
Gerichts- und Verwaltungspraxis 2010



Kanton Zug

Gerichts- und Verwaltungspraxis 2010



Kanton Zug

Für die Auswahl und die Einzelredaktion ihrer jeweiligen Entscheide sowie für die Formulierungen der Leitsätze sind das Kantonsgericht, das Obergericht, das Verwaltungsgericht und die Staatskanzlei selber zuständig. Für die Gesamtreaktion liegt die Verantwortung bei der Staatskanzlei.

Inhaltsübersicht

Alphabetisches Stichwortverzeichnis zur GVP 1999 – 2010	5
Inhaltsverzeichnis (Leitsätze)	92

A. Gerichtspraxis

I. Staats- und Verwaltungsrecht	
1. Grundrechte	104
2. Verfahrensrecht	116
3. Planungs- und Baurecht	139
4. Strassenverkehrsrecht	145
5. Ausländerrecht	150
6. Vormundschaftsrecht	156
7. Opferhilfe	173
8. Steuerrecht	177
9. Sozialversicherung	199
II. Zivilrecht	
1. Familienrecht	261
2. Obligationenrecht	266
III. Schuldbetreibung und Konkurs	271
IV. Rechtspflege	
1. Zivilrechtspflege	285
2. Internationales Zivilprozessrecht	294

B. Verwaltungspraxis

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden	
Personalrecht	298

II. Zivilrecht	
1. Entzug der elterlichen Sorge	308
2. Beistandschaft bei Wegzug aus der Schweiz	312
3. Grundbuch und Vermessung	317
III. Planungs- und Baurecht	
Submissionsrecht	320

C. Grundsätzliche Stellungnahmen

Datenschutzpraxis	
I. Vorbemerkungen	328
II. Datenbeschaffung durch die Steuerverwaltung	330
III. Videoaufnahmen für Audits an Schulen?	332
IV. Vertrauensärztliche Kontrolluntersuchung – welche Daten gehen ans Strassenverkehrsamt	333
V. Zum Datenaustausch zwischen Asylbehörde und Polizei	334
VI. Einsicht in Akten abgeschlossener Strafverfahren	336

Alphabetisches Stichwortverzeichnis zur GVP 1999 – 2010

A

Aktien

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

Aktienkapital

- Zinsverbot; nicht Garantieverprechen eines Dritten 1999 S. 118

Alters- und Hinterlassenenversicherung

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

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

- Art. 10 Abs. 1 AHVG – Nichterwerbstätige bezahlen je nach ihren sozialen Verhältnissen einen Beitrag von Fr. 324.- bis Fr. 8'400.- pro Jahr. Erwerbstätige, die im Kalenderjahr, gegebenenfalls mit Einschluss des Arbeitgeberbeitrages, weniger als Fr. 324.- entrichten, gelten als Nichterwerbstätige. Der Bundesrat kann den Grenzbetrag anpassen und nach Art. 10 Abs. 3 AHVG, nähere Vorschriften zum Kreis der Personen, die als Nichterwerbstätige gelten, erlassen. Wer nach Erhalt der Beitragsverfügung als Nichterwerbstätiger nachträglich einen minimalen Jahreslohn von Fr. 5'000.- deklarieren lässt, um als Erwerbstätiger anerkannt zu werden, handelt missbräuchlich 2010 S. 213
- Wird der Anspruch auf Betreuungsgutschriften nicht inner fünf Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres angemeldet, in welchem eine Person betreut wurde, so wird die Gutschrift für das betreffende Jahr nicht mehr im individuellen Konto vermerkt (Art. 29^{septies} Abs. 5 AHVG). Darauf weist die Informationsstelle AHV/IV in ihren zusammen mit dem BSV herausgegebenen Merkblättern hin, welche bei den Zweigstellen oder auch via Internet verfügbar sind. Damit kommt der Versicherungsträger seiner in Art. 27 Abs. 1 ATSG stipulierten allgemeinen und permanenten Aufklärungspflicht in genügender Weise nach 2010 S. 220

Altstadtdreglement

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

Amtshilfe

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

Anwaltsrecht

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

Arbeitsverhältnis, öffentlich-rechtliches

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

Arbeitslosenversicherung

- Einstellung der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit 1999 S. 52
- Der einzelunterschriftsberechtigte Geschäftsführer einer GmbH hat im Falle des Konkurses keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung; dies gilt auch für seine Ehefrau 2000 S. 49
- Insolvenzenschädigung. Geschäftsführende Gesellschafter einer GmbH sind vom Anspruch auf Insolvenzenschädigung ausgeschlossen 2004 S. 125
- Einwöchige Frist zur Meldung einer Arbeitsunfähigkeit ist Verwirkungsfrist 2000 S. 50
- Gesetzlicher Zweck der Insolvenzenschädigung; Lohnforderung muss mindestens glaubhaft gemacht werden 2000 S. 56
- Überzeitenschädigungen und Entschädigungen für geleistete Überstunden sind nicht Bestandteil des versicherten Verdienstes, der Grundlage für die Berechnung des Taggeldes bildet 2002 S. 85
- Pflicht zur Stellensuche während der Kündigungsfrist 2003 S. 97
- Schadenminderungspflicht. Pflicht des Versicherten zur Stellensuche bereits nach erfolgter Kündigung. Anforderungen an Qualität und Quantität der Stellenbewerbungen. Nachweis dieser Bemühungen 2004 S. 122
- Pflicht des Versicherten zur Teilnahme an Beratungs- und Kontrollgesprächen; Sanktion bei Säumnis 2005 S. 151 und Dauer der Einstellung der Anspruchsberechtigung 2005 S. 153
- Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs und Einreichung der für die Prüfung des Anspruchs notwendigen Unterlagen. Erlöschen des Anspruchs. Art. 41 Abs. 1 ATSG – Wiederherstellung einer Frist 2005 S. 156
- Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG – Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Leiharbeit ist der Temporärarbeit im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG gleichzustellen, sodass

beim Wegfall der Arbeitsgelegenheit kein rechtlich fassbarer Arbeitsausfall entsteht. Das Vorliegen eines Dienstleistungs- bzw. Werkvertrags ist in casu zu verneinen. 2009 S. 226

Aufenthaltsbewilligung

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

Auslagerung

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

Ausländerrecht

- Eingrenzungs- oder Ausgrenzungsverfügungen gegen Ausländer ohne Aufenthaltsbewilligung. Beurteilung der Beschwerde durch den ANAG-Einzelrichter 2002 S. 130
- Konkrete Anzeichen, die befürchten lassen, dass sich der betroffene Ausländer einer Ausschaffung entziehen könnte, sind z.B. die wiederholte Straffälligkeit, falsche Angaben bezüglich Identität, Untertauchen und hartnäckige Verweigerung der Mitwirkung bei der Beschaffung von Reisepapieren 2004 S. 98
- Vollzug der Wegweisung; besondere Hindernisse, die eine Verlängerung der Ausschaffungshaft rechtfertigen 2003 S. 119
- Voraussetzungen für die Ausweisung eines Ausländers infolge Straffälligkeit. Sie muss nach den gesamten Umständen angemessen erscheinen (Art. 11 Abs. 3 Satz 1 ANAG). Hierbei sind vor allem die Schwere des Verschuldens des Ausländers, die Dauer seiner Anwesenheit in der Schweiz und die ihm drohenden Nachteile zu berücksichtigen (Art. 16 Abs. 3 ANAV). Entscheidend ist letztlich die Verhältnismässigkeitsprüfung, die gestützt auf die gesamten wesentlichen Umstände des Einzelfalles vorzunehmen ist. Abweisung des Antrags auf persönliche Anhörung 2006 S. 115
- Art. 17 Abs. 2 Satz 3 ANAG. – Der nachträgliche Familiennachzug gemeinsamer, im Ausland zurückgelassener Kinder durch in der Schweiz niedergelassene und zusammen lebende Eltern steht unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs. Je länger mit der Ausübung des Nachzugsrechts ohne sachlichen Grund zugewartet wird und je knapper die verbleibende Zeit bis zur Volljährigkeit ist, umso eher stellt sich die Frage, ob wirklich die Herstellung der Familiengemeinschaft beab-

sichtig ist oder nicht zweckwidrig bloss die Verschaffung einer Niederlassungsbewilligung 2010 S. 150

Ausnützungsübertragung

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

Ausstandsbegehren

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

B

Baurecht

- siehe Planungs- und Baurecht

Bekanntgabe von Daten

- s. Datenschutz

Berufliche Vorsorge

- Anlagen beim Arbeitgeber 2001 S. 227
- Aufsicht; örtliche Zuständigkeit 2001 S. 228
- Aufhebung und Liquidation einer Stiftung, wenn ordnungsgemässer Zustand nicht wiederhergestellt werden kann und der Konkurs droht 1999 S. 228
- Auflagen gegenüber Stiftungsrat bei Teilliquidation einer Stiftung infolge Personalabbaus 1999 S. 223
- Gesamtliquidation einer Sammelstiftung und Übertragung des Vermögens auf eine andere Sammelstiftung 1999 S. 226

- Liquidation im Fall von Konkurs 2001 S. 229
- Teilliquidation; Voraussetzungen 2001 S. 230
- Ungenügende Organisation und gesetzeswidrige Vermögensanlagen 1999 S. 227
- Anordnung einer Liquidation infolge Konkurses 2002 S. 274
- Verhängung einer Ordnungsbusse gegen säumigen Stiftungsrat 2002 S. 278
- Umwandlung einer gemischten Vorsorgeeinrichtung in eine klassische Stiftung 2002 S. 281
- Aufhebung einer Sterbekasse und Übertragung an Verein mit gleichem Zweck 2002 S. 283
- Einsetzung einer kommissarischen Verwaltung mit gleichzeitiger Suspendierung eines säumigen Stiftungsrates, der trotz Verhängung einer Ordnungsbusse diverse Unterlagen zur Jahresrechnung nicht einreichte sowie die Anordnung der unverzüglichen Liquidation der Stiftung infolge Konkurses der Firma missachtete 2003 S. 323
- Gerichtsstand ist der schweizerische Sitz oder Wohnsitz des Beklagten oder der Ort des Betriebes, bei dem der Versicherte angestellt wurde. – Im Falle der alternativen Klageverbindung ist die örtliche Zuständigkeit für beide Beklagten zu bejahen, selbst wenn sie, bei isolierter Betrachtung der einzelnen Klagen, nur im Falle einer Beklagten gegeben wäre 2004 S. 128
- Streitigkeiten zwischen Vorsorgeeinrichtungen, Arbeitgebern und Anspruchsberechtigten. Es gilt der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist dann die Rede, wenn eine begründete Überzeugung besteht, welcher keine konkreten Einwände entgegengehalten werden können und welche 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

- BVG. -Teilung der von den Parteien während der Ehe erworbenen Austrittsleistungen ihrer beruflichen Vorsorge gemäss Art. 122 ZGB bei einer Ehescheidung: Sachliche Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung von Rechtsfragen im Zusammenhang mit geltend gemachten Einkäufen in die zweite Säule des einen Ehegatten aus Eigengut des anderen Ehegatten. 2009 S. 207
- BVG – Teilung der von den Parteien während der Ehe erworbenen Austrittsleistungen ihrer beruflichen Vorsorge gemäss Art. 122 ZGB bei einer Ehescheidung: Erzielen die Parteien eine Einigung im Sinne von Art. 141 Abs. 1 ZGB, ist das Verwaltungsgericht zur Durchführung der Teilung der beruflichen Vorsorge im Sinne von Art. 142 Abs. 1 und 2 ZGB sowie Art. 25a Abs. 1 FZG sachlich nicht zuständig 2010 S. 234
- BVG – Teilung der von den Parteien während der Ehe erworbenen Austrittsleistungen ihrer beruflichen Vorsorge gemäss Art. 122 ZGB bei einer Ehescheidung: Der frisch geschiedene B liess sich nach der Rechtskraft des Scheidungsurteils und vor der Durchführung der Teilung der beruflichen Vorsorge sein Freizügigkeitsgut haben auszahlen (sog. Vorbezug), ohne dass seiner Vorsorgeeinrichtung eine Verletzung der sie treffenden Sorgfaltspflichten vorgeworfen werden kann. Dieser Vorbezug verhindert die Teilung der beruflichen Vorsorge jedoch nicht. Er bewirkt einzig, dass B und nicht seine Vorsorgeeinrichtung – da dieser keine Verletzung der sie treffenden Sorgfaltspflichten vorgeworfen werden kann – gegenüber A leistungspflichtig wird 2010 S. 237

Besoldungsreglement

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

Börsen und Effektenhandel

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

Bürgergemeinde

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

Bürgergut

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

Bürgerrecht

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

- § 5 BÜG – Das absichtliche Verschweigen von Straftaten erweckt erhebliche Bedenken an der Eignung eines Bewerbers und rechtfertigt eine Verweigerung des Bürgerrechts 2008 S. 104
- Art. 8 Abs. 2 BV – Überprüfung und Aufhebung eines Nichteintretensentscheides einer Bürgergemeinde auf das Einbürgerungsgesuch einer unmündigen, urteilsunfähigen Gesuchstellerin (Erw. II. 1, 2, 3). 2009 S. 308
- § 5 BÜG – Nicht nur die Schwere strafrechtlicher Verfehlungen, sondern auch deren Anzahl können die Verweigerung einer Einbürgerung rechtfertigen (Erw. II. 3) 2009 S. 311
- Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 4 BV – Anforderungen an die Begründung eines rechtsanwendenden Verwaltungsaktes (Erw. II. 1.3). – Willkürlicher Entscheid einer Bürgergemeindeversammlung (Erw. II. 3.3). 2009 S. 314
- Bürgerrecht; Datenschutz: Einbürgerung: Worüber ist die Bürgergemeindeversammlung zu informieren? 2009 S. 388

D

Datenbekanntgabe

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

Datenschutz

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

- Kantonsgericht und Herausgabe von Akten der Sicherheitsdirektion 2000 S. 238
- Videoüberwachung von öffentlichen Räumen 2000 S. 239
- Einsicht in eigene Personaldossiers 2000 S. 241
- Einsicht in Einbürgerungsverfahren 2000 S. 242
- Amtsgeheimnis von Referendumsunterzeichnenden 2000 S. 244
- Abstimmungsgeheimnis. Verletzt der Modus der brieflichen Stimmabgabe das Abstimmungsgeheimnis 2003 S. 352
- Online Zugriff des Kantons auf die Datenbank der Einwohnerkontrolle 2004 S. 278
- Resultate von Lebensmittelkontrollen, Veröffentlichung im Internet 2004 S. 283
- Das abgelehnte Stipendiengesuch und die Bekanntgabe der Finanzlage der Eltern an den Gesuchstellenden 2004 S. 281
- Datenerhebung für eine Forschungsstudie – und wo bleibt das Steuergeheimnis? 2004 S. 286
- Revision des Datenschutzgesetzes: Bekanntgabe des Geburtsdatums bei «Sam-melauskünften» 2005 S. 302
- Änderung der Disziplinarordnung des kantonalen Gymnasiums Menzingen 2005 S. 307
- Antrag auf Löschung von Daten der Steuerverwaltung 2005 S. 310
- Zur DNA-Probenahme bei Jugendlichen 2005 S. 312
- Eltern ohne Sorgerecht – welche Informationen erhalten sie über ihr Kind? 2005 S. 315
- Gemeindliche Bestimmung zum Datenschutz? 2006 S. 256
- Zur Zulässigkeit der Übermittlung von Personaldaten ins Ausland 2006 S. 257
- Private Webcam erfasst öffentlichen gemeindlichen Raum 2006 S. 260

- Welchen Datenaustausch zwischen Lehrerschaft und schulischer Sozialarbeit? 2006 S. 262
- Jeder Patient hat das Recht, in seine Krankenakten Einsicht zu nehmen und davon Kopien zu erstellen. Dies bedeutet aber nicht, dass er Anspruch auf Herausgabe und/oder Vernichtung der Originalakten hat 2007 S. 95.
- Zur Publikation von Personendaten im Internet 2007 S. 314
- Darf das Amt für Lebensmittelkontrolle Inspektionsergebnisse an andere Amtsstellen bekanntgeben? 2007 S. 318
- Wirkt eine Datensperre auch gegenüber einem Krankenversicherer? 2007 S. 323
- Zur Datenbekanntgabe im Rahmen wissenschaftlicher Forschung 2007 S. 325
- Zur Bekanntgabe von Grundstücksangaben durch die Gemeinde 2007 S. 327
- Dürfen die Baukosten bei der öffentlichen Bauauflage bekanntgegeben werden 2008 S. 291
- Bekanntgabe der vormundschaftlichen Massnahmen an die Einwohnerkontrolle? 2008 S. 293
- Darf der Sozialdienst routinemässig Halterabklärungen beim Strassenverkehrsamt vornehmen? 2008 S. 297
- Zur Einsicht eines Betroffenen in die eigenen Daten im Polizeijournal 2009 S. 371
- Rechtsfolgen unzulässiger Datenbekanntgabe durch Verwaltungsmitarbeitende 2009 S. 381
- Lässt das geltende Recht verdeckte Überwachung von Sozialhilfebezügern zu? 2009 S. 383
- Datensicherheitsrecht: Dürfen Verwaltungsmitarbeitende Daten bei sich zu Hause bearbeiten? 2009 S. 385
- Datenerhebung zur Wohnsituation der Bevölkerung (Volkszählung) 2009 S. 387

- Einbürgerung: Worüber ist die Bürgergemeindeversammlung zu informieren? 2009 S. 388
- Zur Rechtslage bezüglich Videoüberwachung des öffentlichen Raums 2009 S. 389
- Datenbeschaffung durch die Steuerverwaltung 2010 S. 330
- Zur Zulässigkeit von Videoaufnahmen im Rahmen von Audits 2010 S. 332
- Zur Datenbekanntgabe von vertrauensärztlichen Kontrolluntersuchungen aufgrund des Strassenverkehrsrechts 2010 S. 333
- Zum Datenaustausch zwischen Asylbehörde und Polizei 2010 S. 334
- Einsicht in Akten abgeschlossener Strafverfahren 2010 S. 336

Datenschutzgesetz

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

Datensperre

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

Denkmalpflege

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

Disziplinarordnung

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

DNA-Probenahme

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

E

Eherecht

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

Einsichtsrecht (Datenschutz)

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

Elterliches Sorgerecht

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

Eigentumsgarantie

- Einschränkung durch Öffentlicherklärung einer Waldstrasse 2002 S. 51

Einbürgerungsverfahren

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

Erbrecht

- Begriff der Sachgesamtheit gemäss Art. 613 ZGB 2001 S. 130

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

Erbschaftsverwaltung

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

Ergänzungsleistungen

- Rückerstattung wegen verschwiegener Pensionskassenrente 1999 S. 57
- Ergänzungsleistungen: Einkommensverzicht im Sinne von Art. 3c Abs. 1 lit. g ELG durch ein Risikogeschäft. 2009 S. 201

Ermächtigung

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

Umfang einer eventuell noch vorhandenen Bereicherung zurückzuerstatten (Erw. II. 2). 2009 S. 357

- Art. 125 Abs. 3 ZGB – Verweigerung eines nachehelichen Unterhaltsbeitrages wegen fortgesetzter massiver und schuldhafter Vereitelung des Besuchsrechts 2010 S. 261
- Art. 163 ZGB; Art. 205 Abs. 3 ZGB. – Unbezahlt gebliebene Unterhaltsleistungen sind «gegenseitige Schulden» im Sinne von Art. 205 Abs. 3 ZGB. Als solche müssen sie bei der Auflösung des Güterstandes in die Abrechnung einbezogen werden 2010 S. 264

Familienzulagen

- Art. 3 Abs. 1 lit. b FamZG; Art. 1 Abs. 1 und 2 FamZV – Ausbildungszulage. Ein Au-pair-Aufenthalt einer Französischsprachigen in der Deutschschweiz, welcher im Hinblick auf die später beabsichtigte Aufnahme einer Grafiker Ausbildung an einer zweisprachigen Schule absolviert wird, gilt aus Ausbildung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b FamZG 2010 S. 255

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

Forschung

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

Forschungsstudie

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

Forstrecht

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

Fristen im SchKG

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

Führerausweisentzug

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

Fürsorgerische Freiheitsentziehung

- persönliche Fürsorge nur in stationärem Klinikaufenthalt, Voraussetzungen 2000 S. 92
- Voraussetzungen der Klinikeinweisung oder -zurückbehaltung im Rahmen einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung (Geisteskrankheit, Suchterkrankung, schwere Verwahrlosung) 2004 S. 102
- Wird die Beschwerde gegen eine fürsorgerische Freiheitsentziehung zurückgezogen, ist eine erneute Beschwerdeerhebung gegen die nämliche Einweisung grundsätzlich nicht mehr zulässig, auch wenn sie innerhalb der Beschwerdefrist erfolgt 2004 S. 108
- Überprüfung des Nichteintretensentscheides der Vormundschaftsbehörde auf ein Entlassungsgesuch. Wann ist eine mündliche öffentliche Verhandlung bzw. eine

mündliche Anhörung durchzuführen? Kein Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand bei Aussichtslosigkeit der Beschwerdeführung 2004 S. 110

- Beschwerde gegen Einweisung bzw. Zurückbehaltung; örtliche Zuständigkeit im interkantonalen Verhältnis 2003 S. 131

G

Gebühren

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

Gemeinden

- Behandlung von Motionen im Kirchgemeinderat; Mietvertrag für die Nutzung des Kirchturms 2002 S. 230
- Pflicht zur sofortigen Rüge von Verfahrensmängeln; Ausstandspflicht 2002 S. 237
- Kann ein Stimmbürger in die Protokolle der gemeindlichen Planungs- und Baukommission (PBK) Einblick nehmen, wenn er gegen ein Bauvorhaben ist 2005 S. 268
- Zur Zulässigkeit gemeindlicher Bestimmungen zum Datenschutz 2006 S. 256
- §§ 33 ff. des Gemeindegesetz – Aufsichtsrecht; § 26 des Finanzhaushaltgesetzes – Begriff der (gebundenen) Ausgabe. Der Regierungsrat hat ein aufsichtsrechtliches Einschreiten von Amtes wegen gegen die Gemeinde X. abgelehnt. Der Gemeinderat hatte die Abschreibung einer verjährten und daher nicht mehr einbringlichen Grundstückgewinnsteuer der Einwohnergemeindeversammlung im Rahmen der Jahresrechnung 2007 vorgelegt. Es war ferner korrekt, dass einem Einwohner der Gemeinde gestützt auf das Amts- und Steuergeheimnis keine weitergehende Auskunft über den Grundstücksfall erteilt wurde. Schliesslich ist ein ordnungsgemäss zustande gekommenes Abstimmungsergebnis anzuerkennen, und die Beschlüsse der Gemeindeversammlungen sind zu respektieren 2009 S. 345

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
- Sperrung bzw. Löschung von Grundbuchdaten auf dem Internetportal zugmap 2010 S. 317

Grundbuchgebührentarif

- Bemessung der Handänderungssumme aufgrund der Gegenleistung für den Grundstückserwerb; Beschwerdelegitimation der Gemeinden 1999 S. 198
- Handänderungsgebühr berechnet sich auf der Gesamtheit der Leistungen, die der Erwerber dem Veräusserer für die Eigentumsübertragung am Erwerbsobjekt

tatsächlich zu erbringen hat; Zusammenrechnung von Kauf- und Werkpreis (Präzisierung der Praxis 1999 S. 198) 2002 S. 235

- Bemessung bei einer Fusion 2001 S. 195
- Bemessung der Handänderungsgebühr beim Verkauf einer Geschäftsliegenschaft durch den Inhaber einer Einzelfirma an eine Kommanditgesellschaft, an welcher der Veräusserer als einziger Komplementär beteiligt ist; Tatbestand der (Firmen) Umwandlung; Kinder des Komplementärs als Kommanditäre 2003 S. 273
- Bemessung bei Abgeltung der ideellen Anteile der aus einer Kollektivgesellschaft ausscheidenden Gesellschafter durch Zuweisung von Stockwerkeigentum im Gesamteigentum der Gesellschaft; rechtliche Qualifikation dieses Vorgangs 2003 S. 283
- Bemessung bei einer Umwandlung einer AG in eine GmbH; Stichtag für die Bestimmung des Grundstückswertes; Assekuranzwert als Hilfsmittel zur Wertbestimmung 2003 S. 289
- Verkauf von unüberbauten Miteigentumsanteilen an Grundstücken, auf denen gemäss separatem Werkvertrag Eigentumswohnungen nach Gesamtüberbauungsvorschriften erstellt werden; Voraussetzungen für die Berechnung der Handänderungsgebühr auf dem Gesamtpreis; Bestätigung der bisherigen Praxis. Das Erfordernis der Konnexität von kauf- und werkvertraglichen Absprachen setzt keine rechtliche oder wirtschaftliche Identität von Verkäufer und Werkerstellerin voraus. Zulässigkeit der Zusammenrechnung, wenn das rechtliche Schicksal der abgeschlossenen Verträge nach den Umständen ein einheitliches ist. Dies trifft zu, wenn die Herbeiführung des dem Käufer geschuldeten Erfolges ein einvernehmliches Zusammenwirken von Veräusserer und Werkeigentümerin erfordert, so dass auf den Bestand einer diesem Zwecke dienenden einfachen Gesellschaft im Sinne von Art. 530ff. OR geschlossen werden kann 2005 S. 273

Grundbuchverordnung

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

Grundrechte

- Art. 9 BV – Vertrauensschutz und Gesetzesänderung. Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Der Vertrauensgrundsatz kann aber nur angerufen werden, wenn die betroffenen Personen durch eine Gesetzesänderung in schwerwiegender Weise in ihren gestützt auf die bisherige Regelung getätigten Dispositionen getroffen werden und keine Möglichkeit zur Anpassung an die neue Rechtslage haben 2010 S. 104

Grundschulunterricht, unentgeltlicher

- Umfang des Anspruchs auf unentgeltlichen Schulbus 2002 S. 66

Grundstück

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

Grundstückgewinnsteuer

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

I

Internationales Privatrecht

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

Internet

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

Invalidenversicherung

- Durchführung medizinischer Massnahmen im Ausland; Voraussetzungen für die Annahme beachtlicher Gründe 1999 S. 61

- Berechnung des Invaliditätsgrades. Schlechte Sprachkenntnisse und bescheidene intellektuelle Fähigkeiten sind invaliditätsfremde Gründe, die neben soziokulturellen und rentenbegehrlichen Aspekten nicht berücksichtigt werden 2001 S. 55
- Kann der Versicherte wegen eines Geburtsgebrechens keine Brille tragen, so hat er zu Lasten der Invalidenversicherung Anspruch auf Kontaktlinsen 2001 S. 62
- Gewährung von medizinischen Massnahmen bei angeborenem POS. Diagnosestellung und Behandlung müssen als Anspruchsvoraussetzungen vor Vollendung des 9. Altersjahres kumulativ erfüllt sein 2002 S. 82
- Leistungspflicht der Eidgenössischen Invalidenversicherung. Auch der atypische Autismus gilt als Geburtsgebrechen gemäss Ziffer 401 GgV Anhang, sofern er bis zum vollendeten fünften Lebensjahr erkennbar war 2006 S. 143
- Beweiswert eines Berichtes des regionalen ärztlichen Dienstes (RAD). Einem Bericht des regionalen ärztlichen Dienstes kann nicht allein aufgrund des pauschalen Hinweises auf die interdisziplinäre Zusammensetzung seines Ärzteteams zum Vornherein ein erhöhter Beweiswert beigemessen werden. Ist zudem nicht bekannt, welche Person mit welcher fachärztlichen Qualifikation einen solchen Bericht verfasst hat, so handelt es sich lediglich um eine verwaltungsinterne Aktenbeurteilung, welche vom kantonalen Versicherungsgericht höchstens im Sinne einer Parteimeinung, nicht aber als eigentliche ärztliche Beurteilung in der Beweiswürdigung berücksichtigt werden kann 2006 S. 145
- Verordnung über Geburtsgebrecen – Begriff der Behandlung 2006 S. 147
- Aus dem Art. 87 Abs. 4 IVV – Neuanmeldung nach früherer Leistungsverweigerung. Wird auf eine Neuanmeldung eingetreten, gelangt der Untersuchungsgrundsatz vollum-fänglich zur Anwendung. Eine Abweisung des neuen Leistungsbegehrens kann dabei nicht allein mit der Begründung erfolgen, eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes sei nicht glaubhaft gemacht worden 2008 S. 169
- Art. 28 aIVG i.V.m. Art. 16 ATSG – Für die Ermittlung des Invaliditätsgrades ist das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen). – Der rechtssprechungsgemäss entstandene Grundsatz, dass die verbliebene Arbeitsfähig-

keit in zumutbarer Weise voll ausgeschöpft werden soll, kann es einem Arbeitnehmer verbieten, zu Lasten der Invalidenversicherung in einem wesentlich tieferen Pensum als aus medizinischer Sicht für angepasste Tätigkeit möglich beim bisherigen Arbeitgeber zu verbleiben, wenn er im zumutbaren Pensum in einer anderen, angepassten Tätigkeit auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt mehr verdienen würde 2008 S. 173

- Aus dem Art. 28 Abs. 2 IVG (in der bis 31. Dezember 2007 geltenden Fassung) i.V.m. Art. 16 ATSG; Art. 26 IVV – Ermittlung des Valideneinkommens bei Vorliegen eines Geburtsgebrechens. Mit dem tatsächlichen Erreichen eines Berufsabschlusses (Handelsschule) hat ein Versicherter zureichende berufliche Kenntnisse erworben. Er gilt daher nicht als so genannter Geburtsinvalider im Sinne von Art. 26 Abs. 1 IVV, auch wenn die Beeinträchtigungen in seiner Erwerbsfähigkeit Folge eines Geburtsgebrechens sind 2008 S. 177

- Art. 14 BV und Art. 21. Abs. 2 IVG – Das Recht auf Ehe und Familie ist gewährleistet. Hat ein Versicherter infolge seiner Invalidität für die Fortbewegung, für die Herstellung des Kontaktes mit der Umwelt oder für die Selbstsorge Bedarf auf kostspielige Geräte, besteht im Rahmen der vom Bundesrat aufzustellenden Liste ohne Rücksicht auf die Erwerbsfähigkeit Anspruch auf ein Hilfsmittel – Der für die Gewährung von Hilfsmitteln bestehende IV-rechtliche Grundsatz, dass die Hilfsmittel einfach und zweckmässig sein müssen resp. dass den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit, Bestimmtheit und Geeignetheit Rechnung zu tragen ist, darf nicht zu einer Einschränkung des verfassungsrechtlich garantierten Rechts auf Familie führen 2008 S. 181

- Art. 28 Abs. 1 lit. c IVG i.V.m. Art. 8 ATSG – Begriff der Invalidität. Die im Bereich der obligatorischen Unfallversicherung entwickelte bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach ein Schleudertrauma der Halswirbelsäule auch ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle zu länger dauernden, die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit beeinträchtigenden Beschwerden führen kann, ist auch im Bereich der Eidgenössischen Invalidenversicherung zu berücksichtigen. Liegt demgemäss ein so genannt typisches Beschwerdebild mit einer Häufung von Beschwerden wie diffuse Kopfschmerzen, Schwindel, Konzentrations- und Gedächtnisstörungen, Übelkeit, rasche Ermüdbarkeit, Visusstörungen, Reizbarkeit, Affektlabilität, Depression, Wesensveränderung etc. vor, kann im Hinblick auf die Festsetzung der Arbeitsfähigkeit nicht unbesehen die Rechtsprechung zur anhaltenden somatoformen Schmerzstörung zur Anwendung gebracht werden. 2009 S. 174

- Art. 28 Abs. 2 IVG in der bis 31. Dezember 2007 geltenden Fassung; Art. 16 ATSG – Bestimmung des Invaliditätsgrads nach der ausserordentlichen Bemessungsmethode. In Anwendung der ausserordentlichen Bemessungsmethode darf für die erwerb-

liche Gewichtung des Betätigungsvergleichs nicht auf die schweizerische Lohnstrukturerhebung des Bundesamtes für Statistik (LSE) abgestellt werden. Die Vergleichseinkommen sind vielmehr unter Berücksichtigung der einzelfallbezogenen Kriterien (Betriebsgrösse, Branche, Erfahrung des Betriebsinhabers etc.) zu ermitteln. Für die Bemessung des wirtschaftlichen Werts einer Tätigkeit ist dabei von den diesbezüglichen, möglichst einzelfallbezogenen Ansätzen auszugehen, welche etwa bei den branchenspezifischen Berufsverbänden erfragt werden können. 2009 S. 180

- Invalidenversicherung: Nicht jede Gewährung von Hilfsmitteln hat eine wesentliche Veränderung der Hilflosigkeit im Sinne von Art. 17 Abs. 2 ATSG in Verbindung mit Art. 35 Abs. 2 IVV zur Folge. 2009 S. 183
- Invalidenversicherung: Auch ein Statuswechsel vom Erwerbstätigen zum Nichterwerbstätigen gilt als Revisionsgrund im Sinne von Art. 17 Abs. 1 ATSG. 2009 S. 189
- Invalidenversicherung: Art. 17 ATSG und Art. 53 Abs. 2 ATSG – Wird die zweifelhafte Unrichtigkeit der ursprünglichen Rentenverfügung erst vom Gericht festgestellt, so kann es die auf Art. 17 ATSG gestützte Revisionsverfügung der Verwaltung mit dieser substituierten Begründung schützen. 2009 S. 197
- Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV; Invalidenversicherung. – Schutz vor Willkür und Vertrauensschutz. Nachdem die IV-Stelle dem Versicherten A im Dezember 2005 Kostengutsprache für ein Hilfsmittel zur Aufrechterhaltung seiner angestammten selbständigen Erwerbstätigkeit erteilt hatte, widerspricht ihr Verhalten dem Grundsatz von Treu und Glauben, wenn sie rund drei Jahre später die Aufgabe der angestammten Tätigkeit und die Ausübung einer Verweistätigkeit rückwirkend seit Dezember 2002 als zumutbar bezeichnet 2010 S. 223
- Artikel 13 IVG gewährt Versicherten bis zum vollendeten 20. Lebensjahr Anspruch auf die Behandlung ihrer Geburtsgebrechen (Art. 3 Abs. 2 ATSG). Soweit das Kreisreiben über die medizinischen Eingliederungsmassnahmen der Invalidenversicherung (KSME) in Randziffer 404.11 die Behandlung von Psychoorganischen Syndromen (POS) auf zwei Jahre, verlängerbar um höchstens ein weiteres Jahr, mithin auf maximal drei Jahre beschränkt, erscheint dies als nicht gesetzeskonform 2010 S. 226

K

Kinderzulagen

- Kürzung von Kinderzulagen bei unterdurchschnittlichem Lohn. Ob ein Beitragsumgehungsstatbestand vorliegt, ist insbesondere in solchen Fällen zu prüfen, in welchen der

Kinderzulagenbezüger in leitender Stellung einer Gesellschaft tätig ist und in dieser Eigenschaft selbst bestimmen kann, welchen Lohn er sich auszahlen will 2007 S. 183

- Kürzung von Kinderzulagen bei unterdurchschnittlichem Lohn. Der Umstand, dass jemand einen unterdurchschnittlichen Lohn bezieht, genügt für sich alleine noch nicht, um vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer entsprechend teilzeitbeschäftigten Personen nach § 5 Abs. 2 Satz 1 KZG zu behandeln. In solchen Fällen muss bezogen auf die konkreten Umstände ein eigentlicher Beitragsumgehungstatbestand im Sinne eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens vorliegen, damit der Kinderzulagenanspruch gekürzt werden kann (Praxisänderung) 2007 S. 185
- § 5 Abs. 1 und § 17 des bis 31. Dezember 2008 in Kraft gewesenen kantonalen Gesetzes über die Kinderzulagen vom 16. Dezember 1982 (KZG; BGS 844.4); Art. 11 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 des am 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über die Familienzulagen vom 24. März 2006 (FamZG; SR 836.2) – Die Bezüge einer Verwaltungsrätin stellen definitionsgemäss massgebenden Lohn im Sinne der AHV-Gesetzgebung dar und sind dementsprechend AHV-rechtlich als Verdienst aus unselbständiger Erwerbstätigkeit zu qualifizieren. Die Verwaltungsrätin ist daher, auch wenn sie in keinem Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft steht, in jedem Fall als Arbeitnehmerin im Sinne von § 5 Abs. 1 KZG bzw. Art. 13 Abs. 1 FamZG zu behandeln und sie hat dementsprechend Anspruch auf Kinderzulagen, sofern die weiteren Bezugsvoraussetzungen erfüllt sind. Der Verweis der Familenausgleichskasse darauf, dass im Bereich der Arbeitslosenversicherung Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung keine Arbeitslosenentschädigung beziehen können, vermag hieran nichts zu ändern. 2009 S. 221

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

- Art. 3 und 13 Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen; Art. 311 ZGB – Die gesetzliche Zuweisung der elterlichen Sorge nach guatemaltekischem Recht auf den Kindsvater wird in der Schweiz anerkannt; Regelung bei sexuellen Missbrauchs der Tochter (Erw. II. 1, 2, 3) 2010 S. 308
- Art. 439 Abs. 1 ZGB; Art. 5 Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen – Der Wegzug aus der Schweiz stellt für sich allein keinen Grund dar, eine angeordnete Beistandschaft aufzuheben (Erw. II. 1) 2010 S. 312

Krankengeschichte

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

Krankenpflegeversicherung; Prämienverbilligung

- Die Einreichung von Gesuchen unterliegen einer Verwirkungsfrist 1999 S. 69
- Personen, welche Anspruch auf Prämienverbilligung erheben, reichen die Bescheinigung zusammen mit dem Versicherungsnachweis bis 31. März bei jener Gemeinde ein, wo sie am 1. Januar des Jahres Wohnsitz hatten. – Der Beweis der Fristwahrung kann im Falle eines Gesuchs, das nie bei der Behörde eintraf, nicht durch Zeugen, die über die Einzelheiten der Postaufgabe Auskunft geben, erbracht werden 2004 S. 133
- Der Wohnkanton muss sich an den Kosten einer ausserkantonalen Hospitalisation nur beteiligen, wenn diese aus medizinischen Gründen notwendig ist. Definition der medizinischen Gründe 2002 S. 94
- Das Sozialamt, das für eine Person Sozialhilfe ausrichtet, erhält die volle Prämienverbilligung, wenn es auch erst nach Fristablauf vom Anspruch auf Sozialhilfe erfuhr 2003 S. 99
- Die Differenzzahlungspflicht des Wohnsitzkantons greift nicht, wenn ein medizinischer Notfall anlässlich einer nicht medizinisch indiziert ausserkantonal erfolgten ärztlichen Behandlung eintrat 2006 S. 149
- Prämienverbilligung; Frist zur rechtzeitigen Einreichung eines Gesuches um Neuberechnung 2006 S. 154

- Begriff der Akutspitalbedürftigkeit. Fehlende Pflegeplätze – sei es infolge Bettenbelegung oder infolge fehlender Institutionen – können nicht dazu führen, dass die Krankenversicherung für einen medizinisch nicht indizierten Spitalaufenthalt aufkommen muss 2007 S. 161
- Die Aufsichtspflicht des selbständig und auf eigene Rechnung tätigen Physiotherapeuten über sein angestelltes physiotherapeutisches Personal ist in der Regel weniger streng zu beurteilen als die Aufsichtspflicht des Arztes über seine Hilfspersonen. Der Inhaber einer Physiotherapiepraxis ist nicht in jedem Fall verpflichtet, dauernd in seiner Praxis persönlich anwesend zu sein. Es existiert namentlich auch keine gesetzliche oder tarifvertragliche Regelung, wonach es generell unmöglich sei, gleichzeitig zwei Physiotherapiepraxen zu führen. Ob der Aufsichtspflicht Genüge getan wird, ist jeweils im Einzelfall im Sinne einer Gesamtbetrachtung aller konkreten Umstände zu entscheiden 2007 S. 167
- § 4 Abs. 3 des Gesetzes betreffend individuelle Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung (PvKG, auch IPVG genannt) – Für den Anspruch auf Prämienverbilligung sind die persönlichen und familiären Verhältnisse am 1. Januar des Anspruchsjahres massgebend 2007 S. 175
- Keine subsidiäre Leistungspflicht der Krankenversicherung, wenn ein Versicherter im Zeitpunkt des Unfalls obligatorisch bei der Unfallversicherung versichert war. Die im Heim anfallenden Pflegekosten, auch wenn sie nach BESA abgerechnet werden, sind somit nicht von der Krankenversicherung zu übernehmen 2007 S. 176

L

Lebensmittelkontrolle

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

Löschen von Daten

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

M

Mobilfunkantennen

- Zulässigkeit und Schranken der Errichtung 2001 S. 86

Motionen

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

N

Nachrede, üble

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

Natur- und Heimatschutz

- Moore und Moorlandschaft 2000 S. 84

O

Obhut

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

Obligationenrecht

Allgemeiner Teil

- Vertrag z.G. Dritter durch Abgabe einer Garantieerklärung beim Amt für Ausländerfragen für einen Gast durch den Gastgeber 2000 S. 130
- Der Arbeitsausfall einer Frau im Haushalt ist gestützt auf die Zahlen der SAKE-Studie zu ermitteln, wenn sie nach einem Unfall invalid geworden ist 2002 S. 164
- Art. 18 Abs. 1 OR – Frage der Nichtigkeit eines Ehevertrages unter anderem aufgrund geltend gemachter Simulation sowie Lücke des Vertrages 2008 S. 203

- § 67 Abs. 4 PBG; Art. 41 OR. – Die Einleitung eines zivilprozessualen Verfahrens ist widerrechtlich im Sinne von Art. 41 OR, wenn dieses zweckentfremdet wird oder von vornherein offensichtlich aussichtslos ist. Missbräuchlich handelt daher, wer trotz offensichtlicher Aussichtslosigkeit suspensiv wirkende Rechtsmittel gegen eine Bau-bewilligung einlegt, um die Ausführung eines Bauvorhabens zu verzögern. Als aussichtslos darf ein Rechtsmittel in diesem Zusammenhang allerdings erst bezeichnet werden, wenn sich seine Einreichung mit keinerlei sachlich vertretbaren Gründen rechtfertigen lässt 2008 S. 209

Die einzelnen Vertragsverhältnisse

- Mit Bezug auf die Zusicherung von Eigenschaften wird zwar kein ausdrücklicher Verpflichtungswillen des Verkäufers verlangt, wohl aber eine (auch konkludente) Erklärung über Sacheigenschaften, die erkennbar für den Kaufentschluss des Käufers entscheidend war 2004 S. 163
- Herabsetzung eines vertraglich geschuldeten Nettomietzinses und Schadenersatzansprüche des Mieters 2004 S. 164
- Trifft der Beauftragte bei Fälligkeit seiner Tätigkeitspflicht keine Anstalten zur Herbeiführung des angestrebten Erfolgs, begeht er eine Vertragsverletzung. Der Auftraggeber ist berechtigt – wenn er dies unverzüglich erklärt – auf die Leistung zu verzichten und vom Vertrag zurückzutreten 2004 S. 166
- Versäumnisse des Arbeitnehmers im ersten Dienstjahr und ihr Folgen 2001 S. 134
- Lohnfortzahlungspflicht bei Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung; bezüglich der Dauer ist die sog. «Zürcher Scala» massgebend; der Anspruch des teilweise arbeitsfähigen Arbeitnehmers besteht so lange, bis der erhaltene Lohn dem vollen Salär für die «beschränkte Zeit» entspricht 2003 S. 167
- Kostenlosigkeit des Verfahrens nach Art. 343 Abs. 3 OR; die Kostenlosigkeit des Verfahrens gelangt auch in Fällen zur Anwendung, in denen es einzig um die Frage geht, ob ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist 2003 S. 175
- Freistellung eines Handelsreisenden; Bestimmung des Freistellungslohnes 2001 S. 139
- Freistellungslohn und Leistungen der Arbeitslosenkasse 2001 S. 139

- Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe; Aktivlegitimation einer lokalen paritätischen Berufskommission 2001 S. 142
- Ausstelldatum eines erst einige Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgestellten (Schluss)Arbeitszeugnisses 2002 S. 169
- Mietrecht; Entschädigung von Investitionen, welche vom Mieter in der Liegenschaft getätigt worden sind, wenn das Mietverhältnis durch höhere Gewalt beendet wird 2003 S. 165
- Lombardkredit – Einen Anlageberater treffen neben der Aufklärungspflicht auch Beratungs- und Warnpflichten, wobei diese Pflichten inhaltlich durch den Wissensstand des Kunden einerseits und die Art des in Frage stehenden Anlagegeschäfts andererseits bestimmt werden 2005 S. 177
- Die Zulässigkeit des Widerrufsrechts im Auftragsverhältnis ist mit Bezug auf einen Betreuungsvertrag zu verneinen 2005 S. 178
- Eine verfrüht ausgesprochene Kündigung wegen Zahlungsrückstandes des Mieters ist grundsätzlich ungültig und wirkungslos. Es stellt sich einzig die Frage, ob die Berufung auf die verfrüht ausgesprochene Kündigung im konkreten Einzelfall rechtsmissbräuchlich ist 2006 S. 167
- Die kündigende Partei hat die Richtigkeit der angegebenen Kündigungsgründe zu beweisen, sofern sie bestritten sind. Bei einer unwahren Begründung bestehen starke Indizien dafür, dass die Kündigung vorgeschoben ist, um das unzulässige Motiv zu verbergen. Die Kündigung erwiese sich diesfalls als rechtsmissbräuchlich und es wäre Sache des Vermieters, diesen Verdacht zu widerlegen 2006 S. 170
- § 30 Abs. 1 ZPO – Eine zur blossen Umgehung des kantonalen Anwaltsrechts vorgenommene Abtretung hat einen gesetzlich unerlaubten Inhalt und ist daher gemäss Art. 20 OR nichtig 2007 S. 198
- Art. 400 OR. Rechenschaftsablegungspflicht. Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, seinen Klienten periodisch oder auf Verlangen über die Höhe des geschuldeten w Honorars zu informieren 2008 S. 211
- Art. 313 f. OR – Der Zinsbegriff des Darlehensrechts umfasst jedes Entgelt, das der Borger dem Darleiher für die Wertgebrauchsüberlassung aus Zeit zu leisten verspricht, unbeschadet um die Bezeichnung, welche sie dafür wählen. Gemäss

Bundesgericht hat eine sittenwidrige Zinsvereinbarung Teilnichtigkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 2 OR zur Folge. Der zulässige Höchstzins beträgt, mangels besonderer Verhältnisse, 18 - 20 %. 2009 S. 247

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

Gesellschaftsrecht

- Das Begehren um Einberufung einer Generalversammlung ist nur rechtsgültig, wenn gleichzeitig mindestens ein Verhandlungsgegenstand (Traktandum) und ein damit verbundener konkreter Antrag in Schriftform dem Verwaltungsrat zugestellt wird 2004 S. 168
- Bei einer Überschuldung der Aktiengesellschaft ist der Verwaltungsrat grundsätzlich zur sofortigen Benachrichtigung des Richters verpflichtet. Der Verwaltungsrat handelt jedoch nicht schuldhaft, wenn er statt dessen unverzüglich saniert und konkrete Aussicht besteht, dass die Überschuldung beziehungsweise die Zahlungsunfähigkeit innerhalb von 60 Tagen seit Erstellung der Zwischenbilanzen beziehungsweise seit Feststellung der Zahlungsunfähigkeit behoben wird. 2004 S. 169
- Sonderprüfung einer Aktiengesellschaft, Voraussetzungen; Obliegenheiten des Gesuchstellers 2000 S. 132
- Materielle Voraussetzungen für die Anordnung einer Sonderprüfung 2001 S. 143
- Wer beim Gericht einen Antrag auf Sonderprüfung einreicht, muss nicht mit dem Aktionär identisch sein, welcher das Begehren um Auskunftserteilung gestellt hat. Sonderprüfung ist zweckgerichtete Tatsachenforschung, nicht umfassende Untersuchung der Geschäftsführung oder -politik 2002 S. 170
- Sonderprüfung in Konzernverhältnissen; Hält die Muttergesellschaft 100% der Aktien ihrer Tochtergesellschaft und bildet die Beteiligung an der Tochtergesellschaft mit den entsprechenden Wertschriftenbeständen das einzige wesentliche Aktivum der Muttergesellschaft, haben die verantwortlichen Organe der Muttergesellschaft der Sonderprüferin sämtliche für den Gegenstand der Sonderprüfung notwendigen Unterlagen der Tochtergesellschaft auszuhändigen und die erforderlichen Auskünfte zu erteilen 2003 S. 180
- Widerruf der Auflösung einer Gesellschaft infolge nachträglicher Eintragung einer Revisionsstelle im Handelsregister 2000 S. 139

- Fehlende Revisionsstelle; Verfügt eine Aktiengesellschaft über keine Revisionsstelle mehr und sorgt sie trotz entsprechender Aufforderung des Gerichts auch nicht für deren Wahl, kann das Gericht in richterlicher Lückefüllung die säumige Gesellschaft gerichtlich auflösen, worauf diese nach den gesetzlichen Grundsätzen ordentlich zu liquidieren ist 2003 S. 179
- Art. 827 OR (Haftung als Gründer einer GmbH); Art. 643 Ziff. 2 und Art. 820 i.V.m. Art. 725 Abs. 2 OR. – Auch im Falle der Gründungshaftung besteht der Schaden bei einer Gründung mit Sacheinlage in der Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert der Sache und ihrer Anrechnung auf das Grundkapital. Gemäss Art. 634 Ziff. 2 OR gelten Sacheinlagen nur dann als Deckung, wenn die Gesellschaft nach ihrer Eintragung in das Handelsregister sofort als Eigentümerin darüber verfügen kann oder einen bedingungslosen Anspruch auf Eintragung in das Grundbuch erhält. Ist diese Voraussetzung nicht gegeben, ist mit Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister der Schaden bei ihr eingetreten, da sie zu diesem Zeitpunkt keinen bedingungslosen Anspruch auf Eintragung ins Grundbuch erhalten hat und damit bereits überschuldet im Sinne von Art. 820 i.V.m. Art. 725 Abs. 2 OR war 2008 S. 215
- Art. 731b Abs. 1 OR – Beim Entscheid, welche Massnahme das Gericht ergreifen will, kommt ihm ein wesentlicher Handlungsspielraum zu. Da es um die Einhaltung von zwingenden Gesetzesvorschriften geht, hat das Gericht bei seinem Entscheid nicht Individualinteressen in den Vordergrund zu stellen, sondern dem Verkehrsschutz Rechnung zu tragen. 2009 S. 251
- Art. 951 Abs. 2 OR. – Ob zwei Firmen sich hinreichend deutlich unterscheiden, ist aufgrund des Gesamteindrucks zu prüfen, den sie beim Publikum hinterlassen [Permatech (Schweiz) AG gegen PEMATECH GmbH]. 2009 S. 253
- Art. 697h Abs. 2 OR. – Anforderungen an das schutzwürdige Einsichtsinteresse. Frage offen gelassen, ob ein solches Interesse stets bereits in der Einleitung eines nicht aussichtslosen Forderungsprozesses des Ansprechers gegen die Gesellschaft erblickt werden kann 2010 S. 266

Online Zugriff

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

Opferhilfe

- Art. 29 Abs. 3 BV, Art. 4 OHG – Das Opferhilfegesetz erweitert den auf das kantonale Verfahrensrecht und die Mindestgarantie von Art. 29 Abs. 3 BV gestützten

Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege nicht. Entschädigungen für Anwalts- und Verfahrenskosten nach dem Opferhilfegesetz sind aufgrund der Subsidiarität nur zu prüfen, sofern die unentgeltliche Rechtspflege und der unentgeltliche Rechtsbeistand nicht gewährt worden sind 2010 S. 173

Organisationsrecht

Ausstandspflicht

- Die Unabhängigkeit und die Unbefangenheit von verfügenden oder entscheidenden Verwaltungsbehörden entspricht einem allgemein anerkannten rechtsstaatlichen Grundsatz. Die Befangenheit betrifft nur natürliche Personen, deshalb kann der Ausstand nur von den Mitgliedern eines Spruchkollegiums, nicht aber von der ganzen Behörde verlangt werden. Wie weit reichen die Mindestanforderungen an die Unbefangenheit von Behördemitgliedern? 2006 S. 225
- Zweck ist, jede Befangenheit oder Interessenkollision zu verhindern und jeden entsprechenden Anschein zu vermeiden. Sie erfasst alle Personen, die auf das Zustandekommen einer Anordnung Einfluss nehmen können. Wann ist ein Behördemitglied in einer Angelegenheit vorbefasst? 2006 S. 231
- Im Verwaltungsverfahren finden sich häufiger systembedingte Fälle von Vorbefassung als in Verfahren vor gerichtlichen Instanzen. E. 1 – Die Mitarbeitenden eines Direktionssekretariates arbeiten eng mit der Direktionsvorsteherin oder dem Direktionsvorsteher zusammen und nehmen aus diesem Grund im Gegensatz zu den Mitarbeitenden der anderen Ämter der Direktion eine besondere Stellung ein. Ein Behördenausstand einer Direktion setzt in der Regel voraus, dass die Direktionsvorsteherin oder der Direktionsvorsteher selbst von einem Ausstandsgrund betroffen sind. Eine Befangenheit, die lediglich bei den Mitarbeitenden eines Direktionssekretariates besteht, wozu jeweils auch die Direktionssekretärin oder der Direktionssekretär zählen, bewirkt keinen Ausstand der Direktion bzw. ihrer Vorsteherin oder ihres Vorstehers. In solchen Fällen muss die Instruktion des Beschwerdeverfahrens einem unbefangenen Mitarbeitenden des Direktionssekretariats der betreffenden Direktion, falls die Direktionssekretärin oder der Direktionssekretär befangen sind, einem Mitarbeitenden des Direktionssekretariats einer anderen Direktion oder einer aussenstehenden Person übertragen werden. E. 3 2007 S. 278

Outsourcing

- s. Auslagerung

P

Parteientschädigung

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

Personalrecht

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

mehr erfüllt und der entsprechende Anspruch verloren. Die infolge unterlassener Meldung an das Personalamt zu Unrecht ausbezahlte Familienzulage ist vollumfänglich zurückzuerstatten. Die Verjährung richtet sich nach Art. 127 OR. 2009 S. 341

- §§ 33 ff. des Gemeindegesetzes – Aufsichtsrecht; Art. 328 Abs. 1 OR – Fürsorgepflicht des Arbeitgebers 2010 S. 298
- §§ 8, 9 Abs. 1 und 13 Abs. 1 Personalgesetz – Kündigung während der Probezeit 2010 S. 304

Personenrecht

- Persönlichkeitsverletzung durch Erhöhung der Strahlung einer Hochspannungsleitung? 2001 S. 115
- Aufhebung einer Stiftung mit geringem Restvermögen 2001 S. 183
- Aufsicht; örtliche und sachliche Zuständigkeit 2001 S. 184
- Abwehr von persönlichkeitsverletzenden Äusserungen, die der Rechtsverfolgung oder der Verteidigung in einem Gerichtsverfahren dienen. Rechtsschutzinteresse 2002 S. 143
- Eine Begrenzung der Beitragspflicht im Sinne von Art. 71 Abs. 1 ZGB ist nicht nur dann anzunehmen, wenn der Beitrag aufgrund der Statuten genau bestimmt oder objektiv bestimmbar ist. Eine solche Begrenzung liegt vielmehr auch dann vor, wenn die Statuten die Beitragspflicht lediglich dem Grundsatz nach festlegen und die Fixierung in quantitativer Hinsicht einem Reglement oder einem periodischen Vereinsbeschluss vorbehalten. Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Verein effektiv und rechtsgültig vom statutarischen Vorbehalt Gebrauch gemacht hat 2002 S. 144
- Prozessfähigkeit eines 14-jährigen Kindes 2004 S. 240
- Wohnsitzbegründung als Prozessvoraussetzung; Aufenthalt eines geistig Behinderten 2004 S. 241
- Begehren um Abänderung des Geburtsjahrs im Zivilstandsregister. Die Berichtigungsklage steht nicht zur Verfügung, wenn der Eintrag im Zivilstandsregister formell korrekt ist, d.h. auf echten Belegen beruht, die materiell unrichtig sind. Dafür bedarf es der Umstossung jener Belege, auf denen die angeblich materiell unrichtige Registereintragung beruht. – Zuständig zur Anerkennung eines türkischen Ur-

teils betreffend Änderung des Geburtsjahrs ist die kantonale Aufsichtsbehörde im Zivilstandswesen, mithin die Direktion des Innern des Kantons Zug 2005 S. 167

- Wohnsitz eines allein stehenden Wochenaufenthalters. Haus und Tiere als Anknüpfungskriterium für den Wohnsitz 2005 S. 270
- Namensänderungen werden bewilligt, wenn wichtige Gründe vorliegen. Ein Konkubinatsverhältnis zwischen der Mutter als Inhaberin der elterlichen Gewalt und dem Konkubinatspartner als leiblichem Vater stellt noch keinen wichtigen Grund für eine Namensänderung dar 2006 S. 123
- Die Klage nach Art. 42 Abs. 1 Satz 1 ZGB stellt eine umfassende Gestaltungsklage auf Eintragung, Berichtigung oder Löschung von streitigen Angaben über den Personenstand dar, für die kein eigenes Verfahren (z.B. Statusklagen des Kindesrechts) zur Verfügung steht. Entsprechend dem Zweck des Bereinigungsverfahrens ist allerdings vorausgesetzt, dass damit (auch) ein Eintrag oder eine Berichtigung des Zivilstandsregisters angestrebt wird. Klarstellung, unter welchen Voraussetzungen gemäss Art. 42 ZGB auf Berichtigung des Zivilstandsregisters geklagt werden kann und wann das Namensänderungsverfahren gemäss Art. 30 ZGB einzuleiten ist 2006 S. 158
- Art. 28b Abs. 1 Ziff. 1 ZGB – Voraussetzungen und Modalitäten eines Annäherungsverbot 2009 S. 233

Pfändungsankündigung

- Zustellgebühr für die Pfändungsankündigung; Weiterverrechenbarkeit 1999 S. 142

Pflegekind

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

Planungs- und Baurecht

- Arealbebauung auf Verlangen des Gemeinderates 2000 S. 71
- Ausnützung; Keller und Abstellräume im Erdgeschoss eines nicht unterkellerten Gebäudes 1999 S. 220
- Ausrichtung der Hauptwohnräume (§ 19 BO Zug) 1999 S. 221
- die Bestandesgarantie in einer Bauordnung beruht auf höherrangigem Recht; Auslegung der Bauordnung 1999 S. 84

- Bestandesgarantie; darf ein Gebäude, das die zulässige Ausnützung überschreitet, aufgestockt werden, wenn der geplante Dachaufbau nicht zur Ausnützung zählt? 1999 S. 219
- Besitzstandgarantie; Bauordnung Unterägeri; Tragweite 2001 S. 215
- Bewilligungspflicht für Geländeänderungen durch Deponieren von Aushub 2000 S. 59
- Bewilligungsanforderungen für Hartplatz bei Schulanlage, der teils in der Bauzone und teils in der Freihaltezone liegt 2000 S. 79
- Einzonung eines Gebietes, das in einem BLN-Objekt liegt; Beschwerdeberechtigung von Heimatschutzorganisationen 2004 S. 253
- Baureife eines Grundstücks; Erschliessungspflicht des Gemeinwesens 2004 S. 260
- Erschliessungspflicht der Gemeinde eines in der Bauzone gelegenen Grundstücks 2001 S. 214
- Begriff der hinreichenden Zufahrt. Eine Zufahrt ist hinreichend, wenn sie tatsächlich und rechtlich sichergestellt ist. Bedeutung eines im Grundbuch 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 Ausnahmegewilligung 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 schadhafte Stützmauer eine Baubewilligung 2004 S. 69
- Keine Baubewilligungspflicht für Konstruktion aus Holzpfosten an bestehendem Garenhaus 2000 S. 233
- Grenze zwischen Wohnraumerweiterung und auf die Ausnützung nicht anrechenbarem Wintergarten 2002 S. 100
- Minimaler Gewerbeanteil von 60% bei Baumassenziffer. Der Mindestanteil bezieht sich auf die Baumasse des Bauvorhabens, nicht auf die maximal mögliche Baumasse 2002 S. 102
- Haftung für Schäden aus missbräuchlicher Baubeschwerde. Zuständig sind die Zivilgerichte. Das Verwaltungsgericht tritt auf ein Begehren um Feststellung der missbräuchlichen Beschwerdeführung nicht ein 2002 S. 109
- Verhältnis von Eingliederungsgebot, Ortsbildschutz und Denkmalschutz 2002 S. 110
- Zonenkonformität eines Frischmarktladens mit nächtlicher Anlieferung 2002 S. 270

- Garantie des unabhängigen Richters gilt im Planungsverfahren auf Verwaltungsebene nicht. Die Baudirektion darf im Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat als instruierende Direktion tätig werden 2003 S. 72
- Bestandesgarantie 2003 S. 76
- Bewilligungspflicht für das Aufstellen eines grossen Kreuzes und dessen Beleuchtung 2003 S. 79
- Eine Zonenplanänderung durch den Gemeinderat ist nicht zulässig, wenn diese mit einer beschlossenen, aber noch nicht rechtskräftigen Baulinie in Widerspruch geraten könnte 2003 S. 84
- Wohnzone 2, Anzahl zulässiger Geschosse 2003 S. 299
- Höhenlage des Erdgeschossfussbodens bei zusammengebauten Gebäudeteilen, die als ein Gebäude gelten 2003 S. 301
- Mobilfunkantennen und an Gemeindeversammlung erheblich erklärte Motion 2003 S. 303
- Kann die Baufreigabe einer Reservezone durch den Gemeinderat von den Nachbarn mit Beschwerde beim Regierungsrat angefochten werden 2003 S. 310
- Anforderungen an die Umweltverträglichkeit einer Parkieranlage in einem Bebauungsplangebiet 2003 S. 313
- Das Interesse an der integralen Erhaltung eines BLN-Gebietes geht dem Interesse an der Produktion einer relativ geringen Menge Ökostrom vor 2005 S. 81
- Einordnung einer Neubaute in die Ortskernzone sowie in die Ortsbildschutzzone Oberwil-Zug 2005 S. 280
- Vorgehen und Zuständigkeiten bei baulichen Änderungen an einem geschützten Baudenkmal 2005 S. 283
- Anzurechnende Geschossfläche bei einem Attikageschoss 2005 S. 286
- Wie steil muss das Gelände sein, damit ein bergseitig gelegener Wasch- und Trocknungsraum im Erdgeschoss eines Gebäudes nicht zur Ausnützung gerechnet werden muss 2005 S. 288

- Schmutzwasserleitungen sind Bauten im Sinne des Raumplanungsrechts. Ausserhalb der Bauzonen dürfen Schmutzwasserleitungen nicht «auf Vorrat» in ein Grundstück eingelegt werden 2006 S. 87
- Die Umnutzung eines Tränkeschopfs/Freizeitlokals in ein Gastgewerbelokal kann in einer Zone «Übriges Gebiet für Golf» nach Art. 24a ff. RPG nicht bewilligt werden, wenn dadurch neue Auswirkungen auf Raum, Erschliessung und Umwelt entstehen 2006 S. 91
- Erforderlichkeit eines ordentlichen Baubewilligungsverfahrens für die Aufnahme eines Gewerbebetriebes. Bei der gewerbmässigen Herstellung von Pizzas entstehende Gerüche fallen als Emissionen unter die Luftreinhalteverordnung und sind in der Regel über das Dach zu entsorgen 2006 S. 97
- Anforderungen an eine Arealbebauung bei der Aufstockung und beim Umbau von in Einzelbauweise erstellten Mehrfamilienhäusern 2006 S. 239
- Tragweite der Bestandesgarantie 2006 S. 245
- unwesentliche oder wesentliche Änderung eines Bebauungsplanes in der Altstadt von Zug 2006 S. 248
- § 29 PBG; § 53 ff. BO – Anforderungen an eine Arealbebauung nach kantonalem Planungs- und Baugesetz und der gemeindlichen Bauordnung. Anforderungen im vorliegenden Fall erfüllt 2008 S. 113
- § 16 Abs. 1 Satz 3 V PBG; § 24 Ziff. 1 BO – Ausnützungsziffer: Begriff der anrechenbaren Geschossfläche unterhalb des Erdgeschosses. Erschliessungsflächen im Dachgeschoss gehören nach der Bauordnung der Stadt Zug nicht zur anrechenbaren Geschossfläche 2008 S. 125
- § 6 Abs. 1 GewG – Bauvorhaben im Gewässerabstand: Liegt eine Verletzung des Gewässerabstandes vor, so kann diese als Ausnahme nur bewilligt werden, wenn es sonst zu einer unbilligen Härte oder einer offensichtlich unzweckmässigen Lösung kommen würde 2008 S. 130
- Art. 45 und Art. 18 BO Unterägeri; Fassadenlänge beim Zusammenbau von einem Hauptgebäude mit einer Kleinbaute 2008 S. 282
- § 5 VPBG § 45 Abs. 2 BO Baar – Wie viel darf eine Unterniveaubaute aus dem gewachsenen Terrain herausragen 2008 S. 286

- § 45 Abs. 2 PBG; §§ 41 und 62 VRG – Einsprache- und Beschwerdeberechtigung in einem Baubewilligungsverfahren. Legitimation eines Initiativkomitees verneint. Wer am Einspracheverfahren nicht teilgenommen hat, dem wird die Beschwerdeberechtigung wegen fehlender formeller «Beschwer» abgesprochen. 2009 S. 125
- Art. 19 Abs. 2 und 22 RPG; §§ 19 und 29 Abs. 4 PBG; § 19 BO Cham – Die hobby-mässige Haltung von Pferden kann in einer Wohnzone grundsätzlich als zonenkonform bezeichnet werden. Im vorliegenden Fall konnte der Bau eines Pferde-Unterstandes (mit Geräteraum und WC) nicht bewilligt werden, weil sich das Bauvorhaben innerhalb einer Arealbebauung befand und nicht alle Mit-Eigentümer der Arealbebauung mit einer derartigen Änderung der Arealbebauung einverstanden waren. 2009 S. 134
- § 12 BO Baar – Bei dieser Bestimmung um eine positive ästhetische Generalklausel, die sich nicht in einem Verunstaltungsverbot erschöpft, das lediglich verlangt, dass ein Bauvorhaben nicht einen stossenden Gegensatz zur Nachbarschaft bildet oder auffallend störend in Erscheinung treten darf. Die positive ästhetische Generalklausel verlangt eine architektonische Gestaltung, welche sich gut in die Umgebung einordnet. Definition der Umgebung bzw. des Quartier, in welche/welches sich ein Bauvorhaben einpassen muss. 2009 S. 144
- § 19 V PBG, §§ 14 – 18 BO Cham; Ausnützungsübertragung von einer Landfläche ausserhalb einer Arealbebauung in eine Arealbebauung, Berechnungsgrundlage für den Ausnützungsbonus 2009 S. 361
- § 29 Abs. 4 PBG – Änderung einer Arealbebauung oder bewilligungsfreier Vorgang (Begrünung einer Fassade)? 2009 S. 363
- Art. 21 Abs. 2 RPG – Bei einer erheblichen Änderung der Verhältnisse ist ein Bebauungsplan zu überprüfen und eventuell anzupassen. 2009 S. 364
- § 44 ff. PBG – Reicht die Bauherrschaft während eines laufenden Baubewilligungsverfahrens ein derart verändertes Bauprojekt ein, dass eine neue Profilierung erforderlich wird, so hat die Baubewilligungsbehörde vorerst eines der beiden Projekte zu beurteilen und das Alternativgesuch zu sistieren, bis das Ergebnis aus dem «ersten» Verfahren rechtskräftig feststeht. Die Bauherrschaft ist aufzufordern, sich zu entscheiden, welches der verschiedenen Baugesuche sie favorisiert. Dieses ist zu behandeln und die übrigen Verfahren sind zu sistieren, bis der Entscheid über das «erste» Gesuch in Rechtskraft erwachsen ist 2010. S 139

Politische Rechte

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

Prozessführung

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

R

Rechtspflege

Strafrechtsverfahren

- Zur Anordnung und gegebenenfalls zwangsweisen Durchsetzung erkennungsdienstlicher Massnahmen ist alleine die Polizei zuständig, sofern diese nicht zum Zwecke der Erstellung eines DNA-Profiles erfolgt. Der Untersuchungsrichter hat daher in den erstgenannten Fällen keine Vorkehrungen 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 paten-
tierte Anwälte, Ämter oder Versicherungsgesellschaften 2003 S. 232
- Kostenaufgabe bei Einstellung der Untersuchung. Dem Beschuldigten, welcher zu
Unrecht einen Atemlufttest verweigert und damit die Einleitung eines Untersu-
chungsverfahrens und insbesondere eine unnötige Blutanalyse verursacht hat,
sind die Untersuchungskosten aufzuerlegen 2003 S. 234
- Vorsorgliche Massnahmen im Verfahren gegen Kinder und Jugendliche. Anord-
nung der stationären Beobachtung eines Jugendlichen zur Abklärung der zweck-
mässigen Sanktion 2003 S. 235
- Internationale Rechtshilfe in Strafsachen. Es ist grundsätzlich Sache der schwei-
zerischen 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 Rechts-
mittelkläger urteilsfähig ist. Anders als im Zivilprozess ist hier hingegen seine
Handlungsfähigkeit nicht verlangt. Urteilsfähigkeit im konkreten Fall verneint
2004 S. 225
- Gegen Einstellungsbeschlüsse des Einzelrichters steht weder das Rechtsmittel
der Berufung noch das Rechtsmittel der Beschwerde offen 2004 S. 230
- Beschleunigungsgebot; Folgen von dessen Verletzung 2005 S. 238
- Musste der Beschwerdeführer bereits aufgrund der ursprünglichen Armenrechts-
bewilligung damit rechnen, dass ihm die Unentgeltlichkeit der Verteidigung bei
einer erheblichen Einkommensverbesserung nicht mehr gewährt würde, liegt kei-
ne eigentliche, unzulässige Rückwirkung vor, wenn der Untersuchungsrichter in
einer späteren Verfügung die Unentgeltlichkeit rückwirkend auf den Zeitpunkt der
Änderung der Einkommensverhältnisse entzieht 2005 S. 239
- Beweismässige Verwertbarkeit von Fragebogen, die im Laufe der Strafunter-
suchung erhoben wurden; Teilnahmerecht der Verteidigung an Zeugeneinver-
nahmen; beweismässige Verwertbarkeit von Gutachten, die in einem anderen
Verfahren erstattet wurden 2005 S. 241

- Kostenaufgabe und Entschädigung bei Einstellung der Strafuntersuchung 2005 S. 244
- Anklagegrundsatz - Anforderungen an die Eingrenzung des vorgehaltenen Sachverhaltes in zeitlicher Hinsicht 2005 S. 247
- Berufungsbeschränkung; Teilrechtskraft; Entschädigung der amtlichen Verteidigung; Fehlen einer gesetzlichen Grundlage zur Kürzung der Entschädigung von Amtes wegen im Berufungsverfahren 2005 S. 250
- Gegen Ausstandsentscheide des Strafgerichts ist die Beschwerde an die Justizkommission nicht zulässig 2005 S. 251
- Gegen die Weigerung der Staatsanwaltschaft, eine Konfrontationseinvernahme durchzuführen bzw. anzuordnen, ist die Beschwerde nach § 80 StPO nicht gegeben. Prüfung der Beschwerde erfolgt einzig unter aufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten 2005 S. 252
- Die Beschwerde gegen die Überweisungsverfügung und damit auch gegen die mit ihr allenfalls gleichzeitig abgewiesenen Aktenergänzungen ist seit Inkrafttreten der Gesetzesänderung vom 19. Dezember 2002 nicht mehr zulässig. Hingegen kann gegen eine in der Überweisungsverfügung angeordnete Aufrechterhaltung der Fernhaltemassnahme Beschwerde geführt werden. Der vom Gesetz ausdrücklich im Rahmen der Überweisung vorgesehene Entscheid über die Anordnung bzw. Aufrechterhaltung einer allfälligen Haft oder einer Ersatzmassnahme kann als selbständige Untersuchungshandlung angesehen werden, die weiterhin der Beschwerde gemäss § 80 Ziff. 1 StPO unterliegt 2005 S. 255
- Gegen eine einstweilige Einstellungsverfügung steht den Parteien die Beschwerde an die Justizkommission zur Verfügung. Diese lässt sich - bei weitherziger Auslegung des Begriffs Untersuchungshandlung - auf § 80 Ziff. 1 StPO stützen, aber namentlich auch - zumindest analog - auf Ziff. 7 von § 80 StPO, welcher in seiner neuen Fassung vom 19. Dezember 2002 die Einstellungsverfügung ausdrücklich als Beschwerdeobjekt nennt 2005 S. 257
- Das Einzelrichteramt hat keinen Nichtigkeitsgrund gesetzt, indem es aus dem Teilfahrverbot für Motorräder ein Halte- und Parkverbot abgeleitet hat 2005 S. 259
- Auf eine nicht oder nicht genügend begründete Beschwerde kann nicht eingetreten werden. Begründet ist die Beschwerde dann, wenn der Beschwerdeinstanz

dargelegt wird, auf welche Argumente sich der Beschwerdeführer im Hinblick auf die gestellten Anträge stützt 2005 S. 261

- Herausgabepflicht Dritter; Akteneinsicht des Privatklägers in die edierten Unterlagen. Wer zur Edition aufgefordert wird, muss sich grundsätzlich in diesem Zeitpunkt auf sein allfälliges Verweigerungsrecht berufen und die Edition verweigern, allenfalls die Siegelung verlangen. Er kann damit nicht zuwarten, bis den Prozessbeteiligten Akteneinsicht gewährt wird, und sich erst in diesem Zeitpunkt dagegen zur Wehr setzen. Nur wenn das Strafverfahren nachträglich ausgedehnt wird und die edierten Akten eine weitergehende Verwendung finden, als in der Editionsverfügung dargelegt wurde bzw. werden konnte, namentlich etwa nachträglich neu hinzugekommenen Verfahrensbeteiligten Akteneinsicht gewährt werden soll, wäre denkbar, dass der Editionsverpflichtete sich auch noch mit Beschwerde gegen die Akteneinsichtsverfügung auf sein Editionsverweigerungsrecht im Sinne von § 29 Abs. 3 StPO berufen könnte 2006 S. 211
- Gegen die Ablehnung von beantragten Untersuchungshandlungen ist kein Rechtsmittel gegeben. Die Weigerung des Untersuchungsrichteramtes, eine verlangte Untersuchungshandlung vorzunehmen, gehört nicht zu den in § 80 StPO ausdrücklich genannten Beschwerdefällen. Eine grosszügige Auslegung der Generalklausel von § 80 Ziff. 1 StPO widerspricht aber klar § 11^{ter} Abs. 1 Ziff. 1 StPO. Damit kann bereits nach Konsultation des zugerischen Verfahrensrechts eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung erkannt werden 2006 S. 216
- Entnahme eines Wangenschleimhautabstrichs (WSA) als erkennungsdienstliche Massnahme. Der WSA stellt einen – wenn auch nur geringfügigen – Eingriff in die Privatsphäre des Einzelnen dar und setzt deshalb neben einer gesetzlichen Grundlage und einem öffentlichen Interesse auch die Verhältnismässigkeit voraus. Steht mithin von vornherein unzweifelhaft fest, dass eine DNA-Analyse für die zulässigen Zwecke gemäss Art. 1 Abs. 2 DNA-Profil-Gesetz nicht in Betracht kommt, erscheint die Probenahme als unverhältnismässig und es ist deshalb darauf zu verzichten 2006 S. 219
- § 15 Abs. 2 Ziff. 2 GOG. – Rechtsnatur der allgemeinen Aufsichtsbeschwerde (Erw. 2) 2008 S. 258
- § 6 Abs. 3 und 4 StPO. – Die Bestimmung verleiht dem Anzeigersteller keinen absoluten Rechtsanspruch auf Aufnahme einer mündlichen Strafanzeige, zumal weder Staats-anwaltschaft noch Polizei verpflichtet sind, trölerische, mutwillige und querulatorische Anzeigen überhaupt entgegenzunehmen. Die Formulierung

des Protokolls einer mündlichen Strafanzeige ist Sache des Protokollanten. Der Anzeigerstatter hat grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass seine eigenen Formulierungen aufgenommen werden (Erw. 5) 2008 S. 258

- § 36^{ter} StPO. – Einsprache gegen den Strafbefehl. Zuständigkeit für den Entscheid über die formelle Gültigkeit der Einsprache. Die Staatsanwaltschaft überprüft lediglich vorfrageweise die formelle Gültigkeit der Einsprache; die Gültigkeit von Strafbefehl und Einsprache ist vom Einzelrichter am Strafgericht zu beurteilen 2008 S. 261
- § 12 StPO und § 80 StPO; § 15 GOG; Art. 7 DNA-Profil-Gesetz; § 3 ZG-DNA-Verordnung. – Die Justizkommission des Obergerichts tritt auf eine Beschwerde gegen eine von der Polizei durchgeführte Abnahme einer DNA-Probe, der sich der Beschwerdeführer erst im Nachhinein widersetzt, nicht ein 2008 S. 264
- § 80 Ziffer 1 und 11 und § 2 Abs. 2 StPO. – Beim Beschluss des Strafgerichts, Akten des pendenten Strafverfahrens an die Staatsanwaltschaft herauszugeben, handelt es sich nicht um eine unter § 2 Abs. 2 StPO fallende Anordnung bzw. stellt ein solcher Beschluss keine Untersuchungshandlung im Sinne von § 80 Ziffer 1 StPO dar. Er kann deshalb nicht mit Beschwerde nach § 80 Ziffer 11 StPO angefochten werden 2008 S. 266
- § 78 GOG. – Die Frist für die Beschwerde gegen die Auferlegung von Kosten und die Zusprechung von Entschädigungen im Sinne von § 80 Ziffer 4 StPO beginnt bei mündlich eröffneten (und begründeten) oder lediglich im Dispositiv zugestellten Strafurteilen mit Zustellung des motivierten Strafurteils zu laufen 2008 S. 269
- § 29 Abs. 1 Ziff. 2 StPO, § 37 Abs. 1 und 2 GesG, Art. 321 Ziff. 1 StGB. – Das in § 37 GesG statuierte Berufsgeheimnis anderer Berufe des Gesundheitswesens verleiht kein absolutes Zeugnisverweigerungsrecht von Angestellten gegenüber den Strafuntersuchungsbehörden. Verhältnis von § 37 GesG zum Zeugnisverweigerungsrecht gemäss § 29 Abs. 1 Ziff. 2 StPO. 2009 S. 298
- §§ 14 Abs. 2, 34 Abs. 5 und 80 Ziff. 3 StPO. – Seit der am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Teilrevision der Strafprozessordnung ist die Beschwerde des Anzeigerstatters gegen eine Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft nicht mehr zulässig. 2009 S. 302

Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren

- Ausstand dient der Wahrung von nötiger Distanz und Objektivität in der Fallbearbeitung; Regierungsrat als Beschwerdeinstanz 2004 S. 270
- Ein Gemeinderat, der mit einer privaten Bauherrschaft Verhandlungen über ein gemeinsames Bauprojekt führt, kann deshalb noch nicht als befangen bezeichnet werden. Entscheidend ist, ob sich der Gemeinderat als zuständige Baubewilligungsbehörde an die baurechtlichen Vorschriften hält 2004 S. 147
- Gegenüber Spezialadressaten sind Allgemeinverfügungen individuell und persönlich zu eröffnen, d.h. die anordnende Behörde kann sich nicht allein auf die öffentliche Bekanntmachung der Allgemeinverfügung beschränken. Beginn des Fristenlaufs 2004 S. 151
- Beschwerdeberechtigung von Heimatschutzorganisationen bei der Änderung einer Bauzone 2004 S. 253
- unentgeltliche in einem Besuchsrechtsbeschwerdeverfahren 1999 S. 231
- Kosten und Parteienschädigung bei Abschreibung einer Kinderschutzbeschwerde infolge Gegenstandslosigkeit 2001 S. 193
- Prozessfähigkeit eines 14-jährigen Kindes im Verwaltungsbeschwerdeverfahren 2004 S. 240
- Prozessvoraussetzung und zivilrechtlicher Wohnsitz im Verwaltungsbeschwerdeverfahren 2004 S. 241
- Die Sprungbeschwerde ist ausgeschlossen, wenn der Regierungsrat eine Vormundschaftsbeschwerde als vormundschaftliche Aufsichtsbehörde zu entscheiden hat 2002 S. 135
- Die Stiftungsaufsichtsbeschwerde als Beschwerde sui generis verleiht dem 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 Bezugs eines Sachverständigen; Anforderungen an dessen Unabhängigkeit und Unbefangenheit 2003 S. 135
- Voraussetzungen, unter denen die betroffene Behörde selber über ein offensichtlich unzulässiges Ausstandsbegehren befinden kann 2003 S. 68
- Garantie des unabhängigen Richters: gilt nicht für Baudirektion, die im Rahmen der Vorprüfung einer gemeindlichen Planung Fragen geprüft hat, die den Beschwerdegegenstand betreffen. Die Baudirektion darf das Verfahren vor dem Regierungsrat instruieren 2003 S. 72
- Wer sich nicht mit selbständigen Begehren am Verfahren beteiligt, kann nicht als unterliegende Partei beurteilt werden somit auch nicht zur Zahlung einer Parteienentschädigung verpflichtet werden 2003 S. 157
- Rechtzeitige Einreichung einer Beschwerdeschrift 2003 S. 333
- Aufschiebende Wirkung einer Beschwerde im Sozialhilfeverfahren beim Entscheid über eine Unterbrechung oder Einstellung der Sozialhilfeleistungen 2003 S. 334
- Entzug der aufschiebende Wirkung; Zuständigkeit des Regierungsrats zur Anordnung des Entzugs, wenn diese nicht von der zuständigen Behörde angeordnet wurde 2003 S. 339
- Für die Festsetzung der Dauer von Probezeit und Schutzaufsicht kommt dem Amt für Straf- und Massnahmenvollzug ein erhebliches Ermessen zu; Ermessenskontrolle im Beschwerdeverfahren 2003 S. 343
- Rechtsstellung des beigeladenen Dritten im Verfahren 2005 S. 94

- Die Beschwerde eines Stimmbürgers gegen einen Entscheid des Regierungsrates, mit dem dieser einem gemeindlichen Bebauungsplan die raumplanungsrechtliche Genehmigung verweigert, ist keine Stimmrechtsbeschwerde. Es gelten daher die üblichen gesetzlichen Voraussetzungen für die Bejahung der Beschwerdeberechtigung 2007 S. 139
- Beschwerdeberechtigung in Bausachen 2007 S. 143
- Beschwerdeberechtigung des TCS zur Anfechtung einer Verfügung betreffend Geschwindigkeitsbeschränkung (Erw. 2) 2007 S. 150
- Parteistellung bei Mehrparteienverfahren, Parteientschädigung, rechtliches Gehör, Kognition In Verfahren um Errichtung einer Besuchsbeistandschaft gelten Eltern als Parteien. Dasselbe gilt für ein später eingeleitetes Beschwerdeverfahren. E. II. 5. Die Argumentation, dass im Verfahren um Errichtung einer Besuchsbeistandschaft nicht von einem Obsiegen oder Unterliegen gesprochen werden könne, da es um den Schutz des Kindes gehe, ist nicht zu hören. E. II. 6. Die fehlende Möglichkeit des Beschwerdeführers sich zur beantragten Nichtgewährung einer Parteientschädigung zu äussern, verletzt das rechtliche Gehör. Auf eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz kann aufgrund der umfassenden Kognition des Regierungsrates als Beschwerdeinstanz verzichtet werden. E. II. 10, 2007 S. 292
- Aufschiebende Wirkung – Über ein Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung entscheidet die Präsidentin bzw. der Präsident der Beschwerdeinstanz. E. I. 1 – Aufschiebende Wirkung einer Beschwerde bedeutet, dass der bisherige Rechtszustand bis zum rechtskräftigen Beschwerdeentscheid unverändert fort dauert. E. II. 1a 2007 S. 288
- Beschwerdelegitimation – Art. 12 Abs. 1 NHG, Art. 659 ZGB, § 88 Abs. 2 EG ZGB – Einsprache- und Beschwerdelegitimation von gesamtschweizerischen Organisationen? Deltaerweiterung bei einem Bach als künstliche Landanlage oder natürliche Landanschwemmung? 2007 S. 302
- Art. 22 SVG – Örtliche Zuständigkeit für die Aussprechung von Administrativmassnahmen 2008 S. 135
- Art. 29 Abs. 2 BV, § 15 Abs. 1 VRG. – Rechtliches Gehör. Vor Erlass einer in seine Rechtsstellung eingreifenden Verfügung hat der Betroffene das Recht, in die Akten Einsicht zu nehmen und sich zum vorgesehenen Ausgang des Verfahrens zu äussern. Will die entscheidende Behörde auf die Ergebnisse eines Augenscheins

abstellen, so hat sie die entsprechenden Feststellungen und Äusserungen der beteiligten Parteien zu protokollieren. Andernfalls verletzt sie ebenfalls das rechtliche Gehör 2008 S. 136

- VRG; StGB – Strafvollzug in Form der Halbgefängenschaft, Gesuch um Strafaufschub. Es ist zulässig, sich per elektronischer Post mit einer Amtsstelle oder einem Gericht in Verbindung zu setzen, vorbehaltlich von Fragen der Beweisbarkeit bzw. der Authentizität. Bedeutung der Mitwirkungspflicht im Falle gescheiterter elektronischer Übermittlung. Fehlende materielle Rechtskraft eines negativen Verwaltungsakts und Voraussetzungen eines Wiedererwägungsgesuchs 2008 S. 142

- Art. 61 lit. f ATSG – Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege. Durch die ungenügende Mitwirkung des anwaltlich vertretenen Beschwerdeführers sind seine Einkommensverhältnisse und damit seine Bedürftigkeit im Verwaltungsverfahren unbewiesen geblieben. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens betreffend Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege ist die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers aufgrund der nachgereichten Unterlagen ausgewiesen. Die Übernahme der Kosten für die unentgeltliche Rechtspflege erfolgt aber erst ab Einreichung der Beschwerde gegen die Verfügung betreffend Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege 2008 S. 147

- Art. 29 BV, § 10 GG; Befangenheit des Gemeinderates durch den Beizug eines Rechtsvertreters, der verschiedene Mandate der Gemeinde innehat und gleichzeitig in einer Beschwerdesache in der gleichen Gemeinde die Bauherrschaft vertritt 2008 S. 274

- § 20 VRG; Verletzung der Begründungspflicht in einem Einspracheentscheid, Heilung der Gehörsverletzung im Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat? 2008 S. 277

- § 46 Abs. 3 VRG – Entscheidend dafür, ob ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt werden soll oder nicht, ist die Frage, ob der Sachverhalt nach dem ersten Schriftenwechsel nicht hinreichend geklärt ist oder mit der Beschwerdeantwort neue Tatsachen vorgetragen werden. 2009 S. 112

- § 62 Abs. 1 lit. c VRG – Der Beschwerdeführer muss an der Aufhebung und Änderung des angefochtenen Entscheides ein schutzwürdiges, d.h. aktuelles und praktisches Interesse haben. Ein aktuelles Interesse an der Überprüfung eines Beschwerdeentscheides betreffend Ungültigkeit einer Volksinitiative ist nicht mehr gegeben, wenn der Zweck der Initiative offensichtlich nicht mehr erreicht werden kann. Dies

- trifft z.B. zu, wenn ein Gebäude, das mit einer Initiative geschützt werden sollte, gestützt auf eine rechtskräftige Bewilligung abgerissen worden ist. 2009 S. 117
- Art. 38 Abs. 1 KV – Gegen Beschlüsse des Kantonsrats kann weder beim Regierungsrat noch beim Verwaltungsgericht Beschwerde bzw. Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden 2010 S. 116
 - Art. 29 Abs. 3 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK; § 27 Abs. 1 VRG, § 9 GO – Voraussetzungen für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und des unentgeltlichen Rechtsbeistandes vor Verwaltungsgericht 2010 S. 120
 - §§ 40, 61 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 VRG, § 6 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Staatsverwaltung, § 3 Abs. 4 lit. c der Delegationsverordnung des Regierungsrates; § 10 Abs. 1 und 3 VRG – Entscheide einer Direktion des Regierungsrates, die gestützt auf § 3 der Delegationsverordnung erlassen werden, können direkt mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden 2010 S. 126
 - §§ 39, 51 und 52 VRG, Art. 420 Abs. 2 ZGB, §§ 16 und 17 DSG – Voraussetzungen und Legitimation der vormundschaftlichen Beschwerde an die Aufsichtsbehörde. Verhältnis zwischen Verwaltungsbeschwerde, Rechtsverweigerungsbeschwerde und Aufsichtsbeschwerde. Der Entscheid über die Akteneinsicht ausserhalb eines hängigen Verfahrens hat nach Verwaltungs- wie Datenschutzgesetz durch anfechtbare Verfügung zu erfolgen 2010. S. 131

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 Urteilerwägungen. Im Hinblick auf die Verwirklichung des materiellen Rechts darf das zivilprozessrechtliche Institut der materiellen Rechtskraft nicht eine Spaltung des Synallagmas bewirken 2003 S. 203
- Internationale Zuständigkeit; Gerichtsstand des Erfüllungsortes. Die Zulässigkeit und die Voraussetzungen für die Gültigkeit von mit internationalen Warenkäufen im Zusammenhang stehenden Gerichtsstandsklauseln richten sich nicht nach dem WKR, sondern nach dem Prozessrecht der lex fori. Sind die formellen Anforderungen von Art. 17 LugÜ für den Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung nicht erfüllt und liegt zwischen den Parteien keine Einigung über den Ort der Erfüllung gemäss Art. 5 Ziff. 1 LugÜ vor, so ist der Erfüllungsort im Zusammenhang mit internationalen Warenkäufen nach Art. 31 WKR zu bestimmen 2003 S. 208
- Sicherstellung der Parteientschädigung bei definitivem Verlustschein 2003 S. 213
- Unantastbarkeit von kleinen Vermögen i.S. von § 46 Abs. 1 ZPO 2003 S. 214

- Novenrecht im Eheschutzverfahren. In Bezug auf Kinderbelange gilt von Bundesrechts wegen die uneingeschränkte Officialmaxime. Entsprechend sind in der Rechtsmittelinstanz – soweit es um Kinderbelange geht – von Bundesrechts wegen neue Anträge und Begehren zulässig 2003 S. 218
- Gegen vorläufige Verfügungen ist nach konstanter Praxis der Justizkommission die Beschwerde nicht zulässig 2003 S. 219
- Ist die gemäss Scheidungsurteil geschuldete Geldsumme nicht bestimmt, sondern muss diese erst noch nach den im Urteil festgelegten Kriterien bestimmt werden, und kann deshalb die definitive Rechtsöffnung in einer deswegen angehobenen Betreibung nicht erteilt werden, hat die Gläubigerin zur Festsetzung der geforderten Geldschuld den ordentlichen Prozessweg zu beschreiten und durch eine Anerkennungsklage im Sinne von Art. 79 Abs. 1 SchKG den Rechtsvorschlag beseitigen zu lassen 2003 S. 222
- 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
- Voraussetzungen zur Sicherstellung der Parteientschädigung infolge Zahlungsunfähigkeit des Klägers 2005 S. 209
- Von der klägerischen Partei, die einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gemäss Art. 317 ff. SchKG erlangt hat, kann keine Sicherstellung der Parteientschädigung verlangt werden 2005 S. 212
- Bestreitungslast. Die zugerische Zivilprozessordnung verlangt vom Beklagten ein substanziiertes Bestreiten der klägerischen Sachvorbringen. Mit Bezug auf das Ausmass der im Einzelfall erforderlichen Substanziierung des Bestreitens ist insbesondere die Einlässlichkeit der Sachdarstellung der behauptungsbelasteten Partei massgebend 2005 S. 214

- Würdigung von Zeugenaussagen anhand von wissenschaftlich unterlegten Kriterien, Merkmale für die Unglaubwürdigkeit eines Zeugen oder die Unglaubhaftigkeit seiner konkreten Zeugenaussage 2005 S. 215
- § 93 ZPO bildet keine Grundlage für den Erlass von Leistungsmassnahmen. Solche Massnahmen lassen sich einzig auf § 129 Ziff. 3 ZPO abstützen, für welche Verfügungen ausschliesslich der Kantonsgerichtspräsident bzw. der Einzelrichter im summarischen Verfahren sachlich zuständig ist 2005 S. 220
- Vorsorgliche Massnahmen. Eine Wiederholungsgefahr ist zu verneinen, wenn die Antragsgegnerin als juristische Person ihre Auflösung beschlossen und bereits publiziert hat, soweit es bei den beanstandeten Verletzungshandlungen einzig um solche im Rahmen der Geschäftstätigkeit geht. Kostentragung bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens 2005 S. 222
- Ist eine Ersatzvornahme möglich, kann (noch) nicht die Umwandlung einer Leistungspflicht in eine Geldleistung gemäss § 223 ZPO verlangt werden. Dieses Institut ist erst als ultima ratio zulässig 2005 S. 226
- Nichteintreten auf eine Beschwerde wegen ungebührlicher Äusserungen? 2005 S. 228
- Wiederherstellung der Berufungsfrist bei Versäumnis infolge höherer Gewalt. Das Restitutionsgesuch ist innert angemessener Frist einzureichen, d.h. sobald die Tatsache der Fristversäumnis dem Betroffenen bekannt geworden und ihm die Einreichung eines Wiederherstellungsgesuchs zugemutet werden kann. Als angemessen dürfte eine Frist gelten, die der für die Einreichung des versäumten Rechtsmittels normierten entspricht 2005 S. 231
- Wird ein Zivilgericht angerufen, hat es seine eigenen prozessrechtlichen Bestimmungen anzuwenden; die Zivilgerichte sind dem Verwaltungsrechtspflegegesetz nicht unterstellt (vgl. § 2 VRG). Die Frage der Weiterleitungspflicht richtet sich demnach nicht nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz (§ 7 VRG), sondern nach dem Gerichtsorganisationsgesetz 2005 S. 233
- Kostenvorschuss. Erfolgt die Zahlung des Kostenvorschusses über ein Bankkonto auf das Postkonto der Gerichtskasse, ist die Zahlung rechtzeitig erfolgt, wenn das Geld am letzten Tag der Frist zugunsten der Gerichtskasse bei der Post eingegangen ist. Keine Rolle spielt dagegen, wann der Betrag dem Postkonto der Gerichtskanzlei gutgeschrieben wurde 2006 S. 195

- Kosten- und Entschädigungsfolgen. Reicht eine Partei Entscheide anderer kantonalen Gerichte, die ihren Standpunkt im Verfahren vor zugerischen Gerichten stützen, weil sie in vergleichbaren Fällen ergangen sind, verspätet in den hiesigen Prozess ein, kann sie deswegen nicht zur Zahlung von Gerichtskosten und einer Parteientschädigung an die Gegenpartei verpflichtet werden 2006 S. 197
- Unentgeltliche Prozessführung. Voraussetzung für das Eintreten auf ein neues Gesuch ist, dass der Antragsteller wesentlich veränderte Verhältnisse seit der Abweisung des ersten Gesuches geltend machen kann 2006 S. 197
- Die Unverbindlichkeit eines vor Kantonsgericht abgeschlossenen Vergleichs wegen Willensmängeln ist auf dem Beschwerdeweg und nicht mit selbständiger Klage geltend zu machen (Praxisänderung) 2006 S. 201
- Kaufvertrag; Zahlungsverprechen. Voraussetzungen für den Erlass eines einstweiligen Zahlungsverbotes (Erw. 2). Verfügungsgrund und Verfügungsanspruch in casu nicht glaubhaft gemacht (Erw. 3 und 4a). Frage nicht abschliessend beurteilt, ob ein Abrufverbot an den Begünstigten mit einem Zahlungsverbot an den Garanten ergänzt bzw. ersetzt werden kann (Erw. 4b) 2006 S. 207
- Säumnisverfahren, Im Urteil, das gestützt auf ein Säumnisverfahren ergeht, ist nicht zu berücksichtigen, was die säumige Partei in einem früheren Stadium des Verfahrens noch rechtzeitig vorgebracht hat. Die Säumnis hat nicht zur Folge, dass auf eine Klageanerkennung geschlossen würde. Es wird lediglich davon ausgegangen, dass die vom Kläger vorgebrachten tatsächlichen Behauptungen nicht bestritten würden 2006 S. 200
- §§ 36 Abs. 1, 208 Ziff. 4 ZPO. – Beschwerde gegen Festsetzung des Prozesskostenvorschusses durch den Kantonsgerichtspräsidenten in einem Haftpflichtprozess 2007 S. 238
- § 62 ZPO; Art. 754 ff. OR; Zulässigkeit einer Eventualwiderklage im Rahmen eines aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozesses 2007 S. 241
- Begründungspflicht bei Kostenentscheiden – Die Begründung eines Kostenentscheids soll dessen sachgerechte Anfechtung ermöglichen. Wendet das Gericht bei der Kostenfestsetzung den ordentlichen Tarif an, d.h. sieht es von einer Erhöhung oder Herabsetzung der Spruchgebühr oder des Grundhonorars bzw. von Zuschlägen zu Letzterem ab, ist eine Begründung des Kostenentscheids entbehrlich 2007 S. 243
- § 96 GOG, § 37 ZPO, § 10 GebV – Gerichtsgebühren stellen kostenabhängige Kausalabgaben dar, weshalb bei ihrer Festsetzung das Kostendeckungs- und das Äqui-

valenzprinzip zu beachten sind. Das Äquivalenzprinzip kann namentlich verletzt sein, wenn die Gerichtsgebühr in Fällen mit hohem Streitwert und starrem Tarif, der die Berücksichtigung des Aufwandes nicht erlaubt, in Prozenten und Promillen festgelegt wird und eine obere Begrenzung fehlt. Im vorliegenden Fall erscheint eine Spruchgebühr von CHF 380'000.-- noch als verhältnismässig 2007 S. 243

- §§ 3 und 5 AnwT – Die Möglichkeit einer Erhöhung bzw. Herabsetzung des Grundhonorars gemäss § 3 AnwT sowie der Berechnung von Zuschlägen nach § 5 AnwT dient der Einzelfallgerechtigkeit des Anwaltstarifs. Sie besteht unabhängig von der Höhe des massgebenden Streitwerts. Bei sehr hohen Streitwerten birgt eine schematische Anwendung solcher Erhöhungs- und Zuschlagsmöglichkeiten indes die Gefahr objektiv unverhältnismässiger Parteientschädigungen, da sich der im streitwertabhängigen Tarif enthaltene Kompensationsgedanke bei der prozentualen Erhöhung des Grundhonorars bzw. bei prozentualen Zuschlägen zu diesem faktisch mehrfach auswirkt. Dieser besonderen Situation gilt es bei der Bemessung von Erhöhungen und Zuschlägen angemessene Rechnung zu tragen, zumal die Entschädigung des Anwalts stets in einem vernünftigen Verhältnis zu der von ihm erbrachten Leistung zu stehen hat 2007 S. 243

- § 43 ff. ZPO. – Die Kostenfolgen des Arrestverfahrens werden abschliessend von Art. 68 SchKG i.V.m. Art. 48 ff. GebV SchKG geregelt, weshalb die Kantone keine weiteren Kostenfolgen anordnen können, insbesondere auch keine Sicherstellung der Parteientschädigung 2007 S. 242

- § 46 ff. ZPO – Nach der zugerischen ZPO haben juristische Personen grundsätzlich keinen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung. Vorbehalten bleiben von der bundesgerichtlichen Praxis zu Art. 29 Abs. 3 BV geschaffene Ausnahmefälle. 2007 S. 253

- § 46 ff. ZPO – Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung bei Rechtsmissbrauch. Verbraucht ein Gesuchsteller im Hinblick auf einen anstehenden oder bereits rechtshängigen Prozess ohne Not und im Vertrauen auf die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung geradezu mutwillig einen vorhandenen Vermögenswert, welcher zur Deckung der anfallenden Prozesskosten problemlos ausreichen würde, kann ihm die unentgeltliche Prozessführung wegen rechtsmissbräuchlicher Herbeiführung der Bedürftigkeit verweigert werden. In casu werden die Bezahlung hoher Anwaltskosten und die Rückzahlung einer nicht fälligen Darlehensschuld als rechtsmissbräuchlich qualifiziert. 2007 S. 254

- §§ 154 und 208 Ziff. 4 ZPO. – Gegen einen Beschluss des Kantonsgerichts, mit welchem das Begehren um mündliche Befragung des Experten bzw. um Anord-

- nung einer Oberexpertise abgewiesen wurde, ist die Beschwerde an die Justizkommission des Obergerichts nicht zulässig. 2007 S. 258
- § 208 Ziff. 4 ZPO. – Ablehnungsbegehren gegen einen Sachverständigen. Ein Sachverständiger ist keine Gerichtsperson i.S.v. § 208 Ziff. 4 lit. b ZPO, weshalb die Abweisung eines Ablehnungsbegehrens durch das Kantonsgericht nicht gestützt auf diese Bestimmung mit Beschwerde angefochten werden kann (E. 1a). Da der Abweisungsbeschluss nicht in einem separaten Ausstandsverfahren, sondern im Rahmen des Beweisverfahrens ergeht, kann er überhaupt nicht selbständig – auch nicht nur unter dem Gesichtswinkel der Verletzung klarer Prozessvorschriften nach § 208 Ziff. 4 ZPO –, sondern nur zusammen mit dem Endentscheid angefochten werden (E. 1b). 2007 S. 260
 - § 30 Abs. 1 ZPO – Eine zur blossen Umgehung des kantonalen Anwaltsrechts vorgenommene Abtretung hat einen gesetzlich unerlaubten Inhalt und ist daher gemäss Art. 20 OR nichtig 2008 S. 232
 - § 51bis ZPO, §§ 1 ff. der Verordnung des Obergerichts über die Rückerstattung von Kosten in Zivil- und Strafverfahren. – Kommt die Partei, der die unentgeltliche Rechtspflege oder ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt worden ist, durch den Ausgang des Prozesses zu Vermögen, so hat sie dem Staat die erlassenen Kosten nachzuzahlen und die Kosten des unentgeltlichen Rechtsbeistandes zu ersetzen. In einem solchen Fall hat das Gericht die betreffende Partei aufzufordern, die fraglichen Kosten zu bezahlen oder mit geeigneten Belegen nachzuweisen, dass und inwiefern sie trotz des Prozessausgangs nicht zu Vermögen gekommen sei. 2008 S. 238
 - §§ 40, 49 und 51^{bis} ZPO, §§ 3 und 14 AnwT. – Obsiegt die unentgeltlich verbeiständete Partei in einem Zivilprozess und ist die unterlegene Partei nicht in der Lage, die zu ihren Lasten zugesprochene Prozessentschädigung zu bezahlen, ist eine Parteientschädigung nach § 14 Abs. 2 AnwT, d.h. nach dem Zeitaufwand festzusetzen und dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der obsiegenden Partei direkt aus der Staatskasse zuzusprechen. Die unentgeltlich verbeiständete Partei hat diesfalls nach dem klaren Wortlaut von § 51bis ZPO die an ihren Rechtsvertreter ausgerichtete Parteientschädigung dem Staat zu vergüten, wenn sie zu Vermögen gelangt. 2008 S. 234
 - § 62 ZPO; Art. 754 ff. OR; Zulässigkeit einer Eventualwiderklage im Rahmen eines aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozesses 2008 S. 240
 - § 70 ZPO; Art. 285 ff. SchKG. – In § 70 Abs. 3 ZPO werden beispielhaft Verfahren aufgeführt, bei denen ein Friedensrichtervorstand entfällt. Die Anfechtungsklagen

nach Art. 285 ff. SchKG sind nicht aufgeführt. Dabei handelt es sich aber nicht um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers 2008 S. 241

- Beweiswert ausländischer Arztzeugnisse. – Erfüllt ein ausländisches Arztzeugnis dieselben formellen und materiellen Voraussetzungen wie ein inländisches, kommt ihm grundsätzlich der gleiche Beweiswert zu. Anderes gilt, wo gegenteilige Indizien bestehen. So ist etwa die Beweiskraft von Arbeitsunfähigkeitszeugnissen aus wirtschaftlich instabilen Ländern oder aus dem Heimaturlaub aufgrund der leichten Erhältlichkeit und der erhöhten Missbrauchsgefahr solcher Zeugnisse begrenzt 2008 S. 243
- § 200 Abs. 1 ZPO; § 15 Abs. 3 GOG. – Bei der Kollokationsklage richtet sich der Streitwert nicht nach der Höhe der Forderung, sondern nach der mutmasslichen Dividende darauf 2008 S. 246
- § 208 ZPO; § 92 ZPO. – Unzulässigkeit der Beschwerde gegen Vor- und Zwischenentscheide im summarischen Verfahren (E. 1.2). Unzulässigkeit der Verfahrensbeschränkung nach § 92 ZPO im summarischen Verfahren (E.1.3). Kostenaufgabe im Beschwerdeverfahren trotz fehlerhafter Rechtsmittelbelehrung durch die Vorinstanz, da die Fehlerhaftigkeit der Rechtsmittelbelehrung in casu bei Konsultierung des massgeblichen Verfahrensrecht erkennbar gewesen wäre (E.2) 2008 S. 248
- § 208 ZPO. – Gegen den Weisungsschein und die darin enthaltene Kostenverfügung des Friedensrichteramts ist die zivilprozessuale Beschwerde an die Justizkommission nicht zulässig. Gegen eine offensichtlich fehlerhafte Kostenverfügung kann aber beim Friedensrichteramt von Verfassungs wegen ein Revisionsgesuch i.S.v. § 215 ZPO gestellt werden (Bestätigung der Rechtsprechung). Wird im ordentlichen Prozess rechtskräftig die Unzuständigkeit der Zuger Justiz festgestellt, stellt dies einen Revisionsgrund für eine Kostenverfügung dar, in welcher dem Beklagten, der zufolge Bestreitung der örtlichen Zuständigkeit nicht vor dem Friedensrichter erschien, die Kosten auferlegt wurden 2008 S. 251
- § 208 ZPO. – Gegen die Anordnung eines Gutachtens und die Bestimmung des Experten durch den Referenten im ordentlichen Prozess ist einzig die Einsprache an das Kollegialgericht möglich (§ 94 Abs. 3 ZPO); eine Beschwerde an die Justizkommission ist in diesem Fall hingegen ausgeschlossen 2008 S. 256
- § 14 AnwT. – Der unentgeltliche Rechtsvertreter kann nicht im Namen seines Mandanten eine höhere Parteientschädigung verlangen, da dies zu Lasten des Mandanten ginge. Der Rechtsvertreter hat ein derartiges Begehren in eigenem Namen zu stellen 2008 S. 257

- Art. 50 LugÜ. – Voraussetzungen der Vollstreckung einer ausländischen öffentlichen Urkunde i.S.v. Art. 50 LugÜ im Verfahren zur Erteilung der definitiven Rechtsöffnung. 2008 S. 270
- §§ 129 ff. ZPO, § 4 GWS. – Wesen und Natur des allgemeinen gerichtlichen Verbots. 2009 S. 289
- § 157 Abs. 3 ZPO. – Ausnahmsweise sind in summarischen Verfahren schriftliche Zeugenerklärungen zulässig. 2009 S. 295
- § 13 GebT, § 8 AnwT; Art. 343 Abs. 2 OR. – Der im Sinne von Art. 343 Abs. 2 OR massgebliche Streitwert ist lediglich in Bezug auf die in Art. 343 OR zwingend vorgesehenen Verfahrensgrundsätze massgebend. Die einschlägigen kantonalen Bestimmungen stellen bei der Bemessung der Spruchgebühr und der Parteientschädigung auf den «noch in Betracht kommenden» bzw. «fallenden Streitwert» ab. 2009 S. 297
- § 129 ff. ZPO. – Unbeteiligte Drittpersonen können grundsätzlich nur dann in eine vorsorgliche Massnahme einbezogen werden, wenn ihre Rechtsstellung dadurch nicht beeinträchtigt wird 2010 S. 285
- § 161 ZPO. – Pflicht Dritter zur Edition von Urkunden 2010 S. 287
- § 185 Abs. 2 ZPO. – Die Bestimmung erlaubt eine Kürzung zu hoher Entschädigungsforderungen eines Sachverständigen (E. 4.3.1). Die Kompetenz für die Festsetzung des Sachverständigenhonorars liegt beim Spruchkörper. Zuständigkeit für die Erteilung des Gutachtensauftrags (E. 4.3.2). – Gericht trägt das Preisrisiko für einen allfälligen Mehraufwand bis zu einer Toleranzgrenze von 10 – 20% allein (E. 4.3.3) 2010 S. 289

Rechtsöffnungsverfahren

- Bemessung der Parteientschädigung 1999 S. 129

Registerharmonisierung (Datenschutz)

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

S

Sachenrecht

- Ideelle Immissionen. Die mit der Errichtung von «Dozulékreuzen» (auch «Liebeskreuze» genannt) verbundene Wirkung ist als ideelle Immission zu qualifizieren. Ob eine übermässige Einwirkung vorliegt, ist aufgrund der konkreten Umstände zu

prüfen. Im vorliegenden Fall stellt das Kreuz bei Tageslicht keine übermässige Immission im Sinne von Art. 684 Abs. 1 OR dar. Hingegen übersteigen die Immissionen, die in der Dunkelheit vom beleuchteten Kreuz ausgehen, die Grenze dessen, was die Nachbarn gemäss Art. 684 ZGB noch dulden müssen 2005 S. 170

- Art. 38 ff. SchIT ZGB; Verordnung über die Bereinigung der dinglichen Rechte und die Anlage des Grundbuches vom 29. Juni 1940 – Die Bereinigung der altrechtlichen dinglichen Rechte bei der Anlage des eidgenössischen Grundbuches fällt nicht in die sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichtes, sondern des Bereinigungsbeamten. Eine Vorwegnahme der Bereinigung der dinglichen Rechte durch ein zivilprozessuales Verfahren auf Veranlassung eines Grundstückseigentümers oder Dienstbarkeitsberechtigten ist daher unzulässig 2008 S. 200
- § 214 des Privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zug vom 22. Dezember 1873 (PRG-ZG) – Übertragbarkeit und Vererblichkeit von altrechtlichen Personaldienstbarkeiten. 2009 S. 239

Sammelauskunft

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

Schaden

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

Schuldbetreibung und Konkurs

- Konkursamt ist nicht legitimiert, gegen das Konkursdekret eine Beschwerde einzureichen zur Feststellung dessen Nichtigkeit (Änderung der Rechtsprechung), Rechtsfolgen, 2000 S. 141
- Anforderungen an die Angaben im Betreibungsbegehren; i.c. Adresse des Gläubigers 2000 S. 147
- Korrektur einer fehlerhaften Gläubiger- und Parteibezeichnung 2000 S. 149
- Deutscher Vergütungsfeststellungsbeschluss; Vollstreckbarerklärung, Rechtsöffnung 2000 S. 150
- Erfolgte die Sitzverlegung der Schuldnerin – wie im konkreten Fall – bevor ihr der Konkurs angedroht wurde, kann die Betreibung am neuen Betreibungsort ohne Einleitungs-

- verfahren fortgesetzt werden. Wurden seit der Beseitigung des Rechtsvorschlages Teilzahlungen auf die Betreuungsforderung geleistet, ändert das nichts daran, dass die Betreuung für den Restbetrag ohne weiteres fortgesetzt werden kann 2004 S. 171
- Liegt ein Mahngeschäft i. S. von Art. 102 Abs. 1 OR vor und ist eine Mahnung nicht nachgewiesen, wird nach konstanter Rechtsprechung der Zahlungsbefehl als verzugsauslösende Mahnung qualifiziert. Für Betreuungskosten wird keine Rechtsöffnung erteilt 2004 S. 173
 - Betreuung einer AG, über die der Konkurs eröffnet worden ist, die aber noch im HReg eingetragen ist 2000 S. 153
 - Bei Trennung von Haupt- und Widerklage ist bei verrechenbaren Ansprüchen die Vollstreckbarkeit des zuerst gefällten Urteils aufzuschieben bis über den anderen Anspruch ebenfalls entschieden worden ist 2004 S. 175
 - Lohnsperre. Voraussetzungen, unter denen das Betreibungsamt eine Sperre der Lohnansprüche des Schuldners gegenüber seinem Arbeitgeber verfügen kann 2004 S. 177
 - Streitwert der Kollokationsklage; Zuständigkeit des Friedensrichters 2000 S. 158
 - Provisorische Pfändung; Öffnen von Tresorfächern, Inventarisierung 2000 S. 169
 - Eine Konkursandrohung, in welcher nicht in Betreuung gesetzte Forderungsbeträge aufgeführt sind, ist nichtig. Aus Gründen des Schuldnerschutzes gilt dies selbst dann, wenn nur für einen einzelnen von mehreren Forderungsbeträgen keine Betreuung angehoben worden ist 2001 S. 149
 - Eine erst nach Konkurseröffnung erfolgte Tilgung der gesamten Schuld kann nur berücksichtigt werden, wenn diese innerhalb der Rechtsmittelfrist erfolgt ist 2001 S. 161
 - Auf offensichtlichem Irrtum beruhender Eintrag im Handelsregister und deren Folgen für das Betreibungsamt 2001 S. 150
 - Einforderung grundpfandgesicherter Zinsen und Annuitäten 2001 S. 152
 - Vollstreckbarerklärung eines italienischen Urteils 2001 S. 154
 - Nachlassstundungsverfahren; Ausschöpfung der Höchstdauer der Stundung und Gewährung einer neuerlichen Stundung 2001 S. 162

- Änderung des Wohnsitzes des Schuldners während des Einleitungsverfahrens 2002 S. 175
- Rechtsstillstand wegen schwerer Erkrankung; Voraussetzungen 2002 S. 177
- Die in einem Rechtsöffnungsentscheid im Dispositiv erfolgte Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Urteils erwächst in Rechtskraft und bindet den Richter in einem späteren Rechtsöffnungsverfahren 2002 S. 179
- Es ist in erster Linie Sache des Urteilsstaates, die ordnungsgemässe Zustellung des Urteils zu prüfen, gehört aber auch zu den Pflichten der Behörden des Staates, in dem das Urteil vollstreckt werden soll. Zustellungsnachweis mittels 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
- Betreuung auf Sicherheitsleistung; Wird vom Gläubiger ausdrücklich eine Betreuung auf Sicherheitsleistung verlangt, darf das Betreibungsamt nur die formellen Voraussetzungen hierfür prüfen. Für die Prüfung der materiellen Voraussetzungen ist im Streitfall der Richter zuständig 2003 S. 189

- Anforderungen an die Umschreibung des Forderungsgrundes bzw. der Forderungsurkunde 2003 S. 190
- Voraussetzung für die Aussetzung des Konkurses gemäss Art. 173a SchKG 2003 S. 193
- Ein allfälliger Prätendentenstreit über die Zugehörigkeit einer gewöhnlichen, nicht in einem Wertpapier verkörperten Forderung erfolgt nicht im Aussonderungsverfahren gemäss Art. 242 SchKG 2003 S. 194
- Fehlt es an der gesetzlich vorgesehenen Prüfung der Zwischenbilanz zu Veräusserungs- und Fortführungswerten, kann die Konkursöffnung wegen Überschuldung trotzdem erfolgen, wenn sich die Überschuldung aus den übrigen Akten klar ergibt. Ein Konkursaufschub ist jedoch schon aus diesem Grunde ausgeschlossen 2004 S. 179
- Die Verrechnung ist mit Bezug auf den Erwerb von Aktien ausgeschlossen, da der Rechtsgrund der Forderung in Tatsachen liegt, die nach der Konkursöffnung 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
- Legitimation zur Beschwerde. Der übergangene Drittinteressent bei einem Freihandverkauf ist nicht zur Beschwerde legitimiert, da er nicht in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen wird 2005 S. 187
- Nach der neueren Lehre kann der Promissar beim unechten oder echten Vertrag zugunsten eines Dritten die Leistung an sich selber beanspruchen, beim zuletzt erwähnten Vertrag allerdings nur solange als der Dritte dem Promittenten nicht erklärt hat, von seinem Recht Gebrauch machen zu wollen. Der unechte oder echte Vertrag zugunsten eines Dritten stellt daher grundsätzlich einen provisorischen Rechtsöffnungstitel zugunsten des Promissars dar 2005 S. 188
- Weist die ausseramtliche Konkursverwaltung die Forderungseingabe des Betreibungsamtes gemäss Art. 100 SchKG ohne materielle Prüfung ab und kolloziert im

Gegenzug die Forderungseingabe des deutschen Konkursverwalters, so stellt die Abweisung der Forderungseingabe des Betreibungsamtes eine rein verfahrensrechtliche Nichteintretens-Verfügung dar, welche der Beschwerde nach Art. 17 SchKG unterliegt (Erw. 2). Ohne Anerkennung gemäss Art. 166 ff. IPRG kann ein deutsches Konkursdekret in der Schweiz keine Wirkungen entfalten, insbesondere kann ein deutscher Insolvenzverwalter nicht als Gläubiger-Vertreter in einem schweizerischen Konkurs anerkannt werden (Erw. 3) 2005 S. 189

- Nach konstanter Rechtsprechung der Justizkommission muss sich der geltend gemachte Konkurshinderungsgrund (Tilgung, Hinterlegung oder Verzichtserklärung) spätestens bis zum Ablauf der 10-tägigen Weiterzugsfrist verwirklicht haben. Wird nur die Schuld – inkl. Zinsen und Betreuungskosten, aber ohne Gerichtskosten – innerhalb der Rechtsmittelfrist von zehn Tagen getilgt, mangelt es an einer Voraussetzung, um die Konkursöffnung aufheben zu können 2005 S. 192
- Das Konkursamt ist beim Freihandverkauf verpflichtet, das aus kaufmännischer Sicht beste Ergebnis anzustreben. Es darf sich nicht einfach mit dem erstbesten Angebot zufrieden geben, sondern muss geeignete Abklärungen treffen, um mit einer gewissen Zuverlässigkeit beurteilen zu können, ob ein bestimmtes Angebot von einem Kaufinteressenten angemessen ist 2005 S. 195
- Einrede mangelnden neuen Vermögens. Das Betreibungsamt hat nicht zu überprüfen, ob der Konkurs des Schuldners mangels Aktiven eingestellt wurde. Darüber kann einzig der Richter entscheiden 2005 S. 198
- Der Eintritt des Abtretungsgläubigers nach Art. 260 Abs. 1 SchKG in den Prozess ist erst mit der Bezahlung des von ihm geforderten Kostenvorschusses vollzogen 2005 S. 199
- Entschädigung als Mitglied des Gläubigerausschusses. Die Konkursverwaltung hat nicht die Kompetenz, die Rechnungen der Mitglieder des Gläubigerausschusses abschliessend zu prüfen und darüber zu befinden. Über die Berechtigung und Angemessenheit der Rechnungen entscheidet vielmehr die Aufsichtsbehörde (Erw. 1). Weigert sich die Konkursverwaltung aus einem materiellrechtlichen Grund, die Forderung eines Mitglieds des Gläubigerausschusses zu begleichen, hat darüber der Zivilrichter und nicht die Aufsichtsbehörde zu entscheiden (Erw. 2) 2005 S. 200
- Zustellung eines Zahlungsbefehls. Es liegt kein unzulässiger Interessenkonflikt vor, wenn der Zahlungsbefehl an eine Angestellte der betreibenden Gläubigerin in den Geschäftsräumlichkeiten der betriebenen Schuldnerin zugestellt wird, welche

- den Zahlungsbefehl an einen Vertreter der betriebenen Schuldnerin weiterleitet, der nicht im Dienste der betreibenden Gläubigerin steht 2006 S. 172
- Urkundenedition im Rechtsöffnungsverfahren. Im Rechtsöffnungsverfahren gelten Editionsbegehren grundsätzlich als unzulässig, namentlich wenn sie sich auf den Rechtsöffnungstitel beziehen 2006 S. 176
 - Wird das Gesuch um Konkursöffnung wegen Überschuldung auf Begehren der Revisionsstelle vom Konkursrichter abgewiesen, ist die Revisionsstelle mangels Parteistellung bzw. mangels Rechtsschutzinteresses nicht zur Beschwerde legitimiert 2006 S. 178
 - Die Anfechtungsklage gemäss Art. 285 ff. SchKG ist nicht schiedsfähig 2006 S. 179
 - Ein Begehren um neue Schätzung durch Sachverständige wird gegenstandslos, wenn über die Grundpfandschuldnerin der Konkurs eröffnet wird. Ergibt die neue Schätzung durch den Sachverständigen nur eine geringfügige Abweichung, kann von vornherein keine Aussage darüber gemacht werden, welche von beiden Schätzungen den höheren Anspruch auf Richtigkeit hat 2006 S. 188
 - Zustellfiktion bei eingeschriebenen, nicht abgeholten Briefpostsendungen. – Die von der Rechtsprechung entwickelte Zustellfiktion, nach der eingeschriebene, nicht abgeholte Briefpostsendungen am letzten Tag der siebentägigen Abholfrist als zugestellt gelten, setzt den Bestand eines Prozessrechtsverhältnisses voraus. Durch die rechtsgültige Zustellung der Konkursandrohung wird für das Konkursöffnungsverfahren kein solches Prozessrechtsverhältnis begründet (Praxisänderung; E. 2b) 2007 S. 201.
 - Art. 65 Abs. 1 SchKG – Mangelt es der betriebenen Gesellschaft an einer zu Vertretung befugten Person, weil der betreibende Gläubiger gleichzeitig einziger Verwaltungsrat der betriebenen Gesellschaft ist, ist die Situation so zu halten, als mangle der Schuldnerin überhaupt jegliche Vertretung. Der Gläubiger ist daher gehalten, im Betreibungsbegehren die Zustellung an die Vormundschaftsbehörde zu beantragen oder der Gesellschaft vorgängig einen Beistand bestellen zu lassen, wenn er persönlich gegen diese vorgehen will und er dadurch als gleichzeitiger Vertreter der Gesellschaft in einen Interessenkonflikt gerät. 2007 S. 2004
 - Art. 80 SchKG; Art. 277 Abs. 2 ZGB – Ein Scheidungsurteil bildet nur dann einen definitiven Rechtsöffnungstitel für Mündigenunterhalt nach Art. 277 Abs. 2 ZGB, wenn sich aus dem Urteil mit hinreichender Klarheit ergibt, dass solcher geschuldet ist. Aus der Formulierung «bis zum Abschluss einer ordentlichen Erstausbildung»

lässt sich nicht herleiten, dass der Unterhalt über den Abschluss einer Erstlehre hinaus bis zu demjenigen einer zweijährigen Zusatzlehre geschuldet ist. 2007 S. 207

- Art. 80 SchKG – Aus prozessökonomischen Gründen wird für Verzugszinsen praxisgemäss auch dann Rechtsöffnung erteilt, wenn im Rechtsöffnungstitel kein Verzugszins ausgewiesen ist. Da in solchen Fällen kein eigentlicher Rechtsöffnungstitel vorliegt, ist diese Praxis auf Fälle zu beschränken, in denen der Verzugszins gleichzeitig mit der Hauptforderung geltend gemacht wird und es sich um einen geringfügigen, leicht feststellbaren und liquiden Betrag handelt. Sie ist deshalb nicht anwendbar, wenn die Verzugszinsforderung im Rechtsöffnungsverfahren nicht bloss als Nebenforderung zusammen mit der durch den Rechtsöffnungstitel ausgewiesenen Hauptforderung, sondern selbständig geltend gemacht wird. 2007 S. 211

- Art. 80 SchKG; Art. 24, 25 ff. LugÜ – Ein im Rahmen eines ordentlichen italienischen Zivilprozesses gestützt auf Art. 648 des italienischen Codice di Procedura Civile vorläufig vollstreckbar erklärtes «decreto ingiuntivo» ist kein Massnahmenentscheid gemäss Art. 24 LugÜ, sondern eine anerkennungsfähige Entscheidung i.S.v. Art. 25 LugÜ. Als solche muss es in der Schweiz anerkannt und vollstreckt werden, soweit kein Anerkennungsverweigerungsgrund nach Art. 27 f. LugÜ vorliegt (E. 5a, 5b) 227 S. 213

- Art. 28 LugÜ – Die Schiedseinrede ist vor den Gerichten des Urteilsstaates zu erheben und stellt deshalb keinen Anerkennungsverweigerungsgrund i.S.v. Art. 28 LugÜ dar (E. 5c) 2007 S. 213

- Art. 38 Abs. 3 LugÜ – Die Vollstreckbarerklärung einer im Urteilsstaat bloss vorläufig vollstreckbar erklärten Entscheidung kann in analoger Anwendung von Art. 38 Abs. 3 LugÜ von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht werden (E. 5e).2007 S. 213

- Art. 85a SchKG. – Die Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG steht auch bei öffentlich-rechtlichen Forderungen zur Verfügung, wobei das Verfahren grundsätzlich bis zum Vorliegen einer rechtsbeständigen Verfügung der zuständigen Behörde zu sistieren ist. Der Zivilrichter kann danach lediglich feststellen, ob eine solche Verfügung zur Begründung der Forderung vorliegt oder nicht (E. 2a). Die Möglichkeit zur vorsorglichen Einstellung der Betreibung nach Art. 85a Abs. 2 SchKG besteht grundsätzlich auch bei öffentlich-rechtlichen Geldforderungen. Liegt bereits eine rechtskräftige Verfügung vor, ist sie aber nur in besonderen Fällen anzuordnen (E. 2b). Dabei genügt es bei einer Betreibung auf Sicherheitsleistung nicht, dass eine rechtskräftig verfügte Sicherstellungsforderung erheblich höher ist als die sicherzustellende öffentlich-rechtliche Forderung. Ist der nach Durchführung der Verwertung zugunsten der Gläubiger hinterlegte Betrag ohnehin

- kleiner als die zu sichernde Forderung, fehlt es für die vorläufige Einstellung der Betreibung nämlich schon an einem schutzwürdigen Interesse (E. 4). 2007 S. 220
- Art. 229 SchKG. – Ausweisung des Gemeinschuldners aus dessen Einfamilienhaus. Ausweisung im konkreten Fall bejaht. 2007 S. 225
 - Art. 63 KOV – Das Konkursamt hat über den Bestand von Bauhandwerkerpfandrechten im Lastenverzeichnis definitiv zu verfügen, wenn zum Zeitpunkt der Konkursöffnung bei Gericht ein Verfahren betreffend vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes anhängig ist. Art. 63 KOV ist nicht anwendbar. 2007 S. 228
 - Art. 8a SchKG; Art. 265 Abs. 2 i.V.m. Art. 149a Abs. 3 SchKG. – Sachdienliche Angaben betreffend die Konkursöffnung und -durchführung dürfen in das Betreibungsbuch eingetragen und durch Aufführung im Betreibungsregisterauszug nach aussen mitgeteilt werden. Kauft ein ehemaliger Konkursit die gegen ihn ausgestellten Konkursverlustscheine zurück, kann er beim Konkursamt gegen Vorlage der zurückgekauften und quittierten Verlustscheine die Löschung der fraglichen Registereinträge und die Ausstellung einer entsprechenden Bescheinigung verlangen. Gegen Vorlage einer solchen Bescheinigung hat das Betreibungsamt die im Betreibungsbuch eingetragenen Bemerkungen zum Konkurs durch einen entsprechenden – auch in der Betreibungsauskunft aufzuführenden – Hinweis zu ergänzen 2008 S. 219
 - Art. 17 Abs. 2, Art. 22 und Art. 65 SchKG. – Die fehlerhafte Zustellung des Zahlungsbefehls ist nur dann absolut nichtig, wenn die Notifikation an den Schuldner sowie die Zustellungsbescheinigung fehlen oder wenn infolge sonst fehlerhafter Zustellung die Urkunde nicht in die Hände des Betriebenen gelangt ist (Erw. 1). Die Zustellung der Betreibungsurkunde an einen Angestellten, der nicht im Dienste der betriebenen, sondern einer anderen, im gleichen Lokal tätigen Gesellschaft steht, ist gültig, wenn die betreffende Person in den gleichen Räumlichkeiten wie der Vertreter der Gesellschaft arbeitet und deshalb ohne Weiteres in der Lage ist und aller Wahrscheinlichkeit nach auch nicht versäumen wird, die Betreibungsurkunde unverzüglich an den Vertreter weiterzuleiten, sodass dieser bei seiner Rückkehr ins Geschäftslokal davon Kenntnis erhält (Erw. 2) 2008 S. 221
 - Art. 208 und 211 SchKG. – Das rechtliche Schicksal laufender Verträge im Konkurs- und Nachlassverfahren wird sowohl durch Normen des Privatrechts als auch des SchKG bestimmt. Dies gilt auch für den Fall, dass die Parteien im fraglichen Vertrag die Anwendung des Wiener Kaufrechts (CISG) vereinbart haben, weil ein bewusster Verzicht auf eine einheitsrechtliche Regelung vorliegt. Gemäss Art.

- 7 Abs. 2 CISG ist insoweit das jeweilige, nach den Regelungen des IPR massgebliche, nationale Recht anzuwenden (E. 3.1 und 3.2) 2008 S. 224
- Art. 211 und 319 SchKG. – Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ist die Umwandlung von Forderungen auf den Tag vorzunehmen, an welchem die Bestätigung des Nachlassvertrages endgültig geworden ist (E. 4.2) 2008 S. 224
 - Art. 17 SchKG. – Gegenstand des betreibungsrechtlichen Beschwerdeverfahrens können nur verfahrensrechtliche Fragen bilden, nicht aber materiellrechtliche. 2009 S. 265
 - Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 aSchKG. – Die Betreibungsämter sind nach der per 1. Januar 2008 erfolgten Aufhebung von Art. 39 Abs. 1 Ziff. 5 aSchKG, gemäss welchem geschäftsführende Mitglieder einer GmbH der Konkursbetreibung unterliegen, nicht verpflichtet, vor dem 1. Januar 2008 eingeleitete Betreibungsverfahren, in denen dem Betreibungsschuldner die Konkursandrohung zugestellt wurde, von Amtes wegen als Betreibungen auf Pfändung fortzusetzen. 2009 S. 266
 - Art. 49 Abs. 1 BV, Art. 79 Abs. 1, Art. 88 Abs. 1 und 2 SchKG. – Die einjährige Verwirkungsfrist nach Art. 88 Abs. 2 SchKG steht auch dann still, wenn der Gläubiger im vorgängig zum Betreibungsverfahren eingeleiteten Forderungsprozess aus prozessualen Gründen nicht die Beseitigung des im fraglichen Betreibungsverfahren erhobenen Rechtsvorschlages verlangen kann. 2009 S. 269
 - Art. 82 Abs. 1 SchKG. – Der Schuldner ist bei der inhaltlichen Ausgestaltung einer einseitigen Schuldanerkennung frei und kann seine Zahlungspflicht auch nur bedingt, z.B. erst ab einem bestimmten Zeitpunkt, anerkennen. Provisorische Rechtsöffnung kann in einem solchen Fall grundsätzlich nur erteilt werden, wenn der Bedingungs Eintritt nachgewiesen ist. 2009 S. 272
 - Art. 82 SchKG. – Ist der Schuldner nicht Vertragspartei eines Grunddienstbarkeitsvertrages, kann dieser gegenüber ihm nur dann als provisorischer Rechtsöffnungstitel taugen, wenn der Schuldner entweder von Gesetzes für die darin vereinbarte Entschädigung haftet oder wenn urkundlich nachgewiesen ist, dass er betreffend der fraglichen Schuld als Rechtsnachfolger des ursprünglich verpflichteten Vertragspartners zu betrachten ist. 2009 S. 276
 - Art. 82 SchKG. – Für einen vertraglichen Selbstbehalt, der weder in dem vom Versicherungsnehmer unterzeichneten Antrag noch in den AVB, deren Erhalt der Versicherungsnehmer unterschriftlich bestätigt hat, sondern nur in der vom Ver-

- sicherungsnehmer nicht unterzeichneten Versicherungspolice beziffert ist, kann keine provisorische Rechtsöffnung erteilt werden. 2009 S. 278
- Art. 88 SchKG. – Frage, ob für die Fortsetzung der Betreuung eine Rechtskraftbescheinigung des Rechtsöffnungsentscheids verlangt werden darf. 2009 S. 280
 - Art. 242 Abs. 1 SchKG, Art. 47 ff. KOV. – Will das Konkursamt im summarischen Verfahren einen Dritteigentumsanspruch anerkennen, hat es dazu vorgängig die Stellungnahme der Konkursgläubiger einzuholen. 2009 S. 283
 - Art. 271 f. SchKG, Art. 132 Abs. 2 ZGB. – Die Ausstellung eines Arrestbefehls für eine Forderung auf Sicherheitsleistung zukünftiger Unterhaltsansprüche ist zulässig. 2009 S. 285
 - Art. 65 SchKG; Art. 33 Abs. 4 SchKG. – Verfügt die juristische Person über einen Domizilhalter, ist der Zahlungsbefehl an diesen zuzustellen (E. 1). Voraussetzungen für die Gutheissung eines Fristwiederherstellungsgesuchs (E. 2) 2010 S. 271
 - Art. 17 SchKG; Art. 65 SchKG. – Beschwerdelegitimation nach Art. 17 SchKG; Wesen der Aufsichtsbeschwerde (E. 1 – 2.1). Zustellung eines Zahlungsbefehls: Übernimmt eine Gesellschaft das Domizil einer anderen Gesellschaft, so darf der Zahlungsbefehl nicht mehr direkt der Betriebenen, sondern nur einem nach Art. 65 Abs. 1 Ziff. 2 – 4 SchKG zur Entgegennahme berechtigten Vertreter der Domizilhalterin ausgehändigt werden (E. 2.2.1) 2010 S. 273
 - Art. 80 SchKG; Art. 25 IPRG und Art. 26 lit. a i.V.m. Art. 149 Abs. 2 lit. d IPRG – Anerkennung und Vollstreckbarerklärung einer ausländischen Entscheidung ausserhalb der Staatsverträge. Bedeutung «am Sitz der Niederlassung» (E. 2.1) 2010 S. 276
 - Art. 80 SchKG; Art. 46 LugÜ – Vollstreckbarerklärung eines deutschen Teilversäumnisurteils (E. 5.1). Die Zustellungsurkunde ist eine öffentliche Urkunde deutschen Rechts, die den vollen Beweis für die darin bezeugten Tatsachen begründet (E. 5.2) 2010 S. 281

Schule

- Kognition bei Schülerbeurteilungen; Beschwerde gegen Maturitätsnote 2000 S. 221
- Für die Festsetzung der Beitragsleistungen an die Zahnbehandlungskosten der Kinder können auch die finanziellen Verhältnisse des Stiefelternteils berücksichtigt werden (Praxisänderung) 2003 S. 126
- Zum Datenaustausch zwischen Lehrerschaft und schulischer Sozialarbeit 2006 S. 262

Schulrecht

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

Sozialbehörde

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

Sozialhilfe

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

Sorgerecht

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

Sozialrecht

- Im Falle der Verbeiständung einer jur. Person hat das Gemeinwesen und nicht der Antrag stellende Dritte für die Verfahrenskosten und die Entschädigung des Beistandes einzustehen, wenn der jur. Person die nötigen Mittel fehlen 2003 S. 123
- Für die Festsetzung der Beitragsleistungen an die Zahnbehandlungskosten der Kinder können auch die finanziellen Verhältnisse des Stiefelternteils berücksichtigt werden (Praxisänderung) 2003 S. 126
- Parteifähigkeit des Konkubinatspartners; Subsidiaritätsprinzip. Voraussetzungen für das Vorliegen eines stabilen Konkubinats. Führt eine unterstützte Person den Haushalt für den Partner der familienähnlichen Gemeinschaft, hat sie einen Anspruch auf Haushaltsentschädigung 2005 S. 291

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

Sozialversicherungsrecht; Allgemeiner Teil

- Eine Bearbeitungsdauer von 16 Monaten für einen Einspracheentscheid ist auch bei einem besonders komplexen Fall zu lange und stellt eine Rechtsverzögerung dar 2004 S. 138
- Mit Inkrafttreten des ATSG wurden die Fristen im Verwaltungsverfahren des Sozialversicherungsrechts einheitlich geregelt. Anderslautende Weisungen des BSV sind nicht mehr anwendbar. Wird eine Eingabe am letzten Tag der Frist der schweizerischen Post übergeben, gilt die Frist als gewahrt 2004 S. 142
- Fällt der letzte Tag einer Frist auf einen Samstag, einen Sonntag oder einen am Wohnsitz oder Sitz der Partei oder ihrer Vertretung vom kantonalen Recht anerkannten Feiertag, so endet die Frist am nächsten Werktag 2004 S. 145
- Mitwirkungspflicht der versicherten Person an ärztlichen und fachlichen Untersuchungen sowie Mahnverfahren 2005 S. 121
- Ist der Versicherte nicht der Beschwerdeführer, sondern nur ein verfahrensbeteiligter Dritter, steht ihm bei entsprechender Verfahrensteilnahme und Obsiegen gleichwohl eine Parteientschädigung zu 2005 S. 122, S. 124
- Beschwerdefrist und Fristenlauf. Mit der Eröffnung des Einsprachentscheids innerhalb des Fristenstillstands wird die Beschwerdefrist ausgelöst und beginnt am ersten Tag nach Ende des Fristenstillstandes zu laufen 2006 142
- Nichtanwendbarkeit von Art. 44 ATSG bei versicherungsinternen Gutachten in Verfahren nach IVG und UVG; Zulässigkeit von Aktengutachten 2007 S. 182

- Art. 42 ATSG; 57 Abs. 1 und Art. 57a Abs. 1 IVG und Art. 73^{bis} Abs. 1 IVV – Gewährung des rechtlichen Gehörs. Bei umstrittener Bemessung der Invalidität hat die IV-Stelle ein Vorbescheidverfahren durchzuführen 2008 S. 170
- Art. 55 Abs. 1 und Art. 56 Abs. 1 ATSG; Art. 45 Abs. 1 VwVG. – Die vorläufige Rentensistierung für die Dauer der Abklärung, ob laufende Rentenleistungen allenfalls zu Unrecht bezogen werden, stellt eine vorsorgliche Massnahme dar, worüber im Rahmen eines Zwischenentscheids formell zu verfügen ist. Eine solche Verfügung kann nur unter den Voraussetzungen von Art. 45 oder 46 VwVG beim Sozialversicherungsgericht angefochten werden. Der durch eine vorläufige Einstellung der Rentenauszahlung bewirkte finanzielle Nachteil ist durch eine allfällige Nachzahlung der entsprechenden Rentenbeträge reversibel und stellt daher in der Regel noch keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG dar 2010. S. 199
- Art. 55 Abs. 1 und Art. 56 Abs. 1 ATSG; Art. 45 Abs. 1 VwVG – Anfechtbarkeit einer Zwischenverfügung über eine vorsorgliche Massnahme. Die vorläufige Einstellung der Rentenauszahlung bewirkt zwar beim Versicherten einen finanziellen Nachteil, welcher aber durch eine allfällige Nachzahlung der entsprechenden Rentenbeträge reversibel ist und daher in der Regel noch keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG darstellt. Das Verwaltungsgericht kann auf eine diesbezügliche Beschwerde nicht eintreten (Erw. 2). Der Sozialversicherungsträger hat allerdings insbesondere in Fällen, in welchen die vorsorgliche Renteneinstellung aufgrund kaum erhärteter Verdachtsmomente erfolgt ist, für eine rasche Klärung des Rentenanspruchs zu sorgen (Erw. 3) 2010 S. 208

Sperre von Daten

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

Steuern und Abgaben

- Rekursverfahren. Der Rekurs ist zulässig gegen den Einspracheentscheid. Frage offen gelassen ob ausserhalb dieser Ordnung Rekurs erhoben werden kann 2001 S. 43
- Eine Ermessensveranlagung kann im Einspracheverfahren abgeändert werden, wenn der Steuerpflichtige den Beweis erbringt, dass die Ermessenseinschätzung offensichtlich unrichtig war. Im vorliegenden Fall konnte der Beweis mit einer sog. «Schuhschachtelbuchhaltung» nicht erbracht werden 2004 S. 87

- Ein Aktionär, der eine Beteiligung aus seinem Privatvermögen in eine von ihm beherrschte Gesellschaft zu einem über ihrem Nominalwert liegenden Anrechnungswert (in Form von Liberierung von Aktien der übernehmenden Gesellschaft oder gegen eine Gutschrift auf einem Aktionärsdarlehenskonto) einbringt, erzielt eine steuerbare geldwerte Leistung aus seiner Beteiligung (sog. Transponierung) 2004 S. 92
- Verlustrechnung nach vollständiger Veräußerung eines Grundstücks. Anwendung beim Verkauf von mehreren geerbten Stockwerkeinheiten 2001 S. 47
- Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung. Identität zwischen Veräußerer und Erwerber 2001 S. 49
- Verjährungsfrist, absolute; Einführung 2002 S. 73
- Regeln für die Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert bei der Vermögensbesteuerung. Ob ausserordentliche künftige Verhältnisse vorliegen, die ein Abweichen von den entsprechenden Regeln erlauben, muss aus der Sicht des Bewertungsstichtages und nicht im Rahmen einer zeitlich verzögerten Einschätzung beurteilt werden 2005 S. 100
- Der Nachweis der offensichtlichen Unrichtigkeit einer Ermessensveranlagung obliegt ausschliesslich dem Steuerpflichtigen. Ohne substantiierte Sachdarstellung und ohne Nennung und Edition von Beweismitteln wird auf eine Einsprache gegen eine Ermessensveranlagung – anders als bei einer Einsprache gegen eine ordentliche Veranlagung – nicht eingetreten 2005 S. 104
- Das fristgerechte Einreichen von herausverlangten Unterlagen ist keine Prozessvoraussetzung für das gewöhnliche steuerrechtliche Einspracheverfahren. Die Aufforderung zur Aktenedition ist eine Frage des Beweisverfahrens. Für die Einsprache gegen eine Ermessensveranlagung gelten andere Regeln 2005 S. 107
- Die zugerische Praxis, einen Sattelschlepper stets nach seinem möglichen Zuggewicht zu besteuern, indessen einen Sattel-Sachentransportanhänger als vom Sattelschlepper abhängigen Auflieger nicht zu besteuern, erweist sich als gesetzmässig und verfassungskonform 2005 S. 113
- Wenn die Eigentümerin einer Wohnung mit ihrem Sohn aus Gründen der Steuerersparnis einen Mietvertrag abschliesst, dessen Einhaltung nicht nachgewiesen werden kann, so liegt trotzdem ein steuerbarer Eigenmietwert vor 2006 S. 107

- Liegenschaftshandel – Einkommen als selbständiger Erwerbstätigkeit oder Verwaltung von Privatvermögen – Abgrenzungskriterien 2006 S. 109
- Ablehnung der Wiederherstellung der Beschwerdefrist, wenn der beauftragte Vertreter das Fristversäumnis verschuldet hat 2007 S. 153
- § 191 Abs. 1 Bst. b StG – Steueraufschub. Was ist unter der Formulierung «..., soweit der Veräusserungserlös in der Regel innert zwei Jahren vor oder nach der Handänderung zum Erwerb oder Bau einer gleich genutzten Ersatzliegenschaft in der Schweiz verwendet wird ...» zu verstehen 2008 S. 148
- Art. 167 Abs. 1 DBG; § 164 StG – Zuständigkeit für die Beurteilung von Rekursen gegen Entscheide betreffend Steuererlass. Voraussetzungen für den Erlass einer Steuerforderung. Weder das Bundesrecht noch das kantonale Steuerrecht räumen einen Rechtsanspruch auf ganzen oder teilweisen Erlass ein. Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen für einen Erlass nicht erfüllt. 2009 S. 155
- § 191 Abs. 1 Bst. b StG – Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung. Entscheidendes Kriterium für die Annahme eines Steueraufschubs ist, ob es sich bei der neu erworbenen Ersatzliegenschaft wieder um ein dauernd und ausschliesslich selbst genutztes Wohneigentum handelt. Eine Kaskadenersatzbeschaffung ist somit nicht zum Vorneherein ausgeschlossen. 2009 S. 162
- Art. 9 BV; § 202 Abs. 2 StG – Bei dem «Depot» in der Höhe des mutmasslichen Grundstückgewinnsteuerbetrages handelt es sich um ein Instrument des Steuerbezuges, das im Interesse der Gemeinde (kein gesetzliches Grundpfand für die Steuer) liegt und andererseits dem Schutz der an sich nicht steuerpflichtigen, aber gleichwohl solidarisch haftenden Käufer dient. Aufgrund dieser spezifischen Sicherungsfunktion lässt sich aus dem «Depotbetrag» von der Natur der Sache her keine Vertrauensgrundlage bezüglich des definitiven Steuerbetrages ableiten. 2009 S. 167
- § 16 Abs. 1 StG, Art. 17 Abs. 1 DBG – Unter welchen Voraussetzungen und unter welchem Titel können die Kosten eines zu Geschäftszwecken benutzten Büros in der eigenen Wohnung beim steuerbaren Einkommen in Abzug gebracht werden 2010 S. 177
- § 30 Bst. e StG, Art. 33 Abs. 1 lit. b DBG, Art. 79b Abs. 3 BVG – Einlagen, Prämien und Beiträge zum Erwerb von Ansprüchen aus Einrichtungen der beruflichen Vorsorge können vom steuerpflichtigen Einkommen abgezogen werden abgezogen werden. Werden Ein-

käufe getätigt, so dürfen die daraus resultierenden Leistungen innerhalb der nächsten drei Jahre nicht in Kapitalform aus der Vorsorge zurückgezogen werden 2010 S. 181

- § 196 Abs. 1 StG – Aufwendungen, die als werterhaltend bei der Einkommenssteuer zum Abzug gebracht worden sind, können nicht noch einmal als wertvermehrend bei der Grundstückgewinnsteuer zum Abzug gebracht werden (Erw. 2). Anforderungen an den Nachweis von wertvermehrenden Aufwendungen: zum rechtsgültigen Nachweis von Aufwendungen gehört im Regelfall die Vorlage quittierter Rechnungen oder anderer Zahlungsbelege. Aus der Rechnung muss sich auch klar ergeben, dass die Aufwendungen das Objekt betreffen, für welches die entsprechenden Abzüge vom Grundstücksgewinn geltend gemacht werden (Erw. 3) 2010 S. 187
- Art. 12 Abs. 3 lit. e StHG; § 191 Abs. 1 Bst. b StG – Voraussetzungen, unter denen ein Anspruch auf Steueraufschub bei Handänderungen zum Zweck der Ersatzbeschaffung von gleich genutzten Liegenschaften in der Schweiz infolge Veräusserung von dauernd und ausschliesslich selbst genutztem Wohneigentum besteht. Der Steueraufschub ist auch bei einer ausserkantonalen Ersatzbeschaffung zu gewähren 2010 S. 192

Steuergeheimnis

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

Steuerrecht

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

Stiftung

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

Stipendiengesuch

- (Datenschutz) Das abgelehnte Stipendiengesuch und die Bekanntgabe der Finanzlage der Eltern an den Gesuchstellenden 2004 S. 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 bes. aggressiven Verkaufsmethode 2002 S. 193
- Der Handel mit Derivaten ist für die Beurteilung der Unerfahrenheit gemäss Art. 157 StGB getrennt vom Handel mit traditionellen Finanzinstrumenten zu betrachten, das heisst es sind das Wissen und die Erfahrungen der Kunden in Bezug auf den Geschäftsbereich des Optionen- und Futureshandels massgebend 2006 S. 191
- Art. 28a Abs. 2 lit. b StGB; Art. 17 Abs. 3 BV – Quellenschutz. Voraussetzungen für die Aufhebung des Schutzes des Journalisten vor Strafe bzw. prozessualen Zwangsmassnahmen. 2007 S. 231
- Art. 44 Abs. 2 und Art. 94 StGB. – Der Strafrichter kann dem Verurteilten die Weisung erteilen, während der Probezeit nur Motorfahrzeuge der Kategorie F zu lenken, wenn erhebliche Bedenken bestehen, dass sich der Betroffene als Fahrzeugführer künftig wohl verhalten wird. Die Weisung soll den bedingten Aufschub der ausgesprochenen Freiheitsstrafe in spezialpräventiver Hinsicht unterstützen und hat – in Abgrenzung zum administrativen Führerausweisentzug als sichernde Massnahme – vor allem die Besserung des Täters zum Ziel 2008 S. 227

Strassenverkehrsrecht

- Führerausweisentzug und Wiedererteilung unter Auflagen; es ist nicht zulässig, mit einem Warnungsentzug gleichzeitig aus Sicherheitsgründen vorgesehene Massnahmen zu verbinden 2003 S. 139
- Vorsorglicher Entzug des Führerausweises. Bei regelmässigem Kokainkonsum ist der Führerausweis bis zur definitiven Abklärung der Fahreignung vorsorglich zu entziehen 2006 S. 138
- Die Anordnung eines Parkierungsverbotes stellt eine funktionelle Verkehrsanordnung nach Art. 3 Abs. 4 SVG dar, die auf einer Strasse im privaten Eigentum angeordnet werden kann, wenn diese dem öffentlichen Verkehr zur Benützung offen steht. Solche Massnahmen können u.a. zwecks Gewährleistung der Zugänglichkeit der hinterliegenden Wohnliegenschaften für schwere Fahrzeuge der öffentlichen Dienste (Kehrichtversorgung, Feuerwehr) angeordnet werden. Im konkreten Fall keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör; Bejahung der erforderlichen Verfügungsmacht des Gemeinwesens aufgrund einer ungemessenen Dienstbarkeit sowie des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit der Massnahme, unter Verneinung eines unzulässigen Eingriffs in die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) 2006 S. 126

- Art. 108 SSV. – Eine Tempo-30-Zone darf nur eingeführt werden, wenn sie nötig, zweck- und verhältnismässig ist. 2007 S. 286
- Art. 22 SVG – Örtliche Zuständigkeit für die Aussprechung von Administrativmassnahmen 2008 S. 135
- Art. 16c Abs. 1 lit. d und Abs. 2 lit. a SVG – Die vorsätzliche Vereitelung einer Blut- oder Atemalkoholprobe sowie das vorsätzliche sich Entziehen vor einer entsprechenden Untersuchung ist immer eine schwere Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz und führt zu einem Entzug des Führerausweises von mindestens drei Monaten. Nach der Rechtskraft des Strafverfahrens wird anschliessend ein Administrativverfahren durchgeführt. Von diesem Faktum hätte der Beschwerdeführer Kenntnis haben müssen. Die Administrativbehörde ist grundsätzlich an die tatsächlichen Feststellungen im Strafurteil gebunden. 2009 S. 149
- Art. 23 VVV Anhang 4 – Voraussetzungen für die Bewilligung eines Kollektivfahrzeugausweises in Verbindung mit einem Händlerschild sind unter anderen entgeltliche Reparaturarbeiten an 50 Fahrzeugen pro Jahr, die Probe- oder Überführungsarbeiten notwendig machen. In casu wurden die Voraussetzungen nicht erfüllt 2010 S. 145

T

Tempo-30-Zone

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

U

Umweltrecht

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

Unfallversicherung

- Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Unfalls 2000 S. 53
- Berechnung des versicherten Verdienstes bei Versicherten, die am Tage eines Unfalls nicht den Lohn eines Versicherten mit voller Leistungsfähigkeit beziehen 2001 S. 66
- Beginn der Versicherung 2002 S. 87

- Unfallähnliche Körperschädigung. Voraussetzungen, unter denen Meniskusrisse als UVG-versicherte Ereignisse gelten 2002 S. 90
- Ist der Versicherte nicht der Beschwerdeführer, sondern nur ein verfahrensbeteiligter Dritter, steht ihm bei entsprechender Verfahrensteilnahme und Obsiegen gleichwohl eine Parteientschädigung zu 2005 S. 122, 124
- Ein Schlag in die Luft beim Fussballspiel stellt mangels Ungewöhnlichkeit des äusseren Faktors keinen Unfall dar. Handelt es sich bei der erlittenen Verletzung im Knie um eine Knorpelschädigung, liegt auch keine unfallähnliche Körperschädigung vor, da die abschliessende Aufzählung von Art. 9 Abs. 2 UVV Knorpelschäden nicht enthält 2005 S. 160
- Versicherter Verdienst. Als Grundlage für die Bemessung der Renten gilt der innerhalb eines Jahres vor dem Unfall bei einem oder mehreren Arbeitgebern bezogene Lohn, einschliesslich noch nicht ausbezahlter Lohnbestandteile, auf die ein Rechtsanspruch besteht. Voraussetzungen zur Berücksichtigung von Überstunden bei der Berechnung des versicherten Verdienstes 2005 S. 163
- Gestützt auf das Kausalitätsprinzip entsteht für vorbestehende oder nach einem Unfall aufgetretene (interkurrente) Krankheiten, auf welche der Unfall keinen Einfluss ausgeübt hat, für den Unfallversicherer keine Leistungspflicht 2006 S. 155
- Den obligatorischen Unfallversicherer trifft keine Leistungspflicht in Bezug auf eine nach einem Unfall durchgeführte Osteopathie-Behandlung 2007 S. 179
- Art. 7 und 8 UVG i.V.m. Art. 4 ATSG – Als Unfall gilt die plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper, die eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit oder den Tod zur Folge hat. – Das Ausbalancieren eines Fussballtors zu zweit, zu dritt oder zu viert erfüllt den Unfallbegriff nicht 2008 S. 186
- Art. 9 Abs. 1 UVG – Als Berufskrankheiten gelten Krankheiten, die bei der beruflichen Tätigkeit ausschliesslich oder vorwiegend durch schädigende Stoffe oder bestimmte Arbeiten verursacht worden sind. – Darunter fallen auch Reaktionen auf für Spitalpersonal im Sinne des Arbeitnehmerschutzes obligatorische Impfungen 2008 S. 190
- Unfallversicherung: Die telefonische Benachrichtigung vom Unfalltod der Tochter stellt kein Unfallereignis im Sinne von Art. 4 ATSG dar. 2009 S. 209

- Art. 6 UVG – Adäquater Kausalzusammenhang psychischer Unfallfolgen zu einem Raubüberfall. 2009 S. 213
- Art. 4 ATSG; Art. 9 Abs. 2 UVV; Unfallversicherung. – Qualifikation eines Ereignisses als Unfall oder als unfallähnliche Körperschädigung 2010 S. 240
- Art. 57 Abs. 3 UVG – Das Schiedsgericht gemäss Art. 57 UVG setzt sich zusammen aus dem Vorsitzenden der sozialversicherungsrechtlichen Kammer des Verwaltungsgerichts, ergänzt durch je eine von den Parteien ernannte Vertretung in gleicher Zahl (Erwägung 2). Die Durchführung eines vorgängigen Vermittlungsverfahrens ist nach Art. 57 Abs. 3 UVG nach wie vor zwingend (Erwägung 4) 2010 S. 247

Unlauterer Wettbewerb

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

V

Vergaberecht

- Auch privatrechtliche Aktiengesellschaften, die nicht im ganzen oder teilweisen Eigentum einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft stehen, können unter die Submissionsgesetzgebung fallen, wenn sie Aufträge oder Leistungen erteilen, die mit mehr als 50 % der Gesamtkosten von der öffentlichen Hand subventioniert werden. Eine Firma, die mit der Projektleitung betraut ist, das Leistungsverzeichnis für einen Auftrag ausarbeitet, das Submissionsverfahren durchführt und die technische Bewertung der Angebote vornimmt, darf als Anbieterin nicht am Verfahren teilnehmen bzw. muss vom Verfahren ausgeschlossen werden 2004 S. 82
- Ungewöhnlich niedrige Angebote 2001 S. 99
- Auswahl im selektiven Verfahren; Fusion von Firmen während eines zweistufigen Verfahrens 2001 S. 100
- Ungewöhnlich niedriges Angebot. Ein Unterangebot ist nicht zulässig, aber Anlass zur näheren Prüfung 2002 S. 120
- Die Vergabekriterien sind vor der Submission festzulegen 2002 S. 122

- Die Zuschlagskriterien müssen in der Reihenfolge ihrer Bedeutung in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sein. Fehlen die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung in den Ausschreibungsunterlagen, so darf der Anbieter davon ausgehen, dass die Vergabe hauptsächlich nach dem Kriterium des Preises erfolgt 2004 S. 79
- Gewichtung und Bewertung des Zuschlagskriteriums des Preises; Zahlungsplan als Variante 2003 S. 104
- Bedeutung des Offertöffnungsprotokolls; rechtswidriger Zuschlag, wenn sich die Offerte auf qualitativ minderwertige Materialien stützt 2003 S. 113
- Die Berücksichtigung eines Pauschalangebots für die Vergabe von mehreren Aufträgen ist grundsätzlich zulässig, sofern allen Anbietern die gleiche Möglichkeit offen steht 2005 S. 90
- Wichtige Gründe für den Abbruch des Verfahrens 2006 S. 103
- Liegt der Auftragswert unter dem Schwellenwert für das Einladungsverfahren, so entfällt der Rechtsschutz (Erw. 1 und 2). Enthält ein Auftrag mehrere Folgeaufträge, so ist der Gesamtwert massgebend (Erw. 3) 2007 S. 100
- § 52 Abs. 1 VRG, Art. 8 Abs. 2 Bst. a) und b) IVöB; Kann die Verletzung des kantonalen Submissionsrechts durch eine Gemeinde von einer Privatperson mit einer Aufsichtsbeschwerde gerügt werden? Wäre das neue Eisstadion in Zug unter das öffentliche Submissionsrecht gefallen? 2010 S. 320

Vernichten von Daten

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

Versicherungsbedingungen, Allgemeine

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

Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren

- siehe unter Rechtspflege

Videoüberwachung (Datenschutz)

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

Vollmacht

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

Vollstreckungsverfahren

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

Vormundschaftsrecht

- Anordnung einer kombinierten Vertretungs- und Verwaltungsbeistandschaft; Antrags- und Beschwerdeberechtigung; Anspruch auf rechtliches Gehör; Weitergeltung von Vollmachten über den Eintritt der Urteilsunfähigkeit des Vollmachtgebers hinaus; Parteientschädigung 2007 S. 113
- Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 445 ZGB; §15 und 16 VRG. – Das Vormundschaftsgeheimnis verpflichtet die Beiständin oder den Beistand, ihre resp. seine Aufzeichnungen vertraulich zu behandeln. Dem steht das Akteneinsichtsrecht als Teil des Anspruchs auf rechtliches Gehör gegenüber. Die Beiständin oder der Beistand ist verpflichtet, in jene Akten Einsicht zu gewähren, die sie resp. er der Vormundschaftsbehörde offen legt, und die somit Einfluss auf den angefochtenen Entscheid haben könnten. 2009 S. 352
- Art. 392 Ziff. 1 und Art. 393 Ziff. 2 ZGB, Art. 17 Abs. 2 DSGVO – Akteneinsichtsanspruch der Nachkommen gegenüber einer verbeiständeten Person bzw. dem Beistand und der Vormundschaftsbehörde. Geheimhaltungspflicht der vormundschaftlichen Organe 2010 S. 156

Vormundschaftliche Massnahme

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

W

Waffentragbewilligung

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

Wahlen

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

Wasserrecht

- Konzessionsgebühr für eine Boje im Bojenfeld 1999 S. 104

Webcam

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

Wohnsitz

- Auslegung des Begriffs 1999 S. 152

Z

Zahlungsunfähigkeit

- Auslegung des Begriffs 1999 S. 152

Zivilstandsregister

- Berichtigung einer Eintragung im Zivilstandsregister 2004 S. 157

Zivilprozessrecht, internationales

- § 43 ZPO. – Der Einleger des Rechtsbehelfs gemäss Art. 36 LugÜ kann nicht zur Sicherstellung der Parteientschädigung im Rechtsbehelfsverfahren verpflichtet werden 2010 S. 294

Zuständigkeit

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

Zustellung

- Zustellfiktion bei eingeschriebenen, nicht abgeholt Briefpostsendungen. – Die von der Rechtsprechung entwickelte Zustellfiktion, nach der eingeschriebene, nicht abgeholte Briefpostsendungen am letzten Tag der siebentägigen Abholfrist als zugestellt gelten, setzt den Bestand eines Prozessrechtsverhältnisses voraus. Durch die rechtsgültige Zustellung der Konkursandrohung wird für das Konkursöffnungsverfahren kein solches Prozessrechtsverhältnis begründet (Praxisänderung; E. 2b).
- Eine eingeschrieben versandte Verfügung wird in jenem Zeitpunkt als zugestellt betrachtet, in welchem Sie am Postschalter abgeholt wird. Geschieht dies nicht innert der Abholfrist, so gilt praxismässig die Fiktion, dass sie am letzten Tag der Abholfrist zugestellt bzw. abgeholt worden sei. Auf verspätete Beschwerdeeingaben kann nicht eingetreten werden 2010 S. 126

Inhaltsverzeichnis 2010

A. Gerichtspraxis

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Grundrechte

Art. 9 BV – Vertrauensschutz und Gesetzesänderung. Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Der Vertrauensgrundsatz kann aber nur angerufen werden, wenn die betroffenen Personen durch eine Gesetzesänderung in schwerwiegender Weise in ihren gestützt auf die bisherige Regelung getätigten Dispositionen getroffen werden und keine Möglichkeit zur Anpassung an die neue Rechtslage haben. In casu wären die Mitglieder des Stadtrates durch die sofortige Anwendung der Bestimmung von § 11^{quater} Abs. 2 des Zuger Stadtratsreglements in schwerwiegender Weise betroffen, weshalb der Regierungsrat dieser Bestimmung zu Recht die Genehmigung verweigerte. 104

2. Verfahrensrecht

Art. 38 Abs. 1 KV – Gegen Beschlüsse des Kantonsrats kann weder beim Regierungsrat noch beim Verwaltungsgericht Beschwerde bzw. Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden. 116

Art. 29 Abs. 3 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK; § 27 Abs. 1 VRG, § 9 GO – Voraussetzungen für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und des unentgeltlichen Rechtsbeistandes vor Verwaltungsgericht. Die Höhe des praxisgemäss anzurechnenden «Notgroschens» richtet sich nach den individuellen Verhältnissen des Einzelfalles. 120

§§ 40, 61 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 VRG, § 6 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Staatsverwaltung, § 3 Abs. 4 lit. c der Delegationsverordnung des Regierungsrates; § 10 Abs. 1 und 3 VRG – Entscheide einer Direktion des Regierungsrates, die gestützt auf § 3 der Delegationsverordnung erlassen werden, können direkt mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden. Eine eingeschriebene versandte Verfügung wird in jenem Zeitpunkt als zugestellt betrachtet, in wel-

chem Sie am Postschalter abgeholt wird. Geschieht dies nicht innert der Abholfrist, so gilt praxisgemäss die Fiktion, dass sie am letzten Tag der Abholfrist zugestellt bzw. abgeholt worden sei. Auf verspätete Beschwerdeeingaben kann nicht eingetreten werden. 126

§§ 39, 51 und 52 VRG, Art. 420 Abs. 2 ZGB, §§ 16 und 17 DSGVO – Voraussetzungen und Legitimation der vormundschaftlichen Beschwerde an die Aufsichtsbehörde. Verhältnis zwischen Verwaltungsbeschwerde, Rechtsverweigerungsbeschwerde und Aufsichtsbeschwerde. Der Entscheid über die Akteneinsicht ausserhalb eines hängigen Verfahrens hat nach Verwaltungs- wie Datenschutzgesetz durch anfechtbare Verfügung zu erfolgen. 131

3. Planungs- und Baurecht

§ 44 ff. PBG – Reicht die Bauherrschaft während eines laufenden Baubewilligungsverfahrens ein derart verändertes Bauprojekt ein, dass eine neue Profilierung erforderlich wird, so hat die Baubewilligungsbehörde vorerst eines der beiden Projekte zu beurteilen und das Alternativgesuch zu sistieren, bis das Ergebnis aus dem «ersten» Verfahren rechtskräftig feststeht. Die Bauherrschaft ist aufzufordern, sich zu entscheiden, welches der verschiedenen Baugesuche sie favorisiert. Dieses ist zu behandeln und die übrigen Verfahren sind zu sistieren, bis der Entscheid über das «erste» Gesuch in Rechtskraft erwachsen ist. 139

4. Strassenverkehrsrecht

Art. 23 VVV Anhang 4 – Voraussetzungen für die Bewilligung eines Kollektivfahrzeugausweises in Verbindung mit einem Händlerschild sind unter anderen entgeltliche Reparaturarbeiten an 50 Fahrzeugen pro Jahr, die Probe- oder Überführungsarbeiten notwendig machen. In casu wurden die Voraussetzungen nicht erfüllt. 145

5. Ausländerrecht

Art. 17 Abs. 2 Satz 3 ANAG. – Der nachträgliche Familiennachzug gemeinsamer, im Ausland zurückgelassener Kinder durch in der Schweiz niedergelassene und zusammen lebende Eltern steht unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs. Je länger mit der Ausübung des Nachzugsrechts ohne sachlichen Grund zugewartet wird und je knapper die verbleibende Zeit bis zur Volljährigkeit ist, umso eher stellt sich die

Frage, ob wirklich die Herstellung der Familiengemeinschaft beabsichtigt ist oder nicht zweckwidrig bloss die Verschaffung einer Niederlassungsbewilligung. 150

6. Vormundschaftsrecht

Art. 392 Ziff. 1 und Art. 393 Ziff. 2 ZGB, Art. 17 Abs. 2 DSGVO – Akteneinsichtsanspruch der Nachkommen gegenüber einer verbeiständeten Person bzw. dem Beistand und der Vormundschaftsbehörde. Geheimhaltungspflicht der vormundschaftlichen Organe. 156

7. Opferhilfe

Art. 29 Abs. 3 BV, Art. 4 OHG – Das Opferhilfegesetz erweitert den auf das kantonale Verfahrensrecht und die Mindestgarantie von Art. 29 Abs. 3 BV gestützten Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege nicht. Entschädigungen für Anwalts- und Verfahrenskosten nach dem Opferhilfegesetz sind aufgrund der Subsidiarität nur zu prüfen, sofern die unentgeltliche Rechtspflege und der unentgeltliche Rechtsbeistand nicht gewährt worden sind. 173

8. Steuerrecht

§ 16 Abs. 1 StG, Art. 17 Abs. 1 DBG – Unter welchen Voraussetzungen und unter welchem Titel können die Kosten eines zu Geschäftszwecken benutzten Büros in der eigenen Wohnung beim steuerbaren Einkommen in Abzug gebracht werden? 177

§ 30 Bst. e StG, Art. 33 Abs. 1 lit. b DBG, Art. 79b Abs. 3 BVG – Einlagen, Prämien und Beiträge zum Erwerb von Ansprüchen aus Einrichtungen der beruflichen Vorsorge können vom steuerpflichtigen Einkommen abgezogen werden abgezogen werden. Werden Einkäufe getätigt, so dürfen die daraus resultierenden Leistungen innerhalb der nächsten drei Jahre nicht in Kapitalform aus der Vorsorge zurückgezogen werden. 181

§ 196 Abs. 1 StG – Aufwendungen, die als werterhaltend bei der Einkommenssteuer zum Abzug gebracht worden sind, können nicht noch einmal als wertvermehrend bei der Grundstückgewinnsteuer zum Abzug gebracht werden (Erw. 2). Anforderungen an den Nachweis von wertvermehrenden Aufwendungen: zum rechtsgültigen Nachweis von Aufwendungen gehört im Regelfall die Vorlage quittierter Rechnun-

gen oder anderer Zahlungsbelege. Aus der Rechnung muss sich auch klar ergeben, dass die Aufwendungen das Objekt betreffen, für welches die entsprechenden Abzüge vom Grundstücksgewinn geltend gemacht werden (Erw. 3). 187

Art. 12 Abs. 3 lit. e StHG; § 191 Abs. 1 Bst. b StG – Voraussetzungen, unter denen ein Anspruch auf Steueraufschub bei Handänderungen zum Zweck der Ersatzbeschaffung von gleich genutzten Liegenschaften in der Schweiz infolge Veräusserung von dauernd und ausschliesslich selbst genutztem Wohneigentum besteht. Der Steueraufschub ist auch bei einer ausserkantonalen Ersatzbeschaffung zu gewähren. 192

9. Sozialversicherung

Art. 55 Abs. 1 und Art. 56 Abs. 1 ATSG; Art. 45 Abs. 1 VwVG. – Die vorläufige Rentensistierung für die Dauer der Abklärung, ob laufende Rentenleistungen allenfalls zu Unrecht bezogen werden, stellt eine vorsorgliche Massnahme dar, worüber im Rahmen eines Zwischenentscheids formell zu verfügen ist. Eine solche Verfügung kann nur unter den Voraussetzungen von Art. 45 oder 46 VwVG beim Sozialversicherungsgericht angefochten werden. Der durch eine vorläufige Einstellung der Rentenauszahlung bewirkte finanzielle Nachteil ist durch eine allfällige Nachzahlung der entsprechenden Rentenbeträge reversibel und stellt daher in der Regel noch keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG dar. 199

Art. 55 Abs. 1 und Art. 56 Abs. 1 ATSG; Art. 45 Abs. 1 VwVG – Anfechtbarkeit einer Zwischenverfügung über eine vorsorgliche Massnahme. Die vorläufige Einstellung der Rentenauszahlung bewirkt zwar beim Versicherten einen finanziellen Nachteil, welcher aber durch eine allfällige Nachzahlung der entsprechenden Rentenbeträge reversibel ist und daher in der Regel noch keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG darstellt. Das Verwaltungsgericht kann auf eine diesbezügliche Beschwerde nicht eintreten (Erwägung 2). Der Sozialversicherungsträger hat allerdings insbesondere in Fällen, in welchen die vorsorgliche Renteneinstellung aufgrund kaum erhärteter Verdachtsmomente erfolgt ist, für eine rasche Klärung des Rentenanspruchs zu sorgen (Erwägung 3). 208

Art. 10 Abs. 1 AHVG – Nichterwerbstätige bezahlen je nach ihren sozialen Verhältnissen einen Beitrag von Fr. 324.– bis Fr. 8'400.– pro Jahr. Erwerbstätige, die im Kalenderjahr, gegebenenfalls mit Einschluss des Arbeitgeberbeitrages, weniger als Fr. 324.– entrichten, gelten als Nichterwerbstätige. Der Bundesrat kann den Grenzbetrag anpassen und nach Art. 10 Abs. 3 AHVG, nähere Vorschriften zum Kreis der Personen, die als Nichterwerbstätige gelten, erlassen. Wer nach Erhalt

der Beitragsverfügung als Nichterwerbstätiger nachträglich einen minimalen Jahreslohn von Fr. 5'000.– deklarieren lässt, um als Erwerbstätiger anerkannt zu werden, handelt missbräuchlich. 213

Wird der Anspruch auf Betreuungsgutschriften nicht inner fünf Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres angemeldet, in welchem eine Person betreut wurde, so wird die Gutschrift für das betreffende Jahr nicht mehr im individuellen Konto vermerkt (Art. 29^{septies} Abs. 5 AHVG). Darauf weist die Informationsstelle AHV/IV in ihren zusammen mit dem BSV herausgegebenen Merkblättern hin, welche bei den Zweigstellen oder auch via Internet verfügbar sind. Damit kommt der Versicherungsträger seiner in Art. 27 Abs. 1 ATSG stipulierten allgemeinen und permanenten Aufklärungspflicht in genügender Weise nach. 220

Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV; Invalidenversicherung. – Schutz vor Willkür und Vertrauensschutz. Nachdem die IV-Stelle dem Versicherten A im Dezember 2005 Kostengutsprache für ein Hilfsmittel zur Aufrechterhaltung seiner angestammten selbständigen Erwerbstätigkeit erteilt hatte, widerspricht ihr Verhalten dem Grundsatz von Treu und Glauben, wenn sie rund drei Jahre später die Aufgabe der angestammten Tätigkeit und die Ausübung einer Verweistätigkeit rückwirkend seit Dezember 2002 als zumutbar bezeichnet. 223

Artikel 13 IVG gewährt Versicherten bis zum vollendeten 20. Lebensjahr Anspruch auf die Behandlung ihrer Geburtsgebrechen (Art. 3 Abs. 2 ATSG). Soweit das Kreischreiben über die medizinischen Eingliederungsmassnahmen der Invalidenversicherung (KSME) in Randziffer 404.11 die Behandlung von Psychoorganischen Syndromen (POS) auf zwei Jahre, verlängerbar um höchstens ein weiteres Jahr, mithin auf maximal drei Jahre beschränkt, erscheint dies als nicht gesetzeskonform. 226

BVG – Teilung der von den Parteien während der Ehe erworbenen Austrittsleistungen ihrer beruflichen Vorsorge gemäss Art. 122 ZGB bei einer Ehescheidung: Erzielen die Parteien eine Einigung im Sinne von Art. 141 Abs. 1 ZGB, ist das Verwaltungsgericht zur Durchführung der Teilung der beruflichen Vorsorge im Sinne von Art. 142 Abs. 1 und 2 ZGB sowie Art. 25a Abs. 1 FZG sachlich nicht zuständig. 234

BVG – Teilung der von den Parteien während der Ehe erworbenen Austrittsleistungen ihrer beruflichen Vorsorge gemäss Art. 122 ZGB bei einer Ehescheidung: Der frisch geschiedene B liess sich nach der Rechtskraft des Scheidungsurteils und vor der Durchführung der Teilung der beruflichen Vorsorge sein Freizügigkeitsgut haben auszahlen (sog. Vorbezug), ohne dass seiner Vorsorgeeinrichtung eine Ver-

letzung der sie treffenden Sorgfaltspflichten vorgeworfen werden kann. Dieser Vorbezug verhindert die Teilung der beruflichen Vorsorge jedoch nicht. Er bewirkt einzig, dass B und nicht seine Vorsorgeeinrichtung – da dieser keine Verletzung der sie treffenden Sorgfaltspflichten vorgeworfen werden kann – gegenüber A leistungspflichtig wird. 237

Art. 4 ATSG; Art. 9 Abs. 2 UVV; Unfallversicherung. – Qualifikation eines Ereignisses als Unfall oder als unfallähnliche Körperschädigung. 240

Art. 57 Abs. 3 UVG – Das Schiedsgericht gemäss Art. 57 UVG setzt sich zusammen aus dem Vorsitzenden der sozialversicherungsrechtlichen Kammer des Verwaltungsgerichts, ergänzt durch je eine von den Parteien ernannte Vertretung in gleicher Zahl (Erwägung 2). Die Durchführung eines vorgängigen Vermittlungsverfahrens ist nach Art. 57 Abs. 3 UVG nach wie vor zwingend (Erwägung 4). 247

Art. 3 Abs. 1 lit. b FamZG; Art. 1 Abs. 1 und 2 FamZV – Ausbildungszulage. Ein Au-pair-Aufenthalt einer Französischsprachigen in der Deutschschweiz, welcher im Hinblick auf die später beabsichtigte Aufnahme einer Grafikerausbildung an einer zweisprachigen Schule absolviert wird, gilt aus Ausbildung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b FamZG. 255

II. Zivilrecht

1. Familienrecht

Art. 125 Abs. 3 ZGB – Verweigerung eines nahehelichen Unterhaltsbeitrages wegen fortgesetzter massiver und schuldhafter Vereitelung des Besuchsrechts 261

Art. 163 ZGB; Art. 205 Abs. 3 ZGB. – Unbezahlt gebliebene Unterhaltsleistungen sind «gegenseitige Schulden» im Sinne von Art. 205 Abs. 3 ZGB. Als solche müssen sie bei der Auflösung des Güterstandes in die Abrechnung einbezogen werden. 264

2. Obligationenrecht

Art. 697h Abs. 2 OR. – Anforderungen an das schutzwürdige Einsichtsinteresse. Frage offen gelassen, ob ein solches Interesse stets bereits in der Einleitung eines nicht aussichtslosen Forderungsprozesses des Ansprechers gegen die Gesellschaft erblickt werden kann. In casu wurde ein schutzwürdiges Einsichtsinteresse

bejaht, nachdem der Ansprecherin rechtskräftig die provisorische Rechtsöffnung für eine Millionenforderung gegen die Gesellschaft erteilt worden war (E. 3.3)

266

Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR – Voraussetzungen für die Einsetzung eines Sachwalters

268

III. Schuldbetreibung und Konkurs

Art. 65 SchKG; Art. 33 Abs. 4 SchKG. – Verfügt die juristische Person über einen Domizilhalter, ist der Zahlungsbefehl an diesen zuzustellen. Eine Zustellung an den Verwaltungsrat oder den Prokuristen der juristischen Person ist unzulässig (E. 1). Voraussetzungen für die Gutheissung eines Fristwiederherstellungsgesuchs (E. 2)

271

Art. 17 SchKG; Art. 65 SchKG. – Beschwerdelegitimation nach Art. 17 SchKG; Wesen der Aufsichtsbeschwerde (E. 1 – 2.1). Zustellung eines Zahlungsbefehls: Übernimmt eine Gesellschaft das Domizil einer anderen Gesellschaft, so darf der Zahlungsbefehl nicht mehr direkt der Betriebenen, sondern nur einem nach Art. 65 Abs. 1 Ziff. 2 – 4 SchKG zur Entgegennahme berechtigten Vertreter der Domizilhalterin ausgehändigt werden. Ist eine Zustellung an den Domizilhalter aber nicht möglich (und nur dann), so darf sie wiederum direkt an den Vertreter gemäss Art. 65 Abs. 1 SchKG erfolgen, und zwar auch ausserhalb der Geschäftslokalitäten (E. 2.2.1)

273

Art. 80 SchKG; Art. 25 IPRG und Art. 26 lit. a i.V.m. Art. 149 Abs. 2 lit. d IPRG – Anerkennung und Vollstreckbarerklärung einer ausländischen Entscheidung ausserhalb der Staatsverträge. Die Bestimmung «am Sitz der Niederlassung» gemäss Art. 149 Abs. 2 lit. d IPRG bezeichnet den Ort und nicht den Sitzstaat der Niederlassung (E. 2.1)

276

Art. 80 SchKG; Art. 46 LugÜ – Vollstreckbarerklärung eines deutschen Teilversäumnisurteils. Das innerstaatliche Recht des die Entscheidung fällenden Gerichts entscheidet, wann die für die Beweiskraft der Ausfertigung erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind (E. 5.1). Nach deutschem Prozessrecht gilt ein Schriftstück mit Einlegung in den Briefkasten als zugestellt. Die Zustellungsurkunde, die von einem mit der Ausführung der Zustellung beauftragten Mitarbeiter der Post errichtet wird, ist eine öffentliche Urkunde deutschen Rechts, die den vollen Beweis für die darin bezugten Tatsachen begründet (E. 5.2)

281

IV. Rechtspflege

1. Zivilrechtspflege

§ 129 ff. ZPO. – Unbeteiligte Drittpersonen können grundsätzlich nur dann in eine vorsorgliche Massnahme einbezogen werden, wenn ihre Rechtsstellung dadurch nicht beeinträchtigt wird. Macht eine solche Person eigene, dem behaupteten Anspruch vorgehende Rechte geltend, sind Anordnungen ihr gegenüber deshalb unzulässig, es sei denn, ihre diesbezüglichen Angaben seien widersprüchlich, was in casu bejaht wurde (E. 3.1). Allein der Umstand, dass eine vorsorgliche Massnahme den bestehenden Zustand für ihren Adressaten verändert, macht sie noch nicht zu einer Leistungsmassnahme (E. 3.3.2) 285

§ 161 ZPO. – Pflicht Dritter zur Edition von Urkunden 287

§ 185 Abs. 2 ZPO. – Die Bestimmung erlaubt eine Kürzung zu hoher Entschädigungsforderungen eines Sachverständigen (E. 4.3.1). Die Kompetenz für die Festsetzung des Sachverständigenhonorars liegt beim Spruchkörper und nicht beim Referenten. Dieser ist nur für die Erteilung des Gutachtensauftrags sowie die Vereinbarung einer Vergütungsart zuständig (E. 4.3.2). – Wird der Gutachtensauftrag gestützt auf eine mündlich abgegebene Kostenschätzung des Experten (sog. ungefährer Kostenansatz) erteilt, hat das Gericht das Preisrisiko für einen allfälligen Mehraufwand nur bis zu einer Toleranzgrenze von 10-20% allein zu tragen. Für die über die konkret massgebende Toleranzgrenze hinausgehenden Mehrkosten wird das Preisrisiko im Regelfall geteilt, so dass sich der Sachverständige deren Herabsetzung um die Hälfte allenfalls gefallen lassen muss (E. 4.3.3) 289

2. Internationales Zivilprozessrecht

§ 43 ZPO. – Der Einleger des Rechtsbehelfs gemäss Art. 36 LugÜ kann nicht zur Sicherstellung der Parteientschädigung im Rechtsbehelfsverfahren verpflichtet werden 294

B. Verwaltungspraxis

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

Personalrecht

§§ 33 ff. des Gemeindegesetz – Aufsichtsrecht; Art. 328 Abs. 1 OR – Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. – Der Regierungsrat hat eine Einwohnergemeinde ermahnt, nachdem diese als Arbeitgeberin die Persönlichkeit eines Arbeitnehmers verletzt hatte 298

§§ 8, 9 Abs. 1 und 13 Abs. 1 Personalgesetz – Kündigung während der Probezeit. Die Kündigung während der Probezeit war sachlich begründet und damit nicht missbräuchlich 304

II. Zivilrecht

1. Entzug der elterlichen Sorge

Art. 3 und 13 Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen; Art. 311 ZGB – Die gesetzliche Zuweisung der elterlichen Sorge nach guatemaltekischem Recht auf den Kindsvater wird in der Schweiz anerkannt und geht auch dann nicht automatisch wieder auf die Kindsmutter über, wenn dem Vater die elterliche Sorge in der Schweiz wegen sexuellen Missbrauchs der Tochter entzogen wird (Erw. II. 1, 2, 3) 308

2. Beistandschaft bei Wegzug aus der Schweiz

Art. 439 Abs. 1 ZGB; Art. 5 Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen – Der Wegzug aus der Schweiz stellt für sich allein keinen Grund dar, eine angeordnete Beistandschaft aufzuheben (Erw. II. 1). Der Gemeinderat hat den Entscheid des Regierungsrats im Ganzen umzusetzen; ihm bleibt kein Spielraum über die Anordnungen des Regierungsrats zu befinden und allenfalls Abänderungen vorzunehmen (Erw. II. 4) 312

3. Grundbuch und Vermessung

Sperrung bzw. Löschung von Grundbuchdaten auf dem Internetportal zugmap 317

III. Planungs- und Baurecht

Submissionsrecht

§ 52 Abs. 1 VRG, Art. 8 Abs. 2 Bst. a) und b) IVöB; Kann die Verletzung des kantonalen Submissionsrechts durch eine Gemeinde von einer Privatperson mit einer Aufsichtsbeschwerde gerügt werden? Wäre das neue Eisstadion in Zug unter das öffentliche Submissionsrecht gefallen? 320

C. Grundsätzliche Stellungnahmen

Datenschutzpraxis

I. Vorbemerkungen	328
II. Datenbeschaffung durch die Steuerverwaltung	330
III. Videoaufnahmen für Audits an Schulen	332
IV. Vertrauensärztliche Kontrolluntersuchung – welche Daten gehen ans Strassenverkehrsamt?	333
V. Zum Datenaustausch zwischen Asylbehörde und Polizei	334
VI. Einsicht in Akten abgeschlossener Strafverfahren	336

A. Gerichtspraxis

I Staats- und Verwaltungsrecht

1. Grundrechte

Art. 9 BV – Vertrauensschutz und Gesetzesänderung. Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Der Vertrauensgrundsatz kann aber nur angerufen werden, wenn die betroffenen Personen durch eine Gesetzesänderung in schwerwiegender Weise in ihren gestützt auf die bisherige Regelung getätigten Dispositionen getroffen werden und keine Möglichkeit zur Anpassung an die neue Rechtslage haben. In casu wären die Mitglieder des Stadtrates durch die sofortige Anwendung der Bestimmung von § 11^{quater} Abs. 2 des Zuger Stadtratsreglements in schwerwiegender Weise betroffen, weshalb der Regierungsrat dieser Bestimmung zu Recht die Genehmigung verweigerte.

Aus dem Sachverhalt:

A. Am 17. Oktober 2008 reichte der «Bund der Steuerzahler, Geschäftsstelle Zug» in der Stadt Zug eine Volksinitiative mit dem Titel «Schluss mit goldenen Fallschirmen für Stadträte – Nein zu überrissenen Abgangsentschädigungen» ein. Der Initiativtext lautete wie folgt:

«Das Stadtratsreglement (Reglement über das Dienstverhältnis, die Besoldung und die berufliche Vorsorge des Stadtrates von Zug) wird wie folgt geändert:

§ 7 Abgangsentschädigung (neu)

Die Ausrichtung von Abfindungen und sonstigen Abgangsentschädigungen an zurückgetretene, nicht wieder gewählte oder nicht mehr zur Wahl antretende Mitglieder des Stadtrates ist nicht zulässig.

§ 8 Pensionskasse (neu)

Die Mitglieder des Stadtrates sind bei der Pensionskasse der Stadt Zug nach deren Reglement versichert. Sie sind den übrigen Mitarbeitenden der Stadt Zug gleichgestellt. Weitergehende Sondersparbeiträge für Mitglieder des Stadtrates sind untersagt.

§ 11^{quater} (neu)

Die vorstehenden Änderungen treten mit dem Tag ihrer Annahme in Kraft. Sie gelten auch für die Mitglieder des Stadtrates, die zu diesem Zeitpunkt im Amt sind.»

Bei der Überprüfung der Gültigkeit dieser Initiative stellte sich dem Büro des Grossen Gemeinderates der Stadt Zug (GGR) die Frage nach der Rechtsgültigkeit des neu einzufügenden Paragraphen 11^{quater}. In der Folge wurde daher ein Gutachten bei Prof. Dr. Peter Hettich (GGR-Gutachten) in Auftrag gegeben, welches zum Schluss kam, dass es nicht in der Kompetenz des GGR liege, § 11^{quater} der Volksinitiative durch eine andere Übergangsbestimmung zu ersetzen. Der Gutachter empfahl indessen, in der Abstimmungsbroschüre darauf hinzuweisen, dass gemäss seiner Auffassung die Pflicht zur individuellen Gewährung des Vertrauensschutzes einer sofortigen Anwendung der vorgeschlagenen Bestimmung entgegenstehe. Am 5. Mai 2009 fasste der GGR den Beschluss Nr. 1494, in dem er die Volksinitiative in Ziffer 1 für gültig erklärte, sie in Ziffer 2 zur Ablehnung empfahl und weiter in Ziffer 3 festhielt:

«3. Im Falle einer Annahme der Initiative werden den im Amt stehenden Stadt- ratsmitgliedern bis zum Ablauf der Legislaturperiode 2007 – 2010 aufgrund des Vertrauensschutzes die Leistungen gemäss der geltenden Fassung der §§ 7 und 8 Stadtratsreglement zugesichert.»

Der Beschluss wurde am 8. Mai 2009 im Amtsblatt des Kantons Zug, mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen, veröffentlicht. In der Folge wurde dagegen innert der Rechtsmittelfrist keine Verwaltungsbeschwerde erhoben. In der den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern unterbreiteten vom Büro des GGR verfassten 12-seitigen Abstimmungsbroschüre zur fraglichen Initiative wurde insgesamt drei Mal darauf hingewiesen, dass den im Amt stehenden Stadtratsmitgliedern die Leistungen des bisherigen Stadtratsreglements auch bei einer Annahme der Initiative bis zum Ablauf der Legislaturperiode 2007– 2010 zugesichert würden. Am 27. September 2009 wurde die Initiative mit einer Mehrheit von 57,5 % der Stimmen an der Urne angenommen. Mit Eingabe vom 1. Oktober 2009 ersuchte der Stadtrat Zug die Finanzdirektion des Kantons Zug um Genehmigung der in der Volksabstimmung angenommenen Teilrevision des Stadtratsreglements. Mit Beschluss vom 17. November 2009 genehmigte der Regierungsrat in Ziffer 1 das Stadtratsreglement in Bezug auf die §§ 7, 8 und 11^{quater} Satz 1. In Ziffer 2 versagte er indessen die Genehmigung von § 11^{quater} Satz 2 mit der Begründung, dass diese Bestimmung nicht verfassungskonform sei, da sie den Vertrauensschutz der im Amt stehenden Stadtratsmitglieder verletze. Die Änderungen der §§ 7 und 8 des Stadtratsreglements seien derart erheblich, dass sie erst nach Ablauf der Legislaturperiode 2007 – 2010 zur Anwendung gelangen könnten.

B. Gegen diesen Beschluss liessen A.B. C.D. und E.F. am 16. Dezember 2009 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben mit dem Antrag, Ziffer 2 des Regierungsratsbeschlusses vom 17. November 2009 sei aufzuheben und § 11^{quater} Satz 2 des Stadtratsreglements sei zu genehmigen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Staatskasse. Mit Schreiben vom 12. Januar 2010 liess sich das Büro des GGR zur Sache vernehmen, stellte indessen keine Anträge, zumal der GGR-Beschluss vom 5. Mai 2009 nicht Gegenstand der Beschwerde sei. Mit Vernehmlassung vom 14. Januar 2010 beantragte der Finanzdirektor im Namen des Regierungsrates die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführer. In der Begründung wurde zunächst auf den Entscheid des Regierungsrates vom 17. November 2009 sowie auf das GGR-Gutachten verwiesen. Mit Eingabe vom 12. Januar 2010 verzichtete der Stadtrat von Zug auf eine Stellungnahme, da er in dieser Angelegenheit, die ihn selber betreffe, sich stets im Ausstand befunden habe.

Aus den Erwägungen:

...

2. a) Der Regierungsrat hat § 11^{quater} Satz 2 der in der Urnenabstimmung vom 27. September 2009 beschlossenen Teilrevision des Stadtratsreglements nicht genehmigt, da diese Bestimmung den Vertrauensschutz der im Amt stehenden Stadtratsmitglieder verletze. Die Beschwerdeführer stellen sich dagegen auf den Standpunkt, dass die Voraussetzungen zur Anrufung des Vertrauensschutzes vorliegend nicht erfüllt seien und dass die Bestimmung aufgrund des Legalitätsprinzips anzuwenden sei.

b) Vorab zu klären ist, ob der Regierungsrat das rechtliche Gehör der Beschwerdeführer verletzt hat. Die Beschwerdeführer bringen in diesem Zusammenhang vor, der Regierungsrat habe sich in seinem Genehmigungsbeschluss vom 17. November 2009 in ungenügender Weise mit der Frage befasst, ob die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes für die Mitglieder des Stadtrates überhaupt erfüllt seien. Der Anspruch auf rechtliches Gehör stellt ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Parteien dar (BGE 129 I 232, Erw. 3.2). Es umfasst unter anderem das Recht der Privaten, in einem vor einer Verwaltungs- oder Justizbehörde geführten Verfahren mit ihrem Begehren angehört zu werden (Häfelin / Müller / Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A., Zürich / Basel / Genf 2006, Rz. 1672). Der Anspruch auf rechtliches Gehör wird in allen Verfahren bejaht, in denen jemand als materiell Betroffener stärker belastet sein kann als andere Personen (vgl. Rhinow / Koller / Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel / Frankfurt a.M. 1996, Rz. 289). Die

Beschwerdeführer übersehen mit ihrer Rüge, dass sie in der von ihnen beanstandeten Phase des aufsichtsrechtlichen Verfahrens gar keine Parteistellung innehatten (vgl. Erw. 1), bzw. vom Entscheid nicht stärker betroffen waren als andere Einwohner der Stadt Zug. Adressat des Genehmigungsentscheids vom 17. November 2009 war der Stadtrat von Zug und nicht die Beschwerdeführer. Der Regierungsrat konnte das rechtliche Gehör der Beschwerdeführer, welche im Vorfeld des Entscheids auch keine konkreten Begehren an den Regierungsrat richteten, in jenem Zeitpunkt somit gar nicht verletzen. Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs erweist sich als unbegründet.

3. a) Der in Art. 9 des Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verankerte Grundsatz von Treu und Glauben verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Vorausgesetzt ist, dass die Person, die sich auf Vertrauensschutz beruft, berechtigterweise auf diese Grundlage vertrauen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr rückgängig machen kann; schliesslich scheidet die Berufung auf Treu und Glauben dann, wenn ihr überwiegende öffentliche Interessen gegenüberstehen (BGE 129 I 161, Erw. 4.1). In der Regel stellen Rechtssetzungsakte keine Vertrauensgrundlage dar. Die Privaten können nicht ohne Weiteres auf den Fortbestand eines geltenden Gesetzes vertrauen, sondern müssen mit dessen Revision rechnen (BGE 130 I 26, Erw. 8.1, m.H.; Häfelin / Müller / Uhlmann, a.a.O., Rz. 641). Das Vertrauensschutzprinzip kann in solchen Fällen indessen dann angerufen werden, wenn Private dadurch in schwerwiegender Weise in ihren gestützt auf die bisherige Regelung getätigten Dispositionen getroffen werden und keine Möglichkeit der Anpassung an die neue Rechtslage haben. Trifft dies zu, ergibt sich aus dem Prinzip unter Umständen ein Anspruch auf eine angemessene Übergangsregelung (BGE 122 V 405, Erw. 3b/bb; Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel / Frankfurt 1983, S. 292 f.)

b) Der Status und die hohe Verantwortung von politisch gewählten Magistratspersonen verlangt nach einem besonderen Schutz, da diese stets dem Risiko einer Nichtwiederwahl ausgesetzt sind. Die Wahl auf eine bestimmte Amtsdauer verschafft der Magistratsperson diesen Schutz durch eine mehrjährige, gesicherte unkündbare Stellung. Innerhalb der Amtsperiode unterscheidet sich das Schutzbedürfnis und damit auch dasjenige der finanziellen Ansprüche von Magistratspersonen indessen nicht von demjenigen der behördlich gewählten Beamten (Hettich / Bosshard, «Schluss mit goldenen Fallschirmen für Magistraten» – Zu den Grenzen gesetzgeberischer Freiheit bei Lohnkürzungen, in: AJP 12/2009,

S. 1529; vgl. BG-Urteil vom 8. November 2000, Erw. 2, in: SJ 2001 I S. 416). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung macht das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis, auch was seine vermögensrechtliche Seite betrifft, die Entwicklung mit, welche die Gesetzgebung erfährt. Der Vertrauensgrundsatz steht einer nicht rückwirkenden Kürzung der finanziellen Ansprüche von Beamten auf dem Weg der Rechtsetzung nur dann entgegen, wenn diese Ansprüche als wohlverworbene Rechte einzustufen sind. Dies ist der Fall, wenn das diesbezügliche Gesetz die entsprechenden Beziehungen ein für alle Mal festlegt und von den Einwirkungen der gesetzlichen Entwicklung ausnimmt oder wenn bestimmte, mit einem einzelnen Anstellungsverhältnis verbundene Zusicherungen abgegeben worden sind. (BGer 1C_230/2007 vom 11. März 2008, Erw. 4.1 mit Hinweis auf BGE 118 Ia 245, Erw. 5b). Ist dies hingegen nicht der Fall, sind Gesetzesänderungen im Rahmen des Willkürverbots und der Rechtsgleichheit ohne Weiteres möglich. Im Einzelfall ist aber der Vertrauensschutz als Schranke für die sofortige Umsetzung von Besoldungskürzungen zu beachten (Hettich / Bosshard, a.a.O., S. 1533). Dies bedeutet, dass es bei einseitigen Lohnkürzungen auf dem Weg der Rechtsetzung und ohne Einhaltung von Kündigungsfristen verfassungsrechtlich geboten sein kann, eine Übergangsregelung zu erlassen. Die Notwendigkeit und die Ausgestaltung von Übergangsbestimmungen sind dabei in erster Linie nach den Grundsätzen der rechtsgleichen Behandlung und des Willkürverbots sowie unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips und des Vertrauensschutzes zu beurteilen; dem Gesetzgeber steht bezüglich der Ausgestaltung einer angemessenen Übergangsregelung ein weiter Spielraum des Ermessens zu (vgl. BGer 2P.298/1998 vom 2. Juli 1999, Erw. 4c, in: ZBI 2001 S. 322 f.; BGer 2P.276/1995 vom 3. April 1996, Erw. 4b, in: ZBI 1997 S. 69 f).

c) Vorliegend sehen sich die am 27. September 2009 im Amt stehenden Zuger Stadträte mit einer durch eine Volksabstimmung herbeigeführten Gesetzesänderung konfrontiert, welche bewirkt, dass ihre finanziellen Ansprüche ab Datum der Annahme der Initiative für die Zukunft beschnitten werden. Die Beschwerdeführer haben zutreffend festgestellt, dass es bei den in Frage stehenden Ansprüchen nicht um wohlverworbene Rechte der Stadträte handelt, d.h. weder die gemäss § 7 des teilrevidierten Stadtratsreglements nun nicht mehr auszurichtenden Abgangsentschädigungen noch die aufgrund § 8 des teilrevidierten Stadtratsreglements nun gestrichenen Sondersparbeiträge in der beruflichen Vorsorge können als wohlverworbene Rechte qualifiziert werden, da die Ausrichtung dieser Leistungen in der bisherigen Fassung des Stadtratsreglements nicht ausdrücklich ein für allemal festgelegt beziehungsweise nicht ausdrücklich von der gesetzgeberischen Entwicklung ausgenommen wurden. Das GGR-Gutachten kommt in Bezug auf die Abgangsentschädigungen und die BVG-Sondersparbeiträge im Übrigen zum glei-

chen Schluss. Dass es sich anders verhielte, wurde im Übrigen auch vonseiten des Regierungsrats nicht geltend gemacht. Um bei dieser Ausgangslage demnach einen grundsätzlichen Anspruch der im Amt stehenden Stadtratsmitglieder auf eine Übergangsregelung aufgrund des Vertrauensprinzips annehmen zu können, müssten zunächst nicht wieder rückgängig zu machende Dispositionen seitens dieser Stadtratsmitglieder bejaht werden können. Ferner müssten diese Dispositionen jene Stadträte mit Blick auf die neue Rechtslage schwer treffen. Schliesslich dürften auch keine entgegenstehenden öffentlichen Interessen dem privaten Interesse der amtierenden Stadträte am Vertrauensschutz vorgehen. Diese Prüfung ist nun durchzuführen.

aa) Mit Blick auf die Frage der Dispositionen bringen die Beschwerdeführer vor, dass diese Prüfung nicht in genereller Art vorgenommen werden könne, sondern dass jeder Einzelfall separat zu beurteilen sei. Mit dieser Auffassung verkennen die Beschwerdeführer die Aufgabe des Regierungsrates im vorliegenden, der präventiven Aufsicht zuzuordnenden Genehmigungsverfahren, in welchem der Regierungsrat im Rahmen einer Rechtskontrolle zu prüfen hat, ob neue Bestimmungen in von den Gemeinden erlassenen allgemeinverbindlichen Reglementen mit übergeordnetem Recht in Einklang stehen (vgl. § 36 Abs. 2 Satz 1 GG; Jaag, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 3.A, Zürich / Basel / Genf 2005, Rz. 2816). Verletzt nach der Auffassung des Regierungsrats, wie hier, eine Bestimmung im teilrevidierten Stadtratsreglement das in Art. 9 BV verankerte Vertrauensschutzprinzip, darf er diese Bestimmung nicht genehmigen. Eine derartige Verletzung kann der Regierungsrat indessen nur feststellen, indem er von sich aus prüft, ob die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes beim von der Regelung betroffenen Personenkreis gegeben sind. Dass dies nur in genereller Art erfolgen kann, liegt in der Natur der Sache; denn es geht hier um die Prüfung einer generell-abstrakten Bestimmung, welche auf die Regelung einer unbestimmten Zahl von Fällen abzielt (vgl. Häfelin / Müller / Uhlmann, a.a.O., Rz. 383). Demnach muss es bereits genügen, wenn der Regierungsrat in seiner Prüfung anhand allgemeiner Beobachtungen zum Schluss kommt, dass die amtierenden Stadtratsmitglieder aufgrund der bisher geltenden Regelung nicht wieder rückgängig zu machende Dispositionen getätigt haben. Demgegenüber würde die Auffassung der Beschwerdeführer, würde man sie zu Ende denken, darauf hinauslaufen, dass als Ergebnis der Prüfung unter Umständen für jedes amtierende Stadtratsmitglied eine gesonderte Übergangsfrist in die Übergangsbestimmungen des neuen Stadtratsreglements hineinzuschreiben wäre. Mit einem derartigen Vorgehen würde der Regierungsrat seine Kompetenzen im Aufsichtsverfahren überschreiten und die Gemeindeautonomie verletzen.

bb) Der Regierungsrat führt in seiner Vernehmlassung vom 14. Januar 2010 aus, dass die herkömmliche Regelung offensichtlich eine Absicherung der Stadträte im Falle der Nichtwiederwahl bezweckt habe. Entsprechend seien die Leistungen im Stadtratsreglement auch unter dem Titel «Vorsorge» und nicht unter dem Titel «Entschädigung» geregelt. Namentlich weil das Stadtratsamt «im Hauptamt» ausgeübt werde, sei es wahrscheinlich und naheliegend, dass die entsprechenden Leistungen beim Entscheid der Aufgabe der Berufstätigkeit zugunsten des Stadtratsamtes auch eine Rolle gespielt hätten, womit Dispositionen, etwa die Aufgabe der angestammten Berufstätigkeit, getroffen worden seien, welche nicht rückgängig gemacht werden könnten. Diese Darlegungen sind ohne weiteres nachvollziehbar und leuchten ein. Sie decken sich im Übrigen auch weitgehend mit den Ausführungen im GGR-Gutachten. Die Beschwerdeführer bringen demgegenüber vor, dass das Stadtratsmandat eine ausgezeichnete Referenz sei, es einen gewissen Bekanntheitsgrad bringe und dem beruflichen Fortkommen nur förderlich sein könnte. Diese Beobachtung mag zutreffen, doch schliesst das eine das andere hier nicht aus. Tatsache ist, dass ein vom Volk gewähltes Exekutivmitglied die Länge seiner Amtszeit nur begrenzt selber steuern kann. So kommt es in der Schweiz immer wieder vor, dass Regierungs-, Stadt- oder Gemeinderäte aufgrund veränderter politischer Kräfteverhältnisse nicht wiedergewählt werden, ungeachtet des während ihrer Amtszeit an den Tag gelegten Leistungsausweises. Die Annahme eines Stadtratsamtes, welches als Hauptamt ausgestaltet annähernd einem vollen Arbeitspensum entspricht (vgl. S. 3 des Berichts und Antrags Nr. 2012 des Büros GGR Zug vom 14. Januar 2009 zur fraglichen Volksinitiative), stellt unter diesem Blickwinkel immer auch ein gewisses berufliches und finanzielles Risiko dar, da häufig ein relativ gesicherter Berufspfad verlassen wird oder gar ein Karrierebruch in Kauf zu nehmen ist. Dass eine spätere Rückkehr in den angestammten Beruf nach einer Nichtwiederwahl ohne weiteres gelingt, steht für die Stadtratsmitglieder jedenfalls keineswegs fest. Daher kann hier sehr wohl von einer Disposition gesprochen werden, welche nicht mehr rückgängig zu machen ist. Das von den Beschwerdeführern in diesem Zusammenhang vorgebrachte Argument, wonach die Sichtweise des Regierungsrats bedeuten würde, dass die zu erwartende Abgangsentschädigung und die BVG-Sonderprämien die entscheidenden Gründe für die Berufsaufgabe der künftigen Stadträte gewesen wären, entbehrt nach dem Gesagten jeder Grundlage. Die den Stadträten bisher in Aussicht gestellten finanziellen Sonderleistungen stellten selbstredend einen Faktor unter mehreren dar, welche Anlass zur Disposition, d.h. zur Aufgabe des angestammten Berufs, gegeben haben, allerdings handelt es sich um einen keineswegs zu vernachlässigenden Faktor. Dies reicht für die Annahme einer Dispositionsbetätigung aus.

cc) Verlangt ist aber, dass die Betroffenen durch die neue Rechtslage aufgrund ihrer Disposition in schwerwiegender Weise getroffen werden. Der Regierungsrat schreibt in seiner Vernehmlassung, dass sowohl die Höhe der wegfallenden Abgangsentschädigung als auch die Höhe der ausserordentlichen Sparbeiträge beachtlich seien. Diese Beobachtung steht im Einklang mit der Vernehmlassung des Büros des GGR Zug vom 12. Januar 2010 wie auch mit den Ausführungen im GGR-Gutachten. Professor Hettich hält darin als Schlussfolgerung aus der geltenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung überdies fest, dass eine Leistungskürzung von Besoldungs- und Versorgungsansprüchen im Rahmen von zirka 10 Prozent noch nicht als übermässig zu bezeichnen ist und nicht gegen das Vertrauensprinzip verstossen würde. Die Beschwerdeführer stellen sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass die amtierenden Stadtratsmitglieder von der neuen Bestimmung in § 7 des Stadtratsreglements gar nicht betroffen seien (Wegfall der Abgangsentschädigung), da diese frühestens am Ende der Amtsperiode Wirkungen entfalte. Diese Feststellung trifft indessen nicht zu, da eine Inkraftsetzung von § 11^{quater} Satz 2 des teilrevidierten Reglements bewirken würde, dass jeder amtierende Stadtrat ab dem 27. September 2009 bis zum Ende der Amtszeit am 31. Dezember 2010 keine Abgangsentschädigung mehr zugute hätte, unabhängig davon, wie sein Abgang erfolgt – sei es durch Demission während der Amtszeit, sei es durch ein Nichtwiederantreten oder als Folge einer Abwahl. Eine Möglichkeit, die mit dem Wegfall der Abgangsentschädigung eingetretene Aktivenminderung in ihrer persönlichen Vermögensbilanz zu verhindern, etwa durch einen vorzeitigen Rücktritt, hätten sie jedenfalls nicht mehr. Dass es sich bei den Abfindungen ausserdem um ganz erhebliche Beträge handelt, zeigt ein Blick in die geltende Regelung. Paragraph 7 Abs. 1 des geltenden Stadtratsreglements sieht beim Ausscheiden eines Stadtrats mit weniger als vier Amtsjahren eine 50 %-Lohnfortzahlung für die Dauer von sechs Monaten und beim Ausscheiden eines Stadtrats mit vier bis acht Amtsjahren eine 80 %-Lohnfortzahlung für die Dauer von 12 Monaten vor. Am Datum der Annahme der Initiative, das heisst am 27. September 2009, sassen im Stadtratskollegium drei Stadträte, welche ihr Amt am 1. Januar 2003, sowie zwei Stadträte, welche ihr Amt am 1. Januar 2007 angetreten hatten. Eine Berechnung ergibt, dass bei den beiden kürzer im Amt stehenden Stadträten die Abgangsentschädigung bei einer hypothetischen Demission am 1. Oktober 2009 rund 9 % des bis zu jenem Datum bezogenen Lohns ausgemacht hätte und sie bei einem angenommenen Ausscheiden am Schluss der Amtszeit am 31. Dezember 2010 rund 6,25 % des bis zu jenem Datum bezogenen Lohns ausmachen würde. Bei den drei schon länger im Amt stehenden Stadträten hätte die Abgangsentschädigung bei einer hypothetischen Demission am 1. Oktober 2009 fast 12 % des bezogenen Lohnes ausgemacht und sie würde hier bei einem angenommenen Ausscheiden am Schluss der Amtszeit rund 10 % des bis zu jenem Datum bezogenen Lohns ausmachen.

Auch bei den gemäss den Beschwerdeführern sofort zu streichenden BVG-Sparbeiträgen sind die Grössenordnungen beachtlich. Paragraph 8 lit. b des geltenden Stadtratsreglements sieht für Stadträte im 1. bis 4. Amtsjahr einen jährlichen Sparbeitrag von 33 Prozent des beitragspflichtigen Lohnes vor, welcher dem individuellen Sparkonto des Versicherten gutgeschrieben wird. Im 5. bis 8. Amtsjahr reduziert sich der jährliche Sparbeitrag auf 22 Prozent des beitragspflichtigen Lohnes, wobei festzuhalten ist, dass dieser voll dem Stadtratslohn von CHF 155'203.- (Stand 2008) entspricht (vgl. S. 9 der GGR-Vorlage vom 14. Januar 2009 zur fraglichen Initiative). Würde das neue Stadtratsreglement somit ohne Übergangsregelung für die amtierenden Stadträte am 27. September 2009 in Kraft treten, müssten die dann noch keine vier Jahre im Amt stehenden Stadträte bis zum Ende der Amtszeit hinsichtlich der insgesamt zu erwarten gewesenen BVG-Sparbeiträge eine finanzielle Einbusse von 31 Prozent in Kauf nehmen. Die drei länger im Amt stehenden Stadträte hätten – unter Ausserachtlassung der höheren Vergütungen für den Stadtpräsidenten und den Vizepräsidenten – bei den Sparbeiträgen eine entsprechende Einbusse von rund 12,5 Prozent hinzunehmen. Aufgrund dieser Zahlen ist klar davon auszugehen, dass eine sofortige Inkraftsetzung des teilrevidierten Stadtratsreglements die amtierenden Stadträte in schwerwiegender Weise treffen würde. Jedenfalls sind die prozentualen Einbussen für alle Betroffenen deutlich höher als der im GGR-Gutachten genannte Schwellenwert einer Einkommenseinbusse von 10 Prozent. Dies festgestellt, erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit dem von den Beschwerdeführern angeführten Bundesgerichtsurteil (BGer 2P.276/1995 vom 3. April 1996), da die Lohnkürzung, welche hier zur Debatte stand, 5,1 Prozent betrug und überdies nur auf ein Jahr begrenzt war.

dd) Es ist weiter zu prüfen, ob das öffentliche Interesse an der vollständigen und sofortigen Inkraftsetzung der vom Stimmvolk beschlossenen Teilrevision des Stadtratsreglements dem privaten Interesse der im Amt stehenden Stadtratsmitglieder an einer Übergangslösung vorzuziehen hat. Die Beschwerdeführer führen in diesem Zusammenhang an, dass das Bundesgericht das Fehlen einer Übergangsregelung nur zurückhaltend als verfassungswidrig beurteilt habe und verweisen dabei erneut auf das Bundesgerichtsurteil BGer 2P.276/1995 vom 3. April 1996. Für diese These scheint das Urteil indessen eher ungeeignet zu sein, gab es für die Betroffenen in diesem Fall doch immerhin eine dreimonatige Übergangsfrist, wie die Beschwerdeführer an einer anderen Stelle in ihrer Beschwerde ebenfalls festhalten (vgl. Erw. 4c dieses Urteils, in: ZBl 1997 S. 70). Auch die anderen in diesem Zusammenhang von den Beschwerdeführern vorgebrachten Beispiele aus der nicht veröffentlichten bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus den Jahren 1994 und 1996 vermögen nicht zu belegen, dass das Bundesgericht das

gänzliche Fehlen von Übergangsbestimmungen bei Besoldungsrevisionen nur selten als nicht verfassungswidrig bezeichnet haben soll. Von Bedeutung ist hingegen die Vorgeschichte des Urteils vom 3. April 1996. Die im Streit stehende Regelung der Stadtzürcher Legislative erfolgte nämlich vor dem Hintergrund eines städtischen Defizits von über einer Milliarde Franken (vgl. Erw. 3c dieses Urteils, in: ZBI 1997 S. 68), wodurch das öffentliche Interesse an einer relativ raschen Inkraftsetzung einer Besoldungskürzung nachvollziehbar erheblich höher war als das private Kontinuitätsinteresse der Betroffenen. Von einer ähnlich schlechten Finanzlage wie damals in der Stadt Zürich kann in der Stadt Zug im Zeitpunkt der Lancierung und Einreichung der Initiative, das heisst in den Jahren 2007, 2008 und 2009 nicht die Rede sein, schloss doch die Jahresrechnung 2007 der Stadt Zug mit einem Überschuss von rund 32,2 Millionen, 2008 mit einem Plus von rund 20,9 Millionen und 2009 mit einem Überschuss von 8,3 Millionen Franken ab. Der Steuerfuss betrug 2007, 2008 und 2009 im Übrigen unverändert 70 Prozent des kantonalen Einheitssatzes. Bei dieser komfortablen Finanzlage ist das öffentliche Interesse an einer sofortigen vollständigen Inkraftsetzung der Teilrevision des Stadtratsreglements als vergleichsweise gering zu veranschlagen. Mit dem Regierungsrat ist daher festzuhalten, dass die entgegenstehenden öffentlichen Interessen als rein fiskalisch zu qualifizieren sind und die Vertrauensposition der Betroffenen nicht zu überwiegen vermögen.

ee) Damit steht als Zwischenergebnis fest, dass die am 27. September 2009 im Amt stehenden Stadträte über eine Vertrauensposition verfügen, weil sie in jenem Zeitpunkt nicht wieder rückgängig zu machende Dispositionen getroffen hatten und sie von den Regelungen in den §§ 7 und 8 des neuen Stadtratsreglements mit Blick auf diese Dispositionen in schwerwiegender Weise betroffen sind. Weiter ergibt sich, dass das öffentliche Interesse an einer sofortigen vollständigen Inkraftsetzung der neuen Regelung die Vertrauensposition dieser Stadträte nicht zu überwiegen vermag, womit sie demnach grundsätzlich einen Anspruch auf eine Übergangsregelung haben. Es stellt sich die Frage nach der angemessenen Länge dieser Übergangsfrist.

4. Die Beschwerdeführer bringen bezüglich der Übergangsfrist vor, dass die Stadträte spätestens zum Zeitpunkt der Einreichung der Initiative, d.h. am 17. Oktober 2008 mit Nachteilen hätten rechnen müssen, womit der Beginn einer Übergangsfrist, wenn schon, auf dieses Datum anzusetzen wäre. Das Ende der Frist würde im Weiteren mit dem Datum der Annahme der Initiative am 27. September 2009 zusammenfallen. Dies sei eine angemessene Frist, innerhalb welcher sich die amtierenden Stadträte hätten an die neue Rechtslage anpassen können. Diese Argumentation überzeugt nicht. Es ist zwar so, dass das Thema der finanziellen

Sonderleistungen der Zuger Stadträte mit Beginn der Unterschriftensammlung gewissermassen in der Luft lag, doch hatten die aktuell amtierenden Stadträte ihre Disposition – die Berufsaufgabe und die Annahme des Stadtratsamtes – im Wissen um die damals geltende Besoldungsregelung zu jenem Zeitpunkt bereits getroffen. Im Weiteren ist es jedem Volksbegehren immanent, dass dessen Annahme an der Urne keineswegs gesichert ist. Vorliegend schienen selbst die Beschwerdeführer vom Resultat der Abstimmung überrascht worden zu sein, schrieben sie doch in ihrer Funktion als Mitglieder des Initiativkomitees am 28. September 2009 einen an den Stadtrat von Zug gerichteten Brief, den sie mit dem Satz einleiteten, dass das Stadtzuger Stimmvolk die Initiative am Vortag «überraschend für uns» angenommen» habe (vgl. BF-Beilage 8). Klarheit über die Lohnkürzungen herrschte somit, wie der Regierungsrat in seinen Ausführungen zutreffend schreibt, erst im Zeitpunkt als der Entscheid der Reglementsänderung gefällt wurde, das heisst am Tag der Annahme der Initiative am 27. September 2009. Der Beginn der Übergangsfrist ist somit in Übereinstimmung mit dem Regierungsrat richtigerweise auf dieses Datum anzusetzen. Auch die übrigen Ausführungen des Regierungsrates, bei denen er zum Schluss kommt, dass der Ablauf der Übergangsfrist auf das Ende der laufenden Amtsperiode anzusetzen sei, wenn nicht öffentliche Interessen eine kürzere Frist nahe legen würden, vermögen zu überzeugen. Beispielsweise legte er dar, dass auch die Erheblichkeit der gestrichenen Leistungen und der Umstand, dass die Stadträte weder über eine Kündigungsmöglichkeit noch über einen Demissionsanspruch verfügen würden, bei der Bemessung der Frist zu berücksichtigen seien. Hinzu komme, dass es zumindest rechtsstaatlich mehr als fragwürdig sei, wenn der GGR dem Stadtrat eine Frist ansetzen würde, innert welcher dieser über seine Demission zu entscheiden hätte. Zieht man somit in Betracht, dass die amtierenden Stadträte aufgrund der neuen Regelungen in der Tat erhebliche finanzielle Einbussen in Kauf zu nehmen hätten (vgl. Erw. 3c/cc), dass auch ein öffentliches Interesse an einer gewissen Kontinuität hinsichtlich der personellen Zusammensetzung des Stadtrats während der laufenden Amtszeit besteht, ferner dass die betroffenen Stadträte ihre Vermögensdispositionen und ihre sonstige berufliche und familiäre Lebensplanung wegen des fehlenden Demissionsanspruchs und des immer bestehenden Risikos einer Nichtwiederwahl auf das Ende einer Amtsperiode auszurichten pflegen, weiter dass die vom Regierungsrat angestrebte Übergangsfrist von rund 15 Monaten nicht stark von der rund 11-monatigen Frist abweicht, welche sogar die Beschwerdeführer als angemessen betrachten, und schliesslich, dass keine öffentliche Interessen auszumachen sind, welche eine kürzere Frist nahelegen (vgl. Erw. 3c/dd), ist mit dem Regierungsrat zum Schluss zu kommen, dass der Ablauf der Übergangsfrist richtigerweise auf das Ende der laufenden Amtsperiode, das heisst auf den 31. Dezember 2010 anzusetzen ist.

5. Damit ergibt sich insgesamt, dass die Stadträte, welche am Tag der Annahme der Teilrevision des Stadtratsreglements, d.h. am 27. September 2009, im Amt waren, als Folge des aus Art. 9 BV fließenden Vertrauensschutzes Anspruch auf eine Übergangsregelung haben, gemäss welcher die Höhe ihrer Abgangsentschädigung und ihrer Sondersparbeiträge bei der Pensionskasse der Stadt Zug bis zum Ende der laufenden Amtszeit am 31. Dezember 2010 nach bisherigem Recht zu beurteilen sind. Indem die Bestimmung in § 11^{quater} Satz 2 des in der Urnenabstimmung angenommenen teilrevidierten Stadtratsreglements eine derartige Übergangsregelung ausdrücklich ausschliesst, erweist sie sich als verfassungswidrig. Der Regierungsrat hat diese Bestimmung in seinem Entscheid vom 17. November 2009 demnach zu Recht nicht genehmigt, womit die Verwaltungsgerichtsbeschwerde abzulehnen ist.

6. Es stellt sich die Frage, ob der Regierungsrat die Nichtgenehmigung des zweiten Satzes von § 11^{quater} des Stadtratsreglements mit einer Auflage verbinden müssen, wonach der GGR Zug für die amtierenden Stadträte eine ausdrückliche Fristbestimmung in das Stadtratsreglement hätte aufnehmen müssen. Eine derartige Auflage erweist sich indessen als unnötig, da der GGR als Konsequenz des bei Prof. Peter Hettich in Auftrag gegebenen Gutachtens den amtierenden Stadträten im unangefochten gebliebenen Beschluss vom 5. Mai 2009 die Leistungen gemäss der geltenden Fassung des Stadtratsreglements bis zum Ablauf der Amtsperiode, d.h. bis zum 31. Dezember 2010, zugesichert hatte. Aus dieser fünf Monate vor der Abstimmung gegebenen vorbehaltlosen Zusicherung von der dafür zuständigen Behörde ergibt sich in Kombination mit dem nunmehr gültigen ersten Satz von § 11^{quater} des Stadtratsreglements («Die vorstehenden Änderungen treten mit dem Tag ihrer Annahme in Kraft.»), dass Stadträte, welche am Datum der Annahme der Initiative im Amt waren, sich darauf verlassen können, dass die Stadt ihnen die Abgangsentschädigung und die BVG-Sondersparbeiträge noch bis zum 31. Dezember 2010 auf Basis der bisherigen Fassung des Stadtratsreglements ausrichten wird. Hinsichtlich der Dauer der Übergangsfrist stellt dieser Beschluss somit eine taugliche Vertrauensgrundlage dar, womit sich eine separate Legiferierung erübrigt.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. April 2010

V 2009 / 178

Eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten hat das Bundesgericht mit Urteil vom 29. November 2010 abgewiesen.

2. Verfahrensrecht

§ 38 Abs. 1 KV – Gegen Beschlüsse des Kantonsrats kann weder beim Regierungsrat noch beim Verwaltungsgericht Beschwerde bzw. Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden.

Aus dem Sachverhalt:

Am 26. Februar 2010 reichten die Sozialdemokratische Partei des Kantons Zug und neun Mitunterzeichner beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne gegen den Beschluss des Kantonsrates Zug vom 28. Januar 2010 betreffend Anzahl Kantonsratsmandate für die einzelnen Gemeinden (Vorlage Nr. 1891) und gegen die Änderungen und Streichungen des Kantonsrates Zug in den §§ 37 Abs. 3, 38, 39 Abs. 1, 45 Abs. 2 und 48 des Gesetzes über Wahlen und Abstimmungen (Vorlage Nr. 1774) vom 27. August 2009 (Listeverbündungsverbot) Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ein und beantragten, diese Beschlüsse seien unter Kostenfolge zu Lasten des Kantons Zug aufzuheben. Bereits am 1. Februar 2010 hatten die zehn Beschwerdeführer beim Regierungsrat gegen den Kantonsratsbeschluss vom 28. Januar 2010 betreffend Kantonsratsmandate für die einzelnen Gemeinden (Wahlen 2010; Vorlage 1891) Stimmrechtsbeschwerde einreichen lassen. Sie liessen beantragen, der Kantonsratsbeschluss sei aufzuheben, eventualiter sei das vorliegende Verfahren bis zum Eintreten des Bundesgerichts auf die oben erwähnten Beschwerde zu sistieren. Die Direktion des Innern sistierte in der Folge das Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat antragsgemäss. Mit Verfügung vom 17. August 2010 wurde das bundesgerichtliche Verfahren bis zum Entscheid des Regierungsrates sistiert. Das Bundesgericht stellte fest, mit Blick auf die Frage, ob der kantonale Instanzenzug nach Art. 88 BGG erschöpft sei, sei es erforderlich, dass der Regierungsrat vorgängig über die bei ihm erhobene Beschwerde befände.

Mit Beschluss vom 31. August 2010 trat der Regierungsrat auf die Stimmrechtsbeschwerde nicht ein. Gegen diesen Regierungsratsbeschluss vom 31. August 2010 und den Kantonsratsbeschluss vom 28. Januar 2010 liessen die zehn Beschwerdeführer am 24. September 2010 beim Verwaltungsgericht Stimmrechtsbeschwerde/Rechtsverweigerungsbeschwerde einreichen und beantragen, der Entscheid des Regierungsrates sei aufzuheben und die Angelegenheit sei an den Regierungsrat zur Behandlung zurückzuweisen, und der Beschluss des Kantonsrates betreffend die Anzahl Kantonsratsmandate für die einzelnen Gemeinden vom 28. Januar 2010 sei unter Kostenfolge zu Lasten des Kantons Zug aufzuheben. Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, die Beschwerde werde im Wesentlichen vorsorglich für den Fall eingereicht, dass das Bundesgericht entgegen den

Ausführungen des Kantons sowie der Beschwerdeführer entscheiden sollte, im Kanton bestehe doch ein Rechtsmittel. Ein solches Ergebnis wäre etwa denkbar, wenn das Bundesgericht zum Schluss kommen sollte, dass auf kantonaler Ebene ein Rechtsmittel einzurichten sei. Aus diesem Grund beantrage man, dass das Verfahren bis zum Entscheid des Bundesgerichts zu sistieren sei. Mit Vernehmlassung vom 4. Oktober 2010 beantragt die Direktion des Innern in Vertretung des Regierungsrates, das Verfahren sei nicht zu sistieren und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde sei, soweit auf diese überhaupt einzutreten sei, abzuweisen. Die Direktion des Innern verweist zur Begründung ihres Antrags im Wesentlichen auf die Argumentation im angefochtenen Regierungsratsbeschluss und erklärt abschliessend, es seien keinerlei Gründe ersichtlich, die es rechtfertigen würden, das vorliegende Verfahren zu sistieren.

Aus den Erwägungen:

...

3. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens kann einzig die Frage sein, ob der Regierungsrat zu Recht oder zu Unrecht auf die Beschwerde gegen den Kantonsratsbeschluss vom 28. Januar 2010 betreffend Anzahl Kantonsratsmandate für die einzelnen Gemeinden (Wahlen 2010; Vorlage 1891.2) wegen fehlender Zuständigkeit nicht eingetreten ist. Kommt das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass der Regierungsrat zu Unrecht vom Fehlen einer Prozessvoraussetzung ausgegangen und zu Unrecht mangels Zuständigkeit auf die Beschwerde nicht eingetreten sei, so hat es die Beschwerde gutzuheissen und die Sache zur materiellen Beurteilung an den Regierungsrat zurückzuweisen. Dieses Vorgehen ist in § 72 Abs. 2 VRG vorgesehen. Dieser bestimmt, dass das Verwaltungsgericht eine Beschwerdean gelegenheit insbesondere zurückweisen kann, wenn die Vorinstanz auf die Sache nicht eingetreten ist. Kommt das Gericht zum Schluss, dass der Regierungsrat seine Zuständigkeit zu Recht verneint hat und daher zu Recht auf die Beschwerde nicht eingetreten ist, muss die Beschwerde abgewiesen werden.

a) Gegenstand des regierungsrätlichen Verfahrens war der Kantonsratsbeschluss vom 28. Januar 2010 betreffend Anzahl Kantonsratsmandate für die einzelnen Gemeinden (Wahlen 2010), der im Amtsblatt vom 5. Februar 2010 publiziert wurde. Den Beschluss erliess der Kantonsrat gestützt auf § 38 der Kantonsverfassung vom 31. Januar 1894 (KV, BGS 111.1). Gemäss § 38 Abs. 1 KV übt der Kantonsrat die gesetzgebende und aufsehende Gewalt aus. Durch Kantonsratsbeschluss wird jeweils festgesetzt, auf welche Bevölkerungszahl oder einen Bruchteil je ein Mitglied in den Kantonsrat zu wählen ist (§ 38 Abs. 2 KV).

Dem Kantonsrat kommen gemäss § 41 KV unter anderen die folgenden Obliegenheiten zu: das ausschliessliche Recht der Gesetzgebung (Bst. b), die Oberaufsicht über die Behörden sowie die Erhaltung und die Vollziehung der Verfassung und Gesetze (Bst. c). Dem Regierungsrat seinerseits steht die Aufsicht über die unteren Verwaltungsbehörden und das Entscheidungsrecht über diesbezügliche Anstände und Beschwerden unter Vorbehalt der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zu. Paragraph 40 VRG bestimmt, welches die Entscheide sind, welche beim Regierungsrat angefochten werden können. Beschlüsse des Kantonsrats sind dabei – entsprechend der von der Verfassung vorgegebenen Aufsichtsordnung – nicht aufgeführt. Dem Kantonsrat steht die Oberaufsicht über den Regierungsrat zu und nicht umgekehrt. Auch aus den Rechtspflegebestimmungen des Gesetzes über Wahlen und Abstimmungen vom 28. September 2006 (WAG, BGS 131.1) ergibt sich keine Kompetenz des Regierungsrates zur Überprüfung von Kantonsratsbeschlüssen wegen Verletzung des Stimm- und Wahlrechts. Zwar sieht § 67 Abs. 1 WAG vor, dass wegen Verletzung des Stimmrechts (lit. a) und wegen Unregelmässigkeiten bei der Vorbereitung und Durchführung von Wahlen und Abstimmungen (lit. b) beim Regierungsrat Beschwerde geführt werden kann. Aus Absatz 2 («Die Beschwerde ist innert drei Tagen seit der Entdeckung des Beschwerdegrundes, spätestens am dritten Tag nach der amtlichen Veröffentlichung des Ergebnisses im Amtsblatt, beim Regierungsrat einzureichen») ergibt sich klar, dass sich diese Beschwerdemöglichkeiten nur auf einen konkreten Urnengang und nicht auf generelle gesetzliche Erlasse beziehen kann, welche Stimmrechtsfragen zum Gegenstand haben.

Auch beim Verwaltungsgericht können Erlasse und Beschlüsse des Kantonsrats nicht angefochten werden. Das Verwaltungsgericht steht – wie der Regierungsrat – unter der Oberaufsicht des Kantonsrates (§ 60 Abs. 1 VRG) und erstattet alle zwei Jahren über seine Amtsführung Bericht. Aus der Generalklausel von § 61 VRG betreffend die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ergibt sich weiter e contrario, dass Beschlüsse des Kantonsrates nicht beim Verwaltungsgericht angefochten werden können. Aufgrund der geltenden Rechtsordnung besteht keine Möglichkeit, Beschlüsse des Kantonsrates über die politischen Rechte der Stimmberechtigten in kantonalen Angelegenheiten mit einem kantonalen Rechtsmittel anzufechten. Dies bedeutet, dass der kantonale Instanzenzug erschöpft ist. Der Regierungsrat ist zu Recht auf die Beschwerde der zehn Beschwerdeführer gegen den Kantonsratsbeschluss vom 28. Januar 2010 nicht eingetreten.

b) Fragen könnte man sich allenfalls, ob der Kanton Zug in Anwendung von Art. 88 Abs. 2 BGG nicht ein Rechtsmittel gegen behördliche Akte vorsehen müsste, welche die politischen Rechte der Stimmberechtigten in kantonalen Angelegenheiten verletzen könnten. Die in Art. 88 Abs. 2 BGG statuierte Pflicht der Kan-

tone erstreckt sich jedoch nicht auf Akte des Parlaments und der Regierung. Der Bundesrat hat sich zu dieser Frage in der Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001 (BBL 2001, 4207 ff., 4327) geäußert:

«In kantonalen Angelegenheiten sind die Kantone künftig durch Abs. 2 gehalten, gegen behördliche Akte, welche die politischen Rechte verletzen können, eine Beschwerdemöglichkeit vorzusehen.... Nach Art. 191b Abs. 1 BV-Justizreform muss die Vorinstanz des Bundesgerichts eine gerichtliche Instanz sein. Art. 29a BV-Justizreform erlaubt jedoch dem kantonalen Gesetzgeber, in Ausnahmefällen keine richterliche Behörde vorzusehen.... Bei Akten des Parlaments oder der Regierung im Bereich der politischen Rechte schliessen die meisten Kantone alle Beschwerden auf kantonaler Ebene aus. Nach Meinung des Bundesrates ist es nicht nötig, die Kantone zu einer Änderung ihres diesbezüglichen politischen Systeme zu veranlassen, da der überwiegende politische Charakter in diesen Angelegenheiten unbestreitbar gegeben ist. Aus diesem Grund erlaubt das BGG ausdrücklich, Akte des Parlaments oder der Regierung, die nicht einer Beschwerde auf kantonaler Ebene zugänglich sind, direkt beim Bundesgericht anzufechten... Damit legt das Bundesrecht selber einen Bereich fest, in dem die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) nicht gilt, wenn das kantonale Recht dies nicht vorsieht».

Als Akte des Parlaments gelten dabei Erlasse zur Ausübung der politischen Rechte wie Gesetze über die politischen Rechte oder über Wahlen sowie Verordnungen über die Ausübung der politischen Rechte (BSK BGG-Steinmann, Art. 88 N 13 mit Verweis auf die Praxis des Bundesgerichts). Im Rahmen der Anpassung der kantonalen Gesetzgebung an das BGG ist im Kanton Zug die Frage thematisiert worden, ob man gegen Akte des Parlaments und der Regierung in kantonalen Stimmrechts-sachen ein kantonales Rechtsmittel einführen wolle oder nicht. Man hat es aber schliesslich – ohne nähere Kommentierung – bei der Feststellung der bestehenden Ausnahme von der Rechtsweggarantie belassen (vgl. hierzu Bericht und Antrag des Regierungsrats und des Verwaltungsgerichts zur Anpassung kantonalen Gesetze an das Bundesgesetz über das Bundesgericht sowie weitere Änderungen vom 26. Februar 2008, KRV 12630, 41 und 70). Der Gesetzgeber hat damit bewusst auf die Einführung eines kantonalen Rechtsmittels gegen Akte des Parlaments und der Regierung verzichtet, welche die politischen Rechte der Stimmberechtigten in kantonalen Angelegenheiten verletzen könnten. Dieses Faktum ist im vorliegenden Verfahren zur Kenntnis zu nehmen.

4. Zusammenfassend steht fest, dass es kein kantonales Rechtsmittel gegen den Kantonsratsbeschluss vom 28. Januar 2010 gibt. Der Regierungsrat ist daher zu Recht auf die Eingabe der zehn Beschwerdeführer vom 1. Februar 2010 nicht

eingetreten. Die vorliegende Beschwerde muss daher abgewiesen werden. Dies führt gestützt auf § 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG an sich zur Kostenpflicht der unterliegenden Beschwerdeführer, wie dies der Regierungsrat beantragt hat. Das Verwaltungsgericht kann aber in besonderen Fällen, insbesondere wenn die Parteien an der Streitsache nicht wirtschaftlich interessiert sind, oder wenn es das öffentliche Interesse an der Abklärung der Streitfrage rechtfertigt, die Kosten herabsetzen oder ganz erlassen. Im vorliegenden Fall besteht ein erhebliches öffentliches Interesse an der Abklärung der Frage, ob der Kantonsratsbeschluss über die Anzahl Kantonsratsmandate für die einzelnen Gemeinden die politischen Rechte der Bürger verletzt oder nicht. Aus diesem Grund verzichtet das Verwaltungsgericht auf die Erhebung einer Spruchgebühr. Anspruch auf eine Parteientschädigung besteht bei diesem Ausgang des Verfahrens für keine der beiden Parteien.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 18. Oktober 2010

V 2010 / 149

Art. 29 Abs. 3 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK; § 27 Abs. 1 VRG, § 9 GO – Voraussetzungen für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und des unentgeltlichen Rechtsbeistandes vor Verwaltungsgericht. Die Höhe des praxisgemäss anzurechnenden «Notgroschens» richtet sich nach den individuellen Verhältnissen des Einzelfalles.

Aus dem Sachverhalt:

Mit Verfügung vom 21. Januar 2010 wies die Vorsitzende der fürsorgerechtlichen Kammer das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes mangels Bedürftigkeit ab. Die von dem nunmehr durch einen Rechtsanwalt vertretenen Beschwerdeführer am 25. Januar 2010 eingereichte Beschwerde gegen die fürsorgerechtliche Freiheitsentziehung wies das Schweizerische Bundesgericht mit Urteil vom 19. Februar 2010 ab. Gleichzeitig hiess es sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren gut und bestellte den Rechtsanwalt als amtlichen Rechtsbeistand, den es mit Fr. 1'000.- aus der Bundesgerichtskasse entschädigte.

Ebenfalls am 25. Januar 2010 reichte der durch den Rechtsanwalt vertretene Beschwerdeführer bei der fürsorgerechtlichen Kammer des Verwaltungsgerichts eine Beschwerde gegen den die unentgeltliche Rechtsbeistandung verweigernden Entscheid der Kammervorsitzenden vom 21. Januar 2010 ein. Er beantragt die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsbeistandung für sämtliche Verfahren, insbesondere die Bestellung seines neuen Rechtsvertreters als unentgeltlicher Rechtsbeistand

in diesem Verfahren und die öffentliche Anhörung. Zur Begründung beruft sich der Beschwerdeführer auf Art. 13 EMRK i.V.m. Art. 5 Ziff. 4 und Art. 6 Ziff. 1 und Art. 14 EMRK. Es werde die aus Art. 29 Abs. 3 BV fließende Verfahrensgarantie verletzt.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss § 9 Abs. 1 lit. 3 i.V.m. § 9 Abs. 2 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtes vom 14. Januar 1977 (GO) obliegt die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und des unentgeltlichen Rechtsbeistandes dem Präsidenten bzw. dem Vorsitzenden derjenigen Kammer, welcher ein Geschäft zugewiesen ist. Gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege oder des unentgeltlichen Rechtsbeistandes kann gemäss § 9 Abs. 3 GO innert 30 Tagen an das Verwaltungsgericht Beschwerde geführt werden; der Entscheid liegt bei der in der Hauptsache zuständigen Kammer. Vorliegend ist eine das Gesuch um einen unentgeltlichen Rechtsbeistand abweisende Verfügung der Vorsitzenden der fürsorgerechtlichen Kammer vom 21. Januar 2010 angefochten. Die fürsorgerechtliche Kammer des Verwaltungsgerichtes ist somit für die Beurteilung dieser Beschwerde zuständig, wobei gemäss Urteil des Bundesgerichts vom 19. März 2008 die Kammervorsitzende für dieses Verfahren in den Ausstand zu treten hat und durch ein anderes Mitglied des Verwaltungsgerichtes zu ersetzen ist (Urteil 5A_84/2008 vom 19. März 2008). Die Beschwerde ist am 25. Januar 2010 rechtzeitig eingereicht worden und entspricht auch den übrigen formellen Anforderungen, sodass sie zu prüfen ist.

2. Gemäss Art. 29 Abs. 3 BV hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand. Dementsprechend sieht auch § 27 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 1. April 1976 (VRG) vor, dass die entscheidende Behörde einer Partei, wenn ihr die nötigen Mittel fehlen und ihr Begehren nicht offensichtlich aussichtslos erscheint, die unentgeltliche Rechtspflege bewilligen kann. Gemäss Abs. 2 derselben Bestimmung kann im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht auf begründetes Gesuch mit der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege die Bestellung eines Rechtsbeistandes verbunden werden. Beschwerdeverfahren betreffend eine fürsorgliche Freiheitsentziehung sind nach § 79 g VRG in der Regel kostenlos. Umstritten ist aber, ob der Beschwerdeführer Anspruch auf die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Verfahren F 2010 3 hat, wobei nach dem Gesagten die Voraussetzungen der Bedürftigkeit des Beschwerdeführers, der fehlenden Aussichtslosigkeit des Verfahrens sowie der Notwendigkeit der anwaltlichen Vertretung kumulativ erfüllt sein müssen.

3. Die Vorsitzende der fürsorgerechtlichen Kammer hatte im angefochtenen Entscheid den Antrag auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung mit der Begründung abgewiesen, dem Beschwerdeführer fehlten insgesamt nicht die nötigen Mittel, um neben seinem Lebensunterhalt auch für die Kosten seiner anwaltlichen Vertretung selbst aufzukommen, sodass das Gesuch um Bewilligung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes in jedem Fall abgewiesen werden müsse.

Im Einzelnen erwog sie, der Beschwerdeführer verfüge über ein monatliches Einkommen von Fr. 2'629.35 (IV-Rente und BVG-Rente), während die anrechenbaren Ausgaben Fr. 2'533.90 betragen (Hälfte des erweiterten Grundbetrages für zwei in einer Wohngemeinschaft lebende erwachsene Personen Fr. 1'020.-; Anteil Wohnungsmiete Fr. 619.-; Krankenkassenprämien Fr. 461.90; ungedeckte Krankheitskosten Fr. 150.-; Zahnarztkosten Fr. 200.-; AHV-Beiträge Fr. 40; Prämien für Haushaltsversicherung Fr. 43.-; vgl. Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums [Notbedarf] nach Art. 93 SchKG, Kreisschreiben der Justizkommission des Obergerichts vom 10. Dezember 2009). Im Hinblick auf die anrechenbaren Ausgaben sei dabei anzumerken, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bei der Ermittlung der Prozessbedürftigkeit private Schulden ausser Acht zu lassen seien (Urteile des Bundesgerichts vom 26. Juli 2007, U 318/06, Erw. 4.2.2, sowie vom 4. November 2004, 5P.169/2004, Erw. 4.2.1) und lediglich auf der Einkommensseite allfällige Lohnpfändungen – welche weder ausgewiesen noch geltend gemacht worden seien – zu berücksichtigen wären, da nur diese Mittel nicht zur Begleichung der mit dem Prozess verbundenen Kosten zur Verfügung stünden (Urteil des Bundesgerichts vom 11. Januar 2005, 5P.448/2004, Erw. 2.3). Demnach sei jedenfalls der im Berechnungsblatt des Sozialdienstes aufgeführte Posten «Abzahlen Schulden» nicht zu berücksichtigen, zumal selbst der Beistand des Beschwerdeführers bestätige, dass es sich dabei um laufende Ausgaben im Sinne eines Polsters handle, solche Ausgaben aber bereits mit dem erweiterten Grundbetrag gedeckt seien. Weiter würden auch die im Berechnungsblatt des Sozialdienstes aufgeführten Posten «Kleider», «Steuern» und «Diverses» bereits als im Grundbetrag mit berücksichtigt gelten und im Übrigen seien allfällige Ausgaben für Abonnemente der öffentlichen Verkehrsmittel für den nicht erwerbstätigen Beschwerdeführer nicht notwendig im Sinne der Prozessbedürftigkeit. Im Weiteren sei davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer Anspruch auf Prämienverbilligung in der Krankenversicherung geltend machen könnte, wodurch sich die anrechenbaren Ausgaben sogar noch weiter verringern würden. Demnach könne dem Beschwerdeführer aber immerhin ein monatlicher Überschuss in der Höhe von rund Fr. 100.- angerechnet werden.

Sodann verfüge der Beschwerdeführer gemäss Bestätigung des Sozialdienstes X. aktuell über ein Vermögen von Fr. 6'256.-, womit der so genannte Notgroschen von in der Regel Fr. 5'000.- seinerseits um immerhin Fr. 1'256.- überschritten werde. Da zudem die dem Beschwerdeführer aufgrund des jährlichen Selbstbehaltes und einer allfälligen Franchise der Krankenkasse im Zusammenhang mit seiner aktuellen Einweisung in die Psychiatrische Klinik entstandenen Kosten jedenfalls bereits im Rahmen der Ermittlung der anrechenbaren Ausgaben berücksichtigt worden seien, sei es nicht entscheidend, dass der Notgroschen von Fr. 5'000.- allenfalls durch eine in absehbarer Zeit zu erwartende entsprechende Rechnungsstellung vorübergehend unterschritten werden könnte. Bei einem den Notgroschen übersteigenden Vermögen von Fr. 1'256.- und einem monatlich zu berücksichtigenden Einkommensüberschuss von rund Fr. 100.- sei ebenso wenig entscheidend, dass der Beschwerdeführer durch die Bezahlung des von seinem Anwalt in Rechnung gestellten Honorars von Fr. 1'740.- (inkl. MWSt.) vorübergehend in seinen Notgroschen von Fr. 5'000.- eingreifen müsste, zumal die Honorarrechnung im Rahmen allfälliger Ratenzahlungen innert angemessener Frist auch ohne Eingreifen in den Notgroschen beglichen werden könnte.

4. a) Umstritten ist im Wesentlichen, ob vorliegend bei einem monatlich zu berücksichtigenden Einkommensüberschuss von rund Fr. 100.- und einem Vermögen von Fr. 6'256.- eine Bedürftigkeit des Beschwerdeführers gegeben ist, was die Kammervorsitzende in Berücksichtigung des vom Verwaltungsgericht praxismässig anerkannten Notgroschens von Fr. 5'000.- verneint hat.

b) Die prozessuale Bedürftigkeit beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtsuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Dazu gehören einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen, andererseits die Einkommens- und Vermögensverhältnisse (BGE 124 I 1 E. 2a S. 2, 120 Ia 179 E. 3a S. 181, je mit Hinweisen). Bei der Ermittlung des notwendigen Lebensunterhaltes soll nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abgestellt, sondern den individuellen Umständen Rechnung getragen werden. Die Grenze für die Annahme der Bedürftigkeit im Sinne der Regeln über die unentgeltliche Rechtspflege liegt jedoch höher als diejenige des betriebsrechtlichen Existenzminimums (SVR 2007 AHV Nr. 7 S. 19, H 27/05 E. 4.1.2 mit Hinweisen; RKUV 2000 Nr. KV 119 S. 154, K 140/99 E. 2). Ein allfälliger Überschuss zwischen dem zur Verfügung stehenden Einkommen und dem Zwangsbedarf der gesuchstellenden Person ist mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten in Beziehung zu setzen (BGE 118 Ia 369 E. 4a S. 370 f.). Dabei sollte es der monatliche Überschuss ihr ermöglichen, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen. Ent-

scheidend ist zudem, ob die gesuchstellende Person mit dem ihr verbleibenden Überschuss in der Lage ist, die anfallenden Gerichts- und Anwaltskostenvorschüsse innert absehbarer Zeit zu leisten (Pra 2008 Nr. 67 S. 444, 5A_336/2007 E. 3.1 mit Hinweis auf BGE 118 Ia 369 E. 4a S. 370 und 109 Ia 5 E. 3a S. 9).

Nach der in GVP 2003, 214 ff. dargelegten Praxis der Justizkommission des Obergerichts des Kantons Zug kann einer Partei je nach den Umständen ein sog. Notgroschen belassen werden. Dieser soll dazu dienen, für einen überblickbaren Zeitraum gegen die üblichen Zwischenfälle des Lebens, welche jeden Bewerber treffen können und bei ihm finanzielle Engpässe hervorrufen können, gesichert zu bleiben, also etwa in der Lage zu sein, die Kosten im Falle einer Krankheit oder eines notwendigen Kaufes eines Kompetenzstückes zu decken. Dieses Risiko kann in der Regel bereits mit wenigen tausend Franken abgedeckt werden. Bei einer Familie wird ein Vermögen von Fr. 10'000.- als unantastbar betrachtet. Bei einer Einzelperson wird dieser unantastbare Betrag auf Fr. 5'000.- festgesetzt. Von diesem Richtwert wird aus Praktikabilitätsgründen in der Regel im Sinne einer unteren Limite ausgegangen. Es gibt aber Umstände, die dazu führen, dass sich eine Partei in absehbarer Zeit wirtschaftlich nicht mehr erholen können, insbesondere eine solche, die wegen anhaltender Arbeitslosigkeit, infolge Invalidität oder im Hinblick auf ihr Alter nicht voll erwerbsfähig ist. Einer solchen Person kann nicht zugemutet werden, dass sie ihre Ersparnisse bis auf eine Notreserve aufgibt. Hier ist eine gewisse Grosszügigkeit am Platz. Das Bundesgericht hat in einem solchen Fall auch schon ein Vermögen von Fr. 20'000.- als unantastbar bezeichnet. Soweit demnach das Vermögen einer Familie den Betrag von Fr. 10'000.- bzw. das Vermögen einer Einzelperson den Betrag von Fr. 5'000.- übersteigt, sind stets die individuellen Verhältnisse des Einzelfalles zu prüfen. Insbesondere sind das Alter des Gesuchstellers, seine Gesundheit, seine Erwerbsfähigkeit, allfällige künftige notwendige Auslagen für Kompetenzmobilien, finanzielle Aussichten nach dem Ende der Aktivität oder im Falle der Krankheit usw. zu berücksichtigen. Zu beachten ist aber auch der Umstand, ob und inwieweit das monatliche Einkommen unter dem Notbedarf liegt. Liegen solche Verhältnisse vor, kann es sich im Einzelfall durchaus rechtfertigen, dem Gesuchsteller einen höheren Notgroschen zuzugestehen. Denkbar wäre auch, dass die unentgeltliche Prozessführung nur teilweise gewährt wird.

In ständiger Praxis stellt auch das Verwaltungsgericht auf Notgroschen in der Höhe von Fr. 5'000.- für alleinstehende Personen bzw. Fr. 10'000.- für Familien ab.

c) Der Beschwerdeführer vermöchte bei dem zweifellos als geringfügig einzustufenden Überschuss von Fr. 111.70 pro Monat das hier von seinem Anwalt in Rechnung gestellte Honorar von Fr. 1'740.- (inkl. MWSt.) nicht innert Jahresfrist

zu begleichen. Sein Vermögen beträgt indessen Fr. 6'256.- und liegt somit höher als der praxisgemäss anerkannte Notgroschen von Fr. 5'000.-, was im angefochtenen Entscheid als Grund für die Verneinung der Bedürftigkeit angeführt wurde.

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung und Lehre ist bei der Festsetzung des Notgroschens den Verhältnissen des konkreten Falles wie insbesondere Alter und Gesundheit Rechnung zu tragen (Urteil 9C_253/2009 vom 11. Januar 2010 E. 4.4, I 362/05 vom 9. August 2005 E. 5.3, B 52/02 vom 20. Dezember 2002 E. 5.3; Alfred Bühler, Die Prozessarmut, in: Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, Bern 2001, S. 154 ff). Zu berücksichtigen ist deshalb, dass der Beschwerdeführer erstmals 2003 in der Psychiatrischen Klinik Zugersee (damals noch Oberwil) hospitalisiert wurde. ... In den folgenden Jahren kam es zu insgesamt elf Hospitalisationen in der Psychiatrischen Klinik Zugersee, drei Hospitalisationen in der Psychiatrischen Klinik Littenheid und zu einer Hospitalisation in der Klinik Y. Hauptdiagnose war dabei jeweils eine chronische paranoide Schizophrenie (ICD-10: F20.0). Am 31. Dezember 2009 trat der Beschwerdeführer freiwillig in die Psychiatrische Klinik Zugersee ein; als Grund für diesen Eintritt gab er an der persönlichen Befragung an, er habe mit dem Rauchen aufhören wollen. Dem Eintrittsbericht der Klinik vom 31. Dezember 2009 lässt sich entnehmen, dass er paranoide Gedanken angab; er höre Stimmen und im Affekt erscheine er innerlich unruhig, klagsam und affektlabil und beschreibe sozialen Rückzug. Der gerichtliche Gutachter Dr. med. Frank Fischer diagnostizierte in seinem Gutachten vom 14. Januar 2010 eine chronische Schizophrenie (ICD-10: F20.0). ...

d) Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände, insbesondere des prekären gesundheitlichen Zustandes des Beschwerdeführers, und der Tatsache, dass er über nur knapp ausreichende Einkünfte verfügt und auch in Zukunft kaum arbeiten und Vermögen oder z.B. eine Altersvorsorge generieren kann, rechtfertigt sich die Annahme eines höheren Notgroschens. Ohne diesen hier genau zu beziffern, kann jedenfalls von ihm nicht verlangt werden, sein bescheidenes Vermögen von Fr. 6'256.- anzugreifen, um seine verfassungsmässigen Rechte im Verfahren der gegen ihn ausgesprochenen fürsorgerischen Freiheitsentziehung wahren zu können. Nachdem sein Einkommen wie erwähnt klarerweise nicht ausreicht, um das ausgewiesene Anwaltshonorar innert Jahresfrist begleichen zu können, muss somit seine Bedürftigkeit bejaht werden. Dies hat auch das Bundesgericht in seinem Urteil vom 19. Februar 2010 (E. 5) getan.

e) Wie das Bundesgericht in seinem Urteil schon bestätigt hat, sind auch die übrigen Voraussetzungen für den Anspruch auf die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands erfüllt, so dass die Beschwerde somit gutzuheissen ist. Demzufolge wird der Rechtsvertreter im Verfahren V 2010/3 in dem von ihm in Rechnung gestellten Betrag von Fr. 1'740.- (inkl. MWSt.) entschädigt.

5. Der Beschwerdeführer verlangt zudem die öffentliche Anhörung der Sache. Diesbezüglich ist festzustellen, dass im vorliegenden Verfahren die Notwendigkeit einer mündlichen Verhandlung entfällt, weshalb der Antrag schon von daher abzuweisen ist (vgl. BGE 128 I 288 E. 2.6 S. 293). Selbst wenn Art. 6 Ziff. 1 EMRK auf Fälle der fürsorglichen Freiheitsentziehung überhaupt anwendbar sein und daraus ein allgemeiner Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege fliessen sollte, ergäben sich aus dieser Bestimmung indessen keine weitergehenden Ansprüche hinsichtlich der unentgeltlichen Rechtspflege als aus dem kantonalen Prozessrecht bzw. Art. 29 Abs. 3 BV (vgl. Stefan Meichssner, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege [Art. 29 Abs. 3 BV], Basel 2008, S. 19 f. mit Hinweisen).

6. Der Rechtsvertreter in diesem Beschwerdeverfahren ist gestützt auf die in dieser Sache gemachten Erwägungen ebenfalls als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Er ist mit Fr. 750.- aus der Staatskasse zu entschädigen.

Das Verfahren ist gemäss § 79 g VRG kostenlos.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 29. März 2010

F 2010 / 5

§§ 40, 61 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 VRG, § 6 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Staatsverwaltung, § 3 Abs. 4 lit. c der Delegationsverordnung des Regierungsrates; § 10 Abs. 1 und 3 VRG – Entscheide einer Direktion des Regierungsrates, die gestützt auf § 3 der Delegationsverordnung erlassen werden, können direkt mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden. Eine eingeschrieben versandte Verfügung wird in jenem Zeitpunkt als zugestellt betrachtet, in welchem Sie am Postschalter abgeholt wird. Geschieht dies nicht innert der Abholfrist, so gilt praxisgemäss die Fiktion, dass sie am letzten Tag der Abholfrist zugestellt bzw. abgeholt worden sei. Auf verspätete Beschwerdeeingaben kann nicht eingetreten werden.

Aus dem Sachverhalt:

X., Jahrgang 1961, wird seit Oktober 2009 von der Stadt Zug mit wirtschaftlicher Sozialhilfe unterstützt. Mit Beschluss vom 29. Juni 2010 stellte der Stadtrat von Zug die Sozialhilfe für X. bis auf Weiteres ein und machte die erneute Auszahlung von Sozialhilfe davon abhängig, dass X. bestimmte Auflagen umgesetzt habe.

Gegen diesen Beschluss reichte X. am 30. August 2010 beim Regierungsrat des Kantons Zug Beschwerde ein und beantragte die Wiederaufnahme der Sozialhilfe. Zur Begründung führte sie aus, sie habe die Beschwerde zuerst beim Sozialamt der Stadt Zug und damit bei der falschen Stelle eingereicht. Sie sei vom Sozialamt

jedoch nicht auf diesen Fehler hingewiesen worden, weshalb sie erst jetzt bemerkt habe, dass die Beschwerde beim Regierungsrat einzureichen sei. Am 1. September 2010 wurde X. von der Direktion des Innern aufgefordert, innert einer Frist von 20 Tagen zu erklären, ob sie trotz Schreiben des Sozialamtes vom 30. August 2010 an der Beschwerde festhalten wollte. Zusätzlich wurde sie darauf hingewiesen, dass ihre Beschwerde verspätet eingereicht worden sei und dass das Sozialamt erklärt habe, dass auch dort keine Beschwerde eingegangen sei. Falls sich dieser Umstand bestätigen sollte, könne wegen verpasster Frist nicht auf die Beschwerde eingetreten werden. X. bestätigte daraufhin ihre Anträge.

Mit Verfügung vom 8. September 2010 trat die Direktion des Innern des Kantons Zug auf die Beschwerde von X. nicht ein. Zur Begründung führte sie aus, die Beschwerde sei zu spät erfolgt. Der angefochtene Beschluss vom 29. Juni 2010 sei gemäss Track & Trace der Schweizerischen Post am 1. Juli 2010 aufgegeben worden und der Beschwerdeführerin am 2. Juli 2010 zur Abholung gemeldet worden. Die Abholfrist sei jedoch unbenützt verstrichen, weshalb der Beschluss am Montag, 12. Juli 2010 an den Stadtrat von Zug zurückgeschickt worden sei. Der Stadtrat habe den Beschluss erneut zugestellt, so dass er am 15. Juli 2010 ins Postfach der Beschwerdeführerin gelangt sei. Da die Beschwerdeführerin die Verfügung nicht bei der Post abgeholt habe, gelte sie am letzten Tag der Abholfrist als zugestellt. Im Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde am 30. August 2010 sei die Frist längstens abgelaufen gewesen, was selbst dann gelten würde, wenn der Eingang im Postfach am 15. Juli 2010 als Zustellungsdatum anzusehen wäre. Eine Wiederherstellung der Frist sei ausgeschlossen. Das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 29. Juni 2010, welches ihrer Darstellung nach die Beschwerde gegen den Beschluss des Stadtrats von Zug vom 29. Juni 2010 sein solle, beziehe sich auf ein Gespräch mit dem zuständigen Sozialarbeiter. Zudem sei der Entscheid des Stadtrats von Zug am selben Tag ergangen (29. Juni 2010), an dem die Beschwerdeführerin dieses Schreiben verfasst habe. Die Beschwerdeführerin habe jedoch erst im Minimum zwei Wochen später vom definitiven Entscheid des Stadtrats Kenntnis erhalten, weshalb dieses Schreiben keinesfalls als Beschwerde zu betrachten sei.

Gegen diesen Beschluss reichte X. am 15. September 2010 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug ein und beantragte die Wiederaufnahme der Sozialhilfe.

Mit Vernehmlassung vom 1. Oktober 2010 beantragte der Stadtrat von Zug, die Beschwerde sei abzuweisen.

Am 1. Oktober 2010 beantragte die Direktion des Innern, das Verwaltungsgericht solle sich als unzuständig zu erklären und die Sache zur Beurteilung an den Regierungsrat überweisen. Eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen. Zur Begründung wird ausgeführt, dass es sich beim angefochtenen Beschluss um einen Entscheid der Direktion des Innern handle, welcher sich auf § 3 Abs. 4 lit. c der Delegationsverordnung vom 23. November 1999 (BGS 153.3) i.V.m. § 6 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Staatsverwaltung vom 29. Oktober 1998 (BGS 153.1) stütze. Gemäss §§ 40 Abs. 2 und 61 Abs. 1 Ziff. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (BGS 162.1) seien alle Direktionsentscheide, die sich auf kantonales Recht stützten, beim Regierungsrat anzufechten. Alle Direktionsentscheide hingegen, welche sich auf Bundesrecht stützten, seien direkt beim Verwaltungsgericht anfechtbar. Dem vorliegenden Beschluss liege jedoch kantonales Sozialhilferecht zugrunde, womit es sich demnach um kantonales materielles Recht handle. Gestützt auf diese Ausführungen sei somit der Regierungsrat die Rechtsmittelinstanz und nicht das Verwaltungsgericht, weshalb die Beschwerde wegen Unzuständigkeit zur Beurteilung an den Regierungsrat zu überweisen sei. Sollte das Verwaltungsgericht zum Schluss kommen, dass die Behandlung der Beschwerde in seine Zuständigkeit falle, wird eventualiter die vollständige Abweisung der Beschwerde beantragt. Zur Begründung dieses Antrags wird grundsätzlich auf den Beschluss vom 8. September 2010 verwiesen, dessen Erwägungen zum integrierten Bestandteil der Vernehmlassung erklärt werden. Ergänzend wird angeführt, die neu vorgebrachte Begründung der Beschwerdeführerin, dass ihr der Entscheid des Stadtrats von Zug betreffend Einstellung der Sozialhilfe bei der Besprechung am 26. Juni 2010 persönlich ausgehändigt worden sei, sei unmöglich, da der Stadtrat den Beschluss erst am 29. Juni 2010 gefasst habe. Es sei nicht nachvollziehbar, wie dieser bereits am 26. Juni 2010 hätte ausgehändigt werden sollen. Zudem gehe aus dem Schreiben der Beschwerdeführerin deutlich hervor, dass sie sich auf das Gespräch mit dem zuständigen Sozialarbeiter beziehe und nicht auf einen Entscheid des Stadtrats.

Aus den Erwägungen:

1. Umstritten ist vorerst, ob das Verwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig ist oder ob die Beschwerde, wie die Direktion des Innern beantragt, zuständigkeitshalber an den Regierungsrat als zuständige Instanz zur Beurteilung überwiesen werden muss. Als Erstes gilt es festzuhalten, dass gemäss § 61 Abs. 1 Ziff. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 1. April 1976 (VRG, BGS 162.1) gegen Verwaltungsentscheide des Regierungsrates die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zulässig ist, soweit die Gesetzgebung den Weiterzug nicht ausnahmsweise ausschliesst. Verwaltungsentscheide einer Direktion des Regierungsrates können direkt beim Verwaltungsgericht angefochten

werden, wenn sich diese auf Bundesrecht stützen und die Gesetzgebung keinen Weiterzug an den Regierungsrat oder das Bundesverwaltungsgericht vorsieht (§ 61 Abs. 1 Ziff. 1 VRG). Korrekt ist, dass es bei dem vorliegenden Beschwerdeverfahren um die Anwendung von kantonalem Sozialhilferecht geht, was bedeuten würde, dass an sich gegen den Entscheid der Direktion des Innern beim Regierungsrat innert 20 Tagen Verwaltungsbeschwerde einzureichen wäre.

Beim vorliegenden Fall geht es aber nicht um einen Entscheid, den die Direktion des Innern gestützt auf kantonales Sozialhilferecht gefällt hat. Ausgangspunkt ist der Entscheid des Stadtrates von Zug vom 29. Juni 2010, den die Beschwerdeführerin gestützt auf § 40 Abs. 1 VRG beim Regierungsrat angefochten hat. Der Regierungsrat hat nun in § 3 Abs. 4 der Delegationsverordnung vom 23. November 1999, in der Fassung vom 27. Mai 2008 (BGS 153.3) gewisse Entscheidungsbefugnisse an seine Direktionen delegiert. So kann eine Direktion über eine Beschwerde entscheiden, wenn die Beschwerdefrist offensichtlich nicht eingehalten ist (§ 3 Abs. 4 lit. c Delegationsverordnung). Bei diesem Entscheid handelt es sich aber nur faktisch um einen Direktionsentscheid, de jure ist es ein Entscheid des Regierungsrates, der aufgrund der Kompetenzdelegation in Einzelkompetenz gefällt werden darf. Der ordentliche Rechtsweg «Gemeinde – Regierungsrat – Verwaltungsgericht – Bundesgericht» kann nicht durch eine Kompetenzdelegation innerhalb des Regierungsrats unterbrochen bzw. verlängert werden. Auch aus verfahrensökonomischen Gründen ist es dem Rechtssuchenden nicht zumutbar, sich zuerst gegen einen Entscheid des Gemeinderates beim Regierungsrat zu beschweren, dann einen Entscheid einer Direktion zu erhalten und sich erneut beim Regierungsrat, bei dem er ja bereits Verwaltungsbeschwerde erhoben hat, wiederum beschweren zu müssen. Entscheide einer Direktion des Regierungsrates, welche gestützt auf § 3 der Delegationsverordnung erlassen werden, können direkt mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden.

Die Beschwerdeführerin ist vom Entscheid der Direktion des Innern und vom Beschluss des Stadtrates des Kantons Zug direkt betroffen und daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Die Beschwerde wurde fristgerecht eingereicht und entspricht den formellen Voraussetzungen, weshalb sie zu prüfen ist.

2. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens kann einzig die Frage sein, ob die Direktion des Innern des Kantons Zug zu Recht oder zu Unrecht auf die Beschwerde gegen den Beschluss des Stadtrats von Zug vom 29. Juni 2010 wegen verpasster Frist nicht eingetreten ist. Kommt das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass die Direktion des Innern zu Unrecht vom Fehlen einer Prozessvoraussetzung ausgegangen und zu Unrecht wegen verpasster Frist auf die Beschwerde nicht eingetreten sei, so hat es die Beschwerde gutzuheissen und die Sache zur materiellen

Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (§ 72 Abs. 2 VRG). Kommt das Gericht zum Schluss, dass die Beschwerde verspätet eingereicht wurde und die Direktion des Innern daher zu Recht auf die Beschwerde nicht eingetreten ist, muss die Beschwerde abgewiesen werden.

a) Die Direktion des Innern macht geltend, die 20-tägige Beschwerdefrist sei mit Ablauf der Abholfrist am Montag, 12. Juli 2010 unbenutzt verstrichen, womit die Beschwerde vom 30. August 2010 verspätet erfolgt sei. Die Beschwerdeführerin stellt sich derweil auf den Standpunkt, dass ihr Schreiben vom 29. Juni 2010 als Beschwerde zu verstehen gewesen sei, welche sie jedoch fälschlicherweise beim Sozialamt der Stadt Zug anstatt beim Regierungsrat des Kantons Zug eingereicht habe. Das Sozialamt habe es dabei unterlassen, sie über diesen Fehler zu informieren. Aus den Akten ist ersichtlich, dass der Stadtrat des Kantons Zug am 29. Juni 2010 beschlossen hat, die Sozialhilfe für die Beschwerdeführerin bis auf Weiteres einzustellen. Gemäss Track & Trace der Schweizerischen Post wurde dieser Beschluss am 1. Juli 2010 aufgegeben und der Beschwerdeführerin am 2. Juli 2010 zur Abholung gemeldet. Diese Abholfrist verlief jedoch ungenutzt, weshalb der Beschluss am Montag, 12. Juli 2010 an den Stadtrat des Kantons Zug zurückgesendet wurde. Den Akten lässt sich ebenfalls entnehmen, dass der Stadtrat des Kantons Zug den Beschluss erneut zustellte, so dass dieser am 15. Juli 2010 ins Postfach der Beschwerdeführerin gelangte.

b) Die Zusendung einer Verfügung wird erst in jenem Zeitpunkt als zugestellt betrachtet, in welchem Sie am Postschalter abgeholt wird. Geschieht dies jedoch nicht innert der Abholfrist, so gilt praxisgemäss die Fiktion, dass sie als am letzten Tag der Abholfrist zugestellt bzw. abgeholt wurde (BGE 100 III 3). Im vorliegenden Fall wurde der Beschluss des Stadtrats vom 29. Juni 2010 der Beschwerdeführerin demnach am Montag, 12. Juli 2010 zugestellt, wobei die 20-tägige Beschwerdefrist gemäss § 43 Abs. 1 VRG i.V.m. § 10 Abs. 1 und 3 VRG folglich am 2. August 2010 zu Ende ging. Die Direktion des Innern macht damit zu Recht geltend, dass die 20-tägige Beschwerdefrist im Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde am 30. August 2010 längstens abgelaufen war.

c) Soweit die Beschwerdeführerin behauptet, beim Schreiben vom 29. Juni 2010 handle es sich um ihre Beschwerde gegen den Stadtratsbeschluss, welchen sie am 26. Juni 2010 persönlich erhalten habe, kann sie nicht gehört werden. Es ist schlicht nicht möglich, dass die Beschwerdeführerin bereits am 29. Juni 2010 Beschwerde erhoben hat, zumal sie frühestens am 15. Juli 2010 vom Beschluss des Stadtrats vom 29. Juni 2010 Kenntnis erhalten konnte. Zudem kann dem Inhalt des Schreibens vom 29. Juni 2010 klar entnommen werden, dass dieses an einen be-

stimmten Mitarbeiter des Sozialamtes der Stadt Zug gerichtet ist und sich auf eine Besprechung vom 26. Juni 2010 bezieht. Darüber hinaus beinhaltet das Schreiben lediglich Informationen zu Arztbesuchen und Krankenkassenleistungen, was in keinem Zusammenhang zum Beschluss des Stadtrats vom 29. Juni 2010 steht. Es ist somit offensichtlich, dass es sich um ein gewöhnliches Schreiben an das Sozialamt der Stadt Zug handelt. Der Direktion des Innern ist demnach beizupflichten, dass das Schreiben vom 29. Juni 2010 keinesfalls eine Beschwerde darstellt.

Damit ergibt sich zusammenfassend, dass die Beschwerde vom 30. August 2010 verspätet erfolgte, weshalb die Direktion des Innern zu Recht nicht darauf eingetreten ist. Die vorliegende Beschwerde muss daher abgewiesen werden. Dies führt gestützt auf § 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG an sich zur Kostenpflicht der unterliegenden Beschwerdeführerin, wie dies die Direktion des Innern beantragt hat. Das Verwaltungsgericht kann aber in besonderen Fällen die Kosten herabsetzen oder ganz erlassen. Im vorliegenden Fall bezieht die Beschwerdeführerin wirtschaftliche Sozialhilfe, weshalb das Verwaltungsgericht auf die Erhebung einer Spruchgebühr verzichtet. Anspruch auf eine Parteientschädigung besteht bei diesem Ausgang des Verfahrens für keine der beiden Parteien.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 29. Dezember 2010

V 2010 / 140

§§ 39, 51 und 52 VRG, Art. 420 Abs. 2 ZGB, §§ 16 und 17 DSGVO – Voraussetzungen und Legitimation der vormundschaftlichen Beschwerde an die Aufsichtsbehörde. Verhältnis zwischen Verwaltungsbeschwerde, Rechtsverweigerungsbeschwerde und Aufsichtsbeschwerde. Der Entscheid über die Akteneinsicht ausserhalb eines hängigen Verfahrens hat nach Verwaltungs- wie Datenschutzgesetz durch anfechtbare Verfügung zu erfolgen.

Aus dem Sachverhalt:

Mit Urteil vom 18. Dezember 2007 (GVP 2007, 113 ff.) hatte das Verwaltungsgericht den Regierungsratsbeschluss vom 10. Juli 2007 aufgehoben und festgestellt, dass der Stadtrat von Zug für M. auf Antrag ihres Sohnes X. zu Recht eine kombinierte Vertretungs- und Verwaltungsbeistandschaft angeordnet hatte.

X. erhob am 23. April 2009 beim Stadtrat Verwaltungsbeschwerde gegen das Vormundschaftsamt und beantragte, dass ihm in Ausübung seines Akteneinsichtsrechts Kopien diverser Unterlagen betreffend seine Mutter und die Beistandschaft zuzustellen seien.

Mit Eingabe vom 9. Juni 2009 erhob X. beim Regierungsrat «Rechtsverweigerungs- und Aufsichtsbeschwerde gemäss § 51 ff. VWG (recte: VRG)» gegen den Stadtrat von Zug wegen unterlassener Behandlung der am 23. April 2009 eingereichten Verwaltungsbeschwerde.

Mit Beschluss vom 20. Oktober 2009 schrieb der Regierungsrat die Rechtsverweigerungsbeschwerde als gegenstandslos ab und gab der Aufsichtsbeschwerde keine Folge.

Diesen Entscheid focht X. mit Beschwerde vom 21. November 2009 beim Verwaltungsgericht an.

Aus den Erwägungen:

1. a) ...

b) Angefochten ist ein Beschwerdeentscheid des Regierungsrates zur Frage der Zustellung von Akten und Informationen durch Beistand und Vormundschaftsbehörde im Rahmen einer kombinierten Beistandschaft nach Art. 392 Ziff. 1 und 393 Ziff. 2 ZGB an ein Kind der verbeiständeten Person. Es handelt sich dabei in Berücksichtigung der vom geltend gemachten Akteneinsichtsanspruch umfassten Interessenwahrung für die verbeiständete Person um einen der Vormundschaftsbeschwerde nach Art. 420 ZGB unterliegenden Entscheid. Denn die Vormundschaftsbeschwerde ist das Rechtsmittel bei Verstössen gegen die Regeln der Führung der vormundschaftlichen Massnahmen (Schnyder/Murer, Berner Kommentar, N. 58 zu Art. 397 ZGB).

Artikel 420 Abs. 1 ZGB räumt dem Bevormundeten, der urteilsfähig ist, sowie jedermann, der ein Interesse hat, das Recht ein, gegen gesetzwidrige oder unzumutbare Anordnungen oder Handlungen des Vormundes bei der Vormundschaftsbehörde Beschwerde zu führen (BGE 113 II 234). Nach Art. 420 Abs. 2 ZGB kann sodann gegen Beschlüsse der Vormundschaftsbehörde binnen zehn Tagen nach deren Mitteilung bei der Aufsichtsbehörde Beschwerde geführt werden, womit die vormundschaftlichen Behörden zu einem gesetzmässigen Verhalten und zur Wahrung der Interessen derjenigen, für die sie tätig werden müssen, angehalten werden können (BGE 103 II 174 E. 2). Diese Regelung gilt auch für die Beistandschaft (vgl. Riemer, Grundriss des Vormundschaftsrechts, 2. Auflage Bern 1997, § 6 N 60 i.V. mit § 4 N 169 f.; Thomas Geiser, Basler Kommentar, N. 9 zu Art. 420 ZGB). Das Recht des Dritten zur Beschwerdeführung ist eingeschränkt. Zur Beschwerde ist aber nicht nur ein Dritter legitimiert, der Mündelinteressen wahrnimmt, son-

dern auch derjenige, der eine Verletzung eigener Rechte geltend macht oder an der Beschwerdeführung selbst interessiert ist (BGE 113 II 233 f.; ZVW 37, 1982, S. 32 f.), insbesondere aber Ehepartner und Verwandte (vgl. Riemer, § 4 N 169). Demnach ist die Legitimation eines Dritten zur Beschwerdeführung gemäss Art. 420 ZGB zu bejahen, sofern dieser sich auf die Interessen der schutzbedürftigen Person beruft oder die Verletzung eigener Rechte oder Interessen geltend macht (vgl. BGE 121 III 3 E. 2a). Vorliegend ist die Legitimation des Beschwerdeführers, der sich für das Wohl seiner verbeiständeten Mutter interessiert und selber Antragsteller auf Errichtung der Massnahme zugunsten seiner Mutter war, zweifellos gegeben. Sie wird von den Vorinstanzen nicht bestritten. Die Legitimation des Beschwerdeführers ist auch für die Beschwerde an das Verwaltungsgericht gemäss § 62 VRG ohne weiteres zu bejahen.

c) Nicht eingetreten werden könnte auf den Antrag des Beschwerdeführers, soweit er – angesichts der entsprechenden Behandlung durch den Regierungsrat (vgl. E. 3b) – eine Gutheissung seiner «Aufsichtsbeschwerde» (auch) gestützt auf § 52 VRG anbegehren sollte, da das Verwaltungsgericht nicht Aufsichtsinstanz gegenüber dem Regierungsrat oder dem Stadtrat ist. Eine Aufsichtsbeschwerde im Sinne von § 52 VRG gegen den Stadtrat ist beim Regierungsrat zu erheben, während ein aufsichtsrechtlicher Entscheid des Regierungsrates – im Sinne einer Aufsichtsbeschwerde gegen den Regierungsrat – beim Kantonsrat als der zuständigen Aufsichtsinstanz (§ 41 lit. c der Kantonsverfassung vom 31. Januar 1894, BGS 111.1) einzureichen wäre. Das Verwaltungsgericht leitet eine Aufsichtsbeschwerde nach § 52 VRG gegen den Regierungsrat angesichts von dessen Charakter als formlosem, blossem Rechtsbehelf und der gleichzeitig vorliegenden Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht an den Kantonsrat weiter.

d) Das Verwaltungsgericht ist zur Beuteilung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Regierungsrat zuständig, wobei ihm gestützt auf § 63 Abs. 1 und 2 VRG lediglich die Rechts- und Sachverhaltskontrolle, nicht jedoch die Ermessenskontrolle zukommt. Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden und erfüllt auch die übrigen formellen Voraussetzungen, weshalb sie zu prüfen ist.

e) Zu prüfen ist als erstes, ob der Regierungsrat die Beschwerde zu Recht als «Rechtsverweigerungsbeschwerde» als gegenstandslos abgeschrieben hat und im Übrigen auf die «Aufsichtsbeschwerde» einzig nach Massgabe von § 52 VRG eingetreten ist. Sollte dies zutreffen, wäre die Beschwerde ohne weiteres abzuweisen. Wegen des langen Verfahrens und des umfangreichen Schriftenwechsels zwischen dem Beschwerdeführer und den Vorinstanzen ist schon für diese formel-

le Fragestellung zunächst direkt von einer Feststellung des Sachverhalts auszugehen. Der Stadtrat hat dem Gericht entgegen der Rüge des Beschwerdeführers sämtliche Verfahrensakten eingereicht. Auf den Beizug der eigentlichen Beistandsakten kann das Gericht vorliegend aber verzichten.

2. (...)

3. In verfahrensrechtlicher Hinsicht und damit im Hinblick auf die vom Regierungsrat getroffene Erledigung der Beschwerde sind die Anträge und Vorbringen des Beschwerdeführers zunächst wie folgt zu würdigen:

a) Der Beschwerdeführer verlangte mit seiner Beschwerde vom 23. April 2009 an den Stadtrat und mit der «Rechtsverweigerungs- und Aufsichtsbeschwerde gemäss § 51 ff. VWG (recte: VRG)» an den Regierungsrat, der Beistand bzw. das Vormundschaftsamt hätten ihm in Ausübung seines Akteneinsichtsrechts Kopien bestimmter Unterlagen zuzustellen.

Mit Schreiben vom 15. Juni 2009, d.h. während des bereits hängigen Verfahrens vor dem Regierungsrat, erwiderte Stadtrat S. als Vertreter der Vormundschaftsbehörde dem Beschwerdeführer, dass in der Stellungnahme vom 8. April 2009 kein anfechtbarer Entscheid im Sinne von § 39 VRG zu sehen sei. Zudem wäre eine Verwaltungsbeschwerde an den Regierungsrat zu richten. Es sei daher unklar, ob sein Schreiben als Aufsichtsbeschwerde gemäss § 52 VRG einzuordnen und an den Regierungsrat als zuständige Behörde weiterzuleiten sei. Auch in der Stellungnahme vom 3. August 2009 an den Regierungsrat führte der Stadtrat aus, dass ihm nicht klar sei, was der Beschwerdeführer mit seinem Schreiben bezwecke.

Der Regierungsrat stellte im angefochtenen Entscheid zur «Rechtsverweigerungsbeschwerde» gestützt auf § 51 VRG fest, dass der Stadtrat von Zug in seinem mittlerweile ergangenen Schreiben vom 15. Juni 2009, für das er angesichts von «fast zwei Monaten» Bearbeitungsdauer «eindeutig zu lange» Zeit beansprucht habe, den Beschwerdeführer zu Recht darauf aufmerksam gemacht habe, dass in vorliegender Angelegenheit kein anfechtbarer Entscheid i.S. von § 39 f. VRG vorliege und dass er sein Begehren um Zustellung der verlangten Kopien nicht mit dem Rechtsmittel der Verwaltungsbeschwerde geltend machen könne; auch sei eine Verwaltungsbeschwerde gegen einen Beschluss des Stadtrates an den Regierungsrat zu richten. Zudem sei dem Beschwerdeführer angeboten worden, auf dem Vormundschaftsamt Akteneinsicht zu nehmen. Diese Vorgehensweise zur Klärung des vom Beschwerdeführers verfolgten Zwecks sei nicht zu beanstanden,

auch in Beachtung von § 44 Abs. 3 VRG. Da nun die Beantwortung der Verwaltungsbeschwerde vom 23. April 2009 vorliege resp. der Stadtrat die notwendige Amtshandlung vorgenommen habe, erweise sich die Rechtsverweigerungsbeschwerde als gegenstandslos und könne abgeschrieben werden.

Andererseits stellte der Regierungsrat fest, die «Aufsichtsbeschwerde» nach § 52 VRG gegen die amtliche Tätigkeit von Stadtrat bzw. Vormundschaftsamt bezüglich der Gewährung resp. Nicht-Gewährung des Akteneinsichtsrechts sei zu prüfen, da der Beschwerdeführer seine Anliegen mit keinem ordentlichen Rechtsmittel geltend machen könne. Es bestehe zwar gestützt auf § 17 Abs. 2 des kantonalen Datenschutzgesetzes vom 28. September 2000 (DSG, BGS 157.1) ein grundsätzlich umfassender Anspruch auf kostenlose Kopien der eigenen Daten resp. Akten, der auch die Zustellung beinhalte. Das Verhalten von Stadtrat bzw. Vormundschaftsamt betreffend das Akteneinsichtsrecht des Beschwerdeführers könne aber nicht dahin gedeutet werden, dass unhaltbare Zustände vorlägen, welche in einem Rechtsstaat nicht zu tolerieren wären. Er habe mehrmals Akteneinsicht nehmen können, und selbst zum jetzigen Zeitpunkt stehe es ihm noch offen, auf dem Vormundschaftsamt Einsicht zu nehmen. Der Aufsichtsbeschwerde könne daher keine Folge gegeben werden. Stadtrat bzw. Vormundschaftsamt müssten jedoch prüfen, ob dem Beschwerdeführer nicht in Anwendung des kantonalen Datenschutzgesetzes Kopien von Akten mit Daten über seine eigene Person kostenlos zuzustellen seien.

b) Der Regierungsrat prüfte die Beschwerde bzw. die Beschwerden also einzig gestützt auf die vom Beschwerdeführer angeführten Bestimmungen des kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetzes, d.h. § 51 (Rechtsverweigerungsbeschwerde) und § 52 (Aufsichtsbeschwerde). Einzig dass er auf die beiden Beschwerden eintrat, begründete er mit seiner vom kantonalen Recht bestimmten Aufgabe als Aufsichtsbehörde im Vormundschaftswesen (§ 4 Ziff. 1 des Gesetzes betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug vom 17. August 1911 [EG ZGB; BGS 211.1] i.V.m. § 1 Abs. 1 der Verordnung über das Vormundschaftswesen [Vormundschaftsverordnung, VormV] vom 20. November 1943). Hinsichtlich der Aufsichtsbeschwerde sprach er dem Beschwerdeführer gestützt auf § 52 Abs. 2 VRG Parteirechte ab.

Als vormundschaftliche Aufsichtsbehörde ist es die gesetzliche Aufgabe des Regierungsrats, die Tätigkeit der unteren Vormundschaftsbehörden zu überwachen (vgl. Geiser, Die Aufsicht im Vormundschaftswesen, ZVW 1993 S. 209; Schnyder/Murer, Berner Kommentar, N. 67 zu Art. 361 ZGB; Langenegger, Basler Kommentar, N. 4 zu Art. 361 ZGB). Die Aufsichtsbehörde nimmt ihre Aufsichtsfunktion im

Einzelfall auf Beschwerde hin wahr (Art. 420 Abs. 2 und Art. 450 ZGB), auch wenn dies nicht ausschliesst, dass sie von Amtes wegen tätig wird: Stösst sie selber oder durch eine Anzeige auf einen Entscheid, welcher mit schweren Mängeln behaftet ist, kann sie gestützt auf ihre Aufsichtspflicht auch ausserhalb eines Beschwerdeverfahrens korrigierend eingreifen (Andreas Schwarz, Die Vormundschaftsbeschwerde, Diss. Zürich 1968, S. 31; Geiser, Aufsicht, a.a.O., S. 217; Geiser, N. 9 der Vorbemerkungen zu Art. 420-425 ZGB; Egger, Zürcher Kommentar, N. 3 zu Art. 420 ZGB).

Vorliegend richtete sich die Beschwerde gegen die Verweigerung der Akteneinsicht bzw. -edition im Rahmen einer Beistandschaft. Die Akteneinsicht wurde angebeht zur Wahrung von Interessen der verbeiständeten Person. Die Beschwerde richtete sich letztlich gegen eine Unterlassung des Beistands bzw. der Vormundschaftsbehörde, welche auch als Rechtsverweigerung bzw. Rechtsverzögerung unabhängig vom Vorliegen eines anfechtbaren Entscheides als solche beschwerdefähig ist (vgl. Geiser, N. 7 und 11 zu Art. 420 ZGB). Demzufolge musste der Regierungsrat sowohl auf die «Rechtsverweigerungs»- als auch auf die «Aufsichtsbeschwerde» eintreten, und zwar als eine – ungeachtet des laienhaften Verweises des Beschwerdeführers auf § 52 VRG – Aufsichtsbeschwerde vormundschaftsrechtlicher Natur. Der Beschwerdeführer führte also Beschwerde nach Art. 420 ZGB an die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde, wobei er sowohl eine Rechtsverweigerung als auch die materielle Behandlung durch Beistand und Stadtrat rügte.

c) Die «Rechtsverweigerungsbeschwerde» schrieb der Regierungsrat aufgrund der im Beschwerdeverfahren erfolgten – als zu spät bezeichneten – Beantwortung der Verwaltungsbeschwerde bzw. Amtshandlung durch den Stadtrat als gegenstandslos geworden ab. Zu berücksichtigen ist hier aber, dass der Beschwerdeführer wiederholt und über eine längere Zeitdauer schriftlich die Zustellung von beim Vormundschaftsamt liegenden und teilweise von diesem zu beschaffenden Akten verlangte und nie mit einem formellen, mit einer Rechtsmittelbelehrung versehenen Entscheid bedient wurde. Mit Eingabe vom 14. April 2008 hatte der Beschwerdeführer sogar explizit vom Stadtrat eine anfechtbare Verfügung über sein Auskunftsrecht verlangt. Zuletzt hatte er am 27. März 2009 beim Amtsvormund sein Informations- und Editionsbegehren eingereicht, das die Vormundschaftsbehörde – durch Stadtrat S. «als Vertreter der Vormundschaftsbehörde» – am 8. April 2009 ablehnte. Dies erneut ohne Rechtsmittelbelehrung, hingegen mit dem Satz «Damit ist für das Vormundschaftsamt dieses Thema abgeschlossen». Wenn die Vorinstanzen aus diesem Sachverhalt schliessen, dass kein anfechtbarer Entscheid i.S. von § 39 f. VRG vorliege, kann ihnen nicht gefolgt werden. Gemäss § 63

Abs. 1 Ziff. 5 VRG und in Analogie zu Art. 94 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gilt als anfechtbare Verfügung auch das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer Verfügung. Zudem ist mit der Formulierung, das Thema sei damit abgeschlossen, schon nach Treu und Glauben anzunehmen, dass das Vormundschaftsamt – bzw. aufgrund der Unterzeichnung sogar bereits die Vormundschaftsbehörde – am 8. April 2009 den Antrag des Beschwerdeführers formell abgewiesen hat. Folgerichtig hat dieser am 23. April 2009 gegen diesen Entscheid Beschwerde bei der Vormundschaftsbehörde erhoben. Das späte Antwortschreiben von Stadtrat S. «als Vertreter der Vormundschaftsbehörde» vom 15. Juni 2009 mit der Abweisung der Begehren bzw. der Verweisung des Beschwerdeführers an den als zuständig bezeichneten und mit der Sache bereits befassten Regierungsrat, muss unter diesen Umständen als Beschwerdeentscheid der Vormundschaftsbehörde qualifiziert werden. Selbst der Regierungsrat spricht von einer «Beantwortung der Verwaltungsbeschwerde» durch den Stadtrat. Wenn solcherart nach den Worten des Regierungsrats tatsächlich eine «Amtshandlung» bzw. sogar ein Beschwerdeentscheid vorlag, so musste er sich mit diesem als Beschwerdeinstanz befassen. Dies zumal, da die Anträge des Beschwerdeführers auch sachlich klar genug gehalten waren und diesem nicht eine weitere zeitliche Verzögerung zugemutet werden konnte, die der Regierungsrat in seinem Entscheid selber zu Recht rügte. Dies muss umso mehr gelten, als der Beschwerdeführer im Nachgang zum Schreiben der Vormundschaftsbehörde vom 15. Juni 2009 seine Beschwerdeanträge in der Sache mit der «Beschwerdeergänzung» vom 25. Juni 2009 an den Regierungsrat noch einmal bestätigte. Zudem reichte der Stadtrat am 3. August 2009 auch noch eine ausführliche Beschwerdeantwort an den Regierungsrat ein. Unter diesen Umständen handelte es sich vor dem Regierungsrat nicht mehr bloss um eine gegenstandslos gewordene Rechtsverweigerungsbeschwerde, sondern um eine Verwaltungsbeschwerde gegen einen Entscheid im Sinne von § 39 VRG bzw. gestützt auf Art. 420 Abs. 2 ZGB. Als ordentliches Rechtsmittel machte die Verwaltungsbeschwerde übrigens die nur subsidiär zur Verfügung stehende, vom Regierungsrat aber behandelte «Aufsichtsbeschwerde nach § 52 VRG» gegenstandslos.

d) Als nicht zutreffend erweist sich schliesslich die vom Stadtrat von Zug, aber auch vom Regierungsrat (in E. 3.1 des angefochtenen Entscheids) gemachte Feststellung, dass Begehren um Akteneinsicht und Zustellung von Akten nicht mit dem Rechtsmittel der Verwaltungs-, sondern nur mit jenem der Aufsichtsbeschwerde geltend gemacht werden könnten. Deshalb trat der Regierungsrat auf die «Aufsichtsbeschwerde» nach § 52 VRG denn auch nicht ein. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird aus Art. 29 Abs. 2 BV bzw. Art. 4 aBV direkt ein Anspruch auf Akteneinsicht als Teil des rechtlichen Gehörs abgeleitet (vgl. BGE 110

la 85 E. 3b; BGE 100 la 10). Dieser verfassungsmässige Anspruch gilt nicht nur in einem hängigen Verfahren, sondern darüber hinaus auch ausserhalb eines formellen Verfahrens, ja unabhängig von einem abgeschlossenen oder bevorstehenden Verfahren. Eine umfassende Wahrung der Rechte kann es gebieten, dass der Bürger etwa die Akten eines abgeschlossenen Verfahrens einsehe. Allerdings ist dieser verfassungsrechtliche Anspruch – im Gegensatz zu demjenigen eines Beteiligten auf Einsicht in die Akten eines hängigen Verfahrens – davon abhängig, dass der Rechtssuchende ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft machen kann (BGE 95 I 108; BGE 112 la 100 E. 5b; BGE 110 la 85 E. 4a). Ein solcher Anspruch kann ausnahmsweise sogar einem am abgeschlossenen Verfahren nicht beteiligten Dritten zukommen (BGE 95 I 108; BGE 110 la 85 E. 4a). Das Akteneinsichtsrecht findet indessen seine Grenzen am öffentlichen Interesse des Staates oder an berechtigten Geheimhaltungsinteressen Dritter (BGE 95 I 109; BGE 112 la 100 E. 5b; BGE 110 la 85 E. 4a; BGE 103 la 492 f.). Die einander entgegenstehenden Interessen an der Akteneinsicht auf der einen Seite und an deren Verweigerung auf der andern Seite sind im Einzelfall sorgfältig gegeneinander abzuwägen (BGE 110 la 86 E. 4b mit Hinweisen). Diese Interessenabwägung und der Entscheid darüber sind Gegenstand einer anfechtbaren Verfügung (vgl. BGE 113 la 1 S. 4 f.). Der Regierungsrat selber prüfte den umstrittenen Akteneditionsanspruch übrigens anhand des kantonalen Datenschutzgesetzes. Auch dieses sieht in § 16 aber vor, dass ein Organ, das einem Gesuch aufgrund dieses Gesetzes nicht entspricht, einen begründeten, mit einer Rechtsmittelbelehrung versehenen Entscheid erlässt. Vormundschaftsamt bzw. Vormundschaftsbehörde wären somit verpflichtet gewesen, die Anträge des Beschwerdeführers auf Akteneinsicht und Aktenedition bzw. -zustellung im Lichte von Verfassungs- und Gesetzesrecht zu prüfen. Sie hätten dem Gesuchsteller ihren Entscheid, soweit sie die Begehren ganz oder teilweise abwiesen, in Form einer anfechtbaren Verfügung mitteilen müssen. Indem sie dieser Verpflichtung nicht nachkamen, begingen sie eine formelle Rechtsverweigerung, die mit den ordentlichen Rechtsmitteln anfechtbar ist.

e) Der Regierungsrat verletzte insofern verfahrensmässig Recht, als er die «Aufsichtsbeschwerde» abwies und auf Gegenstandslosigkeit der «Rechtsverweigerungsbeschwerde» erkannte, anstatt als vormundschaftliche Aufsichtsbehörde auf das Rechtsmittel als Vormundschaftsbeschwerde einzutreten. Dies erweist sich als Rechtsverweigerung.

Erweist sich eine Beschwerde wegen Rechtsverweigerung als begründet, führt dies an sich nicht zur Gutheissung des Begehrens in der Hauptsache, sondern zur Anweisung an die untätige Instanz, unverzüglich mit einem förmlichen Entscheid über die Sache zu befinden (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, Vorbem. zu §§ 19–28 N.

53). In seinem Urteil 5A_213/2008 vom 20. Juni 2008 (E. 3.2 S. 8) hat das Bundesgericht daran erinnert, dass im Verfahren vor den vormundschaftlichen Aufsichtsbehörden innert kurzer Frist eine materiell möglichst richtige Entscheidung zu fällen ist und dass das Verfahren deshalb wenig förmlich ist, in der Regel zu einem reformatorischen und nicht bloss kassatorischen Entscheid führt und grundsätzlich auch eine Kompetenzattraktion zu Gunsten der mit dem Sachentscheid befassten Behörde gestattet. Gerade im Bereich des Vormundschaftsrechts muss «innert nützlicher Frist und ohne ein weitschweifiges Verfahren» zu einem formell rechtskräftigen Entscheid gelangt werden können, da die Aufsicht nicht nur im öffentlichen Interesse, sondern insbesondere auch im Interesse der einzelnen, von der vormundschaftlichen Massnahme direkt oder indirekt betroffenen Personen steht (Geiser Thomas, Die Aufsicht im Vormundschaftswesen, ZVW 1993, 201 ff., 205, 209). Aufgrund der Vorgeschichte und der verfahrensrechtlichen Erwägungen ist es ausgeschlossen, dass das Verwaltungsgericht die Beschwerde des Beschwerdeführers im Sinne einer Gutheissung an den Regierungsrat oder den Stadtrat zurückweist, damit sie über die von ihm geltend gemachten Ansprüche formell korrekt entscheiden. Es muss vermieden werden, dass eine Rückweisung der Streitsache zu einem «formalisierten Leerlauf» führt, der zum Nachteil des Beschwerdeführers eine – weitere – Verlängerung des Verfahrens bewirkt. Das Verwaltungsgericht hat somit – übrigens auch im Sinne der Vorbringen des Stadtrates, der diesen Fall «endlich abschliessen» möchte – die Beschwerde materiell zu überprüfen.

(Zur materiellrechtlichen Würdigung des Falles vgl. den zweiten Teil des Entscheids hinten unter Vormundschaftsrecht, S. 156)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 18. Juni 2010

V 2009 / 165

3. Planungs- und Baurecht

§ 44 ff. PBG – Reicht die Bauherrschaft während eines laufenden Baubewilligungsverfahrens ein derart verändertes Bauprojekt ein, dass eine neue Profilierung erforderlich wird, so hat die Baubewilligungsbehörde vorerst eines der beiden Projekte zu beurteilen und das Alternativgesuch zu sistieren, bis das Ergebnis aus dem «ersten» Verfahren rechtskräftig feststeht. Die Bauherrschaft ist aufzufordern, sich zu entscheiden, welches der verschiedenen Baugesuche sie favorisiert. Dieses ist zu behandeln und die übrigen Verfahren sind zu sistieren, bis der Entscheid über das «erste» Gesuch in Rechtskraft erwachsen ist.

Aus dem Sachverhalt:

A. Am 7. Januar 2008 reichte A.B. beim Gemeinderat C. ein Gesuch für den Bau eines Wohnhauses mit Aussenpool auf dem GS Nr. 100 an der Müllerstrasse ein. Gegen das im Amtsblatt publizierte Baugesuch reichten F.M. und drei andere Anwohner Einsprache ein, welche am 9. Juni 2008 abgewiesen wurde. Gleichzeitig erteilte der Gemeinderat A.B. die Baubewilligung unter Auflagen und Bedingungen. Gegen diesen Beschluss liessen die Einsprecher beim Regierungsrat Verwaltungsbeschwerde einreichen und beantragen, die Baubewilligung sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Bauherrschaft aufzuheben. Mit Beschluss vom 10. November 2009 hiess der Regierungsrat die Beschwerde mit der Auflage teilweise gut, die Bauherrschaft habe vor Baubeginn ein geologisches Gutachten über die Tauglichkeit des Baugrundes durch eine Fachperson erstellen zu lassen und dieses Gutachten dem Gemeinderat einzureichen und den Beschwerdeführern zur Kenntnis zu bringen. Baupolizeiliche Anordnungen des Gemeinderates aufgrund des Gutachtens wurden vorbehalten. Im Übrigen wurde die Beschwerde abgewiesen. Gegen diesen Beschluss liessen F. M. und die anderen Einsprecher beim Verwaltungsgericht Beschwerde einreichen und beantragen, der Beschluss des Regierungsrates sei aufzuheben, eventualiter sei die Beschwerde gutzuheissen und die Sache an die Vorinstanz zur Neubeurteilung und Ergänzung zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegner. In prozessrechtlicher Hinsicht wird eine einstweilige Sistierung des Verfahrens bis zum 31. Januar 2010 beantragt. Zur Begründung wird unter anderem ausgeführt, das Baugrundstück sei in der Zwischenzeit an das Ehepaar E.F. veräussert worden. Die Beschwerdeführer hätten in Erfahrung bringen können, dass die neuen Grundeigentümer ein neues Projekt realisieren wollten. Es bestehe daher Grund zur Annahme, dass das Gegenstand des angefochtenen Regierungsratsbeschlusses bildende Baugesuch ungeachtet des Ausgangs des Beschwerdeverfahrens gar nicht oder in abgeänderter Form realisiert werde. Der Regierungsrat teilte dem Gericht mit Schreiben vom 17. Dezember 2009 mit, dass er gegen eine Sistierung nichts einzuwenden habe. Mit Schreiben vom 25. Februar 2010 lässt die Bauherrschaft beantragen, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführer abzuweisen. In formeller Hinsicht wird unter anderem ausgeführt, die neuen Eigentümer würden zumindest vorderhand am vorliegenden Projekt festhalten, weshalb das Gericht die Beschwerde materiell entscheiden müsse. Mit Schreiben vom 5. März 2010 teilen die Beschwerdeführer dem Gericht mit, im Amtsblatt vom 5. März 2010 sei ein neues Baugesuch von Renate und E.F. auf dem gleichen Baugrundstück publiziert und im Gelände ausgesteckt worden. Das im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu beurteilende Baugesuch werde als «ehemaliges Bau-

gesuch» bezeichnet, womit offensichtlich sei, dass die Bauherrschaft auf das bisherige Gesuch verzichte bzw. dieses nicht weiter verfolge. Das vorliegende Verfahren sei deshalb wegen Gegenstandslosigkeit am Protokoll abzuschreiben, wobei den Beschwerdegegnern die Verfahrenskosten aufzuerlegen und den Beschwerdeführern eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen sei. Mit Schreiben vom 11. März 2010 lässt die Bauherrschaft dem Gericht mitteilen, man befürchte, dass die Nachbarn ihre Bauabsichten nicht nur mit der vorliegenden Verwaltungsgerichtsbeschwerde, sondern auch mit einer neuerlichen Einsprache gegen das insgesamt geringfügig modifizierte Projekt weiter verzögern würden. Sollte dies der Fall sein, so behalte sich die Bauherrschaft vor, das Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildende Projekt zu realisieren, sobald der für sie positive Entscheid des Gerichts rechtskräftig geworden sei. Man habe also nach wie vor ein aktuelles und praktisches Interesse daran, dass das vorliegende Verfahren ohne jede Verzögerung durchgeführt werde.

Aus den Erwägungen:

1. Die Beschwerdeführer beantragen, das Verfahren sei zufolge Gegenstandslosigkeit vom Geschäftsverzeichnis des Verwaltungsgerichts abzuschreiben. Vom Geschäftsverzeichnis sind Verfahren abzuschreiben, die infolge Rückzugs, Anerkennung, Vergleichs oder aus anderen Gründen gegenstandslos geworden sind (§ 9 Abs. 1 Ziff. 2 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichts vom 14. Januar 1977, GO, BGS 162.11). Als gegenstandslos kann ein Beschwerdeverfahren unter anderem dann abgeschrieben werden, wenn das Rechtsschutzinteresse der Parteien an der Beurteilung durch die Beschwerdeinstanz nachträglich weggefallen ist. Das subjektive Rechtsschutzinteresse ist nämlich eine der Prozessvoraussetzungen, welche nicht nur bei Beschwerdeerhebung, sondern auch im Zeitpunkt der Entscheidung gegeben sein muss. Ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse fehlt namentlich, wenn der private Beschwerdegegner das strittige Gesuch zurückgezogen oder das entsprechende Grundstück veräussert hat, und der neue Eigentümer nicht gewillt ist, in das Verfahren einzutreten. Im vorliegenden Fall stellen sich die Beschwerdeführer auf den Standpunkt, dass die neuen Eigentümer auf das bisherige Baugesuch verzichten bzw. dieses Vorhaben nicht weiter verfolgen würden. Da die neuen Eigentümer nun ein neues Baugesuch eingereicht hätten, fehle es offensichtlich an deren Interesse, das ursprüngliche Baugesuch ihrer Rechtsvorgängerin weiter zu verfolgen. Die Bauherrschaft ihrerseits stellt sich auf den Standpunkt, es treffe nicht zu, dass man das Baugesuch, welches Gegenstand des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens sei, nicht weiter verfolge. Man befürchte, dass die Beschwerdeführer die Bauabsichten nicht nur mit der vorliegenden Beschwerde, sondern auch mit neuen Einsprachen weiter verzögern würden. Aus dem Baugesuch von

A.B. vom 13. Dezember 2007, welches Ausgangspunkt des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist, ergibt sich, dass auf dem Grundstück ein Wohnhaus mit Aussenpool (Projektverfasser: XY AG) neu erstellt werden soll. Im Amtsblatt vom 5. März 2010 wurde von der Abteilung Bau/Planung der Gemeinde C. unter anderen das folgende Baugesuch publiziert: «E.F., vertreten durch Meier + Müller AG: Neubau Einfamilienhaus, Müllerstrasse in C. (in der Farbe blau ausgesteckt, ehemaliges Baugesuch in rot), GS Nr. 100, Einsprachefrist bis und mit 24. März 2010». Damit haben es die Baubewilligungsbehörden offensichtlich mit zwei unterschiedlichen Bauvorhaben zu tun, die gleichzeitig hängig sind und die dasselbe Grundstück betreffen. Gegenstand dieses Zwischenentscheides ist es daher, darüber zu befinden, ob es zulässig ist, dass zwei unterschiedliche Baugesuche, welche dasselbe Grundstück betreffen, gleichzeitig von der gleichen oder von verschiedenen Verwaltungsbehörden und/oder Beschwerdeinstanzen bearbeitet werden.

2. Vorerst ist festzustellen, welche Rechtsnatur die Baubewilligung hat bzw. was sie feststellen und gestalten will. Die Baubewilligung ist eine behördliche Erklärung, dass dem im Baugesuch vorgesehenen Projekt aus der Sicht des Baupolizeirechts keine Hindernisse entgegenstehen. Die Baubewilligung ist eine sog. Polizeierlaubnis und hat sowohl feststellenden als auch gestaltenden Charakter. Sie ist insofern ein gestaltender Verwaltungsakt, als sie die Rechtsstellung des Bauherrn formell verändert, nämlich insofern, als sie das an sich generelle Bauverbot mit Bezug auf das nachgesuchte Bauvorhaben beseitigt. Wer durch die Baubewilligungsbehörde feststellen lassen will, ob und wie auf einem Grundstück gebaut werden darf, hat gemäss § 44 ff. des Planungs- und Baugesetzes vom 26. November 1998 (PBG, BGS 721.11) ein Baugesuch für ein bestimmtes Bauprojekt einzureichen. Zusammen mit dem vollständig ausgefüllten Baugesuchsformular sind gemäss § 26 f. der Verordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 16. November 1999 (V PBG, BGS 721.111) sämtliche Planbeilagen und Berechnungen von Nutzungsziffern sowie die weiteren Angaben namentlich zum Vollzug des Umweltrechts, des Energierechts und des Feuerschutzes einzureichen. Die Baubehörde prüft in der Folge das Baugesuch auf die Übereinstimmung mit den Vorschriften des öffentlichen Rechts. Sie entscheidet nicht über zivilrechtliche Verhältnisse. Die Baubewilligung ist nichts anderes als die behördliche Feststellung, dass der Verwirklichung des Bauvorhabens keine öffentlichrechtlichen Hindernisse entgegenstehen (vgl. hierzu Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, 5. Auflage, Band II, Nr. 132 A und B I mit vielen Hinweisen).

3. Weiter zu prüfen ist die Frage, welche Aufgaben und Pflichten die Baubewilligungsbehörde, die Bauherrschaft und Dritte nach dem Einreichen eines Baugesuchs haben.

a) Die Baubewilligungsbehörde lässt das Baugesuch gemäss § 45 Abs. 1 PBG während 20 Tagen öffentlich auflegen. Sie publiziert es am ersten Tag und ein weiteres Mal während der Auflage im Amtsblatt. Anschliessend entscheidet sie über das Baugesuch in Koordination mit allfälligen weiteren Entscheiden von kantonalen und eidgenössischen Behörden. Wer vom Baugesuch berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse am Ausgang des Verfahrens hat, ist zur Baueinsprache berechtigt. Die Einsprache muss innert der Auflagefrist schriftlich beim Gemeinderat eingereicht werden und hat einen Antrag und eine Begründung zu enthalten. Der Baugesuchsteller hat vor der Publikation des Baugesuchs bei Gebäuden Profile zu errichten, welche das künftige Volumen, insbesondere die Umrisse und die First- sowie die Gebäudehöhe erkennen lassen und die Erdgeschosskote deutlich sichtbar zu bezeichnen (§ 28 Abs. 1 V PBG). Die Profile dürfen vor der rechtskräftigen Erledigung des Baugesuchs nur mit Zustimmung der Bauverwaltung der Einwohnergemeinde beseitigt werden. Wenn der Entscheid rechtskräftig ist, sind sie binnen Monatsfrist zu entfernen (§ 28 Abs. 2 V PBG). Die Profilierung von Bauten und Anlagen auf dem Baugrundstück soll in Ergänzung der Projektpläne das Bauvorhaben veranschaulichen. Der Profilierung kommt – neben der Publikation im Amtsblatt – auch die entscheidende Publizitätswirkung für die allenfalls einspracheberechtigten Nachbarn zu, d.h. aus der Profilierung können diese die für das Erscheinungsbild wesentlichen Abmessungen im Gelände erkennen und so darüber entscheiden, ob und wie sie diese allenfalls rügen wollen (Aldo Zaugg, Baugesetz des Kantons Bern, 3. Aufl., Band I, Art. 34 N 20).

b) Nicht jede Projektänderung verlangt eine Neueingabe eines Baugesuchs, und nicht jede unbedeutende Projektänderung muss auch unbedingt zu einer Neuausschreibung und anschliessend zu einer Änderung der Profilierung führen. Das Ausmass einer Projektänderung kann sehr unterschiedlich sein und auch sehr vielfältige Ursachen haben, sei es, dass die Bauherrschaft den Einwänden der Baubewilligungsbehörde oder der Einsprecher Rechnung tragen will, sei es, dass sie selber Verbesserungen am Projekt anbringen will oder sei es, dass sie durch äussere Umstände (z.B. aus finanziellen Überlegungen) ihr Projekt einer neuen Situation anpassen will. Bezüglich Ausmass ist von Detailanpassungen wie z.B. geringfügige Änderung der Position und Grösse der Fenster bis hin zur grundlegenden Überarbeitung des Projekts (z.B. andere Erschliessung, andere Geschosszahl, andere Dachform, u.s.w.) alles möglich. Kleinere Projektänderungen, die keine Änderung der Profilierung zur Folge haben, können während des laufenden Baubewilligungsverfahrens durch die Baubewilligungsbehörde und im Verwaltungsbeschwerdeverfahren durch den Regierungsrat berücksichtigt werden. Drittpersonen, die sich mittels Einsprache am Verfahren «beteiligt» haben, sind von solchen Änderungen in Kenntnis zu setzen und haben Anspruch auf rechtliches

Gehör. Im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht sind aber keine Projektänderungen mehr möglich, weil dem Verwaltungsgericht keine umfassende Überprüfungsbefugnis zukommt, und insbesondere die Ermessensanwendung nicht mehr geprüft und überprüft werden kann.

c) Reicht die Bauherrschaft während eines laufenden Baubewilligungs- oder eines anschliessenden Rechtsmittelverfahrens ein derart verändertes Bauprojekt ein, dass eine neue Profilierung erforderlich wird, so hat es die Baubewilligungsbehörde grundsätzlich mit einem neuen, alternativen Baugesuch zu tun. Die Einreichung eines neuen Baugesuchs während der Rechtshängigkeit – bevor ein früheres erledigt ist – ist nicht rechtsmissbräuchlich. Es besteht aber seitens des Baugesuchstellers kein Anspruch darauf, dass alternative Baugesuche gleichzeitig überprüft werden. Während der Hängigkeit eines Baugesuches kann ein Alternativgesuch eingereicht werden, ohne dass deswegen die Gegenstandslosigkeit eines früheren, noch hängigen Gesuches verfügt werden dürfte, sofern der Gesuchsteller ein hinreichendes Interesse darzutun vermag und das Baugesuch keinem Rechtsmissbrauch gleichkommt. Aus verfahrensökonomischen Gründen, d.h. in Berücksichtigung der in einem Baubewilligungsverfahren zu tätigen Abklärungen, hat die Baubewilligungsbehörde jedoch vorweg eines der beiden Projekte zu beurteilen und das Alternativgesuch zu sistieren, bis das Ergebnis aus dem «ersten» Verfahren rechtskräftig feststeht. Die Bauherrschaft ist also aufzufordern, sich zu entscheiden, welches der beiden verschiedenen Baugesuche sie favorisiert. Dieses ist zu behandeln und die übrigen Verfahren sind zu sistieren, bis der Entscheid über das «erste» Gesuch in Rechtskraft erwachsen ist (vgl. hierzu das Urteil des Verwaltungsgerichts Schwyz (Nr. 1034/02) vom 30. Januar 2003, Erw. 1 und das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26. Juni 1989, BVR 1989 401 ff. Erw. 2c). Sollte ein späteres mit dem ersten Gesuch identisch sein, so steht ihm solange die Einrede der «res iudicata» entgegen, als sich die Rechtslage nicht geändert hat. Auf ein solches Gesuch dürfte – ohne Änderung der Rechtslage – nicht eingetreten werden. Zu beachten ist auch, dass Drittpersonen, die an einem Baugesuchsverfahren als Einsprecher oder als Beschwerdeführer beteiligt sind, nicht damit rechnen müssen, dass vor der rechtskräftigen Beurteilung des von ihnen «bekämpften» Baugesuchs ein neues, das gleiche Grundstück betreffende Gesuch eingereicht und behandelt wird. Es kann ihnen auch nicht zugemutet werden, dass sie regelmässig die Profilierung des Nachbargrundstücks beobachten und allfällige Veränderungen registrieren und anfechten müssten. Jedenfalls müssen in einem solchen Fall die mitbeteiligten «Dritten» über Änderungs- und Alternativprojekte informiert werden. Ebenso ist ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen (BRKE II Nr. 90/2000 vom 9. Mai 2000, in BEZ 2000 Nr. 31 Erw. 4).

4. Das im Amtsblatt vom 5. März 2010 publizierte Baugesuch ist dem Gericht nicht näher bekannt, da von den Beteiligten keine Baugesuchsakten eingereicht wurden. Dies ist zum jetzigen Zeitpunkt auch nicht erforderlich, denn immerhin steht fest, dass die Bauherrschaft und das «betroffene» Grundstück bei beiden Gesuchen identisch sind. Offensichtlich handelt es sich aber nicht bloss um eine geringfügige Projektänderung, denn das Bauamt Walchwil sah sich veranlasst, von der Bauherrschaft eine neue Profilierung zu verlangen. Das «ehemalige» Baugesuch ist darum gemäss den Angaben im Amtsblatt in roter Farbe profiliert, das neue Gesuch in blauer Farbe. Das neue Baugesuch kann jedoch während der Rechtshängigkeit des Baugesuchs Nr. 200801.00 nicht an die Hand genommen werden, sofern die Baugesuchsteller nicht erklären, dass sie das zweite Gesuch favorisieren und prioritär behandeln lassen wollen. Unter diesen Umständen müsste das vorliegende Verfahren durch das Verwaltungsgericht sistiert werden. Auf die gleichzeitige Prüfung mehrerer Alternativprojekte nebeneinander hat der Baugesuchsteller aber keinen Anspruch. Er muss sich entscheiden, welches Projekt er primär von den Baubewilligungsbehörden beurteilt haben möchte. Es wird Sache des Gemeinderates Walchwil als Leitbehörde des Baubewilligungsverfahrens sein, von der Bauherrschaft eine Erklärung dazu zu verlangen, welches der beiden Baugesuche geprüft werden soll. Das andere Verfahren ist entsprechend vom Gemeinderat oder vom Verwaltungsgericht zu sistieren.

Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 28. April 2010

V 2009 / 174

Auf eine gegen diesen Beschluss erhobene Beschwerde ist das Bundesgericht mit Urteil vom 9. Dezember 2010 nicht eingetreten.

4. Strassenverkehrsrecht

Art. 23 VVV Anhang 4 – Voraussetzungen für die Bewilligung eines Kollektivfahrzeugausweises in Verbindung mit einem Händlerschild sind unter anderen entgeltliche Reparaturarbeiten an 50 Fahrzeugen pro Jahr, die Probe- oder Überführungsarbeiten notwendig machen. In casu wurden die Voraussetzungen nicht erfüllt.

Aus dem Sachverhalt:

Mit Verfügung vom 26. Februar 2001 erteilte das Strassenverkehrsamt des Kantons Zug der X. AG, einen Kollektivfahrzeugausweis in Verbindung mit einem Händlerschild. In Ziff. 2.3 der Verfügung wurde darauf hingewiesen, dass der Kollektivfahrzeugausweis dem Strassenverkehrsamt zurückzugeben sei, sobald die

Voraussetzungen für die Erteilung gemäss Art. 23 VVV nicht mehr erfüllt würden. Mit Verfügung vom 18. August 2009 entzog das Strassenverkehrsamt der X. AG gestützt auf Art. 23a Abs. 1 VVV das Händlerschild ZG XXXX auf Ende September 2009. Als Begründung wurde angeführt, es werde ca. alle fünf Jahre überprüft, ob die Berechtigung zur Verwendung des Händlerschildes noch gegeben sei. Auch sei der Benutzer des Händlerschildes verpflichtet, den Kollektiv-Fahrzeugausweis zurückzugeben, sobald die Voraussetzungen für die Erteilung nicht mehr gegeben seien. Am 15. Juli 2009 sei bei der X AG die Berechtigung für die Benützung eines Händlerschildes neu überprüft worden. Dabei habe sich herausgestellt, dass von den angeblich 39 eigenen Betriebsfahrzeugen lediglich 18 auf den Betrieb eingelöst seien. Die Anzahl Reparaturen sei mit 70 angegeben worden, wobei dafür aber kein Nachweis habe beigebracht werden können. Gegen diese Verfügung reichte die X. AG beim Regierungsrat Beschwerde einreichen und beantragen, die Verfügung sei aufzuheben und es sei ihr das Recht zu gewähren, auch weiterhin das Händlerschild zu benutzen. Mit Vernehmlassung vom 10. Dezember 2009 beantragte das Strassenverkehrsamt des Kantons Zug die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge.

Am 25. Juni 2010 erklärte die Sicherheitsdirektion, gemäss § 40 Abs. 3 i.V.m. § 61 Abs. 1 Ziff. 1 VRG sei gegen Verwaltungsentscheide unterer kantonaler Verwaltungsbehörden, soweit sich ihre Entscheide auf Bundesrecht stützten und die Gesetzgebung keinen Weiterzug an den Regierungsrat oder das Bundesverwaltungsgericht vorsehe, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Verwaltungsgericht zulässig. Der vorliegend angefochtene Entscheid des Strassenverkehrsamtes stütze sich auf Bundesrecht. Die massgebliche Verordnung über den Strassenverkehr und die Strassensignalisation vom 22. Februar 1977 (BGS 751.21) sehe keinen Weiterzug an den Regierungsrat oder das Bundesverwaltungsgericht vor. Vorliegend sei deshalb das Verwaltungsgericht zur Behandlung der Beschwerde zuständig. Gestützt auf § 7 VRG wurde die Beschwerde deshalb mit den gesamten Akten an das Verwaltungsgericht zur weiteren Bearbeitung bzw. zum Entscheid weitergeleitet.

Aus den Erwägungen:

...

2. Gemäss Art. 22 Abs. 1 VVV werden Kollektiv-Fahrzeugausweise in Verbindung mit Händlerschildern für Motorwagen, Motorräder, Kleinmotorräder, landwirtschaftliche Motorfahrzeuge, Arbeitsmotorfahrzeuge und Anhänger abgegeben. Sie werden nach Art. 23 Abs. 1 VVV an Betriebe abgegeben, welche die im

Anhang 4 aufgeführten Voraussetzungen erfüllen und über die für die Art des Betriebes erforderlichen Bewilligungen verfügen (lit. a), Gewähr für eine einwandfreie Verwendung des Kollektiv-Fahrzeugausweises bieten (lit. b) und soweit es sich um Unternehmen des Motorfahrzeuggewerbes handelt, die in Artikel 71 Absatz 2 SVG vorgeschriebene Versicherung abgeschlossen haben (lit. c). Die kantonale Behörde kann von den Voraussetzungen des Anhangs 4 zu Gunsten des Bewerbers oder Inhabers ausnahmsweise abweichen, wenn die Gesamtbeurteilung des Betriebes ergibt, dass die Händlerschilder ohne Gefahr für die Verkehrssicherheit und die Umwelt abgegeben werden können (Abs. 2). Ferner sind Kollektiv-Fahrzeugausweise zu entziehen, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung nicht mehr erfüllt sind (Art. 23a Abs. 1 VVV)...

3. Im vorliegenden Verfahren ist strittig, ob die Beschwerdeführerin die Voraussetzungen für die Bewilligung eines Kollektiv-Fahrzeugausweises in Verbindung mit einem Händlerschild nach wie vor erfüllt, oder ob der Beschwerdegegner diese im Rahmen seiner periodischen Überprüfung mit Verfügung vom 18. August 2009 zu Recht nicht mehr erteilt hat. Als Grund für die Nichterteilung wird in dieser Verfügung angeführt, die Kontrolle habe ergeben, dass von den angegebenen 39 eigenen Betriebsfahrzeugen lediglich 18 auf den Betrieb eingelöst seien. Zudem habe kein Nachweis für die angegebenen ca. 70 Reparaturen erbracht werden können.

a) Die Voraussetzungen für die Bewilligung eines Kollektiv-Fahrzeugausweises in Verbindung mit einem Händlerschild sind in der Verkehrsversicherungsverordnung geregelt. Neben den Grundvoraussetzungen von Art. 23 VVV sind in Anhang 4 dieser Verordnung die Anforderungen für die einzelnen Betriebsarten angeführt. Bei Reparaturwerkstätten für leichte Motorwagen und ähnliche Fahrzeuge sind gemäss Ziff. 4.1 als Fachkenntnisse und Erfahrungen des Gesuchstellers oder einer andern im Betrieb verantwortlichen Person ein Fähigkeitszeugnis als Automechaniker oder Automonteur und eine insgesamt fünfjährige Tätigkeit in der Branche oder generell eine sechsjährige Berufstätigkeit in der Branche gefordert. Der Umfang des Betriebes erfordert entgeltliche Reparaturarbeiten, die Probe- oder Überführungsfahrten notwendig machen, an mindestens 50 Fahrzeugen pro Jahr (Ziff. 4.2). Der Betrieb muss über einen Reparaturraum für mindestens zwei Fahrzeuge, einen Abstellplatz für mindestens weitere fünf Fahrzeuge und ein Büro mit Telefon verfügen (Ziff. 4.3). Weiter werden Einrichtungen und Werkzeugsortiment für Reparaturen an leichten Motorwagen, in concreto Lift oder Grube, Batterieladegerät, Schweißanlage, Wagenheber, Reifenmontiermaschine, Auswuchtmaschine, Lenkgeometrie-Prüfgerät (Messplatte), typengeprüftes Abgasmessgerät und optisches Lichteinstellgerät gefordert (Ziff. 4.4). Bei Repara-

turwerkstätten für schwere Motorwagen werden Reparaturen an mindestens 20 Fahrzeugen pro Jahr gefordert (Ziff. 5.21). Betriebe mit grossem Motorfahrzeugpark sind solche mit einem eigenen Fahrzeugpark von mindestens 30 Fahrzeugen (Ziff. 8.21).

b) Die Beschwerdeführerin bezweckt gemäss Handelsregisterauszug die Ausführung von Bauten; Finanzierungen; Erwerb, Verwaltung und Verwertung von Grundstücken. Zudem führt die Beschwerdeführerin gemäss eigenen Angaben einen Garagenbetrieb, der als Reparaturwerkstätte für leichte Motorwagen, als Autowerkstätte, als Betrieb mit grossem Motorfahrzeugpark, sowie als Reparaturwerkstätte für landwirtschaftliche Motorfahrzeuge ausgestaltet ist. Die Beschwerdeführerin erfüllt die grundsätzlichen Voraussetzungen von Art. 23 Abs. 1 VVV, d.h. sie verfügt über die für die Art des Betriebes erforderlichen Bewilligungen (lit. a), bietet Gewähr für eine einwandfreie Verwendung des Kollektiv-Fahrzeugausweises (lit. b) und hat die in Art. 71 Abs. 2 SVG vorgeschriebene Versicherung abgeschlossen (lit. c). Zu prüfen bleibt somit lediglich, ob sie die im Anhang 4 aufgeführten Voraussetzungen erfüllt, insbesondere ob das Reparaturvolumen den dortigen Anforderungen zu genügen vermag.

Die Beschwerdeführerin unterliess es in casu, vor Erlass der Verfügung durch den Beschwerdegegner die geforderten Reparturnachweise einzureichen, wobei anhand der gegensätzlichen Aussagen vom Gericht nicht zweifelsfrei geklärt werden kann, auf wessen Verschulden dieses Versäumnis zurückzuführen ist. Im hängigen Beschwerdeverfahren ist dies jedoch auch nicht mehr von entscheidender Relevanz, hat doch die Beschwerdeführerin besagte Reparturnachweise mittlerweile erbracht. Ihren Angaben zufolge nahm sie im Jahr 2008 61 Reparaturen vor, wovon 57 an Personenwagen und je eine an einem Pferdeanhänger, einem Sachtransportanhänger, einem Pneulader und einem Sportgeräteanhänger. Somit wäre die geforderte Anzahl von 50 Reparaturen an leichten Motorwagen im Grunde erreicht, allerdings handelte es sich bei den insgesamt 61 Reparaturen in 27 Fällen einzig um Reifenwechsel, bei welchen keine Probe- noch Überführungsfahrten notwendig sind. In 13 weiteren Fällen wurde lediglich ein Abgastest vollzogen, bei welchem auch nur dann eine Probefahrt durchgeführt werden muss, wenn das Fahrzeug davor nicht für eine gewisse Zeit in Betrieb gewesen ist. In zwei Fällen wurde schliesslich gar nur eine Vignette verrechnet. In der Tat lag somit die effektive Zahl der Reparaturen im Sinne des Anhangs 4 der Verkehrsversicherungsverordnung eindeutig unter den geforderten Richtlinien. Hinzu kommt in diesem Zusammenhang noch die Tatsache, dass deutlich über die Hälfte der Reparaturen für Fahrzeuge von Mitarbeitern und Angehörigen ausgeführt und dabei Rabatte gewährt wurden, welche den Händleraspekt des Reparaturgeschäftes klar in den

Hintergrund treten lassen. Für das Jahr 2009 präsentiert sich die Situation ähnlich. Von insgesamt 49 Reparaturen betrafen 21 lediglich Reifenwechsel oder die Entsorgung von Reifen, in sieben Fällen wurde nur die Vignette verrechnet und fünfmal wurde ein Abgastest vorgenommen, wobei erneut mindestens die Hälfte der Reparaturen für Mitarbeiter und Angehörige erfolgte. Die Reparaturzahlen sind also im Vergleich zum Vorjahr gar noch zurückgegangen. Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, fehlt ferner jeglicher Nachweis dafür, dass irgendwelche erbrachten Reparaturen an nicht immatrikulierten, firmeneigenen Fahrzeugen vorgenommen wurden. Nur solche dürfen nämlich in die Kalkulation miteinbezogen werden.

c) Infolge dieser Umstände muss festgehalten werden, dass die Beschwerdeführerin die in Anhang 4 der Verkehrsversicherungsverordnung genannten Voraussetzungen für eine Kollektiv-Fahrzeugausweis mit Händlerschild als Reparaturwerkstätte deutlich nicht erfüllt, da sie den Nachweis schuldig geblieben ist, überhaupt Reparaturen an nicht firmeneigenen Fahrzeugen vorgenommen zu haben, welche eine Probe- oder Überführungsfahrt erforderten. Mit 18 eingelösten Fahrzeugen stellt die Beschwerdeführerin ferner auch keinen Betrieb mit grossem Motorfahrzeugpark gemäss Ziff. 18 des Anhangs 4 dar, da sie hierfür über 30 eingelöste Fahrzeuge verfügen müsste.

d) Die Beschwerdeführerin beruft sich alternativ auf Ziff. 20 des Anhangs 4, wonach Betrieben, die in mehreren Betriebsarten tätig sind, deren Betriebsumfang je Betriebsart jedoch die geforderte Mindestgrösse nicht erreicht, ein Kollektiv-Fahrzeugausweis abgegeben werden kann, wenn der gesamte Betriebsumfang den für eine Betriebsart allein vorgeschriebenen Mindestumfang erreicht und die Räumlichkeiten und Betriebseinrichtungen den Anforderungen für jede einzelne Betriebsart insgesamt entsprechen. Sie macht geltend, aufgrund der 18 immatrikulierten Fahrzeuge würden schon drei Fünftel der Vorgaben von Ziff. 18.21 in Anhang 4 VVV erfüllt. Die weiteren Arbeiten, im Jahr 2008 konkret 61 verschiedene Arbeiten müssten diesbezüglich ergänzend hinzugerechnet werden. Damit sei in jedem Fall erstellt, dass der gesamte Betriebsumfang den für eine Betriebsart allein vorgeschriebenen Mindestumfang erreiche. Dieser Argumentation kann nicht schon deshalb nicht gefolgt werden, weil nicht – wie geltend gemacht – 61, sondern nicht annähernd genügend rechtserhebliche Reparaturen vorgenommen wurden. Hinzu kommt, dass es sich bei Ziff. 20 des Anhangs 4 lediglich um eine Kann-Vorschrift handelt, welche selbst dann keinen unbedingten Rechtsanspruch gewähren würde, wenn die Voraussetzungen beim Betrieb des Beschwerdeführers erheblich besser erfüllt werden würden.

5. Ausländerrecht

Art. 17 Abs. 2 Satz 3 ANAG. – Der nachträgliche Familiennachzug gemeinsamer, im Ausland zurückgelassener Kinder durch in der Schweiz niedergelassene und zusammen lebende Eltern steht unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs. Je länger mit der Ausübung des Nachzugsrechts ohne sachlichen Grund zugewartet wird und je knapper die verbleibende Zeit bis zur Volljährigkeit ist, umso eher stellt sich die Frage, ob wirklich die Herstellung der Familiengemeinschaft beabsichtigt ist oder nicht zweckwidrig bloss die Verschaffung einer Niederlassungsbewilligung.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Auf Gesuche, die vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20, in Kraft seit 1. Januar 2008) eingereicht worden sind, bleibt das bisherige Recht anwendbar. Vorliegend haben die Beschwerdeführer ihr Gesuch um den Nachzug ihres Sohnes E. am 4. Dezember 2007, d.h. wenige Tage vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts eingereicht. Anwendbar ist somit das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (ANAG).

3. Ledige Kinder von Ausländern, die in der Schweiz niedergelassen sind, haben Anspruch auf Einbezug in die Niederlassungsbewilligung ihrer Eltern, wenn sie mit diesen zusammen wohnen und noch nicht 18 Jahre alt sind (Art. 17 Abs. 2 Satz 3 ANAG). Zweck des so genannten Familiennachzugs ist es, das Leben in der Familiengemeinschaft zu ermöglichen. Der Gesetzeswortlaut verdeutlicht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass die rechtliche Absicherung des Zusammenlebens der Gesamtfamilie angestrebt wird: Verlangt ist ausdrücklich, dass die Kinder mit «ihren Eltern» zusammen wohnen werden. Die Nachzugsregelung ist mithin auf Familien zugeschnitten, in denen beide Eltern einen gemeinsamen ehelichen Haushalt führen (grundlegend BGE 118 Ib 153 E. 2b S. 159; ferner BGE 129 II 11 E. 3.1 S. 14 f.; 126 II 329 E. 2a S. 330). ...

... Der Sohn der Beschwerdeführer war im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs 17 Jahre und zwei Monate alt. Auch die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Niederlassungsbewilligung sind erfüllt: Beide Eltern leben in gemeinsamem ehelichem Haushalt, und der Sohn soll mit ihnen zusammen wohnen. Sein Miteinbezug in die Niederlassungsbewilligung darf nur verweigert werden, wenn sich das Gesuch als rechtsmissbräuchlich erweist.

4. Rechtsmissbrauch liegt beim Familiennachzug nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor, wenn nicht die Herstellung der Familiengemeinschaft in der Schweiz beabsichtigt ist, sondern Art. 17 Abs. 2 ANAG zweckwidrig für die Beschaffung einer Niederlassungsbewilligung allein im Hinblick auf eine künftige selbständige Anwesenheit als Erwachsener und eine Erwerbsaufnahme in der Schweiz, d.h. zwecks Verschaffung besserer Zukunftsaussichten angerufen wird (vgl. BGE 126 II 333 E. 3b). Rechtsmissbrauch kann auch dann angenommen werden, wenn das Leben in der Familiengemeinschaft allenfalls eine gewisse Rolle spielen könnte, jedoch als Motiv für die Gesuchseinreichung von verschwindend geringer Bedeutung ist (Urteile 2A.744/2005 vom 3. April 2006 E. 3.2 und 2A.31/2005 vom 26. Mai 2005 E. 3.1).

Von einem Rechtsmissbrauch ist gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. hierzu insbesondere Entscheid 2A.455/2004 vom 13. Dezember 2004) nicht leichthin auszugehen. Da ein direkter Beweis kaum je möglich ist, genügen Indizien hierfür. Erforderlich sind aber klare Hinweise für rechtsmissbräuchliches Verhalten (BGE 128 II 145 E. 2.2 S. 151; 127 II 49 E. 5a S. 56 f., je betreffend die rechtsmissbräuchliche Berufung auf Art. 7 ANAG). Die Frage des Rechtsmissbrauchs bei Nachzugsgesuchen für im Ausland verbliebene gemeinsame Kinder zusammenlebender Eltern kann sich dann stellen, wenn mit der Ausübung des Nachzugsrechts ohne sachlichen, einleuchtenden Grund lange zugewartet und den nachzuziehenden Kindern nur noch wenig Zeit bis zum Erreichen der Volljährigkeit bleibt. Es erscheint auch bei zusammenlebenden Eltern umso weniger glaubwürdig, dass mit dem Gesuch wirklich die Zusammenführung der Familie angestrebt wird, je näher das Alter des Kindes an der Grenze zu 18 Jahren liegt (BGE 126 II 329 E. 3b und E. 4a S. 333; Entscheid 2A.664/2004, E. 2.2). Immer im Auge zu behalten ist dabei aber, dass der Nachzug erst bei Erreichen der Altersgrenze ausgeschlossen und vorher grundsätzlich zulässig ist. Wird um die Zusammenführung sämtlicher Familienmitglieder einige Zeit vor Erreichen der Volljährigkeit der Kinder ersucht, spielt das Motiv des Zusammenlebens in der Familie angesichts verbleibender Betreuungs- und Erziehungsbedürfnisse naturgemäss regelmässig noch eine gewisse Rolle und kommt ihm entsprechend kaum bloss verschwindend geringe Bedeutung zu. An den von den Behörden zu erbringenden Nachweis eines Rechtsmissbrauchs sind in einem solchen Fall hohe Anforderungen zu stellen. Dabei kommt der Mitwirkungspflicht des Ausländers (vgl. BGE 122 II 385 E. 4c/cc S. 394) nicht die gleiche Bedeutung zu wie im Fall des Kindernachzugs von getrennt lebenden Eltern, wo triftige Gründe für die nachträgliche Einreise des Kindes aufzuzeigen sind. Bloss dann, wenn die tatsächlichen Verhältnisse für das Vorliegen von Rechtsmissbrauch zu sprechen scheinen, liegt es an ihm, gegen diese Vermutung sprechende Umstände aufzuzeigen bzw. glaubhaft zu machen.

Als rechtsmissbräuchlich hat das Bundesgericht das Familiennachzugsgesuch für eine über 17 Jahre alte Tochter erachtet. Diese war vorher während neun Jahren von ihrer Grossmutter in Mazedonien grossgezogen worden, und nur für ihre beiden älteren Brüder war Jahre zuvor der Nachzug zu den Eltern in der Schweiz organisiert worden (Urteil 2A.314/2001 vom 10. Dezember 2001). Ebenfalls Rechtsmissbrauch nahm das Bundesgericht im Fall eines Ehepaars an, das seine zwei Kinder während Jahren in der Heimat zurückliess; für den Sohn wurde nie ein Nachzugsgesuch gestellt, für die Tochter erst kurz bevor sie 17 Jahre alt war, ohne dass nachvollziehbare Beweggründe für dieses Zuwarten und den Verzicht auf den Nachzug für den Sohn glaubhaft aufgezeigt worden wären (Urteil 2A.273/2000 vom 25. August 2000). Als rechtsmissbräuchlich erwies sich das Nachzugsgesuch für einen 16 $\frac{3}{4}$ Jahre alten Sohn. Dieser hatte die ersten vier Jahren in der Schweiz verbracht, woraufhin ihn die Eltern zusammen mit der älteren Schwester in die Türkei zurückschickten, wo er während 12 Jahren von der Grossmutter betreut wurde. Auf den Nachzug der älteren Tochter verzichteten die Eltern (Urteil 2A.247/1998 vom 15. September 1998). Rechtsmissbrauch bejahte das Bundesgericht im Fall eines Nachzugsgesuchs für eine 16-jährige Tochter. Diese hatte Jahre zuvor, im Alter von zehn Jahren, bereits einmal zusammen mit ihren beiden Brüdern bei ihren Eltern gewohnt; dies gestützt auf ein Nachzugsgesuch, welches für sie gestellt worden war, damit den beiden knapp 18 bzw. 16 Jahre alten Söhnen die Anwesenheit im Rahmen des Gesamtfamiliennachzugs bewilligt werden konnte. Ein Jahr nach Erteilung der entsprechenden Niederlassungsbewilligungen hatten die Eltern sie allein wieder in ihr Heimatland zurückgeschickt. Angesichts der gesamten Vorgeschichte musste angenommen werden, dass mit dem Nachzug nicht das familiäre Zusammenleben ermöglicht werden sollte (BGE 119 Ib 81).

Etwas anderes gilt, wenn die Familiengemeinschaft in der Schweiz aus guten Gründen erst nach Jahren hergestellt wird; solche Umstände müssen sich aus den Umständen des Einzelfalles ergeben (vgl. BGE 129 II 253 E. 2.1; Peter Uebersax, Der Rechtsmissbrauch im Ausländerrecht, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2005/2006, S. 18 mit Hinweisen). Verneint hat das Bundesgericht einen Rechtsmissbrauch bei folgender Konstellation: Die in der Schweiz geborene Tochter eines hier niedergelassenen Ehepaars wurde, anders als weitere Kinder des Ehepaars, ins Heimatland zu den Grosseltern geschickt, wo sie aufwuchs. Als die Tochter gut 15 $\frac{1}{2}$ Jahre alt war, stellten die Eltern für sie ein Nachzugsgesuch. Es war davon auszugehen, dass ihr altersadäquate Fürsorge nunmehr eher in der Familiengemeinschaft mit ihren Eltern und zwei noch minderjährigen Geschwistern gewährleistet werden könne als bei der Grossmutter im Ausland. Berücksichtigt wurde, dass finanzielle Gründe, die (fehlenden) Betreuungsmöglichkeiten (bei Erwerbstätigkeit beider El-

tern) sowie die aufgrund konkreter Umstände bei einem Wechsel zur Unzeit zu befürchtenden schulischen Schwierigkeiten den verlängerten Auslandsaufenthalt als nachvollziehbar erscheinen liessen (BGE 126 II 329). Ebenfalls als nicht missbräuchlich gewertet hat das Bundesgericht ein Nachzugsgesuch für einen Sohn, das sieben Wochen vor Erreichen des 18. Altersjahrs gestellt worden war. Der Sohn hatte im Alter von acht bis elf Jahren bereits zusammen mit seinen Eltern in der Schweiz gewohnt; danach reiste er zusammen mit der Mutter in die Heimat zurück. Der allein in der Schweiz verbliebene Vater beantragte den Nachzug nicht nur für den Sohn, sondern auch für dessen Mutter bzw. seine Ehefrau, welche den Sohn durchwegs betreut hatte; unter solchen Umständen wurde angenommen, dass das Familienleben für die Betroffenen eine wichtige Rolle spielte und dieser Gesichtspunkt somit für das Gesuch nicht nur verschwindend geringe Bedeutung zu haben schien (Urteil 2A.221/2001 vom 30. August 2001).

5. a) Der Beschwerdeführer erhielt im Jahr 1991 eine Jahresaufenthaltsbewilligung in der Schweiz. Währenddem seine Ehefrau erst 1992 im Rahmen des Familiennachzugs in die Schweiz kam und ihre Kinder so zumindest anfänglich selbst betreute, lebt er seit der Geburt seiner drei Kinder getrennt von ihnen. Er verzichtete sechzehn Jahre lang freiwillig auf die Möglichkeit, die beiden Töchter und den Sohn zu sich in die Schweiz zu holen und so die Familie zusammenzuführen. ...

(...)

6. Der Gesetzgeber bestätigt mit den Bestimmungen im neuen Ausländerrecht, dass Sinn und Zweck des Familiennachzugs das familiäre Zusammenleben im Sinne der Zusammenführung der Gesamtfamilie ist. Es ist möglichst das Zentrum des Familienlebens in die Schweiz zu verlegen. Der Nachzug soll möglichst bald erfolgen, um eine möglichst optimale und rasche Integration der Kinder in der Schweiz zu fördern. Deshalb sieht die Regelung von Art. 47 Abs. 1 AuG – in Umsetzung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum späten Familiennachzug kurz vor Erreichen des Mündigkeits- bzw. Erwerbstätigkeitsalters gestützt auf das ANAG – Nachzugsfristen vor, von denen nur beim Vorliegen wichtiger familiärer Gründe (Art. 47 Abs. 4 AuG) abgesehen werden kann. Der nachträgliche Familiennachzug soll im Interesse einer guten Integration nur zurückhaltend angewendet werden (vgl. zum neuen Recht Raselli/ Hausammann/ Möckli/ Urwyler, Ausländerrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. VIII, Basel, 2. Aufl. 2009, Rz. 16.4, 16.7, 16.11).

In Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und des Sinns und Zwecks der alt- wie der neurechtlichen Regelung ist den Vorinstanzen zuzustimmen, dass die Beschwerdeführer bewusst in Kauf genommen haben, dass ihr

jüngster Sohn bei seinen Grosseltern aufgewachsen ist, und dass beim umstrittenen Gesuch die Zusammenführung der Familie nicht mehr als eigentliches Ziel des Familiennachzugs im Vordergrund stehen konnte. Obwohl die Fremdenpolizei des Kantons X. bereits am 3. November 1999 für alle drei Kinder die Ermächtigung zur Visumerteilung ausgestellt hatte, haben sie die zeitlich befristete Ermächtigung am 2. Februar 2000 unbenutzt erlöschen lassen, ohne dass hierfür ökonomische Schwierigkeiten nachgewiesen wären. Dass eine Integration im Ausland, d.h. in der Schweiz, mit einem Wechsel auch der schulischen Ausbildung verbunden gewesen wäre, ist so selbstverständlich, dass es jedenfalls nicht als Begründung für einen sozusagen objektiv gebotenen jahrelangen Verzicht auf die Zusammenführung der Gesamtfamilie angeführt werden kann. Stattdessen haben die Beschwerdeführer acht Jahre lang aus freien Stücken auf den Familiennachzug verzichtet, obwohl amtlich belegt war, dass diesem rechtlich nichts im Wege stand. Am 4. Dezember 2007 – mehr als acht Jahre nach dem ersten Gesuch – stellten sie erneut ein Gesuch um Familienachzug, jetzt nur noch für ihren Sohn E., der zu diesem Zeitpunkt kurz vor der Vollendung des 18. Altersjahrs stand. Dies widerspricht klar dem Ziel eines möglichst raschen Nachzuges. Im Zeitpunkt des aufgrund der Gesuchsbegründung faktisch frühestmöglichen Einreisetermins in die Schweiz, nämlich dem Abschluss von E.'s Ausbildung am 10. Juni 2008, stand er sogar schon weniger als vier Monate vor seiner Volljährigkeit. Eine Zusammenführung der Gesamtfamilie mit den beiden Töchtern und dem Sohn wäre aufgrund der Volljährigkeit der Schwestern schon rechtlich nicht mehr möglich gewesen. Die Erklärung, man habe die berufliche Ausbildung des Sohnes in der Heimat nicht abrechnen wollen, ist achtbar, nicht aber vereinbar mit dem Sinn und Zweck des vom Gesetzgeber ausgestalteten Familiennachzugs. Mit dem Entscheid, den Sohn seine ganze, erst kurz vor dem 18. Lebensjahr endende Ausbildung in der Heimat absolvieren zu lassen, haben sich die Beschwerdeführer konkludent, aber klar gegen eine Zusammenführung der Familie entschieden, und zwar in einer vom erzieherischen Standpunkt her gesehen wichtigen Zeit. Dass sie ihre Kinder und die Grosseltern mehrmals jährlich besuchten und mit ihnen die Ferien verbrachten, ändert daran nichts. Im Alter von nahezu 18 Jahren bedarf ein gemäss den Angaben der Beschwerdeführer anständiger und gut erzogener junger Mann aber nur noch einer altersgerechten, d.h. vergleichsweise geringen erzieherischen Aufmerksamkeit und entsprechender Fähigkeiten seiner engsten Betreuungspersonen. Deshalb ist auch nicht anzunehmen, dass Grosseltern im Alter von 63 (Grossmutter) bzw. 70 (Grossvater) Jahren, die ihren Enkel bereits während mehr als 15 Jahren (nach der Übersiedlung seiner Mutter in die Schweiz im Jahr 1992) erzogen haben, als Bezugspersonen überfordert sein könnten. Zudem leben immerhin zwei erwachsene Schwestern ebenfalls in der Heimat und lassen sich enge Kontakte auch über grössere Distanzen pflegen. Umgekehrt

dürfte sogar der Sohn seinen Grosseltern eine zunehmend wichtigere Stütze geworden sein. Dass der Abschluss der Lehre kurz vor Erreichen des 18. Lebensjahres eine Änderung der Betreuungsverhältnisse gebieten würde, ist nicht nachvollziehbar. Andererseits fällt ins Gewicht, dass mit erhöhten Integrationschwierigkeiten zu rechnen ist, je älter ein Kind ist. E. wäre am faktisch frühestmöglichen Einreisedatum bereits 17 Jahre und 8 Monate alt gewesen. Dass er in der Heimat begonnen hat, die deutsche Sprache zu lernen, ändert an dieser der Rechtsprechung zu Grunde liegenden Erfahrungstatsache nichts.

Dass die Beschwerdeführer bei der Einreichung des Nachzugsgesuches am 4. Dezember 2007 zunächst kein Einreisedatum nennen wollten und erst auf Rückfrage der Amtsstelle überhaupt den Januar 2008 nannten, zeigt klar auf, dass ihr Sohn in jedem Fall die technische Schule in A. am 10. Juni 2008 abschliessen sollte und somit erst nach diesem Datum hätte in die Schweiz ziehen sollen. Dass sie gemäss ihren Ausführungen gegenüber der Vorinstanz vom 22. September 2008 mit der Angabe des Januars 2008 damit lediglich hätten zum Ausdruck bringen wollen, sie wünschten sich eine rasche Behandlung des Gesuches, ist nicht glaubhaft. Die Beschwerdeführer haben die beiden Töchter volljährig und ihren Sohn beinahe 18 Jahre alt werden lassen, ohne sie in die Schweiz nachzuziehen, obwohl dies sowohl rechtlich als auch wirtschaftlich möglich gewesen wäre. Dies belegt, dass weder der Wunsch nach einem intakten Familienleben noch die Betreuungsverhältnisse durch die Grosseltern die Beschwerdeführer dazu veranlasst haben, die Gesamtfamilie in der Schweiz zusammenzuführen.

Bezüglich der weiteren Argumente der Beschwerdeführer ist festzustellen, dass die Familiengemeinschaft als hoher Wert und als erstrangige Hilfe bei der Integration bei einem Sohn, der erst als Erwachsener nachgezogen wird, ihre wichtige Funktion aus objektiven Gründen voraussichtlich kaum noch spielen kann. Die gesetzliche Altersgrenze von 18 Jahren wird ihres gesetzgeberischen Gehalts entleert, wenn sie angerufen wird in Fällen, in denen schon lange vorher ein Nachzug möglich gewesen und bewusst nicht bzw. erst kurz vor ihrem Erreichen gewählt worden ist. Der Nachzug würde im Falle des Sohns der Beschwerdeführer nicht mehr in einem Alter erfolgen, in dem Jugendliche normalerweise noch einige Zeit im Familienverband leben und die Betreuung der Eltern gerade auch im Hinblick auf die Planung und Vorbereitung des – hier bereits unmittelbar bevorstehenden – Eintritts ins Berufsleben beanspruchen (vgl. Entscheid 2A.455/2004, E. 2.3.2). Die erleichterte Integration von Kindern ist aber nicht nur der Zweck der Nachzugsfristen im neuen Recht, sondern auch der Sinn und Zweck der Praxis zum alten Recht, wobei für die Kinder eine umfassende Schulbildung in der Schweiz eine wichtige Basis für eine erfolgreiche Zukunft darstellt (vgl. Marc Spescha, Migrati-

onsrecht, Zürich, 2. Auflage 2009, Komm. zu Art. 47 N 1). Diesem gesetzgeberischen Konzept haben sich die Beschwerdeführer mit ihrer – aus persönlichen Gründen selbstverständlich achtbaren und nicht auf ihre Sachgerechtigkeit zu überprüfenden – Familienplanung ausdrücklich entzogen. Es rechtfertigt sich unter diesen Umständen der Schluss, es gehe den Eltern beim Nachzug ihres Sohnes E. im Wesentlichen nur noch darum, diesem eine Niederlassungsbewilligung in der Schweiz bzw. eine bessere Erwerbsmöglichkeit zu verschaffen, ohne dass dem Motiv des familiären Zusammenlebens noch die ernsthafte, vom Gesetz vorausgesetzte Bedeutung zukäme (vgl. in einem vergleichbaren Fall das Bundesgericht im Entscheid 2A.664/2004 vom 22. November 2004).

Somit sind die Voraussetzungen für den Familiennachzug im vorliegenden Fall nicht erfüllt und ist die Bewilligungsbehörde pflichtgemäss verfahren. Der Regierungsrat hat mit seinem Beschluss kein Recht verletzt und auch das ihm zustehende Ermessen nicht überschritten. Der angefochtene Entscheid ist von daher nicht zu beanstanden.

7. Diese Auslegung von Art. 17 Abs. 2 ANAG steht nicht im Widerspruch zu den Ansprüchen aus Art. 8 EMRK: Diese Bestimmung vermittelt kein absolutes Recht auf Einreise und eine Aufenthaltsbewilligung von Familienmitgliedern, wenn ein Ausländer selbst die Entscheidung getroffen hat, von seiner Familie getrennt in einem anderen Land zu leben, für die Änderung der bisherigen Verhältnisse keine überwiegenden familiären Interessen bestehen und die Fortführung und Pflege der bisherigen familiären Beziehungen nicht behördlich verhindert wird (vgl. hierzu Bundesgerichtsentscheid 119 Ib 90 E. 4a und b).

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Januar 2010

V 2009 / 123

Eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wies das Bundesgericht mit Urteil vom 1. Oktober 2010 ab (2C_181/2010).

6. Vormundschaftsrecht

Art. 392 Ziff. 1 und Art. 393 Ziff. 2 ZGB, Art. 17 Abs. 2 DSG – Akteneinsichtsanspruch der Nachkommen gegenüber einer verbeiständeten Person bzw. dem Beistand und der Vormundschaftsbehörde. Geheimhaltungspflicht der vormundschaftlichen Organe.

Aus dem Sachverhalt:

Mit Urteil vom 18. Dezember 2007 (GVP 2007, 113 ff.) hatte das Verwaltungsgericht den Regierungsratsbeschluss vom 10. Juli 2007 aufgehoben und festgestellt, dass der Stadtrat von Zug für M. auf Antrag ihres Sohnes X. zu Recht eine kombinierte Vertretungs- und Verwaltungsbeistandschaft angeordnet hatte.

Am 23. April 2009 erhob X. beim Stadtrat Verwaltungsbeschwerde gegen das Vormundschaftsamt und beantragte, dass ihm in Ausübung seines Akteneinsichtsrechts Kopien diverser Unterlagen betreffend seine Mutter und die Beistandschaft zuzustellen seien.

Mit Eingabe vom 9. Juni 2009 erhob X. beim Regierungsrat «Rechtsverweigerungs- und Aufsichtsbeschwerde gemäss § 51 ff. VWG (recte: VRG)» gegen den Stadtrat von Zug wegen unterlassener Behandlung der am 23. April 2009 eingereichten Verwaltungsbeschwerde. Der Regierungsrat stellte mit Beschluss vom 20. Oktober 2009 fest, dass sich die Rechtsverweigerungsbeschwerde als gegenstandslos erweise und der Aufsichtsbeschwerde keine Folge gegeben werden könne, da keine unhaltbaren Zustände vorlägen. Der Stadtrat werde jedoch zu prüfen haben, ob dem Beschwerdeführer nicht in Anwendung des DSG Kopien von Akten, die Daten über seine eigene Person enthielten, zuzustellen seien und dies kostenlos zu geschehen habe. Diesen Entscheid focht X. mit Beschwerde vom 21. November 2009 beim Verwaltungsgericht an.

Aus den Erwägungen:

(Vgl. die verfahrensrechtlichen Erwägungen zu diesem Fall im ersten Teil des Entscheids vorne unter Verfahrensrecht)

4. In materiellrechtlicher Hinsicht ist für die Beurteilung der Beschwerde von folgenden, im Wesentlichen vormundschaftsrechtlichen Grundsätzen auszugehen:

a) Die Herausgabe der vom Beschwerdeführer angebehrten Unterlagen seiner verbeiständeten Mutter beschlägt die Frage der Geheimhaltungspflicht der vormundschaftlichen Organe. Das Vormundschaftsgeheimnis ist eine unabdingbare Voraussetzung für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben des Vormundschaftsrechts durch vormundschaftliche Behörden wie Amtsträger. Es ist die notwendige Folge davon, dass der hilfeschuchende oder hilfsbedürftige Klient für die Gewährung vormundschaftlicher Hilfe seine persönlichen Verhältnisse weitgehend offenlegen muss bzw. die Beschaffung ihn betreffender Informationen zu dulden hat (vgl.

dazu Schnyder/ Murer, Berner Kommentar, Art. 360 N 107 ff., 145 ff.; Aldo Elsener, Das Vormundschaftsgeheimnis – die Schweigepflicht der vormundschaftlichen Organe und Hilfsorgane, Diss. Zürich 1993, S. 191 ff.). Obwohl dem Geheimnisschutz im Vormundschafts- bzw. Erwachsenenschutzrecht eine grosse Bedeutung zukommt, besteht bislang keine gesetzliche Regelung desselben (vgl. Yvo Biderbost, Vom Vormundschaftsrecht zum Erwachsenenschutz, Eine Revision im Überblick, in: Jusletter vom 29. September 2003, Rz. 57). Im neuen Erwachsenenschutzrecht wird demgegenüber die Verschwiegenheitspflicht – als Grundsatz – explizit statuiert sein. So ist gemäss Art. 413 Abs. 2 nZGB der Beistand oder die Beiständin zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit nicht überwiegende Interessen entgegenstehen. Die Erwachsenenschutzbehörde ist gemäss Art. 451 nZGB ihrerseits zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit nicht überwiegende Interessen entgegenstehen (Abs. 1). Wer ein Interesse glaubhaft macht, kann von der Erwachsenenschutzbehörde Auskunft über das Vorliegen und die Wirkungen einer Massnahme des Erwachsenenschutzes verlangen (Abs. 2).

Grundsätzlich besteht im alten wie dereinst im neuen Recht des Erwachsenenschutzes die Geheimhaltungspflicht der vormundschaftlichen Behörden und Amtsträger gegenüber sämtlichen Dritten, insbesondere auch gegenüber den Angehörigen, soweit diese nicht nach dem Willen des Klienten oder in dessen fürsorglichem Interesse oder aufgrund eigener Parteirechte – in einem Verfahren – beizuziehen sind (Eltern, Ehegatte, Kinder; vgl. A. Elsener, S. 194; Hausheer/ Geiser/Aebi-Müller, Das neue Erwachsenenschutzrecht, Bern 2010, Rz 97). In Fällen, in denen der unter Vormundschaft oder Beistandschaft, insbesondere einer Altersbeistandschaft (kombinierte Beistandschaft nach Art. 392 Ziff. 1 und Art. 393 Ziff. 2 ZGB; vgl. Riemer, Grundriss des Vormundschaftsrechts, 2. Auflage Bern 1997, § 6 N 34a), stehende Klient nicht mehr selber urteilsfähig ist und sich dauerhaft nicht mehr selber zur Offenbarung ihn betreffender Daten äussern kann, haben die verantwortlichen vormundschaftlichen Behörden und Amtsträger eine Offenlegung vormundschaftlicher Informationen von einem konkreten schutzwürdigen Interesse abhängig zu machen. Dieses muss das Geheimhaltungsinteresse überwiegen, wobei das Offenbarungsinteresse mit dem fürsorglichen Interesse des Klienten korrespondieren kann. Das Einverständnis zum Verzicht auf die Geheimhaltung kann sich auch aus dem mutmasslichen Offenbarungswillen der betreuten Person ergeben (vgl. A. Elsener, S. 283). Insbesondere ist ohne die nötigen Informationen über die betreute Person eine Interessenwahrung für sie nicht möglich. Wenn im Rahmen einer vormundschaftlichen Massnahme im Interesse der betreuten Person mit Behörden und Privaten zusammengearbeitet wird, macht dies eine mehr oder weniger weit reichende Offenlegung von Informationen über die Person nötig. Insbesondere aber kann seitens von Ehegatten, Kin-

dern und Eltern ein schutzwürdiges Auskunfts- und Einsichtsinteresse aufgrund ihrer gegenseitigen, gesetzlich verankerten ehe- und familienrechtlichen Beistandspflichten bestehen, die auch hier entsprechendes Gewicht haben (vgl. A. Elsener, S. 296 mit Hinweis auf Egger, Komm. zu Art. 409 ZGB N. 8; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, § 2 Rz 136).

Bei der Abwägung eines Informationsinteresses mit den entgegenstehenden Geheimhaltungsinteressen der von der vormundschaftlichen Massnahme betroffenen Person, eventuell auch Dritter oder der Allgemeinheit (vgl. A. Elsener, S. 294 f.; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, § 2 Rz 136) muss gewährleistet sein, dass die Informationsberechtigten im wohlverstandenen Interesse des Klienten handeln bzw. diesem nicht widerhandeln, und die Geheimhaltungsinteressen gegenüber Dritten – im Verhältnis zu weiteren, «ausenstehenden» Dritten also – respektieren (vgl. A. Elsener, S. 326). Es muss beispielsweise auch gewährleistet sein, dass Drittpersonen sich nicht in die Massnahme zum Nachteil der betreuten Person einmischen (vgl. A. Elsener, S. 298). Grundsätzlich nicht offengelegt werden dürfen Informationen, die höchstpersönlich bzw. besonders schützenswert sind. Dies sind Daten, die als solche die Persönlichkeit der betroffenen Personen besonders stark berühren, vor allem wenn sie aus dem Geheimbereich oder dem Privatleben stammen oder wenn sie Ansehen und soziale Geltung einer Person wesentlich beeinflussen können. In Art. 3 lit. c des Datenschutzgesetzes des Bundes vom 19. Juni 1992 (DSG, SR 235.1) wie in § 2 lit. b des Datenschutzgesetzes des Kantons Zug (DSG ZG, BGS 157.1) werden als besonders schützenswerte Personendaten die religiösen, weltanschaulichen, politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten und Tätigkeiten aufgeführt, aber auch etwa die Mitgliedschaft in entsprechenden Vereinigungen. Weiter zählen dazu Angaben über die Gesundheit und die Intimsphäre. Die Intimsphäre umfasst gemäss der Botschaft zum Datenschutzgesetz des Bundes vom 23. März 1988 (BBI 1988 II 446) Daten, die eine Person nur wenigen Auserwählten mitteilt und die für sie von grosser emotionaler Bedeutung sind. Die Intimsphäre erstreckt sich aber beispielsweise nicht auf die finanziellen Verhältnisse. Weiter gehören auch Massnahmen der sozialen Hilfe wie Sozialversicherungsleistungen im Zusammenhang mit Krankheit und Unfall sowie Vormundschafts- und Fürsorgemassnahmen dazu, aber auch administrative und strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen. Dies betrifft neben den Verfolgungen und Verurteilungen nach gemeinem Strafrecht auch etwa Disziplinarverfahren, Führerausweisentzüge und Strafvollzugsmassnahmen. Zu den höchstpersönlichen Informationen gehören selbstverständlich z.B. auch persönliche Briefe und persönliche Äusserungen einer Person an Behörden und Amtsträger über ihre Angehörigen und Dritte. Diesbezüglich sind insbesondere sog. interne Akten vormundschaftlicher Organe nicht offenzulegen (vgl. A. Elsener, S. 218).

Zu beachtende Geheimhaltungsinteressen Dritter können sich aus persönlichen Beziehungen und Handlungen gegenüber der von der vormundschaftlichen Massnahme betroffenen Person ergeben. Es geht um Vertrauensschutz aus persönlicher Bindung, vertraglichen und ausservertraglichen Verpflichtungen. Eine sorgfältige Interessenwahrung für eine bevormundete oder verbeiständete Person beinhaltet im Sinne des Vormundschaftsgeheimnisses auch die Respektierung von legitimen Geheimhaltungsinteressen Dritter, wozu selbstverständlich auch die Kinder bzw. Verwandten gehören. Nicht weiter einzugehen ist hier auf mögliche Geheimhaltungsinteressen der Allgemeinheit.

b) Die Kinder der von einer vormundschaftlichen Massnahme betroffenen Person können und sollen nach dem Eintritt von deren dauernder Urteils- und Handlungsunfähigkeit vom Vormund oder Beistand zur Gewährleistung der Interessenwahrung und persönlichen Betreuung beigezogen werden. Dies bedingt die Gewährung von Informationsrechten. Dazu können nicht nur Angaben über die finanziellen Verhältnisse, sondern im Regelfall auch Auskünfte über die gesundheitliche Verfassung gehören. Ein moderner Erwachsenenschutz kommt nicht umhin, im Interesse der betreuten Person auf differenzierte Weise mit dem Geheimnisschutz umzugehen. Gerade die Kinder als nächste Familienangehörige, die sich für das Wohl und die Betreuung einer Person interessieren und einsetzen, sollen aufgrund des im vormundschaftlichen Handeln zu verfolgenden Subsidiaritäts- und Verhältnismässigkeitsprinzips in die Interessenwahrung möglichst stark miteinbezogen werden. Die familiäre Beistandsleistung erleichtert und ergänzt die Aufgabe von Vormund oder Beistand. Diese und die Behörden haben gegenüber den Kindern eine glaubwürdige und rechtsgleiche Praxis zu pflegen.

Die direkten Nachkommen haben in Anbetracht der allgemeinen familienrechtlichen Beistandspflicht (Art. 272 ZGB) und der gemäss Art. 328 ZGB («Verwandte in gerader Linie») bestehenden Unterstützungspflicht und Unterstützungsberechtigung – ihre besondere Stellung wird auch durch ihre pflichtteilsgeschützte Erbberechtigung (Art. 471 ZGB) bestätigt – gegenüber den vormundschaftlichen Behörden und Amtsträgern grundsätzlich einen Anspruch auf Information über die aktuellen persönlichen und finanziellen Verhältnisse ihrer dauernd urteilsunfähigen, vormundschaftsrechtlich vertretenen Eltern. Gleich verhält es sich ganz selbstverständlich bei einer rein innerfamiliären Betreuung durch eines der Kinder im Einvernehmen mit dessen Geschwistern (vgl. A. Elsener, S. 296 f., insbesondere zum Anspruch aus ehelicher Beistandspflicht oder zum Verhältnis der Eltern zu ihrem Kind). Anders können die Kinder ihre sittliche und gesetzliche Verantwortung nicht wahrnehmen. Behörden und Amtsträger haben die direkten Nachkommen einer betreuten Person in deren eigenem Interesse zu informieren, und zwar

gleichberechtigt. Wenn nicht besondere Gründe eine andere Beurteilung verlangen, besteht für die vormundschaftlichen Stellen kein Grund, mit den nächsten Angehörigen, jedenfalls mit den direkten Nachkommen, nicht möglichst offen, eng und vertrauensvoll zusammenzuarbeiten. Das menschlich wie gesetzlich privilegierte Verhältnis zwischen den Kindern und ihren Eltern ergibt im Falle eines dauernd nicht mehr urteilsfähigen Elternteils für die vormundschaftliche Interessenwahrung in der Regel den gesetzlichen Rechtfertigungsgrund für grundsätzlich umfassende Transparenz.

c) An sich geheimhaltungsbedürftige Informationen können in der vormundschaftsrechtlichen Betreuung immer nur auf konkreten Anlass hin weitergegeben werden. Auch ein über den beschriebenen grundsätzlichen Informationsanspruch hinausgehendes Informations- bzw. Einsichtsbegehren von nächsten Angehörigen muss begründet und ernsthafter Natur sein, damit ihm Folge gegeben werden kann. Es muss einen Bezug zum Wohl und zu den zu wahren persönlichen und finanziellen Interessen der verbeiständeten Person haben, aber auch etwa zu deren Verhältnis zu diesen Angehörigen. Es kann unter Umständen zwar gleichzeitig auch eigene familien- und erbrechtliche Interessen der Nachkommen beschlagen. Insbesondere kann im Einzelfall ein offensichtliches Informationsgefälle unter den nächsten Angehörigen, unabhängig von den Gründen seines Bestehens, Grund für die Offenlegung von Informationen sein. Dass alle Kinder einer betreuten Person grundsätzlich gleich viele Informationen über sie haben, ist im Regelfall nicht nur Voraussetzung für den Familienfrieden, sondern dient dem persönlichen und auch fürsorgerisch relevanten Interesse der betreuten Person, ausser diese hätte vorher eindeutig andere Anordnungen getroffen, die zu respektieren wären.

d) Gelangen zum Beispiel nahe Angehörige an die vormundschaftlichen Organe mit plausiblen, offenen Fragen zur Interessenwahrung für die nicht mehr selber handlungsfähige Person in der Zeit vor der Anordnung der Massnahme, so haben diese aufgrund ihrer Amtspflichten und Verantwortlichkeit falls nötig tätig zu werden und allfälligen Rechtsansprüchen der betreuten Person nachzugehen. Dabei kann es unter Umständen gerechtfertigt sein, den Gesuchstellern zusätzliche Informationen offenzulegen, damit sie auch selber an der Klärung offener Fragen mitwirken können. Es sind immer die gesamten persönlichen Umstände zu berücksichtigen. Gerechtfertigt sein könnte bei Vormundschaften oder sog. Altersbeistandschaften (kombinierte Beistandschaft nach Art. 392 Ziff. 1 und 393 Ziff. 2 ZGB) ein solches Begehren beispielsweise, wenn begründeter Verdacht besteht, dass die betreute Person vor der Anordnung der Massnahme in bestimmten, genügend konkretisierten Geschäften oder Sachverhalten mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht (mehr) in der Lage gewesen sein könnte, ihre Interessen ausreichend zu

wahren. Es könnte so sichergestellt werden, dass keine rechtlichen Ansprüche offen bleiben. Allenfalls könnten Verantwortlichkeits- oder Haftungsansprüche der betreuten Person entdeckt und rechtzeitig geltend gemacht werden (vgl. zur fehlenden Urteilsfähigkeit und der Frage der Verjährungsfrist die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 134 Abs. 1 OR im Entscheid vom 7. Februar 2008, 5A_708/2007, E. 3). Bekanntlich tritt die Urteilsunfähigkeit einer Person in der Regel nur schleichend ein und kann sie im Nachhinein kaum auf einen bestimmten Termin festgelegt werden.

Bezüglich von Akten oder Informationen, die dem Beistand und der Vormundschaftsbehörde noch nicht vorliegen, ist auf ein solches Begehren hin zu prüfen, ob ein Tätigwerden und Beschaffen der Informationen im Interesse der bevormundeten oder verbeiständeten Person liegt. Sicher kann von den vormundschaftlichen Organen nicht verlangt werden, auf allgemeines Begehren – auch von Kindern – hin generell irgendwelchen erhältlichen Daten nachzuforschen. Dies liesse sich im Regelfall nicht mit dem vormundschaftsrechtlichen Auftrag und den persönlichkeitsrechtlichen Interessen der betreuten Person rechtfertigen. Die betreffenden Dokumente müssen genau bezeichnet oder genügend präzise umschrieben werden, und deren Bedeutung für die mit der Akteneinsicht verfolgten Ziele und deren Sinn und Zweck ist glaubhaft zu machen. Vor allem muss dabei klar ein direkter Bezug zum persönlichen und fürsorgerischen Interesse der betreuten Person vorausgesetzt werden.

e) Direkte Gefahr von Missbräuchen mit an Kinder der betreuten Person offengelegten Informationen im Sinne von nicht in ihrem Interesse liegenden Aktionen besteht kraft des vormundschaftsrechtlichen Mandats kaum. Im Verhältnis unter den Nachkommen können Missbräuche ohnehin am ehesten vermieden werden, wenn alle Nachkommen über die gleichen Informationen verfügen. Sollte aber ein Nachkomme sein durch den Beistand oder die Behörde erworbenes Wissen bzw. sein Informationsrecht gegen die Interessen des betreffenden Elternteils missbrauchen bzw. unrechtmässigerweise gegen diese verwenden oder verwenden wollen, müsste aufgrund des Vormundschaftsgeheimnisses der Informationsfluss unterbunden werden, so wie auch unter Umständen Verantwortlichkeitsansprüche namens der verbeiständeten Person geltend zu machen wären.

Soweit ein Nachkomme als Gesuchsteller mit den angebehrten Informationen offenkundig oder erklärermassen berechnete Ansprüche gegen die bevormundete oder verbeiständete Person geltend machen wollte, wäre bei der Interessenabwägung zwar dem Geheimhaltungsinteresse der verbeiständeten Person grundsätzlich der Vorrang einzuräumen. Nach der Prüfung des erhobenen Anspruchs könn-

te es aber im Interesse der betreuten Person liegen, für berechnigte Ansprüche gegen sie in ihrem Namen und Interesse eine einvernehmliche Lösung zu suchen und bezügliche Informationen offenzulegen. Insbesondere im Verhältnis zu ihren Nachkommen läge dies in Berücksichtigung eines gegenseitigen rechtmässigen und von Treu und Glauben bestimmten Verhaltens unter Umständen im Interesse der vormundschaftlich betreuten Person. Für eine solche «Schadensliquidation» wäre eventuell nicht erst bis zur Aufhebung der Massnahme zuzuwarten. Die vormundschaftlichen Organe haben aber in der Regel nicht von sich aus etwa Straftaten oder Steuerhinterziehungen der verbeiständeten Person an die Strafverfolgungs- oder die Steuerbehörden anzuzeigen oder Unterlagen über eine Vaterschaft an die Behörden herauszugeben (vgl. Schnyder/Murer, Art. 360 ZGB N. 147; A. Elsener, S. 270 f.). Sie haben entsprechende Absichten Dritter, und sei es von Nachkommen, nicht zu unterstützen.

Sollten Nachkommen aufgrund von erhaltenen Informationen über ihre bevormundeten oder verbeiständeten Eltern beispielsweise Unregelmässigkeiten oder eine mangelhafte Auftragserfüllung von rechtsgeschäftlichen – oder auch vormundschaftsrechtlichen (!) – Beauftragten vor oder während der Zeit ihrer Urteilsunfähigkeit entdecken und diesen nachgehen wollen, würden sie die ureigensten Interessen der von der vormundschaftlichen Massnahme betroffenen Person wahren. Dies sind gerade die Interessen, die kraft ihres gesetzlichen Auftrags auch die vormundschaftlichen Behörden und Amtsträger im Rahmen einer Vormundschaft oder Altersbeistandschaft im weitesten Sinn zu wahren haben, hierzu aber unter Umständen mangels ausreichender Informationen alleine gar nicht in der Lage sind. Wie erwähnt haben die vormundschaftlichen Behörden und Amtsträger aber nicht gleichsam nach Unregelmässigkeiten zu fahnden und beispielsweise sämtliche bisher bevollmächtigen Personen einem Generalverdacht zu unterstellen. Auch sollen sie nicht irgendwelche «fishing expeditions» von Gesuchstellern unbesehen mit dem fürsorgerischen Interesse der verbeiständeten Person gleichsetzen. Umgekehrt können und dürfen sie aber nicht durch die Verweigerung der Offenlegung von Informationen an die aufgrund ihres Verwandtschaftsverhältnisses in besonderem Masse legitimierten Kinder einer Person verhindern, dass allfällige Unregelmässigkeiten überhaupt zu Tage kommen und geklärt werden können. Die vormundschaftlichen Behörden und Amtsträger würden im Nachhinein verantwortlich, wenn später – z.B. nach Aufhebung der Massnahme oder im Rahmen der Erbteilung nach dem Tod einer bevormundeten oder verbeiständeten Person – Unregelmässigkeiten zum Vorschein kämen, denen sie trotz Kenntnis nicht nachgegangen wären, aber z.B. mit der ihnen angebotenen Unterstützung von Nachkommen hätten rechtzeitig nachgehen können.

f) Anzufügen bleibt, dass weder das eidgenössische noch das kantonale Datenschutzgesetz Einsichtsansprüche in vormundschaftliche Akten vermitteln, soweit es sich nicht um «eigene» Daten handelt (vgl. § 13 DSG ZG; vgl. A. Elsener, S. 109).

5. (...)

6. Zur Frage von Akteneinsicht oder Aktenedition ist Folgendes zu berücksichtigen:

a) (...)

b) Das kantonale Datenschutzgesetz (DSG ZG, BGS 157.1) vermittelt dem Beschwerdeführer hinsichtlich der seine Mutter betreffenden Akten wie erwähnt keinen Einsichtsanspruch. Es wird sich dabei kaum um Akten handeln, die – auch – ihn selber direkt betreffen, so dass er also keinen eigenen Auskunfts- bzw. Herausgabeanspruch gestützt auf das Datenschutzgesetz hat. Wie auch der Regierungsrat aber richtig festgestellt hat, könnten nach dem DSG bei gegebenem Anspruch auf Auskunft Kopien der Daten verlangt werden, und dies in der Regel kostenlos (§ 17 Abs. 2 DSG ZG). Dies hat gemäss den Akten des Regierungsrates auch der angefragte kantonale Datenschutzbeauftragte bestätigt.

c) Gemäss Artikel 29 Abs. 2 BV (wie bereits Art. 4 aBV) haben die Parteien und Betroffenen als allgemeine Verfahrensgarantie, d.h. als Teil ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör im Hinblick auf den Erlass einer Verfügung, einen Anspruch auf Akteneinsicht in die Entscheidungsgrundlagen, d.h. in alle Akten, die geeignet sind, Grundlage des Entscheids zu bilden (BGE 132 II 485 E. 3 S. 494 f.), und zwar vorbehaltlos und ohne Geltendmachung eines besonderen Interesses (BGE 122 I 161 E. 6a). Was die Modalitäten der Akteneinsicht angeht, so sind die Verfahrensbeteiligten grundsätzlich nur berechtigt, die Akten persönlich vor Ort einzusehen. Die Akten werden in der Regel einzig an die Rechtsvertreter der Parteien herausgegeben, was mit deren besonderer disziplinarrechtlichen Stellung und sicher auch mit verfahrensökonomischen Gründen zu tun hat (vgl. BGE 126 I 7 E. 2b S. 10; 122 I 109 E. 2b S. 112; 108 Ia 7; Kölz/Bosshart/Röhl, § 8 N. 72).

d) Dieser vom Stadtrat von Zug unter Verweis auf die «Gerichtspraxis» angerufene Aspekt des Anspruchs auf Akteneinsicht kommt indessen hinsichtlich des hier zu beurteilenden Einsichts- und Editionsbegehrens des Beschwerdeführers nicht zum Tragen. Der Beschwerdeführer hatte zwar im Rahmen des abgeschlossenen Verbeiständungsverfahrens für seine Mutter unbestrittenermassen Partei-

stellung. Da dieses aber abgeschlossen ist, betrifft die Beschwerde gegen den Stadtrat von Zug nicht die Akteneinsicht zur Wahrnehmung von Parteirechten in einem hängigen Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren.

e) Vielmehr geht es hier darum, ob und wieweit einem direkten Nachkommen als naher Angehöriger einer verbeiständeten Person auf Gesuch hin Akteneinsicht bzw. Aufklärung über deren persönliche Verhältnisse ermöglicht werden soll. Mit diesen Informationen kann letztlich im Interesse der Mutter des Gesuchstellers die familiäre und persönliche Verbundenheit und Hilfeleistung zwischen der Mutter und ihren Kindern wahrgenommen und gepflegt werden. Die Akteneinsicht liegt also insbesondere auch im Interesse der Verbeiständeten und kann schon von daher nicht von denselben einschränkenden formellen Modalitäten abhängig gemacht werden, wie es für ein Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren angebracht und begründet ist. Tatsächlich bestehen für die hier zu prüfende Aktenedition keine direkt anwendbaren rechtlichen Vorgaben.

Betroffen ist im weiteren Sinne eine Zusammenarbeit zwischen Behörden und Privaten im Rahmen einer gesetzlichen Aufgabe und im Interesse einer betreuten Person. Strikte auf einer ausschliesslichen Akteneinsicht an Ort und Stelle bzw. auf der Amtsstelle sowie auf der Verrechnung von Kopierkosten zu beharren, entbehrt von daher eines sachlichen Grundes. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer nicht in Zug oder der Umgebung wohnt. Jedenfalls soweit der Aufwand für die Behörde bzw. den Amtsträger zeitlich nicht übermässig ist, ist es von daher angemessen, dass die für die Offenlegung geprüften und ausgeschiedenen Akten aus dem vormundschaftsrechtlichen Mandat dem Gesuchsteller auf seinen Wunsch hin in Kopie ausgehändigt und auch zugestellt werden, zumal ein Nachkomme offensichtlich bereits im Besitze derselben Informationen ist. Da sich die Aktenherausgabe auch am fürsorglichen Interesse der verbeiständeten Person bemisst, kann unter denselben Voraussetzungen – keine übermässige finanzielle Belastung der Behörden – unter Umständen auf die Erhebung von Kosten verzichtet werden, bzw. es könnten diese allenfalls der Beistandschaftsrechnung belastet werden. Aufgrund der blossen Rechtskontrolle schreibt aber das Gericht dem Stadtrat in der Frage von Aktenzustellungen wie auch der Kostenverrechnung auf Beschwerde hin keine bestimmte Praxis vor. Eine Rechtsverletzung kann dem Stadtrat in diesem Verfahren jedenfalls nicht vorgeworfen werden.

7. Damit sind die Beschwerdeanträge und Vorbringen des Beschwerdeführers konkret wie folgt zu würdigen:

a) (...)

Die periodische Berichterstattung des Beistands in Form von Beistandschaftsbericht und Beistandschaftsrechnung hat dieser zuhanden der Vormundschaftsbehörde zu erstatten (Art. 413 Abs. 2 und 452 ZGB). Die Vormundschaftsbehörde prüft die periodischen Berichte und Rechnungen des Beistands und verlangt, wo es ihr notwendig erscheint, deren Ergänzung und Berichtigung (Art. 423 Abs. 1 ZGB); sie erteilt oder verweigert die Genehmigung der Berichte und Rechnungen und trifft nötigenfalls die für die Wahrung der Interessen des Mündels angezeigten Massregeln (Abs. 2).

Gesetz und Lehre äussern sich nicht zur Frage der Offenlegung von Vormundschafts- bzw. Beistandschaftsberichten und -rechnungen an Dritte, insbesondere an Angehörige. Tatsächlich handelt es sich bei diesen Instrumenten der Rechenschaftsablegung durch den Amtsträger um ein «Steuerungsinstrument» der vormundschaftlichen Behörden zur Kontrolle der Betreuungsarbeit und Würdigung der Arbeitsweise und Aktionsfelder des Amtsträgers, auch im Sinne einer Aufwand- und Ergebniskontrolle (vgl. Kurt Affolter, Basler Kommentar, N. 28 zu Art. 451-453 ZGB). Dabei liegt es auf der Hand, dass solche Berichte von Mandatsträgern «eine subjektive Sicht der Dinge wiedergeben und deshalb inhaltlich umstritten sein können, namentlich aus der Sicht von zerstrittenen Angehörigen». Die Genehmigung eines Schlussberichts, aber auch eines jährlichen Berichts, ist deshalb nicht gleichbedeutend mit der Zustimmung der Behörde zu allen Aussagen und Tätigkeiten des Mandatsträgers (Affolter, N. 29 zu Art. 451-453 ZGB). Gemäss § 5 Ziff. 15 der Verordnung über das Vormundschaftswesen (Vormundschaftsverordnung, VormV, vom 20. November 1943, BGS 213.2) prüft die Vormundschaftskommission die Rechnungen und Berichte zuhanden der Vormundschaftsbehörde.

Im vorliegenden Fall ist gestützt auf die oben angestellten Erwägungen festzustellen, dass der Beschwerdeführer bzw. alle Kinder von M. einen legitimen Anspruch darauf haben, über die finanziellen Verhältnisse ihrer Mutter genaue und gleiche Kenntnis zu haben. Dies wird zunächst am besten erreicht, indem ihnen Einblick in das Eingangsinventar der Beistandschaft (vgl. zur Inventaraufnahme § 38 i.V. mit § 58 der Vormundschaftsverordnung) gewährt wird. Dieser Anspruch ist begründet und ist vom Stadtrat von Zug auch anerkannt worden. Soweit dem Beschwerdeführer das Eingangsinventar noch nicht gezeigt bzw. ausgehändigt worden sein sollte, so wäre dies nachzuholen. Es könnte ihm ohne weiteres in Kopie zugestellt werden. Dasselbe gilt natürlich auch im Verhältnis zu Y. und Z.

Was die Beistandschaftsberichte betrifft, so können aber Beistand oder Vormundschaftsbehörde – und zwar im Interesse der Verbeiständeten bzw. aufgrund ihrer

gesetzlichen Interessenwahrung – gute Gründe haben, nur Auszüge offen zu legen oder bestimmte Stellen abzudecken oder überhaupt nur auf konkrete Fragen schriftliche Antworten zu geben. Denn die interne Würdigung von Aspekten wie zum Beispiel dem Familienstreit durch den Beistand und die Behörde, d.h. ihre rechtlichen und fürsorgerischen Überlegungen über geprüfte, getätigte oder unterlassene Massnahmen, geht den Beschwerdeführer bzw. die Kinder von M. ausserhalb eines allfälligen Verantwortlichkeitsverfahrens (noch) nichts an. Eine bestmögliche und neutrale Interessenwahrung für seine Mutter, die der Beschwerdeführer mit seinem Verbeiständungsantrag ja selber beantragt hatte, wäre sonst gar nicht möglich. Auch in Belege und ein «Buchungsjournal» hat der Beschwerdeführer keinen Einsichtsanspruch. Die Überprüfung der durch den Beistand vorgenommenen einzelnen Rechnungsvorgänge und -belege obliegt einzig den vormundschaftlichen Behörden, an die sich der Beschwerdeführer beim Verdacht von Unregelmässigkeiten im Sinne einer Anzeige wenden könnte. Nach § 5 Ziff. 17 der Vormundschaftsverordnung (BGS 213.2) nimmt die Vormundschaftskommission Anstände über die Amtsführung der Vormünder und Beistände entgegen. Die vormundschaftlichen Organe sind während ihres Mandates aber nicht direkt den Angehörigen rechenschaftspflichtig. Wenn Vormundschafts- und Aufsichtsbehörde dem Beschwerdeführer keinen oder nur einen eingeschränkten Einblick in die Beistandschaftsberichte und -rechnungen gewährten oder ihm jedenfalls keine Kopien davon überlassen oder zustellen wollten, so liegt dieser Entscheid in ihrem pflichtgemässen Ermessen. In dieses wie überhaupt in die entsprechende Praxis der Vormundschaftsbehörde greift das Verwaltungsgericht auf Beschwerde hin nicht ein.

In Anbetracht der Vorgeschichte und den Gründen, die zur Beistandschaft für M. geführt haben, ist dem Beschwerdeführer im Weiteren ein legitimes Interesse zuzusprechen, wenigstens im Grundsatz darüber Auskunft bzw. eine Stellungnahme zu erhalten, ob und wieweit und mit welchem Erfolg die vormundschaftlichen Organe bisher den von ihm im Verbeiständungsverfahren und nachher aufgeworfenen Fragen nachgegangen sind, oder warum allenfalls darauf verzichtet worden ist.

Zu ergänzen bleibt auf die entsprechenden Vorbringen des Beschwerdeführers, dass der Beistand auch Informationen über Wertgegenstände von M. wie Mobiliar und persönlicher Schmuck usw. besitzen muss. Solche Informationen gehören zum Eingangsinventar und beschlagen die Pflicht zur Verwahrung von Wertsachen und zur Vermögensverwaltung (vgl. die Ausführungen in den §§ 38 ff. i.V. mit § 60 der Vormundschaftsverordnung). Das Gericht sieht aber keinen Anlass dazu, von Beistand oder Vormundschaftsbehörde diesbezüglich weitere Auskünfte einzuholen. Im Schreiben vom 8. April 2008 hat das Vormundschaftsamt bereits bestätigt, dass das gesamte eingelagerte Mobiliar photographisch festgehalten und aufgelistet

worden sei. Selbstverständlich haben aber entgegen der vom Vormundschaftsamt erteilten Auskunft in diesem Fall alle Kinder von M. Anspruch auf vollständige Kenntnis über diese Vermögenswerte und nicht bloss «im Umfang glaubhaft gemachter eigener Ansprüche». Es ist hier – wie generell hinsichtlich des sog. «Eingangsinventars» – kein Geheimhaltungsinteresse der Mutter gegenüber ihren – untereinander gleichberechtigten – Kindern ersichtlich, geschweige denn ein solches Dritter. Dasselbe gilt hinsichtlich Fragen über Zustand, Wert und Nutzung der offenbar M. zum Erbteilungs- und Anrechnungswert xxx zugeteilten Ferienwohnung. Es ist immerhin grundsätzlich nicht abwegig, wenn sich ein Sohn nach dem Schicksal der nach der Erbteilung im Besitz seiner Mutter stehenden elterlichen Ferienwohnung erkundigt und sich allenfalls für eine eigene Benutzungsmöglichkeit interessieren sollte, nachdem die Mutter nicht mehr urteilsfähig ist und es sich bei der vom Beistand verwalteten Ferienwohnung letztlich um «Familienbesitz» handelt.

b) (...)

Generell ist zunächst festzustellen, dass die vormundschaftlichen Behörden und Amtsträger aufgrund ihrer gesetzlichen Aufgaben in der kombinierten Vertretungs- und Verwaltungsbeistandschaft gemäss Art. 392 Ziff. 1 und 393 Ziff. 2 ZGB das Recht haben, für die verbeiständete Person alle tatsächlichen und rechtlichen Handlungen vorzunehmen, die die Erfüllung ihres Mandats mit sich bringt. Die sog. «Altersbeistandschaft» kommt weitgehend einer Vormundschaft gleich und umfasst die Einkommens- und Vermögensverwaltung und zudem die nötige persönliche Fürsorge (vgl. Hans Michael Riemer, § 6 N 55). Zu den ihm aufgetragenen Verwaltungshandlungen des Beistands nach Art. 393 ZGB gehören – zur «Erhaltung des Vermögens» (Art. 419 Abs. 1 ZGB) – die Erfüllung von Verpflichtungen, die Abwehr ungerechtfertigter Übergriffe, das Festsetzen und Eintreiben von Zinsen, die Unterbrechung der Verjährung, die Kündigung von Darlehen, das Einziehen fälliger Forderungen, die Erhaltung einzelner Vermögensgegenstände durch Reparaturen, die Vermietung von Grundstücken, der Abschluss notwendiger Versicherungen usw. (vgl. Schnyder/Murer, Art. 393 N. 25). Bei Beginn der Beistandschaft ist das Inventar aufzunehmen (Art. 398 ZGB). Im Rahmen der Vermögensverwaltung steht dem Beistand auch die Vertretung des Verbeiständeten zu (vgl. Schnyder/Murer, Art. 393 N. 26). Die Rechtsstellung des Beistands entspricht derjenigen eines rechtsgeschäftlich ernannten Vertreters (BGE 115 V 250; Hans Michael Riemer, § 6 N 51). Die Art. 398 ff. ZGB enthalten weitere Bestimmungen über Vermögensverwaltung, Sozialhilfe und Vertretung. Der Beistand kann die verbeiständete Person einzig in absolut höchstpersönlichen Angelegenheiten nicht vertreten (Art. 19 ZGB). Der Beistand muss sich also insbesondere um die materielle Existenz der verbeiständeten Person sorgen. Diese hat grundsätzlich für ihren

Lebensunterhalt aus eigenen Mitteln aufzukommen (Renten, sonstige Einkünfte und allfällig vorhandenes Vermögen). Reichen diese nicht aus, muss sich der Beistand an unterhalts- und unterstützungspflichtige Verwandte bzw. an die Sozialhilfe wenden, und erst recht – bevor z.B. Sozialhilfe organisiert wird – hat er allfällige rechtliche bzw. finanzielle Ansprüche auch aus der Vergangenheit für die von ihm vertretene Person geltend zu machen, soweit dies nicht bereits geschehen wäre.

Gemäss Ziff. 2.2.2 der Erläuterungen im Zuger Steuerbuch zu § 108 des Steuergesetzes des Kantons Zug vom 25. Mai 2000 (StG, BGS 632.1) steht dem Vormund als gesetzlichem Vertreter des Bevormundeten das Akteneinsichtsrecht im gleichen Umfang zu wie dem Bevormundeten. Dem Beistand steht in der Regel kein Akteneinsichtsrecht zu, ausser er sei zur Vertretung in Steuerangelegenheiten bestellt worden. Sowohl bei der Verwaltungsbeiratschaft als auch bei der kombinierten Beiratschaft ist der Beirat aber gesetzlicher Vertreter des Verbeirateten und es darf dem Beirat Akteneinsicht gewährt werden.

Demgemäss hat der gestützt auf Art. 392 Ziff. 2 und Art. 393 Ziff. 3 ZGB berufene Beistand im Verhältnis zu den Steuerbehörden jederzeit das Recht auf umfassende Einsicht und Herausgabe der Steuerunterlagen (in der Praxis wohl nur in Kopie) der verbeiständeten Person, so wie es dieser selber oder einem Vormund zustünde. Voraussetzung ist einzig, dass dies zu der ihm gesetzlich aufgetragenen Interessenwahrung notwendig und angezeigt erscheint. Diese Voraussetzungen hat die Steuerverwaltung im Verhältnis zum Beistand in einer kombinierten Beistandschaft für eine nicht mehr urteilsfähige Person nicht zu überprüfen. Die Eigenschaft als Beistand in einer kombinierten Altersbeistandschaft reicht als Legitimation aus. Im gesetzlichen Rahmen von Art. 419 ZGB besteht keine Beschränkung der Ermächtigung und Vertretungsmacht des Beistands einzig für die Zeit ab seiner Einsetzung. Eine solche Einschränkung oder Selbstbeschränkung würde die Erfüllung seines gesetzlichen Auftrags in vielen Fällen geradezu verunmöglichen.

Der Beistand kann also den Zahlungsverkehr selbstverständlich auch für die Zeit vor seiner Einsetzung vom 3. Oktober 2007 kontrollieren, wenn Anlass dazu bestehen und das Interesse der betreuten Person dies erfordern sollte. Er könnte dazu notwendige Informationen und Unterlagen von Behörden und Privaten – falls nötig auch vom bisher Bevollmächtigten Z. – einfordern. Tatsächlich wurde es im Verwaltungsgerichtsurteil vom 18. Dezember 2007 als möglicherweise notwendig bezeichnet, das Vertretungsverhältnis zwischen M. und ihrem bevollmächtigten Sohn Z. wenigstens grundsätzlich zu überprüfen. Beistand und Vormundschafts-

behörde erkennen nach nun erfolgter Klärung der Darlehensfrage und der Erstellung des Eingangsinventars offenbar keine Notwendigkeit, sich zur Interessenwahrung für M. Einblick in frühere Steuererklärungen und Veranlagungen der Verbeiständeten zu verschaffen. Dazu ist zu bemerken, dass der Beistand die Interessen der verbeiständeten Person zu verfolgen hat, nicht jene ihrer Kinder. Allfällige Ansprüche gegenüber Dritten hat der Beistand zwar nicht erst dann zu verfolgen, wenn die materielle Existenz der verbeiständeten Person sonst gefährdet wäre, sondern immer dann, wenn solche Ansprüche liquide und sonst gefährdet sind. Wenn der Beistand und die vormundschaftlichen Behörden aber die Verdächtigungen des Beschwerdeführers, z.B. hinsichtlich des Standes des Vermögens der Mutter vor dem Abschluss der Erbteilung, als zu wenig plausibel erachten, um investigative Nachforschungen bei Steuerbehörden und Z. anzustellen, so liegt darin aus der Sicht des Verwaltungsgerichts in Würdigung der vorhandenen Akten aber keine Rechtsverletzung. Im Wesentlichen beschlagen die Vorbringen des Beschwerdeführers spätere erbrechtliche Ansprüche von ihm – und seiner Schwester – gegenüber ihrer Mutter und im Verhältnis zu ihrem Bruder Z. Solche hat der Beistand ohnehin nicht zu wahren. Es müssen schon klare Hinweise vorliegen, dass Rechte und Ansprüche der verbeiständeten Person verletzt oder vernachlässigt worden sind, damit die vormundschaftlichen Organe gegen Dritte tätig werden müssen. Dass M. von der Steuerverwaltung allenfalls tatsächlich für unbezahlte Steuern 2004 und 2005 betrieben worden sein sollte, würde nicht schon unmittelbar einen Verdacht auf Vernachlässigung der Interessenwahrung durch den damals Bevollmächtigten begründen. Erst recht wäre es kein Beleg für Steuerbetrug oder -hinterziehung. Auf entsprechende Anzeigen des Beschwerdeführers ist die Steuerverwaltung offenbar denn auch nicht eingetreten.

Der Beschwerdeführer hat aber keinen selbständigen rechtlichen Anspruch darauf, dass die vormundschaftlichen Organe Akten bei der Steuerbehörde oder bei Dritten erheben und ihm aushändigen. Er hat nur – im Namen seiner Mutter – Anspruch darauf, dass sie ihren gesetzlichen Pflichten gegenüber seiner Mutter nachkommen, für die sie letztlich die vormundschaftsrechtliche Verantwortlichkeit nach Art. 426 ff. ZGB tragen. Was allfällige Ansprüche des Beschwerdeführers gegen die vormundschaftlichen Organe aus vormundschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit am Ende der Massnahme betrifft, so bleiben diese jederzeit vorbehalten. Demgemäss haben gemäss Art. 426 ZGB der Vormund und die Mitglieder der vormundschaftlichen Behörden bei der Ausübung ihres Amtes die Regeln einer sorgfältigen Verwaltung zu beobachten und haften für den Schaden, den sie absichtlich oder fahrlässig verschulden. Der Beistand hat wie der Vor-

mund gemäss Art. 413 Abs. 1 ZGB das Vermögen der betreuten Person sorgfältig zu verwalten. Damit verweist der Gesetzgeber auf einen Ermessensspielraum. Wie bei einem Wechsel des Mandatsträgers gehört es auch beim erstmaligen Antritt eines vormundschaftlichen Mandats zur Aufgabe des neuen Mandatsträgers, im Rahmen seines Mandates und damit der allgemeinen Interessenwahrung der schutzbedürftigen Person allfällige Haftungsansprüche gegenüber dem bisherigen – amtlichen oder privatrechtlichen – Mandatsträger und/oder der Behörde geltend zu machen. Damit ergibt sich für den Mandatsträger im Rahmen der allgemeinen Interessenwahrung die Aufgabe, die Situation vor dem Antritt seines Mandats zu überprüfen und allenfalls der verbeiständeten Person gegenüber allfälligen früheren Mandatsträgern – allenfalls sogar gegen die eigene Behörde – zum Recht zu verhelfen. Die Vormundschaftsbehörde muss dereinst die Schlussrechnung genehmigen und den Erben unter Hinweis auf die Möglichkeit der Verantwortlichkeitsklage eröffnen (Art. 453 Abs. 2 ZGB). Mit Ablauf eines Jahres seit Zustellung würde die Verantwortlichkeitsklage verjähren. Wenn ein Erbe der Meinung wäre, es sei ein Schaden beispielsweise aus Untätigkeit entstanden, müsste er beim Zivilgericht eine Verantwortlichkeitsklage einreichen und den Schaden beweisen. Als Erben haben aber die Kinder einer bevormundeten oder verbeiständeten Person später ein umfassendes Einsichts- und Auskunftsrecht gegenüber Behörden wie Dritten im gleichen Ausmass, wie es der Erblasser hatte (vgl. Bundesgerichts-urteil vom 10. September 2007, 5C.8/2007, E. 2.5; BGE 89 II 87 E. 6 S. 93; Zobl, Probleme im Spannungsfeld von Bank-, Erb- und Schuldrecht, AJP 2001, S. 1017; Meier-Hayoz/Forstmoser, Die Auskunftsrechte von Erben gegenüber Banken, erneut publiziert in Jusletter vom 8. September 2003, Rz. 21 ff.).

Soweit – wie vorliegend – nicht offensichtlich liquide Ansprüche der verbeiständeten Mutter gegen Dritte vorliegen und infolge Untätigkeit der vormundschaftlichen Organe dahinzufallen drohen oder ihre materielle Existenz oder ihre Gesundheit gefährdet erscheinen, kann das Verwaltungsgericht als bloss noch Rechtskontrolle ausübende Beschwerdeinstanz nicht in die Amtsführung von Beistand, Vormundschafts- und Aufsichtsbehörde eingreifen. Der erwähnte Ermessensspielraum der vormundschaftlichen Organe ist zu respektieren. ...

Der Vollständigkeit halber ist zu ergänzen, dass für allfällige Ansprüche bzw. Klagen von M. gegen Dritte, z.B. gegen ihren Sohn Z., einzig der Beistand zu rechtlichen Schritten legitimiert wäre, nicht der Beschwerdeführer. Entsprechende Schritte müssten aber klar im Interesse der Verbeiständeten liegen und der Beistand würde für eine allfällige Prozessführung auch noch die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde benötigen (Art. 421 Ziff. 8 ZGB; Riemer, § 6 N 58). Auch

diese Entscheide lägen in der gesetzlichen Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe (Art. 426 ff. ZGB). Der Beschwerdeführer darf sich also zwar über die Interessenwahrung für seine Mutter informieren und gegenüber Beistand und Behörde allfällige Hinweise geben, er hat aber kein Vertretungsrecht für sie und insofern sind ihm weder die vormundschaftlichen Organe noch z.B. sein Bruder Z. direkt rechenschaftspflichtig. Anzuführen ist, dass der Beschwerdeführer seine eigenen Rechte als Erbe gegenüber dem Nachlass seines verstorbenen Vaters im bis vor Bundesgericht geführten Erbteilungsprozess hat wahren können. Erledigt sind im Weiteren wie bereits erwähnt die vom Beschwerdeführer früher aufgeworfenen Fragen um die Zinszahlungen von Z. an die Mutter aus dem am 25. Oktober 2004 in einen zinsfreien Erbvorbezug umgewandelten Darlehen.

c) Abschliessend ist in Berücksichtigung seiner entsprechenden Vorbringen vor Stadtrat und Regierungsrat noch anzufügen, dass der Beschwerdeführer auch Anspruch darauf hat, von Beistand und Vormundschaftsbehörde wenigstens zu erfahren, welche Haltung sie aus der Sicht der Interessenwahrung für M. bezüglich seiner Fragen zum Erbteilungsmandat von Rechtsanwalt Dr. V. einnehmen. Der Beschwerdeführer ist aber nicht selber berechtigt, an den früheren Rechtsvertreter eigenständig Forderungen zu stellen, wie er dies z.B. mit direktem Schreiben vom 4. März 2008 gemacht hat. ...

(...)

8. Zusammenfassend ist im Sinne der Erwägungen festzustellen, dass der Beschwerdeführer – wie seine Schwester und sein Bruder – grundsätzlich Anspruch auf Kenntnis der Vermögensverhältnisse seiner Mutter hat, wobei ihm entsprechende Akten in Kopie und allenfalls kostenlos zugestellt werden können, sofern der Behörde daraus zeitlich und finanziell kein übermässiger Aufwand entsteht. In die entsprechende Zustellungs- und Verrechnungspraxis der Vormundschaftsbehörde greift das Verwaltungsgericht aber nicht ein. Das Akteneinsichtsrecht betrifft im Wesentlichen das Eingangsinventar der Beistandschaft, wozu auch Wertgegenstände und Mobiliar gehören. Je nach Würdigung durch die Vormundschaftsbehörde können dem Beschwerdeführer allenfalls auch Beistandschaftsberichte oder Auszüge daraus zugänglich gemacht werden, wie dies offenbar bereits geschehen ist. Dies liegt aber im pflichtgemässen Ermessen von Beistand bzw. Vormundschaftsbehörde. Zudem hat der Beschwerdeführer Anspruch darauf, von den Behörden darüber orientiert zu werden, was sie gestützt auf welche Erwägungen auf seine konkreten Vorbringen hin unternommen haben oder nicht, soweit dies nicht schon geschehen ist. Die vormundschaftlichen Organe schulden ihm aber direkt keine

Rechenschaft und das Gericht sieht mangels genügend substantiierter Vorbringen nicht die Voraussetzungen dafür gegeben, die Vorinstanzen diesbezüglich zu einem bestimmten Verhalten zu verpflichten. Vorbehalten bleibt stets die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe nach dem Gesetz.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 18. Juni 2010

V 2009 / 165

7. Opferhilfe

Art. 29 Abs. 3 BV, Art. 4 OHG – Das Opferhilfegesetz erweitert den auf das kantonale Verfahrensrecht und die Mindestgarantie von Art. 29 Abs. 3 BV gestützten Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege nicht. Entschädigungen für Anwalts- und Verfahrenskosten nach dem Opferhilfegesetz sind aufgrund der Subsidiarität nur zu prüfen, sofern die unentgeltliche Rechtspflege und der unentgeltliche Rechtsbeistand nicht gewährt worden sind.

Aus dem Sachverhalt:

A.B. reichte im Jahr 2001 gegen X. eine Strafanzeige ein und machte geltend, sie sei von ihm am 26. Juli 2001 in der Psychiatrischen Klinik L. vergewaltigt worden. Neben der Strafuntersuchung gegen X. strengte sich auch ein Strafverfahren gegen die Verantwortlichen der Klinik wegen Gefährdung der Gesundheit und des Lebens durch Aussetzung (Art. 127 StGB) an. Mit Verfügung vom 28. Januar 2009 stellte die Staatsanwaltschaft dieses Strafverfahren ein. Gegen diese Einstellung liess A.B. am 16. Februar 2009 bei der Justizkommission des Obergerichts des Kantons Zug Beschwerde einreichen, welche mit Urteil und Verfügung vom 29. April 2009 abgewiesen wurde, soweit die Justizkommission darauf eintrat. Die Justizkommission stellte unter anderem fest, dass die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mangels gesetzlicher Grundlage ausser Betracht falle. Die Justizkommission auferlegte A. B daher Verfahrenskosten im Betrag von Fr. 130.–. Sie gewährte ihr aber die Unentgeltlichkeit der Rechtsverteidigung und sprach ihr eine Parteientschädigung von pauschal Fr. 1'000.– (inkl. Auslagen und MwSt) zu. Mit Eingabe vom 1. Mai 2009 liess A. B bei der Opferhilfestelle des Kantons Zug die Übernahme der auferlegten Gerichtskosten von Fr. 130.– und der restlichen Anwaltskosten von Fr. 3'388.15 beantragen. Mit Verfügung vom 13. August 2009

wies die Opferhilfestelle das Gesuch vom 1. Mai 2009 betreffend die Übernahme von Anwalts- und Gerichtskosten in der Höhe von total Fr. 3'518.15 ab. Sie begründete dies zusammengefasst damit, dass die Opferhilfe nicht zur Verfügung stehe, wenn bereits die unentgeltliche Rechtsverteidigung gewährt worden sei.

Aus den Erwägungen:

...

2. Jede Person, die durch eine Straftat in ihrer körperlichen, psychischen oder sexuellen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist (Opfer), hat gemäss Art. 1 Abs. 1 OHG Anspruch auf Unterstützung nach dem Opferhilfegesetz. Die Opferhilfe umfasst: a. Beratung und Soforthilfe; b. längerfristige Hilfe der Beratungsstellen; c. Kostenbeiträge für die längerfristige Hilfe Dritter; d. Entschädigung; e. Genugtuung; f. Befreiung von Verfahrenskosten; g. besonderen Schutz und besondere Rechte im Strafverfahren (Art. 2 OHG). Die Leistungen umfassen die angemessene medizinische, psychologische, soziale, materielle und juristische Hilfe in der Schweiz, die als Folge der Straftat notwendig geworden ist (Art. 14 Abs. 1 OHG). Anwalts- und Gerichtskosten können dabei als längerfristige Hilfe übernommen werden, bis sich der gesundheitliche Zustand der betroffenen Person stabilisiert hat und bis die übrigen Folgen der Straftat möglichst beseitigt oder ausgeglichen sind (vgl. Art. 13 Abs. 2 OHG). Zu beachten ist auch Folgendes: Der Anspruch auf Deckung der Kosten eines Anwalts durch die Beratungsstelle muss nicht deckungsgleich mit demjenigen auf die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sein. Grundsätzlich bejaht das Bundesgericht zwar die Deckungsgleichheit für die Höhe der anwaltlichen Entschädigung (Pra 2008, 184 ff.). Opferhilferechtlich kann aber ein weitergehender Rechtsschutz gewährt werden. Dieser kann sich auch auf die Tätigkeiten eines Anwalts erstrecken, die nicht in einem direkten Zusammenhang mit dem Verfahren stehen, soweit sie der Durchsetzung der Ansprüche des Opfers dienen. Regelmässig wird jedoch davon auszugehen sein, dass die aus Opferhilferecht zu leistende Entschädigung für die Anwaltskosten jene aus der unentgeltlichen Rechtspflege nicht übersteigt. Die opferhilferechtliche Hilfestellung bei der spezifischen Parteivertretung vor Gericht erfolgt nicht anstelle des sich aus Art. 29 Abs. 3 BV ergebenden Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege, sondern nach ihrer Konzeption nur subsidiär dahinter und im Sinne einer Massnahmenkoordination daneben (Zehntner Dominik, OHG-Kommentar, Art. 14 N 31).

3. Im vorliegenden Rechtsstreit ist zu klären, ob der Beschwerdeführerin die geltend gemachten Anwaltskosten für das Verfahren vor der Justizkommission des Obergerichts in der Höhe von Fr. 4'388.15, sowie die Gerichtskosten in der Höhe

von Fr. 130.– durch die Beschwerdegegnerin zu erstatten sind. Zu beachten ist diesbezüglich, dass der Beschwerdeführerin in diesem Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und ihr Rechtsvertreter mit Fr. 1'000.– entschädigt worden ist, weshalb die Beschwerdeführerin bezüglich Anwaltskosten noch den Betrag von Fr. 3'388.15 einfordert. In casu ist unstrittig und bedarf keinen Weiterungen, dass das Verfahren vor der Justizkommission des Obergerichts notwendig war, da in diesem Verfahren die Frage geklärt werden musste, ob den Verantwortlichen der Psychiatrischen Klinik L. eine Straftat nachgewiesen werden konnte.

a) Gemäss Art. 4 Abs. 1 OHG werden Leistungen der Opferhilfe nur endgültig gewährt, wenn der Täter oder die Täterin oder eine andere verpflichtete Person oder Institution keine oder keine genügende Leistung erbringt. Wer Kostenbeiträge für die längerfristige Hilfe Dritter, eine Entschädigung oder eine Genugtuung beansprucht, muss glaubhaft machen, dass die Voraussetzungen nach Absatz 1 erfüllt sind, es sei denn, es sei ihm oder ihr angesichts der besonderen Umstände nicht zumutbar, sich um Leistungen Dritter zu bemühen (Art. 4 Abs. 2 OHG). Die Opferhilfe ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes von der unentgeltlichen Rechtspflege nach kantonalem Prozessrecht zu unterscheiden und ersetzt diese nicht. Die Opferhilfe erfolgt subsidiär zur unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteidigung. Sind die Voraussetzungen für letztere nicht erfüllt, hat die Opferhilfestelle zu prüfen, ob jene gemäss Opferhilfegesetz gegeben sind. Die Verweigerung von Kostengutsprachen im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege schliesst eine Opferhilfe für «weitere» Kosten nicht zum Vornherein aus. Es ist dabei der persönlichen Situation des Opfers (insbesondere dessen finanzieller Leistungsfähigkeit) Rechnung zu tragen. Die Übernahme von Kosten, die offensichtlich nutzlos aufgewendet erscheinen, kann indessen verweigert werden (BGE 122 II 211 E. 4b S. 218; 121 II 209 E. 3b S. 212 f., je mit Hinweisen). Die Soforthilfe und der Ersatz «weiterer» Kosten (z.B. von Anwalts- und Verfahrenskosten) nach dem Opferhilfegesetz greifen subsidiär zur unentgeltlichen Rechtspflege ein, soweit diese sich unter dem Blickwinkel des wirksamen Opferschutzes als unzureichend erweist (BGE 122 II 211 E. 4b S. 218). Umgekehrt erweitert das OHG den auf das kantonale Verfahrensrecht und die Mindestgarantie von Art. 29 Abs. 3 BV (bzw. Art. 4 aBV) gestützten Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege nicht (BGE 121 II 209 E. 3b S. 212; vgl. Marc Forster, Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung in der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ZBI 93 [1992] 457 ff., 467; Peter Gomm/Peter Stein/Dominik Zehnter, Kommentar zum Opferhilfegesetz, Bern 1995, Vorbem. zu Art. 1 und 2, N. 5 ff.).

b) Entschädigungen für Anwalts- und Verfahrenskosten nach dem Opferhilfegesetz sind aufgrund der Subsidiarität nur zu prüfen, sofern die unentgeltliche Rechtspflege nicht gewährt worden ist. Von zentraler Bedeutung ist hierbei, dass das Opfer-

hilfegesetz den auf das kantonale Verfahrensrecht und die Mindestgarantie von Art. 29 Abs. 3 BV (bzw. Art. 4 aBV) gestützten Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege nicht erweitert. Diese Rechtsauffassung wurde in verschiedenen Bundesgerichtsentscheiden gestützt oder indirekt bestätigt. So wurde in BGE 123 II 548 festgehalten, dass Opferhilfe gemäss Art. 3 Abs 4 des Bundesgesetzes über die Hilfe von Opfer an Straftaten vom 4. Oktober 1991 (aOHG, SR 312.5) erst zu prüfen sei, wenn die durch das kantonale Recht aufgestellten Bedingungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht erfüllt seien. In BGE 133 II 361 wurde ein kantonaler Entscheid als rechtswidrig eingestuft, mit welchem das Opfer für die Entschädigung der die zugesprochene Parteientschädigung übersteigenden Kosten an die OHG-Behörden verwiesen wurde, da dies mit den Grundsätzen des OHG in Widerspruch stehe.

c) Wenn ein Gericht die unentgeltliche Rechtspflege gewährt, können weitere Anwalts- und Verfahrenskosten somit nicht via Opferhilfe eingefordert werden. da diese dadurch als abgegolten gelten. Die Justizkommission des Obergerichts hat im vorliegenden Verfahren diese unentgeltliche Rechtspflege gewährt und die angefallenen Aufwendungen in vollem Bewusstsein bezüglich der vom Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin geltend gemachten Anwaltskosten in Höhe von Fr. 4'388.15 auf Fr. 1'000.- festgesetzt. Mit der Ausrichtung einer Entschädigung für die unentgeltliche Rechtspflege nach kantonalem Recht gelten sämtliche Anwalts- und Verfahrenskosten als entschädigt, sodass für eine weitere Entschädigung kein Raum mehr besteht (vgl. Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 23. November 2007, OH.2'005.0010, Erw. 4.4). Somit ist festzuhalten, dass die Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 13. August 2009 dem Antrag des Beschwerdeführers zu Recht nicht gefolgt ist und festgestellt hat, dass die den Betrag von Fr. 1'000.- übersteigenden Anwalts- und Verfahrenskosten nicht auf die Opferhilfe überwältzt werden können.

d) Die Beschwerdeführerin und ihr Rechtsvertreter sind der Ansicht, dass der gewährte Betrag von Fr. 1'000.- für die angefallenen Anwalts- und Verfahrenskosten viel zu niedrig ausgefallen ist. Dazu ist festzuhalten, dass es nicht in der Kompetenz des Verwaltungsgerichtes liegt, sich über die Höhe des von der Justizkommission des Obergerichts gewährten Betrages zu äussern, da das Gericht weder als obere Instanz noch als Aufsichtsbehörde dieser Kommission fungiert. In diesem Verwaltungsgerichtsverfahren ist lediglich zu prüfen, inwieweit die Opferhilfestelle für die geltend gemachten Kosten belangt werden kann. Immerhin kann angeführt werden, dass es der Justizkommission als im Verfahren involvierte Behörde sicher besser möglich war, die effektiven Aufwendungen des Vertreters der Beschwerdeführerin zu beurteilen, als dies das Verwaltungsgericht nachträglich festzustellen vermöchte.

8. Steuerrecht

§ 16 Abs. 1 StG, Art. 17 Abs. 1 DBG – Unter welchen Voraussetzungen und unter welchem Titel können die Kosten eines zu Geschäftszwecken benutzten Büros in der eigenen Wohnung beim steuerbaren Einkommen in Abzug gebracht werden?

Aus den Erwägungen:

...

2. Gemäss § 16 Abs. 1 StG sind alle Einkünfte aus privatrechtlichem oder öffentlich-rechtlichem Arbeitsverhältnis mit Einschluss der Nebeneinkünfte wie Entschädigungen für Sonderleistungen, Provisionen, Zulagen, Dienstalters- und Jubiläumsgeschenke, Gratifikationen, Trinkgelder, Tantiemen und andere geldwerte Vorteile steuerbar. Artikel 17 Abs. 1 DBG enthält für das Bundessteuerrecht eine wörtlich identische Regelung. Steuerbar ist das Arbeitsentgelt, das der steuerpflichtigen Person unmittelbar zufließt samt allen Nebeneinkünften. Bei Art. 17 Abs. 1 DBG handelt es sich um einen Auffangtatbestand, unter den auch alle nicht ausdrücklich genannten Einkünfte aus unselbständiger Erwerbstätigkeit fallen. Voraussetzung ist nur, dass die Leistung ihren hauptsächlichlichen Grund im Arbeitsverhältnis hat. Steuerbar sind daher sämtliche geldwerte Vorteile, die ein Arbeitnehmer als Gegenleistung für seine Tätigkeit erhält, die er gestützt auf das Arbeitsverhältnis ausübt. Zwischen der unselbständigen Erwerbstätigkeit und den daraus fließenden Einkünften muss ein kausaler Zusammenhang bestehen (Richner/Frei/Kaufmann, Handkommentar zum DBG, Zürich 2003, Art. 17 N 22). Ob eine solche Entschädigung als Miete oder anderswie bezeichnet wird, ist für die steuerrechtliche Qualifizierung nicht entscheidend. Entscheidend ist einzig, ob die Zahlung ihren Grund im Arbeitsverhältnis hat. Entschädigungen des Arbeitgebers für die Nutzung privater Arbeitszimmer gelten in diesem Zusammenhang nicht als Spesenvergütungen, sondern sind stets zum Bruttolohn zu addieren (vgl. hierzu die Wegleitung der Schweizerischen Steuerkonferenz und der Eidgenössischen Steuerverwaltung zum Ausfüllen des Lohnausweises bzw. zur Rentenbescheinigung vom 21. Dezember 2007, Rz. 50).

Der Rekurrent ist seit 1993 Mitglied des Verwaltungsrates der X. AG mit Einzelunterschrift und gleichzeitig Geschäftsinhaber. In dieser Funktion ist er bei seiner eigenen Firma angestellt und hat im Jahr 2007 gemäss Lohnausweis vom 15. Januar 2008 einen Nettolohn von Fr.- erhalten. Aus den Akten ergibt sich weiter, dass die X. AG ihm monatlich Fr. 1'000.- für ein Arbeitszimmer in der Privatwoh-

nung an der Müllergasse in Z. bezahlt hat. Dieser Betrag ist im Bruttolohn nicht enthalten und wurde auch zusätzlich zu den Pauschalspesen ausbezahlt. Der Grund für diese Zahlung liegt klar im Arbeitsverhältnis zwischen dem Rekurrent und der Arbeitgeberin begründet, soll doch dem Rekurrenten damit ermöglicht werden, einen Teil seiner Tätigkeit von zuhause aus zu erledigen. Diese Entschädigung ist aus steuerrechtlicher Sicht ein Lohnbestandteil und entsprechend ist der Betrag von insgesamt Fr. 12'000.- für das Jahr 2007 beim Bruttolohn aufzurechnen.

3. Weiter ist zu prüfen, ob die Rekurrenten beim Eigenmietwert ihres 6½-Zimmer-Einfamilienhauses in Z. allenfalls Abzüge machen könnten. Gemäss § 20 Abs. 1 StG sind alle Erträge aus unbeweglichem Vermögen steuerbar, insbesondere a) alle Einkünfte aus Vermietung, Verpachtung, Nutzniessung oder sonstiger Nutzung; b) der Mietwert von Liegenschaften oder Liegenschaftsteilen, die steuerpflichtigen Personen aufgrund von Eigentum oder eines unentgeltlichen Nutzungsrechts für den Eigengebrauch zur Verfügung stehen. Artikel 21 Abs. 1 DBG enthält eine praktisch wörtlich identische Regelung. Eine Eigennutzung einer Liegenschaft durch den Eigentümer liegt vor, wenn der Eigentümer diese selbst bewohnt oder sie zu andere Zwecken selbst gebraucht. Laut § 20 Abs. 2 StG und Art. 21 Abs. 2 DBG erfolgt die Festsetzung des Eigenmietwerts unter Berücksichtigung der ortsüblichen Verhältnisse und der tatsächlichen Nutzung der am Wohnsitz selbstbewohnten Liegenschaft. Damit ist auf dem Marktmietwert ein Einschlag (Unternutzungseinsabzug) vorzunehmen, wenn wegen nicht bloss vorübergehender Verminderung der Wohnbedürfnisse nur noch ein Teil der selbstbewohnten Liegenschaft genutzt wird. Die Unternutzung setzt dabei voraus, dass gewisse Räume dauernd nicht genutzt werden. Werden Räume auch nur gelegentlich, z.B. als Gästezimmer, Arbeitszimmer oder Bastelraum genutzt, liegt keine Unternutzung vor (Richner/Frei/Kaufmann, a.a.O., Art. 21 N 94 f.).

In ihrer Steuererklärung haben die Rekurrenten unter Ziff. 8.1 als Ertrag der selbstgenutzten Liegenschaft im Kanton Zug einen Betrag von Fr. 28'102.- eingetragen. Aus dem Liegenschaftsverzeichnis ergibt sich, dass sie für das Einfamilienhaus an der Müllergasse (Baujahr 2001) einen Mietwert von insgesamt Fr. 31'224.- eingetragen haben (Fr. 23'964.- für 5 ½-Zimmer von Fr. 7'260.- für 1 Zimmer plus Garage). Aus den Akten ergibt sich aber, dass der steuerbare Mietwert der 6 ½-Zimmer-Wohnung gemäss der von der Steuerverwaltung im Jahr 2001 erstellten Neubewertung bei Fr. 28'300.- liegt. Dieser Wert gilt auch noch für das Jahr 2007. Dass ein Zimmer regelmässig als Arbeitszimmer für die Arbeitgeberfirma genutzt wird, führt nicht zu einem Unternutzungsabzug. Zu berücksichtigen sind noch die Unterhalts- und Verwaltungskosten. Diese bemessen sich

entweder anhand der tatsächlichen Kosten oder aufgrund einer Pauschale. Die Rekurrenten haben in ihrer Steuererklärung die Pauschale gewählt. Diese beträgt 10 % des Mietwertes, wenn das Gebäude zu Beginn der Steuerperiode bis zu zehn Jahren alt ist (in casu Baujahr 1997 und jünger). Für das im Jahr 2001 erstellte Einfamilienhaus kommt daher die Unterhaltspauschale von 10 % zur Anwendung, d.h. von den Fr. 28'300.- sind zusätzliche Fr. 2'830.- in Abzug zu bringen. Entsprechend liegt der steuerbare Eigenmietwert bei Fr. 25'470.-. Zu prüfen bleibt weiter, ob die Kosten für die Benützung eines Zimmers der Privatwohnung als Arbeitszimmer allenfalls bei den Berufskosten in Abzug gebracht werden kann.

4. Gemäss § 25 Abs. 1 lit. c StG und Art. 26 Abs. 1 lit. c DBG können als Berufskosten die übrigen für die Ausübung des Berufes erforderlichen Kosten von den steuerbaren Einkünften abgezogen werden. Für die Berufskosten nach Abs. 1 lit. c werden Pauschalansätze festgelegt, wobei dem Steuerpflichtigen der Nachweis höherer Kosten offen steht (§ 25 Abs. 2 und Art. 26 Abs. 2 DBG). Die Frage, ob die Kosten für ein privates Arbeitszimmer, das für Arbeiten im Zusammenhang mit der unselbständigen Erwerbstätigkeit benutzt wird, als Berufskosten abzugsfähig sind, ist häufig umstritten. Das Bundesgericht hat im Jahr 1990 entschieden, dass ein solcher Abzug nur gewährt werden kann, wenn der Steuerpflichtige regelmässig einen wesentlichen Teil seiner beruflichen Arbeit zu Hause erledigen muss, weil der Arbeitgeber kein geeignetes Arbeitszimmer zur Verfügung stellt, und wenn der Steuerpflichtige in seiner Privatwohnung über einen besonderen Raum verfügt, der zur Hauptsache beruflichen und nicht privaten Zwecken dient (BGE vom 23. August 1990 in Sachen Z. gegen Kantonale Rekurskommission für die direkte Bundessteuer Wallis, in: ASA 60, 341 ff.). Bloss gelegentliche berufliche Arbeiten in der Privatwohnung verursachen aber keine Mehrkosten und geben daher auch keinen Anspruch auf einen Abzug. Soweit ein Arbeitszimmer beruflich notwendig ist, sind dessen Kosten als Anteil an den gesamten Mietkosten bzw. des Eigenmietwertes zu beziffern. Dabei ist analog der Berechnung des Unternutzungsabzugs vorzugehen, d.h. für Nebenräume sind zwei Zimmer zusätzlich zur Gesamtzimmerzahl einzusetzen und so der Wert des einzelnen Zimmers zu berechnen (Richer/Frei/Kaufmann, a.a.O., Art. 26 N 30 f.). Zu beachten ist noch, dass die Kosten des Arbeitszimmers grundsätzlich im Pauschalabzug enthalten sind. Ist der Abzug für das Arbeitszimmer somit höher als der Pauschalabzug, so kann dieser nicht mehr gewährt werden (vgl. hierzu § 25 Ziff. 5.2.3 des Steuerbuches der Steuerverwaltung des Kantons Zug). Abzugsberechtigt sind ausschliesslich die Kosten für ein Zimmer. Für das Jahr 2007 wurde der Pauschalabzug auf 3 % des Nettolohnes, mindestens auf Fr. 1'900.- und höchstens auf Fr. 3'800.- pro Jahr festgesetzt (Wegleitung zur Steuererklärung für natürliche Personen 2007, Ziff. 11).

Aus den Ausführungen des Rekurrenten in der Einsprache an die Steuerverwaltung ergibt sich, dass er im Jahr 2007 fast Tag und Nacht gearbeitet habe und neben seiner Präsenz am Geschäftssitz in L. sehr viel auch von zu Hause aus gearbeitet habe. Er habe dort ein voll eingerichtetes Büro mit Kopierer, Fax und Computer, welcher mit dem Server in L. verbunden sei. Er benütze dieses Büro ausschliesslich für Arbeiten, die er für seine Arbeitgeberin erledige. Nachdem die Steuerverwaltung in ihrem Einspracheentscheid davon ausgegangen ist, dass der Rekurrent glaubhaft dargelegt habe, dass die Voraussetzungen für die Anerkennung eines Abzuges für die Kosten eines privaten Arbeitszimmers erfüllt seien, sieht das Gericht keinen Anlass, diese Feststellung in Zweifel ziehen. Unbestritten ist jedenfalls, dass der Rekurrent bei sich zuhause ein Zimmer ausschliesslich für die Zwecke seiner Firma nutzt. Ob dies notwendig ist, weil die Firma am Geschäftssitz kein geeignetes Arbeitszimmer zur Verfügung stellt (wie dies die Bundesgerichtspraxis verlangt), kann aus den unten stehenden Gründen offen bleiben und braucht nicht näher abgeklärt zu werden.

Das der Firma zur Verfügung gestellte Arbeitszimmer befindet sich im 6 ½-Zimmer-Einfamilienhaus des Rekurrenten an den Müllergasse in Z. Bei der Eigenmietwertberechnung für ein einzelnes Zimmer werden die Küche und andere Nebenräume als zwei Zimmer gezählt. Im vorliegenden Fall bedeutet dies dann, dass der Eigenmietwert von Fr. 28'300.- durch die Zahl 8.5 zu teilen ist, was einem Eigenmietwert von aufgerundet Fr. 3'330.- für das einzelne Zimmer entspricht (hinzu käme noch ein Betrag von etwa 10 % für Heizung, Beleuchtung und Reinigung). Dieser Betrag liegt aber unter dem Pauschalbetrag von Fr. 3'800.-, welchen die Steuerverwaltung bereits zum Abzug zugelassen hat (zusammen mit einem Pauschalbetrag für auswärtige Verpflegung von Fr. 1'600.- wurden insgesamt Berufsauslagen von Fr. 5'400.- akzeptiert). Es können daher nicht mehr weitere Berufsauslagen zum Abzug zugelassen. Soweit im Rekurs auf Nebenräume und Garage verwiesen wird, so ist dies einerseits nicht näher begründet, um welche Nebenräume es sich handelt. Die Garage steht – wie das Geschäftsfahrzeug selber – auch zur privaten Benützung zur Verfügung. Hier sind weitere Abzüge nicht gerechtfertigt.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Januar 2010

A 2009 / 21

§ 30 Bst. e StG, Art. 33 Abs. 1 lit. b DBG, Art. 79b Abs. 3 BVG – Einlagen, Prämien und Beiträge zum Erwerb von Ansprüchen aus Einrichtungen der beruflichen Vorsorge können vom steuerpflichtigen Einkommen abgezogen werden abgezogen werden. Werden Einkäufe getätigt, so dürfen die daraus resultierenden Leistungen innerhalb der nächsten drei Jahre nicht in Kapitalform aus der Vorsorge zurückgezogen werden.

Aus dem Sachverhalt:

Am 9. Januar 2008 eröffnete die Steuerverwaltung des Kantons Zug A.B. die Veranlagung für die Kantons- und Gemeindesteuern und die Direkten Bundessteuern für das Jahr 2006. Dabei wurde das steuerbare satzbestimmende Einkommen für die Kantons- und Gemeindesteuern auf Fr. 312'800.- und für die Direkte Bundessteuer auf Fr. 325'600.- festgesetzt. Am 28. Januar 2008 erhob A.B. gegen die Eröffnung dieser Veranlagung Einsprache und beantragte, der in der Einschätzung als steuerbares Einkommen aufgerechnete Kapitalbezug im Betrag von Fr. 141'986 sei aufzuheben und die Auszahlung gesondert als Kapitalleistung zu besteuern. Mit Einspracheentscheid vom 14. Mai 2008 wies die Rechtsmittelkommission der kantonalen Steuerverwaltung die Einsprache ab. Zur Begründung wurde zusammengefasst ausgeführt, nach § 30 lit. e StG bzw. Art. 33 Abs. 1 lit. e DBG könnten die gemäss Gesetz, Statut oder Reglement geleisteten Einlagen, Prämien und Beiträge zum Erwerb von Ansprüchen aus der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung und aus Einrichtungen der beruflichen Vorsorge von den Einkünften abgezogen werden. Wenn Einkäufe getätigt worden seien, so dürften die daraus resultierenden Leistungen innerhalb der nächsten drei Jahre nicht in Kapitalform aus der Vorsorge zurückgezogen werden.

Gegen diesen Einspracheentscheid liess A.B. am 14. Juni 2008 Rekurs einreichen und beantragen, die Leistung seines Arbeitgebers in die Pensionskasse (Rentenplan) der C. AG sei nicht als Erwerbseinkommen zu qualifizieren und die Veranlagung des steuerbaren Einkommens sei entsprechend zu korrigieren; unter Entschädigungs- und Kostenfolge. Zur Begründung wurde angeführt, es sei unbestritten, dass der Steuerpflichtige eine Kapitalleistung aus dem Spar- und Kapitalplan der Pensionskasse der C. AG im Betrag von Fr. 141'986.- reglementsconform bei vorzeitiger Pensionierung bezogen habe. Er habe überdies Anspruch auf die Leistungen des Rentenplanes in Form einer lebenslänglichen Rente. Die Arbeitgeberin habe eine reglementsconforme Leistung in seine Pensionskasse im Betrag von Fr. 294'874.- einbezahlt, da er sich vorzeitig habe pensionieren lassen. Er habe keinen direkten Anspruch auf eine Auszahlung dieser Gelder, damit habe er auch nie Verfügungsgewalt über diese Gelder gehabt. Aus dem PK-Reglement

gehe auch hervor, dass nach dem 1. Januar 2006 getätigte Einkäufe innerhalb von drei Jahren nicht in Kapitalform bezogen werden könnten. Damit werde indirekt ebenfalls von der Pensionskasse der C. AG bestätigt, dass den (grösstenteils per 1. Mai 2006) bezogenen Kapitalleistungen nicht eine unmittelbare Einzahlung des Arbeitnehmers vorausgegangen sei, da diese ansonsten reglementswidrig wären.

Mit Vernehmlassung vom 10. Juli 2008 beantragte die Rechtsmittelkommission der Steuerverwaltung des Kantons Zug die Abweisung des Rekurses unter Kostenfolge zu Lasten des Rekurrenten, soweit auf ihn einzutreten sei. In der Folge fand ein zweiter Schriftenwechsel statt, in welchem beide Parteien an ihren Anträgen festhalten. Mit Replik vom 25. August 2008 beantragt der Rekurrent zudem eventualiter, den gesamten Einkaufsbeitrag der UBS in die Pensionskasse zu seinen Gunsten konsequenterweise als Abzug vom steuerbaren Einkommen anzuerkennen, sollten die von der C. AG geleisteten Einkaufsbeiträge als Einkommen betrachtet werden. Auf die jeweiligen Begründungen und Ausführungen wird nachstehend im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

Aus den Erwägungen:

...

2. Nach § 30 Bst. d StG bzw. Art 33 Abs. 1 lit. d DBG können die gemäss Gesetz, Statut oder Reglement geleisteten Einlagen, Prämien und Beiträge zum Erwerb von Ansprüchen aus der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung und aus Einrichtungen der beruflichen Vorsorge vom steuerbaren Einkommen abgezogen werden. Diese Bestimmungen vollziehen die bundesrechtliche Vorschrift von Art. 81 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (BVG; SR 831.40), wonach die von den Arbeitnehmern und Selbständigerwerbenden an Vorsorgeeinrichtungen nach Gesetz oder reglementarischen Bestimmungen geleisteten Beiträge bei den direkten Steuern des Bundes, der Kantone und der Gemeinden abziehbar sind, sofern sie dauernd und ausschliesslich der beruflichen Vorsorge dienen. Die Abzugsfähigkeit setzt weiter voraus, dass die Beiträge auf gesetzlicher, statutarischer oder reglementarischer Grundlage beruhen und dass das Vorsorgewerk die Grundsätze der beruflichen Vorsorge (Kollektivität, Planmässigkeit, Angemessenheit und Gleichbehandlung) erfüllt und damit steuerlich anerkannt ist. Abzugsfähig sind nicht nur die ordentlichen Beiträge an die Vorsorgeeinrichtung, sondern auch die Beiträge für den Einkauf von Lohnerhöhungen, von Beitragsjahren und von im Rahmen einer Scheidung übertragenen Austrittsleistungen. Dabei spielt es anerkanntermassen keine Rolle, ob die Vorsorge auf dem Leistungs- oder dem Beitragsprimat beruht.

Unerheblich ist dabei auch, ob die Beiträge reglementarisch vorgeschrieben sind; auch freiwillige Beiträge sind abzugsberechtigt. Es ist einzig vorausgesetzt, dass nicht mehr als die effektiv vorsorgerechtlich benötigte Einkaufssumme einbezahlt wird. Ein Einkauf dient somit der Verbesserung des Vorsorgeschutzes bis (höchstens) zu den vollen reglementarischen Leistungen und somit der Schliessung einer allfälligen Deckungslücke. Der Abzug wird verweigert, wenn im Zeitpunkt des Einkaufs das Datum des (kurz bevorstehenden) Altersrücktritts bereits bekannt ist und auch feststeht, dass das Vorsorgeguthaben im Kapitalform bezogen werden wird (vgl. Richner/Frei/Kaufmann, Handkommentar zum DBG, § 33 N. 71 ff.).

3. a) Im vorliegenden Fall wurde der Rekurrent gemäss Schreiben der Pensionskasse der C. AG vom 27. Mai 2008 per 31. Dezember 2005 zu 40 % und per 30. April 2006 vollständig vorzeitig pensioniert. Im Rahmen dieser Pensionierung erfolgte am 1. Mai 2006 ein Einkauf in die Pensionskasse durch die C. AG im Betrag von Fr. 294'874.-, welcher von dieser auch im Lohnausweis 2006 als Teil des Nettolohns II aufgeführt wurde. Ebenfalls im Jahr 2006 bezog der Rekurrent gemäss dem Reglement der Pensionskasse im Rahmen seiner vorzeitigen Pensionierung aus dem Spar- und Kapitalplan der Pensionskasse einen Betrag von Fr. 141'986.- (dabei wurden am 1. Januar 2006 und am 1. Mai 2006 Kapitalauszahlungen aus der Pensionskasse in der Höhe von Fr. 8'027.- respektive Fr. 133'959.- getätigt). Infolge dieser Kapitalauszahlungen gewährte die Rekursgegnerin mit Veranlagungsentscheid vom 9. Januar 2008 lediglich einen BVG-Abzug in der Höhe von 152'888.- und rechnete die übrigen Fr. 141'986.- als steuerbares Einkommen auf. ...

b) Vorfrageweise kann bereits an dieser Stelle festgehalten werden, dass sowohl der Einkauf durch die Arbeitgeberin von Fr. 294'874.- als auch die Kapitalauszahlungen der insgesamt Fr. 141'986.- an die Rekurrenten in casu gesetzes- und reglementskonform erfolgten und nicht zu beanstanden sind. Ihre Rechtmässigkeit wird denn auch von der Rekursgegnerin in keiner Weise bestritten. Zu prüfen ist vorliegend als erstes, ob es sich bei der Leistung von Fr. 294'874.- überhaupt um einen Lohnbestandteil handelte, welcher in die Einkommenssteuerveranlagung zu integrieren ist oder ob gemäss Hauptantrag des Rekurrenten diese Leistung nicht als Erwerbseinkommen zu qualifizieren und die Veranlagung des steuerbaren Einkommens entsprechend zu korrigieren ist. Ist letzteres nicht der Fall, so wird nachfolgend zu beurteilen sein, ob der gewährte Kapitalbezug aus der zweiten Säule in der Höhe von Fr. 141'986.- als ordentliches Einkommen zu besteuern ist oder ob es sich dabei gemäss Eventualantrag in der Replik der Rekurrenten vom 25. August 2008 um eine Leistung an die berufliche Vorsorge handelt, welche als Abzug vom steuerbaren Einkommen anzuerkennen ist.

4. Der Rekurrent macht weiter geltend, dass die Leistung von Fr. 294'874.- als Entschädigung für die Unterlassung einer Erwerbstätigkeit zu qualifizieren sei und somit kein Lohnbestandteil und nicht in die Einkommenssteuerveranlagung zu integrieren sei. Gemäss § 15 Abs. 1 StG bzw. Art. 16 Abs. 1 DBG unterliegen alle wiederkehrenden und einmaligen Einkünfte der Einkommenssteuer. Nach § 22 Bst. a StG bzw. Art. 23 lit. a DBG sind auch alle anderen Einkünfte steuerbar, die an Stelle des Einkommens aus Erwerbstätigkeit treten. Ebenso steuerbar sind Entschädigungen für die Aufgabe oder Nichtausübung einer Tätigkeit (lit. c dieser Bestimmungen). Eine Entschädigung ist steuerbar, wenn sie teilweise oder vollumfänglich das Erwerbseinkommen des Steuerpflichtigen aus einer (unselbständigen oder selbständigen) Tätigkeit ersetzt, das der Steuerpflichtige wegen Unterlassens einer Tätigkeit nicht erzielen kann. Steuerbar sind Einkünfte, die ein Steuerpflichtiger erzielt, weil er eine bisher ausgeübte unselbständige oder selbständige Tätigkeit aufgibt oder mit deren Ausübung gar nicht beginnt (Richner/Frei/Kaufmann, a.a.O., Art. 23 N 41 f.). Die Leistung von Fr. 294'874.- ist als Abgangsentschädigung zu qualifizieren, welche direkt in die Vorsorgeeinrichtung einbezahlt wurde. Sie tritt anstelle des Einkommens aus Erwerbstätigkeit und stellt somit eindeutig eine steuerbare Entschädigung dar. Demzufolge kann ohne weitere Ausführungen festgehalten werden, dass der Rekurrent mit dem Hauptantrag nicht durchdringt, da die Leistung von Fr. 294'874.- steuerrechtlich als Erwerbseinkommen zu qualifizieren ist.

5. a) Bezüglich der rechtlichen Qualifikation des Kapitalbezuges aus der zweiten Säule in der Höhe von Fr. 141'986.- ist die Ausgangslage aufgrund der vorstehenden rechtlichen Ausführungen im Grunde ebenfalls klar. Bei einem Einkauf in die Pensionskasse wird der Abzug verweigert, wenn im Zeitpunkt des Einkaufs das Datum des (kurz bevorstehenden) Altersrücktritts bereits bekannt ist und auch feststeht, dass das Vorsorgeguthaben (teilweise) in Kapitalform bezogen werden wird. Diese beiden Kriterien sind vorliegend erfüllt, war doch zum Zeitpunkt des Einkaufs durch die Arbeitgeberin des Rekurrenten am 1. Mai 2006 bereits klar, dass das Arbeitsverhältnis des Rekurrenten per 30. April 2006 endgültig beendet werden würde. Ebenso standen die Kapitalauszahlungen vom 1. Januar 2006 und 1. Mai 2006 zu diesem Zeitpunkt bereits fest. Diese beiden Zahlungen in der Höhe von insgesamt Fr. 141'986.- können somit steuerrechtlich nicht zum Abzug gelangen, kommt man doch aufgrund der zeitlichen Nähe des Einkaufs in die Pensionskasse und der Kapitalauszahlungen an den Rekurrenten nicht umhin davon auszugehen, dass vorliegend ausschliesslich steuerrechtliche Motive für die Platzierung in der 2. Säule vorgelegen haben, denn aus vorsorgerechtlicher Sicht macht das Verhalten keinen Sinn, weil keine ins Gewicht fallende Verbesserung des Vorsorgeschutzes eintritt.

b) Diese Auslegung entspricht auch den entsprechenden aktuellen Regelungen über die berufliche Vorsorge. Bezüglich des Verhältnisses von Einkauf und Kapitalbezug gab es bis zur 1. BVG-Revision keine Vorschriften im Vorsorgerecht. Bis anhin beschränkte der Art. 79a BVG die Einkaufsmöglichkeiten für fehlende Beitrags- oder Dienstjahre. Demnach konnten Versicherte Einkäufe bis zum oberen Grenzbetrag von Fr. 75'960.- (maximaler BVG-Lohn) multipliziert mit der Anzahl Jahre vom Zeitpunkt des Einkaufs bis zum Erreichen des ordentlichen reglementarischen Rücktrittsalters tätigen, maximal jedoch die Differenz zwischen der reglementarisch benötigten und der zur Verfügung stehenden Eintrittsleistung. Gemäss dem auf den 1. Januar 2006 in Kraft getretenen neuen Art. 79b BVG fällt die Einkaufsbegrenzung in Abhängigkeit des Alters weg. Somit wird die maximal zulässige Einkaufssumme nur noch durch die reglementarischen Leistungen sowie das Überversicherungsverbot begrenzt. Dies hat vor allem auf diejenigen Versicherten einen positiven Einfluss, welche kurz vor der Pensionierung stehen und gemäss Reglement noch grössere Einkäufe vornehmen können und auch wollen. Neu wird dafür auf Gesetzesstufe die bereits durch verschiedene kantonale Steuerbehörden angewandte Praxis bei der steuerlichen Beurteilung von Einkäufen übernommen. Durch das Einfügen von Art. 79b Abs. 3 Satz 1 BVG wurde klargestellt, dass die aus einem Einkauf resultierenden Leistungen innerhalb der nächsten drei Jahre nicht in Kapitalform aus der Vorsorge zurückgezogen werden dürfen. Die Einschränkung hinsichtlich des Kapitalbezuges kommt nur auf solche Einkäufe zur Anwendung, die ab dem 1. Januar 2006 gemacht wurden. Für die Beurteilung, ob die Sperrfrist verletzt wurde, gilt das Prinzip «last in – first out». Wird gegen die Einschränkung verstossen, ist steuerlich eine Korrektur beim Einkauf vorzunehmen, d.h. der Einkauf ist nicht zum Abzug zuzulassen. Vorliegend wurde unmittelbar mit dem Eingang ein Teil des in die Pensionskasse einbezahlten Betrages (Fr. 133'959.-) in Kapitalform an den Rekurrenten ausbezahlt. Vorsorgerechtlich macht ein derartiger Geldfluss keinen Sinn, weshalb bezüglich dieses Teils des Einkaufsbeitrages von einem steuerlich motivierten Vorgehen ausgegangen werden muss, welches nicht schützenswert ist. Gleiches lässt sich auch über die Auszahlung in der Höhe von Fr. 8'027.- vom 1. Januar 2006 sagen. Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, ist hierbei nicht zwingend, dass der Kapitalbezug erst im Anschluss an den Einkauf erfolgt ist. Massgebend ist vielmehr die zeitliche Nähe von Einkauf und Kapitalbezug.

c) Die Rekurrent lässt bezüglich Art. 79b Abs. 3 Satz 1 BVG ausführen, gemäss dieser Bestimmung dürften ausdrücklich die daraus resultierenden Leistungen innerhalb der nächsten drei Jahre nicht in Kapitalform aus der Vorsorge zurückgezogen werden. Zu seinen Gunsten hätten bei der Vorsorgeeinrichtung der C. AG insgesamt drei Vorsorgepläne bestanden nämlich ein Rentenplan, ein Spar-

plan und ein Kapitalplan. Die Kapitalleistungen seien aus dem Spar- und Kapitalplan entnommen worden, während die Einzahlung durch die C. AG in den Rentenplan erfolgt sei. Dadurch sei Art. 79b Abs. 3 Satz 1 BVG nicht verletzt worden. Es seien keine Kapitalleistungen aus dem Rentenplan bezogen worden, welche durch den Einkauf der Arbeitgeberin finanziert worden seien. Nach Auffassung des Gerichts ist diese Argumentation allzu formaljuristisch. Wohl trifft es zu, dass vorliegend verschiedene Vorsorgepläne bestehen. Dies ändert aber nichts daran, dass das Vorgehen des Rekurrenten in vorsorgetechnischer Hinsicht nicht zu begründen ist und objektiv betrachtet lediglich aus steuerrechtlichen Motiven gewählt worden sein kann. Die drei verschiedenen Vorsorgepläne bilden insgesamt ein einheitliches Konstrukt mit dem Zweck der Sicherung der beruflichen Vorsorge. Aus welchen Plänen die Gelder den Rekurrenten zufließen, kann für diese nicht von entscheidender Bedeutung sein.

d) Ferner stellt sich der Rekurrent nach wie vor auf den Standpunkt, der Lohnausweis 2006 der Arbeitgeberin entspreche nicht den wahren Gegebenheiten, weshalb nicht auf ihn abgestellt werden dürfe. Gemäss § 128 Abs. 1 Bst. a StG bzw. Art. 127 Abs. 1 lit. a DBG ist der Arbeitgeber gegenüber dem Steuerpflichtigen zur Ausstellung einer schriftlichen Bescheinigung über ihre Leistungen an Arbeitnehmer verpflichtet. Bescheinigungen sind private Urkunden, die von Drittpersonen aufgrund besonderer steuerlicher Verfahrenspflichten auszustellen sind. Es handelt sich um Zeugnisurkunden und somit um Beweismittel (und nicht bloss um Tatsachenbehauptungen). Bescheinigungen stellen daher auch Urkunden i.S. von Art. 186 DBG dar. Arbeitgeber sind verpflichtet, über ihre Leistungen an die Arbeitnehmer sowie über die Art und Höhe der vom Lohn abgezogenen Beiträge an Vorsorgeeinrichtungen Bescheinigungen auszustellen. Dies geschieht in Form eines Lohnausweises, eines amtlichen Formulars, das der Arbeitgeber zu verwenden hat (Richner/Frei/Kaufmann, a.a.O., Art. 127 N 5 u. 13). Ein Lohnausweis ist somit aufgrund seines Urkundencharakters für die Steuerbehörden verbindlich. Es ist denn auch in keiner Weise ersichtlich, weshalb vorliegend nicht auf den eingereichten Lohnausweis abgestellt werden sollte, hat doch der Rekurrent keinerlei Nachweis erbringen können, weshalb und in welcher Hinsicht die dortigen Angaben nicht der Realität entsprechen sollten (auf dem mit der Steuererklärung 2006 eingereichten Lohnausweis ist der Einkauf in die Pensionskasse durch die Arbeitgeberin an der dafür vorgesehenen Stelle separat ausgewiesen worden). Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung richtigerweise anführt, wäre es Aufgabe des Rekurrenten gewesen, die dortigen Angaben mittels Einreichung eines neuen Lohnausweises zu widerlegen.

e) Zusammengefasst ist somit festzuhalten, dass aufgrund der zeitlichen Nähe zwischen Einkauf und Kapitalbezug der Einkauf in der Höhe von Fr. 294'874.- nur teilweise zum Abzug zuzulassen ist. Im vorliegenden Fall sind Beiträge in der Höhe von Fr. 153'888.- zum Abzug zugelassen und Fr. 141'986.- ordentlich besteuert worden. Dieses Vorgehen der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden. Es erübrigt sich nach Auffassung des Gerichtes auf die Vorbringen des Rekurrenten hinsichtlich Steuerumgehung und Anwartschaften einzutreten, da diese vorliegend nicht entscheidrelevant sind.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. April 2010

A 2008 / 19

§ 196 Abs. 1 StG – Aufwendungen, die als werterhaltend bei der Einkommenssteuer zum Abzug gebracht worden sind, können nicht noch einmal als wertvermehrend bei der Grundstückgewinnsteuer zum Abzug gebracht werden (Erw. 2). Anforderungen an den Nachweis von wertvermehrenden Aufwendungen: zum rechtsgültigen Nachweis von Aufwendungen gehört im Regelfall die Vorlage quittierter Rechnungen oder anderer Zahlungsbelege. Aus der Rechnung muss sich auch klar ergeben, dass die Aufwendungen das Objekt betreffen, für welches die entsprechenden Abzüge vom Grundstücksgewinn geltend gemacht werden (Erw. 3).

Aus dem Sachverhalt:

A.B. veräusserte am 2. April 2007 das Einfamilienhaus, GS-Nr. 1300, in F. zu einem Verkaufspreis von Fr. 2'400'000.- an D.F. Mit Veranlagungsentscheid vom 11. August 2008 legte die Grundstückgewinnsteuer-Kommission der Gemeinde C. den Grundstücksgewinn auf Fr. 766'305.- fest. Dagegen erhob A.B. Einsprache und erklärte, die Verfügung sei in diversen Punkten fehlerhaft, unvollständig und nicht nachvollziehbar. Weiter reichte er eine Abrechnung der Beträge ein, welche seiner Ansicht nach als wertvermehrend zu berücksichtigen und somit vom Grundstücksgewinn abzuziehen seien. Mit Einspracheentscheid vom 17. August 2009 wurde diese Einsprache teilweise gutgeheissen und der Grundstücksgewinn neu auf Fr. 764'275.- festgelegt. Gegen diesen Entscheid erhob A.B. am 1. Oktober 2009 beim Verwaltungsgericht Rekurs. Er unterliess es dabei, einen eigentlichen Antrag zu formulieren. Aus der Begründung ergibt sich aber, dass er die Anrechnung verschiedener, seiner Ansicht nach anrechenbarer, Aufwendungen erwirken will. Er führte weiter aus, er habe die Unterlagen vollständig mit allen Belegen der Kommission übergeben und dabei die Aufstellungen und Spezialfälle erläutert und

erklärt. Diese Erklärungen seien aber offensichtlich nicht oder nur unvollständig an die Kommission weitergeleitet worden. Obwohl er die notwendigen Bankbelege vorgelegt habe, habe die Kommission diverse Arbeiten und Rechnungen nicht akzeptiert. Mit Vernehmlassung vom 7. Dezember 2009 beantragte die Kommission der Gemeinde F. die vollumfängliche Abweisung des Rekurses unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Rekurrenten. Zur Begründung wurde zusammengefasst angeführt, man habe sich bemüht, trotz der chaotischen Unterlagen und Listen bestmöglich ein Bild betreffend die wertvermehrenden Aufwendungen zu verschaffen versucht. Die Einsprache habe selbst elementare Voraussetzungen nicht erfüllt, da sie nicht ausreichend begründet gewesen sei. Festzuhalten sei, dass er es versäumt habe, die erforderlichen Belege bereits im Einspracheverfahren vorzulegen. Im Rahmen des Rekurses sei insbesondere zu prüfen, ob der Einspracheentscheid im Rahmen der vorliegenden Unterlagen korrekt gefällt worden sei. Damals nicht bekannte Belege könnten heute nicht zur Beurteilung dazu beigezogen werden, ob die Veranlagung oder die Einsprache korrekt abgefasst worden sei. Anstelle einer detaillierten Begründung habe der Rekurrent damals lediglich die einzelnen Positionen, die die Kommission nicht als abzugsfähig anerkannt habe, mit Farbe markiert. Verschiedene Rechnungen, die der Rekurrent als wertvermehrend eingereicht habe, seien z.B. an sein Architekturbüro adressiert gewesen. Die Kommission habe diesbezüglich einzig die Bankbelege verlangt, um festzustellen, ob der Rekurrent die Zahlungen persönlich vorgenommen habe.

Aus den Erwägungen:

...

2. Gemäss § 189 Abs. 1 StG unterliegen der Grundstückgewinnsteuer Gewinne, die aus der Veräusserung von Grundstücken des Privatvermögens oder von Anteilen an solchen erzielt werden. Steuerobjekt ist der Grundstückgewinn. Grundstückgewinn ist gemäss § 193 Abs. 1 StG der Betrag, um welchen der Erlös die Anlagekosten (Erwerbspreis und anrechenbare Aufwendungen) übersteigt. Paragraph 196 StG enthält einen umfangreichen Katalog von Aufwendungen, die anrechenbar sind. Gemäss § 196 Abs. 1 Bst. a StG sind dies – soweit hier von Belang – Aufwendungen für Bauten, Umbauten, Meliorationen, Erschliessungskosten sowie Aufwendungen, die zu einer dauernden und wertvermehrenden Verbesserung des Grundstückes führen. Nicht anrechenbar sind Aufwendungen, die bei der Einkommenssteuer als Abzüge oder Aufwand zu berücksichtigen sind (§ 196 Abs. 2 Bst. b StG).

a) Das Bundesrecht enthält in Art. 12 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (StHG, SR 642.14) Vorgaben, welche die Kantone bei ihren gesetzlichen Regeln betreffend die Grundstückgewinnsteuer zu beachten haben. Artikel 12 Abs. 1 StHG legt fest, dass der Grundstückgewinnsteuer Gewinne unterliegen, die sich bei der Veräusserung eines Grundstücks des Privatvermögens oder eines land- oder forstwirtschaftlichen Grundstücks sowie von Anteilen daran ergeben, soweit der Erlös die Anlagekosten (Erwerbspreis oder Ersatzwert zuzüglich Aufwendungen) übersteigt. Die Konkretisierung des Begriffs «Aufwendungen» wurde aber bewusst dem kantonalen Gesetzgeber überlassen. Unter dem Begriff «Aufwendungen» sind die sog. wertvermehrenden Aufwendungen zu verstehen. Damit sind alle jene Auslagen gemeint, welche für die Anschaffung, die Herstellung oder die Erhöhung des Substanzwertes einer Liegenschaft verwendet worden sind. Damit ist gesagt, dass auch Ausgaben für die rechtliche Verbesserung einer Liegenschaft Leistungen sein können, welche als Aufwendungen zu akzeptieren sind. Die Kantone haben auch diese Aufwendungen zwingend als Aufwendungen zu übernehmen. Sie dürfen aber andererseits in Abgrenzung zum Einkommenssteuerrecht die werterhaltenden Aufwendungen nicht noch einmal bei der Grundstückgewinnsteuer berücksichtigen (Zwahlen in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/1, Art. 12 StHG N 58). Die gesetzliche Regelung von Art. 12 StHG wurde vom kantonalen Steuergesetz in § 196 StG nahezu wörtlich übernommen.

b) Aufwendungen, die im Zusammenhang mit einem Grundstück getätigt werden, stehen in einem Spannungsverhältnis zwischen Einkommenssteuer- und Grundstückgewinnsteuerrecht. Die Qualifikation als werterhaltende oder wertvermehrende Aufwendung entscheidet nämlich darüber, bei welcher Steuerart die jeweiligen Aufwendungen abgezogen werden können. Werterhaltend sind die Aufwendungen, die dazu dienen, eine Liegenschaft in dem Zustand zu erhalten, den sie im Zeitpunkt des Erwerbs gehabt hat, damit eine gleichbleibende Nutzung weiterhin möglich ist. Weiter sind Aufwendungen werterhaltend, die mit der Nutzung und dem Betrieb einer Liegenschaft unabdingbar zusammenhängen, und schliesslich sind es Aufwendungen, die darum vorgenommen werden, damit die vorherige Verwendung eines Grundstücks oder Gebäudes wiederhergestellt werden kann. Sie werden in der Regel unter dem Oberbegriff der Unterhaltskosten zusammengefasst (vgl. hierzu Samuel Bussmann, Das dualistische System der Grundstückgewinnbesteuerung: dargestellt anhand der Regelung im Kanton Zug, S. 206 ff.). Als wertvermehrende Aufwendungen gelten alle, die geeignet sind, eine Wertvermehrung des Grundstücks gegenüber dem Zeitpunkt des Eigentumsantritts herbeizuführen. Im Rahmen der Einkommenssteuer fallen alle werterhaltenden Aufwendungen unter den Begriff der «notwendigen Aufwendungen» im Sinne des StG (§§ 24

und 29) und können vom steuerbaren Einkommen in Abzug gebracht werden. Alle Aufwendungen, die bei der Einkommenssteuer nicht berücksichtigt werden können, also nicht werterhaltend, sondern wertvermehrend sind, müssen deshalb bei der Grundstückgewinnsteuer zum Abzug zugelassen werden. Folgerichtig ergibt sich im Sinne eines Umkehrschlusses aus § 196 Abs. 2 Bst. b StG, dass Aufwendungen, die im Rahmen der Einkommensbesteuerung nicht angerechnet werden können, bei der Grundstückgewinnsteuer zu berücksichtigen sind (vgl. hierzu Bussmann, a.a.O., S. 209). Die Kantone haben alle Aufwendungen im Zusammenhang mit Grundstücken, soweit es sich nicht um Lebenshaltungskosten handelt, grundsätzlich einmal zum Abzug zuzulassen, sei es als werterhaltende Aufwendungen im Rahmen der Einkommensbesteuerung oder als wertvermehrende Aufwendungen im Rahmen der Grundstückgewinnbesteuerung (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, 2. A., Zürich 2006, N 34 zu § 30). Als Lebenshaltungskosten bezeichnet man in diesem Zusammenhang Aufwendungen, die einzig in den persönlichen Bedürfnissen und Neigungen des Steuerpflichtigen liegen (Farbtonänderung einer neuwertigen Bemalung, luxuriöse Anlagen, Ersatz von Installationen kurz nach deren Investition [BGE 99 Ib 362]).

c) Unabhängig von der anwendbaren Methode der Abgrenzung zwischen werterhaltenden und wertvermehrenden Aufwendungen ist zu beachten, dass die Abgrenzung zwischen der Einkommens- und der Grundstückgewinnsteuer lückenlos zu sein hat. Es sollen alle Aufwendungen für ein Grundstück grundsätzlich einmal abzugsfähig sein, aber nur einmal. Eine Nichtberücksichtigung wie auch eine doppelte Berücksichtigung sind unzulässig. Dies hat zur Folge, dass der Steuerpflichtige, der gewisse Aufwendungen als werterhaltend bei der Einkommenssteuer zum Abzug gebracht hat, diese nun nicht noch einmal als wertvermehrend bei der Grundstückgewinnsteuer zum Abzug bringen kann. Eine solche doppelte Berücksichtigung verbietet neben der lückenlosen Abstimmung der beiden Steuerarten auch der Grundsatz von Treu und Glauben (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O., N 33 zu § 221). Die wertvermehrenden Aufwendungen stellen das Gegenstück zu den bei der Einkommensbesteuerung als Unterhaltskosten abziehbaren Instandhaltungs- und Instandstellungskosten dar. Kosten, die aber bei der laufenden Ertragsbesteuerung wegen ihres wertvermehrenden Charakters nicht zum Abzug zugelassen worden sind, müssen korrekterweise bei der Grundstückgewinnsteuer als Anlagekosten berücksichtigt werden.

3. In formeller Hinsicht ist weiter zu klären, inwieweit die vom Rekurrenten erst im Rekursverfahren dargelegten Beweismittel und teilweise gar erstmalig vorgebrachten Aufwendungen noch zu berücksichtigen sind. Es gilt mit anderen Worten zu klären, in welchem Umfang im jetzigen Verfahrensstadium noch Tatsachen und Beweismittel ins Recht gelegt werden dürfen, die bislang nicht aktenkundig waren.

a) Im Rekursverfahren sind neue tatsächliche Behauptungen und Beweismittel zulässig, wie auch neue Begehren verfahrensrechtlicher Art gestellt werden können. Dabei können auch solche Noven vorgebracht werden, welche schon im Veranlagungs- und/oder Einspracheverfahren in den Prozess hätten eingebracht werden können. Darüber hinaus ist es den Parteien grundsätzlich gestattet, gegenüber dem Verfahren vor der Einspracheinstanz neue Rechtsbegehren zu stellen oder ihre Begehren auszuweiten. Da die formellen Voraussetzungen der Einsprache keinen Antrag verlangen, kann in jenen Fällen, in denen der Einsprecher keinen Antrag gestellt hat, auch nicht überprüft werden, ob er seinen Antrag ausgeweitet hat. Es würde deshalb zu einer rechtsungleichen Behandlung führen, wenn derjenige Einsprecher, der im Einspracheverfahren einen Antrag gestellt hat, diesen im Rekursverfahren nicht mehr ausweiten könnte (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, Art. 140 N 38).

b) Die vom Rekurrenten erst im Rekursverfahren vor dem Verwaltungsgericht erstmalig eingereichten Belege und Rechnungen betreffen Tatsachen, die sich vor Abschluss des Rekursverfahrens verwirklicht haben und der Vorinstanz nicht bekannt waren. Diese Tatsachen dürfen vor Verwaltungsgericht gemäss den vorstehenden Erwägungen grundsätzlich vorgebracht werden und sind entsprechend zu würdigen. Sollte dies zu einem vom Einspracheentscheid abweichenden Ergebnis führen, bedeutet dies aber nicht, dass der Einspracheentscheid grundsätzlich falsch gewesen ist, schliesslich waren der Vorinstanz gewisse Tatsachen eben gerade nicht bekannt. Unter den gegebenen Umständen erübrigt es sich denn auch, die in den Rechtsschriften eingehend diskutierte Frage des Vertrauensschutzes aufgrund der angeblichen Äusserungen des Sekretärs der Grundstückgewinnsteuer-Kommission, näher zu beleuchten. Schliesslich werden sämtliche Eingaben des Rekurrenten nun an dieser Stelle unter voller Kognition geprüft, weshalb ihm aus den geltend gemachten Auskünften betreffend der Frage, ob er gewisse Belege auch später noch nachreichen könne, letztlich kein rechtserheblicher Nachteil erwachsen ist.

c) In beweisrechtlicher Hinsicht ist auf § 124 ff. StG hinzuweisen. Die steuerpflichtige Person muss alles tun, um eine vollständige und richtige Veranlagung zu ermöglichen. Sie muss schriftlich und mündlich Auskunft erteilen, Geschäftsbücher, Belege und weitere Bescheinigungen sowie Urkunden über den Geschäftsverkehr vorlegen. Da die anrechenbaren Aufwendungen nach § 196 StG den Grundstücksgewinn und damit die Grundstückgewinnsteuer mindern, erfordert die Geltendmachung von anrechenbaren Aufwendungen in formellrechtlicher Hinsicht, dass der hierfür beweispflichtige Veräusserer kraft seiner Mitwirkungspflicht die zugrunde liegenden Tatsachen hinsichtlich Bestand und Umfang nachweist. Diesen

Nachweis hat er durch eine substantiierte Sachdarstellung zu erbringen. Als substantiiert gilt eine Sachdarstellung, wenn sie ohne weitere Abklärungen die rechtliche Würdigung der geltend gemachten Steuererminderung erlaubt. Zur Mitwirkungspflicht des Steuerpflichtigen gehört auch die Beschaffung oder Bezeichnung von Beweismitteln, anhand derer sich die Richtigkeit des dargelegten Sachverhalts ergibt. Es gehört somit zu den zumutbaren Mitwirkungspflichten, die Bauabrechnung für die Ermittlung der wertvermehrenden Aufwendungen einzureichen. Zum rechtsgültigen Nachweis von Aufwendungen gehört im Regelfall die Vorlage quittierter Rechnungen oder anderer Zahlungsbelege. Eine nicht mit Quittungen versehene Rechnung bildet keinen Nachweis für die Zahlung. Aus der Rechnung muss sich zweifelsfrei ergeben, dass die Aufwendungen das Objekt betreffen, für welches die entsprechenden Abzüge vom Grundstücksgewinn gemacht werden sollen. Sind die Substanziierung oder die Beweismittel ungenügend, so ist es nicht Aufgabe der Rechtsmittelbehörde von Amtes wegen eine Untersuchung zu führen, um sich die fehlenden Grundlagen zu beschaffen. Eine unvollständige Sachdarstellung kann nicht in einem Beweisverfahren vor Gericht nachgeholt werden. Kommt der Steuerpflichtige seiner Substanziierungs- und Beweispflicht nicht bereits mit der Einreichung seiner Rechtsschriften nach, so haben die behaupteten Aufwendungen unberücksichtigt zu bleiben (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O., § 221 n 16 ff.).

...

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. November 2010

A 2009 / 20

Art. 12 Abs. 3 lit. e StHG; § 191 Abs. 1 Bst. b StG – Voraussetzungen, unter denen ein Anspruch auf Steueraufschub bei Handänderungen zum Zweck der Ersatzbeschaffung von gleich genutzten Liegenschaften in der Schweiz infolge Veräusserung von dauernd und ausschliesslich selbst genutztem Wohneigentum besteht. Der Steueraufschub ist auch bei einer ausserkantonalen Ersatzbeschaffung zu gewähren.

Aus dem Sachverhalt:

Am 19. Februar 2004 verkaufte A.B. an C.D. zwei Stockwerkeigentumseinheiten an der Marktgasse 20 in K. zu einem Kaufpreis von Fr. 3'003'000.-. Nach zwei erfolglosen Mahnungen zur Einreichung der Grundstückgewinnsteuererklärung nahm die Grundstückgewinnsteuerkommission K. am 10. April 2006 in analoger Anwendung

von § 130 Abs. 3 StG eine Ermessenseinschätzung vor, da trotz Mahnungen weder eine Steuererklärung noch irgendwelche Belege eingereicht worden waren. Bei einem massgeblichen Verkaufspreis von Fr. 3'003'000.- und Anlagekosten von Fr. 1'857'591.- wurde ein Grundstücksgewinn von Fr. 1'145'409.- veranlagt, die Steuer jedoch gänzlich aufgeschoben, weil A.B. eine Ersatzliegenschaft in F. zum Preis von Fr. 3'920'000.- erworben hatte. Gegen die Ermessenseinschätzung erhob A.B. Einsprache mit der Begründung, dass sie nebst dem Erwerbspreis noch Aufwendungen für den Innenausbau von rund Fr. 635'015.- gehabt habe. Nachdem trotz wiederholt gewährter Fristerstreckungen die von der Kommission eingeforderten Rechnungsbelege nicht eingereicht worden waren, trat die Kommission mit Entscheid vom 14. Mai 2007 auf die Einsprache nicht ein. Der Nichteintretensentscheid wurde nicht angefochten. Nachdem die Kommission bei der Überprüfung der Steueraufschubfälle feststellte, dass A.B. das Ersatzobjekt in F. veräussert hatte und nach G. verzogen war, forderte sie die Steuerpflichtige am 18. August 2008 auf, die aufgeschobene Steuer von Fr. 114'540.- aus der Veräusserung der beiden Stockwerkeigentumseinheiten innert 30 Tagen zu bezahlen, da die Ersatzliegenschaft innert fünf Jahren nach der ersten Handänderung veräussert worden sei und nicht mehr selbst bewohnt werde. Dagegen erhob A.B. am 18. September 2008 Einsprache und beantragte, der Entscheid der Kommission sei aufzuheben, der Grundstücksgewinn für die Veräusserung der Liegenschaft Marktgasse 20 sei auf höchstens Fr. 460'443.- festzulegen, eventuell sei auf dem Wege der Wiedererwägung des Veranlagungsentscheides GR 61/2004 die geschuldete Grundstückgewinnsteuer auf Fr. 46'044.- festzulegen, und es sei festzustellen, dass zufolge Ersatzbeschaffung der Steuerbezug weiterhin aufgeschoben sei. Mit Entscheid vom 28. Mai 2009 wies die Kommission die Einsprache vom 18. September 2008 ab.

Gegen diesen Einspracheentscheid liess A.B. am 29. Juni 2009 beim Verwaltungsgericht Rekurs einreichen und beantragen, der Einspracheentscheid sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass der Steuerbezug zufolge Ersatzbeschaffung weiterhin aufgeschoben sei, eventualiter sei die Sache zur Durchführung eines Revisionsverfahrens im Sinne von §§ 139 ff. StG an die Vorinstanz zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Vorinstanz. Zur Begründung wird ausgeführt, der Kommission könne nicht zugestimmt werden, wenn sie ausführe, «die Gerichte» hätten schon verschiedentlich entschieden, dass bei einer Kaskadenersatzbeschaffung kein Anspruch auf Steueraufschub bestehe, zumal dann, wenn die erste Ersatzliegenschaft verkauft werde und bei dieser wiederum, wie hier, ein Steueraufschub gewährt werde. Der kantonale Gesetzgeber habe die bundesrechtlichen Vorgaben von Art. 12 Abs. 3 lit. e StHG mit dem § 191 Abs. 1 Bst. b StG umgesetzt, wobei die Frist für die Ersatzbeschaffung im Regelfall auf zwei Jahre festgelegt worden sei. Demzufolge gelange der Steueraufschubs-

tatbestand bei Ersatzbeschaffungen von selbstgenutzten Wohnliegenschaften nicht nur innerkantonale, sondern in der ganzen Schweiz, mithin interkantonale zur Anwendung. Die von ihr in der Gemeinde G. im Kanton Schwyz erworbene Liegenschaft falle deshalb unstreitig in den Anwendungsbereich des Steueraufschubtatbestandes von § 191 Abs. 1 Bst. b StG, sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt seien. Die interkantonale Geltung des Ersatzbeschaffungstatbestandes habe die Kommission zu Recht nicht in Frage gestellt. Mit Vernehmlassung vom 16. November 2009 beantragt die Kommission, der Rekurs sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Rekurrentin abzuweisen. Das Gericht führte in der Folge einen zweiten Schriftenwechsel durch.

Aus den Erwägungen:

...

2. a) Der Grundstückgewinnsteuer unterliegen Gewinne, die aus der Veräusserung von Grundstücken des Privatvermögens oder von Anteilen an solchen erzielt werden (§ 189 Abs. 1 StG). Gemäss § 191 Abs. 1 Bst. b StG besteht Anspruch auf Steueraufschub bei Handänderungen zum Zwecke der Ersatzbeschaffung von gleich genutzten Liegenschaften in der Schweiz infolge Veräusserung von dauernd und ausschliesslich selbst genutztem Wohneigentum am Wohnsitz der steuerpflichtigen Person, soweit der Veräusserungserlös in der Regel innert zwei Jahren vor oder nach der Handänderung zum Erwerb oder zum Bau einer gleich genutzten Ersatzliegenschaft in der Schweiz verwendet wird. Diese Formulierung des StG, welche durch die Änderung vom 30. März 2006 (Inkrafttreten am 1. Januar 2007) gegenüber der alten Fassung etwas flexibler gestaltet wurde, steht im Einklang mit Art. 12 Abs. 3 lit. e des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern vom 14. Dezember 1990 (StHG, SR 642.14). Gemäss dieser Bestimmung wird die Besteuerung aufgeschoben bei Veräusserung einer dauernd und ausschliesslich selbst genutzten Wohnliegenschaft (Einfamilienhaus oder Eigentumswohnung), soweit der dabei erzielte Erlös innert angemessener Frist zum Erwerb oder zum Bau einer gleich genutzten Ersatzliegenschaft in der Schweiz verwendet wird. Die Begriffe «dauernd und ausschliesslich selbstbewohnt» werden vom Bundesgesetzgeber nicht näher definiert, so dass den Kantonen ein breiter Ermessenspielraum bleibt, den sie mit ihrer Gesetzgebung ausfüllen können.

b) Grundvoraussetzung für einen Steueraufschub im Sinne von Art. 12 Abs. 3 lit. e StHG ist, dass es sich um eine Ersatzbeschaffung handelt, bei der ein Grundstück veräussert wird, und adäquat kausal mit dieser Veräusserung zusammenhängend ein Ersatzobjekt mit derselben wirtschaftlichen Funktion durch den Ver-

äusserer erworben wird (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, Zürich 2006, § 216 N 264 f., 266).

3. Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob die Rekurrentin den ihr aufgrund ihres Erwerbs einer Ersatzliegenschaft in F. gewährten Aufschub für die aufgeschobene Steuer von Fr. 114'540.- aus der Veräusserung der beiden Stockwerkeigentumseinheiten endgültig verwirkt hat, als sie nach rund drei Jahren und neun Monaten die Ersatzliegenschaft in F. wieder veräusserte.

a) Unbestritten ist, dass es sich bei der von der Rekurrentin am 1. April 2003 erworbenen Liegenschaft in F. um eine Ersatzliegenschaft im Sinne der obengenannten gesetzlichen Bestimmungen handelte, macht doch die Rekursgegnerin an keiner Stelle geltend, dass die erforderlichen Kriterien der Dauerhaftigkeit und der ausschliesslichen Selbstbewohnung nicht erfüllt gewesen seien. Dementsprechend hat sie der Rekurrentin den Steueraufschub auch gewährt, weshalb sich diesbezüglich jegliche Weiterungen erübrigen. Uneinigkeit besteht zwischen den Parteien jedoch mit Bezug auf die Rechtsfolgen der nachmaligen Veräusserung der Ersatzliegenschaft für den Erwerb einer neuen, an deren Stelle tretenden Ersatzliegenschaft. Wie die Rekursgegnerin zu Recht anführt, ist diese Frage gesetzlich nicht geregelt, finden sich doch weder auf bundesrechtlicher noch auf kantonaler Ebene im StG oder in der zugehörigen Verordnung zum Steuergesetz vom 30. Januar 2001 (VStG; BGS 632.11) verbindliche gesetzliche Regelungen zur Frage, was zu geschehen hat, wenn ein Steuerpflichtiger den ursprünglich reinvestierten Gewinn wieder auslöst, indem er die Ersatzliegenschaft weiterverkauft. Die Kommission macht geltend, die Gerichte hätten schon verschiedentlich entschieden, dass bei einer Kaskadenersatzbeschaffung kein Anspruch auf Steueraufschub bestehe, zumal dann, wenn die erste Ersatzliegenschaft verkauft werde und bei dieser wiederum ein Steueraufschub gewährt werde, wie es auch im vorliegenden Fall geschehen sei. In einem neueren Urteil vom 29. Dezember 2008 (A 2007/24) habe das Verwaltungsgericht Zug festgehalten, dass unter dem Regime des Steuergesetzes vom 25. Mai 2000 die Frage der Haltedauer von den Gemeinden selbst bestimmt werden könne, weil der Kanton keine Regelung getroffen habe. Demzufolge dürfe K bei seinen zehn Jahren bleiben, während andere Gemeinden, so auch F., eine fünfjährige Frist für die erforderliche Selbstnutzung vorsähen. Diese abweichende Regelung innerhalb des Kantons verstosse auch nicht gegen die Rechtsgleichheit, da solche unterschiedlichen Regelungen in einer gemeindlichen Steuersache innerhalb desselben Kantons unbedenklich seien. Da die Selbstnutzung der Ersatzliegenschaft, für die Steueraufschub gewährt worden sei, hier nur rund drei Jahre und neun Monate gedauert habe, falle der Steueraufschub dahin und werde die aufgeschobene Steuer zur Zahlung fällig.

b) In dem von den Parteien angeführten Entscheid A 2008/17 vom 26. Februar 2009 äusserte sich das Verwaltungsgericht zur Lückenfüllung und zur fliessenden Grenze zwischen Auslegung und Lückenfüllung, auf die hier verwiesen werden kann. Zu den Wertungen und Zielsetzungen, welche den Bestimmungen zum Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung von Wohneigentum gemäss Art. 12 Abs. 3 lit. e StHG sowie § 191 Abs. 1 Bst. b StG zugrunde liegen, stellte es klar und grundsätzlich fest, dass dieser in erster Linie die Vermeidung unbilliger Härtefälle bezwecke, welche entstehen könnten, wenn jemand in kurzer Abfolge sein Eigenheim veräussere und neues Wohneigentum kaufe. Wenn nämlich der Verkaufserlös gleich wieder investiert werde, entstehe de facto gar kein Gewinn, weshalb auch dessen Besteuerung nicht angemessen wäre. Anders präsentiere sich die Situation, wenn diese Ersatzliegenschaft daraufhin wieder veräussert werde. An einer gesetzlichen Regelung dieser Problematik fehle es. Als ohne Zweifel sinnvoll bezeichnete das Gericht die Praxis der Grundstückgewinnsteuerkommission K., analog zu derjenigen diverser Zuger Gemeinden auf den Steueraufschub zurückzukommen, wenn die ersatzweise beschaffte Liegenschaft innert fünf Jahren seit der Feststellungsverfügung, mit der die Ersatzbeschaffung anerkannt worden sei, wieder veräussert werde. Denn in diesen Fällen stehe der Grundstücksgewinn der Erstliegenschaft wieder zur Verfügung und sei er demzufolge auch zu versteuern. Fraglich bleibe noch, ob dies auch zu gelten habe, wenn zwar die Ersatzliegenschaft veräussert werde, jedoch unmittelbar darauf erneut eine Ersatzbeschaffung stattfinde. Hierzu stellte das Verwaltungsgericht aber ebenso klar fest, dass nicht ersichtlich sei, weshalb jemand, der – aus welchem Grund auch immer – erneut eine Ersatzliegenschaft erwerben müsse, eines begründeten Anspruchs auf Steueraufschub nachträglich verlustig gehen sollte, wenn der Veräusserungserlös der ersten Liegenschaft mindestens im selben Masse in die zweite Ersatzliegenschaft reinvestiert worden sei; immer vorausgesetzt natürlich, dass auch diese dem ausschliesslichen und dauerhaften Wohnzweck diene. Es müsse also unterschieden werden zwischen Fällen, in welchen eine erneute Ersatzbeschaffung erfolge und Fällen, in welchen der Verkaufserlös nicht in eine Ersatzliegenschaft reinvestiert werde. Verschiedene Kantone hätten diese Differenzierung auf Verordnungsstufe oder in der Praxis bereits vorgenommen und festgestellt, dass dann auf den Entscheid über den Steueraufschub zurückzukommen und die aufgeschobene Grundstücksteuer zu veranlagern sei, wenn ein Ersatzgrundstück innert gewisser Zeit (meist fünf Jahre) seit der Handänderung am ursprünglichen Grundstück definitiv veräussert werde, ohne dass erneut eine Ersatzbeschaffung stattfinde [das Gericht verwies auf das Rundschreiben der Zürcher Finanzdirektion an die Gemeinden über den Aufschub der Grundstückgewinnsteuer und die Befreiung des Veräusserers von der Handänderungssteuer bei der Ersatzbeschaffung einer dauernd und ausschliesslich selbstgenutzten Wohnliegenschaft vom

19. November 2001, S. 4 ff. und auf die Steuerrevue Nr. 1/2005, S. 82 (TG)]. Obwohl die Steuerbehörden des Kantons Zug nicht an die Regelungen anderer Kantone gebunden seien, müsse diese Differenzierung auch in der Zuger Steuerpraxis vorgenommen werden, entspreche sie doch dem Sinn und Zweck der Bestimmung zum Steueraufschub in § 191 Abs. 1 lit. b StG.

c) Die Vorbringen der Kommission sind nicht geeignet, die vom Gericht in seinem Entscheid vom 26. Februar 2009 zugrunde gelegten Erwägungen in Frage zu stellen. Wenn sie dafür hält, die unterschiedliche Rechtsauffassung in den beiden Verwaltungsgerichtsurteilen vom 26. Februar 2009 beruhe nicht auf einer Änderung des übergeordneten StHG, sondern möglicherweise auf dem Übergang vom aGGStG zum StG, was an der Grundsatzfrage des Steueraufschubs bei der Kaskadenersatzbeschaffung nichts ändere, verkennt sie die klaren Schlussfolgerungen des Verwaltungsgerichts in dem auch als Präjudiz in der GVP 2008 veröffentlichten Fall A 2008/17. Während das Verwaltungsgericht im Fall A 2008/15 einzig die Regelung von § 5 Abs. 3 aGGSt anzuwenden hatte, wonach der Steueraufschub in den Fällen bestehen blieb, in welchen der Steuerpflichtige aus entschuldbaren Gründen vor Ablauf von zehn Jahren eine Selbstnutzung nicht aufrecht erhalten konnte, war im Fall A 2008/17 die neue Bestimmung von § 191 Abs. 1 Bst. b StG anwendbar, die «nunmehr vorgegeben» (Bericht des Regierungsrates vom 11. Mai 1999 zur Totalrevision des Steuergesetzes 2001, KRV Nr. 659.1, Lfn. 9842, S. 72) ist von Art. 12 Abs. 3 lit. e StHG. Gemäss Art. 72 StHG hatten die Kantone ihre Steuergesetze bis Ende 2000 an das StHG anzupassen, was für den Kanton Zug auch im Bereich der Ersatzbeschaffung mit dem Steuergesetz vom 25. Mai 2000 geschah. Es trifft also nicht zu, dass das Verwaltungsgericht am gleichen Tage seine bisherige Praxis gemäss Urteil vom 22. August 2000 im ersten Urteil zuerst bestätigt und dann im zweiten Urteil geändert hätte, ohne dass an den bundesrechtlichen Vorgaben Änderungen eingetreten wären. Das Gericht hatte also nicht den gleichen Sachverhalt ungleich behandelt, sondern es waren unterschiedliche Rechtsgrundlagen anwendbar. Entgegen der Ausführungen der Kommission wurde nicht auslegungsweise eine «Änderung des Steuergesetzes» vorgenommen, und eine feststehende Rechtspraxis wird durchaus ersichtlich.

Der Bundesgesetzgeber hat in Art. 12 Abs. 3 StHG abschliessend umschrieben, welche Steueraufschubstatbestände von den Kantonen bei der Grundstückgewinnsteuer zu übernehmen sind. Zugleich hat der Bundesgesetzgeber auch eine inhaltliche Harmonisierung der kantonalen Regelungen betreffend Steueraufschub angestrebt (BGE 130 II 202 E. 3.2 S. 207 f.). Dies ist insbesondere im vorliegenden Fall, wo es um eine interkantonale Ersatzbeschaffung geht, von Bedeutung. Auch wenn das StHG, wie die Rekursgegnerin richtig ausführt, von «einer gleich-

genutzten Ersatzliegenschaft, nicht mehrere nacheinander» spricht, so besteht für das Verwaltungsgericht, aber auch für die massgebende Literatur in Berücksichtigung des Steuerharmonisierungsgesetzes (vgl. z.B. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O., § 216 N 294 sowie für das interkantonale Verhältnis § 226a, N 9) kein Zweifel daran, dass eine Kaskadenersatzbeschaffung anzuerkennen ist. Jede andere Betrachtung würde den gesetzgeberischen Sinn dieser Regelung auf den Kopf stellen. Auch das Verwaltungsgericht respektiert die Gemeindeautonomie überall, wo sie Raum greift. Dass gemäss dem Verwaltungsgerichtsurteil vom 29. Dezember 2008 (A 2007/24) unter dem Regime des Steuergesetzes vom 25. Mai 2000 die Frage der Haltedauer von den Gemeinden selbst bestimmt werden könne, weil der Kanton keine Regelung getroffen habe, bedeutet aber nicht, dass in der für eine rechtsgleiche Praxis viel wichtigeren und grundsätzlicheren Frage der Anerkennung der Kaskadenersatzbeschaffung gemeindlich unterschiedliche Regime geduldet werden könnten. Die bundesgerichtliche Billigung der altrechtlichen zugerischen Praxis im Urteil vom 19. Dezember 2000 (2P.209/2000, E. 3c) kann vorliegend nicht ins Feld geführt werden, da gerade die bundesrechtlichen Ausführungen die Spezialität der damals gültigen Regelung von § 5 Abs. 3 Satz 2 aGGStG hervorheben, die mit der eigentlichen «Sperrfrist» gar nicht mit einem echten Steueraufschub vereinbar sei. Auch im Kanton Zug ist in entsprechender Auslegung des kantonalen Steuergesetzes im Sinne der Vorgaben des eidgenössischen Rechts eine Kaskadenersatzbeschaffung anzuerkennen, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen für die einzelne Ersatzbeschaffung jeweils eingehalten sind. Denn es ist mit den Ausführungen im Verwaltungsgerichtsurteil A 2008/17 festzustellen, dass der Rechtsgleichheit nicht entsprochen wäre, wenn ein Steuerpflichtiger, welcher ein Ersatzgrundstück veräussert, das Geld aber sodann unmittelbar in ein weiteres Ersatzgrundstück im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen investiert, nicht gleich gestellt wäre mit demjenigen, welcher eine Ersatzliegenschaft erwirbt und diese danach dauerhaft bewohnt. Schliesslich sind diese beiden im Bezug auf den Grundstücksgewinn der ursprünglich veräusserten Liegenschaft insofern gleich gestellt, als dass jeder von ihnen diesen in neues Wohneigentum investiert hat. Somit gilt im Sinne der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, dass eine Veräusserung der Ersatzliegenschaft einen Steueraufschub grundsätzlich nicht ausschliesst, sofern der Erlös wiederum zum Erwerb einer Ersatzliegenschaft verwendet wird.

d) Nachdem unbestritten ist, dass die Rekurrentin für die zweite Ersatzliegenschaft mindestens die selben finanziellen Aufwendungen erbringen musste wie für die erste, und es sich andererseits auch bei der zweiten Ersatzliegenschaft um eine Liegenschaft im Sinne von § 191 Abs. 1 Bst. b. StG handelt, die zum ausschliesslichen und dauerhaften Wohnzweck erworben worden ist und genutzt

wird, sind vorliegend die Voraussetzungen für den weiteren Steueraufschub nachweislich und unbestrittenermassen erfüllt.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 29. Dezember 2010

A 2009 / 11

9. Sozialversicherung

Art. 55 Abs. 1 und Art. 56 Abs. 1 ATSG; Art. 45 Abs. 1 VwVG. – Die vorläufige Rentensistierung für die Dauer der Abklärung, ob laufende Rentenleistungen allenfalls zu Unrecht bezogen werden, stellt eine vorsorgliche Massnahme dar, wörüber im Rahmen eines Zwischenentscheids formell zu verfügen ist. Eine solche Verfügung kann nur unter den Voraussetzungen von Art. 45 oder 46 VwVG beim Sozialversicherungsgericht angefochten werden. Der durch eine vorläufige Einstellung der Rentenauszahlung bewirkte finanzielle Nachteil ist durch eine allfällige Nachzahlung der entsprechenden Rentenbeträge reversibel und stellt daher in der Regel noch keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG dar.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Z. wurde am 29. Juni 1997 beim Überqueren eines Fussgängerstreifens von einem PW angefahren und erlitt dabei unter anderem eine Commotio cerebri, ein HWS-Distorsionstrauma und eine Hüftkontusion links; in der Folge trat zunehmend auch eine psychische Problematik vor allem im Sinne einer schweren depressiven Entwicklung mit vollständiger Arbeitsunfähigkeit in den Vordergrund. Die Versicherung X erbrachte als obligatorischer Unfallversicherer die entsprechenden Leistungen und sprach Z. mit Verfügung vom 26. März 2003 eine Invalidenrente gestützt auf einen Invaliditätsgrad von 100 % ab 1. Dezember 2002 sowie eine Integritätsentschädigung von 30 % zu. Die IV-Stelle des Kantons Zug sprach Z. mit Verfügung vom 5. April 2004 mit Wirkung ab 1. Januar 2002 eine ganze Rente der Invalidenversicherung zu. Auch nach einer im Juni 2005 eingeleiteten Rentenrevision wurde von der IV-Stelle mit Verfügung vom 6. Dezember 2005 die ganze Rente unverändert belassen.

Die Versicherung X hatte derweil seit Januar 2005 Z. von einem Detektivunternehmen überwachen lassen und im Dezember 2005 ein Rentenrevisionsverfahren eingeleitet. Nachdem Z. eine angeordnete psychiatrische Begutachtung durch den von der Versicherung X vorgesehenen Gutachter abgelehnt hatte, stellte die

Versicherung X die Rentenleistungen ab 1. März 2006 ein, was sie allerdings erst mit Verfügung vom 14. Dezember 2006 formell bestätigte; einer allfälligen Einsprache gegen diese Renteneinstellung entzog sie die aufschiebende Wirkung. Die Versicherung X stellte sich dabei auf den Standpunkt, dass sich aus dem beschafften Überwachungsmaterial keine gesundheitlichen Beeinträchtigungen als Folge des Unfalls vom 29. Juni 1997 mehr ergäben. Die dagegen erhobene Einsprache wies die Versicherung X mit Einspracheentscheid vom 1. April 2008 ab. Auf Beschwerde hin hob zwar das Verwaltungsgericht des Kantons Zug die Verfügung vom 14. Dezember 2006 sowie den Einspracheentscheid vom 1. April 2008 auf und stellte fest, dass Z. auch ab 1. März 2006 weiterhin Anspruch auf eine volle Rente aus der obligatorischen Unfallversicherung habe. Das Bundesgericht hiess jedoch die dagegen von der Versicherung X eingereichte Beschwerde mit Urteil vom 16. Oktober 2009 insofern teilweise gut, als es den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 26. Februar 2009 aufhob und die Sache an die Versicherung X zurückwies, damit sie nach weiteren Abklärungen über die Rentenrevision neu verfüge. Das Bundesgericht hielt im Wesentlichen fest, dass zwar alleine aufgrund der vorhandenen Überwachungsunterlagen noch nicht auf eine rentenrelevante gesundheitliche Besserung geschlossen werden könne, die Aufnahmen aber Fragen aufwerfen würden, welche sich aufgrund der vorhandenen medizinischen Akten nicht beantworten liessen. Dies gelte namentlich auch, weil die Observationsergebnisse den Ärzten, welche seit der Rentenzusprechung Bericht erstattet hätten, offensichtlich nicht bekannt gewesen seien. Es bestehe daher Anlass zu weiteren medizinischen Abklärungen.

Die IV-Stelle des Kantons Zug hatte inzwischen bereits nach dem Einspracheentscheid der Versicherung X vom 1. April 2008 ihrerseits mit Vorbescheid vom 29. April 2008 die Rente rückwirkend revisionsweise per Ende Februar 2006 aufgehoben, wobei auch die Rückforderung der ab 1. März 2006 bezogenen Leistungen vorbehalten worden war. Zur Begründung führte die IV-Stelle seinerzeit aus, gestützt auf den Einspracheentscheid der Versicherung X liege offensichtlich seit spätestens März 2006 keine Invalidität mehr vor und es stehe fest, dass Z. die Rentenleistungen mit falschen Angaben unrechtmässig erwirkt habe. Gegen diesen Vorbescheid liess Z. am 28. Mai 2008 Einwand erheben mit dem Antrag, der vorgesehene Entscheid sei nicht zu erlassen und die Rente sei rückwirkend ab 1. Mai 2008 weiterhin auszurichten. Eine entsprechende Verfügung wurde in der Folge nicht erlassen. Faktisch richtete die IV-Stelle allerdings seit Mai 2008 keine weiteren Rentenleistungen mehr aus.

Nach dem Urteil des Bundesgerichts vom 16. Oktober 2009, mit welchem die Sache zu weiteren Abklärungen an die Versicherung X zurückgewiesen worden

war, gelangte Z. mit Schreiben vom 2. November 2009 wieder an die IV-Stelle des Kantons Zug und forderte die unverzügliche Wiederaufnahme der Rentenauszahlung und die Überweisung der seit Mai 2008 verweigerten Renten zuzüglich Zins. Er wies dabei darauf hin, dass die IV-Stelle im Vorbescheid vom 29. April 2009 die Verweigerung der Rentenauszahlung ausschliesslich mit dem Einspracheentscheid der Versicherung X vom 1. April 2008 begründet, eine entsprechende Verfügung jedoch nie erlassen habe. Das Bundesgericht habe nun aber nicht nur das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 26. Februar 2009, sondern auch den rentenaufhebenden Einspracheentscheid der Versicherung X vom 1. April 2008 aufgehoben, weshalb auch die Versicherung X die Rente sofort wieder ausrichten und die seit dem Einspracheentscheid verweigerten Leistungen zuzüglich Zins nachzahlen müsse.

Die IV-Stelle des Kantons Zug erliess daraufhin am 17. November 2009 eine Verfügung, mit welcher sie die Rente rückwirkend per Ende Februar 2006 sistierte und einer dagegen geführten Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzog. Sie nahm dabei Bezug auf den Einwand vom 28. Mai 2008 und wies darauf hin, dass das Bundesgericht mit Urteil vom 16. Oktober 2009 in Sachen Versicherung X festgehalten habe, die von der Versicherung X veranlassten Videoaufnahmen würden Fragen aufwerfen, welche sich aufgrund der vorhandenen medizinischen Akten nicht beantworten liessen, weshalb weitere Abklärungen vorgenommen werden müssten. Diesbezüglich werde sich die IV-Stelle mit der Unfallversicherung koordinieren, da zurzeit keine Hinweise auf unfallfremde Leiden bestünden. Über den Rentenanspruch ab dem 1. März 2006 werde im laufenden Revisionsverfahren definitiv entschieden werden; an der Sistierung werde vorläufig festgehalten.

Am 14. Dezember 2009 liess Z. beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Beschwerde einreichen und beantragen, die Verfügung der IV-Stelle des Kantons Zug vom 17. November 2009 sei aufzuheben, die IV-Stelle sei zu verpflichten, ihm die Versicherungsleistungen für die Zeit seit 1. April 2008 auszurichten und einen Verzugszins von 5 % auf die ausstehenden Rentenbeträge zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Der prozessuale Antrag des Beschwerdeführers auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde mit Präsidialverfügung vom 30. Dezember 2009 abgewiesen. Die IV-Stelle beantragte die kostenfällige Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Im Hinblick auf die Eintretensfrage bleibt allerdings vorab zu klären, ob auch gegen die im vorliegenden Fall konkret angefochtene Verfügung vom 17. November 2009, mit welcher die Rente der Invalidenversicherung «rückwirkend per Ende Februar 2006 sistiert» wurde, überhaupt Beschwerde geführt werden kann. Die Beschwerdegegnerin stellt sich insoweit auf den Standpunkt, dass es sich bei der Verfügung vom 17. November 2009 nicht um einen Endentscheid, sondern um eine Zwischenverfügung handle, welche – da sie keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirke – in Anwendung von Art. 46 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG) nicht angefochten werden könne. Der Beschwerdeführer weist demgegenüber darauf hin, dass die Beschwerdegegnerin immerhin einen entsprechenden Vorbescheid vom 29. April 2008 erlassen habe. Auch wenn dieser Vorbescheid auf einer anderen Begründung basiert habe und mit einer anderen Formulierung versehen gewesen sei als die Verfügung vom 17. November 2009, so sei in der Verfügung doch ausdrücklich auf den Einwand vom 28. Mai 2008 zum Vorbescheid vom 29. April 2008 Bezug genommen worden. Schliesslich laute Ziffer 1 der Verfügung: «Die Rente wird rückwirkend per Ende Februar 2006 sistiert». Diese Umstände würden zeigen, dass es sich nicht um eine Zwischenverfügung, sondern um einen Endentscheid handle, gegen welchen eine Beschwerde zulässig sei.

2.1 Gemäss Art. 49 Abs. 1 ATSG hat der Versicherungsträger über Leistungen, Forderungen und Anordnungen, die erheblich sind oder mit denen die betroffene Person nicht einverstanden ist, schriftlich Verfügungen zu erlassen. Diese Bestimmung geht mit Selbstverständlichkeit davon aus, dass im Verfahren gegebenenfalls auch Zwischenverfügungen zu erlassen sind. Solche Zwischenverfügungen werden vom ATSG jedoch nur in einzelnen Punkten (wie namentlich über die beantragte unentgeltliche Vertretung gemäss Art. 37 Abs. 4 ATSG oder über ein Ausstandsbegehren gemäss Art. 36 ATSG) explizit geregelt. Ausserdem legt Art. 52 Abs. 1 ATSG fest, dass gegen prozess- und verfahrensleitende Verfügungen keine Einsprache erhoben werden kann. In diesen Fällen steht das Rechtsmittel der (direkten) Beschwerde an das kantonale Versicherungsgericht zur Verfügung (vgl. Art. 56 Abs. 1 ATSG). Im Bereich der Invalidenversicherung, in welchem das Einspracheverfahren per 1. Juli 2006 wieder abgeschafft und durch das frühere Vorbescheidverfahren ersetzt wurde, wirkt sich dies insofern aus, als die IV-Stelle der versicherten Person lediglich den vorgesehenen Endentscheid über ein Leistungsbegehren oder den Entzug oder die Herabsetzung einer bisher gewährten Leistung mittels Vorbescheid mitzuteilen hat. Bei Zwischenverfügungen ist hingegen kein Vorbescheid zu erlassen, sondern direkt zu verfügen. Weil das ATSG im Übrigen in Bezug auf Zwischenverfügungen – von den soeben genannten Punkten abgesehen – keine besonderen Festlegungen vornimmt, ist insoweit schliesslich die Regelung

des VwVG massgebend (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2009, Art. 49 Rz. 24 mit Verweis auf Art. 55 Abs. 1 ATSG, wonach sich in den Art. 27-54 oder in den Einzelgesetzen nicht abschliessend geregelte Verfahrensbereiche nach dem VwVG richten). Danach ist gemäss Art. 45 Abs. 1 VwVG gegen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren die Beschwerde zulässig. Gegen andere selbständig eröffnete Zwischenverfügungen ist gemäss Art. 46 Abs. 1 VwVG die Beschwerde zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (lit. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b).

2.2 Die Beschwerdegegnerin hat nach dem seinerzeitigen Einspracheentscheid der Versicherung X vom 1. April 2008, mit welchem im Bereich der Unfallversicherung eine gegen die rückwirkend per 1. März 2006 verfügte Renteneinstellung erhobene Einsprache abgewiesen worden war, zunächst einen Vorbescheid erlassen, wonach auch sie die «revisionsweise rückwirkend per Ende Februar 2006» zu erfolgende Aufhebung der Rente in Aussicht stellte. Der dagegen erhobene Einwand vom 28. Mai 2008 blieb in der Folge – wohl im Hinblick auf das laufende unfallversicherungsrechtliche Beschwerdeverfahren – vorerst unbearbeitet, wobei aber faktisch die Rentenzahlung durch die Beschwerdegegnerin ab Mai 2008 eingestellt wurde. Gegen dieses Vorgehen setzte sich der Beschwerdeführer zum damaligen Zeitpunkt offenbar nicht weiter zur Wehr, was er im Rahmen der Beschwerdeschrift vom 14. Dezember 2009 damit begründet, dass es ihm aus prozessökonomischen Gründen unsinnig erschienen sei, ein paralleles Beschwerdeverfahren anzustrengen. Erst nach dem im Unfallversicherungsverfahren ergangenen Urteil des Bundesgerichts vom 16. Oktober 2009 wandte sich der Beschwerdeführer wieder an die Beschwerdegegnerin mit dem Ersuchen, die Auszahlung der Rente unverzüglich wieder aufzunehmen und die seit Mai 2008 verweigerten Renten zuzüglich Zins zu überweisen. Daraufhin erliess die Beschwerdegegnerin die angefochtene Verfügung vom 17. November 2009, mit welcher sie nun festhielt, dass die Rente «rückwirkend per Ende Februar 2006 sistiert» werde.

2.3 Gemäss Art. 17 Abs. 1 ATSG wird die Rente von Amtes wegen oder auf Gesuch hin für die Zukunft erhöht, herabgesetzt oder aufgehoben, wenn sich der Invaliditätsgrad eines Rentenbezügers erheblich ändert. Eine solche Rentenrevision nach Art. 17 Abs. 1 ATSG bezieht sich auf nachträgliche Änderungen des massgebenden und mittels einer formell rechtskräftigen Entscheidung beurteilten Sachverhalts, wobei namentlich die Herabsetzung oder Aufhebung der Rente gemäss Art. 88bis Abs. 2 lit. a der Verordnung über die Invalidenversicherung vom

17. Januar 1961 (IVV) grundsätzlich frühestens vom ersten Tag des zweiten der Zustellung der Verfügung folgenden Monats an erfolgt. Von dieser ordentlichen Rentenrevision zu unterscheiden ist die so genannte prozessuale Revision im Sinne von Art. 53 Abs. 1 ATSG, wonach formell rechtskräftige Verfügungen und Einspracheentscheide in Revision gezogen werden, wenn die versicherte Person oder der Versicherungsträger nach deren Erlass erhebliche neue Tatsachen entdeckt oder Beweismittel auffindet, deren Beibringung zuvor nicht möglich war. Nach Art. 53 Abs. 2 ATSG kann der Versicherungsträger sodann im Sinne einer Wiedererwägung auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Im Bereich der Invalidenversicherung setzt eine in einem solchen Verfahren auch rückwirkend mögliche Rentenaufhebung bzw. eine entsprechende Rückforderung bereits ausgerichteter Rentenleistungen voraus, dass der Bezüger sie unrechtmässig erwirkt oder der ihm gemäss Art. 77 IVV zumutbaren Meldepflicht nicht nachgekommen ist (Art. 88^{bis} Abs. 2 lit. b IVV). Der Begriff «Sistierung» wird schliesslich im Zusammenhang mit einer Rente vom Gesetz selbst nirgends verwendet. Jedoch wird in der Lehre die Einstellung von Geldleistungen mit Erwerbscharakter während der Zeit, in welcher sich die versicherte Person im Straf- und Massnahmenvollzug befindet (Art. 21 Abs. 5 ATSG), als Sistierung bezeichnet. Dabei lebt ein Rentenanspruch nach dem Vollzug wieder auf, während aber eine Nachforderung der für die Vollzugsdauer sistierten Leistungen ausgeschlossen ist (vgl. dazu Ueli Kieser, a.a.O., Art. 21 Rz. 99 ff.).

2.4 Vorsorgliche Massnahmen, die vor Anordnung einer Verfügung ergehen, zielen ihrerseits darauf ab, die Wirksamkeit der künftigen Verfügung sicherzustellen. Mit sichernden Vorkehren wird gewährleistet, dass der bestehende tatsächliche oder rechtliche Zustand einstweilen unverändert erhalten bleibt. Mit gestaltenden Massnahmen wird demgegenüber ein Rechtsverhältnis provisorisch geschaffen oder einstweilig neu geregelt. Der Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt Dringlichkeit voraus, d.h. es muss sich als notwendig erweisen, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Sodann muss der Verzicht auf Massnahmen für den Betroffenen einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wieder gutzumachen ist, wofür ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügt. Erforderlich ist schliesslich, dass die Abwägung der verschiedenen Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint. Der durch die Endverfügung zu regelnde Zustand soll weder präjudiziert noch verunmöglicht werden. Vorsorgliche Massnahmen beruhen auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Die Hauptsachenprognose kann dabei berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist; bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurück-

haltung auf, weil in diesem Fall die erforderlichen Entscheidungsgrundlagen im Hauptverfahren erst noch beschafft werden müssen (BGE 130 II 155 Erw. 2.2 mit Hinweisen).

2.5 Mit den jeweiligen Formulierungen im Vorbescheid vom 29. April 2008 sowie in der Verfügung vom 17. November 2009 werden die soeben aufgeführten gesetzlichen Begriffe offenkundig nicht klar auseinander gehalten bzw. zum Teil missverständlich oder gar unkorrekt verwendet, sodass rein vom jeweiligen Wortlaut her in der Tat nicht auf den ersten Blick klar ist, ob nun eine ordentliche Rentenrevision, eine prozessuale Revision bzw. eine Wiedererwägung mit rückwirkender Rentenaufhebung oder eben auch bloss eine vorsorgliche Massnahme im Hinblick auf einen noch zu fällenden definitiven Entscheid über den laufenden Rentenanspruch angeordnet werden sollte. Zumindest die Formulierung des Vorbescheids vom 29. April 2008 legte durchaus den Schluss auf einen vorgesehenen Endentscheid nahe, indem eine rückwirkende Rentenaufhebung effektiv in Aussicht gestellt wurde. Die angefochtene und für das vorliegende Verfahren mithin massgebende Verfügung spricht sodann zwar lediglich noch von einer «Sistierung», kündigt aber ihrerseits eine Rückforderung der «ab 1. März 2006 zu Unrecht bezogenen Leistungen» im Sinne von Art. 88^{bis} Abs. 2 lit. b IVV an. Auch dies könnte so verstanden werden, dass damit ein Rentenanspruch für die Zeit ab 1. März 2006 bereits verneint würde. Aus den gesamten Umständen geht schliesslich aber unzweifelhaft hervor, dass mit der Verfügung vom 17. November 2009 tatsächlich die Rentenzahlungen lediglich vorläufig eingestellt bleiben sollten, was wohl auch mit dem in diesem Zusammenhang von Gesetzes wegen an sich nicht vorgesehenen Begriff der «Sistierung» zum Ausdruck gebracht werden sollte. Dementsprechend wird in der Verfügung vom 17. November 2009 denn auch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass über den Rentenanspruch ab dem 1. März 2006 im laufenden Revisionsverfahren definitiv entschieden und an der Sistierung «vorläufig» festgehalten werde. Soweit auch eine Rückforderung der ab 1. März 2006 «zu Unrecht bezogenen Leistungen» (Art. 88^{bis} Abs. 2 lit. b IVV) vorbehalten wird, ist zwar – wie zuvor dargelegt und vom Beschwerdeführer zu Recht geltend gemacht – festzuhalten, dass auf dem Wege der ordentlichen Rentenrevision eine in die Vergangenheit reichende Anpassung der Rente grundsätzlich ausgeschlossen ist. Auf diesen Umstand wurde dementsprechend vom Verwaltungsgericht bereits in der Verfügung vom 20. Dezember 2006 im seinerzeitigen, gegen den Unfallversicherer X geführten Rechtsverzögerungsverfahren hingewiesen, wobei in jenem Verfahren allerdings nie die Rede von einer möglichen bloss vorsorglichen Massnahme war und die Versicherung X stets revisionsrechtlich im Sinne von Art. 17 ATSG argumentiert hatte. Im vorliegend zu beurteilenden invalidenversicherungsrechtlichen Verfahren ist bei korrekter Betrachtung hingegen davon

auszugehen, dass im Rahmen der laufenden Rentenrevision aufgrund der vom Bundesgericht mit Urteil vom 16. Oktober 2009 geäusserten Bedenken im Hinblick auf die tatsächlichen gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Beschwerdeführers zugleich auch die Rechtmässigkeit der bisherigen Rentenleistungen überprüft und insofern faktisch nun auch eine prozessuale Revision bzw. ein Wiedererwägungsverfahren durchgeführt wird. Dass die entsprechenden von der Beschwerdegegnerin vorgenommenen Verfahrensschritte jeweils nicht mit den korrekten gesetzlichen Definitionen bezeichnet worden sind, ändert nichts daran, dass es sich bei der angefochtenen Verfügung mithin lediglich um einen Entscheid über eine vorsorgliche Massnahme während der Dauer des an die Hand genommenen Rentenrevisionsverfahrens handelt, in dessen Rahmen zusätzlich über die Rechtmässigkeit der seit 1. März 2006 ausgerichteten Rentenleistungen wiedererwägungsweise oder eben «revisionsweise» im Sinne einer prozessualen Revision entschieden werden soll. Es liesse sich einzig fragen, ob mit dem Erlass der entsprechenden Verfügung erst am 17. November 2009 nicht auch im invalidenversicherungsrechtlichen Verfahren – wie bereits im seinerzeitigen unfallversicherungsrechtlichen Verfahren – eine Rechtsverweigerung bzw. zumindest eine Rechtsverzögerung begangen wurde. Grundsätzlich hätte der Beschwerdeführer in Anwendung von Art. 49 Abs. 1 ATSG bereits zum Zeitpunkt der faktischen Leistungseinstellung ab Mai 2008 Anspruch auf eine entsprechende Verfügung gehabt. Nachdem der Beschwerdeführer aber seinerzeit das Vorgehen der Beschwerdegegnerin zumindest geduldet hat und inzwischen eine Verfügung tatsächlich erlassen worden ist, braucht darüber nicht weiter entschieden zu werden.

2.6 Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind Zwischenentscheide, welche nach dem Gesagten einerseits nicht mit einem entsprechenden Vorbescheid anzukündigen sind. Demgemäss ist auch nicht entscheidend, dass vorliegend mit dem Vorbescheid vom 29. April 2008 eine andere Verfügung als die nun am 17. November 2009 erlassene Verfügung in Aussicht gestellt worden war. Andererseits spricht der Erlass des Vorbescheids auch keineswegs gegen die tatsächliche Qualifizierung der angefochtenen Verfügung als Zwischenentscheid, gegen welche die Beschwerde ans Sozialversicherungsgericht schliesslich nur unter den Voraussetzungen von Art. 45 oder 46 VwVG zulässig ist. Dabei kommt vorliegend praktisch neben dem hier nicht interessierenden Fall von Art. 45 VwVG nur die Variante von Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG in Frage. Eine Gutheissung der Beschwerde gegen die vorläufige Einstellung der Rentenzahlungen würde nämlich keinesfalls sofort einen Endentscheid im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. b VwVG herbeiführen. Die Verfügung vom 17. November 2009 ist demnach aber nur dann beim Verwaltungsgericht anfechtbar, wenn dem Beschwerdeführer daraus ein nicht

wieder gutzumachender Nachteil erwächst. Für die Annahme eines solchen Nachteils genügt ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse (BGE 130 II 153 Erw. 1.1 mit Hinweisen). Die aus einer vorsorglichen Massnahme resultierende nur vorübergehende finanzielle Einbusse, welche im Falle des Obsiegens des Beschwerdeführers im Hauptpunkt rückwirkend ausgeglichen werden könnte, stellt aber grundsätzlich noch keinen irreversiblen Nachteil dar, dies jedenfalls dann, wenn die Zahlungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin und damit die Einbringlichkeit allfälliger weiterer Rentenansprüche nicht zur Diskussion stehen (vgl. dazu BGE 125 II 621 f. Erw. 4b).

2.7 Die mit der Verfügung vom 17. November 2009 angeordnete vorläufige Einstellung der Rentenauszahlung bewirkt in diesem Sinne zwar durchaus einen finanziellen Nachteil für den Beschwerdeführer. Dieser Nachteil ist allerdings durch eine allfällige Nachzahlung der entsprechenden Rentenbeträge reversibel und mithin wieder gutzumachen, falls denn aufgrund der weiteren, mit dem betroffenen Unfallversicherer koordinierten Abklärungen der Beschwerdegegnerin, wie sie im Urteil des Bundesgerichts vom 16. Oktober 2009 vorgegeben wurden, auch ab dem 1. März 2006 eine Rente geschuldet sein sollte. Die Einbringlichkeit einer Rentennachzahlung bei der Beschwerdegegnerin steht jedenfalls ausser Frage. Nicht entscheidend ist vor diesem Hintergrund der Umstand, dass das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 26. Februar 2009 den unfallversicherungsrechtlichen Rentenanspruch in materieller Hinsicht noch anders beurteilt hatte als das Bundesgericht in seiner Entscheidung vom 16. Oktober 2009. Inwieweit ein Rentenanspruch tatsächlich besteht, wird sich schliesslich im Rahmen des Hauptverfahrens zeigen, wobei dem Beschwerdeführer gegen die entsprechenden Endentscheide der jeweiligen Versicherungsträger auch wieder der ordentliche Rechtsweg offenstehen wird. Insgesamt kann das Verwaltungsgericht damit aber auf die vorliegende Beschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 17. November 2009, mit welcher die Rentenleistungen im Sinne einer vorsorglichen Massnahme mit Wirkung ab 1. März 2006 vorläufig zurückbehalten werden, nicht eintreten.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. Juni 2010

S 2009 / 179

Art. 55 Abs. 1 und Art. 56 Abs. 1 ATSG; Art. 45 Abs. 1 VwVG – Anfechtbarkeit einer Zwischenverfügung über eine vorsorgliche Massnahme. Die vorläufige Einstellung der Rentenauszahlung bewirkt zwar beim Versicherten einen finanziellen Nachteil, welcher aber durch eine allfällige Nachzahlung der entsprechenden Rentenbeträge reversibel ist und daher in der Regel noch keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG darstellt. Das Verwaltungsgericht kann auf eine diesbezügliche Beschwerde nicht eintreten (Erw. 2). Der Sozialversicherungsträger hat allerdings insbesondere in Fällen, in welchen die vorsorgliche Renteneinstellung aufgrund kaum erhärteter Verdachtsmomente erfolgt ist, für eine rasche Klärung des Rentenanspruchs zu sorgen (Erw. 3).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

M. wurde am 12. Oktober 2003 unter erheblicher Gewaltanwendung überfallen und ausgeraubt, wobei er eine Kopfkontusion mit *Commotio cerebri*, diverse Rissquetschwunden und Prellungen an Kopf, Körper und Vorderarm rechts, eine offene Patellafraktur am linken Knie und eine Würgeverletzung mit Dysphonie erlitt. In der Folge stellte sich vor allem eine ausgeprägte psychische Problematik bis hin zu einer schweren depressiven Episode mit starker Somatisierungsneigung ein, sodass M. bis auf weiteres vollständig arbeitsunfähig blieb. Mit Verfügung vom 30. Januar 2008 sprach die IV-Stelle des Kantons Zug M. deswegen mit Wirkung ab 1. Oktober 2004 eine ganze Rente der Invalidenversicherung zu. Neben der Rente der Invalidenversicherung bezieht M. auch eine Komplementärrente der SUVA wie auch Leistungen aus einer privatrechtlichen VVG-Versicherung der Versicherung X. Letztere hatte M. im Februar 2008 zwar kurzzeitig durch ein Detektivbüro überwachen lassen und nach Vorliegen des Überwachungsberichts vom 2. April 2008 – welcher am 8. Mai 2008 auch der IV-Stelle des Kantons Zug zur Kenntnis gebracht wurde – ihre Leistungen vorübergehend eingestellt. Sie gelangte in der Folge aber zum Schluss, dass die Überwachungsergebnisse den Verdacht auf einen unrechtmässigen Leistungsbezug nicht rechtfertigen würden, und richtete daher auch ihrerseits die Versicherungsleistungen wieder vollumfänglich aus.

Im Dezember 2009 leitete die IV-Stelle ein Rentenrevisionsverfahren ein. Nach Eingang aktueller Arztberichte des Hausarztes wie auch des behandelnden Psychiaters, welche beide einen unveränderten Gesundheitszustand mit nach wie vor 100%iger Arbeitsunfähigkeit bescheinigten, vertrat der RAD-Arzt die Ansicht, dass die bei der Observation im Auftrag der Versicherung X gemachten Beobachtungen vom Februar 2008 nicht zum vom Psychiater geschilderten Krankheitsbild passen würden. Es müsse zumindest die Möglichkeit einer Simulation ernsthaft erwogen

werden. Gestützt auf diesen Bericht teilte die IV-Stelle des Kantons Zug M. am 25. Juni 2010 mit, dass eine ambulante psychiatrische Abklärung bei Dr. med. B. durchgeführt werden solle. Dagegen liess M. mit Schreiben seines Rechtsvertreters vom 8. Juli 2010 verlauten, dass er mit der vorgesehenen erneuten psychiatrischen Begutachtung nicht einverstanden sei und sich aller Voraussicht nach dieser Abklärungsmassnahme nicht stellen werde. Im Wesentlichen wurde darauf hingewiesen, dass bereits ein Gutachten vorliege, auf welches sowohl die IV-Stelle als auch die SUVA bei ihren Rentenentscheiden abgestellt hätten. Seit den Rentenverfügungen des Jahres 2008 sei keine wesentliche Änderung des medizinischen Sachverhalts eingetreten. Mit Schreiben vom 15. Juli 2010 forderte daraufhin die IV-Stelle unter dem Titel «Mahn- und Bedenkzeitverfahren» M. auf, sich der geplanten Begutachtung bei Dr. B. zu unterziehen, ansonsten mit einer Rückstufung oder gänzlichen Einstellung der IV-Leistungen gerechnet werden müsste. Ebenfalls am 15. Juli 2010 erliess die IV-Stelle eine Verfügung, mit welcher sie die laufende ganze Rente der Invalidenversicherung ab sofort sistierte und einer Beschwerde gegen diese Verfügung die aufschiebende Wirkung entzog.

Am 13. September 2010 liess M. beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Beschwerde einreichen und beantragen, die Verfügung vom 15. Juli 2010 sei aufzuheben, es seien ihm weiterhin die mit Verfügung vom 30. Januar 2008 zugesprochenen Rentenleistungen der Invalidenversicherung auszurichten und es sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme die aufschiebende Wirkung der gerichtlichen Beschwerde wiederherzustellen bzw. zu gewähren, unter Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegnerin. Mit Vernehmlassung vom 4. Oktober 2010 beantragte die IV-Stelle des Kantons Zug die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge zulasten des Beschwerdeführers.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Im Hinblick auf die Eintretensfrage bleibt allerdings zu klären, ob es sich bei der angefochtenen Verfügung vom 15. Juli 2010, mit welcher die Rente der Invalidenversicherung «ab sofort sistiert» wurde, überhaupt um einen anfechtbaren Entscheid handelt. Wie nämlich der Beschwerdeführer selbst zutreffend ausführt, handelt es sich bei dieser Verfügung offenkundig lediglich um eine vorsorgliche Massnahme, welche im Rahmen einer Zwischenverfügung angeordnet wurde. Die laufenden Rentenleistungen wurden mit der Verfügung vom 15. Juli 2010 einstweilen ausgesetzt, bis im Zuge des laufenden Rentenrevisionsverfahrens der von der Beschwerdegeg-

nerin geäusserte Verdacht auf einen möglicherweise unrechtmässigen Leistungsbezug anhand der weiteren Abklärungsergebnisse definitiv beurteilt werden kann.

2.1 Gemäss Art. 49 Abs. 1 ATSG hat der Versicherungsträger über Leistungen, Forderungen und Anordnungen, die erheblich sind oder mit denen die betroffene Person nicht einverstanden ist, schriftlich Verfügungen zu erlassen. Diese Bestimmung geht mit Selbstverständlichkeit davon aus, dass im Verfahren gegebenenfalls auch Zwischenverfügungen zu erlassen sind. Solche Zwischenverfügungen werden vom ATSG jedoch nur in einzelnen Punkten (wie namentlich über die beantragte unentgeltliche Vertretung gemäss Art. 37 Abs. 4 ATSG oder über ein Ausstandsbegehren gemäss Art. 36 ATSG) explizit geregelt. Ausserdem legt Art. 52 Abs. 1 ATSG fest, dass gegen prozess- und verfahrensleitende Verfügungen keine Einsprache erhoben werden kann. In diesen Fällen steht das Rechtsmittel der (direkten) Beschwerde an das kantonale Versicherungsgericht zur Verfügung (vgl. Art. 56 Abs. 1 ATSG). Im Bereich der Invalidenversicherung, in welchem das Einspracheverfahren per 1. Juli 2006 wieder abgeschafft und durch das frühere Vorbescheidverfahren ersetzt wurde, wirkt sich dies insofern aus, als die IV-Stelle der versicherten Person lediglich den vorgesehenen Endentscheid über ein Leistungsbegehren oder den Entzug oder die Herabsetzung einer bisher gewährten Leistung mittels Vorbescheid mitzuteilen hat. Bei Zwischenverfügungen ist hingegen kein Vorbescheid zu erlassen, sondern, wenn auch unter Gewährung des rechtlichen Gehörs (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 12. April 2010, 9C_45/2010, Erw. 2.1), direkt zu verfügen. Weil das ATSG im Übrigen in Bezug auf Zwischenverfügungen – von den soeben genannten Punkten abgesehen – keine besonderen Festlegungen vornimmt, ist insoweit schliesslich die Regelung des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG) massgebend (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2009, Art. 49 Rz. 24 mit Verweis auf Art. 55 Abs. 1 ATSG, wonach sich in den Art. 27-54 oder in den Einzelgesetzen nicht abschliessend geregelte Verfahrensbereiche nach dem VwVG richten). Danach ist gemäss Art. 45 Abs. 1 VwVG gegen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren die Beschwerde zulässig. Gegen andere selbständig eröffnete Zwischenverfügungen ist gemäss Art. 46 Abs. 1 VwVG die Beschwerde zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (lit. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b). Vorliegend kommt neben dem hier nicht interessierenden Fall von Art. 45 Abs. 1 VwVG nur die Variante von Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG in Frage. Eine Gutheissung der Beschwerde gegen die vorläufige Einstellung der Rentenzahlungen würde nämlich noch keineswegs sofort einen Endentscheid im Sinne von Art. 46

Abs. 1 lit. b VwVG herbeiführen. Die Verfügung vom 15. Juli 2010 ist demnach nur dann beim Verwaltungsgericht anfechtbar, wenn dem Beschwerdeführer daraus ein nicht wieder gutzumachender Nachteil erwächst.

2.2 Für die Begründung eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils genügt ein tatsächliches Interesse (BGE 130 II 153 Erw. 1.1 mit Hinweisen). Auch ein allfälliger finanzieller Nachteil stellt zweifellos einen wirtschaftlichen und damit grundsätzlich massgeblichen Nachteil dar. Entscheidend ist dabei, ob er wieder gutzumachen wäre oder nicht (BGE 125 II 621 Erw. 4a). Im Übrigen begründen vorsorgliche Massnahmen jedenfalls dann einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil, wenn dadurch ein bestimmtes Handeln verboten wird, welches faktisch nicht nachträglich rückgängig gemacht werden kann. Als Beispiele können etwa ein provisorischer Führerausweiszug oder allgemeine Verbote, bestimmte Handlungen vorzunehmen, genannt werden. Demgegenüber hat der bloss vorläufige Entzug finanzieller Leistungen in der Regel keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge. Das gilt auch für die vorsorgliche Einstellung einer Rentenzahlung. Denn wenn sich im Revisionsverfahren ergibt, dass die Rente nicht eingestellt wird, erfolgt für die ganze Dauer der vorsorglichen Einstellung eine Rentennachzahlung samt Zins (Urteil des Bundesgerichts vom 12. April 2010, 9C_45/2010, Erw. 1.2 mit diversen Hinweisen). Immerhin liegt im Verfahren um Rentenleistungen dann ein nicht wiedergutmachender Nachteil vor, wenn die plötzliche Einstellung der Rentenzahlungen den Versicherten aus dem finanziellen Gleichgewicht bringen und zu kostspieligen oder sonst wie unzumutbaren Massnahmen zwingen würde (BGE 119 V 488 Erw. 2b mit Hinweisen).

2.3 Der Beschwerdeführer sieht einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil der vorläufigen Renteneinstellung vor allem in seinem wirtschaftlichen Interesse an der Wiederausrichtung der Rentenleistungen, da er ansonsten in finanzielle Schwierigkeiten geraten würde und sich deswegen wohl an das Sozialamt wenden müsste. Dabei befürchtet er, dass er vorab alle Vermögenswerte wie beispielsweise das Familienfahrzeug verkaufen und den entsprechenden Erlös aufbrauchen müsste, bevor er überhaupt Leistungen erhalten könnte. Eine umfassende Einschätzung der finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers lässt sich aufgrund der vorhandenen Unterlagen vorliegend nicht anstellen. Evident ist lediglich, dass neben der Beschwerdegegnerin auch die Mobilien ihre Versicherungsleistungen einstweilen wieder ausgesetzt hat, während demgegenüber die SUVA die Komplementärrente vorerst weiterhin ausrichtet. Ausserdem dürfte die Familie des Beschwerdeführers auch noch auf ein Einkommen der Ehefrau zurückgreifen können. Im Übrigen entziehen sich die Vermögensverhältnisse des Beschwerdeführers der Kenntnis des Verwaltungsgerichts. Hinzuweisen ist aber immerhin da-

rauf, dass mit der seinerzeitigen rückwirkenden Zusprechung einer ganzen Rente der Invalidenversicherung gemäss Abrechnung vom 23. Juni 2008 nach Abzug diverser Verrechnungsbeträge ein Betrag von Fr. 117'279.45 zur Auszahlung gelangte. Inwieweit dieser Betrag noch vorhanden ist, ist nicht bekannt. Wie es sich damit verhält, kann indessen offen bleiben. Selbst wenn nämlich der Beschwerdeführer aufgrund der vorsorglichen Renteneinstellung tatsächlich zum (vorübergehenden) Bezug von Leistungen der Sozialhilfe gezwungen sein sollte, könnte aufgrund der einschlägigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung allein deswegen noch nicht von einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil gesprochen werden. Dass allenfalls Vermögenswerte veräussert werden müssen, ist in Bezug auf eine mögliche Irreversibilität einer finanziellen Einbusse solange nicht entscheidend, als der Erlös nicht wesentlich unter Wert ausfällt. Dass dies vorliegend der Fall sein soll, wird zumindest nicht substantiiert behauptet. Im Hinblick auf die Frage nach einer anderweitigen Unzumutbarkeit einer Veräusserung namentlich des vom Beschwerdeführer erwähnten Familienwagens weist die Beschwerdegegnerin sodann ihrerseits zu Recht darauf hin, dass der Beschwerdeführer auf ein Motorfahrzeug nicht zwingend angewiesen ist. Dem Wagen kommt unter den konkreten Umständen kein Kompetenzcharakter zu, sodass sich eine Veräusserung auch nicht unter diesem Gesichtspunkt als unzumutbar erweist. Andere Vermögenswerte als das Auto werden schliesslich in keiner Weise weiter spezifiziert. Die mit der Verfügung vom 15. Juli 2010 angeordnete vorläufige Einstellung der Rentenauszahlung mag demnach zwar einen finanziellen Nachteil für den Beschwerdeführer bewirken. Dieser Nachteil ist jedoch durch eine allfällige Nachzahlung der entsprechenden Rentenbeträge ohne weiteres reversibel und damit wieder gutzumachen, falls sich denn aufgrund der weiteren Abklärungen der Beschwerdegegnerin ergeben sollte, dass eine Rente auch weiterhin geschuldet ist.

2.4 Vermag die angefochtene Zwischenverfügung vom 15. Juli 2010, mit welcher die Rentenleistungen lediglich im Sinne einer vorsorglichen Massnahme vorläufig zurückbehalten werden, aufgrund dieser Ausführungen im konkreten Fall also keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zu bewirken, kann das Verwaltungsgericht auf die vorliegende Beschwerde nicht eintreten. Damit bleibt dem Verwaltungsgericht auch ein Entscheid über die in der Beschwerdeschrift beantragte Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung verwehrt.

3. Auf die Frage, inwiefern die Rentensistierung in materieller Hinsicht gerechtfertigt ist, kann unter diesen Umständen nicht weiter eingegangen werden. Anzumerken bleibt aber immerhin, dass die Beschwerdegegnerin für eine beförderliche Behandlung des Revisionsverfahrens bzw. eine rasche Klärung des Rentenanspruchs zu sorgen haben wird. Wie nämlich das Bundesgericht im von der Beschwer-

degenerin selbst zitierten Entscheid festgehalten hat, ist namentlich in Fällen wie dem vorliegenden, in welchen die vorsorgliche Renteneinstellung doch aufgrund kaum erhärteter Verdachtsmomente erfolgt ist und eine nähere Überprüfung der entsprechenden Anhaltspunkte zudem durchaus auch schon früher hätte eingeleitet werden können, das Revisionsverfahren voranzutreiben, da es nicht angeht, unter solchen Umständen eine Rente vorsorglich einzustellen, um dann längere Zeit untätig zu bleiben und dem Versicherten auf diese Weise ohne materiellen Sachentscheid die (allenfalls geschuldete) Rente vorzuenthalten. Die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme, die zwar nicht einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil, aber doch eine erhebliche faktische Beeinträchtigung mit sich bringt, rechtfertigt sich nur, wenn das Hauptverfahren speditiv weitergeführt und innert nützlicher Frist abgeschlossen wird (Urteil des Bundesgerichts vom 12. April 2010, 9C_45/2010, Erw. 2.1 und 2.2). Wie aus den Akten ersichtlich ist, kann vorliegend zumindest die vorgesehene psychiatrische Begutachtung – zu welcher sich der Beschwerdeführer inzwischen doch noch bereit erklärt hat – bereits am 18. November 2010 durchgeführt werden. Die Beschwerdegegnerin wird dafür besorgt sein müssen, nach Vorliegen des Gutachtens auch die allenfalls erforderlichen weiteren Verfahrensschritte rasch einzuleiten und so möglichst beförderlich zu einem Abschluss zu kommen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Oktober 2010

S 2010 / 140

Art. 10 Abs. 1 AHVG – Nichterwerbstätige bezahlen je nach ihren sozialen Verhältnissen einen Beitrag von Fr. 324.– bis Fr. 8'400.– pro Jahr. Erwerbstätige, die im Kalenderjahr, gegebenenfalls mit Einschluss des Arbeitgeberbeitrages, weniger als Fr. 324.– entrichten, gelten als Nichterwerbstätige. Der Bundesrat kann den Grenzbetrag anpassen und nach Art. 10 Abs. 3 AHVG, nähere Vorschriften zum Kreis der Personen, die als Nichterwerbstätige gelten, erlassen. Wer nach Erhalt der Beitragsverfügung als Nichterwerbstätiger nachträglich einen minimalen Jahreslohn von Fr. 5'000.– deklarieren lässt, um als Erwerbstätiger anerkannt zu werden, handelt missbräuchlich.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Mit Verfügung vom 8. Dezember 2009 wurden K.B und seine Gattin M.B. von der zuständigen Verbands-Ausgleichskasse X rückwirkend ab 1. Januar 2004 als Nichterwerbstätige erfasst und zur Zahlung der entsprechenden Beiträge aufgefordert. In Reaktion darauf liessen die Eheleute B der Kasse für die fraglichen

Jahre je ein Jahreseinkommen von Fr. 5'000.- melden. Sodann erhoben die Eheleute B. gegen die eingangs genannten Beitragsverfügungen Einsprachen, welche von Kasse insoweit gutgeheissen wurden, als festgehalten wurde, dass die für die deklarierten Jahreseinkommen bereits erhobenen Beiträge von Fr. 505.- pro Person und Jahr anzurechnen seien. Im Übrigen wurden die Einsprachen abgewiesen. Dabei wurde auf die anwendbaren Gesetzesbestimmungen sowie auf die für die Kasse verbindlichen Steuermeldungen verwiesen.

Aus den Erwägungen:

(...)

4.

4.1 Nach Art. 10 Abs. 1 AHVG bezahlen Nichterwerbstätige je nach ihren sozialen Verhältnissen einen jährlichen Mindestbetrag für AHV/IV/EO-Beiträge, der von 2003 bis 2009 von Fr. 425.- auf Fr. 460.- anstieg, resp. einen Maximalbetrag, der seit 1988 bei Fr. 10'100.- liegt (vgl. Anhang 2, Tabellen zur Beitragsberechnung). Erwerbstätige, die im Kalenderjahr, gegebenenfalls mit Einschluss des Arbeitgeberbeitrages, weniger als den genannten Mindestbeitrag entrichten, gelten als Nichterwerbstätige. Der Bundesrat kann den Grenzbetrag nach den sozialen Verhältnissen der Versicherten anpassen (Art. 10 Abs. 1 letzter Satz AHVG). Nichterwerbstätige Studenten und Versicherte, die aus öffentlichen Mitteln oder von Drittpersonen unterhalten oder unterstützt werden, bezahlen den Mindestbeitrag (Art. 10 Abs. 2 AHVG). Sodann erlässt der Bundesrat nähere Vorschriften über den Kreis der Personen, die als Nichterwerbstätige gelten, und über die Bemessung der Beiträge. Zudem kann er bestimmen, dass vom Erwerbseinkommen bezahlte Beiträge auf Verlangen des Versicherten an die Beiträge angerechnet werden, die dieser als Nichterwerbstätiger schuldet (Art. 10 Abs. 3 AHVG). Die Beiträge für Nichterwerbstätige, für die nicht der jährliche Mindestbeitrag (siehe Art. 10 Abs. 2 AHVG) vorgesehen ist, bemessen sich aufgrund ihres Vermögens und ihres Renteneinkommens. Versicherungseigene Leistungen gehören nicht zum Renteneinkommen. Verfügt ein Nichterwerbstätiger gleichzeitig über Vermögen und Renteneinkommen, so wird der mit 20 multiplizierte jährliche Rentenbetrag zum Vermögen hinzugerechnet und der Endbetrag ist auf die nächsten Fr. 50'000.- abzurunden. Für verheiratete Nichterwerbstätige berechnet sich ihr Beitrag aufgrund der Hälfte des ehelichen Vermögens und Renteneinkommens (vgl. Art. 28 Abs. 1 bis 4 AHVV). Personen, die nicht dauernd voll erwerbstätig sind, leisten die Beiträge wie Nichterwerbstätige, wenn ihre Beiträge vom Erwerbseinkommen zusammen mit denen ihres Arbeitgebers in einem Kalenderjahr nicht mindestens der Hälfte des Beitrages nach Art. 28 entsprechen (Art. 28^{bis}

Abs. 1 AHVV). Versicherte, die für ein Kalenderjahr als Nichterwerbstätige gelten, können verlangen, dass die Beiträge von ihrem Erwerbseinkommen, die für dieses Jahr bezahlt wurden, an die Beiträge angerechnet werden, die sie als Nichterwerbstätige zu entrichten haben (Art. 30 Abs. 1 AHVV).

4.2 Nach der Wegleitung über die Beiträge der Selbständigerwerbenden und Nichterwerbstätigen (WSN) in der AHV, IV und EO, Stand 1. Januar 2009, sind als Nichterwerbstätige beitragspflichtig: a) Personen die keine Erwerbstätigkeit ausüben sowie b) Personen, die zwar erwerbstätig sind, aber die Erwerbstätigkeit nicht «dauernd voll» ausüben (WSN Rz. 2001). Zu den Personen, die keine Erwerbstätigkeit – als Erwerbstätigkeit gilt eine Tätigkeit, die auf Erzielung von Einkommen gerichtet ist und zu einer Erhöhung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit führt (BGE 115 V 161 und WSN Rz. 2004) – ausüben, gehören auch jene, die Liebhabertätigkeiten sowie Tätigkeiten nur zum Schein ausüben (WSN Rz. 2006). Wer während Jahren eine Tätigkeit von geringer wirtschaftlicher Bedeutung ausübt und aus dieser kein Einkommen erzielt, gilt ebenfalls als nicht erwerbstätig (WSN Rz. 2007). Hingegen wird eine Erwerbstätigkeit angenommen, wenn jemand während längerer Zeit in grossem Umfang eigene oder fremde Arbeitskräfte einsetzt und erhebliche finanzielle Mittel investiert, um ein Produkt zur Marktreife zu entwickeln, selbst wenn die Geschäftsverluste die Gewinne übersteigen (WSN Rz. 2008). Wiederum als nichterwerbstätig gilt ein Direktor einer Aktiengesellschaft, welcher zwar in der Gesellschaft arbeitet, aufgrund der finanziellen Lage aber auf jegliche Entlohnung verzichtet (WSN Rz. 2009). Als nicht dauernd voll erwerbstätige Personen gelten solche, die zwar dauernd, aber nicht voll, oder aber voll, aber nicht dauernd erwerbstätig sind. Je nach Ergebnis der Vergleichsrechnung leisten sie Beiträge als Nichterwerbstätige (WSN Rz. 2033). Ob die Merkmale für selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit vorliegen, ist ohne Belang (WSN Rz. 2034). Als nicht dauernd erwerbstätig gelten Personen, die weniger als neun Monate im Kalenderjahr eine Tätigkeit ausüben (WSN Rz. 2036). Als nicht voll erwerbstätig gelten sodann Personen, die nicht während mindestens der halben üblichen Arbeitszeit tätig sind (WSN Rz. 2039). Versicherte, die nicht dauernd voll erwerbstätig sind, gelten in jedem Fall als Nichterwerbstätige, wenn die Beiträge vom Erwerbseinkommen im Kalenderjahr den Mindestbeitrag nicht erreichen resp. wenn die Beiträge vom Erwerbseinkommen tiefer sind, als die Hälfte der Beiträge, die sie als Nichterwerbstätige zu entrichten hätten (WSN Rz. 2041 f.). Gelten Versicherte aufgrund der entsprechenden Vergleichsrechnung als nichterwerbstätig, können sie sich die Beiträge vom Erwerbseinkommen anrechnen oder zurückerstatten lassen (WSN Rz. 2045). Die für die Festsetzung der Altersrente zuständige Ausgleichskasse prüft, ob die versicherte Person ihre Erwerbstätigkeit vor Entstehung des Anspruchs auf die Altersrente aufgeben habe. Sodann klärt

sie die Beitragspflicht ab und erfasst die betreffende Person allenfalls als Nichterwerbstätige (WSN Rz. 2059).

4.3 Die in der Regel vom Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) erlassenen verwaltungsinternen Weisungen resp. Wegleitungen binden die Verwaltung, nicht aber die kantonalen Sozialversicherungsgerichte. Das Bundesgericht unterstützt die Bindung der Verwaltung an die genannten Richtlinien mit dem Hinweis darauf, dass den Bestrebungen der Verwaltung, durch entsprechende interne Weisungen, Richtlinien, Tabellen, oder Skalen eine rechtsgleiche Behandlung der Versicherten zu gewährleisten, Rechnung getragen werden müsse. Ein Eingreifen des Sozialversicherungsrichters in das Ermessen der Verwaltung rechtfertigt sich nach der höchstrichterlichen Auffassung schliesslich nur dann, wenn ein Ermessensmissbrauch gegeben ist, d.h. wenn sich die Verwaltung von unsachlichen und zweckfremden Erwägungen hat leiten lassen oder allgemeine Rechtsprinzipien wie das Willkürverbot oder das Verbot rechtsungleicher Behandlung, aber auch das Gebot von Treu und Glauben oder den Grundsatz der Verhältnismässigkeit missachtet hat (vgl. BGE 123 V 150 Erw. 2 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch: Urteil des Bundesgerichts vom 14. September 2006 [C 127/06] Erw. 4.2).

4.4 Das Rechtsmissbrauchsverbot ist nach der Auffassung des Bundesgerichts Teil des Grundsatzes von Treu und Glauben (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rzn 715 ff, mit weiteren Hinweisen, sowie BGE 110 Ib 332 ff). Gemäss Art. 2 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB) findet der offenbare Missbrauch eines Rechtes mithin keinen Rechtsschutz. Artikel 2 ZGB ist eine Grundschutznorm, welche der Durchsetzung der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit dient. Ihre Geltung erstreckt sich auf die gesamte Rechtsordnung mit Einschluss des öffentlichen Rechts sowie des Prozess- und Zwangsvollstreckungsrechts und auch das Sozialversicherungsrecht ist davon nicht ausgeschlossen. Der Grundsatz von Treu und Glauben ist in jeder Instanz von Amtes wegen anzuwenden, was auch für die Frage gilt, ob ein Rechtsmissbrauch vorliegt. Soweit die als rechtsmissbräuchlich betrachtete Rechtsanwendung in einer gerichtlichen Rechtsdurchsetzung besteht, hat der Grundsatz einen engen inneren Zusammenhang mit der Rechtsanwendung durch den Richter. Dieser soll nicht gehalten sein, einem Ergebnis der formalen Rechtsordnung zum Durchbruch zu verhelfen, das in offensichtlichem Widerspruch zu elementaren ethischen Anforderungen steht (BGE 128 III 201 ff., 206 Erw. 1c mit zahlreichen Hinweisen). Rechtsmissbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will resp. wenn die Berufung auf eine Rechtsregel unter den besonderen Umständen des Einzel-

fallendes Treu und Glauben verletzt (vgl. auch: BGE 131 II 265 ff. mit weiteren Hinweisen). Allerdings soll nach dem Gesetz nur der offenbare Rechtsmissbrauch keinen Rechtsschutz finden. Dagegen ist böswillige Absicht nicht unbedingt erforderlich, der objektive Tatbestand des Missbrauchs genügt (Tuor/Schnyder/Schmid, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich 2009, S. 54 und 59).

(...)

6.

6.1 Mit der Beschwerdegegnerin ist vorerst festzustellen, dass in casu einzig der Beitragsstatus, nicht aber die für den Status Nichterwerbstätige ermittelte Beitragshöhe streitig ist. Ebenfalls nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Anrechnung der für die nachgemeldeten Einkommen erhobenen Beiträge an die Beiträge für Nichterwerbstätige. Streitig ist, ob die Beschwerdeführer, welche nach der Erfassung als Nichterwerbstätige für mehrere Jahre für beide Ehegatten je jährliche Einkommen von Fr. 5000.– nachgemeldet hatten, von der Ausgleichskasse trotzdem zu Recht als Nichterwerbstätige qualifiziert wurden oder nicht.

6.2 Zur Unterstützung ihres Standpunktes führen die Beschwerdeführer im Wesentlichen aus, sie leiteten die V. AG in der Gemeinde F. gemeinsam. Während der Beschwerdeführer wöchentlich 30 bis 40 Stunden tätig sei, arbeite die Beschwerdeführerin jedenfalls 30 Stunden wöchentlich. Sodann arbeiteten sie, abgesehen von den Ferien, das ganze Jahr, mithin dauernd. Dass sie sich nur eine Pauschale von Fr. 5'000.– ausrichteten, liege darin, dass sie nicht auf Erwerbseinkommen angewiesen seien und deshalb im Interesse des Unternehmens auf höhere Gehälter verzichten würden. Weder das Gesetz noch die Verordnung würden jedenfalls bestimmen, dass bei dauernder voller Erwerbstätigkeit auch ein bestimmtes Mindesteinkommen erzielt werden müsse. Zum Vergleich verwiesen die Beschwerdeführer schliesslich auf die Verhältnisse bei Start-up-Gesellschaften resp. auf Personen, die für geringes Entgelt für gemeinnützige Organisationen tätig seien.

6.3 Mit der Beschwerdegegnerin ist zunächst darauf hinzuweisen, dass Sinn und Zweck der obig zitierten Bestimmungen, insbesondere von Art. 28^{bis} AHVV, unter anderem darin bestehen, Personen, die freiwillig auf ein angemessenes Einkommen als Unselbständige verzichten in der Absicht, der Beitragspflicht zu entgehen, als Nichterwerbstätige zu erfassen. Mithin soll Art. 28^{bis} AHVV auch dazu dienen, dem Rechtsmissbrauch einen Riegel zu schieben. Weiter ist alsdann vorauszuschicken, dass Lehre und Praxis die Erwerbstätigkeit definieren als eine Tätigkeit, die auf Erzielung von Einkommen ausgerichtet ist und zu einer Erhöhung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit führt (vgl. Erw. 4.2 resp. BGE 115 V 161 und WSN

Rz. 2004). Folgerichtig gilt als nichterwerbstätig, wer eine Liebhabertätigkeit oder eine Tätigkeit zum Schein ausübt bzw. wer über Jahre eine Tätigkeit von geringer wirtschaftlicher Bedeutung ausübt und daraus kein Einkommen erzielt (WSN Rz. 2006 f.). Selbst Direktoren, die aufgrund der finanziellen Situation des Unternehmens auf Entlohnung verzichten, gelten als Nichterwerbstätige. Anders sieht es die Praxis, wenn jemand eine Unternehmung zuerst aufbauen, das oder die Produkte zur Marktreife entwickeln muss. Wer sich in einer solchen Situation einen unangemessen tiefen Lohn ausrichtet, gilt praxisgemäss gleichwohl als erwerbstätig.

Obschon nicht belegt, ist es durchaus möglich, dass die Beschwerdeführer im Sinne der formalen Kriterien für die Beurteilung der «dauernden und vollen Erwerbstätigkeit» bzw. aus einer rein zeitlichen Betrachtungsweise gesehen als dauernd voll erwerbstätig betrachtet werden könnten. Dass der Beschwerdeführer und seine Frau in einem Pensum von mehr als 50 % im Geschäft in F. anwesend resp. tätig waren, muss vorliegend nicht in Zweifel gezogen, allerdings – wie noch zu erläutern sein wird – auch nicht geprüft werden. Zum Kriterium der «Dauer der Erwerbstätigkeit» bringen die Beschwerdeführer zwar etwas nebulös vor, von für über 60-jährige üblichen Ferien abgesehen, seien sie ganzjährig tätig, und sie bleiben die Erklärung, was als «für über 60-jährige üblich» besagen soll, schuldig, doch kann auch dies dahingestellt bleiben. Immerhin ist anzunehmen, dass die von den Beschwerdeführern genannten Zeugen die von ihnen geschilderte Präsenz im Betrieb bestätigen würden. Entscheidend ist dies aber wie erwähnt nicht. Der in Erwägung 6.3 einleitend dargestellten Praxis lässt sich nämlich entnehmen, dass nicht auf die Erzielung eines Einkommens, sprich auf die Erhöhung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ausgerichtete Tätigkeiten im Regelfalle nicht als Erwerbstätigkeiten zu qualifizieren sind. Bei sehr geringem Einkommen oder gar Einkommensverzicht wird Erwerbstätigkeit nur angenommen, wenn wirtschaftliche Notwendigkeit – bei Start-up-Gesellschaften oder bei betrieblichen Ausnahmefällen – dafür verantwortlich ist. Das Beispiel der im Betrieb mitarbeitenden Direktoren zeigt sodann, dass bei Kaderleuten selbst der wirtschaftlich bedingte Lohnverzicht jedenfalls nicht immer zur Anerkennung als Erwerbstätigen führt. Die Argumentation der Beschwerdeführer, Gesetz und Verordnung würden die Qualifikation als Erwerbstätige nicht von einer Mindestlohnhöhe abhängig machen, erweist sich nach dem Gesagten als jedenfalls trügerisch, wird doch bei dieser Argumentationsweise ausser Acht gelassen, dass die Gründe für den Verzicht auf eine angemessene Entlohnung bei der genannten Qualifikation von entscheidender Bedeutung sind. In casu gilt als erstellt, dass die Beschwerdeführer, insbesondere Beschwerdeführer K. B., bis wenige Jahre vor der Pensionierung stets beachtliche, jedenfalls einem Vollpensum angemessene Gehälter erwirtschafteten. Ob er bzw. sie diese Gehälter als Selbständigerwerbende oder als Angestellte ihrer eigenen

Aktiengesellschaft erzielen, ist nicht von Belang. Eingestandenermassen verzichteten die Beschwerdeführer ab 2004 auf eine angemessene Entlohnung für die noch verbliebene Tätigkeit in der V. AG und sie liessen erst im Nachhinein geringe Lohnzahlungen nachmelden. Ihr Verhalten begründeten sie zunächst damit, dass sie finanziell gut gestellt und deshalb nicht auf Erwerbseinkommen angewiesen seien. Später ergänzten sie, sie wollten die Arbeitsplätze in ihrem KMU-Betrieb nicht gefährden. Zu beachten ist diesbezüglich allerdings, dass die seit 1975 bestehende V. AG keine Start-up-Gesellschaft ist und dass die Beschwerdeführer nicht geltend machten, sie müssten deren Produkte zur Marktreife bringen, was viel Kapitaleinsatz erfordere und eine angemessene Entlohnung ihrerseits verumögliche. Auch anderweitige finanzielle Engpässe, konjunkturelle oder gar strukturelle Probleme bzw. eine konkrete oder auch nur latente Gefährdung der Arbeitsplätze wurden nicht behauptet. Dass die V. AG den Beschwerdeführern angemessene bzw. angemessenere Gehälter nicht bezahlen könnte, ist mithin nicht belegt, wurde allerdings auch nicht explizit behauptet. Folglich gilt auch eine wirtschaftliche Notwendigkeit für den «Verzicht» auf den Gegenwert der behaupteten Arbeitsleistung als nicht erstellt. Vor diesem Hintergrund kann offenbleiben, ob die Beschwerdeführer ihre Tätigkeit, die sie offensichtlich nicht angemessen entschädigt haben wollten, als Liebhabertätigkeit betrieben oder ob sie diese nur zum Schein ausübten. Ihr freiwilliger Verzicht – ohne jegliche wirtschaftliche Notwendigkeit – auf eine angemessene Entlohnung der offenbar geleisteten Arbeit lässt ihre Erfassung als Nichterwerbstätige im Lichte der zitierten Gerichts- und Verwaltungspraxis folglich als grundsätzlich gerechtfertigt erscheinen. Dass die Beschwerdeführer schliesslich, nachdem sie der zuständigen Ausgleichskasse während ca. vier Jahren keine Erwerbseinkünfte mehr deklariert hatten und in der Folge als Nichterwerbstätige erfasst wurden, für mehrere Jahre Jahreslöhne von je Fr. 5'000.– nachgemeldet hatten, verdeutlicht ohnehin, dass letzteres einzig zum Zwecke der Vermeidung der Veranlagung als Nichterwerbstätige passierte. Damit wollten sie zweckwidrig von der Differenzierung bzw. unterschiedlichen Beitragsberechnung je nach dem AHV-rechtlichen Status profitieren. Darin ist ein klarer und offener Rechtsmissbrauch zu sehen und ein solches Verhalten verdient keinen Rechtsschutz. Soweit die Beschwerdegegnerin vor diesem Hintergrund und in Anwendung von Art. 28^{bis} AHVV von Nichterwerbstätigkeit ausging und entsprechend Beiträge für Nichterwerbstätige, die masslich wie erwähnt nie beanstandet wurden, verfügte, verletzte sie jedenfalls kein Bundesrecht.

6.4 Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Beschwerdeführer offensichtlich freiwillig und ohne wirtschaftliche Notwendigkeit auf Lohnzahlungen verzichteten und erst im Nachhinein bzw. nach Erfassung als Nichterwerbstätige ein ihrer (behaupteten) Arbeitsleistung in keiner Weise angemessenes Entgelt nachmelde-

ten. Dieses Vorgehen verdient wie gesagt keinen Rechtsschutz. Die Erfassung als Nichterwerbstätige erweist sich im Lichte von Gesetz und Praxis mithin als korrekt. Da die Beitragshöhe nicht beanstandet wurde, ist diese auch nicht zu überprüfen. Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet und sie ist vollumfänglich abzuweisen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 12. August 2010

S 2010 / 32

Wird der Anspruch auf Betreuungsgutschriften nicht inner fünf Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres angemeldet, in welchem eine Person betreut wurde, so wird die Gutschrift für das betreffende Jahr nicht mehr im individuellen Konto vermerkt (Art. 29^{septies} Abs. 5 AHVG). Darauf weist die Informationsstelle AHV/IV in ihren zusammen mit dem BSV herausgegebenen Merkblättern hin, welche bei den Zweigstellen oder auch via Internet verfügbar sind. Damit kommt der Versicherungsträger seiner in Art. 27 Abs. 1 ATSG stipulierten allgemeinen und permanenten Aufklärungspflicht in genügender Weise nach.

Sachverhalt:

Mit Schreiben vom 10. Juni 2008 an die Ausgleichskasse Zug machte die 1945 geborene A. erstmals Betreuungsgutschriften für die Betreuung ihres behinderten Sohnes geltend, da sie durch X. von ihrem Anspruch erfahren habe. Im März 2009 meldete sie sich bei der Ausgleichskasse Zug zum Bezug einer Altersrente an. Mit Verfügung vom 12. Oktober 2009 sprach ihr die Ausgleichskasse mit Wirkung ab 1. Dezember 2009 auf der Basis der Rentenskala 44 und eines durchschnittlichen Jahreseinkommens von Fr. 15'048.- eine Vollrente in der Höhe von Fr. 1'170.- zu. Dabei wurden Betreuungsgutschriften für die Jahre 2003 bis 2008 angerechnet. Dagegen erhob die Versicherte am 27. Oktober 2009 Einsprache und brachte im Wesentlichen vor, die Verfügung sei aufzuheben und es sei ihr eine Altersrente unter zusätzlicher Berücksichtigung von Betreuungsgutschriften für 11 Jahre zu gewähren. Mit Entscheid vom 23. März 2010 wies die Ausgleichskasse die Einsprache ab. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, die Einsprecherin habe erstmals im Juni 2008 eine Anmeldung für die Anrechnung von Betreuungsgutschriften bei der Ausgleichskasse Zug eingereicht. Zeitlich weiter zurückliegende Anmeldungen seien nicht aktenkundig und würden von der Einsprecherin nicht geltend gemacht. In Anwendung der Vorgabe von Art. 29^{septies} Abs. 5 AHVG erwiesen sich die Einträge im Individuellen Konto als korrekt bzw. wäre die Eintragung von Betreuungsgutschriften für weiter zurückliegen-

de Jahre unzulässig gewesen. Dagegen reichte A. am 21. April 2010 beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Beschwerde ein.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Gemäss dem mit der 10. AHV-Revision am 1. Januar 1997 in Kraft getretenen Art. 29^{septies} Abs. 1 AHVG haben Versicherte, welche im gemeinsamen Haushalt Verwandte in auf- oder absteigender Linie oder Geschwister mit einem Anspruch auf eine Hilflosenentschädigung der AHV oder IV für mindestens mittlere Hilflosigkeit betreuen, Anspruch auf Anrechnung einer Betreuungsgutschrift (Satz 1). Sie müssen diesen Anspruch jährlich schriftlich anmelden (Satz 2).

Wird der Anspruch auf Betreuungsgutschrift nicht innert fünf Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres angemeldet, in welchem eine Person betreut wurde, so wird die Gutschrift für das betreffende Jahr nicht mehr im individuellen Konto vermerkt (Art. 29^{septies} Abs. 5 AHVG).

Der Anspruch auf Anrechnung der Betreuungsgutschriften ist bei der kantonalen Ausgleichskasse am Wohnsitz der betreuten Person anzumelden. Die Anmeldung ist sowohl von der betreuenden als auch von der betreuten Person oder deren gesetzlichen Vertreter zu unterzeichnen (Art. 521 der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947, AHVV).

4. Die Beschwerdeführerin hat ihren Anspruch auf Anrechnung von Betreuungsgutschriften aktenkundig erstmals am 10. Juni 2008 bei der Ausgleichskasse geltend gemacht. Frühere Anmeldungen liegen offensichtlich nicht vor. Die Ausgleichskasse rechnete folglich für die Jahre 2003 bis 2008 Betreuungsgutschriften an. Streitig und zu prüfen ist, ob ein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Anrechnung von Betreuungsgutschriften für die Zeit vor 2003 besteht.

(...)

4.2 Im Weiteren bringt die Beschwerdeführerin vor, ihr Anspruch sei legitim und in jeder Hinsicht begründet worden. Diesbezüglich ist ihr insofern beizupflichten, dass ihr Anspruch auf Anrechnung von Betreuungsgutschriften in materieller Hinsicht unbestritten ist. Vielmehr fehlt es jedoch vorliegend am gesetzlich vorgeschriebenen Erfordernis der Anmeldung ihres Anspruchs auf Anrechnung von Betreuungsgutschriften für die Zeit vor 2003. In dieser Hinsicht lässt der klare

Gesetzeswortlaut keinen Spielraum zu. Der Anspruch auf Anrechnung der Betreuungsgutschriften ist nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut jährlich schriftlich bei der Ausgleichskasse am Wohnsitz der betreuten Person anzumelden (Art. 29^{septies} Abs. 1 Satz 2 AHVG i. V. m. Art. 52I Abs. 1 AHVV). Wird der Anspruch auf Betreuungsgutschrift nicht innert fünf Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres angemeldet, in welchem eine Person betreut wurde, so wird die Gutschrift für das betreffende Jahr nicht mehr im individuellen Konto vermerkt. Diese klare Festlegung im Gesetz erlaubt es weder Ausgleichskasse noch Gericht sich über die gesetzlichen Vorschriften zur Rentenberechnung hinwegzusetzen. Daran vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, dass im Gegensatz dazu bei den Erziehungsgutschriften keine Anmeldungspflicht besteht. Wie die Beschwerdegegnerin richtig ausführte, unterscheiden sich nämlich die Betreuungsgutschriften von den Erziehungsgutschriften. So ist die jährliche Anmeldung für die Anrechnung von Betreuungsgutschriften deshalb so wichtig, weil es nicht möglich ist, erst bei Erreichen des ordentlichen Rentenalters zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Betreuungsgutschrift erfüllt waren. Darauf weist die Informationsstelle AHV/IV in ihren zusammen mit dem BSV herausgegebenen Merkblättern hin, welche bei den Zweigstellen oder auch via Internet verfügbar sind. Damit kommt der Versicherungsträger seiner in Art. 27. Abs. 1 ATSG stipulierten allgemeinen und permanenten Aufklärungspflicht in genügender Weise nach. Denn diese wird rechtsprechungsgemäss hauptsächlich durch die Abgabe von Informationsbroschüren, Merkblättern und Wegleitungen erfüllt (BGE 131 V 476 E. 4.1). Schliesslich vermag die Beschwerdeführerin auch aus dem zugegebenermassen etwas verwirrenden Briefkopf der Beschwerdegegnerin nichts zu ihren Gunsten herzuleiten, handelt es sich doch bei der Alters- und Hinterlassenenversicherung und bei der Invalidenversicherung bekanntlich um zwei unterschiedliche Sozialversicherungsträger. Auch wenn diese im Kanton Zug unter einem Dach untergebracht sind, darf die versicherte Person nicht einfach davon ausgehen, die beiden Sozialversicherungsträger würden einen automatischen Daten- bzw. Informationsaustausch betreiben.

4.3 Nach dem Gesagten kann festgehalten werden, dass der Anspruch auf Anrechnung von Betreuungsgutschriften für die Zeit vor 2003 in vorliegendem Fall verwirkt ist, hat die Beschwerdeführerin doch erstmals im Juni 2008 einen entsprechenden Anspruch angemeldet. Folglich konnte die Beschwerdegegnerin nur für die Jahre 2003 bis 2008 Gutschriften anrechnen. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen.

(...)

Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV; Invalidenversicherung. – Schutz vor Willkür und Vertrauensschutz. Nachdem die IV-Stelle dem Versicherten A im Dezember 2005 Kostengutsprache für ein Hilfsmittel zur Aufrechterhaltung seiner angestammten selbständigen Erwerbstätigkeit erteilt hatte, widerspricht ihr Verhalten dem Grundsatz von Treu und Glauben, wenn sie rund drei Jahre später die Aufgabe der angestammten Tätigkeit und die Ausübung einer Verweistätigkeit rückwirkend seit Dezember 2002 als zumutbar bezeichnet.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Der als selbständigerwerbender Autosattler tätige A erlitt am 8. November 2001 einen Verkehrsunfall, bei dem er sich unter anderem ein Distorsionstrauma der HWS zuzog. Am 24. Januar 2003 meldete er sich bei der IV-Stelle zum Bezug von Leistungen der Invalidenversicherung an, wobei er Berufsberatung, Wiedereinschulung in die bisherige Tätigkeit und eine Rente beanspruchte. In der Folge gewährte die IV-Stelle A mit Verfügung vom 12. Januar 2004 Berufsberatung und Abklärung der beruflichen Eingliederungsmöglichkeiten. Der Berufsberater B wies am 14. Dezember 2005 darauf hin, dass der Kontakt mit Leim sowie die bei der Verleimung eingesetzten Lösungsmittel eine wichtige Ursache der bei A auftretenden Kopfschmerzen darstellten. Um dessen Arbeitsfähigkeit in der angestammten Tätigkeit zu erhöhen, schlug der Berufsberater die Abgabe eines Hilfsmittels (Fastbond Verarbeitungsgerät bzw. Lösungsmittelfreie Verleimungsanlage) vor. Die IV-Stelle war mit dem Vorschlag des Berufsberaters einverstanden und erliess gleichentags, d.h. am 14. Dezember 2005, eine Kostengutspracheverfügung. Schliesslich hielt die IV-Stelle in ihrer Verfügung vom 12. November 2008 fest, dass A ab dem 1. November 2002 Anspruch auf eine ganze Invalidenrente habe. Da er jedoch bereits ab dem 18. Dezember 2002 in einer zumutbaren, dem Leiden angepassten Tätigkeit – der Wechsel in eine solche wäre ihm zumutbar gewesen – wieder zu 70 % arbeitsfähig gewesen sei, habe sein Rentenanspruch am 28. Februar 2003 geendet. Mit Beschwerde vom 15. Dezember 2008 beantragte A beim Verwaltungsgericht die Aufhebung der Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 12. November 2008 und die Zusprechung einer ganzen Invalidenrente vom 1. November 2002 bis 30. Juni 2003, einer Dreiviertelsrente vom 1. Juli 2003 bis 31. Oktober 2004, einer halben Rente vom 1. November 2004 bis 31. Dezember 2006 und einer Viertelsrente vom 1. Januar 2007 bis 31. März 2007

Aus den Erwägungen:

(...)

4. Unbestrittenerweise hat der Beschwerdeführer vom 1. November 2002 bis 28. Februar 2003 Anspruch auf eine ganze Invalidenrente und ab 1. April 2007 keinen Rentenanspruch mehr. Streitig und zu prüfen ist demgegenüber, ob er auch im dazwischen liegenden Zeitraum Anspruch auf eine Invalidenrente (in unterschiedlicher Höhe) hat, wie er es in der Beschwerde geltend macht. Vorab ist abzuklären, ob bei der Bestimmung des Invalideneinkommens gemäss Art. 16 ATSG auf die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers in seiner angestammten Tätigkeit als selbständigerwerbender Autosattler oder aber auf diejenige in einer zumutbaren leidensangepassten Verweistätigkeit abzustellen ist.

4.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, dass die Beschwerdegegnerin durch die – mit Verfügung vom 14. Dezember 2005 erfolgte – Kostengutsprache für ein Hilfsmittel die Aufrechterhaltung seiner angestammten Tätigkeit als selbständigerwerbender Autosattler gebilligt und aktiv unterstützt habe. Soweit sie in der angefochtenen Verfügung vom 12. November 2008 – und somit fast drei Jahre nach der Zusprechung des Hilfsmittels – die Aufgabe seiner angestammten Tätigkeit und die Aufnahme einer leidensangepassten Verweistätigkeit als zumutbar bezeichnet habe, müsse ihr Verhalten als «venire contra factum proprium» qualifiziert werden. Er habe sich auf ihr Verhalten im Dezember 2005 verlassen müssen und dürfen. Die Beschwerdegegnerin ist demgegenüber der Ansicht, dass der Beschwerdeführer auch ohne Zusprechung des Hilfsmittels seine angestammte Tätigkeit weitergeführt hätte. Da die Zusprechung des Hilfsmittels für deren Weiterführung nicht kausal sei, könne er sich auch nicht auf den Vertrauensgrundsatz berufen. Es sei offensichtlich, dass zum Zeitpunkt der Zusprechung des Hilfsmittels die medizinischen Abklärungen und Heilbehandlungen noch nicht abgeschlossen gewesen seien, weshalb sich aus der Zusprechung des Hilfsmittels nichts für die spätere Berechnung des Rentenanspruchs ableiten lasse.

4.2 Der Grundsatz von Treu und Glauben schützt die Bürger in ihrem berechtigten Vertrauen auf behördliches Verhalten und bedeutet unter anderem, dass falsche Auskünfte von Verwaltungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung der Rechtssuchenden gebieten. Gemäss der aus Art. 4 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (aBV) abgeleiteten Rechtsprechung ist eine falsche Auskunft bindend, wenn 1) die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat; 2) sie für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn die rechtssuchende Person die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte; 3) die Person die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte; 4) sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden

können; 5) die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat (BGE 131 V 480 Erw. 5, BGE 121 V 66 Erw. 2a). Die Grundrechtsgarantie, von den staatlichen Organen nach Treu und Glauben behandelt zu werden, wird nunmehr durch Art. 9 der per 1. Januar 2000 in Kraft getretenen neuen Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) gewährleistet. Zudem wird in dem zum Einleitungstitel zählenden Art. 5 Abs. 3 BV ein für die gesamte Rechtsordnung im Sinne einer grundlegenden Handlungsmaxime geltendes Prinzip von Treu und Glauben verankert. Indes gilt die zu Art. 4 Abs. 1 aBV ergangene Rechtsprechung zum verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz auch unter der Geltung des neuen Rechts (Urteil des Bundesgerichts vom 9. Mai 2000, K 23/98, Erw. 2 mit Hinweisen).

(...)

4.4 An dieser Stelle ist abzuklären, ob die Kostengutsprache der Beschwerdegegnerin für ein Hilfsmittel als ein behördliches Verhalten zu qualifizieren ist, das beim Beschwerdeführer ein schutzwürdiges Vertrauen hervorgerufen hat.

Die Kostengutspracheverfügung vom 14. Dezember 2005 stellt zweifellos ein behördliches Handeln der Beschwerdegegnerin in einer konkreten Situation mit Bezug auf eine bestimmte Person – d.h. auf den Beschwerdeführer – dar, womit das erste in Erwägung 4.2 vorstehend erwähnte Kriterium erfüllt ist. Zum Erlass der Kostengutspracheverfügung war die Beschwerdegegnerin zuständig. Dass die Kostengutsprache nicht korrekt sein soll bzw. dass dem Beschwerdeführer durch sein Vertrauen darauf Nachteile entstehen sollten, war für ihn zu diesem Zeitpunkt nicht zu erkennen. In seinem Vertrauen auf die Kostengutsprache verzichtete er auf die Aufnahme einer leidensangepassten Verweistätigkeit, was ihm die Beschwerdegegnerin in der angefochtenen Verfügung vom 12. November 2008 implizit vorwarf. Diese Unterlassung muss als Disposition des Beschwerdeführers betrachtet werden, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden kann. Schliesslich erfuhr die gesetzliche Ordnung seit der Kostengutsprache keine vorliegend zu berücksichtigende Änderung, womit alle fünf der in Erwägung 4.2 vorstehend erwähnten Kriterien erfüllt sind.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der Beschwerdeführer angesichts der im Dezember 2005 erfolgten Kostengutsprache für ein Hilfsmittel davon ausgehen durfte und musste, dass die Beschwerdegegnerin die Aufrechterhaltung seiner angestammten Tätigkeit als selbständigerwerbender Autosattler auch im Rahmen seiner Eingliederung billige und ihn aktiv dabei unterstütze. Mit anderen Worten durfte er darauf vertrauen, dass die Beschwerdegegnerin dieses Vorgehen

als sinnvoll erachte und dass er sich auch im Rahmen der ihn treffenden Eingliederungs- und Schadenminderungspflicht nicht nach einer anderen Tätigkeit umzusehen habe. Soweit die Beschwerdegegnerin im November 2008 und somit fast drei Jahre nach der Zusprechung des Hilfsmittels die Aufgabe der angestammten Tätigkeit und die Ausübung einer Verweistätigkeit seit Dezember 2002 als zumutbar bezeichnete, widerspricht ihr Verhalten dem Grundsatz von Treu und Glauben. An dieser Beurteilung vermag die Behauptung der Beschwerdegegnerin – der Beschwerdeführer hätte auch ohne Zusprechung des Hilfsmittels seine angestammte Tätigkeit weitergeführt, weshalb die Kostengutsprache für die Weiterführung nicht kausal sei – nichts zu ändern. Auch wenn zu diesem Zeitpunkt die medizinischen Abklärungen und Heilbehandlungen noch nicht abgeschlossen gewesen sind, muss das Verhalten der Beschwerdegegnerin – Unterstützung des Beschwerdeführers bei der Weiterführung seiner angestammten Tätigkeit und späterer diesbezüglicher Vorwurf – als widersprüchlich bezeichnet werden. Des Weiteren kam die Beschwerdegegnerin zu keiner Zeit auf ihre Kostengutspracheverfügung zurück bzw. forderte das lediglich leihweise abgegebene Fastbond Verarbeitungsggerät nie zurück. Der Beschwerdeführer vermag aktuell ein rentenausschliessendes Einkommen zu erzielen, weshalb sich der eingeschlagene Weg als richtig erwiesen hat. Zur Bestimmung des Invalideneinkommens gemäss Art. 16 ATSG ist daher auf die Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers in seiner angestammten Tätigkeit als selbständigerwerbender Autosattler abzustellen. Aus diesem Grund erübrigt sich die Abnahme der von ihm in diesem Zusammenhang gestellten Beweisangebote und es kann im vorliegenden Verfahren offen bleiben, ob ihm der Wechsel in eine Verweistätigkeit zumutbar gewesen wäre.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. April 2010

S 2008 / 230

Artikel 13 IVG gewährt Versicherten bis zum vollendeten 20. Lebensjahr Anspruch auf die Behandlung ihrer Geburtsgebrechen (Art. 3 Abs. 2 ATSG). Soweit das Kreisschreiben über die medizinischen Eingliederungsmassnahmen der Invalidenversicherung (KSME) in Randziffer 404.11 die Behandlung von Psychoorganischen Syndromen (POS) auf zwei Jahre, verlängerbar um höchstens ein weiteres Jahr, mithin auf maximal drei Jahre beschränkt, erscheint dies als nicht gesetzeskonform.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

M. E., Jahrgang 2000, wurde 2007 gestützt auf die Diagnose eines frühkindlichen psychoorganischen Syndroms (POS) bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug angemeldet. Verlangt wurde die Kostenübernahme für die Ergotherapie. Mit Mitteilungen vom 18. Juni 2007 und vom 23. Juli 2008 wurde für die Zeit vom 5. Dezember 2006 bis zum 31. Dezember 2009 Kostengutsprache erteilt. In Reaktion auf ein neuerliches Verlängerungsgesuch wurde mit Mitteilung vom 28. Dezember 2009 bzw. mit Vorbescheid vom 1. Februar 2010 resp. mit Verfügung vom 18. Juni 2010 lediglich noch eine Verlängerung bis zum 31. Januar 2010 gewährt. Zur Begründung wurde auf die im Kreisschreiben KSME festgehaltene Befristung solcher Therapien verwiesen.

Aus den Erwägungen:

(...)

3.1 Gemäss Art. 13 IVG haben Versicherte bis zum vollendeten 20. Altersjahr Anspruch auf die zur Behandlung von Geburtsgebrechen (Art. 3 Abs. 2 ATSG) notwendigen medizinischen Massnahmen. Der Bundesrat bezeichnet die Gebrechen, für welche diese Massnahmen gewährt werden und er kann Leistungen ausschliessen, wenn das Gebrechen von geringfügiger Bedeutung ist (Art. 13 Abs. 2 IVG). Von dieser Kompetenz hat der Bundesrat durch den Erlass der Verordnung über Geburtsgebrechen vom 9. Dezember 1985 (GgV) Gebrauch gemacht. Artikel 1 Abs. 1 GgV bestimmt, dass als Geburtsgebrechen im Sinne von Art. 13 IVG Gebrechen gelten, die bei vollendeter Geburt bestehen. Dieselbe Definition wurde auch im Art. 3 Abs. 2 des per 1. Januar 2003 in Kraft getretenen ATSG übernommen. Die blosser Veranlagung zu einem Leiden gilt nicht als Geburtsgebrechen. Die Geburtsgebrechen sind in der Liste im Anhang aufgeführt (Art. 1 Abs. 2 GgV). Das Listensystem bedeutet, dass dem Bundesrat die Kompetenz erteilt ist, aus der Gesamtheit der Geburtsgebrechen im medizinischen Sinne jene Leiden auszuwählen, für welche die Massnahmen nach Art. 13 IVG zu gewähren sind. Der Kreis der Geburtsgebrechen im Rechtssinne ist mithin von Gesetzes wegen zulässigerweise enger als die Gesamtheit der Geburtsgebrechen im medizinischen Sinne. Nimmt der Bundesrat aber umgekehrt und über die Definition in Art. 1 Abs. 1 GgV hinaus ein Gebrechen in die Liste auf, das als solches bei der Geburt noch gar nicht bestand, ist auch dies nicht zu beanstanden. Jedenfalls kann das Departement die Liste nach Art. 1 Abs. 2 GgV jährlich anpassen (vgl. Ulrich Meyer, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG, 2. Auflage, Zürich 2010, S. 150 ff.). – Der Anspruch auf die notwendigen medizinischen Massnahmen beginnt mit deren

Einleitung, frühestens jedoch nach vollendeter Geburt (Art. 2 Abs. 1 GgV). Wird die Behandlung eines Geburtsgebrechens nur übernommen, weil eine im Anhang festgelegte Therapie notwendig ist, so beginnt der Anspruch mit der Einleitung dieser Massnahme. Er umfasst alle medizinischen Massnahmen, die in der Folge zur Behandlung des Geburtsgebrechens notwendig sind (Art. 2 Abs. 2 GgV)

3.2 Nach dem Kreisschreiben über die medizinischen Eingliederungsmassnahmen der Invalidenversicherung (KSME), gültig ab 1. Januar 2009, Rz. 404.2 kann ein psychoorganisches Syndrom (POS) sowohl angeboren wie erworben sein. Wird die Störung vor dem vollendeten neunten Lebensjahr als solche diagnostiziert und behandelt und ist keine schwere Hirnerkrankung oder kein schweres Schädelhirntrauma vorausgegangen, darf vermutet werden, sie sei angeboren. Ist eine frühkindliche Verwahrlosung ausgewiesen, muss fachärztlich festgestellt werden, ob diese als Ursache der Symptomatik zu bezeichnen ist. Wenn dem so ist, ist kein Geburtsgebrechen anzunehmen. Die sogenannte 9-Jahresgrenze gilt nur für die medizinischen Massnahmen nach Art. 3 ATSG bzw. Art. 13 IVG, nicht aber für andere mögliche Vorkehren, zum Beispiel berufliche Massnahmen (KSME Rz. 404.4). In KSME Rz. 404.5 werden die für die Diagnosestellung eines frühkindlichen POS erforderlichen Symptome (Störung des Verhaltens, des Antriebs, des Erfassens, der Konzentrations- wie der Merkfähigkeit) umschrieben und in KSME Rz. 404.10 wird präzisiert, dass ein neurologisch-hirnorganisches Geburtsgebrechen die gleichzeitige Anerkennung eines infantilen POS ausschliesse. Nach KSME Rz. 404.11 ist die Dauer der Behandlung (Ergotherapie) auf höchstens zwei Jahre beschränkt, wobei eine einmalige Verlängerung aufgrund eines spezialärztlichen Zeugnisses möglich ist. Nach KSME Rz. 1015.1 ist die Ergotherapie im Rahmen von medizinischen Massnahmen gemäss Art. 13 IVG jeweils für zwei Jahre zu verfügen. Anträge zur Verlängerung sind aufgrund der vom Arzt im Verlauf erhobenen detaillierten Befunde, deren Auswirkungen im Alltag und eines ausführlichen Therapieberichts zu prüfen. Dabei ist auf eine nachvollziehbare Therapieplanung zu achten. Für das Geburtsgebrechen der Ziff. 404 GgV ist eine Verlängerung nur einmalig für ein Jahr und aufgrund eines fachärztlich begründeten Gesuchs möglich (KSME Rz. 1015.2.1). Sodann muss die Ergotherapie ärztlich verordnet sein. Die Indikation zur Therapie muss durch neurologisch oder neuropsychologisch fassbare Störungen begründet sein, welche mit entsprechenden Befunden dokumentiert sind und welche sich auf den Erwerb von Fähigkeiten und Fertigkeiten auswirken. Aus dem Antrag zur Ergotherapie müssen sodann die Ziele der Behandlung hervorgehen (KSME Rz. 1017). Zur Dauer von medizinischen Massnahmen generell wird in Kreisschreiben unter anderem ausgeführt, eine ärztliche Behandlung sei solange zu gewähren, als sie indiziert und der noch zu erreichende Erfolg in einem vertretbaren Verhältnis zu den Behandlungskosten stehe. Die Ein-

haltung der Erfordernis sei in vernünftigen Abständen zu überprüfen. Wo es vom Gebrechen oder von der Massnahme her gerechtfertigt erscheine, könne die Leistungsdauer befristet werden. Der Anspruch erlösche nach Gesetz ausnahmslos am Ende des Monats, in welchem die versicherte Person das 20. Altersjahr zurückgelegt habe, selbst wenn die Behandlung über dieses Datum hinaus fortduere (KSME Rzn. 14 und 15).

3.3 Mit Entscheid vom 25. Oktober 2006 hielt das Verwaltungsgericht des Kantons Appenzell Ausserrhoden im Falle eines Kindes, bei welchem vor dem vollendeten neunten Altersjahr ein frühkindliches POS diagnostiziert und behandelt worden war und bei welchem die fachärztliche Indikation für eine Ergotherapie gestellt wurde, fest, deren Limitierung auf drei Jahre gestützt auf KSME Rz. 404.11 sei nicht gesetzeskonform. In Art. 1 bis 3 GgV werde ausgeführt, dass der Anspruch auf Behandlung eines Geburtsgebrechens am Ende des Monats, in dem der Versicherte das 20. Altersjahr zurückgelegt habe, ende. Ziffer 404 GgV sehe keine zeitliche Beschränkung der Behandlungsdauer vor, während für andere Geburtsgebrehen im Anhang zur Verordnung zeitliche Beschränkungen erwähnt würden. Wo die GgV zeitliche Limitierungen vorsehe, stütze sich dies auf den Geringfügigkeitsaspekt nach Art. 13 Abs. 2 IVG. Für die Limitierung in KSME Rz. 404.11 fehle folglich die gesetzliche Grundlage (Urteil des Verwaltungsgerichts AR vom 25. Oktober 2006 [I 06 18] Erw. 4). Dem Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 8. Januar 2007 ist zu entnehmen, dass das BSV mit Rundschreiben 203 vom 8. Juli 2004 mitgeteilt habe, dass Ergotherapien ab sofort in jedem Falle ärztlich verordnet werden müssten und dass maximal 40 Sitzungen für ein Jahr bzw. 80 Sitzungen für zwei Jahre übernommen würden. Für eine weitere Verlängerung bedürfe es eines aussagekräftigen neuropädiatrischen Berichts und eine solche dürfe nur für weitere 40 Sitzungen bzw. für ein Jahr erfolgen. Weiter wurde im Entscheid ausgeführt, Verwaltungsweisungen seien keine Rechtsregeln und richteten sich auch nur an die Durchführungsstellen. Für die Sozialversicherungsgerichte seien sie nicht verbindlich. Indes weiche ein Gericht nicht davon ab, wenn die Weisungen eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellten. Zu KSME Rz. 404.11 in der damals gültigen Form wurde bemerkt, der zeitlichen Limitierung könne nicht in jedem einzelnen Fall abschliessende Bedeutung zukommen, da eine absolut verstandene zeitliche Limitierung den normativen Anspruchsvoraussetzungen widersprechen würde, wonach sich die Behandlungsdauer nach den Grundsätzen der Notwendigkeit, Zweckmässigkeit und Einfachheit richte. Somit bleibe die richterliche Prüfung vorbehalten, ob im konkreten Einzelfall und entgegen KSME Rz. 404.11 ausnahmsweise auch eine wiederholte Verlängerung das therapeutische Ziel noch auf einfache und zweckmässige Weise anstrebe (vgl. Urteil des Sozialversicherungsgerichts

Zürich vom 8. Januar 2007 [IV 2006.00281] Erw. 1 bis 3; im Internet abrufbar). Am 16. Januar 2008 befasste sich auch das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen mit der fraglichen Problematik. Dem Entscheid ist unter anderem zu entnehmen, dass Verwaltungsweisungen wie das fragliche Kreisschreiben keine genügenden Grundlagen abgaben, um zusätzliche einschränkende materiellrechtliche Anspruchserfordernisse aufzustellen, die im Gesetz nicht enthalten seien. Den zeitlichen Beschränkungen in der Verwaltungsweisung KSME liege offenbar die Auffassung zu Grunde, beim Geburtsgebrechen nach der Ziff. 404 sei Ergotherapie nach spätestens drei Jahren nicht mehr effektiv. Selbst wenn dem im Allgemeinen so sein sollte, müsste nach Ansicht des Gerichts im Einzelfalle eine andere Sachlage möglich sein. Gerechtfertigt erscheine indes, das Fortbestehen der Notwendigkeit und Zweckmässigkeit in regelmässigen Abständen zu prüfen und einen fachärztlich begründeten Therapieplan zu verlangen (Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 16. Januar 2008 [IV 2007/293] Erw. 2.1 bis 2.5, im Internet abrufbar).

3.4 Verwaltungsweisungen richten sich an die Durchführungsstellen und sind für das kantonale Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung aber berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (BGE 132 V. 121 Erw. 4.4 mit vielen weiteren Hinweisen).

4. In casu gilt als erstellt, dass beim bald zehnjährigen M. E. bereits im Dezember 2006, mithin mit vollendetem sechstem Altersjahr, die Diagnose einer frühkindlichen POS gestellt wurde. Mit Bericht vom 16. April 2007 schilderte Dr. B. die in Berücksichtigung von KSME Rz. 404.5 erhobenen Befunde sowie das Ergebnis der durchgeführten Tests und verwies darauf, dass der Intelligenzquotient im unteren Bereich der Norm, mithin aber noch in der Norm liege. Als erforderliche Therapie nannte er die bereits im Dezember 2006 begonnene Ergotherapie. Dabei stützte er sich auch auf einen Bericht der Kindergärtnerin. Angesichts dessen sah die IV-Stelle die formellen – korrekte fachärztliche Diagnosestellung und Beginn der fachärztlich begründeten Behandlung vor Abschluss des neunten Altersjahrs – wie die allgemeinen normativen Anspruchsvoraussetzungen – Notwendigkeit, Zweckmässigkeit und Einfachheit – für die Gewährung von medizinischen Massnahmen zu Recht als erfüllt und gewährte dem Beschwerdeführer für die Dauer vom 5. Dezember 2006 bis zum 31. Juli 2008 ambulante Ergotherapie.

Aufgrund eines fachärztlichen und eines fachtherapeutischen Berichts, welche sich zu den erreichten Fortschritten wie zu den noch bestehenden Defiziten äusseren, wurde die Kostengutsprache für die Ergotherapie am 23. Juli 2008 für die Zeit bis zum 31. Dezember 2009 verlängert. Die nach KSME Rz. 1015.2.1 für eine Verlängerung der Kostengutsprache erforderlichen Entscheidungsgrundlagen lagen für die erste Verlängerung somit unbestrittenermassen vor. Die ab Januar 2010 beantragte Verlängerung der Kostengutsprache wurde schliesslich nur noch für die Dauer von einem Monat, d.h. bis zum 31. Januar 2010 gewährt. Auch diesbezüglich liegen ein fachärztlicher Bericht von Dr. B. und ein Bericht der behandelnden Ergotherapeutin vor. Dabei wurde auf die langsamen aber stetigen Fortschritte hingewiesen. Es wurde aber auch festgestellt, dass es an Konzentrationsfähigkeit und Aufmerksamkeit noch stark mangle. Doktor B. erachtete die Weiterführung der Ergotherapie als dringend indiziert. Dem Bericht der Therapeutin sind die Therapieziele, die Probleme beim Erfassen, schliesslich die schulischen Probleme, die zum Repetieren der zweiten Primarklasse führten, zu entnehmen. Der Verfügung vom 18. Juni 2010 ist zu entnehmen, dass nur die Regelung von KSME Rz. 404.11 zur Beschränkung der Kostengutsprache auf einen Monat führe bzw. geführt habe. Hinweise, dass man auch die normativen Anspruchsvoraussetzungen als nicht erfüllt betrachte, enthält die angefochtene Verfügung nicht. Streitig ist somit einzig, ob die durch Verwaltungsweisung eingeführte Befristung der Ergotherapie generell bzw. im vorliegenden Falle als zulässig erscheint.

5. In Würdigung der Rechtslage ist zunächst festzustellen, dass Art. 13 IVG den Anspruch auf notwendige medizinische Massnahmen bei Geburtsgebrechen bis zum vollendeten 20. Altersjahr gewährt. Nach Art. 2 Abs. 1 GgV beginnt der Anspruch bei Einleitung der medizinischen Massnahmen, frühestens aber nach vollendeter Geburt, und er endet nach Art. 3 GgV am Ende des Monats, in dem der Versicherte das 20. Altersjahr zurückgelegt hat, selbst wenn die Massnahme weiter indiziert ist und weitergeführt wird. Nach Art. 2 Abs. 2 GgV umfasst der Anspruch diejenigen Massnahmen, die zur Behandlung des Leidens notwendig sind. Ziffer 404 Anhang GgV befristet den Anspruch auf Massnahmen bei frühkindlichem POS oder den dort aufgeführten vergleichbaren Beeinträchtigungen in zeitlicher Hinsicht – anders als die entsprechenden Bestimmungen bezüglich anderer Geburtsgebrechen – nicht. Mithin sehen weder Gesetz noch Verordnung eine zeitliche Beschränkung für die Behandlung eines POS durch Ergotherapie vor und es kann mit den in Erwägung 3.3 zitierten anderen kantonalen Gerichten festgestellt werden, dass es der fraglichen zeitlichen Limitierung in formellem wie in materiellem Sinne an einer gesetzlichen Grundlage mangelt. Allerdings statuiert das Kreisschreiben des BSV, das KSME, für die Kostenübernahme von Ergotherapie eine zeitliche Limitierung auf maximal drei Jahre. Diese Limitierung wurde –

wie in Erwägung 3.3 und in partieller Wiedergabe eines Entscheides des Sozialversicherungsgerichts Zürich ausgeführt – mit einem Rundschreiben des BSV vom Juli 2004 neu eingeführt und basiert auf der Annahme, dass Ergotherapie bei frühkindlichem POS spätestens nach drei Jahren nicht mehr effektiv sein solle. Selbst wenn dies im Regelfalle zutreffen sollte, ist aber mit dem Zürcher und dem St. Galler Versicherungsgericht festzuhalten, dass eine absolut verstandene zeitliche Limitierung der Behandlung den normativen Anspruchsvoraussetzungen widerspricht, richten sich doch nicht nur die Behandlungsart, sondern auch die Behandlungsdauer nach den Grundsätzen der Notwendigkeit, Geeignetheit resp. Zweckmässigkeit sowie Einfachheit. Da die strittige Verwaltungsweisung zwar die Durchführungsorgane, nicht aber die Sozialversicherungsgerichte zu binden vermag, zusätzliche einschränkende materiellrechtliche Anspruchserfordernisse sodann ohnehin nicht in Form von Kreisschreiben eingeführt werden können, muss jedenfalls den Gerichten die Prüfung vorbehalten bleiben, ob im konkreten Einzelfalle eine weitere Verlängerung der Therapie über das vom Kreisschreiben festgesetzte Maximum hinaus das therapeutische Ziel nicht doch auf einfache und zweckmässige Art anstrebe resp. ob die Notwendigkeit nicht doch weiterhin zu bejahen sei. Dass die Gerichte nach bundesgerichtlicher Praxis nicht von den Verwaltungsweisungen abweichen sollten, solange diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellten und einer einzelfallgerechten Beurteilung nicht entgegenstünden, steht einem Abweichen von KSME Rz. 404.11 jedenfalls nicht entgegen, lässt diese doch eine jedem Einzelfall gerecht werdende Sachbeurteilung eben gerade nicht zu. Ist eine Bindung des Gerichts an KSME Rz. 404.11 – in Verbindung mit KSMZ Rz. 1015.2 – im Grundsatz zu verneinen, stellt sich noch die Frage, wie das an sich unbestimmte Ersuchen von Dr. B. vom 25. November 2009 um Verlängerung der Ergotherapie konkret zu beurteilen ist.

6.

6.1 Wie obig angesprochen ersuchte Dr. B. Ende November 2009 um Verlängerung der Ergotherapie. Zur Dauer der beantragten Verlängerung äusserte er sich nicht. Mit Bericht vom 20. Dezember 2009 bestätigte er die bereits bekannte Diagnose eines kongenitalen frühkindlichen POS und erklärte, die regelmässige Ergotherapie zeitige langsame Fortschritte. Die Konzentrationsfähigkeit und Aufmerksamkeit sei bei den Hausaufgaben für ca. 15 Minuten möglich, dann laufe der Versicherte wieder davon, spiele etwas und kehre schliesslich zurück. Affektdurchbrüche zeigten sich nicht. Im Gegenteil ziehe er sich eher zurück und zeige Blockaden. Die schulischen Leistungen seien knapp und er wiederhole die zweite Klasse. Die Weiterführung der Ergotherapie sei dringend indiziert, während der Einsatz von Ritalin noch nicht entschieden sei. Dem Bericht der Therapeutin sind die Diagnose, die Therapiesequenz, die Therapieziele (Erlernen von Kompensationen im audi-

tiv-verbalen Bereich/Verbesserung der visuellen Wahrnehmung und der Feinmotorik/Kompensation und Beratung in der auditiven Wahrnehmung sowie Beratung der Eltern zur besseren Umsetzung des Erlernten) sowie die Therapieinhalte zu entnehmen. Zu letzterem wird ausgeführt, wenn der Versicherte eine Aufgabe verbal gestellt bekomme, wisse er nicht, was tun, und er könne Aufgaben schlecht zielgerichtet und strukturiert umsetzen. Er brauche Unterstützung, könne aber nicht darum bitten und blockiere, wenn man ihn darauf anspreche. Längere Erklärungen könne er sich kaum merken. Hingegen habe sich sein hypotoner Haltungshintergrund stark verbessert. Er wirke wacher und könne sich besser konzentrieren. Auch die Feinmotorik habe sich etwas verbessert und er halte den Stift richtig, arbeite aber verkrampft. Bei neuen, noch unklaren Bewegungsübergängen zeige er sich unsicher. Der Versicherte zeige zudem Probleme in Deutsch, im Zusammenlesen, und er weise einen sprachlich geringen Ausdruck aus, sowohl vom Wortschatz wie von der Grammatik her. Beim Überschreiten der 10er-Reihe habe er rechnerische Probleme. Zum Schluss ihres Berichtes bemerkte die Therapeutin, in Absprache mit Arzt und Eltern befürworte sie die Weiterführung der Ergotherapie sehr.

6.2 Würdigend ist festzustellen, dass das Gesuch um nochmalige Verlängerung der Kostengutsprache für die Ergotherapie auf einem fachärztlichen wie auf einem fachtherapeutischen Bericht basiert, dass den Berichten die bisherigen Therapieerfolge, die noch immer vorhandenen Manki sowie die Therapieziele entnommen werden können bzw. dass mithin die nach KSME Rz. 1015.2.1 geforderten Entscheidungsgrundlagen vorliegen. Die Notwendigkeit der Weiterführung der Therapie erscheint als durch die ärztliche wie die therapeutische Stellungnahme erstellt. Dass eine Ergotherapie als zur Behandlung frühkindlicher POS zweckmässig erscheint, gilt als medizinische Erfahrungstatsache und ist auch vorliegend nicht in Abrede zu stellen. Schliesslich spricht auch nichts gegen die gebotene Einfachheit der Massnahme. Die normativen Anspruchsvoraussetzungen für eine weitere Verlängerung der Kostengutsprache galten mithin zum Verfügungszeitpunkt als gegeben. Auch meldete die IV-Stelle zu keiner Zeit Zweifel an, dass eine der normativen Anspruchsvoraussetzungen vorliegend nicht bzw. nicht mehr erfüllt sein könnte. Dass die Kostengutsprache in casu nur noch für einen Monat und nicht für ein ganzes Jahr gewährt wurde, gründet unbestrittenermassen einzig in KSME Rz. 404.11. Dass aber Ende 2009 überhaupt eine Verlängerung gewährt wurde, belegt, dass die – vom Gericht als erfüllt beurteilten – Anspruchsvoraussetzungen auch von der Beschwerdegegnerin mindestens summarisch geprüft worden sind. Dem Gesagten zufolge steht einer weitergehenden Verlängerung der Kostengutsprache für die Ergotherapie durch das Gericht um ein Jahr, d.h. bis zum 31. Dezember 2010 nichts entgegen. Eine noch weitergehende Verlängerung der Gewährung der Massnahme erscheint derzeit indes nicht als angezeigt, erweist es sich doch als im Lichte der

gesetzlichen Bestimmungen gerechtfertigt, die Notwendigkeit und Zweckmässigkeit der Massnahme in regelmässigen, jedenfalls jährlichen Abständen fachärztlich überprüfen zu lassen und einen neuen Therapieplan zu verlangen. Rechtfertigt sich eine Verlängerung der Massnahme bis Ende 2010, so erweist sich die Beschwerde aber als begründet und sie ist dementsprechend gutzuheissen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Oktober 2010

S 2010 / 100

BVG – Teilung der von den Parteien während der Ehe erworbenen Austrittsleistungen ihrer beruflichen Vorsorge gemäss Art. 122 ZGB bei einer Ehescheidung: Erzielen die Parteien eine Einigung im Sinne von Art. 141 Abs. 1 ZGB, ist das Verwaltungsgericht zur Durchführung der Teilung der beruflichen Vorsorge im Sinne von Art. 142 Abs. 1 und 2 ZGB sowie Art. 25a Abs. 1 FZG sachlich nicht zuständig.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Die zwischen A und B am 8. Mai 1987 vor dem Zivilstandsamt C geschlossene Ehe wurde vom Kantonsgericht Zug mit Urteil vom 12. Mai 2010 geschieden. Dieses Urteil erwuchs am 20. Mai 2010 sowohl im Scheidungspunkt wie auch insoweit in Rechtskraft, als festgestellt wurde, dass die während der Ehe erworbenen Freizügigkeitsleistungen der Parteien gestützt auf Art. 122 ZGB je hälftig zu teilen seien. Am 4. August 2010 überwies das Kantonsgericht die Streitsache zur Vornahme der Teilung der Austrittsleistungen an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Gehört ein Ehegatte oder gehören beide Ehegatten einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge an und ist bei keinem Ehegatten ein Vorsorgefall eingetreten, so hat jeder Ehegatte Anspruch auf die Hälfte der nach dem Freizügigkeitsgesetz für die Ehedauer zu ermittelnden Austrittsleistung des anderen Ehegatten (Art. 122 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907, ZGB, sowie Art. 22 FZG).

2.1 Haben sich die Ehegatten über die Teilung der Austrittsleistungen sowie die Art der Durchführung der Teilung geeinigt und legen sie eine Bestätigung der beteiligten Einrichtungen der beruflichen Vorsorge über die Durchführbarkeit der

getroffenen Regelung und die Höhe der Guthaben vor, die für die Berechnung der zu teilenden Austrittsleistungen massgebend sind, so wird die Vereinbarung mit der Genehmigung durch das Gericht auch für die Einrichtungen der beruflichen Vorsorge (welche im Scheidungsverfahren keine Parteistellung haben; BGE 128 V 47 Erw. 2c) verbindlich. Das Gericht eröffnet den Einrichtungen der beruflichen Vorsorge das rechtskräftige Urteil bezüglich der sie betreffenden Punkte unter Einschluss der nötigen Angaben für die Überweisung des vereinbarten Betrages (Art. 141 Abs. 1 und 2 ZGB; vgl. BGE 134 V 384 Erw. 1.1.1).

2.2 Kommt keine Vereinbarung zustande (oder kann die Bestätigung der Einrichtung der beruflichen Vorsorge über die Durchführbarkeit der getroffenen Regelung nicht beigebracht werden; BGE 132 V 340 Erw. 1.1), so entscheidet das Gericht über das Verhältnis, in welchem die Austrittsleistungen zu teilen sind. Sobald der Entscheid über das Teilungsverhältnis rechtskräftig ist, überweist das Gericht die Streitsache von Amtes wegen dem am Ort der Scheidung nach Art. 73 Abs. 1 BVG zuständigen Gericht (Art. 142 Abs. 1 und 2 ZGB sowie Art. 25a Abs. 1 FZG). Das Berufsvorsorgegericht ist an den im Scheidungsurteil festgelegten Teilungsschlüssel gebunden und hat die Teilung bloss zu vollziehen (BGE 134 V 384 Erw. 1.1.2; BGE 132 V 341 Erw. 2.2).

3.

3.1 Dem Scheidungsurteil vom 12. Mai 2010 ist zu entnehmen, dass sich die Parteien insofern einig seien, als beide die in Art. 122 Abs. 1 ZGB vorgesehene hälftige Teilung der während der Ehe erworbenen Freizügigkeitsleistungen beantragen. Sodann sei bei keiner der Parteien ein Vorsorgefall eingetreten. Hingegen hätten die Parteien keinen Versuch unternommen, eine konkrete Berechnung des Ausgleichsbetrages vorzunehmen. Es liege in diesem Punkt somit keine genehmigungsfähige Vereinbarung vor. Des Weiteren lagen dem Kantonsgericht unter anderem folgende Unterlagen vor: ein Auszug der Vorsorgeeinrichtung des Klägers vom 26. März 2009 und ein Auszug der Freizügigkeitseinrichtung der Beklagten vom 27. Februar 2009 mit Durchführbarkeitserklärung.

Im Folgenden bleibt abzuklären, ob angesichts dieses Sachverhaltes von einer Einigung der Parteien im Sinne von Art. 141 Abs. 1 ZGB auszugehen ist bzw. ob das Verwaltungsgericht zur Durchführung der Teilung der beruflichen Vorsorge im Sinne von Art. 142 Abs. 1 und 2 ZGB sowie Art. 25a Abs. 1 FZG sachlich zuständig ist.

3.2 Beide Parteien beantragen die hälftige Teilung der während der Ehe erworbenen Austrittsleistungen. Den Tatbeweis ihrer diesbezüglichen Kooperationsbereitschaft erbrachten beide Parteien durch die Einreichung der für die Durchfüh-

rung der Teilung relevanten Unterlagen. Dem Kantonsgericht lagen die Auszüge der Vorsorgeeinrichtung des Klägers und derjenigen der Beklagten (mit Durchführbarkeitserklärung) vor. Beiden Auszügen ist die während der Ehe – bzw. bis 30. April 2009 – erworbene Austrittsleistung zu entnehmen. Mit Ausnahme der Durchführbarkeitserklärung der Vorsorgeeinrichtung des Klägers verfügte das Kantonsgericht somit über sämtliche notwendigen Unterlagen, um die Durchführung der Teilung der beruflichen Vorsorge durchzuführen. In diesem Zusammenhang ist auf die vom Kantonsgericht in Scheidungsverfahren im Regelfall zu beachtende Untersuchungsmaxime zu verweisen, wonach es zur Abklärung des Sachverhaltes von Amtes wegen verpflichtet ist (vgl. §§ 102 ff. der Zivilprozessordnung für den Kanton Zug vom 3. Oktober 1940). In Beachtung dieser Maxime hätte das Kantonsgericht den Kläger zur Einreichung einer Durchführbarkeitserklärung seiner Vorsorgeeinrichtung auffordern müssen (vgl. beispielsweise BGE 134 V 384 Erw. 4.2, wo das Scheidungsgericht eben dies getan hat). Dem Scheidungsurteil lässt sich nämlich nicht entnehmen, dass das Kantonsgericht den Kläger vergeblich zur Einreichung einer solchen Erklärung aufgefordert hat. Da er den Tatbeweis für seine Kooperationsbereitschaft im Scheidungsverfahren durch die Einreichung eines Auszuges seiner Vorsorgeeinrichtung bereits erbracht hat, ist auch davon auszugehen, dass er einem solchen Ersuchen des Kantonsgerichtes nachgekommen wäre. Des Weiteren signalisierte auch seine Vorsorgeeinrichtung in ihrem Auszug vom 30. März 2009 ihre Bereitschaft, eine Durchführbarkeitserklärung – nach der Mitteilung der Vereinbarung über die Teilung der Austrittsleistungen – abzugeben. Abschliessend ist daher festzuhalten, dass sich die Parteien über die Teilung der Austrittsleistungen sowie die Art der Durchführung der Teilung einig sind. Die Beklagte legte eine Bestätigung ihrer Freizügigkeitseinrichtung über die Durchführbarkeit der Teilung ihres während der Ehe – bzw. bis 30. April 2009 – erworbenen Freizügigkeitsguthabens vor und auch der Kläger legte sein gesamtes während der Ehe – bzw. bis 30. April 2009 – erworbenes Vorsorgeguthaben offen. Weder die Tatsache, dass der – erwiesenermassen kooperationsbereite – Kläger vom Kantonsgericht zur Einreichung einer Durchführbarkeitserklärung seiner Vorsorgeeinrichtung hätte aufgefordert werden müssen noch die Tatsache, dass die dem Kantonsgericht vollständig per 30. April 2009 vorliegenden Zahlen allenfalls zu aktualisieren gewesen wären, vermögen eine Nichteinigung der Parteien im Sinne von Art. 142 ZGB zu begründen. Es ist daher vielmehr von einer Einigung im Sinne von Art. 141 Abs. 1 ZGB auszugehen.

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Kantonsgericht – mit Ausnahme der Durchführbarkeitserklärung der Vorsorgeeinrichtung des Klägers – über sämtliche notwendigen Unterlagen verfügt hat, um die Teilung der beruflichen Vorsorge durchzuführen. Das Kantonsgericht hätte – wie es das beteiligte Schei-

dungsgericht in BGE 134 V 384 getan hat – durch den Kläger die Bestätigung der Durchführbarkeit der hälftigen Teilung seines während der Ehedauer erworbenen Vorsorgeguthabens einholen müssen. Hätte es dies getan, hätte es die Teilung der beruflichen Vorsorge durchführen können und müssen. Der vorliegende Sachverhalt vermag keine Nichteinigung der Parteien im Sinne von Art. 142 ZGB zu begründen. In Beachtung des Gesetzeswortlautes und der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung erzielten die Parteien eine Einigung im Sinne von Art. 141 Abs. 1 ZGB, womit das Verwaltungsgericht zur Durchführung der Teilung der beruflichen Vorsorge im Sinne von Art. 142 Abs. 1 und 2 ZGB sowie Art. 25a Abs. 1 FZG sachlich nicht zuständig ist. Aus diesem Grund ist auf die vorliegende Angelegenheit nicht einzutreten. Nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils ist die Angelegenheit an das Obergericht des Kantons Zug – wo das Scheidungsverfahren der Parteien zurzeit hängig ist – zu überweisen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 16. September 2010

S 2010 / 116

BVG – Teilung der von den Parteien während der Ehe erworbenen Austrittsleistungen ihrer beruflichen Vorsorge gemäss Art. 122 ZGB bei einer Ehescheidung: Der frisch geschiedene B liess sich nach der Rechtskraft des Scheidungsurteils und vor der Durchführung der Teilung der beruflichen Vorsorge sein Freizügigkeitsguthaben auszahlen (sog. Vorbezug), ohne dass seiner Vorsorgeeinrichtung eine Verletzung der sie treffenden Sorgfaltspflichten vorgeworfen werden kann. Dieser Vorbezug verhindert die Teilung der beruflichen Vorsorge jedoch nicht. Er bewirkt einzig, dass B und nicht seine Vorsorgeeinrichtung – da dieser keine Verletzung der sie treffenden Sorgfaltspflichten vorgeworfen werden kann – gegenüber A leistungspflichtig wird.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Die zwischen A und B am 18. Mai 1984 vor dem Zivilstandsamt C geschlossene Ehe wurde vom Kantonsgericht Zug mit Urteil vom 30. Januar 2008 geschieden. Dieses Urteil erwuchs am 7. Februar 2008 sowohl im Scheidungspunkt wie auch insoweit in Rechtskraft, als festgestellt wurde, dass die von den Parteien während der Ehe erworbenen Austrittsleistungen ihrer beruflichen Vorsorge gemäss Art. 122 ZGB je hälftig zu teilen seien. Am 26. März 2009 überwies das Kantonsgericht die Streitsache zur Vornahme der Teilung der Austrittsleistungen an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Das Kantonsgericht Zug entschied mit Urteil vom 30. Januar 2008, dass die von den Parteien während der Ehe erworbenen Austrittsleistungen ihrer beruflichen Vorsorge gemäss Art. 122 ZGB je hälftig zu teilen seien. Nachdem das Urteil im Scheidungspunkt und in Bezug auf die Anordnung der hälftigen Teilung der Austrittsleistungen am 7. Februar 2008 in Rechtskraft erwachsen war, überwies das Kantonsgericht die Streitsache am 26. März 2009 zur Durchführung der Teilung an das Verwaltungsgericht. Bevor jedoch das Verwaltungsgericht die Teilung durchführen konnte, liess sich der Beklagte per 1. April 2009 sein Freizügigkeitsguthaben von der Freizügigkeitsstiftung der D AG auszahlen. Es stellt sich in diesem Zusammenhang vorab die Frage, ob die Freizügigkeitsstiftung dadurch die sie treffenden Sorgfaltspflichten verletzt hat.

3.1 Den Akten lässt sich diesbezüglich entnehmen, dass der Beklagte im März 2009 seine Vorsorgeeinrichtung, d.h. die Freizügigkeitsstiftung der D AG, um Barauszahlung seines Freizügigkeitsguthabens ersucht hat. Zu diesem Zweck füllte er am 12. März 2009 das Formular «Auszahlungsantrag D Freizügigkeitskonto» aus und liess und seine Unterschrift notariell beglaubigen. In der Folge prüfte die Freizügigkeitsstiftung, ob die Voraussetzungen für die Auszahlung seines Freizügigkeitsguthabens erfüllt waren. Die Einwohnerkontrolle E wies darauf hin, dass der Beklagte seit 7. Februar 2008 rechtskräftig geschieden sei. Unter diesen Umständen war eine schriftliche Zustimmung des Exehergatten zur Barauszahlung nicht nötig (Art. 5 Abs. 2 FZG e contrario). Da der Beklagte Ende März 2009 bereits mehr als ein Jahr rechtskräftig geschieden war, durfte die Freizügigkeitsstiftung auf die Einholung des rechtskräftigen und vollständigen Scheidungsurteils verzichten. Gemäss Seite 2 des Formulars «Auszahlungsantrag D Freizügigkeitskonto» ist dies nämlich nur bei Scheidungen nötig, die innerhalb der letzten sechs Monate rechtskräftig geworden sind. Schliesslich bestätigte die Ausgleichskasse Zug mit Schreiben vom 17. März 2009, dass der Beklagte bei ihr als Selbständigerwerbender registriert sei.

3.2 In Wahrnehmung der sie treffenden Sorgfaltspflichten stellte die Freizügigkeitsstiftung der D AG im März 2009 fest, dass der Beklagte seit mehr als einem Jahr, nämlich seit 7. Februar 2008, rechtskräftig geschieden war und zudem einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachging. Nach Treu und Glauben durfte sie daher davon ausgehen, dass die dargelegten Voraussetzungen für die Barauszahlung des Freizügigkeitsguthabens des Beklagten erfüllt waren. Eine Verletzung der sie treffenden Sorgfaltspflicht muss daher verneint werden.

4. In casu erwuchs das Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 30. Januar 2008 im Scheidungspunkt und in Bezug auf die Anordnung der hälftigen Teilung der Austrittsleistungen am 7. Februar 2008 in Rechtskraft. Bevor jedoch die Teilung durchgeführt werden konnte, liess sich der Beklagte per 1. April 2009 sein Freizügigkeitsguthaben von der Freizügigkeitsstiftung der D AG auszahlen (sog. Vorbezug), ohne dass dieser eine Verletzung der sie treffenden Sorgfaltspflichten vorgeworfen werden kann.

4.1 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung richtet sich der Anspruch auf Vorsorgeausgleich gegen den pflichtigen Ehegatten. Soweit die zu teilende Masse bei einer Vorsorge- oder Freizügigkeitseinrichtung liegt, wird der Anspruch so erfüllt, dass die Vorsorge- oder Freizügigkeitseinrichtung des schuldnerischen Ehegatten den entsprechenden Betrag an diejenige des Gläubigers überträgt. Das gilt auch dann, wenn bei der Vorsorgeeinrichtung des pflichtigen Ehegatten trotz einem Vorbezug noch genügend Austrittsleistung vorhanden ist, um die Forderung des berechtigten Ehegatten zu decken. Soweit jedoch bei der Vorsorge- oder Freizügigkeitseinrichtung des pflichtigen Ehegatten infolge eines Vorbezugs nicht mehr genügend Mittel vorhanden sind, um den Anspruch des anderen Ehegatten zu befriedigen, kann sich der Teilungsanspruch (vorbehältlich einer allfälligen Schadenersatzpflicht) nicht mehr gegen die Einrichtung richten; vielmehr hat der pflichtige Ehegatte den geschuldeten Betrag auf die Vorsorge- oder Freizügigkeitseinrichtung des berechtigten Ehegatten zu übertragen. Denn der Vorbezug gilt von Gesetzes wegen im Falle der Scheidung vor Eintritt des Vorsorgefalls als Freizügigkeitsleistung (Art. 30c Abs. 6 BVG; Art. 331e Abs. 6 OR), so dass jedenfalls bis zu diesem Betrag eine Überweisung auch an eine Freizügigkeitseinrichtung zulässig ist (Urteil des Bundesgerichts vom 24. November 2009, 9C_593/2009, Erw. 3). Der Teilungsanspruch berechnet sich nach dem Stichtag der Rechtskraft des Scheidungsurteils. In jenem Zeitpunkt war der Vorbezug noch nicht erfolgt und die entsprechende Summe bei der (damaligen) Vorsorgeeinrichtung noch vorhanden (9C_593/2009, Erw. 6.2). Ein erst nach dem Stichtag erfolgter Vorbezug kann auf die Höhe des (per Scheidungsdatum berechneten) Teilungsanspruchs keinen Einfluss mehr haben (9C_593/2009, Erw. 6.3). Durch den Vorbezug wird somit nicht der Rechtsanspruch an sich, sondern höchstens das Vollstreckungssubstrat für diesen Rechtsanspruch beeinträchtigt (9C_593/2009, Erw. 6.4).

4.2 Nach der dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung verhindert der Vorbezug des Beklagten die Teilung der beruflichen Vorsorge nicht. Der Vorbezug bewirkt somit in casu einzig, dass der Beklagte und nicht seine Vorsorgeeinrich-

tung – da dieser keine Verletzung der sie treffenden Sorgfaltspflichten vorgeworfen werden kann – gegenüber der Klägerin leistungspflichtig wird.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. Mai 2010

S 2009 / 36

Art. 4 ATSG; Art. 9 Abs. 2 UVV; Unfallversicherung. – Qualifikation eines Ereignisses als Unfall oder als unfallähnliche Körperschädigung.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Am 9. März 2009 musste der als Hauswart tätige A beim Führen eines leeren Abfallcontainers wegen eines herannahenden Fahrzeugs plötzlich stoppen, wobei er sich den rechten Oberarm und eventuell einen Muskel verletzte. Er begab sich in ärztliche Behandlung und machte Leistungen der Unfallversicherung geltend. Mit Verfügung vom 19. August 2009 und Einspracheentscheid vom 2. Dezember 2009 verneinte der Unfallversicherer eine Leistungspflicht und führte zur Begründung aus, es liege weder ein Unfall noch eine unfallähnliche Körperschädigung vor. Vor Verwaltungsgericht beantragte A die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheides, die Rückweisung an den Unfallversicherer zur Vornahme weiterer Abklärungen und die Gewährung der gesetzlichen Leistungen nach UVG.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Versicherungsleistungen aus der obligatorischen Unfallversicherung werden, soweit das UVG nichts anderes bestimmt, bei Berufsunfällen, Nichtberufsunfällen und Berufskrankheiten gewährt (Art. 6 Abs. 1 UVG). Ausserdem sind die vom Bundesrat bezeichneten unfallähnlichen Körperschädigungen gedeckt (Art. 6 Abs. 2 UVG und Art. 9 der Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982, UVV).

3.1 Gemäss Art. 4 ATSG ist ein Unfall die plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper, die eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit oder den Tod zur Folge hat. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung müssen alle erwähnten Elemente kumulativ erfüllt sein, damit ein

Ereignis als Unfall qualifiziert werden kann, ansonsten muss es gegebenenfalls unter den Begriff der Krankheit subsumiert werden (BGE 129 V 402 Erw. 2.1).

Das Merkmal der Ungewöhnlichkeit bezieht sich nicht auf die Wirkungen auf den menschlichen Körper, sondern auf den äusseren Faktor selber. Aus diesem Grund ist es unerheblich, ob der äussere Faktor schwere und unerwartete Wirkungen ausgelöst hat. Er gilt als ungewöhnlich, wenn er den Rahmen der Ereignisse und Situationen sprengt, welche objektiv betrachtet als alltäglich oder gewöhnlich angesehen werden (BGE 129 V 402 Erw. 2.1; vgl. auch Alexandra Rumo-Jungo, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Unfallversicherung, 3. Aufl., Zürich 2003, S. 23 mit Verweis auf BGE 112 V 202 f. Erw. 1, BGE 122 V 233 Erw. 1, RKUV 1988 Nr. U 36 S. 45 f. Erw. 3a). Des Weiteren formulierte das Bundesgericht das Erfordernis der besonders sinnfälligen Verumständung bei Schädigungen, die sich auf das Körperinnere beschränken (BGE 99 V 138 Erw. 1 mit Hinweisen). Danach ist es zuweilen schwierig zu entscheiden, ob eine Gesundheitsschädigung die Folge eines Unfalles oder aber einer Krankheit ist. Dies gilt insbesondere für gewisse typische Gesundheitsschäden, die erfahrungsgemäss auch als alleinige Folge von Krankheit, insbesondere von vorbestandenen degenerativen Veränderungen eines Körperteils innerhalb eines durchaus normalen Geschehensablaufes auftreten können. In derartigen Fällen müssen die Merkmale des Unfallbegriffs besonders deutlich erfüllt sein. Vor allem muss die unmittelbare Ursache der Schädigung unter besonders sinnfälligen Umständen (beispielsweise Ausgleiten oder Schlag) gesetzt worden sein; denn das Begriffsmerkmal der Aussergewöhnlichkeit bezieht sich nach der Definition des Unfalles – wie bereits erwähnt – nicht auf die Wirkung des äusseren Faktors, sondern nur auf diesen selber. Diese Aussergewöhnlichkeit ist nicht schon dann gegeben, wenn die Gesundheitsschädigung bei einer etwas ungewohnten, der zu verrichtenden Arbeit aber angepassten Körperstellung (z.B. Knie-, Hock- oder Kriechstellung) erfolgt. Schliesslich kann das Merkmal des ungewöhnlichen äusseren Faktors nach Lehre und Rechtsprechung in einer unkoordinierten Bewegung – d.h. einer Störung der körperlichen Bewegung durch etwas «Programmwidriges» wie Stolpern, Ausgleiten, Anstossen oder ein reflexartiges Abwehren eines Sturzes etc. – bestehen oder auch in einem – mit Blick auf die Konstitution und die berufliche oder ausserberufliche Gewöhnung des Beschwerdeführers – ausserordentlichen Kraftaufwand (einer sinnfälligen Überanstrengung) beim Heben oder Verschieben einer Last (Urteil des Bundesgerichts vom 23. Mai 2006, U 144/06, Erw. 1 mit Verweis auf BGE 130 V 118 Erw. 2.1 und BGE 116 V 139 Erw. 3b).

3.2 Folgende abschliessend aufgeführte unfallähnliche Körperschädigungen sind auch ohne ungewöhnliche äussere Einwirkung – sofern sie nicht eindeutig auf

eine Erkrankung oder eine Degeneration zurückzuführen sind – den Unfällen gleichgestellt: Knochenbrüche, Verrenkungen von Gelenken, Meniskusrisse, Muskelrisse, Muskelzerrungen, Sehnenrisse, Bandläsionen und Trommelfellverletzungen (Art. 9 Abs. 2 UVV). Bei den unfallähnlichen Körperschädigungen genügt es für die Begründung der Leistungspflicht, wenn mit Ausnahme der Ungewöhnlichkeit sämtliche Merkmale des Unfallbegriffs erfüllt sind. Besondere Bedeutung kommt hierbei der Voraussetzung eines äusseren Ereignisses zu, d.h. eines ausserhalb des Körpers liegenden, objektiv feststellbaren, sinnfälligen, eben unfallähnlichen Vorfalles. Wo ein solches Ereignis mit Einwirkung auf den Körper nicht stattgefunden hat, und sei es nur als Auslöser eines in Art. 9 Abs. 2 lit. a-h UVV aufgezählten Gesundheitsschadens, liegt eine eindeutig krankheits- oder degenerativ bedingte Gesundheitsschädigung vor (Urteil des EVG vom 21. März 2006, U 222/05 Erw. 4.2 mit Verweis auf BGE 129 V 467 Erw. 2.2).

(...)

6. Im vorliegenden Fall ist umstritten, ob der Unfallversicherer ab 9. März 2009 UVG-Leistungen für den Beschwerdeführer zu erbringen hat. Nach Art. 6 Abs. 1 und 2 UVG bildet das Vorliegen eines Unfalls oder einer unfallähnlichen Körperschädigung die erste Voraussetzung für die Leistungspflicht eines Unfallversicherers. Aus diesem Grund ist abzuklären, ob das Ereignis vom 9. März 2009 einen Unfall im Sinne von Art. 4 ATSG (vgl. Erw. 7 nachfolgend) oder eine unfallähnliche Körperschädigung im Sinne von Art. 9 Abs. 2 UVV (vgl. Erw. 8 nachfolgend) darstellt. Diese Abklärungen betreffen eine rechtliche und nicht eine medizinische Thematik, da der medizinische Unfallbegriff nicht demjenigen von Art. 4 ATSG entspricht. Aus diesem Grund ist ein Arzt weder fachlich qualifiziert noch gehört es zu seinen Aufgaben, sich zum rechtlichen Unfallbegriff nach Art. 4 ATSG zu äussern.

7. An dieser Stelle bleibt abzuklären, ob das Ereignis vom 9. März 2009 den Unfallbegriff im Sinne von Art. 4 ATSG zu erfüllen vermag.

7.1 Laut Sachverhaltsschilderung des Beschwerdeführers gehört die Leerung der Abfallcontainer zu seinen Aufgaben als Hauswart. Da er dies nicht an deren Standort tun könne, müsse er diese an einen dafür geeigneten Ort verschieben, was er auch am 9. März 2009 getan habe. Nach der Leerung habe ein Container wegzurollen und mit einem herannahenden Auto zu kollidieren gedroht. Um dies zu verhindern, habe er sofort zugegriffen und den Container gestoppt. Als betroffenen Körperteil nennt der Beschwerdeführer den rechten Oberarm, den er sich verdreht habe.

7.2 Zum Merkmal der Ungewöhnlichkeit des äusseren Faktors ist auf Folgendes hinzuweisen:

Der Aufgabenbereich des Beschwerdeführers als Hauswart umfasste die Abfallentsorgung und das Hantieren mit Containern. Mit anderen Worten handelte es sich dabei um seine gewohnte Tätigkeit. In diesem Sinne räumte er in seinem Schreiben vom 3. April 2009 ein, das Ereignis habe sich während seiner gewohnten Tätigkeit und unter normalen äusseren Bedingungen ereignet. Auf die Frage hin, ob etwas Besonderes (Ausgleiten, Sturz etc.) passiert sei, gab er lediglich an, der Container habe «einen Ruck gemacht». Des Weiteren wies sein Hausarzt Dr. C in seinem Schreiben vom 8. Juni 2009 – womit sich der Beschwerdeführer telefonisch ausdrücklich einverstanden erklärte – darauf hin, dass sich ein Container oft in einer unerwarteten Richtung bewege. Der Beschwerdeführer musste daher aufgrund der Häufigkeit dieses Vorkommnisses jederzeit mit einer derartigen Situation rechnen und sich dementsprechend verhalten. Es liegt somit in der Natur der Arbeit als Hauswart, dass ein wegrollender Container mit einer raschen Bewegung gestoppt werden muss. Beim vom Beschwerdeführer und von seinem Hausarzt geschilderten Ereignis ist der natürliche Ablauf der Körperbewegung demnach nicht durch etwas Programmwidriges oder Sinnfälliges wie Ausgleiten, Stolpern und reflexartiges Abwehren eines Sturzes beeinträchtigt. Des Weiteren ist die vom Beschwerdeführer ausgeführte reflexartige Bewegung beim Stoppen des leeren Containers als solche weder ungewöhnlich (vgl. Erw. 3.1 vorstehend) noch in besonderer, einem Ausgleiten oder einem Sturz vergleichbarer Weise geeignet, zu einer unphysiologischen Belastung einzelner Muskeln oder Muskelgruppen zu führen. Das Vorliegen eines ungewöhnlichen äusseren Faktors ist auch nicht bereits deshalb zu bejahen, weil die Bewegung reflexartig ausgeführt wurde (vgl. U 144/06 Erw. 2.2 mit Verweis auf U 222/05 Erw. 3.2, U 306/02 Erw. 3.4, U 385/01 Erw. 2, U 277/99 Erw. 3c). Die Rechtsprechung hat in ähnlich gelagerten Fällen im selben Sinne entschieden (vgl. U 144/06 Erw. 2.2 mit Verweis auf Rumo-Jungo, a.a.O., S. 36 f.: so beispielsweise beim Nachfassen eines weggleitenden Radiators von 100 kg, U 110/99, Erw. 3, beim Wiederherstellen des Gleichgewichts durch eine heftige Handbewegung beim Transport einer 100 bis 150 kg schweren Türe, Rechtsprechungsbeilage zum SUVA-Jahresbericht 1988 Nr. 8 S. 15, beim Heben eines ca. 60 kg wiegenden Papierstapels und reflexartigen Nachfassen, als dieser in sich zusammenzufallen drohte, Rechtsprechungsbeilage zum SUVA-Jahresbericht 1981 Nr. 4 S. 7, und beim ruckartigen An-sich-nehmen eines von einem fahrbaren Wagenheber herunterzufallen drohenden Motors mit einem Gewicht von ca. 80 kg, SUVA-Jahresbericht 1962 Nr. 3a S. 17). Schliesslich lässt sich auch nicht im Kraftaufwand, welcher für das Stoppen des leeren Containers erforderlich war, etwas Ungewöhnliches erkennen. In diesem

Zusammenhang lässt der Beschwerdeführer sinngemäss geltend machen, dass die Konstitution und die berufliche oder ausserberufliche Gewöhnung eines Versicherten nicht berücksichtigt werden dürften, da ansonsten das Gleichbehandlungsgebot verletzt würde. Ihm ist diesbezüglich entgegenzuhalten, dass es die aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung gebietet, die genannten Kriterien bei der Beurteilung des Vorliegens eines ungewöhnlichen äusseren Faktors zu berücksichtigen (vgl. die in Erw. 3.1 vorstehend zitierte Rechtsprechung). Der Verweis des Beschwerdeführers auf anderslautende Lehrmeinungen ist daher unbehelflich. Ausserdem würde die Nichtberücksichtigung der genannten Kriterien zur Folge haben, dass Ungleiches gleich behandelt wird. Mit anderen Worten müssen die genannten Kriterien eben gerade berücksichtigt werden, um nicht das Gleichbehandlungsgebot zu verletzen. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass das Ereignis vom 9. März 2009 weder auffällig, noch ungewöhnlich oder programmwidrig gewesen ist. Da es an einem ungewöhnlichen äusseren Faktor fehlt, ist das Vorliegen eines Unfalles im Sinne von Art. 4 ATSG zu verneinen. Ein Eingehen auf die übrigen Elemente gemäss Art. 4 ATSG erübrigt sich, da alle Elemente kumulativ erfüllt sein müssten, damit ein Ereignis als Unfall qualifiziert werden könnte (vgl. Erw. 3.1 vorstehend).

8. An dieser Stelle bleibt zu prüfen, ob sich der Beschwerdeführer beim Ereignis vom 9. März 2009 eine der in Art. 9 Abs. 2 UVV erwähnten Gesundheitsschädigungen zugezogen hat und dieser Vorfall den Anforderungen an ein unfallähnliches Ereignis entspricht (vgl. Erw. 3.2 vorstehend).

Der Beschwerdeführer machte zunächst geltend, dass er beim Ereignis vom 9. März 2009 seinen rechten Ellbogen überdehnt und überstreckt habe (vgl. Berichte von Dr. C vom 6. April 2009 und vom 8. Juni 2009). Der Übergang von einer Überdehnung und einer Überstreckung zu einer Verrenkung eines Gelenkes im Sinne von Art. 9 Abs. 2 lit. b UVV sei jedoch fliessend. Zu einem späteren Zeitpunkt machte er geltend, beim erwähnten Ereignis auch an der linken Schulter verletzt worden zu sein. Der Unfallversicherer habe ohne eine entsprechende Abklärung das Vorliegen einer unfallähnlichen Körperschädigung ausgeschlossen. Es hätten nie fachärztliche Untersuchungen stattgefunden, die eine abschliessende Beurteilung zuliessen. Die Aussage von Dr. E vom 4. Mai 2009, bei der Arthrose handle es sich nicht um eine UKS-Diagnose, vermöge weder zu überzeugen noch sei sie nachvollziehbar begründet. Der Unfallversicherer sei somit seiner Abklärungspflicht nicht nachgekommen.

8.1 Vorab ist abzuklären, welche Körperteile des Beschwerdeführers vom Ereignis vom 9. März 2009 überhaupt betroffen waren, da diesbezüglich aus den vorliegenden Akten Widersprüchliches hervorgeht.

8.1.1 Der Beschwerdeführer gab gegenüber seiner Arbeitgeberin, dem Unfallversicherer und gegenüber den ihn untersuchenden und behandelnden Ärzten, insbesondere auch gegenüber seinem Hausarzt Dr. C, zunächst an, sein rechter Arm bzw. sein rechter Ellbogen sei beim Ereignis vom 9. März 2009 verletzt worden und liess sich diesbezüglich physiotherapeutisch behandeln. Eine Pathologie der linken Schulter wurde erstmals im September 2009 im Zusammenhang mit einer MRI-Untersuchung erwähnt. Das am 10. Dezember 2009 durchgeführte Arthro-MRI ergab eine Läsion des vorderen Labrums, eine SLAP-Läsion sowie eine Supraspinatustendinopathie. Im Januar 2010 gab der Beschwerdeführer gegenüber dem Orthopäden Dr. F an, dass er seit dem Ereignis vom 9. März 2009 an Schmerzen in der linken Schulter leide. Ausserdem wies der Beschwerdeführer gegenüber Dr. G im März 2010 darauf hin, dass er den wegrollenden Container mit beiden Händen habe halten wollen und beide Arme in Hyperextension weggerissen worden seien. Schliesslich wies der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers in seinem undatierten und am 8. April 2010 beim Verwaltungsgericht eingegangenen Schreiben darauf hin, dass letzterer seit dem Ereignis vom 9. März 2009 an erheblichen Schulterproblemen links leide.

8.1.2 In Würdigung der vorstehend erwähnten Unterlagen bleibt festzuhalten, dass es nicht nachvollziehbar ist, warum der Beschwerdeführer seine – angeblich sofort nach dem Ereignis vom 9. März 2009 aufgetretenen – Beschwerden in der linken Schulter gegenüber seiner Arbeitgeberin, gegenüber den ihn untersuchenden und behandelnden Ärzten und offenbar sogar gegenüber seinem Rechtsvertreter während rund eines halben Jahres verschwiegen und während dieser Zeit ausschliesslich Beschwerden im rechten Arm bzw. im rechten Ellbogen geltend gemacht und lediglich diesen als vom Ereignis betroffen bezeichnet hat. Unter diesen Umständen erscheint es daher als fraglich, ob der Beschwerdeführer tatsächlich, wie er angibt, seit dem Ereignis vom 9. März 2009 an Beschwerden in der linken Schulter leidet. Es drängt sich nämlich vielmehr die Vermutung auf, dass die Beschwerden erst ca. im September 2009 erstmals aufgetaucht sind, was das dargestellte Verhalten des Beschwerdeführers erklären würde. An dieser Stelle erübrigen sich jedoch Weiterungen, da es sich bei den in der linken Schulter festgestellten Pathologien – unabhängig davon, wann sie entstanden sind – nicht um in Art. 9 Abs. 2 UVV aufgeführte Körperschädigungen handelt (zur Begründung vgl. Erw. 8.3 nachfolgend).

8.2 Nach der Ansicht des Beschwerdeführers besteht ein fließender Übergang zwischen der von Dr. C festgestellten Überdehnung und Überstreckung seines rechten Ellbogens und einer Verrenkung eines Gelenkes im Sinne von Art. 9 Abs. 2 lit. b UVV. Da der Unfallversicherer in diesem Zusammenhang ohne entsprechende Abklärung eine unfallähnliche Körperschädigung ausgeschlossen habe, sei die Durchführung weiterer Abklärungen indiziert.

8.2.1 Nach der Rechtsprechung erfüllen nur *eigentliche Gelenksverrenkungen* (Luxationen) die Bestimmung von Art. 9 Abs. 2 lit. b UVV, nicht aber unvollständige Verrenkungen (Subluxationen) oder Torsionen (Verdrehungen) und Distorsions-traumen (Verstauchungen). Eine Luxation liegt nur vor, wenn die durch ein Gelenk verbundenen Knochenenden verschoben sind (Urteil des Bundesgerichts vom 11. Januar 2010, 8C_1029/2009, Erw. 2.2.1).

8.2.2 Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers trifft es nicht zu, dass ein fließender Übergang zwischen einer Überdehnung und Überstreckung des Ellbogens und einer Luxation (Verrenkung eines Gelenkes) im Sinne von Art. 9 Abs. 2 lit. b UVV besteht, da eine Luxation nach der Rechtsprechung voraussetzt, dass die durch ein Gelenk verbundenen Knochenenden verschoben sind. Eine solche Verletzung wurde von den Ärzten jedenfalls nicht diagnostiziert. Im Wesentlichen ist von einer posttraumatischen – letzteres bezieht sich jedoch auf eine Ellbogenfraktur in der Kindheit des Beschwerdeführers – Ellbogengelenkarthrose rechts und einer Überdehnung und Überstreckung des rechten Ellbogens die Rede. Auch bei der im März 2009 durchgeführten MRI-Untersuchung und bei der im Dezember 2009 durchgeführten CT-Untersuchung des rechten Ellbogens wurde im Wesentlichen eine Arthrose festgestellt. Da von den beteiligten Ärzten weder eine Verrenkung des rechten Ellbogengelenkes im Sinne einer Luxation (Art. 9 Abs. 2 lit. b UVV) noch eine andere in Art. 9 Abs. 2 UVV erwähnte Körperschädigung diagnostiziert worden ist, fällt eine unfallähnliche Körperschädigung am rechten Arm bzw. am rechten Ellbogen ausser Betracht. Aus diesem Grund ist der Vorwurf des Beschwerdeführers, der Unfallversicherer habe sich zu wenig mit der von Dr. C festgehaltenen Überdehnung und Überstreckung des Ellbogens auseinandergesetzt, nicht gerechtfertigt. Soweit der Beschwerdeführer auf den mangelhaften Beweiswert der Notiz von Dr. E vom 4. Mai 2009 verweist, ist ihm entgegenzuhalten, dass in casu nicht darauf abgestellt wird. Ausserdem wird die von Dr. E erwähnte Arthrose in Art. 9 Abs. 2 UVV ohnehin nicht aufgelistet, weshalb sich diesbezügliche Weiterungen erübrigen.

8.3 An der linken Schulter wurden im Wesentlichen folgende Pathologien festgestellt: mässige Arthrose und leichte Signalalteration des vorderen unteren Drittels des Labrums, eine Läsion des vorderen Labrums, eine SLAP-Läsion mit Painful-arc links und eine Supraspinatustendinopathie.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass es sich bei einer Arthrose um eine degenerative Gelenkserkrankung handelt (vgl. Pschyrembel, Medizinisches Onlinewörterbuch). Die Abkürzung SLAP steht für «superior labrum anterior posterior». Die SLAP-Läsion beschreibt einen Riss der Gelenkklippe am oberen Pfannenrand, meistens durch einen Sturz verursacht (vgl. Homepage der orthopädischen Zent-

ren Münsingen und Brig, www.ozm.com/de/leistungen/schulter/slap-laesion-der-schulter.html). Als Painful-arc (schmerzhafter Bogen) bezeichnet man Schmerzen, die bei einer Abduktion des Armes etwa von 45° bis 160° auftreten (vgl. Alfred M. Debrunner, Orthopädie, Orthopädische Chirurgie, patientenorientierte Diagnostik und Therapie des Bewegungsapparates, 4. Aufl., Bern, Göttingen, Toronto, Seattle, 2002, S. 727). Es ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer am 9. März 2009 nicht gestürzt ist, was die typische Ursache einer SLAP-Läsion ist. Ausserdem sind weder diese noch die restlichen oben erwähnten Pathologien gemäss Art. 9 Abs. 2 UVV als eine unfallähnliche Körperschädigung zu betrachten. Aus diesem Grund erübrigt sich entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers die Durchführung weiterer medizinischer Abklärungen. Mit anderen Worten fällt auch an der linken Schulter eine unfallähnliche Körperschädigung ausser Betracht.

9. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass das Vorkommnis vom 9. März 2009 weder den Unfallbegriff nach Art. 4 ATSG noch denjenigen einer unfallähnlichen Körperschädigung nach Art. 9 Abs. 2 UVV zu erfüllen vermag. Es handelt sich somit nicht um ein von der obligatorischen Unfallversicherung versichertes Ereignis und den Unfallversicherer trifft keine Leistungspflicht. Aus diesem Grund erübrigt sich die Beurteilung der Kausalität zwischen dem Geschehen und der Gesundheitsschädigung. Eine ungenügende Abklärung des Sachverhaltes ist dem Unfallversicherer nicht vorzuwerfen, weshalb sich der Rückweisungsantrag des Beschwerdeführers zur Durchführung weiterer Abklärungen als unbegründet erweist. Da sich auch die Beschwerde insgesamt als unbegründet erweist, ist sie abzuweisen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. August 2010

S 2009 / 182

Art. 57 Abs. 3 UVG – Das Schiedsgericht gemäss Art. 57 UVG setzt sich zusammen aus dem Vorsitzenden der sozialversicherungsrechtlichen Kammer des Verwaltungsgerichts, ergänzt durch je eine von den Parteien ernannte Vertretung in gleicher Zahl (Erwägung 2). Die Durchführung eines vorgängigen Vermittlungsverfahrens ist nach Art. 57 Abs. 3 UVG nach wie vor zwingend (Erwägung 4).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Im Jahr 2004 traten die Ambulanten Psychiatrischen Dienste des Kantons Zug (APD) als Mitglied dem Verband «H+ Die Spitäler der Schweiz» bei. Für die von den

APD erbrachten Leistungen wurde in der Folge von den Unfallversicherern jeweils gemäss dem mit den Spitälern abgeschlossenen Tarifvertrag ein Taxpunktwert für in einem Spital durchgeführte ambulante Behandlungen mit 1 Franken abgegolten. Mit Schreiben vom 30. April 2008 teilte die Medizinaltarif-Kommission UVG (MTK) als Vertreterin der Unfallversicherer dem APD allerdings mit, dass in Zukunft lediglich noch der für Arztpraxen geltende Taxpunktwert von 92 Rappen vergütet werde, da der APD keine Heilanstalt im Sinne von Art. 68 Abs. 1 UVV darstelle. Die APD gelangten daraufhin am 10. November 2008 an die Paritätische Vertrauens-Kommission TARMED MTK/MV/IV/H+ (PVK) mit den Anträgen, es sei gesetzlich festzustellen, dass die MTK mit ihrem Verhalten – den APD des Kantons Zug die Taxpunktwerte nur noch teilweise, d.h. lediglich mit Fr. 0.92 zu vergüten – eine Vertragsverletzung begehe, die Versicherer (MTK, BAMV, IV) seien unter Androhung von Sanktionen im Sinne von Art. 8 Rahmenvertrag anzuweisen, die Leistungen der APD des Kantons Zug mit einem TARMED-Taxpunktwert von Fr. 1.– abzurechnen, wobei noch nicht abgerechnete Leistungen oder nur teilweise erstattete Rechnungen nachträglich gegenüber den APD mit einem Taxpunktwert von Fr. 1.– zu begleichen seien, unter Kostenfolgen zu ganzen Teilen zu Lasten der MTK.

Mit Entscheid vom 11. März 2009 trat die PVK auf das Verfahren nicht ein und verwies die APD Zug auf den Rechtsweg gemäss Art. 57 UVG, Art. 27^{bis} IVG und Art. 27 MVG. Die PVK führte dazu aus, für die Klärung der Frage, ob die APD Zug die bundesgesetzlichen Voraussetzungen als Heilanstalt gemäss Art. 53 UVG, Art. 68 UVV, Art. 22 MVG und Art. 26^{bis} IVG erfüllen würden, sei die PVK nicht zuständig. Im Übrigen müssten die APD aus Sicht der PVK einen einzelnen Versicherer (z.B. die SUVA) einklagen, der aus ihrer Sicht den Vertrag nicht einhalte, nicht die eidgenössischen Sozialversicherer als Vertragspartei von H+.

Am 4. Dezember 2009 liessen die APD beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug als Schiedsgericht gemäss Art. 57 UVG gegen die SUVA Klage einreichen und beantragen, die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für insgesamt 21 ausstehende Rechnungen Fr. 14'918.35 nebst Zins zu 5 % seit Klageeinreichung zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten. Das Verwaltungsgericht holte daraufhin von den Parteien vorab je eine Stellungnahme zur Frage der Eintretensvoraussetzungen, insbesondere des Vermittlungsverfahrens nach Art. 57 Abs. 3 UVG, ein.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Die Kantone bezeichnen gemäss Art. 57 Abs. 3 UVG das Schiedsgericht und regeln das Verfahren (Satz 1), wobei sich das Schiedsgericht aus einem neutralen Vorsitzenden und je einer Vertretung der Parteien in gleicher Zahl zusammensetzt (Satz 3).

2.1 Gemäss § 4 Abs. 1 lit. a der zugerischen Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 12. Dezember 1983 wird im Hinblick auf Art. 57 UVG auf das Schiedsgericht gemäss § 20 des damaligen, allerdings heute nicht mehr in Kraft stehenden Einführungsgesetzes über die Kranken- und Unfallversicherung vom 19. November 1970 (EG KUVG) verwiesen. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung bestand das Schiedsgericht aus einem Obmann und zwei Mitgliedern. Jede Partei bezeichnete einen Schiedsrichter. Obmann war der Kantonsgerichtspräsident. Das Verfahren richtete sich sodann gemäss § 20 Abs. 3 EG KUVG nach den Bestimmungen des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden (GOG) und nach der Zivilprozessordnung für den Kanton Zug (ZPO), soweit das KUVG keine anderslautende Bestimmungen enthielt.

2.2 Das EG KUVG – und damit die zitierten Zuständigkeits- und Verfahrensbestimmungen – blieb nach der per 1. Januar 1984 nun unabhängig vom Krankenversicherungsbereich erfolgten Bundesgesetzgebung über die Unfallversicherung vorerst weiterhin gültig und wurde erst im Zuge der per 1. Januar 1996 erfolgten Einführung auch eines eigenen Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG) ausser Kraft gesetzt, indem es mit Inkrafttreten des entsprechenden kantonalen Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 29. Februar 1996 (EG KVG) explizit aufgehoben wurde. Für den Bereich der Krankenversicherung wurde in diesem Zuge neu die sozialversicherungsrechtliche Kammer des Verwaltungsgerichts in Dreierbesetzung, ergänzt durch je einen Vertreter oder eine Vertreterin der beteiligten Parteien, als Schiedsgericht eingesetzt (§ 8 EG KVG). Im Unfallversicherungsbereich fehlt hingegen durch die Ausserkraftsetzung des EG KUVG nunmehr eine gültige kantonale Zuständigkeitsregelung im Hinblick auf die Schiedsgerichtsbarkeit, was offensichtlich einem gesetzgeberischen Versehen entspricht. Die dadurch entstandene echte Gesetzeslücke ist daher durch den Richter zu füllen (vgl. dazu BGE 128 I 42 Erw. 3b mit Hinweisen).

2.3 Nach den allgemeinen Regeln über die Gesetzesauslegung muss das Gesetz in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Auszurichten ist die Auslegung auf die

ratio legis, die zu ermitteln dem Gericht bzw. dem zur Entscheidung berufenen Organ allerdings nicht nach ihren eigenen, subjektiven Wertvorstellungen, sondern nach den Vorgaben des Gesetzgebers aufgegeben ist. Der Balancegedanke des Prinzips der Gewaltenteilung bestimmt nicht allein die Gesetzesauslegung im herkömmlichen Sinn, sondern führt darüber hinaus zur Massgeblichkeit der bei der Auslegung gebräuchlichen Methoden auf den Bereich richterlicher Rechtschöpfung, indem ein vordergründig klarer Wortlaut einer Norm entweder auf dem Analogieweg auf einen davon nicht erfassten Sachverhalt ausgedehnt oder umgekehrt auf einen solchen Sachverhalt durch teleologische Reduktion nicht angewandt wird. Die Auslegung des Gesetzes ist zwar nicht entscheidend historisch zu orientieren, im Grundsatz aber dennoch auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die damit erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten, da sich die Zweckbezogenheit des rechtsstaatlichen Normverständnisses nicht aus sich selbst begründen lässt, sondern aus den Absichten des Gesetzgebers abzuleiten ist, die es mit Hilfe der herkömmlichen Auslegungselemente zu ermitteln gilt (BGE 128 I 40 f. Erw. 3b).

2.4 Vorliegend ist aufgrund des Umstands, dass bisher in den verwandten Bereichen der Kranken- und der Unfallversicherung die Schiedsgerichtsbarkeit stets gleich geregelt war, immerhin davon auszugehen, dass der kantonale Gesetzgeber auch weiterhin an einer gleich gearteten Zuständigkeit festgehalten hätte, wäre ihm die durch die Aufhebung von § 20 EG KUVG entstandene Gesetzeslücke in der Unfallversicherung bewusst gewesen. Dass eine entsprechende Anpassung von § 4 Abs. 1 lit. a der zugerischen Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über die Unfallversicherung im Jahr 1996 versehentlich unterblieben ist, mag wohl daran liegen, dass Schiedsgerichtsverfahren im Unfallversicherungsbereich – dies im Gegensatz zur Situation in der Krankenversicherung – in der Praxis kaum je angestrengt wurden. Offenbar sah man aber mit Einführung des KVG im Jahr 1996 das Verwaltungsgericht, welches bei Inkrafttreten des früheren EG KUVG im Jahr 1970 noch nicht existiert hatte, inzwischen als die besser geeignete Instanz für die Beurteilung von Streitigkeiten zwischen Sozialversicherern und Leistungserbringern an als das bisher zuständige Kantonsgerichtspräsidium, da dem Verwaltungsgericht ja auch alle übrigen sozialversicherungsrechtlichen Streitigkeiten zur Behandlung übertragen worden waren (vgl. § 77 und 82 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 1. April 1976, VRG). Es rechtfertigt sich daher, den im Hinblick auf Art. 89 KVG erlassenen § 8 EG KVG mangels einer entsprechenden gültigen Zuständigkeits- und Verfahrensbestimmung für den Bereich der Unfallversicherung zumindest insoweit analog auch auf das Schiedsgerichtsverfahren gemäss Art. 57 UVG anzuwenden, als der Vorsitzende der sozialversicherungsrechtlichen Kammer des Verwaltungsgerichts als neutraler Vorsitzender des Schiedsgerichts im Sinne von Art. 57 Abs. 3

UVG zu bezeichnen ist. Eine weitere analoge Anwendung von § 8 EG KVG in dem Sinne, dass die sozialversicherungsrechtliche Kammer in Dreierbesetzung die neutrale Komponente des Schiedsgerichts bilden sollte, verbietet sich hingegen aufgrund des nach wie vor unveränderten bundesrechtlichen Gesetzeswortlauts von Art. 57 Abs. 3 Satz 3 UVG, in welchem – anders als in der Bestimmung von Art. 89 Abs. 4 KVG – ausdrücklich nur von «einem neutralen Vorsitzenden» die Rede ist.

2.5 Das Schiedsgericht gemäss Art. 57 UVG setzt sich im Kanton Zug demnach mangels einer anderslautenden gesetzlichen Regelung in analoger Anwendung von § 8 EG KVG – soweit dies aufgrund des im Vergleich zu Art. 89 KVG engeren Gesetzeswortlauts von Art. 57 UVG möglich ist – zusammen aus dem Vorsitzenden der sozialversicherungsrechtlichen Kammer des Verwaltungsgerichts, welcher auch den schiedsgerichtlichen Vorsitz führt, ergänzt durch die von den beiden Parteien je ernannten Vertreter. In diesem Sinne hat sich das Schiedsgericht vorliegend denn auch an seiner ersten Sitzung vom 7. Mai 2010 konstituiert.

(...)

4. Der schiedsgerichtlichen Behandlung eines Streitfalles hat gemäss Art. 57 Abs. 3 Satz 2 UVG ein Vermittlungsverfahren voranzugehen, sofern nicht schon eine vertraglich eingesetzte Vermittlungsinstanz geamtet hat. Diese Bestimmung entspricht der altrechtlichen Regelung von Art. 25 Abs. 4 KUVG, während demgegenüber in der Krankenversicherung mit Einführung des KVG an dem Erfordernis eines vorgängigen Vermittlungsverfahrens nicht mehr festgehalten wurde (Urteil des Bundesgerichts vom 30. Juli 2007, K 70/06, Erw. 2.2 mit Hinweis auf RKUV 2005 Nr. KV 318 S. 71 Erw. 5.1). Im Bereich der Unfallversicherung ist demnach aber gemäss der vom Bundesgericht bzw. vom damaligen Eidgenössischen Versicherungsgericht stets als zwingend bezeichneten bundesrechtlichen Vorschrift von Art. 57 Abs. 3 UVG bzw. Art. 25 Abs. 4 KUVG die Durchführung eines Schlichtungs- oder Vermittlungsverfahrens nach wie vor unabdingbare Voraussetzung des schiedsgerichtlichen Verfahrens. Wird dem Schiedsgericht ein Begehren zum Entscheid vorgelegt, über das kein Schlichtungsverfahren durchgeführt wurde, so darf es jenes Begehren materiell nicht beurteilen (BGE 119 V 312 Erw. 1a mit Hinweisen).

4.1 Im Kanton Zug besteht seit Ausserkraftsetzung des EG KUVG per 1. Januar 1996 im Unfallversicherungsbereich keine gültige gesetzliche Bestimmung mehr, welche das von Bundesrechts wegen obligatorische Vermittlungsverfahren regeln bzw. eine entsprechende Instanz für zuständig erklären würde. Jedoch wird im Rahmenvertrag vom 1. Oktober 2003 zwischen den Versicherern gemäss Bundes-

gesetz über die Unfallversicherung, vertreten durch die Medizinaltarif-Kommission UVG (MTK), dem Bundesamt für Militärversicherung (BAMV) und der Invalidenversicherung (IV), vertreten durch das Bundesamt für Sozialversicherungen, einerseits und dem Verband «H+ Die Spitäler der Schweiz» (H+) andererseits in Art. 13 eine Paritätische Vertrauens-Kommission TARMED (PVK) geschaffen. In Art. 14 Abs. 1 des Rahmenvertrages wird festgelegt, dass Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien aus diesem Vertrag oder den Vereinbarungen, die nicht unter einander geregelt werden können, sowie Streitigkeiten mit den diesem Vertrag angeschlossenen Spitälern von der PVK behandelt werden. Kommt es zu keiner Einigung, richtet sich das weitere Vorgehen nach Art. 57 UVG bzw. Art. 27 MVG (Art. 14 Abs. 2 des Rahmenvertrages).

4.2 Die Klägerin ist in diesem Sinne – nachdem ihr die MTK mit Schreiben vom 30. April 2008 mitgeteilt hatte, dass die Unfallversicherer in Zukunft nur noch mit einem Taxpunktwert von Fr. 0.92 abrechnen würden – am 10. November 2008 an die PVK gemäss Art. 13 des Rahmenvertrages gelangt mit dem Begehren, die Versicherer (MTK, BAMV, IV) seien anzuweisen, die von ihr erbrachten Leistungen weiterhin mit einem TARMED-Taxpunktwert von Fr. 1.– abzurechnen. Mit Entscheid vom 11. März 2009 trat die PVK indessen auf dieses Vermittlungsbegehren nicht ein, verwies die Klägerin auf den Rechtsweg gemäss Art. 57 UVG, Art. 27^{bis} IVG und Art. 27 MVG und äusserte zudem die Ansicht, dass die Klägerin dabei einen einzelnen Versicherer und nicht «die eidg. Sozialversicherer als Vertragspartei von H+» einklagen müsse. Mit diesem Nichteintretensentscheid der PVK stellt sich nun allerdings die Frage, ob das Erfordernis eines vorgängigen Vermittlungsverfahrens überhaupt erfüllt ist. Die Klägerin vertritt dabei den Standpunkt, auch wenn die PVK auf ihr Gesuch nicht eingetreten sei, so habe doch ein im Rahmenvertrag H+ vorgesehene Vermittlungsverfahren stattgefunden, welches indessen als gescheitert betrachtet werden müsse. Ein weiteres Vermittlungsverfahren sei damit nicht mehr erforderlich. Für den Fall, dass das Gericht dennoch ein weiteres Vermittlungsverfahren als notwendig erachten sollte, schlägt die Klägerin – wie bereits zuvor die Beklagte – mangels eines eigenen kantonalen Vermittlungsverfahrens vor, dass der Vorsitzende des Schiedsgerichts eine solche Vermittlungsverhandlung durchführen solle.

4.3 Tritt eine Instanz auf ein Begehren nicht ein, bedeutet dies, dass das Begehren ohne Prüfung der Begründetheit zurückgewiesen wird (vgl. Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 72). Die Instanz befasst sich mit anderen Worten inhaltlich gar nicht mit der Streitsache. Genau dies ergibt sich auch vorliegend aus dem Entscheid der PVK vom 11. März 2009, mit welchem die PVK ihr Nichteintreten damit begründet, dass sie für die Klärung der Frage, ob die Klägerin die bundesgesetzlichen Voraussetzungen als Heilanstalt gemäss

Art. 53 UVG, Art. 68 UVV, Art. 22 MVG und Art. 26^{bis} IVG erfülle, nicht zuständig sei. Sie verwies die Klägerin daher direkt an das Schiedsgericht gemäss Art. 57 UVG, ohne den Parteien einen eigenen Vermittlungsvorschlag unterbreitet zu haben. Mit einer so gearteten Fallerledigung kann allerdings nicht davon gesprochen werden, das von Gesetzes wegen zu erfolgende Vermittlungsverfahren sei tatsächlich – wenn auch erfolglos – durchgeführt worden. Denn auch von einer gescheiterten Vermittlung kann nur dann gesprochen werden, wenn sich die Vermittlungsinstanz inhaltlich mit der Sache befasst und wenigstens den Versuch einer Einigung unternommen hat. Voraussetzung für ein durchgeführtes Vermittlungsverfahren ist also, dass den Streitparteien von der Schlichtungsinstanz zumindest ein Vermittlungsvorschlag unterbreitet wird. Erst dann, wenn eine einvernehmliche Lösung trotz des Schlichtungsversuchs nicht erzielt werden konnte, handelt es sich um ein durchgeführtes und (erfolglos) abgeschlossenes Vermittlungsverfahren, welches nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung Eintretensvoraussetzung für die Schiedsgerichte darstellt (vgl. BGE 114 V 326 Erw. 4a).

4.4 Der Argumentation der PVK, wonach sie für die Beurteilung der Frage, ob die Klägerin eine Heilanstalt im Sinne von Art. 53 UVG sei, nicht zuständig sei, kann in diesem Zusammenhang jedenfalls nicht gefolgt werden. Die Klägerin, welche zumindest formell Mitglied des Verbandes H⁺ ist, macht gegenüber der Beklagten als Unfallversicherer einen Anspruch geltend, welchen sie konkret aus dem Rahmenvertrag MTK/MV/IV/H⁺ ableitet. Die Frage, ob der dabei geforderte TARMED-Steuerpunktwert von Fr. 1.– zu vergüten ist oder nicht, fällt daher zweifellos in den Zuständigkeitsbereich der angerufenen PVK. Zwar hängt der zu fällende Entscheid durchaus auch davon ab, ob die Klägerin überhaupt als Spital im Sinne des Rahmenvertrags gelten kann. In Art. 2 des Rahmenvertrages wird nämlich der Geltungsbereich dieses Vertrags auf alle Spitäler, die über eine Betriebsbewilligung nach kantonalem Recht verfügen, die gesetzlichen Voraussetzungen gemäss Art. 53 UVG, Art. 22 MVG und Art. 26^{bis} IVG erfüllen und dem Vertrag beigetreten sind, eingegrenzt, sodass sich auch die gestützt auf diesen Rahmenvertrag festgesetzten TARMED-Steuerpunktwerte nur auf solche Einrichtungen anwenden lassen, die alle diese Voraussetzungen erfüllen. Wer zur Beurteilung der Frage, ob die Klägerin den genannten Kriterien genügt, zuständig wäre, wenn diese Problematik unabhängig von einem konkret geltend gemachten und aus dem Rahmenvertrag MTK/MV/IV/H⁺ abgeleiteten Leistungsanspruch zur Diskussion stünde, kann vorliegend offen bleiben. Die in der Hauptsache zuständige Instanz ist jedenfalls vorbehaltlich anderslautender spezialgesetzlicher Regelungen so oder anders zuständig, vorfrageweise auch die für die Beantwortung der Hauptsache erforderlichen Streitfragen aus einem anderen Rechtsgebiet zu beantworten, auch wenn dafür bei isolierter Betrachtung andere Behörden oder Gerichte zuständig wären,

soweit diese an sich zuständigen Behörden noch keinen entsprechenden Entscheid gefällt haben (Urteil des Bundesgerichts vom 7. Mai 2008, 9C_211/2008, Erw. 4.5 mit Hinweisen). In diesem Sinne wäre es also durchaus Aufgabe der PVK gewesen, vorfrageweise über die Eigenschaft der Klägerin als Spital zu befinden und den Parteien einen entsprechenden Schlichtungsvorschlag im Hinblick auf die Frage zu unterbreiten, ob der Klägerin nun der entsprechend geltend gemachte Taxpunktwert von Fr. 1.- zu verrechnen sei oder nicht.

4.5 Der Vollständigkeit halber ist im Hinblick auf das mithin noch durchzuführende Vermittlungsverfahren darauf hinzuweisen, dass ein Vermittlungsverfahren in Bezug auf eine Streitigkeit nur dann als durchgeführt betrachtet werden kann, wenn die mit der darauf folgenden Klage ins Recht gefasste Gegenpartei auch in die Vermittlung mit einbezogen wurde. Ob diese Voraussetzung vorliegend erfüllt war, erscheint aufgrund der vorhandenen Unterlagen fraglich. So liegt zwar dem Schiedsgericht die Eingabe der Klägerin vom 10. November 2008 an die PVK nicht vor. Aus der Wiedergabe der darin gestellten Anträge im PVK-Entscheid vom 11. März 2009 ergibt sich aber, dass das Schlichtungsbegehren gegen die Versicherer insgesamt gerichtet war, dabei jedoch lediglich die MTK namentlich genannt wurde. Ob die PVK ihrerseits überhaupt irgend eine der ins Recht gefassten Parteien zum Vermittlungsverfahren beigezogen hat, geht aus dem Entscheid schliesslich nicht hervor. Jedenfalls festzuhalten ist, dass der im vorliegenden Schiedsgerichtsverfahren schliesslich eingeklagte Versicherer selbst nicht unmittelbar in das Vermittlungsverfahren involviert war. Denkbar wäre nun zwar immerhin die Annahme, dass die Beklagte indirekt durch die MTK als Gegenpartei in das Vermittlungsverfahren mit einbezogen war. Die MTK selbst ist hingegen kein Unfallversicherer im Sinne des UVG und wird denn auch im Rahmenvertrag MTK/BAMV/IV/H+ lediglich als Vertreterin der Unfallversicherer aufgeführt. Ob auch die MTK in eigenem Namen oder nur die jeweils einzelnen von der MTK vertretenen Unfallversicherer passivlegitimiert sind, wurde bislang in ähnlich gelagerten Fällen aus dem Krankenversicherungsbereich, in welchen sich die Frage der Aktiv- und Passivlegitimation der *santésuisse* als Vertreterin der Krankenversicherer oder sogar der entsprechenden PVK stellte, vom Bundesgericht bzw. vom früheren Eidgenössischen Versicherungsgericht regelmässig offen gelassen (vgl. dazu BGE 119 V 315 Erw. 4a; Urteil des EVG vom 6. Oktober 2005, K 119/04, Erw. 1). Auch in der vorliegenden Konstellation braucht schliesslich die Frage, ob überhaupt die richtige passivlegitimierte Partei angegangen wurde, nicht entschieden zu werden, da so oder anders bereits mit dem Nichteintreten der PVK das Erfordernis eines vorgängig durchgeführten Vermittlungsverfahrens nicht erfüllt ist. Immerhin wird bei der nun nachzuholenden Durchführung des Vermittlungsverfahrens aber auf die korrekte Bezeichnung der Prozessparteien zu achten sein.

5. Zusammenfassend ergibt sich damit, dass das Schiedsgericht auf die Klage vom 4. Dezember 2009 mangels eines vorgängig durchgeführten Vermittlungsverfahrens gemäss Art. 57 Abs. 3 UVG nicht eintreten kann, nachdem die angerufene PVK TARMED MTK/BAMV/IV/H+ auf das Vermittlungsbegehren der Klägerin gar nicht erst eingetreten ist. Da das zugerische kantonale Recht (fälschlicherweise) keine eigene Vermittlungsinstanz mehr vorsieht, jedoch immerhin die vertragliche PVK TARMED MTK/BAMV/ IV/H+ für die Schlichtung im Hinblick auf Ansprüche, welche aus dem Rahmenvertrag MTK/MV/IV/H+ abgeleitet werden, zweifellos zuständig ist, rechtfertigt es sich, die Sache direkt an die PVK zurückzuweisen mit dem Auftrag, das erforderliche Vermittlungsverfahren durchzuführen und dabei den Streitparteien auch einen entsprechenden Vermittlungsvorschlag zu unterbreiten. Keine gesetzliche Grundlage sieht das Schiedsgericht für den Vorschlag der Parteien, wonach der Vorsitzende des Schiedsgerichts selbst ein Vermittlungsverfahren durchführen solle, zumal der Vorsitzende schliesslich in einem folgenden Schiedsgerichtsverfahren unter Umständen als vorbefasst abgelehnt werden könnte.

(...)

Urteil des Schiedsgerichts gemäss Art. 57 UVG vom 9. Juni 2010 S 2009 / 175

Art. 3 Abs. 1 lit. b FamZG; Art. 1 Abs. 1 und 2 FamZV – Ausbildungszulage. Ein Au pair-Aufenthalt einer Französischsprachigen in der Deutschschweiz, welcher im Hinblick auf die später beabsichtigte Aufnahme einer Grafikerausbildung an einer zweisprachigen Schule absolviert wird, gilt aus Ausbildung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b FamZG.

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

H., wohnhaft in Bulle, jedoch beschäftigt bei der X. AG in Rotkreuz, bezog für seine Tochter C., geb. am 15. Februar 1994, Kinderzulagen nach Art. 3 Abs. 1 lit. a FamZG, welche allerdings wegen Vollendung des 16. Altersjahres per 28. Februar 2010 eingestellt wurden. In der Folge beantragte H. die Ausrichtung von Ausbildungszulagen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b FamZG mit dem Hinweis darauf, dass C. seit dem 17. August 2009 bis zum 16. Juli 2010 als Au-pair in Luzern tätig sei und dabei auf eigene Kosten einen Deutschkurs besuche. Mit Verfügung vom 29. April 2010 lehnte die Familienausgleichskasse B. einen Anspruch auf Ausbildungszulagen ab dem 1. März 2010 ab mit der Begründung, die Tätigkeit als Au-pair gelte nicht als Ausbildung, insbesondere weil dabei die Arbeit für die Familie

im Vordergrund stehe. Gegen diese Verfügung erhob H. Einsprache, welche die Familienausgleichskasse B. mit Einspracheentscheid vom 17. Juni 2010 abwies. Beschwerdeweise gelangte H. daraufhin an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug und beantragte die Ausrichtung der Ausbildungszulage für seine Tochter C. für die Periode vom 1. März bis 31. Juli 2010. Mit Vernehmlassung vom 6. August 2010 beantragte die Familienausgleichskasse Arbeitgeber Basel die Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a FamZG wird ab dem Geburtsdatum eines Kindes bis zum Ende des Monats, in dem das Kind das 16. Altersjahr vollendet, eine Kinderzulage ausgerichtet. Ab dem Ende des Monats, in dem das Kind das 16. Altersjahr vollendet, bis zum Abschluss der Ausbildung, längstens jedoch bis zum Ende des Monats, in dem es das 25. Altersjahr vollendet, wird sodann gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b FamZG eine Ausbildungszulage ausgerichtet. Artikel 1 Abs. 1 der Verordnung über die Familienzulagen vom 31. Oktober 2007 (FamZV) legt dabei präzisierend fest, dass ein Anspruch auf eine Ausbildungszulage für Kinder besteht, die eine Ausbildung im Sinne von Art. 25 Abs. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) – diese Bestimmung regelt den Anspruch auf Waisenrenten bis zum vollendeten 25. Altersjahr – absolvieren. Kein Anspruch auf Ausbildungszulage besteht jedoch, wenn das jährliche Einkommen des Kindes in Ausbildung höher ist als die maximale volle Altersrente der AHV (Art. 1 Abs. 2 FamZV).

2.1 Nach der Rechtsprechung zu Art. 25 Abs. 5 AHVG gelten Personen als in Ausbildung begriffen, die während einer bestimmten Zeit Schulen oder Kurse besuchen oder der beruflichen Ausbildung obliegen. Unter beruflicher Ausbildung ist jede Tätigkeit zu verstehen, welche die systematische Vorbereitung auf eine künftige Erwerbstätigkeit zum Ziel hat und während welcher von der betreffenden Person mit Rücksicht auf den vorherrschenden Ausbildungscharakter ein wesentlich geringeres Erwerbseinkommen erzielt wird, als ein Erwerbstätiger mit abgeschlossener Berufsausbildung orts- oder branchenüblich erzielen würde (BGE 106 V 149 Erw. 1). Als Vorbereitung auf eine künftige Erwerbstätigkeit gelten einerseits Tätigkeiten wie namentlich das Absolvieren einer Lehre, eine höhere Berufsbildung oder eine berufsorientierte Weiterbildung. Auch der Erwerb von Vorkenntnissen für ein angestrebtes Lehrverhältnis wird hierzu gezählt, sofern diese Tätigkeiten eine systematische Vorbereitung auf eine künftige Erwerbstätigkeit erlauben. Der Be-

such von Schulen und Kursen gilt als Ausbildung, wenn er auf die berufsbezogene Vorbereitung auf eine Ausbildung oder auch nur auf die blossere spätere Berufsausübung, das heisst ohne angestrebten Berufsabschluss, gerichtet ist. Als Ausbildung gelten aber auch Kurs- und Schulbesuche, die keiner spezifischen Berufsausbildung, sondern der Allgemeinbildung dienen. In diesem Sinne sind bei Kurs- und Schulbesuchen die Art der Lehranstalt und das Ausbildungsziel unerheblich, soweit diese im Rahmen eines ordnungsgemässen, faktisch oder rechtlich anerkannten Lehrganges eine systematische Vorbereitung auf das jeweilige Ziel bieten (Ueli Kieser / Marco Reichmuth, Praxiskommentar FamZG, Art. 3 N 40 f.).

2.2 Nicht als in Ausbildung begriffen gelten Personen, die zur Hauptsache einem Erwerb nachgehen und nur nebenbei Schulen oder Kurse besuchen, wie auch Studierende, die neben dem Studium durch eine Erwerbstätigkeit überwiegend beansprucht sind. Ist zu prüfen, ob eine neben der Ausbildung ausgeübte Erwerbstätigkeit überwiegt, so bildet in quantitativer Hinsicht grundsätzlich aber nicht der Zeit- sondern der Einkommensvergleich das massgebende Kriterium (Wegleitung über die Renten in der Eidgenössischen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, RWL, Stand 1. Januar 2010, Rz. 3360). Die Abgrenzung erfolgt dabei durch die Einkommenslimite von Art. 1 Abs. 2 FamZV (Kieser/Reichmuth, a.a.O., Art. 3 N 46 mit Hinweisen). Ein Sprachkurs im entsprechenden Sprachgebiet gilt sodann nur soweit als Bestandteil der Ausbildung, als zwischen diesem und dem Berufsziel ein Zusammenhang besteht (RWL Rz. 3362 mit Verweis auf ZAK 1977 S. 265). Im Praxiskommentar FamZG wird dabei allerdings die Ansicht vertreten, dass in Anbetracht der grossen Bedeutung von Sprachkenntnissen und im Hinblick auf allfällige Weiter- oder Zweitausbildungen hier kein allzu strenger Massstab anzulegen sei. Gemäss einer Stellungnahme des BSV könne denn auch das «Neue Welschlandjahr», bei welchem neben einer praktischen Tätigkeit bei der Gastfamilie von 24 – 26 Stunden pro Woche ein Schulprogramm von 16 – 18 Wochenlektionen trete, als Ausbildung betrachtet werden, da der systematische Unterricht fast die Hälfte eines Vollzeitpensums ausmache. Immerhin genüge aber der ausschliessliche, schulfreie Aufenthalt in einem anderen Sprachgebiet namentlich als reines Au-pair in keinem Fall für die Annahme einer Ausbildung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b FamZG (Kieser/Reichmuth, a.a.O., Art. 3 N 49 ff.).

3. Die im französischsprachigen Bulle wohnhafte Tochter des Beschwerdeführers, C., trat am 17. August 2009 einen 11-monatigen Aufenthalt als Au-pair bei einer Gastfamilie in Luzern mit einem zeitlichen Pensum von etwas mehr als 30 Stunden pro Woche an. Sie erhielt dafür Kost und Logis sowie ein kleines Taschengeld. Daneben belegte sie auf eigene Kosten bei der Klubschule Migros einen

Deutschkurs, welcher zweimal wöchentlich in jeweils knapp zweistündigen Lektionen durchgeführt wurde. Nach ihrem Au-pair-Aufenthalt beabsichtigte C., in Biel die Fachklasse Grafik an der zweisprachigen Schule für Gestaltung Bern und Biel zu besuchen. Nach Angaben des Beschwerdeführers diene der Au-pair-Aufenthalt seiner Tochter zur Verbesserung ihrer Chance, an der Schule für Gestaltung aufgenommen zu werden. Im Hinblick auf die angestrebte Ausbildung trat C. inzwischen denn auch am 26. August 2010 einen einjährigen Vorbereitungskurs an der Ecole des métiers de Fribourg (Ecole de communication visuelle, ECV) an. Während der Vorbereitungskurs in Fribourg noch vollumfänglich auf französisch durchgeführt wird, wird der in nur einer einzigen Klasse angebotene Grafiklehrgang in Biel seinerseits im Wesentlichen in deutscher Sprache unterrichtet werden, wobei aber für die französischsprachigen Schüler der Unterrichtsstoff immerhin nach Möglichkeit jeweils auch auf deutsch übersetzt wird. Die Aufnahmeprüfung in Biel kann wahlweise auf deutsch oder französisch absolviert werden. Deutschkenntnisse stellen damit insgesamt zwar keine eigentliche Voraussetzung für die Grafikausbildung in Biel dar, sind jedoch nach Angaben der Schule für Gestaltung Bern und Biel sicher von Vorteil, um dem Unterricht uneingeschränkt folgen zu können.

3.1 Ausgehend von diesem Sachverhalt muss davon ausgegangen werden, dass der Erwerb von Deutschkenntnissen an und für sich durchaus auf das Ziel, an der zweisprachigen Schule für Gestaltung in Biel eine Grafikausbildung zu absolvieren, ausgerichtet war. Die Fähigkeit, dem grundsätzlich in deutscher Sprache geführten Unterricht uneingeschränkt folgen zu können, wird zweifellos einen wesentlichen Einfluss auf ein erfolgreiches Bestehen dieser Ausbildung haben. Auch als voll ausgebildete Grafikerin, welche in diesem Beruf naturgemäss mit Aufgabenstellungen auch aus dem sprachlichen Bereich wie das Bearbeiten von Schriftzügen und Texten konfrontiert sein wird, wird C. im Rahmen einer Berufsausübung in der Schweiz dereinst auf gute Deutschkenntnisse angewiesen sein. Die vorliegende Konstellation ist damit jedenfalls nicht zu vergleichen mit der vom damaligen Eidgenössischen Versicherungsgericht in BGE 102 V 210 beurteilten Situation, wo die Erforderlichkeit von Englischkenntnissen für eine angehende Möbelschreinerin verneint wurde. Ist nach der in der Lehre vertretenen und nach Ansicht des Gerichts durchaus angebrachten Auffassung im Hinblick auf die Bedeutung von Sprachkenntnissen kein allzu strenger Massstab anzulegen, muss der Besuch von Deutschkursen im Falle der Tochter des Beschwerdeführers durchaus als Vorbereitung auf die eigentliche Berufsausbildung anerkannt werden.

3.2 Der Umstand, dass der von C. besuchte Deutschkurs nur in wöchentlich zwei jeweils knapp zweistündigen Lektionen durchgeführt wurde, während die eigentliche Au-pair-Tätigkeit mehr als 30 Stunden pro Woche ausmachte, vermag

dabei die ausserdem anzunehmende Qualifikation des Au-pair-Aufenthalts als Ganzes als Ausbildung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b FamZG nicht zu beeinträchtigen. Ausschlaggebend für die Annahme einer Ausbildung bei einer neben dem Kursbesuch zusätzlich ausgeübten Erwerbstätigkeit, wie dies bei einer Au-pair-Tätigkeit der Fall ist, ist ja nach der aus der Rechtsprechung zu Art. 25 Abs. 5 AHVG hervorgegangenen Konzeption nicht in erster Linie der Zeit-, sondern der Einkommensvergleich, welcher sich im Hinblick auf den Anspruch auf eine Ausbildungszulage nach den Vorgaben von Art. 1 Abs. 2 FamZV richtet. Nach den Lohnrichtlinien für Au-pair-Angestellte, wie sie von verschiedenen Au-pair-Vermittlungsorganisationen in der Schweiz angewandt werden, beträgt der Bruttolohn für bis 17-Jährige beispielsweise bei einem 32-Stunden-Pensum (inkl. Naturallohnanteil von Fr. 990.-) jedoch gerade einmal Fr. 1'340.- und erreicht damit bei Weitem nicht die Höhe der maximalen vollen Altersrente der AHV von derzeit Fr. 2'280.-. Bereits daraus ergibt sich, dass klarerweise der Aspekt der Ausbildung und nicht derjenige der Erwerbsausübung im Vordergrund steht, auch wenn in rein zeitlicher Hinsicht naturgemäss die Mithilfe im Haushalt und in der Kinderbetreuung in der Gastfamilie überwiegt. Selbst dabei gilt es im Übrigen zu berücksichtigen, dass gerade auch die praktische Anwendung der Fremdsprache im täglichen Umgang mit der Gastfamilie einen wichtigen Bestandteil für das Erlernen der Sprache darstellt und insofern auch bei diesen Tätigkeiten der Ausbildungsaspekt nicht ausser Acht gelassen werden kann. In diesem Sinne kann daher der Argumentation der Vorinstanz, welche nicht das Erlernen der Sprache, sondern die Arbeit im Haushalt als im Vordergrund stehend bezeichnete, jedenfalls nicht gefolgt werden. Vielmehr ist offenkundig, dass der Au-pair-Aufenthalt von C. insgesamt vorwiegend zum Zweck des Erlernens der deutschen Sprache erfolgt ist.

3.3 Damit bleibt festzuhalten, dass der Au-pair-Aufenthalt in der Deutschschweiz mit dem gleichzeitigen Besuch eines Deutschkurses unter den konkreten Umständen durchaus als Vorbereitung für die beabsichtigte berufliche Ausbildung der Tochter des Beschwerdeführers zur Grafikerin aufzufassen ist. Selbst wenn in der konkreten Ausgestaltung des Au-pair-Aufenthalts mit dem Besuch eines Sprachkurses von lediglich zweimal wöchentlich Lektionen à jeweils knapp zwei Stunden die theoretische Sprachausbildung rein zeitmässig geringer ausgefallen sein mag als das im Übrigen mit etwas über 30 Stunden pro Woche ausgeübte Au-pair-Pensum in der Gastfamilie – wobei allerdings auch hierbei wie dargelegt die praktische Anwendung der im Sprachkurs erlernten Kenntnisse nicht ausser Acht zu lassen ist –, ergibt sich doch aufgrund des in Kauf genommenen selbst für eine 16-Jährige eher geringen Erwerbseinkommens, dass offenkundig der Aspekt der Ausbildung und nicht jener der Erwerbstätigkeit im Vordergrund stand. Die Tochter des Beschwerdeführers befand sich damit in dem zur Beurteilung stehen-

den Zeitraum vom 1. März 2010 bis zum 31. Juli 2010 in Ausbildung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b FamZG, sodass ihr Vater auch Anspruch auf die Ausrichtung der entsprechenden Ausbildungszulage hat. Die Beschwerde erweist sich daher als begründet und ist vollumfänglich gutzuheissen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Oktober 2010

S 2010 / 107

II. Zivilrecht

1. Familienrecht

Art. 125 Abs. 3 ZGB – Verweigerung eines nachehelichen Unterhaltsbeitrages wegen fortgesetzter massiver und schuldhafter Vereitelung des Besuchsrechts

Aus den Erwägungen:

7.3.2 Art. 125 Abs. 3 ZGB bestimmt, dass ein nachehelicher Unterhaltsbeitrag ausnahmsweise versagt oder gekürzt werden kann, wenn er offensichtlich unbillig wäre, insbesondere weil die berechnete Person ihre Pflicht, zum Unterhalt der Familie beizutragen, grob verletzt hat, weil sie ihre Bedürftigkeit mutwillig herbeigeführt hat oder wenn sie gegen die verpflichtete Person oder eine dieser nahe verbundenen Person eine schwere Straftat begangen hat. Art. 125 Abs. 3 ZGB stellt eine Billigkeitsklausel dar, die eine nicht abschliessende Aufzählung von Tatbeständen enthält. Zuzufolge der Abschaffung des Verschuldensprinzips im Unterhaltsrecht können aber nur solche weiteren Fälle zu grober Unbilligkeit führen, die in Intensität und Schwere den im Gesetz erwähnten Regelbeispielen vergleichbar sind. Zum anderen muss das Verlangen von Unterhalt zusätzlich aufgrund der besonderen Umstände als rechtsmissbräuchlich erscheinen (Schwenzer, in: Schwenzer, FamKomm Scheidung, Bern 2005, N 97 zu Art. 125 ZGB; Werro, L'obligation d'entretien après le divorce dans le nouveau Code civil, ZSR 1999 S. 125 f.; Freiburghaus, Das neue Scheidungsrecht im Überblick, plädoyer 1998/6 S. 38; Zirilli, L'entretien d'un époux après le divorce, plädoyer 1999/4 S. 57; Geiser, Landwirtschaftliche Betriebe im Güterrecht und in der Scheidung, Fampra.ch 4/2006, S. 898; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 116 f. zu Art. 125 ZGB). (...)

(...) Welche Sanktion im Einzelfall Platz greifen soll, ist anhand der konkreten Umstände zu prüfen. Massgebend ist einerseits die Schwere der Verfehlung, andererseits müssen die Kriterien gemäss Art. 125 Abs. 2 ZGB berücksichtigt werden. Wenn durch die Massnahme die Interessen unmündiger Kinder beeinträchtigt werden, kann allenfalls an die Anwendung von Art. 125 Abs. 3 ZGB ein strengerer Massstab angelegt werden (Gloor/Spycher, Basler Kommentar, 3. Auflage, Basel 2006, N 42 zu Art. 125 ZGB; Spycher, Unterhaltsleistungen bei Scheidung: Grundlagen und Bemessungsmethoden, Diss. Bern 1996, S. 286 ff.; a.M. Schwenzer, FamKomm Scheidung, a.a.O., N 102 zu Art. 125 ZGB).

7.4–7.4.2 (...)

7.4.3 Die Analyse des Sachverhaltes bezüglich des Verfahrens vor den Vormundschaftsbehörden zeigt in erschreckender Weise auf, wie es der Beklagten während Jahren gelungen ist, das Besuchsrecht des Klägers bezüglich seines Sohnes F. in systematischer und böswilliger Weise zu torpedieren. Indem sie den Sohn F. gezielt gegen den Vater aufgehetzt und manipuliert hat, vermochte sie nahezu jeden Besuchstag seit der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes der Parteien zu verhindern. Die Versuche der Vormundschaftsbehörden zur Durchführung der Besuchstage liess sie durch systematische Verweigerung der Kooperation, durch das Verheimlichen von Kontaktangaben und durch die Ablehnung jener Beistände, die sich aktiv für die Durchsetzung des Besuchsrechts eingesetzt haben, als befangen ins Leere laufen. Letztlich schreckte sie auch nicht davon zurück, den Kläger mittels wissentlich unwahrer Behauptungen, wonach er gegenüber ihr und dem Sohn F. regelmässig gewalttätig geworden sei, zu verleumden. Es muss an dieser Stelle klar gesagt werden, dass das gesamte Verfahren sowohl vor den Vormundschaftsbehörden als auch vor den Strafbehörden und dem Kantonsgericht Zug nicht den geringsten Hinweis auf ein gewalttätiges Verhalten des Klägers ergeben hat. Dem Kläger kann während des ganzen Verfahrens nicht das geringste Fehlverhalten zur Last gelegt werden. Er war stets zur vollen Kooperation mit den Behörden bereit, verhielt sich gegenüber seinem Sohn trotz dessen bekundeter Ablehnung liebe- und verständnisvoll, war gegenüber den Behörden und der Beklagten zu Zugeständnissen bereit, zu denen er gar nicht verpflichtet gewesen wäre, und verhielt sich auch der Beklagten gegenüber stets korrekt. Insbesondere ist festzuhalten, dass der Kläger trotz des Verhaltens der Beklagten stets den in der Eheschutzverfügung des Kantonsgerichtspräsidiums Zug vom 28. Juli 2005 festgelegten Unterhaltsbeitrag für die Beklagte und den Sohn F. geleistet hat. Die Beklagte hatte daher keinen Grund, in irgendeiner Weise gegen den Umgang des Klägers mit dem gemeinsamen Sohn voreingenommen zu sein. Der Umstand, dass sie das Besuchsrecht des Klägers dennoch seit der Trennung systematisch torpediert hat, ist aus diesen Gründen vollkommen unverständlich. Es kann daher nur die Schlussfolgerung gezogen werden, dass die Motive der Beklagten rein egoistischer Natur sind. Offenbar ist sie nicht bereit, den Sohn F. mit seinem Vater zu teilen und versucht daher, jeglichen Kontakt zwischen den beiden zu unterbinden. Es scheint ihr vollkommen gleichgültig zu sein, dass sie mit diesem Verhalten nicht nur des Recht des Klägers auf persönlichen Umgang mit seinem Sohn in krasser Weise verletzt (vgl. Art. 273 ZGB), sondern auch dass sie die gesunde Entwicklung von F. behindert.

7.5 Art. 125 Abs. 3 ZGB erlaubt die ausnahmsweise Kürzung oder Versagung eines nachehelichen Unterhaltsbeitrages, wenn dieser offensichtlich unbillig wäre. Grundlage des Anspruches eines Ehegatten auf nacheheliche Unterhaltsleistungen ist der Gedanke der nachehelichen Solidarität. Dieser erlangt namentlich dann Be-

deutung, wenn es einem Ehegatten beispielsweise durch eine ehebedingte Beeinträchtigung seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit nicht zumutbar ist, nach Auflösung der Ehe selbst für seinen Unterhalt aufzukommen (BGE 127 III 289 E. 2a/aa; BGE 127 III 136 E. 2a S. 138; Hausheer/Spycher, Unterhalt nach neuem Scheidungsrecht, Bern 2001, N 05.03 und 05.59; Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung] vom 15. November 1995, BBl 1996 I S. 30 f. Ziff. 144.6, S. 112 ff. Ziff. 233.51-52). Aus dem Gedanken der nahehelichen Solidarität lassen sich mithin unter bestimmten Umständen auch nach der Scheidung der Ehe Rechte und Pflichten der Ehegatten herleiten. Genau auf diese naheheliche Solidarität beruft sich die Beklagte, wenn sie im vorliegenden Fall gestützt auf Art. 125 ZGB einen nahehelichen Unterhaltsbeitrag für sich fordert. Freilich ist der naheheliche Unterhaltsbeitrag nicht die einzige Pflicht, die den Ehegatten nach der Scheidung obliegt. Gestützt auf Art. 274 Abs. 1 ZGB haben die geschiedenen Ehegatten als Eltern gemeinsamer unmündiger Kinder alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum anderen Elternteil beeinträchtigt. Der sorge- oder obhutinnehabende Elternteil darf das Kind nicht gegen den besuchsberechtigten Elternteil negativ beeinflussen, sondern muss vielmehr im Rahmen der Erziehung auf das Kind einwirken mit dem Ziel, psychologische Widerstände gegen den andern Elternteil abzubauen und eine positive Einstellung zu gewinnen (Schwenzer, Basler Kommentar, 3. Auflage, Basel 2006, N 3 zu Art. 274 ZGB). Unter diesen Umständen muss die Forderung der Beklagten nach einem nahehelichen Unterhaltsbeitrag gemäss Art. 125 ZGB nicht nur als unbillig, sondern als geradezu krass rechtmisbräuchlich bezeichnet werden. (...) Es ist in diesem Zusammenhang auch auf ein gleichlautendes Urteil des deutschen Bundesgerichtshofes hinzuweisen, in welchem gestützt auf eine analoge Bestimmung des deutschen Scheidungsrechts (§ 1579 Nr. 6 BGB; vgl. Hausheer/ Spycher, a.a.O., N 05.105) befunden wurde, dass eine fortgesetzte massive und schuldhafte Vereitelung des Umgangsrechts zu einem Ausschluss oder einer Herabsetzung des Unterhaltsanspruches des betreuenden Elternteils gemäss § 1579 Nr. 6 BGB führen könne, sofern das Fehlverhalten schwerwiegend sei (Senatsurteil des Bundesgerichtshofes vom 14. Januar 1987, IVb ZR 65/85 – FamRZ 1987, 356, 358, zitiert im Urteil des Bundesgerichtshofes vom 14. März 2007, XII ZR 158/04, Rz. 65). Das Fehlverhalten der Beklagten wiegt im vorliegenden Fall derart schwer, dass die Rechtsfolge nur in der vollständigen Versagung eines nahehelichen Unterhaltsbeitrages bestehen kann. Ihr Antrag auf Zusprechung eines nahehelichen Unterhaltsbeitrages ist daher gestützt auf Art. 125 Abs. 3 ZGB als in grobem Masse unbillig und rechtmisbräuchlich abzuweisen.

Kantonsgericht, 26. Mai 2010 (nicht in Rechtskraft erwachsen)

Art. 163 ZGB; Art. 205 Abs. 3 ZGB. – Unbezahlt gebliebene Unterhaltsleistungen sind «gegenseitige Schulden» im Sinne von Art. 205 Abs. 3 ZGB. Als solche müssen sie bei der Auflösung des Güterstandes in die Abrechnung einbezogen werden.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Der Kläger macht geltend, die Ehe der Parteien sei mit Urteil der Zivilabteilung des Kantonsgerichts Nidwalden vom 21. Mai 2003 geschieden worden. Das Gericht habe die Scheidungsfolgen – soweit sie nicht durch die Teilvereinbarung der Parteien vom 24. Oktober 2002 geregelt worden seien – autoritativ geregelt, so u.a. auch die güterrechtlichen Belange. Es habe festgestellt, dass die Parteien güterrechtlich auseinandergesetzt seien. Damit seien auch die in Betreuung gesetzten Unterhaltsforderungen erledigt worden. Die Vorinstanz verwarf diesen Standpunkt, was vom Kläger gerügt wird.

3. Das Vermögen der Ehegatten, das Gegenstand des güterrechtlichen Verhältnisses und des Güterstandes ist, umfasst alle Rechte, die einen Vermögenswert aufweisen (Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, Bern 1992, N 8 zu Art. 181 ZGB). Die Parteien unterstanden dem ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung im Sinne der Art. 196 ff. ZGB. In die Errungenschaft gemäss Art. 197 ZGB fallen auch Leistungen aufgrund der gesetzlichen Unterhaltspflicht zwischen den Ehegatten, soweit sie nicht verbraucht und dadurch Vermögen gebildet wurde (Steck, in: Schwenzer, FamKomm Scheidung, Bern 2005, N 44 f. zu Art. 197 ZGB; Hausheer/Reusser/Geiser, a.a.O., N 124 zu Art. 197 ZGB). Bei der ausgewiesenen und vom Kläger auch anerkannten Forderung für Unterhaltsbeiträge für den Zeitraum Oktober 2000 bis und mit September 2001 handelte es sich demgemäss – soweit es sich um die Unterhaltsbeiträge für die Beklagte selber handelte – um einen Bestandteil des beklagtischen Vermögens und zwar ihrer Errungenschaft. Das Kantonsgericht Nidwalden stellte in Ziff. 9 des – rechtskräftig gewordenen – Scheidungsurteils vom 21. Mai 2003 fest, dass die Parteien güterrechtlich auseinandergesetzt seien. Dies heisst nichts anderes, als dass die Parteien unter dem Titel «Güterrecht», dem wie erwähnt die hier interessierende Unterhaltsforderung der Beklagten zuzuordnen ist, gegenseitig nichts mehr zu fordern haben.

4. Nicht gefolgt werden kann den von der Vorinstanz unter Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 5P.107/2006 vom 16. Juni 2006 gemachten Ausführungen, bei nicht bezahlten Unterhaltsbeiträgen handle es sich um eherechtliche An-

sprüche, die von der vom Scheidungsgericht vorgenommenen güterrechtlichen Auseinandersetzung nicht berührt würden. Der diesem Entscheid zugrunde liegende Sachverhalt ist mit dem vorliegenden nicht vergleichbar. In jenem Fall schlossen die Parteien eine Scheidungsvereinbarung ab, in welcher sie u.a. festhielten, dass sie nach deren Vollzug per Saldo aller Ansprüche «ehe- und güterrechtlich auseinandergesetzt» seien; die Vereinbarung wurde in der Folge richterlich genehmigt und wurde demgemäss zum Urteilsinhalt (Leuenberger/Schwenzer, in: Schwenzer, a.a.O., N 2 zu Art. 140 ZGB). Im Zeitpunkt des Abschlusses der Konvention und des Erlasses des Scheidungsurteils war ein gerichtliches Verfahren über Unterhaltsbeiträge für die Dauer des Scheidungsprozesses beim Bundesgericht hängig. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Saldoklausel nicht ausschliesslich auf güterrechtliche Ansprüche Bezug nehme, sondern solche aus Ehe recht mit einbeziehe und damit eine weitere Auseinandersetzung über eherechtliche Ansprüche ausschliesse. Dies ist so zu verstehen, dass die Parteien in jenem Fall auch ihre eherechtliche Auseinandersetzung über Unterhaltsansprüche für beendet erklärt hatten, weshalb kein Raum für weitere eherechtliche Verfahren betreffend Festlegung von Unterhaltsbeiträgen blieb. Im vorliegenden Fall waren im Zeitpunkt des Erlasses des Scheidungsurteils und der Vornahme der güterrechtlichen Auseinandersetzung keine Unterhaltsbeiträge streitig und kein diesbezügliches eherechtliches Verfahren pendent. Die ausgewiesene Unterhaltsschuld des Klägers gegenüber der Beklagten bildet demgemäss – wie erwähnt – Teil des güterrechtlichen Verhältnisses. Der von der Vorinstanz gestützt auf das erwähnte Urteil des Bundesgerichts gezogene Schluss, Forderungen, die Unterhaltsbeiträge zum Gegenstand hätten, seien nicht güter- sondern eherechtlicher Natur und diese seien bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung nicht zu berücksichtigen, ist verfehlt. Diesem Schluss stehen denn auch die von der Vorinstanz selber angeführten Lehrmeinungen entgegen, dass Unterhaltsbeiträge – sofern nicht verbraucht – Errungenschaft darstellen. Auch mit dem Argument, es verstiesse gegen das Gerechtigkeitsempfinden, wenn der säumige Unterhaltspflichtige im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung durch die hälftige Vorschlagsteilung an der ausstehenden Unterhaltsschuld teilhaben und profitieren könnte, lässt sich ein nicht güterrechtlicher Charakter der Unterhaltsbeiträge nicht begründen. Wenn sich der Unterhaltsberechtigte wegen ausgebliebenen Unterhaltsbeiträgen für die Bestreitung des Lebensunterhaltes bei Dritten verschulden muss, sind die eingegangenen Schulden als Passiven zu berücksichtigen, die das Aktivum der Unterhaltsforderung gegenüber dem Pflichtigen aufwiegen.

Zivilrechtliche Abteilung des Obergerichts, 14. September 2010 (vom Bundesgericht mit Urteil 5A_803/2010 vom 3. Dezember 2010 bestätigt)

2. Obligationenrecht

Art. 697h Abs. 2 OR. – Anforderungen an das schutzwürdige Einsichtsinteresse. Frage offen gelassen, ob ein solches Interesse stets bereits in der Einleitung eines nicht aussichtslosen Forderungsprozesses des Ansprechers gegen die Gesellschaft erblickt werden kann. In casu wurde ein schutzwürdiges Einsichtsinteresse bejaht, nachdem der Ansprecherin rechtskräftig die provisorische Rechtsöffnung für eine Millionenforderung gegen die Gesellschaft erteilt worden war (E. 3.3).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Am 22. April 2010 wurde der Beschwerdegegnerin in der Betreuung Nr. XXX des Betreibungsamts Steinhausen gegen die Beschwerdeführerin die provisorische Rechtsöffnung für CHF 1'268'307.60 nebst Zins zu 5 % seit 29. August 2009 erteilt. Die Beschwerdeführerin erhob daraufhin am 14. Mai 2010 Aberkennungsklage gegen die Beschwerdegegnerin. Die Klage ist zur Zeit des vorliegenden Entscheiddatums noch hängig.

Am 26. Juli 2010 gelangte die Beschwerdegegnerin an das Kantonsgerichtspräsidium Zug und stellte den Antrag, die Beschwerdeführerin sei zu verpflichten, ihr in die Jahresrechnung und den Revisionsbericht 2009 Einsicht zu gewähren. Der Einzelrichter am Kantonsgericht hiess dieses Gesuch in der Folge gut.

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 697h Abs. 2 OR müssen Aktiengesellschaften, deren Jahresrechnung nicht nach Absatz 1 derselben Bestimmung zu veröffentlichen ist, den Gläubigern, die ein schutzwürdiges Interesse nachweisen, Einsicht in die Jahresrechnung, die Konzernrechnung und die Revisionsberichte gewähren. Hinsichtlich des Umfangs des Einsichtsrechts kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz in Erwägung 1 der angefochtenen Verfügung verwiesen werden (§ 79 Abs. 2 GOG). Voraussetzungen dieses Rechts sind zum einen die Gläubigereigenschaft des Ansprechers und zum anderen ein schutzwürdiges Interesse desselben an der Einsichtnahme. Da der Entscheid über das Einsichtsrecht – auch wenn er gemäss kantonalem Zivilprozessrecht im summarischen Verfahren ergeht – ein endgültiger ist, muss das Vorliegen dieser Voraussetzungen nicht nur glaubhaft gemacht, sondern grundsätzlich bewiesen werden (BGE 120 II 352 ff., E. 2b). In Lehre und Rechtsprechung besteht indes Einigkeit darüber, dass sowohl an den Nachweis der Gläubigereigenschaft als auch an denjenigen eines schutzwürdigen Interesses keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind. Gefordert wird konkret, dass

Gläubigereigenschaft und schutzwürdiges Interesse in hohem Masse glaubhaft gemacht werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.129/2004 E.4.2.1; Handelsgerichtspräsident St. Gallen, in: SJZ 96, 2000, S. 192 f.; zum alten Aktienrecht, unter dessen Geltung allerdings einzig der Nachweis der Gläubigereigenschaft erforderlich war, auch BGE 71 I 168 ff. E.4; BGE 111 II 281 ff. E. 2; je m.w.H.). Ein schutzwürdiges Interesse an der Einsichtnahme liegt namentlich dann vor, wenn die Forderung des Gläubigers in ihrer Einbringlichkeit konkret gefährdet erscheint, also nicht fristgerecht beglichen wird, oder wenn andere Anzeichen vorliegen, die auf finanzielle Schwierigkeiten deuten. Nach weit verbreiteter Auffassung ist ein schutzwürdiges Einsichtsinteresse überdies stets bereits dann zu bejahen, wenn der Ansprecher einen nicht offensichtlich aussichtslosen Forderungsprozess gegen die Gesellschaft eingeleitet hat (vgl. Rolf H. Weber, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 3. Auflage, Basel 2008, Art. 697h OR, N 7; so offenbar auch das Bundesgericht in Urteil 4C.129/2004 E.4.2.1; je m.w.H.).

(...)

3.2 Die Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach die Einleitung eines nicht aussichtslosen Forderungsprozesses durch einen Ansprecher per se noch kein schutzwürdiges Interesse i.S.v. Art. 697h Abs. 2 OR zu begründen vermag, hat einiges für sich. In der Tat bestünde nämlich die Gefahr, dass Prozesse auch bloss mit dem Ziel der Begründung eines Einsichtsrechts eingeleitet würden. Im Übrigen kann der Umstand, dass sich eine Aktiengesellschaft auf einen Prozess über eine gegen sie erhobene Forderung einlässt in den meisten Fällen auch zuungunsten des Ansprechers interpretiert werden, d.h. so, dass dessen behauptete Ansprüche streitig, und mithin auch dessen Gläubigereigenschaft zweifelhaft ist (vgl. BGE 71 I 165 ff. E. 5). Aufgrund der konkreten Umstände kann die Frage, ob die Einleitung eines nicht aussichtslosen Forderungsprozesses gegen die Gesellschaft für sich allein in jedem Fall ein schutzwürdiges Einsichtsinteresse begründet, in casu freilich gerade offen bleiben. Es fällt nämlich in Betracht, dass die Beschwerdegegnerin im Rechtsöffnungsverfahren in zwei Instanzen gegen die Beschwerdeführerin obsiegt hat, was konkret bedeutet, dass ihre Forderung nach summarischer Prüfung durch den ins Recht gelegten Rechtsöffnungstitel im Umfang von rund CHF 1,268 Mio. ausgewiesen erscheint. Die Beschwerdegegnerin ist m.a.W. mit hoher Wahrscheinlichkeit Gläubigerin einer Millionenforderung gegenüber der Beschwerdeführerin. Dieser Sachlage muss bei der Prüfung des schutzwürdigen Interesses Rechnung getragen werden, denn es ist klar, dass die Einbringlichkeit einer Millionenforderung eher gefährdet erscheint als diejenige einer Bagatellforderung bzw. einer solchen im Umfang von einigen tausend Franken. Die Beschwerdegegnerin weist nun vorliegend darüber hinaus auf den Um-

stand hin, dass der die Mindestabnahmeverpflichtung der Beschwerdeführerin enthaltende Appendix 4 zum Rahmenvertrag zwischen den Parteien aufgrund von Liquiditätsschwierigkeiten der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Zahlungsmodalitäten mehrmals geändert werden musste. Einen strikten Beweis für die behaupteten Liquiditätsschwierigkeiten der Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin damit zwar nicht erbracht. Die gesamten Umstände lassen die diesbezügliche Darstellung der Beschwerdegegnerin indes als sehr wahrscheinlich erscheinen. Denn erstens wurden in den geänderten Appendizes jeweils primär die Zahlungstermine für die Medizinalprodukte zeitlich nach hinten verschoben bzw. Vorauszahlungsverpflichtungen der Beschwerdeführerin zuerst gemildert und letztlich ganz aufgehoben. Und zweitens enthalten die fraglichen Dokumente keinerlei Anhaltspunkte für die gegenteilige Darstellung der Beschwerdeführerin, wonach der Grund für die Änderung der Zahlungsmodalitäten in der Unverkäuflichkeit der Produkte wegen eines zu hohen Endpreises gelegen haben sollte. Es ist denn auch nicht einsehbar, weshalb die Parteien in diesem Falle die Zahlungsmodalitäten und nicht direkt den angeblich vorgeschriebenen, zu hohen Endverkaufspreis geändert haben sollten. Zusammenfassend erscheint es somit als sehr wahrscheinlich, dass die wiederholte Revision von Appendix 4 zum Rahmenvertrag im Verlaufe des Jahres 2008 ihren Grund in den Zahlungsschwierigkeiten der Beschwerdeführerin hatte. In Anbetracht der absoluten Höhe der von der Beschwerdegegnerin erhobenen Forderung genügt dieser Umstand jedenfalls zur Begründung eines aktuellen, schutzwürdigen Einsichtsinteresses i.S.v. Art. 697h Abs. 2 OR. Denn war die Einbringlichkeit einer derart bedeutenden Forderung vor bloss zwei Jahren mit hoher Wahrscheinlichkeit gefährdet, besteht Grund zur Annahme, dass dieser Zustand auch heute noch besteht, zumal die Beschwerdeführerin keinerlei Umstände anführt, welche auf eine erhebliche Verbesserung ihrer finanziellen Situation seit damals schliessen lassen würden. Die angefochtene Verfügung ist somit nicht zu beanstanden. (...)

Justizkommission, Zivilrechtliche Kammer, 23. Dezember 2010 (vom Bundesgericht mit Urteil 4A_69/2011 vom 29. März 2011 bestätigt)

Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR – Voraussetzungen für die Einsetzung eines Sachwalters

Aus den Erwägungen:

5. Fehlt der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe oder ist eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt, so kann gemäss Art. 731b Abs. 1 OR ein Aktionär, Gläubiger oder der Handelsregisterführer dem Richter

beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Der Richter kann insbesondere der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen, binnen derer der rechtmässige Zustand wieder herzustellen ist, das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen oder die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen. Ernennet der Richter das fehlende Organ oder einen Sachwalter, so bestimmt er die Dauer, für die die Ernennung gültig ist. Er verpflichtet die Gesellschaft, die Kosten zu tragen und den ernannten Personen einen Vorschuss zu leisten (Art. 731b Abs. 2 OR).

6.1 Aktenkundig liegt bei der Gesuchsgegnerin ein Organisationsmangel vor, der innert Frist nicht behoben wurde.

6.2 Unbestrittenermassen ist der Gesuchsteller Gläubiger der Gesuchsgegnerin, womit er befugt ist, beim Richter die erforderlichen Massnahmen gemäss Art. 731b Abs. 1 OR zu beantragen.

6.3 Die (rechtskräftige) Konkursöffnung gegen den Schuldner ist bei der Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 Abs. 1 StGB objektive Strafbarkeitsbedingung (vgl. Brunner, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Basel 2003, N 11 zu Art. 165 StGB; Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Zürich/St. Gallen 2008, N 11 zu Art. 163 StGB sowie N 12 zu Art. 165 StGB). Nachdem Art. 731b OR erst am 1. Januar 2008 in Kraft getreten ist und Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR keinen neuen Konkursgrund darstellt, sondern vielmehr von der Anordnung einer Auflösung auszugehen ist, die insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit und des Gläubigerschutzes nach den Regeln des Konkurses zu erfolgen hat (vgl. Bürge/Gut, Richterliche Behebung von Organisationsmängel der AG und der GmbH, in: SJZ 2009, S. 160), und es somit an einem Konkursgrund gemäss SchKG und an einer Konkursöffnung fehlt (vgl. Lorandi, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkursöffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, in: AJP 2008, S. 1381 f.), kann bei der Auflösung nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR keine rechtsgenügende Konkursöffnung im Sinne von Art. 165 Abs. 1 StGB angenommen werden.

6.4 Beim Entscheid, welche Massnahmen der Richter ergreifen will, kommt ihm ein wesentlicher Handlungsspielraum zu. Er hat dabei die konkreten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen und den Verkehrsschutz vor Individualinteressen zu stellen. Er ist deshalb auch nicht an allfällige spezifische Anträge der antragsstellenden Partei gebunden. Die im Gesetz aufgezählten Massnahmen stehen grundsätzlich in einem gewissen Stufenverhältnis; eine gravierende Massnahme soll nur und erst dann angeordnet werden, wenn eine mildere nicht genügt oder erfolglos geblieben ist (vgl. Lorandi, a.a.O., S. 1384 f.).

Gestützt auf die unbestrittenen Ausführungen des Gesuchstellers rechtfertigt es sich, vorliegend von einer Auflösung im Sinne von Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR abzusehen und der Gesuchsgegnerin einen Sachwalter zu bestellen. Damit wird dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit und schliesslich auch dem Verkehrsschutz Rechnung getragen. Es ist anzunehmen, dass der Gesuchsteller selber eine ordentliche Konkursöffnung erwirken wird. Dem Sachwalter ist subsidiär, d.h. für den Fall, dass der Gesuchsteller oder ein anderer Gläubiger untätig bleibt, die Aufgabe zu erteilen, eine ordentliche Konkursöffnung zu erwirken, falls die rechtlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind. Das Mandat des Sachwalters ist längstens bis zum Abschluss des Konkursverfahrens zu befristen. Der Gesuchsteller schlägt als Sachwalterin die x AG vor, wogegen die Gesuchsgegnerin nicht opponiert hat. Die x AG ist mithin als Sachwalterin zu ernennen. Die Gesuchsgegnerin ist zu verpflichten, der Sachwalterin uneingeschränkt und jederzeit Zugang zu den Büros und zu den Akten zu gewähren.

7. Die Kosten für das vorliegende Verfahren sowie die Sachwalterin sind grundsätzlich von der Gesuchsgegnerin zu tragen (Art. 731b Abs. 2 OR; § 38 Abs. 1 ZPO), vom Gesuchsteller jedoch vorzuschliessen (vgl. § 36 Abs. 3 ZPO).

Kantonsgericht, Einzelrichter, 20. April 2010

III. Schuldbetreibung und Konkurs

Art. 65 SchKG; Art. 33 Abs. 4 SchKG. – Verfügt die juristische Person über einen Domizilhalter, ist der Zahlungsbefehl an diesen zuzustellen. Eine Zustellung an den Verwaltungsrat oder den Prokuristen der juristischen Person ist unzulässig (E. 1). Voraussetzungen für die Gutheissung eines Fristwiederherstellungsgesuchs (E. 2).

Aus den Erwägungen:

1. Indem die Beschwerdeführerin geltend macht, sie habe vom fraglichen Zahlungsbefehl erst am 31. März 2010 Kenntnis erhalten, da dieser nicht ihr oder ihrem Verwaltungsrat, sondern dem nicht empfangsbevollmächtigten A. zugestellt worden sei, rügt sie letztlich eine fehlerhafte Zustellung. Träfe dies zu, wäre ihr Rechtsvorschlag nicht verspätet, und ein Gesuch um Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist obsolet. Ihr Gesuch ist daher zunächst als Beschwerde zu behandeln und zu prüfen, ob die Zustellung des Zahlungsbefehls an A. rechtmässig war.

1.1 In einer gegen eine Aktiengesellschaft gerichteten Betreibung erfolgt die Zustellung des Zahlungsbefehls grundsätzlich an ein Mitglied der Verwaltung, an einen Direktor oder an einen Prokuristen (Art. 65 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Dabei können Betreibungsurkunden auch ausserhalb des Geschäftslokales der Gesellschaft gültig an ihren Vertreter oder an dessen Hausgenossen und Angestellte zugestellt werden (BGE 72 III 73). Hat die Aktiengesellschaft am Ort ihres statutarischen Sitzes hingegen kein Rechtsdomizil (Art. 2 lit. c HRegV), so muss sie gemäss Art. 117 Abs. 3 HRegV im Handelsregister eintragen lassen, bei wem sich das Rechtsdomizil an diesem Sitz befindet (c/o-Adresse). Dabei hat sie mit der Anmeldung zur Eintragung eine Erklärung der Domizilhalterin oder des Domizilhalters einzureichen, dass sie oder er der Gesellschaft ein Rechtsdomizil an deren Sitz gewährt. In diesem Falle hat die Zustellung von Betreibungsurkunden ausschliesslich an den eingetragenen Domizilhalter oder die eingetragene Domizilhalterin zu erfolgen, handelt es sich dabei doch gleichsam um die Empfangsstelle der juristischen Person. Demzufolge ist eine Zustellung an einen Verwaltungsrat oder einen Prokuristen der juristischen Person nicht mehr zulässig (vgl. BGE 120 III 64; 119 III 57; 100 Ib 458 E. 4).

1.2 Aus dem Handelsregister geht hervor, dass die Beschwerdeführerin an ihrem statutarischen Sitz keine eigenen Geschäftsräumlichkeiten hat, sondern ein Domizilhalter als c/o-Adresse eingetragen ist, nämlich A. B., Zug. Dabei handelt es sich um eine Einzelfirma, deren Inhaber A. ist. Die Zustellung des Zahlungsbefehls erfolgte mithin ordnungsgemäss und ist nicht zu beanstanden. Die Beschwerde gegen die

Zustellung des Zahlungsbefehls ist demnach als unbegründet abzuweisen. Mit der Zustellung an den Domizilhalter der Beschwerdeführerin wurde aber die Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlages in Gang gesetzt. Sie endete demnach am 18. März 2010. Der am 31. März 2010 erhobene Rechtsvorschlag ist mithin offensichtlich verspätet.

2.1 Gemäss Art. 33 Abs. 4 SchKG kann die Aufsichtsbehörde um Wiederherstellung der Frist ersucht werden, wenn jemand durch ein unverschuldetes Hindernis davon abgehalten worden ist, innert Frist zu handeln. Diesfalls muss – vom Wegfall des Hindernisses an – in der gleichen Frist wie der versäumten ein begründetes Gesuch eingereicht und die versäumte Rechtshandlung bei der zuständigen Behörde nachgeholt werden. Das geltend gemachte Hindernis muss dabei absolut unverschuldet sein. Es muss also eine objektive Unmöglichkeit, höhere Gewalt, eine unverschuldete persönliche Unmöglichkeit oder ein entschuldbares Fristversäumnis vorliegen (Francis Nordmann, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Basel/Genf/München 1998, N 10 zu Art. 33). Selbst bei einem nur leichten zurechenbaren Verschulden muss die Restitution scheitern. Bezüglich der subjektiven Voraussetzungen für die Wiederherstellung lehnt sich Art. 33 Abs. 4 SchKG an Art. 35 Abs. 1 des mittlerweile aufgehobenen Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) sowie Art. 24 Abs. 1 VwVG an (Botschaft über die Änderung des SchKG vom 8. Mai 1991, Separatdruck, S. 48). Die Praxis zu Art. 35 OG bejahte die Schuldlosigkeit, wenn die Verhinderung durch einen Umstand eingetreten war, der nach den Regeln vernünftiger Interessenwahrung auch von einem sorgsamem Geschäftsmann nicht befürchtet zu werden brauchte, oder dessen Abwendung übermässige Anforderungen gestellt hätte (Birchmeier, Bundesrechtspflege, Zürich 1950, N 3 zu Art. 35).

2.2 An dieser Schuldlosigkeit mangelt es offensichtlich im vorliegenden Fall. Es ist eine Frage der internen Organisation, in welcher Weise und mit welcher Dringlichkeit Mitteilungen, namentlich Betreuungsurkunden vom empfangsberechtigten Domizilhalter an die zuständigen Organe der Gesellschaft weitergeleitet werden. Wenn die Beschwerdeführerin ihrem Domizilhalter – wie sie selbst ausführt – untersagte, für sie Schriftstücke in Empfang zu nehmen, grenzt das allerdings an Rechtsmissbrauch. Der Domizilhalter ist, wie erwähnt, von Gesetzes wegen die Empfangsstelle für jegliche Mitteilungen an die Beschwerdeführerin. Diese gesetzlich vorgesehene Organisation kann selbstredend nicht durch eine gegenteilige Weisung der Gesellschaft einfach ausser Kraft gesetzt werden. Das vorliegende Wiederherstellungsgesuch muss daher offensichtlich scheitern.

Justizkommission, Zivilrechtliche Kammer als ABSchK, 16. Juni 2010

Art. 17 SchKG; Art. 65 SchKG. – Beschwerdelegitimation nach Art. 17 SchKG; Wesen der Aufsichtsbeschwerde (E. 1 – 2.1). Zustellung eines Zahlungsbefehls: Übernimmt eine Gesellschaft das Domizil einer anderen Gesellschaft, so darf der Zahlungsbefehl nicht mehr direkt der Betriebenen, sondern nur einem nach Art. 65 Abs. 1 Ziff. 2 – 4 SchKG zur Entgegennahme berechtigten Vertreter der Domizilhalterin ausgehändigt werden. Ist eine Zustellung an den Domizilhalter aber nicht möglich (und nur dann), so darf sie wiederum direkt an den Vertreter gemäss Art. 65 Abs. 1 SchKG erfolgen, und zwar auch ausserhalb der Geschäftslokalitäten (E. 2.2.1).

1. Soweit der Beschwerdeführer den Zusatz «EVR UNBEKANNTEN AUFENTHALTES» bei der Bezeichnung der Schuldnerin A. AG sowie den Hinweis «ADRESSE UNBEKANNT» beim angeführten Organ, dem Verwaltungsrat, im Zahlungsbefehl bzw. in der Konkursandrohung gegen die A. AG im eigenen Namen mit betriebsrechtlicher Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG als gesetzwidrig und willkürlich rügt, stellt sich die Frage, ob er dazu überhaupt legitimiert ist.

1.1 Zur Beschwerde nach Art. 17 SchKG legitimiert ist nämlich nur, wer durch die angefochtene Verfügung oder die Rechtsverweigerung berührt ist und in seinen rechtlich geschützten Interessen verletzt ist. Zwar kann das Interesse auch bloss tatsächlicher Art sein, doch muss es auf jeden Fall schutzwürdig sein. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die rechtliche oder tatsächliche Stellung des Beschwerdeführers durch den Ausgang des Beschwerdeverfahrens unmittelbar beeinflusst werden kann (Markus Dieth, in: Daniel Hunkeler [Hrsg.], Kurzkomentar SchKG, Basel 2009, N 9 zu Art. 17 mit Hinweisen). Das Interesse muss m.a.W. aktuell sein. Die Beschwerde kann nämlich nur einem praktischen Verfahrenszweck dienen. Beschwerden, die nicht die Aufhebung, Berichtigung oder Anordnung einer Verfügung bezwecken, sondern andere Ziele verfolgen, namentlich bloss auf Feststellung einer Gesetz- oder Pflichtwidrigkeit (BGE 120 III 108; 110 III 89; 105 III 36, 72; 99 III 60), die Verhinderung künftiger Fehler im Vollstreckungsverfahren, die Veranlassung des Betreibungsorgans zu einer Strafanzeige (BISchK 1988 S. 18; 1981 S. 150) oder auf die Disziplinierung eines Betreibungsorgans (BGE 114 III 121) abzielen, sind unzulässig. Auf solche Beschwerden ist nicht einzutreten (Franco Lorandi, Betriebsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Kommentar zu den Artikeln 13–30 SchKG, Basel/Genf/München 2000, N 5 ff. zu Art. 17). Wer in eigenem Namen handelt, aber fremde Interessen wahrnimmt, ist nicht zur Beschwerde legitimiert, da er nicht in seinen eigenen Interessen betroffen ist (BGE 114 III 80).

1.2 Der Beschwerdeführer ist von der Konkursandrohung gegen die A. AG nicht persönlich, sondern – wenn überhaupt – nur als deren Organ betroffen. Er hätte mithin nur in dieser Funktion und im Namen der Gesellschaft Beschwerde gegen

die Konkursandrohung führen können. Persönlich kommt ihm daher keine Beschwerdelegitimation zu.

1.3 Auf die Beschwerde könnte allerdings auch nicht eingetreten werden, wenn der Beschwerdeführer diese im Namen der Schuldnerin erhoben hätte. Sie zielt einzig auf eine Feststellung ab, wonach die in Frage gestellten Zusätze in der Konkursandrohung unzulässig, weil gesetzwidrig und willkürlich, seien. Hierfür steht die Beschwerde aber nicht zur Verfügung, da damit eben wie erwähnt kein praktischer Verfahrenszweck verfolgt wird. Der Beschwerdeführer bestreitet zu Recht nicht, die Konkursandrohung sei der Schuldnerin wegen der fraglichen Zusätze nicht zugegangen. Damit ist aber nicht ersichtlich, welchen praktischen Zweck die Beschwerde im hängigen Betreibungsverfahren verfolgen könnte.

2. Die Beschwerde des Beschwerdeführers präsentiert sich richtig betrachtet als allgemeine Aufsichtsbeschwerde i.e.S. oder als Disziplinarbeschwerde (Art. 13 f. SchKG). Eine solche kann von jedermann und jederzeit eingereicht werden. Mit ihr können der Aufsichtsbehörde Mängel in der Amtsführung oder gar Amtspflichtverletzungen der ihr unterstellten Vollstreckungsorgane zur Kenntnis gebracht werden. Sie stellt letztlich aber lediglich eine Aufsichtsanzeige dar (vgl. BGE 114 III 121; BISchK 1994 S. 50). Stellt nämlich die Aufsichtsbehörde ein gesetzwidriges oder unangemessenes Verhalten eines ihr unterstellten Betreibungsorgans fest, trifft sie die geeigneten Massnahmen zur Beseitigung der festgestellten Unzulänglichkeit. Dabei kommen aber nur allgemeine oder – solange noch keine beschwerdefähige Verfügung ergangen ist – besondere Anweisungen an die unterstellten Betreibungsorgane sowie die Feststellung der Nichtigkeit einer Verfügung in Betracht. Unzulässig ist die Aufhebung von bloss unangemessenen oder gesetzwidrigen (aber nicht nichtigen) Verfügungen. Das ist einzig im Rahmen einer Beschwerdeführung nach Art. 17 SchKG zulässig (Franco Lorandi, a.a.O., N 33 f. zu Art. 13). Dem Beschwerdeführer einer Aufsichtsbeschwerde i.e.S. bzw. einer Aufsichtsanzeige stehen keine Parteirechte zu (SJZ 1964 S. 272; BISchK 1954 S. 53 f.). Er hat namentlich keinen Anspruch auf einen beschwerdefähigen Entscheid (BISchK 1967 S. 69) oder eine disziplinarische Massregelung (Art. 14 Abs. 2 SchKG) des der Disziplinargewalt der Aufsichtsbehörde unterstellten Beamten oder Angestellten (vgl. auch Franco Lorandi, a.a.O., N 63 zu Art. 14). Ja er hat nicht einmal einen Anspruch darauf, dass die Aufsichtsbehörde auf seine Anzeige hin tätig wird.

2.1 Soweit der Beschwerdeführer im Hinweis des Betreibungsamtes, wonach er unbekanntes Aufenthalts bzw. seine Adresse unbekannt sei, ein strafbares Verhalten erblickt, kann darauf von vornherein nicht eingetreten werden. Die Justiz-

kommission ist als Aufsichtsbehörde nicht zuständig, über strafrechtliche Vorwürfe in irgendeiner Weise zu befinden. Hierzu sind einzig die Strafbehörden berufen. Es kann deshalb im Rahmen der vorliegenden Aufsichtsbeschwerde nur darum gehen, ob in diesen Hinweisen auf Betreibungsurkunden ein Mangel in der Amtsführung oder gar eine Amtspflichtverletzung zu erblicken sei, der bzw. die einer Abhilfe in dem Sinne bedarf, dass durch eine allgemeine Weisung künftig ein solcher Fehler vermieden wird.

2.2.1 Zustellungen an eine juristische Person haben grundsätzlich zuhanden ihres Vertreters an das Rechtsdomizil an ihrem Sitz zu erfolgen. Richtet sich die Betreibung gegen eine Aktiengesellschaft, so ist die Betreibungsurkunde gemäss Art. 65 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG an ein Mitglied des Verwaltungsrates, einen Direktor oder einen Prokuristen zuzustellen. Mit dieser Regelung will das Gesetz sicherstellen, dass die Betreibungsurkunden in die Hände jener natürlichen Personen gelangen, die in Betreibungssachen für die Gesellschaft handeln und insbesondere Rechtsvorschlag erheben können. Daher verlangt Art. 67 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG, dass Name und Wohnort des gesetzlichen Vertreters im Betreibungsbegehren, das Grundlage für den Zahlungsbefehl bildet, anzugeben sind (BGE 118 III 10 E. 3a). Verfügt die Gesellschaft an ihrem statutarischen Sitz über kein Geschäftsbüro, so ist sie bei der Gründung zwingend gehalten, einen Domizilhalter anzugeben (Art. 117 Abs. 3 HRegV) und diesen im Handelsregister eintragen zu lassen (Art. 43 Abs. 1 HRegV). Der Domizilhalter nimmt die Stellung eines Bevollmächtigten ein, wie ihn der am Betreibungsort nicht anwesende Schuldner nach Art. 66 Abs. 1 SchKG bestimmen kann. Übernimmt eine Gesellschaft das Domizil einer andern Gesellschaft, so darf die Betreibungsurkunde nicht mehr direkt der Betriebenen, sondern nur einem nach Art. 65 Abs. 1 Ziff. 2 bis 4 SchKG zur Entgegennahme berechtigten Vertreter der Domizilhalterin ausgehändigt werden (BGE 119 III 57 E. 3d; Urteil Bundesgericht 5A_215/2007 vom 2.10.2007). Ist eine Zustellung an den Domizilhalter aber nicht möglich (und nur dann), so darf sie wiederum direkt an den Vertreter gemäss Art. 65 Abs. 1 SchKG erfolgen, und zwar auch ausserhalb der Geschäftslokalitäten (vgl. Pra 2000 Nr. 33). So ist es bei einer Aktiengesellschaft zulässig, die Betreibungsurkunde dem Verwaltungsrat an seiner Büroadresse oder gar an seiner Privatadresse zuzustellen, sofern die Zustellung an den Domizilhalter unmöglich ist (Myriam A. Gehri, in: Daniel Hunkeler [Hrsg.], a.a.O., N 1 zu Art. 65).

2.2.2 Die A. AG hat im Handelsregister ordnungsgemäss eine Domizilhalterin, die B. AG, Zug, eintragen lassen. Grundsätzlich ist die Angabe des Namens und der Adresse ihres einzigen Verwaltungsrates auf der Betreibungsurkunde mithin für Zustellungszwecke nicht erforderlich. Sie ist erst dann notwendig, wenn die Zu-

stellung an die Domizilhalterin unmöglich ist. Im vorliegenden Fall konnte die Konkursandrohung zwar schliesslich an die Domizilhalterin zugestellt werden, allerdings erst mit einer Verzögerung von über einem Monat. Offenbar konnte also die Zustellung am Domizil zunächst nicht bewirkt werden. Wenn das Betreibungsamt daher, eine Zustellung an den Beschwerdeführer als einzigen Verwaltungsrat ins Auge fasste, ist das nach dem Gesagten nicht zu beanstanden. Dementsprechend war es aber angezeigt, die Konkursandrohung mit dessen Namen und Adresse zu ergänzen. Wenn seine Abklärungen dann ergaben, dass die Adresse des einzigen Verwaltungsrates unbekannt sei und es diese Tatsache auf der Konkursandrohung festhielt, ist das ebenfalls nicht zu beanstanden. Eine andere Frage ist, ob das Ergebnis der Abklärungen des Betreibungsamtes zutreffend war oder nicht. Diese Frage kann indes offen bleiben, weil es im Rahmen der vorliegenden Aufsichtsbeschwerde nur darauf ankommt, ob dem Betreibungsamt vorgeworfen werden muss, die Abklärungen nicht oder nicht sachgerecht vorgenommen zu haben, und sich deshalb entsprechende Weisungen aufdrängen, um künftige Fehler zu vermeiden. Das ist aber hier nicht der Fall. Grundsätzlich ist das Betreibungsamt ohnehin nicht verpflichtet, nähere Abklärungen über den Aufenthaltsort des Schuldners bzw. seines Vertreters zu treffen. Das ist Sache des betreibenden Gläubigers (vgl. BGE 118 III 10 E. 3a). Das Betreibungsamt Zug klärte trotzdem beim zuständigen Betreibungsamt Zürich 1 ab, ob der Beschwerdeführer an der beim Personenmeldeamt Zürich gemeldeten Adresse erreichbar sei, und erhielt dort die negative Auskunft, wonach dieser bzw. dessen Einzelfirma vor zwei Jahren ausgewiesen und die Räume anderweitig vermietet seien. Wenn diese Auskunft auch insofern nicht korrekt war, als damals keine amtliche Ausweisung stattgefunden hatte, sondern lediglich ein Retentionsverfahren durchgeführt worden war, so ändert das gleichwohl nichts daran, dass der Beschwerdeführer unbestrittenermassen an der fraglichen Adresse nicht mehr erreicht werden konnte. Zusätzliche Abklärungen konnten aber vom Betreibungsamt Zug nicht verlangt werden, so dass sich keine Weisungen aufdrängen und der Beschwerde diesbezüglich keine weitere Folge zu geben ist.

Justizkommission, Zivilrechtliche Kammer als ABSchK, 22. April 2010

Art. 80 SchKG; Art. 25 IPRG und Art. 26 lit. a i.V.m. Art. 149 Abs. 2 lit. d IPRG – Anerkennung und Vollstreckbarerklärung einer ausländischen Entscheidung ausserhalb der Staatsverträge. Die Bestimmung «am Sitz der Niederlassung» gemäss Art. 149 Abs. 2 lit. d IPRG bezeichnet den Ort und nicht den Sitzstaat der Niederlassung (E. 2.1).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Die in Mazedonien ansässige Gesuchstellerin ersuchte um Anerkennung und Vollstreckbarerklärung des Urteils des Amtsgerichts B. (Mazedonien) vom 17. Mai 2007 sowie um definitive Rechtsöffnung. Zur Begründung machte sie u.a. geltend, dass das Urteil des Amtsgerichts B. vom 17. Mai 2007 eine Entscheidung im Sinne von Art. 25 IPRG darstelle und die Zuständigkeit des Amtsgerichts aufgrund der Gerichtsstandsvereinbarung im Darlehensvertrag vom 17. Dezember 1998, welche von der im Kanton Zug ansässigen Gesuchsgegnerin mit der Unterzeichnung des Protokolls vom 7. Dezember 1998 übernommen worden sei, begründet gewesen sei. Sodann ergebe sich die Zuständigkeit des Amtsgerichts B. auch aus der Tatsache, dass die Gesuchsgegnerin in Skopje eine Repräsentanz unterhalten habe, bei welcher es sich um eine Niederlassung im Sinne von Art. 21 Abs. 4 IPRG gehandelt habe (Art. 26 lit. a i.V.m. Art. 149 Abs. 2 lit. d IPRG). Da das Urteil gemäss Rechtskraftbescheinigung vom 16. Juli 2008 rechtskräftig und vollstreckbar sei und auch keine Verweigerungsgründe gemäss Art. 27 IPRG vorlägen, sei das Urteil des Amtsgerichts anzuerkennen und für vollstreckbar zu erklären sowie für die der Gesuchstellerin zugesprochenen Beträge die definitive Rechtsöffnung zu erteilen.

Aus den Erwägungen:

1. Die definitive Rechtsöffnung kann erteilt werden, wenn die geltend gemachte Forderung auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil beruht (Art. 80 Abs. 1 SchKG). Die Vollstreckbarerklärung eines auf eine Geldleistung lautenden ausländischen Urteils ist Vorbedingung der definitiven Rechtsöffnung. Sie kann entweder in einem separaten Exequaturverfahren oder im Rechtsöffnungsverfahren (BGE 116 Ia 396) vorfrageweise oder selbständig erfolgen. Erfolgt die Vollstreckbarerklärung im Rechtsöffnungsverfahren vorfrageweise, ist der Entscheid über diese Vorfrage nicht im Dispositiv aufzuführen (StaeHELIN, in: StaeHELIN/Bauer/StaeHELIN [Hrsg.], Basler Kommentar, Basel/Genf/München 1998, N 59 f. zu Art. 80 SchKG). Die Gesuchstellerin beantragt gemäss Ziffer 1 ihres Rechtsbegehrens die selbständige Anerkennung und Vollstreckbarerklärung des fraglichen Urteils, hält dann aber im Gesuch und in der Replik ausdrücklich und wiederholt fest, dass sie die vorfrageweise Anerkennung und Vollstreckbarerklärung begehre. Daher ist vorliegend die Vollstreckbarerklärung vorfrageweise zu behandeln. Im Dispositiv wird folglich nur der Entscheid über die definitive Rechtsöffnung aufgeführt (vgl. zur Auslegung eines Rechtsbegehrens: BGE 130 III 547 = Pra 2005 Nr. 105 E. 2.1.; ZR 81 Nr. 48).

Aufgrund der am Sitz der Gesuchsgegnerin erhobenen Betreibung ist der Rechtsöffnungsrichter am Kantonsgericht Zug im summarischen Verfahren sowohl örtlich als auch sachlich und funktionell zuständig (Art. 84 SchKG; § 136 Ziff. 2 ZPO, § 127 Abs. 1 ZPO i.V.m. §§ 6 und 8 GOG).

2. Da zwischen der Schweiz und der Republik Mazedonien kein einschlägiger Staatsvertrag besteht, sind die Voraussetzungen der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung aufgrund des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG, SR 291) zu prüfen. Die Gesuchstellerin hat eine vollständige und beglaubigte Ausfertigung der Entscheidung im Sinne von Art. 29 Abs. 1 lit. a IPRG sowie eine Bestätigung gemäss Art. 29 Abs. 1 lit. b IPRG vorgelegt, was von der Gesuchsgegnerin nicht – zumindest nicht substantiiert – bestritten wird. Nach Art. 25 IPRG wird eine ausländische Entscheidung in der Schweiz anerkannt, wenn die Zuständigkeit der Gerichte oder Behörden des Staates, in dem die Entscheidung ergangen ist, begründet war (Art. 25 lit. a IPRG), wenn gegen die Entscheidung kein ordentliches Rechtsmittel mehr geltend gemacht werden kann oder wenn sie endgültig ist (Art. 25 lit. b IPRG) und wenn kein Verweigerungsgrund im Sinne von Art. 27 IPRG vorliegt (Art. 25 lit. c IPRG).

Vorliegend ist unbestritten, dass es sich beim Urteil des Amtsgerichts B. vom 17. Mai 2007 um eine Entscheidung eines staatlichen Gerichts in einer kontradiktorischen Zivilstreitigkeit handelt. Strittig ist hingegen, ob die Zuständigkeit des Amtsgerichts B. gemäss Art. 25 lit. a i.V.m. Art. 26 IPRG anerkannt werden kann (indirekte Zuständigkeit). Ob die ausländische Zuständigkeit in der Schweiz anerkannt werden kann, richtet sich nach schweizerischem Recht und wird von Art. 26 IPRG und den dazugehörigen Bestimmungen des IPRG beantwortet (Volken, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2004, N 2 zu Art. 26 IPRG m.w.H.; vgl. BGE 122 III 439 E. 3a). Es ist demnach nicht massgeblich, ob das Amtsgericht B. seine Zuständigkeit aufgrund eigener Prozessordnungen bejaht hat, weshalb die diesbezüglichen Ausführungen der Gesuchstellerin unberücksichtigt bleiben. Die Beweislast für die Anerkennungszuständigkeit trägt der Gesuchsteller (Berti/Däppen, Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Basel 2007, N 13 zu Art. 26 IPRG).

2.1 Nach Art. 26 lit. a IPRG ist die Zuständigkeit ausländischer Behörden begründet, wenn eine Bestimmung dieses Gesetzes sie vorsieht oder, falls eine solche fehlt, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz im Urteilsstaat hatte. Vorweg ist festzuhalten, dass die Gesuchsgegnerin ihren Sitz in A. [Kanton Zug] und demnach nicht im Urteilsstaat (Mazedonien) hat. Vorliegend konkretisiert Art. 149 IPRG die allgemeine Bestimmung von Art. 26 lit. a IPRG betreffend obligationen-

rechtliche Ansprüche. Gemäss Art. 149 Abs. 2 lit. d IPRG wird eine ausländische Entscheidung über obligationenrechtliche Ansprüche anerkannt, wenn sie Ansprüche aus dem Betrieb einer Niederlassung betrifft und am Sitz dieser Niederlassung ergangen ist. Was eine Niederlassung ist, bestimmt sich nach schweizerischem Recht aufgrund von Art. 21 Abs. 4 IPRG. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bedarf eine Niederlassung, worunter auch eine Zweigniederlassung zu verstehen ist, einer gewissen wirtschaftlichen und geschäftlichen Unabhängigkeit von der Hauptniederlassung, so dass der Zweigbetrieb ohne wesentliche Änderung selbständig geführt werden könnte. Zur Feststellung der Selbständigkeit können verschiedene Indizien berücksichtigt werden, wie z.B. das Vorliegen einer eigenen Büroorganisation mit einer bevollmächtigten Leitung, das Bestehen von direkten Kundenbeziehungen, das Auftreten unter eigenem Briefkopf und das Ausstellen eigener Rechnungen, wobei aber stets die Gesamtlage zu berücksichtigen ist (BGE 117 II 85 E. 4a; 4C.373/2004 E. 2.3.).

2.1.1 Vorliegend ist unbestritten, dass die Gesuchsgegnerin in B. keine Niederlassung unterhalten hat. Die Gesuchstellerin vermag aber den Beweis nicht zu erbringen, dass die Gesuchsgegnerin im massgeblichen Zeitpunkt in Skopje eine Niederlassung gemäss schweizerischem Rechtsverständnis unterhalten hat (vgl. Art. 21 Abs. 4 IPRG).

(...)

2.1.2 Selbst wenn die Gesuchsgegnerin in Skopje eine Niederlassung gemäss schweizerischer Rechtsauffassung unterhalten hätte, könnte – im Sinne einer Eventualbegründung – die indirekte Zuständigkeit des Amtsgerichts B. nicht auf Art. 26 lit. a i.V.m. Art. 149 Abs. 2 lit. d IPRG gestützt werden. Wie die Gesuchsgegnerin in zutreffender Weise darlegt, ergibt sich aufgrund der Auslegung von Art. 149 Abs. 2 lit. d IPRG, dass diese Bestimmung mit «am Sitz der Niederlassung» den Ort und nicht den Sitzstaat der Niederlassung bezeichnet. Dieser Schluss drängt sich nicht zuletzt aufgrund der systematischen Auslegung auf. Während Art. 26 IPRG die allgemeinen Voraussetzungen der Vollstreckbarerklärung bestimmt und dabei die internationale indirekte Zuständigkeit genügen lässt (Volken, a.a.O., N 2 zu Art. 26 IPRG), enthält Art. 149 IPRG besondere Anerkennungsregeln bei Vorliegen obligationenrechtlicher Ansprüche. Innerhalb von Art. 149 IPRG bildet Absatz 1 wiederum die Grundregel (internationale Zuständigkeit), während Absatz 2 eine Reihe besonderer Zuständigkeiten vorsieht (Berti/Däppen, a.a.O., N 1 ff. zu Art. 149 IPRG; Volken, a.a.O., N 18 zu Art. 149 IPRG), wobei lit. b, c, e und f die indirekte Zuständigkeit an einem bestimmten Ort festlegt. Die besondere Anerkennungsregel betreffend obligationenrechtliche An-

sprüche aus dem Betrieb einer Niederlassung von Art. 149 Abs. 2 lit. d IPRG bestimmt sodann, ob das urteilende ausländische Gericht als örtlich zuständig erachtet wird (vgl. Volken, a.a.O., N 38 f. zu Vor Art. 25 – 32 IPRG und N 20 zu Art. 149 IPRG). Diese Auslegung wird auch durch einen Vergleich mit der entsprechenden direkten Zuständigkeitsnorm von Art. 112 Abs. 2 IPRG gestützt (Spiegelbildlichkeit), gemäss welcher für Klagen aufgrund einer Tätigkeit einer Niederlassung in der Schweiz überdies die Gerichte am Ort der Niederlassung zuständig sind. Wenn überhaupt, dann wäre aus schweizerischer Sicht das zuständige Gericht in Skopje indirekt zuständig gewesen. B. und Skopje liegen jedoch in verschiedenen Gerichtskreisen.

2.1.3 Somit ist festzuhalten, dass sich die indirekte Zuständigkeit des Amtsgerichts B. nicht auf Art. 26 lit. a IPRG stützen lässt.

2.2 Nach Art. 26 lit. b IPRG ist die Zuständigkeit ausländischer Behörden begründet, wenn in vermögensrechtlichen Streitigkeiten die Parteien sich durch eine nach diesem Gesetz gültige Vereinbarung der Zuständigkeit der Behörde unterworfen haben, welche die Entscheidung getroffen hat. Ob eine gültige und wirksame Gerichtsstandsvereinbarung vorliegt, beantwortet sich aufgrund des Wortlautes der einschlägigen Bestimmung ausschliesslich nach schweizerischem Recht; also ob die Zulässigkeitsvoraussetzungen von Art. 5 IPRG beachtet worden sind. Art. 5 Abs. 1 IPRG verlangt das Vorliegen einer schriftlichen Vereinbarung. Die Frage der materiellen Willenseinigung und weiterer Voraussetzungen für das gültige Zustandekommen der Vereinbarung richtet sich – mangels Regelung in Art. 5 IPRG – nach der *lex fori*, also vorliegend nach schweizerischem Recht (BGE 122 III 439 E. 3).

(...)

2.3 Nach Art. 26 lit. c IPRG ist die Zuständigkeit ausländischer Behörden begründet, wenn sich der Beklagte in einer vermögensrechtlichen Streitigkeit vorbehaltlos auf den Rechtsstreit eingelassen hat. Von einer vorbehaltlosen Einlassung der Gesuchsgegnerin vor dem Amtsgericht B. kann keine Rede sein. Gemäss Entscheidung vom 2. Juli 2001 wies das Amtsgericht die von der Gesuchsgegnerin vor Aufnahme der Hauptverhandlung in der Sache erhobene Einrede der fehlenden örtlichen Zuständigkeit ab. Dieser Entscheid wurde von der Gesuchsgegnerin beim Appellationsgericht erfolglos angefochten. Auch die weiteren Einreden der fehlenden örtlichen Zuständigkeit wurden vom Amtsgericht als auch vom Appellationsgericht abgewiesen. Demzufolge ist offensichtlich, dass sich die Beklagte nicht vorbehaltlos auf die Hauptsache vor dem Amtsgericht B. eingelassen hat,

weshalb die indirekte Zuständigkeit auch nicht auf Art. 26 lit. c IPRG gestützt werden kann.

2.4 Aus diesen Gründen und in Anbetracht der Tatsache, dass die Gesuchstellerin die Voraussetzungen von Art. 26 lit. d IPRG weder behauptet noch bewiesen hat, ist festzuhalten, dass eine indirekte Zuständigkeit des Amtsgerichts B. nicht begründet war (Art. 25 lit. a i.V.m. Art. 26 IPRG). Das Urteil vom 17. Mai 2007 kann folglich weder anerkannt noch für vollstreckbar erklärt werden, weshalb auch die definitive Rechtsöffnung zu verweigern ist.

Kantonsgericht, Einzelrichter, 30. September 2010

Art. 80 SchKG; Art. 46 LugÜ – Vollstreckbarerklärung eines deutschen Teilversäumnisurteils. Das innerstaatliche Recht des die Entscheidung fällenden Gerichts entscheidet, wann die für die Beweiskraft der Ausfertigung erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind (E. 5.1). Nach deutschem Prozessrecht gilt ein Schriftstück mit Einlegung in den Briefkasten als zugestellt. Die Zustellungsurkunde, die von einem mit der Ausführung der Zustellung beauftragten Mitarbeiter der Post errichtet wird, ist eine öffentliche Urkunde deutschen Rechts, die den vollen Beweis für die darin bezeugten Tatsachen begründet (E. 5.2).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Der Gesuchsteller beantragte beim Kantonsgerichtspräsidium die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung. Zur Begründung machte er u.a. geltend, dass mit dem Teilversäumnisurteil des Landgerichts L. vom 19. Juli 2006 eine vollstreckbare Entscheidung im Sinne von Art. 25 ff. LugÜ vorliege und die Voraussetzungen der Vollstreckbarerklärung erfüllt seien. Der Gesuchsgegner bestritt u.a. die ordnungsgemässe Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks, da er zum massgeblichen Zeitpunkt in Deutschland keinen Wohnsitz mehr gehabt habe.

Aus den Erwägungen:

(...)

5. Die Vollstreckbarerklärung setzt voraus, dass eine Entscheidung nach Art. 25 Lugano-Übereinkommen vom 16. September 1988 (LugÜ; SR 0.275.11) vorliegt, dass diese nach dem Recht des Urteilsstaates vollstreckbar und dass sie zugestellt worden ist (Art. 31 und Art. 47 Ziff. 1 LugÜ). Im Weiteren sind die nöti-

gen Urkunden beizubringen (Art. 33 Abs. 3 und Art. 46 f. LugÜ). Schliesslich ist erforderlich, dass die Entscheidung vom Vollstreckungsstaat anerkannt wird bzw. keine Ablehnungsgründe nach Art. 27 und Art. 28 LugÜ vorliegen (Art. 34 Abs. 2 LugÜ). Diese Voraussetzungen sind von Amtes wegen zu prüfen (vgl. Leuenberger, Lugano-Übereinkommen: Verfahren der Vollstreckbarerklärung ausländischer «Geld»-Urteile, in: AJP 1992, S. 969).

5.1 Das Teilsversäumnisurteil des Landgerichts L. vom 19. Juli 2006 stellt grundsätzlich eine vollstreckbare Entscheidung i.S.v. Art. 25 LugÜ dar (vgl. Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, 8. A., Frankfurt a.M. 2005, N 21 f. zu Art. 32 EuGVO [Art. 25 LugÜ]).

5.1.1 Gemäss Art. 46 Ziff. 1 LugÜ hat die Partei, welche die Zwangsvollstreckung betreiben will, eine Ausfertigung der zu vollstreckenden Entscheidung, welche die für ihre Beweiskraft erforderlichen Voraussetzungen erfüllt, vorzulegen. Wann die für die Beweiskraft der Ausfertigung erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind, entscheidet das innerstaatliche Recht des die Entscheidung fällenden Gerichts (Kropholler, a.a.O., N 2 zu Art. 53 EuGVO). Nach deutschem Recht ist die vom Urkundsbeamten unterschriebene und mit dem Gerichtssiegel versehene Abschrift der bei den Akten liegenden Urschrift beweiskräftig (§ 317 Abs. 4 D-ZPO; Kropholler, a.a.O., N 3 zu Art. 53 EuGVO).

5.1.2 Der Gesuchsteller hat diese Anforderung erfüllt, indem er die Originalabschrift des Teilsversäumnisurteils des Landgerichts L. vom 19. Juli 2006 einreichte. Diesem ist zu entnehmen, dass das Urteil mit dem Gerichtsstempel versehen ist und eine Urkundsbeamtin am 20. Juli 2006 die Ausfertigung unterschriftlich bestätigt hat.

5.2 Nach Art. 46 Ziff. 2 LugÜ hat die Partei, welche die Anerkennung geltend macht oder die Zwangsvollstreckung betreiben will, bei einer im Versäumnisverfahren ergangenen Entscheidung die Urschrift oder ein beglaubigte Abschrift der Urkunde vorzulegen, aus der sich ergibt, dass das den Rechtsstreit einleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück der säumigen Partei zugestellt worden ist. Diese Bestimmung ermöglicht es dem Anerkennungsgericht zu prüfen, ob dem säumigen Gesuchsgegner das rechtliche Gehör gewährt worden ist. Ob das verfahrenseinleitende Schriftstück ordnungsgemäss zugestellt worden ist, bestimmt sich nach dem Recht des Ursprungsstaates unter Einschluss der staatsvertraglichen Verpflichtungen, vorliegend also nach deutschem Recht (Naegeli, Kommentar zum LugÜ, Bern 2008, N 15 und N 20 zu Art. 46 LugÜ). Nach § 180 D-ZPO gilt das Schriftstück mit Einlegung in den Briefkasten als zugestellt.

5.2.1 Der Gesuchsgegner bestreitet eine ordnungsgemässe Zustellung des den Rechtsstreit einleitenden Schriftstücks, da er seit April 2006 am K.-weg in W. [Deutschland] nicht mehr wohnhaft gewesen und ihm die Ladung zum Termin nie zugegangen sei.

5.2.2 Vorliegend handelt es sich bei der Ladung vom 4. April 2006 zum Termin um das den Rechtsstreit einleitende Schriftstück, welches der Gesuchsteller in beglaubigter Abschrift einreichte. Gemäss als beglaubigter Abschrift vorliegender Zustellungsurkunde vom 7. April 2006 wurden diese Ladung zum Termin sowie die Klage des Gesuchstellers dem Gesuchsgegner in W. zugestellt. Wie der Gesuchsteller zutreffend ausführt, handelt es sich bei der Zustellungsurkunde um eine öffentliche Urkunde deutschen Rechts, die vollen Beweis für die darin bezeugten Tatsachen begründet (§§ 182 Abs. 1 und 418 Abs. 1 D-ZPO), auch wenn die Zustellungsurkunde von einem mit der Ausführung der Zustellung beauftragten Mitarbeiter der Post errichtet wird (Wolst, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 5. A., München 2007, N 2 zu § 182 D-ZPO). Wie in der Zustellungsurkunde festgehalten wird, versuchte der Postbedienstete, die fraglichen Schriftstücke dem Gesuchsgegner zu übergeben. «Weil aber die Übergabe in der Wohnung bzw. im Geschäftsraum nicht möglich war, habe ich das Schriftstück in den zur Wohnung gehörenden Briefkasten oder in eine ähnliche Vorrichtung gelegt.»

(...)

5.2.3 Mit dem Gesuchsteller ist weiter davon auszugehen, dass die Zustellungsurkunde die Beweiskraft nicht darauf erstreckt, ob der Gesuchsgegner tatsächlich an der angegebenen Adresse gewohnt hat. Da in der Urkunde aber angegeben wird, dass der Empfänger «in seiner Wohnung» nicht angetroffen wurde, ist diese ein beweiskräftiges Indiz für den Nachweis, dass dieser an der fraglichen Zustellungsanschrift wohnt bzw. gewohnt hat (Stöber, Zivilprozessordnung, 28. A., Köln 2010, N 14 zu § 182 D-ZPO). Gemäss Bestätigungen der Gemeinde W. vom 21. November 2006 und vom 8. September 2010 hat sich der Gesuchsgegner erst am 16. August 2006, mithin mehrere Monate nach der Zustellung vom 7. April 2006 und dem Gerichtstermin vom 7. Juni 2006, an eine unbekannte Adresse in Spanien abgemeldet.

Der Gesuchsteller vermag den Gegenbeweis nicht zu erbringen, dass er am 7. April 2006 an der fraglichen Adresse in W. nicht über eine zustellfähige Anschrift verfügt hat. Zunächst fällt die als E-Mail eingereichte schriftliche Bestätigung der Lebenspartnerin des Gesuchsgegners ausser Würdigung (§ 157 Abs. 3 ZPO), wonach letzterer seit Januar 2006 in ihrer Wohnung in D. gelebt habe. Auch wenn

diese Bestätigung berücksichtigt würde, könnte diese am bestehenden Beweisergebnis nichts ändern, hat doch die Lebenspartnerin des Gesuchsgegners offensichtlich ein eigenes Interesse am Prozessausgang. Zudem ergibt sich aus dieser E-Mail-Bestätigung nicht, dass der entsprechende Briefkasten in W. am 7. April 2006 nicht beschriftet gewesen wäre. Weiter kann aus der eingereichten Kopie der Aufenthaltsbewilligung B des Gesuchsgegners mit Einreisedatum in die Schweiz vom 15. Mai 2006 nicht auf eine Aufhebung des Wohnsitzes bzw. eine nicht zustellfähige Adresse in W. am 7. April 2006 geschlossen werden. Dasselbe gilt für die Wohnsitzbescheinigung der Einwohnergemeinde A. [Schweiz] vom 21. Oktober 2010, wonach der Gesuchsgegner am 15. Mai 2006 aus Deutschland zu- und am 31. Mai 2007 nach B. weggezogen sei.

5.2.4 Somit ist festzuhalten, dass dem Gesuchsgegner am 7. April 2006 das den Rechtsstreit einleitende Schriftstück ordnungsgemäss zugestellt worden ist und dieser mit der angesetzten Frist von vier Wochen genügend Zeit hatte, die Klage schriftlich zu erwidern.

(...)

Kantonsgericht, Einzelrichter, 25. November 2010; eine gegen die Verfügung erhobene Beschwerde hat die Justizkommission mit Urteil vom 14. Januar 2011 abgewiesen.

IV. Rechtspflege

1. Zivilrechtspflege

§ 129 ff. ZPO. – Unbeteiligte Drittpersonen können grundsätzlich nur dann in eine vorsorgliche Massnahme einbezogen werden, wenn ihre Rechtsstellung dadurch nicht beeinträchtigt wird. Macht eine solche Person eigene, dem behaupteten Anspruch vorgehende Rechte geltend, sind Anordnungen ihr gegenüber deshalb unzulässig, es sei denn, ihre diesbezüglichen Angaben seien widersprüchlich, was in casu bejaht wurde (E. 3.1). Allein der Umstand, dass eine vorsorgliche Massnahme den bestehenden Zustand für ihren Adressaten verändert, macht sie noch nicht zu einer Leistungsmassnahme (E. 3.3.2).

Aus den Erwägungen:

(...)

3.1 Der Beschwerdeführer rügt zunächst, die angefochtene Verfügung verletze die Eigentumsgarantie und klare Prozessvorschriften. Da er als Nebenintervenient nicht Partei im Hauptprozess sei, könne er weder Adressat des Urteils noch einer vorsorglichen Massnahme im Rahmen des Hauptprozesses sein. Werde er gerichtlich zur Hinterlegung seiner Inhaberaktien an der X. AG verpflichtet, könne er weder Aktionärsrechte ausüben noch über sein Eigentum verfügen. Die Hinterlegungsverfügung greife ohne die dafür notwendige gesetzliche Grundlage in seine Rechte ein, was entgegen der Meinung des Referenten nach den von diesem zitierten Autoren nicht zulässig sei.

3.1.1 Vorsorgliche Massnahmen richten sich immer gegen den Gesuchsgegner. Nach der Lehre kann aber auch ein an sich unbeteiligter Dritter in eine vorsorgliche Massnahme einbezogen werden, sofern dessen Rechtsstellung dadurch nicht beeinträchtigt wird. Dreht sich der Streit beispielsweise um Wertpapiere, die eine Partei bei einer Bank hinterlegt hat, kann der Bank deren Herausgabe einstweilen verboten werden. Eine Drittperson kann im Rahmen vorsorglicher Massnahmen mithin nur dann und nur soweit zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet werden, als dies auch gestützt auf den unter den Verfahrensparteien streitigen materiellen Anspruch möglich wäre. Macht sie dagegen eigene, dem behaupteten Anspruch vorgehende Rechte geltend, sind Anordnungen ihr gegenüber unzulässig (vgl. zum Ganzen Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 385; Alain Gloor, Vorsorgliche Massnah-

men im Spannungsfeld von Bundesrecht und kantonalem Recht, Zürich 1982, S. 111; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, S. 579).

3.1.2 Der Beschwerdeführer stellt sich im vorliegenden Beschwerdeverfahren zwar auf den Standpunkt, er sei durch die (behauptete) Übertragung des Besitzes an den streitgegenständlichen Aktien am 17. August 2005 Eigentümer derselben geworden. Er widerspricht damit freilich teilweise seinen eigenen Ausführungen in der Duplik vom 14. April 2008, wo er ausdrücklich festhielt, er werde die Beklagte im Hauptprozess im Falle einer letztinstanzlichen Verurteilung zur Herausgabe der streitgegenständlichen Aktien an den Beschwerdegegner in die Lage versetzen, einem entsprechenden Urteil Folge zu leisten. Denn durch diese frühere Erklärung brachte er klar zum Ausdruck, dass er selbst seine Eigentümerstellung – jedenfalls im Verhältnis zum Beschwerdegegner – nicht als unanfechtbar hält. Hat er sich aber – offenbar zur Abwendung einer eigenen Haftung gegenüber der Beklagten im Hauptprozess – ausdrücklich dazu bereit erklärt, die streitgegenständlichen Aktien bei einem endgültigen Obsiegen des Beschwerdegegners im Hauptprozess herauszugeben, und mithin ein gerichtlich festgestelltes, besseres Recht desselben an diesen Aktien anzuerkennen, erscheint es missbräuchlich, wenn er sich nun im vorliegenden Massnahmeverfahren, in welchem es lediglich darum geht, dem Beschwerdegegner die Möglichkeit der tatsächlichen Verwirklichung eines allfälligen Herausgabeanspruchs zu erhalten, dennoch auf seine angebliche Eigentümerstellung beruft. Seine Erklärung, sich einem zugunsten des Beschwerdegegners ausfallenden Endurteil im Hauptprozess unterzuordnen, bindet ihn m.a.W. auch im vorliegenden Massnahmeverfahren. Dass ihn die Vorinstanz in die angefochtene Verfügung einbezogen hat, ist daher nicht zu beanstanden. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt mithin als unbegründet.

(...)

3.3.1 Der Beschwerdeführer rügt ferner, der Beschwerdegegner begründe sein Massnahmebegehren nicht damit, dass die Beklagte im Hauptprozess über die streitgegenständlichen Aktien vor Urteilsfällung anderweitig verfügen könnte. Das würde gar nicht in ihrer Macht liegen, sei sie doch – wie der Referent selber annehme – nicht im Besitz der Inhaberaktien. Mit der Anordnung der Hinterlegung der Aktien werde nicht der tatsächliche Zustand perpetuiert, wie er seit der Rechtshängigkeit der Klage im Hauptprozess bestanden habe, sondern eine veränderte Lage geschaffen. Bei der angefochtenen Verfügung handle es sich um eine unzulässige Leistungsmassnahme, zu deren Erlass der Referent gemäss § 93 ZPO nicht zuständig sei.

3.3.2 Sicherungsmassnahmen sichern die Möglichkeit der Realvollstreckung des streitigen Anspruchs durch Aufrechterhaltung des tatsächlichen Zustandes. Genau besehen wird durch solche Massnahmen freilich immer ein für den jeweiligen Kläger günstiger Zustand aufrechterhalten. Für den jeweiligen Beklagten bedeutet dagegen die Anordnung immer eine Änderung der Lage, zumal ihm beispielsweise bei Beschlagnahmung einer beweglichen Sache aus seinem Besitz deren Gebrauch oder eine Verfügung darüber im Gegensatz zu vorher nicht mehr möglich ist (Gloor, a.a.O., S. 96). So verhält es sich denn auch in casu. Durch die Verpflichtung zur Hinterlegung der streitgegenständlichen Aktien ist deren Inhaber – sei dies die Beklagte im Hauptprozess oder der Beschwerdeführer (vgl. vorstehend E. 3.2.2) – während der Dauer der Hinterlegung daran gehindert, über diese Aktien zu verfügen und die daraus fliessenden Mitgliedschaftsrechte geltend zu machen. Genau darin besteht freilich auch der Zweck der angefochtenen Massnahme, welche denjenigen tatsächlichen Zustand erhalten will, welcher bestanden hätte, wenn der vom Beschwerdegegner behauptete Herausgabeanspruch sofort, d.h. im Zeitpunkt der Klageerhebung, verwirklicht worden wäre (Gloor, a.a.O., S. 104). In diesem Fall wäre dem Beschwerdeführer die Ausübung der aus den streitgegenständlichen Aktien fliessenden Mitgliedschaftsrechte zum heutigen Zeitpunkt nämlich auch nicht mehr möglich. Dass die angefochtene Massnahme den bestehenden Zustand für den Beschwerdeführer nun (angeblich) verändert, macht sie m.a.W. nicht zu einer – im Rahmen von § 93 ZPO unzulässigen – Leistungsmassnahme. Eine solche würde vielmehr erst dann vorliegen, wenn die angefochtene Massnahme inhaltlich eine vorläufige Vollstreckung des vom Beschwerdegegner behaupteten Herausgabeanspruchs bewirken würde, etwa indem die Aktien vorsorglich an diesen übertragen würden (vgl. zum Begriff der Leistungsmassnahme etwa Staehelin/Staehelin/Grolimund, a.a.O., S. 383). Da dies offenkundig nicht der Fall ist, erweist sich auch die Rüge der fehlende Zuständigkeit als unbegründet.

Justizkommission, Zivilrechtliche Kammer, 15. Oktober 2010

§ 161 ZPO. – Pflicht Dritter zur Edition von Urkunden.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Sofern eine Partei auf eine Urkunde abstellt, welche sich in der Hand eines Dritten befindet, so kann dieser gemäss § 161 Abs. 1 ZPO vom Gericht zur Vorlage derselben oder einer amtlich beglaubigten Abschrift verhalten werden. Der Dritte

kann die Vorlegung der Urkunde verweigern, soweit ihr Inhalt sich auf Tatsachen bezieht, über welche er als Zeuge die Aussage verweigern könnte (Abs. 2).

3.1 Aufgrund der vorstehend erwähnten Bestimmung besteht auch für Dritte eine allgemeine prozessuale Editionsspflicht hinsichtlich aller Urkunden in ihrem Gewahrsam, die der allgemeinen Zeugenpflicht entspricht und keine privatrechtliche Vorlegungspflicht voraussetzt. Es genügt dabei, dass der vom Beweisführer behauptete Urkundeninhalt für den Rechtsstreit erheblich ist (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 334 FN 14). Vorliegend wurde die Edition gegenüber der Beschwerdeführerin in einem Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Scheidungsprozesses erlassen. In diesem Verfahren sind unter anderem die vom Angestellten der Beschwerdeführerin während des Scheidungsverfahrens zu leistenden Unterhaltsbeiträge streitig. Zu deren Bestimmung ist das Einkommen von X. zu ermitteln, welcher bei der Beschwerdeführerin angestellt ist. Es besteht mithin ein berechtigtes Interesse daran, dass das Gericht die von der Beschwerdeführerin einverlangten Urkunden einsieht. Die Beschwerdeführerin beruft sich denn auch zu Recht nicht auf Unerheblichkeit der einverlangten Urkunden. Eine Verweigerung der Edition ist grundsätzlich nur aus den in § 168 f. ZPO angeführten, unmittelbar auf das Zeugnisverweigerungsrecht bezogenen Gründen zulässig. Die Beschwerdeführerin macht nun aber keines der in den genannten Bestimmungen aufgeführten Weigerungsrechte geltend. Trotz der Verweisung auf die Ordnung des Zeugnisverweigerungsrechts kann sich im Einzelfall eine Befreiung von der Vorlegung einer Urkunde auch aus anderen Gründen ergeben, wenn deren Einreichung nicht tunlich ist oder berechnete Interessen verletzen würde (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 184 N 2a). Vorliegend sind nun aber keine solchen Gründe ersichtlich. Die Beschwerdeführerin macht im Gegenteil Gründe geltend, die nicht sie, sondern die Prozessparteien betreffen. Das steht ihr aber nicht zu. Es ist ausschliesslich Sache der Parteien, ihre Verteidigungsmittel im Prozess geltend zu machen. Diese hätten denn auch die vorliegende Editionsverfügung selbst anfechten können. Aber selbst wenn die Beschwerdeführerin mit ihrem Einwand der abgeurteilten Sache zu hören wäre, würde sich am Ausgang des Beschwerdeverfahrens nichts ändern: Zunächst gilt es festzuhalten, dass es sich beim von X. im Massnahmeverfahren eingereichten Gutachten des Rechtsanwaltes Y., gemäss welchem die Einrede der abgeurteilten Sache zu bejahen sei, um ein Privatgutachten handelt. Privatgutachten sind keine Beweismittel, sondern haben nur die Bedeutung von Parteibehauptungen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., vor § 171 ff. N 4). Die Auffassung des Gutachters ist deshalb für das Gericht weder massgebend noch verbindlich. Es ist im Gegenteil in Bezug auf die rechtliche Würdigung der Tatsachen frei und nicht an die Begründung der Parteianträge gebun-

den (§ 55 Abs. 1 ZPO). Im Übrigen sieht § 80 GOG vor, dass wenn durch die sofortige Erledigung einer Einrede ein bedeutender Aufwand an Zeit und Kosten erspart wird, sie von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei zum Gegenstand eines Vorentscheides gemacht werden kann. Ein Teilentscheid ist nur aus prozessökonomischen Gründen zulässig. Es liegt in der Natur einer Ausnahmeregelung, dass sie nur unter ganz speziellen Voraussetzungen und zurückhaltend anzuwenden ist (ZR 89 Nr. 112). Würde man im vorliegenden Massnahmeverfahren die Einrede der abgeurteilten Sache zum Inhalt eines Vorentscheides machen, bestünde die Gefahr einer Verkomplizierung des weiteren Verfahrens, da dies dazu führen könnte, dass sowohl der Vorentscheid als auch ein allfälliger Endentscheid bis ans Bundesgericht weitergezogen werden könnten. Dies muss vorliegend umso mehr gelten, als es sich beim Massnahmeverfahren um ein Verfahren summarischer Natur handelt, d.h. um ein abgekürztes Verfahren, welches eine im Vergleich zum ordentlichen raschere Herbeiführung eines Entscheides ermöglichen soll. Dass die Einzelrichterin unter diesen Voraussetzungen darauf verzichtet hat, die von X. erhobene Einrede der abgeurteilten Sache zum Gegenstand eines Vorentscheides zu machen, ist nachvollziehbar und ohne Weiteres zulässig. Keinesfalls eine Befreiung von der Vorlegung der Urkunde vermag schliesslich die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber seinem Angestellten zu begründen.

Justizkommission, Zivilrechtliche Kammer, 24. März 2010

§ 185 Abs. 2 ZPO. – Die Bestimmung erlaubt eine Kürzung zu hoher Entschädigungsforderungen eines Sachverständigen (E. 4.3.1). Die Kompetenz für die Festsetzung des Sachverständigenhonorars liegt beim Spruchkörper und nicht beim Referenten. Dieser ist nur für die Erteilung des Gutachtensauftrags sowie die Vereinbarung einer Vergütungsart zuständig (E. 4.3.2). – Wird der Gutachtensauftrag gestützt auf eine mündlich abgegebene Kostenschätzung des Experten (sog. ungefährender Kostenansatz) erteilt, hat das Gericht das Preisrisiko für einen allfälligen Mehraufwand nur bis zu einer Toleranzgrenze von 10-20% allein zu tragen. Für die über die konkret massgebende Toleranzgrenze hinausgehenden Mehrkosten wird das Preisrisiko im Regelfall geteilt, so dass sich der Sachverständige deren Herabsetzung um die Hälfte allenfalls gefallen lassen muss (E. 4.3.3).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Im Februar 2007 wurde im erstinstanzlichen Scheidungsverfahren zwischen dem (nachmaligen) Beschwerdeführer und der (nachmaligen) Beschwerdegegnerin zur Feststellung des Verkehrswerts aller im Eigentum des Beschwerdeführers stehen-

den Grundstücke und Beteiligungen ein Gutachten angeordnet und die Parteien wurden verpflichtet, für die Durchführung der Expertise einen Kostenvorschuss von insgesamt CHF 30'000.– zu leisten. Gemäss Aktennotiz der Referentin vom 31. Januar 2007 beruhte die Höhe des eingeforderten Kostenvorschusses auf einem Vorschlag der X. AG. Nachdem der Vorschuss geleistet worden war, wurde die X. AG als Expertin zur Erstellung eines (Teil-)Gutachtens über den Wert der Einzel-firma des Beschwerdeführers sowie seiner Beteiligungen an drei Gesellschaften ernannt. Bei der Auftragserteilung machte die Referentin die X. AG schriftlich darauf aufmerksam, dass deren Aufwendungen für die Erstellung des bei ihr eingeholten (Teil-)Gutachtens nur bis zu einem Betrag von CHF 20'000.– gedeckt seien.

Im Februar 2008 gelangte die X. AG an die Referentin und teilte ihr mit, das vorgesehene Kostendach von CHF 20'000.– könne nicht eingehalten werden, vielmehr würden sich die Gesamtkosten für das zu erstellende Gutachten neu auf schätzungsweise CHF 40'000.– bis CHF 50'000.– belaufen. Daraufhin forderte die Referentin von den Parteien einen weiteren Kostenvorschuss von insgesamt CHF 30'000.– ein, welcher aufforderungsgemäss bezahlt wurde. Zugleich teilte sie der X. AG ausdrücklich mit, aufgrund der ausführlichen Kostenzusammenstellung vom Februar 2008 werde eine erneute Kostenerhöhung ausgeschlossen.

Im Mai 2010 gelangte die X. AG erneut an die Referentin und teilte ihr mit, es sei bei der Erstellung des Gutachtens mit weiteren unvermeidbaren Mehrkosten von CHF 45'000.– zu rechnen, so dass sich dessen Gesamtkosten gemäss einer revidierten Kostenschätzung neu auf CHF 85'000.– bis CHF 95'000.– belaufen würden. Daraufhin verpflichtete die Referentin den Beschwerdeführer, für die Durchführung der Expertise der X. AG einen weiteren Kostenvorschuss von CHF 45'000.– zu leisten. Hiergegen führte dieser Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

1. (Da sich die Beschwerde auf § 208 Ziff. 4 ZPO stützt, ist die Kognition der Justizkommission im vorliegenden Beschwerdeverfahren auf die Verletzung klaren Rechts beschränkt).

(...)

4.3.1 Das Rechtsverhältnis zwischen Zivilgericht und Gutachter ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, welcher eine hoheitliche Aufgabe der Judikative zum Gegenstand hat, nämlich die Feststellung von für die Rechtsanwendung und Streiterledigung unentbehrlichen objektiven Tatsachen. Der Gerichtsgutachtervertrag wird

dementsprechend primär durch die einschlägigen Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts inklusive der dazugehörigen Kosten- und Gebührenerlasse geregelt. Wo es an solchen fehlt, können zur Bestimmung des Vertragsinhalts überdies auch die Regeln des Allgemeinen Teils des OR sowie des Auftrags- und Werkvertragsrechts als kantonales öffentliches Ersatzrecht herangezogen werden (vgl. Alfred Bühler, Gerichtsgutachter und -gutachten im Zivilprozess, in: Gericht und Expertise, Bern 2005, S. 17). Im Kanton Zug wird die Entschädigung der Sachverständigen in Zivil- und Straffällen, unter Beachtung der Verordnung des Obergerichts betreffend Kosten- und Entschädigungen in der Zivil- und Strafrechtspflege vom 28. November 1995, im Einzelfall durch das Gericht bestimmt (§ 99 GOG). Gemäss § 23 der einschlägigen obergerichtlichen Verordnung wird die Entschädigung an Sachverständige dabei aufgrund der eingereichten Honorarnote, nach Vereinbarung oder nach Angemessenheit festgesetzt. Dies ist so zu verstehen, dass die Festsetzung eines Experten honorars grundsätzlich nach dem durch den Sachverständigen ausgewiesenen Zeit- und Arbeitsaufwand oder einer anderen vereinbarten Vergütungsart, wie etwa einem Pauschalhonorar, erfolgt und bei Fehlen einer Vergütungsvereinbarung nach Angemessenheit vorzunehmen ist. Trotz dieser Vorgaben verbleibt dem Gericht bei der Festsetzung im Einzelfall freilich ein erhebliches Ermessen, was für den Zivilprozess nicht nur in § 99 GOG, sondern auch in § 185 Abs. 2 ZPO ausdrücklich festgehalten wird. Letztere Bestimmung erlaubt dem Gericht insbesondere, zu hohe Honorarforderungen eines Sachverständigen zu kürzen, wogegen diesem dann die Beschwerde gemäss § 208 Ziff. 7 ZPO zur Verfügung steht (Margrit Spillmann, Das Beweisrecht in der zugerischen Zivilprozessordnung vom 3. Oktober 1940 und de lege ferenda, Zürich 1973, S. 158).

4.3.2 Im vorliegenden Fall gilt es zunächst festzuhalten, dass für die Festsetzung der Sachverständigenentschädigung nicht die Referentin, sondern der Spruchkörper, also die 1. Abteilung des Kantonsgerichts, zuständig ist. Denn die Referentin ist nicht zur Entscheidung in der Sache, sondern lediglich zur Prozessleitung zuständig. Dementsprechend trifft sie im Rahmen ihrer Tätigkeit auch keine endgültigen, sondern bloss prozessleitende, und mithin abänderliche Verfügungen. Die Festsetzung der Sachverständigenentschädigung hat freilich definitiven Charakter. Da die Gutachtenskosten Bestandteil der Gerichtskosten bilden und deren Höhe – wie der vorliegende Fall exemplarisch zeigt – erheblich beeinflussen können, gehört die Entscheidung über ihre Festsetzung nämlich zum Kostenspruch, welcher im Endurteil zusammen mit der Sachenentscheidung ergeht. Die 1. Abteilung des Kantonsgerichts wird die Höhe der Entschädigung für die X. AG somit nach den im vorstehenden Absatz genannten Grundsätzen im Endurteil zu bestimmen und nach Massgabe von § 38 f. ZPO unter den Parteien zu verlegen haben. Dies bedeutet,

dass der Referentin aufgrund ihrer fehlenden Zuständigkeit zur Festsetzung der Höhe der Sachverständigenentschädigung auch die Kompetenz zum Abschluss diesbezüglicher Vereinbarungen mit einem Sachverständigen fehlt. Konkret war sie somit zwar zur Erteilung des Gutachtensauftrags an die X. AG kompetent und konnte mit dieser auch verbindlich eine bestimmte Vergütungsart (Bsp. Vergütung nach Aufwand; Pauschalhonorar) vereinbaren. Hingegen konnte sie gegenüber der X. AG keine verbindlichen Zusagen in Bezug auf die Höhe des Sachverständigenhonorars machen, sondern musste und muss – auch zur Verhinderung einer Staatshaftung aus Vertrauensschutz – gegenüber der X. AG stets klarstellen, dass der definitive Entscheid über die Höhe des Sachverständigenhonorars nicht bei ihr allein, sondern beim gesamten Spruchkörper liegt. Allfällig von ihr geforderte Zusagen betreffend die Höhe des Sachverständigenhonorars kann sie daher nur unter diesem Vorbehalt abgeben. Es war ihr dementsprechend in casu auch nicht möglich, die revidierte Kostenschätzung der X. AG vom 4. Mai 2010 in eigener Kompetenz zu genehmigen, weshalb eine allfällig bereits abgegebene diesbezügliche Erklärung weder die 1. Abteilung bei der Festsetzung der Sachverständigenentschädigung im Scheidungsverfahren noch die Justizkommission im vorliegenden Beschwerdeverfahren bindet. Dies vorweggeschickt, ist im Folgenden zu prüfen, ob die Referentin durch die angefochtene Verfügung ihr Ermessen bei der Festsetzung eines Kostenvorschusses zur Deckung der voraussichtlichen Kosten des bei der X. AG in Auftrag gegebenen Gutachtens überschritten hat.

4.3.3 Die Referentin hat die X. AG – im Einklang mit der ständigen Gerichtspraxis – gestützt auf eine mündlich abgegebene Kostenschätzung der zuständigen Sachbearbeiter, mithin aufgrund eines sog. ungefähren Kostenansatzes, zur Expertin im Scheidungsverfahren ernannt. Ein ungefährender Kostenansatz ist ein unverbindlicher Kostenvoranschlag, der den Zweck hat, den Auftraggeber im Sinne einer Prognose und Kostenschätzung über die Kosten, mit denen nach den Erwartungen des Beauftragten zu rechnen ist, zu orientieren. Wird ein ungefährender Kostenansatz vereinbart, bildet der effektive Aufwand des Sachverständigen und nicht die Kostenschätzung Grundlage seines Vergütungsanspruchs. Nach den für die werkvertragliche Bestimmung von Art. 375 Abs. 2 OR geltenden Faustregeln, die gemäss einschlägiger Lehre auftragsrechtlich analog anwendbar sind, hat das Gericht als Auftraggeber das Preisrisiko bis zu einer Toleranzgrenze von 10-20% allein zu tragen. Die genaue Höhe der Toleranzgrenze hängt dabei von den konkreten Umständen ab, so etwa davon, wie genau die voraussichtlichen Kosten bei Abgabe des Kostenvorschlags geschätzt werden konnten, oder von einer allfälligen Veranlassung von Mehrkosten bzw. einem treuwidrigen Verhalten seitens des Auftraggebers. Für die über die konkret massgebende Toleranzgrenze hinausgehenden Mehrkosten wird das Preisrisiko im Regelfall geteilt, so dass sich der Sachverständige deren Herab-

setzung um die Hälfte gefallen lassen muss. Auch diesbezüglich sind wieder die konkreten Umstände zu beachten. Hat der Sachverständige seine Anzeigepflicht bezüglich der zu erwartenden Mehrkosten verletzt, wird die Herabsetzungsquote zu seinen Ungunsten grösser zu bemessen sein als im Regelfall. Hat er diese Anzeigepflicht erfüllt, entfällt die Herabsetzung, wenn das Gericht die Mehrkosten genehmigt hat. Da die ungefähr vereinbarte Vergütung eine Aufwandvergütung ist, besteht – gleich wie bei Vereinbarung eines Aufwandhonorars – kein Anspruch auf Vergütung des unnötigen Aufwandes, der bei sorgfältigem Vorgehen nicht erforderlich gewesen wäre. Die darauf entfallenden Kosten sind bei der Ermittlung der nur noch teilweise vergütungsberechtigten Mehrkosten auszuscheiden (vgl. zum Ganzen Bühler, a.a.O., S. 75; auch BGE 115 II 460 ff. E. 3; Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2007, Art. 375 OR, N 4 ff.; alle m.w.H.). Betrachtet man im vorliegenden Fall einzig das Ausmass der durch die X. AG prognostizierten Kostensteigerungen, so erscheinen diese kaum nachvollziehbar, zumal sich der Umfang der Gutachterskosten gemäss – aktueller – Schätzung der X. AG nunmehr auf bis zu CHF 95'000.–, und mithin praktisch auf das Fünffache des ursprünglichen Kostenansatzes von ungefähr CHF 20'000.– für diesen Gutachtensteil, belaufen soll, ohne dass – bei oberflächlicher Betrachtung – eine entsprechende Aufwandsteigerung ersichtlich wäre. Da der Gutachtensauftrag seit seiner ursprünglichen Vergabe an die X. AG nicht ausgedehnt wurde, kann deshalb nicht ausgeschlossen werden, dass das Kantonsgericht die Sachverständigenentschädigung dereinst erheblich kürzen wird. In Anbetracht der soeben zitierten Faustregeln bei Überschreitungen eines unverbindlichen Kostenansatzes liegen dabei Kürzungen auf ein Gesamthonorar von zwischen CHF 20'000.– bis 40'000.– durchaus im Bereich des Möglichen. Würde man dieses Szenario in casu als zwingend erachten, erschiene der vom Beschwerdeführer in der angefochtenen Verfügung zusätzlich zu den bereits geleisteten Vorschüssen von CHF 60'000.– eingeforderte Kostenvorschuss von CHF 45'000.– ohne weiteres willkürlich. Zu beachten ist nun aber, dass die Referentin als mit der Prozessleitung im Scheidungsverfahren befasste, mit den konkreten Umständen vertraute Sachrichterin offenbar zur Auffassung gelangt ist, die von der X. AG prognostizierten Kostensteigerungen seien gerechtfertigt. Ob diese Auffassung letztlich zutreffen wird, kann und soll die Justizkommission im vorliegenden Beschwerdeverfahren mit beschränkter Kognition nicht überprüfen, zumal keine Anzeichen dafür vorliegen, dass die Referentin ihr Ermessen bei der Festsetzung des Kostenvorschusses in willkürlicher Weise überschritten hat. Vielmehr ist aktenkundig, dass sie die X. AG im Zuge der wiederholten Revisionen der abgegebenen Kostenschätzungen immer wieder zur Begründung derselben angehalten hat, so dass davon ausgegangen werden kann, dass sie die von der X. AG daraufhin jeweils gelieferten Angaben geprüft hat. Des weiteren entspricht der Umfang des vom Beschwerdeführer ein-

geforderten Kostenvorschusses den von der X. AG momentan prognostizierten Maximalkosten. In Anbetracht dieser Umstände sowie des grossen Ermessens der Referentin bei der Festsetzung von Kostenvorschüssen erscheint die angefochtene Verfügung daher zumindest vertretbar. Aufgrund der beschränkten Kognition der Justizkommission im vorliegenden Beschwerdeverfahren erweist sich die Rüge der Verletzung klarer Prozessvorschriften in diesem Punkt somit als unbegründet. (...)

Justizkommission, Zivilrechtliche Kammer, 30. September 2010

2. Internationales Zivilprozessrecht

§ 43 ZPO. – Der Einleger des Rechtsbehelfs gemäss Art. 36 LugÜ kann nicht zur Sicherstellung der Parteientschädigung im Rechtsbehelfsverfahren verpflichtet werden.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss § 43 Abs. 1 ZPO kann die Sicherstellung der Parteientschädigung von Amtes wegen oder auf Antrag der Gegenpartei verlangt werden, wenn der Kläger, Intervenient oder Widerkläger in der Schweiz keinen festen Wohnsitz hat, wenn seine Zahlungsunfähigkeit durch Konkurs, durch einen Verlustschein oder eine gleichbedeutende Urkunde nachgewiesen ist, wenn er binnen der letzten fünf Jahre einen gerichtlichen Nachlassvertrag erlangt hat oder wenn er der Gerichtskasse von früher her noch Kosten oder Bussen schuldet. Die Bestimmung findet nach konstanter Praxis analog auch im Rechtsmittelverfahren Anwendung, da unter dem Begriff «Kläger» auch der Rechtsmittelkläger zu verstehen ist (JZ 2007 18 E. 2a; JZ 1995 6 E.1; ROG 41/42, S. 76).

1.1.1 Die Beschwerdeführerin wendet gegen das Sicherstellungsgesuch der Beschwerdegegnerin ein, im vorliegenden Fall sei keine einzige der Voraussetzungen des § 43 Abs. 1 ZPO erfüllt. Sie macht diesbezüglich zunächst geltend, sie sei im Verfahren vor der Vorinstanz weder Klägerin noch Intervenientin noch Widerklägerin gewesen. Die Vorinstanz habe die angefochtene Verfügung ohne Anhörung der Beschwerdeführerin – superprovisorisch – erlassen. Das heisse, dass die Beschwerdeführerin bis zur Einreichung ihrer Beschwerde gar keine Möglichkeit gehabt habe, sich als Partei am Verfahren zu beteiligen. Da sie weder Klägerin noch Intervenientin noch Widerklägerin sei, müsse die Anwendbarkeit von § 43 Abs. 1 ZPO im vorliegenden Fall bestritten werden.

1.1.2 Das Lugano-Übereinkommen verpflichtet die Vertragsstaaten, ein Vollstreckungsverfahren zur Verfügung zu stellen, welches dem Antragsteller erlaubt, für das im Ursprungsstaat erstrittene Urteil im Vollstreckungsstaat vorerst «überraschend» eine Vollstreckbarerklärung zu erwirken und vorläufig abzusichern, d.h. ohne dass der Schuldner vorgewarnt wird. Dieser wird erst in der zweiten Phase des Vollstreckbarkeitsprozederes angehört (Franz Kellerhals, Umsetzung des Lugano-Übereinkommens ins kantonale Recht, in: ZBJV 128, 1992, S. 79). Hierzu muss er den Rechtsbehelf gemäss Art. 36 LugÜ einlegen. Bei diesem handelt es sich gemäss Art. 37 LugÜ formal um ein Rechtsmittel, welches bei der obersten kantonalen Gerichtsbehörde in Zivil- und Handelssachen einzureichen ist (BGE 125 I 412 ff. E. 1b). Die Funktion des Rechtsbehelfs besteht freilich primär darin, nachträglich den Gehörsanspruch des Schuldners zu erfüllen und diesem mithin die (erstmalige) Stellungnahme zum Vollstreckungsbegehren des Gläubigers zu ermöglichen. Materiell hat er daher den Charakter einer Einsprache gegen die Entscheidung über den Vollstreckungsantrag, mittels welcher das erstinstanzliche Vollstreckungsverfahren, nunmehr unter Einbezug des Schuldners, in der obersten kantonalen Instanz weitergeführt wird. Es handelt sich dabei somit um ein Rechtsmittel sui generis (vgl. Daniel Staehelin, in: Dasser/Oberhammer [Hrsg.], Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, Bern 2008, Art. 36 LugÜ, N 15). Vor diesem Hintergrund erscheint fraglich, ob es sich rechtfertigt eine Partei, die den Rechtsbehelf des Art. 36 LugÜ einlegt, welcher im Kanton Zug die Form der Beschwerde gemäss § 208 ZPO hat, im Einklang mit der vorstehend zitierten Praxis zu § 43 Abs. 1 ZPO als Kläger im Sinne dieser Bestimmung zu qualifizieren und als solchen zur Sicherstellung der Parteikosten der Gegenpartei zu verpflichten. Nach der ratio legis ist dies zu verneinen. Denn die Sicherstellungspflicht soll den Beklagten davor schützen, dass ihm der Kläger durch die Verfahrenseinleitung Kosten und Schäden verursacht, die er dann später nicht tragen kann oder will. Der Schuldner, welcher den Rechtsbehelf gemäss Art. 36 LugÜ einlegt, tut dies indessen nicht, um ein neues Verfahren einzuleiten, sondern will dadurch vielmehr erstmalig seinen Gehörsanspruch im Vollstreckungsverfahren gemäss Art. 31 ff. LugÜ wahrnehmen. Genau besehen leitet er somit gar kein neues Verfahren ein, sondern nimmt lediglich ein verfassungsmässig garantiertes Verfahrensrecht in einem bereits durch den Gläubiger eingeleiteten Verfahren wahr. Es würde nicht dem Sinn des Gesetzes entsprechen, ihm dies durch eine Kautionspflicht hinsichtlich der Parteientschädigung der Gegenpartei zu erschweren. Faktisch bleibt er damit Beklagter trotz seiner formellen Stellung als Rechtsmittelkläger. Aus diesem Grund ist das Sicherstellungsgesuch der Beschwerdegegnerin abzuweisen.

Justizkommission, Zivilrechtliche Kammer, 24. September 2010

B. Verwaltungspraxis

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

Personalrecht

§§ 33 ff. des Gemeindegesetz – Aufsichtsrecht; Art. 328 Abs. 1 OR – Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. – Der Regierungsrat hat eine Einwohnergemeinde ermahnt, nachdem diese als Arbeitgeberin die Persönlichkeit eines Arbeitnehmers verletzt hatte.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Die Einwohnergemeinde X. informierte die Öffentlichkeit über die Freistellung und das Ausscheiden von L. aus der Gemeindeverwaltung wie folgt:

Information in der A. Zeitung vom a.a.a:

«Wegen Unklarheiten und Störungen im Ablauf der Amtsgeschäfte wurde ein Mitarbeiter von X., L., per sofort freigestellt. (...)»

Medienmitteilung des Gemeinderates X. zur Kündigung vom b.b.b:

«(...) Die Situation entstand aufgrund verschiedener Kompetenzüberschreitungen, Eigenmächtigkeiten und Missachtungen von behördlichen Weisungen durch L., welche das Vertrauen des Gemeinderates in eine gedeihliche Fortsetzung des Dienstverhältnisses zerstört haben. Leider sind frühere Ermahnungen an den Mitarbeiter in gleichen Angelegenheiten erfolglos geblieben. (...)»

Interpellationsantwort; Auszug aus dem Protokoll der Einwohnergemeindeversammlung X. vom c.c.c:

«(...) Schon während der Probezeit mussten die Vorgesetzten feststellen, dass L. Mängel in der Arbeitstechnik zeigte und seine Arbeitsweise zu wenig effizient war. Er verbrauchte zu viel Zeit damit, Geschäfte, welche von der Behörde oder der Gemeindeversammlung beschlossen wurden und von ihm auszuführen waren, auf Richtigkeit und Zweckmässigkeit zu hinterfragen, ohne dass dies zu neuen Erkenntnissen führte. (...) Der Gemeinderat musste im Verlaufe des Anstellungsverhältnisses zur Erkenntnis gelangen, dass – allen Bemühungen zum Trotz – sich L. mit der Einhaltung der Kompetenzordnung, mit der Akzeptanz von Anweisungen der Vorgesetzten und mit Effizienzsteigerung seiner Arbeit nach wie vor schwer tat.»

Informationsblatt der Einwohnergemeinde X. d.d.d:

«Die Situation entstand aufgrund verschiedener Kompetenzüberschreitungen, Eigenmächtigkeiten und Missachtungen von behördlichen Weisungen durch L.,

welche das Vertrauen des Gemeinderates in eine gedeihliche Fortsetzung des Dienstverhältnisses zerstört haben. Leider sind auch frühere Ermahnungen des Mitarbeiters in gleichen Angelegenheiten erfolglos geblieben.»

L. reichte gegen die Gemeinde X. in der Folge eine Aufsichtsbeschwerde ein, welcher keine Folge gegeben wurde. Es wurde hingegen ein Aufsichtsverfahren gemäss §§ 33 ff. des Gemeindegesetzes gegen die Einwohnergemeinde X. in Zusammenhang mit den getätigten Publikationen eingeleitet.

Aus den Erwägungen:

...

4.1. L. stand in einem unbefristeten öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis zur Einwohnergemeinde X. Der Arbeitsvertrag vom e.e.e verweist auf das Personalgesetz und die Personalverordnung des Kantons Zug.

Gemäss § 4 Abs. 3 der Vollziehungsverordnung zum Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 12. Dezember 1994 (Personalverordnung, PV; BGS 154.211) sind, soweit dem Personalgesetz und der Personalverordnung sowie darauf gestützten weiteren Erlassen für Fragen, zu deren Entscheidung es notwendigerweise eines Rechtssatzes bedarf, keine Regelung entnommen werden kann, die Bestimmungen des Zivilrechts sinngemäss anwendbar. Da weder das Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 1. September 1994 (Personalgesetz, PG; BGS 154.21) noch die Personalverordnung direkt anwendbare Bestimmungen zur Fürsorgepflicht des Arbeitgebers enthalten, ist Art. 328 des schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220) heranzuziehen. Art. 328 OR wird zwar dem Privatrecht entnommen, wird jedoch aufgrund des Verweises in § 4 Abs. 3 PVO zu kantonalem, öffentlich-rechtlichem Dienstrecht.

Nach Art. 328 Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen (...). Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ist insbesondere das Korrelat zur persönlichen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers. Art. 328 OR konkretisiert den Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 27 und 28 des schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210; vgl. Streiff / von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, N 2 zu Art. 328 OR). In Art. 328 Abs. 2 OR geht es um die Achtung der Individualität des Arbeitnehmers in seelischer, geistiger und körperlicher Hinsicht, um den Schutz dieser Sphären vor Eingriffen durch Vorgesetzte, Mitarbeiter

und Dritte am Arbeitsplatz, also ganz allgemein um die Übertragung der Grundsätze des Persönlichkeitsschutzes gemäss ZGB auf die Arbeitswelt. Zu den geschützten Gütern gehören u.a. die persönliche und berufliche Ehre sowie die Stellung und das Ansehen im Betrieb. Bei allen geschützten Gütern ist der Schutz dabei nicht absolut, sondern die Schutzwürdigkeit kann in Konkurrenz stehen mit den berechtigten Interessen des Arbeitgebers. Der Entscheid, was dem Arbeitnehmer zuzumuten sei, wo sein Persönlichkeitsschutz Vortritt habe, setzt eine Güterabwägung voraus, und zwar nach den Regeln der Billigkeit (Streiff / von Kaenel, a.a.O., N 7 zu Art. 328 OR). Die Fürsorgepflicht dauert genau wie die Treuepflicht des Arbeitnehmers auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses fort (Streiff / von Kaenel, a.a.O., N 21 zu Art. 328 OR). Insbesondere hat der Arbeitgeber nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses über den Inhalt eines Personaldossiers Stillschweigen zu bewahren, es sei denn, der Arbeitnehmer willigt ein, dass der Inhalt Dritten zugänglich gemacht wird, oder es liegt ein Fall berechtigter Auskunftserteilung an Dritte vor (Rehbinder, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI 2/2/1, Bern 1985, N 17 zu Art. 328 OR).

4.2. Ob ein Verhalten geeignet ist, das berufliche oder persönliche Ansehen einer Person herabzumindern, beurteilt sich objektiviert nach Massgabe eines Durchschnittsbürgers, wobei dies unter Würdigung der konkreten Umstände zu erfolgen hat. Eine Minderung des Ansehens kann unter Umständen bereits eintreten, wenn jemandem lediglich ein sozial missbilligtes Verhalten in Gestalt von rechtsstaatlich bedenklichem Handeln vorgeworfen wird. In diesem Sinne wird von der grundsätzlichen Widerrechtlichkeit eines Handelns ausgegangen, wenn das Verhalten des Dritten ein Persönlichkeitsgut des Betroffenen verletzt. Der zivilrechtliche Schutz der Ehre als Persönlichkeitsgut nach Art. 28 ff. ZGB bzw. nach Art. 328 OR reicht dabei weiter als derjenige des Strafrechts (vgl. Entscheid des Obergerichts Obwalden vom 9. September 2005, in: AbR 2004-2005 N. 2 [nachfolgend: Entscheid OW], S. 44, mit weiteren Hinweisen).

Über den Inhalt eines Dossiers nach Beendigung eines Arbeitsverhältnisses muss nur dann nicht Stillschweigen bewahrt werden, wenn der Arbeitnehmer in die Veröffentlichung einwilligt, wenn ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse an einer solchen besteht oder gesetzlich eine solche Veröffentlichung gerechtfertigt wird. Als überwiegende private Interessen fallen eigene Interessen des Arbeitnehmers oder Drittmenschen in Betracht. Überwiegend ist ein solches Interesse, wenn es schwerer wiegt als das Schutzinteresse des Arbeitnehmers. Als überwiegende Drittmenschen fallen die Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit, und, als deren Korrelat, das Interesse der Allgemeinheit an ungehinderter Information in Betracht. Überwiegende öffentliche Interessen liegen, wie bereits

erwähnt, vor bei einem Interesse der Allgemeinheit an ungehinderter Information, welches den privaten Persönlichkeitsschutz überwiegen kann. Ob der angeführte Grund zur Rechtfertigung einer Persönlichkeitsverletzung ausreicht, ergibt sich aus der Gegenüberstellung der Entfaltungsinteressen des Arbeitgebers und den Integritätsinteressen des Arbeitnehmers (Entscheid OW, S. 44 f., mit weiteren Hinweisen).

Persönlichkeitsverletzend und widerrechtlich sind in erster Linie unwahre Tatsachenbehauptungen, aber auch die an sich nicht wahrheitswidrige Darstellung, wenn sie durch Art und Form beim Erklärungsempfänger eine unrichtige Vorstellung hervorruft. Auch die Verbreitung wahrer Tatsachen und vertretbarer Meinungen ist nicht unbeschränkt zulässig: Das Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit muss gegen das Interesse des Betroffenen abgewogen werden, dass die Publikation nicht oder nicht in einer bestimmten Form stattfindet. Eine Veröffentlichung liegt regelmässig dann im öffentlichen Interesse, wenn die berichtete Tatsache einen Zusammenhang mit der öffentlichen Tätigkeit der betreffenden Person hat. Weiter ist zu prüfen, ob die Art der Publikation verhältnismässig ist (Entscheid OW, S. 45, mit weiteren Hinweisen).

4.3. Weder hat L. in die Veröffentlichung der Kündigungsgründe eingewilligt noch ist sie durch Gesetz gerechtfertigt.

Auch ein gegenüber dem Interesse von L. höher zu wertendes anderweitiges privates oder öffentliches Interesse an einer Veröffentlichung der Kündigungsgründe ist nicht auszumachen. Die von L. beanstandeten und bestrittenen Äusserungen der Einwohnergemeinde X. betreffen die Funktion und Arbeit von L. als Gemeindeangestellten. L. übte gewiss ein wichtiges Amt in der Gemeinde aus, war er doch Leiter einer Abteilung. Er war aber nicht vom Volk gewählt, sondern vom Gemeinderat angestellt worden. Als Gemeindeangestellter unterstand er den Weisungen und der Aufsicht des Gemeinderates als der ihm vorgesetzten Behörde. Die Öffentlichkeit hatte zwar ein Interesse daran zu erfahren, dass L. nicht mehr für die Gemeinde X. tätig war. Die über diese Tatsache hinausgehenden Informationen konnten aber lediglich dazu dienen, L. in der Öffentlichkeit anzuschwärzen. Dasselbe hat für die Interpellation zu gelten, welche der Gemeinderat verpflichtet war zu beantworten. Zum Schluss der Interpellationsantwort wies der Gemeinderat richtigerweise darauf hin, dass die Information der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit personalrechtlichen Entscheiden wegen des Persönlichkeitsschutzes nicht einfach sei. Umso unverständlicher ist, dass und wie der Gemeinderat die – bestrittenen – Freistellungs- und Kündigungsgründe publik machte. Selbst wenn die erhobenen Vorwürfe wahr wären, hätte dies keinen Handlungsbedarf in der

Öffentlichkeit bzw. einen weitergehenden Informationsbedarf oder gar einen Informationsanspruch der Öffentlichkeit ausgelöst. Die im vorliegenden Fall gegenüber unbeteiligten Dritten vorgetragenen Vorwürfe an die Adresse von L. können nicht als verhältnismässig und gerechtfertigt bezeichnet werden. Weder war es erforderlich, die Öffentlichkeit in der erwähnten Weise zu informieren, noch bestand ein vernünftiges Verhältnis zwischen der Informationsfreiheit der Einwohnergemeinde X. einerseits und dem Eingriff in die Persönlichkeitsrechte von L. andererseits.

Daran ändert auch nichts, dass L. offenbar seine engsten Mitarbeiter sowie einige Freunde über die beabsichtigte Kündigung informierte. Indem L. einigen ausgewählten Dritten eine Information zukommen liess, welche seine Persönlichkeit betrifft, orientierte er keinesfalls die Öffentlichkeit über die mögliche Auflösung des Dienstverhältnisses und insbesondere über die Kündigungsgründe. Er gab dadurch das private Interesse an der Geheimhaltung der fraglichen Tatsachen nicht auf. Entsprechend hätte die Einwohnergemeinde X. Stillschweigen über die Kündigungsgründe bewahren müssen. Auch der Leserbrief von Rechtsanwalt LL. in der Zuger Woche vom f.f.f. vermag die Publikation der Kündigungsgründe nicht zu rechtfertigen, war dieser Leserbrief doch offensichtlich eine Reaktion auf die Medienmitteilung der Gemeinde X. in der Neuen Zuger Zeitung vom a.a.a.

Damit ergibt sich zusammenfassend, dass weder ein privates noch ein öffentliches Interesse, welches gegenüber dem Interesse von L. am Schutz seiner Persönlichkeit höher zu werten wäre, bejaht werden könnte, selbst wenn sich die Tatsachenbehauptungen der Einwohnergemeinde X. als wahr herausstellen würden.

Somit hat die Einwohnergemeinde X. mit den erwähnten Publikationen L. in seiner Persönlichkeit verletzt, indem sie den in Art. 328 OR vorgesehenen Pflichten nicht nachgekommen ist. Sie hat nicht nur dem gesellschaftlichen Ruf von L. geschadet, sondern auch seinem beruflichen Ansehen, wobei offensichtlich sein sollte, dass die fraglichen Veröffentlichungen das berufliche Fortkommen von L. erschwerten. Das Vorgehen des Gemeinderates X. manifestiert damit einen Missstand in der Gemeindeverwaltung im Sinne von § 37 GG.

5.1. Gemäss § 5 Abs. 1 des kantonalen Datenschutzgesetzes vom 28. September 2000 (DSG; BGS 157.1) dürfen Organe Daten bearbeiten, sofern (a) eine gesetzliche Grundlage dafür besteht oder (b) es für eine in einer gesetzlichen Grundlage umschriebene Aufgabe unentbehrlich ist oder (c) die betroffene Person im Einzelfall ausdrücklich eingewilligt hat oder ihre Einwilligung nach den Umständen offensichtlich vorausgesetzt werden kann. Personendaten bzw. Daten sind dabei

alle Angaben, welche sich auf eine bestimmte oder bestimmbare natürliche oder juristische Person oder auf eine Personengesellschaft des Handelsrechts beziehen (§ 2 Bst. a DSG). Das Bearbeiten von Daten ist jeder Umgang mit Daten, namentlich solche zu erheben, zu beschaffen, aufzuzeichnen, zu sammeln, aufzubewahren, zu verwenden, umzuarbeiten, bekanntzugeben, auszutauschen, zusammenzuführen, zu archivieren und zu vernichten (§ 2 Bst. c DSG). Organe sind Behörden oder Dienststellen, die für den Kanton oder die Gemeinden handeln, und natürliche oder juristische Personen oder Personengesellschaften des Handelsrechts, soweit ihnen öffentliche Aufgaben übertragen sind (§ 2 Bst. i DSG).

Die Bekanntgabe von Kündigungsgründen ist als eine Datenbearbeitung zu qualifizieren. Sie unterliegt deshalb den Beschränkungen des kantonalen Datenschutzgesetzes.

5.2. Wie bereits erwähnt, findet sich im Zuger Recht keine gesetzliche Grundlage für die Publikation von Kündigungsgründen. Auch war die Veröffentlichung der fraglichen Tatsachenbehauptungen für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben des Gemeinderates nicht erforderlich. Schliesslich lag eine Zustimmung zu den fraglichen Publikationen gerade nicht vor. Entsprechend waren die fraglichen Veröffentlichungen auch gestützt auf das kantonale Datenschutzgesetz unzulässig.

Damit hat L. einen Anspruch darauf, dass die Widerrechtlichkeit des Bearbeitens der Daten festgestellt wird (§ 15 Abs. 1 Bst. a DSG). Entsprechend ist festzustellen, dass die Bekanntgabe der Kündigungsgründe widerrechtlich war. Folglich liegt auch gestützt auf das kantonale Datenschutzgesetz ein Missstand in der Gemeindeverwaltung im Sinne von § 37 GG vor.

...

7. Bei dieser Rechtslage ist der Gemeinderat X. somit zu mahnen, sich bei L. schriftlich zu entschuldigen. Eine Entschuldigung öffentlich über Druckerzeugnisse, wie es L. verlangt, erscheint jedoch unverhältnismässig. Insbesondere kann es nach Erachten des Regierungsrates nicht im Interesse von L. liegen, beinahe vier Jahre nach Erscheinen der Druckerzeugnisse die Angelegenheit nochmals an die Öffentlichkeit zu tragen.

...

Regierungsrat, 19. Oktober 2010

§§ 8, 9 Abs. 1 und 13 Abs. 1 Personalgesetz – Kündigung während der Probezeit. Die Kündigung während der Probezeit war sachlich begründet und damit nicht missbräuchlich.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

X. wurde mit Arbeitsvertrag vom 14. Dezember 2009 per 1. Februar 2010 in einem 80%-Pensum angestellt. Gestützt auf § 6 des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 1. September 1994 (Personalgesetz, PG; BGS 154.21) und § 8 der Vollziehungsverordnung zum Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 12. Dezember 1994 (Personalverordnung, PV; BGS 154.211) wurde am 25. März 2010 für die Anstellung eine Verlängerung der Probezeit um drei Monate bis 31. Juli 2010 vereinbart. Am 10. Juni 2010 wurde X. das rechtliche Gehör gemäss § 10 Abs. 3 PG gewährt. Mit Verfügung vom 28. Juli 2010 wurde das Arbeitsverhältnis zwischen X und dem Kanton Zug per 19. August 2010 während der Probezeit beendet. In seiner Verwaltungsbeschwerde machte X. geltend, es gäbe keine Punkte, welche eine Kündigung rechtfertigten.

Aus den Erwägungen:

...

1.2. Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis endigt durch schriftliche Kündigung seitens der Mitarbeiterin / des Mitarbeiters oder seitens des Kantons (§ 8 PG). Der Kanton kann das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter geltenden Kündigungsfristen und Kündigungstermine kündigen (§ 10 Abs. 1 PG). Während der Probezeit kann das Arbeitsverhältnis jederzeit gekündigt werden, und zwar unter Einhaltung der folgenden Kündigungsfristen: a) 7 Tage während der ersten 3 Monate; b) 20 Tage ab dem 4. Monat (§ 9 Abs. 1 PG). Eine Kündigung seitens des Kantons ist gemäss § 13 Abs. 1 PG unter anderem missbräuchlich, wenn sie sich nicht auf sachliche Gründe stützen lässt.

1.3. Der öffentlich-rechtliche Kündigungsschutz beschränkt sich nicht auf die Missbrauchstatbestände des Obligationenrechts, sondern geht weiter (vgl. Entscheidung 2A.71/2001 des Bundesgerichts vom 22. Mai 2001). Als öffentlich-rechtlicher Arbeitgeber hat der Kanton Zug auch verfassungsrechtliche Schranken wie das Willkürverbot, das Verhältnismässigkeitsprinzip und den Grundsatz von Treu und Glauben zu beachten. Das Erfordernis der sachlichen Begründetheit einer Entlassung ist eine Folge des Willkürverbots. Dabei müssen die Entlassungsgründe von einem gewissen Gewicht sein. Indessen ist es nicht erforderlich, dass die

Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als unzumutbar erscheint; es reicht aus, wenn die Weiterbeschäftigung des oder der betreffenden Mitarbeitenden dem öffentlichen Interesse, insbesondere demjenigen an einer gut funktionierenden Verwaltung, widerspricht (Michel, Beamtenstatus im Wandel, Zürich 1998, S. 299). Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit muss die Kündigung erstens ein geeignetes Mittel zur Problemlösung und zweitens in dem Sinn erforderlich sein, dass weniger einschneidende Massnahmen wie beispielsweise eine Verwarnung nicht ebenfalls zum Ziel führen würden. Drittens muss eine Abwägung der gegenseitigen Interessen die Kündigung als gerechtfertigt erscheinen lassen. Angesichts der inhaltlichen Offenheit und Unbestimmtheit dieser Umschreibungen steht den Verwaltungsbehörden beim Entscheid über die Kündigung ein grosser Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu (Urteil PB.2009.00013 des Verwaltungsgericht Zürich vom 13. Januar 2010, Erw. 2.2).

1.4. Die Probezeit hat wie im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis den Sinn, dass die Vertragspartner nicht von Beginn weg über lange Zeit aneinander gebunden sind, wenn sich schon anfänglich die Erwartungen mindestens einer Seite nicht erfüllen. Die Besonderheit der Probezeit liegt darin, dass während deren Dauer das Arbeitsverhältnis relativ rasch aufgelöst werden kann (vgl. § 9 Abs. 1 PG) (Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 1. Februar 1994 zum Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals, Vorlage Nr. 130.4 – 8257, S. 45 f.). Die Probezeit dient also unter anderem dazu, die Fähigkeit und Eignung von Mitarbeitenden zu prüfen, weshalb an die Gründe, aus welchen dieses schon seiner Natur nach lockere Verhältnis aufgelöst werden kann, keine allzu strengen Anforderungen zu stellen sind: Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses während der Probezeit durch die Verwaltung ist bereits zulässig, wenn aus persönlichen Gründen ein für die vorgesehene Funktion nötiges Vertrauensverhältnis nicht aufgebaut werden kann oder aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine reibungslose Zusammenarbeit und eine effiziente Verwaltungstätigkeit künftig in Frage gestellt erscheinen (Hänni, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 2008, S. 628, mit weiteren Hinweisen; BGE 108 Ib 209). Die Missbrauchsbestimmungen kommen also mit Blick auf den Zweck der Probezeit gegenüber einem Arbeitsverhältnis mit ordentlicher Kündigungsfrist nur einschränkend zur Anwendung (BGE 136 III 96, E. 2).

2.1. Die Beschwerdegegnerin führt zunächst aus, X. habe nur gerade einen Monat nach Aufnahme seiner Tätigkeit bewusst falsche Angaben zum Ablauf eines Einsatzes als Sicherheitsassistent gemacht. In seiner Stellungnahme vom xx führte X. hierzu aus, es liege ein Fehlverhalten seinerseits vor und die daraus resultierenden verbalen Äusserungen gegenüber Vorgesetzten seien nicht korrekt gewesen.

Weiter wurde X. das Mitführen seines privaten Hundes während Einsätzen vorgehalten. Trotz des Tadels nahm X. seinen privaten Hund mindestens zweimal wiederum während Einsätzen in seinem privaten Auto mit. X. bestätigte auch hier, sich nicht an die Anordnungen seiner Vorgesetzten gehalten zu haben.

Sodann benutzte X. die Hundezwingeranlage der Dienststelle eigenmächtig. In seiner Stellungnahme führte X. hierzu aus, es liege ein Fehlverhalten seinerseits vor.

Ferner hielt X. das Totenkopf-Tattoo auf seinem Unterarm nicht abgedeckt. Dies wird von ihm nicht bestritten. Er macht hierzu zwar geltend, bei korrekter Abdeckung des Tattoos sei er immer wieder nach der Art seiner Verletzung gefragt worden, es sei weder beim Auswahlverfahren noch bei Vertragsunterzeichnung noch in der Einführungswoche erwähnt worden, dass sein Tattoo abzudecken sei, und im Dienstbefehl zur Bekleidung, Ausrüstung und Auftreten werde bezüglich Tattoos nichts erwähnt. Es trifft zu, dass der interne Dienstbefehl 40.00 vom 15. Juli 2002 keine Weisungen betreffend das Abdecken von Tattoos enthält. Unbestritten ist jedoch, dass X. bereits während der korpsinternen Ausbildung darauf hingewiesen wurde, das Tattoo bedeckt zu halten. Zudem verlangte der Chef Sicherheitspolizei von X., dieser habe sein Tattoo stets bedeckt zu halten. Über diese Weisung seines Vorgesetzten setzte sich X. wiederholt hinweg. Auch äusserte sich X. dahingehend, dass aufgrund der Tageszeit wohl mit keiner Kontrolle eines Vorgesetzten mehr zu rechnen sei.

Schliesslich erteilte X. eine falsche Auskunft betreffend seine Meldeverhältnisse. In seiner Stellungnahme anerkannte X., diesbezüglich unwahre Angaben gemacht zu haben.

2.2. Das Verhalten von X. sowie die Missachtung von Weisungen störten das Vertrauen der Vorgesetzten von X. in letzteren schon sehr früh. Das Fehlverhalten von X. wurde wiederholt angemahnt. Er wurde überdies auf die personalrechtlichen Konsequenzen aufmerksam gemacht. Dies liess ihn jedoch unbeeindruckt. Von einem Mitarbeiter im Sicherheitsdienst muss aber erwartet werden können, dass er sich an die Vorgaben hält. Sein Verhalten und seine mangelnde Sensibilität für betriebliche Abläufe sind mit der Funktion eines Sicherheitsassistenten, der eigenständig Ruhe und Ordnung zu gewährleisten hat, nicht vereinbar. Aufgrund der aufgeführten Vorfälle konnte das für die vorgesehene Funktion nötige Vertrauensverhältnis nicht aufgebaut werden und die reibungslose Zusammenarbeit und effiziente Verwaltungstätigkeit erschienen in Frage gestellt. Damit war die Kündigung des Arbeitsverhältnisses während der Probezeit sachlich begründet und damit zulässig.

3. Anspruch auf Entschädigung begründet nur eine missbräuchliche Kündigung (§ 14 Abs. 1 PG). Vorliegend erfolgte die Kündigung aufgrund sachlicher Gründe und damit nicht missbräuchlich, weshalb X. keine Entschädigung auszurichten ist.

...

Regierungsrat, 23. November 2010

II. Zivilrecht

1. Entzug der elterlichen Sorge

Art. 3 und 13 Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen; Art. 311 ZGB – Die gesetzliche Zuweisung der elterlichen Sorge nach guatemaltekischem Recht auf den Kindsvater wird in der Schweiz anerkannt und geht auch dann nicht automatisch wieder auf die Kindsmutter über, wenn dem Vater die elterliche Sorge in der Schweiz wegen sexuellen Missbrauchs der Tochter entzogen wird (Erw. II. 1, 2, 3).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

T.A., geb. in Guatemala, ist die Tochter von V.A. Seit April 2007 lebte T.A. bei ihrem Vater und dessen Lebensgefährtin M.B. in der Gemeinde X. M.B. hat drei volljährige Kinder, die Töchter N.B. und O.B. und den Sohn P.B. V.A. und M.B. haben eine gemeinsame Tochter G.B. M.B. wandte sich wegen sexuellen Übergriffen durch V.A. innerhalb der Familie an die Opferberatungsstelle, woraufhin C.C., Fachstelle punkto Jugend und Kind, mit der Betreuung von M.B. betraut wurde. Am 16. April 2009 richtete C.C. einen dringlichen Antrag auf Erlass von Kinderschutzmassnahmen an den Gemeinderat X. Sie beantragte, die Errichtung einer Beistandschaft für T.A. und G.B., die Entziehung der elterlichen Obhut für T.A. sowie ein Kontaktverbot von V.A. zu seinen Töchtern T.A. und G.B.. Mit Verfügung vom 4. Mai 2009 folgte der Gemeinderat X diesen Anträgen weitgehend und setzte C.C. als Beiständin von T.A. ein. Er verzichtete jedoch darauf, V.A. die Obhut zu entziehen. Am 12. Mai 2009 erhob C.C. gegen diese Verfügung Verwaltungsbeschwerde. Sie beantragte den dringenden Entzug der elterlichen Obhut. Mit Beschluss von 26. Mai 2009 entzog der Regierungsrat V.A. vorsorglich die Obhut über T.A. Mit Schreiben vom 12. Oktober 2009 beantragte C.C. beim Regierungsrat weitergehend den Entzug der elterlichen Sorge für T.A. und die Errichtung einer Vormundschaft.

Aus den Erwägungen:

(...)

II.

1 Vorgängig ist zu prüfen, ob V.A. das Sorgerecht über T.A. inne hat.

1.1. Aus den Akten geht hervor, dass die Mutter von T.A. und V.A. in Guatemala einen notariell beurkundeten Vertrag abgeschlossen haben, in welchem die Mutter dem Vater das Sorgerecht über T.A. übertrug.

1.2. Zur Zeit als das Sorgerecht auf den Kindsvater übertragen wurde, war der gewöhnliche Aufenthalt von T.A. in Guatemala. Die Kindseltern wie auch T.A. sind guatemaltekische Staatsbürgerinnen bzw. Staatsbürger, weshalb damals kein internationaler Sachverhalt vorlag und sich die Frage nach der Sorgerechtsübertragung nach guatemaltekischem Recht beurteilt. Gemäss Art. 3 des Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (SR 0.211.231.01) wird ein Gewaltverhältnis, das nach dem innerstaatlichen Recht des Staates, dem die Minderjährige angehört, kraft Gesetzes besteht, in allen Vertragsstaaten anerkannt. Dieses Übereinkommen ist auf alle Minderjährigen anwendbar, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem der Vertragsstaaten haben (Art. 13; ein Vorbehalt nach Abs. 3 besteht keiner).

1.3. Das guatemaltekische Zivilrecht legt fest, dass wenn Vater und Mutter des Kindes nicht miteinander verheiratet sind und nicht in einer eheähnlichen Gemeinschaft leben, grundsätzlich die Mutter das Sorgerecht inne hat, ausser diese entscheidet, das Sorgerecht dem Vater zu übergeben oder das Kind in die Obhut des Staates zu geben (Art. 261 guatemaltekisches Zivilgesetzbuch, «Código Civil»). Gemäss Auskunft des Vertrauensanwalts der Schweizerischen Botschaft in Guatemala sei es möglich, dass eine Mutter ihr Sorgerecht durch Vertrag (notariell) für eine gewisse Zeit auf den Vater übertrage. Das Sorgerecht werde jedoch immer dem Elternteil zugeschrieben, bei dem sich das Kind tatsächlich befinde.

Die Sorgerechtsübertragung von Mutter auf Vater via Vertrag ist nach guatemaltekischen Zivilrecht erlaubt. Aus dem Vertrag geht hervor, dass V.A. T.A. «für die Zeitspanne eines Jahres ab dem jetzigen Datum zu sich in die Schweiz nehmen darf und zwar mit dem Zweck, dass er, solange sie bei ihm in dem erwähnten Land ist, für sie elterliche Sorge und Pflicht wie auch die rechtliche Stellvertretung ausübt». (...) Nachdem die ursprünglich vorgesehene Dauer von einem Jahr abgelaufen war, kamen die Parteien überein, dass T.A. weiterhin bei ihrem Vater bleiben soll. Wäre dem nicht so, wäre T.A. nach Guatemala zurück gereist oder aber die Mutter hätte sich im Mindesten um ihre Rückreise bemüht. In ihrer Anhörung

durch die Direktion des Innern bestätigte T.A. denn auch, es habe ursprünglich geheissen, es sei nur für ein Jahr. Sie hätten dann aber gemerkt, dass sie gute Fortschritte mache und so habe es dann geheissen, sie solle für zwei Jahre in der Schweiz bleiben. Nachher habe es geheissen, sie könne in der Schweiz bleiben.

Die elterliche Sorge verblieb demnach weiterhin bei V.A. Dies in doppelter Hinsicht: einerseits weil vertraglich beschlossen (solange T.A. bei V.A. in der Schweiz sei), andererseits weil das guatemaltekische Recht dem Elternteil das Sorgerecht zuschreibt, bei dem das Kind sich befindet.

1.4. Seit April 2009 lebt T.A. nicht mehr mit ihrem Vater zusammen, d.h. dass T.A. sich nicht mehr bei V.A. befindet. Es ist daher zu prüfen, ob V.A. auch seit der räumlichen Trennung von T.A. das Sorgerecht weiterhin inne hat.

Grund für die räumliche Trennung von Vater und Tochter sind angeordnete Kinderschutzmassnahmen aufgrund des mutmasslich strafrechtlichen Verhaltens von V.A. Es handelt sich somit um eine erzwungene räumliche Trennung, die nicht deshalb hat ergehen müssen, weil T.A. zur Mutter zurückkehrte und diese dadurch das Sorgerecht faktisch wieder erhalten sollte. Es war weiterhin Wille von allen Beteiligten, dass T.A. in der Schweiz bleibt, weshalb auch das Sorgerecht bei demjenigen Elternteil verblieb, der sich ebenfalls in der Schweiz aufhält, also bei V.A.

2. Da V.A. nach Ausgeführtem die elterliche Sorge weiterhin inne hat, ist zu prüfen, ob Gründe vorliegen, welche rechtfertigen, ihm diese zu entziehen. Da T.A. ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat, sind die Behörden in der Schweiz zuständig, die nötigen Kinderschutzmassnahmen nach innerstaatlichem Recht anzuordnen (Art. 1 und 2 Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen).

2.1. Die Entziehung der elterlichen Sorge nach Art. 311 ZGB setzt dauernde faktische Unfähigkeit zur Ausübung des Sorgerechts voraus. Das trifft objektiv zu, wenn die Eltern wegen Unerfahrenheit, Krankheit, Gebrechen, Ortsabwesenheit oder ähnlichen Gründen ausserstande sind, die elterliche Sorge pflichtgemäss auszuüben. Die Unfähigkeit kann aber auch aus dem bisherigen Verhalten hervorgehen, wenn die Eltern sich um das Kind nicht ernstlich gekümmert oder ihre Pflichten gegenüber dem Kinde gröblich verletzt haben. Beide Gründe sind von einem Verschulden der Eltern unabhängig. Es ist ein strenger Massstab an die Würdigung der Umstände zu legen: Die Entziehung ist nur zulässig, wenn andere Kinderschutzmassnahmen erfolglos geblieben sind oder von vornherein als unge-

nügend erscheinen (Cyril Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 5. Auflage, Bern 1999, N 27.46).

(...)

2.3. Gegen V.A. besteht der Verdacht auf sexuellen Missbrauch innerhalb der Familie. Unter anderem wird ihm vorgeworfen, in der Zeit von Herbst 2008 bis April 2009 mit seiner Tochter T.A. sexuelle Handlungen vorgenommen zu haben. Der Verdacht wird durch die Aussage von T.A. vor der Staatsanwaltschaft des Kantons Zug und von den Aussagen von V.A. vor der Zuger Polizei von 7. Juli 2010 erhärtet. (...)

(...)

2.4. V.A. ist demnach grösstenteils geständig. Die gemachten Aussagen und der Bericht von Dr. D.D. reichen aus, um festzustellen, dass V.A. seine Sorgepflichten gegenüber T.A. gröblich und in einer kaum wieder gutzumachenden Weise verletzt hat. Die Entziehung des Sorgerechts erfüllt bei vorliegend wiederholtem und schwerem sexuellem Missbrauch alle Voraussetzungen der Verhältnismässigkeit. Mildere Kinderschutzmassnahmen sind keine angezeigt, zumal V.A. in einem Schreiben an das Kinderheim Y vom 6. Januar 2010 erklärte, dass er immer noch Träger des elterlichen Sorgerechts sei und sich nicht an ein verwaltungsrechtliches Kontaktverbot gebunden sehe. Es gilt, T.A. vor ihrem Vater zu schützen. So erklärt auch E.E., T.A.s Psychotherapeutin, dass sich im Verlauf der Therapie gezeigt habe, dass T.A. ihren Vater einschätzen und sich von ihm abgrenzen könne. Sie habe auch gelernt, mit ungerechtfertigten Schuldzuweisungen umzugehen und sich zu wehren. Voraussetzung dafür sei jedoch, dass T.A. nicht mehr in einem Abhängigkeitsverhältnis zu ihrem Vater stehe. Sie unterstütze deshalb den Antrag der Beiständin auf Entzug der elterlichen Sorge (Schreiben vom 30. September 2010).

Die Art der Verletzung wiegt schwer und ist kaum wieder gut zu machen. V.A. wird zum Schutz von T.A. auch in Zukunft das Sorgerecht nicht mehr ausüben können. Die Voraussetzungen für eine Entziehung des Sorgerechts nach Art. 311 ZGB liegen deshalb vor.

3. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob das V.A. entzogene Sorgerecht über T.A. wieder zurück auf die Mutter zu übertragen ist. Da ihre Mutter wegen Ortsabwesenheit die Sorgerechtpflichten nicht ausüben kann, wäre eine Rückübertragung des Sorgerechts nur in Verbindung mit einer Rückreise T.A. nach Guatemala möglich.

3.1. Oberste Maxime des Kindesrechts ist das Wohl des Kindes. Diese Maxime weist Behörden, die für das Kind Entscheide treffen müssen, an, in der jeweiligen Situation das zu tun, was die gedeihliche Entwicklung des Kindes am ehesten zu fördern verspricht (Cyril Hegnauer, a.a.O., N 26.04a). Auch das Obhutsrecht steht unter dem Primat des Kindeswohls. Von besonderer Bedeutung ist bei der Unterbringung der Aspekt der Stabilität und Kontinuität; darüber hinaus ist auch der Kindeswille entsprechend der Reife des Kindes zu berücksichtigen.

3.5. Zentral ist vorliegend, dass T.A. vor dem Einfluss von V.A. geschützt wird. E.E. betont deshalb auch, dass bei einer Rückkehr nach Guatemala der so dringende Schutz für T.A. vor ihrem Vater nicht gewährleistet sei. (...) Ein weiterer wichtiger Punkt ist eine geeignete Betreuung zur Verarbeitung des Erlebten. Auch dafür kann bei einer Rückkehr nach Guatemala keine Gewähr geboten werden.

Ein Verbleib T.A.s in der Schweiz wird auch von T.A. selber gewünscht. Zudem hat sie sich in der Schweiz gut eingelebt. (...)

(...)

3.6. Zum Schutz T.A.s und im Sinne des Kindeswohls ist T.A. eine Zukunft in der Schweiz zu ermöglichen. Die Übertragung des Sorgerechts auf die Mutter kommt somit nicht in Frage. Sie ist wegen Ortsabwesenheit nicht in der Lage, das Sorge-recht adäquat wahrzunehmen. Für T.A. ist deshalb eine Vormundschaft zu errichten und eine geeignete Vormundin bzw. ein geeigneter Vormund einzusetzen.

(...)

Regierungsrat, 26. Oktober 2010

2. Beistandschaft bei Wegzug aus der Schweiz

Art. 439 Abs. 1 ZGB; Art. 5 Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen – Der Wegzug aus der Schweiz stellt für sich allein keinen Grund dar, eine angeordnete Beistandschaft aufzuheben (Erw. II. 1). Der Gemeinderat hat den Entscheid des Regierungsrats im Ganzen umzusetzen; ihm bleibt kein Spielraum über die Anordnungen des Regierungsrats zu befinden und allenfalls Abänderungen vorzunehmen (Erw. II. 4).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Der Regierungsrat des Kantons Zug entschied am 23. Februar 2010 über die Beschwerde von A.A. gegen die Verfügung des Gemeinderats X vom 4. Mai 2009 betreffend Anordnung einer aufsuchenden Familienbegleitung nach Art. 307 Abs. 1 und 3 ZGB. Der Regierungsrat hob die Verfügung auf und ordnete für die Kinder B.A. und C.A. eine Beistandschaft an. Gegen diesen Beschluss erhob A.A. am 30. März 2010 Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragte dessen Aufhebung. Mit Präsidialverfügung vom 1. April 2010 errichtete die Gemeindepräsidentin von X, handelnd für den Gemeinderat, gemäss Entscheid des Regierungsrates die angeordnete Erziehungsbeistandschaft nach Art. 308 ZGB für die Kinder B.A. und C.A. und ernannte einen Beistand. Gegen die Präsidialverfügung erhob A.A. erneut Beschwerde beim Regierungsrat des Kantons Zug und beantragte deren Aufhebung. Vor Abschluss dieses Verfahrens durch den Regierungsrat ersetzte der Gemeinderat X am 14. Juni 2010 seine Präsidialverfügung vom 1. April 2010 und hob die Beistandschaft für B.A. und C.A. auf, weil A.A. mit den Kindern per 7. Juni 2010 nach Norddeutschland gezogen sei.

Aus den Erwägungen:

(...)

II.

1. Der Gemeinderat X hob mit Beschluss vom 14. Juni 2010 die Beistandschaft für B.A. und C.A. aufgrund des Wegzugs der Beschwerdeführerin nach Deutschland auf. Der Gemeinderat führt aus, gemäss Art. 439 Abs. 1 ZGB höre die Beistandschaft auf mit der Erledigung der Angelegenheit, für die der Beistand bestellt worden sei. Im vorliegenden Fall sei die Massnahme errichtet worden, um den Kindern den Rat eines erfahrenen und fachkundigen Beistandes zu geben, welcher klärend und stützend hätte tätig sein sollen. Mit dem Wegzug der Familie entfalle der Grund für eine Beistandschaft, und die Massnahme sei aufzuheben.

Entgegen der Annahme des Gemeinderats X entfällt mit dem Wegzug der Familie nach Deutschland der Grund für die Massnahme keinesfalls. Das Kindeswohl von C.A. und B.A. ist weiterhin gefährdet und muss geschützt werden. Einzig weil die angeordneten Massnahmen vom Gemeinderat X wegen Wegzug der Beschwerdeführerin nicht vollzogen werden können, heisst nicht, dass der Grund für die Beistandschaft weggefallen und diese deshalb aufzuheben ist.

1.1. Gemäss Art. 5 des Haager Übereinkommens über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (MSA; SR 0.211.231.01) bleiben bei Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts eines Minderjährigen aus einem Vertragsstaat in einen anderen die von den Behörden des Staates des früheren gewöhnlichen Aufenthaltes getroffenen Massnahmen so lange in Kraft, bis die Behörden des neuen gewöhnlichen Aufenthaltes sie aufheben oder ersetzen.

Der Regierungsrat hat in seinem Beschluss vom 23. Februar 2010 Kinderschutzmassnahmen angeordnet. Nachdem das Verwaltungsgericht der Verwaltungsgerichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung nicht wieder erteilte, sind diese Massnahmen bis zum definitiven Entscheid des Verwaltungsgerichts gültig und massgebend. Das Haager Übereinkommen wurde abgeschlossen zum Schutz der Minderjährigen. Es ist Sinn und Zweck dieses Übereinkommens, dass bei einem Wegzug von Minderjährigen in einen anderen Vertragsstaat das Kindeswohl gesichert werden kann und allfällige nötige Kinderschutzmassnahmen nicht verloren gehen. Gestützt darauf bleiben angeordnete Massnahmen solange in Kraft, bis die Behörde am neuen Ort entsprechende Massnahmen getroffen oder die bestehenden aufgehoben hat. Obwohl der Beistand vorliegend seine Tätigkeit nicht mehr ausüben kann, ist die Beistandschaft nicht aufzuheben, sondern beizubehalten und der Behörde am neuen Wohnort der Minderjährigen unverzüglich zu melden (Art. 11 MSA; Gemäss Art. 2 Abs. 2 Deutschem Zustimmungsgesetz vom 30. April 1971 [BGBl II 217] gilt folgendes: Ist ein Verfahren im Geltungsbereich dieses Gesetzes nicht anhängig, so ist für den Empfang der Mitteilungen nach Art. 11 Abs. 1 MSA das Jugendamt zuständig, in dessen Bezirk der Minderjährige seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat). Aufgrund der Tatsache, dass das Verwaltungsgericht noch nicht abschliessend über die angeordneten Massnahmen geurteilt hat, wird das Verwaltungsgericht unter Umständen den Behörden am neuen Wohnsitz erneut Meldung machen müssen, sobald das Urteil vorliegt. Im jetzigen Zeitpunkt gelten jedoch die Massnahmen des Regierungsrats, weshalb er die angeordnete Beistandschaft zu melden hat – dies vor allem in Hinblick darauf, dass die Kinderschutzmassnahmen dringlich sind und das Urteil des Verwaltungsgerichts deshalb nicht abgewartet werden kann.

Es wird festgestellt, dass die Verfügung des Gemeinderats X vom 14. Juni 2010 aufzuheben ist, weil die Beistandschaft wegen weiterhin bestehender Kindeswohlgefährdung aufrecht zu halten ist. Die Präsidialverfügung vom 1. April 2010 wird somit nicht durch die neue Verfügung vom 14. Juni 2010 ersetzt, weshalb der Antrag der Beschwerdeführerin auf Aufhebung der Präsidialverfügung materiell zu behandeln ist.

(...)

4. Mit Einreichung der Beschwerde gegen den Beschluss des Gemeinderates X vom 4. Mai 2009 betreffend Anordnung einer aufsuchenden Familienbegleitung ging die Kompetenz zur Beurteilung über die Anordnung geeigneter Kinderschutzmassnahmen auf die Aufsichtsbehörde über. Gemäss § 39 VRG ist diese verpflichtet, den angefochtenen Entscheid zu überprüfen und in der Sache neu zu entscheiden. Der Regierungsrat hob diesen Beschluss auf, weil er es für nötig erachtete, schärfere Massnahmen anzuordnen. Der Gemeinderat wurde angehalten, eine Beistandschaft zu errichten und eine geeignete Beiständin bzw. einen geeigneten Beistand zu ernennen.

4.1. Die Vormundschaftsbehörde hat die von der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde getroffenen Massnahmen zu vollziehen (Cyril Hegnauer, a.a.O., RN 27.53 zu § 27).

Der Gemeinderat hat den Entscheid des Regierungsrats im Ganzen umzusetzen. Dem Gemeinderat bleibt demnach kein Spielraum über die Anordnungen des Regierungsrats zu befinden und allenfalls Abänderungen vorzunehmen – einzige Möglichkeit sich gegen die Anordnungen zu wehren, ist der Gang ans Verwaltungsgericht.

4.2. Vorliegendenfalls hat die Gemeindepräsidentin von X, handelnd für den Gemeinderat, verfügt, dass Ziff. 4.4. und 4.5. des Dispositivs des Regierungsratsbeschlusses keine dem ernannten Beistand zu übertragende Aufgaben darstellen könnten, weil die Vertretung und Unterstützung der Kindsmutter im Behördenverkehr, Massnahmen nach Art. 392/393 ZGB darstellen würden. Dabei würde es sich um nicht erfüllbare Forderungen und Streitpunkte handeln, die schon seit zwei Jahren nicht hätten gelöst werden können. Der Beistand würde bei einem solchen Auftrag unweigerlich in Konflikt mit der Kindsmutter geraten und die so entstehenden Spannungen würden seine Autorität untergraben und eine Kooperation mit der Kindsmutter verunmöglichen. Der Beistand sei folglich nicht bereit, die in Ziff. 4.4. und 4.5. des Regierungsratsbeschlusses festgelegten Aufgaben zu übernehmen.

(...)

4.4. Erfordern es die Verhältnisse, können der Beiständin oder dem Beistand besondere Aufgaben übertragen werden. Der Inhalt dieser Aufgaben ist präzise festzulegen. Sie können alle denkbaren Gefährdungen des Kindeswohls betreffen und die Beiständin bzw. der Beistand ist zu allen geeigneten Vorkehren befugt (Honsell/Vogt/Geiser, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 3. Auflage, Basel

2006, N 2 ff. zu Art. 308 ZGB). Die unterzeichnende Behörde hat in ihrem Entscheid dargelegt, weshalb die einzusetzende Beiständin bzw. der einzusetzende Beistand die Beschwerdeführerin bei der Zusammenarbeit mit dem Sozialamt unterstützen soll. Demnach rührt die Kindeswohlgefährdung auch daher, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem physischen Leiden den Haushalt kaum selber besorgen kann und B.A. deshalb viele Aufgaben übernehmen muss. Dabei ist nie die Rede davon, dass die Beiständin bzw. der Beistand die Beschwerdeführerin in Behördenangelegenheiten vertreten soll, weshalb keinesfalls von einer Erwachsenenschutzmassnahme nach Art. 392/393 ZGB gesprochen werden kann. Lediglich aufgrund der Kindeswohlgefährdung und dem Unvermögen der Beschwerdeführerin, mit dem Sozialamt zusammenzuarbeiten, wurde der Beiständin bzw. dem Beistand die Aufgabe erteilt, sie diesbezüglich zu unterstützen, zu begleiten und zusammen mit der Beschwerdeführerin und dem Sozialamt X eine angemessene Art der Haushaltsunterstützung zu bestimmen. (...) Die Ansicht, dass der Beistand bei einer unterstützenden Tätigkeit unweigerlich in Konflikt mit der Beschwerdeführerin geraten würde, die so entstehenden Spannungen seine Autorität untergraben würden und eine Kooperation mit der Beschwerdeführerin dadurch verunmöglicht würde, kann nicht geteilt werden. Wenn der eingesetzte Beistand sich weiterhin weigert, diese Aufgaben zu übernehmen, ist er ungeeignet dafür, die Tätigkeit als Beistand auszuüben, weil er nicht dem Kindeswohl entsprechend handelt. Diesfalls muss eine andere Person als Beiständin bzw. Beistand für die Kinder B.A. und C.A. ernannt werden.

(...)

7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist. Die Präsidialverfügung vom 1. April 2010 ist ihrerseits wegen Nichtumsetzung des Regierungsratsbeschlusses vom 23. Februar 2010 im Ganzen aufzuheben. Ebenfalls aufzuheben ist der Gemeinderatsbeschluss vom 14. Juni 2010. Zwar können die Kindesschutzmassnahmen nach Wegzug der Beschwerdeführerin nach Deutschland nicht mehr durch den Gemeinderat X umgesetzt werden; die Gründe für die angeordneten Massnahmen sind jedoch damit nicht weggefallen. Die Beistandschaft kann und darf deshalb nicht aufgehoben werden. Von diesem Umstand ist der zuständigen Behörde in Deutschland gemäss der Haager Übereinkommen zum Schutze von Minderjährigen umgehend Meldung zu machen. (...)

(...)

Regierungsrat, 22. Juni 2010

3. Grundbuch und Vermessung

Sperrung bzw. Löschung von Grundbuchdaten auf dem Internetportal zugmap

Aus dem Sachverhalt:

A. Mit Schreiben vom 26. April 2010 ersuchte X. gestützt auf § 9 des Datenschutzgesetzes vom 28. September 2000 (Datenschutzgesetz, DSG; BGS 157.1) um sofortige Sperrung ihrer Grundbuchdaten auf zugmap. Die Direktion des Innern teilte der Gesuchstellerin am 2. Juni 2010 schriftlich mit, die Beurteilung des Gesuches erfordere einige rechtliche und technische Abklärungen grundsätzlicher Natur. Das Anliegen der Gesuchstellerin bildete den Anlass für eine Sitzung mit dem Datenschutzbeauftragten des Kantons Zug, der gegenüber der Gesuchstellerin erklärt hatte, dass eine Sperrmöglichkeit gestützt auf § 9 DSG gegeben sei. Diese Aussprache mit dem Datenschutzbeauftragten fand am 17. Juni 2010 statt.

B. Anlässlich seiner Sitzung vom 10. August 2010 bekräftigte der Regierungsrat seine bisherige Rechtsauffassung, wonach eine Sperrung der allgemein zugänglichen Grundbuchdaten nach heutiger Rechtslage nicht möglich sei. Er wies die Direktion des Innern aber an, eine Verordnung auszuarbeiten und dabei eine allfällige Sperrmöglichkeit sowie die Modalitäten einer Sperrung zu prüfen. Weiter beauftragte er die Direktion, die Gesuchstellerin über die heutige Rechtslage zu orientieren.

C. Mit Schreiben vom 25. August 2010 orientierte die Direktion des Innern die Gesuchstellerin über den ihr vom Regierungsrat erteilten Auftrag. Sie bot der Gesuchstellerin an, ihr Gesuch auf Sperrung der Grundbuchdaten auf zugmap pending zu halten und gleichzeitig auch die Rechtsentwicklung auf Bundesebene, wo eine Totalrevision der eidgenössischen Grundbuchverordnung im Gang ist, zu verfolgen.

D. In ihrem Antwortschreiben vom 30. August 2010 an die Direktion des Innern beharrte die Gesuchstellerin indessen auf der sofortigen Löschung ihrer Daten und verlangte eine schriftliche Bestätigung der erfolgten Löschung. Sie begründete ihr Begehren im Wesentlichen wie folgt: Gemäss Gerichts- und Verwaltungspraxis 2008 des Kantons Zug könne sie als betroffene Person vom Organ voraussetzungslos verlangen, dass Daten nur an Organe bekannt gegeben werden dürften, und die Sperrung nach Eintreffen des Gesuches sofort wirksam werde. Das in § 9 Abs. 1 DSG festgehaltene Sperrrecht beruhe auf dem Recht der

persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) bzw. auf dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung gemäss Art. 13 BV und Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention, das jeder Person ein Herrschaftsrecht über die sie betreffenden Daten gewähre.

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 111I Abs. 1 der Verordnung über das Grundbuch vom 22. Februar 1910 (Grundbuchverordnung, GBV; SR 211.432.1) dürfen die Kantone die Daten des Hauptbuches, über die jede Person ohne das Glaubhaftmachen eines Interesses Auskunft oder einen Auszug verlangen kann, in öffentlichen Datennetzen zur Verfügung stellen, wenn sie diese Daten in einem besonderen System halten, ausschliesslich eine grundstücksbezogene Abfrage ermöglichen und das System vor Serienabfragen schützen. Diese Voraussetzungen werden durch das zugmap des Kantons Zug erfüllt. Zu den allgemein zugänglichen Daten gehören die in Art. 970 Abs 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210) und Art. 106a Abs. 1 GBV aufgeführten Grundbuchinformationen. Der Entscheid über die Veröffentlichung oder Nichtveröffentlichung der gemäss Bundesrecht allgemein erhältlichen Grundbuchdaten, die der Kanton gestützt auf Art. 111I GBV in öffentlichen Datennetzen zur Verfügung stellen darf, fällt gemäss § 2 des Gesetzes über die Organisation der Staatsverwaltung vom 29. Oktober 1998 (Organisationsgesetz; BGS 153.1) in die Zuständigkeit des Regierungsrates, weshalb er auch für die Behandlung des vorliegenden Gesuches zuständig ist.

2. Der Regierungsrat des Kantons Zug hat sich mit Beschluss vom 19. Dezember 2006 für eine Veröffentlichung der allgemein zugänglichen Grundbuchinformationen im Internet entschieden und das Grundbuch- und Vermessungsamt ermächtigt, diesen Beschluss umzusetzen. Da weder der Bundesrat, noch der Regierungsrat die Zugänglichkeit beschränkt haben, besteht kein Anspruch auf Sperrung der gemäss Bundesrecht und kantonalem Recht allgemein zugänglichen Grundbuchdaten im zugmap. Eine Gutheissung des Gesuches gestützt auf § 9 DSG ist nach Auffassung des Regierungsrates nicht möglich, da das Datenschutzgesetz nach § 3 Abs. 2 Bst. c auf öffentliche Register des Privatrechts keine Anwendung findet. Der Regierungsrat hat sich anlässlich seiner Sitzung indessen für eine Überprüfung der gegenwärtigen Regelung ausgesprochen. Er hat die Direktion des Innern angewiesen, einen Verordnungsentwurf zu Händen des Regierungsrates auszuarbeiten, in der die Rahmenbedingungen für die Veröffentlichung bzw. eine allfällige Nichtveröffentlichung von Grundbuchinformationen festgelegt werden. Die Gesuchstellerin ist seitens der Direktion des Innern über dieses Vorhaben informiert worden.

3. Nachdem die Gesuchstellerin in ihrem Antwortschreiben vom 30. August 2010 nun aber eine sofortige Behandlung ihres Gesuches verlangt, eine Sperrung bzw. Löschung der allgemein zugänglichen Grundbuchinformationen im Internet mangels einer rechtlichen Grundlage im gegenwärtigen Zeitpunkt nicht möglich ist, wird das Gesuch abgewiesen.

4. Der Gesuchstellerin werden keine Kosten auferlegt. Es besteht ein öffentliches Interesse an der Klärung der von ihr aufgeworfenen Streitfrage. Dies rechtfertigt den Erlass der Kosten gestützt auf § 25 Bst. c) des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (VRG; BGS 162.1).

Regierungsrat, 28. September 2010

III. Planungs- und Baurecht

Submissionsrecht

§ 52 Abs. 1 VRG, Art. 8 Abs. 2 Bst. a) und b) IVÖB; Kann die Verletzung des kantonalen Submissionsrechts durch eine Gemeinde von einer Privatperson mit einer Aufsichtsbeschwerde gerügt werden? Wäre das neue Eisstadion in Zug unter das öffentliche Submissionsrecht gefallen?

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss § 52 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 1. April 1976 (VRG; BGS 162.1) kann mit der Aufsichtsbeschwerde jedermann die Aufsichtsbehörde über Tatsachen in Kenntnis setzen, die ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde gegen eine untere Verwaltungsbehörde von Amtes wegen erfordern. Der Anzeiger hat nicht die Rechte einer Partei, die Art der Erledigung ist ihm mitzuteilen, eine Pflicht zur Begründung besteht nicht (Abs. 2 bis 4 von § 52 VRG). Nach ständiger Praxis wird eine Anzeige von der Aufsichtsbehörde nicht behandelt, sofern ein ordentliches oder ausserordentliches Rechtsmittel zur Verfügung steht. Die Anzeige richtet sich grundsätzlich immer an die Aufsichtsbehörde. Sie dient dem Ziel der Verwaltungskontrolle. Anknüpfungspunkt bildet somit die Pflicht der oberen Behörde, die nachgeordneten Stellen angemessen zu beaufsichtigen, um eine rechtmässige und gut funktionierende Verwaltung zu gewährleisten. Die Eingabe soll eine Aktion veranlassen, welche die Aufsichtsbehörde von Amtes wegen durchführen müsste, würde sie selbständig auf den gerügten Missstand aufmerksam (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, Vorbemerkungen zu § 19 bis 28, N 29 ff.; Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Bern 2008, S. 891 ff.).

Die Aufsicht über die Gemeinden steht gemäss § 33 Abs. 1 des Gemeindegesetzes vom 4. September 1990 (GG, BGS 171.1) dem Regierungsrat zu. Stellt die Aufsichtsbehörde einen Missstand in der Gemeindeverwaltung oder eine Vernachlässigung öffentlicher Aufgaben fest, mahnt der Regierungsrat den Gemeinderat, Abhilfe zu schaffen (§ 37 GG). Nach fruchtloser Mahnung oder in dringenden oder offenkundigen Fällen kann der Regierungsrat Massnahmen treffen. Als Massnahmen kommen dabei unter anderem die Aufhebung von Beschlüssen der Gemeindeorgane in Frage (§ 39 GG). Nach konstanter Rechtspraxis schreitet der Regierungsrat in seiner Eigenschaft als Aufsichtsbehörde über die Gemeinden nur

dann ein, wenn klares, materielles Recht, wesentliche Verfahrensvorschriften oder öffentliche Interessen offensichtlich missachtet werden (vgl. Entscheidung des Regierungsrates vom 11. August 1998 in Sachen M.J.; Auer/Müller/Schindler, a.a.O., S. 895 ff.).

2. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen steht fest, dass der Regierungsrat für die Beurteilung der vorliegenden Eingabe zuständig ist. Die Eingabe ist als Aufsichtsbeschwerde entgegenzunehmen, da der Anzeiger darin den Regierungsrat auf Tatsachen aufmerksam macht, die aus der Sicht des Anzeigers ein aufsichtsrechtliches Einschreiten durch den Regierungsrat erfordern. Konkret wirft der Anzeiger dem Stadtrat vor, dass er sich beim Neubau des Eisstadions nicht an das kantonale Submissionsgesetz gehalten habe. Diese Rüge kann im Rahmen der vorliegenden Aufsichtsbeschwerde geltend gemacht werden, da dem Anzeiger als Privatperson kein ordentliches Rechtsmittel zur Verfügung stand, wo er seine Rügen betreffend die Missachtung des Submissionsgesetzes hätte geltend machen können. Wie bereits im Sachverhalt ausgeführt, wurde der Wettbewerb für die Suche nach einem externen Projektpartner für die Gesamtüberbauung des Stadion- und «Bossard»-Arealen zwar öffentlich ausgeschrieben, aber nicht nach den Vorschriften des Submissionsgesetzes. So wurde die Ausschreibung nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen und auch das Wettbewerbsverfahren wurde nicht nach den Regeln des Submissionsrechts durchgeführt. Der Grund dafür war, dass der Stadtrat immer davon ausging, dass dieser Wettbewerb nicht unter das Submissionsgesetz fallen würde. Die vom Anzeiger eingereichte Eingabe ist nun einer näheren Prüfung zu unterziehen. Es liegt auch im öffentlichen Interesse, dass die vom Anzeiger aufgeworfene Rechtsfrage geklärt wird.

3. Der Anzeiger wirft dem Stadtrat vor, dass sich dieser bei der Auftragsvergabe für den Neubau des Eisstadions nicht an das kantonale Submissionsgesetz gehalten habe. Als Beispiel nennt der Anzeiger eine Arbeitsausschreibung vom 18. Mai 2009 (richtig 1. Mai 2009) im Amtsblatt, wo darauf hingewiesen werde, dass gegen den Entscheid der Vergabeinstanz keine Rechtsmittel zur Verfügung stehe. Begründet werde dies damit, dass weniger als 50% der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern bezahlt würden, so dass die Submissionsvorschriften nicht zur Anwendung gelangen würden.

a) Am 1. Mai 2009 ist im kantonalen Amtsblatt, bei den amtlichen Bekanntmachungen der Stadt Zug, das vom Anzeiger erwähnte Inserat mit dem Titel «Arbeitsausschreibung im offenen Verfahren» erschienen. Der Text des Inserates lautete auszugsweise wie folgt: «Im Auftrag der Stadt Zug soll die Anliker AG als Generalunternehmerin die Neubauten auf dem Areal Herti für die Eissportanlagen erstel-

len. Da weniger als 50% der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern bezahlt werden, kommen die Submissionsvorschriften nicht formell zur Anwendung (Art. 8 Abs. 2 lit. b der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB)). Das Vergabeverfahren soll aber analog den Submissionsvorschriften durchgeführt werden. Gegen die Entscheide der Vergabeinstanzen ist aber kein Rechtsmittel gegeben. ... (Es folgt nun die Ausschreibung der Arbeiten mit dem Hinweis, dass die Anliker AG Auftraggeberin ist).»

Ähnliche Arbeitsausschreibungen wie die vorliegende sind schon früher im Amtsblatt publiziert worden, wie aus den vom Stadtrat eingereichten Vorakten hervor geht.

b) Die im amtlichen Teil des Amtsblattes publizierte Arbeitsausschreibung der Firma Anliker AG ist in der Tat aussergewöhnlich und nicht ohne weiteres verständlich. Seltsam ist, dass eine Arbeitsausschreibung von einer privaten Auftraggeberin im amtlichen Teil des Amtsblattes publiziert wird. Im amtlichen Teil des Amtsblattes erscheinen üblicherweise nur Arbeitsausschreibungen von öffentlichen Auftraggebern oder von anderen Auftraggebern, die dem kantonalen Submissionsgesetz unterstellt sind. Aussergewöhnlich ist auch die Begründung im Amtsblattinserat, weshalb diese Arbeitsausschreibung nicht unter das kantonale Submissionsgesetz fallen soll. Als Begründung wird, wie bereits erwähnt, angegeben, dass weniger als 50% der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern bezahlt würden.

c) Zum besseren Verständnis der ganzen Angelegenheit ist an dieser Stelle kurz auf das von der Stadt Zug durchgeführte Wettbewerbsverfahren einzugehen. Am 12. Januar 2004 wurde in verschiedenen schweizerischen Tageszeitungen ein Inserat publiziert, wonach die Stadt Zug und die Kunsteisbahn AG Zug eine Trägerschaft für die Planung, die Finanzierung und die Realisierung eines Überbauungskonzeptes im Gebiet Herti suchen. In der Ausschreibung wurde darauf hingewiesen, dass das Überbauungskonzept unter anderem neue Eissportanlagen enthalten muss. In einer ersten Phase konnten alle interessierten Bewerber ihre Bewerbung einreichen. Die Ausschreibung und das Auswahlverfahren wurden nicht nach den Vorschriften des Submissionsgesetzes vorgenommen, so gab es unter anderem keine Rechtsschutzmöglichkeiten. Von den zwölf interessierten Teams wurden durch eine Jury fünf Teams für die zweite Phase ausgewählt und diese Teams durften ein Überbauungskonzept und eine Offerte einreichen. Eine Jury beurteilte die eingereichten Konzepte und Offerten. Am 13. September 2004 publizierte die Stadt Zug das Ergebnis des Wettbewerbsverfahrens wie folgt: «Die Stadt Zug wird das neue Eisstadion mit dem Projektteam Anliker AG, Emmenbrücke, Scheitlin-Syfrig + Partner Architekten AG, Luzern, Leutwyler Partner Architekten AG, Zug, planen und realisieren. ...»

Nach der Auswahl des Gesamtüberbauungskonzeptes holte der Stadtrat beim Grossen Gemeinderat die erforderlichen Kredite sowie die Zustimmung zum Verkauf des «Bossard»-Areal sowie eines Anteils des Stadionareals für das Wohn- und Geschäftshaus «Scheibenhaus» ein. Am 12. November 2007 bewilligte der Grosse Gemeinderat von Zug für den Neubau des Eisstadions mit Ausseneisfeld und Parkhaus einen Bruttobaukredit von CHF 60'960'000.- inkl. MWST und er stimmte dem Verkauf von einzelnen Grundstücken an den ausgewählten Investor zu. An der Urnenabstimmung vom 24. Februar 2008 wurde der Beschluss des Grossen Gemeinderates von den Stimmberechtigten der Stadt Zug angenommen. Aus dem Bericht an die Stimmberechtigten geht hervor, dass nach dem Verkauf der Grundstücke Nord und «Bossard»-Areal und dem Beitrag von Kanton und Gemeinden für die Stadt Zug ein Nettoaufwand von CHF 22.51 Mio. resultiere. Am 13. März 2008 schloss die Stadt Zug mit der Anliker AG einen Totalunternehmerwerkvertrag ab. Im Totalunternehmerwerkvertrag erklärte sich der Totalunternehmer unter anderem bereit, Arbeiten über CHF 80'000.- im Amtsblatt zur freien Konkurrenz auszuschreiben. Aufgrund dieser Vertragsbestimmung ist die vom Anzeiger erwähnte Arbeitsausschreibung im Amtsblatt erschienen.

4. Nach diesen Ausführungen allgemeiner Art ist die Kernfrage der Aufsichtsbeschwerde zu beantworten, ob der Auftrag für den Neubau des Eisstadions und der übrigen Teilen des Überbauungskonzeptes unter das Submissionsgesetz gefallen wäre und der Auftrag somit nach den Vorschriften des Submissionsgesetzes hätte vergeben werden müssen. Die indirekte Redeform wird bei der Fragestellung bewusst gewählt, weil die Stadt Zug mit der Firma Anliker AG schon vor längerer Zeit einen Totalunternehmerwerkvertrag abgeschlossen hat und sich das neue Eisstadion und die übrigen Teile des ganzen Überbauungskonzeptes bereits im Bau befinden. Aus Gründen von Treu und Glauben kann dieses Verfahren für den Bau des Eisstadions und der übrigen Teile des Überbauungskonzeptes nicht mehr gestoppt, geschweige denn rückgängig gemacht werden. Die neuen Eissportanlagen können wie vorgesehen und bewilligt zu Ende geführt werden. In diesem Aufsichtsbeschwerdeverfahren kann daher nur noch die eingangs erwähnte Frage beantwortet werden, damit in Zukunft Klarheit herrscht, ob vergleichbare Aufträge eines öffentlichen Auftraggebers dem Submissionsrecht unterstehen oder nicht.

a) Es gibt verschiedene Modelle, wie ein Gemeinwesen seine Infrastrukturprobleme lösen kann. Bekannt ist vor allem das übliche Modell, bei dem ein Gemeinwesen zunächst einen öffentlichen Projektwettbewerb durchführt und anschliessend die einzelnen Arbeitsgattungen für die Erstellung eines Gebäudes submissioniert werden. Es steht ausser Diskussion, dass derartige Aufträge für den Bau eines öffentlichen Gebäudes dem Submissionsrecht unterstehen (Art. 6

und 8 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001, IVöB, BGS 721.52). Ebenfalls klar ist, dass je nach der Höhe des Auftragswertes unterschiedliche Verfahrensarten zur Anwendung gelangen. Neben dem üblichen Beschaffungsmodell gibt es seit einiger Zeit noch andere Zusammenarbeitsmodelle zwischen öffentlichen und privaten Partnern, die unter den Begriff «Public Private Partnership» (PPP) fallen. Das PPP-Modell gelangt häufig bei knappen öffentlichen Mitteln zur Bewältigung von komplexen Infrastrukturprojekten zum Einsatz. Im Ausland ist dieses Modell weit verbreitet, in der Schweiz gibt es auch einige Vorhaben, wo dieses Modell angewendet wurde. Unter dem Begriff «PPP» versteht man gemeinhin die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe im Rahmen einer langfristigen, gemeinsamen Zusammenarbeit von öffentlichen und privaten Partnern mit einer echten Risikoaufteilung. Wie beim üblichen Beschaffungsmodell, gibt es auch beim PPP-Modell verschiedene Formen der Kooperation zwischen öffentlichen und privaten Partnern. Bei den verschiedenen Arten von PPP-Zusammenarbeitsmodellen stellt sich immer wieder die Frage, inwiefern die Vorschriften des Submissionsrechts zu beachten sind (vgl. Claudia Schneider Heusi/Felix Jost, Public Privat Partnership – Wenn Staat und Private kooperieren, in: BR Sonderheft 2006, 27 ff.). Aufgrund der geltenden Rechtsprechung, die im zuvor erwähnten Artikel von Claudia Schneider Heusi/Felix Jost zitiert wird, steht fest, dass keine öffentliche Beschaffung vorliegt, wenn das Gemeinwesen eine öffentliche Aufgabe auf einen Privaten überträgt und dafür kein Entgelt leistet; im Rahmen eines PPP-Vorhabens mit einem privaten Unternehmen eine Träger- oder Betreibergemeinschaft gründet; für ein PPP-Vorhaben einen Investor sucht, ohne dass dieser ein Entgelt erhält. Von einer öffentlichen Beschaffung ist jedoch dann auszugehen, wenn der private PPP-Partner gegen Entgelt für das Gemeinwesen Leistungen erbringt und wenn es sich dabei um die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe handelt (vgl. Claudia Schneider Heusi/Felix Jost, a.a.O., 30). Zum gleichen Ergebnis ist auch das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz in zwei Urteilen vom 29. August 2006 und 6. März 2007 gelangt, die beide eine sogenannte Infrastruktur PPP in der Gemeinde Galgenen betrafen. Gegen das zweite Urteil des Verwaltungsgerichtes Schwyz wurden zwei Beschwerden beim Bundesgericht eingereicht, welches in seinem Urteil 2C-116/2007 beziehungsweise 2C-396/2007 vom 10. Oktober 2007 nicht auf die beiden Beschwerden eingetreten ist. Zu diesen Bundesgerichtsurteilen sowie zu den Urteilen des Verwaltungsgerichtes Schwyz hat Martin Beyeler im Jusletter vom 7. Januar 2008 seine Bemerkungen abgegeben (vgl. Martin Beyeler, PPP auf dem Tischmacherhof: Grundsatzfragen und Vergaberecht). Martin Beyeler gelangt in seinem Artikel zum Schluss, dass bei gemischten Geschäften (das heisst Geschäften, die Komponenten enthalten, die für sich betrachtet vom öffentlichen Submissionsrecht erfasst werden und solchen, auf die das Vergaberecht grundsätzlich nicht zur Anwendung gelangt

wie Veräusserungs- und Kommerzialisierungsgeschäfte) das gesamte Geschäft grundsätzlich unter die Regeln des öffentlichen Vergaberechts fällt. Nach der Auffassung von Martin Beyeler ist dort eine Ausnahme zu machen, wo der vergaberechtsfremde Geschäftsteil den anderen Teil überwiegt und der überwiegende Teil den Hauptzweck des Ganzen ausmacht. Obwohl im erwähnten Schwyzer Fall der vergaberechtsfreie Anteil überwog, gelangte das Schwyzer Verwaltungsgericht im erwähnten Urteil zum Ergebnis, dass das ganze Geschäft dem Vergaberecht untersteht. Dies, weil der öffentliche Auftrag der Hauptzweck des ganzen Geschäftes war.

b) Werden die zuvor erwähnten Grundsätze auf den vorliegenden Fall übertragen, so ist die Frage nach der Unterstellung des Auftrages der Stadt Zug für den Stadionneubau sowie für die Realisierung des gesamten Überbauungskonzeptes unter das öffentliche Submissionsrecht zu bejahen. Eine Ausnahme liegt nicht vor, obwohl der vergaberechtsfreie Geschäftsanteil (Überbauung «Bossard»-Areal, «Scheibenhochhaus») finanziell rund zwei Drittel der Gesamtkosten der ganzen Überbauung ausmacht und der öffentliche Anteil für den Stadionneubau bei rund einem Drittel liegt (rund CHF 61 Millionen von insgesamt CHF 180 Millionen). Die vom Stadtrat zitierte Ausnahmeregelung für die Nichtunterstellung des Auftrages unter das öffentliche Submissionsrecht, die sogenannte 50%-Regelung gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. b IVöB (Unterstellung von Objekten und Leistungen, die zu mehr als 50% der Gesamtkosten mit öffentlichen Geldern subventioniert werden) gelangt in diesem Fall nicht zur Anwendung. Massgebend für die Unterstellung des gesamten Geschäftes unter das öffentliche Submissionsrecht ist, dass der Hauptzweck des Auftrages der Stadt Zug die Erstellung eines neuen Eisstadions war und die anderen Teile des Geschäftes den Zweck hatten, die finanziellen Kosten der Stadt Zug möglichst gering zu halten. Die Hauptmerkmale einer öffentlichen Beschaffung, nämlich dass ein dem öffentlichen Submissionsrecht unterstellter Auftraggeber einen privaten Partner mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe beauftragt und dafür ein Entgelt leistet, liegen im vorliegenden Fall vor. So erteilte die Stadt Zug der Firma Anliker AG im bereits erwähnten Totalunternehmerwerkvertrag den Auftrag zum Neubau der Eissportanlagen zu einem vereinbarten Werkpreis von CHF 56'753'975.- (Total TU-Kostendach). Durch das finanzielle Engagement der Stadt Zug ist der Stadionneubau zu einer öffentlichen Aufgabe geworden.

c) Im Ergebnis steht damit fest, dass das PPP-Vorhaben der Stadt Zug für den Neubau der Eissportanlagen unter das öffentliche Submissionsrecht gefallen wäre. Dieser Auftrag hätte somit nach den Vorschriften des Submissionsrechts abgewickelt werden müssen. Gleichzeitig muss an dieser Stelle aber auch erwähnt

werden, dass im Submissionsrecht der Grundsatz der Einmaligkeit der Ausschreibung gilt und es somit keine doppelte Ausschreibungspflicht gibt. Vereinfacht ausgedrückt heisst dies, dass dann, wenn ein PPP-Partner in einem Verfahren nach Submissionsrecht ausgewählt wurde, die Aufträge des PPP-Partners an Subunternehmer nicht mehr nach den Regeln des Submissionsrechts vergeben werden müssen (vgl. Claudia Schneider Heusi/Felix Jost, a.a.O. 33). Dieses Prinzip entspricht schon heute der gängigen Praxis bei General- oder Totalunternehmervergaben. Es kommt jedoch immer wieder vor, dass der General- oder Totalunternehmer in einem Werkvertrag verpflichtet wird, Aufträge an Subunternehmer ab einem bestimmten Auftragswert nochmals zu submissionieren. In diesem Fall handelt es sich aber um private Submissionen des General- oder Totalunternehmers, die nicht mehr unter das öffentliche Submissionsrecht fallen. Dieser Hinweis ist im vorliegenden Fall insofern von Bedeutung, als es sich bei der vom Anzeiger erwähnten Submission im kantonalen Amtsblatt um eine solche Ausschreibung der Firma Anliker AG handelte. Dieser Auftrag wäre somit nicht mehr dem öffentlichen Submissionsrecht unterstanden, wenn der Hauptauftrag nach den Regeln des Submissionsrechts ausgeschrieben worden wäre.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Anzeiger in seiner Eingabe zu Recht darauf hinweist, dass der gesamte Auftrag der Stadt Zug an die Firma Anliker AG für den Neubau der Eissportanlagen sowie für die übrigen Teile des ganzen Überbauungskonzeptes dem öffentlichen Submissionsrecht unterstanden hätte und der Auftrag nach den Vorschriften des Submissionsrechts hätte abgewickelt werden müssen. Wie bekannt ist, befinden sich das neue Eisstadion sowie die übrigen Bestandteile des Überbauungskonzeptes bereits im Bau. Aus Gründen von Treu und Glauben kann der Bau des Eisstadions sowie der übrigen Teile des Überbauungskonzeptes weder gestoppt noch rückgängig gemacht werden. Aufsichtsrechtliche Massnahmen im Sinne von § 39 GG wie die Aufhebung von Beschlüssen oder eine Anordnung, dass weitere Auftragsvergaben der Firma Anliker AG nach den Vorschriften des Submissionsrechts erfolgen müssen, können bereits aus Gründen von Treu und Glauben nicht ergriffen werden. Als einzige Möglichkeit verbleibt der Hinweis, dass bei künftigen PPP-Vorhaben die Vorschriften des Submissionsrechts zu beachten sind. Aus den bereits erwähnten Gründen kann damit der Aufsichtsbeschwerde von ... keine Folge gegeben werden. Die Stadt Zug wird bei künftigen PPP-Vorhaben die Submissionsvorschriften beachten müssen.

Regierungsrat, 4. Mai 2010

C. Grundsätzliche Stellungnahmen

Datenschutzpraxis

I. Vorbemerkungen

Rechtsgrundlage

Die wichtigste Rechtsgrundlage bezüglich Datenschutz und Datensicherheit ist für die öffentliche Verwaltung von Gemeinden und Kanton das Datenschutzgesetz des Kantons Zug vom 28. September 2000 (BGS 157.1; im Folgenden: DSG).

Zu den Befugnissen des Datenschutzbeauftragten

Stellt der Datenschutzbeauftragte (im Folgenden: DSB) eine Verletzung von Datenschutzvorschriften fest, so hat er gemäss § 20 Abs. 2 DSG das betreffende Organ aufzufordern, die erforderlichen Massnahmen zur Behebung des Missstands zu ergreifen. Wird die Aufforderung nicht oder nur teilweise befolgt beziehungsweise abgelehnt, hat der DSB die Angelegenheit der vorgesetzten Stelle des betreffenden Organs zum Entscheid vorzulegen:

In gemeindlichen Angelegenheiten

Diesbezüglich ist der Gemeinderat zuständig. Werden die erforderlichen Massnahmen durch den Gemeinderat ganz oder teilweise abgelehnt, so kann der DSB den Entscheid des Gemeinderates gestützt auf § 20 Abs. 4 DSG in Verbindung mit § 40 Abs. 1 Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG; BGS 162.1) beim Regierungsrat anfechten.

Auf allfällig festgestellte Missstände kann der DSB auch die Direktion des Innern als allgemeinem Aufsichtsorgan über die Gemeinden (§ 42 Ziff. 3 Kantonsratsbeschluss über die Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen; BGS 151.1) im Rahmen einer grundsätzlichen Information oder aber einer Empfehlung aufmerksam machen. Einen diesbezüglichen Entscheid der Direktion des Innern kann der DSB anschliessend dem Regierungsrat vorlegen.

Lehnt der Regierungsrat die Empfehlung des DSB ganz oder teilweise ab, so hat der DSB die Möglichkeit, diesen Entscheid gestützt auf § 20 Abs. 4 DSG in Verbindung mit § 61 VRG beim Verwaltungsgericht anzufechten und dessen Entscheid an das Bundesgericht weiterzuziehen (Näheres dazu: Tätigkeitsbericht des Datenschutzbeauftragten 2008, S. 6/7).

In kantonalen Angelegenheiten

Diesfalls ist der Regierungsrat zuständig. Auch hier hat der DSB die Möglichkeit, gegen den Entscheid des Regierungsrates wie vorstehend beschrieben, den Rechtsweg zu beschreiten.

Aufgrund von § 19 Abs. 1 Bst. f DSG besteht zudem stets die Möglichkeit, die Öffentlichkeit über wesentliche Anliegen des Datenschutzes zu orientieren.

Ist von der fraglichen Datenbearbeitung eine Bürgerin, ein Bürger direkt betroffen, so steht es ihr oder ihm jederzeit frei, in der Sache den ordentlichen Rechtsweg einzuschlagen.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der DSB grundsätzlich nicht über direkte Weisungsbefugnisse gegenüber den Organen verfügt, jedoch seit dem Inkrafttreten der DSG-Revision (08. November 2008) seine Empfehlungen gerichtlich überprüfen lassen bzw. durchsetzen kann.

Grundsätzlich soll der Datenschutz in der Verwaltung jedoch in erster Linie durch Information, Beratung und Ausbildung umgesetzt werden.

Im Folgenden werden fünf Fälle aus der DSB-Beratung des Jahres 2010 dargestellt. Über 380 weitere Fälle und die Ausleuchtung der datenschutzrechtlichen Praxis finden sich in den bisher erschienenen ausführlichen Tätigkeitsberichten des Datenschutzbeauftragten der Jahre 1999 bis 2010. Diese können kostenlos beim DSB bestellt werden. Sie stehen auch auf der Website des DSB zur Verfügung: «www.datenschutz-zug.ch».

II. Datenbeschaffung durch die Steuerverwaltung

Ausgangslage

Regelmässig werden wir von ganz unterschiedlichen gemeindlichen Behörden angefragt, ob sie auf entsprechende konkrete Anfrage der kantonalen Steuerverwaltung hin Personendaten ihrer Einwohnerinnen und Einwohnern bekannt geben dürfen bzw. müssen. Wie verhält es sich beispielsweise, wenn sich die kantonale Steuerverwaltung beim gemeindlichen Bauamt etwa nach den Baukosten eines bewilligten Bauvorhabens eines Steuerpflichtigen erkundigt? Darf bzw. muss das gemeindliche Bauamt hier Auskunft erteilen?

Da auch Steuerverwaltungen von anderen Kantonen bei Zuger Gemeinden Daten von Steuerpflichtigen nachfragen, die einen Bezug zum Kanton Zug aufweisen, ist auch darauf kurz einzugehen.

Hinweise zur Rechtslage

1. Grundsatz

Gemäss § 4 Bst. b Datenschutzgesetz (BGS 157.1) sind Daten grundsätzlich direkt bei der betroffenen Person selber zu erheben. Dies verlangt das datenschutzrechtliche Transparenzprinzip, sollen doch die Bürgerinnen und Bürger wissen, welche Daten der Staat über sie bearbeitet.

Das Transparenzprinzip beherrscht denn auch das Steuerrecht, sieht dieses doch vor, dass die Steuerpflichtigen von sich aus gegenüber der Steuerbehörde alle relevanten Angaben machen müssen und umfassend auskunfts- und mitwirkungspflichtig sind (vgl. insbesondere § 126 und § 127 Steuergesetz, BGS 632.1).

2. Ausnahme

Liefern die Steuerpflichtigen – trotz entsprechender Aufforderung seitens der Steuerverwaltung – die für die Einschätzung erforderlichen Daten nicht oder bestehen begründete Zweifel an der Vollständigkeit bzw. Korrektheit der gelieferten Daten, so ist die Steuerbehörde befugt, im Rahmen der Amtshilfe Abklärungen bei anderen Verwaltungsstellen vorzunehmen. Diese sind gegenüber der Steuerverwaltung grundsätzlich zur Leistung von Amtshilfe verpflichtet (§ 110 Steuergesetz, BGS 632.1). Dabei sind die verwaltungsrechtlichen Grundsätze zu beachten. Das Gesuch um Amtshilfe hat diejenigen Angaben zu enthalten, die es der angefragten Stelle ermöglichen, das Gesuch zu prüfen. Da die Zuger Behörden gegenüber der Steuerverwaltung grundsätzlich umfassend auskunftspflichtig sind, kann die Überprüfung des Gesuchs um Amtshilfe nur eine rudimentäre sein, sie muss sich auf Plausibilität beschränken (etwa: Liegt nicht allenfalls eine Verwechslung von Personen vor? Erscheinen die verlangten Daten relevant? Ist die Anfrage insge-

samt verhältnismässig?). Ist diese gegeben, sind der Steuerverwaltung die verlangten Daten bekannt zu geben.

Ergänzende Hinweise

Amtshilfesuche von Steuerverwaltungen aus anderen Kantonen

Aufgrund von Art. 39 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG, SR 642.14) sind kantonale und gemeindliche Behörden auch gegenüber Steuerverwaltungen anderer Kantone in analoger Weise umfassend auskunftspflichtig.

Fazit

Gegenüber den kantonalen Steuerverwaltungen sind gemeindliche und kantonale Verwaltungsstellen umfassend zur Amtshilfe verpflichtet. Die von der Steuerverwaltung einverlangten Daten über Steuerpflichtige sind dieser daher in aller Regel bekannt zu geben.

III. Videoaufnahmen für Audits an Schulen?

Ausgangslage

Die Qualität von Schulen und Lehrpersonen wird durch vorgesetzte Stellen oder beauftragte Externe regelmässig überprüft. Im Rahmen von solchen Audits werden in der Praxis oft auch Aufzeichnungen über den Unterricht gemacht. Es stellte sich die Frage, ob auch Videoaufzeichnungen zulässig sind, wenn dabei Schülerinnen/Schüler sowie Lehrpersonen erfasst werden und ob allenfalls deren Zustimmung erforderlich ist.

Hinweise zur Rechtslage

Die Überprüfung von Schulen und Lehrpersonen hat eine lange Tradition, wurden doch schon immer Visitationen oder Inspektionen durchgeführt. Diese Aufsicht ist rechtmässig, finden sich doch im Schulrecht des Kantons Zug ausdrückliche diesbezügliche Rechtsgrundlagen (§ 13 des Schulgesetzes [BGS 412.11], § 8^{ter} der Verordnung zum Schulrecht [BGS 412.111]). Über die Art und Weise des Vorgehens bei solchen Überprüfungen sprechen sich die Rechtsgrundlagen nicht näher aus. In aller Regel wird es sich um eine schriftliche Berichterstattung handeln. Fotos oder Videoaufnahmen sind dann zulässig, wenn sie für die Aufgabenerfüllung notwendig sind und in ihrer Durchführung insgesamt verhältnismässig sind. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Aufnahmen für Rückmeldungen an die betreffende Lehrperson selber verwendet werden. Aber auch für Besprechungen im Rahmen des Teams der Lehrpersonen kann die Illustration mit den entsprechenden Aufnahmen erforderlich sein.

Nach Abschluss des Audit-Verfahrens sind solche Aufzeichnungen in aller Regel nicht mehr erforderlich und können deshalb vernichtet werden. Sollten sie noch eine gewisse Zeit aufbewahrt werden, ist sicherzustellen, dass nur noch ein sehr eingeschränkter Kreis von Personen Zugriff auf die Aufzeichnungen hat.

Ergänzender Hinweis

Ist der Einsatz von Fotos oder Videoaufnahmen für die Aufgabenerfüllung notwendig und ist sie insgesamt als verhältnismässig zu beurteilen, so ist die Zustimmung der betroffenen Schülerinnen und Schüler (bzw. deren gesetzlichen Vertreter) sowie der Lehrpersonen nicht erforderlich. Hingegen sind alle Personen, die aufgenommen werden, vorgängig darüber zu informieren.

IV. Vertrauensärztliche Kontrolluntersuchung – welche Daten gehen ans Strassenverkehrsamt?

Ausgangslage

Das Strassenverkehrsrecht sieht vor, dass sich bestimmte Lenkerinnen und Lenker von Motorfahrzeugen einer vertrauensärztlichen Kontrolluntersuchung zu unterziehen haben. Art. 27 Abs. 1 Bst. b der Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr (Verkehrszulassungsverordnung/VZV, SR 741.51) sieht diese Pflicht unter anderem für über 70-jährige Ausweisinhaber vor und dies in einer Kadenz von zwei Jahren.

Fragestellung

Eine von dieser vertrauensärztlichen Kontrolluntersuchung betroffene Person wollte wissen, wer in welchem Umfang Kenntnis von dieser medizinischen Untersuchung erhält.

Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

1. Zur vertrauensärztlichen Untersuchung

Im Kanton Zug wird diese vertrauensärztliche Kontrolluntersuchung in aller Regel durch den Hausarzt durchgeführt. Was dieser genau zu untersuchen hat, ist im Anhang 1/«Medizinische Mindestanforderungen» vorgegeben (veröffentlicht: http://www.admin.ch/ch/d/sr/741_51/app1.html).

Der Hausarzt hat dabei all diejenigen medizinischen Untersuchungen vorzunehmen, die es ihm ermöglichen, die Fahrtauglichkeit der betroffenen Person abschliessend beurteilen zu können. Das Untersuchungsprogramm kann demnach variieren. Bei der einen Person kann die Fahrtauglichkeit mit wenigen Untersuchungen abgeklärt werden, bei einer anderen hingegen sind zusätzliche notwendig.

2. Bekanntgabe von medizinischen Daten an das Strassenverkehrsamt?

Der Hausarzt behält alle medizinischen Daten der Untersuchung bei sich. Gegenüber dem Strassenverkehrsamt äussert er sich nur über die Fahrtauglichkeit. Sein Antwort beschränkt sich dabei auf die drei Möglichkeiten «ja», «nein» oder «bedingt» wie dem entsprechenden Formular im Anhang 3 zur VZV entnommen werden kann (veröffentlicht www.admin.ch/ch/d/sr/741_51/app3.html). In der Praxis ist einer der häufigsten und wichtigsten Bedingungen, die Pflicht, beim Fahren eines Motorfahrzeugs eine Brille oder Kontaktlinsen zu tragen.

Fazit

Alle medizinischen Daten bleiben beim Hausarzt. Das Strassenverkehrsamt erfährt somit nur, ob die Fahrtauglichkeit gegeben ist oder nicht.

V. Zum Datenaustausch zwischen Asylbehörde und Polizei

Ausgangslage

Die dem Kanton Zug zugewiesenen Asylsuchenden werden durch die «Sozialen Dienste Asyl» (im Folgenden auch SDA) des kantonalen Sozialamtes betreut und unterstützt. Die Zuger Polizei ist die vollziehende Behörde im Bereich Asyl. Sie ist für die Ausübung ihrer Aufgaben allenfalls auch auf Daten der SDA angewiesen. In der Praxis stellten sich verschiedene Fragen zum gegenseitigen Informationsaustausch: Wo bestehen Pflichten, wo Grenzen?

Die gestellten Fragen und die Hinweise des Datenschutzbeauftragten

1. In welcher Form darf der Informationsfluss zwischen SDA und Polizei ohne Einschränkung stattfinden?

DSB: Vollständig anonymisierte Daten bzw. Informationen dürfen grundsätzlich immer ausgetauscht werden.

2. Braucht es für die «Sozialen Dienste Asyl» zum Austausch von Daten mit der Zuger Polizei eine Entbindung vom Amtsgeheimnis?

DSB: Eine Entbindung vom Amtsgeheimnis im Sinne von § 29 des Personalgesetzes (BGS 154.21) in Verbindung mit § 11 Personal-Verordnung (BGS 154.211) kann sich immer nur auf einen konkreten Einzelfall beziehen. Eine systematische Datenbekanntgabe kann jedoch nicht gestützt auf eine Entbindung vom Amtsgeheimnis erfolgen. Diesbezüglich ist vielmehr zu prüfen, ob für die fragliche Datenbekanntgabe eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist. Gibt es diesbezüglich keine gesetzliche Grundlage, ist die Datenbekanntgabe nicht zulässig.

3. Müssen die «Sozialen Dienste Asyl» der Polizei wöchentlich eine Liste sämtlicher Personen, die Nothilfe beziehen, zustellen?

DSB: Die Abgabe einer solchen Liste über alle Nothilfebezüger ist gemäss Gesetz nur an das Migrationsamt, nicht jedoch an die Polizei, zulässig. Gestützt auf Art. 82 Abs. 5 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201) sind die Behörden, die Sozialhilfe ausrichten, verpflichtet, den Bezug von Sozialhilfe durch Ausländerinnen und Ausländer dem Migrationsamt zu melden. Diese Listen enthalten auch Daten von Personen, die sich nicht illegal in der Schweiz aufhalten. Solche Daten gilt es zu schützen, weshalb eine direkte Abgabe an die Polizei nicht zulässig erscheint. Das Migrationsamt seinerseits muss entscheiden, welche Daten aus den Listen an die Polizei weitergegeben werden können und dürfen.

4. Sind die «Sozialen Dienste Asyl» verpflichtet, die Polizei über sich illegal aufhaltende Personen zu informieren? Ist die Polizei darüber zu informieren, wann diese Personen ihre Nothilfe abholen?

DSB: Für die Bekanntgabe der Information, wann eine sich illegal aufhaltende Person ihre Nothilfe abholt, ist Art. 97 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG; SR 142.20) anwendbar. Diese Bestimmung sieht vor, dass auf Anfrage bezüglich einer ganz bestimmten Person hin Behörden Auskünfte erteilen müssen, sofern dies für den Vollzug des Ausländergesetzes unentbehrlich ist.

Dabei ist grundsätzlich auch Art. 96 des Ausländergesetzes bezüglich des Ermessens zu beachten. Es stellt sich hier die nicht einfach zu beantwortende Frage, in welchem Fall die persönlichen Interessen Betroffener höher zu gewichten sind als die öffentlichen Interessen am rechtmässigen Vollzug eines rechtskräftigen Entscheids. Hier ist etwa das Recht auf Familienleben, vorrangiges Kindeswohl oder allenfalls der Vertrauensschutz zu beachten. Es obliegt diesfalls den «Sozialen Diensten Asyl» eine Interessenabwägung vorzunehmen und zu entscheiden, ob die Auskunft erteilt werden kann oder das persönliche Interesse an der Geheimhaltung allenfalls höher zu gewichten ist.

5. Darf die Zuger Polizei illegal anwesende Personen in den Räumlichkeiten der «Sozialen Dienste Asyl» verhaften?

DSB: Unseres Erachtens können die SDA der Polizei nicht untersagen, bestimmte Personen in den Räumlichkeiten bzw. im Gebäude der SDA festzunehmen. Es ist Sache der Polizei zu entscheiden, unter welchen Umständen und zu welchem Zeitpunkt eine Verhaftung vorzunehmen ist. Falls eine Verhaftung in den Räumlichkeiten der SDA zu betrieblichen Problemen führt, ist das Gespräch mit der Polizei zu suchen, um gemeinsam eine passendere Lösung zu finden (z.B. Arretierung in einem Nebenzimmer o. ä.).

6. Wenn die «Sozialen Dienste Asyl» Kenntnis einer strafbaren Handlung seitens eines Asylsuchenden haben, müssen sie dies der Zuger Polizei melden?

DSB: Bei Verdacht auf strafbare Handlungen, die von Amtes wegen verfolgt werden, sind alle kantonalen Behördemitglieder, Beamte und Angestellte des Gemeinwesens verpflichtet, den Verdacht oder das Wissen zur Anzeige zu bringen (Rechtslage bis 31. Dezember 2010 aufgrund von § 6 der Strafprozessordnung; seit 1. Januar 2011 ist diesbezüglich Art. 302 Abs. 2 der Schweizerischen Strafprozessordnung anwendbar). Hierbei handelt es sich um Amtshilfe zum Vollzug des Strafgesetzbuchs.

VI. Einsicht in Akten abgeschlossener Strafverfahren

Ausgangslage

Die Staatsanwaltschaft hat eine Untersuchung mit dem Erlass einer Nichtanhandnahmeverfügung abgeschlossen. Die im Verfahren beschuldigte Person verlangt nach Eintritt der Rechtskraft der Nichtanhandnahmeverfügung Einsicht ins Dossier. Wie ist die Rechtslage?

Aus der Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten

Die Schweizerische Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) regelt in Art. 97 bzw. Art. 101 das Recht auf Einsicht in die Akten bei hängigen Verfahren. Nach Abschluss des Verfahrens ist die Schweizerische Strafprozessordnung diesbezüglich nicht mehr anwendbar (Art. 99 StPO). Vielmehr kommt hier das kantonale Recht zur Anwendung.

Im vorliegenden Fall ist das Strafverfahren rechtskräftig abgeschlossen. Für die Einsicht des Betroffenen in die entsprechenden Unterlagen ist daher das Datenschutzgesetz (DSG, BGS 157.1) anwendbar. Dieses regelt in § 13 und § 14 den Anspruch betroffener Personen auf Auskunft/Einsicht in ihre eigenen Daten.



No. 01-11-261451 – www.myclimate.org
© myclimate – The Climate Protection Partnership