwerde im Sozialhilfeverfahren beim Entscheid über eine Unterbrechung oder Einstellung der Sozialhilfeleistungen 2003 S. 334
- Entzug der aufschiebende Wirkung; Zuständigkeit des Regierungsrats zur Anordnung des Entzugs, wenn diese nicht von der zuständigen Behörde angeordnet wurde 2003 S. 339
- Für die Festsetzung der Dauer von Probezeit und Schutzaufsicht kommt dem Amt für Straf- und Massnahmenvollzug ein erhebliches Ermessen zu; Ermessenskontrolle im Beschwerdeverfahren 2003 S. 343

Zivilrechtsverfahren

- Gerichtsstand; – Es sind nur Geschäfte des «üblichen Verbrauchs» als Konsumentenverträge zu qualifizieren. Ausserordentliche Anschaffungen, die nicht regelmässig getätigt werden, sowie eigentliche Luxusgüter fallen nicht in den Anwendungsbereich 2004 S. 189
- Im Eintritt des Abtretungsgläubigers nach Art. 260 SchKG in den Aktivprozess der Konkursitin kann kein Parteiwechsel erblickt werden. Die Sicherstellung einer allfälligen Parteientschädigung durch den Abtretungsgläubiger lässt sich daher nicht auf § 21 Abs. 2 ZPO stützen 2004 S. 192
- Die Zulässigkeit der Streitverkündung im summarischen Verfahren ist in der Lehre umstritten. Soweit die Streitverkündung jedoch der Einfachheit und Raschheit des summarischen Verfahrens nicht entgegensteht, ist sie zuzulassen 2004 S. 196
- Wird eine Beschwerde von einem nicht zur Vertretung berechtigten Nichtanwalt unterzeichnet, ist eine kurze, gegebenenfalls über die Beschwerdefrist hinausgehende Nachfrist für die gültige Unterzeichnung anzusetzen 2004 S. 198

- Wird eine Bank mit der Überweisung des verlangten Kostenvorschusses auf das Postcheckkonto der Gerichtskasse beauftragt, gilt der Kostenvorschuss nur dann als rechtzeitig geleistet, wenn er am letzten Tag der Frist bei der Postfinance eintrifft und als Fälligkeitsdatum ebenfalls spätestens dieses Datum angegeben wird 2004 S. 200
- Vom zahlungsunfähigen Kläger kann die Sicherstellung der Parteientschädigung verlangt werden. Der Zahlungsunfähige zeichnet sich dadurch aus, dass er nicht über die Mittel verfügt, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen. Um solche handelt es sich bei der im Streite liegenden Forderung und den damit zusammenhängenden Gerichts- und Parteikosten nicht. Allfällige künftige Verbindlichkeiten bei der heute zu beurteilenden Zahlungsfähigkeit bzw. -unfähigkeit können nicht berücksichtigt werden 2004 S. 201
- Pfandausfallschein als Beweismittel für Zahlungsunfähigkeit 2000 S. 173
- Unentgeltliche Prozessführung; Unterhaltskosten für ein im gleichen Haushalt lebendes Kind 2000 S. 173
- Verfügung des Eheschutzrichters als superprovisorische Massnahme; Nichteintreten auf Beschwerde wegen Rechtsverweigerung 2001 S. 177
- Bedürftigkeit, Unterhaltspflichten: Leistung von Prozesskostenvorschüssen 2001 S. 169
- Wiederaufnahme eines Verfahrens; Ausnahmen für das summarische Verfahren 2001 S. 180
- Keine unentgeltliche Rechtspflege bei Verheimlichung von Vermögenswerten 2000 S. 175
- Zuständigkeit des Kantonsgerichtspräsidenten zum Erlass vorsorglicher Massnahmen während des Berufungsverfahrens 2001 S. 171
- Erläuterung gemäss § 81 GOG. § 49 Abs. 1 ZPO, wonach die Prozessentschädigung dem Rechtsvertreter zugesprochen wird, wenn die unentgeltliche Partei obsiegt, beinhaltet eine Art Legalzession, d.h. die der obsiegenden Partei zugesprochene Prozessentschädigung geht sogleich und unmittelbar kraft Gesetzes auf dessen unentgeltlichen Rechtsbeistand über bzw. entsteht direkt bei diesem. Handelt es sich bei § 49 Abs. 1 ZPO um eine so verstandene Legalzession, kann ein Urteil, in welchem die Prozessentschädigung versehentlich dem obsiegenden Kläger statt seinem unentgeltlichen Rechtsvertreter zugesprochen wird, auf dem Wege der Erläuterung korrigiert werden 2004 S. 213
- Der verfassungsmässige Anspruch der bedürftigen Partei auf unentgeltliche Rechtspflege bezieht sich grundsätzlich nur auf die Zukunft 2002 S. 197

- Verfahren vor der Schlichtungsstelle für arbeitsrechtliche Streitigkeiten, kein Anspruch auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes 2002 S. 198
- Weist der kantonsgerichtliche Referent ein gegen die von ihm nominierten Gutachter gestelltes Ausstandsbegehren ab und stellt fest, dass der Beschwerdeführer durch seine eigenmächtige Weigerung, den angesetzten Begutachtungstermin wahrzunehmen, auf das Gutachten zu seinem Gesundheitszustand verzichtet hat, handelt es sich dabei um eine Beweisverfügung. Gegen diese Verfügung ist die Einsprache an das Kantonsgericht gegeben. Die Beschwerde an die Justizkommission nach § 208 Ziff. 4 ZPO ist damit ausgeschlossen 2004 S. 202
- Unlauterer Wettbewerb: Realerfüllungsanspruch auf Einhaltung lauterer Werbung genügt allein noch nicht als Verfügungsgrund. Es bedarf eines besonderen Interesses an der Realerfüllung 2002 S. 201
- Die Frage nach der Zulässigkeit des einstweiligen Rechtsschutzes im Firmenrecht entscheidet sich ausschliesslich nach dem kantonalen Prozessrecht. Beim Erlass vorsorglicher Massnahmen ist Zurückhaltung geboten, da das Unternehmen, dem der Gebrauch seiner Firma vorsorglich verboten würde, gezwungen wäre, diese Firma aufzugeben und eine neue anzunehmen, was praktisch nicht mehr rückgängig zu machen wäre 2004 S. 206
- Der Gesuchsteller verfügt im Rahmen der vorsorglichen Beweissicherung über die Verfahrensherrschaft 2004 S. 208
- ZPO: § 201 Abs. 2 hat den Charakter einer Ordnungsvorschrift und bezweckt nicht, die säumige Gegenpartei an der Berufungsverhandlung von jeglicher Stellungnahme zur Berufung auszuschliessen 2002 S. 207
- Beschwerdebegründung als gesetzliches Gültigkeitserfordernis; Voraussetzung für die Wiederherstellung einer Beschwerdefrist 2002 S. 210
- ZPO § 208 Ziff. 2: Kompetenzen der Aufsichtsinstanz 2002 S. 212
- Wo die Einsprache an das Kantonsgericht möglich ist, kann nach der Praxis der Justizkommission gegen eine Verfügung des Referenten keine Beschwerde erhoben werden und der Einspracheentscheid des Kantonsgerichts nur mit der Hauptsache weitergezogen werden 2002 S. 215
- Im Falle der Zustellung eines Rechtsöffnungsentscheides während den Betreibungsferien beginnt die Beschwerdefrist unabhängig vom Ausgang des Rechtsöffnungsverfahrens erst nach Ablauf der Betreibungsferien zu laufen 2004 S. 209
- Auslegung der Begriffe öffentliche oder private Strasse; Massgebend für die Zuständigkeit ist das Interesse für eine Verkehrsanordnung auf privaten Grund 2002 S. 216

– Benutzungsverhältnis zwischen einer Gemeinde und dem Benutzer einer gemeindeeigenen Mehrzweckhalle; Kriterien zur Unterscheidung zwischen einem privatrechtlichen und einem öffentlich-rechtlichen Anspruch 2003 S. 198

– Reichweite der materiellen Rechtskraft; Die Rechtskraft eines Urteils erstreckt sich in gewissen Fällen auf die Urteilserwägungen. Im Hinblick auf die Verwirklichung des materiellen Rechts darf das zivilprozessrechtliche Institut der materiellen Rechtskraft nicht eine Spaltung des Synallagmas bewirken 2003 S. 203

– Internationale Zuständigkeit; Gerichtsstand des Erfüllungsortes. Die Zulässigkeit und die Voraussetzungen für die Gültigkeit von mit internationalen Warenkäufen im Zusammenhang stehenden Gerichtsstandklauseln richten sich nicht nach dem WKR, sondern nach dem Prozessrecht der lex fori. Sind die formellen Anforderungen von Art. 17 LugÜ für den Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung nicht erfüllt und liegt zwischen den Parteien keine Einigung über den Ort der Erfüllung gemäss Art. 5 Ziff. 1 LugÜ vor, so ist der Erfüllungsort im Zusammenhang mit internationalen Warenkäufen nach Art. 31 WKR zu bestimmen 2003 S. 208

– Sicherstellung der Parteientschädigung bei definitivem Verlustschein 2003 S. 213

– Unantastbarkeit von kleinen Vermögen i.S. von § 46 Abs. 1 ZPO 2003 S. 214

– Novenrecht im Eheschutzverfahren. In Bezug auf Kinderbelange gilt von Bundesrechts wegen die uneingeschränkte Offizialmaxime. Entsprechend sind in der Rechtsmittelinstanz – soweit es um Kinderbelange geht – von Bundesrechts wegen neue Anträge und Begehren zulässig 2003 S. 218

– Gegen vorläufige Verfügungen ist nach konstanter Praxis der Justizkommission die Beschwerde nicht zulässig 2003 S. 219

– Ist die gemäss Scheidungsurteil geschuldete Geldsumme nicht bestimmt, sondern muss diese erst noch nach den im Urteil festgelegten Kriterien bestimmt werden, und kann deshalb die definitive Rechtsöffnung in einer deswegen angehobenen Betreibung nicht erteilt werden, hat die Gläubigerin zur Festsetzung der geforderten Geldschuld den ordentlichen Prozessweg zu beschreiten und durch eine Anerkennungsklage im Sinne von Art. 79 Abs. 1 SchKG den Rechtsvorschlag beseitigen zu lassen 2003 S. 222

– Kann auf die betreibungsrechtliche Beschwerde offensichtlich wegen formellen Mängeln nicht eingetreten werden, erübrigt es sich, auf ein

(erneut) gestelltes Ausstandsbegehren gegen die ordentlichen Mitglieder der Justizkommission einzutreten 2004 S. 211

- Werden Ausstands- bzw. Ablehnungsgründe erst nach Abschluss des Verfahrens entdeckt bzw. ergeben sich solche aufgrund der Urteilsbegründung, sind diese mit dem gegen das Urteil zulässigen Rechtsmittel geltend zu machen. Weiterleitung des Gesuchs von Amtes wegen an die zuständige Behörde 2004 S. 212

Rechtsöffnungsverfahren

- Bemessung der Parteientschädigung 1999 S. 129

S

Schaden

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

Schuldbetreibung und Konkurs

- Konkursamt ist nicht legitimiert, gegen das Konkursdekret eine Beschwerde einzureichen zur Feststellung dessen Nichtigkeit (Änderung der Rechtssprechung), Rechtsfolgen, 2000 S. 141
- Anforderungen an die Angaben im Betreibungsbegehren; i.c. Adresse des Gläubigers 2000 S. 147
- Korrektur einer fehlerhaften Gläubiger- und Parteibezeichnung 2000 S. 149
- Deutscher Vergütungsfeststellungsbeschluss; Vollstreckbarerklärung, Rechtsöffnung 2000 S. 150
- Erfolgte die Sitzverlegung der Schuldnerin – wie im konkreten Fall – bevor ihr der Konkurs angedroht wurde, kann die Betreibung am neuen Betreibungsort ohne Einleitungsverfahren fortgesetzt werden. Wurden seit der Beseitigung des Rechtsvorschlages Teilzahlungen auf die Betreibungsforderung geleistet, ändert das nichts daran, dass die Betreibung für den Restbetrag ohne weiteres fortgesetzt werden kann 2004 S. 171
- Liegt ein Mahngeschäft i. S. von Art. 102 Abs. 1 OR vor und ist eine Mahnung nicht nachgewiesen, wird nach konstanter Rechtsprechung der Zahlungsbefehl als verzugsauslösende Mahnung qualifiziert. Für Betreibungskosten wird keine Rechtsöffnung erteilt 2004 S. 173
- Betreibung einer AG, über die der Konkurs eröffnet worden ist, die aber noch im HReg eingetragen ist 2000 S. 153
- Bei Trennung von Haupt- und Widerklage ist bei verrechenbaren Ansprüchen die Vollstreckbarkeit des zuerst gefällten Urteils aufzuschieben bis über den anderen Anspruch ebenfalls entschieden worden ist 2004 S. 175
- Lohnsperre. Voraussetzungen, unter denen das Betreibungsamt eine Sperre der Lohnansprüche des Schuldners gegenüber seinem Arbeitgeber verfügen kann 2004 S. 177
- Streitwert der Kollokationsklage; Zuständigkeit des Friedensrichters 2000 S. 158
- Provisorische Pfändung; Öffnen von Tresorfächern, Inventarisierung 2000 S. 169

- Eine Konkursandrohung, in welcher nicht in Betreibung gesetzte Forderungsbeträge aufgeführt sind, ist nichtig. Aus Gründen des Schuldnerschutzes gilt dies selbst dann, wenn nur für einen einzelnen von mehreren Forderungsbeträgen keine Betreibung angehoben worden ist 2001 S. 149
- Eine erst nach Konkurseröffnung erfolgte Tilgung der gesamten Schuld kann nur berücksichtigt werden, wenn diese innerhalb der Rechtsmittelfrist erfolgt ist 2001 S. 161
- Auf offensichtlichem Irrtum beruhender Eintrag im Handelsregister und deren Folgen für das Betreibungsamt 2001 S. 150
- Einforderung grundpfandgesicherter Zinsen und Annuitäten 2001 S. 152
- Vollstreckbarerklärung eines italienischen Urteils 2001 S. 154
- Nachlassstundungsverfahren; Ausschöpfung der Höchstdauer der Stundung und Gewährung einer neuerlichen Stundung 2001 S. 162
- Änderung des Wohnsitzes des Schuldners während des Einleitungsverfahrens 2002 S. 175
- Rechtsstillstand wegen schwerer Erkrankung; Voraussetzungen 2002 S. 177
- Die in einem Rechtsöffnungsentscheid im Dispositiv erfolgte Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Urteils erwächst in Rechtskraft und bindet den Richter in einem späteren Rechtsöffnungsverfahren 2002 S. 179
- Es ist in erster Linie Sache des Urteilsstaates, die ordnungsgemässe Zustellung des Urteils zu prüfen, gehört aber auch zu den Pflichten der Behörden des Staates, in dem das Urteil vollstreckt werden soll. Zustellungsnachweis mittels Zustellungsurkunde und deren Bedeutung 2002 S. 182
- Prozessgewinn des Klägers besteht in der Differenz zwischen jener Konkursdividende, welche dem Beklagten nach der ursprünglichen Kollokation zugekommen wäre und jener, welche ihm nach der gerichtlich bereinigten Kollokation zukommt 2002 S. 185
- Die Frage, ob eine Forderung als Kostenforderung oder Massaschuld Anspruch auf Deckung vor den Konkursgläubigern habe, ist als ein solche der Verteilung von der Aufsichtsbehörde zu entscheiden. Die aus der Zwangsverwertung einer Liegenschaft anfallende Mehrwertsteuer gehört zu den Massekosten und ist vorab aus dem Gesamterlös der Liegenschaft zu bezahlen 2002 S. 187
- Arrest kann nur auf Sachen und Rechte gelegt werden, die zumindest nach glaubwürdigen Angaben des Gläubigers rechtlich und nicht bloss

wirtschaftlich dem Schuldner gehören. Dritteigentum darf nur im Falle des sog. «Durchgriffs» verarrestiert werden, d.h. wenn der Schuldner seine Vermögenswerte rechtsmissbräuchlich einer von ihm beherrschten Gesellschaft übertragen hat 2002 S. 190

- Enthält eine betreibungsrechtliche Beschwerde weder einen bestimmten Antrag noch eine Begründung, kann darauf nicht eingetreten werden 2003 S. 186
- Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist 2003 S. 187
- Betreibung auf Sicherheitsleistung; Wird vom Gläubiger ausdrücklich eine Betreibung auf Sicherheitsleistung verlangt, darf das Betreibungsamt nur die formellen Voraussetzungen hierfür prüfen. Für die Prüfung der materiellen Voraussetzungen ist im Streitfall der Richter zuständig 2003 S. 189
- Anforderungen an die Umschreibung des Forderungsgrundes bzw. der Forderungsurkunde 2003 S. 190
- Voraussetzung für die Aussetzung des Konkurses gemäss Art. 173a SchKG 2003 S. 193
- Ein allfälliger Prätendentenstreit über die Zugehörigkeit einer gewöhnlichen, nicht in einem Wertpapier verkörperten Forderung erfolgt nicht im Aussonderungsverfahren gemäss Art. 242 SchKG 2003 S. 194
- Fehlt es an der gesetzlich vorgesehenen Prüfung der Zwischenbilanz zu Veräusserungs- und Fortführungswerten, kann die Konkurseröffnung wegen Überschuldung trotzdem erfolgen, wenn sich die Überschuldung aus den übrigen Akten klar ergibt. Ein Konkursaufschub ist jedoch schon aus diesem Grunde ausgeschlossen 2004 S. 179
- Die Verrechnung ist mit Bezug auf den Erwerb von Aktien ausgeschlossen, da der Rechtsgrund der Forderung in Tatsachen liegt, die nach der Konkurseröffnung eingetreten sind. Vor der beschlossenen Kapitalherabsetzung bzw. Ausschüttung an die Aktionäre hat dieser Anspruch auch nicht virtuell bestanden 2004 S. 184
- Gegen die Ablehnung des Arrestbegehrens ist die Beschwerde an die Justizkommission gegeben. Das Novenrecht bestimmt sich nach § 212 i.V. § 205 Abs. 1 ZPO. Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Arrestvoraussetzungen. Glaubhaftmachung im konkreten Fall bejaht 2004 S. 186
- Der Entscheid des Richters über die Bewilligung des Rechtsvorschlages wegen fehlenden neuen Vermögens ist endgültig; dagegen ist nur noch die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht zulässig 2003 S. 197

Schule

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

Sozialhilfe

- Ausbildungskosten als Sozialhilfeleistungen 2004 S. 264
- Einschränkung wegen Verweigerung zumutbarer Mitwirkung 2000 S. 102
- Unterstützungswohnsitz; Beweislast 2002 S. 285
- Kürzung von Sozialhilfeleistungen; eine Sozialhilfeempfängerin muss vorgängig schriftlich klar informiert und verwarnt werden, bevor Kürzungen der Sozialhilfe zulässig sind 2003 S. 328

Sozialrecht

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

Sozialversicherungsrecht; Allgemeiner Teil

- Eine Bearbeitungsdauer von 16 Monaten für einen Einspracheentscheid ist auch bei einem besonders komplexen Fall zu lange und stellt eine Rechtsverzögerung dar 2004 S. 138
- Mit Inkrafttreten des ATSG wurden die Fristen im Verwaltungsverfahren des Sozialversicherungsrechts einheitlich geregelt. Anderslautende Weisungen des BSV sind nicht mehr anwendbar. Wird eine Eingabe am letzten Tag der Frist der schweizerischen Post übergeben, gilt die Frist als gewahrt 2004 S. 142
- Fällt der letzte Tag einer Frist auf einen Samstag, einen Sonntag oder einen am Wohnsitz oder Sitz der Partei oder ihrer Vertretung vom kantonalen Recht anerkannten Feiertag, so endet die Frist am nächsten Werktag 2004 S. 145

Sperre von Daten

– (Datenschutz) Zur Aufhebung einer Datensperre 2004 S. 289

Steuern und Abgaben

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

– Eine Ermessensveranlagung kann im Einspracheverfahren abgeändert werden, wenn der Steuerpflichtige den Beweis erbringt, dass die Ermessenseinschätzung offensichtlich unrichtig war. Im vorliegenden Fall konnte der Beweis mit einer sog. «Schuhschachtelbuchhaltung» nicht erbracht werden 2004 S. 87

– Ein Aktionär, der eine Beteiligung aus seinem Privatvermögen in eine von ihm beherrschte Gesellschaft zu einem über ihrem Nominalwert liegenden Anrechnungswert (in Form von Liberierung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft oder gegen eine Gutschrift auf einem Aktionärsdarlehenskonto) einbringt, erzielt eine steuerbare geldwerte Leistung aus seiner Beteiligung (sog. Transponierung) 2004 S. 92

– Verlustrechnung nach vollständiger Veräusserung eines Grundstücks. Anwendung beim Verkauf von mehreren geerbten Stockwerkeinheiten 2001 S. 47

– Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung. Identität zwischen Veräusserer und Erwerber 2001 S. 49

– Verjährungsfrist, absolute; Einführung 2002 S. 73

Steuergeheimnis

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

Stiftung

– Aufhebung einer Stiftung mit geringem Restvermögen 2001 S. 183

– Aufsicht; örtliche und sachliche Zuständigkeit 2001 S. 184

– Verlängerung einer limitierten Stiftungstätigkeit; Interessenabwägung 1999 S. 191

– Legitimation zur Aufsichtsbeschwerde 2002 S. 246

Stipendiengesuch

- (Datenschutz) Das abgelehnte Stipendiengesuch und die Bekanntgabe der Finanzlage der Eltern an den Gesuchstellenden 2004 S. 281

Strafrecht

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

Strassenverkehrsrecht

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

T

Tempo 30-Zone

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

U

Unfallversicherung

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

Umweltrecht

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

V

Vergaberecht

- Auch privatrechtliche Aktiengesellschaften, die nicht im ganzen oder teilweisen Eigentum einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft stehen, können unter die Submissionsgesetzgebung fallen, wenn sie Aufträge oder Leistungen erteilen, die mit mehr als 50% der Gesamtkosten von der öffentlichen Hand subventioniert werden. Eine Firma, die mit der Projektleitung betraut ist, das Leistungsverzeichnis für einen Auftrag ausarbeitet, das Submissionsverfahren durchführt und die technische Bewertung der Angebote vornimmt, darf als Anbieterin nicht am Verfahren teilnehmen bzw. muss vom Verfahren ausgeschlossen werden 2004 S. 82
- Ungewöhnlich niedrige Angebote 2001 S. 99
- Auswahl im selektiven Verfahren; Fusion von Firmen während eines zweistufigen Verfahrens 2001 S. 100
- Ungewöhnlich niedriges Angebot. Ein Unterangebot ist nicht zulässig, aber Anlass zur näheren Prüfung 2002 S. 120
- Die Vergabekriterien sind vor der Submission festzulegen 2002 S. 122
- Die Zuschlagskriterien müssen in der Reihenfolge ihrer Bedeutung in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sein. Fehlen die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung in den Ausschreibungsunterlagen, so darf der Anbieter davon ausgehen, dass die Vergabe hauptsächlich nach dem Kriterium des Preises erfolgt 2004 S. 79
- Gewichtung und Bewertung des Zuschlagskriteriums des Preises; Zahlungsplan als Variante 2003 S. 104
- Bedeutung des Offertöffnungsprotokolls; rechtswidriger Zuschlag, wenn sich die Offerte auf qualitativ minderwertige Materialien stützt 2003 S. 113

Versicherungsbedingungen, Allgemeine

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

Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren

- siehe unter Rechtspflege

Vollmacht

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

Vollstreckungsverfahren

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

W

Waffentragbewilligung

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

Wahlen

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

Wasserrecht

– Konzessionsgebühr für eine Boje im Bojenfeld 1999 S. 104

Wohnsitz

– Auslegung des Begriffs 1999 S. 152

Z

Zahlungsunfähigkeit

– Auslegung des Begriffs 1999 S. 152

Zivilstandsregister

– Berichtigung einer Eintragung im Zivilstandsregister 2004 S. 157

Zuständigkeit

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

Inhaltsverzeichnis 2004

A. Gerichtspraxis

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Planungs- und Baurecht

Art. 22 RPG; § 44 PBG – Unter welchen Voraussetzungen braucht es für die Sanierung einer schadhaften Stützmauer eine Baubewilligung? 69

Art. 19 Abs. 1 RPG; § 5 GSW. – Begriff der hinreichenden Zufahrt. Eine Zufahrt ist hinreichend, wenn sie tatsächlich und rechtlich sichergestellt ist. Bedeutung eines im Grundbuch angemerkten öffentlichen Fuss- und Fahrwegrechts, auch wenn dieses im Anhang des gemeindlichen Strassenreglements nicht aufgeführt ist. 72

2. Vergaberecht

Art. 1 Abs. 2 Bst. c IVöB; §§ 14 Abs. 1 Bst. i und 28 VRöB – Die Zuschlagskriterien müssen in der Reihenfolge ihrer Bedeutung in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sein (Erw. 3a–c). Fehlen die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung in den Ausschreibungsunterlagen, so darf der Anbieter davon ausgehen, dass die Vergabe hauptsächlich nach dem Kriterium des Preises erfolgt (Erw. 3d). 79

§ 8 Abs. 2 IVöB; §§ 15 Abs.4 und 23 VRöB – Auch privatrechtliche Aktiengesellschaften, die nicht im ganzen oder teilweisen Eigentum einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft stehen, können unter die Submissionsgesetzgebung fallen, wenn sie Aufträge oder Leistungen erteilen, die mit mehr als 50 % der Gesamtkosten von der öffentlichen Hand subventioniert werden (Erw. 1). Eine Firma, die mit der Projektleitung betraut ist, das Leistungsverzeichnis für einen Auftrag ausarbeitet, das Submissionsverfahren durchführt und die technische Bewertung der Angebote vornimmt, darf als Anbieterin nicht am Verfahren teilnehmen bzw. muss vom Verfahren ausgeschlossen werden (Erw. 3). 82

3. Steuerrecht

Art. 132 Abs. 3 DBG; §§ 132 ff. StG – Eine Ermessensveranlagung kann im Einspracheverfahren abgeändert werden, wenn der Steuerpflichtige den Beweis erbringt, dass die Ermessenseinschätzung offensichtlich 87

unrichtig war. Im vorliegenden Fall konnte der Beweis mit einer sog. «Schuhschachtelbuchhaltung» nicht erbracht werden.

Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG; § 17 Abs. 1 Ziff. 3a aStG – Ein Aktionär, der eine Beteiligung aus seinem Privatvermögen in eine von ihm beherrschte Gesellschaft zu einem über ihrem Nominalwert liegenden Anrechnungswert (in Form von Liberierung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft oder gegen eine Gutschrift auf einem Aktionärsdarlehenskonto) einbringt, erzielt eine steuerbare geldwerte Leistung aus seiner Beteiligung (sog. Transponierung). 92

4. Ausländerrecht

Art. 13b Abs. 1 lit. c ANAG – Konkrete Anzeichen, die befürchten lassen, dass sich der betroffene Ausländer einer Ausschaffung entziehen könnte, sind z.B. die wiederholte Straffälligkeit, falsche Angaben bezüglich Identität, Untertauchen und hartnäckige Verweigerung der Mitwirkung bei der Beschaffung von Reisepapieren. 98

5. Fürsorgerecht

Art. 397a ZGB – Voraussetzungen der Klinikeinweisung oder -zurückbehaltung im Rahmen einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung (Geisteskrankheit, Suchterkrankung, schwere Verwahrlosung). 102

Art. 397a und 397d ZGB – Fürsorgerische Freiheitsentziehung. Wird die Beschwerde gegen eine Fürsorgerische Freiheitsentziehung zurückgezogen, ist eine erneute Beschwerdeerhebung gegen die nämliche Einweisung grundsätzlich nicht mehr zulässig, auch wenn sie innerhalb der Beschwerdefrist erfolgt. 108

Art. 397d ZGB, Art. 6 EMRK – Fürsorgerische Freiheitsentziehung. Überprüfung des Nichteintretensentscheides der Vormundschaftsbehörde auf ein Entlassungsgesuch (E. 2–4). Wann ist eine mündliche öffentliche Verhandlung bzw. eine mündliche Anhörung durchzuführen (E. 7)? Kein Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand bei Aussichtslosigkeit der Beschwerdeführung (E. 10). 110

§ 37 ff. und § 50bis Gesundheitsgesetz – Zwangsmassnahmen. Örtliche und sachliche Zuständigkeit zur gerichtlichen Überprüfung von Beschwerden gegen Zwangsmassnahmen. Anforderungen an die Anordnung einer Zwangsmassnahme. 116

§ 37 Gesundheitsgesetz – Zwangsmassnahmen im Gesundheitswesen. Wann liegt eine anfechtbare Zwangsmassnahme vor? 119

6. Sozialversicherung

Art. 17 Abs. 1 und Art. 30 AVIG; Art. 45 AVIV – Schadenminderungspflicht. Pflicht des Versicherten zur Stellensuche bereits nach erfolgter Kündigung. Anforderungen an Qualität und Quantität der Stellenbewerbungen. Nachweis dieser Bemühungen. 122

Art. 51 Abs. 2 AVIG – Insolvenzentschädigung. Geschäftsführende Gesellschafter einer GmbH sind vom Anspruch auf Insolvenzentschädigung ausgeschlossen. 125

Art. 73 Abs. 3 BVG – Gerichtsstand ist der schweizerische Sitz oder Wohnsitz des Beklagten oder der Ort des Betriebes, bei dem der Versicherte angestellt wurde. – Im Falle der alternativen Klageverbindung ist die örtliche Zuständigkeit für beide Beklagten zu bejahen, selbst wenn sie, bei isolierter Betrachtung der einzelnen Klagen, nur im Falle einer Beklagten gegeben wäre. 128

Art. 73 BVG – Streitigkeiten zwischen Vorsorgeeinrichtungen, Arbeitgebern und Anspruchsberechtigten. Es gilt der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist dann die Rede, wenn eine begründete Überzeugung besteht, welcher keine konkreten Einwände entgegengehalten werden können und welche insoweit mit hinreichender Sicherheit den Schluss darauf zulässt, dass der betreffende Sachverhalt wahrscheinlich der Wirklichkeit entspricht. Kann die Klägerin weder den Nichtempfang einer Freizügigkeitsleistung noch die Beklagte die postalische Überweisung nachweisen, ist nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass ein Barbezug auf der Bank und eine Bareinzahlung auf der Post eines grossen Betrages, ohne dass die Postquittung aufbewahrt wird, als lebensfremd zu bezeichnen und deshalb von einer Nichtbezahlung auszugehen ist. 130

§ 11 Abs. 1 PvKG in der bis zum 31. Dezember 2004 gültigen Fassung – Personen, welche Anspruch auf Prämienverbilligung erheben, reichen die Bescheinigung zusammen mit dem Versicherungsnachweis bis 31. März bei jener Gemeinde ein, wo sie am 1. Januar des Jahres Wohnsitz hatten. – Der Beweis der Fristwahrung kann im Falle eines Gesuchs, das nie bei der Behörde eintraf, nicht durch Zeugen, die über die Einzelheiten der Postaufgabe Auskunft geben, erbracht werden. 133

Art. 56 Abs. 2 ATSG – Eine Bearbeitungsdauer von 16 Monaten für einen Einspracheentscheid ist auch bei einem besonders komplexen Fall zu lange und stellt eine Rechtsverzögerung dar. 138

Art. 39 Abs. 1 ATSG – Mit Inkrafttreten des ATSG wurden die Fristen im Verwaltungsverfahren des Sozialversicherungsrechts einheitlich geregelt. Anderslautende Weisungen des BSV sind nicht mehr anwend- 142

bar. Wird eine Eingabe am letzten Tag der Frist der schweizerischen Post übergeben, gilt die Frist als gewahrt.

Art. 38 Abs. 3 ATSG – Fällt der letzte Tag einer Frist auf einen Samstag, einen Sonntag oder einen am Wohnsitz oder Sitz der Partei oder ihrer Vertretung vom kantonalen Recht anerkannten Feiertag, so endet die Frist am nächsten Werktag. 145

7. Verfahren

§ 10 GG – Ein Gemeinderat, der mit einer privaten Bauherrschaft Verhandlungen über ein gemeinsames Bauprojekt führt, kann deshalb noch nicht als befangen bezeichnet werden. Entscheidend ist, ob sich der Gemeinderat als zuständige Baubewilligungsbehörde an die baurechtlichen Vorschriften hält (Erw. 2). 147

§§ 10 Abs. 1 und 19 Abs. 1 Ziff. 3 VRG – Gegenüber Spezialadressaten sind Allgemeinverfügungen individuell und persönlich zu eröffnen, d.h. die anordnende Behörde kann sich nicht allein auf die öffentliche Bekanntmachung der Allgemeinverfügung beschränken (Erw. 2). Beginn des Fristenlaufs (Erw. 3). 151

II. Zivilrecht

1. Personenrecht

Art. 42 ZGB. – Berichtigung einer Eintragung im Zivilstandsregister 157

2. Familienrecht

Art. 175 ZGB – Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes, wenn beide Ehegatten in der ehelichen Wohnung bleiben. In einem solchen Fall kommt der subjektiven Komponente und der Erkennbarkeit des entsprechenden Trennungswillens zentrale Bedeutung zu (E. 1). Art. 30c Abs. 5 BVG i.V.m. Art. 172 Abs. 3 ZGB – Zuständigkeit des Eheschutzrichters zur Erteilung der Zustimmung zum Vorbezug von Altersleistungen (E. 5). 159

3. Obligationenrecht

Art. 197 OR; Art. 201 Abs. 1 OR – Mit Bezug auf die Zusicherung von Eigenschaften wird zwar kein ausdrücklicher Verpflichtungswillen des Verkäufers verlangt, wohl aber eine (auch konkludente) Erklärung über Sacheigenschaften, die erkennbar für den Kaufentschluss des Käufers entscheidend war. 163

Art. 259d und e OR – Herabzusetzen ist der vertraglich geschuldete Nettomietzins im prozentual ermittelten Umfang. Für das Entstehen des Schadenersatzanspruches wird gefordert, dass dem Mieter durch ein vertragswidriges, schuldhaftes Verhalten des Vermieters ein Schaden entstanden ist. 164

Art. 398 OR – Trifft der Beauftragte bei Fälligkeit seiner Tätigkeitspflicht keine Anstalten zur Herbeiführung des angestrebten Erfolgs, begeht er eine Vertragsverletzung. Der Auftraggeber ist berechtigt – wenn er dies unverzüglich erklärt – auf die Leistung zu verzichten und vom Vertrag zurückzutreten. 166

Art. 699 Abs. 3 und 4 OR – Das Begehren um Einberufung einer Generalversammlung ist nur rechtsgültig, wenn gleichzeitig mindestens ein Verhandlungsgegenstand (Traktandum) und ein damit verbundener konkreter Antrag in Schriftform dem Verwaltungsrat zugestellt wird. 168

Art. 725 Abs. 2 OR. – Bei einer Überschuldung der Aktiengesellschaft ist der Verwaltungsrat grundsätzlich zur sofortigen Benachrichtigung des Richters verpflichtet. Der Verwaltungsrat handelt jedoch nicht schuldhaft, wenn er statt dessen unverzüglich saniert und konkrete Aussicht besteht, dass die Überschuldung beziehungsweise die Zahlungsunfähigkeit innerhalb von 60 Tagen seit Erstellung der Zwischenbilanzen beziehungsweise seit Feststellung der Zahlungsunfähigkeit behoben wird. 169

III. Schuldbetreibung und Konkurs

Art. 53 SchKG. – Erfolgte die Sitzverlegung der Schuldnerin – wie im konkreten Fall – bevor ihr der Konkurs angedroht wurde, kann die Betreibung am neuen Betreibungsort ohne Einleitungsverfahren fortgesetzt werden. Wurden seit der Beseitigung des Rechtsvorschlages Teilzahlungen auf die Betreibungsforderung geleistet, ändert das nichts daran, dass die Betreibung für den Restbetrag ohne weiteres fortgesetzt werden kann. 171

Art. 67 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 68 SchKG, Art. 102 Abs. 1 und 2, 104 Abs. 1 OR. – Liegt ein Mahngeschäft i. S. von Art. 102 Abs. 1 OR vor und ist eine Mahnung nicht nachgewiesen, wird nach konstanter Rechtsprechung der Zahlungsbefehl als verzugsauslösende Mahnung qualifiziert (Erw. 3a). Für Betreibungskosten wird keine Rechtsöffnung erteilt (Erw. 3b). 173

Art. 80 SchKG, Art. 47 OG, § 62 ZPO, Art. 120 ff. OR. – Bei Trennung von Haupt- und Widerklage ist bei verrechenbaren Ansprüchen die Vollstreckbarkeit des zuerst gefällten Urteils aufzuschieben bis über den anderen Anspruch ebenfalls entschieden worden ist. 175

Art. 93 Abs. 1 SchKG – Lohnsperre. Voraussetzungen, unter denen das Betreibungsamt eine Sperre der Lohnansprüche des Schuldners gegenüber seinem Arbeitgeber verfügen kann. 177

Art. 192 SchKG, Art. 725a OR. – Fehlt es an der gesetzlich vorgesehenen Prüfung der Zwischenbilanz zu Veräusserungs- und Fortführungswerten, kann die Konkurseröffnung wegen Überschuldung trotzdem erfolgen, wenn sich die Überschuldung aus den übrigen Akten klar ergibt. Ein Konkursaufschub ist jedoch schon aus diesem Grunde ausgeschlossen (Erw. 3). 179

Art. 213 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG – Die Verrechnung ist mit Bezug auf den Erwerb von Aktien ausgeschlossen, da der Rechtsgrund der Forderung in Tatsachen liegt, die nach der Konkurseröffnung eingetreten sind. Vor der beschlossenen Kapitalherabsetzung bzw. Ausschüttung an die Aktionäre hat dieser Anspruch auch nicht virtuell bestanden. 184

Art. 272 SchKG; §§ 205 Abs. 1, 208 Ziff. 1, 212 ZPO. – Gegen die Ablehnung des Arrestbegehrens ist die Beschwerde an die Justizkommission gegeben. Das Novenrecht bestimmt sich nach § 212 i.V. § 205 Abs. 1 ZPO (Erw. 1). Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Arrestvoraussetzungen (Erw. 2). Glaubhaftmachung im konkreten Fall bejaht (Erw. 3). 186

IV. Rechtspflege

1. Gerichtsstand

Art. 22 Abs. 2 GestG – Es sind nur Geschäfte des «üblichen Verbrauchs» als Konsumentenverträge zu qualifizieren. Ausserordentliche Anschaffungen, die nicht regelmässig getätigt werden, sowie eigentliche Luxusgüter fallen nicht in den Anwendungsbereich. 189

2. Zivilrechtspflege

§ 21 Abs. 2 ZPO. – Im Eintritt des Abtretungsgläubigers nach Art. 260 SchKG in den Aktivprozess der Konkursitin kann kein Parteiwechsel erblickt werden. Die Sicherstellung einer allfälligen Parteientschädigung durch den Abtretungsgläubiger lässt sich daher nicht auf § 21 Abs. 2 ZPO stützen. 192

§§ 25, 26 und 27 Abs. 1 ZPO – Die Zulässigkeit der Streitverkündung im summarischen Verfahren ist in der Lehre umstritten. Soweit die Streitverkündung jedoch der Einfachheit und Raschheit des summarischen Verfahrens nicht entgegensteht, ist sie zuzulassen. 196

§ 30 ZPO. – Wird eine Beschwerde von einem nicht zur Vertretung berechtigten Nichtanwalt unterzeichnet, ist eine kurze, gegebenenfalls über die Beschwerdefrist hinausgehende Nachfrist für die gültige Unterzeichnung anzusetzen. 198

§ 36 Abs. 1 und 2 ZPO. – Wird eine Bank mit der Überweisung des verlangten Kostenvorschusses auf das Postcheckkonto der Gerichtskasse beauftragt, gilt der Kostenvorschuss nur dann als rechtzeitig geleistet, wenn er am letzten Tag der Frist bei der Postfinance eintrifft und als Fälligkeitsdatum ebenfalls spätestens dieses Datum angegeben wird. 200

§ 43 Abs. 1 ZPO. – Vom zahlungsunfähigen Kläger kann die Sicherstellung der Parteientschädigung verlangt werden. Der Zahlungsunfähige zeichnet sich dadurch aus, dass er nicht über die Mittel verfügt, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen. Um solche handelt es sich bei der im Streite liegenden Forderung und den damit zusammenhängenden Gerichts- und Parteikosten nicht. Allfällige künftige Verbindlichkeiten bei der heute zu beurteilenden Zahlungsfähigkeit bzw. -unfähigkeit können nicht berücksichtigt werden. 201

§ 94 f. ZPO, § 208 Ziff. 4 ZPO. – Weist der kantonsgerichtliche Referent ein gegen die von ihm nominierten Gutachter gestelltes Ausstandsbegehren ab und stellt fest, dass der Beschwerdeführer durch seine eigenmächtige Weigerung, den angesetzten Begutachtungstermin wahrzunehmen, auf das Gutachten zu seinem Gesundheitszustand verzichtet hat, handelt es sich dabei um eine Beweisverfügung. Gegen diese Verfügung ist die Einsprache an das Kantonsgericht gegeben. Die Beschwerde an die Justizkommission nach § 208 Ziff. 4 ZPO ist damit ausgeschlossen. 202

§ 129 Ziff. 3 ZPO – Die Frage nach der Zulässigkeit des einstweiligen Rechtsschutzes im Firmenrecht entscheidet sich ausschliesslich nach dem kantonalen Prozessrecht. Beim Erlass vorsorglicher Massnahmen ist Zurückhaltung geboten, da das Unternehmen, dem der Gebrauch seiner Firma vorsorglich verboten würde, gezwungen wäre, diese Firma aufzugeben und eine neue anzunehmen, was praktisch nicht mehr rückgängig zu machen wäre. 206

§ 129 Ziff. 5 ZPO – Der Gesuchsteller verfügt im Rahmen der vorsorglichen Beweissicherung über die Verfahrensherrschaft. 208

§ 210 ZPO, Art. 56 SchKG. – Im Falle der Zustellung eines Rechtsöffnungsentscheides während den Betreibungsferien beginnt die Beschwerdefrist unabhängig vom Ausgang des Rechtsöffnungsverfahrens erst nach Ablauf der Betreibungsferien zu laufen. 209

§§ 41 ff. GOG. – Kann auf die betreibungsrechtliche Beschwerde offensichtlich wegen formellen Mängeln nicht eingetreten werden, erübrigt es sich, auf ein (erneut) gestelltes Ausstandsbegehren gegen die ordentlichen Mitglieder der Justizkommission einzutreten. 211

§ 45 Abs. 2 GOG. – Werden Ausstands- bzw. Ablehnungsgründe erst nach Abschluss des Verfahrens entdeckt bzw. ergeben sich solche aufgrund der Urteilsbegründung, sind diese mit dem gegen das Urteil zulässigen Rechtsmittel geltend zu machen (Erw. 2). Weiterleitung des Gesuchs von Amtes wegen an die zuständige Behörde (Erw. 3). 212

§ 81 GOG, § 49 Abs. 1 ZPO. – Erläuterung gemäss § 81 GOG (Erw. 4a–d). § 49 Abs. 1 ZPO, wonach die Prozessentschädigung dem Rechtsvertreter zugesprochen wird, wenn die unentgeltliche Partei obsiegt, beinhaltet eine Art Legalzession, d.h. die der obsiegenden Partei zugesprochene Prozessentschädigung geht sogleich und unmittelbar kraft Gesetzes auf dessen unentgeltlichen Rechtsbeistand über bzw. entsteht direkt bei diesem (Erw. 4f). Handelt es sich bei § 49 Abs. 1 ZPO um eine so verstandene Legalzession, kann ein Urteil, in welchem die Prozessentschädigung versehentlich dem obsiegenden Kläger statt seinem unentgeltlichen Rechtsvertreter zugesprochen wird, auf dem Wege der Erläuterung korrigiert werden (Erw. 4h). 213

3. Strafrechtspflege

§§ 6 ff., 11 ff., 34 u. 80 f. StPO. – Nach dem am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen § 11 Abs. 1 StPO gilt als Privatkläger einzig der Geschädigte, der im Untersuchungsverfahren ausdrücklich erklärt, sich am Verfahren im Straf- und/oder Zivilpunkt zu beteiligen. Der Strafantrag ist der Erklärung in Bezug auf die Beteiligung im Strafpunkt gleichgestellt. 219

§ 12 StPO. – Zur Anordnung und gegebenenfalls zwangsweisen Durchsetzung erkennungsdienstlicher Massnahmen ist alleine die Polizei zuständig, sofern diese nicht zum Zwecke der Erstellung eines DNA-Profils erfolgt. Der Untersuchungsrichter hat daher in den erstgenannten Fällen keine Vorkehren zu treffen. Dementsprechend können derartige Anordnungen und Handlungen der Polizei einzig auf dem Verwaltungsweg angefochten werden. 220

§§ 34 Abs. 3 und 37 Abs. 2 in Verbindung mit § 55 Abs. 2 StPO. – Im zugerischen Strafprozess wird der Prozessstoff durch die Überweisungsverfügung in Kombination mit der Anklageschrift bestimmt und begrenzt. Praxisänderung. 222

§§ 70 ff. StPO, Art. 19 Abs. 2 ZGB. – Die Ergreifung eines Rechtsmittels im Strafprozess setzt voraus, dass der Rechtsmittelkläger urteilsfähig ist. Anders als im Zivilprozess ist hier hingegen seine Handlungsfähigkeit nicht verlangt (Erw. 3a). Urteilsfähigkeit im konkreten Fall verneint (Erw. 3b). 225

§ 75 Abs. 3 StPO; § 89 GOG. – Berufungsverhandlung; entschuldigtes bzw. unentschuldigtes Fernbleiben. 228

§§ 70 f. StPO; § 80 StPO. – Gegen Einstellungsbeschlüsse des Einzelrichters steht weder das Rechtsmittel der Berufung noch das Rechtsmittel der Beschwerde offen. 230

B. Verwaltungspraxis

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

Bürgerrecht

Kognition des Regierungsrates gegen Verfügungen des Bürgerrates gemäss BüG 235

II. Zivilrecht

1. Personenrecht

Art. 13, 19 Abs 1 , 304, 305 Abs. 2, 333 Abs.1 ZGB, § 22 VRG – Ein 14-jähriges Kind ist bei fehlender Zustimmung der Eltern zur Erhebung einer Beschwerde nicht prozessfähig (E.3). Keine Erhebung von Spruchgebühren, da weder der 14-jährige Beschwerdeführer noch die Eltern für die Kosten des Verfahrens aufzukommen haben (E.4). 240

Art. 23, 24, 26 ZGB – Prozessvoraussetzung der rechtsgültigen Vertretung offen gelassen (I. Formelles E. 3, 4). Zivilrechtlicher Wohnsitzbegriff (II. Materielles E. 1). Keine Wohnsitzbegründung bei einem Aufenthalt eines geistig Behinderten zu einem Sonderzweck in einem Heim (II. Materielles E. 2, 3,4). 241

2. Grundbuchwesen

Art. 635 und 956 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 103 Grundbuchverordnung – Abweisung einer Grundbuchanmeldung über die «Abtretung eines Erbteils» an einem Grundstück, welche den Eintritt der Tochter eines ausscheidenden Miterben in die Erbengemeinschaft bezweckt. – Zulässigkeit der Grundbuchbeschwerde (E. I. 2). – Eine gesamthafte «Abtretung eines Erbteils» entfaltet nur dann dingliche Wirkung, wenn diese Rechtsfolge von sämtlichen Miterben ausdrücklich gewollt ist und die Vereinbarung unter Miterben erfolgt. Der Tochter des ausscheidenden Miterben kann als ausserhalb der Erbengemeinschaft stehenden Dritten nur der Liquidationsanteil abgetreten werden, der dem abtretenden Miterben aus der Erbteilung zugewiesen wird (E. II. 1). – Nachdem der übereinstimmende Parteiwille auf die Übertragung der Erbenstellung gerichtet ist, erfolgte die Grundbuchabweisung zu Recht (E. II. 2). 248

III. Baurecht

§ 12 Abs. 1 und Abs. 3 lit. a NHG, Art. 33 Abs. 2 und 3 lit. a und Art. 34 Abs. 3 RPG, Art. 44 USG, § 41 Abs. 1 und 3 VRG, § 41 PBG – Sind der Zuger Heimatschutz und der Schweizer Heimatschutz berechtigt, einen Beschluss der Gemeindeversammlung Cham über die Änderung der Bauordnung, des Zonenplanes sowie des Empfindlichkeitsstufenplanes und den Erlass eines Bebauungsplanes anzufechten? Darf ein Gebiet, das in einem BLN-Objekt liegt, eingezont werden? 253

Art. 19 Abs. 1 RPG, Art. 27 Abs. 1 lit. a BO Oberägeri – Baureife eines Grundstückes, Erschliessungspflicht des Gemeinwesens. 260

IV. Soziale Sicherheit

Sozialhilfe

§ 19 SHG – Voraussetzungen für die Ausrichtung von Sozialhilfeleistungen (E. 2). Grundsätzlich trägt die Sozialhilfe nur die Kosten einer Ausbildung in staatlichen oder staatlich subventionierten Institutionen. Die Praxis anerkennt jedoch in besonderen Fällen einen Anspruch auf die Übernahme der Kosten von Privatschulen. In dem vorliegenden Fall liegt kein solcher Anspruch vor (E. 3). Auch aus Sicht der Gleichbehandlung mit Menschen, die ohne Sozialhilfeleistungen in wirtschaftlich bescheidenen Verhältnissen leben, ist das Kostenübernahmegesuch abzuweisen (E. 4). Das Programm «Einstieg in die Berufswelt» unterstützt die Beschwerdeführerin gezielt und intensiv bei der Suche nach einem Ausbildungsplatz (E.5). Ablehnung des Kostenübernahmegesuchs (E.6). 264

V. Verwaltungsrechtspflege

Art. 29 Abs. 1 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 BV (Art. 4a BV),§ 36 Personalgesetz, § 11 i.V.m. § 13 des Kantonsratsbeschlusses über die Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen, § 42 Verwaltungsrechtspflegegesetz – Ausstand. Kein Vorliegen von Ausstandsgründen des kantonalen Rechts (E. 3). Wahrung der nötigen Objektivität und Distanz durch die Direktionsvorsteherin und die Mitarbeitenden der Direktion des Innern (E.4). Regierungsrat als Entscheidinstanz dieser Beschwerde (E.5). Der Ausstand als Ausnahme im Verhältnis zur regelhaften Verfahrensordnung (E.6). Ablehnung des Ausstandsbegehrens (E. 7). 270

C. Grundsätzliche Stellungnahmen

Datenschutzpraxis

I. Darf der Kanton online auf die Datenbank der Einwohnerkontrolle zugreifen? 278

II. Das abgelehnte Stipendiengesuch und die Bekanntgabe der Finanzlage der Eltern an den Gesuchstellenden 281

III. Dürfen Resultate von Lebensmittelkontrollen im Internet veröffentlicht werden? 283

IV. Datenerhebung für eine Forschungsstudie – und wo bleibt das Steuergeheimnis? 286

V. Zur Aufhebung einer Datensperre 289

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angeführten Ort
ABl	Amtsblatt des Kantons Zug
Abs.	Absatz
AGSchV	Allgemeine Gewässerschutzverordnung vom 19. Juni 1972 (SR 814.201)
AHVG	BG über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (SR 831.10)
AHVV	V über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947 (SR 831.101)
ANAG	BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (SR 142.20)
ANAV	VV zum ANAG vom 1. März 1949 (SR 142.201)
AVIG	BG vom 25. Juni 1982 über die Obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (SR 837.0)
AVIV	BG vom 25. Juni 1982 über die Obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung 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 Insolvenzentschädigung (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
BBl	Bundesblatt

BG	Bundesgesetz
BGBB	BG über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (SR 211.421.11)
BGBM	BG über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz: BGBM; SR 943.02)
BGE	Entscheidung(en) des Schweizerischen Bundesgerichtes
BGS	Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons Zug
BKBVG	Eidgenössische Beschwerdekommission für die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
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	Datenschutzgesetz vom 28. September 2000 (BGS 157.1)

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

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

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

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

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

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

A. Gerichtspraxis

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Planungs- und Baurecht

Art. 22 RPG; § 44 PBG – Unter welchen Voraussetzungen braucht es für die Sanierung einer schadhaften Stützmauer eine Baubewilligung?

Aus dem Sachverhalt:

Mit Verfügung vom 2. Dezember 2002 teilte der Gemeinderat Oberägeri A.B. mit, er habe der gemeindlichen Bauabteilung spätestens einen Monat nach Rechtskraft der Verfügung eine nachträgliche Baueingabe für die bereits im Jahr 1998 ausgeführte Erneuerung der Stützmauer auf dem GS Nr. 182 mit einem entsprechenden Baugesuch für die öffentliche Ausschreibung einzureichen. Gegen diese Verfügung liess A.B. am 27. Dezember 2002 beim Regierungsrat Beschwerde einreichen und beantragen, die Verfügung des Gemeinderates sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben. Er machte im Wesentlichen geltend, für die blosse Sanierung einer Stützmauer brauche es kein Baugesuch. Die ausgeführten Arbeiten seien nicht bewilligungspflichtig. Die fragliche Stützmauer sei schon 1958 erstellt und nach diversen Unwettern jeweils nur repariert worden. Im Jahr 1998 habe man nur defekte Mauerreste entfernt und diese im gleichen Umfang wieder ersetzt. Mit Beschluss vom 8. Juli 2003 wies der Regierungsrat die Beschwerde ab. Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, aufgrund der vorhandenen Unterlagen und den Angaben des Sohnes des Beschwerdeführers beim Augenschein der Baudirektion sei klar, dass die alte Stützmauer im Jahr 1998 abgebrochen und durch eine neue Stützmauer aus Quadersteinen ersetzt worden sei. Auch wenn die neue Stützmauer den gleichen Umfang und die gleichen Masse wie die alte Mauer aufweise, so hätten doch die Eigentümer für die ausgeführten Arbeiten ein Baugesuch mit den nötigen Planunterlagen bei der Gemeinde einreichen sollen. Weil sie dies nicht getan hätten, habe sie der Gemeinderat zu Recht aufgefordert, nachträglich ein Baugesuch samt Planunterlagen einzureichen. Gegen den Regierungsratsbeschluss liess A.B. am 21. August 2003 Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen und beantragen, der Regierungsratsbeschluss sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben.

Aus den Erwägungen:

1. ...

2. a) Gemäss Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (SR 700, RPG) dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Zu definieren ist vorerst, was in diesem Zusammenhang unter dem Begriff «Bauten und Anlagen» zu verstehen ist. Nach der bundesgerichtlichen Praxis fallen darunter

künstlich geschaffene und auf die Dauer angelegte Einrichtungen, die in fester Verbindung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, indem sie z.B. den Raum äusserlich erheblich verändern (vgl. hierzu Ruch Alexander, Kommentar RPG, Art. 22 N 24 mit Verweis auf die Praxis des Bundesgerichts). Vom Begriff der Bauten und Anlagen zu unterscheiden sind die Vorgänge, die der Bewilligungspflicht unterstehen. Artikel 22 RPG verlangt eine Bewilligung für Bauten und Anlagen, die errichtet oder geändert werden. Eine Baute oder Anlage wird errichtet, wenn sie neu gebaut wird oder wenn ein Wiederaufbau oder ein Ersatzbau erfolgt. Eine bewilligungspflichtige Änderung liegt vor, wenn – bei gleich bleibendem Nutzungszweck – ein Umbau, ein Anbau oder eine Erweiterung sowie eine das übliche Mass überschreitende Erneuerung vorgenommen wird (vgl. hierzu Peter Hänni, Bau-, Planungs- und besonderes Umweltrecht, 4. Auflage, S. 287 ff., 289). Von einer das übliche Mass überschreitenden Erneuerung spricht man, wenn bauchtechnisch oder äusserlich erhebliche Änderungen vorgenommen werden. Sie kann in einer äusserlichen baulichen Umgestaltung, aber auch in der Verwendung anderer Materialien oder Farben bestehen. Unter Erneuerung versteht man auch eine über den blossen Unterhalt und die Instandstellung oder den Ersatz schadhafter Teile hinausgehende wesentliche Verbesserung des Zustandes einer Baute oder Anlage (vgl. hierzu Aldo Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Art. 1, N 18 f.).

b) Bis zum 31. Dezember 1999 wurde das Baubewilligungsverfahren im Kanton Zug durch die §§ 21 ff. der Vollziehungsverordnung zum Baugesetz vom 29. März 1988 (aVVBauG) geregelt. In § 7 Abs. 2 regelte die alte Vollziehungsverordnung, dass unter anderem auch Mauern unter die Baubewilligungspflicht fallen würden. Einer Baubewilligungspflicht bedurfte nach altem Recht die Erstellung oder Änderung sowie die Zweckänderung von Bauten und Anlagen. Den Gemeinden wurde es offen gelassen, ob sie den Umfang der Bewilligungspflicht weiter ausdehnen wollten. Seit dem 1. Januar 2000 sind das Planungs- und Baugesetz vom 26. November 1998 (BGS 721.11, PBG) sowie die Verordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 16. November 1999 (BGS 721.111, V PBG) in Kraft. Die Baubewilligung ist in den §§ 44 ff. des PBG geregelt. Paragraph 44 Abs. 1 PBG bestimmt, dass einer Bewilligung der zuständigen Gemeindebehörde bedarf, wer Bauten und Anlagen erstellen, ändern oder anders nutzen will. Wer Bauten und Anlagen von geringer Tragweite und ohne erhebliches Interesse für Einspracheberechtigte oder die Öffentlichkeit erstellen oder baulich ändern will, hat dies der zuständigen Gemeindebehörde vorher schriftlich anzuzeigen (§ 44 Abs. 2 PBG).

3. Zu prüfen ist vorerst, ob die Sanierungsarbeiten, die im Frühsommer 1998 an der Stützmauer südlich der Liegenschaft von A.B. vorgenommen wurden, der Baubewilligungspflicht unterlagen oder nicht.

a) Am 18. Juli 2002 bestätigte die Firma X.Y. AG gegenüber dem Beschwerdeführer in Briefform, dass er anfangs Mai 1998 mit der Bitte an sie gelangt sei, seine bereits teilweise eingestürzte Stützmauer bei der Liegenschaft A. baldmöglichst zu sanieren. Nach dem Erstellen einer Offerte habe man am 28. Mai 1998 den Auftrag erhalten, die Arbeiten umgehend auszuführen, um weitere Folgeschäden auszuschliessen. Die Mauer habe ständig mehr einzustürzen gedroht. Daraufhin seien wie vereinbart die defekten Mauerreste entfernt und an deren Stelle, im gleichen Umfang, die neue Stützmauer erstellt worden.

b) Beim Augenschein vom 13. November 2003 wurde M. N. von der X.Y. AG als Zeuge befragt. Er bestätigte, dass die «alte» Mauer aus formwilden Natursteinen bestanden habe, deren Länge und Breite etwa einen halben Meter betragen habe. Die defekten Mauerreste seien entfernt worden und an deren Stelle eine neue Stützmauer erstellt werden. Die alte Mauer sei ganz entfernt worden. Zum Teil habe man auch den Teil des alten Fundaments, der nicht mehr zu brauchen gewesen sei, neu erstellen müssen. Es seien alle Quader neu gemacht worden, der ganzen Länge nach und von unten bis oben. Die alte Mauer sei an drei Stellen instabil gewesen, nämlich von unten gesehen rechts auf der Höhe der Hausecke, dann vorn in der Mitte und an der linken Ecke auf der Westseite. Der Aufbau mit den alten Steinen wäre nicht mehr möglich gewesen, da die Plattform schon angerissen gewesen sei. Die Steine seien auch zu schmal gewesen. Man habe ausschliesslich neue Steine verwendet.

c) Die umstrittene Stützmauer, die eine mittlere Länge von achtzehn Metern aufweist und die an der linken Ecke bis zu 3.5 Metern hoch sein dürfte, musste im Mai/Juni 1998 ganz abgerissen werden, nachdem wegen Regen und Bergdruck die Mauer an drei Stellen beschädigt war und auf der ganze Länge einzustürzen drohte. Die X.Y. AG erhielt daraufhin vom Beschwerdeführer den Auftrag, die alte Mauer gänzlich abzureissen, die Fundamente zum Teil neu zu erstellen und eine ganz neue Stützmauer aus neuen Steinquadern zu erstellen. Unbestritten ist, dass es sich bei dieser optisch sehr stark in Erscheinung tretenden Stützmauer um eine Baute im Sinne des Baurechts handelt, die grundsätzlich der Baubewilligungspflicht untersteht. Ebenfalls unbestritten ist, dass die Mauer in den gleichen Ausmassen schon seit 1958 besteht und verschiedentlich saniert werden musste. Im Jahre 1998 musste diese Stützmauer ganz abgerissen und neu aufgebaut werden. Dabei handelt es sich aber nicht mehr um eine bewilligungsfreie Sanierung von schadhaften Teilen, sondern um eine bewilligungspflichtige Erneuerung. Die ganze Stützmauer inklusive Teile der Fundamente wurde abgerissen und mit neuen, massiveren Quadersteinen (60 x 60 x 140 cm) wieder in den alten Ausmassen aufgebaut. Mit den neuen Materialien und der teilweise neuen Fundation wurde eine wesentliche Verbesserung des Zustandes der Stützmauer erreicht. Eine so weitgehende bautechnische und optisch zum Ausdruck kommende Veränderung bzw. ein vollumfänglicher Wiederaufbau un-

tersteht aber der Baubewilligungspflicht. Insofern erweisen sich die Entscheide der Vorinstanzen als korrekt.

Was der Beschwerdeführer dagegen in seiner Eingabe vom 2. August 2004 vorbringt, lässt keine anderen Schlüsse zu. Der oberirdische Teil der Mauer wurde gänzlich entfernt und mit optisch veränderten und massiveren Steinen wieder aufgebaut. Von der alten Mauer blieben nur noch Teile des Fundaments. Aber auch das Fundament musste vor allem mit Fundamentbeton massiv verstärkt werden, was allein Kosten von über Fr. 3'400.– verursachte. Man kann nicht mehr ernsthaft von einer Sanierung von schadhaften Teilen sprechen. Es wurde vielmehr die alte Natursteinmauer abgerissen und völlig durch eine neue ersetzt. Ein solcher Neuaufbau untersteht aber der Baubewilligungspflicht.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 31. August 2004 V 2003 / 105

Art. 19 Abs. 1 RPG; § 5 GSW. – Begriff der hinreichenden Zufahrt. Eine Zufahrt ist hinreichend, wenn sie tatsächlich und rechtlich sichergestellt ist. Bedeutung eines im Grundbuch angemerkten öffentlichen Fuss- und Fahrwegrechts, auch wenn dieses im Anhang des gemeindlichen Strassenreglements nicht aufgeführt ist.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Am 24. Oktober 2002 reichten C. und D. M. beim Gemeinderat Risch ein Baugesuch für den Ausbau und die Erweiterung ihres landwirtschaftlichen Betriebes ein. Das Baugesuch wurde am 31. Oktober 2002 und am 8. November 2002 öffentlich ausgeschrieben. Am 14. November 2002 reichte A. B. beim Gemeinderat Einsprache ein und machte sinngemäss geltend, für eine Erweiterung des Betriebes M. fehle es an einer genügenden Zufahrt. Am 24. März 2003 erteilte der Gemeinderat Risch die Baubewilligung für den Ausbau und die Erweiterung des Betriebes M. Gleichzeitig eröffnete er einen Zwischenentscheid der Baudirektion vom 13. Dezember 2002, worin diese dem Bauvorhaben im Sinne von § 10 des Planungs- und Baugesetzes des Kantons Zug vom 26. November 1998 (PBG) zustimmte.

Am 25. April 2003 liess A.B. beim Verwaltungsgericht Beschwerde einreichen und beantragen, die Verfügung der Baudirektion vom 13. Dezember 2002 betreffend Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge aufzuheben. Zur Begründung lässt er unter anderem ausführen, eine hinreichende Zufahrt müsse nicht nur tatsächlich, sondern

auch rechtlich sichergestellt sein. Wenn eine Zufahrt über fremdes Eigentum führe, so würden die entsprechenden Dienstbarkeitsverträge zur rechtlichen Sicherung gehören. Beim Erfordernis der genügenden Zufahrt handle es sich um eine öffentlich-rechtliche Vorschrift, die im Baubewilligungsverfahren von Amtes wegen zu prüfen sei. Sowohl der Gemeinderat wie auch die Baudirektion hätten die Rechtsfrage zu Unrecht auf den Zivilweg verwiesen. Es müsse vorfrageweise geprüft werden, ob die Bauherrschaft im Sinne des öffentlichen Rechts über eine rechtlich gesicherte Zufahrt zu ihrem Grundstück verfüge.

Mit Vernehmlassung vom 26. Mai 2003 beantragt die Baudirektion die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers, soweit darauf einzutreten sei. Aus raumplanerischer Sicht sei die Erschliessungsstrasse zur landwirtschaftlichen Liegenschaft der Bauherrschaft genügend. Was den Einwand betreffe, die Bauherrschaft verfüge nicht über die notwendigen Wegrechte zur Benutzung als Zufahrtsstrasse, so könne auf dieses Vorbringen im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden, da die Baubehörden das Baugesuch auf die Übereinstimmung mit dem öffentlichen Recht zu prüfen hätten. Es stehe ihnen nicht zu, zivilrechtliche Verhältnisse zu entscheiden. Auf die Beschwerde könne in diesem Umfang nicht eingetreten werden. Die Bauherrschaft liess mit Vernehmlassung vom 30. Juni 2003 beantragen, die Beschwerde sei abzuweisen, es sei eine grundsätzliche Stellungnahme von der Baudirektion einzuholen und es sei ein Augenschein durchzuführen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers. Zur Begründung wird unter anderem ausgeführt, die Vorinstanzen hätten die Rechtsfrage, ob eine genügende Zufahrt bestehe, materiell nicht geprüft. Die Frage hätte aber wohl geprüft werden müssen, da eine Baubewilligung auch ausserhalb der Bauzone nur auf baureifen Grundstücken erteilt werden dürfe. Da es sich hierbei um eine Rechtsfrage handle, sei eine Rückweisung an die Vorinstanz aber nicht erforderlich, denn das Gericht könne zu der Frage materiell Stellung nehmen. Richtig sei, dass im Grundbuch zu Gunsten des Grundstücks der Bauherrschaft und zu Lasten des Grundstücks des Beschwerdeführers kein Fahrwegrecht eingetragen sei. Der Beschwerdeführer werde aber wohl kaum in Abrede stellen, dass es sich bei dieser Strasse um die einzige Zufahrt zum Betrieb M. handle, die auch seit jeher als solche genutzt worden sei. Der Umstand, dass kein privates Wegrecht zu Gunsten des Betriebes M. eingetragen sei, beruhe einzig darauf, dass es sich hierbei um einen Weg handle, der seit unvordenklicher Zeit im Gemeingebrauch stehe und deshalb als öffentliche Strasse einzustufen sei.

Auf Aufforderung des Gerichts hin nahm die Baudirektion mit Eingabe vom 25. Juli 2003 zu der Frage Stellung, ob es sich bei der Zufahrtsstrasse zum Grundstück der Bauherrschaft um eine öffentliche oder eine private Strasse handle. Mit Schreiben vom 18. August 2003 teilte der Gemeinderat Risch dem Verwaltungsgericht mit, aus der Sicht der Gemeinde handle es

sich um eine Privatstrasse mit öffentlichem Fahrwegrecht. Aus diesem Grund sei den Eigentümern auch jährlich der Aufwand für die Schneeräumung durch die Gemeinde entschädigt worden. 1977/78 und anfangs der neunziger Jahre habe die Gemeinde den obligaten Anteil von 20% gemäss Strassenreglement an die Kosten eines Belagseinbaus bzw. an verschiedene Belags- und Oberflächenbehandlungen bezahlt. Insgesamt seien Beiträge von ca. Fr. 50'000.– geleistet worden. Am 4. September 2003 fand ein Augenschein statt.

Aus den Erwägungen:

...

2. a) Die Erteilung einer Baubewilligung setzt gemäss Art. 22 Abs. 2 lit. b RPG voraus, dass das Land erschlossen ist. Land ist erschlossen, wenn unter anderem eine für die betreffende Nutzung hinreichende Zufahrt besteht (Art. 19 Abs. 1 RPG). Die Anforderungen an die Erschliessung sind je nach der beanspruchten Nutzung und nach den massgeblichen Umständen im Einzelfall verschieden. Die Erschliessung für eine Industriezone hat andere Voraussetzungen zu erfüllen als die für eine Wohnzone. Ein Bauvorhaben muss spätestens im Zeitpunkt der Realisierung über die für den ordnungsgemässen Betrieb erforderliche strassenmässige Erschliessung verfügen, ansonsten die Baubewilligung nicht erteilt werden kann (BGE 127 I 111 Erw. 7d mit Verweis auf BGE 118 Ib 66). Bei der Beurteilung der Frage nach der genügenden Erschliessung steht den kantonalen und kommunalen Behörden ein erhebliches Ermessen zu (vgl. hierzu BGE 121 I 68 f.).

b) Bauten und Anlagen müssen erreichbar sein und über Wasser und Energie sowie eine geeignete Abwasserbeseitigung verfügen. Artikel 22 Abs. 2 lit. b RPG verlangt, dass diese Frage für jedes einzelne Bauvorhaben gelöst ist, in welcher Nutzungszone es auch immer zu stehen kommt. Erschliessung im Sinne des RPG ist nicht an eine Bauzone gebunden. Für Bauten oder Anlagen, für die eine Ausnahmebewilligung nach Art. 24 ff. RPG erteilt wird, ergibt sich die Erschliessungspflicht auch aus Art. 22 Abs. 2 lit. b RPG, denn die Art. 24 ff. RPG entbinden den Bauherrn bloss vom Erfordernis der Zonenkonformität, nicht aber von den weiteren Anforderungen wie z.B. die der Erschliessung (vgl. hierzu Peter Heer, Die raumplanungsrechtliche Erfassung von Bauten und Anlagen im Nichtbaugebiet, Zürich 1996, S. 79 f.). Erschliessung nach dem RPG ist ein beweglicher Begriff und kennt keine starren Voraussetzungen. Die unbestimmten Gesetzesbegriffe wie «hinreichende Zufahrt» und «erforderliche Leitungen» zeigen, dass die Erschliessung verhältnismässig sein muss. Sie bestimmt sich – wie bereits erwähnt – nach der beanspruchten Nutzung einerseits und nach den massgeblichen Umständen des Einzelfalls andererseits. Bei den massgeblichen Umständen des Einzelfalls ist zu beachten, dass wichtige Anliegen der Raumplanung wie Anforderungen des Naturschutzes und der Landschafts-

pflege etc. nahe legen können, einen sachlich erwünschten Erschliessungszustand zu unterschreiten, solange dadurch keine polizeiwidrigen Umstände entstehen (vgl. hiezu Erläuterungen des EJPD zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Bern 1981, Art. 19 N 9). Auch bei Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone richten sich die Erschliessungsanforderungen nach den Umständen des Einzelfalls. Sinnvollerweise werden dabei für kleine Bauvorhaben keine allzu hohen Anforderungen an die hinreichende Zufahrt gestellt. Vor allem landschaftsschützerische Überlegungen sprechen gegen übermässige Strassen im Nichtbaugebiet (Bandli, a.a.O., S. 106).

c) Hinter dem gemäss Art. 19 RPG wichtigsten Erschliessungserfordernis der «für die betreffende Nutzung hinreichenden Zufahrt» stehen in erster Linie verkehrs-, gesundheits- und feuerpolizeiliche Überlegungen. Zufahrten dürfen den öffentlichen Verkehrsfluss nicht gefährden. Sie sollen öffentlichen Rettungsdiensten (Sanität, Feuerwehr) ungehinderten Zugang zum Grundstück verschaffen. Die Erschliessung des einzelnen Grundstücks ist daher in weitem Mass polizeilich begründet (die Zufahrt muss vorab der öffentlichen Gesundheit dienen, indem eine Baute für Rettungsfahrzeuge ungehindert erreichbar sein muss: vgl. hierzu Ruch Alexander, Kommentar zum RPG, Zürich 1999, Art. 22 N 84). Zur Beurteilung der Frage nach der hinreichenden Zufahrt verlangt das Gesetz eine Gegenüberstellung von Strassenverhältnissen und Verkehr, den das Bauvorhaben voraussichtlich erzeugen wird. Dass die Zufahrt hinreichend ist, muss tatsächlich und – sofern sie über fremdes Grundeigentum führt – auch rechtlich sichergestellt sein. Führt eine Zufahrt über fremdes Eigentum, so gehört unter Umständen ein entsprechender Dienstbarkeitsvertrag zur rechtlichen Sicherung (EJPD; Erläuterungen, Art. 19, N 12 ff.). Entgegen der Meinung der Vorinstanzen ist daher im vorliegenden Fall vorfrageweise die Frage zu prüfen, ob die Zufahrt rechtlich sichergestellt ist.

3. Die Bauherrschaft, der Gemeinderat und die Baudirektion berufen sich bezüglich der rechtlichen Sicherung der Zufahrt auf ein im Grundbuch angemerktes öffentliches Fuss- und Fahrwegrecht. Der Beschwerdeführer stellt sich diesbezüglich auf den Standpunkt, die betreffende Anmerkung betreffe den Rechtszustand vor Erlass des Strassenreglements der Gemeinde Risch von 1998. Da die Anmerkung lediglich deklaratorische Bedeutung habe und einen Hinweis auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse darstelle, habe sie keine eigenständige Bedeutung. Nachdem der Gemeinderat Risch die Verbindungsstrasse von der Kantonsstrasse bis zum Hof der Bauherrschaft beim Erlass des neuen Strassenreglements weder im Anhang aufführe noch in den Verkehrsrichtplan aufgenommen habe, habe diese Verbindung die Eigenschaft als öffentliche Strasse verloren. Sie sei gleichsam entwidmet worden.

a) Aus dem Grundbuchauszug des Grundstückes Nr. X. des Beschwerdeführers ergibt sich, dass dieses Grundstück seit dem 4. Juni 1952 unter anderem mit einem öffentlichen Fuss- und Fahrwegrecht belastet ist. Im Grund-

buchauszug ist eine entsprechende Anmerkung angebracht. Gemäss Art. 80 Abs. 1 der Verordnung über das Grundbuch vom 22. Februar 1910 (GBV) sind öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen auf dem Hauptbuchblatt und in der Grundstücksbeschreibung mit einem Stichwort und dem Hinweis auf einen Beleg und gegebenenfalls auf einen Plan anzumerken. Auf dem beim Grundbuchamt aufliegenden Originalplan der Gemeinde Risch aus dem Jahr 1936 ist die hier umstrittene Strasse ab der Kantonsstrasse bis zur Grenze des Grundstücks der Bauherrschaft GS Nr. Y grün eingefärbt. Grün eingefärbt sind gemäss der Legende und den Auskünften des Leiters der Abteilung Grundbuchbereinigung, Bruno Muff, die Privatstrassen auf denen ein öffentliches Fuss- und Fahrwegrecht lastet. Blau sind die öffentlichen Fusswegrechte eingefärbt.

b) Anmerkungen öffentlich-rechtlicher Eigentumsbeschränkungen erfolgen nur aufgrund einer rechtskräftigen Verfügung der zuständigen Behörde (Art. 80 Abs. 4 GBV). Zur Abgabe der Anmeldung ist sowohl die verfügende Behörde wie auch der Eigentümer legitimiert. Geht die Anmeldung von der Behörde aus, so hat sich aus der rechtskräftigen Verfügung, die auch dem Eigentümer eröffnet sein muss, zu ergeben, dass die Eigentumsbeschränkung angemerkt werden soll. Die Wirkungen der Anmerkungen beschränken sich darauf, privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse kundbar zu machen. Die Vornahme einer Anmerkung hat keine konstitutive Bedeutung, d.h. die Rechtsverhältnisse, Verfügungs- und Eigentumsbeschränkungen bestehen auch unabhängig ihrer Anmerkung. Die Anmerkung vermag andererseits auch nicht eine Vermutung dafür zu begründen, dass das angemerkte Rechtsverhältnis tatsächlich besteht (vgl. hierzu BSK, ZGB; Jürg Schmid, Basel 2003, Art. 946 N 71). Gestützt auf Art. 949 Abs. 2 ZGB hat der Kanton Zug in § 125 des Gesetzes über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug vom 17. August 1911 (EG ZGB, BGS 211.1) Folgendes geregelt: Öffentliche Fuss- und Fahrwege, die im Eigentum von Privaten stehen, sind nach Massgabe der Übergangsbestimmungen durch die Gemeinderäte festzustellen und ins Grundbuch eintragen zu lassen (vgl. hierzu Art. 43 SchlT). Die entsprechende Feststellung und Eintragung erfolgte im Kanton Zug nach der Bereinigung des Grundbuches.

c) Bei den Akten liegt ein Schreiben des Gemeinderates Risch an das Grundbuchamt Zug (Bereinigungsamt) vom 28. Mai 1952, mit dem der Gemeinderat unter Hinweis auf das Strassenregelement der Gemeinde Risch unter anderen mit Verweis auf § 3 die folgenden Wegrechte und Fusswegrechte zur Eintragung im Grundbuch anmeldete: «Ziff. 5: GBP Nr. X. und Z.». Am 4. Juni 1952 hielt der Bereinigungsbeamte fest, dass die Sache durch Anmerkung in den Bereinigungsheften erledigt sei. Am 22. Dezember 1952 teilte der Gemeinderat Risch dem Bereinigungsamt mit, dass man sich damit einverstanden erkläre, dass das öffentliche Fuss- und Fahrwegrecht durch die Liegenschaft K. bis zur Grenze der Liegenschaft M. führe. Der Be-

reinigungsbeamte merkte dies bei den GBP Nr. X. und K. an und hielt ergänzend fest, gemäss diesem Beleg sei nur die Strecke des öffentlichen Wegrechts näher bezeichnet. Das öffentliche Wegrecht selber ergebe sich aus dem Strassenreglement. Das entsprechende Strassenregelement, auf das auch der Gemeinderat in seiner Anmeldung vom 28. Mai 1952 Bezug nimmt, ist das «Strassen-Reglement der Einwohner-Gemeinde Risch» vom 24. Februar 1924. Dieses unterscheidet zwischen eigentlichen Gemeindestrassen und öffentlichen Fusswegen, anderen öffentlichen Strassen, Güterstrassen und Privatstrassen und Privatfusswegen. In § 3 sind die öffentlichen Strassen, die dem allgemeinen öffentlichen Verkehr dienen und von jedermann (gemäss § 6 des kantonalen Strassengesetzes vom 1. Juli 1920) begangen und befahren werden dürfen, aufgeführt. Dazu gehört gemäss § 3 Ziff. 5 des Reglements die «Strasse von der Kantonsstrasse bei R. W. Scheune gegen Sch. K-Hof». Dass mit der Bezeichnung «andere öffentliche Strassen» Privatstrassen mit einem öffentlichen Fuss- und Fahrwegrecht gemeint sind, die nicht im Eigentum der Gemeinde stehen, ergibt sich aus den § 7 ff. des Reglements, wo festgehalten ist, dass der Unterhalt der in § 3 und 4 genannten öffentlichen Strassen und Fusswege Sache des betreffenden Besitzers und Anstössers sei.

d) Am 19. Dezember 1972 erliess der Gemeinderat Risch ein neues Strassenreglement, mit dem das Reglement von 1924 aufgehoben wurde. In diesem Reglement wurden die im Eigentum der Gemeinde stehenden und die mit einem öffentlichen Fuss- und Fahrwegerecht belasteten Privatstrassen nicht mehr namentlich aufgeführt. Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers erfolgte damit aber keine «Entwidmung» aller Privatrassen, die mit einem öffentlichen Fuss- und Fahrwegrecht belastet sind. Im Gegenteil. Im § 37 Abs. 3 ist geregelt, dass die Gemeinde an den Unterhalt von Privatstrassen und Fusswegen mit öffentlichem Recht das Kies liefere. Sofern diese Strassen und Wege staubfrei gemacht würden, leiste die Gemeinde einen Beitrag von mindestens 20% der ausgewiesenen Kosten. Diese Bestimmung lieferte auch die rechtliche Basis für die finanziellen Beiträge der Gemeinde an den Belagseinbau auf dem umstrittenen Strassenabschnitt im Jahr 1977/78. Auch das Strassenreglement von 1982 enthält in § 28 eine fast wörtlich identische Regelung, gestützt auf die zu Beginn der 90iger Jahre nochmals Gemeindebeiträge für Belagsarbeiten zugesprochen wurden.

e) Gestützt auf § 17 Ziff. 7 und § 39 des alten Baugesetzes für den Kanton Zug und auf § 44 des Gesetzes über Strassen und Wege vom 30. Mai 1996 (GSW, BGS 751.14) erliess der Gemeinderat Risch am 5. Mai 1998 ein neues Strassenreglement. Paragraph 5 GSW hält fest, dass ein Verzeichnis im Anhang zum Strassenreglement Auskunft über die öffentlichen gemeindlichen Strassen und Wege geben soll. Während im Bericht und Antrag des Regierungsrates zum GSW vom 25. April 1995 noch von den dem Gemeingebrauch gewidmeten Strassen und Wegen die Rede ist, spricht der § 5 GSW in der endgültigen Fassung nur noch von den öffentlichen gemeindlichen

Strassen und Wegen. Im Anhang zum Strassenreglement Risch sind gemäss § 2 des Reglements die Gemeindestrassen, die gemeindlichen Radstrecken sowie die Fuss- und Wanderwege aufgeführt. Wie der Gemeinderat, der das Reglement erlassen hat, in seiner Stellungnahme vom 18. August 2003 bestätigt hat, sind in dieses Verzeichnis die Privatstrassen mit öffentlichem Fahrwegrecht nicht aufgenommen worden. Würde man der Ansicht des Beschwerdeführers folgen, wonach mit dem Verzeichnis von 1998 alle anderen öffentlichen Rechte an Privatstrassen aufgehoben gewesen wären, so hätte der Gemeinderat für all diese öffentlichen Fuss- und Fahrwegrechte ein «Entwidmungsverfahren» durchführen und anschliessend die Löschung der entsprechenden Anmerkungen im Grundbuch verlangen müssen. Dies war nie die Absicht des Gemeinderates. Im Anhang zum Strassenreglement sind nur die im Eigentum der Gemeinde stehenden Strassen gemäss Verkehrsrichtplan aufgeführt. Eine andere Bedeutung hat dieses Verzeichnis nicht. Vielmehr bestehen nach wie vor verschiedene Privatstrassen, die mit einem öffentlichen Fuss- und Fahrwegrecht belastet sind, und an die die Gemeinde gestützt auf § 24 Abs. 3 des neuen Reglements nach Massgabe des öffentlichen Interesses auch Beiträge für den Unterhalt gewährt. Entsprechend bezahlt die Gemeinde nach wie vor die Kosten für die Schneeräumung, soweit das öffentliche Fuss- und Fahrwegrecht besteht. Es war auch zu keiner Zeit die Meinung, dass mit der Genehmigung des Strassenreglements durch den Regierungsrat auch die Vollständigkeit der gemeindlichen Strassen und Wege mit einem öffentlichen Fuss- und Fahrwegrecht gleichsam mitgenehmigt worden wäre. Für den Anhang und dessen Änderungen ist gemäss § 2 Abs. 3 des Reglements ausdrücklich der Gemeinderat zuständig. Für diesen Anhang und dessen Vollständigkeit ist der Regierungsrat nicht zuständig.

Zusammenfassend ergibt sich, dass das Grundstück des Beschwerdeführers nach wie vor mit einem öffentlichen Fuss- und Fahrwegrecht belastet ist, das im Grundbuch angemerkt ist. Dieses Fuss- und Fahrwegrecht geht bis zur Grenze des Grundstücks der Bauherrschaft, so dass die Zufahrt rechtlich gesichert ist.

...

Urteil Verwaltungsgericht vom 22. Dezember 2003 V 2003/45

Gegen dieses Urteil liess der Beschwerdeführer staatsrechtliche Beschwerde und Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen, die jedoch vom Bundesgericht mit Urteil vom 13. Juli 2004 abgewiesen wurden, soweit es darauf eintrat (1A.37/2004), 1P.101/2004).

2. Vergaberecht

Art. 1 Abs. 2 Bst. c IVöB; §§ 14 Abs. 1 Bst. i und 28 VRöB – Die Zuschlagskriterien müssen in der Reihenfolge ihrer Bedeutung in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sein (Erw. 3a–c). Fehlen die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung in den Ausschreibungsunterlagen, so darf der Anbieter davon ausgehen, dass die Vergabe hauptsächlich nach dem Kriterium des Preises erfolgt (Erw. 3d).

Aus den Erwägungen:

...

3. a) Nach § 4 Abs. 1 SubmG erfolgt der Zuschlag – sofern nicht ausnahmsweise das alleinige Kriterium des niedrigsten Preises zur Anwendung kommt (vgl. § 4 Abs. 2 SubmG) – auf das wirtschaftlich günstigste Angebot. Bei der Bewertung ist das Preis-/Leistungsverhältnis zu beachten. Dabei müssen neben dem Preis je nach Auftrag eine sinnvolle Auswahl folgender Kriterien berücksichtigt werden: Qualität, Termine, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Ökologie, Zweckmässigkeit, technischer Wert, Ästhetik, Kreativität, Infrastruktur (vgl. auch § 28 der Vergaberichtlinien aufgrund der IVöB vom 14. September 1995, VRöB, BGS 721.521). Die für eine bestimmte Beschaffung massgeblichen Zuschlagskriterien und deren Gewichtung werden von der Vergabebehörde im Hinblick auf die Besonderheiten des Auftrags festgelegt, wobei ihr ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht. Um die geforderte Transparenz des Vergabeverfahrens (Art. 1 Abs. 2 Bst. c IVöB) zu gewährleisten, hat die Festlegung der Zuschlagskriterien zu Beginn des Verfahrens zu erfolgen und die Kriterien sind in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben (§ 14 Abs. 1 Bst. i VRöB). Dadurch werden diese für die Vergabebehörde und die Anbieter verbindlich. Ansonsten steht jedoch der Vergabebehörde sodann auch beim Entscheid darüber, welches Angebot anhand der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, ein erheblicher Ermessensspielraum zu. In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 IVöB; vgl. auch § 63 Abs. 3 VRG e contrario), nicht ein. Gerügt werden können dagegen Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (Art. 16 Abs. 1 Bst. a IVöB; § 63 Abs. 1 Ziff. 3 VRG) oder unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes (Art. 16 Abs. 1 Bst. b IVöB; § 63 Abs. 2 VRG). Der einer Vergabebehörde bei der Bewertung der Angebote zustehende erhebliche Beurteilungsspielraum entbindet diese daher nicht davon, den Sachverhalt richtig und vollständig festzustellen und ihren Entscheid auf eine objektive und sachlich nachvollziehbare Grundlage zu stellen.

b) Vorliegend hat es die Beschwerdegegnerin unterlassen, die massgebenden Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben. Es findet sich darin lediglich eine Aufzählung von den im Wesentlichen bereits im Gesetz genannten Zuschlagskriterien, ohne dass daraus, wie vorgesehen, durch Bezeichnung mit einem Kreuz eine verbindliche Auswahl getroffen worden wäre. Bei der Bewertung der eingegangenen Offerten hat die Beschwerdegegnerin als Zuschlagskriterien neben dem Preis des Angebots, der mit maximal 60 Punkten bewertet wurde, folgende Leistungskriterien angewandt: Qualität (max. 25 Punkte), Termine (max. 5 Punkte), Kundendienst (max. 5 Punkte) und Infrastruktur (max. 5 Punkte). Gemäss Bewertungstabelle erzielte die A.B. AG mit 97 Punkten den ersten, die Beschwerdeführerin mit 94 Punkten den zweiten Rang. Beim Preis wurden der Beschwerdeführerin, welche den niedrigsten Preis, nämlich Fr. 488'634.70 (netto inkl. MWSt) offeriert hatte, das Maximum von 60 Punkten, der Mitbeteiligten mit einem um 1.97 % höheren Angebotspreis, nämlich Fr. 498'272.65 (netto inkl. MWSt), 59 Punkte zugeteilt. Entscheidend für die schlechtere Rangierung der Beschwerdeführerin war die Bewertung bei den Kriterien «Qualität» und «Termine»; hier erhielt das Angebot der Beschwerdeführerin beim ersteren Kriterium 23 Punkte, jenes der Mitbeteiligten 25 Punkte, beim letzteren Kriterium 2 Punkte, jenes der Mitbeteiligten 5 Punkte. Beim weiteren Kriterium «Kundendienst» wurden beide Angebote gleich mit 4 Punkten bewertet und beim Kriterium «Infrastruktur» erhielt das Angebot der Beschwerdeführerin 5 Punkte, während jenes der Mitbeteiligten mit 4 Punkten bewertet wurde.

c) In Konkretisierung des Transparenzgebots (Art. 1 Abs. 2 Bst. c IVöB) verlangt § 14 Abs. 1 Bst. i VRöB im Sinne einer Mindestanforderung, dass die massgebenden Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sein müssen. Diesem Erfordernis ist im vorliegenden Submissionsverfahren nicht entsprochen worden. Die Aufzählung der Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen gibt im Wesentlichen nur die bereits im Gesetz genannten Kriterien wieder. Eine verbindliche Auswahl der massgebenden Kriterien im Hinblick auf das konkrete Beschaffungsvorhaben, namentlich durch Bezeichnung mit einem Kreuz, ist nicht erfolgt. Erst nach der Ausschreibung sind die massgebenden Zuschlagskriterien erstmals in einer zur Begründung des Vergabeentscheids aufgelegten Bewertungsmatrix bekannt gegeben worden. Ein solches Vorgehen verstösst gegen das Transparenzgebot. Nachdem jedoch die Ausschreibung von der Beschwerdeführerin nicht angefochten worden ist (vgl. § 6 Bst. b SubmG; § 33 Bst. b VRöB), und auch sonst kein entsprechender Vorbehalt oder Protest angebracht wurde, muss angenommen werden, dass von ihr auf die Geltendmachung dieses Mangels der Ausschreibung verzichtet wurde. Indes dürfen die Anbieter in Fällen, bei denen in den Ausschreibungsunterlagen keine Zuschlagskriterien genannt sind, zumindest in der Regel, bei einfacheren Aufträgen, nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass der

Zuschlag ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen wird (BGE vom 13. September 2002, 2P.74/2002, Erw. 3.3; BR 4/1999, S. 143, Nr. S32; BR 2/1999, S. 57, Nr. S12). In diesem Sinne ist die Beschwerdeführerin jedenfalls mit der Rüge zu hören, dass der Preis als Kriterium bei der Benotung nicht genügend gewichtet wurde.

d) Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass der mitbeteiligten A.B. AG für ihr um rund 2 Prozent höheres Preisangebot nur einer von 60 Punkten abgezogen wurde. Da die Beschwerdegegnerin dem Preis als Zuschlagskriterium ein Gewicht von 60 Prozent beimessen wollte, ist die Beschwerdeführerin der Meinung, dass für die Preisdifferenz von 2 Prozent mehr Punkte hätten in Abzug gebracht werden müssen. Der geringfügige Abzug steht nach Ansicht der Beschwerdeführerin in keinem Verhältnis zur Benotung der übrigen Kriterien. Die Beschwerdegegnerin erklärt zur Bewertung des Preises, die Preisdifferenz von 2 Prozent ergebe beim Angebot der Mitbeteiligten aufgerundet 59 Punkte, resultierend aus der Division von 60 Punkten geteilt durch 1,02. Wie bei allen Zuschlagskriterien steht der Vergabebehörde auch bei der Benotung des Zuschlagskriteriums des Preises ein erheblicher Ermessensspielraum zu, in welchen das Verwaltungsgericht nur bei einer allfälligen Überschreitung oder einem Missbrauch des Ermessens eingreift. Wie eine Bewertungsskala hinsichtlich der Angebotspreise festzulegen ist, lässt sich nicht in allgemein gültiger Weise bestimmen, sondern hängt stark von den Umständen des Einzelfalls ab. Die Bewertung der Angebotspreise muss jedoch der Gewichtung des Kriteriums Rechnung tragen, damit das im Voraus bekannt gegebene Gewicht tatsächlich zum Tragen kommt (vgl. VGr ZH, 24. September 2003, VB.2003.00207, Erw. 2 mit Hinweisen).

Vorliegend wurden, wie bereits erwähnt, die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung im Voraus nicht bekannt gegeben. Unter diesen Umständen durfte die Beschwerdeführerin davon ausgehen, dass die Vergabe alleine oder doch zumindest hauptsächlich nach dem Kriterium des Preises erfolgen würde. Gemäss der zur Begründung des Vergabeentscheids aufgelegten Bewertungsmatrix wurde der Preis bei den Zuschlagskriterien mit maximal 60 von insgesamt 100 möglichen Punkten benotet, womit die Beschwerdegegnerin nach eigenen Angaben dem Preis ein Gewicht von 60 Prozent beimessen wollte. Die punktemässige Bewertung erfolgte im Ergebnis nach der Formel gemäss «Guide romand» (Note de l'offre = Note maximale x Prix offert le plus bas / Prix de l'offre; vgl. Jacques Pictet / Dominique Bollinger, Aide multicritère à la décision: Aspects mathématiques du droit suisse des marchés publics, BR 2/2000 S. 63 ff.). Im vorliegenden Fall führt dies dazu, dass selbst das höchste Angebot, welches um mehr als 50 Prozent teurer als das günstigste ist, beim Zuschlagskriterium des Preises immer noch fast 2/3 der maximal erreichbaren 60 Punkte erhält. Die Preisunterschiede wirken sich demnach effektiv nur sehr geringfügig auf die Bewertung der Angebote aus. Damit wurde dem Kriterium des Preises klarerweise nicht das Gewicht

beigemessen, wie es von der Beschwerdeführerin erwartet werden durfte, und es kommt dem Preis auch nicht die Bedeutung zu, welche die Beschwerdegegnerin selbst dem Preis als Zuschlagskriterium mit einer Gewichtung von 60 Prozent geben wollte. Die vorgenommene Bewertung liegt daher nicht mehr innerhalb des Ermessens der Beschwerdegegnerin. Richtigerweise hätte die Vergabe wegen fehlender Angabe der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung alleine oder jedenfalls hauptsächlich nach dem Kriterium des Preises erfolgen müssen. Die Rüge der Beschwerdeführerin, dass der Preis als Kriterium bei der Benotung nicht genügend gewichtet worden sei, ist daher gerechtfertigt. Wäre die Bewertung der Angebote ausschliesslich nach dem Kriterium des Preises erfolgt, hätte zweifellos die Beschwerdeführerin den Zuschlag erhalten müssen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 21. Juni 2004 V 2003 / 114

§ 8 Abs. 2 IVöB; §§ 15 Abs.4 und 23 VRöB – Auch privatrechtliche Aktiengesellschaften, die nicht im ganzen oder teilweisen Eigentum einer öffentlichrechtlichen Körperschaft stehen, können unter die Submissionsgesetzgebung fallen, wenn sie Aufträge oder Leistungen erteilen, die mit mehr als 50 % der Gesamtkosten von der öffentlichen Hand subventioniert werden (Erw. 1). Eine Firma, die mit der Projektleitung betraut ist, das Leistungsverzeichnis für einen Auftrag ausarbeitet, das Submissionsverfahren durchführt und die technische Bewertung der Angebote vornimmt, darf als Anbieterin nicht am Verfahren teilnehmen bzw. muss vom Verfahren ausgeschlossen werden (Erw. 3).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Mit Schreiben vom 14. Oktober 2003 lud die AC AG im Auftrag der Klinik Y. neben anderen Unternehmungen die K. AG zur Einreichung eines Angebots für eine neue Kommunikationslösung in der Klinik Y. ein. Am 30. Oktober 2003 reichte die K. AG eine Offerte ein. Am 22. Dezember 2003 wurde der K. AG zunächst telefonisch und anschliessend per E-Mail mitgeteilt, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne, da sie nach den Bewertungskriterien nicht in den ersten drei Rängen sei. Nach schriftlicher Intervention des Rechtsvertreters der K. AG eröffnete die Klinik Y. der K. AG mit Schreiben vom 16. Februar 2004, dass sie am 9. Februar 2004 entschieden habe, das Angebot der K. AG nicht zu berücksichtigen. Der Zuschlag sei an die AC AG erteilt worden.

Gegen diesen Vergabeentscheid erhob die K. AG am 1. März 2004 Beschwerde und beantragte, die Verfügung vom 16. Februar 2004 sei aufzuheben und der Zuschlag an die AC AG sei zu widerrufen. Weiter sei das Submissionsverfahren an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zurückzuweisen und es sei festzustellen, dass die AC AG wegen Verletzung der Ausstandsregeln am Submissionsverfahren nicht teilnehmen dürfe. Mit Vernehmlassung vom 15. März 2004 liess die Klinik Y. durch ihren Rechtsvertreter beantragen, die Beschwerde sei abzuweisen und die Beschwerdeführerin sei zu verurteilen, die Gerichtskosten sowie der Beschwerdegegnerin eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen. In der Replik vom 5. April 2004 liess die Beschwerdeführerin die in der Beschwerde gestellten Anträge erneuern. Zur weiteren Begründung lässt die Beschwerdeführerin unter anderem ausführen, die Klinik Y. habe zunächst versucht, den Auftrag direkt der AC AG zu vergeben, weshalb es erst über ein halbes Jahr nach der Kündigung des Wartungsvertrags zu einer offiziellen Ausschreibung gekommen sei. Die Klinik Y. falle selbstverständlich unter die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens. Dies ergebe sich aus der periodisch von der Baudirektion im Amtsblatt zu veröffentlichenden Liste der öffentlichen und privaten Unternehmungen, die unter das Submissionsgesetz fallen. Eine entsprechende Anfrage bei der Baudirektion habe dies bestätigt. In der Duplik vom 22. April 2004 hielt die Klinik Y. vollumfänglich an ihren Rechtsbegehren und Ausführungen in der Vernehmlassung vom 15. März 2004 fest. Die AC AG machte in keinem Stadium des Verfahrens von der Gelegenheit Gebrauch, eine Stellungnahme einzureichen.

Aus den Erwägungen:

1. Die Klinik Y. hat zunächst geltend machen lassen, dass sie als privatrechtliche Aktiengesellschaft, die nicht im Eigentum einer öffentlichrechtlichen Körperschaft stehe, nicht den Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen unterstehe. Damit wird jedoch übersehen, dass auch private Unternehmen unter die Submissionsgesetzgebung fallen können, wenn sie Aufträge für Objekte und Leistungen erteilen, die mit mehr als 50 Prozent der Gesamtkosten von der öffentlichen Hand (Bund, Kanton und Gemeinden) subventioniert werden (vgl. Art. 8 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994, IVöB, BGS 721.52). Die Klinik Y. gehört zu den öffentlich subventionierten Spitälern im Kanton Zug, an deren baulichen und betrieblichen Investitionen sich die öffentliche Hand mit Beiträgen von 60 Prozent der Kosten beteiligt, sofern die weiteren Voraussetzungen hierfür erfüllt sind (vgl. Verordnung über Investitionsbeiträge an die öffentlich subventionierten Spitäler und die Pflegeheime mit regionalem Leistungsprogramm vom 16. August 2000, BGS 826.117). Entsprechend – ohne jedoch rechtlich verbindlich zu sein – findet sich die Klinik Y. auch in der von der Baudirektion des Kantons Zug veröffentlichten Liste der Auftraggeberinnen und Auftragge-

ber, die aufgrund des GATT-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen, des Binnenmarktgesetzes und der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen unter das kantonale Submissionsgesetz fallen. Die Klinik Y. macht nicht geltend, dass die vorliegende Investition die Voraussetzungen für die Beteiligung durch die öffentliche Hand nicht erfülle und ihr der Investitionsbeitrag von 60 Prozent verweigert oder gekürzt worden sei. Wird aber die vorliegende Investition zu mehr als 50 Prozent der Gesamtkosten von der öffentlichen Hand subventioniert, so fällt die Klinik Y. ohne Weiteres unter die öffentlichrechtlichen Submissionsvorschriften.

...

3. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die AC AG, welche den Zuschlag erhalten hat, sich nicht am Submissionsverfahren als Submittentin hätte beteiligen dürfen, sondern von sich aus in den Ausstand hätte treten müssen, da sie das Projekt verfasst, die Ausschreibungsunterlagen erstellt, das Submissionsverfahren durchgeführt und bei der Beurteilung der eingegangenen Offerten sowie beim Entscheid über die Vergabe in massgeblicher Weise mitgewirkt habe.

a) Für die kantonalen Behörden gelten nach § 8 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (VRG, BGS 162.1) die Ausstandsbestimmungen des KRB über die Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen vom 25. April 1949 (BGS 151.1). Aufgrund § 11 Ziff. 1 des KRB haben Beamte und Angestellte des Kantons in den Ausstand zu treten: In eigener Sache; in Sachen einer Person, deren Vertreter, Vormund, Beistand oder Pflegevater sie sind, oder wenn sie sonst ein unmittelbares persönliches, wirtschaftliches oder anderweitiges Interesses am Geschäft haben. Diese Regel ist auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge durch kantonale Behörden zu beachten und gelangt vorliegend entsprechend zur Anwendung. Mit der Frage der Ausstandspflicht eng verwandt ist auch jene der Vorbefassung. Nach § 15 Abs. 4 (VRöB, BGS 721.521) dürfen die Auftraggeberinnen und Auftraggeber nicht auf eine den Wettbewerb ausschaltende Art und Weise von einer Firma, die ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, Hinweise einholen oder annehmen, welche bei der Ausarbeitung der Spezifikationen für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können. In dieser Hinsicht sieht neuerdings § 8 der revidierten (vom Kanton Zug indes noch nicht übernommenen) Vergaberichtlinien (VRöB) aufgrund der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) ausdrücklich vor, dass «Personen und Unternehmen, die an der Vorbereitung der Unterlagen oder des Vergabeverfahrens derart mitgewirkt haben, dass sie die Vergabe zu ihren Gunsten beeinflussen können, [...] sich am Verfahren nicht beteiligen» dürfen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ergibt sich auch aus Art. 29 Abs. 1 BV und den Zielsetzungen der für die Kantone geltenden Vorschriften im Sub-

missionswesen, dass nicht bei der Durchführung des Vergebungsverfahrens mitwirken darf, wer selber als Offerent auftritt oder auftreten will, weil er dadurch ungerechtfertigte Vorteile und Kenntnisse für die Gestaltung seiner Offerte erlangen kann und/oder die Möglichkeit hat, in unzulässiger Weise auf den Vergebungsentscheid einzuwirken (vgl. Urteil 2P.152/2002 vom 12. Dezember 2002 Erw. 2.3). Somit hat, wer ein Angebot einreichen will, die Ausstandsregeln zu beachten, und wer nicht in den Ausstand tritt, den Ausschluss vom Verfahren in Kauf zu nehmen. Der Ausschluss infolge Vorbefassung und/oder Befangenheit findet sich zwar unter den Ausschlussgründen in § 23 VRöB nicht ausdrücklich erwähnt. Die Bestimmung ist jedoch so offen gefasst («insbesondere»), dass sich dieser Ausschlussgrund dort unterbringen lässt.

b) Vorliegend war die AC AG mit der Projektleitung betraut, sie hat das Leistungsverzeichnis ausgearbeitet, das Submissionsverfahren durchgeführt und (unter Beizug eines zusätzlichen fachlichen Beraters) die technische Bewertung der Angebote vorgenommen. Sie konnte dadurch zweifellos ungerechtfertigte Vorteile und Kenntnisse für die Gestaltung ihrer Offerten erlangen und hatte auch die Möglichkeit, in unzulässiger Weise auf den Vergabeentscheid einzuwirken. Sie kann sich daher des Vorwurfs der Vorbefassung und der Befangenheit nicht erwehren. Es ist mit den Ausstandsregeln nicht zu vereinbaren, dass die AC AG auch als Offerentin aufgetreten ist. Sie hätte daher vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen. Die Klinik Y. lässt gegen einen Ausschluss der AC AG infolge Vorbefassung einwenden, dass sich im Bereich von Telefonvermittlungsanlagen das Feld der Wettbewerber auf etwa zehn Unternehmen beschränke und sie deshalb auf die AC AG als eine der wenigen Bieterinnen nicht habe verzichten können. Dazu ist zu sagen, dass zwar auch Ausnahmen vom Grundsatz, wonach vorbefasste Anbieter vom Vergabeverfahren auszuschliessen sind, denkbar sind, etwa in Fällen, da die ausgeschriebene Leistung nur von wenigen Anbietern erbracht werden kann, zu welchen auch der vorbefasste Anbieter gehört, oder ein Anbieter nur in untergeordneter Weise an der Vorbereitung der Ausschreibung beteiligt war. War der Anbieter jedoch – wie es vorliegend der Fall ist – mit der ganzen Vorbereitung oder gar mit dem Ausschreiben selbst betraut, so greift der Grundsatz absolut (vgl. dazu Peter Gauch/Hubert Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, S. 15 f. These Nr. 8.3). Im Weiteren geht es vorliegend nicht nur um die Frage der Vorbefassung, sondern auch um diejenige der Befangenheit. Indem die AC AG auch mit der technischen Beurteilung der Offerten beauftragt war, hatte sie zusätzlich die Möglichkeit, in unzulässiger Weise auf den Vergabeentscheid einzuwirken. Unter diesen Umständen ist der Ausschluss der AC AG als Anbieterin im Vergabeverfahren unumgänglich.

c) Schliesslich weist die Klinik Y. darauf hin, dass die Beschwerdeführerin vorbehaltlos eine Offerte eingereicht habe, obwohl in den Ausschreibungs-

unterlagen ausdrücklich auf die Problematik der Doppelrolle der AC AG als Beraterin und mögliche Lieferantin hingewiesen worden sei. Sie stellt sich damit auf den Standpunkt, dass die Beschwerdeführerin die Geltendmachung von Ausstandsgründen verwirkt habe. Ausstandsgründe müssen von einem Betroffenen sofort nach deren Kenntnis geltend gemacht werden. Untätigbleiben oder eine Einlassung in das Verfahren im Wissen um das Vorliegen von Ausstandsgründen gilt als Verzicht und führt grundsätzlich zur Verwirkung des Anspruch (vgl. BGE 121 I 225 ff., 229 f. Erw. 3; VGr ZH, 28.01.2004, VB.2003.00237, www.vgrzh.ch, Erw. 3.2). Vorliegend sind die Anbieter unbestreitbar bereits mit der Bekanntgabe der Bewertungskriterien auf den Interessenkonflikt des Projektleiters als Vertreter einer mitbietenden Firma hingewiesen worden. Dazu wurde angemerkt, dass man aus diesem Grund zusätzlich einen fachlichen Berater mit einer anderen Lieferantenpolitik gewählt habe. Damit die technische Beurteilung der Offerten fair stattfinde, seien Projektleiter und fachlicher Berater verpflichtet, an die Klinik Y. übereinstimmende Anträge zur technischen Beurteilung der Offerten zu richten. Entscheide würden durch die Klinik Y. getroffen. Der Einwand der Beschwerdeführerin, die AC AG sei vorbefasst und befangen, hätte daher bereits im Zeitpunkt der Kenntnisnahme geltend gemacht werden sollen.

d) Wo die Ausstandsregeln indes in besonders gravierender Weise verletzt werden, kann auf die Geltendmachung nicht rechtswirksam verzichtet werden, zumal gravierende Verfahrensfehler ohnehin zu Nichtigkeit führen (vgl. Benjamin Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürich 2002, S. 209 ff., 211 f. und 217 ff.). Vorliegend wiegen die Verfahrensverstösse derart schwer, dass sie automatisch zur Nichtigkeit des streitigen Vergabeentscheids führen. Der ungerechtfertigte Vorteil der AC AG als Anbieterin durch die Vorbefassung mit der Ausschreibung und dem Interessenkonflikt bei der Mitwirkung an der technischen Bewertung der Offerten sind derart evident und gravierend, dass sie nach einer Aufhebung des angefochtenen Vergabeentscheids verlangen. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass für die technische Beurteilung der Offerten ein zusätzlicher fachlicher Berater beigezogen wurde und Entscheidungen von der Klinik Y. nur aufgrund übereinstimmender Anträge getroffen wurden. Die Klinik Y. kann daher mit dem Einwand, die Beschwerdeführerin habe auf die Geltendmachung der Ausstandsgründe verzichtet, nicht gehört werden.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Mai 2004 V 2004/36

3. Steuerrecht

Art. 132 Abs. 3 DBG; §§ 132 ff. StG – Eine Ermessensveranlagung kann im Einspracheverfahren abgeändert werden, wenn der Steuerpflichtige den Beweis erbringt, dass die Ermessenseinschätzung offensichtlich unrichtig war. Im vorliegenden Fall konnte der Beweis mit einer sog. «Schuhschachtelbuchhaltung» nicht erbracht werden.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Am 12. Juli 1999 reichte die X. AG die Steuererklärung für die Kantons- und Gemeindesteuern und die Direkte Bundessteuer für das Jahr 1998 ein, am 14. Januar 2002 diejenige für das Jahr 1999 und am 15. Januar 2002 diejenige für das Jahr 2000. Mit Schreiben vom 4. Februar 2003 teilte die Steuerverwaltung des Kantons Zug der X. AG mit, für eine ordnungsgemässe Beurteilung der eingereichten Steuererklärungen sowie der entsprechenden Jahresrechnungen benötige man ergänzende Details, Unterlagen und Angaben zu den Fahrzeugkosten und Geschäftsspesen. Falls die geltend gemachten Kosten nicht belegt und geschäftsmässig begründet würden, müsse man diese aufrechnen. Am 14. März 2003 wurden die entsprechenden Veranlagungen eröffnet. Da keine weiteren Unterlagen eingingen rechnete die Steuerverwaltung ermessensweise jeweils 50% der Fahrzeug- und Geschäftsspesen auf. Gegen diese Veranlagungen reichte die X. AG am 13. April 2003 wegen offensichtlicher Unrichtigkeit Einsprache ein und verlangte, die Steuerveranlagungen für die Jahre 1998, 1999 und 2000 seien aufgrund der eingereichten Steuerklärungen vorzunehmen. Mit Einspracheentscheid vom 8. Oktober 2003 trat die Rechtsmittelkommission auf die Einsprache nicht ein. Zur Begründung führte sie aus, § 132 Abs. 2 StG und Art. 132 Abs. 3 DBG würden dem Steuerpflichtigen den mit der Einsprache anzutretenden und im Verfahren zu leistenden Nachweis der offensichtlichen Unrichtigkeit der Ermessensveranlagung überbinden. Die verlangte Begründung mit Nennung allfälliger Beweismittel stelle eine Prozessvoraussetzung dar, deren Fehlen zur Folge habe, dass auf die Einsprache nicht eingetreten werden könne.

Gegen diesen Einspracheentscheid reichte die X. AG am 7. November 2003 Rekurs ein und beantragte, der Einspracheentscheid sei aufzuheben. Der neu zu erlassende Veranlagungsbescheid müsse den tatsächlichen Gegebenheiten Rechnung tragen. Zur Begründung führte die Rekurrentin aus, sie habe am 12. September 2003 die letzten geforderten Unterlagen nachgereicht. Als Beweis für die Einhaltung der Frist liege eine Post-Quittung vor. Die Frist gelte als eingehalten, wenn die Einsprache am letzten Tag der schweizerischen Post übergeben werde. Die geforderten Unterlagen seien zudem der kantonalen Steuerverwaltung Zug so rasch wie möglich geliefert worden. Mit Vernehmlassung vom 9. Dezember 2003 beantragt die Steuerverwaltung des Kantons Zug die Abweisung des Rekurses unter Kosten- und

Entschädigungsfolgen. Mit Schreiben vom 6. September 2004 verzichtete die Eidgenössische Steuerverwaltung auf eine Vernehmlassung.

Aus den Erwägungen:

2. Vorliegend ist vorerst umstritten, ob die Rekurrentin die gesetzte Frist zur Verbesserung der Einsprache gewahrt hat oder nicht.

a) Eine Veranlagung nach pflichtgemässem Ermessen kann eine steuerpflichtige Person nur wegen offensichtlicher Unrichtigkeit anfechten. Die Einsprache ist zu begründen und muss allfällige Beweismittel nennen. Die Einsprache muss einen Antrag und eine Begründung enthalten. Die notwendigen Beweisunterlagen sind beizulegen oder zu bezeichnen. Genügt eine Einsprache diesen Anforderungen nicht, ist eine angemessene Frist zur Verbesserung anzusetzen unter Androhung des Nichteintretens bei Unterlassung (§§ 132 f. StG). Auch gemäss Art. 132 Abs. 3 DBG kann gegen eine Veranlagung nach pflichtgemässem Ermessen nur wegen offensichtlicher Unrichtigkeit Einsprache erhoben werden. Die Einsprache ist auch nach Bundesrecht zu begründen und muss allfällige Beweismittel nennen.

b) Streitgegenstand dieses Verfahrens ist nicht die Frage, ob die Einsprache als solche fristgerecht erhoben wurde oder nicht. Es ist unbestritten, dass die Einsprache rechtzeitig erhoben wurde. Insoweit geht der Verweis der Rekurrentin auf Art. 133 DBG ins Leere. Gegenstand ist vorerst nur die Frage, ob die behördlich angeordnete Nachfrist zur Einreichung von rechtsgenüglichen Beweismitteln eingehalten wurde oder nicht. Dabei ergibt sich aus den Akten klar, dass die am 12. Mai 2003, am 7. Juli 2003 und am 25. Juli 2003 gesetzten Fristen in dem Sinne nicht eingehalten wurden, als die für eine gesetzmässige Überprüfung der Veranlagung notwendigen Belege nicht vollständig und nummeriert vorgelegt wurden. Offenbar hat aber der für die Vorbereitung des Einspracheentscheides zuständige Bücherexperte der Rekurrentin noch eine mündliche Nachfrist angesetzt. Auf einer Handnotiz auf dem Schreiben der Steuerverwaltung vom 25. Juli 2003 ist festgehalten, dass die Frist bis zum 12. September 2003 dauere. Die Steuerpflichtige «bringt Belege vorbei». Offenbar war mündlich vereinbart worden, dass die fehlenden Belege bis Freitag, 12. September 2003, bei der Steuerverwaltung deponiert würden. Diese Frist wurde in dieser Form nicht eingehalten, indem die Rekurrentin unbestrittenermassen ein ganzes Paket mit Belegen am 12. September 2003 der Post übergeben, statt bei der Steuerverwaltung vorbeigebracht hat.

c) Es ist zulässig, dass eine Behörde mit einer mündlichen Verfügung eine Frist ansetzt und bestimmt, dass die Unterlagen bis zu einem bestimmten Zeitpunkt bei ihr eintreffen müssen. Bei dieser Vorgehensweise ergeben sich jedoch insofern Beweisprobleme, als die Behörde in solchen Fällen in der

Regel nicht nachweisen kann, ob die Rekurrentin diese Fristansetzung in ihrem Sinn verstanden hat oder nicht. Im Zweifelsfall muss jedenfalls eine solche Frist als eingehalten gelten, wenn die Unterlagen am letzten Tag der schweizerischen Post übergeben wurden (vgl. beispielsweise Art. 117 Abs. 1 StG). Es ist daher unabdingbar, dass auch solche, eher unüblichere Arten der Fristansetzung durch die Behörden zu Beweiszwecken schriftlich verfügt werden. Die Rekurrentin beruft sich gerade darauf, dass sie mit Aufgabe des Pakets am letzten Tag bei der schweizerischen Post die Nachfrist bis zum 12. September 2003 eingehalten habe. Weil die Verfügung mündlich erlassen wurde, kann die Steuerverwaltung den Beweis nicht erbringen, dass die Belege nicht fristgerecht eingereicht wurden. Andererseits belegt die Rekurrentin mit einer Bestätigung der Post, dass sie zusätzliche Belege am 12. September 2003 an die Steuerverwaltung gesandt hat. Diese sind denn auch am 17. September 2003 bei der Steuerverwaltung eingetroffen. Der Nichteintretensentscheid der Steuerverwaltung kann nicht mit einer Nichteinhaltung der Nachfrist für die Einreichung der Belege begründet werden.

3. Weiter ist zu prüfen, ob die Rechtsmittelkommission auf die gegen die Ermessensveranlagung erhobene Einsprache aus anderen Gründen zu Recht nicht eingetreten ist. Dabei ist zunächst die Frage zu klären, ob am 14. März 2003 bezüglich der Geschäftsspesen und Fahrzeugkosten zu Recht eine Ermessensveranlagung erstellt wurde.

a) Gemäss § 124 Abs. 1 StG stellen die Veranlagungsbehörden zusammen mit der steuerpflichtigen Person die für eine vollständige Besteuerung massgebenden tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse fest. Sie können insbesondere Sachverständige beiziehen, Augenscheine durchführen, Geschäftsbücher und Belege an Ort und Stelle einsehen sowie mit deren Einverständnis Zeuginnen und Zeugen einvernehmen (Abs. 2). Die steuerpflichtige Person wird durch öffentliche Bekanntmachung oder Zustellung des Formulars aufgefordert, die Steuererklärung einzureichen. Das Formular für die Steuererklärung ist wahrheitsgemäss und vollständig auszufüllen und mit der persönlichen Unterschrift der steuerpflichtigen Person oder derjenigen der Vertretung zu versehen sowie samt den vorgeschriebenen Beilagen fristgemäss der zuständigen Behörde einzureichen (§ 125 Abs. 2 StG). Die steuerpflichtige Person, welche die Steuererklärung nicht oder mangelhaft ausgefüllt einreicht, wird aufgefordert, das Versäumte innert angemessener Frist nachzuholen. Die steuerpflichtige Person muss alles tun, um eine vollständige und richtige Veranlagung zu ermöglichen. Sie muss auf Verlangen der Behörden insbesondere mündliche und schriftliche Auskünfte erteilen und Geschäftsbücher, Belege und weitere Bescheinigungen sowie Urkunden über den Geschäftsverkehr vorlegen (§ 127 Abs. 1 und 2 StG).

b) Hat die steuerpflichtige Person trotz Mahnung ihre Verfahrenspflichten nicht erfüllt oder können die Steuerfaktoren mangels zuverlässiger Unterlagen nicht einwandfrei ermittelt werden, so wird die Veranlagung nach

pflichtgemässem Ermessen vorgenommen (§ 130 Abs. 3 StG). Eine Ermessensveranlagung kann nicht nur vorgenommen werden, wenn der Steuerpflichtige seiner Pflicht, die Behörden zu informieren, nicht nachkommt, sondern auch dann, wenn die von ihm gelieferten Angaben ungenügend sind, ungeachtet, ob ihm die mangelhaften Auskünfte über seine Verhältnisse zurechenbar sind (BGE vom 11. Oktober 2002, 2A.166/2002, Erw. 2.1). Alle Unterlagen sind von Amtes wegen nach Ermessen zu berücksichtigen, die im Zeitpunkt des Entscheides vorhanden sind. Die Durchführung allzu eingehender Untersuchungen und Abklärungen kann jedoch nicht verlangt werden, besonders wenn keine beweiskräftigen Unterlagen vorhanden sind. Eine vorsichtige Schätzung ist zu treffen, allerdings ohne Verpflichtung, bei der durch das Verhalten des Steuerpflichtigen bedingten Ermessensbetätigung im Zweifelsfall die für diesen günstigste Annahme zu treffen, denn es soll vermieden werden, dass derjenige Steuerpflichtige, der für die Nachprüfung der von ihm erklärten Verhältnisse Sorge getragen hat, höhere Steuern zu bezahlen hat als derjenige, bei dem eine solche Nachprüfung aus von ihm zu vertretenden Gründen unmöglich ist. Die Verletzung von Verfahrenspflichten darf sich nicht lohnen (BGE vom 11. Oktober 2002, a.a.O., Erw. 2.2 mit Verweis auf ASA 58, 673).

c) Die Rekurrentin bzw. ihre Vertreterin wurde im Jahr 2002 von der Steuerverwaltung mehrmals vergeblich aufgefordert, die zur Veranlagung notwendigen Unterlagen einzureichen. Die schliesslich gelieferten Belege waren nicht geeignet, eine ordentliche Veranlagung durchzuführen. Aus diesem Grund erfolgte die Ermessenseinschätzung zu Recht.

d) Musste eine Veranlagung nach Ermessen vorgenommen werden, so muss die Einsprache besonderen inhaltlichen Anforderungen genügen. Der Steuerpflichtige muss in diesem Einspracheverfahren den Beweis antreten, dass die Ermessenseinschätzung offensichtlich unrichtig ist (vgl. Richner Felix/Frei Walter/Kaufmann Stefan, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, Zürich 1999, § 140 N 53). Die verlangte Begründung (mit Nennung allfälliger Beweismittel) stellt dabei sogar eine Prozessvoraussetzung dar, deren Fehlen zur Folge hat, dass auf die Einsprache nicht eingetreten wird (BGE 123 II 552 = ASA 67, 66). Nur unter diesen formellen Voraussetzungen (Nachholung der versäumten Verfahrenspflichten, substantiierte Sachdarstellung, Beweisangebot) wird der Steuerpflichtige überhaupt zur Leistung des Unrichtigkeitsnachweises zugelassen und ist die Rechtsmittelbehörde zur Untersuchung und Beweisabnahme verpflichtet, indem ihre Untersuchungspflicht wieder auflebt. Kommt der Steuerpflichtige dagegen diesen Anforderungen nicht nach, gilt der Nachweis ohne Weiteres als gescheitert mit der Folge, dass die angefochtene Ermessenseinschätzung weiterhin als solche bestehen bleibt und einzig ihrer Höhe nach einer weiteren Überprüfung unterliegt (Richner Felix/Frei Walter/Kaufmann Stefan, a.a.O., § 140 N 65 f.).

e) Der Rekurrentin oblag im Einspracheverfahren die Pflicht, die Belege für die geltend gemachten Geschäftsspesen und Fahrzeugkosten bis zum 12. September 2003 vollständig und nummeriert bei der Steuerverwaltung einzureichen. Die Rekurrentin hat der Steuerverwaltung am 12. September 2003 ein ganzes Paket von Belegen und Quittungen zugestellt. Das Gericht hat diese Belege gesichtet und kontrolliert und dabei festgestellt, dass pro Monat je ein Couvert mit Rechnungen und Quittungen aller Art eingereicht wurden. Die Rechnungen zeigen ein sehr buntes Bild. Enthalten sind in den jeweiligen Couverts – völlig ungeordnet – einzelne Rechnungen der Swisscom, einzelne Kontoauszüge der Zuger Kantonalbank, viele Quittungen über Restaurant- und Barbesuche, Quittungen von Lebensmitteleinkäufen bei Migros, Coop, Denner und Volg, Tankstellenquittungen, Parkgebühren und Einzelbillette der ZVB. Die eingereichten Quittungen vermitteln den Eindruck, als ob zumindest ein Teil der Lebenshaltungskosten der Firmenverantwortlichen über die steuerpflichtige Aktiengesellschaft abgerechnet worden sind. Diese Feststellung hat allerdings für das vorliegende Verfahren keine Bedeutung. Entscheidend ist hier nur, dass die Belege nicht nummeriert sind und nicht den jeweiligen Aktivitäten der Firma und den entsprechenden Bereichen «Geschäftsspesen» bzw. «Fahrzeugkosten» zugeordnet werden können. Es handelt sich um eine klassische «Schuhschachtelbuchhaltung», die weder überprüfbar noch in diesem Verfahren verwertbar ist. Der Rekurrentin ist in diesem Einspracheverfahren der Beweis nicht gelungen, dass die Ermessenseinschätzung offensichtlich unrichtig gewesen ist. Deshalb kann festgestellt werden, dass die Rechtsmittelkommission zu Recht auf die Einsprache nicht eingetreten ist. Dies wiederum führt dazu, dass die vorliegende Beschwerde abgewiesen werden muss.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. November 2004 A 2003 / 16

Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG; § 17 Abs. 1 Ziff. 3a aStG – Ein Aktionär, der eine Beteiligung aus seinem Privatvermögen in eine von ihm beherrschte Gesellschaft zu einem über ihrem Nominalwert liegenden Anrechnungswert (in Form von Liberierung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft oder gegen eine Gutschrift auf einem Aktionärsdarlehenskonto) einbringt, erzielt eine steuerbare geldwerte Leistung aus seiner Beteiligung (sog. Transponierung).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

A.K. verkaufte am 26. Oktober 1994 aus seinem Privatvermögen sämtliche 130 Inhaberaktien der X.Y. AG im Nominalwert von Fr. 130'000.– für Fr. 950'000.– (Unternehmenswert gemäss Bewertung durch die W. Treuhandgesellschaft) an die ihm gehörende A. B. AG in Zug. Die Bezahlung des Kaufpreises sollte bis spätestens 31. März 1995 erfolgen. Für den Kauf gewährte die Crédit Suisse der A.B. AG am 30. Dezember 1994 – unter anderem gegen persönliche Sicherheiten von A.K. – eine Kreditlimite von 1.1 Mio. Franken. Mit Veranlagungsverfügung vom 25. Juli 2001 rechnete die Steuerverwaltung des Kantons Zug dem steuerpflichtigen A.K. sowohl bei der direkten Bundessteuer wie auch bei den Kantons- und Gemeindesteuern für die Steuerjahre 1997/1998 total Fr. 820'000.– (Differenz zwischen Nominalwert und Kaufpreis) als «Einkommen aus Transponierung» auf. Die von A.K. dagegen erhobene Einsprache wurde mit Entscheid vom 3. Dezember 2002 abgewiesen. Gegen diesen Einspracheentscheid reichte A.K. beim Verwaltungsgericht am 3. Dezember 2002 Rekurs bzw. Beschwerde ein und beantragte die Veranlagung ohne die Transponierung, eventualiter die Berücksichtigung eines Einbringungswertes von Fr. 330'000.–, wodurch lediglich Fr. 200'000.– als Einkommen aus der Transponierung zum steuerbaren Einkommen hinzuzurechnen wären. Mit Urteil vom 3. Dezember 2002 wies das Verwaltungsgericht beide Rechtsmittel ab.

Aus den Erwägungen:

1. Seit 1. Januar 2001 ist das neue kantonale Steuergesetz vom 25. Mai 2000 (nStG, BGS 632.1) in Kraft. Nach § 234 Abs. 1 nStG findet das neue Recht erstmals Anwendung auf die im Kalenderjahr 2001 zu Ende gehende Steuerperiode. Veranlagungen bis und mit Steuerjahr 2000 werden nach altem Recht vorgenommen. Für das Verfahren und den Bezug ist seit dem 1. Januar 2001 jedoch das neue Recht anwendbar (vgl. § 234 Abs. 3 nStG). Im vorliegenden Fall sind die strittigen Veranlagungen und der angefochtene Einspracheentscheid nach dem 1. Januar 2001 ergangen. Es ist deshalb bereits das neue Verfahrensrecht anwendbar. Die Veranlagungen betreffen dagegen die Steuerjahre 1997 und 1998 und sind deshalb hinsichtlich der Kantonssteuer noch nach dem alten Gesetz über die Kantons- und Gemeindesteuern vom 7. Dezember 1946 (aStG) vorzunehmen. Für die Veranlagung der Bundessteuer sind dagegen bereits die materiell-rechtlichen

Bestimmungen des Gesetzes vom 14. Dezember 1990 über die Erhebung einer direkten Bundessteuer (DBG, SR 642.11) massgebend. Mit dessen Inkrafttreten am 1. Januar 1995 ist der Bundesratsbeschluss vom 9. Dezember 1940 über die Erhebung einer direkten Bundessteuer (BdBSt) grundsätzlich aufgehoben worden (Art. 201 DBG). Die materiellen Bestimmungen des BdBSt gelangen nur noch auf Veranlagungen bis und mit Veranlagungsperiode 1993/94 zur Anwendung. Ab Veranlagungsperiode 1995/96 sind die materiell-rechtlichen Bestimmungen des DBG anwendbar.

...

2. Gemäss Art. 20 Abs. 1 Bst. c DBG sind Dividenden, Gewinnanteile, Liquidationsüberschüsse und geldwerte Vorteile aus Beteiligungen aller Art (einschliesslich Gratisaktien, Gratisnennwerterhöhungen u. dgl.) als Erträge aus beweglichem Vermögen steuerbar. Artikel 20 Abs. 1 Bst. c DBG entspricht weitgehend dem bisherigen Art. 21 Abs. 1 Bst. c BdBSt (vgl. BGr, 15. August 2000, publiziert in: Der Steuerentscheid [StE] 2001 B 24.4 Nr. 57). Nach dieser Bestimmung unterliegt der direkten Bundessteuer jedes Einkommen aus beweglichem Vermögen, namentlich Gewinnanteile aus Beteiligungen aller Art; als solche gelten alle durch Zahlung, Überweisung, Gutschrift, Verrechnung oder auf andere Weise bewirkte geldwerte Leistungen der Gesellschaft an den Inhaber gesellschaftlicher Beteiligungsrechte, die keine Rückzahlung der bestehenden Kapitalanteile darstellen. Genau gleich stellt sich die Rechtslage in der Steuergesetzgebung des Kantons Zug dar. Der vorliegend massgebliche § 17 Abs. 1 Ziff. 3 aStG stimmt im Wesentlichen wörtlich mit Art. 21 Abs. 1 Bst. c BdBSt überein und ist mit dem Inkrafttreten des neuen Steuergesetzes vom 25. Mai 2000 (nStG, BGS 632.1) dem Wortlaut des DBG angepasst worden. Insofern ist das zugerische Steuerrecht mit dem Recht der Direkten Bundessteuer harmonisiert. Für eine abweichende Handhabung des kantonalen Steuerrechts bleibt daher kein Spielraum (siehe dazu auch SteuerRevue 2003 S. 569 f. betreffend das aargauische Steuerrecht).

Strittig ist vorliegend, ob dem Rekurrenten beim Verkauf der Inhaberaktien der X.Y. AG an die ihm gehörende A.B. AG eine geldwerte Leistung aus Beteiligung zugeflossen ist. Bei Art. 21 Abs. 1 Bst. c BdBSt handelt es sich nach der Praxis des Bundesgerichts um eine Norm mit wirtschaftlichen Anknüpfungspunkten, die nach der wirtschaftlichen Betrachtungsweise auszulegen ist. Die Einbringung einer Beteiligung an eine vom Aktionär beherrschte Gesellschaft gegen Ausgabe neuer Aktien oder Gutschrift stellt nach der Rechtsprechung keine echte Veräusserung dar. Der Aktionär gibt mit der Einbringung einer Beteiligung an eine von ihm beherrschte Gesellschaft die wirtschaftliche Verfügungsmacht nicht preis. Durch die bei einer solchen Einbringung bewirkte Umgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Aktionär und seinen Gesellschaften werden in der Beteiligung verkörperte Mittel, die dem Gesellschafter nur als steuerbarer Beteiligungsertrag zufliessen können, in den Bereich des steuerfrei rückzahlbaren Grundkapitals oder der steuerfrei rück-

zahlbaren Darlehensforderungen übertragen (transponiert). Der Begriff des Beteiligungsertrages (Vermögensertrages) in Art. 21 Abs. 1 Bst. c BdBSt ist zur Sicherung der steuerlichen Doppelbelastung von Gewinnen bei der Aktiengesellschaft und Gewinnausschüttungen als Vermögensertrag beim Aktionär weit umschrieben: Steuerbarer Beteiligungsertrag sind bei einer Einbringung einer Beteiligung in eine vom Aktionär beherrschte Gesellschaft auch die als Gegenleistung für die eingebrachten Aktien gewährte Darlehensgutschrift oder die dafür neu ausgegebenen Beteiligungsrechte, soweit der Anrechnungswert durch die Begründung von Darlehensforderungen oder neuen nominellen Aktienkapitals vergütet wird und die bestehenden Kapitalanteile (Nominalwert der eingebrachten Aktien) übersteigt (vgl. Pra 1999 Nr. 5 S. 31 f. Erw. 2a = StE 1999 B 24.4 Nr. 48). Die Besteuerung kann nach der Praxis der Eidgenössischen Steuerverwaltung durch die Agio-Lösung vermieden bzw. aufgeschoben werden, wenn der Mehrwert bei einer Einbringung über dem Nominalwert einem Reservekonto der Holdinggesellschaft gutgeschrieben wird. Auf diese Weise bleibt der latente Steueranspruch grundsätzlich gewahrt, indem künftige Leistungen der Gesellschaft an die Aktionäre zulasten eines solchen Reservekontos als Beteiligungsertrag nach Art. 21 Abs. 1 Bst. c BdBSt erfasst werden (vgl. Pra 1999 Nr. 5 S. 34 Erw. 2c a.; Kreisschreiben der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 3. Februar 1987). In einem Urteil vom 15. August 2000 (StE 2001 B 24.4 Nr. 57) hat das Bundesgericht entschieden, dass die unter Art. 21 Abs. 1 Bst. c BdBSt entwickelte Rechtsprechung zur Besteuerung von Vermögenserträgen bei einer so genannten Transponierung auch unter der Herrschaft des DBG weiter geführt wird.

Trotz verschiedentlicher Kritik in der Lehre hat das Bundesgericht seine Auslegung von Art. 21 Abs. 1 Bst. c BdBSt bzw. Art. 20 Abs. 1 Bst. c DBG für die sog. Einbringungsfälle wiederholt bestätigt (zuletzt im Entscheid vom 15. August 2000, publiziert in: StE 2001 B 24.4 Nr. 57). Dabei hat es sich unter anderem auch mit der von Böckli in seinem Aufsatz «Die Transponierungstheorie – eine systemwidrige Rechtsfolge» (ASA 57, S. 241 ff.) vorgebrachten Kritik auseinandergesetzt, ohne dass dies jedoch zu einer Änderung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geführt hätte (vgl. BGE 115 Ib 238 ff., 243 f. Erw. 4). Auf die betreffenden Ausführungen des Bundesgerichts kann hier deshalb grundsätzlich verwiesen werden. Neue Erkenntnisse der Lehre, die eine erneute Überprüfung dieser Praxis als angezeigt erscheinen liessen, werden vorliegend nicht geltend gemacht. Auch das vom Rekurrenten angeführte Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 6. Juni 2001 (publiziert in: BStPra 2002, S. 40 ff.) führt zu keiner anderen Beurteilung, da dieser Entscheid nur den Fall der Einbringung von Beteiligungsrechten gegen Ausgabe neuer Aktien betrifft und sich nur auf die kantonale Steuer bezieht. Die Abweichung von der bundesgerichtlichen Praxis wird dabei durch die unterschiedliche gesetzliche Regelung der Einkommensbesteuerung im Zusammenhang mit Gratisaktien und Gratisnennwerterhöhungen durch den Bund und den Kanton Basel-Landschaft gerechtfertigt. In den übrigen Einbringungsfällen

und bezüglich der Direkten Bundessteuer sieht auch das Verwaltungsgericht Basel-Landschaft – trotz Befassung mit der von Böckli im obgenannten Aufsatz geübten Kritik – keine Veranlassung, die Praxis des Bundesgerichts zur Transponierung in Frage zu stellen. Im vorliegenden Fall rechtfertigt sich deshalb weder bezüglich der Kantonssteuer noch der Direkten Bundessteuer ein Abweichen von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

3. Mit Vertrag vom 26. Oktober 1994 verkaufte A.K. aus seinem Privatvermögen sämtliche Inhaberaktien der X.Y. AG zu einem über ihrem Nominalwert liegenden Anrechnungswert an die ihm gehörende A.B. AG in Zug. Damit steht fest, dass die wirtschaftliche Verfügungsmacht über die Aktien der X.Y. AG weiterhin beim Steuerpflichtigen lag und keine echte Veräusserung stattgefunden hat. Soweit vorliegend die Kaufpreisforderung von der A.B. AG durch Inanspruchnahme eines Bankkredits getilgt wurde, sind nicht nur von einer latenten Ausschüttungssteuerlast betroffene Gesellschaftsmittel in den Bereich steuerfrei rückzahlbarer Darlehen verschoben worden, sondern der in Frage stehende Steuervorteil wurde effektiv sofort realisiert. Der Erlös aus dem Verkauf der Beteiligungen der X.Y. AG stellt daher nach der Praxis des Bundesgerichts im Umfang des über dem Nominalwert liegenden Anrechnungswertes steuerbarer Vermögensertrag dar. Was der Steuerpflichtige gegen die Besteuerung weiter vorbringt, dringt nicht durch:

a) Der Steuerpflichtige hat zunächst geltend machen lassen, eine steuerbare geldwerte Leistung aus Beteiligung könne gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts und Kreisschreiben nur vorliegen, wenn die Einbringung gegen Aktien der übernehmenden Gesellschaft oder gegen eine Gutschrift auf einem Aktionärsdarlehenskonto erfolge. Diese Ansicht findet jedoch in der Lehre und Rechtsprechung keine Stütze. Vielmehr ist anerkannt, dass Gleiches gilt, wenn der Kaufpreis in anderer Form getilgt wird (vgl. M. Reich, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2a, N. 73 zu Art. 20 DBG mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; F. Richner/W. Frei/S. Kaufmann, Handkommentar zum DBG, N. 135 zu Art. 20 DBG). Der Einwand des Pflichtigen, dass im vorliegenden Fall der Kaufpreis durch Inanspruchnahme eines Bankkredits beglichen worden sei, schliesst daher eine Transponierung keineswegs aus. Vielmehr rechtfertigt sich die Unterstellung unter die Steuer umso mehr, wenn die Einbringung gegen Barzahlung und nicht gegen Gutschrift erfolgt, da in diesem Fall unbestritten der in Frage stehende Steuervorteil effektiv sofort realisiert wird (vgl. Böckli, a.a.O., S. 253). Andererseits schadet es nicht, dass vorliegend nicht im Detail nachvollzogen werden kann, in welchem Umfang effektiv der Bankkredit für die Begleichung der Kaufpreisforderung in Anspruch genommen wurde, da die Einkünfte in steuerrechtlicher Hinsicht bereits mit dem Erwerb der Kaufpreisforderung als zugeflossen gelten.

b) Der Pflichtige lässt auch vorbringen, dass das Motiv für die Einbringung ein betriebswirtschaftliches und nicht ein steuerliches gewesen sei. Damit verkennt der Pflichtige jedoch, dass es auf das Motiv der Einbringung nicht an-

kommt. Insbesondere setzt die Besteuerung der Transponierung keine Steuerumgehung voraus (ASA 60 537 ff., 540 f. Erw. 5a; ASA 59 717 ff., 720 Erw. 4a). Ob eine Steuerumgehung vorliegt, müsste nur geprüft werden, wenn der zu beurteilende Sachverhalt nicht direkt unter Art 21 Abs. 1 BdBSt bzw. Art. 20 Abs. 1 Bst. c DBG fallen würde (ASA 59 717 ff., 720 Erw. 4a). Würden solche Einkünfte nicht als geldwerte Leistungen aus Beteiligungen erfasst, wäre der Weg zur steuerfreien Ausschüttung von laufenden oder gespeicherten Gewinnen an den Aktionär offen (Richner/Frei/Kaufmann, a.a.O., N. 130 zu Art. 20 DBG mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Unbehelflich ist deshalb auch der Hinweis des Pflichtigen, dass bisher von der X.Y. AG nie Dividenden an die A.B. AG ausgeschüttet worden seien. Die tatsächliche Herausnahme der Mittel aus der verkauften Gesellschaft bildet keine Voraussetzung der Besteuerung, da die spätere Entleerung unwiderlegbar vermutet wird (Reich, a.a.O., N. 76 zu Art. 20 DBG, unter Hinweis auf Böckli, a.a.O., S. 247 ff.).

c) Im Weiteren wird vom Steuerpflichtigen argumentiert, dass der Einbringungswert von Fr. 950'000.– sowohl aus damaliger Sicht wie auch rückblickend betrachtet eindeutig zu hoch sei und vielmehr ein Unternehmenswert von Fr. 330'000.– angemessen erscheine. Eventualiter lässt er deshalb beantragen, dass anstelle von Fr. 950'000.– ein Einbringungswert von Fr. 330'000.– zu berücksichtigen sei. In seiner Eingabe vom 30. Dezember 2002 lässt er zudem mitteilen, dass ein Nachtrag zum Kaufvertrag vom 26. Oktober 1994 vorgenommen worden sei, womit der Kaufpreis mittels Vertragsänderung infolge Grundlagenirrtums und Kaufpreisminderung rückwirkend per 1. Januar 1995 von Fr. 950'000.– auf Fr. 330'000.– reduziert worden sei. Ob vorliegend die Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Grundlagenirrtums erfüllt sind, erscheint fraglich, braucht hier aber nicht geprüft zu werden. So oder anders führt auch der Nachtrag zum Kaufvertrag nicht dazu, dass die Steuer reduziert werden müsste. Entscheidend ist, ob in der streitbetroffenen Steuerperiode die Einkünfte in steuerrechtlicher Hinsicht zugeflossen sind oder nicht.

Nach ständiger Lehre und Rechtsprechung gilt Einkommen steuerrechtlich in jenem Zeitpunkt als zugeflossen, in welchem die steuerpflichtige Person die Leistung vereinnahmt oder einen festen Anspruch darauf erworben hat, über den sie tatsächlich auch verfügen kann. Voraussetzung des Zuflusses ist somit ein abgeschlossener Rechtserwerb, der Forderungs- oder Eigentumserwerb sein kann. Nicht auf den Forderungserwerb, sondern auf die tatsächliche Erfüllung der Forderung ist abzustellen, wenn diese besonders unsicher ist. Auf den Rechtsgrund des Zuflusses kommt es – vorbehältlich Art. 24 DBG (steuerfreie Einkünfte) – nicht an. Der Einkommenszufluss ist ein faktischer Vorgang, der damit abgeschlossen ist, dass die steuerpflichtige Person die wirtschaftliche Verfügungsmacht über die zugeflossenen Vermögenswerte innehat, es sei denn, dem Zufluss stehe ein liquider Anspruch auf Rückleistung der Bereicherung entgegen, dessen Durchsetzung unmittelbar bevorsteht (StE 2001 B 24.4 Nr. 59 Erw. 5b mit Hinweisen).

Vorliegend ist entscheidend, dass der Pflichtige über die Gegenleistung der A.B. AG für die Einbringung der Beteiligungen sogleich verfügen konnte: Durch den Abschluss des Kaufvertrags hat er eine Kaufpreisforderung erworben, für deren Begleichung sich die A.B. AG bei der Credit Suisse einen festen Vorschuss gewähren liess. Entsprechend sind in der Bilanz der A.B. AG per 31. Dezember 1995 beim Anlagevermögen Beteiligungen im Betrag von Fr. 950'000.– und beim Fremdkapital ein fester Vorschuss der Credit Suisse von Fr. 945'000.– verbucht worden. Ob die damalige Unternehmensbewertung angemessen war oder nicht, ist unter diesen Umständen ohne Belang. Von einem Rückforderungsanspruch, dessen Durchsetzung unmittelbar bevorstand, kann in der streitbetroffenen Steuerperiode jedenfalls nicht die Rede sein. Nach den Ausführungen des Pflichtigen soll zwar im Jahre 1997 die Transponierung im Zusammenhang mit einer Revision bei der A.B. AG ein Thema gewesen sein, und im Jahre 1998 sei mit den Steuerbehörden über die Rückgängigmachung und nachträgliche Agio-Lösung diskutiert worden. Konkrete Schritte sind jedoch in dieser Hinsicht nicht eingeleitet worden. Erst in den nunmehr erfolgten Bilanzkorrekturen der A.B. AG für die Jahre 2000 und 2001 sind die Beteiligungen von Fr. 950'000.– auf Fr. 130'000.– abgeschrieben worden und der Pflichtige hat, nachdem von ihm persönlich der noch ausstehende feste Vorschuss der Credit Suisse per 30. Dezember 1999 zurückbezahlt wurde, einen Forderungsverzicht gegenüber der A.B. AG geleistet. Dies vermag jedoch nichts mehr daran zu ändern, dass dem Pflichtigen in der streitbetroffenen Steuerperiode die Gegenleistung für die Einbringung der Beteiligungen in vollem Umfang zugeflossen ist. Dieser Einkommenszufluss ist in steuerrechtlicher Hinsicht abgeschlossen und kann auch durch den mit Eingabe vom 30. Dezember 2002 erfolgten Nachtrag zum Kaufvertrag mit Rückwirkung per 1. Januar 1995 nicht mehr rückgängig bzw. ungeschehen gemacht werden. Dass die eingebrachten Beteiligungen in den späteren, hier nicht zu beurteilenden Steuerperioden infolge Rezession und Verschlechterung der Wirtschaftslage stark an Wert verloren haben und die Gewinnerwartungen nicht erfüllt werden konnten, kann in vorliegendem Zusammenhang nicht berücksichtigt werden.

4. Im Ergebnis erweist sich der Rekurs resp. die Beschwerde als unbegründet und ist vollumfänglich abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Rekurrent als unterliegende Partei kostenpflichtig (§ 120 Abs. 1 nStG; Art. 144 Abs. 1 DBG) und eine Parteientschädigung ist ihm nicht zuzusprechen (§ 120 Abs. 3 nStG; Art. 144 Abs. 4 DBG i.V.m. Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. April 2004 A 2002/27

Gegen dieses Urteil liess der Beschwerdeführer staatsrechtliche Beschwerde und Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen, die jedoch vom Bundesgericht mit Urteil vom 9. Dezember 2004 abgewiesen wurden, soweit es darauf eintrat (2P.140/2004, 2A.313/2004).

4. Ausländerrecht

Art. 13b Abs. 1 lit. c ANAG – Konkrete Anzeichen, die befürchten lassen, dass sich der betroffene Ausländer einer Ausschaffung entziehen könnte, sind z.B. die wiederholte Straffälligkeit, falsche Angaben bezüglich Identität, Untertauchen und hartnäckige Verweigerung der Mitwirkung bei der Beschaffung von Reisepapieren.

Aus dem Sachverhalt:

A.B. reiste am 4. April 2002 erstmals unter dem Namen C.D. illegal in die Schweiz ein und stellte ein Asylgesuch. Dieses wurde vom Bundesamt für Flüchtlinge (BFF) am 11. Juli 2002 abgewiesen und er wurde angewiesen, die Schweiz umgehend zu verlassen. Er tauchte in der Folge ohne Abmeldung unter. Am 28. März 2003 reiste er erneut illegal in die Schweiz ein und stellte unter dem Namen E.F. ein neues Asylgesuch. Auf dieses trat das BFF am 11. April 2003 nicht ein und ordnete wiederum die sofortige Wegweisung aus der Schweiz an. Die Schweizerische Asylrekurskommission (ARK) trat auf eine dagegen erhobene Beschwerde nicht ein. Am 12. Oktober 2004 wurde der Antragsgegner vom KAFA in Ausschaffungshaft genommen.

Aus den Erwägungen:

1. ...

2. ...

Nach Art. 13b Abs. 1 lit. c ANAG kann die Ausschaffungshaft verfügt werden, wenn konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass sich der Ausländer der Ausschaffung entziehen will (Gefahr des Untertauchens). Das trifft zu, wenn der Ausländer klar zu erkennen gibt, keinesfalls in sein Herkunftsland zurückkehren zu wollen. Es genügt aber nicht, dass die betroffene Person einer Ausreiseanordnung keine Folge geleistet hat und sich illegal in der Schweiz aufhält, dass sie keine Papiere mit sich führt und bei deren Beschaffung nicht aktiv mitwirkt. Je länger und beharrlicher die passive Haltung aber ist, desto eher ist sie als Indiz für die Untertauchensgefahr anzusehen. Eigentliche Täuschungsmanöver (Verwendung gefälschter Papiere, Auftreten unter mehreren Namen) dürfen als haftbegründende konkrete Anzeichen gewürdigt werden. Bei einem straffälligen Ausländer ist eher als bei einem unbescholtenen davon auszugehen, er werde in Zukunft behördliche Anordnungen missachten (BGE 122 II 49 E. 2a). Auf der Hand liegt die Untertauchensgefahr, wenn der Ausländer bereits einmal untergetaucht ist, oder es bei seinem Verhalten darauf anlegt, behördliche Kontrollen zu umgehen. In diesem Fall bietet er kaum Gewähr dafür, dass er sich zu gegebener Zeit, wenn die Reisepapiere vorliegen, für den Vollzug der Ausschaffung zur Verfügung halten wird (BGE 122 II 51 Erw. 2a). Wenn ein Ausländer wiederholt

behördlichen Anordnungen keine Folge leistet, so muss ebenfalls befürchtet werden, dass er sich einer Ausschaffung entziehen könnte (BGE 128 II 243 Erw. 2.1).

3. a) Der Antragsgegner reiste im April 2002 erstmals illegal in die Schweiz ein und stellte unter einem falschen Namen ein Asylgesuch. Dieses wurde vom BFF abgewiesen und der Antragsgegner wurde aus der Schweiz weggewiesen. Bei den Akten des damaligen Verfahrens, bei dem der Antragsgegner dem Kanton Graubünden zugewiesen worden war, finden sich verschiedene Zeugenaussagen, die belegen, dass der Antragsgegner als Drogenhändler aktiv war. Dies führte denn auch zu einer Verurteilung von einem Monat Gefängnis wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz durch das Bezirksgericht Plessur (Urteil vom 16. Januar 2003). Bereits im September 2002 war der Antragsgegner dem BFF als verschwunden gemeldet worden. Am 28. März 2003 reiste er erneut illegal in die Schweiz ein und stellte ein neues Asylgesuch. Auf dieses trat das BFF mit Verfügung vom 11. April 2003 nicht ein und wies den Antragsgegner erneut aus der Schweiz weg. Beim rechtlichen Gehör vom 14. April 2003 erklärte der Antragsgegner, dass er nicht bereit sei, die Schweiz zu verlassen. Mit Urteil vom 21. Mai 2003 trat die ARK auf eine vom Antragsgegner gegen die Verfügung des BFF erhobene Beschwerde nicht ein. Am 8. Oktober 2003 wurde der Antragsgegner vom Untersuchungsamt Gossau SG wegen mehrfachen Fahrens ohne gültigen Fahrausweis mit Fr. 150.– gebüsst. Am 26. November 2003 ging beim KAFA ein Rapport der Kantonspolizei Graubünden ein, gemäss dem der Antragsgegner erneut mit Drogen gehandelt haben soll.

b) Am 11. August 2004 teilte X.Y. dem KAFA mit, dass der Antragsgegner mit richtigem Namen A.B. heisse. Sie sei seine künftige Ehefrau und er sei der Vater ihrer am 5. August 2004 geborenen Tochter. Am 2. September 2004 erklärte der Antragsgegner gegenüber dem KAFA, wenn er nach Nigeria zurück müsse, so wolle er sein Kind mitnehmen. Er möchte aber heiraten. Er werde seine Dokumente organisieren und diese dem KAFA bringen. Gleichentags stellte L.M. vom Advokaturbüro M. dem KAFA eine auf den Namen C.D. ausgestellte Vollmacht zu. Sie erklärte im Begleitschreiben, dass dies nicht der richtige Name sei. Gegenüber dem KAFA erklärten die frühere Rechtsvertreterin und die Lebenspartnerin des Antragsgegners, dass sich mehrere auf die richtige Identität lautende Identitätspapiere im Besitz des Antragsgegners befinden würden. Vor der Haftrichterverhandlung teilte die Rechtsvertreterin dem Gericht mit, dass sie den Antragsgegner nicht mehr vertrete.

c) Bei der Haftrichterverhandlung erklärte der Antragsgegner, es treffe zu, dass er im Jahr 2002 unter dem Namen C.D. ein Asylgesuch eingereicht habe. Er habe Kenntnis davon, dass dieses Gesuch abgewiesen worden sei. Er habe allerdings bis jetzt nicht gewusst, dass ihn das Bezirksgericht Plessur wegen Drogenhandels zu einem Monat Gefängnis verurteilt habe. Es stimme

auch, dass er im März 2003 unter einem neuen Namen wieder ein Asylgesuch eingereicht habe. Dies sei auch sein richtiger Name. Seine Freundin verstehe nichts von afrikanischen Namen, wenn sie gegenüber dem KAFA behaupte, dass A.B. sein richtiger Name sei. Auf Rückfrage und unter Hinweis darauf, dass seine Anwältin schriftlich bestätigt habe, dass C.D. nicht sein richtiger Name sei, gab der Antragsgegner endlich zu, dass A.B. sein richtiger Name sei. Er gab auch an, dass er Dokumente besitze, mit denen die Richtigkeit seiner Identität bestätigt werden könnte. Allerdings seien diese zur Zeit noch nicht greifbar. Er bestätigte auch, dass er den diversen Aufforderungen der Schweizer Behörden zur Beschaffung von Dokumenten zur Identifikation bis heute keine Folge geleistet habe. Er sei nicht bereit, die Schweiz zu verlassen. Er habe hier ein Kind. Er sei aber bereit, afrikanische Dokumente beizubringen. Ausserhalb von Nigeria habe er nur seine kleine Tochter. Bezüglich der Haftbedingungen erklärte er, er fühle sich im Gefängnis nicht wohl. Im Einzelnen beanstandete er die Haftbedingungen aber nicht.

d) Der Vertreter des KAFA erklärte, man gehe davon aus, dass der Name A.B. wohl der richtige Name sei. Man rechne mit einer Haftdauer von längstens drei Monaten. Sobald man mit der nigerianischen Botschaft einen Vorsprachetermin gefunden habe und sobald der Antragsgegner als nigerianischer Staatsangehöriger anerkannt sei, gehe es in der Regel recht schnell. Falls der Antragsgegner einen Pass oder ein anderes Dokument vorlegen könnte, so wäre die Heimreise sogar in einer bis vier Wochen möglich. Seitens des KAFA habe man bereits das BFF um Vollzugsunterstützung ersucht. Seit anfangs August würden nun der Antragsgegner und seine Freundin behaupten, sie würden heiraten, so dass man seitens des KAFA auf die Einleitung der Heirat gewartet habe. Allerdings sei bis heute nichts unternommen worden. So oder so werde man in den nächsten zwei Wochen einen Vorsprachetermin bei der Botschaft vereinbaren.

e) Zusammenfassend ergibt sich Folgendes: Der Antragsgegner hat unter falschem Namen zweimal in der Schweiz ein Asylgesuch eingereicht. Seit April 2002 hat er die Schweizerischen Behörden mit falschen Angaben über seine Identität in grober Weise getäuscht. Den wiederholten Aufforderungen, Dokumente zur Klärung der Identität und zur Beschaffung von Reisepapieren beizubringen, ist er trotz der Tatsache, dass er im Besitz von entsprechenden Unterlagen war und ist, bis heute in keiner Art und Weise nachgekommen. Er hat über mehr als zwei Jahre hinweg in grober Weise seine Mitwirkungspflicht verletzt. Er ist auch wiederholt straffällig geworden. So wurde er wegen Verstosses gegen das Betäubungsmittelgesetz und wegen Missachtung des Transportgesetzes rechtskräftig verurteilt. Aufgrund des bisherigen Verhaltens des Antragsgegners muss mit hoher Wahrscheinlichkeit damit gerechnet werden, dass er sich im Fall einer Freilassung der Ausschaffung entziehen könnte.

Der Antragsgegner hält sich zur Zeit bei der Mutter seiner knapp zwei Monate alten Tochter auf. Man könnte sich daher fragen, ob der Vollzug der

Wegweisung unter diesen Umständen nicht durch eine mildere Massnahme, z.B. regelmässiges Melden beim KAFA oder durch die Angabe einer konkreten Wohnadresse sichergestellt werden könnte. Aufgrund seines bisherigen Verhaltens muss dies aber verneint werden. Obwohl seine Lebenspartnerin ein Heiratsversprechen schriftlich hinterlegt hat, sah es der Antragsgegner bisher nicht für nötig an, den Behörden seine echten Papiere für die Einleitung der Heirat zu unterbreiten. Offenbar besteht mit Bezug auf die bevorstehende Heirat noch keine Einigkeit. Auch hat er das Kind bisher nicht offiziell anerkannt. Aktenkundig ist auch, dass wegen verbaler Auseinandersetzungen zwischen dem Antragsgegner und seiner Lebenspartnerin bzw. deren Mutter schon die Polizei gerufen werden musste. Unter diesen Umständen kommt eine mildere Massnahme nicht in Frage, insbesondere auch weil die Haftbedingungen nicht beanstandet werden. Im Übrigen sind zur Zeit keine rechtlichen oder tatsächlichen Hindernisse erkennbar, die einer Ausschaffung innert der gesetzlich vorgesehenen Maximalfrist von neun Monaten entgegenstehen würden. Unter diesen Umständen erweist sich die Ausschaffungshaft als verhältnismässig und angemessen.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die angeordnete Haft recht- und verhältnismässig ist. Gemäss den Ausführungen des KAFA kann damit gerechnet werden, dass die Ausschaffung durch die vorliegende Haft in den nächsten drei Monaten sichergestellt werden kann. Die Beschaffung von Ersatzreisepapieren wurde bereits in die Wege geleitet. Wenn sich der Antragsgegner gegenüber den Behörden seines Heimatlandes kooperativ zeigt, so kann die Repatriierung sogar innert weniger Wochen erfolgen. Sollte sich allerdings ergeben, dass die angegebene Identität wieder falsch ist, so wird sich die Beschaffung der Reisepapiere in die Länge ziehen, was dann allerdings wieder im Verantwortungsbereich des Antragsgegners liegen würde. Falls der Antragsgegner die Heirat mit seiner Freundin in die Wege leiten sollte, so wird die Angelegenheit ohnehin neu zu beurteilen sein. Abschliessend wird noch darauf hingewiesen, dass dem Antragsgegner gestützt auf Art. 13c Abs. 4 ANAG das Recht zusteht, einen Monat nach der Haftüberprüfung beim Verwaltungsgericht ein Haftentlassungsgesuch einzureichen. Über dieses würde im Rahmen einer neuen Haftrichterverhandlung entschieden werden.

Haftrichterverfügung vom 14. Oktober 2004 V 2004/142

5. Fürsorgerecht

Art. 397a ZGB – Voraussetzungen der Klinikeinweisung oder -zurückbehaltung im Rahmen einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung (Geisteskrankheit, Suchterkrankung, schwere Verwahrlosung).

Aus den Erwägungen:

...

2. Gemäss Art. 397a Abs. 1 ZGB darf eine mündige oder entmündigte Person 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 (Art. 397a Abs. 2 ZGB). Die betroffene Person muss gemäss Art. 397a Abs. 3 ZGB entlassen werden, sobald es ihr Zustand erlaubt. Im Weiteren bestimmt Art. 397e Ziff. 5 ZGB, dass bei psychisch Kranken nur unter Beizug von Sachverständigen entschieden werden darf.

a) Das Gesetz nennt als Voraussetzung für eine fürsorgerische Freiheitsentziehung das Vorliegen eines Schwächezustandes, der eine persönliche Fürsorge notwendig macht, die nicht anders als durch den Entzug der Freiheit erbracht werden kann (Thomas Geiser, Basler Kommentar, N 2 zu Art. 397a ZGB). Das Vorliegen eines der oben erwähnten Schwächezustände reicht für sich allein aber 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. Die fürsorgerische Freiheitsentziehung stellt einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit der betroffenen Person dar und ist entsprechend nur zulässig, wenn keine leichtere Massnahme der betroffenen Person einen genügenden Schutz gewähren kann. Die fürsorgerische Freiheitsentziehung soll in erster Linie der Wiedererlangung der Selbständigkeit und der Selbstverantwortung dienen. Ist eine Besserung des Zustandes ausgeschlossen, muss sie wenigstens die notwendige persönliche Betreuung ermöglichen, um der Person ein menschenwürdiges Leben zu sichern (Thomas Geiser, a.a.O., N 14 zu Art. 397a ZGB). Die Voraussetzungen von Art. 397a Abs. 1 ZGB gelten auch für eine Einweisung zwecks Untersuchung, d.h. eine Einweisung zur Untersuchung ist nur statthaft, wenn eine fürsorgerische Freiheitsentziehung ernsthaft in Betracht kommt, aber wichtige Grundlagen noch fehlen (vgl. dazu Spirig, Zürcher Kommentar, N 114 f und 285 zu Art. 397a ZGB).

b) Der 1985 geborene Beschwerdeführer wurde mit Beschluss des Gemeinderates A. vom 19. August 2004 zur ärztlichen Abklärung und Behand-

lung in die Psychiatrische Klinik Oberwil eingewiesen. Die Einweisung wurde damit begründet, dass der Beschwerdeführer bereits seit Jahren Verhaltensstörungen und Defizite in der Persönlichkeitsentwicklung zeige, die im jetzigen Zeitpunkt symptomatisch für eine zunehmende psychische Verwahrlosung mit möglichem Krankheitscharakter zu sein scheinen. Die ausgeprägte soziale Desintegration verbunden mit Aspekten einer beginnenden Drogenabhängigkeit schienen ebenfalls Ausdruck dieser Symptomatik zu sein. Zur Vorgeschichte lässt sich dem Gemeinderatsbeschluss entnehmen, dass der Beschwerdeführer wegen Auffälligkeiten im Schulbetrieb die letzten drei Schuljahre im Heim X. verbracht und dort einen Abschluss auf Sekundarschul-Niveau gemacht habe, wobei sich die Schulschwierigkeiten und Verhaltensauffälligkeiten weiterhin in Form von Auseinandersetzungen und Diebstahlsepisoden gezeigt hätten. Eine im August 2003 begonnene Lehre als Koch sei vom Lehrbetrieb am 5. April 2004 wegen vieler Unzuverlässigkeiten und unentschuldigter Absenzen gekündigt worden. Seither habe er nicht mehr gearbeitet und Termine und Auflagen der Arbeitslosenversicherung nicht eingehalten. Zudem zeige er Anzeichen einer eindeutigen Anhängigkeit in der «Kifferszene» und die Eltern hätten grosse Sorgen, dass er auch einen gewissen Konsum von harten Drogen angefangen haben könnte. Er sei des öfteren sehr müde und antriebslos und schlafe jeweils weit in den Tag hinein. Am Abend sei er dann nicht mehr zu halten und strebe mit einer Nervosität und Anspannung in den nächtlichen Ausgang, dass man sich frage, ob eine beginnende Drogenabhängigkeit ein solches Verhalten verursachen könnte. Der Beschwerdeführer reagiere auf diesbezügliche Fragen und Vorhaltungen äusserst aggressiv. Er sei nach Angaben der Eltern in keiner Weise bereit, auf das Familienleben zu Hause Rücksicht zu nehmen oder sich in irgendeiner Weise auf eine für alle tragbare Regelung seiner Verhältnisse einzulassen. Die verbalen Aggressivitäten würden ein Zusammenleben mit ihm verunmöglichen. Auch habe er angefangen, in seiner Wut Sachbeschädigungen in seinem Zimmer und der Wohnung zu machen. Die Eltern hätten sich schliesslich am 2. April 2004 entschlossen, dem Beschwerdeführer ein Hausverbot zu erteilen. Seither streune der Sohn umher, wohne bei schlechten Kollegen und rutsche so offensichtlich immer weiter ab in ein Milieu der Desintegration und Gewalt. Auch habe er seine kleine Schwester bedrängt und sie dazu gebracht, ihm den Hausschlüssel auszuhändigen, worauf er sich in Abwesenheit der Eltern Zugang zur Wohnung verschafft habe. Schliesslich habe sich auch Dr. F. an die Vormundschaftsbehörde gewandt und aufgrund seines Schreibens werde davon ausgegangen, dass es sich bei den bestehenden Verhaltensstörungen um eine Erkrankung handeln könnte und dass eine medikamentöse antidepressive Behandlung dringend notwendig wäre. Das von Dr. F. verschriebene Medikament, ein rezeptpflichtiges Psychopharmakum, sei vom Beschwerdeführer auf dem Kinderspielplatz liegen gelassen worden, wo es glücklicherweise von jemandem gefunden und in der Apotheke abgegeben worden sei. Nach Meinung von Dr. F. müsste eine sozialpsychiatrische Betreuung im Vorder-

grund stehen. Die schwerwiegende soziale Desintegration mit sich zunehmend verstärken den Verhaltens- und Persönlichkeitsstörungen würden eine möglichst baldige stationäre ärztliche Intervention zur Abkärung der Symptomatik und zur medikamentösen Behandlung erfordern. Im Rahmen eines Klinikaufenthaltes müssten auch allenfalls notwendige therapeutische Massnahmen etabliert und in die Wege geleitet werden. Es müsse davon ausgegangen werden, dass sich die Situation ohne professionelle Hilfestellung weiter verschärfen werde, wobei eine nicht unerhebliche Eigen- und auch Fremdgefährdung in Betracht gezogen werden müsse. Der Beschwerdeführer zeige bereits seit Jahren Verhaltensstörungen und Defizite in der Persönlichkeitsentwicklung, die im jetzigen Zeitpunkt symptomatisch für eine zunehmende psychische Verwahrlosung mit möglichem Krankheitscharakter zu sein schienen. Die ausgeprägte soziale Desintegration verbunden mit Aspekten einer beginnenden Drogenabhängigkeit schienen ebenfalls Ausdruck dieser Symptomatik zu sein. Die vielen ambulanten Betreuungsmassnahmen und Hilfestellungen über Jahre hinweg hätten keine Wirksamkeit gezeigt und mit ihnen sei keine Stabilisation der persönlichen Verhältnisse des jungen Mannes zu erzielen gewesen. Nach Aussagen des Hausarztes brauche er einen stationären Aufenthalt in einem Klinikum, nachdem eine medikamentöse antidepressive Behandlung im ambulanten Rahmen auf keinen Fall genüge bzw. unter den gegebenen Umständen nicht durchführbar wäre. Dieselbe Unfähigkeit wie in der Kooperation mit seinem Hausarzt zeige der Beschwerdeführer auch in seiner gesamten Lebensgestaltung. Schon die Anforderungen, die von Seiten der Familie im Sinne des Zusammenlebens an ihn gestellt würden, seien für ihn eine grosse Überforderung. Alle Facetten eines geregelten Alltags bedeuteten für ihn puren «Stress», welchem er einerseits völlig hilf- und antriebslos gegenüber stehe, andererseits aber mit sehr aggressivem Verhalten darauf reagiere. Die Belastung der Familie habe inzwischen ein längst nicht mehr zumutbares Mass erreicht. Seit Erteilung des Hausverbots durch die Eltern befinde er sich im Unterschlupf bei verschiedenen Kollegen und lebe von der Hand in den Mund. Die meisten seiner Freunde seien ebenfalls arbeitslos und hätten Sozialisationsprobleme, so dass die Eltern befürchteten, der Beschwerdeführer könnte sich in einer Art desintegrierter Subkultur relativ wohl fühlen und – vor allem in der milden Jahreszeit – kaum eine Veranlassung haben, seine Probleme anzugehen und positive Veränderungen anzustreben. Die problematische Lebensgestaltung beschränke sich selbstredend nicht nur auf das familiäre Zusammenleben und das weitere soziale Umfeld, sondern manifestiere sich auch in der fehlenden beruflichen Perspektive. Es zeige sich, dass er psychisch nicht in der Lage zu sein scheine, eigenständig und in geeigneter Weise seine persönlichen und finanziellen Angelegenheiten zu regeln. Auf dem Sozialdienst habe er wohl den Termin für ein Erstgespräch eingehalten, weitere Termine und Abmachungen habe er jedoch unentschuldigt nicht mehr eingehalten. Die Vermutung liege nahe, dass er nicht in der Lage wäre, einen Hilfsprozess im ambulanten Betreuungsbereich mitzugestalten und zu

seinen Gunsten umzusetzen. Auch aus Sicht des Sozialdienstes brauche er demnach eine stationäre Betreuung mit sozialpsychiatrischer Förderung und Nacherziehung sowie mit – idealerweise institutionseigenen – Möglichkeiten der beruflichen Ausbildung.

3. Im Folgenden ist zu prüfen, ob beim Beschwerdeführer einer der in Art. 397a Abs. 1 ZGB abschliessend aufgeführten Schwächezustände – insbesondere eine Geisteskrankheit, eine Alkohol- oder andere Suchterkrankung oder schwere Verwahrlosung vorliegt.

a) Eine Geisteskrankheit liegt dann vor, wenn bei einem Menschen auf die Dauer psychische Störungen bzw. psychische Symptome und Verlaufsweisen auftreten, die einen stark auffallenden Charakter haben und die einem besonnenen Laien den Eindruck uneinfühlbarer, qualitativ tiefgehend abwegiger, grob befremdender und daher prinzipieller Störungszeichen machen (Schnyder/Murer, Berner Kommentar, N 26 zu Art. 369 ZGB).

aa) An der persönlichen Befragung vom 2. September 2004 führte die behandelnde Ärztin Dr. B. aus, dass der Beschwerdeführer wegen sozialer Probleme in die Klinik eingewiesen worden sei. Er habe zu dieser Zeit keine Arbeitsstelle, keine definitive Wohnmöglichkeit und finanzielle Probleme gehabt. Seine Eltern seien mit der ganzen Situation überfordert gewesen. Beim Klinikeintritt sei der Beschwerdeführer physisch und psychisch unruhig gewesen; ansonsten hätten keine Hinweise auf psychische Störungen vorgelegen. Mittlerweile sei er im Allgemeinen ruhiger geworden; Medikamente bekomme er keine. In der Klinik seien psychologische Tests durchgeführt worden, um eine eventuelle Persönlichkeitsstörung festzustellen, deren Resultate noch ausstünden. Diese Abklärungen könnten aber auch ambulant durchgeführt werden.

bb) Im Klinikbericht vom 6. September 2004 wird ausgeführt, dass im bisherigen Verlauf keine psychopathologischen Symptome feststellbar seien und dass der Beschwerdeführer auf der Station angepasst sei. Als Diagnose werden Verhaltensauffälligkeiten bei einem schlecht integrierten Adoleszenten genannt.

cc) Anhand dieser ärztlichen Angaben bestehen beim Beschwerdeführer keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Geisteskrankheit bzw. Geistesschwäche im Sinne von Art. 397a Abs. 1 ZGB.

b) Unter die anderen Suchtmittelerkrankungen im Sinne von Art. 397a Abs. 1 ZGB fällt vor allem die Betäubungsmittelsucht. Als Droge gilt dabei jede Substanz mit Wirkung auf das zentrale Nervensystem, die durch ihre Beschaffenheit die Struktur oder Funktion des lebenden Organismus verändert. Abhängig machende Drogen haben sodann die Eigenschaft, in Wechselwirkung mit einem lebenden Organismus einen Zustand psychischer und/oder physischer Abhängigkeit zu erzeugen. Begriffsnotwendiges Merk-

mal ist einzig die psychische Abhängigkeit. Sie äussert sich in einem starken, oft unstillbaren Verlangen, die Droge wegen ihrer seelischen Wirkung (z.B. Erzeugung von Lust, Vermeidung von Unlust) einzunehmen und sich die Substanz um jeden Preis erneut zu verschaffen (Spirig, a.a.O., N 63 ff. zu Art. 397a ZGB). Der mehr oder weniger regelmässige Drogenkonsum oder eine blosse Suchtgefährdung stellen keinen Grund für eine fürsorgerische Freiheitsentziehung dar, wenn keine Drogenabhängigkeit gegeben ist, soweit nicht Minderjährige betreffend (Spirig, a.a.O., N 78 zu Art. 397a ZGB).

aa) Der Beschwerdeführer räumte an der persönlichen Befragung ein, dass er erstmals ungefähr mit 15 Jahren Cannabis konsumiert habe und auch heute noch konsumiere. Allerdings konsumiere er nicht täglich Cannabis, sondern kiffe mit Kollegen manchmal am Wochenende einen Joint.

bb) Nach den Angaben der behandelnden Ärztin an der persönlichen Befragung sind gemäss Urinprobe beim Beschwerdeführer Spuren von Cannabis festgestellt worden; über die Häufigkeit des Konsums könnten erst weitere Abklärungen Aufschluss geben. Anamnestisch und aus seinem Verhalten in Gesprächen schliesse sie aber, dass keine Drogensucht bestehe.

cc) Im Klinikbericht wird ausgeführt, der Beschwerdeführer konsumiere zwar Alkohol und Cannabis. Anhaltspunkte für eine Drogen- oder Alkoholsucht lägen aktuell aber nicht vor.

dd) Auch wenn der Beschwerdeführer Cannabis und Alcopops konsumiert, so besteht nach den Angaben der Ärzte keine Drogen- oder Alkoholsucht im Sinne von Art. 397a Abs. 1 ZGB.

c) Der gesetzliche Begriff der schweren Verwahrlosung ist auf einen Zustand der Verkommenheit zugeschnitten, welcher mit der Menschenwürde schlechterdings nicht mehr vereinbar ist. Oft ist in einem solchen Fall gleichzeitig der Einweisungsgrund der Geisteskrankheit, Geistesschwäche oder Suchterkrankung gegeben. Dies muss aber nicht immer der Fall sein, weshalb die schwere Verwahrlosung als besonderer Einweisungsgrund vorgesehen ist (BGE 128 III 13 f. E. 3 mit Hinweisen). Drohende schwere Verwahrlosung ist beispielsweise dann zu bejahen, wenn jemand die minimalen Bedürfnisse bezüglich Hygiene und Ernährung nicht mehr selbständig erfüllen kann, nicht aber bei Arbeitsscheu, Liederlichkeit oder Müssiggang (vgl. dazu Spirig, a.a.O., N 101 und 109 zu Art. 397a ZGB).

aa) Der Beschwerdeführer bestritt an der persönlichen Befragung nicht, dass er die Lehrstelle wegen eigener Unzuverlässigkeit verloren und danach keine neue Lehr- oder Arbeitsstelle gesucht habe. Er gab auch zu, mehr oder weniger sämtliche Termine – wie z.B. diejenigen der Arbeitslosenversicherung – versäumt zu haben. Er sei einfach zu allem zu faul gewesen und habe nur Basketball und seine Kollegen im Kopf gehabt. Deswegen habe er auch Probleme im Elternhaus gehabt und diese hätten ihm schliesslich ein Haus-

verbot erteilt. Aggressiv gegenüber den Eltern sei er aber nie geworden. Nach diesem Hausverbot habe er bei Kollegen übernachten können und mittlerweile dürfe er auch wieder zu Hause bei den Eltern wohnen.

bb) Die behandelnde Ärztin verneinte an der persönlichen Befragung eine akute Selbstgefährdung und im Klinikbericht wird festgehalten, dass bisher keine Verwahrlosungstendenzen feststellbar gewesen seien. Da die Gemeinde und auch die Eltern bezüglich des weiteren Prozederes noch unentschieden und ambivalent seien, bestehe zwar die Gefahr, dass der Beschwerdeführer im Falle einer Entlassung allenfalls keine Unterkunft haben könnte. Insofern seien die Konsequenzen einer sofortigen Entlassung nicht berechenbar. Es sei aber zu erwarten, dass er zumindest bezüglich Unterkunft von seinen Kollegen Hilfe bekommen würde und vorübergehend bei einem dieser Kollegen wohnen könnte.

cc) Auch wenn weder die Wohnsituation noch die weitere berufliche Zukunft des Beschwerdeführers zur Zeit geregelt ist und die Eltern mit der Betreuung ihres Sohnes allenfalls überfordert sein könnten, liegt derzeit weder eine schwere Verwahrlosung im Sinne von Art. 397a Abs. 1 ZGB vor noch droht eine solche unmittelbar. Damit ist aber auch der Einweisungsgrund der schweren Verwahrlosung nicht gegeben.

d) Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass sich keiner der in Art. 397a Abs. 1 ZGB abschliessend aufgeführten Schwächezustände bestätigt hat. Damit fehlt es aber an den rechtlichen Voraussetzungen für die Anordnung bzw. Aufrechterhaltung eines fürsorgerischen Freiheitsentzuges. Auch wenn die von den Klinikärzten in erster Linie empfohlenen pädagogischen Massnahmen – sinnvollerweise mit unterstützender Psychotherapie und Drogenabstinenz – zweifellos dringend notwendig sind und auch in Angriff genommen werden sollten, so können diese Massnahmen nicht im Rahmen einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung durchgeführt werden, weil dafür die rechtlichen Voraussetzungen fehlen. Die Beschwerde erweist sich mithin als begründet und der angefochtene Entscheid des Gemeinderates muss aufgehoben werden.

Verwaltungsgericht, 9. September 2004 F 2004/38

Art. 397a und 397d ZGB – Fürsorgerische Freiheitsentziehung. Wird die Beschwerde gegen eine Fürsorgerische Freiheitsentziehung zurückgezogen, ist eine erneute Beschwerdeerhebung gegen die nämliche Einweisung grundsätzlich nicht mehr zulässig, auch wenn sie innerhalb der Beschwerdefrist erfolgt.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

X. wurde am 20. Januar 2004 mittels ärztlichem FFE zwangsweise in die Psychiatrische Klinik Oberwil eingewiesen. Die am 23. Januar 2004 eingereichte Beschwerde zog X. mit nicht datiertem Schreiben (Eingang auf der Gerichtskanzlei am 28. Januar 2004) zurück, worauf das Verfahren am 28. Januar 2004 als durch Rückzug erledigt abgeschrieben wurde. Mit nicht datiertem «Gesuch um Austritt aus der Klinik» (Poststempel: 28. Januar 2004) teilte X. dem Verwaltungsgericht mit, dass es ihm wieder gut gehe und er an seine Wohn- und Arbeitsstelle zurückkehren wolle.

Erwägungen:

1. Gemäss Art. 397a Abs. 1 ZGB darf eine Person 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. Zuständig für den Entscheid ist eine vormundschaftliche Behörde am Wohnsitz oder, wenn Gefahr im Verzuge liegt, eine vormundschaftliche Behörde am Aufenthaltsort der betroffenen Person. Hat eine vormundschaftliche Behörde die Unterbringung oder Zurückbehaltung angeordnet, so befindet sie auch über die Entlassung; in den anderen Fällen entscheidet darüber die Anstalt (Art. 397b Abs. 3 ZGB).

Die betroffene oder eine ihr nahestehende Person kann gegen den Entscheid betreffend Einweisung oder Zurückbehaltung in einer Anstalt innert zehn Tagen nach der Mitteilung schriftlich das Gericht anrufen. Dieses Recht besteht auch bei Abweisung eines Entlassungsgesuchs (Art. 397d Abs. 1 und 2 ZGB). Das Verwaltungsgericht beurteilt als einzige kantonale Instanz Beschwerden gegen eine fürsorgerische Freiheitsentziehung (§ 79a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes, VRG, in der Fassung vom 28. Januar 1982).

a) Im vorliegenden Fall wurde der Beschwerdeführer am 20. Januar 2004 zwangsweise in die Psychiatrische Klinik Oberwil eingewiesen. Seine gegen diese Zwangseinweisung erhobene Beschwerde vom 23. Januar 2004 erfolgte in jedem Fall fristgerecht und das Verwaltungsgericht eröffnete entsprechend das Verfahren F 2004 4. Nach dem Eintreffen des vorbehaltlosen Rückzugs am 28. Januar 2004 schrieb das Verwaltungsgericht das Beschwerdeverfahren F 2004 4 am 28. Januar 2004 zufolge Rückzugs am Protokoll ab. Es ist somit zu prüfen, ob das vom Beschwerdeführer am 28. Januar 2004 – mithin noch während der Beschwerdefrist – eingereichte neue Entlassungsgesuch zulässig ist und auf die Beschwerde demnach einzutreten ist.

b) In BGE 74 I 280 ff. hat das Bundesgericht entschieden, dass es auf einen bedingungs- und vorbehaltlos erklärten Beschwerderückzug nicht zurückkommen könne, auch wenn die Beschwerdefrist noch nicht abgelaufen sei. Diese Ansicht wird u.a. von Kölz, Prozessmaximen im schweizerischen Verwaltungsprozess, 2. A., Zürich 1974, S. 49 und 80, in Zweifel gezogen, soweit dies Rückzüge betrifft, die an einem Willensmangel leiden. Der Rechtsmittelrückzug ist danach nicht frei widerrufbar, sondern nur dann zulässig, wenn nachgewiesen wird, dass er unter Willensmängeln zustande gekommen ist. Der Widerruf des Rechtsmittelrückzugs ist unter dem Gesichtswinkel von Treu und Glauben namentlich dann zulässig, wenn der Rückzug beispielsweise durch eine falsche Auskunft einer Behörde über die Prozessaussichten veranlasst worden ist (vgl. Kölz / Bosshart / Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, Vorbem. zu §§ 19–28 N. 61, mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer hat seine Beschwerde im Verfahren F 2004 4 bedingungs- und vorbehaltlos zurückgezogen und auch in seiner Eingabe vom 28. Januar 2004 behauptet er in keiner Weise, dass sein Rückzug unter Willensmängeln zustande gekommen sei. Unter diesen Umständen muss es mit der Abschreibung des Verfahrens F 2004 4 sein Bewenden haben und auf die vorliegende Eingabe kann nicht als Beschwerde eingetreten werden. Die Eingabe des Beschwerdeführers vom 28. Januar 2004 wird jedoch als Entlassungsgesuch im Sinne von Art. 397b Abs. 3 ZGB an die Psychiatrische Klinik Oberwil überwiesen.

Verwaltungsgericht, 29. Januar 2004 F 2004 / 5

Art. 397d ZGB, Art. 6 EMRK – Fürsorgerische Freiheitsentziehung. Überprüfung des Nichteintretensentscheides der Vormundschaftsbehörde auf ein Entlassungsgesuch (E. 2–4). Wann ist eine mündliche öffentliche Verhandlung bzw. eine mündliche Anhörung durchzuführen (E. 7)? Kein Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand bei Aussichtslosigkeit der Beschwerdeführung (E. 10).

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Im Rahmen fürsorgerischer Freiheitsentziehung wurde X., Jahrgang 1966, am 3. Juli 2003 in die Psychiatrische Klinik Oberwil eingewiesen. Ihr Gesuch um Entlassung wurde am 27. August 2003 abgelehnt. Die anschliessenden Rechtsmittelverfahren blieben ohne Erfolg (zuletzt Urteil des Bundesgerichts vom 4. Dezember 2003). Nach Erhalt des bundesgerichtlichen Urteils stellte X. am 16. Dezember 2003 ein Gesuch um sofortige Aufhebung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung und Entlassung aus der Klinik. Das Gesuch wurde vom Gemeinderat A. am 26. April 2004 abgewiesen. Eine dagegen eingereichte Beschwerde wies das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 18. Juni 2004 ab. Am 30. Juni 2004 verlangte X. erneut ihre Entlassung. Der Gemeinderat A. trat auf ihr Gesuch mit Beschluss vom 6. Juli 2004 nicht ein. Gegen diesen Nichteintretensentscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

1. Das Verwaltungsgericht beurteilt als einzige kantonale Instanz Beschwerden gegen eine fürsorgerische Freiheitsentziehung, aber auch Beschwerden gegen Entscheide über entsprechende Entlassungsgesuche (§ 79a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes, VRG, in der Fassung vom 28. Januar 1982). Nach Art. 397d Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) vom 10. Dezember 1907 kann die betroffene oder eine ihr nahe stehende Person gegen den Entscheid auf Einweisung in eine resp. Rückbehalt in einer geeigneten Anstalt innert zehn Tagen den Richter anrufen. Dieses Recht steht nach Art. 397d Abs. 2 ZGB auch bei Abweisung eines Entlassungsgesuchs zu. Entgegen der Auffassung des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin kommt die Rechtsmittelfrist nach Art. 397d Abs. 1 ZGB auch zum Tragen, wenn die zuständige Behörde auf das Entlassungsgesuch nicht eintritt und dies in einem formellen Entscheid begründet. Eine Rechtsverweigerung läge nur vor, wenn die Behörde das Gesuch gar nicht behandelte. Ob das Nichteintreten begründet war, ist im Rechtsmittelverfahren vom Gericht zu überprüfen.

Der Entscheid des Gemeinderats A. leidet jedoch an einem Mangel, da er keine Rechtsmittelbelehrung enthält (vgl. § 19 Abs. 1 VRG). Ein formeller Mangel eines Entscheides wie vorliegend gilt nach konstanter Praxis des Bundesgerichts allerdings nur dann als unheilbar und führt zu dessen Ungültigkeit, wenn der betroffenen Partei ein Rechtsnachteil entsteht (vgl. Häfelin / Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002, Rz

1645). Da die Beschwerdeführerin anwaltlich vertreten ist und ihr Anwalt die Problematik der Fristwahrung erkannte und fristgerecht reagierte, entstand ihr in casu kein Rechtsnachteil. Die Beschwerde gilt, selbst bei Zugang auf dem Postamt am 7. Juli 2004 und Abholung am letzten Tage der postalischen Abholfrist, wie angesprochen als fristgerecht eingereicht und entspricht den übrigen formellen Anforderungen, weshalb sie zu prüfen ist. Bei dieser Sach- und Rechtslage kann offen bleiben, ob wirklich nur die Zustellung des Entscheides an den Anwalt fristauslösend sein könne, wenn das Gesuch ohne Anwalt deponiert wurde.

2. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Frage der Rechtmässigkeit des Nichteintretensentscheides der Vorinstanz. Wird gegen einen Nichteintretens- oder Prozessentscheid ein Rechtsmittel erhoben und sind die Prozessvoraussetzungen hierfür gegeben, ist die Rechtsmittelinstanz verpflichtet, die Prozess- resp. Eintretensvoraussetzungen bei der Vorinstanz zu prüfen. Hat die Vorinstanz trotz Fehlens einer Eintretensvoraussetzung entschieden, ist der angefochtene Entscheid aufzuheben. Ist sie zu Recht nicht auf das Begehren eingetreten, erfolgt eine materielle Abweisung, ist sie zu Unrecht nicht darauf eingetreten, eine materielle Gutheissung der Beschwerde unter Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur materiellen Behandlung (vgl. Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, Rz 410 ff.). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin geht es nicht an, dass das Verwaltungsgericht anstelle der Vorinstanz bereits materiell entscheiden würde. Die erstinstanzliche Zuständigkeit der gemeindlichen Vormundschaftsbehörde zur Beurteilung der Einweisung in oder der Entlassung aus einer Anstalt ist in Art. 397b ZGB unzweideutig geregelt. Die Überprüfung der Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen ist weder dem kantonalen Verwaltungsgericht noch dem Schweizerischen Bundesgericht erlaubt. Dies ist eine Notorietät für jeden Juristen. Es gibt denn bis dato auch keinen höchstrichterlichen Entscheid, der an der Rechtmässigkeit resp. an der Verfassungsmässigkeit und der EMRK-Kompatibilität dieser bundesrechtlichen Regelung zweifeln liesse. Um dem grundrechtlichen Gebot des Anspruchs auf richterliche Überprüfung zu genügen, wurden die Regeln von Art. 397d ZGB statuiert. Auch die der Beschwerde beiliegende Beschwerde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Strasbourg vermag keine Zweifel an der geltenden Schweizer Regelung zu wecken. Selbst für den Fall, dass das Gericht in Strasbourg den Schweizer Gesetzgeber auffordern sollte, die Kompetenzen in Sachen fürsorgerischer Freiheitsentziehung neu zu ordnen, würde dies an der Entscheidkompetenz der Vormundschaftsbehörde und des Gerichts in casu nichts ändern. Demzufolge ist die Beschwerde in Antrag 1 (Prüfung des Entlassungsgesuchs ohne vorgängiges Verwaltungsverfahren) abzuweisen.

3. Eine in eine Klinik eingewiesene Person hat im Grundsatz jederzeit das Recht, ein Gesuch um eine Entlassung zu deponieren. Dieser Grundsatz

steht in Einklang mit Art. 31 Abs. 4 BV und Art. 5 Abs. 4 EMRK, wonach bei einem Entzug der Freiheit die Anrufung des Richters zur Überprüfung der entsprechenden Rechtmässigkeit jederzeit gewährt sein muss. Die zitierten Bestimmungen zielen insbesondere gegen formelle Sperrfristen. Nach Lehre und Praxis trifft der Grundsatz in dieser Schärfe allerdings nicht zu. Werden Gesuche nämlich in unvernünftigen Abständen und in querulatorischer Weise wiederholt gestellt, braucht die zuständige Instanz nicht darauf einzutreten. In diesem Falle fehlt ein schutzwürdiges Interesse an einem Entlassungsentscheid. Dass nach Art. 36a Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) vom 16. Dezember 1943 Rechtsmittel und Klagen, die auf querulatorischer oder rechtsmissbräuchlicher Prozessführung beruhen, unzulässig sind, drückt einen allgemeinen Grundsatz aus, der überall, somit auch im Bereich der fürsorgerischen Freiheitsentziehung, Anwendung findet (vgl. Spirig, Zürcher Kommentar, Die fürsorgerische Freiheitsentziehung, Zürich 1995, N. 63 zu Art. 397d ZGB mit zahlreichen Hinweisen; Geiser, Basler Kommentar ZGB I, N 28 zu Art. 397a ZGB).

4. Vorliegend gilt es prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht entschied, das neuerliche Entlassungsgesuch sei in unvernünftigem Abstand zum letzten Gesuch resp. in querulatorischer Weise deponiert worden, d.h. ob sie somit zu Recht nicht auf das Entlassungsgesuch eintrat. Dabei kann es nicht darum gehen, die Richtigkeit des Entscheides vom 18. Juni 2004 in seiner ganzen Tragweite zu überprüfen. Vielmehr muss sich das Gericht darauf beschränken zu prüfen, ob bereits veränderte Verhältnisse vorliegen, die eine Entlassung in Übereinstimmung mit dem zitierten Entscheid rechtfertigten.

4.1 Den zahlreichen Vorakten ist zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin bereits 1985 in der Klinik in E. und im Februar 2002 erstmals in der Psychiatrischen Klinik Oberwil hospitalisiert war. Im Oktober 2002 trat sie erneut in die Klinik in Oberwil ein. Gegen die nachträgliche Anordnung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung und die Verlegung nach L. setzte sie sich zur Wehr. Nach Gutheissung ihrer Beschwerde durch das Verwaltungsgericht am 22. November 2002 verblieb sie bis zum 6. Januar 2003 freiwillig in L.. Am 7. Januar 2003 trat sie in das Kur- und Ferienheim M. ein. Vorschläge zur anderweitigen Unterbringung lehnte sie ab. Nach ihrem Austritt aus dem Kur- und Ferienheim M. logierte sie an acht verschiedenen Orten, in Hotels, den Kliniken Oberwil und Meisenberg sowie im Kantonsspital Zug. Am 13. Mai 2003 wurde sie erneut in die Klinik in Oberwil eingewiesen. Die gegen diese Einweisung erhobene Beschwerde hiess das Verwaltungsgericht mit Entscheid vom 4. Juni 2003 wiederum gut. In der Folge konnte sie sich mit dem Sozialamt der Gemeinde A. erneut nicht über ihre Unterbringung einigen und sie logierte wieder in verschiedenen Hotels. Danach kam es am 3. Juli 2003 zur Einweisung, die bis heute andauert und deren Rechtmässigkeit mit Urteil des Bundesgerichts vom 4. Dezember 2003 erstmals letztinstanzlich, mit Urteil des Verwaltungsgerichts vom 18. Juni 2004 letztmals beurteilt wurde.

4.2 Der Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 18. Juni 2004 basiert auf der gutachterlichen Feststellung, bei der Beschwerdeführerin liege eine Geisteskrankheit resp. ein Schwächezustand im Sinne von Art. 397a ZGB vor. Eine akute Selbst- oder Fremdgefährdung im Sinne von Suizidalität oder drohender Gewaltanwendung liege nicht vor, hingegen könne Suizidalität bei Überforderung zufolge ungenügend vorbereiteter Klinikentlassung schnell entstehen. Allerdings müsse vorliegend von Selbstgefährdung im Sinne der Selbstdestruktion gesprochen werden, lebe die Beschwerdeführerin doch in massiver sozialer Isolation sowie schwerer seelischer und affektiver Verwahrlosung. Schliesslich liege auch eine zu berücksichtigende Drittgefährdung im Sinne einer unzumutbaren Belastung der Umwelt vor. Der Rückbehalt in der Klinik sei als verhältnismässig einzustufen. Eine Entlassung aus der Klinik sei erst möglich, wenn das vom Gutachter aufgezeigte Problemlösungssystem für ein Leben ausserhalb der Klinik effektiv installiert und tragfähig vorhanden sei.

4.2.1 Das von Gutachter Dr. K. angesprochene Problemlösungssystem beinhaltet eine professionell begleitete Wohnlösung, eine gute Tagesstruktur, am besten an einem geschützten Arbeitsplatz, eine angemessene ärztlich-therapeutische Behandlung inklusive Einnahme der nötigen Medikamente, eine beistandschaftliche oder vormundschaftliche Unterstützung sowie die klare Bereitschaft, die Unterstützung durch das Helfersystem konstruktiv zu nutzen, anstatt dagegen anzukämpfen. Die Erarbeitung des Problemlösungssystems müsse in der Klinik erfolgen.

4.2.2 Im Urteil vom 18. Juni 2004 kam das Gericht zum Schluss, ein effektiv installiertes und tragfähiges Problemlösungssystem liege zum Zeitpunkt des Entscheides nicht vor. Überzeugend führte es aus, dass die an sich zu begrüssende Bereitschaft von Dr. H., die Beschwerdeführerin ambulant zu behandeln, sowie aufgezeigte Möglichkeiten allfällig temporärer Unterbringung nicht ausreichten, um von einem installierten und tragfähigen Problemlösungssystem sprechen zu können.

Auch die Vorinstanz hielt im angefochtenen Entscheid sowie im Rahmen ihrer Vernehmlassung fest, das Problemlösungssystem greife noch bei weitem nicht, so dass eine Entlassung noch nicht erwogen werden könne.

4.3 Der Beschwerdeführerin ist im Prinzip zuzustimmen, soweit sie ausführen lässt, ein Entlassungsgesuch sei bereits vor Eintritt der formellen Rechtskraft einer Verfügung oder eines Gerichtsentscheides möglich (vgl. Spirig, a.a.O. Art. 397d N. 65) resp. dürfe nicht von der Einhaltung von Sperrfristen abhängig gemacht werden. Ob Entlassungsgesuche in unvernünftigen Abständen oder in querulatorischer Weise erhoben werden oder wurden, ist somit im Einzelfall und ungeachtet formeller Aspekte und Fristen zu beurteilen.

In Einklang mit dem Entscheid vom 18. Juni 2004 ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass das vom Gutachter aufgezeigte Problemlösungssystem noch in keiner Weise greift. Wohl liegt eine Erklärung eines Psychiaters vor, die ambulante Behandlung zu übernehmen. Damit ist nicht geklärt, ob dadurch auch die Garantie für die verordnungsgemässe Medikamenteneinnahme gegeben wäre. Die bisherigen Unterbringungsvorschläge entsprechen keinesfalls einer professionell begleiteten Wohnlösung. Vorschläge für eine Tagesstruktur liegen nicht vor, eine Möglichkeit, einer Tätigkeit an einem geschützten Arbeitsplatz nach zu gehen, ist nicht ausgewiesen. Eine vormundschaftliche Massnahme konnte bis dato, insbesondere angesichts der Opposition der Beschwerdeführerin, nicht errichtet werden. Schliesslich indiziert das umgehende neue Entlassungsgesuch, dass es der Beschwerdeführerin an der Bereitschaft, das Helfersystem zu nutzen, anstatt dagegen anzukämpfen, mangelt. Zieht man darüber hinaus in Betracht, dass es der Beschwerdeführerin wesentlich an Krankheitseinsicht und an Kooperationsbereitschaft fehlt mit der schon oft gezeigten Konsequenz, dass sie im Falle der Entlassung aus der Klinik eine baldige Neueinweisung anbegehrt, im Falle der Einweisung aber die Entlassung anstrebt und kaum ein Rechtsmittel ungenutzt lässt, ergibt sich, dass das nunmalig deponierte Entlassungsgesuch von der Vorinstanz zu Recht als unzeitig resp. querulatorisch beurteilt wurde. Damit erweist sich der Entscheid des Gemeinderats A. vom 6. Juli 2004, auf das am 30. Juni 2004 und somit nur zwölf Tage nach der letzten richterlichen Beurteilung eines Entlassungsgesuchs eingereichte neue Entlassungsgesuch nicht einzutreten, als richtig. Einen Verstoss gegen Art. 31 Abs. 4 BV resp. Art. 5 Abs. 4 EMRK kann das Gericht im Entscheid des Gemeinderats A. vom 6. Juli 2004 nicht sehen. Somit ist die Beschwerde auch in Antrag 3 (Aufhebung des Nichteintretensentscheides) abzuweisen.

...

7. Artikel 6 Abs. 1 EMRK bestimmt: «Jedermann hat Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über die Stichhaltigkeit der gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Anklage zu entscheiden hat. Das Urteil muss öffentlich verkündet werden, jedoch kann die Presse und die Öffentlichkeit während der gesamten Verhandlung oder eines Teiles derselben im Interesse der Sittlichkeit, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit in einem demokratischen Staat ausgeschlossen werden, oder wenn die Interessen von Jugendlichen oder der Schutz des Privatlebens der Prozessparteien es verlangen, oder, und zwar unter besonderen Umständen, wenn die öffentliche Verhandlung die Interessen der Rechtspflege beeinträchtigen würde, in diesem Fall jedoch nur in dem nach Auffassung des Gerichts erforderlichen Umfang». Nach der Praxis kann selbst bei einem Antrag des Betroffenen auf öffentliche Verhandlung darauf verzichtet werden, wenn Zweckmässigkeits-

gründe dagegen sprechen resp. der Fall nicht von öffentlichem Interesse ist. Dies ist in der Regel der Fall, wenn technische Fragen zu beurteilen sind, für die sich ein schriftliches Verfahren besser eignet. Schliesslich kann ein Gericht auf eine öffentliche Verhandlung auch verzichten, wenn damit das Verfahren ungebührend und entgegen den Anforderungen von Art. 6 EMRK verzögert würde (Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, EMRK, 2. Auflage, Zürich 1999, Rz 444 und dort zitierte Praxis). Nach BGE 114 Ia 182 ergeben sich die Anforderungen an das gerichtliche Verfahren im Bereich der fürsorgerischen Freiheitsentziehung im Übrigen aus Art. 5 Abs. 4 EMRK, welcher die Öffentlichkeit der Verhandlung nicht verlange, derweil Art. 6 Abs. 1 EMRK in diesem Bereich keine direkte Anwendung finde.

In casu steht ein materieller Entscheid an, allerdings aber nur über die Frage des Eintretens der Vorinstanz. Die Frage der Entlassung aus der Klinik ist vorliegend nicht zu behandeln. Diese Frage könnte aber noch höchstrichterlich überprüft werden, läuft doch noch immer die Frist für die Berufung an das Bundesgericht. Angesichts der Beschränkung der Kognition des angerufenen Gerichts auf die Eintretensfrage und eingedenk der obig ausgeführten Erwägungen aus Lehre und Praxis ist ein Anspruch auf eine öffentliche Verhandlung vorliegend zu verneinen. Damit erweist sich auch Antrag 6 (mündliche parteiöffentliche Verhandlung) als unbegründet, und er ist abzuweisen.

Mit analoger Begründung ist auch das Begehren um Anordnung einer mündlichen Anhörung der Beschwerdeführerin (Antrag 5) abzuweisen.

...

10. Die Beschwerdeführerin lässt sodann beantragen, es sei ihr in der Person ihres Rechtsvertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bewilligen.

Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sind die finanzielle Bedürftigkeit, die fehlende Aussichtslosigkeit sowie die Erforderlichkeit einer Vertretung. Sowohl die finanzielle Bedürftigkeit wie auch die Notwendigkeit der Vertretung wurden in den bisherigen Verfahren der Beschwerdeführerin jeweils bejaht. Die finanzielle Bedürftigkeit kann sogar als gerichtsnotorisch betrachtet werden. Zieht man vorliegend allerdings in Betracht, dass das Gericht bereits in einem früheren Entscheid in Sachen der Beschwerdeführerin darauf hinwies, dass bei umgehend neuem Einreichen eines Entlassungsgesuchs darauf allenfalls nicht einzutreten sei, dass der letzte Entscheid bei Einreichen erst wenige Tage alt war und dass die Vorinstanz zu Recht nicht darauf eintrat, hätte die Beschwerdeführerin resp. ihr Rechtsvertreter zum Schluss gelangen müssen, dass eine Beschwerde gegen diesen Entscheid des Gemeinderats A. als aussichtslos qualifiziert werden dürfte. Angesichts der durch den materiellen Entscheid erstellten Aussichtslosigkeit kann der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechts-

verbeiständung nicht gewährt werden. Zufolge grundsätzlicher Kostenlosigkeit des Verfahrens im Bereich der fürsorgerischen Freiheitsentziehung ist der Antrag auf unentgeltliche Verfahrensführung ohnehin hinfällig.

Verwaltungsgericht, 16. August 2004 F 2004/35

Eine gegen dieses Urteil eingereichte staatsrechtliche Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 1. November 2004 ab, soweit es darauf eintrat. (5P.367/204).

§ 37 ff. und § 50bis Gesundheitsgesetz – Zwangsmassnahmen. Örtliche und sachliche Zuständigkeit zur gerichtlichen Überprüfung von Beschwerden gegen Zwangsmassnahmen. Anforderungen an die Anordnung einer Zwangsmassnahme.

Aus den Erwägungen:

1. a) Gegen die Anordnung einer Zwangsmassnahme können der Patient, eine Vertrauensperson sowie der Kantonsarzt beim Verwaltungsgericht Beschwerde führen. Die Beschwerde ist spätestens 30 Tage nach Beendigung der Zwangsmassnahme einzureichen. Ein aktuelles Rechtsschutzinteresse ist nicht erforderlich (§ 50bis Abs. 1 des Gesetzes über das Gesundheitswesen im Kanton Zug, GG, in der Fassung gemäss Änderung vom 30. August 2001, in Kraft seit dem 17. November 2001). Im Übrigen sind die Verfahrensvorschriften über die fürsorgerische Freiheitsentziehung sinngemäss anzuwenden (§ 50bis Abs. 3 GG). Wird eine Zwangsmassnahme im Rahmen einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung angeordnet und ist gegen diese bereits eine Beschwerde beim Verwaltungsgericht hängig, so entscheidet das Verwaltungsgericht über beide Beschwerden gleichzeitig (§ 50bis Abs. 4 GG). Die Beschwerdeführerin befindet sich zwar im Rahmen einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung in der Psychiatrischen Klinik Oberwil. Über die Rechtmässigkeit dieses Aufenthalts hat aber das Verwaltungsgericht des Kantons A. bereits entschieden. Ein neues Entlassungsgesuch wurde vom Verwaltungsgericht A. mit Urteil vom 16. Juli 2004 an den Gemeinderat B. überwiesen.

b) Für die Beurteilung der Rechtmässigkeit der fürsorgerischen Freiheitsentziehung ist das Verwaltungsgericht des Kantons Zug örtlich nicht zuständig. Soweit sich die Beschwerdeführerin aber gegen eine geplante zwangs-

weise Verabreichung von Medikamenten beschwert, ist zur Beurteilung dieser Frage das Verwaltungsgericht des Kantons Zug örtlich zuständig. Es geht nämlich bei dieser Frage um die Anwendung des zugerischen Gesundheitsgesetzes in einer Anstalt auf dem Hoheitsgebiet des Kantons Zug. Für die Beurteilung entsprechender Beschwerden ist daher – wie das Verwaltungsgericht A. zu Recht feststellt – das Verwaltungsgericht des Kantons Zug zuständig. Die Beschwerde entspricht den einfachen formellen Anforderungen, weshalb sie zu prüfen ist. Vorerst ist zu prüfen, ob überhaupt ein anfechtbarer Beschwerdegegenstand vorliegt.

2. a) Die gesetzliche Grundlage für Zwangsmassnahmen findet sich in § 37 ff. GG. Gemäss § 37 Abs. 1 GG bedarf jede Zwangsmassnahme wie Zwangsmedikation, physischer Zwang, Fixation oder Isolation der Anordnung durch eine Arztperson; pflegerische Zwangsmassnahmen wie Fixation oder Isolation dürfen auch durch diplomierte Pflegepersonen angeordnet werden. Zwangsmassnahmen sind gemäss § 37 Abs. 2 GG nur zulässig bei Patienten, die urteilsunfähig sind oder die gemäss den Bestimmungen des ZGB über die fürsorgerische Freiheitsentziehung in eine Behandlungseinrichtung eingewiesen wurden. Die Massnahme muss notwendig sein, um eine unmittelbare und schwere Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit des Patienten oder Dritter abzuwenden beziehungsweise um eine akute schwerwiegende Störung des Zusammenlebens zu beseitigen (§ 37 Abs. 3 GG).

b) Das Gesundheitsgesetz hält in § 37bis detailliert fest, wie das Anordnungsdokument einer Zwangsmassnahme auszugestalten ist. Der Arzt oder die Pflegeperson hat die Zulässigkeit und die Gründe für die Anordnung der Zwangsmassnahme, die Art und Weise ihrer Durchführung und ihre voraussichtliche Dauer schriftlich festzuhalten. Veränderungen sind laufend nachzutragen. Das Anordnungsdokument hat den Hinweis zu enthalten, dass der Patient oder eine von ihm bezeichnete Vertrauensperson den Richter anrufen kann und dass die Anordnung vom Kantonsarzt überprüft wird (§ 37bis Abs. 2 GG). Je eine Ausfertigung des Dokuments ist dem Patienten und der Vertrauensperson sowie dem Kantonsarzt unverzüglich auszuhändigen bzw. zuzustellen. Die Beschwerdefrist beträgt 30 Tage. Die Gesundheitsdirektion hat in diesem Zusammenhang ein Formular entwickelt, das den Anforderungen von §§ 37 ff. GG in jeder Beziehung gerecht wird. Dieses Formular enthält in Ziff. 1 die Angaben zur anordnenden Person, in Ziff. 2 die Angaben zum betroffenen Patienten sowie in Ziff. 3 Angaben zum Beginn der Massnahmen und ihrer voraussichtlichen Dauer. In Ziff. 4 müssen – unter dem Titel Zwangsmassnahme – die Gründe für die Anordnung, die Diagnose, die Art der Durchführung, die Erforderlichkeit und Notwendigkeit der Massnahme und die Psychopathologie sowie das Verhalten des Patienten und die Verhältnismässigkeit der Zwangsmassnahme festgehalten werden. In Ziff. 5 wird festgehalten, an wen die Ausfertigung mitgeteilt wird. Die Ziff. 6 enthält die Mitteilung, dass die Massnahme durch den Kantonsarzt überprüft wird und in Ziff. 7 ist die Rechtsmittelbelehrung festgehalten.

c) Bei den Akten befindet sich eine ab dem 18. Juni 2004 geltende schriftliche Vereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin und dem Behandlungsteam, in der festgehalten ist, dass die Beschwerdeführerin die verschriebenen Medikamente nach Verordnung einnehme. Sollte sie die Medikation verweigern, werde die Medikation umgehend parenteral gespritzt. Die Vereinbarung ist nicht unterzeichnet und die Beschwerdeführerin erklärte bei der persönlichen Befragung, sie wisse nicht, ob diese Vereinbarung noch gelte. Am 8. Juli 2004 erhielt die Beschwerdeführerin von der Klinik dann das folgende Schreiben:

«Aus medizinisch-therapeutischer Sicht halten wir es für dringend notwendig, Sie längerfristig auf eine Depotmedikation mit Fluanxol einzustellen, mit dem Ziel, eine Stabilisierung der chronischen Schizophrenie, an der Sie leiden, zu ermöglichen. In Absprache mit Ihrer Familie, dem Vormund Herr Y. und Ihrem Hausarzt, Herrn Dr. Z., und deren ausdrücklich dokumentierten Einverständnis werden wir zum nächstmöglichen Termin eine Injektionsabgabe der Fluanxol-Depotmedikation bei Ihnen durchführen. Sie haben die Möglichkeit gegen die Depot-Gabe innerhalb von 10 Tagen einen Rekurs einzureichen.»

Dieses Schreiben erfüllt in mehrerer Hinsicht die Anforderungen, die § 37bis GG an ein Anordnungsdokument stellt, nicht. Es fehlen exakte Angaben über die Gründe der Anordnung sowie über die Art, den Zeitpunkt und die Durchführung der Anordnung. Weiter fehlen Angaben über die Erforderlichkeit, Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit der Zwangsmassnahme. Es fehlt auch der Hinweis auf die Mitteilung und Aushändigung des Anordnungsdokuments sowie der Hinweis auf die Überprüfung durch den Kantonsarzt. Schliesslich enthält das Schreiben eine unvollständige und teilweise falsche Rechtsmittelbelehrung. Gegen die Anordnung von Zwangsmassnahmen kann nicht innert 10, sondern innert 30 Tagen nach Beendigung der Zwangsmassnahme Beschwerde erhoben werden. In einem ordnungsgemässen Anordnungsdokument ist überdies die Beschwerdeinstanz – in casu das Verwaltungsgericht des Kantons Zug – zu nennen. Das Schreiben vom 8. Juli 2004 kann nicht als Anordnungsdokument im Sinne von § 37bis GG qualifiziert werden, gestützt auf welches die Durchführung einer Zwangsmedikation im Sinne von § 37 GG zulässig wäre. Falls die Klinik die Beschwerdeführerin mit einem Fluanxol-Depot gegen ihren Willen behandeln will, so braucht es hierfür ein neues formell korrektes Anordnungsdokument.

d) Da es an einem formell korrekten Anfechtungsobjekt fehlt, kann das Gericht auf die Beschwerde nicht eintreten. Äusserungen der Klinik, die sich an einen bestimmten Patienten richten, ohne aber eine Rechtsbeziehung zu diesem verbindlich zu regeln, fallen nicht unter den Begriff des anfechtbaren Entscheides. Die blosse Androhung einer Zwangsmedikation, die eine mögliche Behandlung in naher oder ferner Zukunft in Aussicht stellt, hat keinen

Verfügungscharakter und kann für sich allein nicht angefochten werden. Anfechtbar ist aber die allenfalls später folgende Anordnung der Zwangsbehandlung, wobei die rechtlichen Voraussetzungen einer Zwangsmedikation dann in diesem Zeitpunkt erfüllt sein müssen. Auf die vorliegende Beschwerde gegen die Behandlung mit einem Fluanxol-Depot kann nicht eingetreten werden, da eine solche Behandlung noch gar nicht ordnungsgemäss angeordnet worden ist.

Verwaltungsgericht, 30. Juli 2004 F 2004 / 33

§ 37 Gesundheitsgesetz – Zwangsmassnahmen im Gesundheitswesen. Wann liegt eine anfechtbare Zwangsmassnahme vor?

Aus den Erwägungen:

1. Gegen die Anordnung einer Zwangsmassnahme können der Patient, eine Vertrauensperson sowie der Kantonsarzt beim Verwaltungsgericht Beschwerde führen. Die Beschwerde ist spätestens 30 Tage nach Beendigung der Zwangsmassnahme einzureichen. Ein aktuelles Rechtsschutzinteresse ist nicht erforderlich (§ 50bis Abs. 1 des Gesetzes über das Gesundheitswesen im Kanton Zug, GG, in der Fassung gemäss Änderung vom 30. August 2001, in Kraft seit dem 17. November 2001). Im Übrigen sind die Verfahrensvorschriften über die fürsorgerische Freiheitsentziehung sinngemäss anzuwenden (§ 50bis Abs. 3 GG). Wird eine Zwangsmassnahme im Rahmen einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung angeordnet und ist gegen diese bereits eine Beschwerde beim Verwaltungsgericht hängig, so entscheidet das Verwaltungsgericht über beide Beschwerden gleichzeitig (§ 50bis Abs. 4 GG).

Die vorliegend beanstandete Medikamenteneinnahme fand am 14. Mai 2004 statt, weshalb die der Post am 14. Mai 2004 übergebene Beschwerde fristgerecht erfolgt ist. Sie entspricht im Weiteren den übrigen einfachen formellen Anforderungen, weshalb sie zu prüfen ist. Als Direktbetroffene ist die Beschwerdeführerin zur Einreichung der Beschwerde legitimiert. Ein aktuelles Rechtsschutzinteresse ist – wie bereits erwähnt – nicht erforderlich. Da die Medikamentenverabreichung überdies im Rahmen einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung erfolgte und diesbezüglich ebenfalls eine Beschwerde beim Verwaltungsgericht hängig ist, sind beide Beschwerden gleichzeitig zu beurteilen.

2. Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass sie das Medikament Zyprexa zwar selber oral eingenommen habe, dass ihr aber mit einer zwangsweisen

Verabreichung in Spritzenform gedroht worden sei, weshalb die Zyprexa-Einnahme als Zwangsmassnahme zu qualifizieren sei. Die Beschwerdegegnerin bestreitet das Vorliegen einer Zwangsmassnahme, da die Beschwerdeführerin einem entsprechenden Behandlungsvertrag zugestimmt und das Medikament freiwillig eingenommen habe.

Sofern es sich bei der Einnahme des Zyprexa um eine Zwangsmedikation gehandelt hat, müsste von einem schweren Eingriff in Grundrechte gesprochen werden. Die Frage, ob es sich bei der Einnahme des Zyprexa um eine Zwangsmassnahme gehandelt hat, ist deshalb vorweg zu prüfen.

a) Strittig ist, ob die Beschwerdeführerin freiwillig oder unter Zwang das Zyprexa oral eingenommen hat. Freiwillig ist die Medikation, wenn die Zustimmung vom «aufgeklärten» Patienten erteilt worden ist, d.h. wenn der Patient in voller Kenntnis der Sachlage in die Behandlung eingewilligt hat. Der Patient muss frei, d.h. vorab ohne äusseren Druck von Seiten Dritter zugestimmt haben. Die Abgrenzung, ob eine Behandlung im Einverständnis oder gegen den Willen des Patienten erfolgt, kann im Einzelfall und vor allem dort, wo sich der Patient unfreiwillig in einer Klinik befindet, heikel sein. Denn einerseits soll der behandelnde Arzt den Patienten aufklären, von der Richtigkeit der vorgeschlagenen Therapie überzeugen und auch mit Nachdruck und der nötigen Klarheit auf die Folgen der Nichtvornahme der dringend angezeigten Behandlung hinweisen. Andererseits darf der Arzt nicht mittels Anwendung psychischen Zwangs die Einwilligung erwirken. Die Grenze ist sicher dann überschritten, wenn der Arzt dem Patienten mit physischer Gewalt droht und der Patient davon ausgehen muss, dass der Arzt die Drohung auch wahr machen kann. Unterzieht sich der Patient unter dem Druck bevorstehenden unmittelbaren Zwangs der vorgesehenen ärztlichen Behandlung, liegt darin keine Zustimmung. Die Therapie erfolgt vielmehr unter «freiwilligem Zwang» und deshalb gegen den Willen des Patienten (Urteil des Bundesgerichts vom 26. November 2002, 5P.366/2002, mit zahlreichen Hinweisen).

b) Die Parteien haben an der persönlichen Befragung vom 18. Mai 2004 übereinstimmend erklärt, dass die Beschwerdeführerin im April 2004 – nach Abschluss der Behandlungsvereinbarung vom März 2004 – mit der Einnahme des Zyprexa begonnen habe, wobei die Darstellungen bezüglich Freiwilligkeit des Zustandekommens dieser Behandlungsvereinbarung auseinander gehen. Ebenfalls unbestritten ist, dass am 14. Mai 2004 nachmittags ein sog. Dreiergespräch stattfand, an dem die Beschwerdeführerin, Dr. med. A. und Pfleger B. teilnahmen. Im Verlaufe dieses Gesprächs nahm die Beschwerdeführerin das Medikament Zyprexa selber oral ein, nachdem ihr im Weigerungsfall unbestrittenermassen die zwangsweise Verabreichung dieses Medikaments mittels Spritze in Aussicht gestellt worden war.

c) Bei dieser Sachlage steht fest, dass die Einnahme des Zyprexa am 14. Mai 2004 zwar durch die Beschwerdeführerin selber erfolgte, dass sie

dies aber nicht freiwillig tat. Der Beschwerdeführerin wurde angedroht, dass ihr das Medikament unter Anwendung physischer Gewalt gespritzt werden würde, wenn sie es nicht selber einnähme. Nachdem die Beschwerdeführerin seit Monaten in der Psychiatrischen Klinik Oberwil hospitalisiert ist und sie auch bereits mehrmals hatte zwangsisoliert werden müssen, war sie sich sehr wohl im Klaren darüber, dass das Klinikpersonal die Drohung mit der Zwangsmedikation auch tatsächlich wahrmachen würde. Insofern nahm sie das Zyprexa unter «freiwilligem Zwang» ein. An dieser Betrachtungsweise vermag auch die Zustimmungserklärung der Beschwerdeführerin vom März 2004 nichts zu ändern, denn grundsätzlich muss der Patient jedem Eingriff in seine persönliche Integrität zustimmen und er kann einen solchen Eingriff auch trotz Vereinbarung im Verlauf der Therapie wieder ablehnen. Im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung steht demzufolge fest, dass es sich bei der Einnahme des Zyprexa am 14. Mai 2004 um eine Zwangsmassnahme und damit um eine Einschränkung der Grundrechte der Beschwerdeführerin gehandelt hat.

...

Verwaltungsgericht, 18. Juni 2004 F 2004/26

6. Sozialversicherung

Art. 17 Abs. 1 und Art. 30 AVIG; Art. 45 AVIV – Schadenminderungspflicht. Pflicht des Versicherten zur Stellensuche bereits nach erfolgter Kündigung. Anforderungen an Qualität und Quantität der Stellenbewerbungen. Nachweis dieser Bemühungen.

Aus den Erwägungen:

...

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

Diese so genannte Schadenminderungspflicht hat zur Folge, dass sich der Versicherte bereits ab dem Zeitpunkt der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, also schon vor der Meldung beim Arbeitsamt, intensiv um eine neue Arbeitsstelle bemühen muss (ARV 1982 Nr. 4 S. 40). Der Versicherte hat alle sich bietenden und zumutbaren Möglichkeiten, eine Stelle zu finden, voll auszuschöpfen. Wie in den übrigen Bereichen der Sozialversicherung hat auch bei der Arbeitslosenversicherung der Versicherte sein Möglichstes zur Schadenminderung von sich aus, d.h. ohne besondere Aufforderung durch eine Amtsstelle oder Abgabe eines Merkblattes, vorzukehren (ARV 1980 Nr. 44 S. 109). Die persönlichen Arbeitsbemühungen eines Versicherten werden in der Regel recht streng beurteilt. Insbesondere ist nicht nur die Quantität, sondern auch die Qualität der Arbeitsbemühungen von Bedeutung (Gerhard Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Band I, Bern / Stuttgart 1988, N. 14 f. zu Art. 17; Hans-Ulrich Stauffer, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, Zürich 1998, S. 49 mit Hinweisen). Unter der Qualität der Arbeitsbemühungen ist die Bewerbungsart zu verstehen, also ob es sich um telefonische oder schriftliche, ausführliche oder mit einem kurzen Standardbrief verfasste Bewerbungen handelt. Bezüglich der Quantität der Arbeitsbemühungen schreiben weder Gesetz noch Verordnung eine Mindestanzahl von Bewerbungen vor. Ob die Anstrengungen bei der Stellensuche genügend sind, muss im Einzelfall beurteilt werden. Viele Kassen verlangen je Kontrollperiode mindestens zehn bis zwölf geeignete Arbeitsbemühungen; bei sehr qualifizierten Bewerbungen begnügen sie sich auch mit etwas weniger. Die Anzahl der erforderlichen Stellenbewerbungen richtet sich nach den konkreten Umständen (Jacqueline Chopard, Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung, Zürich 1998, S. 139 f.). Die getätigten Arbeitsbemühungen müssen sodann überprüfbar sein, weshalb der Versicherte gehalten ist, seine Arbeitsbemühungen im Nachweisblatt über die persönlichen Arbeitsbemühungen schriftlich festzuhalten.

2.1 Aus den Akten ergibt sich, dass die Firma Z. das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 30. Januar 2003 unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist auf Ende April 2003 auflöste. Die Kündigung erfolgte aus wirtschaftlichen Gründen. Der Beschwerdeführer wurde zwecks Stellensuche vom 1. Februar 2003 bis zum 30. April 2003 unter Aufrechterhaltung der Lohnzahlungen freigestellt. Am 1. April 2003 meldete er sich zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Mai 2003 an. Was die Quantität der Arbeitsbemühungen angeht, so weist das Nachweisblatt für die persönlichen Arbeitsbemühungen, datiert vom 5. Mai 2003, für den April 2003 15 Bewerbungen auf. Für die Monate Februar und März 2003 sind jedoch keine Arbeitsbemühungen nachgewiesen worden. Mit Schreiben vom 12. Mai 2003 wurde dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör gewährt und er wurde gebeten, weitere Arbeitsbemühungen einzureichen. Im Antwortschreiben zum rechtlichen Gehör vom 14. Mai 2003 sowie in der Einsprache vom 26. Mai 2003 machte der Beschwerdeführer geltend, er habe sich auch schon im Februar und März 2003 sehr intensiv um eine neue Arbeitsstelle bemüht. Jedoch sei ihm nicht bekannt gewesen, dass er seine Bemühungen schriftlich hätte festhalten müssen. Mit der Beschwerde vom 26. August 2004 legte der Beschwerdeführer vom 11. Februar 2003 datierte Internetausdrucke mit Adressen aus der Druckerbranche als Beweis für seine Arbeitsbemühungen im Februar und März 2003 bei. Vergleicht man die Angaben im Nachweisblatt für die persönlichen Arbeitsbemühungen vom 5. Mai 2003 mit denjenigen auf den Internetausdrucken vom 11. Februar 2003, so ergibt sich, dass die angefragten Unternehmungen praktisch identisch sind. Es wurden somit im Zeitraum von drei Monaten 15 Unternehmungen bezüglich offener Stellen angefragt. Wenn man bedenkt, dass der Beschwerdeführer während dreier Monate zwecks Stellensuche freigestellt war und dieser auch den ganzen Tag nachgehen konnte, so ergibt sich, dass die durchschnittlich fünf Bewerbungen pro Monat in quantitativer Hinsicht nicht ausreichen.

2.2 Weiter gilt es, die Arbeitsbemühungen des Beschwerdeführers in qualitativer Hinsicht sowie auf ihre Überprüfbarkeit hin zu würdigen. Auf den Internetausdrucken vom 11. Februar 2003 ist jeweils neben der Adresse eine handschriftliche Notiz bezüglich des Ergebnisses diverser Telefonate um Stellenbewerbungen angebracht. Die Internetausdrucke geben den Anschein, dass sich der Beschwerdeführer ausschliesslich telefonisch bewarb, was er denn in der Beschwerde vom 26. August 2004 auch bestätigt. Es gilt hier zu beachten, dass telefonische Anfragen naturgemäss schwieriger als schriftliche Stellenbewerbungen zu überprüfen sind (BGE 120 V 79); überdies ist aus den handschriftlichen Notizen nicht ersichtlich, wann sich der Beschwerdeführer beworben hat. Aus den Unterlagen geht sodann hervor, dass sich der Beschwerdeführer einzig bei Druckereien bewarb und dies aufs Geratewohl. Grundsätzlich können jedoch nur Bewerbungen um offene, ausgeschriebene Stellen als qualitativ genügend beurteilt werden. Anfragen

bei Arbeitgebern, die keine Stellen ausgeschrieben haben, sind zwar nicht zwingend zum vornherein als sinnlos zu betrachten, vermögen aber für sich alleine dem Erfordernis einer gezielten und intensiven Arbeitssuche nicht gerecht zu werden (Chopard, a.a.O., S. 138). Auch hier gilt es zu beachten, dass der Beschwerdeführer drei Monate lang freigestellt wurde. Es wäre ihm somit ohne weiteres möglich gewesen, sich nicht nur telefonisch aufs Geratewohl zu bewerben, sondern Stelleninserate zu lesen und sich konkret bei Arbeitgebern, die Arbeitsstellen anboten, zu melden.

2.3 Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass die Arbeitsbemühungen des Beschwerdeführers während der Kündigungsfrist sowohl in quantitativer wie auch in qualitativer Hinsicht ungenügend und nicht überprüfbar waren. Dieses Verhalten muss nach Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung nach sich ziehen.

3. Die Dauer der Einstellung richtet sich nach dem Grad des Verschuldens und beträgt nach Art. 45 Abs. 2 AVIV 1 bis 15 Tage bei leichtem, 16 bis 30 Tage bei mittelschwerem und 31 bis 60 Tage bei schwerem Verschulden (Art. 30 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 45 Abs. 2 AVIV). Die Bemessung der Einstellungsdauer richtet sich nach dem Verschulden unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse der versicherten Person, wobei alle Umstände des konkreten Einzelfalls zu berücksichtigen sind. Verschuldensmindernde Umstände können unter anderem Alter, familiäre Probleme, missliche finanzielle Verhältnisse, aber auch die begründete Hoffnung auf eine Neuanstellung sein (Chopard, a.a.O., S. 167). Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung hat nicht den Charakter einer Strafe im Sinne des Strafrechts, sondern denjenigen einer verwaltungsrechtlichen Sanktion mit dem Zweck, der Gefahr missbräuchlicher Inanspruchnahme der Arbeitslosenversicherung zu begegnen. Zweck der Einstellung ist die angemessene Mitbeteiligung der versicherten Person am Schaden, den sie durch ihr pflichtwidriges Verhalten der Arbeitslosenversicherung natürlich und adäquat kausal verursacht hat (Stauffer, a.a.O., S. 76 und die dort zitierten Entscheide).

Gemäss Einstellraster des Staatssekretariates für Wirtschaft (Kreisschreiben über die Arbeitslosenentschädigung KS-ALE, Ausgabe 2003, D68) ist bei ungenügenden Arbeitsbemühungen (sowie bei fehlendem Nachweis von Arbeitsbemühungen) während einer Kündigungsfrist von drei oder mehr Monaten eine Einstelldauer von neun bis zwölf Tagen zu verfügen. Das KWA hat im vorliegenden Fall eine Einstelldauer von sechs Tagen verfügt und damit die gemäss Einstellraster des seco vorgesehene Einstelldauer deutlich unterschritten. Als verschuldensmindernde Gründe sind die arbeitsmarktliche Lage sowie die für den Monat April 2003 sehr gut nachgewiesenen Arbeitsbemühungen berücksichtigt worden. Weitere verschuldensmindernde Gründe sind nicht ersichtlich. In Würdigung der gesamten Umstände und in Abwägung der verschuldensrelevanten Kriterien erweist sich die vom KWA verfügte Einstellung von sechs Tagen im Bereich des

leichten Verschuldens in jedem Fall als angemessen und sehr milde. Sie ist somit nicht zu beanstanden. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

Verwaltungsgericht, 23. Dezember 2004 S 2004 / 103

Art. 51 Abs. 2 AVIG – Insolvenzentschädigung. Geschäftsführende Gesellschafter einer GmbH sind vom Anspruch auf Insolvenzentschädigung ausgeschlossen.

Aus den Erwägungen:

...

2. Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob der Beschwerdeführer vom Anspruch auf Insolvenzentschädigung ausgeschlossen sein soll.

2.1 Gemäss 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 Insolvenzentschädigung, wenn gegen ihren Arbeitgeber der Konkurs eröffnet wird und ihnen in diesem Zeitpunkt Lohnforderungen zustehen (lit. a), wenn der Konkurs nur deswegen nicht eröffnet wird, weil sich infolge offensichtlicher Überschuldung des Arbeitgebers kein Gläubiger bereit findet, die Kosten vorzuschiessen (lit. b), oder wenn sie gegen ihren Arbeitgeber für Lohnforderungen das Pfändungsbegehren gestellt haben (lit. c). Keinen Anspruch auf Insolvenzentschädigung haben 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 (Art. 51 Abs. 2 AVIG).

2.2 Nach der Botschaft des Bundesrates zur zweiten Teilrevision des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vom 29. November 1993 betrifft Art. 51 Abs. 2 AVIG Personen, die auf Grund ihrer Stellung innerhalb der Gesellschaft im Gegensatz zu gewöhnlichen Arbeitnehmern Einfluss auf Geschäftsgang und Firmenpolitik sowie Einsicht in die Bücher haben und daher von der Insolvenz des Arbeitgebers nicht überrascht werden, weshalb sie keines besonderen Schutzes bedürfen. Damit sollte der geltenden Rechtsprechung zum Konkursprivileg Rechnung getragen werden (BBl 1994 I 361 f.; ARV 1996/97 Nr. 41 E. 1a; ALV – Praxis 98/2 Blatt 5). Personen, die auf Grund ihrer funktionalen Stellung innerhalb der Gesellschaft eine gewisse Unabhängigkeit geniessen und deren Stellung sich daher der-

jenigen des Betriebsinhabers annähert, bleiben von der Insolvenzentschädigung ausgeschlossen. Mit dieser Regelung wird eine materielle Harmonisierung mit den Bestimmungen über die Kurzarbeits- und Schlechtwetterentschädigung (Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG) sowie dem Schuldbetreibungs- und Konkursrecht herbeigeführt, das alle Personen vom schuldbetreibungsrechtlichen Lohnprivileg ausschliesst, die auf den Geschäftsgang sowie auf die Firmen- und Finanzpolitik einer Gesellschaft massgeblichen Einfluss ausüben können. Artikel 51 Abs. 2 AVIG geht insofern vom Verursacherprinzip aus, wonach für einen Schaden derjenige einzustehen hat, der dafür verantwortlich ist. Unter den von der Insolvenzentschädigung ausgeschlossenen Personenkreis fällt, wer kumulativ eine arbeitgeberähnliche Funktion im Betrieb ausübt und eine massgebliche Einflussmöglichkeit auf die Willensbildung des Betriebs hat. Ob von dieser Einflussmöglichkeit tatsächlich Gebrauch gemacht wird, ist irrelevant. Die arbeitgeberähnliche Funktion wird bei Mitgliedern der acht Gesellschaftsformen des schweizerischen Privatrechts bejaht (Burgherr, Die Insolvenzentschädigung, Zürich 2004, S. 42 f.). Bei Arbeitnehmern, bei denen sich auf Grund ihrer Mitwirkung im Betrieb die Frage stellt, ob sie einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehören und ob sie in dieser Eigenschaft massgeblichen Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nehmen können, muss jeweils geprüft werden, welche Entscheidungsbefugnisse ihnen auf Grund der internen betrieblichen Struktur zukommen (ARV 1996/97 Nr. 41 E. 1b, mit weiteren Hinweisen). Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, dass in der Regel das Mass der Entscheidungsbefugnis nicht ausschliesslich nach formalen Kriterien, sondern vor allem anhand der konkreten Gegebenheiten zu ermitteln ist. Eine Ausnahme wird jedoch bei mitarbeitenden Verwaltungsräten gemacht, weil diese unmittelbar von Gesetzes wegen (Art. 716–716b OR) über massgebliche Entscheidungsbefugnisse verfügen. Sie sind somit ohne weitere Prüfung der internen betrieblichen Regelungen vom Anspruch auf Insolvenzentschädigung ausgeschlossen (ARV 1996/97 N 41 S. 226 f. E. 1b und 2; vgl. BGE 123 V 237 zum gleichlautenden Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG betreffend Kurzarbeitsentschädigung). Diese Praxis wird auf Geschäftsführer der GmbH analog angewendet, da ihnen eine dem Verwaltungsrat der AG vergleichbare Stellung zukommt (Art. 811–815 und 827 OR; AM/ALV – Praxis 99/1 Blatt 4). Ist eine Person im Handelsregister als Geschäftsführer einer GmbH eingetragen, wird sie somit kraft ihrer Organstellung automatisch von der Insolvenzentschädigung ausgeschlossen.

2.3 Am 30. März 2004 wurde über die A. GmbH gestützt auf Art. 171 f. SchKG und § 136 Ziff. 1 ZPO der Konkurs eröffnet. Der Beschwerdeführer stellte bereits am 26. März 2004 den Antrag auf Insolvenzentschädigung bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Zug. Im Antragsformular bezeichnete er sich selbst als Geschäftsführer der A. GmbH. Dasselbe ging aus dem Arbeitsvertrag mit der A. GmbH vom 1. April 2003 hervor. Überdies war der

Beschwerdeführer gemäss Handelsregisterauszug vom 29. März 2004 als geschäftsführender Gesellschafter mit Kollektivunterschrift eingetragen und mit einer Stammeinlage von Fr. 7'000.– an der Unternehmung zu einem Drittel beteiligt. Als geschäftsführender Gesellschafter der A. GmbH hatte der Beschwerdeführer somit eine arbeitgeberähnliche Funktion. Da er im Handelsregister als Geschäftsführer eingetragen war, verfügte er von Gesetzes wegen über massgebliche Entscheidungsbefugnisse und war auch in der Lage, die Geschicke der Firma zu bestimmen und die Willensbildung des Betriebes massgeblich zu beeinflussen. Der Beschwerdeführer hatte jederzeit Einblick in die Bücher und war auch stets über die finanzielle Situation der Gesellschaft im Bilde, was wiederum belegt, dass er von der Konkurseröffnung über die Gesellschaft frühzeitig Kenntnis erhielt und nicht wie ein gewöhnlicher Arbeitnehmer davon überrascht wurde. Als Geschäftsführer gilt er in Anwendung des Verursacherprinzips als Mitverursacher des Schadens, da er für sämtliche Geschäftsgänge mitverantwortlich war und massgeblichen Einfluss auf sie nehmen konnte.

2.4 Der Beschwerdeführer macht sinngemäss geltend, er sei als gewöhnlicher Arbeitnehmer zu betrachten, weil sein Lohn nicht separat als Entschädigung für die Tätigkeit als Geschäftsführer deklariert worden sei. Er bezieht sich dabei auf ein Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 15. Januar 1986 i.S. Scheu gegen Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich und Kantonale Rekurskommission für die Arbeitslosenversicherung, Zürich (BGE 112 V 55 Erw. 3b–d). In diesem Urteil war die Position eines Verwaltungsratsmitglieds strittig, welches im Besitz einer einzigen Aktie war, während die restlichen 299 Aktien sich im Besitze des zweiten Verwaltungsratsmitglieds befanden. Dieser Fall unterscheidet sich damit aber bereits insofern vom vorliegenden, als der Beschwerdeführer als Geschäftsführer und Gesellschafter mit einem Stammanteil von Fr. 7'000.– zu einem Drittel am Stammkapital der A. GmbH beteiligt war. Bereits dieser Umstand legt die Bejahung einer massgebenden Einflussmöglichkeit des Beschwerdeführers auf den Geschäftsgang nahe. Ohnehin ist aber darauf hinzuweisen, dass der vom Beschwerdeführer angerufene BGE 112 V 55 noch vor Einfügen des Abs. 2 von Art. 51 AVIG per 1. Januar 1996 ergangen ist, wobei die in dieser Bestimmung genannten Personengruppen unter dem alten, bis 31. Dezember 1995 gültig gewesenen Recht in der Tat nicht grundsätzlich von der Anspruchsberechtigung ausgeschlossen waren (BGE 126 V 136 Erw. 5a mit Verweis auf BGE 112 V 55; ARV 1986 Nr. 14 S. 53; Botschaft des Bundesrates zur zweiten Teilrevision des AVIG, BBl 1994 I 361, 379). Mit Einfügen von Art. 51 Abs. 2 AVIG hat sich dies jedoch geändert, weshalb zur Beurteilung der vorliegenden Frage nicht mehr auf den angerufenen Entscheid des EVG abgestellt werden kann. Dabei ist nicht entscheidend, ob der Beschwerdeführer einen einheitlichen Lohn (als gewöhnlicher Arbeitnehmer) bezog oder ob ein Teil davon als Entlöhnung für die Geschäftsführung deklariert wurde.

2.5 Zusammenfassend steht damit fest, dass sich der Beschwerdeführer kumulativ in einer arbeitgeberähnlichen Position befand und als geschäftsführender Gesellschafter der A. GmbH deren Unternehmensentscheidungen massgeblich beeinflussen konnte. Er fällt somit unter den Personenkreis, welcher auf Grund von Art. 51 Abs. 2 AVIG vom Anspruch auf Insolvenzentschädigung ausgeschlossen ist. Der Einspracheentscheid der Arbeitslosenkasse ist daher nicht zu beanstanden und die Beschwerde muss abgewiesen werden.

Verwaltungsgericht, 25. November 2004 S 2004/54

Art. 73 Abs. 3 BVG – Gerichtsstand ist der schweizerische Sitz oder Wohnsitz des Beklagten oder der Ort des Betriebes, bei dem der Versicherte angestellt wurde. – Im Falle der alternativen Klageverbindung ist die örtliche Zuständigkeit für beide Beklagten zu bejahen, selbst wenn sie, bei isolierter Betrachtung der einzelnen Klagen, nur im Falle einer Beklagten gegeben wäre.

Aus dem Sachverhalt:

A. Am 23. Juli 2003 (Poststempel 24. Juli 2003) liess A. beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Klage einreichen gegen die Pensionskassen der X. AG, Basel, (Erstbeklagte) sowie gegen die BVG-Stiftung der R. AG, mit Sitz in Baar (Zweitbeklagte) und beantragen, es sei festzustellen, dass er gegenüber der Erstbeklagten ab dem 1. April 2001 Anspruch auf eine Invalidenrente gemäss BVG habe. Eventualiter sei festzustellen, dass er gegenüber der Zweitbeklagten ab dem 1. April 2001 Anspruch auf eine Invalidenrente nach BVG habe. ...

Aus den Erwägungen:

1. Jeder Kanton bezeichnet als letzte kantonale Instanz ein Gericht, das über die Streitigkeiten zwischen Vorsorgeeinrichtungen, Arbeitgebern und Anspruchsberechtigten entscheidet (Art. 73 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, BVG, vom 25. Juni 1982). Gemäss § 82 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG) vom 1. April 1976 beurteilt das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz Klagen aus dem Gebiet der eidgenössischen Sozialversicherung. Die Vorschriften über die Verwaltungsgerichtsbeschwerde sind sinngemäss anwendbar (§ 86 VRG). Vorbehalten bleiben die bundesrechtlichen Vorschriften von Art. 73 Abs. 2 und 3 BVG. Gerichtsstand ist der schweizerische

Sitz oder Wohnsitz des Beklagten oder der Ort des Betriebes, bei dem der Versicherte angestellt wurde (Art. 73 Abs. 3 BVG).

a) Die Beklagte 2 hat ihren Sitz in Baar, weshalb das Verwaltungsgericht des Kantons Zug für die Beurteilung der gegen sie gerichteten Klage zuständig ist. Wie der Kläger zu Recht festhält, ist vorliegend eine unbezifferte Feststellungsklage zulässig (SZS 1998, S. 442 ff.), was auch von keiner Partei bestritten wurde. Die Klage entspricht auch den übrigen formellen Anforderungen und ist somit zu prüfen.

b) Die Beklagte 1 hat ihren Sitz in Basel, nach den übereinstimmenden Angaben des Klägers und der Beklagten 1 war der Betrieb, bei dem der Kläger angestellt war, in Luzern. Somit findet sich gemäss der Regelung von Art. 73 Abs. 3 BVG an sich keine Anknüpfung für einen Gerichtsstand in Zug. Die Beklagte 1 bestreitet denn auch die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts. Der Kläger widerspricht dieser Auffassung zu Recht mit Verweis auf ein Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (EVG) vom 8. Juli 1997. Darin wurde festgehalten, eine alternative Klageverbindung in dem Sinne, dass die Gutheissung der Klage entweder gegen den einen oder gegen den andern Beklagten beantragt werde, entspreche in den Fällen, in denen für den Kläger unklar sei, wer passivlegitimiert sei, einem praktischen Bedürfnis und sei auch im Berufsvorsorgeprozess gemäss Art. 73 BVG zulässig (siehe SZS 1998, S. 443 f.). Wollte man nun aber die Zulässigkeit einer solchen alternativen Klageverbindung davon abhängig machen, ob sich für alle möglicherweise passivlegitimierten Vorsorgeeinrichtungen ein gemeinsamer Gerichtsstand nach Art. 73 Abs. 3 BVG finden lässt oder nicht, so würde dies vor dem Hintergrund von Art. 8 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) kaum zu rechtfertigende Ungleichheiten schaffen. Vielmehr muss diese Möglichkeit grundsätzlich allen Versicherten offen stehen. Dies ist jedoch nur möglich, wenn man dem Versicherten erlaubt, an einem Gerichtsstand, an dem für einen der möglichen Passivlegitimierten die Zuständigkeit nach Art. 73 Abs. 3 BVG gegeben ist, auch die übrigen möglichen Passivlegitimierten einzuklagen. Ein solcher Fall liegt hier vor, die Klage richtet sich alternativ gegen die Beklagte 2, für welche die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts wie gezeigt gegeben ist, oder gegen die Beklagte 1. Auch die Klage gegen die Beklagte 1, welche ebenfalls den übrigen formellen Anforderungen entspricht, ist somit im Sinne einer alternativen Klageverbindung vom angerufenen Gericht zu prüfen.

...

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 29. Januar 2004 S 2003 / 59

Art. 73 BVG – Streitigkeiten zwischen Vorsorgeeinrichtungen, Arbeitgebern und Anspruchsberechtigten. Es gilt der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist dann die Rede, wenn eine begründete Überzeugung besteht, welcher keine konkreten Einwände entgegengehalten werden können und welche insoweit mit hinreichender Sicherheit den Schluss darauf zulässt, dass der betreffende Sachverhalt wahrscheinlich der Wirklichkeit entspricht. Kann die Klägerin weder den Nichtempfang einer Freizügigkeitsleistung noch die Beklagte die postalische Überweisung nachweisen, ist nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass ein Barbezug auf der Bank und eine Bareinzahlung auf der Post eines grossen Betrages, ohne dass die Postquittung aufbewahrt wird, als lebensfremd zu bezeichnen und deshalb von einer Nichtbezahlung auszugehen ist.

Aus dem Sachverhalt: (Zusammenfassung)

A.B. war vom 1. Januar 1983 bis zum 30. Juni 1991 bei der Firma X. AG angestellt und seit Inkrafttreten des BVG bei der Vorsorgestiftung der X. AG BVG-versichert. Im Jahre 1999 gelangte A.B. an den Eigentümer der X. AG und machte diesen darauf aufmerksam, dass ihre Austrittsleistung noch nicht bei ihr eingetroffen sei. Am 8. Dezember 2003 reichte A.B. beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Klage ein.

Aus den Erwägungen:

3.1 Aus den Akten ergibt sich Folgendes (Zusammenfassung): Der Klägerin ist per Austritt aus der X. AG eine Dienstautrittsmeldung ausgehändigt worden. Dabei handelt es sich um ein Formular der Basler Lebensversicherungsgesellschaft. Neben den Personalien der Klägerin ist darauf ein einziges Feld angekreuzt. Auf die Frage in Ziff. 8, in welcher Art der PVE zu vergütende Beiträge überwiesen bzw. gutgeschrieben werden sollen, wird das Feld: «Gutschrift bei Basler Leben» angekreuzt. Das Formular, ausgefüllt am 1. Juli 1991, trägt den Stempel «X. AG» und die Unterschrift des Eigentümers der X. AG. Die Nachforschungen der Klägerin beim Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungsaufsicht des Kantons Zug führte zur Auskunft, dass die Stiftung die Freizügigkeitsleistung an die Klägerin nicht im Austrittsjahr 1991, sondern erst später im Jahre 1993 ausgerichtet habe. Da die Akten-Aufbewahrungspflicht zehn Jahre betrage, müsste die Stiftung eigentlich den Nachweis erbringen können, wohin das Freizügigkeitsguthaben überwiesen worden sei. Das stiftungsinterne Datenblatt der Klägerin zeigt eine korrekte Berechnung ihres Altersguthabens inkl. Verzinsung per Austrittsdatum und darüber hinaus bis zum 3. Dezember 1993. Diese Beträge sind in der Buchhaltung der Stiftung korrekt verbucht worden. Die Vorsorgestiftung verfügte über ein Anlagekonto Personalvorsorgeeinrichtung bei der UBS. Dem Kontoauszug vom 31. Dezember 1993 für die Zeit vom 1. Oktober 1993 bis 31. Dezember 1993 ist zu entnehmen, dass am 3. De-

zember 1993 ein Barbezug gemacht wurde, der genau der Höhe des der Klägerin zustehenden Altersguthabens entspricht.

3.2 Diese Fakten gilt es nun zu würdigen. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Altersguthaben, auf das die Klägerin bei ihrem Austritt aus der X. AG Anspruch gehabt hätte, bei der Vorsorgestiftung verblieb. Wie es dazu kam, ist aus den Akten nicht ersichtlich. Verwunderlich ist dieser Umstand zwar schon, schrieb doch das Gesetz zum damaligen Zeitpunkt vor, dass der Versicherte den Betrag bei der bisherigen Vorsorgeeinrichtung belassen kann, wenn dessen reglementarische Bestimmungen dies zulassen und der neue Arbeitgeber zustimmt (aArt. 29 Abs. 2 BVG). Weder liegt eine solche Zustimmung eines neuen Arbeitgebers vor, noch wird so etwas geltend gemacht. Es wird ebenfalls nicht geltend gemacht, dass die Klägerin, gestützt auf aArt. 30 Abs. 2 BVG (Auswanderung, Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit oder Heirat) eine Barauszahlung beantragt hätte. Ausserdem müsste hierfür der entsprechende Antrag in den Akten vorhanden sein. Die Klägerin schien, gestützt auf die ihr ausgehändigte Dienstaustrittsmeldung, davon auszugehen, dass ihr gesamtes Altersguthaben an die Basler Lebens-Versicherungs-Gesellschaft überwiesen worden war.

3.3 Ebenfalls festzuhalten ist, dass das bei der Vorsorgestiftung verbliebene Guthaben korrekt verzinst wurde. Es scheint innerhalb der Buchhaltung auch den korrekten Weg gegangen zu sein (Einbuchung auf Konto 2010, «Guthaben Ausgetretene», per 30. Juni 1991 und dort wieder Ausbuchung per 3. Dezember 1993). Dann, am 3. Dezember 1993, wird der Betrag, ohne einen in den Akten ersichtlichen Grund – wie z.B. Antrag auf Auszahlung usw. – bar beim Konto der UBS abgehoben. Dabei ist anzunehmen, dass die Bank nur an einen Berechtigten ausbezahlt hat. An welche Person dies konkret der Fall war, ist für die Beurteilung, ob das Geld der Klägerin ausbezahlt worden ist, nicht relevant. Anschliessend – so macht es die Beklagte geltend – sei der Betrag auf der Post einbezahlt und an die gewünschte Stelle überwiesen worden. So sei die damals übliche Praxis gewesen. Ob sich diese Praxis auf sämtliche Geldtransaktionen bezog oder nur in Bezug auf austretende Mitarbeiter, wird nicht ausgeführt. Auf jeden Fall ist aus den Akten zu erkennen, dass die Vorsorgestiftung ihre sonstigen Transaktionen per Bankanweisung erledigte.

3.4 Weder die Beklagte noch die Klägerin können für ihre Behauptung einen klaren Beweis vorlegen. So kann die Klägerin nicht beweisen, dass ihr kein Geld überwiesen wurde, noch kann die Beklagte einen Postbeleg vorlegen, der die Einzahlung auf eine andere Vorsorgeeinrichtung oder an die Klägerin direkt beweisen würde. Der Sozialversicherungsprozess ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach hat der Richter von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt; er findet sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien. Der Unter-

suchungsgrundsatz schliesst die Beweislast im Sinne einer Beweisführungslast begriffsnotwendig aus. Im Sozialversicherungsprozess tragen mithin die Parteien in der Regel eine Beweislast nur insofern, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte. Diese Beweisregel greift allerdings erst Platz, wenn es sich als unmöglich erweist, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes aufgrund einer Beweiswürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen. Im Sozialversicherungsrecht hat der Richter seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosse Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Der Richter hat vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die er von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt (BGE 115 V 142 f. Erw. 8). Gemäss Eidgenössischem Versicherungsgericht ist auch im Berufsvorsorgerecht der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit anzuwenden (Urteil vom 28. April 2003 i.S. K., B 95/01 Erw. 2.). Von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist dann die Rede, wenn eine begründete Überzeugung besteht, welcher keine konkreten Einwände entgegengehalten werden können und welche insoweit mit hinreichender Sicherheit den Schluss darauf zulässt, dass der betreffende Sachverhalt wahrscheinlich der Wirklichkeit entspricht (BGE 117 V 264).

3.5 Im vorliegenden Fall darf das Verhalten der Beklagten – zumindest so wie es von ihr selber dargestellt wird – als lebensfremd bezeichnet werden. Schon das Verhalten beim Austritt der Klägerin aus der X. AG darf als ungewöhnlich bezeichnet werden. Zum einen wurde entgegen dem Gesetzestext, also ohne Einverständnis der neuen Vorsorgeeinrichtung der Klägerin, das Geld in der Vorsorgeeinrichtung behalten. Zum anderen wurde der Klägerin gegenüber der Anschein erweckt, das Geld sei der Basler Lebens-Versicherungs-Gesellschaft überwiesen worden. Als sehr lebensfremd ist das Argument zu bezeichnen, das Geld sei bei der Bank bar abgehoben worden und dann auf der Post wieder einbezahlt worden. Die Akten zeigen, dass die Beklagte die sonstigen Geldtransaktionen per Bankanweisung machte. Auch dürfte der Sicherheitsfaktor keine zu unterschätzende Rolle spielen, denn mit über Fr. 25'000.– Bargeld in der Tasche von der Bank zur Post zu gehen, ist nicht ungefährlich. Im Weiteren ist es sehr ungewöhnlich, dass eine Vorsorgestiftung, deren Stifterin eine Unternehmensberatungsfirma ist, dermassen fahrlässig mit ihren Belegen umgeht, dass in den Akten der Vorsorgeeinrichtung kein Posteinzahlungsbeleg zu finden ist. Das Verhalten der Klägerin wiederum war doch eher naiv. Sie hätte sich nicht über mehrere Jahre mit Vertröstungen abfinden müssen. Allerdings dürfte ihr von Anfang klar gewesen sein, dass sich eine «Nicht-Auszahlung» nicht beweisen lassen würde.

3.6 In der Duplik machte der Eigentümer der X. AG geltend, dass er im Jahre 2003 diese Angelegenheit mit Vertretern des Amtes für berufliche Vor-

sorge des Kantons Zug erörtert habe. Dabei sei er darauf hingewiesen worden, dass die Vorsorgestiftung selbst keine Möglichkeit habe, bei potentiellen Empfängern der damaligen Überweisung zu recherchieren. Statt im Jahre 2003 bei potentiellen Vorsorgeeinrichtungen den Betrag zu suchen, hätte er resp. die Beklagte vielmehr bereits im Jahre 1999, als die Klägerin erstmals schriftlich den Betrag einforderte, die entsprechenden Geschäftsakten konsultiert. Damals war die zehnjährige Aktenaufbewahrungsfrist für die Akten der X. AG hinsichtlich des Austritts der Klägerin Mitte 1991 noch nicht abgelaufen. Somit hätte, den beklagtischen Sachdarstellungen zufolge, dort in den Akten der Klägerin, die Postquittung für die Weiterleitung des Betrages an die Klägerin selbst oder eine andere Vorsorgeeinrichtung gefunden werden müssen. Damit hätte schon im Jahre 1999 der Nachweis für die Auszahlung erbracht werden können und der vorliegende Prozess wäre nie notwendig geworden.

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nach überwiegender Wahrscheinlichkeit die Austrittsleistung nicht an die Klägerin ausbezahlt oder auf ein Vorsorgekonto zu ihren Gunsten überwiesen wurde. Deshalb hat die Beklagte der Klägerin den Betrag von Fr. xy zuzüglich Zins seit dem 4. Dezember 1993 zu bezahlen. Die Klägerin hat einen Zins von 4 % beantragt. ...Ob allenfalls strafrechtlich relevante Handlungen der Stiftungsorgane vorliegen, ist nicht in diesem Verfahren zu prüfen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. September 2004 S 2003 / 98

§ 11 Abs. 1 PvKG in der bis zum 31. Dezember 2004 gültigen Fassung – Personen, welche Anspruch auf Prämienverbilligung erheben, reichen die Bescheinigung zusammen mit dem Versicherungsnachweis bis 31. März bei jener Gemeinde ein, wo sie am 1. Januar des Jahres Wohnsitz hatten. – Der Beweis der Fristwahrung kann im Falle eines Gesuchs, das nie bei der Behörde eintraf, nicht durch Zeugen, die über die Einzelheiten der Postaufgabe Auskunft geben, erbracht werden.

Aus dem Sachverhalt:

A. Am 2. August 2004 reichte A.B. bei der Ausgleichskasse Zug ein auf den gleichen Tag datiertes Gesuch um Prämienverbilligung in der Krankenversicherung ein. Eine Begründung für die verspätete Einreichung enthielt das Gesuch, soweit aus den Akten der Beschwerdegegnerin ersichtlich, nicht. Mit Verfügung vom 5. August 2004 wies die Ausgleichskasse das

Gesuch zufolge Fristverfalls ab. Die gegen diese Verfügung am 15. August 2004 erhobene Einsprache wies die Ausgleichskasse mit Entscheid vom 17. September 2004 ab. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, Personen, die aufgrund der massgebenden Steuerwerte mutmasslich Anspruch auf Prämienverbilligung hätten, würden Anfang des Jahres von der Ausgleichskasse gestützt auf § 10 IPVG (recte: PvKG) mit einer entsprechenden Mitteilung bedient. Eine Liste der verschickten Mitteilungen werde der zuständigen Gemeindestelle zugestellt. Versicherte, die keine Mitteilung erhalten hätten, hätten gleichwohl bis zum 31. März des Jahres bei der zuständigen Gemeindestelle ihr Gesuch zu deponieren. Es gelte somit das Antragssystem und ein Versicherter könne sich nicht darauf verlassen, dass er über den Anspruch persönlich informiert werde. Die Frist zur Gesuchseinreichung sei im Gesetz festgeschrieben. ...

Aus den Erwägungen:

3. ...Personen, welche Anspruch auf Prämienverbilligung erheben, reichen die Bescheinigung zusammen mit dem Versicherungsnachweis bis zum 31. März bei jener Gemeinde ein, wo sie am 1. Januar des Jahres Wohnsitz hatten (§ 11 Abs. 1 PvKG). Allerdings haben auch Versicherte, die keine Bescheinigung erhalten haben, ihr Gesuch binnen derselben Frist bei der Gemeindestelle einzureichen (§ 10 Abs. 3 PvKG). ...

3.1 ...

3.2 Bei beiden Fristen von § 11 Abs. 1 und 2 PvKG handelt es sich um Verwirkungsfristen. Durch die Verwirkung geht der Anspruch unter, wenn der Berechtigte nach Gesetz zur Vornahme gewisser, jenen Anspruch erhaltender Handlungen binnen einer bestimmten Frist verpflichtet ist und diese Handlung nicht rechtzeitig vornimmt (Guhl / Koller / Schnyder / Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, S. 314). Dieser Grundsatz gilt auch im öffentlichen Recht, doch ist dabei zu beachten, welchen Zweck der Gesetzgeber im fraglichen Rechtsgebiet mit dem Institut verfolgen wollte. Schliesslich ist den im konkreten Fall gegebenen Umständen Rechnung zu tragen (BGE 116 Ib 392 f.; vgl. auch Erwägung 3.1 zum Aspekt der Wiederherstellungsgründe).

Dass es sich bei den Fristen von § 11 PvKG um Verwirkungsfristen handelt, ergibt sich aus dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung. Die entsprechende gesetzliche Regelung ist darauf ausgerichtet, dass man sich jedes Jahr wieder neu zum Bezug anmelden muss. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich deutlich, dass man bewusst das System der jährlichen Gesuchstellung gewählt hat. Somit muss sich auch derjenige, der bereits Prämienverbilligung erhalten hat, jedes Jahr neu anmelden (Bericht und Antrag des Regierungsrates, KRV 8343 / 44). Jedes Jahr sind von den Organen der Ausgleichskasse eine grosse Zahl von Gesuchen (2003: 23'865 Anmeldungen) zu überprüfen. Um dies mit einem möglichst vernünftigen Aufwand und vor al-

lem rechtzeitig bis zum Beginn der neuen Anspruchsperiode erledigen zu können, müssen im Gesetz verbindliche Fristen für die Anmeldung vorgesehen werden, nach deren Ablauf nicht angemeldete Ansprüche von Gesetzes wegen verwirkt sind (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. September 2000, S 2000 152, sowie die Gerichtspraxis im Kanton Luzern: LGVE 1996 II Nr. 13).

3.3 Prämienverbilligungsansprüche, die nicht innerhalb der Anmeldefrist bis zum 31. März des entsprechenden Jahres geltend gemacht werden, sind somit, vorbehältlich einer korrekten Fristerstreckung nach § 11 Abs. 2 PvKG, grundsätzlich verwirkt. Weil es sich bei diesen Fristen um Verwirkungsfristen handelt, sind sie für die rechtsanwendenden Verwaltungs- und Gerichtsinstanzen verbindlich. Bei Eintritt der Verwirkung geht wie angesprochen das Recht selber unter. Eine Unterbrechung der Frist ist nicht möglich, und die Verwirkung ist von Amtes wegen zu beachten. Wie ebenfalls bereits oben erwähnt gelten diese Grundsätze nicht absolut. So ist namentlich dem Zweck der Verwirkungsfrist Rechnung zu tragen, was dazu führen kann, dass eine Wiederherstellung der Frist trotz Verwirkung zugelassen wird, oder dass die Verwirkung nicht berücksichtigt wird, so im Falle dass sich der Staat als «Beklagter» resp. als zuständige Behörde ohne Vorbehalt auf eine Sache einlässt oder ausdrücklich darauf verzichtet, sich auf die Verwirkung zu berufen (Häfelin / Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2002, Rz 795).

4. Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Lehre und Praxis befürworten eine analoge Anwendung von Art. 8 ZGB auf das öffentliche Recht, da diese Bestimmung einen Rechtsgrundsatz von allgemeiner Bedeutung enthält (Schmid Hans, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, Hrsg.: Honsell / Vogt / Geiser, 2. Aufl., Basel / Genf / München 2002, N 27 zu Art. 8). Für das Sozialversicherungsrecht bedeutet dies, dass der Leistungsansprecher die Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen insofern trägt, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte (BGE 114 Ia 1 Erw. 8c).

4.1 Vorliegend ist strittig, ob die Beschwerdeführerin wie behauptet ihr Gesuch rechtzeitig der Post übergab. Da sie das Gesuch nicht eingeschrieben versandte, beruft sie sich auf ihren Vater als Zeugen. Dieser soll das Gesuch, zusammen mit seinem eigenen Gesuch, in einem separaten Couvert der Post übergeben haben.

4.2 Mit der Beschwerdegegnerin ist festzustellen, dass beim Nachweis der rechtzeitigen Ausübung eines fristgebundenen, verwirkungsbedrohten Rechts der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nicht genügt. Die

behauptete Tatsache muss mit aller Gewissheit feststehen (BGE 119 V 7; Entscheide des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 30. Dezember 1997, S 1996 15, vom 29. Januar 1998, S 1997 153, und vom 29. Juli 1999, S 1999 31). Das gilt auch für die Gesuchseinreichung bei Prämienverbilligungen. Wer die fristgerechte Einreichung behauptet, muss den direkten Beweis erbringen. Fehlt der direkte Beweis, kann der Nachweis mit anderen tauglichen Mitteln erbracht werden, beispielsweise durch einen unabhängigen Zeugen (BGE 109 Ib 344). Das Bundesgericht hielt fest, soweit das kantonale Prozessrecht den Zeugenbeweis von Angehörigen, konkret der Ehefrau, zulasse, sei auch dieser Beweis für die rechtzeitige Übergabe einer Eingabe an die Post abzunehmen (BGE 97 III 12, im Zusammenhang mit einem Rechtsvorschlag; anders das Urteil des Verwaltungsgerichts Zug vom 30. Dezember 1997, S 1996 15, wo das Zeugnis einer Mutter im Zusammenhang mit der Rechtzeitigkeit eines Prämienverbilligungsgesuches nicht zugelassen wurde). Da § 14 VRG für das Beweisverfahren auf das Zivilprozessrecht verweist, nach § 165 ff. der Zivilprozessordnung des Kantons Zug vom 3. Oktober 1940 (ZPO) der Zeugenbeweis von Angehörigen aber nicht ausgeschlossen ist, wäre vorliegend der Beweis durch die Angaben des Vaters an sich zulässig. Auch dieser Beweis müsste aber vom Richter nach dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung noch gewichtet werden.

Vorliegend präsentiert sich die Problematik allerdings wesentlich anders. Während das Bundesgericht wiederholt festhielt, die Frage der Rechtzeitigkeit der Postaufgabe einer effektiv bei der zuständigen Instanz eingetroffenen Eingabe könne vermittels Zeugenbeweis, allenfalls sogar dem Zeugenbeweis von Angehörigen, erstellt werden, ist in casu festzustellen, dass die behaupteterweise rechtzeitig eingereichte Eingabe bei der zuständigen Behördestelle überhaupt nie eintraf. Die schliesslich im August 2004 bei der zuständigen Stelle eingegangene Eingabe datiert unzweideutig vom 2. August 2004, ist nicht identisch mit der behaupteten Eingabe und erfolgte fraglos verspätet. Beweisthema wäre somit in casu nicht nur die rechtzeitige Aufgabe der Eingabe bei der Post, sondern die Existenz resp. Aufgabe der fraglichen Eingabe schlechthin. Für diesen Beweis kann die Bestätigung resp. das gestützt darauf allenfalls einzuholende Zeugnis des Vaters auch im Lichte der zitierten Bundesgerichtspraxis nicht als ausreichend beurteilt werden, d.h. die behauptete Tatsache kann nicht als mit Gewissheit erstellt beurteilt werden. Gestützt auf diese Beurteilung kann auf eine richterliche Befragung des Vaters als Zeuge verzichtet werden. Hingegen vermöchte eine Postquittung für eine eingeschrieben an die Behördenadresse versandte Postsendung als Beweis zu genügen, zumal in diesem Falle auch postalische Nachforschungen möglich wären.

4.3 Vorliegend ist weiter zu beachten, dass die Beschwerdeführerin ihre im August 2004 verspätet eingereichte Eingabe ohne jeglichen Kommentar, ohne Hinweis auf eine früher erfolgte Eingabe oder allenfalls auf Telefonate mit der Behördenstelle einreichte. Erst im Einspracheverfahren wies sie dar-

auf hin, sie habe das Gesuch zusammen mit ihrem Vater ausgefüllt und dieser habe beide Gesuche, in separate Couverts verpackt, rechtzeitig zur Post gebracht. Indiz hierfür sei die Rechtzeitigkeit des Gesuchs des Vaters. Im Verwaltungsgerichtsverfahren schliesslich reichte sie eine Bestätigung ihres Vaters ins Recht, wonach dieser seinen und seiner Tochter Antrag zur Post gebracht habe, allerdings auf den eingeschriebenen Versand verzichtet habe. Die Formulierung der Bestätigung erscheint etwas unpräzise, und der Vater äussert nicht, wann er beide Anträge zur Post gebracht habe. Für das Gericht erscheint es im Übrigen als wenig verständlich, dass die Beschwerdeführerin die ihren Standpunkt unterstützenden Momente nicht bereits im Rahmen der verspäteten Gesuchstellung geltend gemacht hatte. Im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung kann diese schrittweise Beweisführung jedenfalls nicht zu Gunsten der Beschwerdeführerin in Erwägung gezogen werden.

4.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin ihr Gesuch um Prämienverbilligung zu spät eingereicht hat und den Beweis der rechtzeitigen Aufgabe eines Gesuchs vor dem 31. März 2004 nicht zu erbringen vermochte. Gründe für eine Wiederherstellung der Frist wurden weder behauptet noch substantiiert. Damit erweist sich ihre Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. November 2004 S 2004 / 136

Art. 56 Abs. 2 ATSG – Eine Bearbeitungsdauer von 16 Monaten für einen Einspracheentscheid ist auch bei einem besonders komplexen Fall zu lange und stellt eine Rechtsverzögerung dar.

Aus dem Sachverhalt:

Mit Verfügung vom 5. Juli 2002 lehnte die «La Suisse» Unfallversicherung den Anspruch auf eine Rente aus der obligatorischen Unfallversicherung nach UVG ab. Gegen diese Verfügung liess der Betroffene am 9. September 2002 Einsprache erheben. Nachdem ein Einspracheentscheid ausblieb, reichte der Rechtsvertreter des Betroffenen am 6. Januar 2004 beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Rechtsverzögerungsbeschwerde ein.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Gemäss Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Die unter dem Marginale «Allgemeine Verfahrensgarantien» stehende Regelung des Art. 29 BV bezweckt namentlich, verschiedene durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 4 der Bundesverfassung von 1874 konkretisierte Teilaspekte des Verbots der formellen Rechtsverweigerung und -verzögerung in einem Verfassungsartikel zusammenzufassen (Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 181).

...

2.2 Im Bereich der Sozialversicherung ist die Möglichkeit der Beschwerdeführung wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung in Art. 56 Abs. 2 ATSG für alle Bereiche einheitlich geregelt. Artikel 56 Abs. 2 ATSG bezieht sich auf Rechtsverweigerung und -verzögerung im Verwaltungsverfahren. Der Streitgegenstand beschränkt sich nur auf die Frage der Rechtsverweigerung bzw. –verzögerung, d.h. es können dabei keine materiellen Fragen beurteilt werden. Die zeitlichen Grenzen, bei deren Überschreiten eine Rechtsverzögerung im Verwaltungsverfahren anzunehmen ist, werden durch Art. 56 Abs. 2 ATSG nicht bestimmt. ...Für die Beurteilung der Dauer eines Einspracheverfahrens ist auf den Einzelfall abzustellen, wobei die Schwierigkeit und der Umfang der abzuklärenden Fragen sowie das Verhalten der versicherten Person ins Gewicht fallen (vgl. hierzu Ueli Kieser, Kommentar zum ATSG, Art. 56 ATSG, Rz 13). Entscheidend ist auch, ob der versicherten Person schon vor dem Einspracheverfahren das rechtliche Gehör gewährt wurde (vgl. Art. 42 ATSG). Ohne besondere Umstände erscheint eine Bearbeitungsdauer von zwei Monaten als ausreichend (Ueli Kieser, a.a.O., Art. 52 ATSG, Rz 20).

3. Ausgangspunkt für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde ist die ablehnende Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 5. Juli 2002. Den Akten kann entnommen werden, dass der Fall eine gewisse Komplexität aufweist, (...) da der Beschwerdeführer schon vor dem Unfall invalid war. Zudem soll eine psychische Komponente mitspielen. (...) Auf der anderen Seite kann den Akten entnommen werden, dass seit Erlass der Verfügung vom 5. Juli 2002 resp. seit Erheben der Einsprache am 9. September 2002 keine medizinischen Abklärungen mehr vorgenommen werden mussten, dass der Gesundheitszustand als konstant bezeichnet werden kann und dass dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör bereits vor Verfügungserlass gewährt wurde.

...

4. Auf Grund der Komplexität des Falles und der dargestellten Aktenlage des Einspracheverfahrens gilt es nun, die Verfahrensdauer zu würdigen.

4.1 Mit den Parteien ist festzustellen, dass das Gesetz für die Erledigung eines Einspracheentscheides keine Frist vorsieht. Die im Kommentar Kieser für den Regelfall genannte Frist von zwei Monaten wird komplexeren Fällen nicht gerecht. Die Beschwerdegegnerin selbst erwähnt die Bundesgerichtspraxis, wonach für Einspracheentscheide im Bereiche der Unfallversicherung eine Frist von drei bis acht Monaten als angemessen erscheine. In Übereinstimmung mit dieser Praxis entschied das EVG im Entscheid BGE 125 V 188, eine Verfahrensdauer von vier Monaten könne noch nicht als zu lang beurteilt werden. Im Entscheid BGE 125 V 373 hielt es dagegen für ein Verfahren vor Sozialversicherungsgericht fest, eine Verfahrensdauer von 33 Monaten bei Bearbeitungsreife während 27 Monaten sei klar zu lange. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zug entschied mit Urteil vom 21. Mai 2003 in Sachen Z. (S 2003/24), liege eine Verfügung über die zustehenden Leistungen acht Monate nach einem Unfall, für dessen Klärung auch die Akten eines früheren Unfalles zu prüfen seien, resp. drei Monate nach den letzten medizinischen Berichterstattungen noch nicht vor, könne noch nicht von Rechtsverzögerung gesprochen werden. Im Falle der Wiedererwägung einer Verfügung der Arbeitslosenversicherung hielt das Verwaltungsgericht mit Entscheid vom 16. April 2003 in Sachen B. (S 2003/17) fest, angesichts der Zunahme der Arbeitslosen im Kanton Zug binnen sechs Monaten um rund 50% von 1'340 auf 2'020 könne in casu noch nicht von Rechtsverzögerung gesprochen werden, gleichwohl die Verfahrensdauer von acht Monaten als sehr lange bezeichnet werden müsse.

4.2 In casu liegt beim Beschwerdeführer eine multifaktorielle Problematik vor. Allerdings kennt die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer bereits seit Jahren und erbrachte für den fraglichen Unfall von 1987 und die gemeldeten Rückfälle jeweils auch die entsprechenden Leistungen. Mit dem Begehren um Berentung zufolge des fraglichen Unfalls ist die Beschwerde-

gegnerin seit November 1998 konfrontiert. Nach Konfrontation mit diesem Leistungsbegehren war sie verpflichtet, die für die Beurteilung resp. den Erlass einer Verfügung erforderlichen Abklärungen zu treffen. Im Verlaufe dieser Abklärungen kam sie in den Besitz etlicher medizinischer Beurteilungen, die darauf hindeuten, dass die Problematik nicht nur orthopädischer Natur sein kann und dass verschiedene Faktoren mitwirken. Auch gelangte sie zur Kenntnis, dass sich auch die Invalidenversicherung bereits mit dem Beschwerdeführer zu befassen hatte. Gut dreieinhalb Jahre nach Eingang des Leistungsbegehrens erliess die Beschwerdegegnerin am 5. Juli 2002 eine Verfügung, nachdem sie dem Beschwerdeführer vorgängig das rechtliche Gehör gewährt hatte. Ab Einsprache bis zum Einreichen der Rechtsverzögerungsbeschwerde vergingen 16 Monate, während welchen keinerlei medizinische Abklärungen mehr erfolgen mussten. Die Beschwerdegegnerin verfügte bis zum Einreichen der Beschwerdeantwort am 9. Februar 2004, somit während 17 Monaten über die für die Ausarbeitung des Einspracheentscheids erforderlichen Akten.

4.3 Wie erwähnt argumentiert die Beschwerdegegnerin im Wesentlichen damit, ein Sachbearbeiter sei verstorben, ein zweiter habe vor Erledigung der Pendenz die Versicherungsgesellschaft wieder verlassen. Schliesslich seien die IV-Akten, die man im November 2003 angefordert habe, erst nach einem Monat eingetroffen. Sie argumentiert nicht mit allgemeiner Arbeitsüberlastung und mit personellen Engpässen.

4.4 In Berücksichtigung der zitierten Praxis des Verwaltungsgerichts und des EVG dürfte ein Einspracheentscheid in einem derart komplexen Fall sicherlich eine Bearbeitungsdauer von vier bis acht Monaten erfordern. Der Umstand, dass ein Sachbearbeiter verstarb und ein zweiter die Gesellschaft wieder verliess, vermag allenfalls eine gewisse Verzögerung zu rechtfertigen. Andererseits gilt es zu beachten, dass die Beschwerdegegnerin schon seit Jahren mit der Sache des Beschwerdeführers befasst war und das Dossier nicht von Grund auf neu erarbeiten musste. Die erforderlichen Abklärungen mussten bereits vor Erlass der Verfügung getroffen werden. Dass die zuständigen Mitarbeiter der Beschwerdegegnerin trotz Kenntnis um ein oder mehrere IV-Verfahren erst im November 2003, somit fünf Jahre nach der ersten Konfrontation mit dem Leistungsbegehren auf Rente, die IV-Akten beizogen, vermag die Beschwerdegegnerin nicht zu entlasten. Auch kann der Einwand, der Beschwerdeführer selbst habe den verspäteten Zugang der IV-Akten bei der Beschwerdegegnerin zu verantworten, da er ohne Adressmeldung an sie umgezogen sei, nicht gehört werden, ist den umfangreichen Akten doch zu entnehmen, dass der nunmalige Wohnsitz des Beschwerdeführers der Beschwerdegegnerin schon früher als Zustelladresse bekannt war. Zieht man schliesslich in Betracht, dass Herr X – bei ihm handelt es sich weder um den verstorbenen noch um den 2003 ausgeschiedenen Sachbearbeiter – im November 2002 eine Erledigung der Sache bis Ende Jahr zusicherte, dass im Februar des Jahres 2003 Vergleichsverhandlungen erfolgten,

zufolge derer die Parteien ihre Standpunkte im Detail erörtern konnten, dass ein Scheitern der Vergleichsverhandlungen sich bereits Anfang Mai 2003, nach dem Weggang von Herrn Y, abzuzeichnen begann, spätestens ab 1. September 2003 aber feststand, dass schlussendlich einem Mail von November 2003 entnommen werden kann, dass der zuständige Rechtsdienstmitarbeiter die noch verbleibende Restbearbeitungszeit wiederum auf maximal zwei Monate schätzte, ergibt sich, dass vorliegend und ohne Verzögerung durch die Vergleichsverhandlungen eine Bearbeitungszeit von sechs bis acht Monaten als ausreichend beurteilt werden kann. Die Vergleichsverhandlungen waren, wie aus den Akten zu schliessen ist, eher kurz. Bereits Mitte Februar 2003 stand ein Vergleichsvorschlag fest. Dass es gleichwohl nicht zur vergleichsweisen Erledigung der Sache kam, lag daran, dass die zuständigen Stellen bei der Beschwerdegegnerin den Vorschlag nicht genehmigen konnten, den Beschwerdeführer dann aber ohne Begründung über Monate hinweg hinhielten, um ihm dann Anfang September 2003 unmissverständlich das Scheitern der Vergleichsverhandlungen zu eröffnen. Dem Beschwerdeführer kann die lange Ungewissheit um den Vergleich nicht zum Vorwurf gemacht werden. Die Akten verdeutlichen zudem, dass er immer wieder auf baldige Erledigung der Sache drängte resp. drängen liess, schliesslich auch auf eine Vernehmlassung zum in Aussicht gestellten Einspracheentscheid verzichtete. In Würdigung all dieser Fakten ist festzustellen, dass sich die Beschwerdegegnerin, gleichwohl sie in Kauf nehmen musste, dass sich zweimal jemand neu in den Fall einarbeiten musste, insbesondere im Nachgang an die Vergleichsverhandlungen zu viel Zeit genommen hat und dass der Einspracheentscheid in casu und bei angemessener Bearbeitungseffizienz binnen Jahresfrist seit der Einsprache hätte erlassen werden können.

4.5 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin in casu die für den Tatbestand des unrechtmässigen Verzögerns eines Entscheides erforderliche Schwelle überschritt, so dass ihr Rechtsverzögerung zum Vorwurf gemacht werden muss. Angesichts dessen, dass sie den Erlass des Einspracheentscheides wiederholt auf zwei Monate hinaus zusicherte, darf vorliegend erwartet werden, dass sie, nach Rückerhalt der Akten, den Entscheid binnen zwei Monaten fällen werde. Damit erweist sich die Rechtsverzögerungsbeschwerde als begründet, weshalb sie gutzuheissen ist.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 31. März 2004 S 2004/3

(Nachdem die Unfallversicherung bis zum 19. Juli 2004 noch immer keinen Einspracheentscheid gefällt hatte, reichte der Rechtsvertreter erneut eine Rechtsverzögerungsbeschwerde ein, welche mit Urteil vom 26. August 2004 erneut gutgeheissen wurde, und der Versicherung wurde eine letztmalige Frist bis zum 15. September 2004 eingeräumt.)

Art. 39 Abs. 1 ATSG – Mit Inkrafttreten des ATSG wurden die Fristen im Verwaltungsverfahren des Sozialversicherungsrechts einheitlich geregelt. Anderslautende Weisungen des BSV sind nicht mehr anwendbar. Wird eine Eingabe am letzten Tag der Frist der schweizerischen Post übergeben, gilt die Frist als gewahrt.

Aus dem Sachverhalt:

A. Die Ausgleichskasse des Kantons Zug stellte der X. AG am 11. Februar 2003 Rechnung in der Höhe von Fr. xy für Verzugszinsen, da diese die Jahresrechnung nicht, wie gefordert, bis am 30. Januar, sondern erst am 4. Februar 2003 eingereicht hatte. Für diesen Betrag wurde die X. AG am 19. Mai 2003 unter Auferlegung einer Gebühr von Fr. 10.– gemahnt. Die X. AG macht geltend, Verzugszins und Mahngebühr seien zu Unrecht auferlegt worden.

Aus den Erwägungen:

1. Am 1. Januar 2003 traten das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 und die Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV) vom 11. September 2002 in Kraft, was zu Revisionen einiger Sozialversicherungsgesetze und -verordnungen führte. In materieller Hinsicht gilt der allgemeine übergangsrechtliche Grundsatz, dass der Beurteilung jene Rechtsnormen zu Grunde zu legen sind, die gegolten haben, als sich der zu den materiellen Rechtsfolgen führende Sachverhalt verwirklicht hat (BGE 127 V 467 Erw. 1 und 126 V 136 Erw. 4b). Die formellen Bestimmungen des ATSG (Art. 27 bis Art. 62 ATSG) gelangen sofort zur Anwendung. Da sich der hier zu beurteilende Sachverhalt nach dem 1. Januar 2003 verwirklicht hat, gelangen sowohl die formellen wie auch die materiellen Bestimmungen des ATSG und der ATSV sowie gestützt darauf erlassene Gesetzes- und Verordnungsrevisionen zur Anwendung.

2. (Das Verwaltungsgericht ist zuständig, die Beschwerde entspricht den formellen Anforderungen, weshalb sie zu prüfen ist.)

3. Nach Art. 14 Abs. 2 und Abs. 4 lit. a AHVG erlässt der Bundesrat Vorschriften über die Zahlungstermine für die Beiträge. Der Bundesrat hat in Ausnützung dieser Kompetenz den Pflichtigen eine Frist von 30 Tagen zur Erstellung der Abrechnung eingeräumt (Art. 36 Abs. 2 AHVV). Gleichzeitig hat er verordnet, dass Arbeitgeber auf auszugleichenden Beiträgen, für die sie innert 30 Tagen nach Ablauf der Abrechnungsperiode keine ordnungsgemässe Abrechnung einreichen, ab dem 1. Januar nach Ablauf der Abrechnungsperiode, Verzugszinsen zu entrichten haben (Art. 41bis Abs. 1 lit. d AHVV).

Das Bundesamt für Sozialversicherung hat in seinem Kreisschreiben über Verzugs- und Vergütungszinsen in der AHV, IV und EO (KSVZ) in der Randziffer 2022 den Begriff der «Verspäteten Abrechnung» wie folgt festgelegt: «...Als verspätet gilt die Abrechnung, die nicht bis zum 30. Januar nach dem Kalenderjahr, für das die Beiträge geschuldet sind, bei der Ausgleichskasse eintrifft oder zwar bis dann eingereicht wird, aber nicht den Anforderungen nach Art. 36 Abs. 1 AHVV entspricht...» In der Wegleitung über den Bezug der Beiträge in der AHV, IV und EO (WBB) bestimmt das Bundesamt in Randziffer 2067: «die Angaben für die Abrechnung müssen innert 30 Tagen nach Ablauf der Abrechnungsperiode bei der Ausgleichskasse bzw. bei der zuständigen Zweigstelle eingehen».

4. Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin die Jahresrechnung für die AHV-pflichtigen Löhne und Gehälter am 30. Januar 2003 erstellt und gleichentags der Post übergeben hat. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Abrechnung rechtzeitig erfolgte, indem sie bei der Beschwerdegegnerin statt am 30. Januar erst am 4. Februar 2003 eintraf.

4.1 Die Beschwerdegegnerin macht geltend, ...die Abrechnung sei gemäss Rz 2022 des KSVZ verspätet eingereicht, wenn sie nicht bis zum 30. Januar nach dem Kalenderjahr, für das die Beiträge geschuldet sind, bei der Ausgleichskasse eintreffe. Massgebend sei somit nicht der Zeitpunkt, in welchem die von der Arbeitgeberin ausgefüllte Jahresrechnung abgeschickt worden, sondern wann sie bei der Ausgleichskasse eingegangen sei. Die Beschwerdeführerin hingegen ist der Auffassung, dass für die Bedeutung des Wortes «einreichen» Art. 39 Abs. 1 ATSG anwendbar sei. Gemäss diesem Artikel seien Fristen dann eingehalten, wenn Eingaben am letzten Tag der Frist dem Versicherungsträger eingereicht oder zu dessen Handen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben würden. Indem sie die Abrechnung am 30. Januar 2003 einer schweizerischen Poststelle übergeben habe, habe sie die Frist zur Einreichung der Abrechnung eingehalten.

4.2 Zweck des ATSG ist die Koordination des Sozialversicherungsrechts des Bundes, indem es ein einheitliches Sozialversicherungsverfahren festlegt und die Rechtspflege regelt (Art. 1 lit. b ATSG). Die angestrebte Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrens wird dahingehend umgesetzt, dass eine eingehende Regelung von Verfügungserlass- und Einspracheverfahren erfolgt (Art. 34 bis 55 ATSG; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, Zürich 2003, N 7 zu Art. 1 ATSG). Das Sozialversicherungsverfahren und damit auch die Einhaltung der Fristen wird im vierten Kapitel «Allgemeine Verfahrensbestimmungen» geregelt. Gemäss Art. 39 Abs. 1 ATSG sind Fristen dann eingehalten, wenn schriftliche Eingaben spätestens am letzten Tag der Frist dem Versicherungsträger eingereicht oder zu dessen Handen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden. Diese Bestimmung ist gemäss Zweck des

ATSG für alle Fristen im Bereich des Sozialversicherungsrechts anwendbar, weshalb Rz 2022 des KSVZ dem ATSG widerspricht. Es ist deshalb abzuklären, ob das «neue» ATSG dem «alten» KSVZ vorgeht.

5. Das ATSG und die ATSV traten am 1. Januar 2003 in Kraft, was zu zahlreichen Revisionen der Sozialversicherungsgesetze und -verordnungen führte. In den letzten Korrigenda zum KSVZ wurden einige Ungereimtheiten und Fehler ausgemerzt, Rz 2022 des Kreisschreibens wurde jedoch in der bis anhin geltenden Form beibehalten, obwohl sie dem ATSG widerspricht.

5.1 Gemäss Art. 76 Abs. 1 ATSG überwacht der Bundesrat die Durchführung der Sozialversicherungen. Zur Wahrnehmung dieser Aufgabe kann der Bundesrat das zuständige Bundesamt beauftragen, Weisungen für den einheitlichen Vollzug zu erteilen. So hat das Bundesamt für Sozialversicherung den konkretisierungsbedürftigen Artikel 41bis Abs. 1 lit. d AHVV im KSVZ konkretisiert, um einen einheitlichen Vollzug zu garantieren. Verwaltungsweisungen sind generell-abstrakt formulierte Anweisungen der sachlich zuständigen Bundes-Aufsichtsbehörde an die untergeordneten Instanzen, die den gleichmässigen Vollzug des Sozialversicherungsrechts sicherstellen sollen. Die Verwaltungsweisungen, welche auch die besondere Sachkunde und das Erfahrungswissen der Verwaltung weitergeben, sind für die Vollzugsorgane verbindlich. Sie haben jedoch keinen Rechtssatzcharakter, weshalb sie für die Gerichtsinstanzen nicht verbindlich sind. Nach ständiger Praxis soll sie jedoch das Gericht bei der Entscheidung mit berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht aber insofern von Weisungen ab, als sie mit den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen nicht vereinbar sind (BGE 118 V 210 E. 4c; BGE 107 V 154 E. 2b). Das heisst, Verwaltungsweisungen sind nur beachtlich, soweit sie sich rechtskonform auslegen lassen (Thomas Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, Bern 2003, S. 97 f.).

5.2 Mit Inkrafttreten des ATSG am 1. Januar 2003 wurden die Fristen im Verwaltungsverfahren des Sozialversicherungsrechts einheitlich geregelt, was bedeutet, dass Fristen immer dann als eingehalten gelten, wenn Eingaben spätestens am letzten Tag der Frist dem Versicherungsträger eingereicht oder zu dessen Handen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden. Dies gilt auch für die Frist zur Einreichung der Jahresabrechnung für die AHV-pflichtigen Löhne und Gehälter. Da Rz 2022 des KSVZ mit dem ATSG nicht vereinbar ist, ist sie unbeachtlich. Die Regelung der Fristen im ATSG lässt keinen Raum für abweichende Verwaltungsweisungen.

6. Indem die Beschwerdeführerin die Abrechnung am 30. Januar 2003 der schweizerischen Poststelle übergeben hat, hat sie die Frist gemäss Art. 41bis Abs. 1 lit. d AHVV zur Einreichung der Abrechnung eingehalten. Zu

welchem Zeitpunkt die Abrechnung bei der Ausgleichskasse eintrifft, in casu am 4. Februar 2003, spielt keine Rolle. Der Beschwerdeführerin wurden demnach zu Unrecht Verzugszinsen im Sinne von Art. 41bis Abs. 1 lit. d AHVV sowie Mahngebühren in Rechnung gestellt und die Beschwerde ist gutzuheissen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 31. März 2004 S 2003 / 58

Art. 38 Abs. 3 ATSG – Fällt der letzte Tag einer Frist auf einen Samstag, einen Sonntag oder einen am Wohnsitz oder Sitz der Partei oder ihrer Vertretung vom kantonalen Recht anerkannten Feiertag, so endet die Frist am nächsten Werktag.

Aus den Erwägungen:

1. Das Verwaltungsgericht beurteilt als einzige kantonale Instanz Beschwerden aus dem Bereich der Sozialversicherung (Art. 57 des am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, ATSG, in Verbindung mit § 77 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 1. April 1976, VRG, und § 12 des Einführungsgesetzes zu den Bundesgesetzen über die Alters und Hinterlassenenversicherung und die Invalidenversicherung vom 28. Januar 1993, in der Fassung vom 29. August 2002). Die örtliche Zuständigkeit ist gestützt auf Art. 69 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG), Stand 5. November 2002, vorliegend gegeben.

2. Artikel 1 IVG bestimmt die Anwendbarkeit der Bestimmungen des ATSG im Bereich der Invalidenversicherung, vorbehältlich von ausdrücklich vom Gesetz genannten Abweichungen. Für den Bereich der Invaliditätsrente sieht das IVG keine Abweichung vom Grundsatz der Anwendbarkeit des ATSG vor. Demzufolge ist das ATSG vorliegend anwendbar.

...

3. Die IV-Stelle Zug erliess die angefochtene Verfügung am 7. Januar 2003. Die Einsprache, datiert vom 7. Februar 2003, erging somit binnen Frist nach Art. 52 Abs. 1 ATSG.

Den Einspracheentscheid erliess die IV-Stelle Zug am 8. Mai 2003, und er ging dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin am 9. Mai 2003 zu. Die 30-tägige Frist nach Art. 60 Abs. 1 ATSG endigte somit am 9. Juni 2003. Der

9. Juni 2003 war der Pfingstmontag. Artikel 38 Abs. 3 ATSG bestimmt, dass eine Frist, deren letzter Tag auf einen Samstag, Sonntag oder einen am Wohnsitz oder Sitz der Partei oder ihrer Vertretung vom kantonalen Recht anerkannten Feiertag fällt, am nächsten Werktag endet. Nach § 2 des zugerischen Gesetzes über die öffentlichen Ruhetage und die Öffnungszeiten der Verkaufsgeschäfte vom 4. November 1974 ist der Pfingstmontag kein Ruhetag. Hingegen ist er nach § 1 lit. b des Ruhetags- und Ladenöffnungsgesetzes vom 26. Juni 2000 des Kantons Zürich im Kanton Zürich als Ruhetag anerkannt. Da der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin im Kanton Zürich domiziliert ist, der Pfingstmontag dort als Ruhe- resp. Feiertag anerkannt ist, endigte die Beschwerdefrist für die Beschwerdeführerin somit am Dienstag nach Pfingsten, am 10. Juni 2003. Die Frist ist damit gewahrt...

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 29. Januar 2004 S 2003/40

7. Verfahren

§ 10 GG – Ein Gemeinderat, der mit einer privaten Bauherrschaft Verhandlungen über ein gemeinsames Bauprojekt führt, kann deshalb noch nicht als befangen bezeichnet werden. Entscheidend ist, ob sich der Gemeinderat als zuständige Baubewilligungsbehörde an die baurechtlichen Vorschriften hält (Erw. 2).

Aus den Erwägungen:

2. a) Mit einer Eingabe vom 13. Januar 2004 lassen die Beschwerdeführer geltend machen, der Stadtrat Zug habe als für die Erteilung der Baubewilligung zuständige Instanz nicht die notwendige Unabhängigkeit. Bereits in der Einsprache habe man darauf hingewiesen, dass die Stadt Zug einen Teil oder sogar alle der neu erstellten Büros zu mieten beabsichtige. Der Stadtrat habe sich im Baubewilligungsverfahren dazu aber nicht geäussert. Inzwischen habe man konkrete Anhaltspunkte für die Befangenheit der Bewilligungsbehörde. Aus der «Zuger Presse» vom 12. Dezember 2003 könne man entnehmen, dass zwischen der Stadt Zug und der Eigentümerin der Liegenschaft offensichtlich einvernehmliche Absprachen im Hinblick auf die Bewilligung des angefochtenen Baugesuchs stattgefunden hätten. Aus dem Artikel ergebe sich, dass die Eigentümerin als Trägerin für ein von der Stadt Zug geplantes Parkhaus auftreten würde, da sich die Stadt ein solches aus Kostengründen nicht leisten könne und daher auf die Finanzierung durch Dritte angewiesen sei. Damit stehe fest, dass die Stadt Zug ein bedeutendes eigenes Interesse an der Erteilung der Baubewilligung gehabt habe, womit sie bereits in diesem Verfahren Parteistellung gehabt habe. Bei den Beschwerdeführern sei der Eindruck entstanden, dass zwischen der Finanzierung der Tiefgarage und der Erteilung der Baubewilligung ein Zusammenhang bestanden habe, indem für die Bewilligung des Baugesuchs die Finanzierung der Tiefgarage in Aussicht gestellt worden sei. Die Art und Weise, wie der Stadtrat die Einwände der Beschwerdeführer behandelt habe, lasse den Schluss zu, dass er ein entscheidendes Eigeninteresse am Zustandekommen des Baugesuchs gehabt habe. Es würden genügend Anhaltspunkte vorliegen, die Misstrauen in die Unparteilichkeit der entscheidenden Behörde wecken würden. Zudem werde eine tatsächliche Befangenheit gar nicht verlangt. Es genüge, wenn Umstände gegeben seien, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermöchten. Der Stadtrat hätte, wie in der Einsprache vom 23. Oktober 2002 verlangt, die Baubewilligung nicht aussprechen, sondern diese Sache dem Regierungsrat überlassen müssen. Falls das Gericht dem Begehren der Beschwerdeführer folge und beschliesse, dass der Regierungsrat über das Baubewilligungsgesuch zu entscheiden habe, so dürfe mit der Instruktion nicht die Baudirektion betraut werden, da diese in der Sache unzulässigerweise vorbefasst wäre.

b) Die Baudirektion erklärt diesbezüglich, die Beschwerdeführer könnten aus dem Hinweis, dass der neue Eigentümer der Liegenschaft an der Erstellung eines unterirdischen Parkhauses unter dem der Stadt Zug gehörenden Platz interessiert sei, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Selbst wenn dieser Hinweis zutreffen sollte, was die Baudirektion nicht beurteilen könne, so würde kein Ausstandsgrund vorliegen. Da die Beschwerdeführer keinen Ausstandsgrund gemäss § 10 Abs. 1 des Gemeindegesetzes geltend machen könnten, sei ihr Ausstandsbegehren zum vorneherein als untauglich zu qualifizieren. Wenn das Ausstandsbegehren gegen den Stadtrat aber unbegründet sei, so bestehe auch kein Grund, das umstrittene Baugesuch zur Beurteilung an den Regierungsrat zu überweisen, da dieser in der Sache bereits entschieden habe.

c) Der Stadtrat Zug verweist in seiner Eingabe vom 28. Januar 2004 auf die Vorlage für den Grossen Gemeinderat Nr. 1779, Nr. 4, vom 2. Dezember 2003 und führt ergänzend aus, der Stadtrat sei als Baubewilligungsbehörde in seinem Entscheid über die Baubewilligung zum Umbauprojekt für die Liegenschaft X. nicht befangen, wenn er mit der Eigentümerin der Liegenschaft als mögliche Investorin für ein Parkhaus auf öffentlichem Grund verhandle. Die Behauptung, für die Bewilligung des Baugesuchs sei die Finanzierung der Tiefgarage in Aussicht gestellt worden, sei völlig aus der Luft gegriffen und werde mit keinem Faktum näher begründet. Bei der Kleinräumigkeit der Stadt Zug komme es immer wieder vor, dass der Stadtrat mit Grundeigentümern im Gespräch über eine bestimmte Thematik sei, und gleichzeitig als Baubewilligungsbehörde unabhängig – gestützt auf die baupolizeilichen Vorschriften – ein Baugesuch der gleichen Person zu beurteilen habe. Es würde den Beschwerdeführern gut anstehen, wenn sie den starken Vorwurf an die Baubewilligungsbehörde, sie habe «offenbar mit der Baugesuchstellerin eine Gegenleistung vereinbart», wenigstens begründen würde. Die Oberflächlichkeit des Vorwurfs zeige, dass damit eine reine Behauptung in den Raum gestellt werde. Im Übrigen könne dem Stadtrat nicht zur Last gelegt werden, dass die Eigentümerin der Liegenschaft den Zeitpunkt ihres Entscheides über den Bau des Parkhauses mit dem Zeitpunkt des Umbaus des Warenhauses koordiniere. Die Beschwerdeführer würden nicht genügend Anhaltspunkte dafür vorbringen noch seien solche vorhanden, die geeignet wären, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Stadtrates als Baubewilligungsbehörde zu wecken.

d) Die Bauherrschaft ihrerseits lässt ausführen, bei der Eingabe der Beschwerdeführer handle es sich um eine unzulässige Eingabe. Unzulässig sei einmal die verlangte Neubeurteilung durch den Regierungsrat und die Weisung an den Regierungsrat, wen er mit der Instruktion beauftragen wolle. Der erste Antrag der Beschwerdeführer komme einem Wiedererwägungsgesuch gleich, da der Ausstand des Regierungsrates weder beantragt noch eine Befangenheit behauptet werde. Zu beachten sei auch, dass das Verwaltungsgericht einen Entscheid des Regierungsrates zu beurteilen habe. Es habe nicht die

Baudirektion, sondern der Regierungsrat entschieden, weshalb Antrag 2 ohnehin falsch sei. Wenn der Entscheid des Stadtrates in formeller oder materieller Hinsicht falsch gewesen wäre, so hätte der Regierungsrat als Entscheidungsinstanz mit voller Kognition diesen Fehler behoben. Es sei nicht einzusehen, wieso der Regierungsrat nochmals entscheiden sollte, nachdem er das Projekt geprüft und in jeder Hinsicht als korrekt beurteilt habe. Zur Sache selber lässt die Bauherrschaft ausführen, die Behauptung der Beschwerdeführer, der Stadtrat habe die Baubewilligung im Sinne einer Gegenleistung in Aussicht gestellt, wenn die Eigentümerin der Liegenschaft die Finanzierung der Tiefgarage übernommen hätte, sei mutwillig und bösartig und müsse in aller Form zurückgewiesen werden. Eine solche Lösung hätte sowohl planerisch als auch finanziell vom Grossen Gemeinderat beschlossen werden müssen. Dieser Entscheidungsträger sei nicht identisch mit der Baubewilligungsbehörde. Schon aus diesem Grund wäre eine solche Abmachung unmöglich gewesen. Durch den Antrag auf einen Vor- bzw. Zwischenentscheid würden die Beschwerdeführer offensichtlich eine Verzögerung des Bauvorhabens beabsichtigen. Für einen separaten Entscheid bestehe keine Veranlassung. Auf die nachträglichen materiellen Einwendungen sei nicht mehr einzutreten. Ein Ausstandsgrund im Sinne des Gemeindegesetzes werde gegen die Mitglieder des Stadtrates nicht geltend gemacht, womit das Ausstandsbegehren ohnehin unbegründet sei.

e) Zu prüfen ist somit vorerst, ob gegen den Stadtrat Zug als Baubewilligungsbehörde zu Recht der Vorwurf der Befangenheit erhoben wird. Erweist sich dieser Vorwurf als unbegründet, braucht das Gericht auf den weiteren Antrag nicht einzutreten.

aa) Gemäss § 10 Abs. 1 des Gemeindegesetzes vom 4. September 1980 (BGS 171.1, GG) haben die Mitglieder von Gemeindebehörden bei der Vorbereitung, Behandlung und Erledigung von Geschäften, die persönliche Rechte oder Interessen, die Rechte oder Interessen des in § 20 der Kantonsverfassung umschriebenen Personenkreises oder Rechte oder Interessen juristischer Personen oder wirtschaftlicher Unternehmungen betreffen, an denen sie massgeblich beteiligt oder deren Organ sie sind, vor allen Instanzen in den Ausstand zu treten. Ein unter Verletzung der Ausstandspflicht gefasster Beschluss einer Gemeindebehörde ist nach § 10 Abs. 4 GG vom Regierungsrat auf Beschwerde hin aufzuheben. Der Vorwurf der Befangenheit bzw. des Verdachts der Befangenheit hat sich gegen einzelne Mitglieder einer Behörde zu richten und nicht pauschal gegen eine Behörde als Ganzes. In einem solchen Fall müsste nachgewiesen werden, dass die einzelnen Behördemitglieder alle befangen seien und in den Ausstand zu treten hätten. Solche Vorwürfe werden seitens der Beschwerdeführer nicht vorgebracht. Sie werfen vielmehr dem Stadtrat als Gesamtbehörde Befangenheit und unzulässige Parteinahme im gemeindlichen Baubewilligungsverfahren vor.

bb) Die Beschwerdeführer stützen ihren Vorwurf auf einen Artikel in der «Zuger Presse» vom 12. Dezember 2003. Hier ist unter anderem zur Frage

der Neugestaltung des Bundesplatzes Folgendes festgehalten: «Es hat sich aber ergeben, dass der neue Eigentümer der Liegenschaft Interesse angemeldet hat, als Trägerin für das Parkhaus aufzutreten und die Kosten für den unterirdischen Teil zu übernehmen. Die Gespräche, die durch Einsprachen vorläufig nur leicht getrübt wurden, verliefen bisher aus der Sicht der Stadt positiv. Klar ist auch, dass die Stadt für die oberirdische Gestaltung des Bundesplatzes aufkommt». Aus diesem Zeitungsartikel ergibt sich entgegen der Meinung der Beschwerdeführer aber in keiner Weise, dass der Stadtrat der Bauherrschaft des vorliegenden Verfahrens im Sinne eines Gegengeschäfts irgendwelche Zugeständnisse gemacht hätte. Die Basis für den Artikel in der «Zuger Presse» liegt – wie der Stadtrat zu Recht feststellt – im Bericht des Stadtrates zur Motion der FDP-, CVP- und SVP-Fraktionen betreffend «Attraktivere Gestaltung des Bundesplatzes unter gleichzeitiger Erstellung eines zweigeschossigen unterirdischen Parkhauses» vom 3. März 1996. In diesem Bericht ist festgehalten, dass es der Stadt Zug in Anbetracht der finanziellen Lage und des übrigen Bedarfs an Infrastruktur nicht möglich sei, die Gesamtkosten dieses Parkhauses von über 11 Millionen zu tragen. Weiter wird darauf hingewiesen, dass sich die Situation für die Eigentümerin der Liegenschaft anders präsentiere, die sich dafür interessiere, als Trägerin des Parkhauses aufzutreten und die Kosten für den unterirdischen Teil zu übernehmen. Weiter wird im Bericht festgehalten, dass die Eigentümerin einen Grossteil der Parkplätze der Öffentlichkeit zur Verfügung stellen würde, wobei im Interesse der Wirtschaftlichkeit des neuen Parkhauses flankierende Massnahmen ergriffen werden müssten (Reduktion des oberirdischen Parkplatzangebots in der Umgebung sowie eine einheitliche Regelung der Gebühren). Entsprechende Gespräche zwischen der Stadt Zug und der Eigentümerin seien im Gang. Schliesslich wird auf das Umbauprojekt hingewiesen und darauf, dass die Gespräche zwischen der Stadt und der Eigentümerin wieder aufgenommen würden, wenn die Baubewilligung für das Gebäude rechtskräftig sei.

cc) Der Stadtrat Zug ist zur Zeit intensiv damit beschäftigt, entlang der Achse Neugasse-Postplatz-Bahnhofstrasse-Bundesplatz mit Parkhäusern, Strassenführungen und -sanierungen sowie mit einem Parkleitsystem dafür zu sorgen, dass die Innenstadt verkehrstechnisch beruhigt und die Lebensqualität sowie die Erreichbarkeit von Läden und Serviceeinrichtungen stark verbessert werden kann. Der Stadtrat ist im Sinne von § 84 GG zur Besorgung solcher Aufgaben verpflichtet, soweit diese nicht einem anderen Gemeindeorgan zugewiesen sind. Im oben erwähnten Bericht an den Grossen Gemeinderat sind die entsprechenden Fragen und Probleme umfassend dargestellt. Es ergeben sich aber auch aus diesem Bericht keine Anhaltspunkte dafür, dass der Stadtrat gegenüber der Eigentümerin irgendwelche Konzessionen betreffend der Baubewilligung für den Umbau des Gebäudes gemacht hätte. Es ist auch nicht ungewöhnlich, dass der Stadtrat in seiner Funktion als Exekutive einerseits Verhandlungen mit Privaten führen und

Geschäfte abschliessen muss und andererseits diesen Privaten auch wieder Bewilligungen zu erteilen hat. Entscheidend ist dabei, dass sich der Stadtrat als Baubewilligungsbehörde an die baurechtlichen Vorschriften hält. Diese Fragen sind aber Gegenstand der materiellrechtlichen Beurteilung der vorliegenden Beschwerden. Selbst wenn der Stadtrat in sehr einvernehmlichen Verhandlungen mit der Bauherrschaft über die Realisierung und Finanzierung des Parkhauses am Bundesplatz gestanden hat, so kann aus diesem Faktum noch nicht ein Anschein der Befangenheit der einzelnen Stadträte abgeleitet werden. Hinzu kommt noch, dass für die planerische und finanzielle Realisierung des Parkplatzprojektes am Bundesplatz der Grosse Gemeinderat zuständig wäre. Der Stadtrat wäre daher auch nicht in der Lage gewesen, irgendwelche Zugeständnisse entgegenzunehmen oder abzugeben. Zu beachten ist auch, dass selbst wenn die Stadt Zug als Bauherrin auftritt, der Stadtrat als Bewilligungsbehörde in eigener Sache auftreten müsste.

Der Vorwurf des Anscheins der Befangenheit bzw. der Befangenheit selber erweist sich in diesem Fall als gänzlich unbegründet. In diesem Punkt muss die Beschwerde V 2003 / 133 abgewiesen werden. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass eine Rückweisung an den Regierungsrat aus verfahrensrechtlicher Sicht unmöglich gewesen wäre, nachdem dieser mit voller Kognition den Baubewilligungsentscheid des Stadtrates überprüft und als korrekt bezeichnet hat. Es wäre auch nicht Sache des Verwaltungsgerichts, dem Regierungsrat Weisungen zu erteilen, welche seiner Direktionen er mit der Instruktion eines Beschwerdeverfahrens beauftragen sollte.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. April 2004 V 2003 / 133

§§ 10 Abs. 1 und 19 Abs. 1 Ziff. 3 VRG – Gegenüber Spezialadressaten sind Allgemeinverfügungen individuell und persönlich zu eröffnen, d.h. die anordnende Behörde kann sich nicht allein auf die öffentliche Bekanntmachung der Allgemeinverfügung beschränken (Erw. 2). Beginn des Fristenlaufs (Erw. 3).

Aus dem Sachverhalt:

Die L. AG ist Eigentümerin des Moosbachweges, GS Nr. 2767, in Zug. Mit Vertrag vom 30. September 1958 räumte die L. AG der Einwohnergemeinde Zug ein öffentliches Fuss- und Fahrwegrecht auf dem Moosbachweg ein. Am 27. Dezember 2000 gelangte die Sicherheitsabteilung der Stadt Zug an die L. AG und unterbreitete ihr den Vorschlag, auf der Südseite des Moosbachweges ein zehn Meter langes Parkfeld zu markieren und den verbleibenden Strassenabschnitt mit einem Parkverbot zu versehen. In der Fol-

ge konnte die Situation nicht bereinigt werden. Mit Schreiben vom 7. März 2002 gelangte die Stadt Zug erneut an die L. AG und schlug ihr vor, den gesamten Moosbachweg als Parkverbotszone zu signalisieren. Die L. AG lehnte diesen Vorschlag ab und bestand auf der Erstellung der Parkplätze gemäss dem Vorschlag vom 27. Dezember 2000. Mit Beschluss vom 28. Mai 2002 verfügte der Stadtrat von Zug eine Parkverbotszone auf dem Moosbachweg, GS Nr. 2767 (Signal 2.591/2.50 und 2.59/2.50). Der Beschluss wurde im Amtsblatt vom 31. Mai 2002 publiziert und gleichentags der L. AG mittels eingeschriebenem Brief zugestellt. Gegen diesen Beschluss reichte die L. AG am 26. Juni 2002 beim Regierungsrat Beschwerde ein und beantragte dessen Aufhebung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Stadtrates von Zug. Mit Beschluss vom 2. Dezember 2003 trat der Regierungsrat auf die Verwaltungsbeschwerde wegen Verspätung nicht ein. Gegen diesen Regierungsratsbeschluss liess die L. AG am 8. Januar 2004 Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen und beantragen, der Beschluss des Regierungsrates vom 2. Dezember 2003 und der Beschluss des Stadtrates vom 28. Mai 2002 seien aufzuheben, eventualiter sei der Beschluss des Regierungsrates vom 2. Dezember 2003 aufzuheben und die Sache sei zur neuen Beurteilung an den Regierungsrat zurückzuweisen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Stadtrates von Zug. Die Beschwerdeführerin liess geltend machen, die Eröffnung des Beschlusses durch den Stadtrat sei ihr gegenüber mangelhaft gewesen. Sie habe mit ihrer Beschwerde vom 26. Juni 2002 unter Beachtung der Empfangsbedürftigkeit von Verfügungen und der Berechnung des Fristenlaufes nach den Bestimmungen von § 10 Abs. 1 VRG die Frist von 20 Tagen gemäss § 43 Abs. 1 VRG eingehalten. Auch sei die Rechtsmittelbelehrung im Einschreibebrief vom 31. Mai 2002 unklar, missverständlich und irreführend gewesen.

Aus den Erwägungen:

1. ...

Beschwerdegegenstand ist der Beschluss des Regierungsrates vom 2. Dezember 2003, mit dem dieser auf die Beschwerde der L. AG nicht eingetreten ist, weil diese seiner Meinung nach verspätet eingereicht wurde. Gegenstand des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens kann daher nur die Frage sein, ob der Regierungsrat zu Recht oder zu Unrecht auf die Beschwerde wegen Verspätung nicht eingetreten ist. Soweit also die Beschwerdeführerin in diesem Verfahren die Aufhebung des Beschlusses des Stadtrates beantragt, kann darauf nicht eingetreten werden. Ergibt sich aber, dass die Beschwerde beim Regierungsrat rechtzeitig eingereicht wurde, so ist die Beschwerdesache im Sinne des Eventualantrags zur Beurteilung an den Regierungsrat zurückzuweisen.

2. Auf öffentlichen Verkehrsflächen privater Eigentümer kann die Behörde nach Anhören der Eigentümer Verkehrsanordnungen und Verkehrsbe-

schränkungen verfügen (Art. 113 Abs. 1 der Signalisationsverordnung vom 5. September 1979, SSV). Zur Signalisation auf öffentlichen Strassen privater Eigentümer gemäss Art. 113 SSV sind im Kanton Zug die Gemeinderäte zuständig (§ 21 Abs. 1 der Verordnung über den Strassenverkehr und die Strassensignalisation vom 22. Februar 1977, BGS 751.21). Gegen Entscheide der Gemeinderäte kann innert 20 Tagen seit der Mitteilung oder der öffentlichen Bekanntmachung mit schriftlicher Begründung beim Regierungsrat Verwaltungsbeschwerde erhoben werden (§ 22 Abs. 1 der oben erwähnten Verordnung). Diese Bestimmung der kantonalen Signalisationsverordnung steht im Einklang mit der Regelung von § 40 Abs. 2 VRG, wonach gegen Entscheide des Gemeinderates Verwaltungsbeschwerde an den Regierungsrat erhoben werden kann. Soweit das kantonale oder eidgenössische Recht keine andere Frist vorschreiben, ist die Verwaltungsbeschwerde innert 20 Tagen nach der Mitteilung eines Entscheides bei der Beschwerdeinstanz schriftlich einzureichen (§ 43 Abs. 1 VRG). Auch diese Bestimmung korrespondiert mit § 22 der kantonalen Signalisationsverordnung.

a) Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, der Entscheid des Stadtrates Zug sei mangelhaft eröffnet worden. Für die Eröffnung von Entscheiden des Stadtrates Zug sind die Bestimmungen des VRG massgebend (§ 2 VRG). Gemäss § 19 Abs. 1 VRG sind Entscheide schriftlich auszufertigen. Sie sollen den Rechtsspruch, den Kostenspruch, die Rechtsmittelbelehrung und die Daten der Entscheidung und des Versandes enthalten. Der Entscheid des Stadtrates Zug vom 28. Mai 2002 ist als Beschluss bezeichnet, enthält einen Rechtsspruch sowie eine Rechtsmittelbelehrung. Zudem hält er fest, wann der Beschluss gefällt und wann er versandt wurde. Formell ist der Entscheid in keiner Weise zu beanstanden. Der Entscheid wurde im Amtsblatt vom 31. Mai 2002 publiziert und der Beschwerdeführerin auch direkt zugestellt. Bezüglich dieser Zustellung stellt sich der Regierungsrat auf den Standpunkt, trotz der individuellen Zustellung handle es sich um eine Allgemeinverfügung, die für alle Adressaten ein und dieselbe Rechtsmittelfrist auslöse. Speziell sei hier einzig die persönliche Zustellung an die Beschwerdeführerin, um ihr die Möglichkeit der Ergreifung eines Rechtsmittels persönlich zur Kenntnis zu bringen.

b) Die Allgemeinverfügung ist eine Anordnung, die sich auf einen konkreten Sachverhalt bezieht, aber für eine unbestimmte Vielzahl von Adressaten Geltung beansprucht. Das klassische Beispiel einer Allgemeinverfügung ist die lokale Verkehrsanordnung. Es handelt sich um diejenigen Anordnungen, welche den Verkehrsteilnehmern (Automobilisten, Radfahrern, Fussgängern usw.) an einer örtlich genau bestimmten Stelle ein Verhalten vorschreiben oder verbieten, wie ein Parkverbot, ein Fahrverbot oder das Gebot, anderen Verkehrsteilnehmern den Vortritt zu gewähren usw. (vgl. hiezu Tobias Jaag, Die Abgrenzung zwischen Rechtssatz und Einzelakt, Zürich 1985, S. 184 f.). Wegen der Unbestimmtheit des Adressatenkreises

von Allgemeinverfügungen sind diese verfahrensmässig grundsätzlich wie Rechtssätze zu behandeln. Die Konkretheit der Allgemeinverfügung hat aber zur Folge, dass diese häufiger als die Rechtssätze Spezialadressaten aufweist. Dies ist immer dann der Fall, wenn eine Allgemeinverfügung gestützt auf ein Gesuch eines Privaten ergeht, so z.B. bei einem auf Antrag eines Eigentümers erlassenen Parkverbot auf einem Privatgrundstück. Spezialadressaten einer Allgemeinverfügung sind immer auch die Eigentümer oder die sonstwie an einer – Anordnungsobjekt der Allgemeinverfügung bildenden – Sache Berechtigten. Die Spezialadressaten von Allgemeinverfügungen sind verfahrensrechtlich wie Adressaten von Einzelakten zu behandeln. Da jedoch neben den Spezialadressaten bei der Allgemeinverfügung regelmässig auch noch weitere Adressaten (Normaladressaten) vorhanden sind, ist auch diesen Rechnung zu tragen, indem ihnen gegenüber die Verfahrensregeln für Rechtssätze Anwendung finden. Bei dauerhaften Allgemeinverfügungen hat die Eröffnung durch Publikation im Amtsblatt zu erfolgen (vgl. hierzu Jaag, a.a.O., S. 194 f.). Gegenüber Spezialadressaten ist die Allgemeinverfügung aber individuell und persönlich zu eröffnen, d.h. die anordnende Behörde kann sich nicht auf die öffentliche Bekanntmachung der Allgemeinverfügung beschränken.

c) Die Beschwerdeführerin ist Eigentümerin des Moosbachweges und daher durch die vom Stadtrat beschlossene Parkverbotszone auf dem in ihrem Eigentum stehenden Moosbachweg GS Nr. 2767 zweifellos in erheblich stärkerem Mass betroffen als die unbestimmte Vielzahl von Normaladressaten. Aus den Akten ergibt sich zudem, dass zwischen dem Stadtrat Zug und der Beschwerdeführerin seit Dezember 2000 bezüglich der Parksituation auf dem Moosbachweg Verhandlungen stattgefunden haben und Korrespondenzen ausgetauscht wurden. Damit steht – wie dies bereits der Regierungsrat getan hat – fest, dass der Beschwerdeführerin als Spezialadressatin des Parkverbots der Beschluss des Stadtrates persönlich eröffnet werden musste. Der Stadtrat von Zug hat dies mit der Zustellung vom 31. Mai 2002 auch getan. In dieser Hinsicht ist der Beschluss und das Vorgehen des Stadtrates nicht zu beanstanden.

3. Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass die dem Beschluss des Stadtrates beigefügte Rechtsmittelbelehrung unklar, missverständlich und irreführend gewesen sei.

a) Paragraph 19 Abs. 1 Ziff. 3 VRG verpflichtet die Behörden, ihren Entscheid mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Diese hat das zulässige Rechtsmittel, die Rechtsmittelinstanz und die Rechtsmittelfrist zu bezeichnen. Eine Rechtsmittelbelehrung im Sinne von § 19 VRG ist nur bei individuell-konkreten Akten, nicht aber bei solchen generell-abstrakter Natur anzubringen. Ein generell-konkreter Akt (Allgemeinverfügung) ist mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen, soweit er von einzelnen, in besonderer Weise Betroffenen (Spezialadressaten) unmittelbar und nicht bloss akzesso-

risch angefochten werden kann (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, N 47 zu § 10). Im vorliegenden Fall enthält der angefochtene Stadtratsbeschluss das zulässige Rechtsmittel (Verwaltungsbeschwerde), die zuständige Rechtsmittelinstanz (Regierungsrat) und die korrekte Rechtsmittelfrist (20 Tage). Fraglich ist aber, ob der Hinweis auf die Eröffnung des Fristenlaufs mit der Formulierung «innert 20 Tagen seit der Publikation im Amtsblatt» in einer Individualverfügung korrekt ist.

b) Der Beschluss des Stadtrates ist der Beschwerdeführerin – wie bereits ausgeführt – individuell und persönlich zu eröffnen. Individuelle Zustellung bedeutet, dass der Entscheid den betroffenen Parteien durch die Post persönlich zuzustellen ist. Die Rechtsmittelfrist beginnt in diesem Fall an dem auf ihre Mitteilung folgenden Tag zu laufen (§ 10 Abs. 1 VRG). Diese klare gesetzliche Regelung hat ohne Einschränkung zu gelten. Der Fristenlauf wird durch die Eröffnung des fristansetzenden Entscheides ausgelöst. Massgebend dafür ist die ordnungsgemässe Zustellung. Die Beweislast dafür, dass ein Entscheid fehlerfrei eröffnet wurde, trägt die zustellende Behörde. Beweisbedürftig ist dabei, dass der betreffende Entscheid vom Adressaten, einer von ihm bevollmächtigten Person oder einer Hilfsperson entgegengenommen wurde. Für eine rechtsgültige Zustellung nicht erforderlich ist, dass der Adressat vom Inhalt der Anordnung Kenntnis genommen hat. Ist bei einer eingeschriebenen Sendung eine Übergabe an den Adressaten nicht möglich und wird deshalb eine Abholungseinladung in den Briefkasten oder das Postfach gelegt, so gilt die Sendung in dem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie auf der Post abgeholt wird. Geschieht dies nicht innert der Abholungsfrist von sieben Tagen, gilt die Sendung als am letzten Tag der Abholfrist zugestellt. Nachdem unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin den eingeschrieben zugestellten Beschluss des Stadtrates am 7. Juni 2002, d.h. am fünften Tag der Abholungsfrist abgeholt hat, ist ihr der Beschluss zu diesem Zeitpunkt eröffnet worden. Die Beschwerdefrist von 20 Tagen begann somit am 8. Juni 2002 zu laufen und endete am 27. Juni 2002. Daraus ergibt sich, dass die am 26. Juni 2002 eingereichte Verwaltungsbeschwerde rechtzeitig erhoben wurde.

c) Der Regierungsrat stellt sich auf den Standpunkt, die persönliche Zustellung sei in diesem Fall einzig darum erfolgt, um die Beschwerdeführerin fairerweise auf die Beschwerdemöglichkeit, die sich aus der Amtsblattpublikation ergebe, aufmerksam zu machen. Trotz der individuellen Zustellung handle es sich in diesem Fall um eine Allgemeinverfügung, bei der nur eine einheitliche Rechtsmittelfrist ausgelöst werde. Diesen Schlussfolgerungen kann sich das Gericht nicht anschliessen. Der gesetzlich vorgesehene Fristenlauf kann nicht durch einen Zusatz in der Rechtsmittelbelehrung verkürzt (oder verlängert) werden. Die individuelle Eröffnung eines Entscheides an den Spezialadressaten ist in keinem Fall nur ein blosser Hinweis auf die Beschwerdemöglichkeit, sondern eine ordnungsgemässe Eröffnung im Sinne

von §§ 19 ff. VRG. Die individuelle Eröffnung an den Spezialadressaten einer Allgemeinverfügung führt auch zu einer individuellen Eröffnung der Rechtsmittelfrist. Es ist auch ohne Bedeutung, ob neben der durch die Amtsblattpublikation für die Allgemeinadressaten eröffneten Frist noch Rechtsmittelfristen für die Spezialadressaten eröffnet werden. Bei jeder Eröffnung eines Entscheides, bei dem mehrere Beschwerdeberechtigte beteiligt sind, gibt es – je nach dem individuellen Zustellungszeitpunkt – unterschiedliche Rechtsmittelfristen. Für einen Spezialadressaten wird der Fristenlauf durch die Publikation im Amtsblatt nicht ausgelöst. Durch die direkte Zustellung wird bezüglich Fristenlauf ein Vertrauensverhältnis geschaffen, auf das sich die Beschwerdeführerin berufen kann. Es spielt dabei keine Rolle, dass die Beschwerdeführerin durch ihren Verwaltungsratspräsidenten anwaltlich vertreten ist.

d) Unter diesen Umständen spielt es keine Rolle, nach welchem genauen zeitlichen Ablauf die Publikation im Amtsblatt vom 31. Mai 2002 erfolgt ist. Aus den Akten ergibt sich ohne Weiteres, dass das Sicherheitsdepartement der Stadt Zug diesbezüglich absolut korrekt gehandelt hat. Dies spielt aber für den Beginn des Fristenlaufs keine Rolle. Als Eigentümerin des vom Parkverbot betroffenen Grundstücks und als Spezialadressatin des angefochtenen Beschlusses musste die Beschwerdeführerin nicht auf irgendwelche Auslösungen der Rechtsmittelfrist im Amtsblatt vor oder nach der Zustellung des Beschlusses schauen. Für sie galt einzig die durch die direkte Zustellung ausgelöste Rechtsmittelfrist. Der gesetzliche Fristenlauf begann für die Beschwerdeführerin – wie schon erwähnt – der klaren und unmissverständlichen Regelung von § 10 Abs. 1 VRG entsprechend am Tag nach der Zustellung des Beschlusses, d.h. am 8. Juni 2002 zu laufen. Auf eine andere Eröffnung des Fristenlaufs musste die Beschwerdeführerin nicht Rücksicht nehmen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. Juli 2004 V 2004/4

II. Zivilrecht

1. Personenrecht

Art. 42 ZGB. – Berichtigung einer Eintragung im Zivilstandsregister.

Aus den Erwägungen:

2. a) Während die Zivilstandsbehörden gemäss Art. 43 ZGB Fehler, die auf einem offensichtlichen Versehen oder Irrtum beruhen, von Amtes wegen beheben, kann, wer ein schützenswertes persönliches Interesse geltend macht, nach Art. 42 Abs. 1 ZGB beim Gericht u.a. auf Berichtigung einer Eintragung im Zivilstandsregister klagen. Die Berichtigungsklage (Gestaltungsklage) nach Art. 42 ZGB setzt mithin voraus, dass einerseits eine fehlerhafte Eintragung vorliegt, die nicht auf einem offensichtlichen Versehen oder Irrtum beruht, und dass andererseits hierfür kein eigenes Verfahren (z.B. Statusklagen des Kindesrechts) zur Verfügung steht (Heussler, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 2. A., Basel/Genf/München 2002, N 5 zu Art. 42). Fehlerhaft ist der Eintrag dann, wenn die Eintragung selbst falsch oder ungenau ist. Ein fehlerhafter Eintrag kann auch auf einer Irreführung des Zivilstandsbeamten beruhen, indem ihm beispielsweise unwahre Angaben über Ort und Zeit einer Geburt oder über die Namen bestimmter Personen gemacht werden. Und schliesslich kann auch mittels gefälschter Urkunden ein Falscheintrag herbeigeführt werden (vgl. Egger, Zürcher Kommentar zum ZGB, 2. A., Zürich 1930, N 3 zu aArt. 45). Ist ein Eintrag formell korrekt, d.h. beruht er auf echten Belegen, die aber materiell unrichtig sind, so bedarf es zur Berichtigung des Eintrages vorerst der Umstossung jener Belege, und zwar je nachdem in einem eigenen gerichtlichen Verfahren.

b) Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, haben die Beschwerdeführer 1 und 2 im Verkündungsgesuch vom 2. Juni 1997 als Namen «AA.» bzw. «BB.» angegeben. Das Verkündungsgesuch haben sie persönlich unterzeichnet. Ferner haben sie in den einschlägigen Meldescheinen an die zuständigen Zivilstandsbehörden im November 2000 als Namen der Beschwerdeführerin 4 «DA.» und offenbar im April 1999 als Namen der Beschwerdeführerin 3 «CA.» angegeben. Diese Meldescheine haben sie persönlich unterzeichnet. Dabei wurden sie ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Registereintrag nachträglich nicht mehr abgeändert oder ergänzt werden könne. Die entsprechenden Einträge mit dem Familiennamen «A.» im Ehe- und Geburtsregister X. bzw. Y. erfolgten mithin aufgrund der dem Zivilstandsamt vorgelegten Zivilstandsbelege korrekt, sodass weder ein offensichtliches Versehen noch ein offensichtlicher Irrtum vorliegt. Wenn die Beschwerdeführer geltend machen, der eingetragene Familienname sei falsch, steht ihnen zur Änderung dieses Eintrags somit die Berichtigungsklage zur Verfügung. Sie müssen dabei nachweisen, dass der von den Eltern damals angegebene und

vom Zivilstandsamt eingetragene Familienname «A.» falsch ist und der einzutragende richtige Familienname «F.» lautet. Zum Nachweis der Fehlerhaftigkeit dieser Angaben haben die Beschwerdeführer 1 und 2 u.a. Auszüge aus dem Geburtsregister der Republik Sri Lanka, Bestätigungen ihrer Mütter «vom unverheirateten Stande» sowie Kopien ihrer Sri Lankischen Pässe zu den Akten gereicht. Aus den eingereichten Sri Lankischen Passkopien geht zwar hervor, dass der Nachname des Beschwerdeführers 1 «F.» und dessen Vorname «A.» bzw. der Nachname der Beschwerdeführerin 2 «BB.» und deren Vorname «B.» lautet. Dem widersprechen aber die von der Schweizerischen Botschaft in Sri Lanka beglaubigten Geburtsscheine. Darin heisst es ausdrücklich, dass der Beschwerdeführer 1 den Familiennamen «F.» und die Beschwerdeführerin 2 den Familiennamen «B.» trägt. Es stehen sich somit inhaltlich widersprüchliche ausländische Dokumente gegenüber. Selbst wenn man den erwähnten Dokumenten erhöhte Beweiskraft nach Art. 9 ZGB zugestehen wollte, würden sie sich gegenseitig aufheben. Aufgrund dieser Widersprüche bestehen aber ernsthafte Zweifel, dass der Familienname des Beschwerdeführers 1 «F.» und der Familienname der Beschwerdeführerin 2 «BB.» lautet, wie die Beschwerdeführer behaupten. Daran vermag nichts zu ändern, dass die Mutter des Beschwerdeführers 1 schriftlich bestätigt, dass AF. ihr Sohn sei, und die Mutter der Beschwerdeführerin 2 bestätigt, dass BBB. ihre Tochter sei. Bei diesen Dokumenten handelt es sich um keine offiziellen Dokumente der Republik Sri Lanka; sie wurden denn auch von der Schweizerischen Botschaft in Sri Lanka nicht beglaubigt. Haben die Beschwerdeführer aber den Nachweis nicht erbracht, dass die beanstandeten Eintragungen in den Zivilstandsregistern X. und Y. auf einem Fehler beruhen, kann ihr Berichtigungsgesuch nicht gutgeheissen werden.

Justizkommission, 15. Januar 2004

2. Familienrecht

Art. 175 ZGB – Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes, wenn beide Ehegatten in der ehelichen Wohnung bleiben. In einem solchen Fall kommt der subjektiven Komponente und der Erkennbarkeit des entsprechenden Trennungswillens zentrale Bedeutung zu (E. 1).

Art. 30c Abs. 5 BVG i.V.m. Art. 172 Abs. 3 ZGB – Zuständigkeit des Eheschutzrichters zur Erteilung der Zustimmung zum Vorbezug von Altersleistungen (E. 5).

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 175 ZGB ist ein Ehegatte berechtigt, den gemeinsamen Haushalt für solange aufzuheben, als seine Persönlichkeit, seine wirtschaftliche Sicherheit oder das Wohl der Familie durch das Zusammenleben ernstlich gefährdet ist. Einigen sich die Eheleute darüber, den gemeinsamen Haushalt aufzuheben, so ist es unerheblich, ob die Voraussetzungen zum Getrenntleben erfüllt sind (Bräm / Hasenböhler, Zürcher Kommentar, 3. A., Zürich 1997, N 8 ff. zu Art. 180 ZGB). Dies gilt ebenfalls, wenn die Parteien einen «unverrückbaren Trennungswillen» zum Ausdruck gebracht haben (vgl. dazu Entscheid des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 8.3.01, zit. in: AJP 9 / 2002, S. 1100, zweite Spalte; ZR 100 / 2001 Nr. 45; ZR 99 / 2000 Nr. 67; plädoyer 6 / 2001, S. 36).

1.1 Vorliegend ist unbestritten, dass der gemeinsame Haushalt der Parteien aufgehoben wurde und ein entsprechender Trennungswille bestand. Streitig ist hingegen der Zeitpunkt der Haushaltsaufhebung. Während die Gesuchstellerin annimmt, dies sei am 1. Dezember 2001 geschehen, geht der Gesuchsgegner vom 16. Februar 2004 aus.

1.2 Die Haushaltsgemeinschaft ist aufgelöst, wenn die Ehegatten «nicht mehr in einer umfassenden, körperlichen, geistig-seelischen und wirtschaftlichen Lebensgemeinschaft verbunden sind». Dem Beginn des Getrenntlebens liegt dabei stets ein subjektives und im Regelfall auch ein objektives Element zugrunde. Von einer Aufnahme des Getrenntlebens kann nur die Rede sein, wenn zumindest bei einem der Ehegatten der Getrenntlebenswille vorhanden ist. Führen Ehegatten eine mehr oder weniger räumlich getrennte Ehe, beginnt das Getrenntleben in jenem Zeitpunkt, in welchem sich zumindest ein Ehegatte in erkennbarer Weise entscheidet, die Lebensgemeinschaft aufgeben zu wollen. Die Parteien vollziehen das Getrenntleben in der Regel auch äusserlich wahrnehmbar, indem sie die eheliche Wohnung aufgeben bzw. zumindest eine Person auszieht. Dies ist jedoch nicht zwingend notwendig. Auch innerhalb der gleichen Wohnung kann das Getrenntleben aufgenommen werden (vgl. dazu auch Entscheid des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 20.2.01, zit. in: AJP 9 / 2002, S. 1100, erste Spalte: «Eine Trennung in der gleichen Wohnung wäre allenfalls dann möglich,

wenn die Eheleute eigene Lebensbereiche ausgeschieden hätten und sich keine Dienste mehr leisten würden, die noch als Restbestände eines Zusammenwirkens erscheinen.»). So ist es für reine Wohngemeinschaften z.B. charakteristisch, gemeinsam zu wohnen und die Haushaltsführung zu teilen, ohne dass die Parteien in einer umfassenden, körperlichen, geistig-seelischen Lebensgemeinschaft verbunden wären. In einem solchen Fall kommt daher der subjektiven Komponente und der Erkennbarkeit des entsprechenden Trennungswillens zentrale Bedeutung zu (vgl. zum Ganzen: Fankhauser, in: Schwenzer, Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basel/Genf/München 2000, N 13 ff. zu Art. 114 ZGB, mit Hinweisen).

Es ist unbestritten, dass der Gesuchsgegner auch nach dem 1. Dezember 2001 weiterhin in der Liegenschaft der Gesuchstellerin – nach Aussage der Gesuchstellerin im unteren Stock, während sie im oberen blieb – wohnte und diese Liegenschaft erst am 16. Februar 2001 verlassen hat. Damit kommt es massgeblich auf den «Getrenntlebenswillen» der Parteien und dessen Erkennbarkeit an. Der Gesuchsgegner führte dazu an der Parteibefragung aus, anlässlich seiner Wohnsitzverlegung nach Z. sei zwischen seiner Frau und ihm nie die Rede von Trennung gewesen. Die Wohnsitzverlegung sei erfolgt um allfälliges Gerede in der Gemeinde S. zu vermeiden, da er habe stempeln gehen müssen. Die Gesuchstellerin hat diese Aussage in der Folge nicht in Abrede gestellt. Da zudem nicht ersichtlich ist, dass «die Eheleute eigene Lebensbereiche ausgeschieden und sich keine Dienste mehr geleistet hätten, die noch als Restbestände eines Zusammenwirkens erscheinen», kann nicht auf eine Trennung vor dem 16. Februar 2004 geschlossen werden.

Demzufolge ist festzuhalten, dass der gemeinsame Haushalt der Parteien erst seit dem 16. Februar 2004 aufgehoben ist.

(...)

5. Der Gesuchsgegner beantragt schliesslich, es sei die richterliche Zustimmung zum Vorbezug von Freizügigkeitsguthaben zur Finanzierung von selbstbewohntem Wohneigentum zu erteilen, da die Gesuchstellerin ihre Zustimmung verweigere.

Gemäss Art. 30c Abs. 1 BVG kann der Versicherte bis drei Jahre vor Entstehung des Anspruchs auf Altersleistung von seiner Vorsorgeeinrichtung einen Betrag für Wohneigentum zum eigenen Bedarf geltend machen. Ist der Versicherte verheiratet, so ist der Bezug nur zulässig, wenn sein Ehegatte schriftlich zustimmt; kann er die Zustimmung nicht einholen oder wird sie ihm verweigert, so kann er das Gericht anrufen (Art. 30c Abs. 5 BVG). Da jedoch das Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) die Frage der richterlichen Zuständigkeit nicht regelt, ist vorerst darüber zu befinden.

5.1 Nach Art. 172 Abs. 3 ZGB kann das Eheschutzgericht die vom Gesetz vorgesehenen Massnahmen treffen. Unter diese fallen gemäss Lehre und Rechtsprechung auch Eheschutzmassnahmen im weiteren bzw. weitesten Sinne. Zu diesen gehören aber auch Fragen im Zusammenhang mit der Zustimmung zum Vorbezug von Altersleistungen (Bräm / Hasenböhler, a.a.O., N 32 ff. zu Art. 172 ZGB). Es geht nämlich darum, in einem raschen Verfahren einen Konflikt zwischen den Ehegatten zu lösen und ihre Interessen gegeneinander abzuwägen. Das Eheschutzgericht ist denn auch zuständig, wenn es um gewisse Geschäfte betreffend Familienwohnung geht (Art. 169 Abs. 2 ZGB; § 135 Abs. 2 Ziff. 6 ZPO). Es rechtfertigt sich daher, dem Eheschutzgericht als «sachzuständigem» Gericht – trotz fehlender zivilprozessualer Regelung – die Kompetenz zukommen zu lassen, um über den genannten Antrag des Gesuchsgegners zu befinden (vgl. zum Ganzen auch Entscheid des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 26.9.02, in: ZBJV 139 / 2003, S. 544 ff.; Leuenberger, in: Schwenzer, Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basel / Genf / München 2000, N 52 zu Art. 137 ZGB; Trachsel, Vortrag vom 18. November 2004 anlässlich der Tagung «Berufliche Vorsorge und Scheidung» der Stiftung juristische Weiterbildung Zürich, S. 37 f.).

5.2 Der Gesuchsgegner begründet seinen Antrag damit, dass ein Vorbezug von Altersleistungen für ihn von grossem Vorteil sei, weil deswegen der Hypothekarkredit tiefer gehalten werden könne und ihm weniger Schuldzinsen anfallen würden. Die Gesuchstellerin begründet ihre Weigerung, die Zustimmung zum Vorbezug zu erteilen damit, der Gesuchsgegner sei gar nicht auf dieses Geld angewiesen, weil er die Wohnung bereits finanziert habe.

Nach Art. 30c Abs. 1 BVG kann der Versicherte bis drei Jahre vor Entstehung des Anspruchs auf Altersleistung von seiner Vorsorgeeinrichtung einen Betrag für Wohneigentum zum eigenen Bedarf geltend machen. Andere Voraussetzungen zum Bezug werden nicht genannt. Es ist insbesondere nicht vorgesehen, dass nur dann Anspruch auf einen Vorbezug bestehe, wenn ansonsten die Mittel zur Finanzierung des Wohneigentums fehlen würden. Die anderweitige Finanzierbarkeit ist somit kein (triftiger) Grund, um die Zustimmung zu verweigern (Art. 30c Abs. 5 BVG).

Weitere Gründe für die Rechtfertigung ihrer Weigerung macht die Gesuchstellerin nicht geltend. Sie bringt insbesondere nicht vor, mit der Auszahlung in Höhe von CHF 110'000.– an den Gesuchsgegner würde der ihr gemäss Art. 122 ZGB zustehende Teil verletzt, ihre Altersvorsorge wäre nicht mehr gewährleistet oder der «Schutz» der Familie würde dem Vorbezug entgegenstehen. Fehlen aber derartige Gründe, so ist die Zustimmung zum Vorbezug zu erteilen. Der Gesuchstellerin erwächst nämlich kein – zumindest wurde keiner geltend gemacht – Nachteil, wenn dem Gesuchsgegner der ihm zustehende Anteil an seiner eigenen Vorsorge bereits zum jetzigen Zeitpunkt und nicht erst bei der Scheidung ausbezahlt wird (vgl. im

Zusammenhang mit Art. 5 FZG auch ZR 103/2004, Nr. 28, sowie den Entscheid des Kantonsgerichtes St. Gallen, a.a.O., S. 544 ff.).

5.3 Der Antrag des Gesuchsgegners ist somit gutzuheissen, und er ist zu ermächtigen, allein zu handeln (vgl. dazu Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, Bern 1999, N 64 zu Art. 169 ZGB; Bräm/Hasenböhler, a.a.O., N 77 zu Art. 169 ZGB). Er ist somit berechtigt, bei der B.d.G. die Auszahlung eines Betrages von CHF 110'000.– zur Finanzierung der Stockwerkseigentumswohnung in B. zu veranlassen.

(...)

Kantonsgerichtspräsidium Zug, 19. November 2004

3. Obligationenrecht

Art. 197 OR; Art. 201 Abs. 1 OR – Mit Bezug auf die Zusicherung von Eigenschaften wird zwar kein ausdrücklicher Verpflichtungswillen des Verkäufers verlangt, wohl aber eine (auch konkludente) Erklärung über Sacheigenschaften, die erkennbar für den Kaufentschluss des Käufers entscheidend war.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.1.1 Unter dem Oberbegriff des Sachmangels werden Fehler (körperliche oder rechtliche Mängel) und Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft zusammengefasst. Fehlerbegründend sind nicht nur Abweichungen von der gewöhnlich vorausgesetzten Beschaffenheit, sondern auch alle ungünstigen Abweichungen von der vertraglich vorausgesetzten Beschaffenheit. Der Verkäufer haftet für Mängel der Sache, welche ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern (Honsell, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 3. A., Basel/Genf/München 2003, N 2 zu Art. 197 OR). Die herrschende Lehre verlangt mit Bezug auf die Zusicherung von Eigenschaften zwar keinen ausdrücklichen Verpflichtungswillen des Verkäufers, wohl aber eine (auch konkludente) Erklärung über Sacheigenschaften, die erkennbar für den Kaufentschluss des Käufers entscheidend war. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich nach Treu und Glauben. Die Kausalität zwischen Zusicherung und Vertragsschluss zu den vereinbarten Bedingungen wird vermutet. Der Verkäufer muss also diese Vermutung widerlegen (Honsell, a.a.O., N 14 zu Art. 197 OR). Liegt eine Zusicherung vor, so kommt es auf die Erheblichkeit der Minderung des Wertes oder der Gebrauchstauglichkeit nicht an (Honsell, a.a.O., N 18 zu Art. 197 OR).

2.1.2 (...)

Der Kläger hat angenommen, dass eine original «Harley-Davidson» zum Verkauf stand, als X. von einer «Harley-Davidson» gesprochen hat. Die Parteien diskutierten jedoch nicht darüber, ob das Motorrad ausschliesslich aus Originalteilen der Marke «Harley-Davidson» besteht oder ob auch so genannte Zulieferprodukte verbaut worden sind. Es wurde sodann nicht nachgewiesen, dass X. gegenüber dem Kläger konkludent eine Erklärung mit Bezug auf die Echtheit des «Harley-Davidson»-Motorrads abgab, welche erkennbar für den Kaufentschluss des Klägers entscheidend war. Eine Zusicherung seitens der Beklagten betreffend die Eigenschaft «original» liegt dementsprechend nicht vor. Der Kläger verstand unter dem Vermerk «ab Platz ohne Garantie», dass er das Motorrad so kauft, wie es dort gestanden hat und dass er die Beklagte für allfällige Mängel nicht belangen kann. Es steht somit fest, dass einerseits keine Eigenschaften zugesichert wurden und anderseits die von der klägerischen Seite geltend gemachten diversen Män-

gel vom Haftungsausschluss «ab Platz ohne Garantie» gedeckt sind. Gestützt auf Art. 197 Abs. 1 OR haftet die Beklagte dem Kläger gegenüber somit nicht für Mängel.

(...)

Kantonsgericht Zug, 1. April 2004; zur Zeit der Drucklegung nicht rechtskräftig

Art. 259d und e OR – Herabzusetzen ist der vertraglich geschuldete Nettomietzins im prozentual ermittelten Umfang. Für das Entstehen des Schadenersatzanspruches wird gefordert, dass dem Mieter durch ein vertragswidriges, schuldhaftes Verhalten des Vermieters ein Schaden entstanden ist.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.1 Wird die Tauglichkeit der Sache zum vorausgesetzten Gebrauch beeinträchtigt oder vermindert, so kann der Mieter vom Vermieter verlangen, dass er den Mietzins vom Zeitpunkt, in dem er vom Mangel erfahren hat, bis zur Behebung des Mangels entsprechend herabsetzt (Art. 259 d OR). Die Bestimmung des Umfanges der Herabsetzung erfolgt anhand der relativen (verhältnismässigen) Methode. Der aktuelle mangelhafte Zustand der Sache wird mit dem vertragsgemässen, mängelfreien Zustand der Mietsache verglichen. Herabzusetzen ist grundsätzlich der vertraglich geschuldete Nettomietzins im prozentual ermittelten Umfang. Aufgrund des von Art. 259 d OR verfolgten Zweckes ist es ausgeschlossen, über die Herabsetzung des Mietzinses Schaden ausgleichen zu wollen. Hiefür ist Art. 259 e OR geschaffen worden, welcher im Gegensatz zu Art. 259 d OR ein Verschulden des Vermieters vermutungsweise voraussetzt (Higi, Zürcher Kommentar, 3. A., Zürich 1994, N 11 ff. zu Art. 259 d OR; Weber, Basler Kommentar, 3. A., Basel/Genf/München 2003, N 2 ff. zu Art. 259 d OR).

Im vorliegenden Fall verlangte der Kläger sinngemäss unter diesem Titel eine Mietzinsreduktion von CHF 670.–. Gemäss Vertrag dauerte die Miete vom 22. August bis 5. September 2003, mithin vierzehn Tage. Während vier Tagen, nämlich vom 1. bis 4. September 2003 konnte das Wohnmobil für den vom Kläger vorgesehenen Zweck, nämlich mit dem Fahrzeug eine Rundreise zu unternehmen, zu 100% nicht verwendet werden. Daran ändert nichts, dass das Fahrzeug weiterhin zum Wohnen benutzt werden konnte.

Es rechtfertigt sich daher, den Nettomietzins von CHF 1'875.– um 4/14, d.h. um CHF 535.– herabzusetzen.

2.2 Hat der Mieter durch den Mangel Schaden erlitten, so muss ihm der Vermieter dafür Ersatz leisten, wenn er nicht beweist, dass ihn kein Verschulden trifft (Art. 259 e OR). Die allgemeinen Voraussetzungen des Schadenersatzanspruches im Sinne von Art. 259 e OR entsprechen den Voraussetzungen des Art. 97 Abs. 1 OR. Art. 259 e OR ist somit keine lex specialis zu Art. 97 Abs. 1 OR, sondern ein Anwendungsfall dieser Grundregel. Gefordert wird vom Gesetz demnach für das Entstehen des Schadenersatzanspruches, dass dem Mieter durch ein vertragswidriges, schuldhaftes Verhalten des Vermieters ein Schaden entstanden ist. Diese Voraussetzungen müssen insgesamt erfüllt sein, damit der Schadenersatzanspruch entsteht. Der Schadensbegriff kann als jede vom Mieter unfreiwillig erlittene Vermögensverminderung umschrieben werden. Keinen Schaden im Sinne von Art. 259 e OR stellt, weil keine Vermögensverminderung vorliegt, der so genannte Frustrationsschaden dar (Higi, a.a.O., N 5 ff. zu Art. 259 e OR). Der Kläger kann demnach für entgangenen Feriengenuss keinen Schadenersatz geltend machen. In Frage käme höchstens eine Genugtuung nach Art. 49 OR (BGE 115 II 481 ff.; vgl. auch BGE 126 III 388 ff.; Wiegand, Basler Kommentar, a.a.O., N 38 zu Art. 97 OR; ZBJV 138 [2002] S. 338 ff.; Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. A., Bern 2003, S. 71 ff.; Gauch / Schluep / Schmid / Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, allg. Teil, 8. A., Zürich 2003, S. 105 f.).

Im vorliegenden Fall machte der Kläger für entgangenen Feriengenuss (fünf Urlaubstage) einen Schaden von CHF 1'000.– und CHF 15.– für Telefonkosten geltend. Die Beklagte bestritt insbesondere ein Verschulden ihrerseits bezüglich eines allfälligen Schadens. Nach unbestrittener Darstellung des Klägers nahm dieser die aussergewöhnlichen Geräusche beim Bremsen erst nach mehreren Tagen wahr, als er mit dem Fahrzeug rund 1'000 km zurückgelegt hatte. Der Schaden an den Bremsen wäre demnach auch nicht leichthin feststellbar gewesen, wenn die Beklagte mit dem Fahrzeug vor dessen Übergabe an den Kläger eine Probefahrt gemacht hätte. Der von der Beklagten in Auftrag gegebenen Privatexpertise kann entnommen werden, dass aufgrund des Schadensbildes ein Fehler an der rechten Bremsvorrichtung vorhanden gewesen sein müsse. Die ungleichmässige Abnützung der vorderen linken Bremsbelege sei äusserst ungewöhnlich, weil Standschäden bei diesem sich häufig in Betrieb befindenden Fahrzeug ausgeschlossen werden könnten. Auch diese Beurteilung lässt den Schluss zu, dass die Autopanne nicht auf eine ungenügende Wartung des Fahrzeuges zurückgeführt werden kann. Fehlt es mithin an einem Verschulden seitens der Beklagten, so ist der klägerischen Schadenersatzforderung die Grundlage entzogen.

(...)

Kantonsgerichtspräsidium Zug, 21. Oktober 2004

Art. 398 OR – Trifft der Beauftragte bei Fälligkeit seiner Tätigkeitspflicht keine Anstalten zur Herbeiführung des angestrebten Erfolgs, begeht er eine Vertragsverletzung. Der Auftraggeber ist berechtigt – wenn er dies unverzüglich erklärt – auf die Leistung zu verzichten und vom Vertrag zurückzutreten.

Aus den Erwägungen:

(...)

4. Der Beauftragte ist verpflichtet, den Auftrag vertragsgemäss zu besorgen, solange er ihn nicht kündigt. Trifft er bei Fälligkeit seiner Tätigkeitspflicht keine Anstalten zur Herbeiführung des anzustrebenden Erfolgs, begeht er eine Vertragsverletzung. Ist die vom Beauftragten geschuldete Leistung in Teilleistungen eingeteilt und sind für die einzelnen Teilleistungen Verfalltage vereinbart, so kommt der Beauftragte ohne weiteres in Verzug, wenn er eine geschuldete Teilleistung bis zum jeweiligen Verfalltag nicht erbringt (Fellmann, Berner Kommentar, Bern 1992, N 277 f. zu Art. 398 OR; Derendinger, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrags, Freiburg 1988, N 160). Kommt der Beauftragte mit der Erfüllung des Auftrags in Verzug, so ist der Auftraggeber gemäss Art. 107 Abs. 2 OR berechtigt – wenn er dies unverzüglich erklärt – auf die Leistung zu verzichten und vom Vertrag zurückzutreten (Fellmann, a.a.O., N 295 ff. zu Art. 398 OR). Innert welcher Frist eine Vertragspartei ihren Rücktritt rechtsgültig erklären kann bzw. welche Frist im Einzelfall als «unverzüglich» im Sinne des Gesetzes gilt, bestimmt sich nach den gegenseitigen Parteiinteressen. Der kündigenden Partei ist auf jeden Fall eine vernünftige Überlegungs- und Entscheidungszeit einzuräumen (Weber, Berner Kommentar, Bern 2000, N 145 zu Art. 107 OR). Tritt der Auftraggeber vom Vertrag zurück, so kann er das Geleistete zurückverlangen (Art. 109 Abs. 1 OR). Das Vertragsverhältnis wandelt sich in ein Liquidationsverhältnis, welches die Parteien verpflichtet, die erbrachten Leistungen rückabzuwickeln (Wiegand, Basler Kommentar, Basel 2003, N 4 zu Art. 109 OR; Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Bern 2000, N 66.33).

5. Vorliegend wurde im schriftlichen Ausbildungsvertrag betreffend Leistungszeitpunkt einzig festgehalten, dass der Computerkurs im April 2004 beginnen soll. Jedoch vereinbarten die Kursteilnehmer mit der Kursleiterin am ersten Kursabend, welcher am 28. April 2004 stattfand, die weiteren Termine und bestätigten diese mit ihrer Unterschrift. Dadurch wurde der zwischen dem Kläger und der Beklagten abgeschlossene Ausbildungsvertrag vom 23. März 2004 ergänzt und die Verfalltage für die einzelnen Teilleistungen für beide Parteien verbindlich festgelegt.

Gemäss Ziffer 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) behielt sich die Beklagte vor, Klassen mit zu kleinen Teilnehmerzahlen zeitlich und örtlich zu verschieben oder zusammenzulegen. Aus besagter Ziffer geht je-

doch nicht klar hervor, ob die Beklagte Kursdaten nur vor oder auch nach Kursbeginn einseitig verschieben darf. Wie der Kläger an der Hauptverhandlung treffend ausführte, hat die Beklagte lediglich vor Beginn eines Kurses ein schützenswertes Interesse, den Kurs einseitig zeitlich zu verschieben. Zu diesem Zeitpunkt weiss sie nämlich in der Regel noch nicht, ob für den jeweiligen Kurs genügend Anmeldungen eingehen werden. Stellt sie fest, dass dies bei einem Kurs nicht der Fall ist, muss sie den Kurs vor Kursbeginn verschieben und darf diesen gar nicht erst beginnen. Der Kläger durfte nach Treu und Glauben Ziffer 3 ABG so auslegen, dass die Beklagte lediglich bis zum Kursbeginn berechtigt war, den Kurs ohne Zustimmung der Teilnehmer zu verschieben. Hätte sich die Beklagte das Recht zur Verschiebung des Kurses auch nach Kursbeginn vorbehalten wollen, so hätte sie dies ausdrücklich in den AGB festhalten müssen. Nach der so genannten Unklarheitsregel sind nämlich Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, deren Auslegung nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führt, zugunsten des Kunden und gegen den Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auszulegen (BGE 122 III 155, 158 f.). Folglich ist Ziffer 3 AGB aufgrund der Unklarheitsregel so auszulegen, dass die Beklagte Kursdaten nur bis zum Beginn eines Kurses einseitig verschieben darf.

Da die Beklagte zur einseitigen Abänderung der vereinbarten Kursdaten nicht berechtigt war, geriet sie im Zeitpunkt des Kursabbruchs am 3. Mai 2004 ohne weiteres in Verzug (Art. 108 Ziff. 3 OR). Dem Kläger stand es somit frei, vom Vertrag zurückzutreten (Art. 107 Abs. 2 OR). Indem der Kläger der Beklagten mit Brief vom 11. Mai 2004 mitteilte, dass der abgeschlossene Vertrag «jegliche Gültigkeit» verliere, machte er implizit seinen Rücktritt vom Vertrag geltend.

Aufgrund des Rücktritts des Klägers wird der Vertrag in ein Liquidationsverhältnis umgewandelt. Die Parteien haben somit die erhaltenen Leistungen zurückzugeben. Vorliegend ist dem Kläger das Kursgeld von CHF 2'690.– rückzuerstatten. Die von der Beklagten erbrachte Dienstleistung kann faktisch nicht rückerstattet werden. Aufgrund des Umstandes, dass der eine abgehaltene Kursabend für den Kläger praktisch ohne Wert war, kann der Kläger nicht verpflichtet werden, das Kursgeld für einen Kursabend zu übernehmen.

(...)

Kantonsgerichtspräsidium Zug, 22. November 2004

Art. 699 Abs. 3 und 4 OR – Das Begehren um Einberufung einer Generalversammlung ist nur rechtsgültig, wenn gleichzeitig mindestens ein Verhandlungsgegenstand (Traktandum) und ein damit verbundener konkreter Antrag in Schriftform dem Verwaltungsrat zugestellt wird.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Die Einberufung einer Generalversammlung kann von einem oder mehreren Aktionären verlangt werden, die zusammen mindestens 10 Prozent des Aktienkapitals vertreten. Einberufung und Traktandierung werden schriftlich unter Angabe des Verhandlungsgegenstandes und der Anträge anbegehrt (Art. 699 Abs. 3 OR). Entspricht der Verwaltungsrat diesem Begehren nicht binnen angemessener Frist, so hat der Richter auf Antrag der Gesuchsteller die Einberufung anzuordnen (Art. 699 Abs. 4 OR). Die angemessene Frist gemäss Art. 699 Abs. 4 OR ist anhand der konkreten Umstände zu bestimmen; massgebend sind vor allem der Verhandlungsgegenstand der Generalversammlung, die Grösse und die Organisation der Gesellschaft sowie der Zeitaufwand der Vorbereitung der Generalversammlung. Zur Vorbereitung einer ordentlichen Generalversammlung werden in der Regel vier bis sechs Wochen benötigt. Bei der Beurteilung des Gesuches hat das Gericht lediglich zu prüfen, ob die Antragsteller Aktionäre sind, die formellen Voraussetzungen von Art. 699 Abs. 3 Satz 1 OR erfüllt sind und tatsächlich ein Begehren an den Verwaltungsrat gestellt wurde, dem innert angemessener Frist nicht entsprochen wurde. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes (BGE 102 I a 210) hat der Antragsteller seine Aktionärseigenschaft nicht zu beweisen, sondern lediglich glaubhaft zu machen. Das Begehren um Einberufung einer Generalversammlung ist nur rechtsgültig, wenn gleichzeitig mindestens ein Verhandlungsgegenstand (Traktandum) und ein damit verbundener konkreter Antrag in Schriftform dem Verwaltungsrat zugestellt wird (Dubs/Truffer, Basler Kommentar, 2. A., Basel/Genf/München 2002, N 14 ff. zu Art. 699 OR). Zur Vermeidung nutzloser Verhandlungen ist zu fordern, dass der verlangte Verhandlungsgegenstand Grundlage eines inhaltlich möglichen und rechtlich zulässigen Generalversammlungsbeschlusses sein kann; dies impliziert allerdings nur, dass unter dem verlangten Traktandum überhaupt ein zulässiger Generalversammlungsbeschluss gefasst werden kann; denn der gestellte Antrag bindet die Generalversammlung nicht. Ist er unzulässig, kann er noch an der Generalversammlung im Rahmen des Traktandums durch einen zulässigen ersetzt werden. Fehlt jedoch der Verhandlungsgegenstand oder der Antrag, ist das Begehren ungültig (Dubs/Truffer, a.a.O., N 27 zu Art. 699 OR).

(...)

5. Schliesslich bleibt zu prüfen, ob der Gesuchsteller in seinem Schreiben vom 2. Juni 2004 die zu behandelnden Traktanden rechtsgenüglich bezeichnet und konkrete Anträge gestellt hat.

Das erste Traktandum wurde wie folgt umschrieben: «Finanzielle Situation der F. AG per Datum der ausserordentlichen Generalversammlung». Dieses Traktandum ist zuwenig konkretisiert. Insbesondere ist nicht ersichtlich, worüber die Generalversammlung Beschluss fassen soll. Zudem fehlen schriftliche Anträge. Solche lassen sich auch nicht mit genügender Bestimmtheit implizit aus dem Verhandlungsgegenstand ableiten. Dieses Begehren des Gesuchstellers ist mithin nicht rechtskonform. Dieselben Überlegungen gelten auch für die Traktanden 3, 4 und 5. Das Traktandum 2 «Jahresrechnung 2003» ist insofern klar, als der Gesuchsteller diese Jahresrechnung erstellt haben möchte. Konkrete Anträge werden aber auch diesbezüglich nicht gestellt. Zudem liegt eine revidierte Jahresrechnung 2003 offenbar bis heute nicht vor, weshalb darüber ohnehin nicht Beschluss gefasst werden könnte. Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass im Schreiben des Gesuchstellers vom 2. Juni 2004 die Verhandlungsgegenstände (Traktanden) und die damit verbundenen Anträge nicht in rechtsgenüglicher Form enthalten sind. Dies führt zur Abweisung des Gesuches.

Kantonsgerichtspräsidium Zug, 25. Oktober 2004

Art. 725 Abs. 2 OR. – Bei einer Überschuldung der Aktiengesellschaft ist der Verwaltungsrat grundsätzlich zur sofortigen Benachrichtigung des Richters verpflichtet. Der Verwaltungsrat handelt jedoch nicht schuldhaft, wenn er statt dessen unverzüglich saniert und konkrete Aussicht besteht, dass die Überschuldung beziehungsweise die Zahlungsunfähigkeit innerhalb von 60 Tagen seit Erstellung der Zwischenbilanzen beziehungsweise seit Feststellung der Zahlungsunfähigkeit behoben wird.

Aus den Erwägungen:

Die Beklagten stellen sich auf den Standpunkt, aufgrund der von ihnen getroffenen Sanierungsmassnahmen hätten sie von einer Benachrichtigung des Richters absehen dürfen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können bei einer Überschuldung der Aktiengesellschaft konkrete Aussichten auf eine Sanierung rechtfertigen, von einer sofortigen Benachrichtigung des Richters gemäss Art. 725 Abs. 2 OR abzusehen, sofern die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht durch eine neuerliche Verschlechterung der

finanziellen Lage gefährdet werden. Die Verwaltung handelt nicht schuldhaft, wenn sie unverzüglich saniert, statt sich an den Richter zu wenden, und in einer schwierigen Lage tut, was vernünftigerweise von einem Unternehmer erwartet werden darf. Mithin müssen die Voraussetzungen für einen Konkursaufschub gemäss Art. 725a OR gegeben sein, da die Gläubiger nicht schlechter gestellt werden dürfen als wenn der Richter benachrichtigt würde. Es muss demnach die dauerhafte finanzielle Gesundung der Gesellschaft erwartet und deren Ertragskraft wieder hergestellt werden können (Urteil des Bundesgerichts 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001 E. 4b, mit Verweis auf BGE 116 II 533 E. 5a S. 540 f. und weiteren Hinweisen). Zu beachten ist, dass der Verwaltungsrat für die Ergreifung von Massnahmen nicht unbeschränkt viel Zeit hat. Das Bundesgericht geht davon aus, dass in Anlehnung an den Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision vom 29. Juni 1998 die Sanierung innert einer Frist von maximal 60 Tagen zu erwirken ist (Urteil des Bundesgerichts 4C.117/1999 vom 16. November 1999, besprochen von Thierry Luterbacher, Ein wegweisendes Bundesgerichts-Urteil zur Verantwortlichkeit der Revisionsstelle, in: Schweizer Treuhänder 2000, S. 1267 ff.; vgl. auch Glanzmann, Die Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung in finanziellen Krisensituationen, in: Roberto (Hrsg.), Sanierung der AG, 2. A., Zürich 2003, S. 70 f.).

Vorliegend hatte der Verwaltungsrat spätestens am 14. Juni 1995 Kenntnis oder war jedenfalls aufgrund begründeter Besorgnis verpflichtet, die Überschuldung festzustellen und Sanierungsmassnahmen zu ergreifen. Soweit die Beklagten geltend machen, verschiedene Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft ergriffen zu haben, so sind diese nur relevant, wenn sie innerhalb von 60 Tagen, spätestens also bis Mitte August 1995, ergriffen worden sind. Es ist deshalb den Ausführungen der Vorinstanz beizupflichten, wonach diejenigen Massnahmen nicht mehr zu berücksichtigen sind, welche die Beklagten nach ihrer Darstellung erst Ende 1995 oder später ergriffen haben.

Zivilrechtliche Abteilung des Obergerichts, 22. Juni 2004

III. Schuldbetreibung und Konkurs

Art. 53 SchKG. – Erfolgte die Sitzverlegung der Schuldnerin – wie im konkreten Fall – bevor ihr der Konkurs angedroht wurde, kann die Betreibung am neuen Betreibungsort ohne Einleitungsverfahren fortgesetzt werden. Wurden seit der Beseitigung des Rechtsvorschlages Teilzahlungen auf die Betreibungsforderung geleistet, ändert das nichts daran, dass die Betreibung für den Restbetrag ohne weiteres fortgesetzt werden kann.

Sachverhalt:

Am 10. Februar 2004 stellte das Betreibungsamt X. auf entsprechendes Begehren der U. AG der H. GmbH den Zahlungsbefehl in der Betreibung Nr. ... über total CHF 21'425.85 nebst Zins zu. Die Schuldnerin erhob dagegen am selben Tag Rechtsvorschlag. Am 6. Mai 2004 schlossen die Parteien vor dem Friedensrichteramt X. einen Vergleich, wonach die Schuldnerin die Forderung von CHF 21'425.85 zuzüglich Zins von CHF 2'574.15 anerkannte und den Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. ... zurückzog. Des weiteren vereinbarten sie, dass der Schuldbetrag von CHF 24'000.– in drei Monatsraten à CHF 8'000.– zu bezahlen sei, erstmals Ende Mai 2004, sodann Ende Juni 2004 und letztmals Ende Juli 2004, wobei das Ausbleiben einer Rate die sofortige Fälligkeit des gesamten Restbetrages zur Folge haben sollte. Am 16. August 2004 stellte die U. AG beim Betreibungsamt Y., in dessen Kreis die Schuldnerin mittlerweile ihren Sitz verlegt hatte, unter Beilage des Gläubigerdoppels des Zahlungsbefehls Nr. ... des Betreibungsamtes X. sowie des Vergleichs vor dem Friedensrichteramt X. vom 6. Mai 2004 das Fortsetzungsbegehren für CHF 21'425.85 abzüglich Zahlung CHF 7'141.95 vom 21. Juni 2004 und für CHF 2'574.15 Zins sowie für die Betreibungskosten von CHF 100.–. Gestützt darauf erliess das Betreibungsamt Y. am 17. August 2004 (Zustellung am 25. August 2004) unter der neuen Betreibungs-Nr. ... gegen die H. GmbH die Konkursandrohung für CHF 21'425.85 und den Zinsbetrag von CHF 2'574.15 zuzüglich der bisherigen Betreibungskosten von CHF 200.–. Teilzahlungen wurden keine vermerkt. Dagegen führt die H. GmbH (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 2. September 2004 innert Frist Beschwerde bei der Justizkommission des Obergerichts als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs mit dem Antrag: «Die Androhung sei als ungültig zu erklären unter Mitteilung an den Gläubiger und Schuldner und unter Übernahme der Kosten durch den Staat.»

Aus den Erwägungen:

3. Die Beschwerdeführerin macht geltend, der vor dem Friedensrichteramt X. geschlossene Vergleich vom 6. Mai 2004 genüge nicht «als Ausgangslage für die Ausstellung» der Konkursandrohung. Aufgrund der Formulierung des Vergleiches müsse gemäss SchKG eine neue Betreibung eingeleitet werden, da zwischenzeitlich Teilabzahlungen erfolgt seien. Sodann ent-

sprächen die Beträge in der Konkursandrohung... nicht den Tatsachen wegen den erfolgten Teilabzahlungen; die geforderten Beträge seien alle massiv zu hoch.

a) Zutreffend ist, dass in der angefochtenen Konkursandrohung versehentlich die im Fortsetzungsbegehren angegebene Teilzahlung nicht berücksichtigt wurde und diese insofern fehlerhaft ist. Das Betreibungsamt Y. hat dieses Versehen indes bereits mit Schreiben vom 27. August 2004 (offenbar aufgrund eines telefonischen Hinweises der Gläubigerin) festgestellt und dementsprechend korrigiert. Soweit die Beschwerdeführerin allerdings von «Teilabzahlungen» (in der Mehrzahl) spricht, hat sie solche nicht nachgewiesen. Die Gläubigerin hält in ihrer Stellungnahme vom 14. September 2004 zur vorliegenden Beschwerde aber ausdrücklich fest, dass lediglich eine Ratenzahlung erfolgt sei, nämlich diejenige vom 21. Juni 2004 über CHF 7'141.95. Nachdem nun aber die Konkursandrohung diesbezüglich bereits berichtigt wurde, ist eine neuerliche Zustellung der Konkursandrohung nicht angezeigt. Der Beschwerdeführerin entstehen dadurch keinerlei Nachteile. Die Beschwerde erweist sich deshalb unter diesem Gesichtspunkt offensichtlich als unbegründet.

b) Soweit die Beschwerdeführerin der Auffassung ist, der Vergleich genüge zur Ausstellung der Konkursandrohung nicht, es müsse eine neue Betreibung eingeleitet werden, weil mittlerweile Teilzahlungen geleistet worden seien, ist dies rechtsirrtümlich. Die Betreibung Nr. ... des Betreibungsamtes X. kann am neuen Betreibungsort fortgesetzt werden, wenn der entsprechende Zahlungsbefehl rechtskräftig geworden ist, d.h. wenn der dagegen erhobene Rechtsvorschlag endgültig beseitigt worden ist. Verändert der Schuldner seinen Wohnsitz (bzw. die juristische Person ihren Sitz [BGE 68 III 149]), nachdem ihm die Pfändung angekündigt oder nachdem ihm die Konkursandrohung oder der Zahlungsbefehl zur Wechselbetreibung zugestellt worden ist, so wird gemäss Art. 53 SchKG die Betreibung am bisherigen Ort fortgesetzt. Daraus ergibt sich e contrario, dass während des Einleitungsverfahrens (mit Einschluss des Rechtsöffnungsverfahrens) der allgemeine Betreibungsort veränderlich ist (BGE 112 III 11 E.2, 115 III 30 E.2). Erfolgte mithin die Sitzverlegung der Schuldnerin – wie hier – bevor ihr der Konkurs angedroht wurde, kann die Betreibung am neuen Betreibungsort ohne Einleitungsverfahren fortgesetzt werden. Der Gläubiger hat diesfalls sein Exemplar des Zahlungsbefehls am neuen Ort vorzulegen. Wurde gegen den Zahlungsbefehl Rechtsvorschlag erhoben, hat er überdies nachzuweisen, dass dieser endgültig beseitigt wurde. Wurden seit der Beseitigung des Rechtsvorschlages Teilzahlungen auf die Betreibungsforderung geleistet, ändert das selbstverständlich nichts daran, dass die Betreibung für den Restbetrag ohne weiteres fortgesetzt werden kann. Im vorliegenden Fall zog die Beschwerdeführerin ihren Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. ... im Rahmen des vor dem Friedensrichteramt X. am 6. Mai 2004 geschlossenen Ver-

gleichs vorbehaltlos zurück. Damit liegt der vom Betreibungsamt Y. ausgestellten Konkursandrohung ein rechtskräftiger Zahlungsbefehl zugrunde. Die Konkursandrohung ist demnach auch unter diesem Gesichtswinkel nicht zu beanstanden.

Justizkommission als AB SchKG, 18. Oktober 2004

Art. 67 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 68 SchKG, Art. 102 Abs. 1 und 2, 104 Abs. 1 OR. – Liegt ein Mahngeschäft i. S. von Art. 102 Abs. 1 OR vor und ist eine Mahnung nicht nachgewiesen, wird nach konstanter Rechtsprechung der Zahlungsbefehl als verzugsauslösende Mahnung qualifiziert (Erw. 3a). Für Betreibungskosten wird keine Rechtsöffnung erteilt (Erw. 3b).

Aus den Erwägungen:

3. a) Ist der Schuldner mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug, so hat er gemäss Art. 104 Abs. 1 OR Verzugszinse zu fünf vom Hundert für das Jahr zu bezahlen, selbst wenn die vertragsmässigen Zinse weniger betragen. Die Verzugszinspflicht setzt mithin den Verzug des Schuldners voraus. Nach Art. 102 Abs. 1 OR wird der Schuldner grundsätzlich nur durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt, wenn eine Verbindlichkeit fällig ist. Wurde für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet, oder ergibt sich ein solcher infolge einer vorbehaltenen und gehörig vorgenommenen Kündigung, so kommt der Schuldner gemäss Abs. 2 von Art. 102 OR ausnahmsweise schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug. Ein Verfalltag in diesem Sinne liegt vor, wenn der Zeitpunkt, zu dem der Schuldner die Erfüllung vornehmen muss (Verfallzeit), kalendermässig bestimmt oder zumindest bestimmbar ist. Der Schuldner muss im Moment des Vertragsabschlusses mit Bestimmtheit wissen, an welchem Tag bzw. bis zu welchem Tag er zu leisten hat. Ein Verfalltag ist nicht ausreichend bestimmt, wenn er abhängig ist vom Eintritt eines zukünftigen, zeitlich ungewissen Ereignisses, selbst wenn das ungewisse Ereignis vom Willen des Schuldners abhängt (Weber, Berner Kommentar, Bern 2000, N 110, 113 f. zu Art. 102 OR).

Gemäss der von der Beschwerdegegnerin unterzeichneten Auftragsbestätigung wurde «Zahlung: 30 Tage netto» vereinbart. Daraus wird nicht ohne weiteres klar, wann die 30-tägige Frist in Gang gesetzt wird; ist es der Zeitpunkt der Rechnungsstellung oder derjenige der Lieferung? Falls die Rechnungsstellung der massgebliche Ausgangspunkt für die Fristberechnung sein soll, ist die Frist offenkundig zu wenig bestimmt, würde sie doch

von der ungewissen Rechnungsstellung durch die Beschwerdeführerin abhangen. Sollte aber die Lieferung für die Zahlungsfrist massgeblich sein, wäre diese ebenfalls zu unbestimmt. Unter der Rubrik «Lieferzeit» findet sich nämlich folgende Abrede: «Abruf innert ca. 4 Monaten(;) 1. Abruf: 5 Stk. Ende Januar/anfangs Februar 2002». Damit erscheint aber die Zahlungsfrist von 30 Tagen ebenfalls nicht als genügend bestimmt. Abgesehen davon würde sich im vorliegenden Fall auch sofort die Frage stellen, ob als Anknüpfungspunkt für die Zahlungsfrist eine allfällige Teillieferung (welche?) oder die Rest- bzw. Gesamtlieferung gemeint sei. Die Zahlungsfrist stellt sich im vorliegenden Fall allenfalls als Fälligkeitstermin dar; es handelt sich also um ein Mahngeschäft. Um den (Zahlungs)-Verzug der Beschwerdegegnerin auszulösen, ist mithin eine Mahnung notwendig. Nachdem die Beschwerdeführerin eine solche nicht nachgewiesen hat, ist nach konstanter Rechtsprechung der Zahlungsbefehl als verzugsauslösende Mahnung zu qualifizieren. Die Beschwerde erweist sich daher in diesem Punkt als unbegründet.

b) Soweit die Beschwerdeführerin bemängelt, dass für die Zahlungsbefehlskosten keine Rechtsöffnung erteilt wurde, ist sie darauf hinzuweisen, dass dies auch nicht notwendig ist. Nach Art. 68 Abs. 1 SchKG trägt der Schuldner die vom Gläubiger vorzuschiessenden Betreibungskosten. Der Gläubiger ist aber berechtigt, von den Zahlungen des Schuldners die Betreibungskosten vorab zu erheben (Art. 68 Abs. 2 SchKG). Wird ihm also Rechtsöffnung für die Betreibungsforderung erteilt, kann er von der Zahlung (bzw. vom allfälligen Verwertungserlös) die Betreibungskosten abziehen und für den dadurch allenfalls entstehenden Fehlbetrag der Forderung die Betreibung ohne weiteres fortsetzen. Nach konstanter zugerischer Praxis wird deshalb für die Betreibungskosten keine Rechtsöffnung erteilt. Die Beschwerde erweist sich daher auch in diesem Punkte als unbegründet.

Justizkommission, 27. Oktober 2004

Art. 80 SchKG, Art. 47 OG, § 62 ZPO, Art. 120 ff. OR. – Bei Trennung von Haupt- und Widerklage ist bei verrechenbaren Ansprüchen die Vollstreckbarkeit des zuerst gefällten Urteils aufzuschieben bis über den anderen Anspruch ebenfalls entschieden worden ist.

Aus den Erwägungen:

2. a) Beruht die Forderung auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil, so kann der Gläubiger beim Richter die Aufhebung des Rechtsvorschlags (definitive Rechtsöffnung) verlangen (Art. 80 Abs. 1 SchKG).

b) Das Bundesgericht trat auf die Berufung des Beschwerdeführers ein, hiess diese teilweise gut und hob das Urteil des Obergerichts vom 15. Juli 2003 auf, soweit damit die Widerklage abgewiesen worden war. Mit Bezug auf die Hauptklage wies das Bundesgericht die Berufung des Beschwerdeführers somit ab und bestätigte das Urteil des Obergerichts im Klagepunkt, auch wenn es dies nicht ausdrücklich ausführte. Die eidgenössische Berufung ist ein ordentliches Rechtsmittel mit Devolutiv- und Suspensivwirkung. Wenn auf sie einzutreten ist und das Bundesgericht in der Sache entscheidet, ersetzt sein Urteil jenes des kantonalen Richters. Das gilt selbst bei Abweisung der Berufung: diesfalls wird denn auch beigefügt, das angefochtene Urteil werde bestätigt (Georg Messmer / Hermann Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, Ziff. 126 mit Hinweisen). Nachdem das bundesgerichtliche Urteil das Urteil des Obergerichts mit Bezug auf den Klagepunkt ersetzt hat, stellt diesbezüglich sein Urteil vom 9. Januar 2004 den Rechtsöffnungstitel dar.

c) Sowohl das Bundesrechtspflegegesetz (Art. 47 OG) als auch die zugerische Zivilprozessordnung (§ 62 ZPO) kennen das Institut der Widerklage. Die Frage, ob Haupt- und Widerklage getrennt und in unterschiedlichen Verfahren beurteilt werden können, beantworten diese Gesetze aber nicht. Ebenso kann dem Bundesgesetz über den Zivilprozess (BZPO), welches nach Art. 40 OG zur Anwendung gelangt, wenn das OG keine besonderen Bestimmungen über das Verfahren enthält, etwas entnommen werden. Dennoch muss eine solche Trennung aus verfahrensökonomischen Gründen zulässig sein. Dadurch besteht aber die Gefahr, dass jene Partei, deren Klage später als die der andern erledigt wird, der Möglichkeit der Verrechnung verlustig gehen kann. Um dies zu verhindern, bestimmen verschiedene kantonale Prozessordnungen, dass bei verrechenbaren Ansprüchen die Vollstreckbarkeit des zuerst gefällten Urteils aufzuschieben oder andere Vorbehalte anzubringen sind (Art. 171 Abs. 2 ZPO BE, Art. 135 Abs. 1 ZPO FR, Art. 174 Abs. 2 ZPO TI, Art. 169 Abs. 2 ZPO JU; vgl. ferner Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. A., Bern 2001, Kap. 7 N 66; Hans Ulrich Walder-Richli, Zivilprozessrecht, 4. A., Zürich 1996, Anm. 13 zu § 11 N 7; Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 218). Zu prüfen ist daher, ob ein derartiger Vollstreckungsvorbehalt auch gilt, wenn sich weder das Gesetz noch das Urteil darüber auslassen.

d) Gemäss Art. 124 Abs. 2 OR wird nach Abgabe der Verrechnungserklärung angenommen, Forderung und Gegenforderung seien, soweit sie sich ausgleichen, schon im Zeitpunkte getilgt worden, in dem sie zur Verrechnung geeignet einander gegenüberstanden. Diese Wirkung tritt selbst dann ein, wenn die Forderungen oder eine derselben bestritten sind (Art. 120 Abs. 2 OR). Die Verrechnungserklärung kann auch konkludent erfolgen. Genügend ist, dass der Schuldner durch seine Verhaltensweise – aufgrund des Vertrauensprinzips – dem Gläubiger zu erkennen gibt, dass er vom Rechte der Verrechnung Gebrauch machen will. Insbesondere in der Zusendung von Abrechnungen oder Forderungsbezifferungen kann eine konkludente Verrechnungserklärung enthalten sein (Wolfgang Peter, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Obligationenrecht I, 3. A., Basel/Genf/München 2003, N 4 zu Art. 124 mit Hinweisen). Ferner hat das Bundesgericht erkannt, dass die Erhebung einer Widerklage ebenfalls als Verrechnungserklärung aufgefasst werden kann. Es hielt insbesondere fest, es liege auf der Hand, dass für den Fall des Schutzes der Hauptklage die selbständige Geltendmachung von Gegenansprüchen als majus gelte, in der das minus der Verrechnungserklärung auch für die Gegenpartei erkennbar enthalten sei (BGE 59 II 383 f.). Das Institut der Verrechnung gemäss Art. 120 ff. OR ist ein Institut des Bundesprivatrechts. Bestehen bundesrechtliche Vorschriften, dürfen diese durch das kantonale Verfahrensrecht nicht vereitelt werden (vgl. Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 26. Januar 2001, Verfahren Nr. 4C.332/2000/rnd). Erhebt ein Beklagter im kantonalen Verfahren eine Widerklage, die mit dem klägerischen Anspruch verrechenbar ist, hat der kantonale Gesetzgeber daher dafür zu sorgen, dass die damit verbundene Verrechnungseinrede im kantonalen Verfahren berücksichtigt wird. Auch wenn es dem kantonalen Gesetzgeber – wie erwähnt – nicht untersagt werden kann, Haupt- und Widerklage aus verfahrensökonomischen Gründen zu trennen, hat er für diesen Fall sicherzustellen, dass jene Partei, deren Klage später als die der andern erledigt wird, nicht der Möglichkeit der Verrechnung beraubt wird. Im selben Sinne ist auf Bundesebene zu entscheiden. Es kann nicht angehen, dass das materielle Bundesrecht aufgrund fehlender bundesrechtlicher Verfahrensvorschriften unterlaufen wird. Auch ohne ausdrückliche Vorschriften in den kantonalen und eidgenössischen Prozessordnungen muss daher bei verrechenbaren Ansprüchen die Vollstreckbarkeit des zuerst gefällten Urteils aufgeschoben werden, und zwar selbst dann, wenn sich dem betreffenden kantonalen oder eidgenössischen Urteil nichts Derartiges entnehmen lässt. Mit anderen Worten ist Teilrechtskraft ausgeschlossen, wenn sich verrechenbare Ansprüche in Haupt- und Widerklage gegenüberstehen (Matthias Schnyder, Teilrechtskraft im baselstädtischen Zivilprozess, in: BJM 1987, S. 298).

e) Der von der Beschwerdegegnerin erhobenen Klage über rund FF 226'000.– und DM 11'000.– stellte der Beschwerdeführer widerklageweise eine Forderung von rund CHF 136'500.– gegenüber. Nach der bundesge-

richtlichen Rechtsprechung sind Forderungen unterschiedlicher Währungen verrechenbar, wenn die Währungen, in denen die Schulden ausgedrückt werden, bloss als Wertmesser dienen und die Währungen einen Umrechnungskurs haben (BGE 69 II 393 f.). Dies ist vorliegend der Fall. Die der Beschwerdegegnerin im Bundesgerichtsurteil vom 9. Januar 2004 letztlich zugesprochene Forderung über rund EUR 35'000.– wäre damit durch Verrechnung mit der vom Beschwerdeführer geltend gemachten Forderung über rund CHF 136'500.– untergegangen, falls die Letztere vom Gericht geschützt wird. Bis zum Abschluss dieses Prozesses ist die Forderung über rund EUR 35'000.– daher nicht vollstreckbar, weshalb dafür die definitive Rechtsöffnung nicht erteilt werden kann.

Justizkommission, 12. August 2004

Art. 93 Abs. 1 SchKG – Lohnsperre. Voraussetzungen, unter denen das Betreibungsamt eine Sperre der Lohnansprüche des Schuldners gegenüber seinem Arbeitgeber verfügen kann.

Aus den Erwägungen:

4. a) Gemäss Art. 93 Abs. 1 SchKG können u.a. Erwerbseinkommen jeder Art soweit gepfändet werden, als sie nach dem Ermessen des Betreibungsbeamten für den Schuldner und seine Familie nicht unbedingt notwendig sind. Zur Festsetzung der Pfändungsquote ist der Schuldner bezüglich seiner Einkommensverhältnisse (Arbeitgeber, Höhe des Lohnes, Tag der Auszahlung) sowie der Grundlagen zur Berechnung seines Existenzminimums zu Protokoll einzuvernehmen (Georges Vonder Mühll, Basler Kommentar SchKG II, Basel/Genf/München 1998, N 43 zu Art. 93). Gelingt dem Betreibungsamt trotz intensiver Versuche die Zustellung der Pfändungsankündigung nicht oder weigert sich der Schuldner an der Einvernahme teilzunehmen oder die notwendigen Auskünfte zu erteilen, so stellt sich für das Betreibungsamt mit zunehmender zeitlicher Dauer ganz allgemein die Frage einer einstweiligen Sicherungsmassnahme hinsichtlich des Pfändungssubstrats. Ist dem Amt der Arbeitgeber des renitenten Schuldners bekannt, so ist es in diesen Fällen nach der Praxis zulässig, eine einstweilige Lohnsperre zu verfügen (BlSchK 1994, 189; vgl. auch BlSchK 1973, 11). Diese Lohnsperre stellt eine reine Sicherungsmassnahme dar und dient dazu, bei widerspenstigen Schuldnern das Pfändungssubstrat zu Gunsten der Gläubiger einstweilen sicherzustellen. Damit wird aber noch keine Pfändung vollzogen, die denn auch – soweit sie eben in das Existenzminimum des Schuldners eingreift – unzulässig

wäre. Der Vollzug der Einkommenspfändung geschieht nämlich erst in dem Zeitpunkt, in welchem der Schuldner die Mitteilung des Betreibungsamtes empfängt, er dürfe über den gepfändeten Betrag ohne Bewilligung nicht mehr verfügen (Art. 96 Abs. 1 SchKG; Georges Vonder Mühll, a.a.O., N 43 zu Art. 93 mit Hinweis auf BGE 109 III 13). Die Lohnsperre als Sicherungsmassnahme soll mithin das Pfändungssubstrat einstweilen sicherstellen, bis die Pfändung vollzogen werden kann. Sie stellt mithin eine Sicherungsmassnahme zum Schutze der Gläubigerrechte im Sinne von Art. 98 ff. SchKG dar. Entgegen dem Wortlaut darf eine solche nicht nur nach dem Pfändungsvollzug, sondern auch zur Vorbereitung der Pfändung angeordnet werden, wenn es die Umstände erfordern, wie das Bundesgericht in BGE 107 III 67 = Pra 70, 740 klar entschieden hat. Sie soll allerdings nur so lange aufrecht erhalten bleiben, wie das unbedingt notwendig ist. Es ist immerhin zu bedenken, dass dem Schuldner damit in der Regel die finanziellen Mittel zur Bestreitung seines und seiner Familie Lebensunterhaltes einstweilen vorenthalten werden. Auf der anderen Seite hat es der Schuldner in der Hand, diese auf kurze Zeit angelegte Sperre durch seine Kooperation jederzeit zu beseitigen, weshalb sie auch als verhältnismässig erscheint. Das Betreibungsamt hat daher so rasch als möglich, alle ihm zu Gebote stehenden Mittel einzusetzen, um die Pfändung vorzunehmen. Es hat mithin den renitenten Schuldner letztlich mit polizeilicher Hilfe zuzuführen (Art. 91 Abs. 2 SchKG) und ihn – sollte er die Auskunft weiterhin verweigern – gemäss Art. 323 Ziff. 2 StGB zu verzeigen. Den Schuldner trifft gemäss Art. 91 Abs. 1 SchKG bei Straffolge nämlich nicht nur die Pflicht, an der ihm angekündigten Pfändung beizuwohnen oder sich dabei vertreten zu lassen (Ziff. 1), sondern auch im Rahmen seiner Möglichkeiten die wesentlichen Tatsachen vorzubringen, die ihm zugänglichen Beweise anzugeben und die erforderlichen Auskünfte zu erteilen (Ziff. 2). Erst wenn das Betreibungsamt sämtliche Mittel ausgeschöpft hat und trotzdem weder vom Schuldner noch von seinem allfälligen Arbeitgeber zuverlässige Angaben über sein Einkommen erhältlich sind, ist je nach den Gegebenheiten eine das Existenzminimum übersteigende oder allenfalls bestrittene Lohnpfändung anzuordnen (Georges Vonder Mühll, a.a.O., N 43 zu Art. 93).

b) Im vorliegenden Fall steht aufgrund der eingereichten Akten fest und ist denn auch unbestritten, dass dem Beschwerdeführer die Pfändung in den beiden Betreibungen rechtsgültig angezeigt wurden. Fest steht auch, dass er mehrfach zur Pfändungseinvernahme auf das Amt vorgeladen wurde, dies sogar unter Androhung der polizeilichen Zuführung. Selbst der polizeiliche Zuführungsauftrag blieb offenbar erfolglos. Nachdem das Betreibungsamt sich immerhin während rund fünf Monaten bemühte, den Beschwerdeführer zum Erscheinen auf dem Amt zu bewegen, ist nach dem oben Gesagten die von ihm am 14. Mai 2004 erlassene umfassende Sperre der Lohnansprüche des Beschwerdeführers gegenüber seinem Arbeitgeber als vorläufige Sicherungsmassnahme nicht zu beanstanden. Wenn der Beschwerdeführer

dagegen vorbringt, er sei mit dem betreffenden Gläubiger in Verhandlung und sei daran, eine Schuldensanierung durchzuführen, ändert das nichts daran, dass die beiden Fortsetzungsbegehren pendent sind, wie das Betreibungsamt festhält. Es ist Sache des Beschwerdeführers, die Gläubiger zu veranlassen, ihre Begehren zurückzuziehen, wenn sie mit einer Stundung bzw. Ratenzahlung einverstanden sind. Soweit der Beschwerdeführer eine Schuldensanierung durchführen und verhindern will, dass während der dafür notwendigen Verhandlungsdauer pendente Betreibungen fortgesetzt oder neue Betreibungen eingeleitet werden können, steht ihm hierfür das Institut der einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung im Sinne von Art. 333 ff. SchKG zur Verfügung. Hiezu hat er aber den Nachlassrichter anzurufen und eine Stundung zu erwirken. Das hat er unbestrittenermassen nicht getan, weshalb das Betreibungsamt verpflichtet ist, den berechtigten Begehren der Gläubiger Folge zu geben. Es ist deshalb auch unerheblich, ob der Beschwerdeführer – wie er ausführt – das Betreibungsamt jeweils über den Stand der Schuldensanierung informiert hat. Das Betreibungsamt ist nicht berechtigt, die Anstrengungen des Beschwerdeführers zur Schuldentilgung in der Weise zu berücksichtigen, dass es auf die von den Gläubigern anbegehrten Betreibungshandlungen verzichtet. Das Betreibungsamt ist wie gesagt im Gegenteil verpflichtet, den gesetzmässigen Begehren der Gläubiger stattzugeben.

Justizkommission als AB SchKG, 16. Juni 2004

Art. 192 SchKG, Art. 725a OR. – Fehlt es an der gesetzlich vorgesehenen Prüfung der Zwischenbilanz zu Veräusserungs- und Fortführungswerten, kann die Konkurseröffnung wegen Überschuldung trotzdem erfolgen, wenn sich die Überschuldung aus den übrigen Akten klar ergibt. Ein Konkursaufschub ist jedoch schon aus diesem Grunde ausgeschlossen (Erw. 3).

Aus den Erwägungen:

1. Wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, muss eine Zwischenbilanz erstellt und diese der Revisionsstelle zur Prüfung vorgelegt werden. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat grundsätzlich den Richter zu benachrichtigen (Art. 725 Abs. 2 OR). Der Richter hat gemäss Art. 725a Abs. 1 OR auf diese Benachrichtigung hin den Konkurs zu eröffnen; auf Antrag des Verwaltungsrates oder eines Gläubigers kann er ihn aber aufschieben,

falls Aussicht auf Sanierung besteht, wobei er in diesem Falle Massnahmen zur Erhaltung des Vermögens trifft. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung kann der Richter einen Sachwalter bestellen und entweder dem Verwaltungsrat die Verfügungsbefugnis entziehen oder dessen Beschlüsse von der Zustimmung des Sachwalters abhängig machen; er hat die Aufgaben des Sachwalters zu umschreiben.

Der Konkursaufschub ist die vom Gesetz vorgesehene Möglichkeit, den Entscheid über die Konkurseröffnung unter bestimmten Voraussetzungen einstweilen auszusetzen (Roger Giroud, Die Konkurseröffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, 2. A., Zürich 1986, S. 105). Es sollen, soweit das ohne Schädigung berechtigter Interessen der Gläubiger geschehen kann, die Nachteile vermieden werden, die mit der plötzlichen Konkurseröffnung verbunden sind (ZR 10 [1911] Nr. 91). Es geht beim Konkursaufschub darum, einer überschuldeten Gesellschaft, bei der die Aussicht besteht, dass sie das finanzielle Gleichgewicht innert nützlicher Frist wiederherzustellen vermag, zu ermöglichen, sich vor der Konkurseröffnung zu retten und die Existenz zu bewahren. Gelingt das, kommt der Erfolg in der Praxis meistens allen Betroffenen, so auch den Gläubigern, zugute (Roger Giroud, a.a.O., S. 106). Das Konkursaufschubsverfahren bezweckt, Zeit für eine allfällige Sanierung der überschuldeten Gesellschaft zu gewinnen. Trotz des Vorliegens eines Konkursgrundes wird im Interesse der Gläubiger und der Gesellschaft selbst von der sofortigen Konkurseröffnung abgesehen (BGE 101 III 106). Die Gläubiger dürfen sich indes nicht in einer schlechteren Lage durch den Konkursaufschub befinden, als wenn der Konkurs sofort eröffnet würde (BGE 120 II 427). Der Konkursaufschub bezweckt m.a.W., im Interesse der Gläubiger und der Gesellschaft die Rahmenbedingungen zu schaffen, damit eine realistische Chance auf Sanierung ausgelotet und wahrgenommen werden kann. Dabei müssen die Gläubiger aber nicht besser gestellt sein als bei sofortiger Konkurseröffnung; es genügt, wenn sie nicht schlechter gestellt sind (Alexander Dubach, Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR: Zweck, Voraussetzungen und Inhalt, in: SJZ 94 [1998], S. 151).

2. a) Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz die Sanierungsaussichten der Beschwerdeführerin aufgrund der damaligen Aktenlage verneint und überdies auch die Gläubigerinteressen im Fall eines Aufschubes als nicht genügend gewährleistet erachtet. Sie hat deshalb das Begehren um Konkursaufschub abgewiesen. Nachdem sie auf der anderen Seite die Überschuldung und damit einen materiellen Konkursgrund (Art. 192 SchKG i.V.m. Art. 725a Abs. 1 OR) bejahte und auch keine Anhaltspunkte für das Zustandekommen eines Nachlassvertrages ausmachen konnte (Art. 173a SchKG), eröffnete sie über die Beschwerdeführerin ohne weiteres den Konkurs.

b) Gegen das Konkurserkenntnis ist gemäss Art. 174 SchKG, der gemäss Art. 194 Abs. 1 SchKG auch auf die ohne vorgängige Betreibung erfolgten

Konkurseröffnungen anwendbar ist, der Weiterzug innert 10 Tagen an das obere Gericht möglich. Das zugerische Recht sieht hierfür gemäss § 208 Ziff. 1 ZPO die Beschwerde an die Justizkommission des Obergerichts vor. Nach Art. 174 SchKG sind dabei unechte Noven unbeschränkt zulässig (Abs. 1); echte Noven, also Tatsachen, die sich erst nach dem erstinstanzlichen Entscheid verwirklicht haben, können hingegen nur beschränkt berücksichtigt werden. Sie sind in Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1–3 SchKG abschliessend aufgezählt. Sodann können sie nur unter der Voraussetzung in die Beurteilung einbezogen werden, wenn der Schuldner gleichzeitig seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht. Die in der genannten Bestimmung des SchKG aufgezählten echten Noven sind nun allerdings offensichtlich nicht auf den Konkurs ohne vorgängige Betreibung, insbesondere nicht auf den im Sinne von Art. 192 SchKG ausgesprochenen zugeschnitten, sondern in erster Linie auf die Konkurseröffnung in der ordentlichen Konkursbetreibung. Nach dem Wortlaut können somit bei einer Konkurseröffnung wegen Überschuldung im Sinne von Art. 192 SchKG nur unechte Noven berücksichtigt werden. Das ist denn auch – soweit ersichtlich – herrschende Lehrmeinung (Hans Ulrich Hardmeier, Zürcher Kommentar, Zürich 1997, N 1311 zu Art. 725a OR; Alexander Brunner, Basler Kommentar zum SchKG II, Basel/Genf/München 1998, N 8 zu Art. 194; Beat Schönenberger, Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR, in: BlSchK 2002, S. 185). Auch ein neuester bundesgerichtlicher Entscheid geht offenbar vom Ausschluss echter Noven aus (BGE 5P.263/2003/frs). Die Justizkommission hat demgegenüber in einem Entscheid vom 1. Mai 2001 (JZ 2001/55.112) noch den gegenteiligen Standpunkt vertreten und – indem sie im Gesetzesverweis (Art. 194 Abs. 1 SchKG) eine sinngemässe Anwendbarkeit der Novenregelung von Art. 174 Abs. 2 SchKG erblickte – sämtliche echten Noven bezüglich Sanierungsfähigkeit und Sanierungsaussichten sowie Wahrung der Gläubigerinteressen im Rechtsmittelverfahren als zulässig erachtet. Ob an dieser Auffassung heute noch festgehalten werden kann, mag vorliegend dahin gestellt bleiben. Die Frage ist für den Ausgang des Verfahrens, wie nachfolgend zu zeigen ist, ohne Einfluss.

c) Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung der Konkurseröffnung und die Bewilligung eines Konkursaufschubs im Sinne von Art. 725a Abs. 1 OR. Es ist deshalb zunächst zu prüfen, ob die Voraussetzungen für einen Konkursaufschub erfüllt sind, was – bejahendenfalls – ohne weiteres auch zur Aufhebung der Konkurseröffnung führen würde.

3. a) Sowohl der Konkursaufschub als auch die Konkurseröffnung wegen Überschuldung setzen zunächst eine formell richtige Überschuldungsanzeige voraus. Das bedeutet u.a., dass dem Konkursrichter eine revidierte Zwischenbilanz zu Veräusserungs- und Fortführungswerten vorgelegt wird. Im vorliegenden Fall hat der Konkursrichter indes auf dieses Requisit verzichtet und den Konkurs ausgesprochen, obwohl die eingereichte Zwischenbilanz von der Revisionsstelle nicht geprüft wurde und damit auch kein Bericht der Revisionsstelle vorlag, der die Überschuldung zu Veräusserungs- und zu

Fortführungswerten bestätigt. Grundsätzlich ist indes am Erfordernis der Prüfung der Zwischenbilanz durch die Revisionsstelle selbst dann festzuhalten, wenn die Gesellschaft wirtschaftlich nicht mehr in der Lage ist, eine Prüfung in Auftrag zu geben, oder sie über keine Revisionsstelle mehr verfügt. Auf der anderen Seite kann dadurch der vom Gesetz beabsichtigte Gläubigerschutz vereitelt werden. Von der Praxis und von verschiedenen Autoren wird deshalb befürwortet, dass jedenfalls die Konkurseröffnung wegen Überschuldung trotzdem erfolgen kann und soll, wenn die Überschuldung sich aus den übrigen Akten klar ergibt (Alexander Brunner, Basler Kommentar SchKG II, N 8 zu Art. 192 mit Hinweisen; Beat Schönenberger, Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR, in: BlSchK 2002, S. 165). Die Justizkommission schliesst sich dieser Auffassung an. Eine andere Frage ist aber, ob bei Fehlen der gesetzlich vorgeschriebenen Prüfung der Zwischenbilanz durch die Revisionsstelle auf einen Antrag der Gesellschaft auf Konkursaufschub eingetreten werden kann. Selbst wenn der Richter zur Beurteilung der finanziellen Lage einer Gesellschaft Elemente beachten muss, die sich nur aus der Bilanz ergeben können, so z.B. der Stand der Buchhaltung, kommt dem Bericht der Revisionsstelle eine entscheidende Bedeutung zu. Der Richter hat die Chancen einer erfolgreichen und dauerhaften Sanierung abzuschätzen. Insbesondere dürfen sich die Gläubiger nicht in einer schlechteren Lage befinden als im Falle einer sofortigen Konkurseröffnung. Wenn der Aufschub bewilligt wird, bewirkt dies den Rechtsstillstand für die Betreibungen. Angesichts der Tragweite eines solchen Entscheids kann der Richter nicht auf die Vorlegung der vom Gesetz vorgesehenen und in geeigneter Weise kontrollierten Unterlagen verzichten. Schiebt der Richter den Konkursentscheid auf, ist er verpflichtet, die geeigneten Massnahmen zur Erhaltung des Gesellschaftsvermögens und zur gerechten Befriedigung der Gläubiger anzuordnen. Bei Fehlen verlässlicher Unterlagen kann der Richter aber auch nicht entscheiden, welche Massnahmen zu treffen sind, so dass ein Aufschieben des Konkursentscheides unhaltbar wäre (BGE 120 II 425 = Praxis 84 Nr. 135).

b) Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin ihren Verzicht auf die Einreichung des notwendigen Berichts der Revisionsstelle zunächst mit der zeitlichen Dringlichkeit begründet. Der Konkursrichter hat sie daraufhin mit Verfügung vom 18. Februar 2004 aufgefordert, eine – revidierte – Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Veräusserungswerten nachzureichen. Die Beschwerdeführerin verwies diesbezüglich in der Folge auf ein Schreiben der X. vom 27. Februar 2004. Daraus geht hervor, dass die gesetzliche Revisionsstelle nur gegen Leistung eines Vorschusses von CHF 10'000.– zur Prüfung der Zwischenbilanz bzw. der Jahresrechnung 2003 zur Fortführungs- und Veräusserungswerten bereit ist, da sie noch Honorarausstände aus dem Vorjahr habe. Sodann hielt sie die vom Konkursrichter eingeräumte Frist für zu kurz bemessen und erklärte, dass ihr eine Berichterstattung bis zum 12. März 2004 möglich wäre. Abschliessend fügte sie folgende Bemerkung

an: «Um Ihnen bzw. dem Konkursrichter dennoch einen Anhaltspunkt zu geben (im Sinne einer punktuellen und von der Buchhaltung losgelösten Bemerkung, welche jedoch nicht als Prüfungshandlung bzw. -urteil bezeichnet werden kann), können wir ausgehend von der Prüfung der Vorjahresrechnung feststellen, dass die in den Unterlagen ausgewiesenen Um- und Ausbauarbeiten in den Mietlokalitäten in der Höhe von rund CHF 2 Mio. per 31.12.2003 als Fortführungswert (unter Berücksichtigung einer gesicherten Fortführung und des langfristigen Mietvertrags) als plausibel erscheinen.» Auch in ihrer Beschwerde hat die Beschwerdeführerin darauf verzichtet, den erforderlichen Revisionsbericht nachzureichen bzw. die Revisionsstelle mit der Prüfung der Bilanz bzw. des Status zu betrauen, obschon dafür genügend Zeit zur Verfügung gestanden hätte. Sie hält dazu lapidar fest, aus der detaillierten Bilanz und Erfolgsrechnung seien bereits alle relevanten Zahlen und die daraus zu schliessenden Erkenntnisse sichtbar. Aufgrund der engen finanziellen Liquiditätssituation der Gesellschaft – so die Beschwerdeführerin weiter – hätte ein revidierter Jahresabschluss keine neuen Erkenntnisse gebracht, die die Situation der Unternehmung grundsätzlich anders dargestellt hätten, ausser die schon selbst gewonnenen Erkenntnisse zu bestätigen. Wenn die Beschwerdeführerin sodann offeriert, der Revisionsstelle umgehend den Auftrag zur Revision des Jahresabschlusses zu erteilen, sofern die Justizkommission den Konkursaufschub gewähre, welche eine Sanierung ermöglichen würde, verkennt sie Sinn und Zweck des gesetzlich vorgeschriebenen Berichts der Revisionsstelle. Es kann aber auch nicht Aufgabe der Oberinstanz sein, die rechtskundig vertretene Beschwerdeführerin erneut aufzufordern, einen entsprechenden Revisionsbericht nachzureichen, nachdem sie hiezu bereits ausdrücklich durch die erste Instanz aufgefordert worden war. Fehlt es aber an der gesetzlich vorgesehenen Prüfung der Zwischenbilanz zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten, ist ein Konkursaufschub schon aus diesem Grunde ausgeschlossen. Die Prüfung der Zwischenbilanz durch die Revisionsstelle hat nicht nur den Zweck, dem Konkursaufschubsrichter von unabhängiger Seite die Überschuldung und namentlich deren Umfang zu bestätigen, sondern dient ihm insbesondere auch zur Beurteilung der Sanierungsaussichten.

Justizkommission, 7. April 2004

Art. 213 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG – Die Verrechnung ist mit Bezug auf den Erwerb von Aktien ausgeschlossen, da der Rechtsgrund der Forderung in Tatsachen liegt, die nach der Konkurseröffnung eingetreten sind. Vor der beschlossenen Kapitalherabsetzung bzw. Ausschüttung an die Aktionäre hat dieser Anspruch auch nicht virtuell bestanden.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. (...)

Der Gläubiger, dem die Möglichkeit der Kompensation offen steht, kann seine Forderung mittels Verrechnung vollständig befriedigen. Demgegenüber müssen sich jene Gläubiger, die keine verrechenbare Forderung haben, mit der Konkursdividende begnügen (Stäubli/Dubacher, in: Basler Kommentar, SchKG II, Basel/Genf/München 1998, N 2 zu Art. 213 SchKG). Die Verrechnung greift die Konkursmasse in ihrer Substanz an. Die Konkursmasse wird vermindert, indem eine Forderung des Konkursiten (Bestandteil der Aktivmasse) durch Verrechnung mit der Gegenforderung eines Konkursgläubigers (Bestandteil der Passivmasse) untergeht (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. A., Bern 2003, § 40, N 39). Art. 213 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG regelt denjenigen Fall, bei welchem die Schuldverpflichtung des Gläubigers erst nach der Konkurseröffnung entsteht. Bei solchen Sachverhaltskonstellationen soll der Konkursgläubiger seine ganze Schuld in die Masse einzahlen und sich mit der Konkursdividende begnügen. Massgebend ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Entstehung der Gegenforderung. Falls der Rechtsgrund für die Forderung vor dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung eintritt, ist diese Beschränkung der Verrechnungsmöglichkeit ausgeschlossen (Stäubli/Dubacher, a.a.O., N 19).

2.1 Die Beklagte stützte sich bei der Begründung ihres Antrags auf Klageabweisung im Wesentlichen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Sie setzte sich dabei insbesondere mit dem Entscheid 107 III 25 ff. [Pra 70 (1981) 224] auseinander.

(...)

Der Sachverhalt des oben zitierten Bundesgerichtsentscheides unterscheidet sich vom vorliegend zu beurteilenden Fall im Wesentlichen darin, dass es sich bei der Partei, welche die Verrechnung erklärte, um eine einfache Gesellschaft und nicht um eine Aktiengesellschaft handelt. Überdies wurde die Auflösung der (einfachen) Gesellschaft beschlossen und nicht, wie im vorliegenden Verfahren, eine Ausschüttung an die Aktionäre im Rahmen einer Kapitalherabsetzung.

2.2 (...)

2.2.1 Die einfache Gesellschaft ist die Verbindung mehrerer Personen zur gemeinsamen Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks (Handschin, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 2. A., Basel/Genf/München 2002, N 4 zu Art. 530 OR). Es gilt der Grundsatz der Einheitlichkeit der Liquidation, welcher besagt, dass sämtliche Rechtsverhältnisse abzuwickeln und alle Aktiven und Passiven zu verteilen sind (Staehelin, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 2. A., Basel/Genf/München 2002, N 3 zu Art. 548/549 OR). Die Gesellschafter haben Anspruch auf Versilberung des ganzen Vermögens und Anteil am Nettoerlös (Staehelin, a.a.O., N 4 zu Art. 548/549 OR). Aus dem Überschuss nach Begleichung der Schulden sind vorerst die Ansprüche aus Auslagenersatz der einzelnen Gesellschafter zu befriedigen. Danach sind die geleisteten Einlagen zurückzuerstatten (Staehelin, a.a.O., N 8 zu Art. 548/549 OR).

(...)

2.2.2 Im Aktienrecht stellt das Recht des Aktionärs auf Gewinn- und Liquidationsanteil das bedeutendste vermögensmässige Recht des Aktionärs dar (Neuhaus/Ilg, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 2. A., Basel/Genf/München 2002, N 2 zu Art. 660 OR). Der Aktionär kann auch durch die Statuten nicht verpflichtet werden, mehr zu leisten als den für den Bezug einer Aktie bei ihrer Ausgabe festgesetzten Betrag. Ein Recht, den eingezahlten Betrag zurückzufordern, steht dem Aktionär nicht zu (Art. 680 Abs. 2 OR). Art. 680 Abs. 2 OR verbietet der Gesellschaft zusätzlich, aus dem geschützten Gesellschaftsvermögen Leistungen an den Aktionär vorzunehmen. In den Anwendungsbereich dieses «Verbotes der Einlagerückgewähr» fallen nicht nur eigentliche Ausschüttungen aus diesem Sperrvermögen, sondern gegebenenfalls auch andere Finanztransaktionen der Gesellschaft, die eine Kapitalrückgewähr herbeiführen können, wie Darlehen an Aktionäre oder der Erwerb eigener Aktien. Eine Ausnahme zu diesem Grundsatz bildet der Fall der Liquidation (Kurer, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 2. A., Basel/Genf/München 2002, N 17 zu Art. 680 OR).

Ausserhalb der Liquidation hat der Aktionär folglich kein Recht auf Rückerstattung des für die Aktien einbezahlten Betrages. Es trifft daher nicht zu, dass der Rechtsgrund des Anspruchs der Klägerin gegen die Beklagte mit dem Erwerb der Aktien der Beklagten durch die Klägerin gesetzt wurde. Vor der beschlossenen Kapitalherabsetzung bzw. Ausschüttung an die Aktionäre hat dieser Anspruch auch nicht virtuell bestanden.

(...)

Kantonsgericht Zug, 9. Dezember 2004

Art. 272 SchKG; §§ 205 Abs. 1, 208 Ziff. 1, 212 ZPO. – Gegen die Ablehnung des Arrestbegehrens ist die Beschwerde an die Justizkommission gegeben. Das Novenrecht bestimmt sich nach § 212 i.V. § 205 Abs. 1 ZPO (Erw. 1). Anforderungen an die Glaubhaftmachung der Arrestvoraussetzungen (Erw. 2). Glaubhaftmachung im konkreten Fall bejaht (Erw. 3).

Aus den Erwägungen:

1. Das Bundesrecht sieht bei Ablehnung des Arrestbegehrens kein Rechtsmittel vor. Den Kantonen ist es indes freigestellt, ein solches zu zulassen (BGE 119 III 92; 91 III 28). Gemäss § 208 Ziff. 1 ZPO ist gegen den Nichtbewilligungsentscheid die Beschwerde an die Justizkommission zulässig. Das Verfahren richtet sich deshalb ebenfalls ausschliesslich nach der Zivilprozessordnung. Gemäss § 212 in Verbindung mit § 205 Abs. 1 ZPO sind neue Begehren, neue tatsächliche Behauptungen, Bestreitungen, Einreden und Beweismittel im Beschwerdeverfahren nur zulässig, wenn eine Partei wahrscheinlich macht, dass sie jene früher entweder nicht gekannt oder trotz aller Anstrengungen nicht habe anrufen können. Die von der Beschwerdeführerin neu eingereichten Unterlagen sind deshalb nur unter dieser Voraussetzung zulässig. Das trifft – abgesehen von den Unterlagen im Zusammenhang mit dem Armenrechtsgesuch, das aber nicht Bestandteil des Beschwerdeverfahrens ist, – grundsätzlich für die Klage vom 21. Oktober 2004 an das Landgericht X. und die dort genannten Belege, den Arrestbefehl vom 15. Oktober 2004 bzw. dessen Ergänzung vom 19. Oktober 2004 des Gerichtspräsidiums Y. zu.

2. Die Bewilligung eines Arrestes setzt das Bestehen einer nicht pfandgesicherten Schuld, das Vorliegen von Vermögenswerten, die dem Schuldner gehören, sowie das Bestehen eines Arrestgrundes gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziffn. 1 bis 5 SchKG voraus. Mit Ausnahme der Arrestgründe nach den Ziffn. 1 und 2 muss die Schuld bei den übrigen Arrestgründen überdies fällig sein (Art. 271 Abs. 2 SchKG). Diese Arrestvoraussetzungen sind im Arrestbewilligungsverfahren gemäss Art. 272 Abs. 1 SchKG lediglich glaubhaft zu machen. Verlangt ist mithin nur ein Wahrscheinlichkeitsbeweis, an den nicht allzu hohe Anforderungen gestellt werden dürfen (Franz Mattmann, Die materiellen Voraussetzungen der Arrestlegung nach Art. 271 SchKG, Winterthur 1981, S. 6). Es braucht mithin nicht die volle Überzeugung des Gerichts begründet zu werden, sondern es genügt, wenn für das Vorhandensein der in Frage kommenden Tatsache eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, auch wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, S. 323 Anm. 27). Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache mit anderen Worten dann, wenn der Richter sie aufgrund einer plausiblen Darlegung des Gläubigers für wahrscheinlich hält, wenn der Richter aufgrund der ihm vorgelegten Elemente den Eindruck gewinnt, dass der behauptete Sachverhalt wirklich vorliegt, ohne ausschliessen zu müssen,

dass es sich auch anders verhalten könnte (Walter A. Stoffel, Basler Kommentar zum SchKG III, Basel/Genf/München 1998, N 3 zu Art. 272; BGE 88 I 114; BGE 120 II 398). Hinsichtlich der Forderung ist deren Bestand in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht glaubhaft zu machen. Das geschieht in der Regel durch die Darlegung der tatbeständlichen Umstände ihrer Entstehung. Ein Hinweis auf den Rechtsgrund kann zwar hilfreich sein, ist aber wegen des Grundsatzes iura novit curia nicht erforderlich. Dabei erleichtern zwar Urkunden die Glaubhaftmachung, werden aber vom Gesetz grundsätzlich nicht verlangt. Die Darstellungen müssen plausibel sein, sie müssen schlüssig sein und ausserdem als wahrscheinlich erscheinen (Walter A. Stoffel, a.a.O., N 4 f. zu Art. 272). Die Wahrscheinlichkeit setzt voraus, dass gewisse objektive beweismässige Anhaltspunkte vorliegen (BGE 107 III 36). Allgemein anerkannt ist, dass weder ein strikter Beweis verlangt werden darf, noch reines Behaupten genügt (Rudolf Ottomann, in: Isaak Meier [Hrsg.], Aktuelle Fragen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts nach revidiertem Recht, Basel/Frankfurt am Main 1996, S. 69). Die Glaubhaftmachung besteht mit anderen Worten im Nachweis von Tatsachen, welche auf den Bestand der behaupteten Forderungen schliessen lassen, indem sie dafür einen gewissen Grad der Wahrscheinlichkeit begründen (ZR 86/1987 Nr. 57).

3. Die Beschwerdeführerin hält in ihrer Beschwerde nur noch an den beiden Forderungen fest, die sich aus zwei verschiedenen Sachverhaltsbereichen ergeben und auf zwei verschiedenen Fundamenten beruhen.

a) Es ist dies zunächst die Arrestforderung im Betrage von CHF 640'969.75, die sie aus Drittpfandbestellungen mit nachfolgender Verwertung herleitet. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz erscheint die geltend gemachte Forderung in diesem Bereich aufgrund der vorliegenden Unterlagen als glaubhaft.

Die Vorinstanz hält zunächst selbst zu Recht dafür, dass die beiden Pfandverträge vom 16. Juni 1985 und 22. August 1985 sowie das Schreiben des Bankhauses A. an die Beschwerdeführerin vom 29. Mai 1990 sowie die Klage vom 9. Februar 2004 an das Landgericht X. – isoliert betrachtet – eine der Beschwerdeführerin gegen den Beschwerdegegner zustehende Forderung aufgrund der Verwertung der Pfandgegenstände glaubhaft erscheinen lässt. Der Arrestrichter vermisst hingegen Angaben und Unterlagen darüber, was sich in der 14-jährigen Zeitspanne bis zur Klageeinreichung diesbezüglich ereignet hat. Der Vorinstanz war – wie sie bemerkt – zunächst nur bekannt, dass die Beschwerdeführerin schwer erkrankt war. Aus den mit der Beschwerde eingereichten ärztlichen Berichten von Dr. B. und der Beschwerde vom 9. September 2004 an die IV-Kommission ergibt sich nun aber, dass die Beschwerdeführerin zumindest schon im Jahre 1997 psychisch schwer erkrankte und offenkundig nicht in der Lage war, sich auch nur um ihre alltäglichen Verrichtungen zu kümmern. Die genannten Unterlagen sind zwar neu; sie müssen aber unter den gegebenen Verhältnissen als zulässige

Noven betrachtet werden, da für die Beschwerdeführerin nicht ohne weiteres voraussehbar war, dass der Arrestrichter die Ausführungen in diesem Punkt aus ungenügend erachten würde. Vor ihrer schweren Erkrankung hatte sich aber die Beschwerdeführerin, wie den Akten zu entnehmen ist, wegen ihrer Forderungen gegenüber dem Beschwerdegegner an einen Rechtsanwalt gewandt, der indes offenbar wegen eines nicht geleisteten Kostenvorschusses in der Sache nichts mehr unternahm. Der Bruder und heutige Vertreter der Beschwerdeführerin nahm sich dann nach seiner eigenen Darstellung im Jahre 2003 nach seiner Pensionierung der Sache an und beauftragte einen deutschen Rechtsanwalt mit der Vorbereitung der verschiedenen Klagen. Dieser hat denn auch am 9. Februar 2004 eine entsprechende Klage beim Landgericht X. über 173'182.04 nebst 5 % Zins seit dem 30. Mai 1990 eingereicht. Auch in dieser Klage sowie in einer Stellungnahme vom 28. Juli 2004 wird dargelegt, dass die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer fortdauernden schweren Erkrankung seit etwa 1991 nicht mehr in der Lage war, in dieser Sache etwas zu unternehmen. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin vertritt sodann in der Klage an das Landgericht X. ausdrücklich die Ansicht, dass im vorliegenden Fall die Verjährungsfrist 30 Jahre beträgt, so dass auch diesbezüglich gegen den Bestand der Forderung nichts spricht. Wenn die Vorinstanz sodann bemängelt, dass die Beschwerdeführerin sich nicht dazu geäussert habe, ob und gegebenenfalls welche Vereinbarungen die Parteien im Zusammenhang mit den Pfandverträgen – sei es ausdrücklich oder stillschweigend – getroffen hätten, erscheint dies nicht nachvollziehbar. Es geht aus den eingereichten Unterlagen klar hervor, dass die Beschwerdeführerin sich darauf beruft, mit den Verpfändungen die Kredite des Beschwerdegegners gesichert zu haben. Indem sie die Rückzahlung des Pfanderlöses geltend macht, bringt sie damit klar zum Ausdruck, dass es sich um ein entgeltliches Sicherungsgeschäft handelte. Unter diesen Umständen muss aber die geltend gemachte Forderung als wahrscheinlich betrachtet werden. Die Beschwerde erweist sich mithin in diesem Punkte als begründet.

Justizkommission, 5. November 2004

V. Rechtspflege

1. Gerichtsstand

Art. 22 Abs. 2 GestG – Es sind nur Geschäfte des «üblichen Verbrauchs» als Konsumentenverträge zu qualifizieren. Ausserordentliche Anschaffungen, die nicht regelmässig getätigt werden, sowie eigentliche Luxusgüter fallen nicht in den Anwendungsbereich.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Gemäss Art. 22 Abs. 2 Gerichtsstandsgesetz (GestG) gelten als Konsumentenverträge Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für die persönlichen oder familiären Bedürfnisse des Konsumenten oder der Konsumentin bestimmt sind und von der anderen Partei im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit angeboten werden. Eine ähnliche Definition des Konsumentenvertrages findet sich in Art. 120 Abs. 1 IPRG. Der Begriff des Konsumentenvertrages kann sämtliche obligationenrechtliche Verträge umfassen, sofern die Vertragsparteien Anbieter und Konsumenten sind. Für die Umschreibung des Inhalts des Konsumentenvertrags und der daran beteiligten Personen ist auf den besonderen Schutzzweck der im Interesse des Konsumenten erlassenen Bestimmungen abzustellen (BGE 121 III 339 ff.).

(...)

2.3 Gemäss Art. 22 Abs. 2 GestG sind allerdings nur Geschäfte des «üblichen Verbrauchs» als Konsumentenverträge zu qualifizieren. Damit fallen ausserordentliche Anschaffungen, die nicht regelmässig getätigt werden, aus dem Anwendungsbereich dieser Bestimmung. Dasselbe gilt für eigentliche Luxusgüter (Gross, a.a.O., N 125 zu Art. 22 GestG).

Klagen aus Verträgen über die Miete beweglicher Sachen fallen grundsätzlich unter Art. 22 GestG, wenn die bewegliche Sache privaten Zwecken des Mieters dient und ihre Miete einen «üblichen Gebrauch» darstellt (Gross, a.a.O., N 161 zu Art. 22 GestG). Ob die Miete eines Wohnmobils als Luxus gilt, welcher nicht mehr zum «üblichen Gebrauch» im Sinne von Art. 22 Abs. 2 GestG gehört, ist durch Auslegung zu ermitteln.

2.3.1 Aus der Entstehungsgeschichte des Gerichtsstandsgesetzes ergibt sich, dass das Parlament sich anlässlich der Beratungen zu Art. 22 GestG für eine enge Auslegung ausgesprochen hat (vgl. zur Entstehungsgeschichte Walther, a.a.O., N 7 ff. zu Art. 22 GestG).

In systematischer Hinsicht ist zu beachten, dass das Bundesgericht im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsordnung entschieden hat, namentlich für die Bestimmungen von Art. 97 Abs. 3 BV, Art. 40a OR sowie Art. 114 und 120 IPRG die Erfordernisse des Konsumentenvertrages möglichst gleich zu umschreiben (vgl. BGE 121 III 339). Dem durch Art. 97 BV ebenfalls verfassungsrechtlich anerkannten Schutz des Konsumenten entspricht es hingegen in teleologischer Hinsicht, den Konsumentengerichtsstand konsumentenfreundlich und somit möglichst umfassend auszulegen (Walther, a.a.O., N 17 zu Art. 22 GestG; Hristic, a.a.O., S. 90 Fn 370). Bei der Auslegung des Begriffs des «üblichen Gebrauchs» ist jedenfalls der Grundgedanke der Vorschrift zu berücksichtigen, dem Konsumenten beim Abschluss von Verträgen zur Deckung seiner Grundbedürfnisse Schutz zu gewähren (vgl. Vischer/Huber/Oser, Internationales Vertragsrecht, 2. A., Bern 2000, S. 337).

2.3.2 Die Beklagte machte geltend, die Miete eines Wohnmobils gehöre nicht zur Deckung der regelmässigen Grundbedürfnisse, sondern stelle ein Luxusgut dar. Der Kläger wendete dazu ein, Ferien würden beim schweizerischen Wohlstandsniveau als Grundbedürfnis gelten.

Bei der Beurteilung, ob die Miete eines Wohnmobils zu Ferienzwecken als Konsumentenvertrag zu qualifizieren ist, ist unter systematischen Gesichtspunkten auf das Pauschalreisegesetz (SR 944.3) zu verweisen. Dieses Gesetz, welches sich auf die Grundnorm des Konsumentenschutzes (BV 97) abstützt, dient dazu, Personen zu schützen, die eine Pauschalreise buchen. Der Gesetzgeber hat mit diesem Gesetz den Ferienreisenden als Konsumenten qualifiziert. Aus diesem Grund fallen Pauschalreiseverträge unter Art. 22 GestG (BBl 1999 2860). Es ist nicht einzusehen, inwiefern der Konsument, der ein Wohnmobil mietet, weniger Schutz bedarf als der Konsument, der eine Pauschalreise bucht. Auch wenn Ferien nicht zu den eigentlichen Grundbedürfnissen zählen, sind Verträge über Ferien nach dem Willen des Gesetzgebers im Sinne des Konsumentenschutzes schützenswert. Die Miete eines Wohnmobils zu Ferienzwecken ist daher im Interesse einer einheitlichen Auslegung des Begriffs des Konsumentenvertrages (vgl. BGE 121 III 339) grundsätzlich als Konsumentenvertrag zu qualifizieren.

2.3.3 (...)

Eine generelle wertmässige Schranke dessen, was noch als «üblich» gelten kann, lässt sich kaum definieren. Immer kommt es auf die konkrete Transaktion an (Gross, a.a.O., N 126 zu Art. 22 GestG). Als Richtschnur für einen wertmässigen Betrag kann Art. 1 der Verordnung über die Streitwertgrenze in Verfahren des Konsumentenschutzes und des unlauteren Wettbewerbs (SR 944.8) gelten (vgl. Gross, a.a.O., N 128 zu Art. 22 GestG, wobei die Streitwertgrenze damals noch CHF 8'000.– betrug). Gemäss dieser Bestimmung müssen die Kantone für Streitigkeiten aus Verträgen zwischen Konsumenten und Anbietern bis zu einem Streitwert von CHF 20'000.– ein einfaches und rasches Ver-

fahren vorsehen. Allein daraus, dass der Kläger einen Mietzins von CHF 1'875.– bezahlt hat, kann somit nicht geschlossen werden, dass es sich bei der Miete eines solchen Wohnmobils um ein Luxusgut handelt.

2.3.4 Damit von einem Luxusgut gesprochen werden könnte, müsste ein Preis von CHF 1'875.– für Ferien als übermässig hoch angesehen werden. Mit dem Kläger ist aber davon auszugehen, dass Pauschalreisen, deren Abschluss als Konsumentenvertrag qualifiziert wird, den Betrag von CHF 1'875.– ohne weiteres überschreiten können. Die Miete eines Wohnmobils während zwei Wochen zum Preis von CHF 1'875.– ist für ein Schweizer Ferienbudget nichts Ungewöhnliches und kann somit nicht als Luxusgut qualifiziert werden. Es handelt sich dabei um ein Geschäft des «üblichen Verbrauchs» im Sinne von Art. 22 Abs. 2 GestG.

Kantonsgerichtspräsidium Zug, 30. Juni 2004

2. Zivilrechtspflege

§ 21 Abs. 2 ZPO. – Im Eintritt des Abtretungsgläubigers nach Art. 260 SchKG in den Aktivprozess der Konkursitin kann kein Parteiwechsel erblickt werden. Die Sicherstellung einer allfälligen Parteientschädigung durch den Abtretungsgläubiger lässt sich daher nicht auf § 21 Abs. 2 ZPO stützen.

Aus den Erwägungen:

1. Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer in den vor Kantonsgericht hängigen Forderungsprozess Nr. ... der X. AG gegen Z. an die Stelle der X. AG eingetreten ist. Unstreitig ist ferner, dass er gestützt auf § 36 ZPO einen Gerichtskostenvorschuss in Höhe von CHF 3'200.– zu leisten hat. Umstritten ist demgegenüber, ob – und gegebenenfalls in welcher Höhe – der Beschwerdeführer der Gegenpartei in diesem Prozess eine allfällige Parteientschädigung sicherzustellen hat.

2. a) Die Vorinstanz begründete die Sicherstellung der Parteikosten im Wesentlichen damit, dass es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine Frage des kantonalen Rechts sei, ob, wann und in welcher Form der Abtretungsgläubiger den Prozess tatsächlich aufnehme. Dieses habe zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen ein Prozessrechtsverhältnis zwischen einer Partei und dem Gericht bzw. der Gegenpartei zustande komme. Der in den Prozess eintretende Abtretungsgläubiger übernehme dagegen nach Bundesrecht das ganze Prozessrisiko. Er habe, wenn er den Prozess verliere, die gesamten Prozesskosten und die Kosten der Gegenpartei vollumfänglich zu tragen (BGE 105 III 135 ff.). Gemäss § 21 Abs. 2 der Zuger Zivilprozessordnung sei bei der Rechtsnachfolge die Gegenpartei grundsätzlich erst dann verpflichtet, den Wechsel der Partei anzunehmen, wenn ihr Sicherheit geleistet werde, dass dem Urteil in Haupt- und Nebensache stattgegeben werde. Die vom Beklagten geforderte Sicherstellung der Parteikosten im Umfang von CHF 10'000.– sei angemessen. Der Beschwerdeführer habe daher eine allfällige Parteientschädigung an den Beklagten in dieser Höhe sicherzustellen.

b) Der Beschwerdeführer wendet ein, die Abtretung nach Art. 260 SchKG stelle keine zivilrechtliche Abtretung dar. In der Abtretung liege nur die Erteilung einer Prozessvollmacht, d.h. es werde nicht der Streitgegenstand – entsprechend dem Parteiwechsel – sondern nur die Prozessführungsbefugnis übertragen. Damit falle aber die Abtretung nach Art. 260 SchKG eben gerade nicht unter die in § 21 Abs. 2 ZPO aufgeführten Fälle von Rechtsnachfolge. Auch das Bundesgericht habe in BGE 106 II 145 ausgeführt, dass die Konkursmasse oder die Abtretungsgläubiger nicht Dritte seien, insbesondere nicht Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners, sondern an seine Stelle treten würden. Sowohl die zürcherische (§ 49 Abs. 1 ZH-ZPO) als auch die thurgauische Zivilprozessordnung (§ 23 Abs. 1 TG-ZPO) besagten, dass, wenn

eine Partei das eingeklagte Recht einbüsse oder sie von der eingeklagten Verpflichtung frei werde, weil sie den Streitgegenstand während des Prozesses veräussert habe, der Erwerber berechtigt sei, an ihrer Stelle in den Prozess einzutreten, und zwar ohne Zustimmung der Gegenpartei. Abs. 2 der besagten Paragraphen füge an, dass im Übrigen ein Parteiwechsel unter Vorbehalt der Bestimmungen über die Gesamtnachfolge nur mit Zustimmung aller bisherigen Parteien zulässig sei. Die Möglichkeit eines Parteiwechsels während des Prozesses ergebe sich teilweise aus dem materiellen Bundesrecht. Auch der Eintritt des Konkursgläubigers in einen anhängigen Prozess des Gemeinschuldners sei bundesrechtlich geordnet. Dabei handle es sich nicht um einen gewillkürten Parteiwechsel, weshalb dieser Eintritt in den Prozess nicht von einer Zustimmung der bisherigen Parteien nach § 49 Abs. 2 ZH-ZPO abhängig gemacht werden könne. Für den neuen Kläger gelte ausschliesslich die Kautionspflicht gemäss § 73 ff. ZH-ZPO. Art. 41 BE-ZPO bestimme sodann, dass in anderen Fällen von Rechtsnachfolge (gewillkürte Einzelrechtsnachfolge) die Gegenpartei erst dann verpflichtet sei, dem Parteiwechsel zuzustimmen, wenn ihr Sicherheit geleistet werde, dass dem Urteil in Haupt- und Nebensache stattgetan werde. Diese Bestimmung decke sich im Wesentlichen mit § 21 Abs. 2 ZPO. Gerade aber im Falle des Konkurses (Nachfolge der Konkursmasse in den Prozess oder des Abtretungsgläubigers) gelte diese Bestimmung nicht. Im vorliegenden Fall sei es daher rechtswidrig, die Sicherstellungspflicht für allfällige Parteientschädigungen auf die Änderung der Prozessvollmacht zu stützen. Für eine allfällige Kautionspflicht seien allein die persönlichen Eigenschaften des Abtretungsgläubigers massgebend. Das bedeute wiederum, dass lediglich gestützt auf § 43 ZPO eine Sicherstellung der Parteientschädigung verlangt werden könnte. Er (der Beschwerdeführer) erfülle jedoch die dort aufgeführten Kriterien, welche zu einer Kautionspflicht führen könnten, in keiner Weise. Es dürfe ihm daher keine Sicherstellung der Parteientschädigung auferlegt werden.

c) Gemäss § 21 der Zuger Zivilprozessordnung («Parteiwechsel») ist die Rechtsnachfolge einer Partei infolge Erbganges stets zulässig (Abs. 1). In anderen Fällen von Rechtsnachfolge ist die Gegenpartei auch bei Nachweis der Rechtsnachfolge erst dann verpflichtet, den Wechsel der Partei anzunehmen, wenn ihr Sicherheit geleistet wird, dass dem Urteil in Haupt- und Nebensache stattgegeben werde (Abs. 2). Bei der Abtretung nach Art. 260 SchKG handelt es sich – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – nicht um eine Rechtsnachfolge im Sinne von § 21 Abs. 2 ZPO. In BGE 106 II 145 hat das Bundesgericht ausdrücklich ausgeführt, dass die Konkursmasse oder die Abtretungsgläubiger nicht Dritte, insbesondere nicht Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners sind. Praxisgemäss verlangt denn auch das Kantonsgericht beim Eintritt der Konkursmasse in den Prozess keine Sicherstellung der Parteientschädigung. Es ist nun aber nicht einzusehen, weshalb es sich beim Abtretungsgläubiger anders verhalten soll. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts handelt es sich bei der Abtretung nach Art. 260 SchKG

um ein betreibungs- und prozessrechtliches Institut sui generis, das Ähnlichkeit mit der Abtretung gemäss Art. 164 ff. OR und dem Auftrag gemäss Art. 394 ff. OR aufweist. Danach wird der Gläubiger durch die Abtretung ermächtigt, den streitigen Rechtsanspruch anstelle der Masse, in eigenem Namen und auf eigene Rechnung und Gefahr geltend zu machen (vgl. BGE 105 III 138). Die Abtretung von Rechtsansprüchen gemäss Art. 260 SchKG unterscheidet sich vom gleichnamigen Institut der Art. 164 ff. OR dadurch, dass sie sich inhaltlich in einem Prozessführungsrecht erschöpft. Die abgetretenen Ansprüche gehören auch nach der Abtretung zur Konkursmasse. Der Gläubiger wird durch die Abtretung lediglich ermächtigt, die streitigen Ansprüche anstelle der Masse, in eigenem Namen und auf eigene Rechnung und Gefahr geltend zu machen. Er kann sich nach aussen auf diese Ermächtigung berufen und braucht sich von Dritten nur Einreden entgegenhalten zu lassen, die ihnen gegenüber der Konkursmasse zustehen (BGE 111 II 83). In der Abtretung liegt nur die Erteilung einer Prozessvollmacht (vgl. Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 143). Der Abtretungsgläubiger klagt als Prozessstandschafter, d.h. als Partei im eigenen Namen, allenfalls mit einem auf die konkursrechtliche Abtretung hinweisenden Zusatz (z.B. «als Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG im Konkurs der X AG»). Die Masse ist nicht Partei, bleibt aber Rechtsträgerin des behaupteten materiellen Anspruchs (Stephen V. Berti, Basler Kommentar zum SchKG III, Basel/Genf/München 1998, N 56 zu Art. 260). Es handelt sich nicht um eine materielle Abtretung von Rechten, sondern um die Erteilung der Ermächtigung, an Stelle der Masse den Prozess zu führen (vgl. Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 4. A., Zürich 1997/99, S. 489, mit Hinweisen). Die Prozessstandschaft – wie die Abtretung nach Art. 260 SchKG – ist vom Parteiwechsel zu unterscheiden. Beim Parteiwechsel scheidet eine Partei aus dem Prozess aus und wird durch eine andere ersetzt. Demgegenüber ist die Prozessstandschaft die Berechtigung einer Person, den Prozess anstelle des Berechtigten oder Verpflichteten in eigenem Namen zu führen (vgl. Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Aarau/Frankfurt am Main/Salzburg 1998, N 4 zu Vorbem. §§ 62–65 AG-ZPO). Kann mithin im Eintritt des Abtretungsgläubigers nach Art. 260 SchKG in den Aktivprozess der Konkursitin kein Parteiwechsel erblickt werden, lässt sich die Sicherstellung einer allfälligen Parteientschädigung durch den Abtretungsgläubiger, hier also durch den Beschwerdeführer, nicht auf § 21 Abs. 2 ZPO stützen.

d) Auch nach der Praxis zur bernischen Zivilprozessordnung, die in Art. 41 eine praktisch gleich lautende Bestimmung aufweist wie die Zuger Zivilprozessordnung in § 21 Abs. 2, ist diese Bestimmung im Falle des Konkurses nicht anwendbar. Die massgeblichen Kommentatoren führen dazu aus, die Nachfolge der Konkursmasse in einen ihren Bestand berührenden Prozess sei – vorbehältlich der Fälle gemäss Art. 207 Abs. 4 SchKG – bedingungslos

zulässig. Das Verfahren werde nach Massgabe von Art. 207 Abs. 1 SchKG eingestellt, bis es nach den konkursrechtlichen Bestimmungen von der Konkursmasse, vertreten durch die Konkursverwaltung, oder durch Gläubiger, die sich die Rechte der Masse nach Art. 260 SchKG abtreten lassen, aufgenommen werde (Leuch / Marbach / Kellerhals / Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. A., Bern 2000, N 4 zu Art. 41). In Art. 53 Abs. 3 der St. Galler Zivilprozessordnung wird sodann ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Regelung des Parteiwechsels in Fällen der Rechtsnachfolge, die vom Bundesrecht gesetzlich geregelt sind, keine Anwendung findet. Es geht dabei insbesondere um die Rechtsnachfolge im Falle des Konkurses (vgl. Leuenberger / Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, N 7a zu Art. 53 SG-ZPO). In den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft, deren Prozessgesetze keine Bestimmungen über den Parteiwechsel enthalten, fällt der Parteiwechsel unter die Klageänderung. Dabei gehen aber die Normen des Bundesrechts vor, so z.B. beim Eintritt eines Konkursgläubigers in den Aktiv- oder Passivprozess eines Gemeinschuldners aufgrund einer Abtretung nach Art. 260 SchKG (Staehelin / Sutter, Zivilprozessrecht, Zürich 1992, § 13 N 41 und § 18 N 40). Man kann sich aufgrund dieser Äusserungen in der Lehre durchaus fragen, ob das Bundesrecht nicht überhaupt ausschliesst, den Prozesseintritt des Abtretungsgläubigers an zusätzliche Voraussetzungen zu knüpfen, die nicht allgemein für jede Prozesspartei unabhängig von ihrer Stellung als Abtretungsgläubiger im Sinne von Art. 260 SchKG gelten, sondern einzig an die Tatsache der Abtretung anknüpft. Die Frage mag hier dahin gestellt bleiben, nachdem sich eine Sicherstellung – wie oben erwähnt – schon nach dem Wortlaut von § 21 Abs. 2 ZPO nicht auf diese Bestimmung stützen lässt.

e) Die Voraussetzungen für eine Sicherstellung nach § 43 ZPO sind im vorliegenden Fall – unbestrittenermassen – aber nicht erfüllt. Weder fehlt es dem Beschwerdeführer an einem festen Wohnsitz in der Schweiz, noch ist seine Zahlungsunfähigkeit durch Konkurs, durch einen Verlustschein oder eine gleichbedeutende Urkunde nachgewiesen, noch hat er binnen der letzten fünf Jahre einen gerichtlichen Nachlassvertrag erlangt oder schuldet er der Gerichtskasse von früher her noch Kosten oder Bussen. Ebenso wenig wurde der Beschwerdeführer vom Beklagten durch Erwirkung einer gerichtlichen Verfügung zur Erhebung der Klage genötigt. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Praxis des Obergerichts hinzuweisen, wonach die Konkursmasse nicht als zahlungsunfähig im Sinne von § 43 Abs. 1 ZPO gilt und demzufolge auch nicht sicherstellungspflichtig ist (vgl. OG 1989/17). Das Gleiche muss auch für den Abtretungsgläubiger gelten, der – wie erwähnt – mit der Abtretung nach Art. 260 SchKG nicht den streitigen Rechtsanspruch, sondern nur die Prozessführungsbefugnis übertragen erhält.

f) Anzumerken bleibt Folgendes: Wenn das Bundesgericht in BGE 105 III 139 ausführt, es sei eine Frage des kantonalen Rechts, ob, wann und in welcher Form der Abtretungsgläubiger den Prozess tatsächlich aufgenom-

men hat, so beziehen sich diese Ausführungen einzig auf die Frage, unter welchen formellen Voraussetzungen ein Prozessrechtsverhältnis zwischen einer Partei und dem Gericht bzw. der Gegenpartei zustande kommt. Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer bereits in den Prozess eingetreten ist, mithin ein Prozessrechtsverhältnis begründet wurde. Die Frage der Sicherstellung der Parteientschädigung bestimmt sich zwar im Allgemeinen ebenfalls nach kantonalem Recht, hängt aber nicht mit der Frage des Prozesseintritts zusammen. Insofern lässt sich aus BGE 105 III 139 nichts in Bezug auf die Sicherstellung der Parteientschädigung herleiten.

g) Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass der Beschwerdeführer nicht zur Sicherstellung der Parteikosten verpflichtet werden kann.

Justizkommission, 30. Dezember 2004

§§ 25, 26 und 27 Abs. 1 ZPO – Die Zulässigkeit der Streitverkündung im summarischen Verfahren ist in der Lehre umstritten. Soweit die Streitverkündung jedoch der Einfachheit und Raschheit des summarischen Verfahrens nicht entgegensteht, ist sie zuzulassen.

Aus den Erwägungen:

1. Wer für den Fall des Unterliegens in einem Rechtsstreit auf einen Dritten zurückgreifen will oder den Anspruch eines Dritten befürchtet, kann diesem unter Angabe der Gründe den Streit verkünden lassen. Der Dritte (Litisdenunziat) ist zu weiterer Streitverkündung berechtigt (§ 26 ZPO). Durch die Streitverkündung erhält der Litisdenunziat das Recht, an der Führung des Streites in der Weise teilzunehmen, dass er entweder dem Streitverkünder bloss Angriffs- und Verteidigungsmittel an die Hand gibt, oder ihm als Nebenintervenient beitritt oder mit Einwilligung des Streitverkünders als dessen Stellvertreter die Prozessführung übernimmt (§ 27 Abs. 1 ZPO). Der Nebenintervenient hat den Prozess in der Lage aufzunehmen, in der er ihn findet (§ 25 Abs. 1 ZPO). Er ist berechtigt, die Vorträge und Beweisführung der unterstützten Partei zu ergänzen; soweit diese Ergänzungen nicht zu den eigenen Prozesshandlungen der Hauptpartei im Widerspruch stehen, gelten sie als von ihr selbst vorgebracht (§ 25 Abs. 2 ZPO). Die Zulässigkeit der Beteiligung Dritter auf dem Wege der Streitverkündung im summarischen Verfahren ist in der Lehre umstritten. Soweit die Streitverkündung der Einfachheit und Raschheit des summarischen Verfahrens nicht hinderlich ist, besteht jedoch kein vernünftiger Grund, sie nicht zuzulassen.

Ob die Streitverkündung im konkreten Fall zulässig ist, entscheidet der Richter nach pflichtgemässem Ermessen (Brandenberg, Das summarische Verfahren in der zugerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 1966, S. 34).

Im vorliegenden Fall sind die X. AG sowie die Y. AG als Nebenintervenientinnen des Gesuchsgegners zuzulassen, da eine erhebliche Verfahrensverzögerung dadurch nicht zu erwarten ist. Hingegen haben die Nebenintervenientinnen das Verfahren in der Lage aufzunehmen, in welchem sich dieses befindet. Da der Schriftenwechsel abgeschlossen ist, besteht kein Einlass, den Nebenintervenientinnen Frist zur Einreichung eines Schriftsatzes anzusetzen. Die Nebenintervenientinnen werden jedoch Gelegenheit erhalten, am Augenschein des Experten teilzunehmen und nach Eintreffen der Expertise anfällige Zusatzfragen zu stellen, soweit diese den Rahmen einer vorsorglichen Beweisaufnahme nicht sprengen (vgl. ZR 103 [2004] Nr. 6).

Nicht zuzulassen ist die Streitverkündung an die in Italien domizilierte Z., da die rechtshilfeweise Zustellung der Dokumente ins Ausland sowie die allenfalls erforderlichen Übersetzungen einen ausserordentlichen Zeitaufwand erfordern würden, welcher der Raschheit des summarischen Verfahrens, insbesondere einer vorsorglichen Beweisaufnahme, entgegenstehen würde. Andernfalls müsste die Frage gestellt werden, ob die beantragte Beweisaufnahme nicht eher im Rahmen eines ordentlichen Zivilprozesses vorzunehmen wäre.

(...)

Kantonsgerichtspräsidium Zug, 23. März 2004

§ 30 ZPO. – Wird eine Beschwerde von einem nicht zur Vertretung berechtigten Nichtanwalt unterzeichnet, ist eine kurze, gegebenenfalls über die Beschwerdefrist hinausgehende Nachfrist für die gültige Unterzeichnung anzusetzen.

Aus den Erwägungen:

1. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, die Beschwerde sei nicht von einem Organ der Gesellschaft, sondern vom nicht zeichnungsberechtigten X. unterzeichnet worden. Sie hat diesen Einwand zwar erst nach Ablauf der Frist zur Beantwortung der Beschwerde erhoben. Da es sich aber bei der Berechtigung und Befähigung der Parteien und ihrer Vertreter zur Prozessführung um eine Prozessvoraussetzung handelt, ist dieser Einwand von Amtes wegen zu prüfen (vgl. dazu etwa Frank / Sträuli / Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 13 zu § 29 ZPO; Leuenberger / Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kt. St. Gallen, Bern 1999, N 3 a/b zu Art. 40 ZPO).

a) Wie den Akten zu entnehmen ist, wurde die Beschwerdeschrift vom 25. August 2003 von X. unterzeichnet. Dieser war im Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung (noch) nicht Organ der Beschwerdeführerin. Gemäss Generalvollmacht vom 20. Mai 2003 war er bevollmächtigt, die Beschwerdeführerin in allen Belangen bezüglich des von der Beschwerdegegnerin eingeleiteten Verfahrens zu vertreten und alle ihm notwendig erscheinenden Schritte zu unternehmen. Diese Vollmacht ist rechtgültig unterzeichnet von den beiden damaligen, kollektivzeichnungsberechtigten Verwaltungsräten Y. und Z. Zu berücksichtigen ist nun aber, dass das Recht, sich in einem Prozess vertreten zu lassen, beschränkt ist. Gemäss § 30 Abs. 1 ZPO kann eine Partei die Prozessführung oder Verbeiständung im Prozess dem Ehegatten, einem Verwandten der auf- oder absteigenden Linie, Geschwistern oder einem vom Obergericht zur Ausübung des Anwaltsberufes zugelassenen Rechtsanwalt übertragen. In nicht streitigen Verfahren sowie in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen gemäss §§ 136 und 208 Ziff. 11 ZPO sowie im Verfahren betreffend Mietausweisung kann eine Partei eine Vertretung oder Verbeiständung auch anderen handlungsfähigen Personen übertragen (Abs. 2). Im vorliegenden Fall ist X. weder zur Ausübung des Anwaltsberufes zugelassen, noch handelt es sich um ein Verfahren, bei dem die Vertretung auch anderen handlungsfähigen Personen übertragen werden kann. Dementsprechend war er im Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung nicht zur Vertretung der Beschwerdeführerin im Prozess berechtigt.

b) Die Zuger Zivilprozessordnung enthält keine Bestimmung darüber, wie in einem solchen Fall – wenn der Unterzeichner einer Rechtsschrift als Vertreter nicht zugelassen ist – vorzugehen ist. Das Bundesgericht hat in seiner früheren Rechtsprechung das Nichteintreten auf die Rechtsmitteleingabe eines nicht zur Vertretung berechtigten Nichtanwaltes ohne Ansetzung einer Nachfrist nicht als überspitzt formalistisch qualifiziert (BGE 114 Ia 40). In

BGE 120 V 419 f. hat das Eidgenössische Versicherungsgericht unter Hinweis auf zwei jüngere, nicht veröffentlichte Urteile des Bundesgerichts (unveröffentlichte Urteile F. vom 23. März 1994 und Z. vom 15. Juni 1993) diese Praxis geändert und festgehalten, dass beim Handeln eines nicht postulationsfähigen Vertreters (Nichtanwaltes) stets eine kurze, gegebenenfalls über die gesetzliche Rechtmittelfrist hinausgehende Nachfrist für die gültige Unterzeichnung anzusetzen ist. «Denn die Möglichkeit der Nachfristansetzung, wie sie in Art. 30 Abs. 2 OG für das Verfahren vor Bundesgericht enthalten ist, ist Ausdruck eines aus dem Verbot des überspitzten Formalismus fliessenden allgemeinen prozessualen Rechtsgrundsatzes, der auch im kantonalen Verfahren Geltung hat» (vgl. dazu auch Bühler / Edelmann / Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Aarau 1998, N 10 zu § 67 ZPO; SJZ 39 [1942/43] S. 26 f.; a.M. Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 138). Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass der Beschwerdeführerin grundsätzlich eine kurze Nachfrist zur Nachreichung einer rechtsgültigen Unterschrift eines Organs oder eines berechtigten Vertreters hätte angesetzt werden müssen. Aus dem Handelsregister geht nun aber hervor, dass X. mit Tagebucheintrag vom 4. November 2003 zum Präsidenten des Verwaltungsrates der Beschwerdeführerin mit Einzelunterschrift gewählt wurde. Als – neu ernanntes – Organ der Beschwerdeführerin ist X. ohne weiteres zur Beschwerdeführung und damit auch zur Unterzeichung der Beschwerde berechtigt (vgl. Art. 718 Abs. 1 i.V.m. Art. 718a Abs. 1 und 719 OR). Unter diesen Umständen kann vorliegend auf eine Nachfristansetzung verzichtet werden, und es ist auf die Beschwerde ohne weiteres einzutreten.

Justizkommission, 4. Februar 2004

§ 36 Abs. 1 und 2 ZPO. – Wird eine Bank mit der Überweisung des verlangten Kostenvorschusses auf das Postcheckkonto der Gerichtskasse beauftragt, gilt der Kostenvorschuss nur dann als rechtzeitig geleistet, wenn er am letzten Tag der Frist bei der Postfinance eintrifft und als Fälligkeitsdatum ebenfalls spätestens dieses Datum angegeben wird.

Aus den Erwägungen:

2. Nachdem die Beschwerdeführerin innert der angesetzten Frist auch den verlangten Kostenvorschuss von CHF 800.– nicht leistete, wurde ihr in Nachachtung von § 36 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 ZPO eine Nachfrist von drei Tagen angesetzt, um das Versäumte nachzuholen. Gleichzeitig wurde sie ausdrücklich darauf hingewiesen, dass nach unbenütztem Ablauf dieser Nachfrist auf die Beschwerde nicht eingetreten und diese ohne weiteres am Protokoll abgeschrieben würde. Die Mahnung ging der Beschwerdeführerin gemäss Zustellinformation «Track and Trace» und telefonischer Auskunft der zuständigen Postdienststelle am 28. Oktober 2004 zu. Die Beschwerdeführerin leistete den verlangten Kostenvorschuss aber auch bis zum Ablauf der erwähnten Nachfrist, bis zum 2. November 2004, nicht. Gemäss telefonischer Anfrage bei der Postfinance ging der Auftrag der von der Beschwerdeführerin zur Überweisung benützten Bank, den verlangten Kostenvorschuss dem PC-Konto der Gerichtskasse des Kantons Zug gutzuschreiben, erst am 4. November 2004 bei ihr ein. Als Fälligkeitsdatum war ebenfalls der 4. November 2004 angegeben. Die Postfinance führte den Auftrag gleichentags aus. Damit wurde aber die angesetzte Nachfrist zur Leistung des Kostenvorschusses nicht gewahrt. Hiezu hätte das Mandat bzw. die Daten spätestens am 2. November 2004 bei der Postfinance eintreffen und als Fälligkeitsdatum ebenfalls spätestens dieses Datum angegeben werden müssen (BGE 118 Ia 12; 117 Ib 220; Bundesgerichtsurteil 1P.464/2004 vom 14.10.2004). Unerheblich ist dabei, wann die Beschwerdeführerin ihrer Bank den Auftrag zur Überweisung des Kostenvorschusses erteilt hat, da diese im vorliegenden Zusammenhang als Hilfsperson der Beschwerdeführerin gilt und ihr Verhalten daher der Beschwerdeführerin als eigenes angerechnet werden muss (BGE 114 Ib 74 E. 4). Da der verlangte Kostenvorschuss erst am 4. November 2004 auf das Postcheckkonto der Gerichtskasse überwiesen und auch das Fälligkeitsdatum mit diesem Tag und damit auf einen Zeitpunkt nach Ablauf der Zahlungsfrist angegeben wurde, ist die Leistung des Kostenvorschusses verspätet erfolgt. Das vorliegende Beschwerdeverfahren ist daher androhungsgemäss am Protokoll abzuschreiben (§ 36 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 ZPO).

Justizkommission, 5. November 2004

§ 43 Abs. 1 ZPO. – Vom zahlungsunfähigen Kläger kann die Sicherstellung der Parteientschädigung verlangt werden. Der Zahlungsunfähige zeichnet sich dadurch aus, dass er nicht über die Mittel verfügt, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen. Um solche handelt es sich bei der im Streite liegenden Forderung und den damit zusammenhängenden Gerichts- und Parteikosten nicht. Allfällige künftige Verbindlichkeiten bei der heute zu beurteilenden Zahlungsfähigkeit bzw. -unfähigkeit können nicht berücksichtigt werden.

Aus den Erwägungen:

2. Der Beklagte stützt sein Begehren um Sicherstellung der Parteientschädigung auf den Kautionsgrund der Zahlungsunfähigkeit der Klägerin. Er macht geltend, die Klägerin habe selber mehrmals eingestanden, sie wäre überschuldet und könnte ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen, wenn sie die Urteilsforderung, die Gerichtskosten und die Parteientschädigungen bezahlen müsste. Damit ist nach Auffassung des Beklagten die Zahlungsunfähigkeit der Klägerin nachgewiesen.

3. Gemäss § 43 Abs. 1 ZPO kann die Sicherstellung der Parteientschädigung von Amtes wegen oder auf Antrag der Gegenpartei u.a. dann verlangt werden, wenn die Zahlungsunfähigkeit des Klägers durch Konkurs, durch einen Verlustschein oder eine gleichbedeutende Urkunde nachgewiesen ist.

Unter Zahlungsunfähigkeit (Insolvenz) ist die Unfähigkeit des Schuldners zu verstehen, aus einem nicht nur vorübergehenden Mangel an Zahlungsmitteln fällige Geldschulden zu begleichen (Brunner, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, N 2 zu Art. 191 SchKG; Isler, Die Kautionspflicht im Schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürich 1967, S. 26). Der Zahlungsunfähige zeichnet sich demnach dadurch aus, dass er nicht über die Mittel verfügt, fällige Verbindlichkeiten zu erfüllen. Um solche handelt es sich bei der im Streite liegenden Forderung und den damit zusammenhängenden Gerichts- und Parteikosten nicht. Es ist vielmehr ungewiss, ob die Klägerin diese Forderungen zu begleichen haben wird. Ob sie dereinst bei einem für sie negativ ausfallenden Urteil in der Lage sein wird, diese Verbindlichkeiten zu erfüllen, lässt sich heute nicht beurteilen. Demnach können allfällige künftige Verbindlichkeiten bei der heute zu beurteilenden Zahlungsfähigkeit bzw. -unfähigkeit nicht berücksichtigt werden (vgl. dazu SJZ 77 [1981], S. 198 ff.). Dass die Klägerin nicht in der Lage ist, ihren fälligen Verpflichtungen nachzukommen, wird vom Beklagten nicht behauptet, geschweige denn bewiesen (Art. 8 ZGB). Auch aus den von der Klägerin ins Recht gelegten Bilanzen per 31. Dezember 2003 und 2002 lässt sich weder auf eine Zahlungsunfähigkeit noch auf eine Überschuldung der Klägerin schliessen. Selbst wenn die Klägerin überschuldet wäre – wie dies der Beklagte anzunehmen scheint – hiesse dies nicht notwendigerweise, dass sie zahlungsunfähig ist, denn Insolvenz ist nicht mit Überschuldung gleichzu-

setzen. Eine Überschuldung wird zwar in der Regel zur Zahlungsunfähigkeit führen, möglich sind indessen Fälle, bei welchen die Überschuldung nicht zur unmittelbaren Zahlungsunfähigkeit führen muss. Anderseits ist Zahlungsunfähigkeit in solchen Fällen möglich, die keine Überschuldung aufweisen (Brunner, a.a.O., N 1 zu Art. 191 SchKG; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. A., Bern 2003, S. 305).

4. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Zahlungsunfähigkeit der Klägerin nicht nachgewiesen ist. Dies führt zur Abweisung des Kautionsbegehrens.

Zivilrechtliche Abteilung des Obergerichts, 20. Juli 2004

§ 94 f. ZPO, § 208 Ziff. 4 ZPO. – Weist der kantonsgerichtliche Referent ein gegen die von ihm nominierten Gutachter gestelltes Ausstandsbegehren ab und stellt fest, dass der Beschwerdeführer durch seine eigenmächtige Weigerung, den angesetzten Begutachtungstermin wahrzunehmen, auf das Gutachten zu seinem Gesundheitszustand verzichtet hat, handelt es sich dabei um eine Beweisverfügung. Gegen diese Verfügung ist die Einsprache an das Kantonsgericht gegeben. Die Beschwerde an die Justizkommission nach § 208 Ziff. 4 ZPO ist damit ausgeschlossen.

Aus den Erwägungen:

1. Es stellt sich vorab die Frage, ob gegen die vorliegende Referentenverfügung die Beschwerde überhaupt zulässig ist. Die Frage ist von Amtes wegen zu prüfen.

a) Mit der angefochtenen Verfügung hat der kantonsgerichtliche Referent einerseits das vom Beschwerdeführer gegen die nominierten Gutachter Prof. D. und Prof. R. gestellte Ablehnungsbegehren abgewiesen und andererseits festgestellt, dass der Beschwerdeführer durch seine eigenmächtige Weigerung, den auf den 15. Januar 2004 angesetzten Begutachtungstermin wahrzunehmen, auf das medizinisch-psychiatrisch-neurologische Gutachten zu seinem Gesundheitszustand verzichtet habe. Beide Entscheidungen sind prozessleitender Natur und beziehen sich auf das Beweisverfahren. Prozessleitende Verfügungen und Beschlüsse der Friedensrichter, des Kantonsgerichtspräsidenten als Einzelrichter und des Kantonsgerichts sind gemäss § 208 Ziff. 4 ZPO nur in den dort abschliessend aufgezählten Fällen (lit. a–f)

zulässig und in anderen Fällen nur, wenn klare Prozessvorschriften verletzt worden sind. Nach der Rechtsprechung der Justizkommission fallen unter diese Bestimmung entgegen dem strikten Wortlaut auch Verfügungen des Referenten, soweit es sich dabei nicht um einen Beweisbescheid bzw. einen Antrag dazu im Sinne von § 94 Abs. 2 ZPO handelt, gegen den die Einsprache an das Kantonsgericht gegeben ist (GVP 1981/82, S. 141; GVP 1985/86, S. 125). Die beiden Rechtsbehelfe gegen eine Referentenverfügung, also die Beschwerde und die Einsprache, sind nämlich nicht kumulativ gegeben. Wo die Einsprache an das Kantonsgericht möglich ist, kann die Referentenverfügung nicht mit Beschwerde an die Justizkommission angefochten werden. Das ergibt sich schon daraus, dass gemäss § 154 Abs. 4 ZPO der Einspracheentscheid des Kantonsgerichts nur mit der Hauptsache weiter gezogen werden kann.

b) Ob im vorliegenden Fall die Beschwerde zulässig ist, entscheidet sich mithin danach, ob gegen die in Frage stehende Referentenverfügung die Einsprache an das Kantonsgericht gegeben ist.

c) Nach der zugerischen Verfahrensordnung ist es grundsätzlich Sache des Referenten, das Beweisverfahren vorzubereiten und insoweit auch durchzuführen (§§ 94/95 ZPO). Gemäss § 94 ZPO prüft der Referent die eingereichten Schriftsätze und setzt, wenn er die Verhandlung des Prozesses für genügend vorbereitet erachtet, Termin zur Hauptverhandlung an (Abs. 1). Findet er die durch die Schriftsätze gegebene Grundlage als nicht genügend, um den Urteilsspruch am Tage der Hauptverhandlung zu ermöglichen und erscheint ein Beweisbescheid als erforderlich, so erlässt der Referent einen bezüglichen Antrag und stellt ihn den Parteien zu (Abs. 2). Erhebt eine Partei gegen den Inhalt des Antrages oder die Abnahme der Beweise durch den Referenten binnen der im Antrag gestellten Frist Einsprache, so setzt dieser den Termin zur Hauptverhandlung an (Abs. 3). Erfolgt dagegen binnen Frist keine Einsprache, oder richtet sie sich nur gegen die Abnahme einzelner Beweismittel durch den Referenten, so schreitet dieser gemäss § 95 ZPO zur Abnahme der unbestritten gebliebenen Beweise und trifft alle Massnahmen, welche notwendig sind, um den Urteilsspruch am Tage der Verhandlung zu ermöglichen. Nach der gesetzlichen Regelung hat also der prozessleitende Richter ohne vorgängige Einholung der Zustimmung der Parteien, aber unter dem Vorbehalt einer Einsprache durch die Parteien, nötigenfalls einen Beweisbescheid zu erlassen, der schon im Einleitungsverfahren zur Ausführung gelangen muss, wenn kein Einspruch erfolgt (Kurt Bossong, Das Einleitungsverfahren vor Kantonsgericht im zugerischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1944, S. 66). Im Gesetz wird der Inhalt dieses Beweisbescheides bzw. – in der Sprache des Gesetzes – des bezüglichen Antrages nicht umschrieben. Man ist versucht, ihn mit dem in § 154 Abs. 1 ZPO festgeschriebenen Inhalt für den vom Kollegialgericht ausgehenden Beweisbescheid gleich zu setzen. Danach ordnet das Gericht mit dem Beweisbescheid an, über welche Tatsachen, durch welche Partei, allenfalls mit welchen Beweismitteln und

binnen welcher Frist der Beweis anzutragen oder zu führen ist. Wie Kurt Bossong unter Rückgriff auf die Materialien und Entstehungsgeschichte überzeugend nachweist, hat der Referent indes keinen solchen Beweisbescheid zu erlassen. Sein Beweisbescheid ist in erster Linie eine Beweisabnahmeverfügung und nicht ein Bescheid über Beweisthema und Beweislast, was allerdings nicht ausschliesst, dass er neben der Zulässigkeit eines bestrittenen Beweises auch über die Frage der Relevanz eines Beweises entscheidet (a.a.O., S. 67 f., insbes. FN 156). Es handelt sich dabei um einen prozessleitenden Entscheid, der als solcher nicht in Rechtskraft erwächst (§ 154 Abs. 3 ZPO).

Margrit Spillmann weist in ihrer Zürcher Dissertation von 1973 (Das Beweisrecht in der zugerischen Zivilprozessordnung vom 3. Oktober 1940 und de lege ferenda) darauf hin, dass sich die zugerische Praxis mit dem Beweisbescheid nie habe befreunden können. In aller Regel werde kein Beweisbescheid erlassen, sondern es werde lediglich mittels einzelner Beweisverfügungen die Abnahme der verschiedenen Beweise angeordnet (S. 58 f.). Die Praxis habe überhaupt das für das Untersuchungsverfahren geltende Beweisverfahren weitgehend in das ordentliche Hauptverfahren übernommen. Insbesondere erlasse der Referent keinen eigentlichen Beweisbescheid nach § 94 ZPO (wobei Spillmann davon ausgeht, dass dieser inhaltlich § 154 Abs. 1 ZPO zu entsprechen habe), sondern nur einzelne Beweisverfügungen; Frist zur Einsprache gegen die Beweisabnahme durch den Referenten werde nicht gesetzt (a.a.O., S. 68). Diese Feststellung dürfte mit Bezug auf die Referententätigkeit jedenfalls für die jüngere Praxis nicht mehr durchwegs und vollumfänglich gültig sein. Der Referent erlässt in umfangreicheren Fällen vermehrt eine Beweisabnahmeverfügung im Sinne der vorerwähnten Ausführungen Bossongs und setzt dabei auch Frist zur Einsprache an. Nach der Praxis ist jedenfalls unbestritten, dass unbekümmert darum auch gegen die einzelnen Beweisverfügungen des Referenten gestützt auf § 94 Abs. 3 ZPO Einsprache beim Gesamtgericht erhoben werden kann (vgl. GVP 1985/86, S. 125 E. 2; JZ 1999/3.3).

d) Wie erwähnt, ersuchte der Referent der 2. Abteilung des Kantonsgerichts nach Absprache mit den Parteien am 3. Oktober 2003 Prof. R. um eine medizinische Begutachtung des Beschwerdeführers sowie um Beantwortung der von den Parteien gestellten Fragen und räumte dem Gutachter das Recht zum Beizug weiterer Sachverständigen ein, insbesondere von Dr. M. Am 31. Oktober 2003 informierte der Referent die Parteien darüber, dass Prof. R. den Gutachtensauftrag am 30. Oktober 2003 angenommen habe. Dieses Schreiben lässt sich zwanglos als Beweisverfügung im oben erwähnten Sinne qualifizieren, teilte der Referent den Parteien doch darin abschliessend mit, dass die von den Parteien beantragte Begutachtung des Beschwerdeführers durch die beiden vorerwähnten Sachverständigen erfolge (§ 94 i.V.m. § 181 ff. ZPO). Nachdem Prof. R. gegenüber dem Referenten erklärt hatte, anstelle von Dr. M. werde Prof. D. die Begutachtung des Beschwerde-

führers vornehmen, kam der Referent auf seine Beweisverfügung insoweit zurück, als er den Parteien im Schreiben vom 19. Dezember 2003 erläuterte, von Seiten des Gerichts bestünden keine Einwendungen gegen den Beizug von Prof. D., weshalb ohne begründeten Gegenbericht bis zum 5. Januar 2004 davon ausgegangen werde, dass auch die Parteien damit einverstanden seien. Damit bestimmte der Referent Prof. D. unter Vorbehalt allfälliger Einwendungen durch die Parteien zum (Mit-)Gutachter. Dieses Vorgehen ist wie erwähnt nicht zu beanstanden, erwächst eine Beweisverfügung doch nicht in Rechtskraft und kann vom Richter unter Angabe der Gründe abgeändert werden (§ 154 Abs. 4 ZPO; Margrit Spillmann, a.a.O., S. 57). Mit Eingabe vom 24. Dezember 2003 lehnte der Beschwerdeführer Prof. D. und «aufgrund soeben bekannt gewordener Noven» auch Prof. R. ab. Diese Ausstandsbegehren wies der Referent mit Verfügung vom 26. Januar 2004 ab. Es ist nicht zu beanstanden, dass der Referent diesen Entscheid selber gefällt und nicht direkt dem Kantonsgericht vorbehalten hat. Wenn er im Rahmen seiner Referententätigkeit zur Nomination des Gutachters zuständig ist, ist nicht einzusehen, weshalb er nicht auch über ein allfälliges Ablehnungsbegehren der Parteien gegen den in Aussicht genommenen Experten zunächst sollte befinden dürfen. Auch dieser Entscheid kann durchaus als Beweisverfügung aufgefasst werden, bezieht er sich doch ebenfalls auf die Abnahme von Beweismitteln. Die Referentenverfügung vom 26. Januar 2004 unterliegt mithin als Beweisverfügung der Einsprache an das Kollegialgericht. Dementsprechend ist aber die Beschwerde an die Justizkommission ausgeschlossen. Auf den Beschwerdeantrag 1 kann daher nicht eingetreten werden.

e) Indem der kantonsgerichtliche Referent in der hier angefochtenen Verfügung des Weiteren feststellte, der Beschwerdeführer habe auf die Begutachtung seines Gesundheitszustandes überhaupt verzichtet, kam er auch insoweit auf seine ursprüngliche Beweisverfügung, mit der er die Einholung eines Gutachtens angeordnet hatte, zurück, was – wie bereits erwähnt – an sich zulässig ist. Die angefochtene Verfügung stellt sich daher auch insofern als Beweisverfügung dar. Zwar wird damit nicht die Abnahme eines Beweismittels angeordnet, sondern vielmehr die Abnahme eines beantragten und zunächst angeordneten Beweismittels nachträglich verweigert. Wie bereits erwähnt, ist der Referent im Rahmen seines Beweisbescheides bzw. Antrages berechtigt, angerufene Beweise unberücksichtigt zu lassen (Kurt Bossong, a.a.O., S. 68). Er lehnt diese dabei zwar nicht ausdrücklich, sondern stillschweigend ab. Indes ist nicht zu verkennen, dass sich die Einsprachemöglichkeit gegen eine Beweisverfügung des Referenten auch aus der Einsprachemöglichkeit gegen seinen Antrag zu einem Beweisbescheid herleitet. Erlässt er einen solchen und lehnt darin, sei es auch nur stillschweigend, die Abnahme eines bestimmten beantragten Beweises ab, womit die Parteien nicht einverstanden sind, steht ihnen wohl die Einsprache an das Kantonsgericht ebenfalls zur Verfügung. Es wäre deshalb unverständlich, wenn den Parteien in der vorliegenden Konstellation die Einsprache nicht

zur Verfügung stünde. Im Übrigen dürfte der endgültige Entscheid darüber, ob der Beschwerdeführer durch sein Verhalten auf das angerufene Beweismittel verzichtet habe, ohnehin vom Kantonsgericht zu treffen sein, das ja an die prozessleitenden Verfügungen des Referenten nicht gebunden ist (§ 154 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Damit ist aber die Beschwerde an die Justizkommission auch insoweit ausgeschlossen. Dementsprechend kann auch auf den Beschwerdeantrag 2 nicht eingetreten werden.

Justizkommission, 11. November 2004

§ 129 Ziff. 3 ZPO – Die Frage nach der Zulässigkeit des einstweiligen Rechtsschutzes im Firmenrecht entscheidet sich ausschliesslich nach dem kantonalen Prozessrecht. Beim Erlass vorsorglicher Massnahmen ist Zurückhaltung geboten, da das Unternehmen, dem der Gebrauch seiner Firma vorsorglich verboten würde, gezwungen wäre, diese Firma aufzugeben und eine neue anzunehmen, was praktisch nicht mehr rückgängig zu machen wäre.

Aus den Erwägungen:

1. Nach § 129 Ziff. 3 ZPO – auf welche Bestimmung sich das vorliegende Gesuch stützen lässt – kann der Gerichtspräsident auf Begehren einer Partei und sofern die Berechtigung der Verfügung glaubhaft gemacht wird, Verfügungen treffen, die dazu dienen «andere als auf Geld oder Sicherheitsleistung gerichtete fällige Rechtsansprüche zu schützen, wenn bei nicht sofortiger Erfüllung ihre Vereitelung oder eine wesentliche Erschwerung ihrer Befriedigung zu befürchten ist oder dem Berechtigten ein erheblicher, nicht leicht zu ersetzender Schaden oder Nachteil droht». Glaubhaft zu machen sind der Anspruch, dem durch eine vorsorgliche Massnahme einstweiliger Rechtsschutz gewährt werden soll, und der Verfügungsgrund, d.h. die Gefährdung dieses Anspruchs bei nicht sofortigem vorsorglichem Eingreifen des Richters (Meier, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Zürich 1982, S. 132 ff.). Glaubhaftmachen heisst, dass der Richter nicht von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptungen überzeugt sein muss, vielmehr genügt es, dass aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die fraglichen Tatsachen besteht. Ungenügend ist hingegen eine bloss unbestimmte oder entfernte Möglichkeit eines rechtswidrigen Verhaltens (Frank / Sträuli / Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 5 zu § 110 ZPO-ZH). Der Gesuchsgegner kann das Glaubhaftmachen des Gesuchstellers zerstören, indem er seinerseits glaubhaft macht, dass der Anspruch nicht bestehe. Will der Gesuchstel-

ler dies verhindern, muss er darlegen, dass sein Standpunkt trotz der Vorbringen des Gesuchsgegners noch glaubhafter sei (Meier, a.a.O., S. 147). Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit dürfen nur zur Abwendung der Gefahr notwendige und geeignete Massnahmen angeordnet werden; von mehreren möglichen ist stets die mildeste Massnahme auszuwählen (Meier, a.a.O., S. 158; Brandenberg, Das summarische Verfahren in der zugerischen Zivilprozessordnung, Diss., Zürich 1966, S. 91).

2. Vorerst ist zu prüfen, ob der Gesuchsteller seinen Rechtsanspruch glaubhaft gemacht hat.

2.1 Gemäss Art. 946 Abs. 1 OR darf eine im Handelsregister eingetragene Einzelfirma von keinem anderen Geschäftsinhaber an demselben Orte verwendet werden, selbst dann nicht, wenn er den gleichen Vor- und Familiennamen hat, mit dem die ältere Firma gebildet worden ist. Der neue Geschäftsinhaber hat in einem solchen Falle seinem Namen in der Firma einen Zusatz beizufügen, durch den diese deutlich von der älteren Firma unterschieden wird (Art. 946 Abs. 2 OR). Wer durch den unbefugten Gebrauch einer Firma beeinträchtigt wird, kann auf Unterlassung der weiteren Führung der Firma und bei Verschulden auf Schadenersatz klagen (Art. 956 Abs. 2 OR).

2.2 Ob sich zwei Firmen deutlich voneinander unterscheiden, hängt davon ab, ob für die optische und akustische Wahrnehmung des Wortbildes und -klanges der in Frage stehenden Einzelfirmen im üblichen Geschäftsverkehr eine Verwechslungsgefahr besteht, wobei eine gewisse Sorgfalt des im Geschäftsleben tätigen Lesers oder Hörers vorausgesetzt werden darf. Bei kürzerem Wortlaut steht der Gesamteindruck im Vordergrund. Bei längerem Wortlaut kommt es auf den besonderen Eindruck an, den die hervorstechenden Kennworte oder Merkmale der Firma erwecken. Grundsätzlich werden Sachbezeichnungen in der Einzelfirma strenger beurteilt, da für sie ein grösserer Auswahlspielraum zur Verfügung steht als für die gesetzlichen vorgeschriebenen Familiennamen (Altenpohl, Basler Kommentar, 2. A., Basel/Genf/München 2002, N 4 zu Art. 946 OR und dort zitierte Rechtsprechung).

2.3 Die Frage, ob im Bereich des Firmenrechtes ein einstweiliger Rechtsschutz möglich ist, entscheidet sich ausschliesslich nach kantonalem Prozessrecht. Im Firmenrecht ist jedoch beim Erlass vorsorglicher Massnahmen Zurückhaltung geboten, da das Unternehmen, dem der Gebrauch seiner Firma vorsorglich verboten würde, gezwungen wäre, diese Firma aufzugeben und eine neue anzunehmen, was praktisch nicht mehr rückgängig zu machen wäre (Altenpohl, a.a.O., N 14 zu Art. 956 OR).

2.4 (...)

Beide Firmen weisen den Familiennamen «X.» sowie den prägenden Bestandteil «Y.» auf und bezwecken den Handel mit und die Fabrikation von Y-Systemen, weshalb sich die beiden Firmen nicht deutlich unterscheiden.

Zudem sind beide Einzelfirmen an derselben Adresse domiziliert, was einer Verwechslungsgefahr Vorschub leistet. Dass es bei der Postzustellung schon zu Verwechslungen gekommen ist, wurde vom Gesuchsteller belegt. Somit wurde das Bestehen einer Verwechslungsgefahr zumindest glaubhaft gemacht. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang der Umstand, dass in Z. eine Firma X. Consulting domiziliert ist, welche im Bereiche des Marketings tätig ist. Der Unterlassungsanspruch des Gesuchstellers im Sinne von Art. 956 Abs. 2 OR wurde mithin glaubhaft gemacht. Es kann daher offen bleiben, ob der Gesuchsteller seinen Unterlassungsanspruch auch auf das UWG abstützen könnte.

Kantonsgerichtspräsidium Zug, 17. März 2004

§ 129 Ziff. 5 ZPO – Der Gesuchsteller verfügt im Rahmen der vorsorglichen Beweissicherung über die Verfahrensherrschaft.

Aus den Erwägungen:

(...)

5. Im Rahmen der vorsorglichen Beweissicherung verfügt der Gesuchsteller über die Verfahrensherrschaft mit Bezug auf die seines Erachtens relevante vorprozessual anzuordnende vorsorgliche Abnahme gefährdeter Beweise. Deshalb ist ausschliesslich die Abnahme der von ihm beantragten Beweismittel möglich, nicht aber solche auf Begehren der Gegenpartei oder deren Anordnung von Amtes wegen. Die bei der Beweisabnahme zu beachtenden Mitwirkungsrechte der Gegenpartei sind auf Erläuterungsbegehren und geringfügige Ergänzungsanträge zum Gutachten beschränkt. Weitergehende Anträge der Gegenpartei müsste diese in einem selbständigen Beweissicherungsverfahren stellen (vgl. ZR 103 [2004] Nr. 6). Demzufolge sind die Zusatzfragen der Parteien dem Experten X. zur Beantwortung zu unterbreiten und der Antrag auf Anordnung einer Oberexpertise ist abzuweisen.

Kantonsgerichtspräsidium Zug, 22. März 2004

§ 210 ZPO, Art. 56 SchKG. – Im Falle der Zustellung eines Rechtsöffnungsentscheides während den Betreibungsferien beginnt die Beschwerdefrist unabhängig vom Ausgang des Rechtsöffnungsverfahrens erst nach Ablauf der Betreibungsferien zu laufen.

Aus den Erwägungen:

2. a) Die Verfügung vom 19. Dezember 2003 wurde der Beschwerdeführerin gemäss der unterzeichneten Empfangsbestätigung am 22. Dezember 2003 zugestellt. Die Zustellung dieses Entscheides erfolgte mithin während den vom 18. Dezember 2003 bis 1. Januar 2004 dauernden Weihnachtsbetreibungsferien (Art. 56 Ziff. 2 SchKG). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine während der Betreibungsferien vorgenommene Betreibungshandlung weder nichtig noch anfechtbar. Vielmehr entfaltet sie ihre Rechtswirkungen erst nach Ablauf der Betreibungsferien (BGE 121 III 284 f.). Betreibungshandlungen sind Handlungen der Vollstreckungsbehörden, die auf die Einleitung oder Fortsetzung des Verfahrens gerichtet sind, das darauf abzielt, den Gläubiger auf dem Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Vermögen des Schuldners zu befriedigen und die in die Rechtsstellung des Schuldners eingreifen. Bei der Prüfung, ob eine bestimmte Vorkehrung eine Betreibungshandlung im Sinne der oben erwähnten Bestimmung darstellt, ist darauf abzustellen, ob das Verfahren in ein vorgerücktes Stadium gebracht, d.h. die Rechtsstellung des Schuldners präjudiziert wird (Thomas Bauer, Basler Kommentar zum SchKG I, Basel / Genf / München 1998, N 25 zu Art. 56 u.a. mit Hinweisen auf BGE 115 III 13 und 114 III 61). Als Betreibungshandlungen werden daher die Erteilung der definitiven oder provisorischen Rechtsöffnung angesehen. Dies gilt sowohl für den Entscheid des Rechtsöffnungsrichters als auch für jenen der Rechtsmittelinstanz. Während den Betreibungsferien darf deshalb eine Rechtsöffnungsverhandlung nicht durchgeführt und die Rechtsöffnung nicht ausgesprochen werden. Dasselbe gilt auch für die Zustellung des Entscheides, mit welchem die Rechtsöffnung bewilligt wird (Thomas Bauer, a.a.O., N 30 zu Art. 56 u.a. mit Hinweisen auf BGE 115 III 93, 96 III 49, 84 I 55, 53 III 69 u. 50 I 226).

b) Im vorliegenden Fall wies der Rechtsöffnungsrichter das Rechtsöffnungsgesuch der Beschwerdeführerin ab. Aufgrund der zitierten Literatur und Rechtsprechung, wonach bei der Beurteilung, ob eine Betreibungshandlung vorliegt, darauf abzustellen ist, ob das Verfahren in ein vorgerücktes Stadium gebracht bzw. die Stellung des Betreibungsschuldners präjudiziert wird, würde dieser Entscheid keine Betreibungshandlung darstellen. Es liesse sich daher argumentieren, die Betreibungsferien hätten keinen Einfluss auf den Lauf der Rechtsmittelfrist, d.h. die 10-tägige Beschwerdefrist habe einen Tag nach der am 22. Dezember 2003 erfolgten Zustellung des Entscheides zu laufen begonnen (§ 210 ZPO in Verbindung mit § 92 GOG bzw. Art. 31 Abs. 1 SchKG) und nicht erst nach Ablauf der Betreibungsferien am 2. Januar 2004. Damit wäre die am 12. Januar 2004 zur Post gegebene Be-

schwerde auch in diesem Fall verspätet. Gegen diese Lösung spricht allerdings die Rechtssicherheit. Für den Lauf der Beschwerdefrist in einem Rechtsöffnungsverfahren kann nicht massgebend sein, ob der Rechtsöffnungsrichter das Rechtsöffnungsgesuch bewilligt hat oder nicht. Insbesondere ergäben sich völlig unübersichtliche Zustände, wenn ein Rechtsöffnungsgesuch bloss teilweise gutgeheissen wird. Diesfalls bestünden für die Anfechtung des gleichen Entscheids unterschiedliche Rechtsmittelfristen. So hätte der Betreibungsgläubiger gegen die teilweise Abweisung des Rechtsöffnungsgesuchs bereits innert zehn Tagen nach Zustellung des Entscheides Beschwerde zu erheben, während der Betreibungsschuldner die teilweise Gutheissung des Rechtsöffnungsgesuchs erst zehn Tage nach Ablauf der Betreibungsferien anzufechten hätte. Nicht geklärt wäre überdies, wann die Rechtsmittelfrist zu laufen beginnt, wenn von einer Partei bloss die Kosten- und Entschädigungsregelung angefochten wird. Um einen einheitlichen Fristenlauf sicherzustellen ist daher zu postulieren, dass die Beschwerdefrist im Falle der Zustellung eines Rechtsöffnungsentscheides während den Betreibungsferien unabhängig vom Ausgang des Rechtsöffnungsverfahrens erst nach Ablauf der Betreibungsferien zu laufen beginnt. Eine analoge Regelung besteht nach Art. 63 SchKG im Übrigen, wenn das Ende der Rechtsmittelfrist im Rechtsöffnungsverfahren in die Zeit der Betreibungsferien fällt. So wird nach dieser Bestimmung die Rechtsmittelfrist nicht nur für den Betreibungsschuldner sondern auch für den Betreibungsgläubiger bis zum dritten Werktag nach deren Ende verlängert. Die Fristverlängerung gilt nach Art. 63 SchKG mithin für beide Parteien, gleichgültig wie entschieden worden ist.

c) Nach dem Gesagten hat die Beschwerdeführerin mit der am 12. Januar 2004 zur Post gegebenen Beschwerde, die 10-tägige Beschwerdefrist, welche am 2. Januar 2004 zu laufen begonnen hat, gewahrt, verlängerte sich doch die am Sonntag, 11. Januar 2003, abgelaufene Beschwerdefrist um einen Tag auf den folgenden Montag (§ 210 ZPO in Verbindung mit § 92 GOG bzw. Art. 31 Abs. 4 SchKG). Auf die Beschwerde gegen den Rechtsöffnungsentscheid vom 19. Dezember 2004 kann somit eingetreten werden.

Justizkommission, 6. Mai 2004

§§ 41 ff. GOG. – Kann auf die betreibungsrechtliche Beschwerde offensichtlich wegen formellen Mängeln nicht eingetreten werden, erübrigt es sich, auf ein (erneut) gestelltes Ausstandsbegehren gegen die ordentlichen Mitglieder der Justizkommission einzutreten.

Aus den Erwägungen:

2. Mit Ausnahme der Fälle, in denen dieses Gesetz den Weg der gerichtlichen Klage vorschreibt, kann gemäss Art. 17 Abs. 1 SchKG gegen jede Verfügung eines Betreibungs- oder eines Konkursamtes bei der Aufsichtsbehörde wegen Gesetzesverletzung oder Unangemessenheit Beschwerde geführt werden (Abs. 1). Die Beschwerde muss binnen 10 Tagen seit dem Tage, an welchem der Beschwerdeführer von der Verfügung Kenntnis erhalten hat, angebracht werden (Abs. 2). Sie ist gemäss § 210 Abs. 1 ZPO schriftlich und im Doppel unter Beifügung der angefochtenen Verfügung und der darauf bezüglichen Belege einzureichen und zu begründen. In der Beschwerde ist von Bundesrechts wegen anzugeben, welche Änderungen des angefochtenen Entscheides beantragt werden, sowie kurz darzulegen, welche Rechtsätze durch den angefochtenen Entscheid verletzt sein sollen und aus welchem Grunde (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. A., Bern 2003, § 6 N 52). Nachträgliche, d.h. nach Ablauf der Beschwerdefrist angebrachte Ergänzungen müssen unbeachtlich bleiben (BGE 126 III 30). Die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 26. März 2004 genügt diesen Anforderungen offenkundig in keiner Art und Weise. Die Beschwerdeführerin stellt darin weder einen bestimmten Antrag noch legt sie dar, inwiefern und aus welchen Gründen die Pfändung gegen gesetzliche Vorschriften verstossen oder unangemessen sein soll. Das ist denn aber auch sonst nicht ersichtlich. Da die Beschwerdefrist am 26. März 2004 ablief, war es auch nicht mehr möglich, der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu geben, ihre am letzten Tag der Frist der Post übergebene Eingabe entsprechend zu verbessern. Soweit sich die Eingabe als Beschwerde gegen die Pfändungsurkunde qualifizieren soll, kann daher darauf nicht eingetreten werden.

3. Nachdem auf die betreibungsrechtliche Beschwerde – sofern es sich denn nach dem Willen der Beschwerdeführerin überhaupt um eine solche handeln soll – offensichtlich wegen der formellen Mängel nicht eingetreten werden kann, erübrigt es sich auch, auf das in der Eingabe vom 26. März 2004 offenbar erneut (zumindest sinngemäss) gestellte Ausstandsbegehren gegen die ordentlichen Mitglieder der Justizkommission einzutreten. Unter den gegebenen Umständen kann auch ohne weiteres darauf verzichtet werden, überhaupt ein separates Ausstandsverfahren zu eröffnen und über das Begehren unter Beizug von Ersatzmitgliedern zu befinden.

Justizkommission als AB SchKG, 30. April 2004

§ 45 Abs. 2 GOG. – Werden Ausstands- bzw. Ablehnungsgründe erst nach Abschluss des Verfahrens entdeckt bzw. ergeben sich solche aufgrund der Urteilsbegründung, sind diese mit dem gegen das Urteil zulässigen Rechtsmittel geltend zu machen (Erw. 2). Weiterleitung des Gesuchs von Amtes wegen an die zuständige Behörde (Erw. 3).

Aus den Erwägungen:

2. a) Gemäss § 45 Abs. 1 GOG hat die Partei, welche eine Gerichtsperson ablehnen will, ihr Gesuch bei dem Gerichte oder derjenigen Aufsichtsbehörde, welche darüber zu entscheiden hat, so rechtzeitig einzureichen, dass der Ersatzmann einberufen werden kann. Über streitige Ausstandsbegehren gegen den Einzelrichter in Strafsachen entscheidet nach § 46 Ziff. 3 GOG i.V.m. § 54 Abs. 2 KV das Obergericht als Aufsichtsbehörde, und zwar nach der Praxis in Anlehnung an § 15 Abs. 2 Ziff. 2 GOG deren Justizkommission (JS 96/48.214).

b) Gemäss § 45 Abs. 2 GOG kann das Ausstandsgesuch in jedem Zeitpunkt des Verfahrens gestellt werden. Daraus ergibt sich e contrario, dass ein Ausstandsgesuch nicht mehr gestellt werden kann, wenn das Verfahren abgeschlossen ist. Werden mithin Ausstands- bzw. Ablehnungsgründe erst nach Abschluss des Verfahrens entdeckt bzw. ergeben sich solche aufgrund der Urteilsbegründung, sind diese mit dem gegen das Urteil zulässigen Rechtsmittel geltend zu machen. Das ergibt sich schon daraus, dass die Aufsichtsbehörde selbstverständlich nicht zuständig ist, ein Urteil einer ihrer Aufsicht unterstehenden Instanz aufzuheben. Die alleinige Feststellung eines Ausstandsgrundes könnte daher keinen praktischen Verfahrenszweck verfolgen. Demzufolge kann auf das vorliegende Ablehnungsbegehren nicht mehr eingetreten werden.

3. Gegen das vorliegende Einzelrichterurteil ist gemäss § 70 Abs. 1 Ziff. 2 StPO die Berufung an das Strafgericht zulässig. Mit ihr können denn auch gemäss § 70 Abs. 3 StPO sämtliche Mängel des Verfahrens und des Urteils angefochten werden (1. Satz). Wo die Berufung möglich ist, ist die Anrufung anderer Rechtsmittel nicht zulässig (2. Satz). Die Berufungsfrist beträgt dabei gemäss § 71 Abs. 2 StPO 20 Tage seit Zustellung des begründeten Urteils; die Berufung ist schriftlich, mit bestimmten Anträgen, begründet und im Doppel, unter Beifügung des angefochtenen Urteils bei der Berufungsinstanz einzureichen. Es stellt sich deshalb die Frage, ob das vorliegende Ausstandsgesuch als Berufung entgegengenommen werden könnte. Eingaben, die aus Versehen an eine unrichtige Amtsstelle gerichtet sind, gelten gemäss § 93 GOG schon in demjenigen Zeitpunkt bei der richtigen Behörde eingegangen, in dem sie der anderen Stelle eingehändigt oder für diese der Post übergeben wurden. Die weitere Beförderung an die zuständige Amtsstelle hat von Amtes wegen zu erfolgen. Da das Ausstandsgesuch noch am letzten Tag der 20-tägigen Berufungsfrist beim Einzelrichteramt eingereicht wurde,

wäre die Berufung somit noch rechtzeitig, sofern das vorliegende Gesuch versehentlich bei der unzuständigen Instanz eingereicht wurde. Das lässt sich bei grosszügiger Betrachtungsweise rechtfertigen. Das Gesuch ist daher von Amtes wegen an die Berufungskammer des Strafgerichtes des Kantons Zug weiterzuleiten. Diese hat darüber zu befinden, ob das Gesuch als Berufung umgedeutet und entgegen genommen werden kann.

Justizkommission, 30. April 2004

§ 81 GOG, § 49 Abs. 1 ZPO. – Erläuterung gemäss § 81 GOG (Erw. 4a–d). § 49 Abs. 1 ZPO, wonach die Prozessentschädigung dem Rechtsvertreter zugesprochen wird, wenn die unentgeltliche Partei obsiegt, beinhaltet eine Art Legalzession, d.h. die der obsiegenden Partei zugesprochene Prozessentschädigung geht sogleich und unmittelbar kraft Gesetzes auf dessen unentgeltlichen Rechtsbeistand über bzw. entsteht direkt bei diesem (Erw. 4f). Handelt es sich bei § 49 Abs. 1 ZPO um eine so verstandene Legalzession, kann ein Urteil, in welchem die Prozessentschädigung versehentlich dem obsiegenden Kläger statt seinem unentgeltlichen Rechtsvertreter zugesprochen wird, auf dem Wege der Erläuterung korrigiert werden (Erw. 4h).

Aus den Erwägungen:

4. a) Wenn die Bestimmungen eines Erkanntnisses unklar oder zweideutig sind, oder wenn sie Widersprüche, Rechnungs- oder Redaktionsfehler enthalten, so kann gemäss § 81 GOG bei dem Gerichte, welches das Erkanntnis erlassen hat, dessen Erläuterung nachgesucht werden. Die Erläuterung im engeren Sinne ist eine authentische Interpretation dessen, was der Richter in seinem Entscheid angeordnet hat (ZR 79 Nr. 6). Zweck der Erläuterung ist die klare Formulierung einer klar gedachten und gewollten, aber unklar formulierten Entscheidung. Das Erläuterungsverfahren dient in erster Linie der Prozessökonomie, indem es dazu beitragen soll, Rechtsmittelverfahren wegen blosser unklarer Formulierungen zu verhindern. Unklarheiten und Widersprüche können in diesem Verfahren aber nur insoweit berichtigt werden, als sie lediglich formale Mängel betreffen. Eine sachliche Änderung des Entscheids, die auf einem neuen Gedankenvorgang beruht, ist nicht möglich (ZR 82 Nr. 61). Die Erläuterung sagt nur, was das Gericht meinte; sie nimmt aber keine Korrektur des Entscheids vor. Sie kann weder eine Wiedererwägung noch eine materielle Änderung des Entscheids zur Folge haben; dieser kann also auf dem Weg der Erläuterung weder widerrufen noch ergänzt werden. Die Erläuterung ist kein Rechtsmittel. Auch wenn der

vom Richter getroffene Entscheid auf einem offenbaren Rechtsirrtum beruht, kann er nachträglich nicht auf dem Weg der Erläuterung berichtigt werden. Der rechtskräftig gewordene Entscheid ist auch für den Richter, der ihn ausgefällt hat, unabänderlich geworden. Die Rechte und Pflichten, wie sie der zu erläuternde Entscheid umschreibt, werden durch die Erläuterung nicht geändert, sondern nur besser formuliert (Hauser / Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 162 N 1 ff.). Mit der Erläuterung kann keine Abänderung eines Urteils erreicht werden, sondern bloss dessen Verdeutlichung (Elisabeth Escher, in: Geiser / Münch [Hrsg.], Prozessieren vor Bundesgericht, Basel/Genf/München 1996, Rz 8.2).

b) Neben der Erläuterung im engeren Sinne kennt beispielsweise die zürcherische Verfahrensordnung in einer eigenen Bestimmung auch noch die Berichtigung von offenkundigen Versehen, wie Schreibfehler, Rechnungsirrtümer und ähnlichen Unrichtigkeiten, wobei diese Korrekturmöglichkeit sogar dem Kanzleibeamten im Einverständnis mit dem Präsidenten zusteht. Ein offenkundiges Versehen ist dabei immer dann anzunehmen, wenn aus dem Text einer gerichtlichen Entscheidung ohne weiteres hervorgeht, dass das, was das Gericht aussprechen oder anordnen wollte, nicht übereinstimmt mit dem, was es tatsächlich ausgesprochen oder angeordnet hat. Es muss sich mit anderen Worten um einen Fehler im Ausdruck und nicht um einen solchen in der Willensbildung des Gerichts handeln. Eine Entscheidung, die so gewollt war, wie sie ausgesprochen wurde, die aber auf einer irrtümlichen Tatbestandsfeststellung oder einem offenbaren Rechtsirrtum beruht, darf auch hier weder berichtigt werden, noch ist sie der Erläuterung zugänglich (Hauser/Schweri, a.a.O., N 1 zu § 166). Liegt ein Fehler in der Willensbildung des Richters vor, ist eine Urteilsergänzung oder Urteilsberichtigung auf dem Wege der Erläuterung nicht zulässig (Bühler / Edelmann / Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Aarau/Frankfurt am Main/Salzburg 1998, N 6 zu § 281). Demgegenüber kennt etwa das bernische Verfahrensrecht lediglich die Berichtigung, nicht aber die Erläuterung (vgl. Leuch / Marbach / Kellerhals / Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. A., Bern 2000, Art. 402 N 4 Abs. 2; Art. 334 Abs. 2).

c) Die Erläuterung nach dem zugerischen Verfahrensrecht (§ 81 GOG) umfasst sowohl die Erläuterung im eigentlichen, engeren Sinn als auch die Berichtigung, wie sie die zürcherischen Verfahrensordnung zusätzlich in einer eigenen Bestimmung vorsieht. Bei der Berichtigung handelt es sich insofern um eine mindere Form der Erläuterung (Vogel / Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. A., Bern 2001, 13 N 103). Die Erläuterung im weiteren Sinne dient mithin der Klarstellung von unklaren, unvollständigen oder widersprüchlichen Urteilen unter Verbesserung von Redaktions- und Rechnungsfehlern. Auch im Verfahren vor Bundesgericht wird – wie in der zugerischen Verfahrensordnung – nicht zwischen Erläuterung und Berichtigung unterschieden (Vogel/Spühler, a.a.O., 13 N 227). Die zugerische Praxis hat der Erläuterung sodann über den Wortlaut des Gesetzes hinaus insofern ein erweitertes An-

wendungsgebiet zugesprochen, als sie auch die Korrektur eines versehentlich unvollständigen Rechtsspruches auf diesem Wege zulässt. So hat das Strafgericht bereits im Jahre 1952 festgehalten, dass die Korrektur eines versehentlich unvollständigen Rechtsspruches, die ein Postulat der Rechtssicherheit darstelle, jedoch bei nicht berufungsfähigen Urteilen der höheren Instanz entzogen bleibe, auf dem Wege der Erläuterung zuzulassen sei (ROG 1951/52, S. 75). In einem weiteren Entscheid aus dem Jahre 1953 hat das Strafgericht dementsprechend auch die Löschbarerklärung einer Busse, welche trotz Erfüllung der Voraussetzungen aus Versehen vom Richter nicht geprüft worden war, auf dem Wege der Erläuterung nachgeholt (ROG 1953/54, S. 96). Grundsätzlich unzulässig sind aber nach allgemeiner Auffassung Erläuterungsgesuche, die auf eine inhaltliche Abänderung der Entscheidung abzielen. Hierfür steht einzig der Rechtsmittelweg offen. Unerlässliche Voraussetzung der Berichtigung ist, dass die Unrichtigkeit des Urteils klar durch Fehler im Ausdruck, nicht durch Fehler in der Bildung des Willens des Gerichts entstanden sein müssen. Diesem Erfordernis genügt nur ein Erklärungsirrtum. Kommt das Gericht hingegen nach der Eröffnung des Urteils zur Erkenntnis, dass der Entscheid auf Grund einer falschen Rechtsanwendung oder Tatsachenbeurteilung unrichtig ist, entfällt die Möglichkeit der Berichtigung (Stähelin/Sutter, Zivilprozessrecht, Zürich 1992, § 21 N 113 mit Hinweis auf BJM 1954 S. 286 und BGE 45 I 408). Der Anspruch auf Erläuterung und Berichtigung im vorstehenden Sinne besteht wohl bereits von Bundesrechts wegen (Andreas Edelmann, Zur Bedeutung des Bundesrechts im Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1990, S. 241 mit weiteren Hinweisen). Die Erläuterung ist letztlich Ausfluss des rechtlichen Gehörs und müsste auch ohne gesetzliche Regelung in den Zivilprozessordnungen von Bundesrechts wegen offen stehen (Stähelin/Sutter, a.a.O., § 21 N 116). Der Anspruch des Rechtsunterworfenen auf einen klaren und eindeutigen sowie vollständigen Richterspruch ist Teil des grundlegenden Rechts auf eine richterliche Entscheidung in einem Streitfall.

d) Gemäss Art. 145 OG nimmt das Bundesgericht auf schriftliches Gesuch einer Partei die Erläuterung oder Berichtigung vor, wenn der Rechtsspruch eines bundesgerichtlichen Entscheides unklar, unvollständig oder zweideutig ist oder seine Bestimmungen untereinander oder mit den Entscheidungsgründen im Widerspruch stehen oder er Redaktions- oder Rechnungsfehler enthält. Diese Regelung entspricht fast wörtlich derjenigen der zugerischen Verfahrensgesetzgebung. Ihr Wortlaut ist aber immerhin insofern weiter, als darin auch von unvollständigen Entscheiden die Rede ist. Die Erläuterung darf aber auch nach der bundesgesetzlichen Regelung den Inhalt der Entscheidung nicht ändern, nur den Sinn verdeutlichen (Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, Rz 32; Elisabeth Escher, a.a.O., Rz 8.2).

e) Geht man davon aus, dass § 49 Abs. 1 ZPO dem Richter eine Entscheidungsbefugnis einräumt, also einen Rechtssatz darstellt, unter den der Richter den Sachverhalt zu subsumieren und nach dem er seinen Entscheid zu

fällen hat, wäre der Fehler im vorliegenden Fall tatsächlich nicht der Erläuterung zugänglich. Das Gericht hätte im Gegenteil offensichtlich übersehen, dass es die Prozessentschädigung nicht dem unentgeltlich verbeiständeten Kläger, sondern gemäss dieser Bestimmung direkt dem unentgeltlichen Rechtsvertreter zuzusprechen hatte. Dieses – wenn auch offensichtliche – Versehen würde diesfalls einen Rechtsirrtum darstellen und demzufolge einer irrtümlichen Willensbildung des Gerichtes entspringen, weshalb es der Erläuterung nicht zugänglich wäre. Es handelte sich mit anderen Worten nicht um einen falschen Ausdruck des an sich richtigen Willens des Gerichtes, also um einen Erklärungsirrtum, der allein auf dem Wege der Erläuterung berichtigt werden könnte. Das Gericht hätte dann entgegen der gesetzlichen Regelung einen Entscheid getroffen, der dieser Gesetzesbestimmung widerspricht, weil es offenbar diese Bestimmung im vorliegenden Fall versehentlich nicht zur Anwendung brachte. Ein solcher Fehler könnte nur mit einem dafür zur Verfügung stehenden Rechtsmittel beseitigt werden. Im vorliegenden Fall hätte also dagegen innert Frist Beschwerde bei der Justizkommission des Obergerichts geführt werden müssen (§ 208 Ziff. 9 ZPO). Wenn der Beschwerdegegner bzw. dessen unentgeltlicher Rechtsbeistand dies versäumt hat, könnte das nicht auf dem Wege der Erläuterung nachgeholt werden.

f) Es stellt sich nun aber die Frage, ob § 49 Abs. 1 ZPO, wonach die Prozessentschädigung dem Rechtsvertreter zugesprochen wird, wenn die unentgeltliche Partei obsiegt, nicht eine Art Legalzession beinhaltet. Eine Legalzession liegt vor, wenn das Gesetz den Übergang einer Forderung auf einen anderen Gläubiger von Gesetzes wegen, ipso iure, ohne Willenserklärung des bisherigen Gläubigers statuiert (Art. 166 OR; von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, Zürich 1974, S. 369 f.). Es bedarf diesfalls auch keines Richterspruchs, um den Übergang der Forderung zu bewirken. Im vorliegenden Zusammenhang hätte das zur Folge, dass die vom Kantonsgericht dem unentgeltlich verbeiständeten Beschwerdegegner als obsiegende Partei zugesprochene Prozessentschädigung sogleich und unmittelbar kraft Gesetzes auf dessen unentgeltlichen Rechtsbeistand überging bzw. direkt bei diesem entstand. Im Ergebnis bedeutet das, dass der «Richterspruch», wonach die Prozessentschädigung laut § 49 Abs. 1 ZPO dem Rechtsvertreter direkt zuzusprechen ist, insofern lediglich deklaratorische Bedeutung hätte.

Der Bestimmung von § 49 Abs. 1 ZPO muss nun in der Tat dieser Sinn beigemessen werden. Sie ist als eine Art Legalzession mit Ausschluss des Verrechnungsrechtes gegenüber der armenrechtlichen Prozesspartei zu qualifizieren. Das ergibt sich schon daraus, dass gemäss § 49 Abs. 4 ZPO der unentgeltliche Rechtsbeistand von der verbeiständeten Partei keinerlei zusätzliche Entschädigung verlangen oder annehmen darf. Die unbemittelte Partei schuldet dem unentgeltlich bestellten Rechtsvertreter mithin nichts, und dieser hat von ihr auch nichts zu fordern. Bliebe nun die Partei selbst gegenü-

ber dem unterlegenen Prozessgegner forderungsberechtigt, könnte es theoretisch vorkommen, dass sie von diesem die Kosten ersetzt erhält, ohne ihrem amtlichen Anwalt gegenüber nachzahlungspflichtig zu werden, was offensichtlich absolut stossend wäre (ZBJV 126, S. 323). Ebenso unhaltbar erscheint aber auch die Konsequenz, dass die unterlegene Partei die geschuldete Prozessentschädigung mit einer eigenen Forderung gegenüber der unbemittelten Partei verrechnen könnte und der Staat den amtlichen Anwalt wegen Uneinbringlichkeit aus der Staatskasse zu entschädigen hätte. Das liefe letztlich darauf hinaus, dass der Staat im Ergebnis der armenrechtlichen Partei eine Schuld tilgen würde, die mit dem Zweck der Prozessverbeiständung absolut nichts zu tun hat. Auf der anderen Seite kann die unterlegene Prozesspartei, der die Unentgeltlichkeit der Rechtspflege nicht gewährt wurde, keinerlei Ansprüche daraus ableiten, dass der Gegenpartei diese Rechtswohltat zuerkannt wurde; namentlich hat sie keinerlei Ansprüche gegenüber dem Staat.

g) Diese Betrachtungsweise liegt auch verschiedenen anderen kantonalen Prozessordnungen zugrunde, die gleiche oder ähnlich lautende Bestimmungen enthalten. So bejahen Studer/Rüegg/Eiholzer (Der Luzerner Zivilprozess, Kriens 1994, N 1 zu § 136) eine solche Legalzession auch für die luzernische Verfahrensordnung ausdrücklich, indem sie ausführen, es handle sich hierbei um eine prozessrechtliche Legalzession unter Ausschluss der Verrechnungsmöglichkeit der Gegenpartei gegenüber der bedürftigen Partei. Die Formulierung von § 136 Abs. 1 ZPO/LU entspricht im wesentlichen Gehalt derjenigen von § 49 Abs. 1 ZPO/ZG. Sie lautet: «Werden Honorar und Auslagen des Rechtsbeistandes der Gegenpartei auferlegt, sind sie dem Rechtsbeistand zuzusprechen». Beide Bestimmungen enthalten mithin nach ihrem Wortlaut die Anweisung an den Richter, die Prozessentschädigung an den Rechtsbeistand bzw. Rechtsvertreter zuzusprechen. Auch die aargauische Prozessordnung sieht in § 131 Abs. 1 vor, dass die Parteikosten der unentgeltlich vertretenen Partei, wenn sie dem Gegner auferlegt werden, dem Rechtsvertreter zuzusprechen sind. Alfred Bühler hält dazu fest, es liege nahe, die Bestimmung als prozessrechtliche Legalzession zu verstehen mit Ausschluss der Verrechnung für Forderungen der Gegenpartei gegen die bedürftige Partei (in: Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N 1 zu § 131). Die zürcherische Zivilprozessordnung kennt in § 89 Abs. 1 eine wörtlich identische Bestimmung wie die zugerische. Frank/Sträuli/Messmer (Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 1 zu § 89) führen dazu aus, das Gesetz bestimme die direkte Zusprechung der Prozessentschädigung an den unentgeltlichen Rechtsvertreter, um diesem Schwierigkeiten mit seinem Klienten zu ersparen. Alfred Bühler (a.a.O.) erblickt in dieser Kommentarstelle die Bestätigung, wonach auch die zürcherische Ordnung sinngemäss von einer Legalzession ausgeht. Ebenso qualifizieren der Appellationshof des Kantons Bern und die massgeblichen Kommentatoren die entsprechende Regelung in Art. 82 ZPO/BE als Legalzession, wobei diese unabhängig davon

erfolgt, ob die Prozesskostenforderung einbringlich ist (ZBJV 126, S. 321 ff.; Leuch / Marbach / Kellerhals / Sterchi, a.a.O., N 1 zu Art. 82).

h) Handelt es sich also bei § 49 Abs. 1 ZPO um eine so verstandene Legalzession, ist aufgrund der vorstehenden Erwägungen die Berichtigung von Dispositiv-Ziff. 4 Abs. 1 des kantonsgerichtlichen Urteils vom 11. Februar 2002 nicht zu beanstanden. Das Urteil wird dadurch nicht geändert, sondern lediglich verdeutlicht, indem festgehalten wird, was schon aufgrund der Legalzession ohnehin Gültigkeit hat.

Justizkommission, 30. August 2004

3. Strafrechtspflege

§§ 6 ff., 11 ff., 34 u. 80 f. StPO. – Nach dem am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen § 11 Abs. 1 StPO gilt als Privatkläger einzig der Geschädigte, der im Untersuchungsverfahren ausdrücklich erklärt, sich am Verfahren im Straf- und/oder Zivilpunkt zu beteiligen. Der Strafantrag ist der Erklärung in Bezug auf die Beteiligung im Strafpunkt gleichgestellt.

Aus den Erwägungen:

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

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

digte, der im Untersuchungsverfahren ausdrücklich erklärt, sich am Verfahren im Straf- und / oder Zivilpunkt zu beteiligen. Der Strafantrag ist der Erklärung in Bezug auf die Beteiligung im Strafpunkt gleichgestellt.

Justizkommission, 24. Februar 2004

§ 12 StPO. – Zur Anordnung und gegebenenfalls zwangsweisen Durchsetzung erkennungsdienstlicher Massnahmen ist alleine die Polizei zuständig, sofern diese nicht zum Zwecke der Erstellung eines DNA-Profils erfolgt. Der Untersuchungsrichter hat daher in den erstgenannten Fällen keine Vorkehren zu treffen. Dementsprechend können derartige Anordnungen und Handlungen der Polizei einzig auf dem Verwaltungsweg angefochten werden.

Aus den Erwägungen:

2. a) Nach § 12 Abs. 1 StPO haben die Polizeiorgane unter Leitung des Polizeikommandos Gesetzesverletzungen nachzuspüren, Strafanzeigen und Strafklagen entgegenzunehmen, die notwendigen Tatbestandsfeststellungen zu machen, Beweismittel zu sichern und zu sammeln, verdächtige Personen sicherzustellen und dem Untersuchungsrichter, im Falle von § 20 GOG dem Polizeiamt, ihre Ermittlungen im Doppel zuzustellen und die Verhafteten zuzuführen. Gestützt darauf führt § 56 Abs. 1 DR aus, Untersuchungsgefangene und Personen, die eines Verbrechens oder Vergehens verdächtigt werden, müssen erkennungsdienstlich behandelt werden. Die Erhebung erkennungsdienstlicher Daten während eines laufenden Strafverfahrens ist somit in diesen Bestimmungen geregelt (vgl. Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 7. August 2001 zur Änderung von § 12 StPO, Vorlage Nr. 940.1, Laufnummer 10657, S. 7 f.; nachfolgend: Bericht und Antrag des Regierungsrats vom 7. August 2001).

b) Im vorliegenden Fall erfolgte die Anordnung erkennungsdienstlicher Massnahmen sowohl durch die Polizei als auch durch die Untersuchungsrichterin erst nach Erlass des Strafbefehls des Einzelrichteramtes vom 20. Oktober 2003. Nachdem dagegen innert zehn Tagen keine Einsprache erhoben worden war, erwuchs dieser in Rechtskraft. Das Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer war mithin bereits rechtskräftig abgeschlossen als die Untersuchungsrichterin die angefochtene Verfügung erliess. Mangels einer hängigen Untersuchung war die Untersuchungsrichterin zum Erlass dieses Auftrags an die Polizei somit nicht mehr zuständig. Doch selbst wenn die Untersuchung gegen den Beschwerdeführer noch pendent gewesen wäre,

hätte für die Untersuchungsrichterin keine Veranlassung bestanden, diesen Auftrag an die Polizei zu erteilen. Aufgrund des Wortlautes der oben zitierten Gesetzesbestimmungen ist klar, dass die Polizei für die Anordnung und gegebenenfalls zwangsweise Durchführung erkennungsdienstlicher Massnahmen alleine zuständig ist und es hierfür keiner untersuchungsrichterlichen Verfügung bedarf. Dies ergibt sich insbesondere auch aufgrund der Auslegung von § 12 Abs. 1bis StPO. Diese auf den 1. September in Kraft getretene Bestimmung regelt ...die Zuständigkeiten für die Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung und die Spurenauswertung im Zusammenhang mit einer DNA-Analyse» (S. 8 des Berichts und Antrag des Regierungsrats vom 7. August 2001). Zuständig zur erkennungsdienstlichen Behandlung im Zusammenhang mit einer DNA-Analyse ist zwar zunächst die Polizei. Indes ist die Bestätigung dieser Anordnung durch die Strafuntersuchungsbehörde notwendig, wenn die betroffene Person die durch die Polizei angeordnete Probenahme verweigert. Der Gesetzgeber hat mit dieser Gesetzesnovelle somit die Zuständigkeit des Untersuchungsrichteramtes nur vorgesehen, falls sich eine Person der erkennungsdienstlichen Behandlung durch die Polizei zum Zwecke der Erstellung eines DNA-Profils nicht unterziehen will und eine zwangsweise Anordnung in Aussicht steht. In allen übrigen Fällen der erkennungsdienstlichen Behandlung einer Person, namentlich wenn Fotografien erstellt sowie Finger- und Handballenabdrücke abgenommen werden sollen, hat der Gesetzgeber auf eine entsprechende Regelung verzichtet. Dabei handelt es sich nicht um ein Versehen. Vielmehr schuf der Gesetzgeber die im Zusammenhang mit einer DNA-Analyse zu beachtende Zuständigkeitsregelung einzig angesichts der Schwere dieses Eingriffs in die Grundrechte des Einzelnen. Namentlich wollte er sicherstellen, «dass den durch diese Zwangsmassnahme betroffenen Personen ein Beschwerderecht [an die Justizkommission] im Sinne von § 80 Ziff. 1 StPO zusteht, weil eine Beschwerde gegen alle Untersuchungshandlungen zulässig ist, sofern das Gesetz sie nicht ausdrücklich ausschliesst» (vgl. S. 7 des Berichts und Antrags des Regierungsrats vom 7. August 2001 i.V.m. dem Protokoll des Kantonsrats vom 28. Februar 2002, Nr. 907). Daraus ist zu schliessen, dass in allen anderen Fällen die von der Polizei angeordnete erkennungsdienstliche Behandlung im Falle einer Weigerung der betroffenen Person nicht vom Untersuchungsrichter zu überprüfen ist. Vielmehr entscheidet die Polizei ohne Rücksprache mit dem Untersuchungsrichteramt alleine darüber, ob eine nicht zum Zwecke der Erstellung eines DNA-Profils vorgesehene erkennungsdienstliche Behandlung anzuordnen und gegebenenfalls zwangsweise durchzuführen ist. Diesbezügliche Anordnungen und Handlungen der Polizei können daher einzig auf dem Verwaltungsweg angefochten werden.

Justizkommission, 24. Juni 2004

§§ 34 Abs. 3 und 37 Abs. 2 in Verbindung mit § 55 Abs. 2 StPO. – Im zugerischen Strafprozess wird der Prozessstoff durch die Überweisungsverfügung in Kombination mit der Anklageschrift bestimmt und begrenzt. Praxisänderung

Aus den Erwägungen:

2. Die Verteidigung rügt – wie bereits vor Vorinstanz – einen Verstoss gegen das Überweisungsprinzip. Sie führt aus, dem Beschuldigten werde im Urteil des Einzelrichteramtes vom 28. März 2003 zur Last gelegt, dieser habe in Mittäterschaft mit seinem Kollegen Y., unter unberechtigter Benutzung des Briefkopfs der Z. eine Bestätigung über die Deckung des Checks verfasst. Dieser Tatbestand sei dem Beschuldigten nicht vorgehalten worden und habe weder Gegenstand der Überweisungsverfügung vom 19. August 2002 noch der Schlusseinvernahme vom 12. August 2002 gebildet. Dem Beschuldigten sei somit jede Möglichkeit verwehrt gewesen, sich zu diesen zusätzlichen Vorwürfen zu äussern oder gar in Anwesenheit seines Anwaltes einer Befragung von Herrn Y. beizuwohnen oder diesem direkt gegenüber gestellt zu werden. Der Beschuldigte habe in guten Treuen davon ausgehen dürfen, dass dieser Sachverhalt in der Strafuntersuchung nicht weiter verfolgt werde.

2.1. Die Verteidigung stützt sich beim Vorwurf des Verstosses gegen das sog. Überweisungsprinzip auf einen Entscheid des Strafobergerichts vom 27. April 1978 ab (vgl. GVP 1979/80 S. 103–105). In diesem Urteil wird in Auslegung der Strafprozessordnung festgehalten, dass der Prozessstoff im zugerischen Strafprozess nicht durch die Anklage bestimmt und begrenzt werde, sondern durch das Überweisungsverfahren, bzw. dass das Thema des gerichtlichen Verfahrens «im wesentlichen» durch die Überweisungsverfügung bestimmt werde (GVP 1979/80 S. 103 ff.). Dazu ist vorab festzuhalten, dass weder die damals in Kraft stehende noch die per 1. Januar 2003 letztmals revidierte Strafprozessordnung konkrete Bestimmungen darüber enthält, ob hinsichtlich des gerichtlich zu beurteilenden Prozessstoffes das sog. Überweisungsprinzip oder das sog. Anklageprinzip Geltung hat. Anders als im alten Recht kann hingegen seit 1. Januar 2003 ein Überweisungsbeschluss nicht mehr mit Beschwerde angefochten werden (vgl. §§ 34, 36 und 80 Ziff. 7 aF und nF StPO).

2.2. Das sog. Anklageprinzip stellt heute nach Lehre und Rechtsprechung ein unverzichtbares Element eines rechtsstaatlichen Strafprozesses dar: «Der Anklagegrundsatz dient dem Schutz der Verteidigungsrechte des Angeklagten und konkretisiert insofern das Prinzip der Gehörsgewährung (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 EMRK; BGE 120 IV 348 E. 2b).» «Nach diesem Grundsatz bestimmt die Anklage das Prozessthema. Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens können mithin nur Sachverhalte sein, die dem Angeklagten in der Anklageschrift vorgeworfen werden. Diese muss die Person des Angeklagten sowie die ihm zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise umschreiben, dass die Vorwürfe im objektiven und subjekti-

ven Bereich genügend konkretisiert sind (Umgrenzungsfunktion). An diese Anklage ist das Gericht gebunden. Die Anklage fixiert somit das Verfahrens- und Urteilsthema (Immutabilitätsprinzip). Zum Anderen vermittelt sie dem Angeschuldigten die für die Durchführung des Verfahrens und die Verteidigung notwendigen Informationen. Sie dient insofern dem Schutz der Verteidigungsrechte des Angeklagten (Informationsfunktion). Beiden Funktionen kommt gleiches Gewicht zu.» (Urteil BGer Nr. 6P.151/202 und 6S.440/2002 vom 5. März 2003, E. I.2. m.w.H.). «Nach Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK hat der Beschuldigte auf jeden Fall im Zeitpunkt der Anklageerhebung mindestens das Recht darauf, in allen Einzelheiten über die Art und den Grund der gegen ihn erhobenen Beschuldigungen in Kenntnis gesetzt zu werden», wodurch der Angeklagte vor Überraschung und Überrumpelung geschützt und ihm eine effektive Verteidigung ermöglicht werden soll (BGE 120 IV 357 m.w.H.; vgl. auch BGE 116 Ia 455 ff. sowie BGE 126 I 21).

Nach Auffassung des Strafgerichts ist unter Berücksichtigung der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zentral, dass die von der Bundesverfassung und der EMRK statuierten Verfahrensgarantien gewährleistet sind und der Beschuldigte mithin spätestens im Zeitpunkt der Anklageerhebung umfassend über die gegen ihn erhobenen Beschuldigungen informiert ist und sich entsprechend verteidigen kann. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt, ungeachtet dessen, dass der Sachverhalt betreffend Bankbestätigung nicht Gegenstand der Überweisungsverfügung des Untersuchungsrichteramtes gewesen war.

2.3. Ausgangspunkt des vorerwähnten Entscheides des Strafobergerichts war der Umstand, dass die Vorinstanz den Angeklagten in einzelnen Punkten schuldig gesprochen hatte, obwohl die Staatsanwaltschaft in diesen Fällen keine oder eine anderslautende Anklage gestellt hatte (GVP 1979/80 S. 103). Im Entscheid wird weiter festgehalten, dass das Überweisungsverfahren eine für den Richter einschränkende Bedeutung habe, indem nur Personen, welche im Überweisungsbeschluss namentlich als Angeschuldigte aufgeführt seien, zur Anklage gebracht und verurteilt werden könnten und nur bezüglich der Anschuldigungen, welche Gegenstand der Überweisung gebildet hätten. Das Urteil hält insbesondere aber auch fest, dass ein Sachverhalt, der in der Überweisung nicht enthalten sei, in der Regel auch nicht hinreichend untersucht und abgeklärt worden sei (GVP 1979/80 S. 104).

Wie die Staatsanwaltschaft zutreffend feststellt, liegt diese Situation im vorliegend zu beurteilenden Fall aber gerade nicht vor, denn der zur Diskussion stehende Sachverhalt ist durch das Ergebnis der Ermittlungen hinreichend geklärt und ergibt sich auch aus den Akten, wie nachfolgend noch darzulegen ist. Wenn die Verteidigung in der Stellungnahme ausführt, dem Beschuldigten sei jede Möglichkeit verwehrt gewesen, sich zu «diesen zusätzlichen Vorwürfen» zu äussern und in Anwesenheit seines Anwaltes einer Befragung von Y. beizuwohnen sowie diesem direkt gegenüber gestellt

zu werden, kann sie mit dieser Argumentation nicht gehört werden. Bereits im Haftbefehl des Verhöramtes des andern Kantons wurde erwähnt, dass der Beschuldigte und weitere Beteiligte mittels eines Checks «und einer gefälschten Bankbestätigung» versucht hätten, einen Betrug zu begehen. Der Verhörrichter des andern Kantons stellte in der Einvernahme vom 15. August 1997 zwei Fragen zum «gefälschten Schreiben» der Z. Der Beschuldigte äusserte sich in seinen schriftlichen Aussagen gegenüber der Kriminalpolizei des andern Kantons überdies ausführlich über die «Bestätigung». In der Konfrontationseinvernahme zwischen dem Beschuldigten und Y., welche entgegen den Ausführungen der Verteidigung stattgefunden hatte, bestätigte der Beschuldigte die Frage des Verhörrichters, ausgesagt zu haben, dass er den ungedeckten Check ausgestellt und sich mit dem anwesenden Herrn Y. über die Ausstellung der gefälschten Bankbestätigung unterhalten habe. Die Abtretungsverfügung des Verhöramts des andern Kantons hält im Rubrum fest, dass es sich um die «Strafuntersuchung wegen versuchten Betrugs und Urkundenfälschung» handle. In der Teileinstellungsverfügung des Untersuchungsrichteramtes des Kantons Zug wird der Sachverhalt zuerst in komprimierter Form betreffend die besagte Bestätigung aufgeführt, dann nochmals in den Erwägungen umschrieben und schliesslich betreffend «Urkundenfälschung (im Zusammenhang mit der Erstellung der Bestätigung vom 22. Juli 1997)» dem Einzelrichteramt überwiesen. Der Strafbefehl des Einzelrichteramtes umfasste wiederum den Sachverhalt betreffend die Bestätigung. In der Begründung seiner Einsprache geht der Beschuldigte ebenfalls auf die Bestätigung ein. Auch die Staatsanwaltschaft wies in ihrer Anklage vom 29. November 2002 vorab ausdrücklich darauf hin, dass ergänzend zum Sachverhalt gemäss Überweisungsverfügung des Untersuchungsrichteramtes vom 19. August 2002 noch ein Sachverhalt hinzukomme, der nicht in der Überweisungsverfügung enthalten sei, und ging im zweiten Teil der Anklage nochmals ausführlich auf den Sachverhalt betreffend die Bestätigung und dessen rechtliche Würdigung ein. Dementsprechend ging auch die Verteidigung materiell auf diesen Vorwurf – wenn auch nur kurz – ein. Schliesslich wurde der Beschuldigte vor Vorinstanz nochmals zur Bestätigung befragt, und auch seine Verteidigung plädierte ausführlich dazu.

2.4. Zusammenfassend steht fest, dass der Sachverhalt betreffend Bankbestätigung zwar nicht Gegenstand der Überweisungsverfügung bildete, jedoch Thema der Strafuntersuchung gewesen war und durch die Ermittlungen hinreichend geklärt wurde, um beurteilt werden zu können. Ferner wurde dem Beschuldigten auch in diesem Zusammenhang mehrfach das rechtliche Gehör gewährt und wurde er im Zeitpunkt der Anklageerhebung umfassend über die gegen ihn erhobenen Beschuldigungen informiert und konnte sich entsprechend verteidigen. In Würdigung dieser Sachlage ist den Verfahrensgarantien gemäss Bundesverfassung und EMRK bzw. den Anforderungen des sog. Anklagegrundsatzes genüge getan und trat der Einzelrichter mithin zu Recht auch auf die Anklage bezüglich des Sachverhaltes betreffend Bank-

bestätigung ein. Soweit der Entscheid des Strafobergerichts vom 27. April 1978 statuiert, dass die Überweisungsverfügung das Verfahrens- und Urteilsthema strikte fixiere, kann daran nicht festgehalten werden. Nach Auffassung des Strafgerichts wird das den Richter bindende Prozessthema vielmehr – entsprechende Untersuchungsergebnisse vorausgesetzt – durch die Überweisungsverfügung in Kombination mit der Anklageschrift bestimmt.

Strafgericht, Berufungskammer, 29. Oktober 2003, i.S. Staatsanwaltschaft / W.

§§ 70 ff. StPO, Art. 19 Abs. 2 ZGB. – Die Ergreifung eines Rechtsmittels im Strafprozess setzt voraus, dass der Rechtsmittelkläger urteilsfähig ist. Anders als im Zivilprozess ist hier hingegen seine Handlungsfähigkeit nicht verlangt (Erw. 3a). Urteilsfähigkeit im konkreten Fall verneint (Erw. 3b).

Aus den Erwägungen:

3. Auf die Berufung kann aber auch aus einem weiteren Grund nicht eingetreten werden:

a) Die Ergreifung eines Rechtsmittels im Strafprozess setzt voraus, dass der Rechtsmittelkläger urteilsfähig ist. Anders als im Zivilprozess ist hier hingegen seine Handlungsfähigkeit nicht verlangt. Die strafprozessualen Rechte stehen dem Beschuldigten um seiner Persönlichkeit willen zu, weshalb sie gestützt auf Art. 19 Abs. 2 ZGB auch von einem urteilsfähigen Unmündigen oder Entmündigten selber ausgeübt werden können (BGE 88 IV 111; Jürg Aeschlimann, Strafprozessrecht, Bern 1997, N 505). Der nicht urteilsfähigen Partei fehlt dagegen die Fähigkeit, selber oder durch einen zu diesem Zweck beauftragten Vertreter wirksame Prozesshandlungen vorzunehmen (BGE 118 Ia 240). Um selber eine auf Änderung der Prozesslage gerichtete Prozesshandlung gültig vornehmen zu können, wird der Beschuldigte wie für jede andere Bewirkungshandlung nach zivilrechtlichem Vorbild urteilsfähig sein müssen (Jörg Rehberg, in: Festschrift für Hans Ulrich Walder, S. 249). Das bedeutet, dass er psychisch in der Lage sein muss, die betreffende Prozesshandlung in ihrer Tragweite zu verstehen und vernünftig auszuüben. Die Urteilsfähigkeit ist grundsätzlich zu vermuten (BGE 90 II 12 E. 3). Sie fehlt – u.a. –, wenn die Prozesspartei infolge von Geisteskrankheit nicht in der Lage ist, vernunftgemäss zu handeln (Art. 16 ZGB). Der Begriff der Urteilsfähigkeit enthält zwei Elemente: einerseits eine intellektuelle

Komponente, nämlich die Fähigkeit Sinn, Zweckmässigkeit und Wirkung einer bestimmten Handlung zu erkennen, andererseits ein Willens- bzw. Charakterelement, nämlich die Fähigkeit, gemäss der vernünftigen Erkenntnis nach seinem freien Willen zu handeln (BGE 124 III 7 E. 1a; 117 II 232 E. 2a; 111 V 61 E. 3a). Die Urteilsfähigkeit beurteilt sich allerdings nach ständiger Rechtsprechung nicht abstrakt, sondern ist sowohl in zeitlicher als auch in sachlicher Hinsicht relativ (BGE 90 II 9). Sie ist in Bezug auf eine bestimmte Handlung je nach deren Schwierigkeit und Tragweite zu beurteilen. Es ist daher denkbar, dass eine Person trotz allgemeiner Beeinträchtigung der Urteilsfähigkeit zwar gewisse Alltagsgeschäfte noch zu besorgen vermag und diesbezüglich urteilsfähig ist, während ihr für anspruchsvollere Geschäfte (wie das gerade Prozesshandlungen im allgemeinen sein dürften) abzusprechen ist (vgl. BGE 124 III 8 E. 1a; 117 II 232 E. 2a; 111 V 61 E. 3a). Der Richter hat stets zu prüfen, ob die Partei im konkreten Fall, d.h. im Zusammenhang mit einer bestimmten Handlung oder bei der Würdigung bestimmter tatsächlicher Gegebenheiten als urteilsunfähig angesehen werden muss (BGE 98 Ia 326; 90 II 9). In welcher Weise diese Prüfung vorzunehmen ist, sagt das Gesetz nicht. In der Regel kommt der Richter nicht umhin, hierfür einen medizinischen Sachverständigen beiziehen. Dieser hat in seinem Gutachten den Geisteszustand des Untersuchten möglichst genau zu beschreiben und aufzuzeigen, ob und in welchem Ausmass das geistige Vermögen versagt. Es ist dann letztlich Sache des Richters darüber zu entscheiden, welche Schlüsse aus dem Ergebnis der medizinischen Begutachtung zu ziehen sind (BGE 118 Ia 236; 98 Ia 325). Er kann sich dabei aber durchaus auch auf ein bereits bestehendes Gutachten stützen, das für einen anderen Zweck oder in anderem Zusammenhang angefertigt wurde, sofern ihm dieses die notwendigen Grundlagen für seinen Entscheid liefert (vgl. Schnyder/Murer, Berner Kommentar, N 97 zu Art. 374 ZGB, wonach bei der Entmündigung gemäss Art. 369 ZGB auf ein Gutachten aus einem Strafverfahren abgestellt werden darf; Obergericht Luzern, 28.1.2003, publiziert in ZBJV 2003, S. 358). Das Bundesgericht hat es sogar im Falle eines psychopathischen Querulanten als zulässig erachtet, ausnahmsweise vom Beizug eines Psychiaters abzusehen, wenn das langjährige, allgemein bekannte prozessuale Verhalten der Partei zum zwingenden Schluss führe, dass die fraglichen Handlungen auf keinerlei vernünftigen Überlegungen mehr beruhten, sondern schlechterdings nur noch als Erscheinungsform einer schweren psychischen Störung gewürdigt werden könnten (BGE 98 Ia 324 mit Hinweis auf Kurt Ehrlich, Behandlung des Querulanten, SJZ 48/1952, S. 329 ff., insbes. S. 334).

b) Das im vorliegenden Strafverfahren von Dr. Dr. X. von der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich im Hinblick auf die Schuldfähigkeit und Massnahmebedürftigkeit des Beschuldigten angefertigte forensisch-psychiatrische Gutachten vom 30. Juni 1999 wie auch das Zusatzgutachten Dr. Y. vom 23. Juli 2003 kommen zum Schluss, dass der Beschuldigte an einer pa-

ranoiden schizophrenen Psychose bzw. einer chronisch verlaufenden paranoiden Schizophrenie leide. Der Gutachter Y. bestätigt dann klar (was auch bereits der Gutachter X. angenommen hatte), dass dem Beschuldigten aufgrund der Schwere und Bedeutung seiner Geisteskrankheit im Tatzeitpunkt die Einsichtsfähigkeit in das Unrecht seiner Handlungen vollständig gefehlt haben müsse. Der Gutachter X. bestätigt, dass die Geisteskrankheit «von nachteiliger Auswirkung auf die Urteilsfähigkeit» des Beschuldigten sei. Vor allem sei auf die hochgradige Ambivalenz und den Negativismus als psychopathologische Symptome der vorbezeichneten Geisteskrankheit hinzuweisen. Das Denken D.'s erweise sich als sprunghaft und inhaltlich unbestimmt, von gegenläufigen Motiven beeinflusst. Beide Gutachter halten fest, dass die Geisteskrankheit des Beschuldigten lang anhaltend sei und heben hervor, dass der Beschuldigte nicht nur sein eigenes Tatverhalten, sondern auch die eigene psychische Erkrankung negiere. Gerade die Bestreitung der Tat durch den Beschuldigten erscheint letztlich als Ausdruck seiner nach wie vor bestehenden Geisteskrankheit. Obschon die Tatsache des Todes seiner Ehefrau vernünftigerweise nicht angezweifelt werden kann, zieht der Beschuldigte noch immer in Betracht, dass seine Frau noch lebe. Diese sich der Realität nach wie vor verschliessende Vorstellung lässt sich nach einem derart langen Zeitraum aber nur mit seiner Geisteskrankheit erklären. Der Gutachter bezeichnet die paranoide Symptomatik beim Beschuldigten, die einen «von subjektiver Überzeugung bestimmten, realitätsabweichenden Charakter» aufweise, denn auch als wahnhaft. Die Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil, womit der Beschuldigte wie erwähnt ausschliesslich seine Tat und seine Geisteskrankheit bestreitet, entspringt damit offenbar ebenfalls dieser attestierten schweren psychischen Störung. Sie beruht nicht auf vernünftigen, nachvollziehbaren Überlegungen des Beschuldigten, sondern ist Ausdruck dessen krankheitsbedingten, in diesem Bereich völlig realitätsfernen, wahnhaften Denkens. Der Beschuldigte erscheint geradezu gefangen in seiner krankheitsbedingten Überzeugung, dass er die ihm vorgeworfene Tat nicht vollbracht habe und auch nicht geisteskrank sei. Der Beschuldigte muss deshalb mit Bezug auf die Ergreifung der vorliegenden Berufung als urteilsunfähig angesehen werden. Auf seine Berufung kann daher auch unter diesem Aspekt nicht eingetreten werden.

Strafrechtliche Abteilung des Obergerichts, 2. November 2004

§ 75 Abs. 3 StPO; § 89 GOG. - Berufungsverhandlung; entschuldigtes bzw. unentschuldigtes Fernbleiben.

Aus den Erwägungen:

1. Bleibt der Berufungskläger bzw. der Anschlussberufungskläger ohne entschuldbaren Grund der Berufungsverhandlung fern, so gilt die Berufung bzw. Anschlussberufung als zurückgezogen (§ 75 Abs. 3 StPO). Diese Rechtsfolge wurde der Beschuldigten und ihrem Verteidiger angezeigt, indem die Bestimmung auf dem Vorladungsformular abgedruckt ist.

Die Beschuldigte wurde zur Hauptverhandlung vom 13. September 2004 ordnungsgemäss vorgeladen. Obwohl die Vorladung nicht an dem von der Beschuldigten angegebenen Domizil zugestellt werden konnte, hat sie diese am 7. September 2004 entgegengenommen, also rechtzeitig, um sich auf die Verhandlung angemessen vorbereiten zu können. Zwar ist die 10-tägige Frist gemäss § 87 GOG nicht eingehalten, doch sieht diese Bestimmung selbst einen Vorbehalt für dringliche Fälle vor. Um einen solchen handelte es sich vorliegend angesichts der am 21. bzw. am 24./25. September 2004 eintretenden Verjährung der beiden angeklagten Delikte. Wäre die Beschuldigte an dem in der Berufungsschrift genannten Domizil erreichbar gewesen, so hätte die am 3. September 2004 versandte Vorladung sie bereits am Samstag, 4. September 2004 erreicht, mithin neun Tage vor der Verhandlung.

Somit bleibt zu entscheiden, ob die Beschuldigte der Verhandlung ohne entschuldbaren Grund fernblieb.

2. Gemäss § 89 GOG hat jemand, der persönlich vor Gericht erscheinen soll und der Vorladung wegen Krankheit keine Folge geben kann, dies der vorladenden Stelle unter Beilage eines ärztlichen Zeugnisses sofort mitzuteilen. Als entschuldigt gilt das Fernbleiben von der Verhandlung folglich dann, wenn der vorgeladenen Person die Teilnahme wegen einer Krankheit nicht möglich ist. Vorliegend wurde die Beschuldigte mit der Vorladung zusätzlich darauf hingewiesen, dass als ärztliches Zeugnis, mit welchem gemäss der genannten Bestimmung die Krankheit nachzuweisen ist, nur dasjenige des Kantonsarztes Dr. med. X. akzeptiert werde. Die Beschuldigte hat dies offenkundig auch zur Kenntnis genommen, hat sie sich doch von Dr. med. X. im Hinblick auf ihre Verhandlungsfähigkeit untersuchen lassen.

In den Verfahrensakten findet sich eine Vielzahl von Verschiebungsgesuchen der Beschuldigten, die von einer ebenso grossen Zahl von ärztlichen Zeugnissen begleitet waren. Der Eindruck lässt sich nicht ganz vermeiden, dass die Beschuldigte ihre angeschlagene Gesundheit dazu benützte, sich dem Verfahren zu entziehen. Unter diesen Umständen war es angezeigt und begründet, den gesundheitlichen Zustand der Beschuldigten nicht durch ihre eigenen Ärzte, sondern durch eine der Objektivität verpflichtete Instanz, wie

sie der Kantonsarzt darstellt, beurteilen zu lassen. Der Verteidiger hat denn gegen diese Anordnung auch keine Einwendungen erhoben.

3. Aus dem Bericht des Kantonsarztes ergibt sich entgegen der im Schreiben vom 10. September 2004 (eingegangen per Telefax am 13. September 2004, um 07.14 Uhr) geäusserten Auffassung des Verteidigers gerade nicht, dass die Beschuldigte an der Verhandlung nicht hätte teilnehmen können. Der Kantonsarzt hat vielmehr festgestellt, dass die Teilnahme an der Verhandlung für die Beschuldigte keine negativen gesundheitlichen Folgen hat, wenn gewisse Bedingungen erfüllt sind. Diese Bedingungen (Möglichkeit, eine Vertrauensperson zur Verhandlung mitzunehmen; Möglichkeit, die Verhandlung kurzfristig zu unterbrechen; Bereitstellung von genügend Trinkwasser) waren gegeben. Ob die Beschuldigte in der Lage gewesen wäre, an sie gerichtete Fragen sachdienlich zu beantworten, was der Kantonsarzt in der Tat bezweifelte, ist demgegenüber nicht entscheidend für die Frage, ob ihre Abwesenheit entschuldbar war oder nicht. Zu entschuldigen wäre die Beschuldigte gewesen, wenn die Teilnahme negative Auswirkungen auf ihre Gesundheit gehabt hätte. Ob ihre Aussagen Beweiswert haben, ist hingegen vom Gericht und nicht vom Arzt zu entscheiden, ebenso die daraus resultierenden Folgen. Auch fehlende Verteidigungsfähigkeit stellt für sich noch keinen Entschuldigungsgrund dar. Wenn die Beschuldigte ihre Rechte aufgrund ihres körperlichen oder geistigen Zustandes nicht selbst zu wahren vermag, so ist dies ein Grund für eine notwendige Verteidigung und nicht ein Grund, ihr Fernbleiben von der Verhandlung zu entschuldigen.

Dr. med. X. hat sich rund zwei Stunden mit der Beschuldigten beschäftigt und auch mit Dr. Y., einem der Aussteller des vom Verteidiger eingereichten ärztlichen Zeugnisses, gesprochen. Unter den gegebenen Umständen hat das Gericht keinen Zweifel an der Richtigkeit seiner Feststellung, dass die Verhandlung für die Beschuldigte keine gesundheitlichen Nachteile bewirkt haben würde. Ihr Fernbleiben hat daher als unentschuldigt zu gelten.

...

7. Andere Entschuldigungsgründe sind ebenfalls keine ersichtlich und geltend gemacht. Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass die Beschuldigte der Berufungsverhandlung unentschuldigt ferngeblieben ist, und die Berufung daher androhungsgemäss als zurückgezogen gilt. ...

Strafgericht, Berufungskammer, 13. September 2004,
i.S. Staatsanwaltschaft/Z.

Eine gegen diesen Beschluss erhobene Staatsrechtliche Beschwerde wurde von der I. Öffentlichrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts mit Urteil vom 14. März 2005 abgewiesen (Urteil BGer Nr. 1P.648/2004 vom 14. März 2005).

§§ 70 f. StPO; § 80 StPO. – Gegen Einstellungsbeschlüsse des Einzelrichters steht weder das Rechtsmittel der Berufung noch das Rechtsmittel der Beschwerde offen.

Aus den Erwägungen:

1. Die Privatkläger erklären Berufung gestützt auf § 71 Abs. 1 Ziff. 3 StPO. Diese Bestimmung legitimiert den Privatkläger im Strafpunkt zur Berufung, soweit er Strafantragsteller ist und es um das Strafantragsrecht als solches geht. Dieses ist zwar vorliegend nicht Gegenstand der Berufung. Dennoch und trotz fehlender ausdrücklicher Erwähnung in § 71 Abs. 1 StPO ist die Legitimation des prinzipalen Privatklägers, d.h. desjenigen Privaten, der als Verletzter bei Injurienklagen anstelle des Staatsanwaltes den Strafanspruch vertritt, unumstritten (vgl. GVP 85/86, S. 104; Weber, Die Berufung im zugerischen Strafprozess, Zürich 1978, S. 34; Meier, Der zugerische Ehrverletzungsprozess, Zürich 1993, S. 193).

Nach § 70 Abs. 1 Ziff. 2 StPO ist die Berufung unter anderem zulässig gegen Urteile des Einzelrichters an das Strafgericht. Die zugerische Praxis versteht unter dem Begriff des «Urteils» im Sinne von § 70 StPO seit jeher Entscheide über das streitige Rechtsbegehren, über Schuld oder Nichtschuld des Täters, wogegen andere Erledigungen des Rechtsstreites durch Beschluss und Verfügung erfolgen, gegen welche das Rechtsmittel der Berufung nicht zur Verfügung steht (GVP 81/82, S. 149 ff.; GVP 95/96, S. 102; Weber, a.a.O., S. 9 ff.; Hürlimann, Die Berufung nach zugerischem Strafprozessrecht, 1948, S. 12). Das Bundesgericht hat die ständige Praxis der Zuger Gerichte als zumindest nicht willkürlich bezeichnet (Urteil 1P.679/1999 vom 14. März 2000, S. 7).

2. Die Vorinstanz bezeichnet ihren Entscheid als «Urteil». Inhaltlich handelt es sich jedoch nicht um ein Sachurteil, sondern um eine prozessuale Verfahrenserledigung. Es ist nicht ein Entscheid in der Sache ergangen, sondern es fehlte nach Auffassung der Vorinstanz an einer Prozessvoraussetzung für einen Sachentscheid (nämlich an einem rechtzeitig gestellten Strafantrag), sodass sie das Verfahren richtigerweise einstellte (Ziff. 1 des Urteilsspruches) und nicht durch Schuldspruch oder Freispruch beendete. In der Tat handelt es sich bei dem Strafantrag nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lediglich um eine Prozessvoraussetzung (vgl. Trechsel, Kurzkommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch, 2. Auflage 1997, N 4 vor Art. 28). Da demnach materiell kein Urteil im Sinne von § 70 StPO vorliegt, ist die Berufung gegen den Entscheid nicht zulässig.

Dieses Ergebnis mag im vorliegenden Fall durchaus als unbefriedigend erscheinen, dies zumal die Rügen der Parteien im Zusammenhang mit der Verletzung Ihres Anspruches auf rechtliches Gehörs durch die Vorinstanz nicht von der Hand zu weisen sind und eine nochmalige Befassung mit der

Sache materiell angezeigt gewesen wäre. De lege lata ist das Ergebnis jedoch aus sachlogischen Gründen hinzunehmen.

...

4. Es bleibt zu prüfen, ob gegen den Entscheid des Einzelrichters allenfalls ein anderes kantonales Rechtsmittel als das der Berufung an das Strafgericht möglich gewesen wäre, denn insbesondere angesichts der unrichtigen Rechtsmittelbelehrung könnte eine falsche Bezeichnung des Rechtsmittels den Klägern nicht schaden. Wäre ein solches Rechtsmittel gegeben, so wäre die Berufung an die zuständige Instanz weiterzuleiten (§ 93 GOG).

Ein anderes Rechtsmittel gegen die Einstellungsverfügung des Einzelrichters existiert indessen nicht. Es ist insbesondere keine Beschwerdemöglichkeit an die Justizkommission des Obergerichtes gegeben. Die Aufzählung in § 80 StPO ist abschliessend und nennt die Einstellungsverfügung des Einzelrichters als Objekt der Beschwerde nicht (vgl. GVP 95/96, S. 101 ff.). Eine Aufsichtsbeschwerde gemäss § 80 Ziff. 2 StPO bzw. § 15 Abs. 2 Ziff. 2 GOG kommt nicht in Betracht, da es sich hier nicht um eine Kassations-, sondern um eine Disziplinarbeschwerde gegen säumige Justizorgane handelt; diese steht daher für Beschwerden gegen Einstellungsentscheide nicht zur Verfügung (Urteil des Bundesgerichtes vom 14. März 2000, 1P.679/1999, mit Hinweisen).

Strafgericht, Berufungskammer, 6. Mai 2004, i.S. W. und Cons./S.

B. Verwaltungspraxis

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

Bürgerrecht

Kognition des Regierungsrates gegen Verfügungen des Bürgerrates gemäss BüG. Eignung gemäss kantonalem Bürgerrechtsgesetz

§ 5, 16 Abs. 1 BüG – Bei Entscheidungen eines Bürgerrates gemäss § 16 Abs. 1 BüG richtet sich die Kognition des Regierungsrates nach § 47 Abs. 1 VRG, so dass der Regierungsrat auch das Ermessen überprüfen kann (E. 1). «Häufigkeit ungeklärter polizeilicher Vorkommnisse» als Grund für den ablehnenden Beschluss der Bürgergemeinde (E. 2). Auslegung des Begriffes der «Eignung» gemäss § 5 Abs. 1 BüG. Erfordernis, dass ein Bewerber nicht straffällig geworden ist. Kein Beweis für eine strafbare Handlung seites des Beschwerdeführers (E. 3). Der Beschwerdeführer ist als unschuldig zu betrachten (E. 4). Der Entscheid des Bürgerrates ist unangemessen, weil der Bürgerrat sein Ermessen in diesem Fall nicht pflichtgemäss ausgeübt hat (E. 5 und 6).

Aus den Erwägungen:

...

1.a) Gemäss § 5 Abs. 1 BüG darf einem Bewerber das Bürgerrecht nur erteilt werden, wenn er aufgrund seiner persönlichen Verhältnisse dazu geeignet ist. Paragraph 5 Abs. 2 BüG präzisiert diese Anforderung. Die Aufzählung in § 5 Abs. 2 BüG ist nicht abschliessend, was sich aus der Formulierung «insbesondere» zu Beginn des Absatzes ergibt. Ob ein Bewerber geeignet ist oder nicht, ist eine Ermessensfrage. Der Bürgerrat hat sein Ermessen pflichtgemäss, das heisst unter Beachtung von Gesetz und Verfassung, insbesondere des Willkürverbots und des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, auszuüben (BGE 122 I 267 E. 3b).

b) Bei Entscheidungen eines Bürgerrates gemäss § 16 Abs. 1 BüG richtet sich die Kognition des Regierungsrates nach § 47 Abs. 1 VRG, so dass der Regierungsrat auch das Ermessen des Bürgerrates X überprüfen kann. Anders wäre es bei einem Entscheid der Bürgergemeindeversammlung, bei welchem der Regierungsrat gemäss § 49 Abs. 2 Ziff. 3 VRG den vorinstanzlichen Entscheid nur auf Rechtsverletzungen überprüfen könnte.

c) Der Regierungsrat hat zu überprüfen, ob der Beschluss des Bürgerrats X unangemessen ist. Unangemessen ist eine Entscheidung, wenn die entscheidende Behörde zwar innerhalb des ihr eingeräumten Ermessensspielraums bleibt, ihr Ermessen jedoch in einer Weise ausübt, die den Umständen des Einzelfalls nicht gerecht wird und deshalb unzweckmässig ist (Tschannen/Zimmerli/Kiener, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern, 2000, S. 143).

2. Der Bürgerrat von X begründet seinen Beschluss damit, dass der Beschwerdeführer aufgrund der Häufigkeit ungeklärter polizeilicher Vorkommnisse die Voraussetzungen gemäss § 5 BüG nicht erfülle. Wie aus der Stellungnahme des Bürgerrates vom 23. August 2003 hervorgeht, bezieht sich der Bürgerrat in seinem Beschluss mit dem Hinweis auf die «Häufigkeit ungeklärter polizeilicher Vorkommnisse» auf die Fahrzeugdiebstähle vom 15. Februar und vom 30. März 2002.

Der Stellungnahme ist zu entnehmen, dass diese Vorkommnisse den Bürgerrat veranlasst hatten, weitere Abklärungen zu treffen. Anfragen bei der Versicherung des Beschwerdeführers hätten ergeben, dass von dieser Seite her ein Verdacht auf einen Versicherungsbetrug bestehe, welcher aber nicht bewiesen werden könne. Der Verdacht der Polizei gehe in dieselbe Richtung. Versichert war das Fahrzeug gemäss Zusammenstellung des Versicherungsportefeuilles der Familie A auf den Namen der Ehefrau des Beschwerdeführers. Der Beschwerdeführer gibt in seiner Beschwerdeschrift an, er habe aus den beiden Diebstählen einen Schaden von Fr. 12'000.– davongetragen, welchen die Versicherung unter angeblich fadenscheinigen Argumenten nicht bezahlt habe.

3.a) Unter den Begriff der «Eignung» gemäss § 5 Abs. 1 BüG fällt auch das Erfordernis, dass ein Bewerber nicht straffällig geworden ist. Dabei kann auf Art. 14 lit. c des Bundesgesetzes über den Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts vom 29. September 1952 verwiesen werden, welcher unter der Eignung eines Bewerbers ausdrücklich die «Beachtung der schweizerischen Rechtsordnung» versteht. Falls ein Bewerber straffällig geworden ist und die Straftat im Strafregister eingetragen ist, kann damit die Ablehnung eines Einbürgerungsgesuchs begründet werden. Gemäss Auskunft des Bundesamtes für Zuwanderung, Integration und Auswanderung (IMES) ist es grundsätzlich so, dass ungelöschte Vorstrafen sowie hängige Strafverfahren einer Einbürgerung entgegenstehen. Massgebend sei indessen weniger das Delikt als die Strafe, welche hiefür ausgesprochen werde. Bussen seien daher im allgemeinen kein Ablehnungsgrund.

Eine Einbürgerung kann somit nicht aufgrund einer einzigen Parkbusse abgelehnt werden. Dies würde gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstossen. Im Fall des Beschwerdeführers handelt es sich um den Verdacht auf versuchten Betrug gemäss Art. 146 i.V.m. Art. 22 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB, SR 311.0). Ein solches Delikt würde die erforderliche Schwere erreichen, um eine Einbürgerung abzulehnen.

b) Der Beschwerdeführer wurde nie rechtskräftig verurteilt. Gemäss der Stellungnahme des Bürgerrats und den Ausführungen des Beschwerdeführers hat die Polizei die Ermittlungen folgenlos eingestellt. Eine Strafuntersuchung kann gemäss § 34 der Strafprozessordnung für den Kanton Zug vom 3. Oktober 1940 (StPO, BGS 321.1) mittels formeller Verfügung eingestellt werden.

Eine Einstellung erfolgt nur, wenn keine strafbare Handlung vorliegt oder sich eine solche offensichtlich nicht nachweisen lässt (GVP 1993/94, S. 192). Bei der Instruktion der Beschwerde wurden zusätzliche Abklärungen getroffen. Die Zuger Polizei hat in ihrem Ergänzungsbericht unter der Rubrik «polizeiliche Vorkommnisse» am 23. Juli 2004 festgehalten, dass der Beschwerdeführer seit dem letzten Bericht vom 28. April 2000 weder beim Untersuchungsrichteramt des Kantons Zug, dem Einzelrichteramt Zug noch bei der Zuger Polizei registriert worden ist. Es wurden keine neuen Erkenntnisse in strafrechtlicher Hinsicht gefunden.

c) Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Verwaltungsbehörden grundsätzlich nicht an die Erkenntnisse von Strafverfolgungsbehörden gebunden (BGE 103 Ib S. 104 ff.; Tschannen/Zimmerli/Kiener, a.a.O., S. 83). Insbesondere in reinen Rechtsfragen müssen sich Verwaltungsbehörden nicht an die Beurteilung durch die Strafverfolgungsbehörden halten, da sonst die Verwaltung in ihrer freien Rechtsanwendung beschränkt würde (BGE 102 Ib 196 E. 3c). Bei tatsächlichen Feststellungen müssen die Befunde der Strafverfolgungsbehörden allerdings zur Kenntnis genommen und im Rahmen der Sachverhaltsfeststellung in angemessener Weise berücksichtigt werden.

Es ist einer Verwaltungsbehörde jedoch unbenommen, selber Sachverhaltsabklärungen vorzunehmen. Dies hat der Bürgerrat X auch getan. Der Bürgerrat X stützt sich auch auf angeblich mündlich geäusserte Vermutungen seitens der Versicherung des Beschwerdeführers. Gemäss der Vernehmlassung des Bürgerrates wollte die Versicherung diesen Verdacht nicht schriftlich bestätigen, da keine Beweise vorlägen. In ihrem Auskunftsschreiben vom 29. April 2003 an die Bürgergemeinde X bestätigt die Versicherung, dass hinsichtlich des Versicherungsportefeuilles der Familie A nichts Nachteiliges zu bemerken sei. Die im Versicherungsportefeuille aufgeführten Schäden seien gemäss den Unterlagen alle korrekt.

Damit ist weder dem Beschluss noch der Stellungnahme des Bürgerrats zu entnehmen, dass dieser bei seinen eigenen Abklärungen auf neue Hinweise gestossen ist, die eine strafbare Handlung beweisen könnten. Der Bürgerrat X stellt in seinem Beschluss denn auch richtigerweise ausdrücklich fest, dass keine strafbare Handlung des Beschwerdeführers bewiesen werden könne.

d) Zusammenfassend kann gesagt werden, dass sich weder aufgrund der polizeilichen Ermittlungen noch aufgrund der zusätzlichen Abklärungen des Bürgerrates X sowie gemäss den Abklärungen der instruierenden Direktion ein Beweis für eine strafbare Handlung seitens des Beschwerdeführers ergeben hat.

4. Der in Art. 32 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und in § 8 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Zug vom 31. Januar 1894 (BGS 111.1) verankerte Grundsatz der Unschuldsvermutung besagt, dass jede Person bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig zu betrachten ist.

Im Strafprozessrecht wird daraus abgeleitet, dass bei der Einstellung eines Strafverfahrens in der Begründung oder bei der Beurteilung der Nebenfolgen nicht der Eindruck erweckt werden darf, der Betroffene sei im Grunde doch schuldig (Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 1999, 3. Aufl., S. 563).

Wenn man den Ausführungen des Bürgerrats X folgen würde, wäre jede Person, gegen welche die Polizei bzw. der Untersuchungsrichter jemals Ermittlungen durchgeführt hat, für eine Einbürgerung ungeeignet. Dies würde dem rechtsstaatlichen Grundgedanken des Strafprozessrechts widersprechen, gemäss welchem es nicht die Sache der Polizei oder des Untersuchungsrichters ist, über Schuld und Unschuld einer Person zu befinden. Das Instrument der polizeilichen Ermittlungen bzw. der Strafuntersuchung beinhaltet notwendigerweise auch den Einbezug von unschuldigen Personen, da diese Ermittlungen u.a. bezwecken, Strafverfahren gegen unschuldige Personen zu vermeiden. Ob die Polizei oder der Untersuchungsrichter Ermittlungen gegen eine Person durchführt, hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab, welche nur bedingt durch die betroffene Person beeinflusst werden können. Es ist unzweckmässig, die Eignung zur Einbürgerung allein davon abhängig zu machen, ob ein Bewerber schon einmal oder mehrmals Betroffener eines polizeilichen Ermittlungsverfahrens bzw. einer Strafuntersuchung gewesen ist.

Der Bürgerrat X kann als Verwaltungsbehörde seinen Entscheid nicht auf blosse Vermutungen, Verdächtigungen und Mutmassungen abstützen. Die Abklärungen der instruierenden Direktion haben ergeben, dass gegen den Beschwerdeführer keine aktuellen Verurteilungen aus strafbaren Handlungen vorliegen. Damit ist der Beschwerdeführer als unschuldig zu betrachten. Der Bürgerrat X wird den Umständen des Einzelfalls nicht gerecht, wenn er aus der Tatsache, dass gegen den Beschwerdeführer polizeiliche Ermittlungen im Gang waren, Schlüsse auf dessen Eignung zur Einbürgerung zieht.

5.a) Gemäss dem Bericht der Kantonspolizei Zug vom 28. April 2000 spricht der Beschwerdeführer Schweizerdeutsch mit leichtem Akzent. Er ist gemäss diesem Bericht mit den Gepflogenheiten der Schweiz bestens vertraut und kann als gut assimiliert bezeichnet werden. Diese Aussagen wurden durch den Brief des Bürgerrates vom 29. April 2002 an den Beschwerdeführer bestätigt. Es wird zudem nicht bestritten und geht aus den Akten hervor, dass der Beschwerdeführer mit den schweizerischen, kantonalen und örtlichen Lebensgewohnheiten vertraut ist (§ 5 Abs. 2 BüG).

b) Der Beschwerdeführer wurde von der Direktion des Innern nicht zu einem staatsbürgerlichen Gespräch eingeladen. Da er mehrere Schuljahre in der Schweiz absolviert hat, sind seine Deutschkenntnisse sicherlich gut und die notwendigen staatsbürgerlichen Kenntnisse ebenfalls vorhanden. Gemäss dem Polizeibericht vom 28. April 2000 würde der Beschwerdeführer im Fall

eines positiven Einbürgerungsentscheids gerne das erhaltene Stimm und Wahlrecht ausüben. Der Beschwerdeführer kennt damit aufgrund der Akten die mit dem Bürgerrecht verbundenen Rechte und Pflichten und will diese beachten (§ 5 Abs. 2 BüG).

c) Gemäss den Ausführungen des Beschwerdeführers hat er erfolgreich eine Ausbildung zum Wirtschaftsinformatiker abgeschlossen und seither eine feste Anstellung bei der Firma I in J. Diese Angaben werden durch den Brief des Bürgerrats vom 6. Dezember 2002 bestätigt. Der Beschwerdeführer ist verheiratet und hat seit 2002 eine Tochter. Er lebt aufgrund der Akten in geordneten persönlichen, familiären und finanziellen Verhältnissen (§ 5 Abs. 2 BüG).

Bezüglich der Vorkommnisse aus den Jahren 1992 und 1995 (28.8.1992: Diebstahl in Garderobe zusammen mit weiteren Mittätern; 23.7.1995: Fahrzeugentwendung [PW]; Verhaftung und Zuführung an das Polizeikommando Luzern) ist davon auszugehen, dass es sich dabei um «Jugendsünden» des Beschwerdeführers gehandelt hat. Der Regierungsrat hat die Strafakten der Tat vom 23.7.1995 beigezogen und die Tat objektiv und subjektiv gewürdigt. Die Voraussetzungen für eine Eignung gemäss § 5 BüG sind auch damit gegeben. Der Beschwerdeführer ist denn auch gemäss Auskunft des Bundesamtes für Polizei vom 10.5.2000 im eidgenössischen Zentralstrafregister nicht verzeichnet. Die aktuellen Vorkommnisse aus den Jahren 2000 bis 2002 sind strafrechtlich nicht relevant. Selbst wenn die Häufung von Problemen im Zusammenhang mit Fahrzeugen auffällig erscheint, ist dies bei einer pflichtgemässen Ausübung des Ermessens durch die Verwaltungsbehörde nicht ein genügender Grund für die Abweisung des Gesuchs. Der Beschwerdeführer hat sich seit 1995 nicht mehr strafbar gemacht wie die Recherchen bei der Zuger Polizei gezeigt haben. Eine Abweisung des Gesuchs durch den Bürgerrat X als Verwaltungsbehörde auf der Basis von reinen Verdächtigungen vermag dementsprechend nicht zu genügen.

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Häufigkeit ungeklärter polizeilicher Vorkommnisse, d.h. die Feststellung einer Nicht-Eignung basierend auf reinen Vermutungen, nicht ein genügender Grund für eine Abweisung des Gesuchs um Einbürgerung ist. Ein Verdacht in diesem Zusammenhang konnte denn auch nicht beweismässig erhärtet werden. Der Beschwerdeführer hat sich seit 1995 nicht mehr strafbar gemacht, wie die Recherchen bei der Zuger Polizei gezeigt haben. Der Entscheid des Bürgerrates X ist unangemessen, weil der Bürgerrat sein Ermessen nicht pflichtgemäss ausgeübt hat. Der Entscheid ist daher aufzuheben.

...

Regierungsrat, 28. September 2004

II. Zivilrecht

1. Personenrecht

Art. 13, 19 Abs 1 , 304, 305 Abs. 2, 333 Abs.1 ZGB, § 22 VRG – Ein 14-jähriges Kind ist bei fehlender Zustimmung der Eltern zur Erhebung einer Beschwerde nicht prozessfähig (E.3). Keine Erhebung von Spruchgebühren, da weder der 14-jährige Beschwerdeführer noch die Eltern für die Kosten des Verfahrens aufzukommen haben (E.4).

Aus den Erwägungen:

...

3. Um Beschwerde erheben zu können, muss der Beschwerdeführer prozessfähig sein. Die Prozessfähigkeit ist der prozessuale Ausdruck der zivilrechtlichen Handlungsfähigkeit und setzt diese voraus (Merkli / Aeschlimann / Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Rz 1 zu Art. 11). Der Beschwerdeführer ist am 8. Dezember 1989 geboren und damit 14 Jahre alt. Gemäss Artikel 14 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) ist er unmündig. Der Beschwerdeführer ist daher gestützt auf Artikel 13 ZGB nicht handlungsfähig und damit auch nicht prozessfähig. Er braucht die Zustimmung seiner Eltern als gesetzliche Vertreter, um einen Rechtsstreit führen zu können (vgl. Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 304 ZGB sowie WEISS, a.a.O., S. 85). Die Zustimmung der Eltern des Beschwerdeführers zur Erhebung einer Beschwerde gegen den Entscheid des Bürgerrates D ist auch nachträglich nicht erfolgt. Der Beschwerdeführer ist daher nicht prozessfähig. Auch aus diesem Grund ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

4. a) Gemäss § 22 VRG erhebt der Regierungsrat Gebühren für seine Amtshandlungen. Im Beschwerdeverfahren trägt gemäss § 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG die unterliegende Partei die Kosten. Da auf die Beschwerde nicht eingetreten wird, hat der Beschwerdeführer grundsätzlich die Kosten des Verfahrens zu tragen. Gestützt auf Art. 305 Abs. 2 ZGB haftet für Verpflichtungen des Kindes dessen Vermögen. Dies allerdings nur, soweit das Kind selbst handlungsfähig ist (Ingeborg Schwenzer, Basler Kommentar zum ZGB, 2. Aufl., Rz 13 zu Art. 304/305). Da der Beschwerdeführer bezüglich der Erhebung der Beschwerde nicht handlungsfähig war, hat er sich nicht nach Art. 305 Abs. 2 ZGB verpflichten können, so dass das Kindsvermögen des Beschwerdeführers nicht für die Kosten des Verfahrens haftet.

b) Es stellt sich die Frage, ob die Eltern des Beschwerdeführers für die Kosten des Verfahrens aufkommen müssen. Gemäss Art. 333 Abs. 1 ZGB haftet das Familienoberhaupt für den durch einen Unmündigen verursachten Schaden, wenn es das übliche und durch die Umstände gebotene Mass an Sorgfalt

in der Beaufsichtigung nicht beobachtet hat. Das Mass der anzuwendenden Sorgfalt bestimmt sich nach den konkreten Umständen. Zu berücksichtigen sind u.a. Alter, Charakter und geistige Reife des Kindes (BGE 100 II 301 E. 3a). Von den Eltern kann nicht verlangt werden, dass sie für eine dauernde Beaufsichtigung ihrer Kinder sorgen, die ein gewisses Alter überschritten haben (BGE 95 II 259 f., E. 4a).

Der Beschwerdeführer ist 14 Jahre alt. Seine Eltern hätten ihn praktisch 24 Stunden am Tag beaufsichtigen müssen, um zu verhindern, dass er sein Schreiben verfassen und versenden konnte. Dies kann ihnen nicht zugemutet werden. Die Eltern des Beschwerdeführers haben ihre Sorgfaltspflicht in der Beaufsichtigung des Beschwerdeführers nicht verletzt und können nicht für die Kosten des Verfahrens haftbar gemacht werden.

c) Da weder der Beschwerdeführer noch dessen Eltern für die Kosten des Verfahrens haftbar gemacht werden können, können keine Spruchgebühren erhoben werden.

...

Regierungsrat, 2. März 2004

Art. 23, 24, 26 ZGB – Prozessvoraussetzung der rechtsgültigen Vertretung offen gelassen (I. Formelles E. 3, 4). Zivilrechtlicher Wohnsitzbegriff (II. Materielles E. 1). Keine Wohnsitzbegründung bei einem Aufenthalt eines geistig Behinderten zu einem Sonderzweck in einem Heim (II. Materielles E. 2, 3,4).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

...

A, geb. 1968, mit derzeitigem Aufenthalt im Heim X in der Gemeinde D, lebte während 35 Jahren in Appenzell bei seinen Eltern. Er leidet an Autismus und ist auf eine Betreuung angewiesen. A kann verbal nicht kommunizieren, ist jedoch fähig, aufgrund seines Verhaltens und Handelns seinen Willen dem Umfeld kundzutun. Die Betreuung durch seine Eltern war aus verschiedenen Gründen nicht mehr möglich, und es wurde ein Heimplatz gesucht. Es begann eine schwierige Suche nach freien und geeigneten Wohnheimplätzen, wobei bis zu 50 Heime kontaktiert wurden. A konnte in das Heim X in der Gemeinde D im Kanton Zug notfallmässig eintreten. RA B, Bruder von A, beantragte die zivilrechtliche Wohnsitznahme von A in der Gemeinde D. Mit Beschluss vom

2. Oktober 2003 stellte der Gemeinderat von D fest, dass die beantragte zivilrechtliche Wohnsitznahme von A mit Aufenthalt im Heim für geistig schwer behinderte Erwachsene in D abgelehnt werde. Der gesetzliche Wohnsitz von A verbleibe in Appenzell. Eine allfällige Aufhebung der elterlichen Obhut für den entmündigten A mit gleichzeitiger Errichtung einer Vormundschaft sei durch die Vormundschaftsbehörde Appenzell und nicht durch die Vormundschaftsbehörde D zu erlassen. Gegen diesen Beschluss erhob A, vertreten durch seinen Bruder RA B Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat des Kantons Zug. Der Beschwerdeführer beantragt, der Entscheid der Gemeinde D sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass sich der gesetzliche Wohnsitz von A in der Gemeinde D befinde. Weiter sei festzustellen, dass im konkreten Fall für allenfalls notwendige vormundschaftliche Massnahmen die Vormundschaftsbehörde der Gemeinde D zuständig sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Aus den Erwägungen:

...

I. ...

3. Gemäss § 41 Abs. 1 VRG ist zur Erhebung der Verwaltungsbeschwerde berechtigt, wer durch den Entscheid in seiner Rechtsstellung betroffen ist. Beschwerdelegitimiert ist demnach, wer durch den Entscheid in höherem Mass als ein beliebiger Dritter oder die Allgemeinheit berührt wird und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat; das schutzwürdige Interesse besteht dabei im praktischen Nutzen, der mit erfolgreicher Beschwerde erzielt werden könnte (vgl. GVP 1997/98, S. 87; GVP 1995/96, S. 17 und 131; GVP 1977/78, S. 175 ff.). Dieses Rechtsschutzinteresse hat grundsätzlich aktuell zu sein (vgl. Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Diss. Zürich 1983, S. 93). Subjektive Prozessvoraussetzung ist zudem die Partei- und Prozessfähigkeit des Rechtsmittelklägers, bei Rechtsmittelerhebung im Namen einer Drittperson deren Vollmacht.

a) Adressaten einer Verfügung werden diejenigen genannt, deren Rechte und Pflichten in der Verfügung geregelt werden. Adressat des angefochtenen Beschlusses ist A. Er ist durch den Beschluss des Gemeinderates direkt und unmittelbar in seinen Interessen betroffen. Wie aus seinem Verhalten bei Eintritt ins Heim wie auch in den folgenden Monaten zu entnehmen ist, fühlt er sich im Heim wohl, hat sich dort bereits gut integriert und deshalb ein tatsächliches Interesse, seinen Wohnsitz in D zu begründen. Bei erfolgreicher Beschwerde würde er einen praktischen Nutzen haben. Dieser liegt insbesondere darin, dass der Tarif für Kantonale pro Tag bei Daueraufenthalt Fr. 129.– und bei Ausserkantonalen Fr. 150.– beträgt. Nach objektivierter Betrachtungsweise liegt somit ein tatsächliches Interesse an der Aufhebung des Beschlusses des Gemeinderates vor. Eine subjektive Empfindlichkeit oder ein

affektives Interesse sind nicht zu berücksichtigen (BGE 123 II 376 E. 4 S. 379; vgl. auch Kölz / Bosshart / Röhl, a.a.O., N 21 zu § 21). Weiter wird A durch den Entscheid in höherem Mass als ein beliebiger Dritter oder die Allgemeinheit berührt und hat deshalb an der Aufhebung bzw. Änderung des Entscheides ein schutzwürdiges und aktuelles Interesse. Er ist damit zur Beschwerde legitimiert.

b) Damit eine Person Beschwerde führen kann, muss sie partei- und prozessfähig sein. Parteifähigkeit ist die prozessuale Rechtsfähigkeit. Rechtsfähig ist, wer fähig ist, Rechte und Pflichten zu haben, also jedes Rechtssubjekt. Somit ist parteifähig, wer im Prozess unter eigenem Namen Rechte geltend machen kann. Die Prozessfähigkeit ist das Gegenstück zur zivilrechtlichen Handlungsfähigkeit. Sie ist die Fähigkeit, einen Prozess selber zu führen oder durch einen gewählten Vertreter führen zu lassen. Handlungsunfähige müssen den Prozess durch ihren gesetzlichen Vertreter führen.

A leidet an Autismus und ist auf eine Betreuung angewiesen, weshalb er während 35 Jahren bei seinen Eltern lebte. Anfangs 2003 war die Betreuung durch seine Eltern aus verschiedenen Gründen nicht mehr möglich. Es wurde deshalb ein Heimplatz gesucht und beabsichtigt, für A eine Vormundschaft zu errichten. All diese Tatsachen, welche im Übrigen von keiner Partei bestritten werden, weisen darauf hin, dass A nicht handlungsfähig und damit auch nicht prozessfähig ist. Er muss einen Prozess durch einen gesetzlichen Vertreter (die Eltern bei Verlängerung der elterlichen Sorge [Art. 385 Abs. 3 ZGB] oder der Vormund) führen lassen. Die vorliegende Beschwerde wurde durch Rechtsanwalt B im Namen von A erhoben. Es stellt sich die Frage, ob B, sein Bruder, dazu berechtigt ist, was der Beschwerdegegner anzweifelt.

4. Auf Anfrage bei der zuständigen Vormundschaftsbehörde des Kantons Appenzell Innerrhoden wurde der Direktion des Innern mitgeteilt, dass bis dato keine Meldung über die Weiterführung der elterlichen Sorge bzw. eine geeignete vormundschaftliche Massnahme für A erfolgt oder ein Antrag diesbezüglich gestellt worden sei. Im Einwohnerregister sei jedoch B als Vertreter eingetragen. Es ist somit davon auszugehen, dass A keinen gesetzlichen Vertreter hat und offensichtlich bis jetzt die anstehenden Geschäfte ohne einen solchen erledigen konnte. Im vorliegenden Verfahren betreffend Wohnsitzbegründung ist A jedoch auf einen gesetzlichen Vertreter angewiesen.

a) Bis zur Mündigkeit hatte A einen abgeleiteten Wohnsitz gemäss Art. 25 ZGB am Wohnsitz seiner Eltern in Appenzell. Da er mit seinen 36 Jahren nicht mehr unter elterlicher Sorge steht und bis zum jetzigen Zeitpunkt keine Anordnung der Weiterführung der elterlichen Sorge bzw. eine andere geeignete vormundschaftliche Massnahme erfolgte, besteht keine Rechtsbeziehung mehr, welche für den Beschwerdeführer einen abgeleiteten Wohnsitz nach Art. 25 ZGB begründen würde. A hat somit nach Eintritt seiner Mündigkeit in Appenzell einen selbständigen Wohnsitz nach Art. 23 ZGB begründet oder sei-

nen bis dahin geltenden abgeleiteten Wohnsitz am Sitz der Eltern gemäss Art. 24 Abs. 1 ZGB beibehalten. Diese Unterscheidung ist jedoch vorliegend ohne Bedeutung, da es Tatsache ist, dass A bis zu seinem Eintritt ins Heim X bei seinen Eltern in Appenzell wohnte. Sein zivilrechtlicher Wohnsitz war deshalb bis zu diesem Eintritt bei beiden Varianten in Appenzell. Zudem gilt der Grundsatz der Notwendigkeit eines Wohnsitzes. Dieser Grundsatz ergibt sich indirekt aus der Regel von Art. 24 ZGB und bedeutet, dass jedem Rechtssubjekt zwangsläufig ein Wohnsitz zugeschrieben wird, auch wenn es keinen Lebensmittelpunkt besitzt oder besass (Eugen Bucher, in: Das Personenrecht, Berner Kommentar, Bern 1976, N 8 zu Art. 23; Daniel Staehelin, in: Honsell/Vogt/Geiser, Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 2. Aufl., Basel et al. 2002, N 2 zu Art. 23). Es ist somit davon auszugehen, dass sich sein zivilrechtlicher Wohnsitz bis am 2. Mai 2003, d.h. bis zu seinem Eintritt ins Haus X in D, in Appenzell, befand. Dieser Punkt wurde denn auch von keiner Seite bestritten.

b) Im vorliegenden Prozess ist jedoch streitig, ob A mit Eintritt ins Heim X einen neuen Wohnsitz begründen und dadurch seinen bisherigen Wohnsitz in Appenzell aufgeben konnte. Denn hat eine Person den Ort ihres Wohnsitzes verlassen und noch keinen neuen Wohnsitz begründet, so besteht der bisherige Wohnsitz als fiktiver fort (Art. 24 Abs. 1 ZGB; vgl. auch Staehelin, Basler Kommentar, a.a.O., N 1 zu Art. 24; Bucher, Berner Kommentar, a.a.O., N 19 zu Art. 24).

c) Die Bestimmung des derzeitigen Wohnsitzes von A könnte jedoch erst erfolgen, wenn ein Vormund bestimmt wird, der ihn im Prozess vertreten kann. Ein Vormund und damit eine rechtsgenügliche Vertretung kann indessen erst bestellt werden, wenn die Zuständigkeitsfrage, d.h. sein zivilrechtlicher Wohnsitz geklärt ist. Damit sollte bei der Überprüfung der Prozessvoraussetzungen eigentlich die materielle Hauptfrage des Prozesses behandelt werden.

d) Aus diesem Grunde ist es im vorliegenden Verfahren sinnvoll, die Frage offen zu lassen, ob A rechtsgültig von seinem Bruder B vertreten werden kann. Diese Vorgehensweise, d.h. die Frage, ob eine Prozessvoraussetzung, im vorliegenden Fall eine rechtsgültige Vertretung, gegeben ist, offen zu lassen, rechtfertigt sich vor allem dann, wenn die materielle Beurteilung der Streitsache wie im konkreten Fall ohnehin zur Abweisung des Rechtsmittels führt. So wird gelegentlich vorgegangen, wenn die Legitimation des Rekurrenten nicht einwandfrei beurteilt werden kann (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., N 94 zu Vorbem. zu §§ 19–28; vgl. auch BGE 116 Ib 331 E. 1 S. 336; 123 II 371 E. 2 S. 373).

Eine solche Lösung rechtfertigt sich auch aufgrund des Verbotes des überspitzten Formalismus. Überspitzter Formalismus liegt vor, «wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge

sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt und dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt» (BGE 127 I 31 E. 2 S. 34 f.; 115 Ia 12 E. 3 S. 17). Durch die Nichtanerkennung von Rechtsanwalt B als Vertreter wäre A der Rechtsweg in unzulässiger Weise, ohne sachlich vertretbaren Grund, versperrt. Ohne einen Vertreter könnte er keinen Prozess betreffend Wohnsitzbegründung führen und ohne rechtsgültige Bestimmung seines Wohnsitzes könnte ihm kein gesetzlicher Vertreter bestellt werden.

5. Aus all diesen Gründen ist auf die vorliegende Beschwerde einzutreten.

II.

1. Die Art. 23 ff. ZGB regeln die Frage, an welchem Ort in der Schweiz eine natürliche Person Wohnsitz hat. Sie regeln allerdings nur den zivilrechtlichen Wohnsitz, auf welchen in privatrechtlichen Gesetzen verwiesen wird. Wenn das öffentliche Recht Rechtsfolgen an den Wohnsitz knüpft, bestimmt es diesen Begriff autonom (vgl. z. B. BGE 123 I 289 E. 2 S. 293). So stimmt auch der Begriff des Unterstützungswohnsitzes gemäss Art. 4 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 24. Juni 1977 über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger (Zuständigkeitsgesetz, ZUG; SR 851.1) nicht mit demjenigen des zivilrechtlichen Wohnsitzes gemäss Art. 23 ff. ZGB überein. (vgl. die Ausführungen in Werner Thomet, Kommentar zum Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger (ZUG), Zürich 1994, N 89 ff., S. 60).

Im vorliegenden Fall geht es nicht um die Bestimmung des fürsorgepflichtigen Gemeinwesens wie im oben zitierten ZUG. Es ist hingegen unklar, wo A nach seinem Eintritt ins Heim X seinen zivilrechtlichen Wohnsitz hat und welche Vormundschaftsbehörde nun für allfällige vormundschaftliche Massnahmen zuständig ist. Es ist somit der zivilrechtliche Wohnsitz von A zu bestimmen.

2. Art. 26 ZGB stellt für den Fall eines Aufenthaltes in einer Anstalt eine Konkretisierung des allgemeinen Wohnsitztatbestandes des Art. 23 Abs. 1 ZGB dar, indem er bestimmt, dass ein Aufenthalt zu einem Sonderzweck, d.h. ein Aufenthalt zwecks Besuchs einer Lehranstalt oder die Unterbringung in eine Erziehungs-, Versorgungs-, Heil- oder Strafanstalt keinen Wohnsitz begründet (BGE 108 Ia 252 E. 5 S. 257; Pra 2001 Nr. 131 S. 787 f.). Er begründet jedoch lediglich die widerlegbare Vermutung, dass ein solcher Aufenthalt nicht die Verlegung des Lebensmittelpunktes an den fraglichen Ort bedeute, d.h. er schliesst die Wohnsitznahme am Ort des Anstaltsaufenthaltes nicht aus (BGE 108 V 22 E. 2b S. 25; Pra 2001 Nr. 131 S. 787).

a) Die Unterbringung in eine Anstalt, d.h. die Anstaltseinweisung durch Dritte, die nicht aus eigenem Willen erfolgte, begründet keinen Wohnsitz, selbst wenn sie auf unbestimmte Zeit erfolgt, der Lebensmittelpunkt völlig in die Anstalt verlegt wird und alle Beziehungen zum bisherigen Wohnsitz ab-

gebrochen werden. Ob der Unterzubringende einverstanden ist oder nicht, und ob er handlungsfähig (urteilsfähig und mündig) ist oder nicht, ist unerheblich. Die Unterbringung kann durch eine hiezu ermächtigte Amtsstelle (Armenbehörde, Vormundschaftsbehörde, Strafvollzugsbehörde) erfolgen, aber auch durch Private, Fürsorgevereine, Inhaber der elterlichen Gewalt sowie andere Personen, welche die tatsächliche Fürsorge für den Untergebrachten innehaben (GVP 1987/88 206; Bucher, Berner Kommentar, a.a.O., N 14 zu Art. 26; Staehelin, Basler Kommentar, a.a.O., N 5 ff. zu Art. 26; Schnyder/Murer, Berner Kommentar, a.a.O., N 60 f. zu Art. 376). Der Anstaltsinsasse behält aufgrund von Art. 24 Abs. 1 ZGB seinen bisherigen Wohnsitz gemäss Art. 23 bzw. Art. 25 ZGB bei.

b) Wie bereits in Erwägung I/4a ausgeführt, hatte der Beschwerdeführer seinen Wohnsitz bis zum Eintritt ins Heim in Appenzell. Dies ist vorliegend auch nicht bestritten. Seit dem 2. Mai 2003 lebt A jedoch im Haus X für geistig schwer behinderte Erwachsene in D. Bei diesem Heim handelt es sich ohne Zweifel um eine Anstalt im Sinne von Art. 26 ZGB, weshalb zur Bestimmung seines zivilrechtlichen Wohnsitzes seit dem 2. Mai 2003 Art. 26 ZGB zur Anwendung gelangt.

Im vorliegenden Fall liegt eine Unterbringung in eine Anstalt im Sinne von Art. 26 ZGB vor. Zum einen erfolgte die Anstaltseinweisung durch die Angehörigen von A, d.h. durch Dritte. Sie suchten für ihn eine geeignete Anstalt, welche in der Lage war, ihn notfallmässig aufzunehmen. Er war auf ein Heim angewiesen, da er ständiger Betreuung bedarf und eine Betreuung durch seine Eltern nicht mehr möglich war. Zum andern erfolgte die Anstaltseinweisung nicht aus eigenem Willen. A hat sich nicht aus freien Stücken für einen Anstaltsaufenthalt entschlossen. Sich freiwillig für einen Anstaltsaufenthalt zu entschliessen bedeutet jedoch, nicht auf ein Heim angewiesen zu sein und überdies die Anstalt und damit den Ort des Aufenthaltes frei zu wählen (vgl. GVP 1987/88 205 f. und Erwägung II/2a). Eine Heimplatzierung war dagegen im vorliegenden Fall zwingend und notfallmässig notwendig und das Heim X wurde nicht aus mehreren möglichen Heimen für den Aufenthalt ausgewählt. Bei der schwierigen Suche nach freien und geeigneten Wohnheimplätzen, wobei bis zu 50 Heime kontaktiert wurden, war das Heim X das einzige verfügbare und geeignete Heim, das A notfallmässig bereits im Mai 2003 aufnehmen konnte. Hätte sich in einem Heim in Appenzell ein geeigneter Platz angeboten, wäre er wohl dort eingetreten. Aufgrund dieser Sachlage ist das Argument, A sei freiwillig in das Heim eingetreten, nicht stichhaltig.

Ob A mit der Einweisung ins Heim X einverstanden war und ob er urteilsfähig und damit handlungsfähig ist, ist unerheblich (vgl. Erwägung II/2a). Es ist somit ohne Bedeutung, ob er eine Veränderung seiner Lebenssituation gewollt hat und ob er in der Lage war, zu beurteilen, wo er sich mit der Absicht des dauernden Verbleibens aufhalten möchte. Ein Gespräch mit den Angehörigen oder den Betreuern des Heimes X oder eine fachmännische Beur-

teilung der Urteilsfähigkeit von A, wie von RA B beantragt, ist deshalb nicht notwendig.

Weiter ist zu bemerken, dass die Unterbringung in eine Anstalt auch dann keinen Wohnsitz begründet, wenn sie auf unbestimmte Zeit erfolgt, der Lebensmittelpunkt völlig in die Anstalt verlegt wird und alle Beziehungen zum bisherigen Wohnsitz abgebrochen werden (vgl. ebenfalls Erwägung II / 2a). Es ist somit ebenfalls unbeachtlich, ob A seit Mai 2003 eine ausschliessliche persönliche Beziehung zu D bzw. keine persönliche Anknüpfungspunkte mehr zu seinem bisherigen Wohnsitz in Appenzell hat.

Für die Bestimmung des Wohnsitzes und damit der zuständigen Vormundschaftsbehörde ist es unbeachtlich, dass die Schwester C, welche in D wohnhaft ist, als Vormundin eingesetzt werden soll. Die appenzellische Vormundschaftsbehörde kann sie, trotz ihres Wohnsitzes in D, als Vormundin für A wählen (vgl. Art. 379 ZGB).

3. Aufgrund der Funktionalisierung des Wohnsitzbegriffes ist zudem auch bei Art. 26 ZGB wertend zu entscheiden, ob die zu einem Sonderzweck begründete Niederlassung an einem bestimmten Ort es verdient, als Wohnsitz i.S.v. Art. 23 ZGB aufgefasst zu werden (vgl. die «Definition» zur Funktionalisierung des Wohnsitzesbegriffes in Bucher, Berner Kommentar, a.a.O., N 21 ff. zu Vorbem. vor Art. 23; Schnyder / Murer, in: Das Familienrecht, die Vormundschaft, Berner Kommentar, Bern 1982, N 35 ff. zu Art. 376; Staehelin, Basler Kommentar, a.a.O., N 3 zu Art. 23).

Dies ist im vorliegenden Fall klar zu verneinen. Der Zweck von Art. 26 ZGB ist ja gerade die Entlastung derjenigen Gemeinden, auf deren Gebiet sich Anstalten befinden, von denjenigen Aufgaben, welche der Wohnortgemeinde obliegen (Bucher, Berner Kommentar, a.a.O., N 13 zu Art. 26). Gemeinden mit Heil- und Pflegeanstalten bzw. Wohnheimen sollen deshalb vor zusätzlichen Lasten nach Möglichkeit bewahrt werden und es soll sich keine Behörde durch blosse Anstalts- oder Heimeinweisung ihrer Zuständigkeit entledigen können. A trat zudem zufälligerweise ins Heim X ein, da dieses Heim nach der langen Suche um einen geeigneten Heimplatz als einziges in der Lage war ihn notfallmässig aufzunehmen. Es wäre vermessen, wenn er nun in D Wohnsitz begründen könnte, nur weil das Heim X ihm entgegen kam und notfallmässig einen Heimplatz anbot. Auch die nicht verbindlichen Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden vom September 2002 sind in diesem Sinne auszulegen. Sie bestimmen in Kapitel 2.1.2 zudem selber, dass eine Wohnsitzbegründung durch einen Anstaltsaufenthalt nur mit grösster Zurückhaltung anzunehmen sei. Zudem ist es fraglich, ob die in den Empfehlungen aufgeführten Kriterien bei einer durch äussere Umstände forcierten Einweisung in eine Anstalt bei einer geistig behinderten Person zur Anwendung gelangen. Das Bundesgericht hat klar festgehalten, dass bei einer Unterbringung in eine Anstalt, d.h. der Anstalteinweisung durch Dritte, die

nicht aus eigenem Willen erfolgt, regelmässig eine Wohnsitznahme am Ort des Anstaltsaufenthalts ausgeschlossen ist (BGE 108 V 25). Der Beschwerdeführer befand sich im Zeitpunkt der Anstaltseinweisung in einer Notsituation. Bei der schwierigen Suche nach freien und geeigneten Wohnheimplätzen, wobei bis zu 50 Heime kontaktiert wurden, war das Heim X das einzige geeignete Heim, das A notfallmässig bereits im Mai 2003 aufnehmen konnte. A hat sich nicht aus freien Stücken für das Heim in D entschieden. Der Aufenthaltsort wurde damit nicht frei gewählt, sondern war durch einen freien Platz im Heim bedingt.

4. Aus all diesen Gründen ist eine Wohnsitzbegründung in D zu verneinen. Der zivilrechtliche Wohnsitz von A bleibt aufgrund von Art. 24 Abs. 1 ZGB in Appenzell. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

Regierungsrat, 28. September 2004

2. Grundbuchwesen

Art. 635 und 956 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 103 Grundbuchverordnung – Abweisung einer Grundbuchanmeldung über die 'Abtretung eines Erbteils' an einem Grundstück, welche den Eintritt der Tochter eines ausscheidenden Miterben in die Erbengemeinschaft bezweckt. – Zulässigkeit der Grundbuchbeschwerde (E. I. 2). – Eine gesamthafte 'Abtretung des Erbteils' entfaltet nur dann dingliche Wirkung, wenn diese Rechtsfolge von sämtlichen Miterben ausdrücklich gewollt ist und die Vereinbarung unter Miterben erfolgt. Der Tochter des ausscheidenden Miterben kann als ausserhalb der Erbengemeinschaft stehenden Dritten nur der Liquidationsanteil abgetreten werden, der dem abtretenden Miterben aus der Erbteilung zugewiesen wird (E. II. 1). – Nachdem der übereinstimmende Parteiwille auf die Übertragung der Erbenstellung gerichtet ist, erfolgte die Grundbuchabweisung zu Recht (E. II. 2).

Aus dem Sachverhalt:

A. A. Meier, B. Müller und C. Muster bilden die Erbengemeinschaft D. Meier-Seelig und sind in dieser Eigenschaft Gesamteigentümer des Grundstücks (GS) Nr. ... in der Gemeinde X. Am 15. März 2003 trat A. Meier seinen Erbteil mit Wirkung per 1. Januar 2003 seiner Tochter ab. Die beiden Miterben stimmten dieser Abtretung zu. A. Meier wurde gleichzeitig ermächtigt, das Rechtsgeschäft zum grundbuchlichen Vollzug anzumelden. Mit Verfügung

vom 28. November 2003 wies das Grundbuchamt die Grundbuchanmeldung vom 1. Oktober 2003 mit der Begründung ab, die Abtretung eines Erbanteils (Gesamthandanteils) an einem Grundstück auf einen Dritten mit dinglicher Wirkung sei nicht möglich. (...).

B. Gegen diese Verfügung reichte A. am 4. Dezember 2003 (Beschwerdeführer) beim Regierungsrat des Kantons Zug Beschwerde ein. Seine Tochter (Beschwerdeführerin) hat sich am 18. Dezember 2003 der Beschwerde angeschlossen. Die Beschwerdeführenden stellen folgende Rechtsbegehren:

1. In Aufhebung des Entscheides des Grundbuchamtes Zug sei dieses Amt anzuweisen, dem Abtretungsvertrag bezüglich des Erbteils am Nachlass von D. die dingliche Wirkung zuzuerkennen, bzw. bezüglich der Liegenschaft in der Gemeinde X im Grundbuch bei der Erbengemeinschaft D. anstelle des A. dessen Tochter einzutragen.

2. (...)

Zur Begründung machen die Beschwerdeführer im Wesentlichen folgendes geltend:

(...) Der übereinstimmende Parteiwille sämtlicher Beteiligten sei darauf gerichtet, der Beschwerdeführerin die Stellung einer Erbin einzuräumen. Diese solle anstelle des Abtretenden der Erbengemeinschaft D. angehören. Die Beschwerdeführerin habe sich vertraglich verpflichtet, dem Abtretenden bzw. dessen Erben ein Vorkaufsrecht und ein Gewinnanteilsrecht einzuräumen. Dies mache deutlich, dass nicht der Liquidationserlös im Sinne von Art. 635 Abs. 2 ZGB Gegenstand der Abtretung bilde, sondern der Erbteil selbst, mit Verfügungsmacht über denselben.

C. ...

E. ...

Aus den Erwägungen:

I.

1. ...

2. Nach Art. 956 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) können Beschwerden gegen die Amtsführung des Grundbuchverwalters und Anstände bezüglich der eingereichten oder einzureichenden Belege und Erklärungen bei der kantonalen Aufsichtsbehörde erhoben werden, sofern nicht gerichtliche Anfechtung vorgesehen ist. Diese zivilrechtliche Norm wird in der eidgenössischen Verordnung über das Grundbuch vom 22. Februar 1910 (Grundbuchverordnung; GBV; SR 211.432.1) konkretisiert, welche zwischen spezieller Grundbuchbeschwerde (Art. 103 GBV) und allgemeiner Aufsichtsbeschwerde (Art. 102–104b GBV) differenziert. Die Grundbuchbeschwerde

richtet sich gegen die Abweisung einer Grundbuchanmeldung (Dieter Zobl, Grundbuchrecht, 1999, Rz 574f.). Da die vorliegende Beschwerde sich gegen die Abweisung einer Grundbuchanmeldung richtet, kann sie mit Grundbuchbeschwerde angefochten werden. Aufsichtsbehörde über das Grundbuch ist der Regierungsrat (§ 151 des Gesetzes betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug vom 17. August 1911; EG ZGB, BGS 211.1). Er ist als Beschwerdeinstanz für die Beurteilung der vorliegenden Grundbuchbeschwerde gemäss § 40 Abs. 2 VRG zuständig.

3. ...

II.

1. Der Beschwerdeführer hat die Vereinbarung über die Abtretung des Erbteils an die Beschwerdeführerin am 1. Oktober 2003 zum Vollzug im Grundbuch angemeldet. Das Grundbuchamt hat das angemeldete Geschäft im Tagebuch eingeschrieben. Es hat die Eintragung im Hauptbuch in der Folge abgelehnt und die Grundbuchanmeldung mit der Begründung abgewiesen, die Abtretung eines Erbteils an einem Grundstück auf eine Drittperson sei mit dinglicher Wirkung nicht möglich und die Eintragung der Beschwerdeführerin als Gesamteigentümerin zufolge Erbengemeinschaft daher ausgeschlossen. Es stellt sich die Frage, ob die Abweisung zu Recht erfolgte.

1.1. Nach Art. 966 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 24 Abs. 1 GBV hat der Grundbuchverwalter eine Grundbuchanmeldung abzuweisen, wenn sie nicht den gesetzlichen Anforderungen entspricht (Zobl, a.a.O., S. 180, Rz 519). Ob die gesetzlichen Anforderungen erfüllt sind, hat der Grundbuchverwalter von Amtes wegen abzuklären. Dabei hat er im Rahmen seiner Kognitionsbefugnis namentlich die Eintragungsfähigkeit der angemeldeten Rechte oder Rechtsverhältnisse zu prüfen. Im Grundbuch können nämlich nur jene Rechte und Rechtsverhältnisse eingetragen werden, welche durch das Gesetz abschliessend aufgezählt und inhaltlich festgelegt sind. Dies ist eine Folge des Prinzips des 'numerus clausus' dinglicher Rechte bzw. des Typenzwangs. Da Vertragsfreiheit nur bezüglich der Schaffung obligatorischer, nicht aber bezüglich dinglicher Rechtspositionen besteht, ist es – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden – unerheblich, ob der übereinstimmende Parteiwille der Beteiligten auf die Übertragung des Erbteils und nicht des Liquidationsanteils gerichtet war. Auch wenn zweifelsfrei feststeht, dass die Mitglieder der Erbengemeinschaft der Beschwerdeführerin Erbenstellung einräumen und sie damit zur Gesamteigentümerin machen wollten, ändert dies nichts an der Tatsache, dass der angestrebte Erfolg nur bewirkt werden kann, wenn die Gesetzgebung dies ausdrücklich vorsieht. Erforderlich ist eine gesetzliche Bestimmung, die die Abtretung eines Erbteils ausdrücklich zulässt.

1.2. Mit dem Tod des Erblassers sind A., B. und C. kraft Gesetzes Erben von D. und damit Gesamteigentümer des GS Nr. ... geworden (Art. 560 Abs. 1 ZGB). Da eine Teilung des Nachlasses bisher nicht erfolgt ist, stehen alle Erb-

schaftsgegenstände, wozu namentlich das GS Nr. ... gehört, nach wie vor im Gesamteigentum der Erben (Art. 602 Abs. 1 ZGB). Bis zur Teilung der Erbschaft richten sich die Rechte und Pflichten der Gesamteigentümer nach den gesetzlichen Regeln, unter denen ihre Gemeinschaft steht (Art. 653 Abs. 1 ZGB). Nach diesen Regeln beurteilt sich auch die Frage, ob ein einzelner Miterbe oder alle Erben zusammen einen Erbanteil auf einen Miterben oder auf einen Dritten übertragen können. Der einzelne Gesamthänder darf, soweit er dazu nicht nach dem Rechtsverhältnis der Gemeinschaft oder von Gesetzes wegen ermächtigt ist, über die gemeinschaftliche Sache nicht verfügen (Arthur Meier-Hayoz, a.a.O., N. 6 zu Art. 653 ZGB). Im Falle einer Erbengemeinschaft ist kein Mitglied in der Lage, über seinen internen Gesamteigentumsanteil oder einen bestimmten Nachlassgegenstand zu verfügen (Roland Pfäffli, Der Ausweis für die Eigentumsübertragung im Grundbuch, 1999, S. 84 m.w.H.; BGE 99 II 26). In Art. 653 Abs. 3 ZGB wird solange, wie die Gemeinschaft dauert, ein Recht auf Teilung oder die Verfügung über einen Bruchteil der Sache ausdrücklich ausgeschlossen (Meier-Hayoz, a.a.O., N. 3 zu Art. 652 ZGB; ZBGR 74 1993 217). Dem Beschwerdeführer steht in seiner Eigenschaft als Mitglied der Erbengemeinschaft folglich kein Anteil am GS Nr. ... zu, über den er verfügen könnte.

1.3 Die Beschwerdeführer halten dem entgegen, dass die Abtretung des Erbanteils mit Zustimmung sämtlicher Mitglieder der Erbengemeinschaft erfolgt sei. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, lässt sich der angestrebte Erfolg auch bei gesamthänderischem Zusammenwirken der Beteiligten nicht erreichen. Wer zur Verfügung über die im Gesamteigentum stehende Sache berechtigt ist, beantwortet sich in erster Linie nach der gesetzlichen oder vertraglichen Ordnung der betreffenden Gemeinschaft (Meier-Hayoz, a.a.O., N. 3 zu Art. 653 ZGB). Massgebend für die Beurteilung der Frage, ob ein Erbteil eines Miterben mit Zustimmung aller übrigen auf einen anderen Miterben oder eine Drittperson übertragen werden kann, sind somit die gesetzlichen Bestimmungen über die Erbengemeinschaft. Mit der Abtretung eines Erbteils befasst sich Art. 635 ZGB. Das Gesetz unterscheidet grundsätzlich zwei Fälle von Abtretungsverhältnissen: Dasjenige unter Miterben (Art. 635 Abs. 1 ZGB) und solche von Erben mit Dritten, d.h. ausserhalb der Erbengemeinschaft Stehenden (Art. 635 Abs. 2 ZGB).

1.3.1. Eine gesamthafte Abtretung eines ‘internen’ Erbteils an einen oder mehrere Miterben ist nach herrschender Auffassung zulässig. Die Abtretung hat dingliche Wirkung, sofern dies von den Parteien gemäss der Abtretungsurkunde so gewollt ist (Pfäffli, a.a.O., S.84). Der Erbteil des Abtretenden wächst unter diesen Umständen dem oder den Miterben an, wobei der abtretende Erbe aus der Erbengemeinschaft ausscheidet (ZBGR 74 1993 217). Diese Konstellation liegt im zu beurteilenden Fall nicht vor. Auch wenn es sich bei der Beschwerdeführerin um die Tochter eines Mitglieds der Erbengemeinschaft D. Meier-Seelig handelt, welche im Falle des Vorversterbens des Beschwerdeführers an seine Stelle treten und selbst Mitglied der Erbenge-

meinschaft D. würde, handelt es sich bei ihr aus heutiger Sicht nicht um eine Miterbin von D. Sie ist diesbezüglich vielmehr eine Dritte, weshalb die Bestimmung von Art. 635 Abs. 1 ZGB über die Abtretung eines Erbanteils an einen Miterben keine Anwendung findet.

1.3.2. Wird der Vertrag über einen angefallenen Erbanteil – wie im vorliegenden Fall – mit einer Drittperson abgeschlossen, so ergeben sich die damit verbundenen Rechtsfolgen aus Art. 635 Abs. 2 ZGB. Danach besteht für Dritte 'kein Recht auf Mitwirkung bei der Teilung, sondern nur ein Anspruch auf den Anteil, der dem (abtretenden) Erben aus der Teilung zugewiesen wird.' Hieraus wird deutlich, dass der Begriff 'Erbanteil' im Sinne von Art. 635 Abs. 2 ZGB mit dem Begriff 'Liquidationsanteil' gleichzusetzen ist. Es ist das bei der Liquidation der Gemeinschaft dem einzelnen Erben zufallende vermögensrechtliche Ergebnis, welches Gegenstand einer Abtretung bilden kann. Artikel 635 Abs. 2 ZGB verleiht der Drittperson nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Abtretenden, dahingehend, dass dieser die Gegenstände, die er bei der Teilung erhalten wird, an ihn übertrage (Arnold Escher, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 3. A. 1960, N.18, 19 und 24 zu Art. 635 ZGB; BGE 87 II 224). Dieser Liquidationsanteil deckt sich mit dem Bruchteil, zu welchem der Miterbe berufen ist (ZBGR 74 1993 217 m.w.H.). Der Beschwerdeführer konnte daher seinen 'Erbanteil' am GS Nr. ... trotz der Zustimmung sämtlicher Miterben nicht seiner Tochter veräussern mit der Folge, dass diese an seiner Stelle im Grundbuch eingetragen und Mitglied der Erbengemeinschaft wird (statt vieler Meier-Hayoz, a.a.O., N. 2 zu Art. 652 und N. 9 zu Art. 653 ZGB; Pfäffli, a.a.O., S. 85).

2. Zusammenfassend ergibt sich, dass eine 'Neugestaltung' der Erbengemeinschaft in dem von den Beschwerdeführenden geforderten Sinne, nämlich durch Eintritt einer Dritten in die Erbengemeinschaft nicht möglich ist. Dem Beschwerdeführer steht in seiner Eigenschaft als Mitglied der Erbengemeinschaft nur ein vermögensrechtlicher Anspruch am Nettoergebnis der Liquidation bei der Auflösung der Erbengemeinschaft zu, über den er frei verfügen, den er insbesondere nach den Regeln über die Forderungsabtretung auf seine Tochter übertragen kann. Einer Zustimmung der übrigen Miterben bedarf es dazu nicht. Nachdem der übereinstimmende Parteiwille nicht auf die Herbeiführung dieser Rechtsfolge gerichtet war, erfolgte die Grundbuchabweisung zu Recht. Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet, was zu ihrer Abweisung führt.

III. ...

Regierungsrat, 17. Februar 2004

III. Baurecht

§ 12 Abs. 1 und Abs. 3 lit. a NHG, Art. 33 Abs. 2 und 3 lit. a und Art. 34 Abs. 3 RPG, Art. 44 USG, § 41 Abs. 1 und 3 VRG, § 41 PBG – Sind der Zuger Heimatschutz und der Schweizer Heimatschutz berechtigt, einen Beschluss der Gemeindeversammlung Cham über die Änderung der Bauordnung, des Zonenplanes sowie des Empfindlichkeitsstufenplanes und den Erlass eines Bebauungsplanes anzufechten? Darf ein Gebiet, das in einem BLN-Objekt liegt, eingezont werden?

Aus den Erwägungen:

3. Sowohl der Zuger Heimatschutz als auch der Schweizer Heimatschutz sind Organisationen, die sich statutengemäss den Interessen des Natur- und Heimatschutzes widmen. Die Beschwerdeführer haben die vorliegende Eingabe in Wahrnehmung der statutarischen Aufgaben und zur Verfolgung von rein ideellen Interessen auf dem Gebiet des Natur- und Heimatschutzes eingereicht. Bei der Eingabe handelt es sich um eine sogenannte ideelle Verbandsbeschwerde, wo das Beschwerderecht der Organisationen gegeben ist, wenn dies in speziellen Bestimmungen des kantonalen oder des Bundesrechts vorgesehen ist. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist nachfolgend näher zu prüfen.

a) Vorab ist festzustellen, dass der Zuger Heimatschutz sowie der Schweizer Heimatschutz von der umstrittenen Zonenplanänderung nicht direkt betroffen sind, so dass ihre Beschwerdelegitimation nicht gestützt auf § 41 Abs. 1 VRG bzw. § 41 Abs. 3 PBG bejaht werden kann. Im Weitern kann auch nicht gesagt werden, dass eine Mehrheit bzw. eine beträchtliche Anzahl von Mitgliedern der Organisationen von der Zonenplanänderung betroffenen wird, die selber zur Beschwerdeführung berechtigt wären (sogenannte egoistische Verbandsbeschwerde).

b) Weder § 41 VRG noch § 41 PBG äussern sich zum Einsprache- und Beschwerderecht von gesamtschweizerischen Organisationen des Natur- und Heimatschutzes. Um die Beschwerdefähigkeit dieser Organisationen kommt man angesichts von Art. 33 Raumplanungsgesetz vom 22. Juni 1979 (RPG; SR 700) nicht herum. Danach 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 gewährleistet die Legitimation mindestens im gleichen Umfang wie für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht (Art. 33 Abs. 2 und 3 lit. a RPG). Den Umwelt-, Natur- und Heimatschutzorganisationen ist damit das Beschwerderecht soweit gegeben, als es von Bundesrechts wegen gilt.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die zugerische Gesetzgebung im Bereich des Bau- und Planungsrechts den ideellen Vereinigungen keine über das

Bundesrecht hinausgehende Beschwerdelegitimation verleiht (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 19. Mai 1994 i.S. H.). Es bedarf also nachfolgend der Prüfung, ob die Beschwerdeführer eventuell gemäss Bundesrecht zur Beschwerdeführung berechtigt sind.

4. Auf der Stufe des Bundesrechts sind im vorliegenden Zusammenhang die entsprechenden Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (NHG; SR 451) sowie des RPG zu beachten. Danach steht – soweit in Erfüllung einer Bundesaufgabe gegen kantonale Verfügungen oder Erlasse oder gegen Verfügungen von Bundesbehörden die Beschwerde an den Bundesrat oder die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zulässig ist –, das Beschwerderecht den Gemeinden und den gesamtschweizerischen Vereinigungen zu, die sich statutengemäss dem Natur- und Heimatschutz oder verwandten, rein ideellen Zielen widmen (Art. 12 Abs. 1 NHG). Die Gemeinden und Organisationen sind auch berechtigt, die Rechtsmittel des kantonalen Rechts zu ergreifen (Art. 12 Abs. 3 lit. a NHG).

Mit anderen Worten: Die Beschwerdelegitimation des Zuger und des Schweizer Heimatschutzes setzt somit die Zulässigkeit der eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht gegen den angefochtenen Beschluss der Gemeindeversammlung Cham vom 23. Juni 2003 voraus. Ob diese Beschwerdemöglichkeit gegeben ist, bedarf der nachfolgenden Prüfung.

a) Gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen in Planungs- und Bausachen kommt gemäss Raumplanungsrecht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht nur in zwei Fällen zum Zug, nämlich wenn Entschädigungen als Folge von Eigentumsbeschränkungen (Art. 5 RPG) oder Ausnahmebewilligungen für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen (Art. 24–24 d RPG) streitig sind (Art. 34 Abs. 1 RPG). Andere Entscheide letzter kantonaler Instanzen sind endgültig, vorbehalten bleibt die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht (Art. 34 Abs. 3 RPG). Wurde beispielsweise gerügt, eine Planungsfestsetzung verletze die Anforderungen des Umweltschutzrechtes des Bundes, war früher auf Bundesebene nur die staatsrechtliche Beschwerde gegeben (115 Ib 351). Denn in solchen Fällen ging es schwergewichtig um eine Planungsangelegenheit (vgl. K. Spühler, Der Rechtsschutz von Privaten und Gemeinden im Raumplanungsrecht, in: ZBl 1989, S. 102). Handelte es sich aber bei dem in Frage stehenden Plan und den ergänzenden Vorschriften um so detaillierte, das nachfolgende Bewilligungsverfahren präjudizierende Anordnungen, dass sie einer Verfügung gleichkamen, stand schon damals das Rechtsmittel der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zur Verfügung (BGE 115 Ib 351, 116 Ib 163; RRB vom 5. Dezember 1994 i.S. W.). In der Folge stellte das Bundesgericht fest, dass die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nur insoweit zur Verfügung stehe, als ein Nutzungsplan Verfügungen im Sinne von Art. 5 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) enthalte, indem er namentlich im Einzelfall eine Umweltverträglichkeitsprüfung anordne oder Lärmempfind-

lichkeitsstufen festsetze (BGE 118 Ib 11). Mit BGE 120 Ib 287 ging das Bundesgericht noch einen Schritt weiter, indem es erklärte, die Festsetzung von Empfindlichkeitsstufen in Nutzungsplänen sei – obwohl es sich dabei um eine Planungsmassnahme handle – generell mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbar. Kurz darauf hielt das Bundesgericht überdies fest, dass planungsrechtliche Rügen immer dann mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vorzubringen seien, soweit das Planungsrecht sachnotwendig mit dem Umweltschutzrecht zusammenhänge (BGE 121 II 72; 123 II 88). Das Gericht erklärte damit für zulässig, was es in BGE 114 Ib 344 noch ausdrücklich abgelehnt hatte.

Gleichzeitig mit der vorliegenden Umzonung werden die Lärmempfindlichkeitsstufen für das fragliche Gebiet festgesetzt und im Zonenplan der Gemeinde Cham entsprechend zugeordnet (Art. 44 Umweltschutzgesetz vom 7. Oktober 1983, USG, SR 814.01). Bei der einzelfallweisen Zuordnung der Empfindlichkeitsstufen liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes eine Verfügung gemäss Art. 5 VwVG vor, so dass gegen diese Zuordnung die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht zulässig ist. Vorliegend geht es aber nicht um eine einzelfallweise Zuordnung der Lärmempfindlichkeitsstufen, die im Rahmen der Zonenplanrevision festgesetzt wird. Die Festsetzung der Empfindlichkeitsstufen wird als Bestandteil der Nutzungsplanung betrachtet, die gestützt auf Art. 34 Abs. 1 und 3 RPG eigentlich nur der staatsrechtlichen Beschwerde unterläge. Nach neuester, soeben dargelegter Rechtsprechung des Bundesgerichts ist gegen planungsrechtliche Rügen, wenn gemeinsam umweltrechtliche Einwände vorgebracht werden, bereits kraft Sachzusammenhangs die eidgenössische Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig. Zusätzlich wird mit der fraglichen Einzonung gleichzeitig ein Bebauungsplan erlassen. Dieser Plan samt seinen Sonderbauvorschriften enthält derart detaillierte, das nachfolgende Baubewilligungsverfahren präjudizierende Anordnungen, dass er einer Verfügung gleichkommt. Weil sich dieser Plan mit der Zuordnung der Empfindlichkeitsstufen (Art. 44 USG) auf öffentliches Recht des Bundes stützt, kann er das Anfechtungsobjekt einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht bilden. Auch aus diesem Grund ist die eidgenössische Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig.

b) Die Festsetzung der Empfindlichkeitsstufen und mit ihr die gesamte Zonenplanrevision samt detailliertem Bebauungsplan kann deshalb vorliegend mit eidgenössischer Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden. Diese Weiterzugsmöglichkeit hat nun aber zur Folge, dass vorliegend die Beschwerdelegitimation des Zuger Heimatschutzes sowie des Schweizer Heimatschutzes im Grundsatz gegeben ist. Der Schweizer Heimatschutz und mithin auch seine zugerische Sektion ist vom Bundesrat als gesamtschweizerische, nach USG und NHG beschwerdeberechtigte Organisation bezeichnet worden (Verordnung der beschwerdeberechtigten Organisationen vom 27. Juni 1990; VBO; SR 814.076). Ausserdem können die Beschwerdeführer mit ihrer Eingabe ein aktuelles und praktisches Interesse an der vorliegenden Verbandsbeschwerde ausweisen (BGE 123 II 285), indem sie

die Erschliessung und die damit einhergehenden Lärmimmissionen der Fensterfabrik auf das benachbarte Quartier thematisieren.

Damit steht fest, dass die Legitimation der Beschwerdeführer gegeben und auf die Beschwerde vom 18. Juli 2003 einzutreten ist. Mit der Verwaltungsbeschwerde wird der Regierungsrat verpflichtet, den angefochtenen Entscheid zu überprüfen und in der Sache neu zu entscheiden (§ 39 VRG).

5. ...

6. Die Beschwerdeführer rügen, dass für das fragliche Gebiet im Raumordnungskonzept des Regierungsrates noch eine Siedlungsbegrenzungslinie vorgesehen gewesen sei. Im Entwurf zum Richtplan mache diese Linie plötzlich einen Bogen und verlaufe durch das BLN-Gebiet.

Damit stellen die Beschwerdeführer die Frage nach dem anwendbaren Recht und nach der Überprüfungsbefugnis der Beschwerdeinstanz. Dabei ist zu berücksichtigen, dass jeweils die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheides massgebend sind, soweit sich aus der Streitsache nichts anderes ergibt (§ 47 Abs. 2 VRG). Die Beschwerdeführer stützen sich bei ihrer Argumentation auf Grundlagen, welche noch keine Rechtskraft erlangt haben. Trotzdem ist festzuhalten, dass das Raumordnungskonzept lediglich die Raumordnungspolitik des Regierungsrates niederschrieb. Es wäre verfehlt, daraus etwas für den vorliegenden Fall ableiten zu wollen. Erst der nun in der kantonsrätlichen Beratung steckende kantonale Richtplan wird behördenverbindliche Aussagen für die Raumentwicklung enthalten. Ohne dem Abschluss der Beratungen vorgreifen zu wollen, kann festgehalten werden, dass die fragliche Einzonung nicht im Widerspruch zum kantonalen Richtplan stehen wird. Die Rüge ist in diesem Umfang unbegründet. Die Beschwerde ist abzuweisen.

7. Die Beschwerdeführer machen weiter geltend, dass die Allmend Hagendorn in einer Landschaft liege, die als Objekt Nr. 1305 (Reusslandschaft) im BLN-Inventar registriert sei. Dieses Gebiet müsse ungeschmälert erhalten werden. Ihm müsse die grösstmögliche Schonung zuteil kommen.

Zweifelsohne berührt die Einzonung einen empfindlichen Landschaftsraum. Die Allmend Hagendorn liegt unbestrittenermassen im Objekt Nr. 1305 des Bundesinventars der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN-Inventar). Nachfolgend ist zu prüfen, welche Auswirkungen die Aufnahme des fraglichen Gebietes in ein BLN-Inventar für die vorliegend zur Diskussion stehende Zonenplanrevision hat.

Durch die Aufnahme eines Objektes von nationaler Bedeutung in ein Inventar des Bundes wird dargetan, dass es in besonderem Masse die ungeschmälerte Erhaltung, jedenfalls aber unter Einbezug von Wiederherstellungs- oder angemessenen Ersatzmassnahmen die grösstmögliche Schonung verdient. Ein Abweichen von der ungeschmälerten Erhaltung im Sinne der

Inventare darf bei der Erfüllung einer Bundesaufgabe nur in Erwägung gezogen werden, wenn ihr bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen (Art. 6 NHG).

Dem Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung kommt kein Konzeptcharakter im Sinne von Art. 13 RPG zu. Es wurde ohne die nach Art. 4 RPG und Art. 19 Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (RPV; SR 700.1) geforderte Mitwirkung der Bevölkerung erarbeitet. Es kann deshalb die Anforderungen an Konzepte und Sachpläne nicht erfüllen. Falls der Bund seine Inventare auf Stufe Konzept heben wollte, müsste er dazu einen entsprechenden Sachplan erarbeiten. Dieses Vorgehen würde jedoch scheitern, weil dem Bund die Kompetenz für die Erarbeitung eines Sachplans Landschaft nicht zusteht. Natur- und Landschaftsschutz sind bekanntlich Aufgaben der Kantone (Art. 78 Abs. 1 Bundesverfassung vom 18. April 1999, BV, SR 101; Art. 23 Abs. 1 RPV). Deshalb wäre für die Kantone und Gemeinden ein allfälliger Sachplan des Bundes bei der Bearbeitung von kantonalen und gemeindlichen Aufgaben, namentlich im Nutzungsplan- sowie im Baubewilligungsverfahren unbeachtlich (Art. 23 Abs. 1 RPV).

Das Bundesinventar ist für die Kantone und Gemeinden nur dann verbindlich, wenn es in einem kantonalen Gesetz oder im kantonalen Richtplan vorgesehen ist. Im Kanton Zug ist dies jedoch nicht gegeben. Weder in einem kantonalen Gesetz noch im Richtplan 1987 noch in dem sich in der kantonsrätlichen Beratung befindenden Richtplan wird das BLN-Inventar verbindlich erklärt. Im Richtplan 1987 waren die BLN-Gebiete als Ausgangslage aufgeführt. Darin wurden lediglich Landschaftsschutzgebiete festgesetzt. Der Kanton Zug hat deshalb im Richtplan 1987 ausdrücklich darauf verzichtet, das BLN-Inventar für Kantons- und Gemeindeaufgaben verbindlich zu erklären. Auch der in der kantonsrätlichen Beratung stehende Richtplan betrachtet das BLN-Inventar lediglich als Planungshilfe. Das bedeutet, dass sowohl der Kanton als auch die Gemeinden das BLN-Inventar bei der Erfüllung ihrer Aufgaben als Planungsgrundlage beiziehen können. Das Inventar ist also lediglich bei der Erfüllung von Bundesaufgaben, nicht aber bei der Erfüllung von kantonalen oder gemeindlichen Aufgaben verbindlich (BGE 121 II 190).

Nach diesen grundsätzlichen Ausführungen zur Bedeutung des BLN-Inventars ist nachfolgend zu prüfen, ob die Gemeinde Cham die Einzonung zu Recht beschlossen hat.

8. Die Beschwerdeführer rügen, dass die geplante Bebauung den Zielen des BLN-Objektes widerspreche. Es würden keine gleich- oder höherwertigen Interessen gewahrt. Die Zonenplanänderung vermöge keine gleich- und höherrangige Interessen zu begründen, welche einen derartigen Eingriff rechtfertigten. Die Erweiterung der Fensterfabrik werde zu einer starken räumlichen Beeinträchtigung der gesamten Geländekammer zwischen Hagendorn und dem Frauentalerwald führen. Die Fabrikationshalle stehe bezüglich ihrer

Grösse auch in keinem Verhältnis zum übrigen Siedlungsgebiet von Hagendorn. Ausserdem hätte die Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) zur Begutachtung eingeladen werden müssen.

Die Gemeinde hat sich intensiv um die Standortevaluation bemüht. Der heutige Betrieb liegt am Rande der Bauzone in Hagendorn. Eine Betriebserweiterung ist aufgrund der Situation nur in eine Richtung möglich. Dies geht zu Lasten der offenen Landschaft in einer empfindlichen Umgebung. Deshalb stellte sich die Frage nach Alternativstandorten. Die Gemeinde Cham hat sieben mögliche Standorte aufgelistet. Vier wurden aus der Evaluation wieder gestrichen und die restlichen drei wurden als ungeeignet eingestuft, so dass schliesslich der bisherige, nördlich der A4 gelegene Standort für die geplante Erweiterung oben ausschwang.

Man muss sich bewusst sein, dass die vom Objekt Nr. 1305 im BLN-Inventar umfassten Flächen bei der gemeindlichen Zonenplanung weder einen spezifischen Rechtsschutz geniessen, noch sind sie mit einem Bauverbot belegt. Die Gemeinde war deshalb bei der Einzonung auch nicht gehalten, die Interessenabwägung im Sinne von Art. 6 NHG durchzuführen. Wie bereits dargelegt, handelt es sich beim Nutzungsplanverfahren um eine gemeindliche Aufgabe, welche sich auf kantonales Recht stützt und nicht in Erfüllung einer Bundesaufgabe ergeht. Aus diesem Grund bedurfte es vorliegend auch keines Gutachtens der ENHK. Trotzdem kann der Gemeinde nicht vorgeworfen werden, sie hätte keine Interessenabwägung vorgenommen. Sie hat sich intensiv mit der Einzonung befasst. Der Gemeinde war klar, dass die geplante Einzonung in einen landschaftlich empfindlichen Raum der national bedeutungsvollen Reusslandschaft greift. Sie hat deshalb das BLN-Inventar in Erfüllung ihrer Aufgabe als Planungshilfe beigezogen. Dabei stellte sie fest, dass die am Rand des BLN-Gebietes liegende Ausweitung der Bauzone die Schutzziele und die Kernsubstanz der Reusslandschaft nicht dermassen gefährdet, um eine Ablehnung der Einzonung rechtfertigen zu können. Im Gegenteil. Die Zonenplanänderung und der Bebauungsplan sind das Ergebnis eines Studienauftrags an vier Architekturbüros. Die Gemeinde hat diese Planung nicht zuletzt aufgrund des Vorprüfungsberichts der Baudirektion noch einmal überarbeitet. Der Bebauungsplan gewährleistet nun eine sorgfältige landschaftliche Eingliederung der Bauten und Anlagen. Das grosse Bauvolumen wird durch die gewählte geometrische Umgebungsgestaltung mit den Begrünungselementen eingepasst. Die Charakteristik der Flusslandschaft, u.a. mit ihren Uferbestockungen, Feldgehölzen und offenen Flächen sowie den Wasserläufen ist im Umgebungsgestaltungsplan berücksichtigt worden. Es ist zudem vorgesehen, mit standorttypischen Landschaftselementen die Gebäude durch Unterbrechung der Silhouetten in die Landschaft einzugliedern. In lockerer Anordnung werden Baum- und Buschgruppen gepflanzt. Das unverschmutzte Oberflächenwasser, namentlich das Dachwasser wird in einem System von Teichen und offenen Bachläufen der Lorze zugeführt.

Damit steht fest, dass die Einzonung zweckmässig ist und sich die Fabrikationshalle in das landschaftlich heikle Gebiet einordnen wird. Die Beschwerde ist in diesem Umfang unbegründet. Sie ist abzuweisen.

9. Des Weitern rügen die Beschwerdeführer, dass die Erschliessung mitten durch ein Wohngebiet erfolge. Durch die Kapazitätssteigerung werde es im Wohnquartier zwangsläufig Mehrverkehr geben. Dies sei ein weiterer Grund für die Nichtgenehmigung der Zonenplanrevision.

Die Zu- und Wegfahrt vom Areal der Fensterfabrik erfolgt über die Flurstrasse in die Dorfstrasse. Die Beschwerdeführer verkennen offenbar, dass sich das Gebiet östlich angrenzend an die Fensterfabrik bis an die Dorfstrasse in der Wohn- und Gewerbezone WG3 befindet. In dieser Zone ist eine Durchmischung von Wohnen und Gewerbenutzung nicht nur wünschbar, sondern sogar vorgeschrieben. Die Wohn- und Gewerbezone ist für Wohnbauten, Bauten für Dienstleistungen und für mässig störende Gewerbe- und Dienstleistungsbetriebe bestimmt. Der Mindestwohnanteil beträgt ⅓ der gesamten Geschossfläche (Art. 25 Bauordnung der Gemeinde Cham vom 30. Juni 1997, BO Cham). Daraus erhellt, dass in diesem Gebiet bis maximal ⅔ der gesamten Geschossflächen gewerblich genutzt werden können. Die Umgebung der Fensterfabrik ist also keine reine Wohnzone. Da es sich bei der Fensterfabrik nach der Erweiterung lärmmässig um eine wesentlich geänderte Anlage handelt, müssen in der Umgebung nicht nur die Immissionsgrenzwerte, sondern die strengeren Planungswerte eingehalten werden. Im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens wird die Bauherrschaft deshalb einen Lärmnachweis erbringen müssen. Darin muss sie aufzeigen, wie dieses Immissionsniveau in der Nachbarschaft eingehalten werden kann.

Daraus ergibt sich, dass die entsprechenden Rügen der Beschwerdeführer unbegründet sind, weshalb die Beschwerde in diesem Umfang abzuweisen ist.

Regierungsrat, 27. Januar 2004

Art. 19 Abs. 1 RPG, Art. 27 Abs. 1 lit. a BO Oberägeri – Baureife eines Grundstückes, Erschliessungspflicht des Gemeinwesens.

Aus den Erwägungen:

3. Die Beschwerdeführer bestreiten die rechtliche Baureife des Baugrundstücks GS Nr. ... Ihrer Ansicht nach verfügt die Parzelle nicht über die nötigen Fuss- und Fahrwegrechte auf dem Ostteil des fraglichen Weges. Die Bauherrschaft ist der Ansicht, dass es sich bei dieser Rüge um eine rein privatrechtliche Angelegenheit handle.

Der zur Diskussion stehende Weg ist zweigeteilt. Der östliche Teil des Weges von der ... bis zum ... ist nicht ausparzelliert, während der westliche Teil des Weges weitgehend auf einer eigenen Parzelle (GS Nr. ...) verläuft. Für den Westteil des Weges verfügt das Baugrundstück GS Nr. ... über ein im Grundbuch eingetragenes Fuss- und Fahrwegrecht. Unbestritten ist aber auch, dass auf dem Ostteil des Weges kein Fuss- und Fahrwegrecht zugunsten der Bauparzelle lastet. Vorab bedarf es nun einiger grundsätzlicher Bemerkungen zur faktischen und rechtlichen Erschliessung bzw. zur Baureife eines Grundstückes.

a) Die Baureife wird unter anderem von den Erschliessungsvoraussetzungen abhängig gemacht. Bauland gilt als erschlossen, wenn die für die betreffende Nutzung hinreichende Zufahrt besteht und die erforderlichen Wasser-, Energie- sowie Abwasserleitungen so nahe heranführen, dass ein Anschluss ohne erheblichen Aufwand möglich ist (Art. 19 Abs. 1 Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, SR 700; RPG). Gemäss der Bauordnung der Einwohnergemeinde Oberägeri vom 4. Dezember 1994 (BO Oberägeri) ist ein Grundstück baureif, wenn sich seine Form, Lage und Beschaffenheit zur vorgesehenen Überbauung eignet und es erschlossen ist, das heisst unter anderem, wenn eine genügende Zufahrt gemäss den Vorschriften des gemeindlichen Strassenreglementes besteht (Art. 27 Abs. 1 lit. a BO Oberägeri). Zur Erschliessung als Bauvoraussetzung ist festzuhalten, dass sie sich immer auf die gesamte Strecke, vom Baugrundstück über die Feinerschliessung bis zu den Groberschliessungsanlagen bezieht. Grundsätzlich müssen die Erschliessungsanlagen spätestens gleichzeitig mit der Bauausführung erstellt sein. Neben der faktischen ist aber auch die rechtliche Benützungsmöglichkeit der Erschliessungsanlagen für die Baureife eines Grundstückes massgebend (Aldo Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, Bern 1995, S. 104 f.).

b) Das Bauvorhaben soll über den ...weg erschlossen werden. Dies hat der Gemeinderat in der angefochtenen Baubewilligung verfügt. Insbesondere der Ostteil des Weges ist eine Privatstrasse, die sich im Eigentum der Anstösser befindet. Die faktische Erschliessungsmöglichkeit des Grundstückes Nr. ... der Bauherrschaft über den fraglichen Weg ist zweifellos gegeben. Die Strasse entspricht insbesondere im östlichen Teil den Anforderungen des Strassenregle-

ments. Der Westteil des Weges ist als Ausnahme mit einer Breite von 4.50 m bewilligt worden. Das Baugrundstück verfügt auf dem Westteil des Weges über die entsprechenden Wegrechte. Umstritten ist also lediglich die rechtliche Sicherung der Erschliessung des Baugrundstücks über den Ostteil des Weges. Die Beschwerdeführer bestreiten die Berechtigung der Bauherrschaft, den Weg im Ostteil zur Erschliessung der Parzelle GS Nr. ... benützen zu dürfen. Sie stellen damit die rechtliche Benützungsmöglichkeit des Weges durch die Bauherrschaft in Frage. Es geht also vorliegend nicht nur um Inhalt oder Umfang einer auf dem fragenden Weg lastenden Dienstbarkeit. Es geht vielmehr darum, ob die Bauherrschaft ihr Grundstück auch ohne dinglich gesicherte Berechtigung über den östlichen Teil des Weges erschliessen kann.

Die Bewilligungsbehörde stellt fest, ob ein Bauvorhaben mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften übereinstimmt. Die Bewilligung bezieht sich auf die öffentlich-rechtlichen Verhältnisse und lässt grundsätzlich Privatrechte Dritter unberührt. Einsprachen privatrechtlicher Natur haben die Verwaltungsbehörden auf den Zivilweg zu verweisen, weil aufgrund der verfassungs- und gesetzmässigen Ordnung die Zivilgerichte für die Klärung von zivilrechtlichen Fragen zuständig sind. Dem Gemeinderat ist insofern beizupflichten, als über umstrittene privatrechtliche Fragen grundsätzlich nicht die Baubewilligungsbehörde zu entscheiden hat, sondern der Zivilrichter. Nun definiert aber Art. 27 Abs. 1 lit. a BO Oberägeri ein Grundstück als baureif, wenn es sowohl faktisch als auch rechtlich erschlossen ist. Das privatrechtliche Fuss- und Fahrwegrecht ist somit hier ausnahmsweise eine vom öffentlichen Recht verlangte Voraussetzung für die Erteilung der Baubewilligung. Wird unter Berufung auf privatrechtliche Gründe die rechtliche Erschliessung und damit die Baureife des Baugrundstückes bestritten, so liegt nicht jener häufige Fall vor, wo Einsprachen privatrechtlicher Natur einfach zuständigkeitshalber an den Zivilrichter verwiesen werden müssen. Hier hindert ein fehlendes privatrechtliches Fuss- und Fahrwegrecht die Bewilligungserteilung, weil dieses Recht ein öffentlich-rechtliches Erfordernis für die Baureife des fraglichen Grundstückes und damit für die Zulässigkeit des Projektes ist.

Damit steht fest, dass das fragliche Grundstück GS Nr. ... nicht baureif ist und dass die Grundvoraussetzung für die Erteilung einer Baubewilligung solange fehlt, bis ein zivilrechtlicher Entscheid oder eine Vereinbarung der Parteien über die Benützungsmöglichkeit des östlichen Teils des Weges vorliegt. (vgl. GVP1987/88, S. 63 ff.; RRB vom 30. August 1994 i.S. V. AG; RRB vom 21. Dezember 1999 i.S. J.I.). Die Beschwerden sind demnach wegen fehlender Baureife des Grundstückes GS Nr. ... gutzuheissen.

4. Vorliegend stellt sich jedoch die Frage, ob die Baubewilligung bei diesem Zwischenergebnis aufzuheben ist. Auf die Aufhebung der Baubewilligung kann nur verzichtet werden, wenn mit einer milderen Massnahme den gesetzlichen Vorschriften ebenfalls Rechnung getragen werden könnte. Letzteres ergibt sich aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Aus Gründen der

Verhältnismässigkeit hat der Regierungsrat bereits mehrmals von einer Aufhebung der Baubewilligung abgesehen. Er hat die Baubewilligung mit einer entsprechenden Nebenbestimmung versehen. Danach durfte die Bauherrschaft von der Baubewilligung erst Gebrauch machen, nachdem Inhalt und Umfang der umstrittenen Privatrechte (Fuss- und Fahrwegrechte) auf dem Zivilweg geklärt waren (RRB vom 30. August 1994 i.S. V. AG; RRB vom 21. Dezember 1999 i.S. J.I.). In den erwähnten Beschwerden ging es im Unterschied zum Baugrundstück GS Nr. ... jeweils um Inhalt und Umfang eines bereits bestehenden Wegrechtes. Vorliegend ist jedoch allen Parteien klar, dass auf dem östlichen Teil des Weges gar kein Wegrecht zugunsten der Bauparzelle lastet. Aus diesem Grund können die Eigentümer des östlichen Teils des Weges gegen ihren Willen – mit Ausnahme der Einräumung eines Notwegrechtes – auf dem zivilrechtlichen Weg nicht verpflichtet werden, der Liegenschaft GS Nr. ... das Wegrecht zu gewähren. Auf zivilrechtlicher Ebene kann dieses Problem wohl nur freihändig gelöst werden.

Solange die Eigentümer des östlichen Teils des Weges nicht gewillt sind, auf ihrem Strassenabschnitt ein Wegrecht zu Gunsten des Grundstückes GS Nr. ... einzuräumen, ist die Baureife der Bauparzelle als Voraussetzung für die Erteilung der Baubewilligung nicht gegeben. Die Baubewilligung hätte nicht erteilt werden können, auch nicht mit einer Nebenbestimmung. Zu Unrecht hat also der Gemeinderat vorliegend die Baubewilligung unter Bedingungen und Auflagen erteilt. In Gutheissung der Beschwerde ist die angefochtene Baubewilligung aufzuheben.

5. Die Bauherrschaft erinnert an die Erschliessungspflicht der Gemeinde Oberägeri. Das Baugrundstück sei seit Jahren eingezont. Der Gemeinderat müsse für eine genügende Erschliessung besorgt sein. Er müsse den östlichen Teil des fraglichen Weges öffentlich erklären oder unter Beachtung der gesetzlichen Verfahrensschritte darauf ein öffentliches Fuss- und Fahrwegrecht begründen. Für den westlichen Teil sei dies bereits der Fall.

Das Grundstück GS Nr. ... ist seit Jahren eingezont. Ver- und Entsorgungsleitungen führen bis an das Grundstück heran. Es ist ausserdem über den ...-weg faktisch erschlossen. Bis heute fehlt aber noch die rechtliche Erschliessung der Parzelle. Es wird nun die Aufgabe der Beteiligten sein, eine definitive Erschliessungsvariante aufzuzeigen und rechtlich zu verankern. Die Erschliessung kann über den ...-weg oder allenfalls über den ...-weg erfolgen. Die Gemeinde wird in einem neuen Entscheid verschiedene Erschliessungsvarianten prüfen und sich für eine Erschliessungslösung entscheiden müssen. Seit der Einzonung des Grundstückes GS Nr. ... obliegt es der Gemeinde, auch die verkehrsmässige Erschliessung und damit die definitive Baureife der fraglichen Parzelle herbeizuführen. Sie ist verpflichtet, mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln die Überbauung der eingezonten Gebiete zu fördern (BGE 115 Ia 343 E 5e). Ihr obliegt die Erschliessung (Art. 19 Abs. 2 Raumplanungsgesetz vom 22. Juni 1979, RPG, SR 700), und zwar nicht nur die Grob-, son-

dern auch die Feinerschliessung. Die Gemeinde kann die Kosten der Feinerschliessung den Grundeigentümern überbinden (Jomini, Kommentar RPG, N 33–37 zu Art. 19).

Aufgrund der Erfahrungen der letzten Jahre wird wohl ohne den Erlass von Strassen- oder Baulinien keine definitive Erschliessung der Parzelle GS Nr. ... zustande kommen. Der Gemeinderat hat hiefür die Federführung zu übernehmen und gleichzeitig die Erschliessung der ebenfalls noch unbebauten Parzelle GS Nr. ... ins Auge zu fassen. Er ist deshalb in Gutheissung des Eventualbegehrens der Bauherrschaft aufsichtsrechtlich zu verpflichten, die definitive Erschliessung dieser Grundstücke entweder über den ...-weg oder über den ...-weg oder anderweitig innerhalb eines Jahres seit Rechtskraft dieses Entscheides erstinstanzlich sicherzustellen. Nur mit diesem Vorgehen ist es möglich, die schon vor der letzten Ortsplanungsrevision von 1994 eingezonten Parzellen GS Nrn. ... und ... definitiv zu erschliessen.

Da der Gemeinderat die definitive Erschliessung der Grundstücke GS Nrn. ... und ... noch festlegen muss, bedürfen im jetzigen Moment die weiteren Rügen der Beschwerdeführer betreffend Breite und Gefälle des fraglichen Weges, polizeiwidrige Zustände und dergleichen keiner näheren Prüfung.

Regierungsrat, 10. August 2004

IV. Soziale Sicherheit

Sozialhilfe

§ 19 SHG – Voraussetzungen für die Ausrichtung von Sozialhilfeleistungen (E. 2). Grundsätzlich trägt die Sozialhilfe nur die Kosten einer Ausbildung in staatlichen oder staatlich subventionierten Institutionen. Die Praxis anerkennt jedoch in besonderen Fällen einen Anspruch auf die Übernahme der Kosten von Privatschulen. In dem vorliegenden Fall liegt kein solcher Anspruch vor (E. 3). Auch aus Sicht der Gleichbehandlung mit Menschen, die ohne Sozialhilfeleistungen in wirtschaftlich bescheidenen Verhältnissen leben, ist das Kostenübernahmegesuch abzuweisen (E. 4). Das Programm «Einstieg in die Berufswelt» unterstützt die Beschwerdeführerin gezielt und intensiv bei der Suche nach einem Ausbildungsplatz (E.5). Ablehnung des Kostenübernahmegesuchs (E.6).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

...

Am Mai 1999 meldete sich die Familie X in D an und wurde seit dem 1. Juni 2003 bis heute in unterschiedlicher Höhe durch das Sozialamt unterstützt. Am 4. Juni 2004 orientierte die Ehefrau der Familie X das Sozialamt, dass die Tochter A nach Besuch des 10. Schuljahres an einer Privatschule das KV absolvieren werde. Sie sei dort fest angemeldet und die ersten Fr. 1'000.– für die definitive Anmeldung seien bereits einbezahlt. A habe sich bei der Privatschule angemeldet, da sie bis heute keine Lehrstelle gefunden und es nicht mehr ertragen habe, über ihre berufliche Zukunft im Ungewissen zu sein. Die Ausbildungskosten für die drei Schuljahre würden sich auf total Fr. 26'300.– belaufen.

Mit Verfügung vom 6. Juli 2004 entschied D, dass die Kostenübernahme für die Erstausbildung zur Kauffrau von A an der Privatschule, im Betrag von Fr. 26'300. –, nicht bewilligt werde. Der Ehemann der Familie X wurde zudem ersucht, seine Tochter A beim Verein für Arbeitsmarktmassnahmen am Programm «Einstieg in die Berufswelt» anzumelden. Dieser Entscheid wurde damit begründet, dass eine professionelle Abklärung durch die Berufsberatung oder durch die Abklärungsstelle Berufsintegration der Gemeinnützigen Gesellschaft des Kantons Zug (GGZ) unumgänglich sei, damit das Sozialamt die Kosten für eine Erstausbildung übernehme. Eine solche Abklärung habe bis jetzt nicht stattgefunden. A habe das 10. Berufswahlschuljahr in D besucht. Die Leistungen in den Fächern Geometrie, Sachrechnen und Sprachverständnis seien als nicht erreicht beurteilt worden. Sachrechnen und Sprachverständnis seien jedoch bei der Ausbildung zur Kauffrau Schwerpunktfächer. Aufgrund dieser schwachen Leistungen in wichtigen Fächern könne die Ausbildung zur Kauffrau ohne Abklärungen nicht bewilligt werden. Zudem habe sich A

gemäss Angaben der Mutter lediglich auf drei Lehrstellen beworben. In der heutigen Zeit würden sich Jugendliche bis zu achtzig Mal bewerben, um eine Zusage für eine Lehrstelle zu erhalten. Drei Bewerbungen würden nicht genügen, damit eine Finanzierung der Ausbildung an einer Privatschule durch das Sozialamt übernommen werde. Die Familie X beziehe schon seit längerer Zeit Sozialhilfe und sei schon mehrmals mündlich und schriftlich darüber informiert worden, dass das Sozialamt im Nachhinein keine Kostengutsprachen erteilen werde, da ausserordentliche Auslagen vorgängig zu besprechen seien. Die Familie habe jedoch die Anmeldung der Tochter an die Privatschule trotzdem ohne Absprache mit dem Sozialamt vorgenommen. Sie habe dabei bewusst in Kauf genommen, dass das Sozialamt dieses Vorgehen nicht akzeptieren und die Kosten nicht übernehmen werde.

Gegen diesen Beschluss erhoben A und der Ehemann der Familie X Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat des Kantons Zug. Sie beantragten sinngemäss, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben und die Kosten für die Ausbildung in der Privatschule seien durch das Sozialamt zu übernehmen. Zudem weigere sich die Beschwerdeführerin, dem Verein für Arbeitsmarktmassnahmen beizutreten.

Aus den Erwägungen:

...

2. Gemäss § 19 Abs. 1 SHG hat Anspruch auf Unterstützung, wer für seinen Lebensunterhalt und den seiner Familienangehörigen mit gleichem Wohnsitz nicht hinreichend oder nicht rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen kann. Eine Voraussetzung für die Ausrichtung von materieller Hilfe ist somit der aktuelle Mangel an hinreichenden Mitteln für den Lebensunterhalt, mithin die Bedürftigkeit. Die Bedürftigkeit lässt sich nicht absolut messen. Sie wird ermittelt, indem das Einkommen sowie die weiteren Mittel des Gesuchstellers dem anrechenbaren Bedarf gegenübergestellt werden. Zu beachten sind bei der Prüfung der Bedürftigkeit auch die am betreffenden Ort allgemein üblichen Lebensbedingungen, denn unterstützte Personen sollen materiell nicht besser gestellt werden als Menschen in ihrer Umgebung, die ohne Sozialhilfeleistungen in wirtschaftlich bescheidenen Verhältnissen leben (vgl. § 2 SHG; A.4 SKOS-Richtlinien; Felix Wolffers, Grundriss des Sozialhilferechts, 2. Aufl., Bern / Stuttgart / Wien 1999, S. 125 ff.).

a) Die erste Voraussetzung für die Ausrichtung von materieller Hilfe ist somit die Bedürftigkeit, welche sich aus einem Vergleich der anrechenbaren Ausgaben und Einnahmen für den betreffenden Haushalt ergeben. Reicht das verfügbare monatliche Einkommen nicht aus, um die Kosten für das soziale Existenzminimum zu decken, so sind Haushaltungen unterstützungsbedürftig (A.6 SKOS-Richtlinien). Die Grundkosten, die durch die Erfüllung der gesetzlichen Schulpflicht entstehen, wie auch die ungedeckten Kosten im

Rahmen einer Erstausbildung, werden durch den Grundbedarf für den Lebensunterhalt abgegolten (B.2 SKOS-Richtlinien).

b) Die Eltern sind gemäss Art. 276 Abs. 1 ZGB zur Unterstützung von A verpflichtet, weshalb die Erstausbildung grundsätzlich in die Unterhaltspflicht der Eltern fällt. Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Haushalt der Familie X unterstützungsbedürftig ist. Die Einnahmen der Familie reichen nicht aus, um A eine Erstausbildung zu bezahlen. Die ungedeckten Kosten im Rahmen einer Erstausbildung werden deshalb in angemessenem Umfang durch die Sozialhilfe übernommen, denn eine gute Berufsbildung trägt wesentlich zur wirtschaftlichen Selbständigkeit bei und hilft folglich Notlagen zu vermeiden. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Ausbildung zur Kauffrau in der privaten Schule mit Ausbildungskosten in der Höhe von ca. Fr. 26'300. – eine angemessene Ausbildung darstellt und nicht andere Möglichkeiten in Betracht zu ziehen sind. Zu betonen ist dabei, dass das Sozialamt nicht verpflichtet ist, alle Wünsche von Sozialhilfeempfängern zu berücksichtigen. Vielmehr hat es die Aufgabe, die verwendeten Mittel effizient und zielgerichtet einzusetzen, zumal die Sozialhilfe durch die öffentliche Hand finanziert wird.

3. Grundsätzlich trägt die Sozialhilfe nur die Kosten einer Ausbildung in staatlichen oder staatlich subventionierten Institutionen. Die Praxis anerkennt jedoch in besonderen Fällen einen Anspruch auf die Übernahme der Kosten von Privatschulen. Anerkannt wurde beispielsweise ein Anspruch auf Übernahme der Kosten für die private Rudolf-Steiner-Schule für Kinder, welche in einer anthroposophischen Familie aufwachsen (Unveröffentlichter Entscheid der Volkswirtschafts- und Sanitätsdirektion des Kantons Basel-Landschaft vom 31. Oktober 1985; vgl. auch Felix Wolffers, a.a.O., S. 148 f.).

a) Die Ausbildung zur Kauffrau wird auch an öffentlichen Schulen und in der Privatwirtschaft durch eine Lehre im kaufmännischen Bereich angeboten. Es bestehen folglich alternative Möglichkeiten, um die wirtschaftliche Selbständigkeit der Beschwerdeführerin herbeizuführen. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass sich die Beschwerdeführerin, gemäss Unterlagen, nicht ausreichend um eine Lehrstelle bemühte. Sie hat ihrer Beschwerde lediglich elf Bewerbungen beigelegt, obwohl in der heutigen Zeit praktisch kein Jugendlicher (dies gilt besonders für Abgänger der Realschule wie die Beschwerdeführerin) nach nur elf Bewerbungen eine Lehrstelle findet. Bewerbungen auf elf Lehrstellen genügen nicht als Begründung, dass keine Lehrstelle gefunden werde und das Sozialamt deshalb die Finanzierung der Ausbildung an einer Privatschule übernehmen müsse. Es wäre der Beschwerdeführerin zumutbar gewesen, unter Umständen mit der Hilfe des Sozialamtes, weitere Bewerbungen zu schreiben. Zudem beziehen sich von den elf eingereichten Bewerbungsunterlagen acht Bewerbungen auf eine Lehrstelle als Dentalassistentin und drei auf eine Lehrstelle als Verkäuferin. Es fragt sich in diesem Zusammenhang, warum die Beschwerdeführerin sich nicht um eine Lehrstelle als

Kauffrau bemühte und ob sie überhaupt ein Interesse am kaufmännischen Bereich hat.

b) Zu berücksichtigen ist weiter, dass heute viele Jugendliche keine Lehrstelle finden und sich in der gleichen Situation wie die Beschwerdeführerin befinden. Es ist deshalb fraglich, ob in der heutigen Wirtschaftslage durch die Bezahlung einer Privatschule die wirtschaftliche Selbständigkeit einer Person herbeigeführt werden kann. Bezahlt man Jugendlichen, welche keine Lehrstelle finden, eine Privatschule, würde sich das Problem der Stellensuche einfach verschieben. Denn gerade in der momentanen Wirtschaftslage wird sehr grosser Wert auf praktische Berufserfahrung gelegt. Dies kann eine Absolventin einer rein schulischen Ausbildung nicht vorweisen. Sie wäre deshalb bei der Suche einer Festanstellung gegenüber den Lehrabgängern, welche dann bereits drei Jahre gearbeitet haben, wieder im Nachteil. Findet folglich ein Jugendlicher mit mittelmässigen bzw. schwachen schulischen Leistungen keine Lehrstelle im kaufmännischen Bereich, so wird er eventuell nach einer dreijährigen Ausbildung auch keine Festanstellung in diesem Bereich finden. Man muss sich deshalb immer auch fragen, ob der Jugendliche für die betreffende Berufswahl unter Umständen einfach nicht geeignet ist. Im vorliegenden Fall ist es fraglich, ob die Realschule eine genügende Basis für eine kaufmännische Lehre ist. Zudem kann die Beschwerdeführerin gemäss der Bewertung des 10. Schuljahres in, für die kaufmännische Ausbildung, wichtigen Fächern nur mittelmässige bis schwache Leistungen ausweisen. Es ist zwar vom Winter- zum Sommertrimester eine geringe Verbesserung ersichtlich, die Anforderungen wurden jedoch im Grossen und Ganzen lediglich erreicht und sind damit immer noch unterdurchschnittlich. Zu beachten ist ebenfalls, dass die Anforderungen im Wahlfach Informatik, das heute vor allem im kaufmännischen Bereich von grosser Bedeutung ist, nicht erreicht wurden. Zudem ist zu erwähnen, dass die Eingabe an den Regierungsrat von A mit zahlreichen Deutschfehlern und praktisch ohne Kommasetzung geschrieben wurde. Für eine Lehre als Kauffrau sind grundsätzlich bessere Deutschkenntnisse notwendig, weshalb zusätzlich fraglich ist, ob die Beschwerdeführerin für eine Ausbildung zur Kauffrau überhaupt geeignet ist.

c) Die Ausbildung in der Privatschule ist folglich nicht die einzige und, unter Umständen, auch nicht die sinnvollste Hilfe, um die wirtschaftliche Selbständigkeit der Beschwerdeführerin zu fördern und stellt somit keine angemessene Hilfe dar, weshalb die Kostenübernahme durch das Sozialamt nicht zu bewilligen ist.

4. Weiter sind bei der Prüfung der Bedürftigkeit auch die am betreffenden Ort allgemein üblichen Lebensbedingungen zu beachten. Unterstützte Personen sollen materiell nicht besser gestellt werden als Menschen in ihrer Umgebung, die ohne Sozialhilfeleistungen in wirtschaftlich bescheidenen Verhältnissen leben, d.h. die von der Sozialhilfe zur Verfügung gestellten Leistungen sollen stets in einem angemessenen Verhältnis zur Lebenssituation

von Personen mit niedrigem Einkommen in der Umgebung der unterstützten Person stehen (vgl. § 2 SHG; A.4 SKOS-Richtlinien).

Es ist davon auszugehen, dass eine Familie in ähnlichen Verhältnissen und ohne Sozialhilfeleistungen sich nicht für eine solch teure Ausbildung entscheiden würde. Vielmehr würde sich die Familie nach kostengünstigeren Angeboten, wie zum Beispiel das Programm «Einstieg in die Berufswelt» oder einer Lehrstelle, umsehen. Daher ist, wie D richtig feststellte, auch aus Sicht der Gleichbehandlung von Einwohnerinnen und Einwohnern das vorliegende Kostenübernahmegesuch abzuweisen.

5. Die klassische Sozialhilfearbeit stösst überall dort an Grenzen, wo strukturelle Problemlagen, wie z.B. dauernde Erwerbslosigkeit, fehlende oder falsche berufliche Qualifikation, hauptsächliche Ursache von Sozialhilfebedürftigkeit sind. Neben der materiellen Grundversicherung und Beratung im Einzelfall hat die Sozialhilfe deshalb vermehrt auch Massnahmen zur sozialen und beruflichen Integration durchzuführen. Sie soll nicht mehr nur individuelle, sondern in einem wesentlichen Ausmass auch strukturelle Notlagen bewältigen. Zu diesem Zweck sollen die Sozialhilfeorgane Integrationsprogramme entwickeln, die auf dem Prinzip von Leistung und Gegenleistung basieren (A. 32 und D.1 SKOS-Richtlinien). Dabei soll die Teilnahme an sozialen oder beruflichen Integrationsmassnahmen durch materielle (Geld) und immaterielle (im Sinne einer persönlichen Aufwertung) Anreize gefördert werden. Die Massnahmen sind in erster Linie auf den Nutzen auszurichten, den sie für die soziale und/oder berufliche Integration des Einzelnen haben.

Da für eine wachsende Gruppe von Jugendlichen im erwerbsfähigen Alter heute wenig Aussicht auf eine rasche Integration in den Arbeitsmarkt besteht, wurde beim Verein für Arbeitsmarktmassnahmen (VAM) im Kanton Zug unter anderem das Programm «Einstieg in die Berufswelt» ins Leben gerufen. «Einstieg in die Berufswelt» ist ein Arbeits- und Bildungsprogramm für Jugendliche, die nach dem 10. Schuljahr noch keinen Ausbildungsplatz gefunden haben.

a) Gemäss § 3 Abs. 2 SHG ist es ein Ziel des Sozialhilfegesetzes, die Selbsthilfe und die Eigenständigkeit zu fördern. Die berufliche Integration von A liegt somit auch im Interesse der Sozialhilfe. Das Programm «Einstieg in die Berufswelt» ist genau auf die Situation der Beschwerdeführerin zugeschnitten, indem es dadurch möglich gewesen wäre, vorgängig alle Möglichkeiten im Bereich der Berufswahl und der Stellensuche auszuschöpfen und die Beschwerdeführerin gezielt und intensiv bei der Suche nach einem Ausbildungsplatz und damit einem Einstieg in die Berufswelt zu unterstützen. Inwiefern es A nicht zumutbar gewesen wäre, sich zuerst beim Verein für Arbeitsmarktmassnahmen an diesem Programm zu beteiligen, ist nicht ersichtlich.

Indem das Sozialamt in Zusammenarbeit mit dem Hilfsbedürftigen alles unternehmen soll, das geeignet ist, die Lage des Hilfebedürftigen und seiner

Familie zu verbessern und die Hilfe der Sozialbehörde auch in Empfehlungen und Ermahnungen bestehen kann (vgl. § 15 Abs. 2 SHG), erscheint im vorliegenden Fall die Empfehlung des Sozialamtes an den Ehemann der Familie X, seine Tochter bei diesem Programm anzumelden, als sinnvoll und zweckmässig.

b) In der Verfügung vom 6. Juli 2004 wurde folglich der Ehemann der Familie X zu Recht ersucht, seine Tochter A beim Verein für Arbeitsmarktmassnahmen am Programm «Einstieg in die Berufswelt» anzumelden.

6. Aus all diesen Gründen kann die Kostenübernahme durch das Sozialamt für die Erstausbildung zur Kauffrau von A an der Privatschule, im Betrage von Fr. 26'300.– nicht bewilligt werden und die Beschwerde ist abzuweisen.

...

Regierungsrat, 19. Oktober 2004

V. Verwaltungsrechtspflege

Art. 29 Abs. 1 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 BV (Art. 4a BV),§ 36 Personalgesetz, § 11 i.V.m. § 13 des Kantonsratsbeschlusses über die Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen, § 42 Verwaltungsrechtspflegegesetz – Ausstand. Kein Vorliegen von Ausstandsgründen des kantonalen Rechts (E. 3). Wahrung der nötigen Objektivität und Distanz durch die Direktionsvorsteherin und die Mitarbeitenden der Direktion des Innern (E.4). Regierungsrat als Entscheidinstanz dieser Beschwerde (E.5). Der Ausstand als Ausnahme im Verhältnis zur regelhaften Verfahrensordnung (E.6). Ablehnung des Ausstandsbegehrens (E. 7).

Aus den Erwägungen:

...

3. Gemäss § 36 des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 1. September 1994 (Personalgesetz; BGS 154.21) sind Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Kantons verpflichtet, in den Ausstand zu treten, wenn sie in einer Angelegenheit ein persönliches Interesse haben. Präzisierend verweist dazu § 12 der Personalverordnung vom 12. Dezember 1994 (PVO; BGS 154.211) auf die Ausstandsregelungen von § 11 i.V.m. § 13 des Kantonsratsbeschlusses über die Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen vom 25. April 1949 (GO RR; BGS 151.1). Danach hat unter anderem eine beim Kanton angestellte Person dann in den Ausstand zu treten, wenn sie mit einer eigenen Sache befasst ist oder «mit Sachen einer Person, deren Vertreter, Vormund, Beistand oder Pflegevater sie ist», oder wenn sie «sonst ein unmittelbares persönliches, wirtschaftliches oder anderweitiges Interesse am Geschäft» hat, ferner wenn sie «mit einer am Geschäft interessierten Person in auf- oder absteigender Linie im zweiten Grad einschliesslich blutsverwandt ist oder mit ihr im Verwandtschaftsverhältnis eines Stiefvaters oder Stiefsohnes, Schwiegervaters oder Schwiegersohnes oder Schwagers steht».

Die Ausstandspflicht trifft nur natürliche Personen, nicht ganze Behörden (§ 36 Personalgesetz). Die Ausstandspflicht erfasst alle Personen, die auf das Zustandekommen einer Anordnung Einfluss nehmen können (vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, Bern 1997, N. 7 zu Art. 9 VRPG). Der anbegehrte Ausstand der Direktion des Innern betrifft nicht nur die Direktionsvorsteherin selbst, sondern alle Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der Direktion des Innern.

Unbestritten ist, dass die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Direktion des Innern mit den Verfahrensbeteiligten weder verwandt noch verschwägert sind. Im Weiteren ist nicht ersichtlich, inwiefern diese Personen am Ausgang des Verfahrens ein persönliches oder anderweitiges Interesse haben sollten. Aus der Tatsache, dass sich die Direktion des Innern zur Frage der Vorausset-

zungen für eine Notfallaufnahme geäussert hat, kann nicht geschlossen werden, diese bzw. deren Mitarbeitende hätten ein unmittelbares persönliches, wirtschaftliches oder anderweitiges Interesse am Ausgang des Beschwerdeverfahrens. Auch wenn das kantonale Recht in Form einer Generalklausel ein «anderweitiges Interesse am Geschäft» als Ausstandsgrund genügen lässt, müssen doch im konkreten Fall objektive Gründe für einen Ausstand vorliegen. Eine subjektive Empfindung vermag nicht zu genügen (RRB vom 19. Februar 2002 i.S. K.S., E. 1d). Allein aus den vom Beschwerdegegner benannten Gründen lässt sich aber objektiv betrachtet auch ein solches anderweitiges Interesse nicht ableiten. Weder die Direktionsvorsteherin der Direktion des Innern noch die sie beratenden Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der Direktion des Innern sind persönlich an bestimmten Anordnungen interessiert, die den Beschwerdeführer betreffen. Es liegen daher keine Ausstandsgründe des kantonalen Rechts gemäss § 11 i.V.m. § 13 des Kantonsratsbeschlusses über die Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen vor.

4. Es bleibt zu prüfen, ob die Mitarbeitenden der Direktion des Innern im Sinne von Art. 29 Abs. 1 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 BV (Art. 4 aBV) die nötige Distanz und Objektivität wahren können, um im Beschwerdeverfahren den Regierungsrat zu instruieren.

a) Die aus Art. 29 Abs. 1 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 BV fliessenden Mindestanforderungen an die Unabhängigkeit und Unbefangenheit von Behördenmitgliedern und Staatsangestellten reichen nicht so weit wie die Garantie von Art. 30 Abs. 1 BV (vgl. zu Art. 4 aBV: BGE 124 I 122 ff. E. 3). Das Bundesgericht hat denn auch wiederholt festgehalten, dass Behördenmitglieder gestützt auf die aus Art. 4 aBV herzuleitenden Prinzipien nur dann in den Ausstand zu treten haben, wenn sie in der zu behandelnden Sache ein persönliches Interesse haben (BGE 125 I 217 f. E. 8a, 107 Ia 137 E. 2a mit Hinweisen, 103 Ib 137 f. E. 2b; vgl. auch RRB vom 17. August 1999 i.S. H.U., E. 2 mit Hinweisen). Als Ausstandsgrund geltende persönliche Interessen liegen etwa dann vor, wenn im Verfahren unmittelbar Rechte und Pflichten des mit der Sache befassten Behördenmitglieds festgelegt werden. Werden die persönlichen Anliegen des mitwirkenden Behördenmitglieds nur berührt (indirekte oder mittelbare Betroffenheit), ist eine Ausstandspflicht dann anzunehmen, wenn die persönliche Interessensphäre des Behördenmitglieds durch den Ausgang des Verfahrens spürbar tangiert wird (vgl. Merkli / Aeschlimann / Herzog, a.a.O., N. 10 zu Art. 9 VRPG). Dies ist beispielsweise der Fall bei Behördenmitgliedern, die als Organe einer verfahrensbeteiligten juristischen Person am Verfahrensausgang interessiert sind (Pra 81 [1992] Nr. 129).

b) Befangenheitsvorwürfe sind ernst zu nehmen. Die Beachtung der Ausstandsregeln gewährleistet nicht nur inhaltlich unabhängige Entscheidungen, sondern trägt auch wesentlich zu deren Glaubhaftigkeit und Akzeptanz bei. Wenn deshalb Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die

Unparteilichkeit einer Person zu wecken, ist Befangenheit anzunehmen. Der aus Art. 29 Abs. 1 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 BV abzuleitende Mindestanspruch auf Unbefangenheit einer Behörde bzw. eines Behördenmitglieds oder einer Mitarbeiterin bzw. eines Mitarbeiters in der Verwaltung ist immer dann verletzt, wenn diese bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit erwecken. Erforderlich ist dabei nicht eine tatsächliche Befangenheit in der Sache; vielmehr genügt der Anschein der Befangenheit (vgl. auch Entscheid des Regierungsrats des Kantons Zug vom 18. Februar 2003 sowie Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 17. Juni 2003). Es genügt somit, wenn die Art und Weise der Stellungnahme in den beiden Schreiben der Direktion des Innern vom 9. Juli 2003 und vom 20. August 2003 den Anschein erwecken würde, die mit der Beschwerdeinstruktion beauftragte Direktion des Innern bzw. die damit befasste(n) Person(en) würde(n) dabei die nötige Distanz und Objektivität vermissen lassen und würde(n) somit die Anforderungen nicht mehr erfüllen, die nach Art. 29 Abs. 1 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 BV an ihre Unbefangenheit zu stellen sind. Bei der Beurteilung des Anscheins der Befangenheit und der Gewichtung solcher Umstände kann jedoch nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abgestellt werden; das Misstrauen in die Person muss vielmehr in objektiver Weise als begründet erscheinen (vgl. BGE 127 I 198 E. 2b mit Hinweisen). Die Direktorin der Direktion des Innern hat im Rahmen der Bedarfsplanung für die Plätze in Heimen zu entscheiden, ob aufgrund der Abklärungen die Voraussetzungen für eine Notfallaufnahme erfüllt sind. In dieser Funktion wurde sie vom Beschwerdeführer ebenfalls angefragt. Es ist zwar zutreffend, dass sie sich mit Schreiben vom 9. Juli 2003 und vom 20. August 2003 zur Wohnsitzfrage äusserte. Der Inhalt dieser Schreiben enthält jedoch keine Äusserungen, die den Anschein der Befangenheit im weiteren Verfahren begründen. Die verglichen mit den Gerichten reduzierten Mindestanforderungen an die Unabhängigkeit und Unbefangenheit von Behördenmitgliedern und Staatsangestellten sind erfüllt. Im Schreiben vom 9. Juli 2003 hält die Direktorin der Direktion des Innern fest: «Falls eine Wohnsitznahme in D nicht begründet werden kann ...» Sie lässt es offen, ob eine definitive Wohnsitzbegründung möglich ist oder nicht. Im gesamten Schreiben nimmt sie zur strittigen Rechtsfrage nicht in solch bestimmter Weise Stellung, dass ihr die nötige Objektivität und Distanz fehlen würde. Im Schreiben vom 20. August 2003 werden nur allgemeine Ausführungen zur strittigen Rechtsfrage gemacht. Selbst der Gemeinderat D hält in der Stellungnahme zur Beschwerdeschrift fest, dass im Schreiben vom 20. August 2003 nicht ausgeführt werde, ob nach Meinung der Direktion des Innern der Beschwerdeführer in D Wohnsitz habe oder nicht. Diese Ausführungen gelten auch für die Mitarbeitenden des Direktionssekretariates.

5. Das Begehren, die Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der Direktion des Innern hätten in den Ausstand zu treten, erweckt zudem den Eindruck, der Beschwerdegegner würde sich der Direktion des Innern ausgeliefert fühlen, wenn diese die Beschwerde weiterhin instruiere. Damit verkennt er jedoch die

Tatsache, dass letztlich nicht die Direktion des Innern die Beschwerde entscheidet, sondern der Regierungsrat. Diesem steht sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht die volle Überprüfungsbefugnis zu (§ 42 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976, Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRG], BGS 162.1). Überprüft werden können materielle Rechtsverletzungen, die unrichtige Abklärung eines Sachverhalts, die Verletzung von Form- und Verfahrensvorschriften sowie die Angemessenheit. Die Überprüfung der Angemessenheit bedeutet, dass der Regierungsrat als Rechtsmittelinstanz so entscheiden kann, wie es aus seiner Sicht als sachgerecht, vernünftig oder zweckmässig erscheint. Dies bietet Gewähr für einen fairen Beschwerdeentscheid (vgl. dazu auch RRB vom 21. Oktober 1997 i.S. M.B.).

6. Im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege ist ein Ausstandsgrund schliesslich nicht leichthin anzunehmen. Gerade in Fällen mit komplexem Sachverhalt kann die Gutheissung eines Ausstandsbegehrens zu einer Verlängerung des Verfahrens führen, die in ein Spannungsverhältnis zum Beschleunigungsgebot tritt (BGE 127 I 199 E. 2 d). Die Ausstandspflicht steht auch in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Anspruch auf Beurteilung durch die ordentlichen, durch Rechtssatz bestimmten Verwaltungsrechtspflegeorgane. Ausstandsbestimmungen sind zwar streng auszulegen, eine überspitzte Handhabung solcher Vorschriften jedoch, welche die richterliche oder die Verwaltungstätigkeit unverhältnismässig erschweren oder lahm legen würde, entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Verfahrensordnung (vgl. LGVE 1979 III Nr. 6 E. 8). Der Ausstand soll deswegen im Verhältnis zur regelhaften Verfahrensordnung die Ausnahme bleiben (BGE 122 II 477 E. 3b).

7. Zusammenfassend ergibt sich, dass im vorliegenden Fall einer Beschwerdeinstruktion durch die Direktion des Innern nichts entgegensteht und die Direktorin der Direktion des Innern bei der Beratung des Beschwerdeantrages im Regierungsrat nicht in den Ausstand treten muss. Dem Ausstandsbegehren des Beschwerdegegners kann deshalb nicht entsprochen werden.

...

Regierungsrat, 27. April 2004

C. Grundsätzliche Stellungnahmen

Datenschutzpraxis

Vorbemerkungen

Bezüglich Datenschutz und Datensicherheit ist für die öffentliche Verwaltung das Datenschutzgesetz des Kantons Zug vom 28. September 2000[1] (im Folgenden: DSG) die wichtigste Rechtsgrundlage.

Zu den Befugnissen des Datenschutzbeauftragten

Gemäss § 20 Abs. 2 DSG kann der Datenschutzbeauftragte (im Folgenden: DSB) bei Verletzung von Datenschutzvorschriften das betreffende Organ auffordern, die erforderlichen Massnahmen zur Behebung des Missstandes zu ergreifen. Wird die Aufforderung nicht oder nur teilweise befolgt, kann der DSB die Angelegenheit dem Gemeinderat (in gemeindlichen Angelegenheiten) beziehungsweise dem Regierungsrat (in kantonalen Angelegenheiten) unterbreiten. Werden in gemeindlichen Angelegenheiten die erforderlichen Massnahmen durch den Gemeinderat nicht ergriffen, so kann der DSB in einem nächsten Schritt eine Stellungnahme an die Direktion des Innern als allgemeinem Aufsichtsorgan[2] der Gemeinden richten. Anschliessend kann der DSB die Angelegenheit dem Regierungsrat zum Entscheid vorlegen.

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 somit festzuhalten, dass der DSB grundsätzlich[3] keine *Weisungsbefugnisse* hat. Der Datenschutz soll durch *Information, Beratung* und *Empfehlung* umgesetzt werden. Sind sich Datenbearbeiter und DSB nicht einig, entscheidet in der Verwaltung der Regierungsrat abschliessend. Ist davon eine Bürgerin, ein Bürger betroffen, so steht es ihr oder ihm selbstverständlich jederzeit frei, in der Sache den ordentlichen Rechtsweg einzuschlagen.

Im Folgenden werden fünf Fälle aus der DSB-Beratung gekürzt dargestellt. Über 30 weitere Beispiele und die Ausleuchtung der datenschutzrechtlichen Praxis finden sich in den ausführlichen Tätigkeitsberichten[4] des DSB.

---

[1] BGS 157.1.

[2] § 42 Ziff. 3 Kantonsratsbeschluss über die Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen (BGS 151.1).

[3] Ausnahme: Gemäss § 19 Abs. 1 Bst. g kann der DSB gegenüber Datenschutzstellen der Gemeinden und der kantonalen Direktionen Weisungen erteilen. Bis anhin haben jedoch bedauerlicherweise weder Gemeinden noch kantonale Direktionen von der Möglichkeit, eigene Datenschutzstellen zu schaffen, Gebrauch gemacht (Stand: Frühjahr 2005).

[4] Kostenlos beim DSB zu bestellen sowie auf der Web-Site des DSB: «www.datenschutzzug.ch» zugänglich.

I. Darf der Kanton online auf die Datenbank der Einwohnerkontrolle zugreifen?

Ausgangslage

Die Datenbank der gemeindlichen Einwohnerkontrolle (im Folgenden: EK) wird durch die kantonale Informatik/AIO[5] gehostet und betreut. Ein kantonales Amt, das Daten aus dieser Datenbank für seine Aufgabenerfüllung benötigte, wies das AIO an, ihm einen Online-Zugriff auf diese Datenbank einzurichten.

Fragestellung

Darf der Kanton online auf die Datenbank der Einwohnerkontrolle zugreifen?

Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

1. Datenherrschaft

Bei den Daten der Einwohnerkontrolle handelt es sich um eine gemeindliche Datensammlung. Die Datenherrschaft liegt somit bei der Gemeinde. Grundsätzlich[6] bestimmt die Gemeinde im Rahmen ihrer Autonomie über Zulässigkeit sowie Art und Weise einer Datenbekanntgabe.

2. EDV-Dienstleistung durch das AIO

Die Gemeinde hat die entsprechende EDV-mässige Datenbearbeitung ausgelagert.[7] Leistungserbringer ist das kantonale Amt für Informatik und Organisation. Deswegen kommen die Daten jedoch nicht etwa unter die Datenherrschaft der kantonalen Verwaltung. Das AIO kann somit diesbezüglich nicht durch die kantonale Verwaltung Anweisungen entgegen nehmen.

(Ergänzender Hinweis: Die Gemeinden hätten das Hosting der Einwohnerkontroll-Daten anstatt an das AIO auch an eine private Firma auslagern können.)

3. Kantonales Amt benötigt die Daten

Das Amt ist für die Erfüllung seiner gesetzlich vorgesehenen Aufgaben auf gewisse Daten angewiesen, die durch die EK erhoben und geführt werden. Die Datenbekanntgabe von der Einwohnerkontrolle zum Amt ist aufgrund des Bundesrechts gegeben und im Übrigen auch unbestritten.

---

[5] Amt für Informatik und Organisation.

[6] Vorbehalten ist übergeordnetes anwendbares kantonales Recht bzw. Bundesrecht

[7] Alle Einwohnergemeinden haben die edv-mässige Betreuung dieser Datenbank an das AIO ausgelagert.

4. Was ist unter einer Datenbekanntgabe in «elektronischer Form» zu verstehen?

Die anwendbare kantonale Verordnung sieht vor, dass die benötigten Daten durch die Einwohnerkontrolle «elektronisch» zur Verfügung zu stellen sind. Was ist darunter genau zu verstehen?

Weder das Bundesrecht, noch der Verordnungstext selber, noch der entsprechende Beschluss des Regierungsrates mit seinen Erläuterungen sehen ausdrücklich vor, dass das kantonale Amt einen Online-Zugriff bzw. ein Abrufverfahren auf die fragliche gemeindliche Datenbank beanspruchen könne.

Es wäre denn auch (zumindest) sehr fraglich, ob der Regierungsrat die Gemeinden in einer *Verordnung* verpflichten könnte, einen Online-Zugriff auf gemeindliche Datenbanken zu dulden. M. E. würde dies eine gesetzliche Grundlage im formellen Sinn benötigen.

«Elektronisch» bedeutet in der üblichen Gesetzesterminologie jedoch keinesfalls «online», sondern vielmehr Bekanntgabe mittels eines elektronischen Speichermediums (wie etwa Diskette, CD-ROM, Sticks, Bänder) beziehungsweise gegebenenfalls via einer sicheren Mail-Zustellung.

Wäre dies anders beabsichtigt gewesen, hätte in der Verordnung ausdrücklich von «Online-Zugriff» beziehungsweise von «Abrufverfahren» gesprochen werden müssen. Auch in den regierungsrätlichen Erläuterungen zur Verordnung ist davon jedoch nicht die Rede.

Nicht nur dem Bundesgesetzgeber ist diese Unterscheidung bekannt, sondern vielmehr auch dem Zuger Gesetzgeber, wie denn etwa auch dem Gesetz über Ausbildungsbeiträge[8] in § 10 Bst. a entnommen werden kann:

> «Massgebende finanzielle Verhältnisse
> [1] Für die Beurteilung der Beitragsgesuche sind massgebend:
> a) die finanziellen Verhältnisse des Bewerbers, seiner Eltern und allenfalls seines Ehegatten sowie anderer gesetzlich Verpflichteter. Die Stipendienberatungsstelle ist berechtigt, die für die Berechnung der Ausbildungsbeiträge notwendigen Steuerdaten auf dem EDV-System der Steuerverwaltung abzurufen und im Entscheid offen zu legen, sofern technisch sicher gestellt ist, dass ein direkter Zugriff auf andere Steuerdaten ausgeschlossen ist.»

Fazit

Es handelt sich hier um Daten, die der gemeindlichen Hoheit unterstehen. Im Rahmen der Aufgabenerfüllung sind sie dem Amt etwa auf CD-ROM / Diskette / sicheres Mail in elektronischer Form bekannt zu geben. Hin-

---

[8] Änderung vom 27. Juni 2002; BGS 416.21.

gegen liegt keine Rechtsgrundlage für einen Online-Zugriff zu Lasten der Gemeinde vor. Der Kanton kann jedoch bei der Gemeinde ein entsprechendes Gesuch stellen. Diese prüft den Antrag[9] und kann ihn – gegebenenfalls unter Auflagen – bewilligen.

Ergänzende Hinweise zum Abrufverfahren

1. Sollte ein Abrufverfahren eingerichtet werden, *so sind die erfolgten Zugriffe zu protokollieren.* Nur so ist gewährleistet, dass die Gemeinde sieht, wer / was / wann / wie oft aus ihrer Datenbank bezogen hat. In der Vereinbarung zwischen Gemeinde und Amt ist ein Passus mit beispielsweise folgender Formulierung einzufügen:

> «Um einen möglichen Missbrauch vorzubeugen, wird die Bewilligung mit folgenden Auflagen verbunden:
> - Das kantonale Amt ist dafür verantwortlich, dass jede Abfrage automatisch protokolliert wird.
> - Die Protokollierung aller Abfragen (Log-Files) sowie eine Auswertung dieser Protokolle sind dem Gemeinderat einmal jährlich zur Kontrolle zuzustellen.»

Da diese Log-Files beim AIO ohnehin anfallen, sind sie der Gemeinde auch zur Verfügung zu stellen. Dies ist die einzige Möglichkeit für die Gemeinde, wenigstens post festum zu sehen, was mit ihren Daten gemacht wird. Auf dieses Kontrollinstrument sollte die Gemeinde denn auch keinesfalls verzichten.

2. Es ist zu regeln, wer die aufgrund des Abrufverfahrens anfallenden Kosten zu tragen hat.

---

[9] Da die fragliche Gemeinde über eine gesetzliche Grundlage bezüglich der Bewilligung von Online-Zugriffen verfügt, prüft sie das kantonale Gesuch im Lichte dieser gemeindlichen Verordnung.

II. Das abgelehnte Stipendiengesuch und die Bekanntgabe der Finanzlage der Eltern an den Gesuchstellenden

Ausgangslage

Im Rahmen eines Stipendiengesuchs werden die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Eltern des Gesuchstellers mitberücksichtigt. Wird das Gesuch *abgelehnt*, so erhält der Gesuchsteller eine Verfügung, welcher das sogenannte Berechnungsblatt beiliegt. Daraus kann der Gesuchsteller direkt die elterlichen finanziellen Verhältnisse – Einkommen und Vermögen – entnehmen.

Fragestellung

Ist diese Datenbekanntgabe an den Gesuchstellenden zulässig?

Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

1. Die finanziellen Verhältnisse der Eltern spielen für die Stipendienberechtigung eine *zentrale Rolle.*

2. Die Frage, welche Daten dem Gesuchsteller im Falle der Ablehnung seines Gesuchs bekannt zu geben sind, ist ausdrücklich gesetzlich geregelt. Der Wortlaut der entsprechenden Bestimmung des Gesetzes über Ausbildungsbeiträge[10] lautet:

> § 10 Abs. 1 Bst. a:
> «... Die Stipendienberatungsstelle ist berechtigt, die für die Berechnung der Ausbildungsbeiträge notwendigen Steuerdaten auf dem EDV-System der Steuerverwaltung abzurufen *und im Entscheid offen zu legen*, sofern technisch sicher gestellt ist, dass ein direkter Zugriff auf andere Steuerdaten ausgeschlossen ist.»

3. Der Gesetzgeber hat in dieser Frage somit die rechtsstaatliche Begründungspflicht der verfügenden Behörde zugunsten des Gesuchstellenden mit Absicht höher gewichtet als den Schutz der Personendaten der Eltern.

4. Zu beachten ist im Übrigen, dass Daten bezüglich Einkommen und Vermögen datenschutzrechtlich keine «besonders schützenswerte», sondern nur gewöhnlich schützenswerte Daten im Sinne des Datenschutzgesetzes sind.

5. Diese Begründungspflicht ergibt sich wohl auch direkt aufgrund der Grundsätze des Verwaltungsverfahrens: Dem Gesuchsteller sind im Falle eines *ablehnenden* Entscheides in der Verfügung sämtliche relevanten Entscheidgründe mitzuteilen. Denn nur so ist es ihm möglich, den Entscheid nachvollziehen zu können, um gegebenenfalls gegen den Entscheid ein Rechtsmittel ergreifen zu können.

---

[10] BGS 416.21.

Fazit

Die Frage der finanziellen Verhältnisse der Eltern spielt für die Stipendienberechtigung eine zentrale Rolle. Der Gesetzgeber hat deshalb *ausdrücklich* festgehalten, dass dem Gesuchsteller – im Falle eines ablehnenden Gesuchsentscheides – diese Daten auf dem Berechnungsblatt zugänglich sein müssen.

Die Stipendienkommission handelt somit rechtmässig, wenn sie den ablehnenden Entscheidungen das Berechnungsblatt beilegt.

Schlussbemerkung

Wird das Stipendiengesuch hingegen vollständig gutgeheissen, so erfährt der oder die gesuchstellende Person *nichts* über die elterliche Finanzlage, da sie diesfalls das Berechnungsblatt nicht erhält.

III. Dürfen Resultate von Lebensmittelkontrollen im Internet veröffentlicht werden?

Fragestellung

Das Amt für Lebensmittelkontrolle erkundigt sich, ob es rechtmässig sei, im Internet diejenigen Betriebe namentlich und nach Gemeinden sortiert zu veröffentlichen, die kontrolliert worden sind und zudem, welche der überprüften Betriebe den lebensmittelrechtlichen Anforderungen genügen und die Verbrauchersicherheit somit gewährleisten und welche nur bedingt. *Ohne Namennennung* soll hingegen angegeben werden, wie viele *nicht genügen*. Ebenfalls vorgesehen war die Veröffentlichung der Rahmenbedingungen von durchgeführten Kontrollen[11].

Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

1. Zum Amtsgeheimnis aufgrund des Personalgesetzes

Der Kantonschemiker – wie auch alle Mitarbeitenden des Amtes für Lebensmittelkontrolle – ist ein Angestellter des Kantons und untersteht damit dem Amtsgeheimnis.[12] Dieses untersagt den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Kantons, Drittpersonen und anderen Amtsstellen Tatsachen mitzuteilen, die sie bei der Ausübung ihres Amtes erfahren haben und an denen ein öffentliches Geheimhaltungsinteresse oder ein Persönlichkeitsschutzinteresse besteht oder die gemäss besonderer Vorschrift geheim zu halten sind.

Verletzungen des Amtsgeheimnisses können insbesondere[13] auch strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen.[14]

2. Schweigepflicht aufgrund des Lebensmittelgesetzes

Das Lebensmittelgesetz des Bundes (LMG)[15] statuiert eine ausdrückliche und umfassende Schweigepflicht für alle mit dem Vollzug des LMG beauftragten Personen. Die Vollziehungsverordnung zum LMG[16] nennt den

---

[11] Bewertungskriterien (Gesundheitsschutz, Täuschungsschutz, Hygiene), Informationen über mögliche konkrete Gesundheitsrisiken und angeordnete Konsequenzen bzw. Massnahmen im jeweiligen Fall.

[12] § 29 Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals (Personalgesetz); BGS 154.21.

[13] Die Verletzung des Amtsgeheimnisses kann auch disziplinarische oder zivilrechtliche Sanktion nach sich ziehen.

[14] Art. 320 Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB); SR 311.0.

[15] Art. 42 Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (LMG); SR 817.0.

[16] § 2–4 der Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (VV LMG; BGS 824.2).

Kantonschemiker und das Amt für Lebensmittelkontrolle als Vollzugsbehörden. Damit gilt für ihn und die Mitarbeitenden des Amtes für Lebensmittelkontrolle die Schweigepflicht gemäss Art. 42 des Lebensmittelgesetzes. Als lex specialis geht das LMG dem Personalgesetz in diesem Punkt vor. Im Gegensatz zum Personalgesetz gilt die Schweigepflicht gemäss LMG *uneingeschränkt*. Die Prüfung eines Persönlichkeitsschutzinteresses oder eines öffentlichen Geheimhaltungsinteresses – wie es das Personalgesetz vorsieht – entfällt.

Eine Bekanntgabe der Kontrollergebnisse an Dritte bzw. der Öffentlichkeit ist deshalb *nicht zulässig*, da dadurch die Schweigepflicht verletzt würde.

3. Publikation als Sanktionsmittel gegenüber säumigen Betrieben?

Das LMG regelt die Sanktionen ausführlich und detailliert, die bei Nichtbeachtung der einschlägigen Vorschriften durch die überprüften Betriebe gegenüber diesen zulässig sind.[17]

Diese Aufzählung ist als *abschliessend* zu verstehen. Die *Veröffentlichung* fehlbarer Personen oder Betriebe zum Zwecke der Massreglung ist im Gesetz als Sanktion *nicht* vorgesehen und ist deshalb auch *nicht zulässig*.

4. Rechtslage aufgrund des Datenschutzgesetzes

Auch aufgrund des Datenschutzgesetzes[18] ist die namentliche Veröffentlichung kontrollierter oder säumiger Betriebe im Internet *unzulässig*. In diesem Fall handelt es sich um das Bearbeiten von Personendaten.[19] Soweit es sich um die Bekanntgabe von administrativen (bzw. strafrechtlichen) Verfolgungen und Sanktionen handelt, geht es um *besonders schützenswerte* Personendaten. Es gilt daher § 5 Abs. 2 DSG, wonach eine Bekanntgabe – in der Terminologie des DSG: ein Bearbeiten – nur dann möglich ist, (1) wenn ein *formelles* Gesetz dies *ausdrücklich* vorsieht, (2) wenn es für eine in einem formellen Gesetz umschriebene Aufgabe offensichtlich unentbehrlich ist oder (3) die betroffene Person im Einzelfall ausdrücklich eingewilligt oder ihre Daten allgemein zugänglich gemacht hat.

---

[17] Vgl. LMG:
3. Kapitel Lebensmittelkontrolle, 3. Abschnitt Massnahmen: Art. 28–31;
4. Kapitel Vollzug, 3. Abschnitt Besondere Vollzugsvorschriften: Art. 42–43;
7. Kapitel Strafbestimmungen und Rechtsschutz, 1. Abschnitt Strafbestimmungen: Art. 47–51.

[18] DSG; BGS 157.1.

[19] Vgl. § 5 DSG in Verbindung mit § 2 Bst. a und Bst. c DSG.

Eine formelle gesetzliche Grundlage zur Veröffentlichung liegt nicht vor, die Veröffentlichung ist für die Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe nicht offensichtlich unentbehrlich[20]; ebensowenig liegt eine ausdrückliche Zustimmung der Betroffenen vor.

Auch aufgrund des Datenschutzgesetzes ist die fragliche Veröffentlichung *nicht* zulässig.

5. Publikation in anonymisierter Form?

Die Veröffentlichung einer reinen Statistik – somit von anonymisierten Angaben – im Sinne eines Leistungsausweises des Amtes für Lebensmittelkontrolle ist ohne weiteres zulässig, sofern *keinerlei* Rückschlüsse auf Personen[21] möglich sind.

Fazit

Eine Veröffentlichung der Resultate der Kontrollen durch das Amt für Lebensmittelkontrolle unter Angabe der Betriebe ist sowohl im Internet wie auch in herkömmlichen Publikationsorganen *unzulässig.* Die entsprechenden Resultate dürfen somit nur in *anonymisierter* Form veröffentlicht werden.

Schlussbemerkung

Nur falls das entsprechende Bundesrecht geändert würde, wäre eine Veröffentlichung der Resultate in personenbezogener Form im Internet zulässig.

---

[20] Wie vorstehend ausgeführt, sind die Sanktionen im LMG abschliessend geregelt.
[21] Natürliche oder juristische bzw. Personengesellschaften.

IV. Datenerhebung für eine Forschungsstudie – und wo bleibt das Steuergeheimnis?

Ausgangslage

Gestützt auf den Beschluss des Regierungsrates vom 19. August 2003 betr. «Soziales. Familienergänzende Kinderbetreuung / Bedarfsplanung» hat ein Mitarbeiter des kantonalen Sozialamtes die Steuerverwaltung angewiesen, ihm die Adressen von 500 steuerpflichtigen Personen zu liefern, welche Kinderabzüge geltend machen. Diese Adressen wurden anschliessend zur Durchführung einer telefonischen Befragung bei insgesamt 200 Haushalten an ein privates Marktforschungsunternehmen weiter gegeben. Die Direktion des Innern informierte die ausgewählten Steuerpflichtigen über die bevorstehende telefonische Befragung in einem Schreiben.

Fragestellung

Betroffene erkundigten sich beim Datenschutzbeauftragten nach der Rechtmässigkeit dieses Vorgehens.

Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

(...)

2. Hinweise zum Steuergeheimnis

Beim in § 108 Steuergesetz[22] umschriebenen Steuergeheimnisses handelt es sich um ein *qualifiziertes Amtsgeheimnis*. Es hat seinen Grund darin, dass die Steuerpflichtigen gezwungen sind, den Steuerbehörden *sehr viele*, zudem *sehr heikle persönliche Angaben* bekannt zu geben. Die Steuerpflichtigen müssen deshalb die Gewissheit haben, dass ihre Angaben rechtmässig, vertraulich und sorgfältig bearbeitet werden, insbesondere nicht an Dritte weiter gegeben werden.

Im vorliegenden Fall wurden 500 Steuerpflichtige anhand von gewissen Vorgaben selektioniert und deren Adressen an ein privates Marktforschungsunternehmen geliefert.

Da die Steuerverwaltung über sehr viele Daten aus sehr vielen persönlichen Bereichen der Steuerpflichtigen verfügt, könnten ohne weiteres viele interessante Studien mit selektionierten Adressen alimentiert werden – etwa: Zufriedenheit mit dem Leben im Kanton Zug von Steuerpflichtigen mit einem Vermögen von weniger als Fr. 100'000.– versus derjenigen Personen mit einem Vermögen von mehr als zehn Millionen Franken etc.

---

[22] BGS 632.1.

3. Zweckbestimmungsgebot

Das Datenschutzgesetz statuiert in § 4 Bst. c den folgenden wichtigen Grundsatz:

> «Daten [...] dürfen nur für Zwecke bearbeitet werden, die bei der Beschaffung angegeben worden, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen sind [...]»

Der Steuerpflichtige darf deshalb zu Recht davon ausgehen, dass seine gegenüber der Steuerverwaltung bekannt gegebenen Daten grundsätzlich nur für Zwecke der Steuererhebung bearbeitet werden.

4. Datenbearbeitung für Forschungszwecke

Dem Datenschutzgesetz sind die Themen Forschung, Planung und Statistik nicht unbekannt, ist doch die Datenbearbeitung zu diesen Zwecken in § 4 Bst. d DSG ausdrücklich geregelt. Das Verhältnismässigkeitsprinzip und der Schutz der Privatsphäre sind aber in jedem Fall zu beachten. Wenn die Aufhebung des Steuergeheimnisses zu Forschungszwecken zur Frage steht, ist die Interessenabwägung sehr sorgfältig vorzunehmen.

5. Empfehlung

Die Verwaltung sollte die bei ihr vorhandenen Personendaten der Bürgerinnen und Bürger nur ausnahmsweise zweckentfremdet auswerten.

Da die Steuerverwaltung über sehr viele besonders schützenswerte Daten der Steuerpflichtigen verfügt, das Amtsgeheimnis zudem qualifiziert ist und die Steuerverwaltung auf ein besonderes Vertrauen seitens der Öffentlichkeit angewiesen ist, sollte die Steuerverwaltung *grundsätzlich keinerlei* Daten zu personenbezogener Forschung an Drittstellen, insbesondere nicht an private Unternehmen bekannt geben.

Es kann in der Öffentlichkeit der Anschein erweckt werden, das Steuergeheimnis sei nicht gewahrt.

6. Zustimmung der Betroffenen

Es hätte dem Schutz der Privatsphäre der Betroffenen besser entsprochen, wenn die Verwaltung selber – die Steuerverwaltung als Datenherrin – die vorgängige schriftliche Zustimmung zur Befragung bei ihnen eingeholt hätte und somit nur diejenigen Adressen an das Forschungsinstitut weiter geleitet hätte, bei denen das explizite Einverständnis vorgelegen hätte.

Da die Befragung in jedem Fall auf Freiwilligkeit beruht, hätte dies für das Projekt keinerlei Nachteile gebracht.

7. Datenschutz bei Beauftragten

Werden Daten an private Unternehmen herausgegeben, so kann die weitere Datenbearbeitung und die Datensicherheit *praktisch nicht* kontrolliert werden. Ob die Daten an andere Unternehmen verkauft oder weiter gegeben oder zu anderen Zwecken verwendet werden, kann die Verwaltung nicht überprüfen. Jegliche Datenhoheit entgleitet ihr. Die Verantwortung bei Missbräuchen bleibt aber weiterhin bei der Verwaltung.

Mittels entsprechender vertraglicher Abmachungen – die auch finanzielle Sanktionen im Missbrauchsfall vorsehen – muss deshalb der Beauftragte bezüglich der Aspekte Datenschutz und Datensicherheit in die Pflicht genommen werden.

8. Mögliche Alternativen

Anstatt die Daten der Steuerverwaltung zu nutzen, hätten die 200 Haushalte via entsprechende Aufrufe in den Medien gesucht werden können.

Das Bundesamt für Statistik nutzt für gewisse Projekte nicht gesperrte Adressen aus dem Telefonbuch (wobei entsprechend mehr Haushaltungen angeschrieben werden müssen).

V. Zur Aufhebung einer Datensperre

Ausgangslage

Jedermann kann im Kanton Zug bei der Einwohnerkontrolle *voraussetzungslos* seine Adresse sperren lassen.[23]

Fragestellung

Eine Privatperson erkundigt sich nach der Adresse einer anderen Privatperson. Letztere hat ihre Daten bei der Einwohnerkontrolle sperren lassen. Die Gemeinde erkundigt sich nach der Rechtslage bezüglich einer Adressbekanntgabe trotz vorliegender Sperrung.

Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

1. Durchbrechung der Adresssperrung ist im DSG vorgesehen

§ 9 Abs. 3 DSG lautet:
Das Organ verweigert die Sperrung oder hebt sie auf, wenn
a) eine Rechtspflicht zur Bekanntgabe besteht oder
b) die oder der Dritte glaubhaft macht, dass sie oder er dadurch behindert wird, schutzwürdige Ansprüche gegenüber der betroffenen Person geltend zu machen. Der betroffenen Person ist vorher wenn möglich Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

2. Zu den Voraussetzungen der Durchbrechung der Sperrung?

a) *«Glaubhaft machen»*
Ein Sachverhalt ist dann glaubhaft gemacht, wenn eine erhebliche Wahrscheinlichkeit für seine Richtigkeit besteht. Ein Sachverhalt muss also einerseits nicht bewiesen sein – andererseits genügen aber blosse Behauptungen nicht. Wenn aufgrund der von der gesuchstellenden Person aufgelegten Unterlagen oder aufgrund der Aussagen beider Parteien Anhaltspunkte dafür bestehen, der behauptete Sachverhalt könnte richtig sein, ist er glaubhaft dargelegt. Es kann hier auf die analoge Rechtslage bezüglich des Einsichtsrechts in das Betreibungsregister verwiesen werden.[24]

b) *«Behinderung, schutzwürdige Ansprüche geltend zu machen»*
Eine solche Behinderung liegt vor, wenn die gesuchstellende Person den glaubhaft gemachten Rechtsanspruch nur dann durchsetzen kann, wenn sie den Wohnsitz der Person kennt, deren Daten gesperrt sind.

---

[23] § 9 Abs. 1 DSG.
[24] Art. 8a SchKG (SR 281.1).

c) *Einholen der Stellungnahme der betroffenen Person*
Liegt ein Gesuch vor, so ist gemäss § 9 Abs. 3 Bst. b DSG die Person, deren Daten gesperrt sind, Gelegenheit zur Stellungnahme zur Aufhebung der Sperrung zu geben.

Nach Eingang der Stellungnahme oder nach unbenutztem Ablauf der Frist zur Stellungnahme hat die zuständige Behörde einen Entscheid darüber zu fällen, ob sie dem Begehren nachkommen will oder nicht. Sollte die geschützte Person keine Stellungnahme abgeben, dann ist anhand der von der gesuchstellenden Person eingereichten Akten zu entscheiden. Der Entscheid ist zu begründen. Im Fall der Ablehnung darf die gesuchstellende Partei aufgrund der Begründung nicht erkennen, wo die geschützte Person Wohnsitz hat.

Der Entscheid ist durch den Gesuchsteller beziehungsweise den Betroffenen gemäss § 23 DSG anfechtbar.

Literaturhinweis

Vgl. zum Ganzen auch die diesbezügliche Berichterstattung im DSB Tätigkeitsbericht 2001 S. 18/Fall 30.[25]

[25] Der Tätigkeitsbericht 2001 kann im Internet unter «www.datenschutz-zug.ch» abgerufen werden (Rubrik «Tätigkeit»).