



Gerichts-  
und Verwaltungspraxis  
des Kantons Zug  
1995/96

Staatskanzlei des Kantons Zug  
Zug 1997-700

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

# Inhaltsübersicht

	Seite
Inhaltsverzeichnis (Leitsätze) . . . . .	V
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	IX
 <i>A. Gerichtspraxis</i>	
I Staats- und Verwaltungsrecht . . . . .	3
1. Bau- und Planungsrecht . . . . .	3
2. Verfahrensrecht . . . . .	19
3. Stimmrecht . . . . .	21
4. Steuern und Abgaben . . . . .	21
5. Sozialversicherungsrecht . . . . .	44
 II. Zivilrecht . . . . .	 57
1. Einleitung und Personenrecht . . . . .	57
2. Familien- und Erbrecht . . . . .	62
3. Sachenrecht . . . . .	64
4. Obligationenrecht . . . . .	66
5. Geistiges Eigentum . . . . .	78
 III. Schuldbetreibung und Konkurs . . . . .	 81
 IV. Strafrecht . . . . .	 92
 V. Rechtspflege . . . . .	 93
1. Zivilrechtspflege . . . . .	93
2. Strafrechtspflege . . . . .	101
 <i>B. Verwaltungspraxis</i>	
I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden . . . . .	114
1. Legalitätsprinzip . . . . .	114
2. Politische Rechte . . . . .	116
3. Ausländerrecht . . . . .	120
4. Staatspersonal . . . . .	125
5. Gemeinden . . . . .	127

II. Zivilrecht . . . . .	144
1. Personenrecht . . . . .	144
2. Familienrecht . . . . .	150
3. Sachenrecht . . . . .	168
III. Umweltschutz, Bauwesen . . . . .	172
1. Umweltschutz . . . . .	172
2. Bauwesen. . . . .	177
V. Soziale Sicherheit . . . . .	182
Berufliche Vorsorge . . . . .	182
V. Verwaltungsrechtspflege . . . . .	189

*C. Grundsätzliche Stellungnahme*

Zur Frage der Zuständigkeit und Delegation bei Ausgabenbeschlüssen	198
--	-----

# A. Gerichtspraxis

## I. Staats- und Verwaltungsrecht

### 1. Bau- und Planungsrecht

- § 14 Abs. 3 VV BauG, § 28 BO Unterägeri. – *Die Mauern der Lukarnen und Dachaufbauten gelten nicht als Kniestock.* 3
- § 20 BauG, § 36 BO Menzingen. – *Nicht störende Gewerbe- und Dienstleistungsbetriebe in der Wohnzone. Ein Malerbetrieb mit mehreren Mitarbeitern ist in der Wohnzone nicht zonenkonform.* 6
- § 15 BO Zug, §§ 41 und 49 f. VRG. – *Inwieweit verpflichtet ein Bebauungsplan nicht nur zur Beachtung der zulässigen Bauweise, sondern auch zur gesamthaften Verwirklichung eines Gesamtkonzepts? Mit der Abstimmungsbeschwerde kann die fehlerhafte Rechtsanwendung nicht gerügt werden. Zur Verwaltungsbeschwerde ist der individuell Betroffene legitimiert. Die Eigenschaft als städtischer Parlamentarier vermittelt keine zusätzliche Beschwerdelegitimation.* 8

### 2. Verfahrensrecht

- Art. 11 Abs. 3 VwVG. – *Die Vorladung einer Partei zu einer Befragung ist unzulässig, wenn ihrem Vertreter hievon keine Mitteilung gemacht wird und dieser darum an der Befragung nicht teilnehmen kann. Bedeutung der dabei erstellten Beweismittel.* 19
- §§ 41 und 49 f. VRG. – *Vgl. Entscheid S. 8*

### 3. Stimmrecht

- §§ 41 und 49 f. VRG. – *Vgl. Entscheid S. 8*

### 4. Steuern und Abgaben

- § 5 GStG. – *Der Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung wird bei Ersatzbeschaffung durch den Steuerpflichtigen selbst gewährt, nicht aber bei Ersatzbeschaffung durch Ehefrau, Sohn und Schwiegertochter des Veräußerers.* 21

§ 8 GStG. – Grundsatz der vergleichbaren Verhältnisse bei der Gewinnermittlung. Fall der Veräusserung eines Grundstückes nach Zerstörung der Wohnbaute durch Brand.	Seite 24
§ 17 Abs. 1 Ziff. 2 StG, § 3 Abs. 2 GStG. – Der Verkauf von Autoeinstellplätzen in einer Tiefgarage unterliegt der Grundstückgewinnsteuer, auch wenn die Veräusserung durch Übertragung von als Dienstbarkeiten begründeten ausschliesslichen Benützungsrechten erfolgt.	25
§ 10 Abs. 1 GStG. – Generalunternehmer-Honorar als bauliche Aufwendung. Bei Eigenleistung bemisst sich die Höhe des Honorars nach den erbrachten, nicht anderweitig abgegoltenen Leistungen (Bestätigung der Rechtsprechung).	29
§ 10 GStG. – Eigene Verkaufsbemühungen sind als Aufwendungen anrechenbar. Kriterien für die pauschale Anrechnung (Bestätigung der Rechtsprechung).	
§ 11 GStG. – Erlösminderung. Die Gewährung eines zinslosen Darlehens an den Käufer für die Kaufpreisleistung mindert den Verkaufserlös.	34
§ 10 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 GStG. – Anrechnung von Planungskosten als Aufwendungen. Welche Kosten für Planungen sind nur anrechenbar, wenn sie einer Behörde zur Vorprüfung oder Bewilligung eingereicht wurden?	36
§ 10 Abs. 5 GStG. – Abgrenzung zwischen der Einkommens- und der Grundstückgewinnsteuer. Fallen Auslagen bei der Grundstückgewinnsteuer ausser Betracht, wenn sie bei der Einkommenssteuer angerechnet wurden oder wenn sie anrechenbar sind?	41

## 5. Sozialversicherungsrecht

Art. 28 Abs. 2 IVG. – Kann beim Einkommensvergleich auf die tatsächlichen Einkünfte abgestellt werden, so sind die im individuellen Konto eingetragenen Einkünfte massgebend, von denen Beiträge gemäss Art. 5 Abs. 2 AHVG erhoben worden sind. Voraussetzungen, unter denen die IV-Stelle nicht an den von der Unfallversicherung festgesetzten Invaliditätsgrad gebunden ist.	44
Art. 15 AVIG. – Vermittlungsfähigkeit eines Arbeitslosen vor Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit als Erfüllung eines Berufsziels oder als Ausweg aus der Arbeitslosigkeit.	49
Art. 23 AVIG. – Versicherter Verdienst eines Dozenten bei Arbeitslosigkeit nach stufenweiser Reduktion seines Pensums.	52
§ 11 PvkG, § 11 Abs. 3 VRG. – Gesuche um Prämienverbilligung sind bis zum 31. März des entsprechenden Jahres bei den zuständigen Behörden einzureichen (Verwirkungsfrist). Voraussetzungen, unter denen die Frist wiederhergestellt werden kann.	54

### 1. Einleitung und Personenrecht

- Art. 2 Abs. 2 ZGB – Beweisvereitelung. Hat der Verwaltungsrat einer konkursiten Gesellschaft die gesetzlich vorgeschriebene Buchhaltung nicht aufbewahrt und damit dem Abtretungsgläubiger den Beweis der Überschuldung der Gesellschaft durch pflichtwidriges und schuldhaftes Verhalten vereitelt, so hat der Verwaltungsrat die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen.* 57
- Art. 28a Abs. 2 ZGB. – Persönlichkeitsverletzung; Umfang und Grenzen des Berichtigungsanspruchs.* 59

### 2. Familien- und Erbrecht

- Art. 145 ZGB. – Die Ablehnung der Vollstreckung des Besuchsrechts – ist nicht über längere Zeit zulässig, weil dessen Aufhebung oder Einschränkung dem Abänderungsverfahren vorbehalten ist.* 62
- Art. 576 ZGB. – Aus wichtigen Gründen kann die zuständige Behörde den Erben mit Bezug auf die Ausschlagung der Erbschaft eine Fristverlängerung gewähren oder eine neue Frist ansetzen.* 62

### 3. Sachenrecht

- Art. 731 Abs. 2 ZGB, Art. 661 ff. ZGB, § 191 EG ZGB, Art. 48 SchlT ZGB. – Die ausserordentliche Ersitzung einer Dienstbarkeit ist in Analogie zu Art. 662 ZGB nur denkbar, wenn ein Grundstück überhaupt nicht im Grundbuch aufgenommen worden ist, wenn es zwar im Grundbuch aufgenommen ist, jedoch aus dem Eintrag keine Angaben über den Eigentümer ersichtlich sind, oder der eingetragene Eigentümer seit Beginn der Ersitzungsfrist tot oder für verschollen erklärt ist.* 64

### 4. Obligationenrecht

- Art. 17 OR. – Ob ein abstraktes Schuldbekennntnis vorliegt, ist Auslegungsfrage (E. 4.). Umkehr der Beweislast bei der «normalen» Schuldanerkennung (E. 5).* 66
- Art. 47 OR. – Genugtuung bei vorsätzlicher Tötung. Anspruchsvoraussetzungen. Festsetzung der Genugtuungshöhe.* 68
- Art. 68–92 OR; Art. 97 OR; Art. 82 OR. – Die Annahme eines Checks ist grundsätzlich als Leistung erfüllungshalber zu interpretieren (E. 2.1). Die Leistung erfüllungshalber beinhaltet – als Bestandteil der Verwertungsabrede – den Einwendungsverzicht des Schuldners aus dem*

<i>Grundverhältnis (E. 2.2). Bei einem Kaufvertrag unterliegt der Anspruch wegen Nicht- oder nicht gehöriger Erfüllung nach Art. 97 OR den besonderen Voraussetzungen des Gewährleistungsrechtes im Sinne von Art. 197 ff. OR (E. 3.1). Voraussetzungen für das Zurückbehaltungsrecht gemäss Art. 82 OR (E. 3.2).</i>	Seite 72
<i>Art. 699 Abs. 4 OR. – Kraft Bundesrecht gibt es keinen besonderen Gerichtsstand für Gesuche betreffend die Einberufung einer Generalversammlung.</i>	75
<i>Art. 32 Abs. 2 HRegV. – Die Stiftungsaufsicht ist dem öffentlichen Recht zuzuweisen, weshalb in diesem Bereich der privatrechtliche Einspruch gemäss Art. 32 Abs. 2 HRegV nicht zulässig ist.</i>	77

### **5. Geistiges Eigentum**

<i>Art. 2 Abs. 2 lit. e URG. – Unter den urheberrechtlichen Schutz fallen gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. e URG Werke der Baukunst und Teile von Bauwerken, sofern von individueller Gestaltung gesprochen werden kann. Auch der Innenraum von Gebäuden ist somit grundsätzlich schutzfähig.</i>	78
<i>Art. 11 Abs. 2 URG. – Art. 11 Abs. 2 URG setzt voraus, dass das Bauwerk eine ausgesprochene Individualität aufweist, ansonsten eine rechtswidrige Verletzung der Persönlichkeit des Architekten nicht vorliegen kann.</i>	79

## **III. Schuldbetreibung und Konkurs**

<i>Art. 17 SchKG; Art. 316e SchKG. – Beschwerden gegen Liquidatoren sind mit Ausnahme der in Art. 316e Abs. 2 SchKG genannten Fälle direkt an die Aufsichtsbehörde und nicht an den Gläubigerausschuss zu richten. Nebst der Beschwerde an die Aufsichtsbehörde kann bei der Verzögerung der Auszahlung eines rechtskräftig festgesetzten Treffnisses an die Grundpfandgläubiger auch direkt gegen die Nachlassmasse oder gegen die Liquidatoren Klage erhoben werden.</i>	81
<i>Art. 13 SchKG; Art. 14 SchKG; Art. 316b Abs. 1 Ziff. 2 SchKG. – Pflichtvergessene, unfähige und pflichtwidrig handelnde Liquidatoren unterstehen in analoger Anwendung von Art. 13 und 14 SchKG der Disziplinalgewalt der Aufsichtsbehörde. Frage offengelassen, wer bei einer disziplinarischen Absetzung eines Liquidators einen Ersatzliquidator einsetzt.</i>	81
<i>Art. 46 Abs. 2 SchKG; Art. 53 SchKG; Art. 166 ff. SchKG. – Verändert eine Aktiengesellschaft während laufender Betreibung ihren Sitz, so ist für das Datum der Sitzverlegung nicht die Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt massgebend, sondern die Einschreibung</i>	

<i>der Anmeldung im Tagebuch des Handelsregisters. Erfolgt die Sitzverlegung erst nach Zustellung der Konkursandrohung, so ist der Konkursrichter am früheren Sitz zur Behandlung des Konkursbegehrens eines Gläubigers zuständig.</i>	Seite 83
<i>Art. 221 Abs. 1 SchKG; Art. 242 Abs. 1 SchKG; Art. 243 Abs. 1 SchKG. – Auch Rechte, deren Zugehörigkeit zur Konkursmasse bestritten sind, sind ins Inventar aufzunehmen; dagegen hat der Richter zu entscheiden, ob diese Rechte materiell-rechtlich zur Konkursmasse gehören. – Regelung, wenn ein Dritter geltend macht, eine nicht in einem Wertpapier verkörperte Forderung oder ein anderes Recht stehe nicht dem Gemeinschuldner, sondern ihm zu. – Der Einzug einer Forderung durch das Konkursamt stellt eine Amtshandlung dar, die sich auf Art. 243 Abs. 1 SchKG stützen kann und grundsätzlich nicht von einem Drittsprecher mit Beschwerde angefochten werden kann. – Eine Forderung ist nur dann im Sinne von Art. 243 Abs. 1 SchKG bestritten, wenn der Drittschuldner selber diese bestreitet.</i>	84
<i>Art. 278 SchKG; Art. 145 PVV. – Zustellung eingeschriebener Sendungen. Nimmt der Arrestgläubiger das für ihn bestimmte Exemplar des Zahlungsbefehls, worin der Rechtsvorschlag des Schuldners vermerkt ist, aufgrund der ihm ins Postfach gelegten Abholungseinladung nicht innerhalb der siebentägigen Frist ab, so gilt die Sendung als am letzten Tag dieser Frist zugestellt. Daran ändert die Weisung des Adressaten, die an ihn adressierte Post gemäss Art. 145 PVV zurückzubehalten, nichts.</i>	87
<i>Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 und 291 Abs. 3 SchKG. Macht der Gläubiger geltend, es liege eine «gemischte» Schenkung vor, bei der die vom Schuldner empfangene Gegenleistung zu seiner eigenen Leistung in einem Missverhältnis stehe, so lautet die Klage auf Rückgängigmachung im Umfang dieses Missverhältnisses, d.h. auf Erstattung des Wertunterschiedes.</i>	89

## **V. Strafrecht**

<i>Art. 90 StGB – Stationäre Begutachtung eines Jugendlichen zur umfassenden Abklärung im Hinblick auf die auszusprechende Sanktion.</i>	92
--	----

## **V. Rechtspflege**

### **1. Zivilrechtspflege**

<i>§ 43 ZPO, § 44 ZPO. – Die Sicherstellung der Parteientschädigung gemäss § 43 ZPO kann auch im Untersuchungsverfahren verlangt</i>	
--	--

<i>und angeordnet werden. Die Pflicht zur Sicherheitsleistung umfasst die gesamte Parteientschädigung, nicht nur künftige Aufwendungen</i>	Seite 93
<i>§ 46 Abs. 1 ZPO; § 48 Abs. 1 ZPO. – Juristische Personen haben keinen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung.</i>	93
<i>§ 96 ZPO. – Folgen des unentschuldigten Fernbleibens von der Haupt- oder Schlussverhandlung im 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.</i>	94
<i>§ 183 Abs. 2 ZPO. – Instruktion des Sachverständigen. Entgegen dem Wortlaut dieser Bestimmung ist eine mündliche Verhandlung nur dann anzuberaumen, wenn sie zweckmässig und für eine umfassende Instruktion des Sachverständigen nötig erscheint. Daran vermag auch ein übereinstimmender Antrag beider Parteien nichts zu ändern.</i>	95
<i>§ 208 Ziff. 3 und 4 ZPO. – Der Beschluss, mit welchem sich das Kantonsgericht zur Beurteilung einer Klage zuständig erklärt, kann nicht mit Beschwerde angefochten werden.</i>	97
<i>§ 208 Ziff. 4 ZPO; § 36 ZPO; § 43 ZPO. – Gegen eine prozessleitende Verfügung der Vorinstanz, worin dem Kläger ein Kostenvorschuss auferlegt wird, ist die Beschwerde an die Justizkommission nur gegeben, wenn der Entscheid gegen klare Prozessvorschriften verstösst. Keine Anfechtung der Verfügung unter dem Aspekt der Sicherstellung von Prozesskosten, da darunter nur Entscheide fallen, welche die Sicherstellung der Parteientschädigung gemäss § 43 ZPO betreffen. Die Beschwerde wegen Verletzung klarer Prozessvorschriften ist ein ausserordentliches Rechtsmittel, weshalb die Aufforderung zur Leistung eines Kostenvorschusses nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen ist.</i>	98

## **2. Strafrechtspflege**

<i>§ 80 StPO. – Die Aufzählung in dieser Bestimmung ist – abgesehen von der Aufsichtsbeschwerde – abschliessend. Gegen einen Einstellungsbeschluss des Strafgerichts ist daher die Beschwerde an die Justizkommission nicht gegeben.</i>	101
<i>§ 80 StPO; § 14 StPO. – Die Übermittlung der Akten an das Polizeirichteramt zur Beurteilung mit Strafbefehl kann nicht mit Beschwerde angefochten werden.</i>	104
<i>§ 80 Ziff. 2 StPO; § 15 Abs. 2 Ziff. 2 GOG. – Lehnt das Strafgericht ein Gesuch um Verschiebung einer Verhandlung ab, so steht dagegen weder die Beschwerde wegen Rechtsverweigerung noch die allgemeine Aufsichtsbeschwerde offen.</i>	105

<p>§ 81 Abs. 1 StPO. – Das zur Beschwerdeführung nach dieser Bestimmung vorausgesetzte Interesse muss ein unmittelbares und ein rechtliches sein. Der Gläubiger, dessen Forderungen nicht mehr bezahlt werden, weil die Konten des Schuldners vom Verhöramt gesperrt worden sind, ist zur Beschwerdeführung gegen die verfügte Kontensperre nicht legitimiert, da er lediglich ein tatsächliches Interesse aufweist.</p> <p>§ 82 Abs. 1 StPO. – Wird dem Angeschuldigten die Untersuchungshaft mündlich eröffnet, so hat er eine allfällige Beschwerde dagegen sogleich anzumelden.</p> <p>Art. 2 und 8 OHG. – Ob sich eine Person als Opfer im Sinne von Art. 8 OHG am Strafverfahren beteiligen kann, darf nicht vom Vorliegen der objektiven Tatbestandselemente abhängig gemacht werden. Soweit es um die Verfahrensrechte im Strafprozess geht, genügt in der Regel der für die Eröffnung einer Strafuntersuchung erforderliche Anfangsverdacht, um die Opferstellung zu begründen.</p>	<p>Seite</p> <p>106</p> <p>108</p> <p>109</p>
--	---

## B. Verwaltungspraxis

### I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

#### 1. Legalitätsprinzip

<p>Art. 4 BV – Waffnenrecht: Gesetzliche Grundlage für Waffentragsschein</p>	<p>114</p>
--	------------

#### 2. Politische Rechte

<p>§ 40 WAG; §§ 23 Abs. 1, 28 Abs. 2, 50 VRG; Art. 85 Bst a BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (OG; SR 173.110). – Beschwerde gegen die Urnenabstimmung über die Stadtplanung Zug. – Formelles (E. I.): Beschwerdevoraussetzungen im allgemeinen (E. 1); Fristenlauf (E. 2): Sofortige Rüge von Mängeln bei der Vorbereitung von Wahlen oder Abstimmungen nach der Praxis des Bundesgerichts (a) – Das Erfordernis der unverzüglichen Beschwerdeführung gegen fehlerhafte Vorbereitungshandlungen zu Wahlen oder Abstimmungen gilt auch für das kantonalzugerische Recht (b). – Im vorliegenden Fall erweist sich die Beschwerde als verspätet, weshalb nicht darauf einzutreten ist (c). – Materielles (E. II): Auch</p>	
--	--

<i>bei einer materiellen Prüfung erwies sich die Beschwerde als unbegründet. – Zusammenfassung, Kosten und Parteientschädigungen (E. III)</i>	Seite 116
 <b>3. Ausländerrecht</b>	
<i>Art. 4 ANAG – Verweigerung der Saisonbewilligung unter gleichzeitiger Gewährung der Aufenthaltsbewilligung im Rahmen der Aktion Bosnien Herzegowina</i>	120
<i>Art. 39 Abs. 1 Bst. a BVO: Für die Bewilligung des Familiennachzugs ist insbesondere erforderlich, dass Aufenthalt und Erwerbstätigkeit der ausländischen Gesuchstellenden als gefestigt erscheinen.</i>	122
 <b>4. Staatspersonal</b>	
<i>§ 10 Abs. 3 PVO und §§ 39 in Verb. mit 40 Abs. 2 VRG: Gegen die Zuweisung anderer Arbeit kann Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat erhoben werden.</i>	125
 <b>5. Gemeinden</b>	
<i>§ 12 Abs. 2 GG; §§ 2 Abs. 1 Ziff 1, 4, 5, 24 Abs. 2, 28 Abs. 2 e contrario, 40 Abs. 1 und 2, 41 Abs. 1, 43 Abs. 1 VRG. – Akteneinsicht in Gemeinderatsprotokolle. Eintreten (E. I): Entscheid als Anfechtungsobjekt (E. 1a); Gemeinderat als Verwaltungsbehörde (E. 1b); Legitimation und aktuelles Interesse (E. 2a); Absehen vom Erfordernis des aktuellen praktischen Anfechtungsinteresses (E. 2b); Frist- und Formvorschriften (E. 3). – Materielles (E. II): Voraussetzungen des Akteneinsichtsrechts (E. 1); Unterschied zwischen Protokollen und Akten (E. 2); Berechtigtes Interesse (E. 3); Verhältnis zum Kollegialitätsprinzip (E. 4); Zusammenfassung (E. 5); Kosten (E. 6).</i>	127
<i>§§ 17 Abs. 1, 79, 132 Abs. 1 GG; §§ 23 Abs. 1 Ziff. 3, 24 Abs. 2, 28 Abs. 2, 44, 49 VRG; § 7 V über die Kosten im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vom 30. August 1977 (BGS 162.12). – Zutritt von Stimmberechtigten zur Kirchgemeindeversammlung. Eintreten (E. I): Kreditbeschluss der Kirchgemeindeversammlung als Anfechtungsobjekt; Frist und Legitimation. – Materielles (E. II): Gerügte Rechtsverletzungen (E. 1); Zugänglichkeit des Versammlungsraumes; die entsprechende Rüge der Beschwerdeführer ist vorliegend nicht verspätet (E. 2a); Um den Anspruch auf unverfälschte Willensbildung zu gewährleisten, muss eine Gemeindeversammlung stets ohne weiteres zugänglich sein (E. 2b); Keine Prüfung der übrigen gerügten Mängel (E. 3); Zusammenfassung (E. 4); Kosten und Parteientschädigungen (E. III).</i>	136

## II. Zivilrecht

Seite

### 1. Personenrecht

- Art. 30 Abs. 1 ZGB. – Bewilligung an eine geschiedene Frau zur Führung des Doppelnamens nach der Scheidung* 144
- Art. 30 Abs. 1 ZGB. – Ablehnung eines Namensänderungsgesuches: Wirtschaftliche Gründe (geschäftliche Vorteile) allein sind keine «wichtigen Gründe» im Sinne des Gesetzes* 144
- Art. 30 Abs. 1 ZGB. – Namensänderung aus psychologischen Gründen. Änderung des Allianznamens einer (geschiedenen) Frau. Änderung des Ledigennamens (Frauennamens) in den Namen der Mutter* 146
- Art. 30 Abs. 1 ZGB. – Änderung des Familiennamens nach einer Geschlechtsumwandlung; psychologische Gründe* 147
- Art. 30 Abs. 1 ZGB. – Änderung des zweiten Vornamens* 147
- Art. 30 Abs. 1 ZGB. – Änderung des Vornamens für ein minderjähriges Kind* 148
- Art. 39, 160 ZGB; Art. 50 Abs. 1 und 2 ZStV. – Übereinstimmung der Schreibweise des Familiennamens an beiden Heimatorten* 148
- Art. 39, 301 Abs. 4 ZGB; Art. 50 Abs. 4, 69 Abs. 2 und 2<sup>bis</sup> ZStV. Korrektur des Vornamens in die männliche Form* 149
- Art. 45 Abs. 2 ZGB; Art. 50 Abs. 2 ZStV. – Berichtigung des Geburtsregisters aufgrund eines Versehens der Spitalbehörde* 149
- Art. 29 Abs. 1–3 ZStV. – Einsichtnahme in alle Zivilstandsregister des Kantons zum Zwecke der Ahnenforschung* 150
- Art. 50 Abs. 4 ZStV. – Ergänzung des Geburtsregisters aufgrund einer nicht vollständigen Registereintragung* 150

### 2. Familienrecht

- Art. 101 ZGB; Art. 150 Art. 3 ZStV. – Befreiung von der Vorlage des italienischen Ehefähigkeitszeugnisses* 150
- Art. 50 Abs. 4 ZStV. – Ergänzung des Anerkennungsregisters* 151
- Art. 4 BV; Art. 316, 420 ZGB; § 43 Abs. 1 Bst. b EG ZGB; Art. 13 Abs. 1 Bst. b, 26, 27 der bundesrätlichen Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern vom 19. Oktober 1977 (PAV: SR 211.222.338); §§ 7, 9 Abs. 1 der kantonalen Verordnung über das Pflegekinderwesen vom 7. Mai 1985 (Pflegekinderverordnung, PflkV; BGS 213.41);*

XIII



<p><i>Art. 25 Abs. 1, 311 Abs. 1 insbes. Ziff. 2, 315 ZGB; Art. 10 Bst. a des Haager Übereinkommens über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen vom 15. November 1965 (SR 0.274.131/AS 1994, 2809); §§ 36 Abs. 1, 44, 46 EG ZGB; §§ 28 Abs. 2 Ziff. 1, 45 Abs. 1 VRG; Ziff. 114 des Verwaltungsgebührentarifs (BGS 641.1). – Entziehung der elterlichen Gewalt einer unverheirateten Mutter, weil sie ihre Pflichten gegenüber dem Kind gröblich verletzt hat. – Formelles (E. 1): Örtliche Zuständigkeit der vormundschaftlichen Behörden am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes zum Erlass von Kindesschutzmassnahmen, sachliche und funktionale Zuständigkeit des Regierungsrates zum Entscheid über einen Gewaltentzug (E. 1 und 2); Antragsrecht der Vormundschaftsbehörde (E. 3). Materielles (E. II): Voraussetzungen des Gewaltentzuges (E. 1); Beiziehung von Gutachten und ärztlichem Zeugnis (E. 2); Rechtliches Gehör (E. 3). Zusammenfassung, Kosten- und Entschädigungsfrage (E. III)</i></p> <p><i>Art. 150 Abs. 3, 167 Abs. 3 ZStV. – Befreiung von der Vorlage neuer Heiratsurkunden. Aushändigung der Geburtsurkunde aus den Eheakten an die Braut</i></p>	<p>Seite</p> <p>164</p> <p>168</p>
--	------------------------------------

### **3. Sachenrecht**

<p><i>Art. 956 Abs. 2 ZGB in Verb. mit Art. 104 GBV als Beschwerden gegen die Amtsführung des Grundbuches (allgemeine Grundbuchbeschwerde) im Verhältnis zur kantonalen Aufsichtsbeschwerde gemäss § 52 VRG: Eine allgemeine Grundbuchbeschwerde bedarf einer geltenden, anfechtbaren Verfügung durch das Grundbuchamt als Beschwerdeobjekt.</i></p>	<p>168</p>
--	------------

## **III. Umweltschutz, Bauwesen**

### **1. Umweltschutz**

<p><i>Art. 7 Abs. 6 USG; Anhang 1 Ziff. 12 Abs. 1 und 2, TVA – Bauschutt. Darf das Abbruchmaterial von Gebäuden, die in einer Industrie- und Gewerbezone liegen, in deren Kellerräumlichkeiten abgelagert werden?</i></p> <p><i>Art. 7 Abs. 6 und Art. 30 Abs. 3 USG; Art. 9 und Ziff. 12 Abs. 1 und 2 Anhang 1 TVA Terrainveränderung, Ablagerung von unverschmutztem Aushubmaterial ausserhalb der Bauzone zur Verbesserung des landwirtschaftlich genutzten Bodens.</i></p>	<p>172</p> <p>175</p>
--	-----------------------

### **2. Bauwesen**

<p><i>Informationsfreiheit, Art. 52 RTVG, Art. 33 BO Baar – Verbot von Antennen</i></p>	<p>177</p>
---	------------

<i>§ 25 BO Hünenberg – Höhenvorschriften bei Stützmauern in Verbindung mit Abgrabungen</i>	Seite 179
<i>§ 16 Abs. 1 Lit. b BO Zug – Definition Wohnraum</i>	179
<i>§ 21 Abs. 1 V BauG, § 70 Abs. BO Zug, – Spritzenautomat, Umfang der Bewilligungspflicht</i>	179
<i>§ 19 BO Zug – Grosser Grenzabstand, Umorientierung der Hausseite mit den Hauptwohnräumen durch einen Um- und Anbau</i>	180

## IV. SOZIALE SICHERHEIT

### **Berufliche Vorsorge**

<i>Art. 33 Bst. c BVV2. – Berufliche Vorsorge: Fehlende Anerkennung der Kontrollstelle durch das Bundesamt für Sozialversicherung</i>	182
<i>Art. 10 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG) vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021.). – Berufliche Vorsorge: Ausstand des Vorstehers der Direktion des Innern</i>	182
<i>Art. 83 Abs. 2 ZGB. – Berufliche Vorsorge. – Massnahmen der Aufsichtsbehörde bei ungenügender Organisation der Stiftung (vorliegend Einsetzung einer Sachwalterin für die Liquidation)</i>	182
<i>Berufliche Vorsorge. – Schlussverfügung im Aufsichtsverfahren über die Pensionskasse Landis &amp; Gyr, Zug</i>	183
<i>Berufliche Vorsorge. – Organisatorische Aufhebung einer Stiftung; Verlust aus Darlehen der Stiftung zulasten des freien Stiftungsvermögens</i>	187

## V. Verwaltungsrechtspflege

<i>§ 20 VG: Rechtsnatur des Vorentscheides. Beim Bescheid der angegangenen Behörde handelt es sich nicht um einen Entscheid gemäss § 4 VRG, sondern lediglich um eine Parteierklärung. Eine Verwaltungsbeschwerde gegen den Bescheid der angegangenen Behörde ist demnach nicht zulässig.</i>	189
---	-----

§ 27 VRG. – Unentgeltlicher Rechtsbeistand bei fristloser Auflösung des Arbeitsverhältnisses	Seite 191
§ 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG. – Zusprechung einer Parteischädigung an den Beschwerdeführer zulasten der Gemeinde, auch wenn der Beschwerdeführer die (Rechtsverweigerungs-) Beschwerde zurückgezogen hat und diese als gegenstandslos abgeschrieben werden kann, weil die Beschwerde trotz Rückzugs begründet war	192
§ 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG. – Keine Zusprechung einer Parteientschädigung an den Beschwerdeführer zulasten der Gemeinde, deren Gemeinderat die angefochtene Verfügung aufgehoben hat, so dass die dagegen erhobene Beschwerde als gegenstandslos abgeschrieben werden konnte, weil die vormundschaftliche Massnahme im Zeitpunkt der Errichtung begründet war und dem Gemeinderat weder ein Verfahrensfehler noch eine offenbare Rechtsverletzung vorgeworfen werden kann	194
Grundbuchgebührentarif – Die Rechnung betreffend Handänderungsgebühren muss mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen sein (§ 29)	195

## C. Grundsätzliche Stellungnahme

Zur Frage der Zuständigkeit und Delegation von Ausgabenbeschlüssen	198
--	-----



## Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angeführten Ort
ABl	Amtsblatt des Kantons Zug
Abs.	Absatz
AGSchV	Allgemeine Gewässerschutzverordnung vom 19. Juni 1972 (SR 814.201)
AHVG	BG über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (SR 831.10)
AHVV	V über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947 (SR 831.101)
ANAG	BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (SR 142.20)
ANAV	VV zum ANAG vom 1. März 1949 (SR 142.201)
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung(en)
AnwG	G über die Ausübung des Anwaltsberufes im Kanton Zug vom 28. November 1996 (BGS 163.1)
AnwT	V des Obergerichts über den Anwaltstarif vom 3. Dezember 1996 (BGS 163.4)
Archiv	Schweizerisches Archiv für Abgaberecht
Art.	Artikel
AVIG	BG vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (SR 837.0)
BauG	Baugesetz für den Kanton Zug vom 18. Mai 1967 (BGS 721.11)
BB	Bundesbeschluss
BB1	Bundesblatt
BdBSt.	BRB über die Erhebung einer direkten Bundessteuer vom 9. Dezember 1940 (SR 642.11)
BG	Bundesgesetz

BGBB	BG über das bürgerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (SR 211.421.11)
BGE	Entscheidung(en) des Schweizerischen Bundesgerichtes
BGS	Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons Zug
BKVBG	Eidgenössische Beschwerdekommission für die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BlSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
BMM	BB über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 30. Juni 1972 (SR 221.213.1)
BO	Bauordnung
BRB	Bundesrats-Beschluss
BRP	Bundesamt für Raumplanung
BSchG	G über den Schutz historischer Baudenkmäler vom 27. Februar 1964 (BGS 423.11)
Bst.	Buchstabe
BStP	BG über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 (SR 312.0)
BüG	BG über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts (Bürgerrechtsgesetz) vom 29. September 1952 (SR 141.0)
BV	Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (SR 101)
BVG	BG über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (SR 831.40)
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung
BVV 1	V über die Beaufsichtigung und die Registrierung der Vorsorgeeinrichtungen vom 29. Juni 1983 (SR 831.435.1)
BVV 2	V über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 18. April 1984 (SRR 831.441.1)
bzw.	beziehungsweise
DSG	G über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz (Denkmalschutzgesetz) vom 26. April 1990 (BGS 423.11)

Diss.	Dissertation
E.	Erwägung(en)
EG	Einführungsgesetz
EG BGBB	EG zum GB über das bäuerliche Bodenrecht vom 28. Oktober 1993 (BGS 215.13)
EG EGG	EG zum BG über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 16. Oktober 1952 (BGS 215.13)
EG FFE	EG zum BG über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fürsorgerische Freiheitsentziehung) vom 28. Januar 1982 (BGS 213.11)
EGG	BG über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951 (SR 211.412.11)
EG LPG	EG zum BG über die landwirtschaftliche Pacht vom 30. April 1987 (BGS 922.11)
EG ZGB	G betr. die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug vom 17. August 1911 (BGS 211.1)
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention) vom 4. November 1950 (SR 0.101)
ES	Entscheidungssammlung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug
EUeR	Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 (SR 0.351.1)
f.; ff.	(und) folgende (Seiten)
FHG	G über den Finanzhaushalt des Kantons und der Gemeinden (Finanzhaushaltsgesetz) vom 28. Februar 1985 (BGS 611.1)
FIG	BG über die Familienzulagen in der Landwirtschaft vom 20. Juni 1952 (SR 836.1)
G	Gesetz (des Kantons Zug)
GBP	Grundbuchparzelle
GewG	G über die Gewässer vom 22. Dezember 1969 (BGS 731.1)
GG	G über die Organisation und Verwaltung der Gemeinden (Gemeindegesezt) vom 4. September 1980 (BGS 171.1)

GStG	G über die Grundstückgewinnsteuer vom 2. November 1990 (BGS 632.211)
GO	KRB über die Geschäftsordnung des Kantonsrates vom 1. Dezember 1932 (BGS 141.1)
GO RR	KRB über die Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen vom 25. April 1949 (BGS 151.1)
GOG	G über die Organisation der Gerichtsbehörden vom 3. Oktober 1940 (BGS 161.1)
GOSTvW	G über die Organisation der Staatsverwaltung vom 10. April 1967 (BGS 153.1)
GS	Gesetzessammlung
GSchG	BG über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung (Gewässerschutzgesetz) vom 8. Oktober 1971 (SR 814.20)
GVP	Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug
IPRG	BG über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
IRSG	BG über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz) vom 20. März 1981 (SR 351.1)
IRSV	V über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfeverordnung) vom 24. Februar 1982 (SR 351.11)
i.S	in Sachen
i.V.m.	in Verbindung mit
JAR	Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts
JKE	Entscheid der Justizkommission
kant. BüG	G betreffend Erwerb und Verlust des Gemeinde- und Kantonsbürgerrechts (Bürgerrechtsgesetz vom 3. September 1992 (BGS 211.3)
kant. ZStV	VV über das Zivilstandswesen (kantonale Zivilstandsverordnung) vom 28. April 1981 (BGS 212.1)
KBG	G über die Zuger Kantonalbank vom 20. Dezember 1973 (BGS 651.1)
KOV	V über die Geschäftsführung des Konkursämter vom 13. Juli 1911 (SR 281.32)

KRB	Kantonsratsbeschluss
KRV	Kantonsratsvorlage
KSV	Kreisschreiben über die Versicherungspflicht
KV	Verfassung des Kantons Zug vom 31. Januar 1894 (BGS 11.1)
KZG	G über die Kinderzulagen vom 16. Dezember 1982 (BGS 844.4)
LBG	G über die Besoldung der Lehrer an den Volksschulen (Lehrerbesoldungsgesetz) vom 21. Oktober 1976 (BGS 412.31)
lit.	litera (Buchstabe)
LPG	BG über die landwirtschaftliche Pacht vom 4. Oktober 1985 (SR 221.213.2)
LSV	Lärmschutzverordnung vom 15. Dezember 1986 (SR 814.41)
MP	Mietrechtspraxis
MSA	Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit der Be- hörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5. Oktober 1991
N	(Band-) Note(n) in Kommentaren
NHG	BG über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (SR 451)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung Zürich
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bun- desrechtspflegegesetz) vom 16. Dezember 1943 (SR 173.110)
OHG	BG über die Hilfe an Opfern von Straftaten vom 4. Okto- ber 1991 (Opferhilfegesetz, SR 312.5)
OR	BG betr. die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetz- buches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
PAV	V über die Aufnahme von Pflegekindern vom 19. Okto- ber 1977 (SR 211.222.338)
PfIKV	V über das Pflegekinderwesen (Pflegekindverordnung) vom 7. Mai 1985 (BGS 213.41)

Pr	Praxis des Bundesgerichtes
PRG	BG über die politischen Rechte vom 17. Dezember 1976 (SR 161.1)
PStG	Polizeistrafgesetz vom 26. Februar 1981 (BGS 311.1)
PvKV	G betr. individuelle Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung vom 15. Dezember 1994 (BGS 842.6)
Regl	Reglement
R OG	Rechenschaftsbericht des Obergerichts
RPG	BG über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (SR 700)
RPK	Rechnungsprüfungskommission
RPV	V über die Raumplanung vom 2. Oktober 1989 (SR 700.1)
RRB	Regierungsratsbeschluss
RTVG	BG vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (SR 784.4)
Rz	Randziffer
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 16. Dezember 1994 (SR 281.1)
SchlT	Schlusstitel
SchulG	Schulgesetz für den Kanton Zug vom 31. Oktober 1968 (BGS 412.11)
SHG	G über die Sozialhilfe im Kanton Zug (Sozialhilfegesetz) vom 16. Dezember 1982 (BGS 861.4)
SHV	V zum Sozialhilfegesetz (Sozialhilfeverordnung) vom 20. Dezember 1983 (BGS 861.41)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SSV	V über die Strassensignalisation vom 31. Mai 1963 (SR 714.21)
StE	Der Steuerentscheid; Sammlung aktueller steuerrechtlicher Entscheidungen
StG	G über die Kantons- und Gemeindesteuern vom 7. Dezember 1946 (BGS 632.1)

StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Strafprozessordnung für den Kanton Zug vom 3. Oktober 1940 (BGS 321.1)
StrG	G über den Strassenbau vom 12. September 1968 (BGS 751.12)
SVG	BG über den Strassenverkehr vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01)
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung
URG	BG betr. das Inhaberrecht an Werken der Literatur und Kunst vom 14. Oktober 1922 (SR 231.1)
UVG	BG über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (SR 832.20)
UWG	BG gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
V	Verordnung
VBB	V über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1993 (SR 211.412.110)
VE	Sammlung der Verwaltungsentscheide (Anh. zum Rechenschaftsbericht des Regierungsrates des Kantons Zug; letztmals erschienen 1975 für die Jahre 1971–1974)
VG	G über die Verantwortlichkeit der Gemeinwesen, Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 1. Februar 1979 (BGS 154.11)
VormV	V über das Vormundschaftswesen vom 20. November 1943 (BGS 213.2)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VRG	G über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz) vom 1. April 1976 (BGS 162.1)
VRV	V über die Strassenverkehrsregeln vom 13. November 1962 (SR 741.11)
VV	Vollziehungsverordnung
VVBauG	VV zum Baugesetz vom 29. März 1988 (GS 721.111)
VVStG	VV zum G über die Kantons- und Gemeindesteuern vom 18. Juni 1979 (BGS 153.1)

VwOG	G über die Organisation der Staatsverwaltung vom 10. April 1967 (BGS 153.1)
VwVG	BG über die Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
WAG	G über die Wahlen und Abstimmungen vom 23. Januar 1969 (BGS 131.1)
ZAK	Zeitschrift für die Ausgleichskassen
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (bis 1989: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung für den Kanton Zug vom 3. Oktober 1940 (BGS 22.1)
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSA	Zeitschrift für Sozialarbeit
ZStV	V über das Zivilstandswesen (Zivilstandsverordnung) vom 1. Juni 1953 (SR 211.112.1)
ZVW	Zeitschrift für Vormundchaftswesen
ZZW	Zeitschrift für Zivilstandswesen

## A. Gerichtspraxis



# I. Staats- und Verwaltungsrecht

## 1. Bau- und Planungsrecht

*Vollziehungsverordnung zum Baugesetz (VV BauG)*

*Bauordnung der Einwohnergemeinde Unterägeri (BO Unterägeri)*

*§ 14 Abs. 3 VV BauG, § 28 BO Unterägeri. – Die Mauern der Lukarnen und Dachaufbauten gelten nicht als Kniestock.*

*Aus den Erwägungen:*

3. a) Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung der Vorschrift von § 14 Abs. 3 der Vollziehungsverordnung zum Baugesetz für den Kanton Zug (VV BauG) betreffend Kniestock bzw. Dachaufbauten. Es wird zunächst vorgebracht, das Bauobjekt weise bereits zwei Vollgeschosse auf, weil das Untergeschoss mit einer Fläche von über 50% der Fläche des darüberliegenden Vollgeschosses ebenfalls als Vollgeschoss zähle. In der Wohnzone W2 sei ein weiteres Vollgeschoss nicht mehr zulässig, was unbestritten sei. Nach § 14 Abs. 3 VV BauG dürfe der Kniestock an keiner Stelle des Daches mehr als 50cm betragen. Beim Bauvorhaben kämen die Aussenwände der Lukarnen auf die bestehenden Aussenwände zu stehen. Die maximale Höhe des Kniestockes werde somit auf der ganzen Breite der Lukarnen nicht eingehalten. Die Lukarnen verletzen zwingendes Recht. Der geplante Aufbau mit Lukarnen sei daher, auch wenn er nicht als Vollgeschoss gelten sollte, unzulässig. Lukarnen seien bei Kniegeschossen überhaupt nicht zulässig, und zwar aufgrund des klaren Wortlauts von § 14 Abs. 3 lit. a VV BauG. Jede Lukarne überschreite aber diese zulässige Maximalhöhe erheblich. Die Räume über dem obersten Vollgeschoss dürften durch in das Dach eingelassene Dachfenster, nicht aber mit Lukarnen belichtet und belüftet werden. Der Sinn der Nichtanrechenbarkeit der «Torsogeschosse» sei offensichtlich, dass sie nur sehr beschränkt nutzbar seien. Lösungen, die darauf hinausliefen, dass mit unwesentlichen Abschrägungen praktisch volle Nutzbarkeit verwirklicht werde, widersprächen dem Sinn der Nichtanrechenbarkeit. Auch die vom Verwaltungsgericht im Entscheid vom 21. November 1991 i.S. G.W. noch als zulässig bezeichnete Nutzbarkeit von 70% der Fläche sei unter diesem Aspekt kaum haltbar. Im Blick auf Abs. 3 b von § 14 VV BauG, der als obere Grenze 50% der Benutzbarkeit erwähne, erweise sich die vom Verwaltungsgericht mit dem erwähnten Entscheid etablierte Praxis ebenfalls als wenig überzeugend.

b) Der Beschwerdegegner lässt ausführen, gemäss Art. 28 BO seien bei Gebäuden mit Schrägdächern Lukarnen und Dachaufbauten bis maximal

der Hälfte der entsprechenden Fassadenlänge zulässig. Daraus ergebe sich der Rechtsanspruch des Bauherrn, solche Lukarnen und Dachaufbauten auch tatsächlich erstellen zu können, wenn die hierfür vorgesehenen Einschränkungen der Bauordnung eingehalten seien.

c) Unter Berufung auf die Rechtsprechung erklärt der Regierungsrat, bei Gebäuden mit Schrägdächern seien pro Giebelseite Lukarnen und Dachaufbauten nur bis maximal zur Hälfte der entsprechenden Fassadenlänge zulässig (Art. 28 BO Unterägeri). Diese Bestimmung habe nicht nur die Bedeutung einer kommunalen Vorschrift über die Dachgestaltung. Sie konkretisiere auch, inwieweit die kantonale Dachgeschossregelung gemäss § 14 Abs. 3 lit. a VV BauG die strikte Einhaltung der Vorschriften über Schrägdächer und Kniestock verlange und wieweit unter dem Aspekt der Befreiung von der Anrechnung Dachaufbauten zulässig seien. Aus diesem Grund handle es sich beim fraglichen Dachgeschoss um eine gemäss § 14 Abs. 3 lit. a VV BauG nicht anrechenbare Geschossfläche.

d) Der Gemeinderat erklärt, der Kniestock werde im Bereich der Dachaufbauten und Lukarnen unterbrochen. Die entsprechende Regelung finde sich in der gemeindlichen Bauordnung in Art. 28 über Lukarnen und Dachaufbauten. Die Dachaufbauten entsprächen in allen Punkten den Vorschriften.

e) An die Ausnützung nicht angerechnet werden Flächen von Räumen über dem obersten Vollgeschoss, wenn sie unter einem Schrägdach liegen und ein allfälliger Kniestock an keiner Stelle des Daches höher als 50 cm ist (§ 14 Abs. 3 lit. a VV BauG). Diese «Dachstockregelung» wurde durch die Vollziehungsverordnung zum Baugesetz vom 29. März 1988 eingeführt. Sie enthält keine Legaldefinition des Begriffes Kniestock. Der Regierungsrat stütze sich auf die Delegationsnorm von § 17 Abs. 2 BauG, wonach in der Vollziehungsverordnung die wesentlichen Begriffe des Baurechtes wie Baute, Ausnützungsziffer usw. umschrieben und Baubewilligungs- und Einspracheverfahren geregelt werden. Der Auslegung stehen deshalb auch keine Materialien über das Gesetzgebungsverfahren zur Verfügung. Der Regierungsrat, welcher nicht nur Verordnungsgeber, sondern auch Genehmigungsinstanz für die gemeindlichen Bauvorschriften ist (§ 15 BauG) hatte im Genehmigungsentscheid vom 10. Juni 1991 betreffend Teilrevision der Bauordnung Walchwil Gelegenheit, die von ihm erlassene Verordnungsbestimmung auszulegen. Der Gemeinderat hatte der Gemeindeversammlung beantragt, dass Giebellukarnen maximal 50% der Fassadenlänge und andere Dachaufbauten maximal 40% der Fassadenlänge betragen dürften. Auf Antrag eines Stimmberechtigten hatte die Gemeindeversammlung beschlossen, diesen Massen nicht die Fassadenlänge, sondern die Dachlänge zugrunde zu legen. Der Regierungsrat verweigerte dieser Änderung die Genehmigung. Er verweigerte sie auch einer gemeindlichen Bestimmung, wonach der Knie-

stock ausschliesslich an den Hauptfassadenfluchten gemessen wird. Er erachtete diese Norm als unvereinbar mit dem kantonalen Recht, wonach ein Kniestock an keiner Stelle des Daches höher als 50 cm sein darf, sofern die Ausnahme von der Anrechnung auf die Ausnützung beansprucht wird. Der Regierungsrat erklärte auch an einem Beispiel, dass bei einem Kniestock von 2 m Höhe auf einer Länge von 49% des Daches sowie mit einer durchgehenden Lukarne in der zulässigen Breite von 50% ein Dachgeschoss zulässig würde, dass einem zu 100% ausbaubaren Vollgeschoss entspreche. Das Verwaltungsgericht hat mit Urteil vom 21. November 1991 den Genehmigungsentscheid des Regierungsrates geschützt.

Fachleute unterscheiden wie der Regierungsrat im genannten Genehmigungsverfahren und wie die darauf gestützte Gerichts- und Verwaltungspraxis zwischen Kniestock und Dachaufbauten. Im Rahmen von § 14 Abs. 3 lit. a VV BauG ist es zulässig, das Schrägdach unmittelbar auf den Dachboden oder auf die um höchstens 50 cm erhöhte Fassadenmauer (Kniestock) aufzusetzen. Mauern der Dachaufbauten gelten nicht als Kniestock, selbst wenn die Lukarne durch ein Schrägdach gedeckt ist. Der Kniestock wird somit durch Dachaufbauten gegebenenfalls unterbrochen. Die Höhenbeschränkung (an keiner Stelle des Daches) bezieht sich auf den Kniestock. Paragraph 14 Abs. 3 lit. a VV BauG enthält nicht alle für die «Dachgeschossregelung» massgebenden Normen. Die maximale Firsthöhe muss durch die gemeindliche Bauordnung bestimmt werden (§ 44 VV BauG), und - wie ausgeführt - die Zulässigkeit von Lukarnen und Dachaufbauten ist durch die gemeindlichen Bauordnungen in einer § 14 VV BauG genügenden Weise zu regeln.

Der Beschwerdeführer vertritt eine restriktive Auslegung welche Dachaufbauten als unzulässig erachtet, wenn die Räume von der Anrechnung ausgeschlossen bleiben sollen. Dem Beschwerdeführer ist zugute zu halten, dass sich die neue Regelung der Ausnützungsvorschriften für Dachgeschosse als auslegungsbedürftig erwiesen hat und dass eine restriktivere Praxis sehr wohl vertretbar wäre. Andererseits sind anfänglich in extensiver Auslegung der Vorschriften Bewilligungen erteilt worden, welche über das inzwischen von der Gerichts- und Verwaltungspraxis festgestellte zulässige Mass hinausgingen. Das Gericht sieht keinen Anlass von der bisher befolgten Praxis abzuweichen. Sie entspricht dem, was durch die Novellierung der Vollziehungsverordnung beabsichtigt wurde. Dass die «Dachgeschossregelung» nur bei Verzicht auf Lukarnen und Dachaufbauten in Anspruch genommen werden könnte, war nie die Meinung, wurde doch gerade die bessere Nutzung der Dachgeschosse angestrebt. Die Rüge des Beschwerdeführers erweist sich hinsichtlich der Dachgestaltung als unbegründet.

(Verwaltungsgericht, 1. Februar 1996)

*Baugesetz für den Kanton Zug (BauG)*

*Bauordnung der Einwohnergemeinde Menzingen (BO Menzingen)*

*§ 20 BauG, § 36 BO Menzingen.- Nicht störende Gewerbe und Dienstleistungsbetriebe in der Wohnzone. Ein Malerbetrieb mit mehreren Mitarbeitern ist in der Wohnzone nicht zonenkonform.*

*Aus den Erwägungen:*

2. Das Bundesgesetz über die Raumplanung (RPG) verpflichtet Kantone und Gemeinden, für ihre raumwirksamen Aufgaben die nötigen Planungen zu erarbeiten. Sie haben Nutzungspläne zu erlassen, welche die zulässige Nutzung des Bodens ordnen (Art. 2 Abs. 1 und Art. 14 ff. RPG). Gemäss § 19 des Baugesetzes für den Kanton Zug (BauG) teilt der Zonenplan das ganze Gemeindegebiet nach Art der Nutzung in genau abgegrenzte Zonen ein, welche die Entwicklung der bestehenden und künftigen Baugebiete zu einem sinnvollen Ganzen gewährleistet. Es können folgende Zonen gebildet werden: a. Wohnzonen, b. Gewerbezonen, c. Industriezonen, d. Zonen des öffentlichen Interesses, etc. Gemischte Zonen sind zulässig (§ 19 Abs. 3 BauG). In den §§ 20 bis 22 BauG werden die Zonenarten, nämlich Wohnzone, Gewerbe- und Industriezonen und Zone des öffentlichen Interesses umschrieben, ohne dass das kantonale Recht Bestimmungen enthält, inwieweit in den einzelnen Zonen auch Bauten anderer Art toleriert werden. So fragt sich, ob in der Industriezone auch eine Abwartwohnung oder beispielsweise in der Wohnzone eine Transformatorenstation oder eine Arztpraxis zulässig seien. Für solche Ausnahmen von der bestimmungsgemässen Nutzung der Zone enthält das kantonale Recht keine Normen. Die Bauordnung der Gemeinde Menzingen vom 12. Juni 1994 (BO) legt fest, dass die Wohnzonen für Wohnbauten bestimmt sind (§ 36 Abs. 1 BO). Zusätzlich werden jedoch Läden, Geschäfte und nicht störende Gewerbe und Dienstleistungsbetriebe als zulässig erachtet (§ 36 Abs. 2 BO). In Übereinstimmung mit der Lehre hat die Rechtsprechung stets anerkannt, dass auch in den Wohnzonen in beschränktem Rahmen Betriebe zulässig sind. Das Verwaltungsgericht erklärte in ES 1995 BI. 12 und GVP 1985/86, 55, die Vorschriften über die Zulässigkeit von Betrieben in den einzelnen Zonen liessen eine Abstufung nach Art des Betriebes, nach seiner Funktion, nach den mit dem Betrieb verbundenen Emissionen und dem Verkehrsaufkommen erkennen. Soweit dabei unbestimmte Gesetzesbegriffe verwendet würden, die einer Konkretisierung bedürfen, sei die Zonenordnung heranzuziehen, denn die Nutzungsart und die damit verbundene bauliche Gestaltung sowie der generelle Immissionschutz seien in allgemeiner Art durch die Zonenvorschriften bestimmt. Aldo Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, Bern 1995, nennt unter Berufung auf das Berner Musterbaureglement als in den Wohnzonen W1 und W2 ausser Wohnbauten zulässig: Die erforderlichen öffentlichen Einrichtungen wie Kindergarten, Quartierschulhaus, Haltestellen öffentlicher Verkehrsmittel, Transformatorenstationen und dgl.,

die für den täglichen Bedarf notwendigen Quartiergeschäfte und betrieblich nicht störende Kleingewerbe wie Coiffeur, Schneideratelier, Arztpraxis und dgl. In den Wohnzonen W2 und W4 werden ausserdem wenig störende Gewerbe sowie an Durchgangsstrassen Tankstellen genannt. Erich Zimmerlin, Baugesetz des Kantons Aargau, Aarau 1985, S. 307 erklärt, es entspreche dem Idealbild einer Wohnsiedlung, wenn in ihr zu den Wohnbauten auch jene Betriebe beigezogen würden, die der Befriedigung der täglichen Bedürfnisse dienen, jedoch keine Belästigungen bewirkten. Genannt werden Lebensmittelgeschäfte, Schuhmacher, Coiffeur, Kleinhandelsbetriebe, Kleingewerbe und freie Berufe. Eine stille, in Wohngebiete passende gewerbliche Tätigkeit wird in der Regel in Wohnzonen als zulässig erachtet. Massgebend sind dabei in erster Linie die örtlichen Verhältnisse, der Charakter des Wohnquartiers, die Grösse der für die Geschäfte und Betriebe notwendigen Bauten sowie die von ihnen zu erwartenden Immissionen und Auswirkungen auf den Verkehr (Zimmerlin, a.a.O., S. 308). Der Regierungsrat verweist auf die Einstufung eines Heizungs- und Sanitärbetriebes mit einer Grundfläche von 70m<sup>2</sup> als Gewerbebetrieb ohne störenden Einfluss in der Wohnzone W2 in Cham gemäss GVP 1985/86, 54. Zu präzisieren ist, dass es sich dabei um einen Kleinbetrieb mit Betriebsinhaber, einem Hilfsarbeiter und einem Lehrling handelte, der sich seit Jahren nicht vergrösserte und auch von den räumlichen Verhältnissen her nicht entwickeln konnte. Der Augenschein hatte gezeigt, dass das Kunststoffmaterial geräusch- und geruchlos verarbeitet wird.

3. Bei der Firma X. AG handelt es sich um einen erfolgreichen Malerbetrieb, welcher zur Zeit des Augenscheins des Verwaltungsgerichtes 16 Leute beschäftigte. Im umfunktionierten Garagentrakt befindet sich vor allem die Spritzanlage und der Lagerraum. Der grösste Teil der Mitarbeiter fährt vom Betrieb zur Arbeit auf die Baustellen. Der Beschwerdeführer beanstandet vor allem unerträgliche Geruchsimmissionen, die hauptsächlich vom Spritzen von Fenstern und Türen herrühren und durch die Filteranlage nicht ausreichend beseitigt würden. Den Äusserungen des Amtes für Umweltschutz ist zu entnehmen, dass die Wirksamkeit des Aktivkohlenfilters vom vorschriftsgemässen Unterhalt abhängt. Die Bagatellgrenze der Lösemittel-Emissionen wird nur dann nicht überschritten, wenn die Menge der verarbeiteten Farben bzw. Lacke nicht wesentlich erhöht wird. Nach den Ausführungen des Beschwerdeführers am Augenschein liegen die Spritzmengen wesentlich höher, als sie der Berechnung des vorinstanzlichen Entscheides zugrunde liegen. Der Beschwerdeführer wies auf das Verkehrsaufkommen auf der Quartierserschliessungsstrasse hin, wenn die Angestellten zur Arbeit erscheinen und anschliessend auf die Baustellen wegfahren.

Beim strittigen Betrieb handelt es sich um einen Gewerbebetrieb, welcher unter dem Gesichtswinkel der baulichen Nutzung der Gewerbezone entspricht. Unbestrittenermassen dient er nach seiner Funktion nicht dem Wohnquartier. Es handelt sich auch nicht um einen Betrieb, der hinsichtlich

Einordnung, Immissionen und Verkehrsaufkommen zum vorneherein im Wohnquartier unproblematisch ist. Mit Recht wendet sich der Beschwerdeführer dagegen, die zonengemässe Zulässigkeit des Betriebes praktisch auf die Frage der Einhaltung der bundesrechtlichen Umweltschutzvorschriften zu reduzieren. Zwar trifft zu, dass im Bereich des Lärmschutzes Störungen unmittelbar und ausschliesslich nach der Lärmschutzverordnung des Bundes zu beurteilen sind (ES 1995 B1. 12, BGE 117 1b 147). Auch Betriebe, die im Sinne des eidgenössischen Umweltschutzrechtes nicht störend sind, können in Wohnzonen störend im Sinne des Planungsrechtes sein. Eine Einstufung als nicht störend setzt die Wahrung eines bestimmten Verhältnisses zur Wohnnutzung voraus (BGE 117 1b 154). Diese Voraussetzungen sind hier nach Art des Betriebes oder – mit den Worten des Beschwerdeführers – nach der abstrakten Beurteilung seines Wesens nicht erfüllt. Dies zeigt sich daran, dass die Baubewilligungsbehörde den Betrieb und seine Entwicklung einengende Massnahmen verfügen und kontrollieren müsste, ohne dass Gewähr bestünde für eine Beseitigung der lästigen Geruchsimmissionen. Die als Zufahrt zu wenigen Wohnhäusern konzipierte Erschliessungsstrasse ist dem Gewerbebetrieb ebenfalls nicht gewachsen. Diese Feststellungen erfolgen insbesondere auch unter dem Aspekt des Gebotes der rechtsgleichen Anwendung des Baurechts. Andere Betriebe ähnlicher Art dürften in der Wohnzone ebenfalls nicht verboten werden. Eine solche Entwicklung würde aber das geltende Planungsrecht und seine Gliederung in Nutzungszonen unterlaufen. Der Betrieb erweist sich deshalb als zonenwidrig. Dies führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheide.

(Verwaltungsgericht, 30. Mai 1996)

*Bauordnung der Stadt Zug (BO Zug)*  
*Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG)*

*§ 15 BO Zug, §§ 41 und 49 f. VRG. – Inwieweit verpflichtet ein Bebauungsplan nicht nur zur Beachtung der zulässigen Bauweise, sondern auch zur gesamthafter Verwirklichung eines Gesamtkonzepts? Mit der Abstimmungsbeschwerde kann die fehlerhafte Rechtsanwendung nicht gerügt werden. Zur Verwaltungsbeschwerde ist der individuell Betroffene legitimiert. Die Eigenschaft als städtischer Parlamentarier vermittelt keine zusätzliche Beschwerdelegitimation.*

*Sachverhalt:*

A. Am 30. November 1982 verabschiedete der Grosse Gemeinderat der Stadt Zug den Bebauungsplan Metalli-Bergli. Am 27. Februar 1983 stimmten die Stimmbürger der Stadt Zug dem Bebauungsplan zu; die Genehmigung des Regierungsrates datiert vom 11. Oktober 1983. Als letzte Etappe der Überbauung erstellte die Schweizerische Bankgesellschaft ihr neues Gebäu-

de an der Gotthardstrasse. Nach Ansicht der SBG zeigte sich, dass zufolge der unterschiedlichen Architektur der zuvor erstellten Metalli-Überbauung und des neuen SBG-Gebäudes aus ästhetischer Sicht eine andere Gestaltung des Metalli-Platzes Süd an der Ecke Baarerstrasse/Gotthardstrasse wünschenswert sei. Insbesondere der dem SBG-Gebäude vorgelagerte Teil der Nord-/Süd-Fussgängerpassage wurde als störend empfunden. Deshalb liess die SBG ein Projekt für die Umgestaltung des Platzes ausarbeiten, das einen Abbruch der lichtdurchlässigen, auf fünf Säulenpaaren ruhenden Fussgängerpassage auf einer Länge von ca. 26m vorsieht. Auf dem Platz soll die bewegliche Metallskulptur von Georges Rickey durch drei Plastiken von Matt Mullican ersetzt werden. Ein entsprechendes Baugesuch für die vorgesehene Platzumgestaltung reichte die MZ-Immobilien AG, Zug, als Vertreterin der Miteigentümergeinschaft Metalli Süd beim Stadtrat ein.

Während der öffentlichen Auflage der Gesuchsunterlagen vom 31. März bis 21. April 1995 gingen keine Einsprachen ein. Am 30. Mai 1995 erteilte der Stadtrat die nachgesuchte Bewilligung. Er stellte fest, die vorgesehene Platzumgestaltung - Abbruch der lichtdurchlässigen, auf fünf Säulenpaaren ruhenden Fussgängerüberdachung und die Aufstellung von drei Skulpturen halte sich nicht in allen Punkten an die Vorgaben des Bebauungsplanes. Gestützt auf § 4 der Bauordnung könne für diese kleine Abweichung gegenüber dem Bebauungsplan eine Ausnahmebewilligung erteilt werden, da für das Ortsbild eine wesentlich bessere Lösung erzielt werde.

B. Am 14. Juni 1995 erhoben gegen diesen Entscheid vier Mitglieder des Grossen Gemeinderates der Stadt Zug, A, B, C und D, Verwaltungs- und Aufsichtsbeschwerde beim Regierungsrat mit dem Antrag, die Bewilligung zum Abbruch der überdeckten Metalli-Fussgängerpassage sei aufzuheben.

Am 12. Juni 1995 hatten die Gemeinderäte C und D im Grossen Gemeinderat eine dringliche Motion eingereicht mit den Anträgen, die Bewilligung des Stadtrates sofort aufzuheben und den vorgesehenen Teilabbruch der Metalli-Passage als wesentliche Änderung des Bebauungsplanes Metalli-Bergli dem ordentlichen Verfahren zu unterstellen. Entgegen dem Antrag des Stadtrates erklärte der Grosse Gemeinderat am 13. Juni 1995 die Motion erheblich.

In seinem Entscheid vom 12. September 1995 trat der Regierungsrat auf die Verwaltungsbeschwerde nicht ein, da die Beschwerdeführer nicht persönlich legitimiert seien und ihnen das Mandat als Mitglied des Grossen Gemeinderates keine zusätzliche Beschwerdelegitimation verschaffe. Ausserdem würde das Eintreten auf die Verwaltungsbeschwerde die Teilnahme am Einspracheverfahren voraussetzen. Der Regierungsrat befand aber, die Beschwerdeführer seien als Aktivbürger der Stadt Zug befugt, im Sinne einer Stimmrechtsbeschwerde geltend zu machen, der Stadtrat missachte den Volkswillen bzw. den Willen des Grossen Gemeinderates, wie er in der An-

nahme des Bebauungsplanes am 30. November 1982 zum Ausdruck komme. Auf die Stimmrechtsbeschwerde sei daher einzutreten. In der Sache selbst erklärt der Regierungsrat, die Bebauungsordnung bestehe im Gebiet Metalli-Bergli aus einem Bebauungsplan samt Sonderbauvorschriften. Im allgemeinen konkretisierten diese Bauvorschriften die Bau- und Nutzungsbefugnisse in einem bestimmten Perimeter. Sie auferlegten den Grundeigentümern keine positiven Leistungspflichten; insbesondere seien sie nicht gehalten, die durch das Gesetz gebotenen Bau- und Nutzungsmöglichkeiten auszunützen. Es bestehe also keine absolute Pflicht, den Bebauungsplan vollständig auszuführen. Die Fussgängerpassage sei deshalb im Bereich des Metalli-Platzes Süd in ihrem Bestand nicht geschützt. Niemand sei somit verpflichtet, die mit dem Bebauungsplan eröffnete Bauchance auszuschöpfen. Andererseits sei einzuräumen, dass ein Bebauungsplan sein Ziel verfehle, wenn er beispielsweise nur zur Hälfte verwirklicht werde. Vorliegend sei ein solcher Sachverhalt jedoch nicht gegeben. Der Teilabbruch der Fussgängerpassage bedeute nicht, dass der Bebauungsplan insgesamt in Frage gestellt sei. Der Teilabbruch der Passage sei keine Abweichung, sondern bleibe ein Verzicht auf die Möglichkeit, den Bebauungsplan vollständig zu realisieren.

Schliesslich erklärt der Regierungsrat, da ein Rechtsmittel zur Verfügung stehe und der Aufsichtsbeschwerde nur subsidiärer Charakter zukomme, verbleibe für diesen Rechtsbehelf kein Raum, weshalb die Aufsichtsbeschwerde nicht an die Hand zu nehmen sei.

C. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 12. Oktober 1995 stellen die Beschwerdeführer A, B und C folgende Anträge:

1. Der Beschluss vom 12. September 1995 des Regierungsrates des Kantons Zug in rubrizierter Angelegenheit sei aufzuheben;
2. Die vom Stadtrat Zug am 30. Mai 1995 erteilte Bewilligung zum Abbruch der überdeckten Metalli-Fussgängerpassage auf der Südseite sei aufzuheben;

...

Zur Begründung wird ausgeführt, für den Stadtrat sei der strittige Abbruch eine kleine Änderung eines Bebauungsplanes, der in seine Kompetenz falle. Für den Grossen Gemeinderat sei es eine grosse Änderung, für welche er zuständig sei, und für den Regierungsrat handle es sich überhaupt nicht um eine Änderung, sondern um eine Option der Bauherrschaft. Der angefochtene Entscheid verschärfe den Interpretations-Wirrwarr, weshalb vom Verwaltungsgericht eine Klärung erwartet werde. Als weiteres Anliegen der Beschwerdeführer solle der in der Zentrumsplanung und im Bebauungsplan zum Ausdruck gebrachte Wille, über Arkaden und gedeckte Passagen zwischen Metalli und Postplatz attraktive Fussgängerverbindungen zu schaffen, nicht ohne öffentliche Diskussion über den Haufen geworfen werden.

Bestandteil des Bebauungsplanes Metalli-Bergli bilde u.a. eine «lichtdurchlässige Überdachung der Piazza und der Fussgängerpassage, lichte Höhe ca. 8,0m». Diese Überdachung erstreckte sich von der Metallstrasse bis zur Gottardstrasse, von Norden nach Süden, längs durch die gesamte Überbauung. Der Bebauungsplan zeige auch, dass nicht nur diese Passage, sondern sämtliche Fussgängerverbindungen im Bebauungsplan entweder unterirdisch oder unter Arkaden verliefen oder überdacht seien. Der Bebauungsplan garantiere ein überdachtes Fussgängernetz innerhalb seines Gebietes, was auch dem in der Zentrumsplanung der Stadt Zug beschlossenen Grundsatz entspreche. Im Bericht des Stadtrates zur Urnenabstimmung vom 27. Februar 1983 werde ausgeführt (Seite 4 Ziff. III): «Das Erdgeschoss dient in hohem Masse dem Fussgänger, da breite Trottoirs und Arkaden erstellt werden. Im Innern ist eine grosszügige öffentliche Passage mit Glasdach angeordnet. Der eine Hof wird als offener, begrünter Platz, der andere als glasgedeckte Plaza ausgebildet.» Der Bebauungsplan in der vorliegenden Form beinhalte zusammen mit dem Text der Vorlage eine Garantie, dass die gedeckte Passage und die anderen zitierten Elemente gebaut würden. Die einzige Freiheit der Bauherrschaft liege in der Etappierung. Auch diese müsse aber eng begrenzt sein, damit nicht die strukturell wesentlichen Teile ungebaut blieben.

Die Beschwerdeführer äussern sich sodann zur städtebaulichen Kernidee des Bebauungsplanes und erklären u.a., die Passage sei das konzeptionell wesentlichste Element der Metalli-Überbauung. Sie bilde neben der wichtigen Funktion als Eingangselement das Kernstück und das eigentliche Rückgrat der gesamten Anlage. Hier würden sämtliche Gebäude, Plätze, Querverbindungen und Zugänge angedockt und erschlossen. Ihre Stärke liege in der konsequenten und kompromisslosen architektonischen Gestaltung. Der Abriss des Portikus am Südende würde die Metall-Passage ihres heute manifesten Einganges berauben und den Gebäuden auf dieser Seite den Zusammenhang nehmen. Nichts würde mehr auf den Inhalt und die Grosszügigkeit der Passage im Inneren hindeuten. Die Passage würde irgendwo beginnen und zufällig enden ohne dass ihre Bedeutung für die gesamte Überbauung noch wahrnehmbar wäre. Die Beschlussfassung über den Bebauungsplan beruhe auf städtebaulichen Überlegungen, wobei man sich durchaus bewusst gewesen sei, dass es bis zur Fertigstellung aller Gebäude bis zur Jahrtausendwende gehen könnte (III der Abstimmungsvorlage). Man sei sich aber nicht bewusst gewesen, dass ein Architekt einer Bauherrschaft sein Gebäude so manifestieren wolle, dass die im Bebauungsplan festgelegten, übergeordneten Interessen der Gesamtüberbauung Metalli nachträglich hinter die Partikularinteressen zurücktreten sollten. Es hätte weder des jahrelangen Bemühens der MZ-Immobilien AG für ein ablesbares Gesamtkonzept noch der Konzeptsicherung durch einen Bebauungsplan bedurft.

D. Mit Vernehmlassung vom 6. November 1995 lässt der Regierungsrat durch die Baudirektion des Kantons Zug beantragen, die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen.

E. Mit Eingabe vom 7. November 1995 lässt die Schweizerische Bankgesellschaft beantragen, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführer. Die Schweizerische Bankgesellschaft erklärt, sie sei zwar nicht formell Bauherrin des Vorhabens, unterstütze es aber als unmittelbare Nachbarin, weshalb sie zur Vernehmlassung legitimiert sei. Zur Legitimation der Beschwerdeführer wird erklärt, diese seien weder individuell noch als Parlamentarier zur Beschwerdeführung legitimiert. Im Gegensatz zur Auffassung des Regierungsrates dürfte auch die Stimmrechtsbeschwerde nicht zur Verfügung stehen.

Es gehe sodann nicht um eine Veränderung des Bebauungsplanes, sondern allein um eine Exekutiv-Bewilligung der örtlichen Baubehörde. Um eine förmliche Veränderung des Bebauungsplanes sei weder ersucht worden noch sei eine solche zugestanden worden.

Der Bebauungsplan enthalte keine Realisierungsverpflichtung. Bebauungspläne seien nicht mit Unterschutzstellungsverfügungen gleichzusetzen. Wenn die Überdachung nicht bereits in früheren Realisierungsetappen bis an den Rand der Gotthardstrasse erstellt worden wäre, hätte sie von niemandem bei der Bewilligung des SBG-Neubaus verlangt werden können. Das gleiche Resultat müsse aber auch möglich sein, wenn es über einen Teilabbruch angestrebt werde. Bei der Anwendung eines Bebauungsplanes verbleibe der Bauherrschaft ein angemessener Gestaltungsspielraum. Wenn man nun zusammen mit anerkannten und unbefangenen Fachleuten zum Schluss komme, ein Verzicht auf einen Teil der nach den Vorschriften möglichen Überdachung führe zu einer Verbesserung eines städtebaulich exponierten Platzes, so müsse eine solche Lösung ohne weiteres möglich sein. Andernfalls verbleibe bei der Formulierung des Bebauungsplanes: «öffentliche Fussgängerflächen mit Grünelementen. Gestaltung und Ausführung in Absprache mit dem Stadtbauamt» kaum mehr etwas Nennenswertes «zu gestalten» und mit dem Stadtbauamt «abzusprechen».

Die Beschwerdeführer versuchten, das Gestaltungselement des strittigen Teils der Fussgänger-Überdachung in funktioneller und architektonischer Hinsicht geradezu als wichtigstes Charakteristikum der ganzen Metalli-Überbauung darzustellen. Damit werde ein einseitiger Parteistandpunkt wiedergegeben. Das SBG-Gebäude mit seiner filigranen Fassadengestaltung vertrage sich mit dem eher massigen Portikus nicht. Dass der Fortbestand des strittigen Gebäudeteils nicht befriedigend wirke, werde jedem unbefangenen Betrachter klar. Die Fussgänger könnten die Passage im strittigen Teil auch gar nicht sinnvoll benutzen, weil am Rand der Gotthardstrasse eine Fortsetzung fehle. Nutzbar sei die Passage eigentlich nur dort, wo sie unbestrittenmassen bestehen bleibe.

Zur Frage der befriedigenden ästhetischen Gestaltung des Metalli-Platzes Süd wird schliesslich ausgeführt, es gehe um die Anwendung von § 28 BO.

Dass die vorgesehene Lösung unter Berücksichtigung der aktuellen Gegebenheiten der heutigen Gestaltung weit überlegen sei, werde auch von den Beschwerdeführern nicht ernsthaft bestritten. In dieser Frage stehe der Baubewilligungsbehörde ein qualifiziertes Ermessen zu, das nicht der Privataufassung der Beschwerdeführer zu weichen habe. Falls man tatsächlich von einem Widerspruch zu den konkreten Festlegungen des Bebauungsplanes sprechen wollte, käme eine Ausnahmegewilligung gemäss § 4 Abs. 1 lit. a der Bauordnung zum Zuge, da der Grund der «offensichtlich wesentlich besseren Lösung» gegeben sei.

F. In ihrer Vernehmlassung vom 14. November 1995 beantragt die MZ Immobilien AG, die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführer abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten ist. In der Begründung wird u.a. ausgeführt, nach Meinung der Beschwerdegegnerin seien die Beschwerdeführer auch in ihrer Eigenschaft als Stimmberechtigte nicht befugt, den Vollzugsentscheid der Baubewilligungsbehörde anzufechten. Die Stimmrechtsbeschwerde müsse sich auf Umsetzungen auf der Stufe der Legislative beschränken. Die vorbehaltlose Zulassung von Stimmbürgern zum Rekurs gegen Exekutiventscheide wäre mit dem Prinzip der Gewaltenteilung nicht vereinbar. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführer stehe eine Veränderung des Bebauungsplanes nicht zur Diskussion. Prinzipiell könne die strittige Überdachung auch künftig wieder erstellt werden, wenn man im Gegensatz zur heutigen Überzeugung dereinst zum Schluss kommen sollte, sie sei wünschenswert. Gegenstand der Auseinandersetzung sei lediglich die Baubewilligung für das konkret vorgesehene Vorhaben. Mit dem Regierungsrat sei festzuhalten, dass der Bebauungsplan den Rahmen des maximal möglichen Bauvolumens aufzeige, dass er aber grundsätzlich keine Bauverpflichtung stipulieren könne. Er könne auch nicht die Pflicht enthalten, einmal erstellte Bauten auf ewig unverändert stehen zu lassen.

Die Beschwerdegegner berufen sich sodann auf den Bebauungsplanteil: «Öffentliche Fussgängerflächen mit Grünelementen. Gestaltung und Ausführung in Absprache mit dem Stadtbauamt». Sie könnten nicht erkennen, wieso bei einem Verzicht auf einen Teil der Überdachung ein rechtserheblicher Widerspruch zum Bebauungsplan entstehen solle.

Sodann wird ausgeführt, der Fortbestand des in den Metallplatz hineinragenden Teils der Fussgängerüberdachung werde von jedem unbefangenen Betrachter als unbefriedigend beurteilt. Die Überdachung habe keinen praktischen Nutzen, weil die Fussgänger den Metallplatz diagonal überquerten. Die Überdachung führe an die Gotthardstrasse, wo sie keine Fortsetzung habe. Sollte entgegen der Meinung der Beschwerdegegner das Bauvorhaben in einem gewissen Widerspruch zu geltenden Vorschriften stehen, so wäre eine Ausnahmegewilligung zulässig, da es sich um eine offensichtlich wesentlich bessere Lösung handle.

G. In seiner Vernehmlassung vom 14. November 1995 erklärt der Stadtrat, die drei verbleibenden Beschwerdeführer seien insofern zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde befugt, als sie Adressaten des Beschwerdeentscheidendes des Regierungsrates seien und ihnen darin Kosten auferlegt worden seien. Es sei aber fraglich und müsse vom Verwaltungsgericht entschieden werden, ob im vorliegenden Fall neben dem Rechtsbehelf der Aufsichtsbeschwerde an den Regierungsrat überhaupt ein Rechtsmittel zur Verfügung stehe, das Anspruch auf eine materielle Prüfung verleihe. Die vom Regierungsrat vorgenommene Ausweitung der Stimmrechtsbeschwerde auch auf die spätere Missachtung von Gemeindebeschlüssen lasse sich mit der Ordnung der Rechtsmittel kaum vereinbaren. Sie stehe nicht nur in Widerspruch zum klaren Wortlaut des Verwaltungsrechtspflegegesetzes, sondern erscheine auch in Anbetracht der damit verbundenen Konsequenzen als unhaltbar. Artikel 85 lit. a OG regle einzig das Verfahren vor Bundesgericht. Diese Vorschrift finde aber weder unmittelbar noch analog Anwendung im kantonalen Verfahren. Die Vorschrift unterscheide sich für die hier streitige Frage auch ganz wesentlich von den anwendbaren kantonalen Verfahrensvorschriften. Artikel 85 lit. a OG bezeichne – im Unterschied zu §§ 49 und 50 VRG (sowie zu Art. 84 OG) – nur den Gegenstand, nicht aber das Anfechtungsobjekt der Stimmrechtsbeschwerde vor Bundesgericht. Gestützt darauf habe das Bundesgericht nicht nur Verfügungen und Erlasse als Anfechtungsobjekt zugelassen, sondern auch Handlungen von Behörden und sogar von Privaten. Demgegenüber würden in § 49 VRG die Anfechtungsobjekte ausdrücklich bezeichnet: Nur Beschlüsse der Gemeindeversammlung und des Grossen Gemeinderates könnten in einer sehr kurz bemessenen Frist angefochten werden, nicht aber gestützt darauf ergangene Verfügungen anderer Behörden. Diese eindeutig voneinander abweichenden Gesetzestexte liessen es nicht zu, die Gemeinde bzw. Stimmrechtsbeschwerde des kantonalen Verfahrens auf Beschlüsse der Exekutive oder gar auf blossе Tathandlungen auszudehnen. Andernfalls wäre nicht einzusehen, weshalb der kantonale Gesetzgeber eine völlig andere Formulierung gewählt habe als der Bundesgesetzgeber. Der Regierungsrat verkenne sodann auch das Wesen der Stimmrechtsbeschwerde gemäss Art. 85 lit. a OG. Mit dieser Beschwerde könne nur die Verletzung der Stimm- und Wahlberechtigung der Bürger gerügt werden. Dagegen stehe die Stimmrechtsbeschwerde gegen die materielle Zulässigkeit von an sich rechtmässig zustandekommenen Beschlüssen von Parlament und Volk sowie gegen Anwendungsakte, die gestützt auf solche Beschlüsse ergangen seien, nicht zur Verfügung (BGE 117 Ia 67). Im angefochtenen Entscheid wolle der Regierungsrat aber offenbar auch solche materiellen Fragen als Verletzung des Stimmrechtes einstufen. Ob der Stadtrat die Bewilligung zum Abbruch eines Gebäudeteils zu Recht oder zu Unrecht erteilt habe, sei keine Frage der Verletzung politischer Rechte, sondern einzig eine Frage der richtigen oder falschen Anwendung von baurechtlichen Vorschriften. Würde die Auffassung des Regierungsrates zutreffen, könnte jedermann, gleichsam auf dem Wege der Stimmrechtsbeschwerde,

inskünftig jede unrichtige Rechtsanwendung rügen. Dazu stehe aber weder die Popularbeschwerde in § 49 VRG noch die Stimmrechtsbeschwerde vor Bundesgericht zur Verfügung.

Falls das Verwaltungsgericht die Beschwerde entgegen der Meinung des Stadtrates gleichwohl materiell prüfen sollte, wird auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid des Regierungsrates verwiesen.

*Das Verwaltungsgericht erwägt:*

1. Gemäss § 61 Abs. 1 Ziff. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG) ist die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zulässig gegen Verwaltungsentscheide des Regierungsrates, soweit die Gesetzgebung den Weiterzug nicht ausschliesst. Ein solcher Ausschluss liegt hier nicht vor. Die Beschwerdeführer sind Adressaten des vorinstanzlichen Entscheides, mit welchem ihre Rechtsbegehren abgewiesen wurden, soweit der Regierungsrat auf die Beschwerde überhaupt eintrat. Ausserdem wurden den Beschwerdeführern Kosten auferlegt. Insofern sind sie zur Beschwerdeführung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren legitimiert.

Strittig ist in materiell-rechtlicher Hinsicht die Zulässigkeit des Abbruchs der Fussgängerpassage im Bereich des Metallplatzes Süd und in formeller Hinsicht, ob gegen die Bewilligung des Stadtrates ein Rechtsmittel, insbesondere die Stimmrechtsbeschwerde, gegeben ist. Im folgenden soll zunächst geprüft werden, wie sich die Rechtsfrage aus der Sicht des baulichen Vorhabens stellt und anschliessend wieweit eine Überprüfung im Rechtsmittelverfahren möglich ist.

2. Die Baubewilligung ist vom Stadtrat am 30. Mai 1995 erteilt worden. Am 4. Juli 1995 hat der Regierungsrat die neue Bauordnung der Stadt Zug vom 4. Dezember 1994 genehmigt. Der angefochtene Entscheid des Regierungsrat vom 12. September 1995 erging deshalb gemäss § 47 Abs. 2 VRG bereits aufgrund des neuen Rechtes. Die gestützt auf § 17 des Baugesetzes für den Kanton Zug (BauG) erlassene Bauordnung bezweckt eine gute Gestaltung und eine sozial und wirtschaftlich optimale Nutzung des Gemeindegebietes unter Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen. Die Bauordnung enthält insbesondere die Massvorschriften für die Einzelbauweise und die erhöhten Anforderungen für Arealbebauungen. Neben der Art und Weise der Bebauung ist auch auf Freiräume und die harmonische Entwicklung des Stadtganzen, auf das Fusswegnetz, auf die Gestaltung und Verkehrserschliessung zu achten (vgl. § 1 Abs. 3, § 3, 10 Abs. 2, § 26, § 29 BO). Gemäss § 15 BO legen Bebauungspläne die Art der Überbauung für ein bestimmtes Gebiet näher fest und treten anstelle der ordentlichen Bauvorschriften. Sie bezwecken städtebaulich, funktionell und nutzungsmässig bessere Lösungen, als dies mit der Einzelbauweise möglich wäre. Diese «besseren Lösungen» beziehen sich auf die Anordnung und Gliederung der

Bauten, die Fussgänger- und Verkehrswege, die Freiräume und die städtebauliche Gestaltung. Statt dass die Bauordnung Möglichkeiten und Grenzen, Rechte und Pflichten in genereller Weise festlegt, erlaubt ein Bebauungsplan durch ein seinen Perimeter umfassendes Konzept den genannten Anforderungen in erhöhtem Masse gerecht zu werden. Dementsprechend sind die einzelnen Gestaltungsteile in besonderem Masse aufeinander bezogen. Der Regierungsrat stellt fest, niemand sei verpflichtet, die mit dem Bebauungsplan eröffnete Bauchance auszuschöpfen. Der Teilabbruch der Passage sei keine Abweichung vom Bebauungsplan, sondern bleibe ein Verzicht auf die Möglichkeit, den Bebauungsplan vollständig zu realisieren. Dieser Auffassung kann das Gericht nicht vorbehaltlos beipflichten. Zwar trifft zu, dass die Bauvorschriften – Bauordnung oder Bebauungsplan – die zulässige Bauweise regeln, nicht aber eine Pflicht zur Ausnützung der Baumöglichkeiten darstellen. Sofern aber gebaut wird, besteht auch die Verpflichtung, die Baumasse sowie die gestalterischen und erschliessungsmässigen Anforderungen zu erfüllen bzw. die im Bebauungsplan festgelegte «bessere Lösung» zu verwirklichen. Die Baubewilligungsbehörde hat im Baubewilligungsverfahren im Einzelfall zu überprüfen, wieweit der Bebauungsplan für das konkrete Bauvorhaben einen Gestaltungsspielraum offen lässt bzw. wieweit sich aus dem Gesamtkonzept die Pflicht zur Verwirklichung ergibt, was gerade bei der Umgebungsgestaltung und Erschliessung von Bedeutung ist.

Der Bebauungsplan Metalli-Bergli sieht die «lichtdurchlässige Überdachung der Piazza und der Fussgängerpassage, lichte Höhe ca. 8m» von der Metallstrasse bis zur Gotthardstrasse vor. Soweit die Beschwerdegegner auf den Bebauungsplintext «öffentl. Fussgängerflächen mit Grünelementen, Gestaltung und Ausführung in Absprache mit dem Bauamt» verweisen, handelt es sich um Flächen, die sich im strittigen Bereich überlagern. Daraus kann keinesfalls geschlossen werden, dass die Überdachung eine Frage der Absprache mit dem Stadtbauamt sei. Die Überdachung bis zur Gotthardstrasse ist im Bebauungsplan vorgesehen. Gemäss Bebauungsplan kann der Stadtrat im Rahmen des Ausnahmeparagraphen der Bauordnung kleinere Abweichungen vorsehen. Der Stadtrat hat seine Baubewilligung als Ausnahmebewilligung nach § 4 BO (heute § 6 BO) erteilt. Er ging deshalb davon aus, dass eine Abweichung vom Bebauungsplan zu beurteilen sei. Diese stützte er auf den Ausnahmegrund der besseren Lösung in bezug auf das Ortsbild (Abs. 1 lit. a von § 4 bzw. 6 BO). Angesichts der Bedeutung, welche Beschwerdeführer und Beschwerdegegnerinnen der baulichen Streitfrage zu Recht beimessen, fällt die Rechtsauffassung des Regierungsrates, welcher sich der Stadtrat in der Vernehmlassung wohl aus verfahrenstaktischen Gründen angeschlossen hat, ausser Betracht. Bau oder Beseitigung der Arkade im strittigen Bereich ist nicht dem Belieben des Bauherrn überlassen. Bei der Baubewilligung ging der Stadtrat zutreffenderweise von einem Abweichen vom Bebauungsplan aus. Daraus ergibt sich die Frage, ob die erteilte Ausnahmebewilligung rechtmässig ist oder ob die Ausnahmebewilligung

Recht verletzt. Wie sich aus den nachfolgenden Überlegungen zur Rechtsmittelordnung ergibt, kann diese Frage jedoch offenbleiben.

3. a) Zur Erhebung der Verwaltungsbeschwerde ist berechtigt, wer durch einen Entscheid in seiner Rechtsstellung betroffen ist (§ 41 Abs. 1 VRG). Nach ständiger Praxis des Verwaltungsgerichtes ist zur Erhebung der kantonalen Verwaltungsgerichtsbeschwerde und damit auch der Verwaltungsbeschwerde (vgl. § 62 VRG) legitimiert, wer durch eine Verfügung in höherem Masse als jeder beliebige Dritte oder die Allgemeinheit berührt wird. Das Rechtsschutzinteresse besteht im praktischen Nutzen, der mit erfolgreicher Beschwerde erzielt werden könnte; das Rechtsschutzinteresse ist somit rein prozessualer Natur (GVP 1977/78, 175). Mit dieser Auslegung war das Verwaltungsgericht bemüht, Differenzen zwischen kantonalem und Bundesrecht zu vermeiden (vgl. heute auch Art. 98a Abs. 3 OG, in Kraft seit 15. Februar 1992).

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Beschwerdeführer in ihrer individuellen Rechtsstellung durch die beanstandete Massnahme nicht in höherem Masse als jeder beliebige Dritte oder die Allgemeinheit berührt sind. Sie sind zur Erhebung der Verwaltungsbeschwerde gegen die vom Stadtrat erteilte Baubewilligung nicht legitimiert. Der Regierungsrat ist daher zu Recht auf die Verwaltungsbeschwerde nicht eingetreten.

b) Es ist zu Recht auch unbestritten, dass die Eigenschaft als städtischer Parlamentarier keine zusätzliche Beschwerdelegitimation vermittelt. Organfunktionen des Parlamentariers können nicht Gegenstand der auf Individualrechte zugeschnittenen Verwaltungsbeschwerde sein (GVP 1991/92, 208, mit Hinweisen; BGE 112 Ia 174; vgl. auch ZB1 1993, S. 518).

c) Der Regierungsrat ist auf die Beschwerde als Stimmrechtsbeschwerde eingetreten. Er erklärt, Stimmberechtigte könnten Gemeindeversammlungsbeschlüsse bzw. Ergebnisse von Urnenabstimmungen nicht nur unmittelbar im Sinne von § 49 f. VRG anfechten, sondern auch die spätere Missachtung solcher Beschlüsse. Damit sei Gewähr geboten, dass auch auf Kantonsebene der Rechtsweg für die Stimmrechtsbeschwerde offen stehe. Dieses auf Art. 85 lit. a OG beruhende Rechtsmittel könne beanspruchen, wer in seiner Rechtsstellung unmittelbar betroffen oder wer Aktivbürger sei. Demgegenüber will der Stadtrat nur Beschlüsse der Gemeindeversammlung und des Grossen Gemeinderates als Anfechtungsobjekte der Beschwerde gemäss § 49 VRG zulassen, während Art. 85 lit. a OG nur den Gegenstand bezeichne und daher nicht nur Verfügungen und Erlasse als Anfechtungsobjekt anerkenne, sondern auch Handlungen von Behörden und sogar von Privaten. Artikel 85 lit. a OG finde weder unmittelbar noch analog Anwendung in kantonalen Verfahren.

Im Abschnitt «besondere Beschwerden» sieht das Verwaltungsrechtspflegegesetz in § 49 die Beschwerde gegen Gemeindebeschlüsse, nämlich gegen

Gemeindeversammlungsbeschlüsse oder Beschlüsse des Grossen Gemeinderates, vor, in § 50 VRG die Beschwerde gegen Urnenabstimmungen. In § 49 und § 50 verweist das Gesetz sinngemäss auf die Verwaltungsbeschwerde, wobei jedoch ausser den in ihrer Rechtstellung unmittelbar Betroffenen jeder Aktivbürger zur Beschwerde befugt ist, die Beschwerde aber nur wegen Rechtsverletzung geführt werden kann (§ 49 Abs. 2 Ziff. 2 und 3, § 50 Abs. 2 Ziff. 2 und 3). Es können nicht nur abstimmungsrechtliche, sondern bei gemeindlichen Entscheiden auch materiell-rechtliche Rügen erhoben werden (GVP 1981/82, 3).

Die Beschwerde gegen Gemeindebeschlüsse gemäss Art. 49 f. VRG ist insofern nicht strikte an das Anfechtungsobjekt des Gemeindeversammlungsbeschlusses, Beschlusses des Grossen Gemeinderates oder der gemeindlichen Urnenabstimmung gebunden, als jeder Aktivbürger auch befugt ist, die Nichtgenehmigung des gemeindlichen Entscheides durch den Regierungsrat anzufechten (GVP 1983/94, 177; ZBI 1996, S. 21). Im Urteil vom 21. Februar 1991 i.S. B. und L. hatte sich das Verwaltungsgericht im Zusammenhang mit der Finanzkompetenz von Stadtrat und Grosseem Gemeinderat mit der Frage zu befassen, ob mit der Gemeindebeschwerde gerügt werden könne, ein Geschäft sei zu Unrecht nicht dem Grossen Gemeinderat vorgelegt worden. Die Frage konnte aber offenbleiben, da die Anfechtung erst Jahre nach Abschluss des beanstandeten Geschäftes erfolgte. Das Gebot der Rechtssicherheit und der Grundsatz von Treu und Glauben schlossen eine Infragestellung zum vornherein aus. Die Praxis des Bundesgerichtes zur Stimmrechtsbeschwerde entwickelte sich nicht ohne Schwankungen. In der Lehre werden ebenfalls unterschiedliche Standpunkte vertreten (vgl. Christoph Hiller, Die Stimmrechtsbeschwerde, S. 146 ff.). Hiller tritt mit Auer für eine erweiterte Zulassung der Stimmrechtsbeschwerde ein, so insbesondere wenn die Exekutive ohne entsprechende Kompetenzen Beschlüsse fasst, welche nach der verfassungsmässigen Ordnung in den Aufgabenbereich der Legislative gefallen wären und dem Referendum unterstanden hätten (Hiller, a.a.O., S. 157). Aber auch dieser Autor stellt klar fest, dass das Stimmrecht nicht tangiert und eine Stimmrechtsbeschwerde nach Art. 85 lit. a OG ausser Frage steht, wenn die Exekutive ein vom Volk angenommenes Gesetz im Einzelfall falsch vollzieht, also beispielsweise eine Baubewilligung im Widerspruch zum Baugesetz erteilt (Hiller, a.a.O., S. 130). Zu Unrecht beruft sich der Regierungsrat auf diesen Autor und auf BGE 112 Ia 211 E. lb. Diese Hinweise betreffen Beispiele innerhalb der Rechtsetzung, insbesondere den ausgearbeiteten Verfassungsentwurf nach Annahme einer Initiative in der Form der allgemeinen Anregung. Die Beschwerdegegner bringen daher zu Recht vor, die Stimmrechtsbeschwerde betreffe den Bereich der Gesetzgebung, in welchem das Stimmrecht ausgeübt wird, nicht aber den Bereich der Rechtsanwendung durch die Exekutive. Die Rüge, der Hoheitsakt komme im Ergebnis einer Aufhebung oder Änderung des Gesetzes gleich und hätte deshalb ohne vorgängige (referendumpflichtige) Gesetzesrevision nicht er-

folgen dürfen, ist unzulässig (Walter Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. A. 1994, mit Hinweis auf BGE 105 Ia 361 f.).

Der Stadtrat hat das Begehren der Beschwerdegegnerin 1 zu Recht als Baugesuch behandelt und als gemeindliche Baubewilligungsbehörde entschieden. Durch Einsprache und Beschwerde hätten individuell Legitimierte das Vorhaben beanstanden können. Der Gesetzgeber hat die Verwaltungsbeschwerde nicht als Popularbeschwerde ausgestaltet. Insofern ist die Aufsicht über die Staatstätigkeit nicht dem Aktivbürger übertragen. Lehre und Rechtsprechung verbieten eine Ausdehnung der Stimmrechtsbeschwerde im Sinne der Popularbeschwerde der Aktivbürger in den Bereich der Verwaltungsbeschwerde, mit welcher die Rechtsanwendungsakte der Exekutive durch die individuell Betroffenen gerügt werden können. Andernfalls würde § 41 VRG verletzt. Es ergibt sich deshalb, dass entgegen dem vorinstanzlichen Entscheid die Beschwerdeführer nicht legitimiert sind, eine Baubewilligung des Stadtrates wegen Rechtsverletzung anzufechten. Eine allenfalls falsche Rechtsanwendung bleibt eine Rechtsanwendung und kann nicht in Umkehrung der Subsumtion als unterlassene bzw. kompetenzwidrige Rechtsänderung gerügt werden. Dadurch würde die gesetzliche Ordnung der Verwaltungsbeschwerde obsolet und durch eine allgemeine Popularbeschwerde der Aktivbürger ersetzt. Der Regierungsrat ist daher zu Unrecht auf die Beschwerde als Stimmrechtsbeschwerde eingetreten. Insoweit ist Ziffer 2 des angefochtenen Entscheides aufzuheben.

4. Zur Erledigung der Aufsichtsbeschwerde, welche gemäss § 52 dem Anzeiger mitzuteilen ist, hat sich das Verwaltungsgericht nicht zu äussern. Eine Anfechtung der «Art der Erledigung» gemäss 52 VRG ist nicht möglich.

...

(Verwaltungsgericht, 20. Juni 1996)

## **2. Verfahrensrecht**

*Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*

*Art. 11 Abs. 3 VwVG. – Die Vorladung einer Partei zu einer Befragung ist unzulässig, wenn ihrem Vertreter hievon keine Mitteilung gemacht wird und dieser darum an der Befragung nicht teilnehmen kann. Bedeutung der dabei erstellten Beweismittel.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Die IV-Stelle lud eine Versicherte zu einer persönlichen Befragung ein, ohne von dieser Einladung ihrem Vertreter Kenntnis zu geben. Dieser mach-

te in der Beschwerde geltend, die Versicherte sei von der IV-Stelle ohne Wissen und Beisein ihres Rechtsvertreters befragt worden. Gegenüber dem Vertreter habe sie erklärt, dass sie unter Druck gesetzt worden sei, irgendwelche Erklärung betreffend ihre Rentenberechnungsgrundlagen zu unterzeichnen. Die Beschwerdeführerin dürfe aber nicht gegen ihren bevollmächtigten Vertreter ausgespielt werden. Deshalb würden die Herausgaben vom 21. Februar 1995 für null und nichtig erklärt. Die IV-Stelle lehne eine neue Vorladung der Beschwerdeführerin mit der Begründung ab, das rechtliche Gehör sei der Versicherten am 21. Februar 1995 gewährt worden.

*Aus den Erwägungen:*

5. Offen ist noch die Frage, ob die IV-Stelle die Versicherte ohne Beisein ihres Rechtsvertreters befragen durfte, bzw. welche Bedeutung den dabei erstellten Beweismitteln in diesem Verfahren zukommt.

Gemäss Art. 11 Abs. 3 VwVG, der gemäss Art. 3 lit. a VwVG auf das Verfahren der IV-Stelle keine Anwendung findet, jedoch als allgemeiner bundesrechtlicher Grundsatz zu verstehen ist, macht die Behörde ihre Mitteilungen an den Vertreter, solange die Partei die Vollmacht nicht widerrufen hat. Diese Bestimmung ist nicht eine blossе Ordnungsvorschrift, von deren Einhaltung allenfalls ohne Rechtsfolgen abgesehen werden darf, sondern sie dient im Interesse der Rechtssicherheit dazu, allfällige Zweifel darüber zum vornherein zu beseitigen, ob die Mitteilung an die Partei selber oder an ihren Vertreter zu erfolgen hat (ZAK 1977, 155 ff.; ZAK 1991, 376 ff.).

Mit Schreiben vom 24. Januar 1995 ersuchte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin die IV-Stelle, die Versicherte «noch mündlich anzuhören, d.h. ihr einen Termin für eine Anhörung zu nennen». Am 21. Februar 1995 wurde die Beschwerdeführerin von einem Vertreter der IV-Stelle persönlich befragt, ohne dass ihr Rechtsvertreter von der Anhörung wusste. Am 3. März 1995 ersuchte ihr Rechtsvertreter die IV-Stelle nochmals, seine Mandantin zu einer mündlichen Anhörung vorzuladen. Nachdem er von seiner Klientin über die Anhörung vom 21. Februar 1995 informiert worden war, erklärte er gegenüber der IV-Stelle, die Verlautbarungen und Erklärungen seiner Mandantin vom 21. Februar 1995 seien null und nichtig, und er erwarte eine korrekte Vorladung an seine Adresse.

Bei den Akten liegt eine von der Beschwerdeführerin am 15. August 1994 unterzeichnete Vollmacht, in der diese die Anwälte des Schweizerischen Invalidenverbandes zur Vertretung betreffend Invalidenversicherung ermächtigte, insbesondere zur Vertretung vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen. Diese Vollmacht wurde der IV-Stelle am 22. August 1994 zugestellt. Ab diesem Zeitpunkt hätte sämtliche Korrespondenz der Verwaltung über ihren Rechtsvertreter «laufen» müssen. Aus anderweitigen Zustellungen, insbesondere Vorladungen, darf der Versicherten kein Nachteil erwachsen. Sobald ein Versicherter ordnungsgemäss vertreten ist, darf er auch nicht

mehr ohne Beisein oder ohne ausdrückliches Wissen seines Vertreters angehört werden. Diese Schlussfolgerung ergibt sich aus dem Verfassungsprinzip der Fairness, wonach der Rechtsunkundige, der die Hilfe eines Rechtsvertreters aufsucht, nicht mehr ohne seinen «Beistand» Rechtshandlungen vornehmen soll, die ihm zum Nachteil gereichen könnten (falls der Rechtsunkundige mittellos ist, wird ihm vom Staat sogar ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt). Die Äusserungen und Bestätigungen, die die Versicherte am 21. Februar 1995 ohne ihren Rechtsvertreter abgegeben hat, sind demnach für das vorliegende Verfahren unbeachtlich. Im übrigen wurde dieser Verstoss gegen den Grundsatz der ordnungsgemässen Gewährung des rechtlichen Gehörs mit der Befragung der Beschwerdeführerin durch das Verwaltungsgericht «geheilt».

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde gutzuheissen ist. Die Versicherte hat – mit Wirkung ab dem 1. Mai 1994 – Anspruch auf eine ganze Rente der Invalidenversicherung.

(Verwaltungsgericht, 9. Mai 1996)

Eine gegen dieses Urteil erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde vom Eidgenössischen Versicherungsgericht am 14. Oktober 1996 abgewiesen.

### **3. Stimmrecht**

vgl. Entscheid S.8

### **4. Steuern und Abgaben**

*Gesetz über die Grundstückgewinnsteuer (GStG)*

*§ 5 GStG. – Der Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung wird bei Ersatzbeschaffung durch den Steuerpflichtigen selbst gewährt, nicht aber bei Ersatzbeschaffung durch Ehefrau, Sohn und Schwiegertochter des Veräusserers.*

*Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):*

Der Rekurrent verkaufte am 17. Mai 1993 sein Einfamilienhaus und machte im Veranlagungsverfahren einen Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung geltend. Seine Ehefrau hatte am 15. August 1992 als Miteigentümerin mit einem Anteil von 84/100 zusammen mit dem Sohn und dessen Ehefrau

als Gesamteigentümer eines Miteigentumsanteils von 16/100 eine Liegenschaft erworben. Die Veranlagungsbehörde lehnte den Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung insbesondere deshalb ab, weil es an der Identität von Veräusserer und Erwerber fehle.

*Aus den Erwägungen:*

2. Die Grundstücksgewinnsteuer wird auf Gewinnen erhoben, die sich bei Handänderung von Grundstücken oder Anteilen von solchen ergeben (§ 3 GStG). Nach dieser Bestimmung unter dem Titel «Steuertatbestand» nennt das Gesetz in § 4 GStG unter dem Titel «Steueraufschub» Handänderungen, für welche Steueraufschub gewährt wird. In § 4 Ziff. 1 bis 8 werden acht Gruppen von Steueraufschubtatbeständen aufgeführt. Gemäss § 4 Abs. 1 GStG wird Steueraufschub gewährt für Handänderungen zwischen Ehegatten, Eltern und Nachkommen sowie infolge Scheidungsurteil. Separat regelt § 5 GStG den «Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung». Soweit hier von Interesse, lautet diese Regelung wie folgt:

<sup>1</sup> Anspruch auf Steueraufschub besteht für Handänderungen zum Zwecke der Ersatzbeschaffung von gleichgenutzten Liegenschaften im Kanton infolge Veräusserung von selbst genutztem Wohneigentum am Wohnsitz des Steuerpflichtigen;

<sup>2</sup> Der Steueraufschub wird gewährt, soweit der Veräusserungserlös innert zwei Jahren vor oder nach der Handänderung zur Investition in den Erwerbspreis oder in anrechenbare Aufwendungen einer Ersatzliegenschaft verwendet wird. Zur Wahrung der Frist muss bei baulichen Anlagen mindestens das Baubewilligungsgesuch eingereicht sein. In den übrigen Fällen ist die Frist mit dem Abschluss des Vertrages gewahrt.

<sup>3</sup> Für den auf dem veräusserten Grundstück erzielten Gewinn wird eine Veranlagung durchgeführt. Die Steuer wird zur Zahlung fällig, sofern der Steuerpflichtige oder seine Erben das Ersatzgrundstück innert zehn Jahren nach der Handänderung veräussern oder nicht mehr selbst nutzen. Der Steueraufschub bleibt in den Fällen bestehen, in welchen der Steuerpflichtige aus entschuldigen Gründen vor Ablauf von 10 Jahren eine Selbstnutzung nicht aufrecht erhalten kann.

<sup>4</sup> Soweit der Gewinn nach Anrechnung der bisherigen Anlagekosten und allfälliger Subventionen nicht gemäss Abs. 2 verwendet wird, erfolgt für diesen Teil des Gewinnes eine Besteuerung zum Steuersatz des Gesamtgewinnes.

...

Der Gesetzgeber hat in § 5 GStG für die Ersatzbeschaffung eine Regelung getroffen, die zwar auch Steueraufschub genannt wird, aber nicht unter die Steueraufschubtatbestände von § 4 GStG eingereiht ist. Wann der Steueraufschub bei Ersatzbeschaffung Platz greift, wird in § 5 GStG in verschiedener Hinsicht von Voraussetzungen abhängig gemacht. Überdies wird bei der Ersatzbeschaffung im Gegensatz zum eigentlichen Steueraufschub eine Veranlagung durchgeführt. Dies ist erforderlich zur Prüfung, ob und wieweit

der Gewinn in die Ersatzliegenschaft investiert worden ist, aber auch mit Rücksicht auf eine mögliche spätere Fälligkeit der Steuer.

Steuerpflichtig ist der Veräusserer (§ 7 Abs. 1 GStG). Er hat Anspruch auf Steueraufschub bei einer Handänderung zum Zwecke der Ersatzbeschaffung von gleich genutzten Liegenschaften im Kanton, hier infolge Veräusserung von selbst genutztem Wohneigentum am Wohnsitz des Steuerpflichtigen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes wird die Steuerpflicht des Veräusserers aufgeschoben, wenn er die Liegenschaft veräussert, um sich als Ersatz wiederum eine Liegenschaft zu beschaffen. Weitere Voraussetzungen sind, dass die Veräusserung selbst genutztes Wohneigentum am Wohnsitz des Steuerpflichtigen betrifft, die Ersatzliegenschaft gleich genutzt ist und im Kanton Zug liegt, vorbehaltlich Gegenrechtsvereinbarungen mit anderen Kantonen (§ 5 Abs. 5 GStG). Die Steuer wird aber zur Zahlung fällig, sofern der Steuerpflichtige oder seine Erben das Ersatzgrundstück innert zehn Jahren nach der Handänderung veräussern oder nicht mehr selbst nutzen. Auch diese Bestimmung geht davon aus, dass der Steuerpflichtige selbst Eigentümer des Ersatzgrundstückes ist. Die Veräusserung durch ihn oder seine Erben innert zehn Jahren führt zur Fälligkeit der veranlagten Steuer. Der Steueraufschub bleibt bestehen, wenn der Steuerpflichtige aus entschuldbaren Gründen vor Ablauf von zehn Jahren die Selbstnutzung nicht aufrecht erhalten kann. Dieses Entgegenkommen ist für den Fall der Aufgabe der Selbstnutzung vorgesehen, nicht für die Veräusserung.

Es trifft zwar zu, dass das Gesetz den Begriff Identität nicht verwendet. Die genaue Analyse des Wortlautes bestätigt jedoch die Richtigkeit der von der Vorinstanz vertretenen Auffassung. Der Gesetzgeber hat die Ausnahme von der Besteuerung im Falle der Ersatzbeschaffung an eine Reihe von Voraussetzungen geknüpft. Eine dieser Voraussetzungen ist die Ersatzbeschaffung durch den Veräusserer selbst. Zu Unrecht beruft sich der Rekurrent im weiteren auf den Steueraufschubtatbestand von § 4 Ziff. 1 GStG zwischen Ehegatten bzw. zwischen Eltern und Nachkommen. Eine solche Handänderung ist nicht vorgenommen worden. Der bereits beurkundete und beim Grundbuch angemeldete Verkauf der Liegenschaft durch den Rekurrenten an seine Ehefrau ist rückgängig gemacht worden mit Rücksicht auf die damals geltenden Veräusserungsbeschränkungen. Dem Rekurrenten ist auch darin nicht zu folgen, dass er die Liegenschaft nach der Ersatzbeschaffung ohne weiteres an die Ehefrau hätte veräussern können. Der Steueraufschub würde auch in diesem Fall die Handänderung zwischen Ehegatten betreffen. Eine Ausnahme von der Veräusserungsbeschränkung von § 5 Abs. 3 GStG im Falle einer späteren Veräusserung mit Steueraufschub sieht das Gesetz nicht vor. Der Tatbestand des Steueraufschubs bei Ersatzbeschaffung ist nicht erfüllt.

(Verwaltungsgericht 22. Februar 1996)

## *Gesetz über die Grundstückgewinnsteuer (GStG)*

*§ 8 GStG. – Grundsatz der vergleichbaren Verhältnisse bei der Gewinnermittlung.  
Fall der Veräusserung eines Grundstückes nach Zerstörung der Wohnbaute durch Brand.*

*Aus den Erwägungen:*

3. Die Grundstückgewinnsteuer wird auf Gewinnen erhoben, die sich bei Handänderungen von Grundstücken oder Anteilen von solchen ergeben (§ 3 Abs. 1 GStG). Grundstücksgewinn ist der Betrag, um welchen der Erlös die Anlagekosten (Erwerbspreis und anrechenbare Aufwendungen) übersteigt (§ 8 Abs. 1 GStG). Der Steuersatz entspricht dem auf ein Jahr umgerechneten prozentualen Verhältnis des Grundstücksgewinnes zu den Anlagekosten (§ 15 Abs. 1 GStG).

Die Grundstückgewinnsteuer ist somit eine Objektsteuer, die bei der Handänderung von Grundstücken erhoben wird. Die Besteuerung erfolgt unabhängig von den übrigen persönlichen Einkommens- und Vermögensverhältnissen. Soweit sich die Rekurrentin darauf beruft, können sie in diesem Verfahren nicht berücksichtigt werden.

In § 8 Abs. 1 GStG wird der Grundstücksgewinn als Differenz zwischen Erlös und Anlagekosten umschrieben. Die Differenz zwischen beiden Werten stellt den «unverdienten» Wertzuwachs dar und bildet die Steuerbemessungsgrundlage. Um diese Differenz zuverlässig zu ermitteln, ist der Grundsatz der vergleichbaren Verhältnisse zu beachten. Dies gilt insbesondere auch bei einer Verminderung der Grundstückssubstanz bei Zerstörung einer Baute durch einen Brand (Reimann/Zuppinger/Schärner, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, Bd. IV, S. 200 ff.).

Gegenstand der Veräusserung, welche der Grundstückgewinnsteuer unterliegt, bildet der Verkauf der GBP Nr. 20 mit 961 m<sup>2</sup> Fläche und dem Schopf Assek.-Nr. 76b. Der von den Steuerpflichtigen erzielte Verkaufspreis beträgt Fr. 620000.-. Zu ermitteln sind die Anlagekosten dieses Verkaufsobjektes. Da das Wohnhaus nicht mitverkauft wurde, kann dessen Erwerbspreis nicht mitgerechnet werden. Konsequenterweise ist auch die von der Gebäudeversicherung ausbezahlte Brandentschädigung bei der Festsetzung des Erlöses nicht zu berücksichtigen (Reimann/Zuppinger/Schärner, a.a.O., S. 279 f. mit Hinweisen). Da der Erwerbspreis ohne das Brandobjekt zu berechnen ist und andererseits die Versicherungsentschädigung nicht zum Erlös zu rechnen ist, kann auch nicht geltend gemacht werden, diese Betrachtungsweise laufe auf die Besteuerung eines fiktiven Gewinnes hinaus.

(Verwaltungsgericht, 22. Februar 1996)

*Gesetz über die Kantons- und Gemeindesteuern (StG) Gesetz über die Grundstückgewinnsteuer (GStG)*

*§ 17 Abs. 1 Ziff. 2 StG, § 3 Abs. 2 GStG. – Der Verkauf von Autoeinstellplätzen in einer Tiefgarage unterliegt der Grundstückgewinnsteuer, auch wenn die Veräusserung durch Übertragung von als Dienstbarkeiten begründeten ausschliesslichen Benützungsrechten erfolgt.*

*Aus den Erwägungen:*

5. a) Die Rekurrentin macht unter Berufung auf § 2 des neuen Grundstückgewinnsteuergesetzes geltend, unter den Begriff Grundstück fielen nur Liegenschaften, in das Grundbuch aufgenommene selbständige und dauernde Rechte sowie Miteigentumsanteile. Die Rekurrentin habe aber in den zu beurteilenden Fällen die Berechtigung an den Autoeinstellplätzen in Form einer Dienstbarkeit eingeräumt. Eine blossе (und nicht verselbständigte) Dienstbarkeit lasse sich nicht unter den vorerwähnten Grundstücksbegriff subsumieren. Vielmehr gelte hierfür § 17 Abs. 1 Ziff. 2 StG, wonach Entschädigungen für die Belastung von Grundstücken mit privatrechtlichen Dienstbarkeiten der ordentlichen Besteuerung unterliege. Die GBP Nr. 1627, zu deren Lasten die fraglichen Dienstbarkeiten bestünden, stehe nach wie vor im Eigentum der Rekurrentin. Die zu Lasten dieser Parzelle errichteten Dienstbarkeiten seien weder Liegenschaften, noch selbständige und dauernde Rechte noch Miteigentumsanteile. Eine Sonderbesteuerung bedürfe einer klaren rechtlichen Grundlage, weshalb sich hier eine Grundstückgewinnbesteuerung verbiete. Dies ergebe sich auch daraus, dass die Rekursbeklagte wie andere Gemeinden in den früheren Reglementen die Belastung mit Dienstbarkeiten einer Handänderung gleichgestellt hätten. Ins neue Gesetz sei in Kenntnis des Wortlautes der damaligen gemeindlichen Reglemente eine entsprechende Bestimmung nicht aufgenommen worden. Es handle sich um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers. Der Grundstückbegriff gemäss § des neuen Gesetzes sei abschliessend formuliert.

b) Der Gemeinderat erklärt, die GBP Nr. 1627 umfasse noch 122 m<sup>2</sup> und erschöpfe sich räumlich in einer Garagenzufahrt einschliesslich Garagator. Die damit erschlossene Tiefgarage befinde sich als Überbaurecht zugunsten der GBP Nr. 1627 auf den belasteten GBP Nrn. 1683, 1684, 1685, 1686 und 1722. Im Parzellierungsbegehren sei unter Ziff. 2.1 hinsichtlich der Dienstbarkeiten an Garagenplätzen folgendes festgelegt:

«2.1 Zu Lasten der GBP Nr. 1627 (damals Restparzelle 10022 m<sup>2</sup> gross, heute aufgeteilt gemäss Planbeilage 2 der Beschwerdeführerin, KB 3), und zugunsten der X. AG sind an den – in den Tiefgaragen sich befindlichen Autoeinstellplätzen Nr. 1–108 ausschliessliche und übertragbare Benützungsrechte im Grundbuch einzutragen. Diese Einstellplätze sind im beigeschlossenen Vertragsplan 2 mit blauer Farbe umrandet und mit der entsprechenden Ziffer bezeichnet. In den vorstehend begründeten Benützungsrechten

an den Autoeinstellplätzen ist die Befugnis enthalten, die im beigeschlossenen Vertragsplan 2 mit blauer Farbe schraffierten Erschliessungsflächen begehen und befahren sowie den Autowaschplatz mitbenützen zu können.»

### «2.3 Grundbucheintrag:

Auf GBP Nr. 1627:

Last: Ausschliessliche und übertragbare Benützungsrechte an den Autoeinstellplätzen Nr. 1-108 in der Tiefgarage z.G. der X. AG.»

Sodann wird das Beispiel eines Kaufvertrages wie folgt zitiert:

«I.

2. Kaufgegenstand 2 (Benutzungsrecht)

2.1 Benutzungsrecht

Ausschliessliches und übertragbares Benutzungsrecht an dem in der Tiefgarage sich befindlichen Autoeinstellplatz Nr. 17. Dieser Autoeinstellplatz ist zu Lasten der GBP Nr. 1627 und zugunsten von St. im Grundbuch einzutragen.»

Der Gemeinderat führt aus, bei der Tiefgarage-Dienstbarkeit handle es sich um eine ausschliessliche, übertragbare, zeitlich nicht limitierte Dienstbarkeit, für welche die Vertragsparteien einen «Kaufpreis» bezahlt hätten. Die Tiefgarage sei in 108 ausschliessliche und übertragbare Personaldienstbarkeiten aufgeteilt. Jede Veräusserung von Benützungsrechten an den Abstellplätzen bedeute faktisch und wirtschaftlich die Teilveräusserung der GBP Nr. 1627. Aufgrund der in Art. 943 Abs. 2 ZGB dem Bundesrat erteilten Verordnungscompetenz bestimme Art. 7 der Grundbuchverordnung (GBV, SR 211.432.1), dass Dienstbarkeiten als dauernd gelten, wenn sie auf unbestimmte Zeit oder mindestens für 30 Jahre bestellt worden seien. Grundstücke im Sinne des ZGB seien die ins Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte (Art. 655 ZGB). Dem gleichen Wortlaut schliesse sich § 2 des Grundstückgewinnsteuergesetzes an, wonach als Grundstücke die in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte gelten würden. Die Rekurrentin habe für die einzelnen Benützungsrechte nicht selbständige Grundbuchblätter beantragt, obwohl dies an sich möglich gewesen wäre. Artikel 655 ZGB ziele mehr auf die «grossen Dienstbarkeiten» wie Baurecht und Quellenrecht. Dass für die Benützungsrechte keine separaten Grundbuchblätter angelegt worden seien, bedeute noch nicht, dass es sich nicht um selbständige und dauernde Rechte handle, die der Grundstückbesteuerung unterlägen. Vielmehr habe die Rekurrentin durch den Verkauf dieser Rechte dokumentiert, dass es sich um Rechtsgeschäfte handle, die bezüglich der Verfügungsgewalt über Grundstücke tatsächlich und wirtschaftlich wie eine Handänderung wirkten (§ 3 Abs. 2 GStG bzw. § 3 Abs. 2 lit. b des Reglementes über die Grundstückgewinnsteuer der Gemeinde Hünenberg, welches auf die noch im Jahre 1990 erfolgten Handänderungen der Grundstückgewinnsteuerfälle Nrn. 1990/70, 71, 73, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 85, 86, 87, 88 und 89 Anwendung finde).

c) In der Replik wird ausgeführt, die Grundstückgewinnsteuer sei eine subsidiäre Steuer, die nur Platz greifen könne, wenn ein bestimmter Steuer-

tatbestand nicht durch eine andere Steuer erfasst werde. Entschädigungen für die Belastung von Grundstücken mit privatrechtlichen Dienstbarkeiten würden gemäss § 17 Abs. 1 Ziff. 2 StG grundsätzlich durch die Einkommenssteuer erfasst. Die Erfassung durch die Grundstückgewinnsteuer würde eine klare Rechtsgrundlage voraussetzen. Dies erfordere die Eigentumsgarantie, gelte aber auch für die Besteuerungsart, da im Zweifelsfall aufgrund ihres allgemeineren Charakters zugunsten der ordentlichen Steuer zu entscheiden wäre. Bezüglich der Dienstbarkeiten bestimme § 2 Abs. 1 Ziff. 2 GStG, dass nur in das «Grundbuch aufgenommene selbständige und dauernde Rechte» als Grundstücke verstanden werden könnten. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus § 3 Abs. 2 GStG. Diese Bestimmung definiere nicht den Begriff des Grundstückes, sondern den Begriff der Handänderung. Das Benützungsrecht an einem Autoabstellplatz könne nun aber nicht ein dauerndes und selbständiges Recht sein, weil das ZGB den Kreis der Dienstbarkeiten, welche selbständig im Grundbuch eingetragen werden könnten, abschliessend aufzähle. Der Gewinn aus der Einräumung der Benützungsrechte an Parkplätzen könne nicht der Grundstückgewinnsteuer unterstellt werden.

d) In der Duplik führt der Gemeinderat unter Berufung auf das Parzellierungsbegehren und das Benützungs- und Verwaltungsreglement weiter aus, zu Lasten der GBP Nr. 1627 und zugunsten der X. AG seien 108 ausschliessliche und übertragbare Benützungsrechte im Grundbuch eingetragen. In den Benützungsrechten sei die Befugnis enthalten, die Erschliessungsflächen begehen und befahren sowie den Autowaschplatz mitbenützen zu können. Unterhalt, Erneuerung, Betrieb und Verwaltung der im Rahmen dieser Benützungsrechte bestehenden Autoeinstellplätze einschliesslich Erschliessungsflächen und Autowaschplatz folge einem Reglement, welches integrierenden Bestandteil der Grundbuchanmeldung bilde. Der Gemeinderat zitiert auch die Bestimmungen des Benützungs- und Verwaltungsreglementes über Nutzung der Autoabstellplätze, der Zufahrtsstrasse und der Zufahrtsflächen sowie des Waschplatzes, über Unterhalt und Erneuerung, Kostenbeitrag, Verwaltung, Rechtsstellung und Änderung der Reglementsbestimmung. Er führt aus, die von der Rekurrentin gewählte rechtliche Konstruktion habe folgende Eigenschaften und Wirkungen:

- Es handle sich bei den Benützungsrechten um Personaldienstbarkeiten
- die Dienstbarkeiten seien dauernd (Art. 7 GBV)
- die Personaldienstbarkeit sei jederzeit handelbar
- die Personaldienstbarkeit sei damit «selbständig»
- wirtschaftlich handle es sich um die Aufteilung der Tiefgarage GBP Nr. 1627 in einzelne frei handelbare Einheiten.

Die dem Gericht vorgetragene Streitfrage wäre dann nicht entstanden, wenn die Rekurrentin die Benützungsrechte den Stockwerkeinheiten oder den Grundstücken selbst als Grunddienstbarkeiten zugeordnet hätte oder wenn die Tiefgarage in Miteigentumsanteile aufgeteilt worden wäre. Alle drei Konstruktionen würden sich wirtschaftlich nicht voneinander unter-

scheiden. Die Parkplätze seien als wirtschaftlicher und funktionaler Bestandteil der Häuser bzw. Wohnungen stets Gegenstand der Kaufverträge. Bezahlt werde stets auch ein «Kaufpreis». Die Veräusserung von Personaldienstbarkeiten wirke tatsächlich und wirtschaftlich wie die Handänderung an Anteilen der Tiefgarage. Gestützt auf § 3 GStG sei die Veranlagung zu schützen.

6. Gemäss § 2 GStG gelten als Grundstücke: 1. Liegenschaften, 2. in das Grundbuch aufgenommene selbständige und dauernde Rechte, 3. Miteigentumsanteile. Unter dem Titel «Steuertatbestand» bestimmt § 3 GStG, dass die Grundstückgewinnsteuer auf Gewinnen erhoben wird, die sich bei Handänderungen von Grundstücken oder Anteilen von solchen ergeben (§ 3 Abs. 1 GStG). Andere Rechtsgeschäfte sind Handänderungen an Grundstücken gleichgestellt, wenn sie bezüglich der Verfügungsgewalt über Grundstücke tatsächlich und wirtschaftlich wie Handänderungen wirken (§ 3 Abs. 2 GStG).

Nach § 34 GStG wird § 17 Abs. 1 StG unter anderem dahingehend geändert, dass bei der ordentlichen Besteuerung als Einkommen insbesondere auch Entschädigungen für die Belastung von Grundstücken mit privatrechtlichen Dienstbarkeiten oder öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen gelten. Paragraph 3 Abs. 2 lit. b des Reglementes über die Grundstückgewinnsteuer der Einwohnergemeinde Hünenberg erfasste wie andere gemeindliche Reglemente diese Belastung von Grundstücken als den Handänderungen gleichgestellten Tatbestand. Diese Änderung des Rechts führt insbesondere dazu, dass etwa die Verminderung der Grundstücks substanz durch entgeltliche Einräumung von Wegrechten oder die Ablösung solcher Rechte keinen Steuertatbestand bei der Grundstückgewinnsteuer darstellen.

In systematischer Hinsicht ist zunächst festzuhalten, dass § 2 den Grundstücksbegriff umschreibt, welcher Art. 655 ZGB praktisch entspricht und damit dem zivilrechtlichen Grundstücksbegriff folgt. Gemäss § 3 GStG ist die Handänderung Steuertatbestand. Der Gesetzgeber erklärt nicht nur die zivilrechtliche Handänderung von Grundstücken oder Anteilen von solchen gemäss § 3 Abs. 1 GStG für grundstückgewinnsteuerpflichtig, sondern auch die wirtschaftlichen Handänderungen (§ 3 Abs. 2 GStG). Im vorliegenden Fall sind die Benützungrechte nicht als Grundstücke ins Grundbuch aufgenommen worden, obwohl Art. 7 der Grundbuchverordnung dies zulassen würde. Die Rekursgegnerin erklärt zu Recht, dass die rechtliche Konstruktion der Rekurrentin die gleiche Wirkung hat wie die Aufteilung der Tiefgarage in Miteigentumsanteile. Der Verkauf der Benützungrechte wirkt bezüglich der Verfügungsgewalt über das Grundstück tatsächlich und wirtschaftlich wie eine Handänderung. Der Erwerber des Benützungrechts erwirbt einen Parkplatz zur Sondernutzung und weitere Teile der Anlage zur Mitbenutzung, wobei dieses dauernde und selbständige Benützungrecht dinglich gesichert ist. Der Verkauf der Autoeinstellplätze unterliegt somit der Grundstückgewinnsteuer.

(Verwaltungsgericht, 22. Februar 1996)

## *Gesetz über die Grundstückgewinnsteuer (GStG)*

*§ 10 Abs. 1 GStG. – Generalunternehmer-Honorar als bauliche Aufwendung. Bei Eigenleistung bemisst sich die Höhe des Honorars nach den erbrachten, nicht anderweitig abgegoltenen Leistungen (Bestätigung der Rechtsprechung)*

*Aus den Erwägungen:*

7. a) Im angefochtenen Entscheid anerkannte der Gemeinderat ein Generalunternehmerhonorar zu einem Satz von 2%. Zur Begründung wurde ausgeführt, die Analyse der Zeitverhältnisse bei der Erstellung der Überbauung und bei den Daten der Kaufverträge über die Stockwerkeinheiten ergebe, dass die Kaufverträge weitgehend mit der Vollendung der Bauwerke zusammengefallen seien. Damit entfalle für das Kalkulieren sowohl der Termine als auch der Preise ein eigentliches Risiko. Es bleibe das unternehmerische Risiko der Garantieleistungen. Ein GU-Honorar von 2% decke insgesamt betrachtet die eigentlichen Risiken. Im übrigen habe die Steuerpflichtige in der Steuererklärung 6% deklariert, im Abänderungsantrag aber bereits eine Reduktion auf 4,5% vorgenommen. Es müsse daher angenommen werden, dass keine echte Berechnung oder Begründung vorgelegt werden könne.

b) Die Rekurrentin bringt dagegen vor, die Bemessung jeder Tätigkeit im Baubereich basiere auf Tarifen. Bei allen Tarifen müssten gewisse Annahmen getroffen werden. Es könne auf den Honoraranspruch des Architekten oder die Regiestunde des Arbeiters verwiesen werden. Auch beim GU-Honorar müsse vom üblichen ausgegangen werden. Es sei nicht einzusehen, warum die Rekurrentin anders als andere Generalunternehmer in vergleichbaren Fällen veranlagt worden sei. Da die Rekurrentin nur einen Teil der Entscheidungen der Einschätzungs- und Rechtsmittelinstanzen kennen könne, werde dem Verwaltungsgericht Antrag gestellt, bei allen Gemeinden abzuklären, welche GU-Honoraransätze in den letzten fünf Jahren Berücksichtigung gefunden hätten. Des weiteren möchte den Parteien Kenntnis davon gegeben werden, welche Ansätze in jenen Fällen Anwendung gefunden hätten, die vom Verwaltungsgericht beurteilt worden seien. Der Vertreter der Rekurrentin sei (nahezu) überzeugt, dass die GU-Honorare zwischen 4 und 4,5% liegen dürften.

c) In ihrer Vernehmlassung verweist die Vorinstanz auf die in GVP 1989/90, 22 = ES 1989 B1. 4 zusammengefasste Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes. Die Rekurrentin habe die geleistete GU-Tätigkeit als schwierig beurteilt und behauptet, die üblichen Garantien gemäss SIA-Norm 118 sowie die Termingarantie und die Kostengarantie im Rahmen von Pauschalpreisen übernommen zu haben. Aufgrund der Bauvollendungskontrolle und der Kaufverträge legt die Rekursgegnerin im Einzelnen dar, dass von 61 Verkäufen nur in sieben Fällen ein Terminrisiko im Umfang von eins bis fünf Monaten nachgewiesen sei. Der Gemeinderat beurteile dieses Terminrisiko

als äusserst gering. Diese Zeitverhältnisse träfen auch auf die Kostenplanung zu. Unter Berufung auf die Garantieregelung in den Kaufverträgen erklärt der Gemeinderat, die Rekurrentin verpflichte sich lediglich im Umfang der Handwerkergarantien. Sie habe keine eigenen Risiken hinsichtlich der Garantie und Mängelbehebung übernommen. Ihr Beitrag erschöpfe sich in der Durchführung und Durchsetzung der Garantieansprüche und allenfalls notwendigen Ersatzleistungen bei Undurchsetzbarkeit der Garantieansprüche gegenüber einzelnen Handwerkern.

Bei Betrachtung der Risiken für Termingarantie, Kostentreue und Güte des Bauwerkes erweise sich das Risiko der Rekurrentin als weitestgehend inexistent. Es beschränke sich auf die Güte des Bauwerkes. Ein Honorarsatz von 2% decke diese Risiken voll ab, betrage doch die Anrechnung in absoluten Zahlen Fr. 317'873.-

d) An der Referentenaudienz und in der Replik bringt die Rekurrentin vor, sie habe gegenüber verschiedenen Kaufinteressenten «Kaufzusagen» abgegeben. Diese könnten mit einem Vorvertrag verglichen werden. Der Grund für das Auseinanderklaffen von Bindung und Vollzug liege darin, weil man Grundbuchanmeldungen vielfach erst ausfertigen könne, wenn die bautechnischen Gegebenheiten dies erlaubten. Es sei steuerlich auch unerheblich, dass die «Kaufzusage» nicht öffentlich beurkundet gewesen sei und deshalb keine definitive Wirkungen habe entfalten können. Eine Immobiliengesellschaft könne sich nicht leisten, sich nicht an die von ihr abgegebenen Kaufzusagen zu halten. Zumindest in jenen Fällen, bei denen eine Kaufzusage eine Rolle spiele, sei ein GU-Honorar in Höhe von 4,5% anzurechnen. Für eine Erhöhung des Honorars spreche im weiteren, dass die Rekurrentin mit vielen Erwerbern von Eigentumswohnungen eine Rückkaufverpflichtung vereinbart habe. Wegen der Rezession sei es nun so, dass die Wohnungen, deren Rückkauf gefordert werde, heute einen bedeutend weniger hohen Wert aufwiesen als im Erstellungszeitpunkt. Die Rekurrentin müsse aber nicht nur den seinerzeitigen Erstellungspreis, sondern auch noch die hierauf berechnete Teuerung bezahlen. Diese Risikoübernahme der Rekurrentin müsse im GU-Honorar vernünftigerweise berücksichtigt werden.

e) In der Duplik erklärt der Gemeinderat, mit der Replik habe die Rekurrentin eine Liste von 22 Personen eingereicht, denen Kaufzusagen gemacht worden seien. Aus dem beigelegten Muster gehe hervor, dass die Kaufinteressenten den Betrag von Fr. 30'000.- innert zehn Tagen zu zahlen hatten. Diese Zahlung sei unverzinslich gewesen. Die Rekursgegnerin berechne, dass aufgrund der damaligen Zinssätze sich auf dem Kapital von Fr. 30'000.- ein jährlicher Zinsertrag von Fr. 1'725.- ergeben habe. Gemäss Vereinbarung in der Kaufzusage habe ein zurücktretender Kunde 5 ‰ des in Aussicht genommenen Kaufpreises bezahlen müssen. Das mit den Kaufzusagen einhergehende «Risiko» sei unter diesen Umständen bereits abgegolten.

Zur Rückkaufsverpflichtung wird ausgeführt, dieser stehe ein Vorkaufsrecht der Rekurrentin gegenüber. Das Vorkaufsrecht sei preislich limitiert gewesen. Ebenso sei der Rückkaufspreis im gleichen Umfang bestimmt gewesen. Diese Rechte könnten bei der als Objektsteuer ausgestalteten Grundstücksgewinnsteuer nicht berücksichtigt werden. Es rechtfertige sich nicht, über 2% GU-Honorar hinauszugehen.

8. Das GU-Honorar fällt unter die baulichen Aufwendungen gemäss § 10 Abs. 1 Ziff. 1 GStG. Das Verwaltungsgericht hat seine Praxis über die Kriterien für die Bemessung des GU-Honorars bei Eigenleistung in GVP 1989/90, 22, ES 1989, Bl. 4 zusammengefasst. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass in jedem Fall vorausgesetzt ist, dass tatsächlich Generalunternehmer-Leistungen erbracht und diese nicht bereits anderweitig, insbesondere im Architektenhonorar, angerechnet worden sind. Das Gericht hatte auch auf die typischen Generalunternehmerleistungen hingewiesen. Entsprechend unterschiedlichen generalunternehmerischen Leistungen wurden auch verschiedene Honorarsätze genannt, nebst Fällen, welche ausschliesslich nach dem Architektenhonorar berechnet wurden.

Die von der Rekurrentin angestellte Vermutung, die angerechneten GU-Honorare dürften im Kanton zwischen 4% und 4,5% liegen, entspricht weder der Praxis noch den Beobachtungen des Verwaltungsgerichtes. Da die Honorarsätze nach den im Einzelfall erbrachten Leistungen festzulegen sind, ist im übrigen ein reiner Zahlenvergleich nicht aussagekräftig. Hohe Honorare werden naturgemäss nicht ans Gericht weitergezogen. Andererseits greift das Gericht nicht ohne weiteres zuungunsten des Rekurrenten ein, wenn ihm ein angefochtenes Honorar grosszünftig erscheint.

Im vorliegenden Fall ist der Würdigung des Gemeinderates hinsichtlich der typischen GU-Leistungen beizupflichten. Die Kaufzusage enthält die Verpflichtung zu einer unverzinslichen «Reservationszahlung». Gleichzeitig beauftragt die Käuferschaft die Iten Bau AG mit der Ausarbeitung der notwendigen Verträge. Bei Rücktritt von der Kaufzusage ist die Verkäuferschaft berechtigt, nebst aufgelaufenen Kosten für Verträge und bereits begonnene Fertigstellungs- oder Ergänzungsarbeiten eine Umtriebsentschädigung von 5 ‰ des vereinbarten Kaufpreises von der Reservationszahlung in Abzug zu bringen. Der Kaufpreis wird zwar genannt, mangels öffentlicher Beurkundung fehlt es aber unbestrittenermassen an einer rechtlichen Verbindlichkeit. Mit der Kaufzusage wird insbesondere die Anzahlung geregelt und wird die Kaufabsicht so spezifiziert, dass die Verträge ausgearbeitet werden können. Eine besondere generalunternehmerische Leistung bzw. Garantie, welche zu einer Erhöhung des Honorarsatzes führen würde, liegt nicht vor. Dem Gemeinderat ist auch darin beizupflichten, dass Vorkaufsrecht und Verpflichtung zum Rückkauf nicht als bauliche Aufwendungen bzw. GU-Leistungen anerkannt werden können, welche beim Verkauf zu berücksichti-

gen wären. ES ergibt sich somit, dass keine Leistungen ausreichend dargetan worden sind, welche eine Erhöhung des GU-Honorars über 2% hinaus rechtfertigen.

(Verwaltungsgericht, 22. Februar 1996)

### *Gesetz über die Grundstückgewinnsteuer (GSt G)*

*§ 10 GStG. – Eigene Verkaufsbemühungen sind als Aufwendungen anrechenbar.  
Kriterien für die pauschale Anrechnung (Bestätigung der Rechtsprechung).*

#### *Aus den Erwägungen:*

9. a) Die Rekurrentin bringt vor, für die Entschädigung der Verkaufstätigkeit würden sinngemäss die Ausführungen gelten, wie sie zum GU-Honorar gemacht worden seien. Sie müssten in jener Höhe berücksichtigt werden, wie sie ein Dritter in Rechnung gestellt hätte. Zumindest seien aber nebst dem eigentlichen Verkaufshonorar von 1% die nachgewiesenen Insertionskosten von Fr. 45 123.55 anzurechnen. Die Rekurrentin verweist auch auf die Eingabe ans Grundstückgewinnsteueramt der Gemeinde vom 21. Juni 1993. Darin wird berechnet, dass 2<sup>1/2</sup> Leute in der Verkaufsabteilung der Rekurrentin während 3<sup>1/2</sup> Jahren zur Hälfte mit dem Verkauf der 61 Eigentumswohnungen der Überbauung beschäftigt gewesen seien. Die Personalkosten werden auf Fr. 1 125 000.- beziffert.

b) Der Gemeinderat erklärt in der Vernehmlassung, er habe unter dem Titel Verkaufsbemühungen in der Veranlagung Fr. 362 816.-, nämlich 1% der Verkaufssumme von Fr. 36 281 606.-, als steuerlich relevanten Aufwand anerkannt. Pro verkauftes Stockwerk ergebe dies rund Fr. 6000.-. Darin eingeschlossen seien lediglich Insertionskosten von Fr. 45 123.55, nicht aber die Kosten für Vertragsarbeit von Fr. 27 000.-, Stockwerkeigentumsbegründung von Fr. 128 916.-, welche separat als Aufwendungen anerkannt worden seien. Ins Gewicht falle auch, dass beim Haus B II mit sieben Wohneinheiten nur ein Kaufvertrag notwendig gewesen sei. Im übrigen würden sich die Kaufverträge weitestgehend gleichen wie ein Ei dem andern. Die pauschale Anrechnung von 1% der Verkaufssumme sei als äusserst grosszügig zu betrachten. Weitere Aufwendungen müssten von der Rekurrentin im Detail begründet werden können, was nicht der Fall sei.

c) An der Referentenaudienz und in der Replik bringt die Rekurrentin ergänzend vor, ein Betrag von Fr. 6000.- pro Stockwerkeinheit wäre angemessen, wenn man jeweils nur mit einem Interessenten hätte verhandeln müssen. Angesichts der schwieriger gewordenen Situation auf dem Immobilienmarkt erstreckten sich die Bemühungen aber auf viele Interessenten bezüglich der gleichen Wohnung, wobei es sogar vorgekommen sei, dass

Käufer von ihren Zusagevereinbarungen zurückgetreten seien. Die Rekurrentin habe den Verkaufsangestellten pro verkaufter Einheit einen Bonus von 72% ausbezahlt. Die Anrechnung von nur 1% sei unangemessen.

d) Der Gemeinderat erklärt in der Duplik, all jene Kunden, die von den Kaufzusagen zurückgetreten seien, hätten 5 ‰ auf den in Aussicht genommenen Kaufpreis bezahlen müssen nebst den aufgelaufenen Kosten für Verträge und bereits begonnene Fertigstellungs- und Ergänzungsarbeiten. Solche Fälle seien nicht unter dem Titel Verkaufsbemühungen zusätzlich zu berücksichtigen. Der Aufwand für Verkaufsbemühungen, Kosten für Vertragsarbeit und Begründung des Stockwerkeigentums sei total mit Fr. 518 732.- angerechnet worden, was pro verkaufte Einheit Fr. 8 503.- ergäbe. Eine Erhöhung über 1% hinaus lasse sich nicht rechtfertigen.

e) Gemäss § 10 Abs. 1 Ziff. 6 GStG sind als Aufwendungen ausgewiesene Mäklerprovisionen für den Erwerb und die Veräusserung sowie die ausgewiesenen Insertions- und Prospektkosten für den Verkauf anrechenbar. Das Verwaltungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung festgehalten, dass ein Abzug für die notwendigen Aufwendungen für den Kauf zuzulassen ist, da die Einschätzungspraxis nicht auf die Besteuerung eines fiktiven Gewinnes hinauslaufen darf. Das Verwaltungsgericht lässt deshalb notwendige Aufwendungen für den Verkauf auch dann zu, wenn die Reglemente dies nicht ausdrücklich vorsehen (GVP 1989/90, 27). Das neue Gesetz nennt die ausgewiesenen Insertions- und Prospektkosten für den Verkauf nunmehr ausdrücklich. Im übrigen kann gemäss der genannten ständigen Rechtsprechung nicht auf die üblichen Provisionssätze der Mäkler abgestellt werden, da darin auch der Gewinnanteil des Mäklers enthalten ist. Grundsätzlich ist der Verkaufsaufwand effektiv nachzuweisen. Ist ausreichend dargetan, dass ein Verkaufsaufwand entstanden ist, der aber nicht ohne unverhältnismässige Bemühungen belegt werden kann, so erfolgt die Anrechnung pauschal, wobei eine gewisse Zurückhaltung geboten ist (GVP 1989/90, 27 mit verschiedenen Hinweisen). Aufgrund dieser Rechtsprechung hat das Gericht in Würdigung der jeweiligen Verhältnisse des Einzelfalles eine Anrechnung zwischen 1/2 und 1 1/2% des Verkaufspreises anerkannt. Massgebend ist der nach Verkaufsobjekt und Marktlage sich ergebende Aufwand der Bemühungen. Der Satz von 1/2% des Verkaufspreises ist nur ausnahmsweise und unter besonders erschwerten Bedingungen anerkannt worden. Die Praxis bewegt sich hauptsächlich zwischen 1/2 und 1%. Dabei hat es die Meinung, dass die Insertions- und Prospektkosten in der Pauschale enthalten sind. Im vorliegenden Fall geht es um den Verkauf von Eigentumswohnungen in einer nicht besonders günstigen Zeit. Ein Prozent der Verkaufsbemühungen scheint deshalb angemessen. Im Rahmen der Pauschale kann nicht besonders berücksichtigt werden, in welcher Form die Rekurrentin das Personal für die Verkaufsbemühungen entschädigt. Soweit dem Personal 1/2% des Verkaufspreises als Provision überlassen wurde, kann dies nicht zusätzlich in

Form einer Erhöhung der Pauschale über den praxismässig angewendeten Satz hinaus berücksichtigt werden.

(Verwaltungsgericht, 22. Februar 1996)

*Gesetz über die Grundstückgewinnsteuer (GStG)*

*S 11 GStG. – Erlösminderung. Die Gewährung eines zinslosen Darlehens an den Käufer für die Kaufpreisleistung mindert den Verkaufserlös.*

*Aus den Erwägungen:*

11. a) Die Rekurrentin macht schliesslich eine «negative Kaufpreisleistung» (Erlösminderung) geltend. Sie habe Käufern mit Familien für eine bestimmte Zeitspanne einen bestimmten Teil des Kaufpreises der Eigentumswohnungen zinslos «stehengelassen», was in den Kaufverträgen entsprechend vereinbart worden sei. Der Rekurrentin seien dadurch insgesamt Fr. 89300.- an Zinsen entgangen. Dieser Verzicht könne nicht anders als Verpflichtung des Verkäufers gegenüber dem Erwerber zu bestimmten zukünftigen Leistungen im Sinne von § 11 Abs. 2 GStG beurteilt werden. Durch den Zinsverzicht sei der Erlös gemindert worden, was bei der Grundstückgewinnbesteuerung nicht unberücksichtigt bleiben dürfe. Steuerrechtlich bestehe kein Unterschied, ob ein Verkäufer sich verpflichte, eine bestimmte Leistung wie die Erstellung einer Erschliessungsstrasse zu erbringen oder ob er auf Einkünfte, die er ohne die fragliche Vertragsklausel gehabt hätte, verzichte.

b) Der Rekursgegner erklärt, die Rekurrentin hätte der Käuferschaft auch ein normal verzinsliches Darlehen gewähren können, das von der Grundstückgewinnsteuerbehörde nicht als zusätzliche Kaufpreisleistung in die Berechnung der Steuer aufgenommen worden wäre. Beim Darlehen handle es sich um ein reines Finanzierungsmittel, das grundstückgewinnsteuerlich irrelevant sei. Im übrigen gehe das Gesetz nicht von vorneherein von der Verzinslichkeit von Darlehen aus (Art. 313 Abs. 1 OR).

c) An der Referentenaudienz und in der Replik hält die Rekurrentin daran fest, dass die Gewährung zinsloser Darlehen einen Minderwert des Kaufpreises bewirke. Es dürfe steuerlich keinen Unterschied ausmachen, ob ein Rabatt als reduzierter Kaufpreis oder als Zinsvorteil gewährt werde. Um die Summe der Zinsnachteile reduziere sich der Erlös.

d) In der Duplik erklärt der Gemeinderat, ob die Zinsen gewinnmindernde «Nichteinnahmen» seien, die bei der Veranlagung der Objektsteuer als Anlagekosten anzurechnen seien, habe das Verwaltungsgericht zu entscheiden.

12. Die Rekurrentin hat bei einem Teil der Verkäufe aus der Gesamtüberbauung im öffentlich beurkundeten Kaufvertrag im Abschnitt «Kaufpreis

und Zahlungsbedingungen» eine Finanzierungserleichterung zugestanden. Der Kaufpreis wird durch Verrechnung der Anzahlung, Übernahme der Baukreditschuld und Überweisung des verbleibenden Restbetrages an die Verkäuferin getilgt. Als Zahlungserleichterung gewährt die Rekurrentin der Käuferschaft ein zinsloses Darlehen für einen Teil des Restbetrages. Die zinslosen Darlehen betragen Fr. 10000.-, Fr. 20000.- oder Fr. 30000.-. Nach Fälligkeit kann das Darlehen für weitere fünf Jahre von der Käuferschaft beansprucht werden, es ist jedoch zum jeweiligen Zinssatz der Zuger Kantonalbank für erste Neuhypothenen für Wohnbauten zu verzinsen. Gemäss Aufstellung der Rekurrentin sind in insgesamt 19 Fällen solche Darlehen gewährt worden für einen Gesamtbetrag von Fr. 320000.-.

Als Erwerbspreis gilt der Kaufpreis mit Einschluss aller weiteren Leistungen des Erwerbers (§ 9 Abs. 1 GStG). Desgleichen gilt als Erlös der Kaufpreis mit Einschluss aller weiteren Leistungen des Erwerbers (§ 11 Abs. 1 GStG). Erfolgt Leistung und Gegenleistung nicht am Tage der Handänderung, so muss der nominelle Kaufpreis, allerdings unter Berücksichtigung des Nutzen- und Schadenantrittes um die Verzinsung berichtigt werden. Das Verwaltungsgericht hat insbesondere auch entschieden, dass sich der Grundstücksgewinn auf dem um die «negative Kaufpreisleistung» reduzierten Erwerbspreis berechne, wenn beim früheren Erwerb der Liegenschaft ein Teil des Kaufpreises zinslos gestundet worden ist (GVP 1993/94, 73 = ES 1993, Bl. 4). Die Grundstückgewinnsteuer wird auf Gewinnen bei Handänderungen erhoben (§ 3 GStG). Es stellt sich daher die Frage, wo die Grenze zwischen einer Stundung des Kaufpreises und einer mit der Veräusserung nicht zusammenhängenden Darlehensgewährung zu ziehen ist. Die Rekurrentin verweist in diesem Zusammenhang zu Recht auf § 11 Abs. 2 GStG, wonach die Verpflichtungen des Veräusserers gegenüber dem Erwerber zu bestimmten zukünftigen Leistungen, wie zur Erstellung einer Erschliessungsstrasse, einer Kanalisation usw., berücksichtigt werden, wenn die Leistung im Zeitpunkt der Festsetzung des Steuerbetrags betragsmässig bestimmbar ist und innert fünf Jahren nach Vertragsschluss erbracht werden muss. Paragraph 11 Abs. 2 GStG nennt zwar bauliche Beispiele, die zukünftigen Leistungen sind aber nicht abschliessend umschrieben. Die Darlehensgewährung hält sich an den zeitlichen Rahmen von fünf Jahren. Sie ist mit der Veräusserung insofern verknüpft, als ein Teil des Kaufpreises in Form der Darlehensgewährung gestundet wird. Der Zinssatz ergibt sich ebenfalls aus der vertraglichen Abmachung für die Folgezeit. Unter diesen Voraussetzungen ergibt sich für das neue wie auch für das inhaltlich gleiche alte Recht die Berücksichtigung als negative Kaufpreisleistung bzw. Erlösminderung. Die entsprechenden Geschäfte werden zu spezifizieren und entsprechend neu zu berechnen sein.

(Verwaltungsgericht, 22. Februar 1996)

*Gesetz über die Grundstückgewinnsteuer (GStG)*

*§ 10 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 GStG. – Anrechnung von Planungskosten als Aufwendungen. Welche Kosten für Planungen sind nur anrechenbar, wenn sie einer Behörde zur Vorprüfung oder Bewilligung eingereicht wurden?*

*Aus dem Sachverhalt:*

A. Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 22. Juni 1994 verkaufte X. ein Stück Land mit einer Fläche von 6726 m<sup>2</sup> an Y. Gemäss Kaufvertrag beträgt der Kaufpreis für das Land Fr. 5060000.- und für die bis zum Vertragsabschluss aufgelaufenen Projektkosten Fr. 540000.-, somit total Kaufpreis für das Land und die aufgelaufenen Projektkosten Fr. 5600000.-. Diese Projektkosten beinhalten gemäss Kaufvertrag die Architekturleistung, die Arealbebauungsplanung, das Vorprojekt sowie das Projekt und die Ausführungspläne, das Sanitär/Heizungsingenieur-Projekt, die Wettbewerbskosten, die Bautreuhandkosten sowie die allgemeinen Planungsnebenkosten. Der Kaufpreis von Fr. 5600000.- wird gemäss Kaufvertrag beglichen durch Anrechnung einer bereits erfolgten Anzahlung, durch Übernahme von auf der Liegenschaft lastenden Grundpfandschulden, durch Zahlungen an den Verkäufer und durch Gewährung eines ausserhalb des Vertrages zu regelnden Darlehens zwischen Verkäufer und Käufer.

Die Grundstückgewinnsteuer-Kommission veranlagte am 22. Dezember 1994 das Veräusserungsgeschäft wie folgt:

Verkaufspreis ohne Planungskosten	Fr.	5060000.--
Anlagekosten ohne Planungskosten		823736.--
Grundstückgewinn	Fr.	4236264.--

Gesamtrendite	$\frac{\text{Gewinn} \times 100}{\text{Anlagekosten}}$	% 514.27
---------------	--	----------

Rendite pro Jahr	$\frac{\text{Gesamtrendite}}{\text{Besitzesdauer}}$	$\frac{514.27}{25}$	% 20,5710
------------------	---	---------------------	-----------

Steuerbetrag	Fr.	871441.--
--------------	-----	-----------

B. Im Einspracheverfahren wurde verlangt, die Planungskosten von Fr. 540000.- einerseits beim Verkaufserlös und andererseits bei den Anlagekosten anzurechnen, da sich dadurch zwar nicht die Höhe des Gewinnes, sehr wohl aber der Steuersatz ändere, und zwar wie folgt:

Gesamtrendite	$\frac{\text{Gewinn} \times 100}{\text{Anlagekosten}}$	$\frac{\text{Fr. 4236264.-}}{1363736.-}$	% 310.63
Rendite pro Jahr	$\frac{\text{Gesamtrendite}}{\text{Besitzesdauer}}$	$\frac{310.63}{25}$	% 12,425
Steuer			Fr. 526356.-

Im Einspracheentscheid vom 2. März 1995 bestätigte die Grundstückgewinnsteuer-Kommission die Veranlagung. Die Kosten für Planung seien nur zu berücksichtigen, wenn sie einer Behörde zur Vorprüfung oder Bewilligung eingereicht worden seien, was im vorliegenden Fall nicht geschehen sei.

C. Mit Rekurs vom 3. April 1995 wird erneut beantragt, es sei unter Einbezug der Planungsaufwendungen bei Verkaufserlös und Anlagekosten unter Anwendung eines Steuersatzes von 12.425% eine Steuer von Fr. 526356.- festzulegen. Die Rekursbeklagte sei anzuweisen, in diesem Sinn eine Neuveranlagung vorzunehmen und dem Rekurrenten die Differenz zwischen provisorischem und definitivem Rechnungsbetrag in Höhe von Fr. 93644.- mit Zins zurückzuerstatten, unter Kostenfolge zu Lasten der Rekursbeklagten.

Zur Begründung wird insbesondere ausgeführt, der Rekurrent habe Projektierungskosten in Höhe von Fr. 540000.- tatsächlich an Dritte bezahlt. Soweit dies aus dem Einspracheentscheid ersichtlich sei, würden diese Kosten und die Tatsache, dass sie bezahlt worden seien, von der Rekursbeklagten nicht bestritten. Unbestritten sei auch, dass die entsprechenden Projektaufwendungen vor dem Abschluss des Kaufvertrages getätigt worden seien. Sodann sei das Baugesuch für die Gesamtüberbauung der Verkaufsparzelle, nämlich für die Wohnüberbauung Oberdorf-Eschen, am 8. November 1993 eingereicht, unmittelbar anschliessend ein erstes Mal ausgeschrieben, später zur Ergänzung an die Architekten zurückgewiesen und am 19. Dezember 1993 erneut ausgeschrieben worden. Der Gemeinderat habe am 7. März 1994 die Baubewilligung erteilt, also rund 3 $\frac{1}{2}$  Monate vor dem Abschluss des Kaufvertrages. Sämtliche für die Baubewilligung erforderlichen Pläne und Gesuchsunterlagen seien von den HTS Architekten ausgefertigt worden. Gemäss der SIA-Norm 102 sei ihnen davon ein Honoraranspruch in Höhe von mindestens 23 Teilleistungsprozenten zugestanden. Dies entspreche einem Betrag von Fr. 227628.45. Nach dem klaren Wortlaut von Paragraph 10 Abs. 1 Ziff. 2 GStG seien zumindest diejenigen Planungskosten anrechenbar, welche die HTS Architekten für die «Baubewilligungsteilleistungen» in Rechnung gestellt hätten. Dies seien 90% von Fr. 227626.-, somit Fr. 204865.- gewesen. Auch die anderen vom Rekurrenten bezahlten Planungskosten müssten jedoch anrechenbar sein. Unter § 10 Abs. 1 Ziff. 2 GStG

könnten nur die Kosten solcher Planungen fallen, die überhaupt einer Vorprüfung oder Bewilligung unterlägen. All jene Planungen, die sachlich oder zeitlich der Baubewilligungsplanung nachgingen, könnten bei der Berechnung des Grundstückgewinnes nie berücksichtigt werden, wenn solche nachgehenden Planungen nicht vom (schliesslich) Bauenden selbst getätigt würden. Gemäss § 10 Abs. 1 Ziff. 1 GStG seien alle Aufwendungen für Bauten anrechenbar, wenn solche Aufwendungen zu einer dauernden und wertvermehrenden Verbesserung des Grundstückes führten. Die Aufwendungen könnten planerischer wie baulicher Art sein, entscheidend sei allein, ob ein Grundstück durch sie einen Mehrwert erhalte. Der Wert eines Grundstückes werde immer in positiver Weise beeinflusst, wenn Planungen später Grundlage für tatsächlich realisierte Bauten und Bauteile bildeten. Ohne solche Planungen könnte eine Bauteile gar nicht realisiert werden. Die Aufwendungen für schliesslich realisierte Planungen fielen unter Art. 10 Abs. 1 Ziff. 1 GStG. Alle drei vom Rekurrenten für Planungsaufwendungen bezahlten Rechnungen seien für die Gewinnermittlung zu berücksichtigen.

D. In ihrer Vernehmlassung vom 2. Mai 1995 beantragt die Grundstückgewinnsteuer-Kommission Steinhausen, der Rekurs sei abzuweisen. Eventualiter seien Kosten für Planungen als Aufwendungen des Verkäufers anzurechnen, soweit sie bis zur Handänderung zur Zahlung fällig geworden seien.

Die Kommission erklärt, Käufer und Verkäufer hätten gemeinsam am 8. November 1993 ein Baugesuch durch die Z. Treuhand AG einreichen lassen. Die Baubewilligung vom 7. März 1994 habe auf den Verkäufer und den Käufer gelautet. Gemäss § 10 Abs. 1 Ziff. 1 GStG seien Aufwendungen für dauernde und wertvermehrende Verbesserungen des Grundstückes anrechenbar, soweit sie durch effektiv an Dritte bezahlte Beträge ausgewiesen seien. Es komme auf die tatsächlichen Zahlungen an. Ein blosses Schuldverhältnis, das erst zu Kosten führe, bleibe ohne Einfluss auf den Steuerfall. Paragraph 10 Abs. 4 GStG grenze sodann die Aufwendungen auf die massgebliche Besitzesdauer ein, d.h. auf den Zeitpunkt zwischen Erwerb und Verkauf des Grundstückes. In § 10 Abs. 1 Ziff. 2 GStG verlange bei Planungen zusätzlich, dass die ausgewiesenen fälligen Forderungen Dritter an den Verkäufer nur dann als Aufwendungen angerechnet würden, wenn die Pläne einer Behörde eingereicht worden seien. Vorliegend hätten H.H. und P. W. zwar Planungen veranlasst, die Kosten habe jedoch der Käufer getragen. Der Verkäufer habe die Bezahlung nach dem Verkauf des Landes veranlasst. Nach der Handänderung entstandene Kosten fielen für die Berechnung der Grundstückgewinnsteuer ohnehin ausser Betracht.

Sollte das Gericht dieser Auffassung nicht folgen, so wäre einzig die Planung der Architekten gemäss ihrer Honorarberechnung vom 23. Juni 1994 insofern als anrechenbare Aufwendung zu berücksichtigen, als sie die Positionen 1 bis 2.3 umfasse. Alle weiteren vom Rekurrenten geltend gemachten Aufwendungen seien nach der Baubewilligung erfolgt.

*Aus den Erwägungen:*

...

2. a) Als Aufwendungen sind gemäss § 10 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 GStG anrechenbar:

1. Aufwendungen für Bauten, Umbauten, Meliorationen, Erschliessungskosten, bei der Einkommens- oder Ertragssteuer nicht zu berücksichtigende Bau- und Landzinsen sowie andere Aufwendungen, die zu einer dauernden und wertvermehrenden Verbesserung des Grundstückes führen. Massgebend sind die vom Eigentümer effektiv an Dritte bezahlten Beträge;
2. Kosten für Planungen wie insbesondere Bebauungspläne, Bauermittlungen und Vorprojekte, die einer Behörde zur Vorprüfung oder Bewilligung eingereicht wurden;

Das ältere gemeindliche Grundstückgewinnsteuerrecht kannte in der Regel eine dem § 10 Abs. 1 Ziff. 1 sinngemäss entsprechende Bestimmung über dauernde und wertvermehrende Verbesserung, nicht aber eine Norm gemäss § 10 Abs. 1 Ziff. 2 GStG. Dies trifft insbesondere für das gemeindliche Grundstückgewinnsteuer-Reglement vom 29. Oktober 1968 zu, während das Reglement vom 18. April 1983 in § 10 Ziff. 7 eine entsprechende Bestimmung aufweist. In seiner Praxis zum alten Recht im Sinne von § 10 Abs. 1 Ziff. 1 GStG hat das Verwaltungsgericht wiederholt erkannt, dass Entschädigungen für Bauprojekte grundsätzlich nicht in die Gewinnberechnung einbezogen werden, da sie nicht liegenschaftliche Werte sind. Soweit allerdings ein Bauprojekt für den Erwerber tatsächlich einen Wert hat, ist es in diesem Umfang als Aufwendung zuzulassen. Dies führte zur Prüfung, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die gemäss Kaufvertrag für das Architektenprojekt vom Käufer geleistete Entschädigung für diesen einen Wert darstellte (Urteile des Verwaltungsgerichtes vom 22. Februar 1979 i.S. D. gegen Menzingen, vom 8. Juni 1978 i.S. R. gegen Hünenberg und vom 24. März 1977 i.S. W. gegen Menzingen). Nach der neueren Zürcher Praxis kommt es bei Bauprojekten wie bei anderen wertvermehrenden Aufwendungen nicht darauf an, ob sie auch effektiv zu einem dem bezahlten Betrag entsprechenden Wertzuwachs geführt haben. Anrechenbar sei stets der bezahlte Betrag. Die Bauprojektierung sei nämlich ein umfassender, gesamthafter Vorgang, der in einzelnen Stufen mit mehr oder weniger grossem Kostenaufwand letztlich zum baureifen Projekt führe. Dies sei selbstverständlich, wenn sich jedes spätere Projekt als verbesserte Weiterentwicklung des früheren darstelle, müsse aber auch dann gelten, wenn einzelne Projektierungsstufen von der Endlösung aus gesehen als verfehlt und nutzlos erschienen. Die Aufwendungen für Hochbauprojekte hätten als wertvermehrende Aufwendungen zu gelten. Ist der Veräusserer für die Hochbauprojekte entschädigt worden, so gehört der hierfür bezahlte Preis zum grundsteuerlich massgebenden Erlös (Zuppinger/Scharrer/Fässler/Reich, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz Ergänzungsband 2. Aufl. 1983, S. 501 f.)

Wenn auch keine neueren Entscheide des Zuger Verwaltungsgerichtes vorliegen, so kann man sich doch fragen, ob nicht § 10 Abs. 1 Ziff. 1 GStG Planungskosten, insbesondere bei einer Auslegung gemäss der neueren Zürcher Praxis, ausreichend berücksichtigen würde und Ziff. 2 überflüssig wäre. Bei einer Gegenüberstellung der Ziffern 1 und 2 fällt auf, dass in Ziff. 2 Planungen wie insbesondere «Bebauungspläne, Bauermittlungen und Vorprojekte» genannt werden, nicht aber etwa Bauprojekte. Es handelt sich um Planungen, bei denen aufgrund der Gerichtspraxis in besonderem Masse fraglich sein konnte, ob sie als Aufwendung anrechenbar seien. Die Frage bejaht der Gesetzgeber für den Fall, dass sie zur Vorprüfung oder Bewilligung eingereicht wurden. Damit werden aber nicht Planungen von der Anrechnung ausgeschlossen, welche nach § 10 Abs. 1 Ziff. 1 GStG ohnehin anrechenbar sind.

b) Im vorliegenden Fall wurde das Land samt den Planungen verkauft, die dem Erwerber für die Überbauung des Grundstücks dienen. Der Erwerber hat einen Kaufpreis bezahlt, welcher die Land- und die Planungskosten umfasste. Die Planungen haben den Charakter von wertvermehrenden Verbesserungen des Grundstückes, sofern sie nicht bereits zufolge Vorprüfung oder Bewilligung gemäss § 10 Abs. 1 Ziff. 2 GStG anrechenbar sind.

In zeitlicher Hinsicht sind die in der massgebenden Besitzesdauer gemachten Aufwendungen anrechenbar (§ 10 Abs. 4 GStG). Wie der Rekurrent zutreffend vorbringen lässt, sind die Planungen vor der Veräusserung (Grundbucheintrag 24. Juni 1994) «gemacht» worden. Der Veräusserer hat sie während der Besitzesdauer vornehmen lassen und die Planung veräussert. Die Bezahlung erfolgte durch den Erwerber an den Veräusserer, und zwar im Umfang der «gemachten Aufwendungen». Die Planungskosten sind somit der massgebenden Besitzesdauer zuzurechnen. Unerheblich ist, dass der Veräusserer die Honorare nach dem Verkauf bezahlt hat. Massgebend sind aber die effektiv an Dritte bezahlten Beträge (§ 10 Abs. 1 Ziff. 1 GStG). Von der Veranlagungsbehörde ist somit der Zahlungsnachweis und die tatsächliche Höhe der bezahlten Beträge zu überprüfen. Ob die Zahlung innerhalb der Besitzesdauer erfolgte oder kurz nach der Veräusserung, ist unerheblich. Insofern kommt es auch nicht auf die Rechnungstellung und allfällige entsprechende Fälligkeiten an. Massgebend ist die während der Besitzesdauer vorgenommene Planung und der «Verkauf» dieser Planung an den Erwerber.

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Rekurs gutzuheissen und demnach eine Steuer von Fr. 526356.- zu veranlagern ist. Dementsprechend hat die Kommission die Rückzahlung samt Zins zu berechnen. Die Kosten des Verfahrens sind gemäss § 33 GStG i.V. mit § 92 StG der Einwohnergemeinde Steinhausen aufzuerlegen.

(Verwaltungsgericht, 28. März 1996)

## *Gesetz über die Grundstückgewinnsteuer (GStG)*

*§ 10 Abs. 5 GStG. - Abgrenzung zwischen der Einkommens- und der Grundstückgewinnsteuer. Fallen Auslagen bei der Grundstückgewinnsteuer ausser Betracht, wenn sie bei der Einkommenssteuer angerechnet wurden oder wenn sie anrechenbar sind?*

*Aus dem Sachverhalt:*

A. ... Mit dem Veranlagungsentscheid vom 8. August 1994 wurde X. aufgrund des erzielten Grundstückgewinnes von Fr. 611046.- von der Grundstückgewinnsteuer-Kommission der Stadt Zug eine Grundstückgewinnsteuer von Fr. 61 104.60 auferlegt. Der Verkäufer hatte am 3. Januar 1994 aufgrund der provisorischen Steuerrechnung Fr. 65000.- bezahlt, so dass sich aus der Abrechnung ein Saldo von Fr. 3 895.40 zuzüglich Zins von Fr. 104.60 zugunsten des Steuerpflichtigen ergab.

...

B. Am 13. Februar 1995 reichte X. beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Rekurs ein. Als Begründung führt er aus, die im Veranlagungsentscheid aufgeführten wertvermehrenden Aufwendungen seien nicht richtig berücksichtigt worden. Die unter Ziffer I der Zusammenstellung geltend gemachten, wertvermehrenden Aufwendungen seien nur zum Teil angerechnet worden. Er beantragt deshalb unter anderem, dass der von Kaiser & Thaler, Zug, am 14. November 1969 eingebaute Tank zu Fr. 6372.-, die Fr. 772.- für die 40%ige Vergrösserung des Öltanks am 25. November 1969 durch die Gebr. Gysi AG, Baar, und die Spenglerarbeiten am Tankraum durch Carl Abicht, Zug, zu Fr. 1087.- ebenfalls als wertvermehrende Positionen zu betrachten seien.

...

C. Mit Vernehmlassung vom 1. Mai 1995 beantragt die Einschätzungskommission die Abweisung des Rekurses, unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Rekurrenten. Zur Begründung führt sie aus, gemäss § 10 Abs. 5 GStG fielen Auslagen, welche bei der Einkommensbesteuerung angerechnet worden seien, als Aufwendungen ausser Betracht. Nachdem der Rekurrent die von ihm bezeichneten Positionen schon einmal vollumfänglich im Rahmen der Einkommensbesteuerung geltend gemacht habe, könne man sie bei der Veräusserung nicht noch ein zweites Mal anrechnen.

...

*Aus den Erwägungen:*

...

2. Grundstückgewinn ist der Betrag, um welchen der Erlös die Anlagekosten (Erwerbspreis und anrechenbare Aufwendungen) übersteigt (§ 8 Abs. 1 GStG). Als Aufwendungen sind gemäss § 10 Abs. 1 Ziff. 1 GStG anrechenbar: Aufwendungen für Bauten, Umbauten, Meliorationen, Erschliessungskosten, bei der Einkommens- oder Ertragssteuer nicht zu berücksichtigende Bau- und Landzinsen sowie andere Aufwendungen, die zu einer dauernden und wertvermehrenden Verbesserung des Grundstückes führen. Massgebend sind die vom Eigentümer effektiv an Dritte bezahlten Beiträge. Von den Aufwendungen, die zu einer dauernden und wertvermehrenden Verbesserung des Grundstückes im Sinne dieser Gesetzesbestimmung führen, sind die werterhaltenden Aufwendungen, die Unterhaltskosten, abzugrenzen. Diese sind gemäss § 20 Abs. 1 Ziff. 5 des Gesetzes über die Kantons- und Gemeindesteuern vom 7. Dezember 1946, StG, zulässige Abzüge bei der Einkommensbesteuerung.

Die vorberatende Kommission des Kantonsrates legte durch ihre Subkommission am 10. Januar 1990 einen Entwurf für das Gesetz über die Grundstückgewinnsteuer vor, der in § 11 Abs. 5 folgenden Wortlaut hatte:

Auslagen, die bei der Einkommens- oder Ertragssteuer bereits als Unterhalts- und Verwaltungskosten berücksichtigt worden sind, fallen als Aufwendungen ausser Betracht.

Der von der vorberatenden Kommission in erster Lesung am 15. Januar 1990 übernommene Text wurde von Prof. Dr. F. Zuppinger in seiner Begutachtung vom 15. März 1990 beanstandet. Der Gutachter erklärte, falls bei der Einkommens- bzw. Gewinnsteuer der Veranlagungsbehörde Fehler unterlaufen seien, so sollten nicht die gleichen Fehler bei der Veranlagung der Grundstückgewinnsteuer von der zuständigen Behörde übernommen werden müssen. Eine objektiv wertvermehrnde Aufwendung sei bei der Gewinnermittlung anzurechnen. Es widerspreche der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, durch eine Entscheidung der zur Veranlagung der Einkommens- und Vermögenssteuer zuständigen Behörde gleichsam den Entscheid über eine andere Steuer, die Grundstückgewinnsteuer, präjudizieren zu wollen, wenn die erste Behörde unrichtig entschieden habe. Die damit beabsichtigte Vereinfachung sei nur scheinbar. Die Bindung bringe vielmehr Komplikationen, die bis zur Willkür gehen könnten und in solchen Fällen kaum vor der bundesgerichtlichen Rechtsprechung standhalten würden (Begutachtung S. 36). Der Gesetzgeber folgte dieser Auffassung und formulierte § 10 Abs. 5 GStG wie folgt:

Auslagen, die bei der Einkommens- oder Ertragssteuer anrechenbar sind, fallen als Aufwendungen ausser Betracht.

Damit ist der Gesetzgeber der Meinung des Gutachters gefolgt. Die Bindung an den Entscheid bei der Einkommens- oder Ertragssteuer wurde nicht Gesetz. Es ist somit bei der Veranlagung der Grundstückgewinnsteuer zu prüfen, ob Auslagen werterhaltenden Charakter haben oder ob sie als Anlagekosten anrechenbar sind. Die je unabhängige Beurteilung in den Veranlagungsverfahren sollte bei sorgfältigem Vorgehen dem Anliegen einer klaren Abgrenzung insbesondere der Verhinderung einer doppelten Anrechnung genügen. Im vorliegenden Fall hat die kantonale Steuerverwaltung bestätigt, dass die strittigen Positionen als Unterhaltskosten berücksichtigt worden sind. Ein Beizug der Steuerakten der Einkommens- oder Ertragssteuer ist keineswegs zu beanstanden. Soweit bei der Grundstückgewinnsteuer ein Beurteilungsspielraum besteht, erscheint es sinnvoll, in Übereinstimmung mit der Einkommensbesteuerung vorzugehen. Der Wortlaut des Gesetzes und die Gesetzesmaterialien verlangen aber eine unabhängige Veranlagung bei der Grundstückgewinnsteuer. Der Steuerpflichtige hat Anspruch auf Berücksichtigung der anrechenbaren Aufwendungen, auch wenn diese unzutreffenderweise bereits als werterhaltende Auslagen bei der Einkommens- oder Ertragssteuer berücksichtigt worden sind.

3. Der Rekurrent liess im Jahr 1969 einen Tankraum erstellen, dessen Dach zugleich als Erweiterung des Balkons diente. Anstelle des defekten erdverlegten Tanks wurde ein neuer Tank mit einem um 40% grösseren Fassungsvermögen im neuen Tankraum untergebracht. Die Auslagen für die Erstellung dieses Tankraums mit Terrasse, die Spenglerarbeiten für den Tankraum und für die Vergrösserung des Tankvolumens gelten als wertvermehrnde Aufwendungen. Der Rekurrent berechnet diese Aufwendungen, welche ausgewiesen sind, mit total Fr. 8231.-.

Gemäss § 15 GStG entspricht der Steuersatz dem auf ein Jahr umgerechneten prozentualen Verhältnis des Grundstückgewinnes zu den Anlagekosten. Der Minimalsteuersatz beträgt 10% (§ 17 GStG). Bei einem Grundstückgewinn von Fr. 611046.- und Anlagekosten von Fr. 481954.- sowie einer Besitzesdauer von 25 Jahren hat die Vorinstanz eine Rendite pro Jahr von 5,071% berechnet. Werden die strittigen Anlagekosten von Fr. 8231.- berücksichtigt, so ergibt sich eine Rendite pro Jahr von 4,919%. Da der Minimalsteuersatz aber 10% beträgt, ändert sich durch die zusätzliche Berücksichtigung der Anlagekosten am Steuersatz nichts. Der Grundstückgewinn reduziert sich um Fr. 8231.- auf Fr. 602815.-, was einen Steuerbetrag von Fr. 60281.50 ergibt. Die Vorinstanz hat Fr. 4718.50 nebst Zins zurückzuerstaten. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten von der Einwohnergemeinde Zug zu tragen.

(Verwaltungsgericht, 24. Oktober 1996)

## 5. Sozialversicherungsrecht

### *Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG)*

*Art. 28 Abs. 2 IVG. - Kann beim Einkommensvergleich auf die tatsächlichen Einkünfte abgestellt werden, so sind die im individuellen Konto eingetragenen Einkünfte massgebend, von denen Beiträge gemäss Art. 5 Abs. 2 AHVG erhoben worden sind. - Voraussetzungen, unter denen die IV-Stelle nicht an den von der Unfallversicherung festgesetzten Invaliditätsgrad gebunden ist.*

*Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):*

Der Versicherte verlangte von der Invalidenversicherung – mit Verweis auf den vom Unfallversicherer festgesetzten Invaliditätsgrad von 50% – eine halbe Invalidenrente. Bei der Berechnung des Valideneinkommens lagen dabei die Angaben des Arbeitgebers über den Lohn als Gesunder deutlich über dem Betrag, den der Arbeitgeber mit der Ausgleichskasse als massgebenden Lohn abgerechnet hatte.

*Aus den Erwägungen:*

...

2. Vorerst ist die Frage zu klären, ob die IV-Stelle bei der Festsetzung des Invaliditätsgrades an das Ergebnis des Einspracheverfahrens der Unfallversicherung gebunden ist, d.h. ob sie den dort festgesetzten Invaliditätsgrad unbeschleunigt übernehmen muss.

a) Der Invaliditätsbegriff in der Invalidenversicherung stimmt mit demjenigen in der obligatorischen Unfallversicherung (und in der Militärversicherung) grundsätzlich überein, weshalb die Schätzung der Invalidität mit Bezug auf den gleichen Gesundheitsschaden praxisgemäss den gleichen Invaliditätsgrad ergeben sollte (BGE 119 V 470 ff. mit diversen Hinweisen). In BGE 106 V 88 E. 2b hat das Eidgenössische Versicherungsgericht die Verwaltungspraxis (vgl. Rz 7022 WIH) bestätigt, wonach es den Invalidenversicherungs-Kommissionen verwehrt ist, von sich aus für den gleichen Gesundheitsschaden einen von der SUVA (oder der Militärversicherung) abweichenden Invaliditätsgrad festzulegen. Das Gericht erachtete es als naheliegend, dass der SUVA der Vorrang bei der Feststellung der Invalidität eingeräumt wird, da diese über einen eigenen, gut ausgebauten Apparat zur Beurteilung dieser Frage verfüge, was für die Invalidenversicherung nicht in gleichem Mass zutreffe. Diese Praxis wurde in BGE 112 V 175 wieder aufgenommen und bestätigt. In einem neuen Urteil aus dem Jahr 1993 (BGE 119 V 468 ff.3) hat das Eidgenössische Versicherungsgericht diese Koordinationsregel sehr stark relativiert und im Verhältnis zwischen den privaten Versicherungseinrichtungen und der Invalidenversicherung gleichsam aufgehoben. Das EVG führt aus: «An der Rechtsprechung gemäss BGE 106 V 88 und 112 V 175 kann insoweit nicht festgehalten werden, als der Vorrang der

SUVA bei der Feststellung der Invalidität damit begründet wird, dass die Anstalt über einen eigenen, gut ausgebauten Apparat zur Invaliditätsbemessung verfüge, was für die Invalidenversicherung nicht in gleichem Mass zutreffe. Die SUVA verfüge anerkanntermassen über einen gut ausgebauten Apparat für die medizinisch-theoretische Beurteilung von Gesundheitsschäden. Für die Belange der Invaliditätsschätzung, bei der die Auswirkungen der gesundheitlichen Beeinträchtigung auf die Erwerbsfähigkeit festzustellen sind, gilt dies jedoch nicht in gleicher Weise. Vielmehr besteht die Gefahr, dass die SUVA der medizinischen Beurteilung eine zu grosse Bedeutung beimisst und sich bei der Invaliditätsschätzung in erster Linie vom Ausmass der Gesundheitsschädigung leiten lässt, wodurch die nach Gesetz und Rechtsprechung entscheidenden wirtschaftlichen Auswirkungen des Gesundheitsschadens... vernachlässigt oder in den Hintergrund gedrängt werden». Demgegenüber könne sich die Invalidenversicherung schon seit langem auf Einrichtungen stützen, die gerade im Hinblick auf die Invaliditätsbemessung wesentliche Entscheidungsgrundlagen erarbeiten könnten (MEDAS, berufliche Abklärungsstellen).

Weiter führt das Eidgenössische Versicherungsgericht aus, dass die Einwendungen gegen die Priorität der SUVA vor der Invalidenversicherung umso mehr für die Zeit ab Inkrafttreten des UVG am 1. Januar 1984 gelten würden. Da sich seither – neben der SUVA – auch andere Versicherer an der Durchführung der obligatorischen Unfallversicherung beteiligen könnten, stelle sich mit Bezug auf die Invaliditätsschätzung zusätzlich die Frage nach dem Verhältnis zwischen einem sogenannten anderen Versicherer gemäss Art. 68 WG, insbesondere einer privaten Versicherungseinrichtung, und der Invalidenversicherung. Die Argumente, welche das EVG für den Vorrang der SUVA angeführt habe, könnten erst recht keine Geltung beanspruchen, wenn die Invaliditätsschätzung eines anderen Versicherers im Sinne von Art. 68 UVG vorliege.

b) Mit Verfügung vom 15. März 1994 sprach die Unfallversicherung dem Beschwerdeführer mit Wirkung ab dem 1. April 1994 eine Invalidenrente von 47,5% zu. Dabei ging sie von einem Valideneinkommen von Fr. 185 393.- und einem Invalideneinkommen von Fr. 97 401.- aus. Auf Einsprache hin änderte sie ihren Entscheid insofern, als sie den Invaliditätsgrad auf 50% erhöhte. Zur Begründung führte die Unfallversicherung im Einspracheentscheid aus, in der Einsprache werde geltend gemacht, dass die Errechnung eines Invaliditätsgrades einerseits immer von Wertungen und Gewichtungen abhängen und somit ein Ermessensspielraum bestehe und andererseits bei einer reduzierten Arbeitsleistung der Spesenanteil sich nicht immer im Verhältnis zur Arbeitsleistung reduzieren lasse und so beim Invalideneinkommen anders gewertet werden müsse. Die Unfallversicherung hält fest, in Anbetracht aller Umstände lasse es sich rechtfertigen, den Invaliditätsgrad auf 50% festzulegen, ohne auf die geltend gemachte Begründung näher einzugehen.

Aus diesen Ausführungen folgt, dass der Unfallversicherer den Invaliditätsgrad ermessensweise von 47,5% auf 50% erhöht hat. Selbst wenn es sich nicht um einen sog. privaten Unfallversicherer nach Art. 68 UVG handeln würde, wäre die Invalidenversicherung - nach der Praxis des EVG und der Rz 7022 WIH - nicht an den so festgesetzten Invaliditätsgrad gebunden.

3. Gemäss Art. 28 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG) besteht bei einer Invalidität von 40% Anspruch auf eine Viertelsrente, ab 50% auf eine halbe und ab  $66\frac{2}{3}\%$  auf eine ganze Rente der Invalidenversicherung. Für die Bemessung der Invalidität wird gemäss Art. 28 Abs. 2 IVG das Erwerbseinkommen, das der Versicherte nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihm zumutbare Tätigkeit noch erzielen könnte (Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das er erzielen könnte, wenn er nicht invalid geworden wäre (Valideneinkommen). Die Bemessung der Invalidität von Personen, die eine Erwerbstätigkeit ausüben, hat wo immer möglich durch die oben erwähnte allgemeine Methode des Einkommensvergleichs zu erfolgen. Als Erwerbseinkommen im Sinne von Art. 28 Abs. 2 IVG gelten mutmassliche jährliche Erwerbseinkommen, von denen Beiträge gemäss AHVG erhoben werden (Art. 25 Abs. 1 JVV).

a) Als Valideneinkommen gilt das Einkommen, das der Versicherte erzielen könnte, wenn er nicht invalid geworden wäre. Massgebend ist, was der Versicherte unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls wahrscheinlich verdienen würde. Dabei ist davon auszugehen, was eine geistig und körperlich gesunde Person gleichen Alters und Geschlechts bei gleicher Ausbildung und entsprechenden oder ähnlichen beruflichen Verhältnissen und denselben örtlichen Verhältnissen verdienen könnte.

Die Unfallversicherung ging bei ihrer Invaliditätsberechnung von einem durchschnittlichen Einkommen in den Jahren 1988 bis 1990 von Fr. 231711.- aus, brachte hievon die Unkostenpauschale von 30% in Abzug, rechnete auf den daraus resultierenden Betrag eine Teuerung von 14,3% auf und kam dabei auf ein Valideneinkommen von Fr. 185393.-. Dieser Betrag stimmt nicht mit den Zahlen überein, die sich in den Akten finden. Bei der Anmeldung am 5. Mai 1993 gab der Beschwerdeführer folgende Bruttoeinkommen an: 1988 Fr. 116584.-, 1989 Fr. 119725.- und 1990 Fr. 106607.-. Im Fragebogen für den Arbeitgeber bestätigte dieser am 16. Juni 1993 für 1990 einen AHV-pflichtigen Verdienst von Fr. 106607.-. Diese Angaben hat die IV-Stelle gemäss Rz 2079 WIH durch die zuständige Ausgleichskasse überprüfen zu lassen, wobei zu klären ist, ob sie mit den Eintragungen im individuellen Konto (IK) und den übrigen Abrechnungsunterlagen übereinstimmen. Für das Jahr 1990 trifft dies zu, denn zusammen mit einem Einkommen aus Nebenerwerb von Fr. 3166.- sind dem Beschwerdeführer Fr. 109773.- im IK gutgeschrieben. Die weiteren Einträge im IK stimmen genau mit den Anga-

ben des Beschwerdeführers in der IV-Anmeldung für die Jahre 1988 und 1989 überein.

Nimmt man die Erwerbseinkommen der Jahre 1985 bis 1990, auf denen AHV-Beiträge erhoben wurden (1985 Fr. 194466.-, 1986 Fr. 97339.-, 1987 Fr. 127136.-, 1988 Fr. 123353.-, 1989 Fr. 126494 und 1990 Fr. 109773.-) so ergibt sich ein durchschnittliches Einkommen vor dem Unfalljahr von Fr. 129760.-. Wertet man diesen Betrag mit Hilfe der Teuerung auf den Stand von Ende 1993 auf, ergibt dies ein hypothetisches Valideneinkommen von Fr. 143754.-.

b) Als Invalideneinkommen gilt das Erwerbseinkommen, das der Invalide nach Durchführung allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihm zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage noch erzielen könnte. Jede Invalidität setzt einen von einem Arzt festgestellten körperlichen oder geistigen Gesundheitsschaden voraus. Aufgabe des Arztes ist es, den Gesundheitszustand zu beschreiben und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeiten der Versicherte arbeitsfähig ist. Im weiteren sind die ärztlichen Auskünfte eine wichtige Grundlage für die Beurteilung der Frage, welche Arbeitsleistungen dem Versicherten noch zugemutet werden können (Rz 2022 WIH).

Bezüglich der Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers ergibt sich aus den ärztlichen Zeugnissen, dass bei diesem eine theoretische Arbeitsunfähigkeit von 50% bis auf weiteres vorliegt. Dies bestätigt z.B. Dr. med. X., Spezialarzt für Neurologie, am 6. Oktober 1993. Auch Abklärungen beim Neuropsychologischen Institut in Zürich ergaben verschiedentlich, dass beim Beschwerdeführer als Folge des erlittenen Schleudertraumas eine theoretische Arbeitsunfähigkeit von 50% vorliegt (Berichte vom 2. Juni 1992, 1. Juli 1993 und 12. Januar 1994). Diesbezüglich erübrigen sich weitere Ausführungen, da dies auch nicht umstritten ist. Weiter ist auch unbestritten, dass dem Beschwerdeführer eine 50%ige Tätigkeit grundsätzlich zumutbar ist und dass er in seinem angestammten Berufsbereich gut eingegliedert ist. Das tatsächliche Erwerbseinkommen darf als Invalideneinkommen angenommen werden, wenn stabile Arbeitsverhältnisse vorliegen, die einen Stellenwechsel auch ohne Invalidität sozusagen ausschliessen. Wenn man annehmen kann, dass der Versicherte seine Tätigkeit voraussichtlich solange unabhängig vom Arbeitsmarkt ausübt, als dies seine Behinderung zulässt, so liegen besonders stabile Arbeitsverhältnisse vor (Rz 2053 WIH). Dies kann in casu beim Beschwerdeführer als Berater angenommen werden.

Der Arbeitgeber hat am 17. Dezember 1993 gegenüber der IV-Stelle Zug bestätigt, dass dem Beschwerdeführer 1992 vertragliche Bezüge (ohne Spesen von 30% und Unfalltagelder) von Fr. 145386.85 und 1993 (Jan. bis Okt.) Fr. 86498.70 – für das ganze Jahr hochgerechnet – solche von Fr. 103798.45 ausgerichtet worden seien. Bei der Ausgleichskasse X. rechnete der Arbeit-

geber für 1992 Fr. 171911.- und 1993 Fr. 116367.- ab (siehe korrigierter IK-Auszug vom 15. Juni 1994). Darin sind die UVG-Taggelder nicht mehr enthalten, die die Arbeitgeberin vorerst irrtümlich als beitragspflichtig gemeldet hatte. Es ist also davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer 1993 ein Invalideneinkommen von Fr. 116367.- erzielt hat.

Vergleicht man nun die beiden hypothetischen Einkommen von Fr. 143754.- und Fr. 116367.- miteinander, so ergibt sich ein Minderverdienst von Fr. 27387.- bzw. ein Invaliditätsgrad von ca 19%. Selbst wenn man von dem Invalideneinkommen gemäss Verfügung der Unfallversicherung von Fr. 97401.- ausgehen würde, ergäbe dies nur einen Invaliditätsgrad von 32%. Der Beschwerdeführer hat keinen Anspruch auf eine Rente der Invalidenversicherung.

4. Der Beschwerdeführer lässt geltend machen, bei den Abrechnungen für die Arbeitnehmer habe beim Arbeitgeber in früheren Jahren ein grosses Durcheinander geherrscht. Derartige Unebenheiten dürften nicht zu Lasten des Beschwerdeführers gehen. Die von der Unfallversicherung in der UVG-Verfügung verwendeten Zahlen würden den tatsächlichen Bezügen entsprechen. Hiezu gilt es folgendes zu präzisieren: Für das Jahr 1990 weist der Arbeitgeber gemäss Schreiben vom 13. November 1991 einen Jahresbezug des Beschwerdeführers von Fr. 217964.- aus, was abzüglich der Spesen von 30% ein beitragspflichtiges Erwerbseinkommen von Fr. 152574.80. ergäbe. Abgerechnet wurden jedoch nur Fr. 106607.-. Exakt diesen Betrag bestätigte der Arbeitgeber auch im Arbeitgeberbericht. Auch der Beschwerdeführer selber bezeichnet sein Bruttoeinkommen im Anmeldeformular mit diesem Betrag. Es erscheint seltsam, wenn ein Arbeitgeber gegenüber der Invalidenversicherung – mit vollem Wissen des Gesuchstellers – tiefere Einkommenszahlen meldet, als offenbar ausbezahlt wurden. Jedenfalls kann der Beschwerdeführer unter diesen Umständen von dieser Fehlinformation nichts zu seinen Gunsten ableiten. Die Invalidenversicherung hat sich gemäss Gesetz bei der Berechnung der mutmasslichen Erwerbseinkommen an die AHV-pflichtigen Bezüge zu halten. Was der Arbeitgeber – entgegen seinen gesetzlichen Pflichten – an Zahlungen ausrichtet, entgeht der Beitragspflicht und ist damit nicht rentenbildend und darf auch nicht bei der Berechnung der mutmasslichen Einkommen verwendet werden.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde unbegründet ist und abgewiesen werden muss.

(Verwaltungsgericht, 7. März 1996)

Eine gegen dieses Urteil erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde vom Eidgenössischen Versicherungsgericht am 19. November 1996 abgewiesen.

*Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenentschädigung (AVIG)*

*Art. 15 AVIG. – Vermittlungsfähigkeit eines Arbeitslosen vor Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit als Erfüllung eines Berufsziels oder als Ausweg aus der Arbeitslosigkeit.*

*Aus dem Sachverhalt:*

A. Mit Verfügung vom 6. Oktober 1995 erklärte die kantonale Amtsstelle A., Jahrgang 1953, Koch/Wirt, ab 10. Juli 1995 als nicht vermittlungsfähig und nicht anspruchsberechtigt. Begründet wurde die Verfügung damit, dass am 6. Oktober 1995 ein persönliches Gespräch bei der kantonalen Amtsstelle stattgefunden habe, mit dem Resultat, dass der Versicherte bereits vor seiner Arbeitslosigkeit die Absicht gehabt habe, sich selbständig zu machen. Seine Anmeldung sei am 10. Juli 1995 erfolgt. Vom 10. Juli bis 11. August 1995 sei er in den Ferien gewesen. Im September 1995 habe er fünf Stellenbemühungen nachgewiesen, wovon er sich viermal als Pächter beworben habe. Am 15. September 1995 habe er einen Pachtvertrag für die Pizzeria ... unterzeichnet. Das Restaurant werde Mitte Oktober 1995 eröffnet. Da es sich bei der Aufnahme dieser selbständigen Erwerbstätigkeit um die Erfüllung eines seit längerer Zeit gehegten Berufswunsches handle, sei die Vermittlungsfähigkeit ab 10. Juli 1995 nicht gegeben.

B. Gegen diese Verfügung reichte A. am 24. Oktober 1995 beim Verwaltungsgericht Beschwerde ein mit dem Begehren, die Verfügung vom 6. Oktober 1995 sei aufzuheben, dem Beschwerdeführer sei ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ab 12. August 1995 zuzusprechen, unter allfälliger Kosten- und Entschädigungsfolge. Zur Begründung wird ausgeführt, der Beschwerdeführer habe vom 1. November 1991 bis 30. Juni 1995 als Koch/Kellner gearbeitet. Als der Arbeitgeber des Beschwerdeführers anfangs 1995 erfahren habe, dass er auf der Suche nach einem Lokal für eine selbständige Erwerbstätigkeit sei, habe dieser ihm unter Einhaltung der normalen Kündigungsfrist per Ende Juni 1995 gekündigt. Vom 10. Juli bis 11. August 1995 habe der Beschwerdeführer Ferien bezogen. Mitte Oktober 1995 habe er die Pizzeria eröffnet. Also sei er für die Zeit vom 12. August bis 15. Oktober 1995 wirklich arbeitslos gewesen. Für diese Zeit habe er beim BIGA in Zug Antrag auf Arbeitslosenentschädigung gestellt. Seit 12. August 1995 sei er stets bemüht gewesen, eine Arbeitsstelle zu finden. Es könne ihm die Vermittlungsfähigkeit doch nicht gestrichen werden. ...

*Aus den Erwägungen:*

2. Die Vermittlungsfähigkeit bildet eine wesentliche Voraussetzung für die Anspruchsberechtigung (Art. 8 Abs. 1 lit. f in Verbindung mit Art. 15 Abs. 1 AVIG). Danach muss der Versicherte während der Dauer des Arbeitsausfalles bereit, in der Lage und berechtigt sein, eine zumutbare Arbeit

anzunehmen. Zur Vermittlungsfähigkeit gehört zum einen die Arbeitsfähigkeit, d.h. die objektive Möglichkeit, Arbeit zu leisten bzw. eine Beschäftigung als Arbeitnehmer auszuüben, ohne durch in der Person des Versicherten liegende Gründe daran verhindert zu sein. Zum anderen umfasst sie die Bereitschaft, eine im Sinne von Art. 16 AVIG zumutbare Arbeit anzunehmen, was nicht nur den Willen voraussetzt, eine solche Arbeit anzunehmen, wenn sie angeboten wird, sondern eine genügende Disponibilität sowohl hinsichtlich der Zeit, die der Versicherte einer Beschäftigung widmen kann, wie auch hinsichtlich der Zahl der möglichen Arbeitgeber (ARV 1986. 81 f.; Pra 77/1988, Nr. 120).

Vermittlungsunfähigkeit liegt unter anderem vor, wenn der Versicherte nicht bereit oder in der Lage ist, eine Arbeitnehmertätigkeit auszuüben, weil er eine selbständige Erwerbstätigkeit aufgenommen hat oder aufzunehmen gedenkt, sofern er dadurch nicht mehr als Arbeitnehmer vermittelt werden bzw. seine Arbeitskraft in dieser Eigenschaft nicht so einsetzen kann oder will, wie es ein Arbeitgeber normalerweise verlangt (vgl. ARV 1991 Nr. 2).

3. a) In tatsächlicher Hinsicht ist in Ergänzung bzw. Bestätigung des sich aus den Rechtsschriften ergebenden Sachverhaltes festzustellen, dass der ehemalige Arbeitgeber des Beschwerdeführers am 24. Juli 1995 gegenüber der Kasse die Auskunft erteilte, der Beschwerdeführer habe im November 1994 ein erstes Mal die Stelle gekündigt wegen der geplanten Übernahme eines eigenen Geschäftes. Da die Übernahme nicht geklappt habe, habe er seine Kündigung wieder zurückgezogen. Im Januar 1995 habe er wieder gekündigt mit der Begründung, er habe ein Angebot mit einem Lohn von Fr. 9000.-; es habe ihm aber nicht mehr als die bisherigen Fr. 6000.- bezahlt werden können. Im März habe dann der Arbeitgeber die Kündigung des Beschwerdeführers schriftlich bestätigt, da die stete Unsicherheit, ob er bleibe oder nicht, nicht mehr zumutbar gewesen sei. Hätte er nicht gekündigt, hätte er weiterarbeiten können. In seinem Schreiben an die Kasse vom 22. September 1995 bestätigte der Beschwerdeführer, dass er von Mitte März bis Mitte Juni 1995 über die Übernahme des Restaurants... verhandelt habe, was an diversen Meinungsverschiedenheiten und finanziellen Unklarheiten gescheitert sei. Auch während seiner Ferien in Italien ab 10. Juli 1995 sei er in Kontakt gewesen mit dem Vermieter eines Restaurants; nach vielen Abklärungen und Terminen habe er dann am 15. September 1995 den Vertrag über das Restaurant unterschrieben. Mitte Oktober habe die Pizzeria eröffnet. Jetzt sei er auf der Suche nach einer Serviertochter. Am 25. September werde er zum Handelsregisteramt für die Eintragung gehen. Damit beweise er, dass er sich ernsthaft um eine Stelle bemüht habe. Von Juli bis September sei er leider arbeitslos gewesen, sei jetzt aber stolz, ab Oktober zwei Arbeitslose einstellen zu können.

b) Eine Stellenzuweisung vom 23. August 1995 war erfolglos, da nach Angaben des Beschwerdeführers ein Jungkoch gesucht wurde, bzw. gemäss

dem stellenausschreibenden Wirt die Lohnforderung zu hoch war. Auch eine zweite Zuweisung ergab keine Anstellung. Beim Erstberatungsgespräch vom 20. September 1995 gab er an, sich selbständig zu machen und auf 1. November 1995 einen Übernahmevertrag zu besitzen. Es wurde festgestellt, dass der Versicherte bis zum «Stellenantritt» noch (ausserberufliche) Temporärstellen suchen müsse.

Auf dem Nachweisblatt vom 10. Juli 1995 bestätigte er, bis Mitte Juni 1995 in enger Verhandlung mit dem Geranten des Restaurants... gewesen zu sein und damit gerechnet zu haben, ab Juli 1995 dieses Restaurant zu 50% als Gerant übernehmen zu können. Die Verhandlungen seien jedoch Mitte Juni 1995 gescheitert, so dass er jetzt arbeitslos sei. Stellenbemühungen wies er insgesamt vier nach, wovon drei als Wirt/Gerant; im August waren es drei Bemühungen (u.a. die erwähnte Stellenzuweisung und eine Stelle ausschliesslich für Serviertöchter); im September unternahm er fünf Bemühungen zwischen dem 3. und 6. September, wovon viermal als Pächter.

4. Wer wie der Beschwerdeführer sich entschieden hat, auf den nächstmöglichen Termin eine selbständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen und demzufolge dem Arbeitsmarkt bloss für wenige Wochen zur Verfügung zu stehen, kann im Sinne des Arbeitslosenversicherungsgesetzes nicht als vermittlungsfähig gelten. So hat das Eidgenössische Versicherungsgericht entschieden, dass ein Versicherter, der auf einen bestimmten Termin anderweitig disponiert hat, und deshalb für eine neue Beschäftigung nur noch während relativ kurzer Zeit zur Verfügung stünde, in der Regel als nicht vermittlungsfähig gilt, da unter diesen Voraussetzungen die Aussichten, zwischen dem Verlust der alten und dem Antritt einer neuen Stelle von einem dritten Arbeitgeber angestellt zu werden, verhältnismässig gering sind. Entscheidend für die Beurteilung des Einzelfalles ist dabei, ob mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, dass ein Arbeitgeber den Versicherten für die konkret zur Verfügung stehende Zeit noch einstellen würde (BGE 110 V 208). Als nicht vermittlungsfähig wurde beispielsweise eine versicherte Person erklärt, welche bloss für den Zeitraum von maximal zwei Monaten bereit war, eine Teilzeitstelle von 35 Wochenstunden anzunehmen, da sie danach einen Intensivsprachkurs antrat (ARV 1990 Nr. 14). Dieselbe Rechtsfolge ergibt sich, wenn jemand auf einen bestimmten Zeitpunkt einen Auslandsaufenthalt antreten wird (ARV 1988 Nr. 2, 1991 Nr. 31). Im Falle des Beschwerdeführers ist festzustellen, dass er offensichtlich der Verwirklichung der lange geplanten selbständigen Erwerbstätigkeit den klaren Vorrang einräumte und bei Beginn der Arbeitslosigkeit auch bereits in vorgerückten Vertragsverhandlungen, zuerst über ein Objekt in Zofingen, dann in Seewen, stand. Unter diesen Umständen kann nicht angenommen werden, dass er ernsthaft dem allgemeinen Arbeitsmarkt als Arbeitnehmer zur Verfügung stand, auch wenn er einige wenige Arbeitsbemühungen, zumeist aber wiederum als Pächter, nachwies. Der Grund für die gesetzliche Voraussetzung der Vermittlungsfähigkeit im Sinne der Verfügbarkeit als Ar-

beitnehmer auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt liegt darin, dass Versicherte keinen, u.a. auch wirtschaftlich betrachteten, Statuswechsel auf Kosten der Arbeitslosenversicherung vornehmen dürfen. Die Arbeitslosenkasse richtet aber grundsätzlich an Selbständigerwerbende keine Leistungen aus. Aus Gründen der Rechtsgleichheit und zur Verhütung von Missbrauch gilt darum, dass Vermittlungsfähigkeit nur dann bejaht werden kann, wenn die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit zwecks Schadenminderung als Reaktion auf die Arbeitslosigkeit erfolgt und nicht einem ohnehin gehegten Berufswunsch entspricht; der Versicherte würde grundsätzlich eine geeignete Arbeitnehmertätigkeit vorziehen, nimmt jedoch wegen fehlender Stellenangebote eine «arbeitnehmerähnliche» selbständige Erwerbstätigkeit auf, die er bei Vorliegen einer zumutbaren Stelle innerhalb nützlicher Frist wieder aufgeben würde und könnte (vgl. Weisungen des BIGA, Blatt 3/1 f. 1994). Diese Voraussetzung kann aber im Fall des Beschwerdeführers gerade nicht bejaht werden. Wollte man seine Vermittlungsfähigkeit für die kurze Zeitspanne bis zur Eröffnung eines eigenen Betriebes im Einzelfall trotz der kurzen und unbestimmten Dauer der Verfügbarkeit und ihrer Einschränkung durch die Vorbereitungen für die selbständige Erwerbstätigkeit bejahen, so mangelte es andererseits aber an ausreichenden Arbeitsbemühungen, da er nicht besonders intensive Bemühungen um eine wenigstens befristete Aushilfsstelle unternahm. Eine solche wäre aber auch nur schwer zu finden gewesen. So muss die Vermittlungsfähigkeit klar verneint werden, ohne dass aber etwas auf die genauen Umstände der Kündigung durch den vorherigen Arbeitgeber ankäme. Denn es ist der Beschwerdeführer selbst, der seine lange verfolgte Absicht bestätigt, sich selbständig zu machen. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

(Verwaltungsgericht, 7. März 1996)

*Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung (AVIG)*

*Art. 23 AVIG. – Versicherter Verdienst eines Dozenten bei Arbeitslosigkeit nach stufenweiser Reduktion seines Pensums.*

*Aus den Erwägungen:*

2. Das Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung (AVIG) nennt in Art. 8 die Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Danach hat der Versicherte Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn er – soweit hier von Interesse – ganz oder teilweise arbeitslos ist, einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat, die Beitragszeit erfüllt hat, vermittlungsfähig ist und die Kontrollvorschriften erfüllt.

Der Versicherte war vom 1. Oktober 1993 bis 30. September 1995 Dozent. Sein Pensum umfasste zunächst 18 Wochenstunden. Gemäss Arbeitgeberbescheinigung entsprechen 24 Wochenstunden einem Vollamt. Im Schuljahr ab 1. Oktober 1994 wurde dem Versicherten lediglich noch ein Lehrauftrag von 6 Wochenstunden zugeteilt, was einem Drittel seines ursprünglichen Pensums entsprach. Sein Bruttolohn von Fr. 6600.- exkl. 13. Monatslohn reduzierte sich auf Fr. 2660.-. Seit Januar 1995 weist der Versicherte anhand der amtlichen Formulare seine persönlichen Arbeitsbemühungen nach. Der Versicherte suchte danach stets eine Vollzeitbeschäftigung. Er war somit zunächst teilweise arbeitslos, da er eine Teilzeitbeschäftigung hatte und eine Vollzeitbeschäftigung suchte (Art. 10 Abs. 2 lit. b AVIG). Seit Oktober 1995 ist er ganz arbeitslos (Art. 10 Abs. 1 AVIG). Allerdings galt er deshalb nicht als arbeitslos, weil er sich noch nicht beim Arbeitsamt seines Wohnortes zur Arbeitsvermittlung gemeldet hatte (Art. 10 Abs. 3 AVIG). Dementsprechend erfüllte er auch die Kontrollvorschriften nicht. Die Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung erfolgte schliesslich am 28. September 1995, drei Tage vor Beendigung der Teilzeitarbeit. Strittig ist, ob diese Teilzeitarbeit oder das zuvor innegehabte Pensum von 18 Wochenstunden für den Bezug der Taggelder massgebend ist.

3. Als versicherter Verdienst gilt der für die Beitragsbemessung massgebende Lohn (Art. 3 AVIG), der während eines Bemessungszeitraums normalerweise erzielt wurde. Der Bundesrat bestimmt den Bemessungszeitraum (vgl. Art. 23 Abs. 1 AVIG). Gemäss Art. 37 Abs. 1 der Arbeitslosenversicherungsverordnung (AVIV) gilt als Bemessungszeitraum für den versicherten Verdienst in der Regel der letzte Beitragsmonat vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug. Weicht der Lohn im letzten Beitragsmonat mindestens 10% vom Durchschnittslohn der letzten drei Monate ab, so wird der versicherte Verdienst aufgrund dieses Durchschnittslohns berechnet (Art. 37 Abs. 2 AVIV). Wirkt sich die Bemessung aufgrund der Absätze 1 und 2 für den Versicherten unbillig aus, so kann die Kasse auf einen längeren Bemessungszeitraum, höchstens aber auf die letzten zwölf Beitragsmonate, abstellen (Art. 37 Abs. 3 AVIV). Als Bemessungsgrundlage für den versicherten Verdienst kann gemäss BGE 112 V 225 nur der normalerweise erzielte Verdienst herangezogen werden. Wenn der Versicherte zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit eine Ersatarbeit oder Teilzeitbeschäftigung angenommen oder einen Zwischenverdienst erzielt und dabei weniger verdient hat, so ist auf den letzten ordentlichen Verdienst abzustellen, den der Versicherte innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit noch während mindestens eines Monats erzielt hat. Damit soll verhindert werden, dass der Versicherte, der zum Zweck der Schadensminderung eine Ersatarbeit oder Teilzeitbeschäftigung angenommen hat, für sein Verhalten Nachteile in Kauf nehmen muss (BGE 112 V 225). Im vorliegenden Fall ist der letzte ordentliche Verdienst, welchen der Versicherte innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit erzielt hat, der Verdienst für das 18 Wochenstunden umfassende

Pensum vor der Reduktion auf das Teilpensum von sechs Wochenstunden. Die Richtigkeit dieser Betrachtungsweise ergibt sich auch daraus, dass Art. 37 AVIV auf die «Beitragsmonate» abstellt. Es geht nicht um den oder die unmittelbar vorausgehenden Kalendermonate, sondern um Beitragsmonate innerhalb der zweijährigen Rahmenfrist für die Beitragszeit (Gerhard Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Bd. I, S. 296, ARV 1992, S. 71). Hätte der Versicherte im vorliegenden Fall seine Teilzeitbeschäftigung nicht aufrecht erhalten, so wäre das Taggeld nach dem Wortlaut von Art. 37 AVIV auf dem Verdienst des Pensums von 18 Wochenstunden zu berechnen. Der Beschwerdeführer hat zunächst die Arbeitslosenversicherung nicht beansprucht, und er hat zur Vermeidung von Ganzarbeitslosigkeit eine Teilzeitbeschäftigung beibehalten. Durch dieses für die Versicherung günstige Verhalten darf der Versicherte nicht schlechter gestellt werden, als wenn er sich unverzüglich zur Arbeitslosenentschädigung angemeldet hätte.

Zusammenfassend ergibt sich daher, dass der Entschädigungsanspruch des Beschwerdeführers auf dem für ihn vollen Pensum von 18 Wochenstunden bzw. der entsprechenden Entschädigung zu berechnen ist. Die Kasse wird die Teilarbeitslosigkeit Ende September sowie die Ganzarbeitslosigkeit in der Folgezeit zu berücksichtigen haben. Soweit auch die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind, wird die Kasse neu zu verfügen und die Entschädigung abzurechnen haben.

(Verwaltungsgericht, 18. Juli 1996)

#### *Gesetz betreffend individuelle Prämienverbilligung in der Krankenpflegeversicherung (PvKG)*

*§ 11 PvKG, § 11 Abs. 3 VRG. – Gesuche um Prämienverbilligung sind bis zum 31. März des entsprechenden Jahres bei den zuständigen Behörden einzureichen (Verwirkungsfrist). Voraussetzungen, unter denen die Frist wiederhergestellt werden kann.*

#### *Aus dem Sachverhalt:*

Der Gesuchsteller macht geltend, er habe sein Gesuch um Prämienverbilligung erst nach dem 31. März eingereicht, weil er keine Kenntnis von der möglichen Anspruchsberechtigung gehabt habe.

#### *Aus den Erwägungen:*

2. Gemäss § 1 PvKG soll den beitragsberechtigten Personen durch die Verbilligung der Prämien in der Krankenpflegeversicherung ein angemessener Versicherungsschutz zu finanziell tragbaren Bedingungen gewährleistet werden. Die Ausgleichskasse und die Gemeindestellen für Krankenversicherung sorgen dabei zusammen mit den Krankenversicherern für eine ange-

messene Information der Bevölkerung über die Möglichkeiten der Prämienverbilligung (§ 8 Abs. 1 PvKG). Personen, die aufgrund der massgebenden Steuerwerte mutmasslich Anspruch auf Prämienverbilligung haben, stellt die Ausgleichskasse zu Beginn des Jahres eine Bescheinigung zu (§ 10 Abs. 1 PvKG). Personen, welche Anspruch auf auf Prämienverbilligung erheben, reichen die Bescheinigung zusammen mit dem Versicherungsnachweis bis zum 31. März bei jeder Gemeinde ein, wo sie am 1. Januar des Jahres Wohnsitz hatten (§ 11 Abs. 1 PvKG). Die Frist zur Gesuchstellung kann im Einzelfall durch die zuständige Gemeindestelle aus wichtigen Gründen bis zum 30. Juni des Jahres, für welches der Anspruch geltend gemacht wird, mit dem schriftlichen Hinweis verlängert werden, dass Ansprüche verirken, wenn sie nach Ablauf dieser Frist geltend gemacht werden (Abs. 2).

Bei der bis zum 31. März laufenden Frist handelt es sich um eine sog. Verwirkungsfrist, d.h. durch die Verwirkung geht der Anspruch unter, wenn der Berechtigte nach Gesetz zur Vornahme gewisser, jenen Anspruch erhaltender Handlungen binnen einer bestimmten Frist verpflichtet ist und diese Handlung nicht rechtzeitig vornimmt (Guhl/Merz/Kummer, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1991, S. 289). Dieser Grundsatz gilt auch im öffentlichen Recht, doch ist dabei zu beachten, welchen Zweck der Gesetzgeber im fraglichen Rechtsgebiet mit dem Institut verfolgen wollte. Schliesslich ist den im konkreten Fall gegebenen Umständen Rechnung zu tragen (BGE 116 Ib 392 f.).

Am 2. März 1995 und am 13. Februar 1996 wurde dem Beschwerdeführer jeweils von der Ausgleichskasse mitgeteilt, dass er nach ihren Berechnungen vermutlich in den Genuss von Beitragsreduktionen kommen würde. Der Beschwerdeführer wurde aufgefordert, das entsprechende Antragsformular zu komplettieren und bis zum 31. März einzureichen. Der Beschwerdeführer hat jeweils auf diese Aufforderung nicht reagiert. Am 11. April 1996 gelangte er mit einem Schreiben an die Einwohnergemeinde Zug und erklärte, er habe bis anhin von der Möglichkeit der Prämienverbilligung nichts gewusst. Gleichzeitig ersuchte er um die Prämienverbilligung für sich, seine Frau und seine acht Kinder. Der Antrag ist damit bei der Ausgleichskasse bzw. der Gemeindestelle offensichtlich verspätet eingereicht worden, so dass er verwirkt ist. Zu prüfen bleibt, ob die Verwirkungsfrist ausnahmsweise hätte erstreckt bzw. wiederhergestellt werden können.

3. Eine versäumte Frist kann wiederhergestellt werden, wenn der Gesuchsteller unverschuldet abgehalten wurde, innert der Frist zu handeln, und er binnen zehn Tagen nach Wegfall des Hindernisses ein begründetes Gesuch um Wiederherstellung einreicht (§ 11 Abs. 3 VRG). Die Wiederherstellung einer versäumten Frist dient dazu, die Rechtsnachteile aus unverschuldet versäumter Rechtshandlung zu beheben. Die Wiederherstellung wird bei Versäumung gesetzlicher oder richterlicher Fristen gewährt. Wiederherstellungsgründe liegen in der Verhinderung einer Partei, fristgerecht

zu handeln, so etwa wegen Militärdienst, plötzlicher schwerer Erkrankung, nicht dagegen wegen Arbeitsüberlastung, Stress oder Ferien (Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 62 mit Verweis auf BGE 108 V 110). Krankheit kann ein unverschuldetes, zur Wiederherstellung führendes Hindernis sein, doch muss die Erkrankung derart sein, dass der Rechtsuchende durch sie davon abgehalten wird, selber innert Frist zu handeln oder doch eine Drittperson mit der Vornahme der Prozesshandlung zu betrauen (BGE 112 V 255).

Der Beschwerdeführer erklärt, die Verspätung beruhe auf Unkenntnis der Anspruchsberechtigung. Abgesehen davon, dass Rechtsunkenntnis nicht vor den Rechtsfolgen schützt, kann sich der Beschwerdeführer nicht darauf berufen, nichts von der Möglichkeit der Prämienverbilligung gewusst zu haben. Einmal wurde er persönlich angeschrieben. Zudem wurde er durch fünfmalige Publikation im Amtsblatt (16. und 23. Februar sowie 1., 15. und 22. März) auf die Prämienverbilligung und die Verwirkungsfrist hingewiesen. Zweck dieser Verwirkungsfrist ist es, die Fülle von Gesuchen (1995 waren es über 7000) im ersten Quartal des Jahres zu kanalisieren, damit sie rasch und innert Jahresfrist erledigt werden können.

Zusammenfassend ergibt sich, dass das Gesuch verspätet eingereicht wurde. Die Gründe, welche der Beschwerdeführer vorbringt, rechtfertigen keine Wiederherstellung. Das Berechnungsblatt für die Sozialhilfe zeigt, dass der Beschwerdeführer vom Sozialamt der Stadt Zug mit Fr. 446.- pro Monat unterstützt werden muss (Berechnungsblatt für den Monat Juni 1996). Die unbestrittene Fürsorgebedürftigkeit und die Tatsache, dass der Beschwerdeführer mit der Bezahlung der Krankenversicherungsprämien im Rückstand ist, rechtfertigen keine Wiederherstellung der verwirkten Frist. Andernfalls könnte jeder Sozialhilfeempfänger beliebig lange mit der Einrichtung des Gesuches für Prämienverbilligung warten. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und muss abgewiesen werden.

(Verwaltungsgericht, 12. Dezember 1996)

## II. Zivilrecht

### 1. Einleitung und Personenrecht

*Art. 2 Abs. 2 ZGB – Beweisvereitelung. Hat der Verwaltungsrat einer konkursiten Gesellschaft die gesetzlich vorgeschriebene Buchhaltung nicht aufbewahrt und damit dem Abtretungsgläubiger den Beweis der Überschuldung der Gesellschaft durch pflichtwidriges und schuldhaftes Verhalten vereitelt, so hat der Verwaltungsrat die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen.*

*Aus den Erwägungen:*

5.1 Die Klägerin [= Abtretungsgläubigerin] wirft dem Beklagten 1 [= Verwaltungsrat der konkursiten K AG] mehrere Pflichtverletzungen vor. Namentlich führt sie an, die K AG sei bereits vor dem 13. August 1991 offensichtlich überschuldet gewesen. Demnach habe es der Beklagte 1 pflichtwidrig unterlassen, den Richter im Sinne von Art. 725 Abs. 3 aOR zu benachrichtigen. Der Beklagte 1 lässt dies bestreiten.

5.2. Zeigt die letzte Jahresbilanz, dass die Hälfte des Grundkapitals nicht mehr gedeckt ist, so muss die Verwaltung unverzüglich eine Generalversammlung einberufen und diese von der Sachlage unterrichten. Sobald die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind, hat die Verwaltung den Richter zu benachrichtigen (Art. 725 Abs. 1 und 3 aOR).

5.3 Gegen die klägerische Behauptung, die K AG sei bereits vor dem 13. August 1991 im Sinne von Art. 725 Abs. 3 aOR überschuldet gewesen, wendet der Beklagte 1 vorab ein, die Justizkommission des Obergerichts des Kantons Zug habe mit Urteil vom 20. August 1992 ein «Konkursbegehren gegen die K AG abgewiesen» Damit sei erstellt, dass die K AG damals nicht überschuldet gewesen sei. Der beklagtische Einwand ist indessen nicht stichhaltig. Im betreffenden Verfahren hatte die Justizkommission des Obergerichts lediglich zu prüfen, ob die K AG im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG durch Urkunden bewiesen hatte, dass ihr der Gläubiger [sc. die Z AG] Stundung gewährt hatte. Entsprechend ist denn auch dem betreffenden Urteil nicht zu entnehmen, dass die K AG am 23. Juni 1992 (Datum des angefochtenen Konkursdekrets) bzw. am 20. August 1992 (Datum des Urteils der Justizkommission) oder vor dem 13. August 1991 (Datum des Kaufvertrages zwischen der Klägerin und der K AG) nicht im Sinne von Art. 725 Abs. 3 aOR überschuldet gewesen ist. Gegen die beklagtische Darstellung spricht ohnehin, dass auch nach Auffassung des Beklagten 1 die «Solvenz der K AG Mitte 1991 ein Thema war». Somit kann nicht als erwiesen gelten, dass die K AG vor dem 13. August 1991 nicht überschuldet gewesen ist.

5.4 Einziges Beweismittel dafür, ob die K AG bereits vor dem 13. August 1991 überschuldet gewesen ist oder nicht, wäre mithin die Buchhaltung der R AG gewesen. Die Parteien stimmen insoweit überein, dass die entsprechenden Unterlagen heute nicht mehr beigebracht werden können. Fehlen aber die einschlägigen Buchhaltungsunterlagen der K AG, so kann heute nicht mehr rechtsgenügend festgestellt werden, in welchem Zeitpunkt eine Überschuldung der K AG vorlag bzw. ab wann der Beklagte 1 verpflichtet gewesen wäre, die Überschuldung der K AG dem Richter im Sinne von Art. 725 Abs. 3 aOR anzuzeigen.

Lässt sich das Bestehen oder Nichtbestehen einer rechtserheblichen Tatsache nicht feststellen, so besteht Beweislosigkeit. In diesen Fällen hat das Gericht nach Massgabe der einschlägigen Beweislastregeln zu entscheiden, welche Partei die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat (Kummer, Berner Kommentar zum ZGB, Einleitungsband, Bern 1966, N 20 zu Art. 8 ZGB; Habscheid, Beweislast und Beweismass, in: Festschrift für Gottfried Baumgärtel, Köln usw. 1990, S. 107).

5.5.1 Die Beklagten berufen sich auf die allgemeine Beweislastregel von Art. 8 ZGB. Demgegenüber macht die Klägerin geltend, der Beklagte 1 habe ihr den Beweis vereitelt, dass die K AG bereits vor dem 13. August 1991 überschuldet gewesen sei. Gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB sei somit die Beweislast insoweit den Beklagten auferlegt.

5.5.2 Nach der allgemeinen Beweislastvorschrift des Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, grundsätzlich derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Im Falle der Beweisvereitelung wird Art. 2 Abs. 2 ZGB als besondere Beweislastvorschrift verstanden, die unmittelbar eine Beweislastzuteilung an den Fehlbaren gebietet. Erbringt der Fehlbare den entsprechenden Gegenbeweis nicht, so wird unterstellt, die Beweisführung wäre zu Gunsten des Klägers ausgefallen (vgl. Merz, Berner Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Bern 1962, N 559 zu Art. 2 ZGB; SJZ 85 [1989], S. 122; Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, 3. A., Bern 1992, S. 230; Kummer, a.a.O., N 191 zu Art. 8 ZGB; Guldener, Treu und Glauben im Zivilprozess, in: SJZ 39 [1943], S. 394; Guldener, Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Zürich 1955, S. 7 und S. 23; Schneider, Die Beweisvereitelung, in: MDR 1969, S. 9 f.; vgl. auch § 153 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Beweisvereitelung setzt ein pflichtwidriges und überdies schuldhaftes Verhalten voraus. Pflichtwidrig ist nicht nur ein Verstoss gegen prozessrechtliche Mitwirkungspflichten, sondern auch gegen materiellrechtliche Gebote. Darunter fallen namentlich die gesetzlichen Aufbewahrungs- bzw. «Befundsicherungspflichten» (Affolter, Die Durchsetzung von Informationspflichten im Zivilprozess, Diss. St. Gallen 1994, S. 133/162 f.; Schneider, a.a.O., S. 5 f.).

5.5.3 Gemäss Art. 722 Abs. 3 aOR ist die Verwaltung namentlich dafür verantwortlich, dass die notwendigen Geschäftsbücher geführt werden und

dass die Gewinn- und Verlustrechnung sowie die Bilanz nach den gesetzlichen Vorschriften aufgestellt und der Kontrollstelle zur Prüfung unterbreitet werden. Wer zur Führung von Geschäftsbüchern verpflichtet ist, hat diese, die Geschäftskorrespondenz und die Buchungsbelege während zehn Jahren aufzubewahren (Art. 962 Abs. 1 OR) und im Streitfall dem Richter vorzulegen (Art. 963 Abs. 1 OR).

Der Beklagte 1 war im massgeblichen Zeitraum unbestrittenermassen alleiniger Verwaltungsrat der K AG. Entgegen der beklagtischen Auffassung war somit nicht B, sondern der Beklagte 1 zur kaufmännischen Buchführung und zur Aufbewahrung der Geschäftsbücher der K AG verpflichtet. Diesen Pflichten ist der Beklagte 1 nicht nachgekommen. Wenn die beklagtische Behauptung zuträfe, dass die Buchhaltung der K AG «im Ausland» geführt wurde, so hätte der Beklagte 1 dafür sorgen müssen, dass wenigstens Kopien der für die Buchhaltung notwendigen Belege am Domizil der Gesellschaft (und der Kontrollstelle) aufbewahrt werden. Dies ist aber unbestrittenermassen nicht erfolgt. Dazu kommt, dass der Beklagte 1 von B nicht einmal periodisch Rechenschaft über den Stand der Buchhaltung verlangt hat. Ob sich der Beklagte 1 dabei im Sinne von Art. 166 StGB strafbar gemacht hat oder nicht, kann vorliegend dahingestellt bleiben. Festzuhalten ist einzig, dass die Unterlassungen des Beklagten 1 schwerwiegend sind. Schlechthin unbehelflich ist der Versuch des Beklagten 1, sein Fehlverhalten auf B abzuwälzen. Wer die Pflicht zur Führung und Aufbewahrung der Geschäftsbücher an eine Hilfsperson «delegiert», hat nämlich für deren Verhalten nach Massgabe von Art. 101 Abs. 1 OR einzustehen (zum Einstehenmüssen für das Verhalten Dritter vgl. Blomeyer, Die Umkehr der Beweislast, in: AcP 158, S. 103; Gerhardt, Die Beweisvereitelung im Zivilprozess, in: AcP 169, S. 313 ff.). Hat somit der Beklagte 1 den klägerischen Beweis, dass die K AG bereits vor dem 13. August 1991 im Sinne von Art. 725 Abs. 3 aOR überschuldet war, schuldhaft vereitelt, so hat er die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Demnach ist darauf abzustellen, dass die K AG bereits vor dem 13. August 1991 im Sinne von Art. 725 Abs. 3 aOR überschuldet gewesen ist (Art. 2 Abs. 2 ZGB i.V.m. § 153 Abs. 2 Satz 2 ZPO).

(Kantonsgericht, 22. Februar 1996, i.S. T./O. und I. AG)

*Art. 28a Abs. 2 ZGB. – Persönlichkeitsverletzung; Umfang und Grenzen des Berichtigungsanspruchs.*

*Aus den Erwägungen:*

2.1 Gemäss Art. 28a Abs. 2 ZGB kann der Kläger insbesondere verlangen, dass eine Berichtigung oder das Urteil Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht wird.

Das in der Praxis wichtigste Mittel zur Beseitigung einer nach beendeter Verletzungshandlung andauernden Störung ist die Veröffentlichung oder Verbreitung einer Berichtigung oder des gegen den Beklagten ergangenen Urteils (Bucher, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 2. A., Basel 1995, N 582). Sowohl die Berichtigung als auch die Urteilspublikation sind keine selbständigen Rechtsbehelfe. Sie gelangen nur im Zusammenhang mit einem der drei in Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1-3 ZGB genannten Rechtsbehelfe (Beseitigungsklage, Unterlassungsklage, Feststellungsklage) zur Anwendung. Die klagende Partei kann von der beklagten Partei verlangen, dass letztere eine Berichtigung vornimmt oder dass das Urteil auf ihre Kosten publiziert wird. Auch eine Kombination der beiden Rechtsbehelfe ist möglich (Riemer, a.a.O., N 391). In Anlehnung an Lehre und Rechtsprechung zum Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht (Art. 70 PatG; Art. 9 Abs. 2 UWG) wird die auf dem Richtigstellungsanspruch beruhende Urteilsveröffentlichung nicht mehr als eine besondere Art der Genugtuung, sondern als Mittel zur Beseitigung der Störung betrachtet. Der Anspruch auf Veröffentlichung des Urteils oder einer Berichtigung hängt demzufolge nicht von einem Verschulden des Verletzers, sondern allein davon ab, ob die Urteilspublikation als geeignetes Mittel betrachtet werden kann, um die Folgen der Persönlichkeitsverletzung zu beseitigen. Damit sind auch die Grenzen des Anspruches gezogen (Pedrazzini/Oberholzer, Grundriss des Personenrechts, 4. A., Bern 1993, S. 157, mit Hinweisen). Die Berichtigung oder das Urteil können an Dritte mitgeteilt oder veröffentlicht werden. Damit gibt das Gesetz dem Richter die Möglichkeit, die Berichtigung bzw. die Veröffentlichung dem jeweiligen Publizitätsgrad der Persönlichkeitsverletzung selbst anzupassen. Während für die Berichtigung keine formellen Regeln aufzustellen sind, ausser jener des entsprechenden Antrages des Klägers, dürfte klar sein, dass unter Urteilsveröffentlichung, wie üblich, prinzipiell die Veröffentlichung des Urteilsdispositivs allein zu verstehen ist (Pedrazzini/Oberholzer, a.a.O., S. 158). Art. 28a Abs. 2 ZGB stellt ausdrücklich klar, dass dieses Mittel nicht unbedingt die Form einer Veröffentlichung (oder Ausstrahlung) durch die Medien haben muss; in gewissen Fällen kann eine an eine bestimmte Gruppe von Personen (wie die Mitglieder eines Vereins) gerichtete Mitteilung genügen, um einer Verletzung vorzubeugen oder eine solche zu beseitigen oder um eine Störung auszumerzen. Im Streitfall liegt es am Richter, in Anbetracht der gesamten Umstände und des angestrebten Zwecks über den Inhalt der Berichtigung zu entscheiden oder die zur Veröffentlichung bestimmten Teile des Urteils zu bezeichnen. Der Richter kann diese Mitteilung direkt anordnen, doch kann er auch den Beklagten dazu verurteilen oder dem Kläger eine solche erlauben, und zwar jedesmal auf Kosten des Beklagten (Bucher, a.a.O., N 584 f.).

2.2 Die persönlichkeitsverletzenden Äusserungen über den Kläger wurden anerkanntermassen in vier Leserbriefen in der Neuen Zuger Zeitung und den Zuger Nachrichten veröffentlicht und damit unbestimmten Dritten mitgeteilt.

Damit aber ist auch erstellt, dass die schädigende Wirkung der persönlichkeitsverletzenden Leserbriefe nach wie vor andauert und offensichtlich nur durch die beantragte Berichtigung beseitigt werden kann.

Es stellt sich dabei die Frage, ob diese Berichtigung nur durch eine Mitteilung an Dritte (z.B...), wie vom Beklagten eventualiter beantragt, erfolgen soll, oder ob diese in denjenigen Zeitungen zu veröffentlichen ist, in welchen die entsprechenden Leserbriefe erschienen. Einerseits trifft es zwar zweifellos zu, dass insbesondere... [bestimmte Berufsgattungen] sich für die Leserbriefe interessierten; andererseits könnten sich aber auch andere Kreise (...) mit den Leserbriefen befasst haben. Eine nur an... [die interessierten Vereine] gerichtete Berichtigung würde damit die persönlichkeitsverletzende Wirkung der Leserbriefe nicht beseitigen. Nur wenn die Berichtigung in denjenigen Zeitungen veröffentlicht wird, in denen auch die Leserbriefe erschienen, werden auch diejenigen Kreise orientiert, bei denen die für den Kläger nachteilige und ihn schädigende Wirkung der Persönlichkeitsverletzung allenfalls noch fort dauert. Daran vermag auch der heutige Gesundheitszustand des Beklagten, ..., nichts zu ändern. Im Vordergrund muss das Interesse des Klägers stehen, in denjenigen Kreisen rehabilitiert zu werden, in denen das negative Bild, das von ihm gezeichnet wurde, nach wie vor besteht. Der Beklagte ist daher zu verpflichten, die vom Kläger beantragte Berichtigung in der Presse vorzunehmen. Allerdings beschränkt sich diese Publikationspflicht auf die Neue Zuger Zeitung, die aus der Fusion zwischen der Zuger Zeitung und den Zuger Nachrichten hervorging. Die Publikation in der Zuger Presse ist nicht angezeigt, nachdem der Kläger lediglich annimmt, dass die Leser der früheren Zuger Nachrichten mehrheitlich zur Zuger Presse gewechselt hätten, ohne diese Behauptung in irgendwelcher Form zu substantiieren.

Im weiteren erscheint es auch nicht angezeigt, dass die Berichtigung sämtliche in Ziff. 1 des Rechtsbegehrens enthaltenen Vorwürfe und Behauptungen enthalten müsste. Wie erwähnt liegt es nach Bucher, a.a.O., N 585 (mit Hinweisen), im Streitfall am Richter, in Anbetracht der gesamten Umstände und des angestrebten Zwecks über den Inhalt der Berichtigung zu entscheiden oder die zur Veröffentlichung bestimmten Teile des Urteils zu bezeichnen. Es erscheint im vorliegenden Fall wenig sinnvoll, nochmals sämtliche Behauptungen und Vorwürfe im einzelnen aufzuführen und damit die Diskussion in den interessierten Kreisen allenfalls erneut aufflammen zu lassen. Der angestrebte Zweck der Veröffentlichung ist vielmehr die Rehabilitierung des Klägers insgesamt. Dieser Zweck wird aber hinlänglich erreicht, wenn der Beklagte eine entsprechende Erklärung mit Bezugnahme auf die Leserbriefe als Ganzes abgibt. Die angeordnete Berichtigung hat daher nur auf die klägerischen Leserbriefe Bezug zu nehmen, ohne die einzelnen Vorwürfe nochmals zu wiederholen. Damit wird dem Interesse des Klägers ausreichend Rechnung getragen

(Kantonsgericht, 6. November 1996, i.S. X./Y.)

## 2. Familien- und Erbrecht

*Art 145 ZGB. – Die Ablehnung der Vollstreckung des Besuchsrechts ist nicht über längere Zeit zulässig, weil dessen Aufhebung oder Einschränkung dem Abänderungsverfahren vorbehalten ist.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Das Besuchsrecht kann im Fall der Vereitelung oder Erschwerung der Ausübung seitens des Gewaltinhabers auf dem Wege der Zwangsvollstreckung nach kantonalem Recht grundsätzlich durchgesetzt werden, obwohl die Zwangsvollstreckung eines Besuchsrechtes sehr problematisch ist. In der Regel ist es angemessen, als Vollstreckungsmassnahme die Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung anzudrohen (vgl. Bühler/Spühler, Berner Kommentar, 3. A., N 351 ff. zu Art. 156 ZGB; Spühler/Frei-Maurer, Ergänzungsband zum Berner Kommentar, N 351 ff. zu Art. 156 ZGB; § 222 Abs. 1 ZPO). Die Ablehnung der Vollstreckung des Besuchsrechtes ist nicht über längere Zeit zulässig, weil dessen Aufhebung oder Einschränkung dem Abänderungsverfahren vorbehalten ist (Spühler/Frei-Maurer, a.a.O., N 352 zu Art. 156 ZGB; BGE 107 II 305).

2. Die Befragung des Kindes X hat unmissverständlich ergeben, dass dieses unter dem seit über fünf Jahren dauernden Scheidungsprozess der Parteien seelisch enorm leidet. Das Vater-Tochter-Verhältnis wurde dadurch in gravierender Weise in Mitleidenschaft gezogen. Seit dem verhängnisvollen Besuchstag vom 3. September 1995 weigert sich X mit Bestimmtheit, ihren Vater zu besuchen. Selbst die telefonischen Kontakte mit ihm empfindet sie grösstenteils als unangenehm. Unter diesen Umständen wäre auch die Gesuchsgegnerin nicht in der Lage, das Kind für Besuche beim Gesuchsteller zu motivieren. Es kann daher nicht gesagt werden, die Gesuchsgegnerin vereitle oder erschwere die Ausübung des Besuchsrechtes. Diese Annahme rechtfertigt sich zumindest für die Zeit ab dem letzten Besuchstag vom 3. September 1995. Bei dieser Sachlage würde die Vollstreckung des Besuchsrechtes das Kindeswohl in schwerwiegender Weise beeinträchtigen, was aber nicht verantwortet werden kann. Das Kind X benötigt dringend Ruhe und Distanz zum Scheidungsprozess der Parteien. Das Vollstreckungsgesuch ist daher zur Zeit abzuweisen.

(Kantonsgerichtspräsidium, 13. Juni 1996, i.S. Z./Z.)

*Art. 576 ZGB. – Aus wichtigen Gründen kann die zuständige Behörde den Erben mit Bezug auf die Ausschlagung der Erbschaft eine Fristverlängerung gewähren oder eine neue Frist ansetzen.*

*Aus dem Sachverhalt und den Erwägungen:*

1. Am 16. Dezember 1994 starb in Zürich X, Tochter der Gesuchstellerin.

2. Mit Eingabe vom 26. April 1995 teilte die Gesuchstellerin dem Kantonsgerichtspräsidium Zug mit, sie schlage die Erbschaft aus. Mit Schreiben vom 1. und 5. Mai 1995 wurde die Gesuchstellerin aufgefordert, dem Kantonsgerichtspräsidium mitzuteilen, wann sie zum ersten Mal vom Tode ihrer Tochter Kenntnis erhalten habe. In ihren Antwortschreiben vom 2. und 13. Mai 1995 hielt die Gesuchstellerin fest, dem Schreiben der Gemeindeverwaltung Y vom 21. Februar 1995 sei nicht zu entnehmen gewesen, ab welchem Zeitpunkt die dreimonatige Ausschlagungsfrist zu laufen beginne. Es sei deshalb nicht entscheidend, wann die Gesuchstellerin vom Tod ihrer Tochter erfahren habe.

3. Die gesetzlichen und die eingesetzten Erben haben die Befugnis, die Erbschaft, die ihnen zugefallen ist, auszuschlagen (Art. 566 Abs. 1 ZGB). Gemäss Art. 567 ZGB beträgt die Frist zur Ausschlagung drei Monate, und sie beginnt für die gesetzlichen Erben, soweit sie nicht nachweisbar erst später vom Erbfall Kenntnis erhalten haben, mit dem Zeitpunkt, da ihnen der Tod des Erblassers bekannt geworden ist.

X starb am 16. Dezember 1994. Die Gesuchstellerin macht nicht geltend, sie habe erst später vom Tod ihrer Tochter Kenntnis erhalten. Die dreimonatige Ausschlagungsfrist lief somit am 16. März 1995 ab. Die Ausschlagungserklärung vom 26. April 1995 ist mithin verspätet erfolgt.

4. Gemäss Art. 576 ZGB kann aus wichtigen Gründen die zuständige Behörde den gesetzlichen und den eingesetzten Erben eine Fristverlängerung gewähren oder eine neue Frist ansetzen. Ein wichtiger Grund liegt überall dann vor, wenn das Festhalten für die den gewöhnlichen normalen Tatbeständen berechnete Frist unter den besonders gearteten konkreten Umständen eine Unbilligkeit, eine Härte für den Erben bedeuten würde, indem er sich in der gewährleisteten Befugnis zur ruhigen Überlegung und sachgemässen Entscheidung verkürzt sehe. Die Gründe müssen sich auf die Möglichkeit beziehen, innerhalb der Frist sich zu entscheiden (wobei aber auch die Interessen der Gläubiger und Vermächtnisnehmer zu beachten sind), nicht aber auf die nachträglich sich erweisende Richtigkeit oder Nützlichkeit des getroffenen Entscheides (Tuor/Piceni, Berner Kommentar, N 3 zu Art. 576 ZGB und dort zitierte Entscheide).

Mit Schreiben vom 21. Februar 1995 teilte die Gemeindeverwaltung Y der Gesuchstellerin u.a. mit, sofern sie die Erbschaft ausschlagen wolle, müsse sie dies gemäss Art. 567 ZGB innert drei Monaten dem Kantonsgerichtspräsidium Zug mitteilen. Diese Mitteilung war, was den Beginn des Fristenlaufes betrifft, nicht völlig klar. Zwar wurde ausdrücklich auf Art. 567 ZGB hingewiesen, welche Bestimmung den Fristenlauf genau regelt. Andererseits beginnen aber in der Regel Fristen, die von einer Behörde angesetzt werden, erst vom Tage der Mitteilung an zu laufen. An einen juristischen

Laien können indessen diesbezüglich keine allzu grossen Anforderungen gestellt werden. Es ist daher der Gesuchstellerin zu glauben, dass das Schreiben der Gemeindeverwaltung Y vom 21. Februar 1995 in ihr die Meinung geweckt hat, die dreimonatige Ausschlagungsfrist beginne erst ab diesem Zeitpunkt (21. Februar 1995) zu laufen. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, für die Gesuchstellerin die Ausschlagungsfrist neu anzusetzen, und zwar auf den 21. Februar 1995. Damit ist die Ausschlagungserklärung der Gesuchstellerin vom 26. April 1995 rechtzeitig erfolgt.

(Kantonsgerichtspräsidium, 22. Mai 1995, i.S. B.)

### 3. Sachenrecht

*Art. 731 Abs. 2 ZGB, Art. 661 ff. ZGB, § 191 EG ZGB, Art. 48 SchlT ZGB. Die ausserordentliche Ersitzung einer Dienstbarkeit ist in Analogie zu Art. 662 ZGB nur denkbar, wenn ein Grundstück überhaupt nicht im Grundbuch aufgenommen worden ist, wenn es zwar im Grundbuch aufgenommen ist, jedoch aus dem Eintrag keine Angaben über den Eigentümer ersichtlich sind, oder der eingetragene Eigentümer seit Beginn der Ersitzungsfrist tot oder für verschollen erklärt ist.*

*Aus den Erwägungen:*

2.3 Im weiteren beruft sich der Gesuchsgegner darauf, er habe ein Fahrwegrecht eressen. Für die Ersitzung von Grunddienstbarkeiten gelangen gemäss Art. 731 Abs. 2 ZGB die Grundsätze über die Ersitzung von Grundstücken zur entsprechenden Anwendung (Art. 661 ff. ZGB). Die Ersitzung einer Grunddienstbarkeit erfolgt daher entweder gemäss dem Grundbucheintrag als Tabular- bzw. ordentliche Ersitzung oder unabhängig von einem solchen als Extratabular- bzw. ausserordentliche Ersitzung (Tuor/Schnyder/Schmid, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. A. Zürich 1995, S. 778 f.).

Die ordentliche Ersitzung einer Dienstbarkeit analog zu Art. 661 ZGB bedarf eines im Grundbuch zu Unrecht, d.h. ohne (gültigen) Erwerbstitel, eingetragenen Rechts. Wie bereits ausgeführt, ist im Grundbuch auf dem betroffenen Grundstück keine für den vorliegenden Fall relevante Dienstbarkeit eingetragen. Eine ordentliche Ersitzung ist daher zum vorneherein ausgeschlossen. Die ausserordentliche Ersitzung einer Dienstbarkeit ist in Analogie zu Art. 662 ZGB nur denkbar, wenn ein Grundstück überhaupt nicht im Grundbuch aufgenommen worden ist, wenn es zwar im Grundbuch aufgenommen ist, jedoch aus dem Eintrag keine Angaben über den Ei-

gentümer ersichtlich sind, oder der eingetragene Eigentümer seit Beginn der Ersitzungsfrist tot oder für verschollen erklärt ist (BGE 114 II 322 und dort zitierte Lehre und Rechtsprechung). Die zwei letztgenannten Möglichkeiten zur ausserordentlichen Ersitzung fallen dabei aufgrund des vorliegenden Sachverhaltes von vorneherein ausser Betracht. Ob ein Grundstück als «im Grundbuch aufgenommen» gilt, hängt in Kantonen, in denen das eidgenössische Grundbuch noch nicht eingeführt ist, von der Ausgestaltung des kantonalen Übergangsregisters ab bzw. davon, ob diesem negative Rechtskraft zukommt und daher Grunddienstbarkeiten nur durch Registereintrag rechtsgültig entstehen können (Tuor/Schnyder/Schmid, a.a.O., S. 779; BGE 114 II 332 E. 4a; BGE vom 6. November 1992, in: ZGBR 75/1994 S. 82 f.)

Im Kanton Zug ist das eidgenössische Grundbuch noch nicht in allen Gemeinden, insbesondere nicht in der Gemeinde X, in der das Prozessgegenstand bildende Grundstück der Gesuchstellerin liegt, eingeführt. § 191 EG ZGB als für das Übergangsrecht des Kantons Zug in diesem Zusammenhang massgebende Bestimmung erklärt, dass bis zum Zeitpunkt, in dem das Grundbuch gemeindeweise angelegt ist, je nach Geschäft die Vormerkung bzw. Eintragung im Hypothekenprotokoll bzw. im Hypothekenbuch und im Kaufregister zur Anwendung gelange (Abs. 1), und dass diesen Eintragungen, mit Ausnahme gegenüber dem gutgläubigen Dritten, Grundbuchwirkung im Sinne von Art. 48 SchlT ZGB zukomme (Abs. 2). Das Übergangsrecht des Kantons Zug verleiht der kantonalen Publizitätseinrichtung somit negative Rechtskraft. Massgebend ist allerdings nicht allein, dass die kantonalen Vorschriften die Ersatzeinrichtungen bezeichnen, denen sofort Grundbuchwirkung zukommt, ebenso von Bedeutung ist, dass die Ausgestaltung des kantonalen provisorischen Grundbuches und die Organisation der kantonalen Grundbuchführung einen Stand aufweisen, der erlaubt, dieser Übergangseinrichtung negative Rechtskraft zuzubilligen (ZBGR 75/1994 S. 83 mit Verweis auf Hans Huber). Diese Voraussetzungen sind im Kanton Zug erfüllt. So setzt die Begründung, Übertragung, Abänderung oder Löschung dinglicher Rechte die Eintragung in die kantonale Publizitätseinrichtung voraus (§ 191 Abs. 1 ZPO). Auch wird über die Grundbuchgeschäfte seit dem 1. Januar 1912 ein Tagebuch geführt (§ 191 Abs. 2 ZPO). Daraus ist ersichtlich, dass Dienstbarkeiten, für die das Bundeszivilrecht die Eintragung verlangt, anders nicht mehr begründet werden können und dass die zugerischen Register somit lückenlos über diese unter der Herrschaft des Zivilgesetzbuches errichteten beschränkten dinglichen Rechte Aufschluss geben. Dem zugerischen Grundbuch kommt in diesem Umfang deshalb Grundbuchwirkung zu. Da die Liegenschaft GBP Nr. 1099 der Gesuchstellerin im Hypothekenbuch der Gemeinde X aufgenommen ist, konnte demzufolge zulasten dieses Grundstückes seit 1912 keine Dienstbarkeit auf dem Wege der Extratabularsitzung mehr erworben werden (vgl. dazu auch ZR 82/1983 Nr. 73 S. 199).

(Kantonsgerichtspräsidium, 10. Juni 1996, i.S. S. AG/S).

#### 4. Obligationenrecht

*Art. 17 OR. – Ob ein abstraktes Schuldbekenntnis vorliegt, ist Auslegungsfrage (E. 4.1). Umkehr der Beweislast bei der «normalen» Schuldanerkennung (E. 5).*

*Aus den Erwägungen:*

4.1 Die Klägerin bringt – sinngemäss – weiter vor, bei der «Verpflichtungserklärung» vom 26. August 1993 handle es sich nicht um ein abstraktes Schuldbekenntnis im Sinne von Art. 17 OR. Demzufolge könne sie auch Einwendungen und Einreden aus dem Grundverhältnis geltend machen. Der Beklagte lässt diese Darstellung bestreiten. Ob ein selbständiges, abstraktes Schuldversprechen vorliegt oder nicht, ist eine Auslegungsfrage (Kramer/Schmidlin, Kommentar zum Obligationenrecht, Bern 1986, N 48 und 65 zu Art. 17 OR; Bucher, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1988, S. 58; vgl. auch Palandt, Kommentar zum BGB, 49. A., München 1990, N 2 zu § 780 BGB)...

4.2 Die «Verpflichtungserklärung» vom 26. August 1993 hat folgenden Wortlaut: «... Die X AG [sc. Klägerin] verpflichtet sich zur Zahlung von DM 800 000.- gegen Rückgabe der promissory note der Z BANK mit der issue no. ABM SBC ZH I P, issue date 21.06.1993. Die Zahlung des genannten Betrages ist fällig dreissig Tage nach Rückkaushändigung der o.g. Note an Herrn Dr. T. oder Herrn von P. (siehe Vollmacht). Die Verpflichtung steht im Zusammenhang mit der Rückgabe der gesamten Noten...» Aufgrund des klaren Wortlauts der «Verpflichtungserklärung» ist nicht ersichtlich, welche Einwendungen der Klägerin aus dem Grundverhältnis zustehen könnten. Wer sich dazu verpflichtet, binnen einer bestimmten Frist «Zug um Zug» einen genau bezeichneten Betrag zu bezahlen, schafft beim Gläubiger das schutzwürdige Vertrauen, man werde allfällige Einwendungen bzw. Einreden einstweilen zurückstellen, d.h. erst bezahlen und die Angelegenheit gegebenenfalls – danach definitiv bereinigen. Der Beklagte durfte – mit andern Worten – in guten Treuen darauf abstellen, die Klägerin werde die DM 800 000.- binnen 30 Tagen nach Rückgabe der betreffenden Note «einwendungs- und einrededefrei» bezahlen. Entgegen der Ansicht der Klägerin ist die «Verpflichtungserklärung» vom 26. August 1993 demnach als selbständiges, abstraktes Schuldversprechen zu interpretieren. Dies hat zur Folge, dass die Klägerin der Aberkennungsforderung vorliegend keine Einwendungen aus dem Grundverhältnis entgegensetzen kann (zur «Einredeabstraktheit» vgl. Honsell et al., Kommentar zum Obligationenrecht, Basel 1992, N 10 ff. zu Art. 17 OR; von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des Schweiz. Obligationenrechts, Band I, 3. A., Zürich 1979, S. 273 i.V.m. S. 266 ff.; Kramer/Schmidlin, a.a.O., N 56 zu Art. 17 OR; zur vertraglichen Schuldanerkennung vgl. im übrigen von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweiz. Obligationenrechts, Band II, 3. A., Zürich 1974, S. 225 Anm. 2). Soweit die Einwendungen der Klägerin das Verhältnis zu Dr. T. und P. betreffen, können sie ohnehin nach Massgabe von Art. 179 Abs. 1 OR nicht gehört werden.

Dazu kommt folgendes: Wie bereits erwähnt, schloss der Beklagte mit Dr. T. und P. am 29. Juni 1993 einen als «Vereinbarung» bezeichneten Vergleich ab. Wie der Beklagte richtig ausführt, liegt darin eine Novation im Sinne von Art. 116 OR. Zwar wird die Tilgung einer alten Schuld durch Begründung einer neuen nicht vermutet (Art. 116 Abs. 1 OR). Indessen kann diese negative gesetzliche Vermutung «durch Auslegung des Vertrags nach Vertrauensprinzip widerlegt werden» (Gauch/Schluop, a.a.O., Band II, N 3243). Mit den im Vertrag bekundeten Willensäusserungen, es werde ein Betrag von DM 800000.- im Sinne eines «Ersatzgeschäftes» gezahlt, durfte und musste der Beklagte in guten Treuen annehmen, dass eine alte Schuld getilgt und eine neue begründet wurde. Da die «Verpflichtungserklärung» vom 26. August 1993 auch für die Klägerin erkennbar auf der «Vereinbarung» vom 29. Juni 1993 basiert bzw. diese sichert, muss sich die Klägerin diesen Vergleich entgegenhalten lassen. Gemäss der «Vereinbarung» vom 29. Juni 1993 hatte der Beklagte einen Anspruch auf DM 800000.-, dies «ohne Einreden und Einwendungen» bzw. «unwiderruflich». Selbst wenn die «Verpflichtungserklärung» vom 26. August 1993 nicht als selbständiges, abstraktes Schuldversprechen interpretiert werden müsste, hätte sich die Klägerin somit jedenfalls den Einwendungs- bzw. Einredeausschluss gemäss der novierenden «Vereinbarung» vom 29. Juni 1993 entgegenhalten zu lassen. Auch insoweit zielen die Vorbringen der Klägerin ins Leere.

5. Selbst wenn sich die Klägerin im vorliegenden Prozess keinen Einwendungs- bzw. Einredeausschluss entgegenhalten lassen müsste, wäre dies für sie unbehelflich:

Gemäss Art. 17 OR ist ein Schuldbekenntnis auch ohne die Angabe des Verpflichtungsgrundes gültig. Die «normale» Schuldanerkennung bewirkt die Umkehr der Beweislast: Nicht der Gläubiger hat den Verpflichtungsgrund zu beweisen, sondern der seine Schuldverpflichtung bestreitende Schuldner hat darzutun, welches der Verpflichtungsgrund ist, dass dieser nicht gültig ist oder nicht mehr angerufen werden kann (vgl. BGE 105 II 187, Pra 69 74 f.; Kramer/Schmidlin, a.a.O., N 20 ff. zu Art. 17 OR; vgl. auch Amonn, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 4. A., Bern 1988, S. 138, N 42 ff.). Art. 17 OR beinhaltet die gesetzliche Vermutung, dass die Schuld bestehe (Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, 3. A., Bern 1992, S. 231, N 47).

Wie eben erwähnt, hätte es der Klägerin obgelegen, die Nichtexistenz der umstrittenen Verbindlichkeit rechtsgenügend zu behaupten und die einzelnen Tatsachenbehauptungen hinreichend zu substantiieren. Überdies wäre die Klägerin gehalten gewesen, die entsprechenden Beweismittel zu offerieren und das Beweisthema sowie die Beweismittel hinreichend zu substantivieren (vgl. dazu Brönnimann, Die Behauptungs- und Substantiierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. 1989, S. 197 ff.). Dies hat indessen die Klägerin – ein kaufmännisches Unternehmen – unterlassen; insbe-

sondere fehlt es an hinreichend nachvollziehbaren Tatsachenbehauptungen (vgl. dazu bereits Urteil der Justizkommission des Obergerichts vom 29. Juli 1994, S. 8). Selbst wenn die Klägerin einschlägige Beweismittel rechtsgenügend offeriert hätte, würde es demnach an der rechtsgenügenden Substantiierung des jeweiligen Beweisthemas fehlen. Unter diesen Umständen kann der der Klägerin obliegende Beweis des Nichtbestandes der Aberkennungsforderung nicht als erbracht gelten. Auch insoweit ist der Klage die Grundlage entzogen.

(Kantonsgericht, 15. März 1995, i.S. T. AG/N.)

Die gegen diesen Entscheid erhobene Berufung wies das Obergericht mit Urteil vom 22. August 1995 ab.

*Art. 47 OR. – Genugtuung bei vorsätzlicher Tötung. Anspruchsvoraussetzungen. Festsetzung der Genugtuungshöhe.*

*Aus dem Sachverhalt:*

In der Nacht vom 26./27. April 1990 kam es zwischen dem Beklagten und †Z. zu einer tätlichen Auseinandersetzung, in deren Verlauf der Beklagte †Z. mit einem Messer tödliche Verletzungen zufügte. Die Eltern (Klägerin 1 und Kläger 2) sowie die beiden Brüder (Kläger 3 und 4) von †Z. beantragten klageweise eine Genugtuung von je Fr. 30 000.– bzw. je Fr. 10 000.–.

*Aus den Erwägungen:*

3.1 Gemäss Art. 47 OR kann der Richter bei Tötung eines Menschen oder Körperverletzung unter Würdigung der besonderen Umstände dem Verletzten oder den Angehörigen des Getöteten eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zusprechen.

Die Zusprechung einer Genugtuung im Sinne von Art. 47 OR setzt neben einer Körperverletzung oder – wie im vorliegenden Fall – einer Tötung eine Haftung des Schadensverursachers voraus. Der Haftpflichtige muss somit widerrechtlich und schuldhaft «eine Einwirkung» verursacht haben. Anders als im übrigen Deliktsrecht soll aber nicht ein Schaden im haftpflichtrechtlichen Sinne ausgeglichen, sondern eine nicht berechenbare und daher ex aequo et bono festzusetzende Entschädigung für eine immaterielle Beeinträchtigung bezahlt werden (Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, AT, Band I, Zürich 1995, N 1 zu § 8; vgl. auch Brehm, Berner Kommentar [Band VI/1/3/1 Lieferung 2], Bern 1987, N 12 ff. zu Art. 47 OR; Hütte/Duksch, Die Genugtuung bei Tötung und Körperverletzung (OR 47), Zürich 1986/1989/1994, S. 0/6, Ziff. 2.4.). Die Tötung muss bei den Angehörigen des Verstorbenen zu einem physischen und/oder seelischen Schmerz von gewisser Schwere und damit zu einer Verletzung in den persönlichen

Verhältnissen geführt haben (vgl. Schnyder, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Basel 1992, N 6 f. zu Art. 47 OR; Brehm, a.a.O., N 28 zu Art. 47 OR; BGE 110 II 166). Die Anwendung von Art. 47 OR setzt sodann «besondere Umstände» voraus. Bei einer Tötung besonders zu würdigen ist das persönliche Verhältnis des Angehörigen zur getöteten Person. So müssen zwischen diesen enge, harmonische Beziehungen bestanden haben (Brehm, a.a.O., N 31 f. zu Art. 47 OR). Zu berücksichtigen sind sodann das Alter des Getöteten und des Hinterbliebenen sowie die Lebenserfüllung der verstorbenen Person (vgl. Schnyder, a.a.O., N 10). Im Rahmen der Umstände spielt auch das Verschulden des Haftpflichtigen und ein allfälliges Mitverschulden des Opfers eine Rolle (BGE 104 II 263 f.; 117 II 50 ff.; 116 II 735 f.; krit. zum Verschulden s. Brehm, a.a.O., N 33 ff.). In Betracht fallen schliesslich die speziell tragischen oder grausamen Begleitumstände des zum Tode führenden Ereignisses (vgl. Hütte/ Duksch, a.a.O., S. 0/7, I/14; Brehm, a.a.O., N 49 ff. zu Art. 47 OR).

3.2 Der Beklagte anerkannte, wie bereits erwähnt, die Genugtuungsforderungen der Klägerin 1 sowie der Kläger 2 und 4 dem Grundsatz nach. Den Anspruch des Klägers 3 bestritt er dagegen mit dem Hinweis darauf, dass dieser zum Todeszeitpunkt nicht mehr im gemeinsamen Haushalt mit seinem verstorbenen Bruder gelebt habe.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist das Zusammenleben im gemeinsamen Haushalt eine Voraussetzung für die Genugtuung und zwar auch für den Fall, dass beste Beziehungen zwischen den Geschwistern bestanden (vgl. Hütte/Duksch, a.a.O., S. I/42 mit Verweis auf BGE 89 II 396 ff.). Gründe, die ein Abweichen von dieser Praxis rechtfertigen, sind nicht ersichtlich, so dass die Klage mit Bezug auf die Genugtuungsforderung des Klägers 3 von vornherein abzuweisen ist.

Es bleibt somit noch die Höhe der Genugtuung für die Klägerin 1 und die Kläger 2 und 4 festzusetzen.

3.3 Dem Richter steht bei der Festsetzung der Genugtuungshöhe ein weiter Ermessensspielraum zu (vgl. Schnyder, a.a.O., N 11 zu Art. 47 OR; Brehm, a.a.O., N 72 zu Art. 47 OR; BGE 116 II 299). Allerdings wirken sich die in Erw. 3.1 als Voraussetzungen der Genugtuung genannten Momente und Kriterien auch auf die Höhe der Genugtuungssumme aus. Je schwerwiegender die Umstände sind und je intensiver die Unbill auf den Anspruchsteller eingewirkt hat, um so höher hat grundsätzlich die Genugtuungssumme zu sein. Massgebende Kriterien sind somit vor allem die Art und die Schwere der Verletzung, die Art und Dauer der Auswirkungen auf die Persönlichkeit des Betroffenen sowie das Verschulden des Haftpflichtigen (vgl. Schnyder, a.a.O., N 11 zu Art. 47 OR; Oftinger/Stark, a.a.O., N 24 zu § 8; Brehm, a.a.O., N 63 zu Art. 47 OR; SJZ 67 [1971] S. 339; BGE 118 II 410). Selbstverschulden des Opfers sowie tätige Reue des Täters kann zu

einer Reduktion der Genugtuung führen (Hütte/Duksch, a.a.O., S. 0/6, I/7 ff., 1/14 f.). Vorsatz, Absicht oder eine besonders verwerfliche Gesinnung des Haftpflichtigen dagegen wirken sich immer genugtuungserhöhend aus (Hütte/Duksch, a.a.O., S. 1/3; vgl. auch SJZ 67 [1971], S. 339). In der Praxis werden Genugtuungen nach dem Grad der Beziehungen des Verstorbenen zu seinen Angehörigen abgestuft. So wird grundsätzlich einem überlebenden Ehegatten die höchste Genugtuungssumme zugesprochen. Danach kommen – in abnehmender Reihenfolge – die Eltern des verstorbenen Kindes (wobei unterschieden wird, ob es sich um das einzige Kind handelte oder nicht; vgl. SJZ 67 [1971], S. 339; ZR 61 [1962] Nr. 51), dann das Kind beim Tod eines Elternteils, die Geschwister und schliesslich die entfernteren Verwandten (sog. Stufentheorie; vgl. Hütte/ Duksch, a.a.O., S. 1/26; Brehm, a.a.O., N 65 zu Art. 47 OR; Oftinger, a.a.O., N 88 ff. zu § 8; BGE 89 II 396). Im übrigen finden die Art. 43 und 44 OR analoge Anwendung. Namentlich dann, wenn der Haftpflichtige durch die Bezahlung der beantragten Genugtuungssumme in eine Notlage käme (Art. 44 Abs. 2 OR), kann eine Genugtuungsherabsetzung als angezeigt erscheinen (vgl. Brehm, a.a.O., N 85 f. zu Art. 47 OR mit Hinweisen; Schnyder, a.a.O., N 11 zu Art. 47 OR; Oftinger/Stark, a.a.O., N 31 zu § 8).

[Es folgen Ausführungen zu den Beziehungen zwischen †Z. und seinen Eltern bzw. Geschwistern. Es wird festgestellt, dass das Verhältnis von †Z. zu seinen nächsten Angehörigen normal, dem Alter und den Lebensumständen entsprechend war (Erw. 3.3.1).]

3.3.2 Den äusserst tragischen Umständen, die zum Tode von †Z. führten, kommt bei der Bemessung der Genugtuung erhebliches Gewicht zu.

†Z. wurde das Opfer einer Straftat, die ihren Ursprung in einer Gegebenheit hatte, mit der er – unbestrittenermassen – nichts zu tun hatte. Rein zufällig hielt er sich im selben Lokal wie der Beklagte auf, als es zwischen diesem und C. zu einer Auseinandersetzung kam. Ebenfalls zufällig wurde der Beklagte auf †Z. bzw. auf die Gruppe, in der dieser sich aufhielt, aufmerksam. Dass schliesslich †Z. das Opfer des Beklagten wurde, dürfte schliesslich einzig dem Umstand zuzuschreiben sein, dass der Beklagte †Z. auf dessen Flucht als ersten einholte und seine aufgestaute Aggression letztlich an ihm ausliess. In der willkürlichen Wahl des Opfers liegt zweifellos die besondere Tragik des Todes von †Z.. Besonders ins Gewicht fällt aber auch, dass der nach menschlichem Ermessen sinnlose und vermeidbare Tod von †Z. die Kläger völlig unvorbereitet, von einer Stunde auf die andere und ohne Abschied traf. Dass es nach dem gewaltsamen Tod ihres Sohnes und Bruders für die Kläger schwer war, in ihrem sozialen Umfeld wieder Fuss zu fassen und Bekannten gegenüberzutreten, ist ohne weiteres nachvollziehbar, ruft doch ein Tod infolge eines Tötungsdeliktes in aller Regel Fragen hervor, die zu beantworten unangenehmer sind als beispielsweise im Falle eines Unfalltodes.

3.3.3 Trotz allem zerstörte der Todesfall die Lebensfreude der Kläger 1 und 2 nicht. Der unvermittelte, jähe Tod ihres Sohnes war für sie jedoch zweifellos ein Schock, den sie nur mit Hilfe von aussen (Arzt) überwinden konnten. Darüber hinaus fanden sie offenbar Halt im anderen Ehepartner bzw. in ihrer Familie. Der Tod von †Z. hinterlässt jedoch bis heute – sechs Jahre danach – seine Spuren, wenn auch nicht mehr so intensiv wie früher und in individuell verschiedener Form und unterschiedlichem Ausmass. Während die Klägerin 1, die eigener Aussage zufolge auch heute noch täglich an die damaligen Ereignisse denkt, Ablenkung in der freien Natur sucht, nimmt der Kläger 2 auch heute noch von Zeit zu Zeit Beruhigungsmittel ein, versucht indes vor allem, sich mit Arbeit auf andere Gedanken zu bringen.

Auf die Frage, wie er die Tat habe verarbeiten können, erklärte der Kläger 4 an der Parteibefragung vom 30. April 1996, er habe sich zunächst stark gehen lassen und sogar seine Lehre abbrechen wollen, doch hätten ihn seine Kollegen in dieser Zeit stark unterstützt. Soweit es überhaupt möglich ist, den gewaltsamen Tod des eigenen Bruders je gänzlich zu überwinden, scheint der Kläger 4 die damaligen Ereignisse, die ihn zweifellos im Moment sehr schwer trafen, heute doch weitgehend verarbeitet zu haben.

Anzumerken bleibt, dass der Hinweis der Kläger auf die ihrer Ansicht nach zu kurze Dauer des Freiheitsentzugs des Beklagten hinsichtlich der Genugtuungshöhe unbeachtlich ist, kommt einer Genugtuung doch kein Strafcharakter zu; allein massgebend ist das Mass des Leidens der Geschädigten (vgl. Brehm, a.a.O., N 37 ff. zu Art. 47 OR mit Hinweisen; BGE 82 II 36 ff.).

3.3.4 Der Beklagte wurde mit Urteil des Strafgerichts Zug vom 20. März 1992 u.a. der (eventual)vorsätzlichen Tötung im Sinne von Art. 111 StGB schuldig gesprochen. Auch wenn der Zivilrichter mit Bezug auf die Beurteilung der Schuld nicht an das strafgerichtliche Erkenntnis gebunden ist (Art. 53 Abs. 2 OR), gibt das Strafurteil einen gewissen Hinweis auf die Schwere des Schuldvorwurfs. Von Bedeutung ist insbesondere, dass gemäss psychiatrischem Gutachten vom 1. November 1990 die Zurechnungsfähigkeit des Beklagten zum Tatzeitpunkt «in mittlerem wenn nicht gar in hohem Mass vermindert war (vgl. Strafuntersuchungsakten). Folgedessen war der Beklagte nur in beschränktem Masse zur Einsicht in das Unrecht der Tat und zum Steuern des eigenen Verhaltens nach dieser Einsicht fähig (vgl. Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, N 1 zu Art. 10). Die verminderte Zurechnungsfähigkeit im Sinne von Art. 11 StGB, die zweifellos auch das zivilrechtliche Verschulden in anderem Lichte erscheinen lässt, schlägt sich genugtuungsmindernd nieder. Dies ändert indessen nichts an der Tatsache, dass der Beklagte schuldhaft den Tod von †Z. verursachte.

3.3.5 Als genugtuungsmindernden Faktor machte der Beklagte in erster Linie seine angespannten finanziellen Verhältnisse geltend.

[Es folgen Ausführungen zu den persönlichen Verhältnissen des Beklagten.]

Unter Berücksichtigung der Richtlinien des Obergerichts des Kantons Zug für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums (Notbedarf) nach Art. 93 SchKG vom 23. Dezember 1993 steht fest, dass das Einkommen des Beklagten den Notbedarf für sich und seine Familie kaum zu decken vermag. Genugtuungsleistungen in der beantragten Höhe würden den Beklagten wohl vollends in eine wirtschaftliche Notlage versetzen. Zieht man diese äusserst knappen finanziellen Verhältnisse des Beklagten in Betracht und berücksichtigt man den höchstens mittelschweren Verschuldensgrad (vgl. Erw. 3.3.3), rechtfertigt sich im vorliegenden Fall gestützt auf Art. 44 Abs. 2 OR eine Reduzierung der Genugtuung. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Einkommensverhältnisse der Klägerin 1 und des Klägers 2 einer allzu grossen Herabsetzung entgegenstehen (vgl. Beilage 7 Ziff. 17; zum Ganzen vgl. Brehm, a.a.O., N 67 ff. zu Art. 44 OR; Schnyder, a.a.O., N 9 zu Art. 44 OR; zum Begriff des mittelschweren Verschuldens s. BGE 100 II 332 ff. = Pr. 64 [1975] Nr. 67; BGE 49 II 439 ff.).

[Es folgen Ausführungen zu den nach Ansicht des Beklagten im vorliegenden Fall zu berücksichtigenden genugtuungsmindernden Faktoren. Das Gericht gelangt nach eingehender Prüfung zum Schluss, dass solche im vorliegenden Fall nicht vorliegen. Es wirft sodann einen Blick auf Urteile in ähnlich gelagerten Fällen (Erw. 3.3.6 und 3.3.7).]

3.4 Im Lichte der eben dargestellten Gerichtspraxis in ähnlichen Fällen erschienenen Genugtuungsforderungen in der beantragten Höhe nicht als unangemessen. Zieht man allerdings die sehr prekären finanziellen Verhältnisse des Beklagten in Betracht, rechtfertigt es sich, die geltend gemachten Genugtuungssummen für die Klägerin 1 und den Kläger 2 auf je Fr. 25000.- und für den Kläger 4 auf Fr. 3000.- zu reduzieren (vgl. Erw. 3.3.5). Diese Beträge sind ab Eintreten der Unbill, d.h. ab Todestag (27. April 1990), antragsgemäss mit 5% zu verzinsen.

(Kantonsgericht, 30. Oktober 1996, i.S. Z./H.)

Gegen dieses Urteil ist beim Obergericht Berufung eingereicht worden; der Entscheid des Obergerichtes steht noch aus.

*Art. 68–92 OR; Art. 97 OR; Art. 82 OR. – Die Annahme eines Checks ist grundsätzlich als Leistung erfüllungshalber zu interpretieren (E. 2.1). Die Leistung erfüllungshalber beinhaltet – als Bestandteil der Verwertungsabrede – den Einwendungsverzicht des Schuldners aus dem Grundverhältnis (E. 2.2). Bei einem Kaufvertrag unterliegt der Anspruch wegen Nicht- oder nicht gehöriger Erfüllung nach Art. 97 OR den besonderen Voraussetzungen des Gewährleistungsrechtes im Sinne von Art. 197 ff. OR (E. 3.1). Voraussetzungen für das Zurückbehaltungsrecht gemäss Art. 82 OR (E. 3.1).*

*Aus dem Sachverhalt:*

Am 25. März 1993 übermittelte die X AG der Y AG für bestellte Waren die Rechnung Nr. 001644 im Betrage von Fr. 16962.- zur Bezahlung binnen 30 Tagen. In der Folge stellte Z, einziger Verwaltungsrat der Y AG, namens der P AG einen Check über Fr. 16962.- aus. Am 5. April 1993 legte die X AG diesen Check der Bank A AG vor, welche indessen die Zahlung mangels Deckung verweigerte. Am 24. Mai 1993 forderte die X AG die Y AG zur Bezahlung der offenen Rechnung bzw. des Betrages von Fr. 16962.- bis zum 28. Mai 1993 auf. Die Y AG liess diese Frist unbenützt verstreichen. Am 17. Dezember 1993 brachte Z namens der Y AG verschiedene von der X AG gelieferte Produkte im Gesamtwert von Fr. 2337.15 an die X AG zurück. Entsprechend reduzierte die X AG ihre Forderung auf Fr. 14624.85. Die Y AG will gegenüber dieser Forderung «Schadenersatzansprüche» zur Verrechnung bringen.

*Aus den Erwägungen:*

1. Es ist unbestritten, dass die X AG der Y AG am 25. März 1993 verschiedene Produkte im Betrage von insgesamt Fr. 16962.- geliefert hat und dass diese Schuld mittlerweile im Umfang von Fr. 2337.15 (von der X AG anerkannte «Retouren» der Y AG) getilgt ist. Entsprechend stellt die Y AG nicht in Abrede, dass die Restanz aus der Rechnung Nr. 001644 vom 25. März 1993 an sich noch Fr. 14624.85 beträgt. Insoweit liegt eine Beschränkung des Rechtsstreits vor, die für das Kantonsgericht verbindlich ist (§§ 53 Abs. 1 und 150 Abs. 2 ZPO). Vielmehr stellt die Y AG gegenüber der Klageforderung «Schadenersatzansprüche» zur Verrechnung. Demnach ist nachfolgend zu prüfen, ob der Y AG die behauptete Verrechnungsforderung zusteht oder nicht.

2.1 Den Akten ist zu entnehmen, dass die X AG den von Z namens der P AG ausgestellten Check über Fr. 16962.- entgegengenommen und der Bank A AG (Bezogene) am 5. April 1993 erfolglos zur Einlösung präsentiert hat. Eine Entgegennahme des Checks «an Zahlungsstatt» haben die Parteien nicht behauptet, und eine solche Wirkung ist bei der Hingabe eines Checks auch nicht zu vermuten. Die Annahme des Checks seitens der X AG ist vielmehr als «Leistung erfüllungshalber» zu interpretieren (vgl. Weber, Kommentar zum Obligationenrecht, Bern 1983, N 146 zu Vorbem. zu Art. 68–96 OR; Bucher, Schweiz. Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1987, S. 411).

2.2 Bei der «Leistung erfüllungshalber» erhält der Gläubiger einen Leistungsgegenstand, durch dessen Verwertung er sich für eine Forderung befriedigen soll. Seine Forderung erlischt daher nicht schon mit der Hingabe, sondern erst mit der Verwertung des hingegebenen Gegenstandes. Durch die Hingabe erfüllungshalber entsteht zwischen Gläubiger und Schuldner bezüglich der im beidseitigen Interesse liegenden Verwertung des hingege-

benen Gegenstandes ein auftragsähnliches treuhänderisches Rechtsverhältnis, das insbesondere eine interessenwahrende Sorgfalts-, Handlungs- und Rechenschaftspflicht des Gläubigers begründet. Ein Widerruf nach auftragsrechtlichen Grundsätzen im Sinne von Art. 404 OR kommt aber nicht in Betracht, weil die Verwertung dieser Leistung ein gemeinsames Geschäft der Vertragsparteien ist. Die Leistung erfüllungshalber gilt als Abschlagszahlung im Sinne von Art. 135 Abs. 1 OR. Sie ist – als Bestandteil der Verwertungsabrede – keine blossе Meinungsäusserung des Schuldners, sondern als verpflichtende Willenserklärung zu interpretieren. Entsprechend ist bei einer derartigen Abrede auf einen Verzicht des Schuldners auf Einwendungen aus dem Grundverhältnis zu schliessen (Spiro, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen, Band I, Bern 1975, S. 358, 366, 369 und 566; vgl. auch Bucher, a.a.O., S. 313; Weber, a.a.O., N 126 ff. zu Vorbem. zu Art. 68 96 OR; Schraner, Kommentar zum Obligationenrecht, 3. A., Zürich 1991, N 108 ff. zu Vorbem. zu Art. 68-96 OR). Bereits aus diesem Grunde ist die Verrechnungseinrede der Y AG zu verwerfen. Dieser Einwendungsausschluss mit Bezug auf das Grundverhältnis gilt vorliegend um so mehr, als der Zahlende mit der Übergabe des Checks als Zahlung die Gewähr übernimmt, dass daraus eine Zahlung im Nominalbetrag resultiert (Jäggi/Deney/Greyerz, Wertpapierrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1985, S. 281). Die Y AG hätte denn auch gegenüber der X AG sogar nach der Garantiefhaftung gemäss Art. 1128 Ziff. 2 OR eintreten müssen, hätte der einzige Verwaltungsrat der Y AG den Check namens der Y AG und nicht «bloss» auf Rechnung der Y AG namens der ebenfalls von ihm beherrschten P AG ausgestellt. Kann somit die Y AG gegenüber der X AG keine Einwendungen aus dem Grundverhältnis erheben, so ist der Verrechnungseinrede der Y AG die Grundlage entzogen.

3. Selbst wenn die Y AG gegenüber der X AG Einwendungen aus dem Grundverhältnis erheben könnte, wäre ihr damit nicht geholfen.

3.1 Die Y AG stellt zu Recht nicht in Abrede, dass zwischen den Parteien namentlich mit Bezug auf die Bestellung Nr. 001644 im Betrage von Fr. 16962.– ein Kaufvertrag im Sinne von Art. 184 ff. OR zustandegekommen ist. Der Y AG ist zwar darin beizupflichten, dass die Bestimmungen über die Sachgewährleistung gemäss Art. 197 ff. OR einen Schadenersatzanspruch wegen Nicht- oder nicht gehöriger Erfüllung gemäss Art. 97 OR bzw. Art. 41 OR nicht ausschliessen. Jedoch ist die Schadenersatzklage wegen Nicht- oder nicht gehöriger Erfüllung den besonderen Voraussetzungen des Gewährleistungsrechts unterstellt, insbesondere in bezug auf die rechtzeitige Vornahme der Prüfung und die Mängelrüge sowie die kurze Verjährungsfrist (statt vieler: Giger, Kommentar zum Obligationenrecht, 2. A., Bern 1980, N 24 zu Vorbem. zu Art. 197-210 OR; Guhl/Merz/Koller, Das Schweiz. Obligationenrecht, 8. A., Zürich 1991, S. 364; BGE 107 II 421). Die Y AG macht nicht geltend, sie habe die behauptete Nicht- bzw. Schlechterfüllung bei der Klä-

gerin im Sinne von Art. 201 OR rechtzeitig gerügt. Auch insoweit ist der beklagischen Verrechnungs- bzw. Schadenersatzforderung die Grundlage entzogen.

3.2 Gegen den Standpunkt der Y AG spricht zudem folgendes: Wer bei einem zweiseitigen Vertrag den andern zur Erfüllung anhalten will, muss gemäss Art. 82 OR entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalt oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen hat. Rechtsprechung und Lehre gewähren dem belangten Schuldner – mangels einer gesetzlichen Vorschrift – ein Leistungsverweigerungsrecht auch dann, wenn die beidseitigen Leistungen auf verschiedenen, jedoch wirtschaftlich zusammenhängenden Verpflichtungsverhältnissen beruhen (Schraner, a.a.O., N 178 und 185 ff. zu Art. 82 OR). Es gilt also der Grundsatz, dass bei einem fortgesetzten Geschäftsverkehr der Verkäufer nicht verpflichtet ist, in einem Zeitpunkt, in welchem der Vertragsgegner die Erfüllung früher fälliger Verpflichtungen verweigert, diesem noch neue Vorleistungen zu erbringen (ZR 37 Nr. 96; vgl. auch von Büren, Schweiz. Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, S. 468 f.).

Die hier zur Diskussion stehende Forderung der X AG wurde spätestens am 5. April 1993 fällig, als sich der von der Y AG überreichte Check über Fr. 16962.– als uneinbringlich erwies (Art. 1115 Abs. 2 OR). Spätestens ab diesem Zeitpunkt war die X AG nach Art. 82 OR befugt, die Belieferung der Y AG einzustellen. Schon deshalb kann keine Rede davon sein, dass die X AG die Y AG widerrechtlich geschädigt habe. Mit der Aushändigung eines nicht gedeckten Checks hat im übrigen die Y AG gegen den zwischen den Parteien bestehenden Vertrag bzw. die Verwertungsabrede verstossen, so dass ihre – nicht rechtsgenügend substantiierte – Berufung auf ein Zurückbehaltungsrecht im Sinne von Art. 82 OR von vornherein nicht gehört werden kann (zur Voraussetzung der eigenen Vertragstreue vgl. Weber, a.a.O., N 195 zu Art. 82 OR; Simmen, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, Diss. 1981, S. 89). Auch unter diesem Aspekt ist der – namentlich der Höhe nach nicht hinreichend substantiierten – Schadenersatzforderung bzw. der sinngemässen Berufung der Y AG auf Art. 82 OR die Grundlage entzogen.

(Kantonsgericht, 18. April 1995, i.S. X. AG/Y. SA)

*Art. 699 Abs. 4 OR. - Kraft Bundesrecht gibt es keinen besonderen Gerichtsstand für Gesuche betreffend die Einberufung einer Generalversammlung.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Der Gesuchsgegner wendete primär ein, das Kantonsgerichtspräsidium sei für die Behandlung des vorliegenden Gesuches örtlich unzuständig, weil der Gesuchsgegner seinen Wohnsitz nicht im Kanton Zug habe. Demgegen-

über stellte sich der Gesuchsteller auf den Standpunkt, das Bundesrecht sehe für Klagen nach Art. 699 Abs. 4 OR einen besonderen Gerichtsstand am Sitz der Gesellschaft vor.

Nach Art. 699 Abs. 3 OR kann die Einberufung einer Generalversammlung von einem oder mehreren Aktionären verlangt werden, die zusammen mindestens 10% des Aktienkapitals vertreten. Entspricht der Verwaltungsrat diesem Begehren nicht binnen angemessener Frist, so hat der Richter auf Antrag der Gesuchsteller die Einberufung anzuordnen (Art. 699 Abs. 4 OR). Gemäss Lehre und Rechtsprechung kann sich das Begehren um Anordnung einer Generalversammlung gegen die Aktiengesellschaft oder gegen die Gesamtheit der Mitglieder der Verwaltung richten (Bürgi, Zürcher Kommentar, N 30 zu Art. 699 OR; Schucany, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2. A., N 6 zu Art. 699 OR; Dreifuss/Lebrecht, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, N 11 zu Art. 699 OR; ZR 54 [1955] Nr. 184; SJZ 33 [1936/37], S. 88). Forstmoser/ Meier-Hayoz/Nobel vertreten hingegen in ihrem neusten Werk (Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, S. 206) die Meinung, dass sich das Gesuch gegen die Aktiengesellschaft richte und es fraglich sei, ob allenfalls auch die Gesamtheit des Verwaltungsrates passivlegitimiert sei. Diese Frage braucht indessen vorliegend nicht beantwortet zu werden, da auf das Gesuch nicht eingetreten werden kann.

Entgegen der Meinung des Gesuchstellers hat das Bundesrecht keinen besonderen Gerichtsstand für Gesuche im Sinne von Art. 699 Abs. 4 OR geschaffen. Art. 761 OR hat nur Gültigkeit für Verantwortlichkeitsklagen gemäss Art. 752 ff. OR. Dies ergibt sich klar aus der Systematik des Gesetzes. Aber auch das Zivilprozessrecht des Kantons Zug kennt keinen besonderen Gerichtsstand für gesellschaftsrechtliche Klagen. Ist somit kein spezieller Gerichtsstand gegeben, so ist das Gesuch am Wohnsitz des Beklagten anzubringen (§ 1 Abs. 1 ZPO). Der Gesuchsgegner wohnt unbestrittenermassen nicht im Kanton Zug, weshalb das Kantonsgerichtspräsidium Zug für die Beurteilung des vorliegenden Gesuches örtlich nicht zuständig ist. Was der Gesuchsteller dagegen vorbringt, hält einer näheren Prüfung nicht stand. Einerseits ist darauf hinzuweisen, dass der Gesuchsteller ein Begehren gemäss Art. 699 Abs. 4 OR primär gegen die Gesellschaft richten und damit das Gesuch beim zuständigen Gericht am Gesellschaftssitz anbringen könnte. Andererseits wäre selbst dann ein einheitlicher Gerichtsstand gegeben, wenn der Gesamtverwaltungsrat, welcher aus mehreren Personen besteht, ins Recht gefasst würde, läge doch dann eine notwendige Streitgenossenschaft vor (§ 18 Abs. 1 ZPO). Insoweit könnte der Gesuchsteller das Gesuch gemäss Art. 699 Abs. 4 OR beim Wohnsitzrichter eines Gesuchsgegners anhängig machen, wo sich auch die anderen Gesuchsgegner auf den Prozess einzulassen hätten (vgl. Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. A., N 11 zu § 39).

2. Zusammenfassend ist mithin festzuhalten, dass auf das Gesuch nicht eingetreten werden kann.

(Kantonsgerichtspräsidium, 13. Februar 1996, i.S. H./B.)

*Art. 32 Abs. 2 HRegV. - Die Stiftungsaufsicht ist dem öffentlichen Recht zuzuweisen, weshalb in diesem Bereich der privatrechtliche Einspruch gemäss Art. 32 Abs. 2 HRegV nicht zulässig ist.*

*Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):*

1. Die X-Stiftung, Zug, ist eine Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. ZGB und untersteht der Aufsicht des Regierungsrates des Kantons Zug. Mit Beschluss vom 4. Juli 1995 entthob der Regierungsrat in seiner Eigenschaft als Aufsichtsbehörde die Mitglieder des Stiftungsrates mit sofortiger Wirkung ihres Amtes und ordnete die Löschung ihrer Zeichnungsberechtigung im Handelsregister an. Zur kommissarischen Vertretung der Interessen der X-Stiftung sowie zur Wahrung der Geschäfte des Stiftungsrates wurden bis auf weiteres zwei Rechtsanwälte eingesetzt. Einer allfälligen Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung entzogen. Am 7. Juli 1995 erhoben die Mitglieder des Stiftungsrates und die Stiftung beim Handelsregisteramt Zug privatrechtliche Einsprache im Sinne von Art. 32 Abs. 2 HRegV insbesondere gegen die Eintragung von zwei kommissarischen Verwaltern der X-Stiftung sowie die Löschung von bisherigen Mitgliedern des Stiftungsrates und ihrer Zeichnungsberechtigung im Handelsregister.

*Aus den Erwägungen:*

1. Vorliegend ist primär die sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichtspräsidiums Zug umstritten.

Wie die Gesuchsteller grundsätzlich richtig bemerkten, ist für die Beurteilung des privatrechtlichen Einspruchs gemäss Art. 32 Abs. 2 HRegV der Zivilrichter zuständig. Dabei stellt sich allerdings die Frage, ob im vorliegenden Fall die Erhebung eines privatrechtlichen Einspruchs überhaupt zulässig gewesen ist. Diese Frage ist aus folgenden Gründen zu verneinen:

1.1 Auf dem Zivilweg werden Streitsachen nach zivilprozessualen Regeln vor ordentlichen Zivilgerichten erledigt, während beim Verwaltungsweg das Verfahren vor den Verwaltungs- oder Verwaltungsjustizbehörden angewendet wird. In vielen Fällen bestimmt der Gesetzgeber, ob eine Streitsache auf den Zivil- oder Verwaltungsweg gehört. Fehlt jedoch eine gesetzgeberische Lösung, so muss zu materiellen Unterscheidungskriterien gegriffen werden. Die Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht ist der Schlüssel zur Feststellung, ob ein Streitgegenstand Zivil- oder Verwaltungssache ist. Nach der heute vorherrschenden Mehrwertstheorie liegt der

Unterschied zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht in der Annahme, dass beim öffentlichen Recht dem einen Rechtssubjekt gegenüber dem anderen ein rechtlicher Mehrwert zukommt. Bei der Zivilsache stehen die streitenden Parteien rechtlich auf gleicher Ebene. Es steht den Parteien Raum für freie rechtsgeschäftliche Gestaltung ihrer Verhältnisse zur Verfügung. Ganz anders ist die Situation bei den Verwaltungssachen; hier ist eine Seite mit obrigkeitlicher Gewalt ausgestattet. Die Parteien stehen im Verhältnis der Über- und Unterordnung. Eine freie rechtsgeschäftliche Gestaltung ist ausgeschlossen (vgl. Meyer, Die Organisation der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Diss. Zürich 1984, S. 14 ff. und dort zitierte Lehre und Rechtsprechung).

1.2 Auslöser für das vorliegende Verfahren war der Beschluss des Regierungsrates vom 4. Juli 1995. Mit diesem Beschluss hat der Regierungsrat in seiner Eigenschaft als Aufsichtsbehörde über die Stiftungen gemäss Art. 84 Abs. 2 ZGB die bisherigen Stiftungsräte der X-Stiftung abgesetzt und zwei Sachwalter mit der Interessenwahrung der X-Stiftung betraut. Zwischen der Stiftung und der Aufsichtsbehörde besteht ein Subordinationsverhältnis. Die Stiftungsaufsicht ist eindeutig dem öffentlichen Recht zuzuordnen, und entsprechende Rechtsstreitigkeiten sind auf den Verwaltungsweg zu verweisen (vgl. Riemer, Berner Kommentar, N 5, 37, 39, 98, 101, 119 und 146 zu Art. 84 ZGB). Daraus folgt, dass den Gesuchstellern der Weg über den privatrechtlichen Einspruch gemäss Art. 32 Abs. 2 HRegV nicht offen gestanden ist. Allfällige vorsorgliche Massnahmen hätten auf dem verwaltungsrechtlichen Weg beantragt werden müssen. Das Argument der Gesuchsteller, die Stiftungsräte hätten einen klagbaren zivilrechtlichen Anspruch auf Ausübung ihrer Funktion, geht an der Sache vorbei. Selbstverständlich könnte eine aufsichtsrechtlich verfügte Massnahme nicht mit einer Zivilklage beseitigt werden. Schliesslich ist es irrelevant, dass die Stiftung ein Rechtssubjekt gemäss Art. 80 ff. ZGB ist, denn das ZGB enthält auch Vorschriften, die materiell dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind (vgl. Meyer, a.a.O., S. 17).

2. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist auf das Gesuch mangels sachlicher Zuständigkeit nicht einzutreten.

(Kantonsgerichtspräsidium, 31. August 1995, i.S. X-Stiftung/Regierungsrat des Kantons Zug)

## **5. Geistiges Eigentum**

*Art. 2 Abs. 2 lit. e URG. - Unter den urheberrechtlichen Schutz fallen gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. e URG Werke der Baukunst und Teile von Bauwerken, sofern von individueller Gestaltung gesprochen werden kann. Auch der Innenraum von Gebäuden ist somit grundsätzlich schutzfähig.*

*Art. 11 Abs. 2 URG. – Art. 11 Abs. 2 URG setzt voraus, dass das Bauwerk eine ausgesprochene Individualität aufweist, ansonsten eine rechtswidrige Verletzung der Persönlichkeit des Architekten nicht vorliegen kann.*

*Aus den Erwägungen:*

2.3 Im vorliegenden Fall steht nicht die Werkintegrität des Gebäudeäusseren zur Diskussion, vielmehr geht es um die (künstlerische) Ausgestaltung der Eingangshalle. Unter den urheberrechtlichen Schutz fallen gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. e URG Werke der Baukunst und Teile von Bauwerken, sofern von individueller Gestaltung gesprochen werden kann (Barrelet/Egloff, Das neue Urheberrecht, Bern 1994, N 17 zu Art. 2 URG). Auch der Innenraum von Gebäuden ist somit grundsätzlich schutzfähig.

Wie der Kläger in der Klageschrift selbst ausführen liess, war die «weitere Ausgestaltung» der Eingangshalle bis im März 1994 noch nicht realisiert. Die Ausgestaltung der Eingangshalle bildete mit Ausnahme der Beleuchtung offensichtlich nicht Gegenstand des zwischen ihm und der A. AG abgeschlossenen Architekturvertrages. Die Eingangshalle war im März 1994, als die Verwaltung der Beklagten einen Gestaltungsvorschlag unterbreitete und auch dem Kläger einen solchen unterbreiten liess, noch nicht vollendet. Dementsprechend gelangte der Kläger mit dem Anliegen an die Stockwerkeigentümersammlung, «das Haus zu vollenden». Unter diesen Umständen stellt die vom Kläger erstellte Beleuchtung der Halle im Rahmen der Gesamtgestaltung ein untergeordnetes Element dar.

In dem Umfang, in welchem das Gebäude bzw. die Eingangshalle aber noch nicht fertiggestellt war, konnte darin die Persönlichkeit des Klägers als Urheber gar nicht zum Ausdruck kommen. Mit Bezug auf Änderungen an einem bestehenden Bauwerk gilt, dass diese nur dann in die Interessensphäre des Urhebers eingreifen, wenn sie zu einer Beeinträchtigung der durch das Bauwerk zum Ausdruck gekommenen Persönlichkeit des Urhebers führen (vgl. Lutz, Über das Urheberrecht des Architekten bei der Änderung von Bauwerken, in Festschrift für Mario M. Pedrazzini, Bern 1990, S. 622). In einem unter dem alten Urheberrecht ergangenen Urteil aus dem Jahre 1991 führte das Bundesgericht aus, der Urheberrechtsschutz als Objektschutz schütze auch persönlichkeitsrechtlich das Ansehen des Urhebers nur so weit, als dieses im Werk zum Ausdruck gelange (BGE 117 II 476). Dies gilt auch unter dem neuen Urheberrecht. Voraussetzung von Art. 11 Abs. 2 URG ist nämlich, dass das Bauwerk eine ausgesprochene Individualität aufweist, ansonsten eine rechtswidrige Verletzung der Persönlichkeit des Architekten nicht vorliegen kann (vgl. Pedrazzini, a.a.O., S. 7).

Wie bereits erwähnt, bildete die Ausgestaltung der Eingangshalle mit Ausnahme der Beleuchtung nicht Gegenstand des zwischen dem Kläger und der A. AG abgeschlossenen Architekturvertrages. Die Eingangshalle war im März 1994 noch nicht vollendet. Insoweit konnte darin die Persönlichkeit

des Klägers gar nicht zum Ausdruck kommen bzw. bildete die Eingangshalle nicht die Offenbarung eines schöpferischen Gedankens des Klägers. Der Kläger wollte die Ausgestaltung der Eingangshalle denn auch nicht selbst vornehmen; vielmehr beauftragte er den Künstler R., ein Konzept und einen Vorschlag auszuarbeiten. Mit der Beklagten ist festzuhalten, dass es sich bei der (künstlerischen) Gestaltung der Eingangshalle nicht um einen Teil des vom Kläger erstellten Werkes handelt.

Unter den gegebenen Umständen ist die von der Beklagten vorgenommene Ausgestaltung der Eingangshalle von vornherein nicht geeignet, das Urheberpersönlichkeitsrecht des Klägers zu verletzen. Es kommt hinzu, dass die von V. erstellten Wandbilder die vom Kläger entworfene Eingangshalle in keiner Weise derart entstellen, dass von einer Persönlichkeitsverletzung des Klägers, insbesondere einer Verletzung seines beruflichen Ansehens als Architekt gesprochen werden könnte. Ob die umstrittenen Malereien unter ästhetischen Gesichtspunkten zu gefallen vermögen oder nicht, kann vorliegend dahingestellt bleiben. Es ist letztlich Sache des Eigentümers zu entscheiden, auf welche Weise er seine Hauswände schmücken will; hier muss ihm ein sehr grosser Spielraum zugebilligt werden.

(Kantonsgericht, 15. Februar 1996, i.S. Z./X.)

Eine dagegen eingereichte Berufung wurde vom Bundesgericht am 5. November 1996 abgewiesen.

### III. Schuldbetreibung und Konkurs

*Art. 17 SchKG; Art. 316e SchKG. - Beschwerden gegen Liquidatoren sind mit Ausnahme der in Art. 316e Abs. 2 SchKG genannten Fälle direkt an die Aufsichtsbehörde und nicht an den Gläubigerausschuss zu richten. Nebst der Beschwerde an die Aufsichtsbehörde kann bei der Verzögerung der Auszahlung eines rechtskräftig festgesetzten Treffnisses an die Grundpfandgläubiger auch direkt gegen die Nachlassmasse oder gegen die Liquidatoren Klage erhoben werden.*

*Art. 13 SchKG; Art. 14 SchKG; Art. 316b Abs. 1 Ziff. 2 SchKG. Pflichtvergessene, unfähige und pflichtwidrig handelnde Liquidatoren unterstehen in analoger Anwendung von Art. 13 und 14 SchKG der Disziplinargewalt der Aufsichtsbehörde. Frage offengelassen, wer bei einer disziplinarischen Absetzung eines Liquidators einen Ersatzliquidator einsetzt.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Gemäss Art. 316e Abs. 2 SchKG unterstehen die Liquidatoren der Aufsicht und Kontrolle des Gläubigerausschusses. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung kann gegen die Anordnungen der Liquidatoren über die Verwertung der Aktiven binnen zehn Tagen seit Kenntnisnahme beim Gläubigerausschuss Einsprache erhoben und gegen die bezüglichen Verfügungen des Gläubigerausschusses bei der Aufsichtsbehörde Beschwerde geführt werden. Wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung kann direkt bei der Aufsichtsbehörde Beschwerde geführt werden (Peter Ludwig, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, Diss. Bern 1970, S. 56). Im übrigen ist sich die Doktrin und Praxis einig, dass diejenigen Verfügungen der Liquidatoren, die nicht unter Art. 316e Abs. 2 SchKG subsumiert werden können und gegen die auch nicht eine gerichtliche Klage vorgesehen ist, eine direkte Beschwerde i.S. von Art. 17-19 SchKG an die Aufsichtsbehörden möglich ist (Ludwig, a.a.O., S. 58 f.).

Im vorliegenden Fall wird eine Verzögerung der Auszahlung durch die Liquidatorin gerügt, mithin eine eigentliche Rechtsverzögerung geltend gemacht. Die direkte Beschwerde an die Aufsichtsbehörde ist daher zulässig. Die Frage der Auszahlung eines rechtskräftig festgesetzten Treffnisses an die Grundpfandgläubigerin fällt aber auch nicht in den Anwendungsbereich von Art. 316e Abs. 2 SchKG, weshalb die vorliegende Beschwerde auch unter diesem Gesichtspunkt direkt an die Aufsichtsbehörde gerichtet werden kann. Daran ändert auch nichts, dass die Auszahlung wohl auch auf dem Klageweg, sei es direkt gegen die Nachlassmasse oder aufgrund der vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit der Liquidatorin gegen diese selbst, gel-

tend gemacht werden kann. Die beiden Rechtsbehelfe sind diesbezüglich voneinander unabhängig und können alternativ oder kumulativ ergriffen werden.

...

3. Mit der Feststellung allein, dass eine Rechtsverzögerung eingetreten ist und Pflichtverletzungen der Nachlassliquidatorin vorliegen, kann und darf sich die Aufsichtsbehörde nicht zufrieden geben. Grundsätzlich wäre die Liquidatorin jedenfalls anzuweisen, die Auszahlung sofort vorzunehmen. Die Beschwerdegegnerin hat nun aber selber erklärt, dass sie zur Zeit ausserstande sei, die Auszahlung vorzunehmen, da sie nicht über die notwendigen Mittel verfügt. Eine solche Anweisung wäre daher sinn- und zwecklos, Sodann hat die Beschwerdegegnerin das Liquidationsmandat niedergelegt. Ob dies zur Folge hat, dass die Liquidatorin ab diesem Zeitpunkt von ihrem Mandat befreit ist, oder ob diese Wirkung erst mit der Entlassung durch die Aufsichtsbehörde, den Gläubigerausschuss oder die Gläubigerversammlung eintritt, mag dahingestellt bleiben. Die Liquidatorin ist nämlich nach der gegebenen Sachlage ohnehin disziplinarisch abzusetzen. Pflichtvergessene, unfähige und pflichtwidrig handelnde Liquidatoren unterstehen in analoger Anwendung von Art. 13 und 14 SchKG der Disziplinalgewalt der Aufsichtsbehörde und müssen von dieser jederzeit abgesetzt und ersetzt sowie – in maiore minus – gerügt und gebüsst werden können (Ludwig, a.a.O., S. 60 ff. mit Hinweisen). Das Verhalten der Beschwerdegegnerin bzw. ihres Geschäftsführers im vorliegenden Beschwerdeverfahren und die offensichtlichen groben Pflichtverletzungen lassen aber eine mildere Disziplinar-massnahme als die Amtsentsetzung gemäss Art. 14 Ziff. 4 SchKG nicht zu.

4. Aufgrund des Gesagten erhellt, dass die Rechtsverzögerungsbeschwerde begründet und mithin gutzuheissen und die Beschwerdegegnerin als Liquidatorin in der Nachlassliquidation R. abzusetzen ist.

Damit erhebt sich die Frage, ob und durch wen ein neuer Liquidator einzusetzen ist. Wahlorgan des Liquidators ist die Gläubigerversammlung (Art. 316 b Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Folgerichtig wäre daher grundsätzlich auch die Gläubigerversammlung zur Vornahme der Wahl eines Ersatzliquidators primär zuständig. Eine solche ist allerdings nach Bestätigung des Nachlassvertrages vom Gesetz nicht mehr ausdrücklich vorgesehen. Das einzige handlungsfähige Organ nach Wegfall des Liquidators ist der Gläubigerausschuss. Konsequenterweise hat deshalb dieser in erster Linie die notwendigen Schritte zu ergreifen, um die Weiterabwicklung der Liquidation sicherzustellen. Naheliegend erscheint zunächst, dass der Gläubigerausschuss eine weitere Gläubigerversammlung mit dem Traktandum der Wahl eines neuen Liquidators einzuberufen hat, wie dies analog auch im Konkurs gestützt auf Art. 253 Abs. 2 SchKG möglich ist (vgl. Ludwig, a.a.O., S. 61). Ob bei einer disziplinarischen Abberufung des Liquidators durch die Aufsichtsbehörde

letztere auch selber in eigener Kompetenz einen neuen Liquidator bestimmen könnte, wie dies von Ludwig (a.a.O., S. 61) vertreten wird, erscheint dagegen fraglich. Näher läge auch hier, dass die Aufsichtsbehörde den Gläubigerausschuss mit der Einberufung einer Gläubigerversammlung beauftragen würde und diese eine allfällige Neuwahl vornähme. Die Frage kann aber im heutigen Zeitpunkt offenbleiben. Nachdem nämlich der Gläubigerausschuss beschlossen hat, in Anbetracht der offenbar zahlungsunfähigen Liquidationsmasse die sofortige Konkursöffnung zu beantragen, erübrigt sich die Einsetzung eines neuen Liquidators, sofern der Konkurs tatsächlich eröffnet wird. In diesem Falle wird das Konkursamt bzw. eine allenfalls gewählte Konkursverwaltung die Liquidation durchzuführen haben. Sollte der Konkurs indes nicht eröffnet werden, wäre dannzumal neu über die Frage der Einsetzung eines Liquidators zu befinden.

(Justizkommission, 19. April 1996, i.S. S. / C. AG)

*Art. 46 Abs. 2 SchKG; Art. 53 SchKG; Art. 166 ff. SchKG. Verändert eine Aktiengesellschaft während laufender Betreibung ihren Sitz, so ist für das Datum der Sitzverlegung nicht die Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt massgebend, sondern die Einschreibung der Anmeldung im Tagebuch des Handelsregisters. Erfolgt die Sitzverlegung erst nach Zustellung der Konkursandrohung, so ist der Konkursrichter am früheren Sitz zur Behandlung des Konkursbegehrens eines Gläubigers zuständig.*

*Aus den Erwägungen:*

1. a) Über die örtliche Zuständigkeit des Konkursgerichtes enthält das SchKG keine ausdrückliche Regelung. Sie ergibt sich aber aus den allgemeinen Vorschriften über den Betreibungsort, da es sich bei der Konkursöffnung um einen eigentlichen Bestandteil der Zwangsvollstreckung handelt (Werner Baumann, Die Konkursöffnung nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Diss. Zürich 1979, S. 62 mit Hinweisen). Gemäss Art. 46 Abs. 2 SchKG sind die im Handelsregister eingetragenen juristischen Personen und Gesellschaften an ihrem Sitze zu betreiben. Verändert der Schuldner seinen Wohnsitz, nachdem ihm die Pfändung angekündigt oder nachdem ihm die Konkursandrohung zugestellt worden ist, so wird die Betreibung am bisherigen Orte fortgesetzt (Art. 53 SchKG). Diese Bestimmung gilt auch analog für die Sitzverlegung einer juristischen Person. Dabei ist von Amtes wegen zu prüfen, ob die Verlegung des Sitzes im Laufe einer Betreibung vor oder nach dem massgebenden Zeitpunkt geschehen ist (Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. I, Zürich 1984, § 11 Rz 8 mit Hinweis auf BGE 80 III 99 ff.).

Die Bezeichnung des Sitzes der Aktiengesellschaft ist notwendiger Bestandteil der Statuten (Art. 626 Ziff. 1 OR), der zwingend in das Handelsregi-

ster einzutragen ist (Art. 641 Ziff. 2 OR). Eine Veränderung des Sitzes der Gesellschaft stellt mithin eine Änderung der Statuten dar, die gemäss Art. 647 Abs. 2 OR ebenfalls zwingend in das Handelsregister eingetragen werden muss. Ist eine Tatsache im Handelsregister einzutragen, so muss auch jede Änderung dieser Tatsache eingetragen werden (Art. 937 OR). Eine Statutenänderung wird gemäss Art. 647 Abs. 3 OR grundsätzlich unmittelbar mit deren Eintragung in das Handelsregister wirksam, wobei für die Bestimmung des Zeitpunktes der Eintragung grundsätzlich die Einschreibung der Anmeldung in das Tagebuch massgebend ist (Art. 932 Abs. 1 OR). Für die Sitzverlegung einer Aktiengesellschaft kommt es daher – entgegen der sonst geltenden Regel von Art. 932 Abs. 2 OR – nicht auf die Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt an, sondern unmittelbar auf die Eintragung im Handelsregister (BGE 116 III 1).

b) Im vorliegenden Fall wurde der Beschwerdeführerin die Konkursandrohung, wie der Konkursrichter unbestritten festhält, am 1. November 1995 zugestellt. Die Eintragung der Sitzverlegung ins Tagebuch des Handelsregisteramtes des Kantons Appenzell AR erfolgte am 15. November 1995 und die Publikation dieser Tatsache am 23. November 1995 im Schweizerischen Handelsamtsblatt Nr. 228, wie sich aus dem von der Beschwerdeführerin dem Konkursrichter selber eingereichten Handelsregisterauszug vom 24. November 1995 ergibt. Damit steht aber fest, dass die Sitzverlegung erst nach der Zustellung der Konkursandrohung erfolgt ist. Die Beschwerdeführerin hält im übrigen auch selber fest, dass das «Rechtsdomizil» seit dem 15. November 1995 nicht mehr in Zug sei. Die Beschwerdeführerin irrt hingegen, wenn sie der Auffassung ist, dass für die Frage der örtlichen Zuständigkeit des Konkursrichters der Zeitpunkt des Konkursbegehrens massgebend sei.

(Justizkommission, 14. Dezember 1995, i.S. N. AG gegen U.)

*Art. 221 Abs. 1 SchKG; Art. 242 Abs. 1 SchKG; Art. 243 Abs. 1 SchKG. – Auch Rechte, deren Zugehörigkeit zur Konkursmasse bestritten sind, sind ins Inventar aufzunehmen; dagegen hat der Richter zu entscheiden, ob diese Rechte materiell-rechtlich zur Konkursmasse gehören. – Regelung, wenn ein Dritter geltend macht, eine nicht in einem Wertpapier verkörperte Forderung oder ein anderes Recht stehe nicht dem Gemeinschuldner, sondern ihm zu. – Der Einzug einer Forderung durch das Konkursamt stellt eine Amtshandlung dar, die sich auf Art. 243 Abs. 1 SchKG stützen kann und grundsätzlich nicht von einem Drittsprecher mit Beschwerde angefochten werden kann. – Eine Forderung ist nur dann im Sinne von Art. 243 Abs. 1 SchKG bestritten, wenn der Drittschuldner selber diese bestreitet.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Gemäss Art. 221 Abs. 1 SchKG schreitet das Konkursamt sofort nach Empfang des Konkurserkennnisses zur Aufnahme des Inventars über das

zur Konkursmasse gehörende Vermögen und trifft die zur Sicherung desselben erforderlichen Massnahmen. Im Inventar sind in besonderen Abteilungen, jedoch mit fortlaufender Numerierung, aufzunehmen: die Liegenschaften, die beweglichen Sachen, die Wertschriften, Guthaben und sonstigen Ansprüche und die Barschaft (Art. 25 Abs. 1 KOV). Nach Art. 242 Abs. 1 SchKG verfügt die Konkursverwaltung über die Herausgabe von Sachen, welche von einem Dritten als Eigentum angesprochen werden. Hält die Konkursverwaltung den Anspruch für unbegründet, so setzt sie dem Dritten eine Frist von zehn Tagen zur Anhebung der Klage an; wird die Frist nicht eingehalten, so gilt der Anspruch als verwirkt (Art. 242 Abs. 2 SchKG). Nach Art. 243 Abs. 1 SchKG werden unbestrittene fällige Guthaben der Masse von der Konkursverwaltung, nötigenfalls auf dem Betreibungswege, eingezogen .

a) Im vorliegenden Fall steht fest, dass das Konkursamt das Guthaben von Fr. 16033.30 auf dem auf den Namen des Gemeinschuldners lautenden Konto bei der Bank S. in Baden am 17. Februar 1994 einzog. Die Bank S. widersetzte sich dem nicht und überwies die Summe am 17. Februar 1994 zuhanden der Konkursmasse dem Konkursamt Zug. Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Guthaben auf dem fraglichen Konto habe in Tat und Wahrheit nicht dem Gemeinschuldner, sondern ihr zugestanden.

b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind auch Rechte, deren Zugehörigkeit zur Konkursmasse umstritten ist, in das Inventar aufzunehmen (BGE 104 III 23 f.). Demgemäss ist auch nicht zu beanstanden, wenn das Konkursamt eine Forderung, deren Gläubigerschaft umstritten ist, ungeachtet der Anmeldung des Drittrechtes der Beschwerdeführerin einzog und den Barbetrag im Inventar aufnahm. Durch die Aufnahme in das Inventar wird in keiner Weise die Zugehörigkeit dieser Forderung bzw. der Barmittel zur Konkursmasse materiell-rechtlich verbindlich festgestellt, vielmehr bleibt der diesbezügliche Entscheid dem Richter vorbehalten. Es stellt sich deshalb lediglich die Frage, ob im Hinblick auf eine allfällige Austragung des Streites über die Berechtigung an diesen Geldmitteln im Inventar in irgendeiner Form ein Vermerk angebracht und vom Konkursamt eine Parteirollenverteilung vorgenommen werden müsse (Art. 34 KOV). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unterliegen nun aber Streitigkeiten über die Berechtigung an Forderungen nicht den Vorschriften von Art. 242 SchKG über die Aussonderungsansprüche. Das Aussonderungsverfahren ist nicht anwendbar, wenn ein Dritter geltend macht, eine nicht in einem Wertpapier verkörperte Forderung oder ein anderes Recht stehe nicht dem Gemeinschuldner, sondern ihm zu (BGE 105 III 14, 90 III 92, 87 III 16, 76 III 10/11, 70 III 36 ff.). Zahlt nun ein Drittschuldner eine Forderung trotz eines Drittanspruches ohne weiteres auf entsprechende Aufforderung der Konkursverwaltung hin an die Konkursmasse, kann der Drittansprecher, sofern der Drittschuldner nicht mit befreiender Wirkung bezahlt hat, seinen Anspruch gegen den

Drittschuldner geltend machen. Es bleibt ihm aber auch unbenommen, sich die Rechte des Drittschuldners gegen die Konkursmasse abtreten zu lassen und gegen die Masse direkt vorzugehen. In jedem Falle besteht diesbezüglich kein Raum für Entscheidungen der Konkursverwaltung und der Aufsichtsbehörden (vgl. BGE 90 III 92). Weigert sich hingegen der Drittschuldner, die Schuld an die Konkursmasse zu begleichen, kann die Konkursverwaltung gegen den Drittsprecher klagen, wenn ihr an der gerichtlichen Feststellung ihres Gläubigerrechts gelegen ist, oder sie kann gegen den Drittschuldner direkt vorgehen, auf die Gefahr hin, dass dieser seine Leistung gemäss Art. 168 Abs. 1 OR gerichtlich hinterlegt und es zum Prätendentenstreit kommt (vgl. BGE 105 III 14). Denkbar ist selbstverständlich auch, dass die Gläubigergesamtheit auf die Geltendmachung der Forderung verzichtet und sich damit die Möglichkeit der Abtretung gemäss Art. 260 SchKG eröffnet. Es steht mithin fest, dass in jedem Falle der Richter darüber zu entscheiden hat, wem die Forderung zusteht. Das Konkursamt hatte daher in dieser Hinsicht nichts zu entscheiden. Seine Verfügung vom 11. April 1994, mit der es die umstrittene Forderung «zu Gunsten der Konkursmasse B. einzog», erweist sich daher insofern als nichtig, als damit über die Zugehörigkeit dieser Forderung zur Konkursmasse entschieden werden sollte.

Die Verfügung ist daher von Amtes wegen aufzuheben. Damit erweist sich aber auch die Beschwerde in ihrem Antrag gemäss Ziff. 1 als begründet.

c) Die Verfügung wurde denn auch offenbar lediglich nachträglich, nachdem der Forderungseinzug bereits stattgefunden hatte, erlassen, um der Beschwerdeführerin dadurch ein Beschwerderecht zu eröffnen. Das ist indes schon deshalb unzulässig, weil dadurch eine allenfalls bereits abgelaufene Beschwerdefrist in unzulässiger Weise wiederhergestellt werden könnte. Der Einzug einer Forderung durch das Konkursamt stellt sodann – auch wenn die Gläubigereigenschaft umstritten ist – eine Amtshandlung dar, die sich auf Art. 243 Abs. 1 SchKG stützen kann und grundsätzlich nicht von einem Drittsprecher mit Beschwerde angefochten werden kann. Der Drittsprecher ist in diesem Sinne nicht beschwert. Wenn der Drittschuldner ohne befreiende Wirkung an die Konkursmasse bezahlt, kann der Drittsprecher, wie bereits erwähnt, seine Forderung nach wie vor gegen den Drittschuldner geltend machen. Bestritten im Sinne von Art. 243 Abs. 1 SchKG ist eine Forderung im übrigen nur, wenn der Drittschuldner selber die Forderung bestreitet, nicht aber wenn ein Drittanspruch daran geltend gemacht wird (vgl. BGE 108 III 22 f.). Im vorliegenden Fall war aber das Guthaben auf dem fraglichen Konto bei der Bank S. in diesem Sinne unbestritten. Auf die Beschwerde kann mithin unter diesem Gesichtspunkt nicht eingetreten werden.

(Justizkommission, 20. Januar 1995, i.S. B./Konkursamt)

*Art. 278 SchKG; Art. 145 P.V. – Zustellung eingeschriebener Sendungen. Nimmt der Arrestgläubiger das für ihn bestimmte Exemplar des Zahlungsbefehls, worin der Rechtsvorschlag des Schuldners vermerkt ist, aufgrund der ihm ins Postfach gelegten Abholungseinladung nicht innerhalb der sieben-tägigen Frist ab, so gilt die Sendung als am letzten Tag dieser Frist zugestellt. Daran ändert die Weisung des Adressaten, die an ihn adressierte Post gemäss Art. 145 P.V. zurückzubehalten, nichts.*

*Aus den Erwägungen:*

3. Hatte der Gläubiger nicht schon vor der Bewilligung des Arrestes Betreuung oder Klage angehoben, so ist er gemäss Art. 278 Abs. 1 SchKG gehalten, binnen zehn Tagen nach Zustellung der Arresturkunde die Betreuung anzuheben. Erhebt der Schuldner dagegen Rechtsvorschlag, so ist der , Gläubiger gehalten, binnen zehn Tagen seit dessen Mitteilung Rechtsöffnung zu verlangen oder die Klage auf Anerkennung seines Forderungsrechtes anzustellen (Art. 278 Abs. 2 SchKG). Nach Abs. 4 dieser Bestimmung fällt der Arrest u.a. dahin, wenn der Gläubiger die erwähnten Fristen nicht einhält.

a) Das Betreibungsamt Zug versandte die für die Gläubigerin bestimmte Ausfertigung des Zahlungsbefehls Nr. 44332, worin dieser der Inhalt des Rechtsvorschlages mitgeteilt wurde, unbestrittenermassen am 20. Februar 1995 ordnungsgemäss mit eingeschriebenem Brief (Art. 180 SchKG). Die Sendung wurde indes gemäss der Bestätigung des Postamtes Zürich-Enge vom 14. Juni 1995 dem Rechtsvertreter der Gläubigerin erst am 13. März 1995 zugestellt bzw. von diesem bei der Post abgeholt. Die Sendung wurde nämlich aufgrund einer entsprechenden Weisung des Rechtsvertreters der Gläubigerin an das Postamt Zürich-Enge vom 20. Februar 1995 bis zum 12. März 1995 bei dieser Poststelle zurückbehalten.

Der Beschwerdeführer ist nun unter Berufung auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 100 III 3) der Auffassung, das Zahlungsbefehlsdoppel hätte von der Gläubigerin bzw. deren Vertreter am 21. Februar 1995, spätestens aber nach Ablauf der sieben-tägigen Abholfrist, am 28. Februar 1995, in Empfang genommen werden können und müssen.

b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt eine an einen Postfachinhaber adressierte eingeschriebene Postsendung grundsätzlich in dem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem der Adressat sie tatsächlich aufgrund der ihm ins Postfach gelegten Abholungseinladung mit Fristangabe am Postschalter in Empfang nimmt. Geschieht dies nicht innert der postrechtlichen sieben-tägigen Abholfrist, gilt die Sendung als am letzten Tag dieser Frist zugestellt (BGE 115 Ia 12; 104 Ia 466; 100 III 3). Die Zustellungsfiktion rechtfertigt sich, weil für die Verfahrensbeteiligten im Prozess die aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abzuleitende Pflicht besteht, dafür zu sorgen, dass ihnen Gerichtsurkunden zugestellt werden können. Die genannte

Empfangspflicht entsteht als prozessuale Pflicht freilich erst mit der Begründung eines Prozessrechtsverhältnisses (BGE 116 Ia 92 mit weiteren Hinweisen). Ein solches analoges Verhältnis wird aber auch im Betreibungsverfahren mit der Einleitung der Betreuung begründet, im besondern bei einer Arrestbetreuung. Der Gläubiger muss hier jederzeit mit der Mitteilung des Rechtsvorschlages rechnen, wodurch die Frist zur weiteren Prosecution ausgelöst wird (vgl. 115 Ia 15). Daran ändert auch nichts, dass sich dieser Zeitpunkt, wie die Gläubigerin geltend macht, wegen der Zustellung des Zahlungsbefehls ins Ausland nicht ohne weiteres vorausbestimmen liess.

Die Weisung des Adressaten, gemäss Art. 145 PVV die an ihn adressierte Post zurückzubehalten, ändert an diesen Grundsätzen nichts. Die Zurückbehaltung der Postsendungen auf Weisung des Empfängers ist nicht eine vom Postdienst vorgesehene besondere Verteilungsart, welche wegen der Bedingung, unter denen sie vor sich geht, Einfluss auf die Zustellung eines rechtlichen erheblichen Aktes haben könnte. Sie hängt einzig von den Interessen des Empfängers ab, der aus irgendeinem Grund und für eine gewisse Zeit nicht in der Lage ist, die Post entgegenzunehmen, und der daher die Zustellung an seine Adresse für die von ihm gewählte Dauer verhindert (Art. 145 Abs. 2 PVV). Wenn sich das Problem eines vom Willen unabhängigen Hindernisses (BGE 109 Ia 19) nicht stellt, bleibt es Aufgabe desjenigen, der sich im Laufe eines Prozesses vom bisherigen Zustellungsort entfernt, dafür zu sorgen, dass die Korrespondenz ihm nachgesandt wird oder dass die Behörde Kenntnis von seiner neuen Adresse erhält, damit sie allfällige Zustellungen dort bewirken kann (BGE 113 Ib 90 E. 2 b = Pr 76 Nr. 125 mit Hinweis auf BGE 97 II 10; ebenso LGVE 1993-I-15 S. 22).

c) Richtig ist, dass die erwähnte Praxis zur Zustellungsfiktion grundsätzlich voraussetzt, dass im Sinne von Art. 157 PVV eine Abholungseinladung in den Briefkasten oder das Postfach des Adressaten gelegt worden und diese damit in dessen Privatbereich gelangt ist (BGE 116 III 59). Der Rechtsvertreter der Gläubigerin bestreitet nun, dass ihm ein solcher Abholungs-Avis ins Postfach gelegt wurde. Das trifft gemäss einer telefonisch eingeholten Auskunft beim Postamt Zürich-Enge tatsächlich zu (Aktennotiz vom 26.10.95). Danach wird zwar ordentlicherweise trotz Vorliegens eines Zurückbehaltungsauftrages dem Postfachinhaber eine Abholungseinladung mit Fristansetzung von sieben Tagen ins Postfach gelegt. Dies im Unterschied zu der postlagernd adressierten eingeschriebenen Sendung, wo das eben naturgemäss nicht möglich ist (BGE 116 III 61). Mit dem Anwaltsbüro X. & Y. besteht nun aber – wie offenbar mit verschiedenen andern Postfachinhabern, die täglich eine Vielzahl von eingeschriebenen Postsendungen erhalten – eine Übereinkunft, dass für die eingeschriebenen Sendungen jeweils keine spezielle Abholungseinladung in das Postfach gelegt wird, sondern die eingeschriebenen Briefe in ein hierfür eigens angelegtes Buch mit der entsprechenden siebentägigen Abholfrist eingetragen werden, worin der Erhalt bei

der Aushändigung jeweils zu quittieren ist. Mit dieser Regelung, die offenbar aus Gründen der Vereinfachung getroffen wurde, hat aber der Rechtsvertreter der Gläubigerin auf die ordnungsgemässe und übliche Anzeige mit Fristansetzung selber verzichtet, und er kann sich daher selbstverständlich nicht darauf berufen, um dadurch die erwähnte Praxis der Zustellfiktion zu unterlaufen. Es verhält sich mithin nicht so, wie der Rechtsvertreter der Gläubigerin in seiner Stellungnahme vom 14. August 1995 ausführte, dass ihm wegen des Zurückbehaltungsauftrages kein Abholungs-Avis für den eingeschriebenen Brief am 21. Februar 1995 in sein Postfach gelegt worden war.

4. Damit steht aber fest, dass dem Rechtsvertreter der Gläubigerin am letzten Tag der Abholfrist, mithin am 28. Februar 1995, die Mitteilung des Betreibungsamtes Zug über den Rechtsvorschlag des Beschwerdeführers als zugegangen zu fingieren ist. Die dadurch ausgelöste zehntägige Frist zur Prosequierung des fraglichen Arrestes mittels Rechtsöffnungsbegehren oder ordentlicher Klage lief demnach am 10. März 1995 ab. Damit steht fest, dass die am 16. März 1995 beim Bezirksgericht Zürich eingereichte Forderungsklage zur Prosekution des hier in Frage stehenden zugerischen Arrestes verspätet ist. Daran ändert nichts, dass das Bezirksgericht Zürich offenbar auf die Klage eingetreten ist. Die Frage der Rechtzeitigkeit der Arrestforderungsklage stellt sich für den ordentlichen Richter nur insofern, als seine örtliche Zuständigkeit nach dem am Gerichtsorte geltenden Prozessrecht vom Bestehen eines gültigen Arrestes abhängt. Das Urteil des Richters ist für die Betreibungsbehörden nur insoweit verbindlich, als es sich darum handelt, ob eine vom Gläubiger fristgerecht vorgenommene Prozesshandlung nach dem Prozessrecht geeignet sei, die Streithängigkeit der Klage auf Anerkennung der Forderung zu begründen. Dagegen ist von den Betreibungsbehörden zu beurteilen, ob die Prozesshandlung, die nach Auffassung des Richters die Streithängigkeit begründet, nach Massgabe des Vollstreckungsrechts rechtzeitig vorgenommen wurde (BGE 80 III 93 = Pr 43 Nr. 123). Im übrigen hat die Gläubigerin die fragliche Forderungsklage ausdrücklich nicht bloss zur Prosekution des zugerischen Arrestes eingereicht, sondern auch als selbständige Forderungsklage am vereinbarten Gerichtsstand. Der Arrest ist daher mangels rechtzeitiger Prosequierung dahingefallen und dementsprechend aufzuheben.

(Justizkommission, 27. Oktober 1995, i.S. V. / Betreibungsamt X.)

*Art 286 Abs. 2 Ziff. 1 und 291 Abs. 3 SchKG. Macht der Gläubiger geltend, es liege eine «gemischte» Schenkung vor, bei der die vom Schuldner empfangene Gegenleistung zu seiner eigenen Leistung in einem Missverhältnis stehe, so lautet die Klage auf Rückgängigmachung im Umfang dieses Missverhältnisses, d.h. auf Erstattung des Wertunterschiedes.*

*Aus den Erwägungen:*

2. Gläubiger, die in einem Vollstreckungsverfahren um eine Geldforderung einen Verlust zu befürchten oder gar schon erlitten haben, können zu den in den Artikeln 285 ff. SchKG zur Verfügung gestellten Anfechtungsklagen greifen, um auf diesem Wege eine Verbesserung ihrer Aussicht auf Befriedigung aus dem Schuldnervermögen zu erlangen. Ziel ihres Vorgehens ist es deshalb einzig, ihre Exekutionsrechte wiederherzustellen, insoweit als diese durch eine der im Gesetz umschriebenen Handlungen des Schuldners beeinträchtigt worden sind. Das durch eine solche – zivilrechtlich unanfechtbare – Handlungsweise verminderte Vermögen des Schuldners soll in dem Masse wiederhergestellt werden, als es der Vollstreckungszweck erheischt. Der im Anfechtungsstreit obsiegende Gläubiger erhält deshalb nur die Befugnis, der, dem Vollstreckungssubstrat entzogenen Vermögenswert zu seinem Vorteil verwerten zu lassen, wie wenn er noch zum ursprünglichen Vermögen des Schuldners gehörte. Vollstreckungsrechtlich wird es nach erfolgreicher Anfechtung so gehalten, als ob die vermögensschädigende Handlung des Schuldners nicht stattgefunden hätte; was dem Zugriff der Gläubiger dadurch entgangen ist, soll nachträglich noch unter Vollstreckungsbeschlagnahme gestellt werden (vgl. Amonn, a.a.O., S. 428). Macht der Gläubiger geltend, es liege eine «gemischte» Schenkung vor, bei der die vom Schuldner empfangene Gegenleistung zu seiner eigenen Leistung in einem Missverhältnis stehe, so lautet demnach die Klage auf Rückgängigmachung im Umfang dieses Missverhältnisses, d.h. auf Erstattung des Wertunterschiedes (vgl. Amonn, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes, 5. A., Bern 1993, S. 421 N 12; vgl. auch B1SchKG 1972, S. 59).

3. Die Klägerin bestreitet nicht, dass die Beklagte die Liegenschaft X zum Preise von Fr. 780000.– erworben hat. Entsprechend behauptet sie zu Recht, dass der Kaufvertrag vom 16. Juni 1994 – unterstellt man den von der Klägerin behaupteten Sachverhalt als richtig – als gemischte Schenkung im Sinne von Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG zu interpretieren wäre. Unter diesen Umständen hätte sich aber die Klägerin damit begnügen müssen, vorliegend auf Erstattung des Wertunterschiedes zu klagen, dies zudem beschränkt auf den Betrag, der notwendig ist, um den mutmasslichen Verlust auszugleichen. Gemäss Ziff. 1 des Klageantrages verlangt sie aber den integralen Einbezug der Liegenschaft in die Zwangsvollstreckung, was sich die Beklagte, die ja einen Kaufpreis von Fr. 780000.– entrichtet hat (d.h. Fr. 720000.– durch Übernahme von Grundpfandschulden bzw. Fr. 60000.– durch «ausseramtliche» Bezahlung), nicht gefallen lassen muss. Würde man anders entscheiden, so würde jeder Käufer, der eine Sache unter dem Verkehrswert erstanden hat, das Kaufobjekt mit dem latenten Risiko erwerben, dass das Objekt selbst nach Art. 285 ff. SchKG mit Vollstreckungsbeschlagnahme belegt werden könnte. Dies kann aber namentlich unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit bzw. des Verkehrsschutzes nicht angehen. Da es dem Kantonsgericht verwehrt ist, den Hauptantrag der Klägerin von Amtes wegen zu ändern bzw.

der Klägerin etwas anderes zuzusprechen, als sie selbst verlangt (§ 54 ZPO), kann der Klage – in der vorliegenden Form – von vornherein nicht stattgegeben werden. Die Abweisung der Klage drängt sich aber auch deshalb auf, weil die Klägerin nicht substantiiert behauptet und zum Beweis verstellt hat, dass die Beklagte beim Abschluss des Kaufvertrages bösgläubig gewesen sei (Art. 3 Abs. 1 ZGB und Art. 291 Abs. 3 SchKG per analogiam / zur Substantiierungslast vgl. Brönnimann, Die Behauptungs- und Substantiierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. BE 1989, S. 193 ff.).

(Kantonsgericht 20. Juli 1995, i.S. H./H.)

## IV. Strafrecht

*Art. 90 StGB – Stationäre Begutachtung eines Jugendlichen zur umfassenden Abklärung im Hinblick auf die auszusprechende Sanktion.*

*Aus den Erwägungen:*

2. c) Das Jugendstrafrecht stellt in zweierlei Hinsicht Sonderstrafrecht dar, indem es einerseits einen bestimmten, altersmässig genau abgegrenzten Personenkreis (minderjährige Täter zwischen 7 und 18 Jahren) erfasst und andererseits die Sanktionen sich nach anderen, vom Erwachsenenstrafrecht abweichenden Gesichtspunkten bestimmen. Die Sanktionen des Jugendstrafrechts sind ausschliesslich auf die Spezialprävention ausgerichtet und bezwecken die Bekämpfung einer allfälligen besonderen Rückfallsgefahr sowie ganz allgemein die soziale Eingliederung des Täters (Jörg Rehberg, Grundriss Strafrecht II, Jugendstrafrecht, 5. A., Zürich 1989, S. 128 ff.; Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkomentar, Vor Art. 82).

Nach Art. 90 StGB stellt die zuständige Behörde den Sachverhalt fest. Soweit die Beurteilung des Jugendlichen es erfordert, macht sie Erhebungen über das Verhalten, die Erziehung und die Lebensverhältnisse des Jugendlichen und zieht Berichte und Gutachten über dessen körperlichen und geistigen Zustand ein. Sie kann auch die Beobachtung des Jugendlichen während einer gewissen Zeit anordnen. Art. 90 StGB geht als Regel von der ambulanten Begutachtung aus. Diese erweist sich jedoch in komplexen Fällen oder wenn die Bereitschaft des Täters oder seiner Erzieher zur Kooperation fehlt, als unzureichend, so dass sich eine stationäre Begutachtung aufdrängt, die hierfür wesentlich günstigere Bedingungen aufweist. Sind Komplexität oder mangelnde Kooperationsbereitschaft erkennbar, kann und muss die Einweisung in eine Beobachtungsstation direkt erfolgen. Ziel der gesamten Persönlichkeitsforschung ist die Beschaffung aller notwendigen und möglichen Angaben über den Täter und sein Milieu, die ein umfassendes Bild über dessen Zustand ergeben, sein bisheriges Verhalten verstehen lassen und gestatten, vorausschauend Schlüsse auf seine Weiterentwicklung zu ziehen, mit anderen Worten, eine Diagnose und Prognose zu stellen (Marie Boehlen, Kommentar zum Schweizerischen Jugendstrafrecht, Bern 1975, N 1 zu Art. 90 i.V.m. N 9 f. zu Art. 83 StGB, mit Hinweisen). Die Dauer eines Beobachtungsaufenthaltes beträgt in der Regel zwei bis sechs Monate (Jörg Rehberg, a.a.O., S. 130).

(Justizkommission, 3. Februar 1995, i.S. S./Jugendanwaltschaft)

## V. Rechtspflege

### 1. Zivilrechtspflege

*§ 43 ZPO, § 44 ZPO. – Die Sicherstellung der Parteientschädigung gemäss § 43 ZPO kann auch im Untersuchungsverfahren verlangt und angeordnet werden. Die Pflicht zur Sicherheitsleistung umfasst die gesamte Parteientschädigung, nicht nur künftige Aufwendungen.*

(Kantonsgericht, 30. September 1996, i.S. D./W.)

*§ 46 Abs. 1 ZPO; 48 Abs. 1 ZPO. – Juristische Personen haben keinen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung.*

*Aus den Erwägungen:*

3. Nach § 46 Abs. 1 ZPO wird Parteien, die sich durch ein Zeugnis des zuständigen Gemeinderates oder der Armenbehörde darüber ausweisen, dass sie nicht die nötigen Mittel besitzen, um neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie die Prozesskosten aufzubringen, auf Gesuch hin die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, wenn der Prozess nicht als offenbar aussichtslos oder mutwillig erscheint. Unter den gleichen Voraussetzungen wird einer Partei auf besonderes Gesuch ein unentgeltlicher Rechtsbeistand ernannt, sofern sie für die Führung des Prozesses eines solchen bedarf (§ 48 Abs. 1 ZPO).

Nach weitgehend einmütiger Auffassung in Doktrin und Praxis können Aktiengesellschaften, wie juristische Personen überhaupt, nach heutiger gesetzlicher Grundlage keinen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung erheben (Ottomann, Die Aktiengesellschaft als Partei im Schweizerischen Zivilprozess, Zürich 1976, S. 55 mit Hinweisen). Die zugerische Zivilprozessordnung schliesst zwar die juristischen Personen nicht ausdrücklich vom Armenrecht aus. Indes ergibt sich der Ausschluss aus der Umschreibung der Voraussetzung der Bedürftigkeit. Wenn von «Lebensunterhalt für sich und ihre Familie» die Rede ist, so kann kein Zweifel daran bestehen, dass damit nur die natürlichen Personen angesprochen sein können. Der Ausschluss des Armenrechtes für juristische Personen verletzt denn auch weder Art. 4 BV noch Art. 6 EMRK (BGE 119 Ia 337). Dem Begehren der Gesuchstellerin kann daher keine Aussicht auf Erfolg beschieden sein.

(Obergericht, Zivilrechtliche Abteilung, Verfügung des Vorsitzenden vom 14. November 1995 i.S. M. AG)

§ 96 ZPO. – Folgen des unentschuldigten Fernbleibens von der Haupt- oder Schlussverhandlung im 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.

*Aus den Erwägungen:*

1. Nach § 96 ZPO ist gegen jede zu einer Haupt- oder Schlussverhandlung gehörig vorgeladene Partei, die ohne genügende Entschuldigung weggeblieben ist oder welche die Einlassung in die Hauptsache grundlos verweigert, eine Ordnungsbusse auszufällen. Die Partei ist zur Tragung der Kosten zu verpflichten und peremptorisch vorzuladen (Abs. 1). Ist der Beklagte schon vor dem Friedensrichter unentschuldigt weggeblieben, so ist er zur ersten Gerichtsverhandlung peremptorisch vorzuladen (Abs. 2). Zur peremptorischen Verhandlung ist unter der Androhung vorzuladen, dass bei unentschuldigtem Ausbleiben des Klägers oder beider Parteien Abstand von der Klage und bei solchem des Beklagten Anerkennung der tatsächlichen Klagegründe und Verzicht auf Einreden angenommen würde (Abs. 3).

Die Beklagte blieb der Friedensrichterverhandlung vom 10. Januar 1996 unentschuldigt fern, weshalb sie zu Recht peremptorisch zur Hauptverhandlung vor Kantonsgericht vom 30. Mai 1996 vorgeladen wurde, zu der sie ebenfalls nicht erschien. Sie ersuchte zwar am 21. Mai 1996 um Verschiebung der Verhandlung, weil ihr Verwaltungsrat am 30. und 31. Mai einen Umzug vorzunehmen habe, bei dem er anwesend sein müsse. Die Vorinstanz gab diesem Begehren indes zu Recht wegen ungenügender Begründung nicht statt, und sie teilte dies der Beklagten am 22. Mai 1996 schriftlich mit. Die Beklagte leistete der Vorladung somit ohne genügende Entschuldigung – was gleichbedeutend mit unentschuldigt ist (ROG 1965/1966, S. 60 f.) – keine Folge. Das Kantonsgericht nahm daher richtigerweise an, die Beklagte verzichte auf Einreden und sie anerkenne die tatsächlichen Klagegründe. Daran ändert nichts, dass die Beklagte in ihren Rechtschriften den Anspruch des Klägers bestritt, denn im Urteil, das gestützt auf ein Säumnisverfahren ergeht, ist nicht zu berücksichtigen, was die säumige Partei in einem früheren Stadium des Verfahrens (z.B. in den Rechtschriften) noch rechtzeitig vorgebracht hat (ROG 1971/72, S. 66). Denn im Gegensatz zu Regelungen in anderen Zivilprozessordnungen entscheidet der Richter nach § 96 ZPO im Säumnisverfahren – sofern die Verhandlungsmaxime wie im vorliegenden Fall zur Anwendung kommt – nicht aufgrund aller vorhandenen Akten. Die in den Rechtschriften erhobenen Bestreitungen gelten vielmehr als zurückgezogen. Das Kantonsgericht ist daher zu Recht davon ausgegangen, Urteilsgrundlage bilde der vom Kläger geschilderte Sachverhalt. Was die Beklagte dagegen vorbringt, ist unbegründet und scheidet zudem bereits am Novenverbot gemäss § 205 ZPO. Die Berufung

erweist sich somit als völlig unbegründet, was zu deren Abweisung und zur Bestätigung des angefochtenen Urteils führt.

(Obergericht, Zivilrechtliche Abteilung, 24. September 1996, i.S. D./A.)

*§ 183 Abs. 2 ZPO. – Instruktion des Sachverständigen. Entgegen dem Wortlaut dieser Bestimmung ist eine mündliche Verhandlung nur dann anzuberaumen, wenn sie zweckmässig und für eine umfassende Instruktion des Sachverständigen nötig erscheint. Daran vermag auch ein übereinstimmender Antrag beider Parteien nichts zu ändern.*

*Aus den Erwägungen:*

3. a) Die Parteien rügen übereinstimmend, dass das Kantonsgericht dem von den Beschwerdegegnern ausdrücklich gestellten und vom Beschwerdeführer stillschweigend unterstützten Antrag, der Experte sei an einer mündlichen Verhandlung zu instruieren, nicht entsprochen habe. Sie halten dafür, der Richter sei zur Durchführung einer mündlichen Instruktionsverhandlung immer dann verpflichtet, wenn die Parteien dies verlangten, und sie stellen sich auf den Standpunkt, der Beschluss verletze deshalb eine klare Prozessvorschrift.

b) Nach § 183 Abs. 1 ZPO ist dem Experten die vorgenommene Ernennung schriftlich mitzuteilen, und gleichzeitig sind ihm die zu beantwortenden Fragen nebst den erforderlichen Akten und Erläuterungen zu unterbreiten. Wenn die Parteien es verlangen, setzt der Richter gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung zur Instruktion des Sachverständigen eine mündliche Verhandlung an. Den Parteien ist die Teilnahme daran und das Vorbringen von ergänzenden Erklärungen im Rahmen des Expertise-Beschlusses freigestellt.

Die zugerische Zivilprozessordnung vom 3. Oktober 1940 lehnt sich unter anderem stark an die Zivilprozessordnung für den Kanton Thurgau vom 29. April 1928 an, die bis 1989 in Kraft war. Dies gilt insbesondere auch für die Bestimmungen über den Beweis durch Sachverständige. So entsprechen § 183 Abs. 1 und 2 der zugerischen Prozessordnung § 250 Abs. 1 des früheren thurgauischen Zivilprozessrechts. Gemäss der zu § 250 der thurgauischen Zivilprozessordnung entwickelten Praxis wurde die schriftliche Instruktion des Sachverständigen zur Regel erklärt (Böckli, Zivilprozessordnung für den Kanton Thurgau, Frauenfeld 1930, N 2 zu § 250). Der Richter konnte indessen «nötigenfalls» – und hier liegt die einzige Differenz zur zugerischen Bestimmung – eine mündliche Verhandlung zur Instruktion des Sachverständigen ansetzen. Es handelt sich dabei aber nicht um einen inhaltlichen Unterschied zur zugerischen Prozessregel. Eine mündliche Verhandlung ist nämlich auch nach der zugerischen Praxis nur dann anzuberaumen, wenn sie zweckmässig und für eine umfassende Instruktion des Sachverständigen

nötig erscheint (vgl. dazu auch Christoph Leuenberger in: Das St. Gallische Zivilprozessgesetz, St. Gallen 1991, herausgegeben von Yvo Hangartner, S. 142). Dies lässt sich aus der prozessualen Regel herleiten, dass jedem Begehren ein schutzwürdiges Interesse zugrunde liegen muss. Auch mit Bezug auf die Anordnung einer Oberexpertise wird von den Parteien verlangt, dass sie begründet dartun, das Gutachten sei unvollständig, unklar oder nicht gehörig begründet; sie haben darzulegen, dass es zur Ermittlung des wesentlichen Tatbestandes nicht ausreicht und eine andere Expertise aller Voraussicht weitere Klärung bringe. In § 186 Abs. 1 ZPO sind diese Voraussetzungen ebenfalls nicht ausdrücklich aufgeführt; es wird lediglich festgehalten, dass die Parteien «nach Eingang des Gutachtens... die Bestellung von anderen Sachverständigen verlangen können», aber eben nur dann, wenn sie – wie im Falle der Ansetzung einer mündlichen Instruktionsverhandlung – ein schutzwürdiges Interesse geltend machen können (vgl. GVP 1991/92, S. 144 f.; Peter Saladin, Recht und Wirtschaft heute, Festgabe Max Kummer, Bern 1980, S. 678 f.). Der Auffassung der Parteien, der Richter habe immer dann, wenn sie eine mündliche Verhandlung verlangten, dem Begehren zu entsprechen, auch wenn dieses nicht begründet werde und kein Rechtsschutzinteresse vorhanden sei, kann somit nicht gefolgt werden. Der Richter hat vielmehr aufgrund der Vorbringen der Parteien zu prüfen, ob eine mündliche Instruktion erforderlich ist, um dem Sachverständigen die notwendigen Grundlagen für das Ausfertigen einer Expertise zu vermitteln. Diese Entscheidung trifft er nach richterlichem Ermessen, und Ermessensentscheide können nicht wegen Verletzung klarer Prozessvorschriften angefochten werden (vgl. dazu Böckli, a.a.O., N 2 c zur analogen thurgauischen Bestimmung von § 292 Ziff. 3), jedenfalls soweit nicht die Grenzen des Ermessens überschritten werden (Baumgartner, a.a.O., S. 84). Dass letzteres der Fall sei, haben die Parteien nicht dargetan. Das Kantonsgericht hat daher die Prozessbestimmung von § 183 Abs. 2 ZPO nicht verletzt, wenn es das Begehren der Parteien um Ansetzung einer mündlichen Instruktionsverhandlung als unbegründet abgewiesen hat. Auch das in Art. 6 EMRK garantierte Recht der Parteien auf Teilnahme am Beweisverfahren und der daraus abgeleitete Anspruch, den Sachverständigen Fragen stellen zu können, ist nicht verletzt worden, so dass die Parteien nichts daraus ableiten könnten, selbst wenn man davon ausgehen wollte, die erwähnte Konventionsbestimmung stelle eine klare Prozessvorschrift dar (vgl. dazu Sabine Kofmel, Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren, Bern 1992, S. 50 und 194). Den Parteien wurde Gelegenheit gegeben, dem Gutachter Ergänzungsfragen schriftlich zu unterbreiten; damit wurde dem aus Art. 6 EMRK fließenden Anspruch Genüge getan. Die Verletzung einer klaren Prozessregel kann auch nicht in der Weigerung der Vorinstanz erblickt werden, anlässlich einer mündlichen Verhandlung Vorabklärungen über die fachliche Eignung des in Aussicht genommenen Sachverständigen zu treffen. Zum einen erscheint es fraglich, ob aufgrund von § 183 Abs. 2 ZPO eine mündliche Verhandlung zu diesem Zwecke überhaupt verlangt werden kann, da diese Bestimmung sich auf die

Instruktion in der Sache selbst bezieht. Zum andern hatten die Parteien Gelegenheit, sich zur Befähigung des Experten zu äussern und Einwendungen zu erheben. Die Beschwerdegegner erhoben denn auch Einwendungen betreffend Ausbildung und Fähigkeiten des in Aussicht genommenen Experten. Sie machten geltend, dieser könne sich nicht über praktische Erfahrung in der Handhabung von mobilen Kranfahrzeugen ausweisen, da er für die Ausbildung und Prüfung von Hochbau-Kranführern zuständig sei. Die Vorinstanz hat in der Folge den Gutachter hierzu befragt. Erst die positive Antwort des Gutachters, wonach er in seiner Tätigkeit bei der Baupolizei Zürich auch mit Mobilkränen zu tun habe, hat die Vorinstanz bewogen, den Expertenauftrag zu erteilen. Auch dieser Ermessensentscheid verletzt keine bestimmte Prozessvorschrift.

(Justizkommission, 20. Januar 1995, i.S. B. / P. AG und R.)

*§ 208 Ziff. 3 und 4 ZPO. – Der Beschluss, mit welchem sich das Kantonsgericht zur Beurteilung einer Klage zuständig erklärt, kann nicht mit Beschwerde angefochten werden.*

*Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):*

Der Kläger klagte beim Kantonsgericht auf Abänderung des zwischen den Parteien ergangenen Scheidungsurteils, worauf die Beklagte die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit des Kantonsgerichts erhob. Dieses beschloss in der Folge, auf die Klage einzutreten. Dagegen reichte der Kläger Beschwerde bei der Justizkommission des Obergerichts ein.

*Aus den Erwägungen:*

2. b) Die Beschwerde mit appellatorischer Wirkung ist gemäss § 208 Ziff. 4 nur gegen fünf ausdrücklich genannte Arten prozessleitender Entscheide möglich. Gegen alle übrigen prozessleitenden Entscheidungen ist die Beschwerde nur zulässig, wenn ein bestimmter Mangel, d.h. die Verletzung einer klaren Prozessvorschrift angeführt werden kann. Unter klaren Prozessvorschriften sind nur solche zu verstehen, die im Gesetz eine ausdrückliche Regelung erfahren haben und über deren Bedeutung keine ernsthaften Zweifel möglich sind, nicht aber blosser Gerichtsgebräuche. In erster Linie kommen die Vorschriften der ZPO und des GOG in Frage. Da aber auch viele Bundesgesetze prozessuale Vorschriften enthalten, die der kantonale Richter zu berücksichtigen hat, so muss auch bei Verletzung von solchen Beschwerde zulässig sein. Ausgeschlossen ist die Beschwerde gegen einen Entscheid, den der Richter in Anwendung des freien richterlichen Ermessens gefällt hat, sofern er die Grenze des richterlichen Ermessens nicht überschritten hat. Gegen eine Anzahl prozessleitender Entscheide ist durch das Gesetz eine gesonderte Weiterziehung ausdrücklich ausgeschlossen. Es sind

dies Verfügungen und Beschlüsse zur Behebung von Prozessvoraussetzungs-  
mängeln, falls gegen sie ein Rechtsmittel nicht ausdrücklich eingeräumt ist  
(Heinrich Baumgartner, a.a.O., S. 84). Wie bereits erwähnt, gehört dazu  
gemäss § 52 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 ZPO der Entscheid über die  
Zuständigkeit des Richters. Darunter ist sowohl die örtliche, sachliche wie  
funktionelle und graduelle Zuständigkeit zu verstehen. § 208 Ziff. 3 ZPO  
räumt gegen Unzuständigkeitserklärungen der Friedensrichter, des Kantons-  
gerichtspräsidenten als Einzelrichter und des Kantonsgerichtes ausdrücklich  
das Beschwerderecht ein. Die «Zuständigkeitserklärung» des Richters, also  
der Entscheid mit dem er seine Zuständigkeit bejaht, wird hingegen nir-  
gends ausdrücklich erwähnt. Aus der Tatsache, dass der negative richterliche  
Entscheid über die Zuständigkeit eine ausdrückliche Erwähnung fand, ist zu  
schliessen, dass die Nichterwähnung des positiven Zuständigkeitsentscheides  
ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers darstellt. Die Beschwerde  
kann sich daher auch nicht auf § 208 Ziff. 4 in fine ZPO stützen.

c) Im übrigen vermöchte auch die Argumentation der Beschwerdeführe-  
rin nicht zu überzeugen, wonach die klare Prozessvorschrift von § 89 Abs. 1  
ZPO im vorliegenden Fall verletzt sein sollte, wenn grundsätzlich die Be-  
schwerde auch gegen die «Zuständigkeitserklärung» des Gerichtes im Sinne  
von § 208 Ziff. 4 in fine ZPO zulässig wäre. Gemäss § 89 Abs. 1 ZPO prüft  
der Referent u.a. die Zuständigkeit des angerufenen Richters von Amtes  
wegen. Tritt das Gericht in der Folge auf eine Klage trotz fehlender Zustän-  
digkeit ein, so verletzt es entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin  
damit keineswegs die klare und eindeutige Prozessvorschrift, die ihm die  
Zuständigkeitsprüfung aufträgt, sondern wendet allenfalls andere Vorschrif-  
ten über die örtliche Zuständigkeit unrichtig an. Die klare Pflicht zur Prü-  
fung der Zuständigkeitsfrage durch den Referenten (§ 89 ZPO) bzw. durch  
den erkennenden Richter (§ 52 ZPO) ist selbstverständlich nicht verletzt,  
wenn der Richter bei der Prüfung dieser Frage zu einem unrichtigen Ergeb-  
nis gelangt. Dass die Auffassung der Beschwerdeführerin rechtsirrtümlich  
ist, zeigt sich darin, dass nach dieser Auffassung jeder prozessleitende Ent-  
scheid gestützt auf § 208 Ziff. 4 in fine ZPO angefochten werden könnte, da  
in verschiedenen Prozessbestimmungen der zuständige Richter zur Prozess-  
leitung verpflichtet ist und in diesem Zusammenhang Entscheide zu fällen  
hat.

(Justizkommission, 27. Januar 1995, i.S. P./A.)

*§ 208 Ziff. 4 ZPO; § 36 ZPO; § 43 ZPO. – Gegen eine prozessleitende Verfügung  
der Vorinstanz, worin dem Kläger ein Kostenvorschuss auferlegt wird, ist die  
Beschwerde an die Justizkommission nur gegeben, wenn der Entscheid ge-  
gen klare Prozessvorschriften verstösst. Keine Anfechtung der Verfügung un-  
ter dem Aspekt der Sicherstellung von Prozesskosten, da darunter nur Ent-*

*scheide fallen, welche die Sicherstellung der Parteientschädigung gemäss § 43 ZPO betreffen. Die Beschwerde wegen Verletzung klarer Prozessvorschriften ist ein ausserordentliches Rechtsmittel, weshalb die Aufforderung zur Leistung eines Kostenvorschusses nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen ist.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Der Beschwerdeführer beschwert sich gegen die Auferlegung eines weiteren Kostenvorschusses bzw. gegen die Erhöhung desselben durch den Referenten. Bei diesem Entscheid handelt es sich um eine prozessleitende Verfügung. Gegen solche Verfügungen ist die Beschwerde gemäss § 208 Ziff. 4 ZPO nur gegeben, wenn es sich um Entscheidungen betreffend die Zulassung eines Vertreters, die Ablehnung einer Gerichtsperson, die Sicherstellung von Prozesskosten, die Bewilligung, Nichtbewilligung oder den Entzug der unentgeltlichen Prozessführung und den Erlass provisorischer Massnahmen handelt sowie wenn klare Prozessvorschriften verletzt worden sind.

Nach der Praxis der Justizkommission zählt die Auferlegung eines Kostenvorschusses nicht zu den Entscheiden über die «Sicherstellung von Prozesskosten» i.S. von § 208 Ziff. 4 ZPO; darunter ist nur die Sicherstellung der Parteientschädigung gemäss § 43 ZPO zu verstehen (JK 44/1987; JK 10/1989). Da in casu mithin keiner der abschliessend aufgezählten Fälle vorliegt, ist die Beschwerde nur unter dem Aspekt der Verletzung klarer Prozessvorschriften zulässig. Unter klaren Prozessvorschriften im Sinne dieser Bestimmung sind nur solche zu verstehen, die im Gesetz eine ausdrückliche Regelung erfahren haben und über deren Bedeutung keine ernsthaften Zweifel möglich sind, nicht aber blosser Gerichtsgebräuche. In erster Linie kommen die Vorschriften der ZPO und des GOG in Frage. Da aber auch viele Bundesgesetze prozessuale Vorschriften enthalten, die der kantonale Richter zu berücksichtigen hat, kann auch bei deren Verletzung allenfalls die Beschwerde zulässig sein. Ausgeschlossen ist die Beschwerde gegen einen Entscheid, den der Richter in Anwendung des freien richterlichen Ermessens gefällt hat, sofern er die Grenze des richterlichen Ermessens nicht überschritten hat (Heinrich Baumgartner, Die Rechtsmittel des zugerischen Zivilprozessrechts, Baar 1951, S. 84; Eugen Weber, Der Rekurs wegen Verletzung klarer Prozessvorschriften im zürcherischen Zivilprozess, Winterthur 1956, S. 64 und 214 f.). Das auf Art. 4 BV hergeleitete Willkürverbot zählt dabei nicht zu den klaren Prozessvorschriften i.S. der zitierten Bestimmung. Liesse man das nämlich zu, hätte dies zur Folge, dass jede prozessleitende Entscheidung auf Willkür überprüft werden könnte, obschon § 208 Ziff. 4 ZPO die Arten der prozessleitenden Entscheidungen abschliessend aufzählt, gegen die die Beschwerde zulässig ist. Man könnte mithin über den Umweg der Willkürbeschwerde auch diejenigen prozessleitenden Verfügungen und Beschlüsse anfechten, gegen die eine Beschwerde an die Justizkommission gerade nicht gegeben ist (JZ 1994/79.141 mit Hinweisen). Nur im Zusam-

menhang mit der Anwendung einer bestimmten Prozessvorschrift kann geprüft werden, ob der Richter sein Ermessen überschritten, mithin willkürlich gehandelt hat. So ist auch der in GVP 1991/92, S. 216 ff. wiedergegebene Entscheid der Justizkommission vom 5. Dezember 1991 zu verstehen, in welchem die Beschwerdeinstanz die Weigerung des Einzelrichters, eine Tagfahrt zu verschieben, auf Willkür überprüfte.

2. Wer ein gerichtliches Verfahren einleitet, hat gemäss § 36 Abs. 1 ZPO auf entsprechende Aufforderung hin die voraussichtlichen Gerichtskosten gemäss Gebührentarif vorzuschüssen. Der kantonsgerichtliche Referent hat in der angefochtenen Verfügung gestützt auf diese Bestimmung den Kläger und heutigen Beschwerdeführer aufgefordert, innert 20 Tagen einen Kostenvorschuss von Fr. 200 000.- in bar oder mittels einer hinreichenden Bankgarantie zu leisten.

Bereits bei Einleitung des Prozesses hatte der Kantonsgerichtspräsident am 26. August 1991 dem Kläger einen Kostenvorschuss von Fr. 6000.- auferlegt. Die damalige Festsetzung des Kostenvorschusses erfolgte, wie der Referent bemerkt, offenbar im Hinblick auf den bereits mit Klageeinreichung gestellten Sistierungsantrag, den der Kläger damit begründete, dass die Klage vorerst rein vorsorglich zur Fristwahrung eingereicht werde. Der Kläger hielt eine gütliche Einigung der Prozessparteien durchaus für möglich, so dass die Klage allenfalls, wie er ausdrücklich festhielt, ohne Durchführung eines aufwendigen Prozessverfahrens infolge eines gerichtlichen Vergleichs abgeschlossen werden könnte. Die ursprüngliche Festsetzung des Kostenvorschusses erfolgte mithin unter diesen Prämissen. Der Kantonsgerichtspräsident orientierte sich also offensichtlich an § 5 der damals geltenden Verordnung betreffend Kosten und Entschädigungen in der Zivil- und Strafrechtspflege vom 5. Oktober 1981, wonach im Falle von Erledigungsbeschlüssen oder wenn die Angelegenheit einen besonders geringen Aufwand erfordert, die Mindestansätze angemessen unterschritten werden könnten. Aufgrund des Streitwertes, der unbestrittenermassen Fr. 8 Mio. bei weitem übersteigt, wäre nämlich gemäss § 9 der genannten Verordnung eine Gerichtsgebühr von Fr. 20 000.- bis höchstens 0,5% des Streitwertes als zu bevorschussende, voraussichtliche Gerichtsgebühr in Betracht gekommen. Damit behielt er sich aber stillschweigend eine Erhöhung des Kostenvorschusses für den Fall vor, dass sich die Erwartung einer vergleichweisen Erledigung des Prozesses ohne nennenswerte Bemühungen des Gerichtes nicht erfüllen würde. Dass der Referent nun, nachdem dieser Fall eingetreten ist, den ursprünglich festgesetzten Kostenvorschuss erhöhte, ist mithin in keiner Weise zu beanstanden. Auch die Höhe des Vorschusses hält sich im Rahmen des anwendbaren Gebührentarifs. Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass der Streitwert im vorliegenden Fall mit rund Fr. 69 Mio. zu beziffern ist, wie dies der Referent in der angefochtenen Verfügung getan hat. Gemäss der mittlerweile neu gefassten Gebührenverordnung, die am 1. Januar 1996 in Kraft getreten ist und gemäss § 26 auf alle im Zeitpunkt des

Inkrafttretens hängigen Zivil- und Strafverfahren Anwendung findet, beträgt die einfache Spruchgebühr gemäss § 10 der neuen Verordnung (wie schon nach der alten) zwischen Fr. 20000.- und Fr. 345000.- (0,5% des Streitwertes), wie der Referent ebenfalls mit Recht feststellte. Es ist daher nicht einzusehen, inwiefern der Referent mit der Erhöhung des Kostenvorschusses um Fr. 200000.- in der angefochtenen Verfügung gegen klare Prozessvorschriften verstossen haben könnte. Die Verfügung würde im Gegenteil auch bei freier Kognition (also nicht nur unter dem Gesichtswinkel der Ermessensüberschreitung), die der Justizkommission indes wie erwähnt hier nicht zusteht, einer Überprüfung ohne weiteres standhalten.

Wenn der Beschwerdeführer der Auffassung ist, der Kostenvorschuss müsste der Erbgemeinschaft auferlegt werden, so widerspricht dieser Standpunkt offensichtlich der klaren Regelung gemäss § 36 Abs. 1 ZPO, wonach der Kläger zur Vorschussleistung zu verpflichten ist; der Beklagte ist hingegen nur für eine allfällige Widerklage vorschusspflichtig. Die Argumentation des Beschwerdeführers ist in Anbetracht dieser klaren Rechtslage offensichtlich verfehlt. Es erübrigt sich, darauf näher einzutreten.

Was schliesslich die Rüge des Beschwerdeführers angeht, die angefochtene Verfügung ermangle einer Rechtsmittelbelehrung, ist einerseits nicht ersichtlich, was er daraus zu seinen Gunsten herleiten möchte. Er hat innert Frist eine Beschwerde eingereicht, und diese wurde von der Justizkommission entgegengenommen. Auf der anderen Seite ist die Kritik aber auch unbegründet. Bei der Beschwerde wegen Verletzung klarer Prozessvorschriften gemäss § 208 Ziff. 4 ZPO handelt es sich um eine Kassationsbeschwerde und damit um ein ausserordentliches Rechtsmittel. Die Aufforderung zur Leistung eines Kostenvorschusses wird in der Praxis denn auch richtigerweise nie mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen. Im übrigen schreibt § 79 Ziff. 6 GOG eine Rechtsmittelbelehrung grundsätzlich auch nur für die Berufung vor.

(Justizkommission, 19. Juli 1996, i.S. D. gegen E. M. und S.)

## **2. Strafrechtspflege**

*§ 80 StPO. – Die Aufzählung in dieser Bestimmung ist – abgesehen von der Aufsichtsbeschwerde – abschliessend. Gegen einen Einstellungsbeschluss des Strafgerichts ist daher die Beschwerde an die Justizkommission nicht gegeben.*

*Aus dem Sachverhalt:*

D. liess beim Verhöramt des Kantons Zug eine Strafanzeige wegen Betrugs gegen ihren Ehemann M. einreichen. Gleichzeitig konstituierte sie sich

im Verfahren als Privatklägerin. Nachdem in der Folge das Verhöramt die Strafuntersuchung gegen M. mit Bezug auf die Frage der Prozessvoraussetzung des Strafantrages abgeschlossen und an die Staatsanwaltschaft überwiesen hatte, stellte das Strafgericht das Verfahren gegen den Angeschuldigten wegen Betrugs mangels eines rechtzeitigen Strafantrages ein. Die Privatklägerin wurde verpflichtet, die Verfahrenskosten zu tragen und den Angeschuldigten zu entschädigen. Gegen diesen Beschluss führte D. bei der Justizkommission Beschwerde.

*Aus den Erwägungen:*

2. a) Unbestrittenermassen stellt der Beschluss des Strafgerichts vom 24. Juni 1994 kein erstinstanzliches Urteil dar, welches gemäss § 70 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 3 StPO mittels Berufung angefochten werden könnte. Zu prüfen bleibt daher, ob die Beschwerde gemäss § 80 StPO zulässig ist.

Wie die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf einen Entscheid der Justizkommission vom 17. Februar 1987 (GVP 1987/88, S. 156) selber feststellt, ist die Aufzählung in § 80 – abgesehen von der Aufsichtsbeschwerde im Sinne von § 15 Abs. 2 Ziff. 2 GOG – abschliessend. An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten. Die Beschwerdeführerin versucht nun, durch einen Analogieschluss ihre Legitimation aus § 80 Ziff. 3 StPO bzw. § 23 Abs. 4 GOG abzuleiten. Nach § 80 Ziff. 3 StPO ist die Beschwerde an die Justizkommission wegen «Nichtanhandnahme einer Anzeige oder Privatklage (§ 7)» zulässig. Diese Beschwerdelegitimation ergibt sich auch direkt aus der Bestimmung in § 7 Abs. 1 StPO. Von einer Nichtanhandnahme kann nun offensichtlich nicht die Rede sein, was von der Beschwerdeführerin auch nicht behauptet wird. Ihre Strafklage vom 30. Juli 1992 wurde vom Verhöramt an die Hand genommen, wobei sich die Strafuntersuchung zunächst auf die Frage der Rechtzeitigkeit des Strafantrages beschränkte. Dies geht auch deutlich aus der Überweisungsverfügung des Verhöramtes vom 16. Juli 1993 hervor, welche dem Rechtsvertreter der Privatklägerin mitgeteilt worden ist. Gegen diese Überweisungsverfügung stand nun auch der Beschwerdeführerin gestützt auf § 23 Abs. 1 und 4 GOG sowie §§ 36 und 80 StPO die Beschwerde an die Justizkommission zu. Wenn die Privatklägerin keine Veranlassung hatte, das eingeräumte Rechtsmittel zu ergreifen, ist dies für die vorliegende Beurteilung nicht relevant. Die Beschwerdeführerin behauptet nun kurzerhand, die Konsequenz, dass ihr lediglich ein Rechtsmittel zustehe, wenn die Untersuchung nicht vom Gerichte sondern von der Untersuchungsbehörde eingestellt werde, sei zweifelsohne nicht gewollt. Dieser Auffassung kann, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, nicht gefolgt werden.

b) Das Vorliegen eines Strafantrages bei Antragsdelikten ist als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen. Nach Art. 29 StGB erlischt das Antragsrecht nach Ablauf von drei Monaten, wobei die Frist mit dem Tag beginnt, an welchem dem Antragsberechtigten der Täter bekannt wird. Fehlt

es am erforderlichen Strafantrag oder erfolgte die Antragstellung verspätet, ist das Verfahren mangels Prozessvoraussetzung einzustellen. Steht die fehlende Prozessvoraussetzung von Beginn weg in liquider Weise fest, kann das Verhöramt gestützt auf § 7 StPO eine Nichtanhandnahme verfügen. Das Verhöramt nahm die Strafklage an die Hand und eröffnete eine Strafuntersuchung. In der Verfügung vom 16. Juli 1993 nahm das Verhöramt Bezug auf den Antrag der Verteidigung vom 11. September 1992, die Untersuchung sei einstweilen auf die Frage zu beschränken, ob ein gültiger und rechtzeitiger Strafantrag vorliege. Weiter geht aus der Überweisung hervor, es lägen konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass der in Frage stehende Strafantrag verspätet erfolgt sei. Angesichts dieser ernsthaften Zweifel an der Rechtzeitigkeit des Strafantrages sei daher von weiteren, der materiellen Klärung des in Frage stehenden Betrugsvorwurfs dienenden Untersuchungshandlungen abzusehen und das Verfahren habe sich darauf zu beschränken, ob ein rechtzeitiger Strafantrag vorliege. Für den Verhörrichter stand damit einerseits nicht zweifelsfrei fest, dass der Strafantrag verspätet gestellt worden war, so dass er sich veranlasst sah, die Beurteilung dem erkennenden Richter zu überlassen. Andererseits wollte der Verhörrichter zunächst diese Frage geklärt haben, bevor er den Betrugsvorwurf untersuchte. Mit Zustellung der Verfügung vom 16. Juli 1993 erhielt die Beschwerdeführerin Kenntnis von dieser Überweisung zwecks vorfrageweiser Beurteilung der Rechtzeitigkeit des Strafantrages. Wenn sie sich damit nicht einverstanden erklären wollte, hätte sie gestützt auf § 80 Ziff. 7 StPO Beschwerde erheben können. Dies hat sie offensichtlich nicht getan, womit sie sich ausdrücklich mit der Überweisung einverstanden erklärt hat, so dass offen bleiben kann, ob das Vorgehen des Verhörrichters überhaupt zulässig war. Damit nahm sie aber auch gleichzeitig in Kauf, gegen eine allfällige Einstellung im Hauptverfahren das Rechtsmittel der Beschwerde nicht mehr zur Verfügung zu haben. Dabei nützt es der Beschwerdeführerin nachträglich auch nichts, dass die Justizkommission den Begriff der Untersuchungshandlung im Sinne von § 80 Ziff. 1 StPO weitherzig auslegt (GVP 1991/92, S. 233); in diesem Entscheid ging es um eine einstweilige Einstellung durch das Verhöramt.

Dass die Beschwerde gegen Einstellungsbeschlüsse des Gerichts nicht zur Verfügung steht, beschränkt sich nicht nur auf den vorliegenden Fall und trifft nicht nur die Antragstellerin; die Beschwerdelegitimation hängt nämlich nicht vom Grund der Einstellung ab. Gestützt auf § 55 Abs. 2 StPO urteilt das Gericht nach freiem Ermessen in Würdigung der vorliegenden Beweisergebnisse und aufgrund des Gesetzes, ohne an die Anträge des Staatsanwaltes gebunden zu sein. Gelangt das Gericht aufgrund der Beweisergebnisse zum Schluss, dass es entweder an einer positiven Prozessvoraussetzung (Strafantrag, Zuständigkeit usw.) fehlt oder eine negative Prozessvoraussetzung, d.h. ein Prozesshindernis (z.B. Eintritt der Verjährung), gegeben ist, so hat es das Verfahren ohne materielle Beurteilung einzustellen. Zu einer Einstellung im Hauptverfahren könnte es aufgrund der freien

richterlichen Beweiswürdigung selbst dann kommen, wenn das Verhöramt die Prozessvoraussetzungen als erfüllt beurteilen und die Staatsanwaltschaft Anklage erheben würde. In solchen Fällen besteht kein Anlass, auch nicht zugunsten eines Antragstellers, die Beschwerdemöglichkeit vorzusehen, nur weil ihm im Falle einer Einstellung durch das Verhöramt dieses Rechtsmittel eingeräumt worden wäre. Im übrigen ist die Beschwerdeführerin auch nicht schlechter gestellt als im Falle einer Einstellung durch das Verhöramt. Denn entweder hätte die Justizkommission aufgrund der Liquidität des Untersuchungsergebnisses die Einstellung bestätigt oder im Zweifelsfalle die Überweisung veranlasst. Letzteres hätte zur alleinigen Beurteilung durch das Strafgericht geführt, dessen allfälliger Einstellungsbeschluss wiederum nicht mittels Beschwerde hätte angefochten werden können.

Die fehlende Legitimation der Beschwerdeführerin ergibt sich damit eindeutig aus den Gesetzesbestimmungen. Eine Lücke, die allenfalls durch den Richter zu füllen wäre, liegt offensichtlich nicht vor. Für einen Analogieschluss besteht kein Raum. Auf die Beschwerde kann daher nicht eingetreten werden.

(Justizkommission, 18. Mai 1995, i.S. D./M. und Staatsanwaltschaft)

*§ 80 StPO; § 14 StPO. – Die Übermittlung der Akten an das Polizeirichteramt zur Beurteilung mit Strafbefehl kann nicht mit Beschwerde angefochten werden.*

*Aus den Erwägungen:*

1. § 80 Ziff. 1 bis 10 StPO zählt die Fälle, in denen die Beschwerde an die Justizkommission zulässig ist, einzeln auf. Diese Aufzählung ist abgesehen von der Aufsichtsbeschwerde im Sinne von § 15 Abs. 2 Ziff. 2 GOG – abschliessend (GVP 1987/88, S. 156). Die vorliegende Beschwerde richtet sich im Hauptantrag gegen die Anordnung des Verhöramtes, die Akten dem Polizeirichteramt zur Beurteilung mit Strafbefehl zu übermitteln. Das Verhöramt stützt sich für diese Verfügung auf § 14 StPO. Dabei handelt es sich aber weder um eine Untersuchungshandlung i.S. von § 80 Ziff. 1 StPO noch um einen Überweisungsbeschluss i.S. von § 34 StPO, gegen welchen gemäss § 80 Ziff. 7 und § 36 StPO die Beschwerde zulässig wäre. Die Strafprozessordnung sieht mithin gegen die blosser Übermittlung der Akten an das Polizeirichteramt zur Beurteilung der Sache im Strafbefehlsverfahren keine Beschwerde vor. Das ist denn auch folgerichtig: Erachtet der Polizeirichter den Sachverhalt aufgrund der ihm übermittelten Akten nicht als hinreichend geklärt oder gelangt er zum Schluss, dass ein Verfahrenshindernis vorliege, kann er die Sache ohne weiteres an das Verhöramt zurückweisen, damit dieses die Untersuchung entsprechend ergänze oder das Verfahren einstelle. Er lässt der Polizeirichter hingegen einen Strafbefehl und wird gegen diesen Einsprache erhoben, wird das ordentliche Verfahren durchgeführt. Der Un-

tersuchungsrichter eröffnet sodann eine Strafuntersuchung bzw. setzt diese fort und schliesst sie entweder mit einer Überweisung an die Staatsanwaltschaft oder einer Einstellungsverfügung ab (§ 23 Abs. 1 GOG). Durch die Übermittlung der Akten an das Polizeirichteramt zur Beurteilung mit Strafbefehl ist der Angeschuldigte nicht beschwert, weil er mittels begründeter Einsprache voraussetzungslos die Aufhebung eines allfälligen Strafbefehls verlangen und so die Fortsetzung der Untersuchung und die Überweisung der Sache an die Staatsanwaltschaft erwirken kann. Gegen die Überweisungsverfügung ist dann die Beschwerde an die Justizkommission zulässig. Auf die Beschwerde kann daher nicht eingetreten werden.

(Justizkommission, 12. Mai 1995, i.S. S./Verhöramt)

*§ 80 Ziff. 2 StPO; § 15 Abs. 2 Ziff. 2 GOG. – Lehnt das Strafgericht ein Gesuch um Verschiebung einer Verhandlung ab, so steht dagegen weder die Beschwerde wegen Rechtsverweigerung noch die allgemeine Aufsichtsbeschwerde offen.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Die zugerische Strafprozessordnung zählt die Verfügungen und Entscheide, gegen welche das Rechtsmittel der Beschwerde ergriffen werden kann, in § 80 Ziff. 1 bis 10 StPO einzeln auf. Diese Aufzählung ist abgesehen von der allgemeinen Aufsichtsbeschwerde im Sinne von § 15 Abs. 2 Ziff. 2 GOG – abschliessend. Prozessleitende Verfügungen des Strafgerichts werden in § 80 StPO nicht erwähnt und sind somit grundsätzlich bei der Justizkommission nicht anfechtbar.

Zulässig – auch im Verfahren vor Strafgericht – ist hingegen die Beschwerde wegen Verweigerung oder Verzögerung der Rechtspflege oder ungebührlicher Behandlung durch den Richter oder gerichtliche Beamte (§ 80 Ziff. 2 StPO). Es handelt sich dabei um einen Spezialfall der im GOG genannten allgemeinen Aufsichtsbeschwerde, und unter «Verweigerung der Rechtspflege» ist nach konstanter Praxis der Justizkommission die Verweigerung der Anhandnahme oder der Fortführung eines Prozesses, also das Nichttätigwerden gerichtlicher Instanzen zu verstehen. Entscheide gerichtlicher Instanzen können dagegen, selbst wenn sie unter Verletzung von Verfahrensvorschriften oder materiellrechtlicher Bestimmungen gefällt wurden, nicht unter Berufung auf diesen Beschwerdegrund gerügt werden, da die Rechtsverweigerungsbeschwerde des zugerischen Straf- und Zivilprozesses ihrer Natur nach nicht Kassationsbeschwerde, sondern Disziplinarbeschwerde des Bürgers gegen säumige Justizorgane ist. § 80 Ziff. 2 StPO spricht denn auch nicht von Rechtsverweigerung überhaupt, sondern von Verweigerung der Rechtspflege (vgl. ROG 1973/1974, S. 74 mit Hinweisen).

Aufgrund dieser Regelung kann die Weigerung des Strafgerichts, den Verhandlungstermin vom 31. Mai 1996 auf einen späteren Zeitpunkt zu verschieben, entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht als Rechtsverweigerung im Sinne von § 80 Ziff. 2 StPO bezeichnet werden. Der Beschwerdeführer rügt nicht die Untätigkeit des Strafgerichts, sondern macht eine Missachtung gesetzlicher Verfahrensvorschriften als formelle Rechtsverweigerung geltend. Er führt aus, die Verteidigung habe die umfangreichen Gerichtsakten zu spät erhalten, um sich seriös vorbereiten und die notwendigen Instruktionen einholen zu können; durch das Festhalten der Vorinstanz am Verhandlungstermin ergebe sich eine massive Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte. Seine Beschwerde kann sich demnach nicht auf § 80 Ziff. 2 StPO stützen. Da der geltend gemachte Beschwerdegrund auch keine der übrigen in § 80 StPO genannten Voraussetzungen erfüllt, kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

2. Festzuhalten bleibt, dass die Beschwerde vom 10. Mai 1996 auch nicht als allgemeine Aufsichtsbeschwerde im Sinne von § 15 Abs. 2 Ziff. 2 GOG entgegengenommen werden kann. Gegenstand einer solchen Beschwerde können nur Akte der Justizverwaltung sein. Als Rechtsmittel gegen Entscheidungen des Richters bleibt die Aufsichtsbeschwerde hingegen ausgeschlossen (vgl. Hauser/Hauser, Erläuterungen zum GVG des Kantons Zürich, Zürich 1978, S. 469). Zöge man den Anwendungsbereich der Aufsichtsbeschwerde weiter, verstiesse man gegen den Grundsatz, dass die unteren Gerichtsstellen von vorgesetzten Behörden in der Rechtsprechung unabhängig sind und von diesen keine Rechtsbelehrungen anzunehmen haben (§ 50 GOG).

(Justizkommission, 15. Mai 1996, i.S. H./Strafgericht)

*§ 81 Abs. 1 StPO. – Das zur Beschwerdeführung nach dieser Bestimmung vorausgesetzte Interesse muss ein unmittelbares und ein rechtliches sein. Der Gläubiger, dessen Forderungen nicht mehr bezahlt werden, weil die Konten des Schuldners vom Verhöramt gesperrt worden sind, ist zur Beschwerdeführung gegen die verfügte Kontensperre nicht legitimiert, da er lediglich ein tatsächliches Interesse aufweist.*

*Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):*

Die M. AG ist eine im Devisenhandel tätige Gesellschaft, die Geldanlagen von Kunden entgegennimmt und für diese Devisenspekulationsgeschäfte über einen «Broker» oder eine Bank abwickelt. Die C. AG ist für die M. AG als «Broker» tätig. Aufgrund einer Strafklage eröffnete das Verhöramt des Kantons Zug gegen die verantwortlichen Organe der M. AG, darun-

ter A., eine Strafuntersuchung, die im weiteren Verlauf auf die Organe der C. AG ausgedehnt worden ist. Im Laufe der Untersuchung sperrte das Verhöramt die Post- und Bankkonti der C. AG.

In der Folge verlangten A. und die M. AG vom Verhöramt, die bei der C. AG verfügte Kontensperre sei insoweit aufzuheben, dass fällige Auszahlungen an Kunden der M. AG und monatliche Akontozahlungen von Fr. 120 000.- an die M. AG selbst geleistet werden könnten. Das Verhöramt trat auf diesen Antrag nicht ein, da er nicht das Verfahren A./M. AG betreffe. Dagegen liessen A. und die M. AG bei der Justizkommission des Obergerichts Beschwerde führen.

*Aus den Erwägungen:*

1. a) Die Beschwerdeführer machen geltend, sie seien von der gegenüber der C. AG angeordneten Kontensperre sowohl direkt als auch indirekt – und nachhaltig – betroffen: Direkt, indem die Beschwerdeführerin die ihr zustehenden Einnahmen nicht erhalte und ihr daher ihre Lebensader zugekehrt werde, indirekt, indem die Kunden der Beschwerdeführerin ihre Gelder nicht ausbezahlt erhielten, und in der Person des Beschwerdeführers als Hauptaktionär und Geschäftsführer der Beschwerdeführerin, indem ihm das von ihm aufgebaute Geschäft bzw. seine Existenzgrundlage zerstört werde.

b) Nach der Rechtsprechung der Justizkommission muss das gemäss § 81 Abs. 1 StPO zur Beschwerdeführung vorausgesetzte Interesse ein unmittelbares, rechtliches sein; ein lediglich tatsächliches Interesse genügt nicht. Mit Verfügungen vom 10. Juli 1995 sperrte das Verhöramt des Kantons Zug die Konten der C. AG. Da es sich bei den fraglichen Konten unbestrittenemassen um solche der C. AG handelt, ist die Beschwerdeführerin als Vertragspartnerin der C. AG, an die sie Kundengelder weitergeleitet hat, durch die von der Untersuchungsbehörde angeordnete Sperre nur mittelbar betroffen. Ihr Interesse besteht darin, von der C. AG die ihr zustehenden Zahlungen erwirken zu können. Darin liegt aber ein bloss tatsächliches, wirtschaftliches Interesse (vgl. BGE 118 Ia 230, 117 Ia 93, 304; 112 Ia 177 und 110 I 74). Analoges gilt für das vom Beschwerdeführer geltend gemachte Interesse. Dieses besteht nach eigenen Angaben darin, dass er als Hauptaktionär und Geschäftsführer der M. AG verhindern will, dass das von ihm aufgebaute Geschäft bzw. seine Existenzgrundlage zerstört werde. Auch dieses Interesse ist wirtschaftlicher Natur, weshalb auch ihm das Beschwerderecht nicht zusteht. Auf die Beschwerde, mit welcher die Aufhebung der Kontensperre gegenüber der C. AG verlangt wird, kann daher nicht eingetreten werden.

2. Unbehelflich ist auch der Einwand der Beschwerdeführer, das Nichteintreten des Verhorrichters stelle letztlich eine Rechtsverweigerung dar. Auf die Beschwerde wäre wegen des fehlenden rechtlichen Interesses i.S. von

§ 81 Abs. 1 StPO selbst dann nicht einzutreten, wenn das Verhöramt auf die Gesuche der Beschwerdeführer eingetreten wäre und den Antrag abgewiesen hätte. Fehlt das erforderliche rechtliche Interesse, besteht auch kein Raum für die Geltendmachung einer Rechtsverweigerung.

(Justizkommission, 29. Dezember 1995, i.S. M. AG und A. / C. AG)

*§ 82 Abs. 1 StPO. – Wird dem Angeschuldigten die Untersuchungshaft mündlich eröffnet, so hat er eine allfällige Beschwerde dagegen sogleich anzumelden.*

*Aus den Erwägungen:*

1. b) Nach § 82 Abs. 1 StPO ist die Beschwerde binnen zehn Tagen von der schriftlichen Mitteilung an oder, wenn eine solche nicht stattfindet, sofort nach der mündlichen Eröffnung anzumelden und binnen zehn Tagen seit der Anmeldung der Justizkommission schriftlich und im Doppel, unter Beifügung der angefochtenen Verfügung und der darauf bezüglichen Belege einzureichen und zu begründen.

Wie sich dem Einvernahmeprotokoll vom 11. Juni 1995 entnehmen lässt, wurde der Beschwerdeführer vom Verhörer ausdrücklich auf die Beschwerdemöglichkeit im Sinne von § 82 Abs. 1 StPO aufmerksam gemacht, und der Beschwerdeführer hat seinerseits bestätigt, von der vorliegenden mündlichen Hafteröffnung, insbesondere der Rechtsmittelbelehrung, eine Kopie erhalten zu haben. Die Rechtsmittelbelehrung beschränkte sich nicht nur auf den Hinweis, innert zehn Tagen Beschwerde erheben zu können, sondern der Beschwerdeführer nahm zur Kenntnis, dass es sich im Rahmen der Einvernahme um eine mündliche Hafteröffnung handelte und eine allfällige Beschwerde sofort anzumelden war. Dies hat er offensichtlich nicht getan, weshalb auf die nachträgliche Beschwerde vom 14. Juni 1995 nicht eingetreten werden kann. Die sofortige Anmeldung ist Gültigkeitserfordernis (zum gleichlautenden § 210 Abs. 1 ZPO vgl. Heinrich Baumgartner, Die Rechtsmittel des zugerischen Zivilprozessrechts, Diss. Zürich 1949, S. 59). Dieses gesetzliche Gültigkeitserfordernis der sofortigen Anmeldung einer Beschwerde gegen die mündliche Hafteröffnung erscheint gerade im Haftrecht insofern unbedenklich, als der Inhaftierte ohnehin jederzeit beim Verhöramt ein Haftentlassungsgesuch stellen kann; im Falle einer ablehnenden Verfügung steht ihm die Beschwerde an die Justizkommission wiederum offen. In seinem Schreiben vom 14. Juni 1995 verlangt der Beschwerdeführer sinngemäss die Haftentlassung. Kann dieses Schreiben nicht als Beschwerde entgegengenommen werden, so ist es von Amtes wegen an den Verhörer zur Behandlung als Haftentlassungsgesuch weiterzuleiten.

(Justizkommission, 22. Juni 1995, i.S. I./Verhöramt)

*Art. 2 und 8 OHG. – Ob sich eine Person als Opfer im Sinne von Art. 8 OHG am Strafverfahren beteiligen kann, darf nicht vom Vorliegen der objektiven Tatbestandselemente abhängig gemacht werden. Soweit es um die Verfahrensrechte im Strafprozess geht, genügt in der Regel der für die Eröffnung einer Strafuntersuchung erforderliche Anfangsverdacht, um die Opferstellung zu begründen.*

*Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):*

V. starb in der Wohnung ihrer Eltern an einer Opiatvergiftung. M., der den fraglichen Abend zusammen mit der Verstorbenen verbracht hatte, wurde ersteinzänglich von der Anklage der Unterlassung der Nothilfe (Art. 128 StGB) freigesprochen. N., der Vater von V., reichte gegen das Urteil des Strafgerichts Berufung ans Obergericht ein und stützte sich zur Begründung seiner Legitimation auf das Opferhilfegesetz.

*Aus den Erwägungen:*

1. b) Das Opfer kann sich am Strafverfahren beteiligen, und es kann insbesondere seine Zivilansprüche geltend machen sowie den Gerichtsentcheid mit den gleichen Rechtsmitteln anfechten wie der Beschuldigte, wenn es sich bereits vorher am Verfahren beteiligt hat und soweit der Entscheid seine Zivilansprüche betrifft oder sich auf deren Beurteilung auswirken kann (Art. 8 Abs. 1 lit. a und c OHG). Nach Art. 2 Abs. 1 OHG ist Opfer im Sinne dieses Gesetzes jede Person, die durch eine Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist. Der Ehegatte des Opfers, dessen Kinder und Eltern sowie andere Personen, die ihm in ähnlicher Weise nahestehen, werden dem Opfer bei der Geltendmachung von Verfahrensrechten und Zivilansprüchen gleichgestellt, soweit ihnen Zivilansprüche gegenüber dem Täter zustehen (Art. 2 Abs. 2 lit. b OHG).

c) N., der Vater der verstorbenen V., ist durch das Verhalten des Angeklagten nicht unmittelbar beeinträchtigt worden. Als Opfer im Sinne des Opferhilfegesetzes kommt nur die Verstorbene selbst in Frage. Ist diese indes als Opfer zu betrachten, kann der Vater ihr mit Bezug auf die Opferrechte gleichgestellt werden.

Das Opferhilfegesetz verlangt eine unmittelbare Beeinträchtigung durch eine Straftat und stellt damit einzig auf den Erfolg ab, den die strafbare Handlung erzielt. Zum Geltungsbereich wird in der Botschaft u.a. ausgeführt: «Zu den in Frage kommenden Beeinträchtigungen zählen Tötung, Körperverletzung, psychische Schädigung sowie Beeinträchtigungen der Gesundheit». Wie der Bundesrat in seiner vorerwähnten Botschaft ausführte, muss die Straftat nicht unbedingt alle konstitutiven Elemente der Strafbarkeit erfüllen. Nicht erforderlich ist, dass der Täter strafrechtlich verfolgt oder verurteilt worden ist, noch dass er bekannt oder identifiziert ist. Ebenfalls

ohne Bedeutung für die Anwendbarkeit ist es, ob der Täter vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat oder ob er strafrechtlich gesehen ganz oder teilweise zurechnungsunfähig ist. Jedoch wird vorausgesetzt, dass die objektiven Tatbestandselemente einer Straftat vorliegen. Dies kann entweder aus einem Strafurteil hervorgehen oder, wenn ein solches fehlt, von der Entschädigungsbehörde festgestellt werden, welche in diesem Fall selbst die nötigen Abklärungen vorzunehmen hat. Mit der Präzisierung, dass es sich um eine unmittelbare Beeinträchtigung handeln muss, will das Gesetz Beeinträchtigungen ausschliessen, die beispielsweise auf Ehrverletzungsdelikte, Tötlichkeiten, Diebstahl oder Betrug zurückgehen und die lediglich mittelbare Folge der Straftat sind. Es wird die Aufgabe der rechtsanwendenden Behörden sein, von Fall zu Fall zu prüfen, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind. Im Sinne eines Anhaltspunktes kann gesagt werden, dass Gefährdungsdelikte in der Regel aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes ausgeschlossen sein dürften, beinhalten sie doch schon ihrer Definition nach keine unmittelbare Beeinträchtigung eines Rechtsgutes» (Botschaft zum OHG, BB1 1990 II 977).

Mit dem Eintritt des Todes ist eine unmittelbare Beeinträchtigung der körperlichen Integrität gegeben. Beim Unterlassen der Nothilfe im Sinne von Art. 128 StGB handelt es sich um ein echtes Unterlassungsdelikt, bei welchem ein tatbestandsmässiger Erfolg nicht erforderlich ist, sondern abstrakte Gefährdung genügt. Aufgrund des Untersuchungsergebnisses und insbesondere des Gutachtens des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Zürich steht fest, dass V. bei rechtzeitiger Hilfe hätte gerettet werden können. Es blieb daher nicht nur bei der tatbestandsmässigen Gefährdung (Lebensgefahr), sondern V. starb und ist insofern Opfer fehlender Nothilfe. Ob der Angeklagte dafür strafrechtlich wegen Unterlassung verantwortlich gemacht werden kann, hängt von der materiellen Beurteilung ab. Ob sich eine Person als Opfer im Sinne von Art. 8 OHG am Strafverfahren beteiligen kann, darf demgegenüber nicht vom Vorliegen der objektiven Tatbestandselemente abhängig gemacht werden. Wenn daher in der Botschaft ausgeführt wird, es müssten die objektiven Tatbestandsmerkmale vorliegen, kann dies nur in bezug auf die Ansprüche nach Opferhilfegesetz verstanden werden, nicht aber für die dem Opfer zustehenden Rechte im Strafverfahren. Der für die Eröffnung einer Strafuntersuchung erforderliche Anfangsverdacht muss in der Regel genügen, um den Opferbegriff zu bejahen (vgl. dazu Ulrich Weder in ZStrR 1/95, S. 40). Ansonsten würden die Verfahrensrechte illusorisch. Im vorliegenden Fall ist nun die Voraussetzung des Tatverdachts erfüllt, denn unabhängig vom Verfahrensausgang besteht der konkrete Verdacht, dass V. durch die vom Angeklagten unterlassene Gefahrenabwehr in ihrer körperlichen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist; sie ist daher als Opfer im Sinne des Opferhilfegesetzes zu betrachten. Wird ihr die «Opferqualität» im Sinne von Art. 2 Abs. 1 OHG zugestanden, so ist N. als Vater gestützt auf Art. 2 Abs. 2 OHG seiner Tochter gleichzustellen. Eine Beteiligung am Strafverfahren steht ihm daher grundsätzlich zu.

Die zusätzlichen Erfordernisse für die Beteiligung am Rechtsmittelverfahren, nämlich dass sich der Berufungskläger bereits vorher am Verfahren beteiligt hat und dass das Urteil des Strafgerichts sich auf die Beurteilung seiner Zivilansprüche auswirkt (Art. 8 Abs. 1 lit.c OHG), sind offensichtlich gegeben. Mit Schreiben vom 17. Juni 1992 konstituierte sich N. im Untersuchungsverfahren als Privatkläger und machte eine Zivil-/Genugtuungsforderung im Betrage von Fr. 35000.- oder nach richterlichem Ermessen geltend. Da der Angeklagte durch das Strafgericht vom Vorwurf der Unterlassung der Nothilfe freigesprochen wurde und er die Zivilforderung nicht anerkannt hatte, verwies das Strafgericht die Genugtuungsforderung auf den Zivilweg. Der Freispruch in diesem Anklagepunkt hat sich daher auf die Zivilforderung ausgewirkt.

d) N. kann sich auch im Berufungsverfahren hinsichtlich eines strafbaren Verhaltens des Angeklagten im Zusammenhang mit dem Tod von V. und der gestützt darauf geltend gemachten Zivilforderung beteiligen; auf seine Berufung ist daher einzutreten. Inwieweit er sich als Geschädigter auch unabhängig von den Verfahrensrechten nach Opferhilfegesetz beteiligen könnte, kann daher offenbleiben.

(Obergericht, Strafrechtliche Abteilung, 23. Mai 1995, i.S. R.M.)

## B. Verwaltungspraxis

# I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

## 1. Legalitätsprinzip

*Art. 4 BV – Waffenrecht: Gesetzliche Grundlagen für Waffentragerschein*

1. Gemäss § 1 der Verordnung betreffend das Tragen von Schuss- und Stichwaffen vom 20. November 1936 (BGS 514.3) ist das Tragen von Waffen, insbesondere von Schuss- und Stichwaffen (Revolver, Pistolen, Stilette, Dolche, Stellmesser und dgl.), Privatpersonen nur mit schriftlicher Bewilligung der Justiz- und Polizeidirektion erlaubt. Welches die Voraussetzungen für die Erteilung einer Waffentragbewilligung sind, ist in der Verordnung nicht erwähnt. Die Verordnung stützt sich direkt auf § 47 Abs. 1 lit. b der Kantonsverfassung vom 31. Januar 1894 (KV; BGS 111.1). Gemäss dieser Verfassungsbestimmung ist der Regierungsrat mit dem Vollzug der Gesetze, Verordnungen und Beschlüsse und mit der Staatsverwaltung und Rechnungsführung in allen Teilen beauftragt. Dabei kommen ihm insbesondere die Befugnisse und Verpflichtungen zur Vorsorge für die Erhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit zu.

Der Beschwerdeführer macht geltend, im Kanton Zug fehle eine formelle gesetzliche Grundlage für eine Bewilligungspflicht für das Waffentragen. Die Justiz- und Polizeidirektion ihrerseits sieht in der Verordnung über das Tragen von Schuss- und Stichwaffen, die sich auf die Kantonsverfassung stützt, eine genügende gesetzliche Grundlage für die Bewilligungspflicht. Dazu ist folgendes in Erwägung zu ziehen:

a) § 38 Abs. 1 KV bestimmt ausdrücklich, der Kantonsrat übe die gesetzgebende Gewalt aus. Dieser Paragraph steht im 2. Abschnitt «Gesetzgebende und aufsehende Gewalt» des 3. Titels «Öffentliche Gewalten». Die Verfassung enthält keine Bestimmung, wonach es noch andere gesetzgebende Behörden gäbe. Im 3. Abschnitt «Verwaltende und vollziehende Gewalt» des 3. Titels ist geregelt, dass der Regierungsrat mit dem Vollzug der Gesetze, Verordnungen und Beschlüsse und mit der Staatsverwaltung und Rechnungsführung in allen Teilen beauftragt sei (§ 47 Abs. 1 KV). Daraus geht hervor, dass die Kantonsverfassung eine klare Gewaltentrennung vorsieht. Es entspricht sodann gefestigter Rechtsprechung, dass der Regierung im Hinblick auf den Grundsatz der Gewaltentrennung im Prinzip keine selbständige, d.h. unmittelbar aus der Verfassung folgende Rechtsverordnungs-kompetenz zusteht (Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrecht-sprechung, 6. Auflage, Basel 1986, Nr. 10 B 1). Die der Exekutive durch die Verfassung übertragenen Aufgaben hat sie im Rahmen der Gesetzgebung zu erfüllen. Das gilt grundsätzlich auch hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Pflicht der Regierung zur Erhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit. Diese begründet keine allgemeine Polizeiverordnungs-kompetenz. Auf

eine Befugnis des Regierungsrats zum Erlass selbständiger Rechtsverordnungen darf nur geschlossen werden, wenn die Verfassung eine ausdrückliche Ermächtigung zur Rechtsetzung enthält (BGE 97 I 677). Eine solche fehlt aber in der Kantonsverfassung für das im vorliegenden Fall strittige Gebiet.

Vom Grundsatz, dass der Regierung keine selbständige Rechtsverordnungscompetenz zusteht, lässt die Praxis zwei Ausnahmen zu (Imboden/Rhinow, a.a.O., Nr. 10 B II): Einerseits ist anerkannt, dass die Regierung aufgrund ihrer verfassungsrechtlichen Pflicht zum Gesetzesvollzug zum Erlass von Vollziehungsverordnungen befugt ist. Diese Vollziehungsverordnungen – und nur diese – meint § 47 Abs. 1 lit. d KV, wo festgelegt ist, dass der Regierungsrat zum Erlass der notwendigen Verordnungen befugt und verpflichtet sei. Anlässlich der Teilrevision der Kantonsverfassung im Jahre 1940 schlug die Justiz- und Polizeidirektion folgende Formulierung von § 47 Abs. 1 lit. d KV vor: «Der Erlass der für die Verwaltung und Vollziehung notwendigen Verordnungen». Zwischen der 1. und 2. Lesung im Kantonsrat wurde zwar der Satzteil «...für die Verwaltung und Vollziehung...» wieder gestrichen. Die vorgeschlagene Formulierung macht aber deutlich, dass man den Regierungsrat zu keiner Zeit als befugt ansah, neue, in bestehenden Gesetzen nicht geordnete Materien nach Belieben auf dem Verordnungswege rechtsatzmässig zu regeln. Die zweite Ausnahme betrifft das der Regierung aufgrund der polizeilichen Generalklausel zustehende Polizeinotverordnungsrecht. Die Polizeinotverordnung ist aber an folgende Voraussetzungen gebunden: Die öffentliche Ordnung muss gestört oder direkt und unmittelbar durch eine ernsthafte Gefahr bedroht sein. Zudem muss ein Zustand zeitlicher Dringlichkeit vorliegen. Diese Voraussetzungen sind aber nicht gegeben. Dem Beschwerdeführer ist zuzustimmen, wenn er ausführt, dass der Gesetzgeber des Kantons Zug während Jahrzehnten Gelegenheit und Zeit gehabt hätte, die Verordnung der Exekutive aus dem Jahre 1936 auf eine formelle gesetzliche Grundlage zu stellen.

b) Die Justiz- und Polizeidirektion macht geltend, dass nur schwere Eingriffe in Freiheitsrechte auf der Stufe eines Gesetzes im formellen Sinn zu normieren seien, während für weniger schwere Eingriffe eine Verordnung genüge. Die Justiz- und Polizeidirektion übersieht dabei aber, dass die Schwere des Eingriffs in ein Freiheitsrecht lediglich darüber Auskunft gibt, auf welcher Rechtsetzungsstufe ein solcher Eingriff geregelt werden müsste. Sie legt jedoch noch nicht fest, welche Behörde dazu befugt wäre. Gemäss den vorstehenden Ausführungen ist im Kanton Zug nur der Kantonsrat zu Bestimmungen über Rechte und Pflichten Privater befugt. Eine Delegation dieser Befugnis an den Regierungsrat wäre zwar bei leichten Eingriffen in Freiheitsrechte möglich, jedoch nur mit ausdrücklicher Ermächtigung in einem formellen Gesetz. Diese Ermächtigung fehlt aber wie bereits ausgeführt. Ob die Bewilligungspflicht für das Waffentragen ein schwerer oder leichter Eingriff in ein Freiheitsrecht ist, braucht nicht geprüft zu werden. Jedenfalls hat der Regierungsrat mit der Verordnung über das Tragen von

Schuss- und Stichwaffen Bestimmungen über Rechte und Pflichten Privater getroffen, zu denen er gemäss den vorstehenden Ausführungen nicht befugt gewesen wäre.

(RRB, 13. August 1996. Gleichzeitig hob der Regierungsrat die Verordnung betreffend das Tragen von Schuss- und Stichwaffen auf.)

## 2. Politische Rechte

§ 40 WAG; §§ 23 Abs. 1, 28 Abs. 2, 50 VRG; Art. 85 Bst a BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (OG; SR 173.110). – Beschwerde gegen die Urnenabstimmung über die Stadtplanung Zug. – Formelles (E. I.): Beschwerdevoraussetzungen im allgemeinen (E. 1); Fristenlauf (E. 2): Sofortige Rüge von Mängeln bei der Vorbereitung von Wahlen oder Abstimmungen nach der Praxis des Bundesgerichts (a) – Das Erfordernis der unverzüglichen Beschwerdeführung gegen fehlerhafte Vorbereitungshandlungen zu Wahlen oder Abstimmungen gilt auch für das kantonalzugerische Recht (b). – Im vorliegenden Fall erweist sich die Beschwerde als verspätet, weshalb nicht darauf einzutreten ist (c). – Materielles (E. II): Auch bei einer materiellen Prüfung erwies sich die Beschwerde als unbegründet. – Zusammenfassung, Kosten und Parteientschädigungen (E. III). –

### *Aus dem Sachverhalt*

Am 4. Dezember 1994 fand in der Einwohnergemeinde Zug eine Urnenabstimmung über die Stadtplanung statt. Gegenstand der Abstimmung waren eine neue Bauordnung, ein neuer Zonenplan sowie ein neuer Empfindlichkeitsstufenplan. Bereits drei Wochen vorher – am 10./11. November 1994 – waren die Abstimmungserläuterungen an alle Haushaltungen versandt worden. Die im Zeitungsformat gedruckte Vorlage umfasst acht Seiten. Sie enthält verschiedene farbige Fotos, Illustrationen, Grafiken und Pläne. Die Stimmberechtigten hiessen die neue Stadtplanung mit 4 324 JA-Stimmen gegen 3 490 NEIN-Stimmen gut.

Gegen dieses Abstimmungsergebnis erhoben X und Y am 10. Dezember 1994 (Poststempel) Beschwerde beim Regierungsrat mit dem Antrag, das Abstimmungsergebnis vom 4. Dezember 1994 betreffend Zuger Stadtplanung sei aufzuheben.

### *Erwägungen*

1. Gemäss § 40 des Gesetzes über die Wahlen und Abstimmungen vom 23. Januar 1969 (WAG; BGS 131.1) sowie nach § 50 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG; BGS 162.1) kann gegen Urnenwahlen und

-abstimmungen beim Regierungsrat Beschwerde geführt werden. Gemäss § 50 Abs. 2 VRG kommen dabei die Vorschriften über die Verwaltungsbeschwerde sinngemäss zur Anwendung mit – soweit für die Eintretensfrage erheblich – folgenden Abweichungen: Die Beschwerdefrist beträgt acht Tage, und der Fristenlauf beginnt mit dem der Wahl oder Abstimmung folgenden Tag (Ziff. 1). Ausser den in ihrer Rechtsstellung unmittelbar Betroffenen ist jeder Aktivbürger zur Beschwerde befugt (Ziff. 2).

2. Wie bereits vorstehend unter Ziff. 1 ausgeführt, bestimmt § 50 Abs. 2 Ziff. 1 VRG, dass die achttägige Beschwerdefrist mit dem der Wahl oder Abstimmung folgenden Tag zu laufen beginnt. Die Tragweite dieser Vorschrift ist ohne weiteres klar, wenn mit Beschwerde Unregelmässigkeiten gerügt werden, die sich am Abstimmungs- bzw. Wahltag zugetragen haben. Mit der vorliegenden Beschwerde werden indessen nicht Unregelmässigkeiten während des eigentlichen Abstimmungsverfahrens gerügt, sondern angebliche Mängel bei der Abstimmungsvorbereitung. Wie es sich damit in Bezug auf den Fristenlauf verhält, ist im folgenden zu prüfen.

a) Gemäss konstanter Praxis des Bundesgerichts müssen Mängel bei der Vorbereitung von Wahlen oder Abstimmungen «sofort» gerügt werden. Daraus wird geschlossen, dass die Beschwerdefrist nicht erst mit dem auf die Wahl oder Abstimmung folgenden Tag zu laufen beginnt, sondern bereits mit der förmlichen Eröffnung bzw. der Kenntnisnahme des mangelhaften Vorbereitungsaktes. Anfechtungsobjekt ist in diesem Fall nicht die eigentliche Wahl oder Abstimmung, sondern die beanstandete Handlung im Vorfeld des Urnenganges; die Wahl oder Abstimmung erscheint mit andern Worten nur als Vollzugsakt der früheren mangelhaften Anordnung. Ist sofortiges Handeln geboten und zumutbar, verwirkt der Beschwerdeführer sein Recht auf Anfechtung des Wahl- oder Abstimmungsergebnisses, wenn er die Beschwerdeführung im Vorfeld des Urnengangs unterlässt. Diese Rechtsprechung bezweckt, dass – wo immer möglich – allfällige Mängel noch vor der Wahl oder Abstimmung behoben werden können und damit die Wiederholung des Urnengangs vermieden werden kann. Nach Auffassung des Bundesgerichts rechtfertigt sich eine Pflicht zur sofortigen Anfechtung der beanstandeten Vorbereitungshandlung auch deshalb, weil es mit Treu und Glauben nicht vereinbar wäre, wenn ein Beschwerdeführer wegen eines Mangels, den er zunächst widerspruchlos hingenommen hat, hinterher die Wahl oder Abstimmung anfechten könnte, wenn deren Ergebnis seinen Erwartungen nicht entspricht. (Vgl. zum Ganzen: BGE 118 Ia 274 E.d.; Walter Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, zweite Auflage, Bern 1994, S. 354; Christoph Hiller, Die Stimmrechtsbeschwerde, Diss. Zürich 1990, S. 322 ff.; Imboden/Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1986 und 1990, Nr. 79 B IIIId; Karl Spühler, Die Praxis der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1994, S. 65 f.; Stephan Widmer, Wahl- und Abstimmungsfreiheit, Diss. Zürich 1989, S. 46 f.; je mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Praxis).

b) Die vorstehend erläuterte Rechtsprechung des Bundesgerichts bezieht sich auf Stimmrechtsbeschwerden im Sinne von Art. 85 Bst. a des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (OG; SR 173.110). Vorliegend steht jedoch die Beschwerde gegen Urnenwahlen und -abstimmungen nach § 50 VRG in Frage. Es handelt sich dabei um ein kantonales Rechtsmittel, auf welches die obgenannte Rechtsprechung nicht ohne weiteres Anwendung findet. Nach Auffassung des Bundesgerichts sind die Kantone nämlich gestützt auf ihre Organisationsautonomie frei, anderen Erwägungen – wie namentlich einem leicht zugänglichen Rechtsschutz im Bereich der politischen Rechte – einen höheren Stellenwert zuzumessen, als dem Gebot der sofortigen Beschwerdeerhebung (vgl. BGE 118 Ia 275); die Gründe, aus denen die Pflicht zur sofortigen Anfechtung von Vorbereitungshandlungen abgeleitet wird, können jedoch auch für das kantonale Rechtsmittelverfahren Geltung beanspruchen (vgl. BGE 118 Ia 275). Dementsprechend drängt es sich nach Marco Weiss (Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Diss. Zürich 1983, S. 195) auf, die bundesgerichtliche Praxis zur Stimmrechtsbeschwerde nach Art. 85 Bst. a OG auch auf das Beschwerdeverfahren gemäss § 50 VRG anzuwenden; dies insbesondere mit Blick auf den Grundsatz von Treu und Glauben. In Übereinstimmung damit geht auch der Regierungsrat in seiner Rechtsprechung zu § 50 VRG von einer Pflicht zur sofortigen Rüge von Mängeln bei der Vorbereitung von Wahlen und Abstimmungen aus (vgl. GVP 1991/92, S. 282 E. 2; GVP 1989/90, S. 157 f.). Das Erfordernis der unverzüglichen Beschwerdeführung gegen fehlerhafte Vorbereitungshandlungen zu Wahlen oder Abstimmungen gilt somit auch für das kantonalzugerische Recht.

c) Im vorliegenden Fall waren die Abstimmungserläuterungen am 10./11. November 1994 an alle Haushaltungen in der Stadt Zug versandt worden. Die Beschwerdeführer konnten sich somit bereits rund drei Wochen vor der Abstimmung ein Bild über die Aufmachung und den Inhalt der Abstimmungsbroschüre verschaffen. Bereits zu diesem Zeitpunkt hätten sie auch ohne weiteres ihre Rügen, die ausschliesslich die Abstimmungserläuterungen betreffen, vorbringen können. Eine so rechtzeitige Beschwerdeerhebung hätte es ermöglicht, allfällige Mängel der Erläuterungen zu beheben durch zusätzliche Informationen an die Adresse der Stimmberechtigten. Bei dieser Sachlage wäre eine Beschwerdeführung spätestens innert acht Tagen seit dem Erhalt der Abstimmungserläuterungen geboten und zumutbar gewesen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass Gemeinderat Z. im Zusammenhang mit den angefochtenen Abstimmungserläuterungen einen parlamentarischen Vorstoss im Grossen Gemeinderat unternommen hatte. Zum einen waren die von den Beschwerdeführern behaupteten Mängel nur am Rande Gegenstand des Vorstosses, und zum andern handelte es sich dabei um ein politisches Mittel, das eine Beschwerde an den Regierungsrat nicht ersetzen kann. Darüber hinaus ändert der Vorstoss auch nichts an der Tatsache, dass das Zuwarten mit der Beschwerdeerhebung bis nach dem Ab-

stimmungstag als Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben zu beurteilen ist. Unter diesen Umständen erweist sich die vorliegende Beschwerde als verspätet, weshalb die Beschwerdeführer ihr Beschwerderecht verwirkt haben. Auf die Beschwerde ist somit nicht einzutreten.

## II.

Auch bei einer materiellen Prüfung erweise sich die Beschwerde indessen als unbegründet. Inwiefern die Stimmberechtigten durch – wie die Beschwerdeführer sinngemäss behaupten – unwahre bzw. irreführende Angaben in ihrer politischen Willensbildung hätten beeinträchtigt sein sollen, ist nicht ersichtlich. Ebenso wenig kann von einer einseitigen Berichterstattung gesprochen werden.

Eine umfassende Erneuerung der Ortsplanung berührt die Interessen unzähliger Grundeigentümer und Interessengruppierungen. Es liegt auf der Hand, dass im Rahmen der behördlichen Abstimmungserläuterungen darauf – sofern überhaupt – nur sehr summarisch eingetreten werden kann. Schliesslich leuchtet auch ohne weiteres ein, dass für eine Volksabstimmung über ein Planwerk wie das vorliegende eine umfangreiche und aufwendige Informationsarbeit notwendig ist. Aus diesem Blickwinkel erscheint die Abstimmungsbroschüre des Stadtrates keineswegs als übertrieben aufwendig. Es ergeben sich somit auch bei materieller Prüfung keine Anhaltspunkte, welche Grund für eine Beanstandung der Abstimmungserläuterungen bieten würden.

## III.

Zusammenfassend ergibt sich, dass Mängel in der Vorbereitung eines Urnengangs sofort gerügt werden müssen. Dieser Grundsatz gilt auch für das kantonale Recht. Die Beschwerdeführer haben es unterlassen, die ihrer Ansicht nach mangelhaften Abstimmungserläuterungen unmittelbar nach der Zustellung an die Stimmberechtigten zu beanstanden. Damit haben sie ihr Beschwerderecht verwirkt. Auf die erst nach dem Abstimmungstag erhobene Beschwerde ist unter diesen Umständen nicht einzutreten. Abgesehen davon erweise sich die Beschwerde auch bei materieller Prüfung als unbegründet. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Beschwerdeführer die Kosten zu tragen (vgl. § 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG). Die Zusprechung einer Parteientschädigung fällt ausser Betracht; an die Einwohnergemeinde Zug deshalb, weil sie in Ausübung ihrer obrigkeitlichen Funktion und nicht als Partei mit gegensätzlichen Interessen am Verfahren beteiligt ist (vgl. § 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG; GVP 1981/82, S. 114), und an die Beschwerdeführer deshalb, weil sie im vorliegenden Verfahren vollumfänglich unterlegen sind (vgl. § 28 Abs. 2 VRG e contrario).

(RRB, 25. April 1995)

### 3. Ausländerrecht

*Art. 4 ANAG – Verweigerung der Saisonbewilligung unter gleichzeitiger Gewährung der Aufenthaltsbewilligung im Rahmen der Aktion Bosnien-Herzegowina*

*Aus dem Sachverhalt:*

Ein bosnischer Staatsangehöriger hielt sich in den Jahren 1991 bis 1993 als Saisonnier in der Schweiz auf. Wegen Fälschung von Ausweisen und Fahrens in angetrunkenem Zustand wurde er rechtskräftig verurteilt und bestraft. Daraufhin verweigerte ihm die Fremdenpolizei für 1994 eine Saisonbewilligung, gewährte ihm jedoch gleichzeitig eine Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung L im Rahmen der Aktion Bosnien-Herzegowina bis Ende April 1995.

*Aus den Erwägungen:*

1. Gemäss Art. 4 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (ANAG, SR 142.20) entscheidet die zuständige Behörde im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Verträge mit dem Ausland nach freiem Ermessen über die Bewilligung von Aufenthalt und Niederlassung. Ein Anspruch auf Erteilung einer Saisonbewilligung besteht nicht (BGE 109 Ib 179; 100 Ib 228; 97 I 533). Ob sie erteilt wird oder nicht, entscheidet die zuständige Behörde in Ausübung pflichtgemässen Ermessens. Dies bedingt, dass beim Entscheid die aus Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung sich ergebenden Kriterien sowie die allgemeinen Rechtsgrundsätze, wie namentlich das Willkürverbot, das Verbot der rechtsungleichen Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben sowie das Gebot der Verhältnismässigkeit von Verwaltungsakten berücksichtigt werden (Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, 6. Aufl., Nr. 67 B I, sowie BGE 104 Ia 212 E g). Bei der Beurteilung von Bewilligungsgesuchen sind die geistigen und wirtschaftlichen Interessen des Landes, der Grad der Überfremdung und die Lage des Arbeitsmarktes zu berücksichtigen (Art. 16 Abs. 1 ANAG und Art. 8 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung zum ANAG vom 1. März 1949, SR 142.201).

Die Fremdenpolizei hat in ihren beiden Stellungnahmen richtig ausgeführt, dass sich die Frage nach der Bewilligungsverlängerung wesentlich nach der Art der in Frage stehenden Bewilligung richte. Dazu ist folgendes zu bemerken:

Der Beschwerdeführer hatte in den Jahren 1991 bis 1993 eine Saisonbewilligung. Dieses Anwesenheitsverhältnis indiziert eine weit weniger gefestigte Integration in unserem Land als der Status eines Jahresaufenthalters oder gar eines Niedergelassenen. Von den Erlöschens- und Widerrufsgründen gemäss Art. 9 Abs. 3 und 4 ANAG abgesehen kann Niedergelassenen das Anwesenheitsrecht nur beim Vorliegen eines Ausweisungsgrundes (Art.

10 Abs. 1 ANAG) entzogen werden. Umfassendere Entfernungsgründe treffen den Jahresaufenthalter, der nur über eine auf ein Jahr befristete Bewilligung verfügt. Diese schliesst keinen Anspruch auf Verlängerung ein. Und noch einmal geringere Anforderungen bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit werden bei einem Saisonnier gestellt, der jeweils lediglich eine Bewilligung für die Dauer von neun Monaten besitzt.

2. Der Beschwerdeführer wurde wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand zu 30 Tagen Gefängnis und einer Busse von Fr. 700.- und wegen Fälschung von Ausweisen zu 20 Tagen Gefängnis rechtskräftig verurteilt. ...

Der Beschwerdeführer wird zwar von seinem Arbeitgeber als zuverlässiger und verantwortungsvoller Mitarbeiter bezeichnet, der sehr gute Leistungen erbringe. Dies soll nicht in Abrede gestellt werden. Die Qualifikation am Arbeitsplatz sagt indes nur wenig aus über die Integration des Betroffenen in der Schweiz. Der Aufenthalt des Beschwerdeführers in der Schweiz dauert gesamthaft lediglich rund viereinhalb Jahre. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Aufenthalt nicht in einem Stück erfolgte, sondern im Verlaufe von fast neun Jahren jeweils jährlich nur während Monaten. Bei einer solchen Aufenthaltsdauer kann in der Regel nicht von einer genügenden Integration in die hiesigen Verhältnisse gesprochen werden. Mit seinen Straftaten hat der Beschwerdeführer denn auch gezeigt, dass er Mühe hat, die in der Schweiz geltenden Bestimmungen zu befolgen. Eine Gesamtwürdigung des vorliegenden Falles ergibt, dass hier die privaten Interessen an einer erneuten Saisonbewilligung vor dem öffentlichen Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers von der Schweiz zurückzutreten haben.

3. Keinen Widerspruch stellt die Tatsache dar, dass dem Beschwerdeführer – trotz der Verweigerung der Saisonbewilligung – der Aufenthalt im Rahmen der Aktion «Bosnien-Herzegowina» bewilligt wurde. Gemäss den gemeinsamen Weisungen des Bundesamtes für Ausländerfragen (BFA), des Bundesamtes für Flüchtlinge (BFF) sowie des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit (BIGA) vom 16. September 1992 kann Angehörigen aus dem ehemaligen Jugoslawien, die ihren gegenwärtigen oder letzten Wohnsitz in Bosnien hatten, eine besondere Aufenthaltsbewilligung erteilt werden. Diese Regelung gilt auch heute noch. Die mit dem entsprechenden Kreisschreiben gewährten Erleichterungen und Wohltaten finden jedoch gemäss Ziff. 1.4 keine Anwendung bei Personen, welche «die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden oder in schwerwiegender Weise verletzt haben» (sogenannte Vorbehaltsklausel).

Der Regierungsrat hat in einem früheren Beschwerdeverfahren erklärt (RRB vom 26. April 1993), dass eine Bewilligung im Rahmen der Aktion «Bosnien-Herzegowina» nur dann verweigert werde, wenn dem Gesuchsteller schwerwiegende Vergehen gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung zur Last zu legen sei. Damit ist zum Ausdruck gebracht, dass bei der Aufent-

haltsregelung im Rahmen der Aktion «Bosnien-Herzegowina» ein anderer Massstab anzulegen ist als bei der Erneuerung einer Saisonbewilligung. Mit anderen Worten: Einem Gesuchsteller kann eine erneute Saisonbewilligung verweigert werden unabhängig von der gleichzeitigen Aufenthaltsbewilligung im Rahmen der Aktion «Bosnien-Herzegowina». Dies ist aufgrund der unterschiedlichen Gewichtung der beiden Bewilligungen nicht widersprüchlich.

4. Zusammenfassend ist die Verfügung der Fremdenpolizei vom 15. Juni 1994 nicht zu beanstanden. Die dagegen eingereichte Beschwerde erweist sich als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist .

(RRB, 21. März 1995)

*Art. 39 Abs. 1 Bst. a BVO: Für die Bewilligung des Familiennachzugs ist insbesondere erforderlich, dass Aufenthalt und Erwerbstätigkeit der ausländischen Gesuchstellenden als gefestigt erscheinen.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Der serbische Staatsangehörige X. hielt sich seit 1987 in der Schweiz auf und zwar bis Ende 1992 als Saisonnier, seither mit einer Aufenthaltsbewilligung B. X. ist verheiratet und Vater von drei Kindern. Seine Familie lebt in Bosnien-Herzegowina. Wegen Benützung eines gefälschten Führerausweises im Sinne von Art. 252 Ziff. 1 StGB und des wiederholten Lenkens von von Motorfahrzeugen ohne den erforderlichen Führerausweis im Sinne von Art. 10 Abs 2 SVG ist X. mit zehn Tagen Gefängnis und einer Busse von 400 Franken bestraft worden. Die Freiheitsstrafe wurde aufgeschoben unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren. Der Strafbefehl ist in Rechtskraft erwachsen. Daraufhin verwarnte die Fremdenpolizei X. und drohte ihm den Widerruf der Aufenthaltsbewilligung und die Wegweisung aus dem Kanton Zug und aus der Schweiz an, falls er erneut straffällig werden oder anderweitig zu berechtigten Klagen Anlass geben sollte. Diese Verfügung ist rechtskräftig geworden. Wenig später lehnte die Fremdenpolizei das Gesuch um Familiennachzug ab.

*Aus den Erwägungen:*

2. Umstritten ist im vorliegenden Fall, ob dem Beschwerdeführer wegen seiner Verurteilung und Bestrafung der Familiennachzug vorläufig verweigert werden dürfe, oder ob in Berücksichtigung aller Umstände trotz der laufenden Probezeit die Voraussetzungen für den Familiennachzug erfüllt sind. Zweck des Familiennachzugs ist nämlich, das familiäre Zusammenleben zu ermöglichen (BGE 118 Ib 159).

Die Fremdenpolizei geht davon aus, für einen Nachzug seien die Voraussetzungen gemäss Art. 38 ff. der Verordnung über die Begrenzung der Zahl

der Ausländer vom 6. Oktober 1986 (BVO; SR 823.21) nicht erfüllt. Danach ist für die Bewilligung des Familiennachzugs insbesondere erforderlich, dass Aufenthalt und gegebenenfalls Erwerbstätigkeit der ausländischen Gesuchstellenden als gefestigt erscheinen (Art. 39 Abs. 1 Bst. a BVO), die Familie zusammen wohnen wird und eine angemessene Wohnung hat (Art. 39 Abs. 1 Bst. b in Verbindung mit Abs. 2 BVO), die ausländischen Gesuchstellenden genügend finanzielle Mittel für den Unterhalt der Familie haben (Art. 39 Abs. 1 Bst. c BVO) und die Betreuung der Kinder, die noch der elterlichen Obhut bedürfen, gesichert ist (Art. 39 Abs. 1 Bst. d BVO). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ gegeben sein. Vorliegend stellt sich die Fremdenpolizei auf den Standpunkt, während der Probezeit könne ein Aufenthaltsverhältnis nach rechtskräftiger Verwarnung bzw. Androhung von Massnahmen als nicht gefestigt betrachtet werden. Dazu komme, dass hinter die Wohnsituation des Beschwerdeführers Fragezeichen zu setzen seien.

2.1 Ob der Aufenthalt des Beschwerdeführers angesichts der rechtskräftigen strafrechtlichen Verurteilung und der ebenfalls rechtskräftigen fremdenpolizeilichen Verwarnung während der vom Polizeirichter angeordneten Probezeit nicht als gefestigt im Sinne von Art. 39 Abs. 1 Bst. a BVO erscheint, ist unter anderem auch anhand des rechtlichen Status' der Betroffenen zu beurteilen. Stehen nämlich fremdenpolizeiliche Bewilligungen in Frage, sind bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit von Massnahmen unterschiedliche Massstäbe anzusetzen, denn das öffentliche Interesse an der Verweigerung einer Bewilligung oder gar an einer Ausweisung der Betroffenen ist nicht in jedem Fall gleich zu gewichten. Während beispielsweise die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung gegenüber einem ausländischen Ehegatten eines Schweizer Bürgers oder gegenüber einem niedergelassenen Ausländer nur in krassen Fällen durch das öffentliche Interesse gedeckt ist, sind die Voraussetzungen zur Verweigerung einer Jahresaufenthaltsbewilligung weniger streng. Am geringsten sind die Voraussetzungen für die Verweigerung der Anwesenheitsberechtigung gegenüber Saisonniers.

2.2 Der Polizeirichter hat den Beschwerdeführer wegen des Gebrauchs eines gefälschten Führerausweises im Sinne von Art. 252 Ziff. 1 StGB und wegen wiederholten Lenkens von Motorfahrzeugen ohne Führerausweis im Sinne von Art. 10 Abs. 2 SVG schuldig erklärt und bestraft. Diese Tatsache ist unbestritten. Der Beschwerdeführer vertritt jedoch die Auffassung, entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit müsse bei der Beurteilung seines Familiennachzugsgesuchs das gesamte Umfeld, im dem er lebe, in Betracht gezogen werden, also auch der Umstand, dass er vorbildlich arbeite und sich hier ausgezeichnet integriert habe. Dazu ist folgendes zu sagen:

(...)

2.3 Gemäss Art. 252 Ziff. 1 StGB wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft, wer in der Absicht, sich oder einem anderen das Fortkommen zu er-

leichtern, von einem Dritten gefälschte oder verfälschte Ausweisschriften, Zeugnisse oder Bescheinigungen zur Täuschung gebraucht.

Mit dem gefälschten Führerausweis wollte der Beschwerdeführer vorliegend seine persönliche Lage verbessern. Er war auch, wie er für einen Fall selbst zugibt, bereit, den Führerausweis vorzuweisen, falls er von den Kontrollorganen dazu aufgefordert werden sollte. Der Beschwerdeführer hat den gefälschten Führerausweis somit nicht nur verwendet, sondern dies getan, um andere zu täuschen. Gleich ist auch sein Versuch zu werten, den gefälschten Führerausweis gegen einen schweizerischen umzutauschen.

Der Polizeirichter qualifizierte dieses Verhalten des Beschwerdeführers insofern als strafrechtlich erheblich, als er es nicht bloss bei einer Busse bewenden liess, sondern zusätzlich zur Busse von Fr. 400.- noch eine zehntägige Freiheitsstrafe verhängte. Dass diese Freiheitsstrafe aufgeschoben wurde unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren, ändert an der Beurteilung des Falles nichts.

Der Würdigung der Tat durch den Strafrichter folgend verwarnte die Fremdenpolizei den Beschwerdeführer am 11. April 1994; sie drohte ihm den Widerruf der Aufenthaltsbewilligung und die Wegweisung aus dem Kanton Zug und der Schweiz an, falls er erneut straffällig werden bzw. anderweitig zu berechtigten Klagen Anlass geben sollte. Diese Verfügung ist rechtskräftig geworden. Als Folge der Verurteilung durch den Polizeirichter verweigerte die Fremdenpolizei dem Beschwerdeführer am 7. Oktober 1994 den Familiennachzug, allerdings nicht ein für allemal, sondern lediglich bis nach Ablauf der Probezeit von zwei Jahren, somit also bis Ende Januar 1996.

2.4 Dem Beschwerdeführer ist zwar zuzugestehen, dass seine Erwerbstätigkeit gefestigt ist. In erster Linie muss aber sein Aufenthalt gefestigt erscheinen. Dies ist nicht der Fall. Erstens ist das Anwesenheitsrecht des Beschwerdeführers in der Schweiz nicht ein für allemal gesichert, denn seine Aufenthaltsbewilligung endet am 10. September 1995. Sie ist also befristet; ein Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung besteht nicht automatisch. Zweitens ist diese Aufenthaltsbewilligung durch die von der Fremdenpolizei am 11. April 1994 ausgesprochene und rechtskräftig gewordene Androhung der Ausweisung geschwächt. Insgesamt kann deshalb nicht von einem gefestigten Aufenthalt des Beschwerdeführers in der Schweiz gesprochen werden. Im Falle einer erneuten Straffälligkeit oder bei anderweitigem Anlass zu berechtigten Klagen würde nämlich die Wegweisung des Beschwerdeführers vollzogen. Aufgrund dieser Ausgangslage ist dem Beschwerdeführer deshalb der Nachweis seines Wohlverhaltens bis zum Ablauf der Probezeit durchaus zuzumuten. Unter diesem Gesichtspunkt erweist sich die vorübergehende Verweigerung des Familiennachzugs als verhältnismässig.

3. Aufgrund dieser Ausführungen fehlt vorliegend die Voraussetzung des gefestigten Aufenthalts im Sinne von Art. 39 Abs. 1 Bst. a BVO. Ob die anderen in Art. 39 BVO genannten Voraussetzungen, an welche die Bewilligung des Familiennachzugs geknüpft sind, vorhanden sind oder nicht, braucht hier nicht weiter abgeklärt zu werden, denn die in dieser Bestimmung der Begrenzungsverordnung aufgelisteten Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein, um den Familiennachzug zu bewilligen. Auf den vorliegenden Fall bezogen heisst dies nichts anderes, als dass gegenwärtig nicht zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer namentlich über eine angemessene Wohnung für sich und seine Familie verfügt. Es wird Sache der Fremdenpolizei sein, diese Frage bei einem allfällig nach Ablauf der Probezeit einzureichenden Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung des Familiennachzugs abzuklären. Vorderhand kann diese Frage – wie auch jene seines Einkommens zur Sicherung des Familienunterhalts – jedoch offen bleiben.

(RRB 13. Juni 1995)

#### **4. Staatspersonal**

*§ 10 Abs. 3 PVO und §§ 39 in Verb. mit 40 Abs. 2 VRG: Gegen die Zuweisung anderer Arbeit kann Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat erhoben werden.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Aufgrund von Beanstandungen aus der Bevölkerung über das dienstliche Verhalten wurde dem beim Kanton angestellten X. durch den Amtsleiter eine andere Arbeit an einem anderen Arbeitsort zugewiesen. Dagegen beschwerte sich X. beim zuständigen Direktionsvorsteher und beim Regierungsrat.

*Aus den Erwägungen:*

(...)

## II.

Gemäss § 10 Abs. 3 der Personalverordnung vom 12. Dezember 1994 (PVO; BGS 154.211) kann unter anderem gegen die Zuweisung anderer Arbeit kein förmliches Rechtsmittel ergriffen werden.

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

Als Entscheide gelten gemäss § 4 VRG Anordnungen und Feststellungen ... von Verwaltungsbehörden mit hoheitlicher Wirkung. Darunter sind im Sinne dieser Vorschrift verwaltungsbehördliche Massnahmen zu verstehen, durch die ein konkreter Einzelfall mit unmittelbarer und verbindlicher Wirkung geregelt wird (vgl. Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Zürich 1983, S. 116). Bei der hier in Frage stehenden Zuweisung einer anderen Arbeit durch das Amt handelt es sich fraglos um einen Entscheid im Sinne von § 4 VRG.

Zu prüfen ist die Frage, ob eine Bestimmung auf Vollziehungsverordnungsstufe als besondere Vorschrift im Sinne von § 40 Abs. 1 VRG gelten kann, die ein Rechtsmittel verbindlich auszuschliessen vermag. Diese Frage muss verneint werden. In § 73 des Personalgesetzes vom 1. September 1994 (PG; BGS 154.21) wird der Regierungsrat lediglich zum Gesetzesvollzug und zum Erlass einer Vollziehungsverordnung ermächtigt. Der Auftrag an den Regierungsrat zum Gesetzesvollzug und zum Erlass der entsprechenden Vollziehungsverordnung umfasst selbstverständlich nicht die Kompetenz zur Einschränkung oder gar zum Ausschluss von Rechtsmitteln gegen Verwaltungsentscheide. Für einen derart entschiedenen Eingriff in die elementaren Rechte eines durch eine Verfügung Beschweren auf Überprüfung dieses Entscheids bedarf es vielmehr eines Gesetzes im formellen Sinn. Eine Bestimmung auf Verordnungsstufe genügt als Rechtsgrundlage nicht.

Deshalb sind die Eingaben des Beschwerdeführers (...) als förmliche Verwaltungsbeschwerden im Sinne der §§ 39 ff VRG zu behandeln.

(...)

### III.

1. Eine Verwaltungsbeschwerde ist gemäss § 39 VRG die förmliche, an eine Frist gebundene Anfechtung von Entscheiden unterer Verwaltungsbehörden bei der oberen Verwaltungsbehörde. Paragraph 40 Abs. 2 VRG konkretisiert diese Zuständigkeitsregelung dahingehend, dass obere Verwaltungsbehörde im Sinne von § 39 VRG auf der Ebene des kantonalen Rechts ausschliesslich der Regierungsrat ist. Verwaltungsbeschwerden gegen Entscheide unterer Behörden können demnach nicht an vorgesetzte Direktionen weitergezogen werden, sondern – gleich wie Direktionsverfügungen (mit Ausnahme von § 61 Abs. 1 Ziff. 1 VRG) – nur an den Regierungsrat. Die Direktionen sind in keinem Fall zur Behandlung von Verwaltungsbeschwerden zuständig. Demzufolge hat der Regierungsrat als Beschwerdeinstanz die angefochtenen Verfügungen (...) zu überprüfen und in der Sache neu zu entscheiden (§ 39 VRG).

(...)

2. Gemäss § 43 Abs. 1 VRG beträgt die Frist zur Verwaltungsbeschwerde 20 Tage. § 7 Abs. 2 bestimmt, dass für die Einhaltung der Frist der Zeitpunkt der Einreichung bei der unzuständigen Behörde massgebend ist. Vorliegend ist aber entscheidend, dass den angefochtenen Verfügungen (...) eine Rechtsmittelbelehrung fehlt bzw. gestützt auf § 10 Abs. 3 PVO ein förmliches Rechtsmittel zu Unrecht (s. Ziff. II vorstehend) ausdrücklich versagt wurde. Fehlende Rechtsmittelbelehrungen können keine Rechtsmittelfrist auslösen, weshalb vorliegend die Beschwerdefristen bei sämtlichen Eingaben des Beschwerdeführers gar nicht zu laufen begannen.

(RRB, 23. Dezember 1996)

## 5. Gemeinden

*§ 12 Abs. 2 GG; §§ 2 Abs.1 Ziff.1, 4, 5, 24 Abs. 2, 28 Abs. 2 e contrario, 40 Abs. 1 und 2, 41 Abs. 1, 43 Abs. 1.VRG – Akteneinsicht in Gemeinderatsprotokolle. – Eintreten (E. 1): Entscheid als Anfechtungsobjekt (E.1a); Gemeinderat als Verwaltungsbehörde (E 1b); Legitimation und aktuelles Interesse (E. 2a); Absehen vom Erfordernis des aktuellen praktischen Anfechtungsinteresses (E. 2b); Frist- und Formvorschriften (E. 3). – Materielles (E. II): Voraussetzungen des Akteneinsichtsrechts (E. 1); Unterschied zwischen Protokollen und Akten (E. 2); Berechtigtes Interesse (E. 3); Verhältnis zum Kollegialitätsprinzip (E. 4); Zusammenfassung (E. 5); Kosten (E. 6)*

### *Sachverhalt:*

A. Am 28. Februar 1995 haben A., B., C., D. und E. sowie 84 Mitunterzeichnerinnen und Mitunterzeichner der Einwohnergemeindeversammlung eine Motion eingereicht betreffend Umzonung der GBP Nr. 710, im Erli, Steinhausen, und Abgabe des Grundstücks an einen gemeinnützigen Bauträger im Baurecht. Der namens der Wohnbaugenossenschaft Steinhausen (im folgenden als «WBG» bezeichnet) eingereichte Vorstoss wurde an der Gemeindeversammlung vom 29. Juni 1995 auf Antrag des Gemeinderates nicht erheblich erklärt.

B. Bereits im Verlauf des Monats Mai 1995 hatte C., Motionär und Vorstandsmitglied der WBG, Kenntnis davon erhalten, dass der Gemeindeversammlung die Nichterheblicherklärung der Motion beantragt werden soll. C. wollte in der Folge wissen, wie der ablehnende Antrag des Gemeinderates zustande gekommen war. Zu diesem Zweck begehrte er Einsicht in die entsprechenden Protokolle des Gemeinderates. Dieses Begehren wurde zuerst am 23. Mai 1995 vom Gemeindeschreiber mündlich und sodann durch den Gemeinderat mit anfechtbarer Verfügung vom 30. Mai 1995 abgewiesen. Als Begründung für den ablehnenden Entscheid führte der Gemeinderat aus,

die gewünschte Akteneinsicht betreffe ein noch unerledigtes Geschäft. Einsicht in die fraglichen Protokolle könne deshalb erst nach Durchführung der Einwohnergemeindeversammlung vom 29. Juni 1995 gewährt werden.

C. Gegen diesen Entscheid erhob C., im folgenden «Beschwerdeführer» genannt, am 16. Juni 1995 Beschwerde beim Regierungsrat sinngemäss mit den Anträgen, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass ihm der Gemeinderat Steinhausen die Einsicht in die Ratsprotokolle zu Unrecht verweigert habe.

Zur Begründung bringt der Beschwerdeführer im wesentlichen folgendes vor: Er habe sich anlässlich der Vorsprache beim Gemeindeschreiber auf § 12 Abs. 2 des Gemeindegesetzes berufen und sein berechtigtes Interesse durch die Tatsache umschrieben, dass er als Vorstandsmitglied der WBG auch im Auftrag des Vorstandes handle und er zu den Erstunterzeichnern der Motion gehöre. Das Ziel der Einsichtnahme habe darin bestanden, die Mitglieder der WBG anlässlich der Generalversammlung vom Mittwoch, 31. Mai 1995, über die Argumentationslage des Gemeinderates zu informieren und diesbezüglich die Marschrichtung für die Gemeindeversammlung vorzubereiten. Sein Anspruch auf Akteneinsicht ergebe sich aufgrund seiner politischen Rechte als Bürger, da diese postulierte Einsicht Voraussetzung dafür gewesen wäre, an besagter Generalversammlung der Wohnbaugenossenschaft gemeinsam mit den anwesenden Mitgliedern die argumentative Grundlage für die Gemeindeversammlung optimal abzuklären und vorzubereiten. Der Gemeindeschreiber habe auftrags des Gemeinderates die Einsichtnahme mit der Begründung verweigert, das Geschäft müsse zuerst erledigt sein; das heisse, erst nach der Gemeindeversammlung sei eine Einsicht möglich. Basis dieser Verweigerung sei nach Meinung des Gemeinderates die Gesetzesformulierung «... Akten erledigter Geschäfte stehen den Stimmberechtigten zur Einsicht offen...». Mit Schreiben vom 24. Mai 1995 habe er (der Beschwerdeführer) auf einer Wiedererwägung bestanden und moniert, das Wort «erledigt» beziehe sich im Gesetzestext auf Akten und nicht auf Protokolle der Gemeindebehörden. Der Gesetzestext unterscheide ausdrücklich zwischen Akten einerseits und Protokollen andererseits. Die Argumentation des Gemeinderates basiere auf einer unrichtigen grammatikalischen Auslegung des Gesetzestextes. Im weiteren dürfe zu Diskussionen Anlass geben, welches der beiden konkurrierenden Interessen – auf der einen Seite das Interesse des Beschwerdeführers an der rechtzeitigen Information zur Ausübung eines demokratischen Rechts und auf der andern Seite das Geheimhaltungsinteresse des Gemeinderates – schwerer gewichtet werde. Das Gemeindegesetz regle in § 12 ausdrücklich das Akteneinsichtsrecht. Seine Begründung erachte er als genügend, um glaubhaft ein berechtigtes Interesse anzumelden. In casu würden auch keine persönlichen Interessen Dritter verletzt. Es dürfe angenommen werden, dass diese Protokolle weder als vertraulich noch als geheim klassiert worden seien. Die Diskussionen des Gemeinderates zur Motion, festgehalten in den Protokollen, hätten

schlussendlich zur Abfassung der Begründung und des Antrages des Gemeinderates an die Gemeindeversammlung geführt. Die Begründung für diesen Antrag sei für die Öffentlichkeit bestimmt und erreiche jede Haushaltung in der Gemeinde. Das Beharren auf Geheimhaltung zum Zeitpunkt, da das Begleitheft für die Gemeindeversammlung bereits in Druck gewesen sei, sei also nicht nachvollziehbar. Abschliessend räumt der Beschwerdeführer ein, dass der Beschwerdeentscheid im vorliegenden Fall keine Wirkung mehr entfalte. Trotzdem sei er an einer Überprüfung der Sachlage interessiert, da das regierungsrätliche Urteil Richtliniencharakter in ähnlich gelagerten Fällen erhalten werde.

D. Mit Vernehmlassung vom 18. Juli 1995 beantragte der Gemeinderat Steinhausen, die Beschwerde sei abzuweisen.

Zur Begründung wird im wesentlichen folgendes ausgeführt: Den Argumentationen des Beschwerdeführers könne sich der Gemeinderat absolut nicht anschliessen. Wie § 12 des Gemeindegesetzes aussage, stünden Protokolle der Gemeindebehörden und der Kommissionen sowie die Akten unerledigter (recte erledigter) Geschäfte den Stimmberechtigten zur Einsicht offen, wenn diese ein berechtigtes Interesse glaubhaft machen könnten und die Einsicht keine persönlichen Interessen Dritter verletze. Ausgenommen seien Protokolle oder Akten, die vertraulich oder geheim seien. Der Gemeinderat sei der Auffassung, dass der Beschwerdeführer § 12 des Gemeindegesetzes falsch interpretiere. Protokolle zu einem pendenten Geschäft bildeten nach gemeinderätlicher Auffassung ebenfalls Bestandteil dieser Akten. Paragraph 12 des Gemeindegesetzes unterscheide nicht explizit zwischen den Begriffen Akten und Protokollen. Beide Begriffe bildeten insgesamt das Aktendossier. C. sei es bei der beantragten Akteneinsicht darum gegangen, zu erfahren, welche konkreten Voten die einzelnen Gemeinderäte an den Sitzungen vom 6. März 1995 und 10. April 1995 abgegeben hätten. C. habe nach Meinung des Gemeinderates beabsichtigt, die verschiedenen protokollierten, persönlichen Stellungnahmen der einzelnen Ratsmitglieder der Gemeindeversammlung vom 29. Juni 1995 bekanntzugeben, bzw. zu zitieren. Da der Gemeinderat sich als Kollegialbehörde betrachte, erachte er diese Akteneinsicht als absolut nicht gegeben, zumal die Begründungen des Gesamtgemeinderates dem Beschwerdeführer zum Zeitpunkt der Einreichung dieser Beschwerde bereits bekannt gewesen seien. Der Gemeinderat sei auch der Auffassung, dass es unmöglich wäre, frei und offen über ein Gemeindeversammlungsgeschäft im Rat zu beraten und zu argumentieren, wenn vor der Gemeindeversammlung die Detailberatung und die einzelnen Voten der verschiedenen Gemeinderäte zur Einsicht für jeden Interessierten frei wären. Dem Stimmbürger und der Stimmbürgerin sollte die Stellungnahme des Gemeinderates zu einem Gemeindeversammlungsgeschäft mindestens bis nach der Durchführung dieser Versammlung genügen. Für C. habe das Ziel der Einsichtnahme nach seinen Aussagen darin bestanden, die Generalversammlung der WBG am 31. Mai 1995 zu informieren und dann auf-

grund der Argumentationslage des Gemeinderates die Marschrichtung durch den Vorstand der WBG für die Gemeindeversammlung vorzubereiten. Der Gemeinderat erachte diese Darstellung als eher unglaubwürdig. C. wisse genau, dass die Gemeindeversammlungsvorlage jeweils 14 Tage vor der Gemeindeversammlung im Besitz aller Einwohnerinnen und Einwohner sei. Mit seiner Erfahrung hätte C. als Vorstandsmitglied der WBG die Generalversammlung entsprechend terminlich ansetzen können, so dass jedes Mitglied im Besitz der Vorlage gewesen wäre und die Argumentation des Gemeinderates gekannt hätte. Die Motion sei nämlich bereits am 28. Februar 1995 eingereicht worden, und eine weitsichtige Terminierung durch den Vorstand der WBG hätte möglich sein sollen. Da die Motion bereits am 28. Februar 1995 eingegangen sei, sei auch klar gewesen, dass sie gestützt auf § 80 des Gemeindegesetzes an der nächsten Gemeindeversammlung, d.h. am 29. Juni 1995 zu behandeln sei. Im weitern sei eine Vertretung des Vorstandes der WBG vor der Generalversammlung mündlich darüber informiert worden, dass der Gemeinderat die Nichterheblicherklärung beantragen werde. Bei dieser Unterredung seien den Vertretern der WBG auch die wesentlichsten Argumente für diesen Entscheid eröffnet worden. Mit der Zustellung der Vorlage an alle Haushaltungen Mitte Juni 1995 habe der Vorstand zweifellos auch genügend Zeit gehabt, sich optimal für die Gemeindeversammlung vorbereiten zu können. Es sei nicht daran zu zweifeln, dass der auch auf kantonaler Ebene politisch äusserst engagierte Beschwerdeführer die verschiedenen Äusserungen der einzelnen Gemeinderäte primär für politische Zwecke habe verwenden wollen. Dies sei jedoch weder Sinn und Zweck einer Akteneinsicht und komme gleichzeitig einem Missbrauch von § 12 des Gemeindegesetzes gleich.

E. Im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels hielten die Parteien an ihren Begehren und im wesentlichen auch an ihren Begründungen fest. Auf die entsprechenden Ausführungen ist – soweit erforderlich – in den Erwägungen einzugehen.

*Erwägungen:*

## I.

1. a) Gemäss § 40 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG; BGS 162.1) können mit der Verwaltungsbeschwerde alle Entscheide unterer Verwaltungsbehörden angefochten werden, sofern die Weiterzugsmöglichkeit nicht durch besondere Vorschrift ausdrücklich ausgeschlossen ist. Als Entscheide im Sinne dieser Bestimmung gelten Anordnungen und Feststellungen der dem Verwaltungsrechtspflegegesetz unterstellten Behörden mit hoheitlicher Wirkung sowie Urteile des Verwaltungsgerichts (vgl. § 4 VRG). Nach § 2 Abs. 2 Ziff. 1 VRG sind dem Verwaltungsrechtspflegegesetz unter anderem auch die Verwaltungsbehörden der Gemeinden unterstellt.

b) Der Gemeinderat Steinhausen ist eine Verwaltungsbehörde der Einwohnergemeinde Steinhausen. Er gilt deshalb als Verwaltungsbehörde im Sinne von § 2 Abs. 1 Ziff. 1 VRG. Mit dem angefochtenen Entscheid wurde verbindlich über das Begehren des Beschwerdeführers um Einsicht in die Ratsprotokolle entschieden. Damit ist eine behördliche Anordnung bzw. Feststellung mit hoheitlicher Wirkung ergangen. Die Beschwerde richtet sich folglich gegen einen Entscheid im Sinne von § 4 VRG. Ein Ausschluss der Weiterzugsmöglichkeit liegt ferner nicht vor. Die vom Beschwerdeführer getroffene Rechtsvorkehr erweist sich somit als grundsätzlich zulässig.

2. a) Nach § 41 Abs. 1 VRG ist zur Erhebung der Verwaltungsbeschwerde berechtigt, wer durch einen Entscheid in seiner Rechtsstellung betroffen ist. Beschwerdelegitimiert ist danach, wer durch den Entscheid in höherem Mass als ein beliebiger Dritter oder die Allgemeinheit berührt wird und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat; das schutzwürdige Interesse besteht dabei im praktischen Nutzen, der mit erfolgreicher Beschwerde erzielt werden könnte (vgl. GVP 1977/78, S. 175 ff. mit Hinweisen). Dieses Rechtsschutzinteresse hat grundsätzlich aktuell zu sein (vgl. Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Diss. Zürich, S. 93).

b) Indem der Beschwerdeführer beim Gemeinderat Steinhausen um Akteneinsicht nachsuchte, kam ihm gestützt auf § 5 VRG im vorinstanzlichen Verfahren Parteistellung zu. In dieser Eigenschaft wird der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Entscheid zweifellos berührt. Ebenso ist ihm grundsätzlich ein Interesse an dessen Aufhebung zuzugestehen. Die Beschwerde hat allerdings insofern keine aktuelle praktische Bedeutung mehr, als das vom Beschwerdeführer für die Akteneinsicht im konkreten Fall geltend gemachte Interesse dahingefallen ist. Damit fehlt es an einem aktuellen Anfechtungsinteresse. Vom Erfordernis des aktuellen praktischen Anfechtungsinteresses ist jedoch ausnahmsweise dann abzusehen, wenn sich das gerügte behördliche Verhalten jederzeit wiederholen könnte, an der Beantwortung der aufgeworfenen Fragen wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht und eine rechtzeitige Überprüfung durch die Beschwerdeinstanz im Einzelfall kaum je möglich wäre (vgl. BGE 120 Ia 166 f. E. Ia; BGE 118 Ia 493 f. E. 3a; ZBI 1/1992, S. 43; Weiss, a.a.O., S. 93; alle je mit Hinweisen). Dies trifft vorliegend zu. Die Legitimation des Beschwerdeführers nach § 41 Abs. 1 VRG ist unter diesen Umständen zu bejahen.

3. Die Beschwerde erweist sich ausserdem als frist- und formgerecht: Nach § 43 Abs. 1 VRG beträgt die Beschwerdefrist 20 Tage. Der angefochtene Entscheid erging am 30. Mai 1995. Er konnte dem Beschwerdeführer deshalb frühestens am 31. Mai 1995 zugehen. Die Beschwerdefrist begann demzufolge frühestens am 1. Juni 1995 zu laufen und endigte nicht vor dem 20. Juni 1995. Mit Eingabe am 16. Juni 1995 bei der Staatskanzlei wurde die Be-

schwerdeschrift folglich rechtzeitig eingereicht. Adressat der Beschwerdeschrift ist der Regierungsrat; damit erweist sich die Beschwerde auch als an die zuständige Instanz gerichtet (vgl. § 40 Abs. 2 VRG). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

## II.

1. a) Nach § 12 Abs. 2 des Gesetzes über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden vom 4. September 1980 (Gemeindegesezt, GG; BGS 171.1) stehen die Protokolle der Gemeindebehörden und der Kommissionen sowie die Akten erledigter Geschäfte den Stimmberechtigten zur Einsicht offen, wenn diese ein berechtigtes Interesse daran glaubhaft machen und die Einsicht keine persönlichen Interessen Dritter verletzt. Ausgenommen sind Protokolle oder Akten, die vertraulich oder geheim sind (Satz 2). Im Regierungsrätlichen Bericht und Antrag an den Kantonsrat vom 12. Januar 1979 (Kantonsratsvorlage Nr. 4263) wird dazu folgendes ausgeführt: Die Öffentlichkeit der Protokolle sowie der übrigen Gemeindeverwaltung müsse gewährleistet sein. Öffentlichkeit bedeute, dass jeder Stimmberechtigte in die entsprechenden Protokolle und Akten Einsicht nehmen könne. Bei den Protokollen und Akten der Gemeindebehörden und -kommissionen sei diese Öffentlichkeit allerdings insofern zu beschränken, als das Einsichtsrecht einem Stimmberechtigten nur dann zustehe, wenn er ein Interesse daran glaubhaft mache. Eine weitere Einschränkung der Öffentlichkeit der Verwaltung bestehe darin, dass auf berechnigte persönliche Interessen Dritter im Sinne des Persönlichkeitsschutzes Rücksicht zu nehmen sei. Solche Interessen beständen insbesondere auch in Fürsorgefällen. Ausgenommen seien ferner Protokolle oder Akten, die vertraulichen oder geheimen Charakter hätten. Werde einem Stimmberechtigten die Einsicht in ein Protokoll oder Aktenstück verwehrt, so könne er entsprechende verwaltungsrechtliche Beschwerde führen. Am 30. Juni 1987 hielt die Direktion des Innern im Rahmen eines Kreisschreibens an alle Gemeinden zur vorliegenden Bestimmung unter anderem folgendes fest (vgl. GVP 1987/88, S. 179 f.): Protokolle der Gemeindeversammlung und des Grossen Gemeinderates seien für die Stimmberechnigten unbeschränkt öffentlich. Ein beschränktes Einsichtsrecht bestehe bezüglich der Protokolle der Gemeindebehörden und der Kommissionen sowie der Akten erledigter Geschäfte. Die Protokolle ständen grundsätzlich zur Einsicht offen, Akten (Korrespondenzen usw.) jedoch nur, wenn das betreffende Geschäft erledigt sei. Kein Einsichtsrecht bestehe indessen, wenn die Protokolle oder Akten vertraulich oder geheim seien. Die Behörden befänden im konkreten Einzelfall darüber, was vertraulich oder geheim sei. Ihre Verfügung könne auf dem Beschwerdeweg weitergezogen werden. Desgleichen bestehe kein Einsichtsrecht, wenn durch die Einsichtnahme persönliche Interessen Dritter verletzt werden könnten. Auch darüber befinde die Behörde im Einzelfall mit der erwähnten Beschwerde-

möglichkeit. Einsicht verlangen könne nur, wer ein berechtigtes Interesse daran glaubhaft mache. Das Interesse müsse nicht bewiesen, sondern nur glaubhaft gemacht werden. Es müsse jedoch ein berechtigtes Interesse sein. Reine Neugier sei kein Grund zur Einsichtnahme. Grenzfälle könne es im Bereich des politischen Interesses geben (z.B. Informationsbeschaffung für die Ausübung politischer Rechte wie des Interpellations- oder Motionsrechts). Auch hierüber befinde die Behörde im konkreten Einzelfall mit Beschwerdemöglichkeit des Betroffenen. Dies seien generelle Regeln. Die Behörde müsse im konkreten Einzelfall über das angebehrte Akteneinsichtsrecht befinden, insbesondere die notwendigen Abwägungen mit Bezug auf die Vertraulichkeit oder Geheimhaltung der Akten, die Verletzung von Drittinteressen und die Glaubhaftmachung eines berechtigten Interesses vornehmen. Wo keine schwerwiegenden Gründe dagegen sprächen, solle das Akteneinsichtsrecht des Stimmberechtigten eher grosszügig gehandhabt werden.

b) Angesichts der vorstehenden Ausführungen ist dem Protokoll- bzw. Akteneinsichtsrecht der Stimmberechtigten ein grosser Stellenwert einzuräumen. Es lässt sich ferner daraus ableiten, dass die Stimmberechtigten grundsätzlich einen Anspruch auf Einsicht in die Protokolle der Gemeindebehörden haben. Einer bzw. einem Stimmberechtigten darf mit andern Worten die Protokolleinsicht nur verweigert werden, wenn der Einsicht die in § 12 Abs. 2 GG verankerten gesetzlichen Einschränkungen entgegenstehen. Dabei ist im Zweifelsfall zugunsten des Einsichtsrechts zu entscheiden.

c) Der Beschwerdeführer war zur Zeit seines Protokolleinsichtsbegehrens unbestrittenermassen in der Einwohnergemeinde Steinhausen stimmberechtigt. Die fraglichen Protokolle waren ferner weder geheim noch vertraulich. Überdies bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass durch die Protokolleinsicht persönliche Interessen Dritter hätten verletzt werden können. Unter diesen Umständen hätte dem Beschwerdeführer die verlangte Einsicht in die Protokolle des Gemeinderates gewährt werden müssen, vorausgesetzt der Beschwerdeführer habe ein berechtigtes Interesse an der Einsicht glaubhaft gemacht.

2. a) Der Gemeinderat wendet dagegen ein, Ratsprotokolle bildeten Bestandteil der Akten im Sinne von § 12 Abs. 2 GG. Als solche stünden sie den Stimmberechtigten deshalb erst zur Einsicht offen, wenn das zugrundeliegende Geschäft erledigt sei.

b) Das Gesetz ist in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich des Zwecks, des Sinns und der dem Text zugrunde liegenden Wertung. Wichtig ist ebenfalls der Sinn, der einer Norm im Kontext zukommt. Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständli-

chen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, unter anderem dann nämlich, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. (Vgl. zum Ganzen: BGE 121 V 24 E. 4a mit Hinweisen).

c) In § 12 Abs. 2 GG wird durch den Einschub des Wortes «sowie» zwischen den «Protokollen der Gemeindebehörden und der Kommissionen» einerseits und den «Akten» andererseits eine klare Trennung herbeigeführt. Damit wird – entgegen der Auffassung des Gemeinderates – bewirkt, dass sich der Begriff «erledigte Geschäfte» ausschliesslich auf das Wort «Akten» bezieht, und nicht auch auf den Textteil «Protokolle der Gemeindebehörden und der Kommissionen». Die Auslegung nach dem Wortlaut führt somit zum Schluss, dass für die Gewährung der Protokolleinsicht nicht vorausgesetzt wird, dass die den Protokollen zugrundeliegenden Geschäfte abgeschlossen sind.

d) Für ein Abweichen von diesem eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut bestehen keine triftigen Gründe. Weder aus dem Grund und Zweck von § 12 Abs. 2 GG noch aus dessen Entstehungsgeschichte müsste auf eine abweichende Auslegung geschlossen werden. Im Gegenteil wird auch im vorstehend unter Ziff. II/1 Bst. a erwähnten Kreisschreiben der Direktion des Innern deutlich zwischen Protokollen einerseits und Akten erledigter Geschäfte andererseits unterschieden (vgl. GVP 1987/88, S. 179). Unter diesen Umständen findet die vom Gemeinderat vertretene Auffassung, Einsicht in Protokolle könne erst dann genommen werden, wenn das zugrundeliegende Geschäft erledigt sei, keine Stütze im Gesetz.

3. a) Der Beschwerdeführer hatte unbestrittenermassen ein Interesse an der Protokolleinsicht glaubhaft gemacht. Der Gemeinderat stellt jedoch in Abrede, dass es sich dabei um ein berechtigtes Interesse gehandelt habe. Die WBG hätte mittels geeigneter Vorkehren über die an der Gemeindeversammlung einzuschlagende Vorgehensweise auch ohne Protokolleinsicht beschliessen können. Dem Beschwerdeführer werden ferner politische Motive unterstellt, die nach Auffassung des Gemeinderates die Einsicht in die Ratsprotokolle nicht rechtfertigten.

b) Angesichts des grossen Stellenwertes, welcher dem Einsichtsrecht der Stimmberechtigten in die Protokolle und Akten der Gemeindebehörden zuerkannt wird, dürfen an die Berechtigung der Interessen keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Der Beschwerdeführer wurde vom protokollierten Geschäft als Motionär und als Vorstandsmitglied der WBG betroffen. Folglich musste er naturgemäss ein erhöhtes Interesse an der Angelegenheit haben, das beispielsweise auch grösser war, als dasjenige einer bzw. eines gewöhnlichen Stimmberechtigten. Die Einsichtnahme erscheint unter diesen

Umständen als gerechtfertigt; sie diene jedenfalls nicht der blossen Befriedigung der Neugier. In diesem Zusammenhang fällt in Betracht, dass das Einsichtsrecht der Stimmberechtigten in die Protokolle und Akten der Gemeindebehörden nicht zuletzt auch der demokratischen Kontrolle über die gemeindlichen Institutionen und einer stärkeren Transparenz der demokratischen Willensbildung dient. Das berechtigte Interesse an der Protokoll- bzw. Akteneinsicht der Stimmberechtigten kann deshalb – entgegen der Auffassung des Gemeinderates – durchaus auch ein politisches sein (vgl. hierzu GVP 1987/88, S. 180 sowie das Votum von Regierungsrat Andreas Iten an der ersten Sitzung der vorberatenden Kommission vom 6. März 1979). Unter diesen Umständen muss dem Beschwerdeführer in dessen Eigenschaft als Motionär und Vorstandsmitglied der WBG ein berechtigtes Interesse an der Protokolleinsicht zugestanden werden. Dass der Beschwerdeführer die aus den Protokollen ersichtlichen Informationen – wie der Gemeinderat behauptet – auch anderweitig hätte beschaffen können oder bei anderweitiger Disposition der WBG-Generalversammlung gar nicht benötigt hätte, ist für die Beantwortung der vorliegenden Frage nicht von Belang. Für die Protokolleinsicht wird denn auch nicht vorausgesetzt, dass die Stimmberechtigten alles vorkehren, um nicht in die Protokolle einsehen zu müssen.

4. a) Der Gemeinderat vertritt schliesslich die Auffassung, eine grosszügige Gewährung der Einsicht in die Protokolle des Gemeinderates lasse sich mit dem Kollegialitätsprinzip nicht vereinbaren.

b) Wie bereits vorstehend unter Ziff. II/1 ausgeführt, geniesst das Einsichtsrecht der Stimmberechtigten in die Protokolle und Akten der Gemeindebehörden einen grossen Stellenwert. Dieser Bedeutung war sich auch der seinerzeitige Gesetzgeber bewusst. Er hat trotz Widerstand verschiedener Gemeinderäte im Vernehmlassungsverfahren an einem weitgehenden Protokoll- bzw. Akteneinsichtsrecht zugunsten der Stimmberechtigten festgehalten. Damit hat er aber gleichzeitig auch das Interesse der Stimmberechtigten an der demokratischen Kontrolle über die Gemeindebehörden und an einer transparenteren demokratischen Willensbildung stärker gewichtet als das Kollegialitätsprinzip. Eine Beeinträchtigung des Kollegialitätsprinzips durch die Ausübung des Protokoll- bzw. Akteneinsichtsrechts seitens der Stimmberechtigten muss somit in Kauf genommen werden.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer zur Zeit seines Protokolleinsichtsbegehrens in der Einwohnergemeinde Steinhausen stimmberechtigt war. In seiner Eigenschaft als Motionär und als Vorstandsmitglied der WBG ist ihm ein berechtigtes Interesse an der Protokolleinsicht zuzubilligen. Der Beschwerdeführer hat dieses Interesse ausreichend glaubhaft gemacht. Die fraglichen Protokolle waren ferner weder geheim noch vertraulich. Überdies bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass durch die Protokolleinsicht persönliche Interessen Dritter hätten verletzt werden können. Unter diesen Umständen hat der Gemeinderat von Steinhausen

dem Beschwerdeführer die Einsicht in die fraglichen Ratsprotokolle zu Unrecht verweigert. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen.

6. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind Kosten nur zu erheben, wenn das beteiligte Gemeinwesen am Verfahren wirtschaftlich interessiert ist oder zum Verfahren durch einen groben Verfahrensmangel oder durch eine offenbare Rechtsverletzung Anlass gegeben hat (vgl. § 24 Abs. 2 VRG). Vorliegend ist jedoch weder das eine noch das andere der Fall. Auf die Erhebung von Kosten ist deshalb zu verzichten. Weil die Vorinstanz weder einen Verfahrensfehler noch eine offenbare Rechtsverletzung begangen hat, ist auch keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. § 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG e contrario).

(RRB, 9. Januar 1996)

§§ 17 Abs. 1, 79, 132 Abs. 1 GG; §§ 23 Abs. 1 Ziff. 3, 24 Abs. 2, 28 Abs. 2, 44, 49 VRG; § 7 V über die Kosten im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vom 30. August 1977 (BGS 162.12).- Zutritt von Stimmberechtigten zur Kirchgemeindeversammlung. - Eintreten (E. I): Kreditbeschluss der Kirchgemeindeversammlung als Anfechtungsobjekt; Frist und Legitimation. Materielles (E. II): Gerügte Rechtsverletzungen (E. 1); Zugänglichkeit des Versammlungsraumes; die entsprechende Rüge der Beschwerdeführer ist vorliegend nicht verspätet (E. 2a); Um den Anspruch auf unverfälschte Willensbildung zu gewährleisten, muss eine Gemeindeversammlung stets ohne weiteres zugänglich sein (E. 2b); Keine Prüfung der übrigen gerügten Mängel (E. 3); Zusammenfassung (E. 4); Kosten und Parteientschädigungen (E. III)

*Sachverhalt:*

A. Am 13. Dezember 1995 fand im Pfarreiheim eine Gemeindeversammlung der katholischen Kirchgemeinde X. statt. Diese behandelte unter Traktandum Nr. 6 den Antrag des Kirchenrates, zu Lasten der Investitionsrechnung einen Kredit von Fr. 1154000.- für den Neubau des Pfarrhauses zu bewilligen und den Kirchenrat mit dem Vollzug dieses Beschlusses zu beauftragen. Nach erfolgter Beratung hiess die Versammlung in einer ersten Abstimmung einen Antrag auf geheime Abstimmung gut. In dieser geheimen Abstimmung wurde der Antrag des Kirchenrates mit 93 zu 91 ohne Stimmenthaltung gutgeheissen.

B. Gegen diesen Beschluss erhoben P.R. und 12 Mitbeteiligte (im folgenden «Beschwerdeführende» genannt) am 20. Dezember 1995 Beschwerde beim Regierungsrat sinngemäss mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss aufzuheben.

Zur Begründung bringen die Beschwerdeführenden im wesentlichen folgendes vor: Der «hauchdünne Entscheid» habe sie motiviert, gegen den an-

gefochtenen Beschluss Beschwerde zu erheben. Die Stimmlegitimation sei nicht kontrolliert und es seien auch keine nummerierten Stimmzettel verteilt worden. Bei Traktandum 6 habe eine Person offensichtlich gestimmt, welche zu Beginn der Kirchgemeindeversammlung vom Kirchenratspräsidenten ausdrücklich darauf hingewiesen worden sei, dass sie wegen Befangenheit in den Ausstand zu treten habe. Überdies habe der Kirchenratspräsident um 20.15 Uhr die Saaltüre schliessen lassen, und um 20.20 Uhr seien zwei Pfarreiangehörige vor geschlossener Türe abgewiesen worden.

C. Mit Vernehmlassung vom 21. Februar 1996 beantragte der Kirchenrat, die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen.

Zur Begründung wird im wesentlichen folgendes geltend gemacht: Nicht die gerügten Mängel hätten zur Beschwerde motiviert, sondern die Knappheit des Entscheides der Kirchgemeindeversammlung. Die gerügten Verfahrensmängel seien herangezogen worden, «um ein 'hauchdünnes', missliebige, nichtdestotrotz aber demokratisch zustandegekommenes Abstimmungsresultat im nachhinein zu Fall zu bringen.» Der Vorsitzende habe zu Beginn der Versammlung auf die Stimmberechtigung hingewiesen und die anwesenden Gäste gebeten, sich der Stimme zu enthalten. Er habe auch auf die Ausstandsbestimmung des Gemeindegesetzes hingewiesen und dazu ausgeführt, dass «mindestens eine anwesende Person von dieser Bestimmung besonders betroffen sein könnte.» Er habe keineswegs «imperativ darauf hingewiesen, dass sich ein Stimmberechtigter wegen Befangenheit in den Ausstand zu begeben hätte.» Während der Diskussion zu Traktandum 6 habe der Vorsitzende nochmals deutlich auf die Stimmberechtigung hingewiesen, da zu dieser Zeit noch weitere Versammlungsteilnehmer erschienen seien. Die Stimmzettel seien mangels einer entsprechenden Vorschrift tatsächlich nicht fortlaufend nummeriert gewesen. Der Einwand der Beschwerdeführenden, die Ausstandsvorschriften seien missachtet und die Stimmberechtigung sei nicht kontrolliert worden, sei verspätet erfolgt. Die Beschwerdeführenden hätten es in den Händen gehabt, ihre Bedenken unverzüglich vorzubringen. Sie hätten jedoch davon abgesehen auch auf die wiederholte Nachfrage des Vorsitzenden, ob jemand zum Abstimmungsprozedere oder zum ermittelten Abstimmungsergebnis das Wort wünsche.

Um ca. 20.15 Uhr habe der Vorsitzende gebeten, «die Eingangstüre doch nun schliessen zu wollen», in der Meinung, «die Türe in die Falle zu legen». Aufgrund eines Missverständnisses habe der Abwart die Türe mit dem Schlüssel geschlossen. Dieses Missgeschick habe allerdings innert kürzester Zeit behoben werden können, zumal sich der Abwart und dessen Stellvertreterin im Bereich der Saaltüre aufgehalten und das Problem der Zulassung Verspäteter sogleich erkannt hätten. Während der ganzen Versammlungsdauer seien wiederholt «Spätankömmlinge» zugelassen worden. Tatsächlich seien während jener kurzen Zeitdauer, in welcher die Haupteingangstüre mit dem Schlüssel geschlossen gewesen sei, zwei Personen angekommen. Aller-

dings sei für sie nicht die geschlossene Türe sondern einzig und allein die Feststellung des Abwarts, dass die Versammlung bereits begonnen habe, ausschlaggebend dafür gewesen, dass sie «unverrichteterdings wieder davonzogen.» Mit der Bemerkung «dann gehen wir halt wieder!» hätten sich die zwei Personen entfernt, ohne irgendeine Rückfrage zu stellen oder dem Abwart Gelegenheit zu geben, die Türe zu öffnen. Alle an der Versammlung Anwesenden hätten es mitzuvertreten, dass es bezüglich des Türschliessens zu einem Missverständnis gekommen sei, da sich niemand dem Aufruf des Vorsitzenden, es sei Platz zu nehmen, und die Türe sei zu schliessen, damit die Versammlung beginnen könne, widersetzt habe. Mindestens den Versammlungsteilnehmern müsse es daher verwehrt sein, sich nachträglich auf diesen Verfahrensmangel – wenn man überhaupt von einem solchen sprechen wolle – zu berufen.

D. Im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels hielten die Parteien an ihren Begehren und im wesentlichen auch an ihren Begründungen fest. Auf die entsprechenden Ausführungen ist – soweit erforderlich – in den Erwägungen einzugehen.

E. In der Folge wurde der Abwart des Pfarreiheims von der instruierenden Direktion des Innern aufgefordert, zur behaupteten Abweisung zweier Stimmberechtigten Stellung zu nehmen. In seiner Stellungnahme vom 15. Mai 1996 führte er folgendes an: Er habe durch ein Missverständnis die Saaltüre geschlossen. Um 20.25 Uhr habe jemand an der Tür gerüttelt. Er habe nachgeschaut und die beiden Personen darauf aufmerksam gemacht, dass die Versammlung bereits angefangen habe, über die Abstimmungsbedingungen informiert worden sei und die Stimmzähler gewählt worden seien. Als eine der beiden Personen erwidert habe, dass sie gehen würden, habe er angeboten nachzufragen, ob sie noch teilnehmen könnten. Die beiden hätten kurz ein paar Worte gewechselt und geantwortet: «Mier gönd.» Es sei keineswegs so gewesen, dass er jemanden von der Wahl habe ausschliessen wollen oder abgewiesen habe.

F. Bei den vorstehend erwähnten Personen handelt es sich um P. K. und T. M.. Sie haben die Beschwerde mitunterzeichnet. Auf Befragung der instruierenden Direktion des Innern hin schilderten sie in ihrem Schreiben vom 20. Mai 1996 den Sachverhalt im wesentlichen folgendermassen: Wegen der schlechten Wetterverhältnisse seien sie erst um 20.20 Uhr im Pfarreiheim eingetroffen. Die Saaltüre sei geschlossen gewesen. Auf der rechten Seite sei ein Mann aus der Türe gekommen und habe ihnen mitgeteilt, dass geschlossen sei, weil die Versammlung um 20.15 begonnen habe. Die Abstimmungen seien schon alle vorbei. Weiter habe der Mann gesagt, sie sollten es doch ein andermal wieder versuchen, «denn wir wollen heute nicht immer wieder von vorne mit der Versammlung beginnen müssen.» Sie hätten nicht darauf beharrt, eingelassen zu werden, weil sie den Aussagen die-

ses Mannes geglaubt hätten. Er habe ihnen klar zu verstehen gegeben, dass Spätankömmlinge nicht mehr zugelassen würden und sie wieder zu gehen hätten.

### *Erwägungen:*

#### I.

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

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen einen Beschluss der Katholischen Kirchgemeinde X. vom 13. Dezember 1995. Angefochten ist somit ein Gemeindeversammlungsbeschluss im Sinne von § 17 Abs. 1 GG und 49 Abs. 1 VRG. Gegen solche Beschlüsse ist die Beschwerde mithin grundsätzlich zulässig. Zuständig zur Behandlung der Beschwerde ist der Regierungsrat. Die Gemeindeversammlung fand am 13. Dezember 1995 statt. Folglich begann die achttägige Beschwerdefrist am 14. Dezember 1995 zu laufen und endigte am 21. Dezember 1995. Die Beschwerdeschrift wurde am 21. Dezember 1995 der Staatskanzlei persönlich überbracht und ist somit rechtzeitig eingereicht worden. Der Beschwerdeführer P. R. ist überdies Stimmbürger der Katholischen Kirchgemeinde X. und daher zur Beschwerde legitimiert. Bei dieser Sachlage braucht die Legitimation der übrigen Beschwerdeführenden nicht überprüft zu werden. Da sich die Beschwerde auch als formgerecht erweist (§ 44 VRG), ist mithin auf sie einzutreten.

#### II.

1. Gemäss § 49 Abs. 2 Ziff. 3 VRG sind Gemeindeversammlungsbeschlüsse nur wegen Rechtsverletzung anfechtbar. Gerügt werden können dabei auch formellrechtliche Mängel des Beschlusses (vgl. Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Diss. Zürich 1983, S. 193). In diesem Zusammenhang fällt das ungeschriebene verfassungsmässige Recht der Wahl- und Abstimmungsfreiheit in Betracht (vgl. Stephan Widmer,

Wahl- und Abstimmungsfreiheit, Diss. Zürich 1989, S. 78). Dieses Recht garantiert gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass kein Abstimmungsergebnis anerkannt wird, welches nicht den freien und unverfälschten Willen der Stimmberechtigten zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt (vgl. BGE 121 Ia 141, mit Hinweisen; Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug [GVP] 1883/84, S. 163). Die freie Willensäusserung kann unter anderem verletzt werden, wenn Nichtstimmberechtigte an einer Abstimmung teilnehmen oder Stimmberechtigte zu Unrecht von der Abstimmung ausgeschlossen werden, mithin wenn die Aktivbürgerschaft nicht richtig zusammengesetzt ist (vgl. BGE 121 Ia 141; BGE 116 Ia 365 mit Hinweisen; Widmer, a.a.O., S. 81 ff. mit Verweisen; Christoph Hiller, Die Stimmrechtsbeschwerde, Diss. Zürich 1990, S. 102 f.). Weiter kann die Wahl- und Abstimmungsfreiheit durch Verfahrensfehler verletzt werden (vgl. Widmer, a.a.O., S. 43 und S. 119; Hiller, a.a.O., S. 126 f.).

Die Beschwerdeführenden machen folgende Rechtsverletzungen geltend: Nichtzulassung von Stimmberechtigten; fehlende Kontrolle der Stimmberechtigten und Verteilen von unnummerierten Stimmzetteln; Verletzung der Ausstandspflicht.

2.a) Es ist unbestritten, dass die Haupteingangstüre zum Versammlungsraum zumindest für kurze Zeit, wenn auch aufgrund eines Missverständnisses, mit dem Schlüssel geschlossen war. Ebensowenig ist bestritten, dass während dieses Zeitraums zwei Personen angekommen sind, die sich jedoch, ohne den Versammlungsraum betreten zu haben, wieder entfernten. Umstritten ist dagegen, ob den beiden stimmberechtigten Personen, P. K. und T. M., der Zugang zum Saal nicht dennoch möglich war. Nach der allgemeinen Beweislastregel ist zu Ungunsten derjenigen Partei zu entscheiden, welche aus der nicht bewiesenen Tatsache hätte Rechte ableiten können (vgl. Weiss, a.a.O., S. 166). Im vorliegenden Fall trägt die Katholische Kirchgemeinde X. die Folgen, wenn nicht bewiesen werden kann, dass der Zutritt zum Versammlungsraum trotz verschlossener Türe gewährleistet war. Gemäss Sachverhaltsdarstellung des Abwärt rüttelten zwei Personen an der Saaltüre. Dadurch gaben sie klar zu verstehen, dass sie an der Versammlung teilnehmen wollten. Der Kirchenrat leitet aus der Tatsache, dass die beiden Personen gemäss Replik feststellten, wie der Abwart durch eine Nebentüre ins Foyer gelangt war, ab, es sei ihnen nicht entgangen, dass der Zugang – wenn auch vorübergehend nur durch die Nebentüre – jederzeit gewährleistet war, nachdem laut Beschwerdeführenden offenbar ein Kirchenrat zwei Personen durch diese Nebentüre begleitet hatte. Indessen waren die vom Abwart gemäss seiner eigenen Sachverhaltsdarstellung gemachte Bemerkung, die Versammlung habe bereits begonnen, und sein Angebot nachzufragen, ob sie noch teilnehmen können, nach objektiven Massstäben durchaus geeignet, bei den beiden Personen den Eindruck zu erwecken, dass eine verspätete Teilnahme nicht mehr oder zumindest nicht mehr ohne weiteres möglich war, auch wenn dieser Eindruck vom Abwart nicht beabsichtigt war.

Der Weggang von P. K. und T. M. erscheint deshalb verständlich. Mithin ist nicht davon auszugehen, dass der Zutritt zum Versammlungsraum trotz verschlossener Türe in genügendem Umfang gewährleistet war. Entgegen der Auffassung des Kirchenrates konnte von P. K. und T. M. nicht erwartet werden, dass sie sich unter diesen Umständen «zur Wehr» setzten. Auch der Einwand des Kirchenrates, die an der Versammlung Anwesenden hätten das Missverständnis mit dem Türeschliessen mitzuvertreten und könnten dies nicht nachträglich auf dem Beschwerdeweg geltend machen, geht fehl. Offensichtlich waren sich die im Saal Anwesenden des Missverständnisses nicht bewusst, da unbestrittenermassen einige Stimmberechtigte den Saal betreten, nachdem die Türe geschlossen war. Dem Kirchenrat ist im übrigen zuzustimmen, dass sich die Versammlungsteilnehmer eine geschlossene Türe – wären sie sich dessen bewusst gewesen – «keinesfalls hätten gefallen lassen.» Schliesslich ist nicht davon auszugehen, dass die im Saal Anwesenden bemerkten, dass zwei Stimmberechtigte den Saal wegen der verschlossenen Türe nicht betreten konnten. Die Rüge der Beschwerdeführenden ist daher nicht verspätet.

b) Um den Anspruch auf unverfälschte Willensbildung zu gewährleisten, muss eine Gemeindeversammlung stets ohne weiteres zugänglich sein, dies vor allem dann, wenn – wie im vorliegenden Fall – aufgrund der schlechten Wetterverhältnisse mit Verspätungen zu rechnen war. Im vorliegenden Fall war der freie Zugang nicht durchwegs gewährleistet, weshalb der Anspruch auf richtige Zusammensetzung der Aktivbürgerschaft verletzt wurde. Daran ändert nichts, dass gemäss Schreiben von R. M. er und weitere Stimmberechtigte kurz nach 20.30 Uhr zwar ebenfalls vor verschlossener Saaltüre standen, aber doch Einlass fanden. Entscheidend ist, dass sich zwei Stimmberechtigte, die an der Versammlung teilnehmen wollten, wegen der geschlossenen Saaltüre und der Äusserungen des Abwärts berechtigterweise veranlasst sahen, den Versammlungsort wieder zu verlassen, und somit an der Teilnahme zu Unrecht gehindert worden sind. Dieser grobe Verfahrensmangel ist im vorliegenden Fall von erheblicher Bedeutung, da der angefochtene Beschluss mit einer Differenz von nur zwei Stimmen zustande kam. Hätten die beiden Stimmberechtigten an der Versammlung teilgenommen, wäre eine Stimmengleichheit durchaus möglich gewesen. Dann hätte gemäss § 79 GG, welcher nach § 132 Abs. 1 GG auch auf Kirchgemeindeversammlungen anwendbar ist, eine zweite Abstimmung durchgeführt werden müssen. Hätte auch diese eine Stimmengleichheit ergeben, wäre der Beschluss nicht zustandegekommen. Da ohne den groben Verfahrensmangel ein anderes Abstimmungsergebnis durchaus möglich gewesen wäre, wiegt er schwer im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, so dass die Abstimmung aufzuheben ist (vgl. BGE 121 Ia 12 mit Hinweisen). Die übrigen Abstimmungen fielen gemäss Protokoll eindeutig aus, und sie wurden in der Beschwerde auch nicht gerügt, weshalb die unrichtige Zusammensetzung der Aktivbürgerschaft für diese Abstimmungen unbeachtlich ist. Offengelass-

sen werden kann die Frage, was vorzukehren wäre, wenn nach Beginn der Beratungen noch so viele Stimmberechtigte eintreffen würden, dass das Versammlungslokal zu klein wäre.

Die Beschwerde ist somit wegen Verletzung des Anspruchs auf richtige Zusammensetzung der Aktivbürgerschaft gutzuheissen.

3. Bei dieser Rechtslage brauchen die weiteren Rügen der Beschwerdeführenden nicht geprüft zu werden. Dies umso weniger, als die gerügten Mängel zumindest für die an der Versammlung anwesenden Beschwerdeführenden ohne weiteres erkennbar waren und ihnen nach Treu und Glauben hätte zugemutet werden können, die Rügen noch während der Versammlung unverzüglich anzubringen (vgl. GVP 1987/88, S. 176 ff.; Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 79 B III c).

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass der angefochtene Beschluss auf einem Verfahrensmangel beruht, welcher geeignet war, das Abstimmungsergebnis zu verfälschen. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, und der Beschluss über Traktandum Nr. 8, Bericht und Antrag betreffend die Bewilligung eines Baukredites von Fr. 1 154 000.- für den Neubau des Pfarrhauses ist aufzuheben.

### III.

1. Gemäss § 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG hat die unterliegende Partei die Verfahrenskosten zu tragen. Aus § 24 Abs. 2 VRG ergibt sich indessen, dass die Kosten der unterlegenen Katholischen Kirchgemeinde X. nur dann auferlegt werden können, wenn sie am Verfahren wirtschaftlich interessiert ist oder zum Verfahren durch einen groben Verfahrensmangel oder durch eine offensichtliche Rechtsverletzung Anlass gegeben hat. Im vorliegenden Fall ist zwar ein Verfahrensmangel gegeben, welcher als grob bezeichnet werden muss. Unter Würdigung der gesamten Umstände und insbesondere in Anbetracht der Tatsache, dass der Mangel durch das Missverständnis einer Hilfsperson des Kirchenrates verursacht wurde, rechtfertigt es sich dennoch nicht, der Katholischen Kirchgemeinde X. die Kosten aufzuerlegen. Mithin werden keine Kosten erhoben.

2. Nach § 28 Abs. 2 VRG ist der obsiegenden Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen. Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob eine solche beantragt worden ist oder nicht. Massgebend für die Parteientschädigung sind einzig Bestehen und Umfang des durch die Prozessführung adäquat-kausal verursachten Aufwandes. Die Parteientschädigung im Verwaltungsbeschwerdeverfahren ist nicht näher geregelt. In Analogie zu § 7 der Verordnung über die Kosten im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vom

30. August 1977 (BGS 162.12) sind folgende Kosten zu ersetzen: Jedes Erscheinen vor der entscheidenden Instanz und die Barauslagen, soweit sie insgesamt Fr. 50.- übersteigen. Weiter kann der Partei in umfangreichen Angelegenheiten eine angemessene Entschädigung für ihre Bemühungen zugesprochen werden. Im vorliegenden Fall hatten die Beschwerdeführenden weder persönlich zu erscheinen, noch ist nach der allgemeinen Erfahrung davon auszugehen, dass die durch Beschwerdeführung verursachten Barauslagen Fr. 50.- überstiegen. Schliesslich handelt es sich hier auch nicht um eine umfangreiche Angelegenheit. Demzufolge ist von einer Parteientschädigung abzusehen.

(RRB, 4. Juni 1996)

## II. ZIVILRECHT

### 1. Personenrecht

*Art. 30 Abs. 1 ZGB. – Bewilligung an eine geschiedene Frau zur Führung des Doppelnamens nach der Scheidung*

*Aus den Erwägungen:*

2. a) ...

b) Als wichtiger Grund gemäss Art. 30 Abs. 1 ZGB kann die nachgewiesene heutige Berufstätigkeit der Gesuchstellerin anerkannt werden. Das heutige Bedürfnis der Gesuchstellerin, nach der Scheidung den Doppelnamen «N. D.» (ohne Bindestrich) tragen zu wollen, ist verständlich. Zu berücksichtigen ist auch, dass anstelle der Führung des Mädchennamens «N.» mit der Führung des Doppelnamens «N. D.» eine teilweise Namenseinheit mit den Kindern, die den Namen «D.» führen, weiterbesteht. Gemäss Art. 149 Abs. 2 ZGB kann der Ehegatte, der seinen Namen geändert hat, binnen sechs Monate, nachdem das Scheidungsurteil rechtskräftig geworden ist, gegenüber dem Zivilstandsbeamten erklären, dass er den angestammten Namen oder den Namen, den er vor der Heirat trug, wieder führen will. Die von der Gesuchstellerin beantragte Namensführung «N. D.» sieht der Gesetzgeber für geschiedene Ehegatten nicht vor. Die Führung des Doppelnamens ist gemäss Art. 160 Abs. 2 ZGB (in Kraft seit 1.1.1988) lediglich Brautleuten vorbehalten. Zudem hatten gemäss Art. 8a SchlT ZGB (Übergangsbestimmung) im Jahre 1988 die Frauen, die sich unter dem alten Recht verheiratet hatten, die Möglichkeit, binnen Jahresfrist die Führung des Doppelnamens mittels Namensklärung zu beantragen. Hätte die Gesuchstellerin damals von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, würde sie heute als geschiedene Frau den beantragten Doppelnamen bereits führen. Interessen der Allgemeinheit stehen im vorliegenden Fall einer Namensänderung nicht entgegen; jedenfalls vermöchten sie die im Persönlichkeitsschutz liegenden Interessen der Gesuchstellerin nicht zu überwiegen. Interessen betroffener Dritter fallen praktisch ausser Betracht. Der Namensänderung kann entsprochen werden.

(Direktion des Innern, 3. Februar 1995)

*Art. 30 Abs. 1 ZGB. – Ablehnung eines Namensänderungsgesuches: Wirtschaftliche Gründe (geschäftliche Vorteile) allein sind keine «wichtigen Gründe» im Sinne des Gesetzes*

*Aus den Erwägungen:*

2. a) ...

b) Gemäss Art. 149 Abs. 2 ZGB kann der Ehegatte, der seinen Namen geändert hat, binnen sechs Monaten, nachdem das Scheidungsurteil rechtskräftig geworden ist, gegenüber dem Zivilstandsbeamten erklären, dass er den angestammten Namen oder den Namen, den er vor der Heirat trug, wieder führen will. Die Gesuchstellerin hat diese Erklärung nach ihrer Scheidung bzw. vor ihrer zweiten Heirat nicht abgegeben. Bei der Wiederverheiratung hat sie vor dem Zivilstandsamt S. am 18. Dezember 1992 mit dem Familiennamen «K.» das Eheversprechen abgegeben. Sie bringt vor, sie habe nach ihrer Scheidung ihren Mädchennamen «Sch.» nicht wieder angenommen, weil sie durch die fehlende Belastbarkeit des Vaters des Gesuchstellers moralisch davon abgehalten worden sei, bei der Heirat den gemeinsamen Familiennamen «Sch.» zu wählen. Hätte die Gesuchstellerin jedoch nach der Scheidung den angestammten Namen «Sch.» wieder angenommen, hätte dies den Vater des Gesuchstellers nicht betroffen, da sie gleichwohl bei der Heirat als gemeinsamen Familiennamen den Namen des Bräutigams, «R.», getragen hätte. Die Brautleute können indessen an Stelle des Namens des Mannes nur jenen Namen als Familiennamen beantragen, den die Braut unmittelbar vor der Heirat trägt. Das kann der angestammte oder der durch eine frühere Ehe erworbene Name sein. Änderungen dieses Namens sind, auch wenn sie nur die Schreibweise betreffen, nach Art. 30 Abs. 2 nicht möglich. Sie fallen unter Art. 30 Abs. 1 ZGB. (Hausheer/Reusser/Geiser, Kommentar zum Eherecht, Bern 1988, Band 1, S. 64).

c) Nach der Praxis der Direktion des Innern zu Art. 30 Abs. 1 ZGB können jedoch auch andere, namentlich psychologische Gründe für die Bewilligung einer Namensänderung ausschlaggebend sein (vgl. GVP 1993/94, S. 245 ff.). Die Bewilligung zur Namensänderung kann sich rechtfertigen, wenn der gesetzliche Name dem Gesuchsteller einen schwerwiegenden und dauernden Nachteil verursacht oder wenn überwiegende Gründe moralischer, ideeller oder persönlicher Natur für eine solche Änderung bestehenden (vgl. BGE 108 II 247 ff., Bonvin, mit Hinweisen). Die Gesuchsteller führen aus, dass sie sich im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit (Führung einer Naturheilpraxis) mit der Bedeutung der Symbolik auseinandersetzen und der Name «Sch.» besser ihre Art der Führung ihrer Heilpraxis wiedergebe. Weder das Gesetz noch die Praxis der Direktion des Innern sehen jedoch vor, dass wirtschaftliche Gründe zu einer Bewilligung der Namensänderung führen können. Die Gesuchsteller führen weiter an, dass der geplante Auftritt unter dem Firmennamen «Naturheilpraxis Sch.» einen Werbeeffekt haben werde, da der Begriff «Heilpraxis Sch.» auf einen unbeteiligten Dritten positiv einwirke. Dabei handelt es sich jedoch überwiegend um wirtschaftliche Gründe. Für eine Namensänderung fehlt es daher an wichtigen Gründen im Sinne von Art. 30 Abs. 1 ZGB. Somit kann dem Gesuch nicht entsprochen werden.

(Direktion des Innern, 21. Februar 1996)

*Art. 30 Abs. 1 ZGB. – Namensänderung aus psychologischen Gründen. Änderung des Allianznamens einer (geschiedenen) Frau. Änderung des Ledigennamens (Frauennamens) in den Namen der Mutter*

*Aus den Erwägungen:*

2. a) ...

b) Zu prüfen ist, ob der Mädchenname als Bestandteil des sogenannten Allianznamens der Ehefrau (im vorliegenden Fall ist die Gesuchstellerin geschieden, trägt aber weiterhin den Ehenamen) überhaupt Gegenstand einer Namensänderung sein kann. Das ist, insbesondere unter Hinweis auf den Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahre 1984 (BGE 110 II 97 ff.) zu bejahen. Wohl erklärt das Bundesgericht, dass in diesem Fall die zu Art. 30 Abs. 1 ZGB entwickelten Grundsätze für die Namensänderung nicht ohne weiteres angewendet werden könnten. Man könne aber auch nicht sagen, dass der Allianzname, weil er vom Gesetzgeber nicht vorgesehen wurde (Art. 160 Abs. 1), überhaupt nicht geändert werden könne. Die Änderung des Allianznamens sei nicht unmöglich, aber es müsse ein schützenswertes Interesse bestehen. Ausserdem dürfe eine solche Namensänderung die legitimen Interessen des Ehegatten oder von Dritten nicht gefährden. Im vorliegenden Fall ist die Gesuchstellerin geschieden. Die Direktion des Innern hat bereits in früheren Fällen festgestellt, dass grundsätzlich auch der Ledigename der Frau (Frauennamen) geändert werden kann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (letztmals mit Verfügung vom 16. Mai 1989 i.S. A. M.-M.).

c) Als wichtiger Grund gemäss Art. 30 Abs. 1 ZGB können psychologische Gründe gebilligt werden. Nach der Praxis der Direktion des Innern können insbesondere auch psychologische Gründe ausschlaggebend sein, um eine Namensänderung zu bewilligen (letztmals mit Verfügung vom 29. Dezember 1995 i.S. S.-V., S.N.). Die Gesuchstellerin hat bei ihrer Geburt in London den Namen des Vaters (die Eltern waren nicht miteinander verheiratet) bekommen. Es ist naheliegend, der Gesuchstellerin den angeehrten Mädchennamen «D.» zu bewilligen, denn es handelt sich dabei um den Familiennamen ihrer Mutter. Ihren Vater, N. A., hat sie nicht gekannt und kann sich somit auch nicht mit dem Familiennamen «A.» identifizieren. Zudem erhält heute ein in der Schweiz geborenes Kind nicht miteinander verheirateter Eltern automatisch den Familiennamen der Mutter (Art. 270 Abs. 2 ZGB). Interessen der Allgemeinheit stehen im vorliegenden Fall einer Namensänderung nicht entgegen; jedenfalls vermöchten sie die im Persönlichkeitsschutz liegenden Interessen der Gesuchstellerin nicht zu überwiegen. Der Namensänderung kann somit entsprochen werden.

(Direktion des Innern, 27. Februar 1996)

*Art. 30 Abs. 1 ZGB. – Änderung des Familiennamens nach einer Geschlechtsumwandlung; psychologische Gründe*

*Aus den Erwägungen:*

2. a) ...

b) Die Namensänderung wird bewilligt, wenn wichtige Gründe vorliegen (Art. 30 Abs 1 ZGB). Dies gilt sowohl für die Aufgabe des bisherigen, wie auch für die Annahme eines neuen Namens. Ob wichtige Gründe vorliegen, liegt im Ermessen der zuständigen Behörde. Entsprechend der vom Gesetzgeber mit dem Ausdruck «wichtige Gründe» postulierten Billigkeitsrechtsprechung (Art. 4 BV) haben sich in der Praxis gewisse Kriterien und Fallgruppen herausgebildet. Die Gesuchstellerin beantragt die Namensänderung aus persönlichen Gründen. Sie weist aufgrund von eingereichten Unterlagen (Bewerbungen, Rechnungen, Mitglieder- und Versicherungsausweise, Privatkorrespondenz) die Verwendung des anbegehrten Familiennamens «X.» nach. Mit Urteil vom 11. Januar 1995 stellte das Kantonsgericht Zug fest, dass die Gesuchstellerin (vormals E. Y., männlich) weiblichen Geschlechts ist und den weiblichen Vornamen E. trägt. Auch dieser Umstand veranlasste die Gesuchstellerin, die Änderung ihres angestammten Namens zu beantragen. Nach der Praxis der Direktion des Innern können insbesondere auch psychologische Gründe für die Bewilligung einer Namensänderung ausschlaggebend sein (letztmals mit Verfügung vom 1. 2. 1995 i.S. C.J.M.-G.). Da es sich dabei um den Mädchennamen der Mutter handelt, ist es naheliegend, der Gesuchstellerin die Führung des Familiennamens «X.» zu bewilligen.

(Direktion des Innern, 22. Februar 1995)

*Art. 30 Abs. 1 ZGB. – Änderung des zweiten Vornamens*

*Aus den Erwägungen:*

2. Als wichtiger Grund im Sinne von Art. 30 Abs. 1 ZGB kann gewürdigt werden, dass die Verschiedenheit zwischen den amtlichen Vornamen «W. V.» und privat verwendeten Vornamen «W. M.» für den Gesuchsteller nicht mehr als zumutbar erscheint. Mit dem zweiten anbegehrten Vornamen «M.» sind die Interessen des Gesuchstellers nicht verletzt und dieser ist somit in den Zivilstandsregistern eintragbar (Art. 69 Abs. 2 ZStV). Die mit dem Gesuch eingereichten Unterlagen (Bankunterlagen, Zertifikate, Konzession, Telefonbucheintrag, Korrespondenz, Zeitschriftenabonnement, Namensschild, Privatkorrespondenz) lauten auf die Vornamen «W. M.» oder nur «M.». Dem Gesuch um Änderung des zweiten Vornamens kann daher entsprochen werden.

(Direktion des Innern, 1. März 1995)

*Art. 30 Abs 1 ZGB. – Änderung des Vornamens für ein minderjähriges Kind*

*Aus den Erwägungen:*

1. a) ...

Eltern und Tochter sind srilankische Staatsangehörige. Rechtsverhältnisse mit Auslandberührung unterstehen dem Bundesgesetz über das Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG). Nach Art. 38 Abs. 1 und 3 IPRG sind schweizerische Behörden für Namensänderungen ausländischer Gesuchsteller zuständig, wenn diese Wohnsitz in der Schweiz haben, und die Voraussetzungen und Wirkungen der Namensänderung unterstehen schweizerischem Recht.

b) Eine Berichtigung des Geburtsregisters nach Art. 45 ZGB, anwendbar nach Art. 33 IPRG, fällt ausser Betracht, nachdem der Eintrag weder auf einem offenbaren Versehen noch auf einem Irrtum beruht (Art. 45. Abs. 1 ZGB). Auch eine Berichtigung durch den Richter (Art. 45 Abs. 2 ZGB) kommt nicht in Frage, da kein fehlerhafter Eintrag vorliegt.

2. Als wichtiger Grund im Sinne von Art. 30 Abs. 1 ZGB kann gewürdigt werden, dass die Mutter vor der Entbindung ihres Kindes in der Aufregung den Namen ihrer Tochter falsch geschrieben hat. Mit dem anbegehrten Vornamen «L.» sind die Interessen der Gesuchsteller nicht verletzt und dieser ist somit in den Zivilstandsregistern eintragbar (Art. 69 Abs. 2 ZStV). Dem Gesuch um Änderung des Vornamens kann daher entsprochen werden.

(Direktion des Innern, 2. August 1995)

*Art. 39, 160 ZGB; Art. 50 Abs. 1 und 2 ZStV. – Übereinstimmung der Schreibweise des Familiennamens an beiden Heimatorten*

*Aus einem Schreiben des Zivilstandsinspektors:*

Am 13. September 1994 wurde Ihnen der Tod dieses Blatthinhabers vom Zivilstandsamt Zürich mitgeteilt, und zwar mit der Schreibweise «M» mit «y». Ihre internen Abklärungen haben ergeben, dass der Vater des Blatthinhabers bereits am 31. Dezember 1932 zusammen mit Ehefrau und Sohn in der Stadt Zürich mit der Schreibweise «M» mit «y» eingebürgert wurde. Seither erfolgten alle weiteren Zivilstandsfälle des Blatthinhabers und seiner Nachkommen unter dem Namen «M mit «y» (Eheschliessung, Geburten und Eheschliessungen der beiden Kinder, Tod). Die entsprechenden Einträge in Zürich lauten auf «M» mit «y» und in Ihrem Familienregister teilweise auf «M» mit «i» und teilweise auf «M» mit «y», was immer wieder zu Unsicherheiten führt.

Im Sinne einer Überstimmung der Schreibweise des Familiennamens an beiden Heimatorten (Neuheim und Zürich) verfügen wir hiermit die Berich-

tigung gemäss Art. 55 Abs. 2 ZStV in «M» mit «y» in der Familienregisterkarte 672. Die Nachfolgekarten der Kinder (671 und 612) wurden gemäss Ihren Angaben bereits mit «M» mit «y» eröffnet.

(Zivilstandsinspektorat, 7. Februar 1995)

*Art. 39, 301 Abs. 4 ZGB; Art. 50 Abs. 4, 69 Abs. 2 und 2<sup>bis</sup> ZStV. – Korrektur des Vornamens in die männliche Form*

*Aus einem Schreiben des Zivilstandsinspektorats:*

Mit Schreiben vom 23. Dezember 1994, ergänzt am 6. Januar 1995, teilen uns die Kindseltern mit, dass ihnen bei der Schreibweise des Vornamens ihres Sohnes ein Fehler unterlaufen sei, indem sie fälschlicherweise die weibliche Form «Liridone» (mit «e») auf dem Meldeschein angegeben hätten. Diesen Fehler hätten sie erst jetzt, nach dem Erhalt der amtlichen Papiere, bemerkt.

Ein Eintrag im Geburtsregister ist grundsätzlich unveränderlich. Darauf wird auch im Meldeschein für Vornamen unmissverständlich hingewiesen. Nachträgliche Änderungen sind nur als Berichtigung eines Fehlers oder Versehens auf Anordnung des Richters möglich, oder wenn der Fehler oder das Versehen offensichtlich ist, auf Verfügung der Aufsichtsbehörde. Ein Versehen der Eltern kann laut einer früheren Feststellung des Kantonsgerichts Zug dann als offensichtlich angenommen werden, wenn es unmittelbar nach dem Registereintrag gemeldet und glaubhaft nachgewiesen wird. Im vorliegenden Fall melden die Eltern ihr Versehen wohl erst zwei Monate nach der Geburt, weisen jedoch mit einer Bestätigung nach, dass es sich bei der Schreibweise «Liridone» um einen Mädchennamen und bei der Schreibweise «Liridon» um einen männlichen Vornamen handelt.

Wir verfügen deshalb gemäss Art. 50 Abs. 2 ZStV die Berichtigung im Geburtsregister, wonach das Kind den Vornamen «Liridon» führt. Den Kindseltern ist nach der Anmerkung im Geburtsregister ein neuer Geburtschein zuzustellen.

(Zivilstandsinspektorat, 17. Januar 1995)

*Art. 45 Abs. 2 ZGB; Art. 50 Abs. 2 ZStV. – Berichtigung des Geburtsregisters aufgrund eines Versehens der Spitalbehörde*

*Aus einer Verfügung des Zivilstandsinspektorates:*

Da es sich hier um ein offenes Versehen gemäss Art. 50 Abs. 2 ZStV handelt, kann das Geburtsdatum mit dem 7. November 1996 (statt 6. No-

vember 1996) berichtigt und am Rande angemerkt werden. Wir verfügen deshalb die Berichtigung im Geburtsregister.

(Zivilstandsinspektorat, 4. Dezember 1996)

*Art. 29 Abs. 1–3 ZStV. – Einsichtnahme in alle Zivilstandsregister des Kantons zum Zwecke der Ahnenforschung*

*Aus einem Schreiben des Zivilstandsinspektorats:*

Gemäss Ihrem Schreiben vom 6. April 1995 stellen Sie Nachforschungen über die Familie M. von Menzingen und über die Ahnenforschung aller Ägeri Geschlechter an. Deshalb ersuchen Sie uns um die Bewilligung zur Einsichtnahme in die Zivilstandsregister aller Zivilstandsämter des Kantons.

Grundsätzlich besteht für Privatpersonen laut Art. 29 Abs. 1 der eidgenössischen Zivilstandsverordnung (ZStV) kein Anspruch auf Einsichtnahme in die Zivilstandsregister. Die Aufsichtsbehörde kann jedoch gemäss Art. 29 Abs. 2 ZStV Privatpersonen diese Befugnis einräumen, wenn sie das Verlangen danach als begründet erachtet. Ihr Gesuch betrachten wir als begründet und erteilen Ihnen diese Befugnis. Sie ist auf ein Jahr, d.h. bis zum 30. April 1996 befristet und kann nach dieser Zeit nötigenfalls verlängert werden.

Die Nachforschung in den Registern hat in Anwesenheit des Zivilstandsbeamten oder seines Stellvertreters zu erfolgen und bleibt an die Vorschriften über die Wahrung des Amtsgeheimnisses gebunden.

(Zivilstandsinspektorat, 24. April 1995)

*Art. 50 Abs. 4 ZStV. – Ergänzung des Geburtsregisters aufgrund einer nicht vollständigen Registereintragung*

*Aus einer Verfügung des Zivilstandsinspektorates:*

Die Ergänzung gemäss Art. 50 Abs. 4 ZStV wird wie folgt am Rande angemerkt: «Ergänzung auf Verfügung der Direktion des Innern des Kantons Zug vom 18. November 1996: Bei diesem Kind handelt es sich um einen **Sohn** mit dem Familiennamen T. und dem Vornamen V.»

## 2. Familienrecht

*Art. 101 ZGB; Art. 150 Art. 3 ZStV. – Befreiung von der Vorlage des italienischen Ehefähigkeitszeugnisses*

*Aus einem Schreiben des Zivilstandsinspektors:*

Die gemäss Abkommen mit Italien vom 1.10.1968 erforderliche Ehever­kündigung in Italien kann nicht erfolgen, da die Brautleute in Italien immer noch als verheiratet eingetragen sind. Die Scheidung wurde von einem schweizerischen Gericht ausgesprochen und wird somit von den schweizerischen Behörden anerkannt. Die Anerkennung der Scheidung durch die italienischen Behörden erfordert ein zeitlich aufwendiges Verfahren. Die Brautleute beabsichtigen ihren Wohnsitz (Art. 23 Abs. 1 und 2 ZGB) in der Schweiz weiterhin aufrecht zu halten. Somit besteht die Möglichkeit, die Scheidung wie auch die erneute Eheschliessung später in Italien nachzutragen. Ein Ehehindernis gemäss Art. 101 ZGB besteht somit nicht. Wir erteilen daher die Befreiung von der Vorlage des italienischen EFZ.

(Zivilstandsinspektorat, 16. Mai 1995)

*Art. 50 Abs. 4 ZStV. – Ergänzung des Anerkennungsregisters*

*Aus einem Schreiben des Zivilstandsinspektors:*

Massgebend für die Ergänzung ist der Zeitpunkt des Ereignisses der Geburt von X., geb. 21. Dezember 1993, welche vor dem 1. Juli 1994 (Rechtskraft Änderung ZStV) erfolgte. Der Anerkennungsregistereintrag vom 2. November 1993 ist somit noch nicht vollständig und wird gemäss Art. 50 Abs. 4 ZStV auf Verfügung der Aufsichtsbehörde, nach Einreichung der fehlenden Angaben ergänzt. Diese Ergänzung kann nun erfolgen.

(Zivilstandsinspektorat, 22. Juli 1995)

*Art. 4 BV; Art. 316, 420 ZGB; § 43 Abs. 1 Bst. b EG ZGB; Art. 13 Abs. 1 Bst. b, 26, 27 der bundesrätlichen Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern vom 19. Oktober 1977 (PAV: SR 211.222.338); §§ 7, 9 Abs. 1 der kantonalen Verordnung über das Pflegekinderwesen vom 7. Mai 1985 (Pflegekinderverordnung, PflkV; BGS 213.41); Art. 292 StGB; §§ 19, 20 Abs. 1, 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG. – Pflegekinderaufsicht / Betrieb eines Tagesheimes für Kinder. – Formelles (E. I): Zulässigkeit der Beschwerde, Beschwerdeberechtigung und Formrichtigkeit (E. 1–3); Mangelhafte Eröffnung der Verfügung als Beschwerdegrund (E. 4). Materielles (E. II): Fehlende Bewilligung für den Betrieb eines Tagesheimes (E. 1); Rechtmässigkeit der ausgesprochenen Busse, der Verpflichtung zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes und der Androhung einer Ungehorsamsstrafe (E. 2); Formelle Anforderungen an einen (negativen) Bewilligungsentscheid (vorliegend nicht erfüllt) (E. 3); Zusammenfassung und Kosten (E. 4)*

## *Erwägungen:*

### I.

1. Gemäss Art. 420 Abs. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 der Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern vom 19. Oktober 1977 (PAV; SR 211.222.338) sowie in Verbindung mit § 9 Abs. 1 der Verordnung über das Pflegekinderwesen vom 7. Mai 1985 (Pflegekinderverordnung, PflkV; BGS 213.41) unterliegen Entscheide, welche die Vormundschaftsbehörde gestützt auf die letztgenannte Verordnung erlässt, der Beschwerde an den Regierungsrat. Nach § 43 Abs. 1 Bst. b des Gesetzes betreffend die Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug vom 17. August 1911 (EG ZGB; BGS 211.1) ist zuständige Vormundschaftsbehörde im vorliegenden Fall der Gemeinderat von X. Angefochten ist somit ein Entscheid einer Vormundschaftsbehörde. Dieser Entscheid hat ein Pflegeverhältnis im Sinne von § 7 PflkV (Kinderkrippen, Kinderhorte) zum Gegenstand. Das dagegen ergriffene Rechtsmittel erweist sich somit als grundsätzlich zulässig. Es ist überdies an die zuständige Instanz gerichtet.

2. Nach Art. 420 ZGB ist jedermann, der ein Interesse hat, beschwerdeberechtigt. Als betroffene Adressatin des angefochtenen Entscheides ist die Beschwerdeführerin zweifellos an dessen Aufhebung interessiert. Ihre Beschwerdeberechtigung ist deshalb grundsätzlich zu bejahen.

3. Nach Art. 420 Abs. 2 ZGB beträgt die Beschwerdefrist zehn Tage. Die an die Beschwerdeführerin gerichtete Mitteilung über den angefochtenen Entscheid datiert vom 26. Januar 1995. Die Beschwerde trägt den Eingangsvermerk vom 7. Februar 1995. Daraus darf geschlossen werden, dass die Beschwerde rechtzeitig erhoben wurde. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

4. a) Angefochten ist nicht nur der Gemeinderatsbeschluss Nr. 66 vom 25. Januar 1995. Die Beschwerdeführerin rügt darüber hinaus, sie sei über die Erledigung ihres Bewilligungsgesuchs vom 21. April 1994 im unklaren gelassen worden. Diese Rüge ist insofern unbegründet, als der Beschwerdeführerin bereits mit Schreiben vom 16. Juni 1994 mitgeteilt wurde, dass der Gemeinderat ihr Gesuch mit Beschluss Nr. 317 vom 8. Juni 1994 abgelehnt habe. Dieser Beschluss wurde der Beschwerdeführerin gegenüber jedoch nicht begründet. Ebensowenig ist die entsprechende Mitteilung an die Beschwerdeführerin als Entscheid in Briefform bezeichnet oder mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen.

b) Die mangelhafte Eröffnung liess die Beschwerdeführerin nicht erkennen, dass der Gemeinderat am 8. Juni 1994 förmlich über ihr Gesuch entschieden hatte. Insbesondere weil eine Rechtsmittelbelehrung fehlte, brauchte sich die Beschwerdeführerin nicht veranlasst zu sehen, gegen die gemeinderätliche Mitteilung Beschwerde zu erheben. Daraus darf ihr kein Nachteil er-

wachsen (vgl. Imboden/Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1990, Nr. 84 B IV und Nr. 86 B II; Jürg Stadelwieser, Die Eröffnung von Verfügungen, Diss. St. Gallen 1994, S. 190 ff.). Das Fehlen der Rechtsmittelbelehrung führte folglich dazu, dass die Rechtsmittelfrist nicht zu laufen begann (vgl. Imboden/Rhinow/Krähenmann, a.a.O.; Nr. 86 B II c; Jürg Stadelwieser, a.a.O., S. 191). Die mit vorliegender Beschwerde gegen den Gemeinderatsbeschluss Nr. 317 vom 8. Juni 1994 erhobenen Einwendungen sind deshalb als rechtzeitig zu betrachten. Auf die Beschwerde ist somit auch einzutreten, soweit sie sich gegen diesen früheren Beschluss richtet.

## II.

1. a) Nach Art. 316 Abs. 1 ZGB bedarf, wer Pflegekinder aufnimmt, einer Bewilligung der Vormundschaftsbehörde oder einer andern vom kantonalen Recht bezeichneten Stelle seines Wohnsitzes und steht unter deren Aufsicht. Art. 316 Abs. 2 ZGB verpflichtet den Bundesrat, Ausführungsvorschriften zu erlassen. Der Bundesrat ist dieser Pflicht mit dem Erlass der Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern (PAV) nachgekommen. Gemäss Art. 13 Abs. 1 Bst. b dieser Verordnung bedarf einer Bewilligung der Behörde der Betrieb von Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, mehrere Kinder unter zwölf Jahren regelmässig tagsüber zur Betreuung aufzunehmen (Kinderkrippen, Kinderhorte u. dgl.). Paragraph 7 Abs. 1 PflkV lässt eine Bewilligungspflicht entstehen, wenn mehr als drei Kinder aufgenommen werden.

b) Die Beschwerdeführerin bestätigt in ihrer Beschwerdeschrift, in ihrer Wohnung zusammen mit VX. derzeit sechs Tageskinder zu betreuen. Dabei handelt es sich um einen bewilligungspflichtigen Betrieb eines Tagesheims für Kinder im Sinne von Art. 13 Abs. 1 Bst. b PAV bzw. von § 7 PflkV. Dies wird von der Beschwerdeführerin denn auch gar nicht bestritten; vielmehr vertritt sie die Auffassung, sie verfüge bereits über eine entsprechende Bewilligung bzw. Bewilligungszusicherung. So führt sie in ihrer Beschwerdeschrift aus, es sei ihr mündlich die Erlaubnis zur Kinderbetreuung gegeben worden. Der Gemeinderat bestreitet demgegenüber sowohl eine angebliche mündliche Bewilligungserteilung als auch eine entsprechende Zusicherung.

c) Die Beschwerdeführerin vermag nichts vorzubringen, was auf eine Bewilligungserteilung hindeuten würde. Offenbar hat sie selbst Zweifel am Vorliegen einer Bewilligung. So schwächt sie in der Replik ihre ursprüngliche Behauptung ab, indem sie nur noch von einer Zusicherung spricht, die anlässlich eines Treffens am 11. Mai 1994 mit der gemeindlichen Sozialvorsteherin und den Leitern des Sozialdienstes abgegeben worden sein soll. Sodann beklagt sie sich darüber, dass sie über den Ausgang des Bewilligungsverfahrens im unklaren gelassen werde. Schliesslich ergeben sich auch aus der Korrespondenz zwischen der Beschwerdeführerin und den Gemeindebehörden keine Hinweise auf eine Bewilligungserteilung. Im Gegenteil

hielt der Gemeinderat in seinem vom 16. Juni 1994 datierten Schreiben – also rund einen Monat nach der angeblichen Zusicherung bzw. Erteilung der Bewilligung – unmissverständlich fest, dass die Bewilligungsvoraussetzungen nicht erfüllt seien und deshalb eine Bewilligungserteilung ausser Betracht falle. Bei dieser Sachlage ist davon auszugehen, dass eine Bewilligung für den Tagesheimbetrieb der Beschwerdeführerin nicht vorliegt. Damit betreibt die Beschwerdeführerin eine Pflegeeinrichtung für Kinder, ohne über die dafür notwendige Bewilligung zu verfügen.

2. a) Gemäss Art. 26 Abs. 1 PAV wird von der Behörde mit einer Ordnungsbusse bis zu 1000 Franken belegt, wer die Pflichten, die sich aus dieser Verordnung oder aus einer gestützt darauf erlassenen Verfügung ergeben, vorsätzlich oder fahrlässig verletzt. Mit dem unbewilligten Betrieb ihrer Tagesstätte hat die Beschwerdeführerin sowohl die eidgenössische als auch die kantonale Pflegekinderverordnung verletzt. Angesichts des gemeinderätlichen Schreibens vom 16. Juni 1994 muss mindestens von einer fahrlässigen Tatbegehung ausgegangen werden. Die vom Gemeinderat ausgesprochene Busse im Betrag von Fr. 200.– ist somit nicht zu beanstanden.

b) Mit der angefochtenen Verfügung wird die Beschwerdeführerin ferner verpflichtet, den bestehenden gesetzwidrigen Zustand zu beseitigen bzw. den gesetzmässigen Zustand wiederherzustellen. Dabei handelt es sich zweifellos um eine grundsätzlich zulässige Vollstreckungsmassnahme. Als ebenso zulässig erweist sich nach Art. 26 Abs. 2 PAV die Androhung der Ungehorsamsstrafe von Art. 292 StGB für den Fall einer vorsätzlichen Wiederholung der Pflichtverletzung. Unter diesen Umständen ist der angefochtene Entscheid nicht zu beanstanden, weshalb sich die Beschwerde insoweit als unbegründet erweist.

3. a) Die Beschwerdeführerin rügt im weiteren, sie sei über die Erledigung ihres Bewilligungsgesuchs vom 21. April 1994 im unklaren gelassen worden. Damit nimmt sie Bezug auf die gemeinderätliche Mitteilung vom 16. Juni 1994 und auf den dieser zugrunde liegenden Gemeinderatsbeschluss vom 8. Juni 1994. Im entsprechenden Schreiben wird der Beschwerdeführerin zwar mitgeteilt, dass ihr aufgrund der vorliegenden Angaben und Unterlagen für die Führung des Tagesheims keine Bewilligung erteilt werden könne; eine Begründung für diesen Entscheid fehlt jedoch. Ebensovienig sind die für die Ausfertigung von Entscheiden geltenden Formvorschriften eingehalten worden.

b) Nach § 19 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG; BGS 162.1) sind Entscheide schriftlich auszufertigen und sollen den Rechtsspruch (Ziff. 1), den Kostenspruch (Ziff. 2), die Rechtsmittelbelehrung (Ziff. 3) und die Daten der Entscheidung und des Versandes (Ziff. 4) enthalten. In Briefform ausgefertigte Entscheide sind als solche zu bezeichnen (Abs. 2). Ferner sind

Entscheide – von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen – schriftlich zu begründen (vgl. § 20 Abs. 1 VRG). Eine Begründungspflicht ergibt sich auch aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör, welcher aus Art. 4 BV abgeleitet wird (vgl. Georg Müller in Kommentar BV, Art. 4 Rz. 112 ff.; Jörg Paul Müller, Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, zweite Auflage, Bern 1991, S. 284 f.; Karl Spühler, Die Praxis der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1994, Rz. 404 f.; Jürg Stadelwieser, a.a.O., S. 186 ff.). Danach ist ein Entscheid so zu begründen, dass der Betroffene sich in die Lage versetzt sieht, die Tragweite der Entscheidung und die Überlegungen, von denen sich die Behörde hat leiten lassen, zu erkennen, und die Möglichkeiten und Chancen einer Anfechtung zu beurteilen (vgl. G. Müller, a.a.O., Rz. 113).

c) Die gemeinderätliche Mitteilung vom 16. Juni 1994 erfüllt diese Anforderungen in keiner Weise. Insofern ist die Beschwerde begründet, weshalb sie teilweise gutzuheissen ist. Aus dieser teilweisen Guttheissung folgt, dass der gemeinderätliche Beschluss vom 8. Juni 1994 aufzuheben und der Gemeinderat anzuweisen ist, das mit Gesuch vom 21. April 1994 eingeleitete Bewilligungsverfahren nochmals aufzunehmen, den massgebenden Sachverhalt abzuklären und das Verfahren mittels begründetem und mit Rechtsmittelbelehrung versehenem Entscheid zu erledigen. Sollten die Gesuchstellerinnen bei der Sachverhaltsfeststellung überhaupt nicht oder nicht gehörig mitwirken, sind sie unter Androhung der Säumnisfolgen (Nichteintreten auf das Gesuch) auf ihre Mitwirkungspflicht hinzuweisen.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass der angefochtene Entscheid des Gemeinderates von Unterägeri Nr. 66 vom 26. Januar 1995 zu keiner Beanstandung Anlass gibt. Soweit sich die Beschwerde gegen diesen Entscheid richtet, ist sie deshalb als unbegründet abzuweisen. Hingegen bringt die Beschwerdeführerin zu Recht vor, ihr Bewilligungsgesuch vom 21. April 1994 sei noch nicht in einem rechtsgenügenden Verfahren erledigt worden. Insofern erweist sich die Beschwerde als begründet, weshalb sie teilweise gutzuheissen ist. – Die Beschwerdeführerin ist mit ihrer Beschwerde folglich in einem wesentlichen Punkt durchgedrungen. Es rechtfertigt sich deshalb, auf die Erhebung von Kosten zu verzichten (vgl. § 23 Abs. 1 Ziff. 3 e contrario).

(RRB, 16. August 1995)

*Art. 39 ZGB; Art. 115 Abs. 1 Ziff. 4 Bst. b, 55 Abs. 2 ZStV. – Blätteröffnung für eine Witwe.*

*Aus einem Schreiben des Zivilstandsinspektors:*

Wir haben die eingereichten Unterlagen geprüft und stellen fest, dass gemäss Art. 115 Abs. 1 Ziff. 4 Bst. b ZStV für eine Witwe, für die kein eigenes Blatt besteht, sofern auch kein Kindesverhältnis zum verstorbenen Ehe-

mann besteht, ein eigenes Blatt eröffnet wird (in Kraft seit 1. 7. 1994). Für das Kind X. wurde mit der Geburt 1993 ein eigenes Blatt eröffnet. Dieser Eröffnungsgrund entfällt bei der Eintragungsart des zweiten Kindes Y. (geb. 18. 10. 1995). Darum wird für die Mutter ein eigenes Blatt eröffnet und die beiden Kinder werden ebenfalls aufgeführt.

Gemäss Art. 55 Abs. 2 ZStV erfolgen Löschungen nur auf Verfügung der Aufsichtsbehörde. Mit der obengenannten Eröffnung einer Familienregisterkarte für die Mutter, wird das Blatt von X. hinfällig. Das Blatt kann somit gelöscht werden.

(Zivilstandsinspektorat, 27. Oktober 1995)

*Art. 150 Abs. 1 Ziff. 1 Bst. b und c, 151 Abs. 1 ZStV. – Echtheit der Eheschliessungsurkunden*

*Aus einem Schreiben des Zivilstandsinspektorats:*

Gemäss unserem heutigen Telefongespräch erhalten Sie die eingereichten Urkunden retour. Das BFF hat die von uns eingereichten Urkunden für eine erste Prüfung eingesehen und hat einen starken *Fälschungsverdacht* festgestellt (siehe Schreiben vom 14. 11. 1995). Der leitende Zivilstandsbeamte verweigert die Verkündung, insbesondere wenn die notwendigen Ausweise fehlen (Art. 151 Ziff. 1 ZStV). Zur Vornahme der Verkündung müssen dem leitenden Zivilstandsbeamten Ausweise über Namen, Zivilstand und Staatsangehörigkeit vorgelegt werden (Art.150 Abs. 1 Ziff. 1 Bst. c ZStV). Diese Urkunden müssen im *Original* und dürfen nicht älter als sechs Monate sein (Art. 150 Abs. 1 Ziff. 1 Bst. b ZStV). Bei den vorgelegten Dokumenten (Geburtsurkunde, Zivilstandsnachweis, Staatsangehörigkeitsnachweis) wird die Echtheit *bezweifelt*. Deshalb wird vorläufig von einer Verkündung *abgesehen*.

Der Bräutigam hat folgende *zwei Möglichkeiten*, die Echtheit der Urkunden zu überprüfen:

1. *Persönlich* die Echtheitsprüfung bei der zuständigen Schweizerischen Vertretung in Ex-Jugoslawien (Serbien) zu veranlassen. Die Echtheit hat in jedem Falle durch diese Behörde zu erfolgen.
2. Durch Bezahlung eines *Kostenvorschusses von Fr. 400.-* an das Zivilstandsamt Risch, welches die Aufsichtsbehörde veranlasst, über das EAZW die Überprüfung einzuleiten.

Im weitem verweisen wir auf die NEWS 7.4, welche sich mit der Dokumentenüberprüfung befasst.

*Die Eheverkündung kann noch nicht erfolgen.*

(Zivilstandsinspektorat, 16. November 1995)

*Art. 392 Ziff. 1, 422 Ziff. 5 ZGB. – Genehmigung eines Erbvertrages mit Beteiligung einer Verbeiständeten*

*Sachverhalt und Erwägungen:*

A. Am 1. Juli 1995 verstarb M. X.. Er hinterliess als Erben seine Ehefrau H. X.-Y. und die beiden Söhne R. X. und A. X.. H. X.-Y. steht unter Vertretungsbeistandschaft nach Art. 392 Ziff. 1 ZGB; Beistand ist Z.

B. Mit Erbteilungsvertrag vom 14. Dezember 1995 regelten die Erben den Nachlass nach den Vorschriften des Ehevertrages vom 12. August 1976 sowie der letztwilligen Verfügung des Erblassers vom 22. Dezember 1987. Dementsprechend wurde die Liegenschaft Ass. Nr. 229a auf GBP Nr. 956 sowie das Grundstück GBP Nr. 1120 nach dem Willen des Erblassers ins Alleineigentum von H. X.-Y. übertragen. – R. X. bezog seinen Pflichtteilsanspruch von Fr. 34 169.05 nicht, sondern beliess ihn im Sinne eines Darlehens zwecks Sicherstellung der Kosten des Pflegeheimaufenthaltes seiner Mutter auf deren Bankkonto. A. X. bezog von seinem Pflichtteilsanspruch den Teilbetrag von Fr. 14 169.05 und überliess die Restsumme von Fr. 20 000.– ebenfalls als Darlehen zugunsten der Kostendeckung für die Pflege seiner Mutter.

C. Für den Fall, dass H. X.-Y. vor ihren beiden Söhnen versterben sollte, vereinbarten die Parteien mit Erbvertrag vom 14. Dezember 1995, dass der mütterliche Nachlass dereinst hälftig geteilt werde. R. X. übernimmt die erwähnte Liegenschaft und das genannte Grundstück dannzumal zu Alleineigentum unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Ausgleichungspflicht gegenüber dem Miterben A. X.. Als angemessenen Übernahmepreis für beide Liegenschaften vereinbarten die Parteien im gegenseitigen Einvernehmen und im Interesse des Verbleibens in Familienbesitz den Pauschalbetrag von Fr. 300 000.–. Die Übernahme der Liegenschaft zu Alleineigentum wurde mit der Auflage verbunden, diese so lange als möglich im Familienbesitz zu behalten, wie es der Erblasser gewünscht hatte. Des weitern wurde A. X. ein obligatorisches Vorkaufsrecht sowie ein obligatorisches Gewinnbeteiligungsrecht eingeräumt.

D. Gemäss Art. 422 Ziff. 5 ZGB bedürfen Erbverträge mit Beteiligung von Bevormundeten der Zustimmung der Aufsichtsbehörde, nachdem die Beschlussfassung der Vormundschaftsbehörde vorausgegangen ist. Artikel 422 Ziff. 5 ZGB findet auch Anwendung auf die Vertretungsbeistandschaft (Egger, Zürcher Kommentar zum ZGB, Zürich 1948, N 4 zu Art. 421). Der Bürgerrat A. hat als zuständige Vormundschaftsbehörde dem vorliegenden Erbvertrag vorbehaltlos seine Genehmigung erteilt. Mit Schreiben vom 1. April 1996 ersucht er nun um Zustimmung des Regierungsrates als zuständiger Aufsichtsbehörde.

E. Die Aufsichtsbehörde hat zu prüfen, ob der verbeiständeten Person aus dem Erbvertrag keine Nachteile entstehen. Dies ist vorliegend nicht der

Fall. Die Ehefrau des Erblassers bleibt bis zu ihrem Ableben Alleineigentümerin der Liegenschaft und des Grundstücks, und die zwischen den beiden Söhnen geltenden Teilungsregeln nach dem Ableben der Mutter beeinträchtigen deren Rechtsstellung nicht und erfolgen in Beachtung der Wünsche des Erblassers. Einer Genehmigung des Erbvertrages steht daher nichts entgegen, so dass die Direktion des Innern dem Regierungsrat entsprechend Antrag stellen kann.

(RRB, 16. April 1996)

*Art. 421 Ziff. 1, 392 Ziff. 2, 404 Abs. 2 und 3 ZGB. – Genehmigung des freihändigen Verkaufs einer Liegenschaft mit Beteiligung einer Bevormundeten, der wegen möglicher Interessenskollision mit dem Vormund ein Vertretungsbeistand bestellt werden musste.*

*Erwägungen:*

1. Es handelt sich vorliegend um einen Verkauf von Grundeigentum im Sinne von Art. 421 Ziff. 1 ZGB. Diese Bestimmung ist auch im Falle der Vertretungsbeistandschaft nach Art. 392 Ziff. 2 ZGB anwendbar, wenn der gesetzliche Vertreter ein Vormund ist (Kreisschreiben der Direktion des Innern vom 20. Mai 1988), weshalb der Gemeinderat X. das Geschäft zu Recht unter diesem Aspekt geprüft hat.

2. Vorliegend wurde ein freihändiger Verkauf getätigt. Nach herrschender Lehre muss ein Freihandverkauf nötig sein, und es muss ein Preis geboten werden, der nach bestimmter Voraussicht auch bei öffentlicher Versteigerung nicht überboten würde (Egger, Zürcher Kommentar zum ZGB, N 8 zu Art. 404 ZGB). Zu berücksichtigen ist, dass es sich beim vorliegenden Kauf um ein Mittel der Erbteilung handelt, die von jedem Miterben jederzeit verlangt werden kann (Art. 604 Abs. 1 ZGB), so dass sich die Frage, ob die Veräusserung der Liegenschaft im Interesse der Bevormundeten geboten sei, grundsätzlich nicht stellen kann (Kreisschreiben der Direktion des Innern vom 1. Oktober 1979).

Anwendbar sind hingegen Art. 404 Abs. 2 und 3, wenn es sich um eine Veräusserung an einen Dritten, ausserhalb der Erbengemeinschaft Stehenden handelt (Kreisschreiben der Direktion des Innern vom 1. Oktober 1979). Das ist vorliegend der Fall. Auch wenn die Umlagerung von Mündelvermögen im Rahmen einer erbrechtlichen Auseinandersetzung nicht verhindert werden kann, soll dies doch möglichst vorteilhaft – unter Gewährleistung freier Preisbildung und Erzielung des bestmöglichen Erlöses – geschehen. Die öffentliche Versteigerung als grundsätzlich taugliches Mittel hiezu darf deshalb aus den Überlegungen nicht von vorneherein ausgeschlossen werden, wiewohl sich mit dem Freihandverkauf vielleicht ebenso gute Ergebnisse erzielen lassen (Kreisschreiben der Direktion des Innern vom 1. Oktober 1979).

Das Bundesgericht hat ferner in mehreren Fällen (BGE 117 II 18 ff., 80 II 377, 74 II 78, 63 I 180) festgestellt, dass Art. 404 Abs. 2 und 3 auch für Grundstücke gelten, die nicht dem Mündel (Verbeiständeten) allein gehören, sondern in gemeinschaftlichem Eigentum stehen, wobei auf die Grösse der Beteiligung nichts ankommt (Kreisschreiben der Direktion des Innern vom 1. Oktober 1979). Ein solcher Fall ist vorliegend gegeben.

3. Es ist somit zu prüfen, ob der vorliegende freihändige Verkauf im Sinne von Art. 404 Abs. 3 ZGB vom Regierungsrat als vormundschaftlicher Aufsichtsbehörde genehmigt werden kann. Laut Schätzung der Güterschätzungskommission des Kantons Schwyz per 20. Dezember 1994 beträgt der Verkehrswert der Liegenschaft Fr. 284000.- und der Ertragswert Fr. 0, da nicht mehr bewohnbar. Beim Verkaufspreis von Fr. 500000.- handelt es sich um das Höchstgebot unter mehreren Offerten. Somit kann davon ausgegangen werden, dass vorliegend wohl der bestmögliche Erlös erzielt wurde und auch bei einer Versteigerung kaum ein höherer Kaufpreis erzielt worden wäre. Zudem haben die übrigen drei Erben dem Kaufvertrag vorbehaltlos zugestimmt.

4. Der Genehmigung des freihändigen Verkaufs steht somit nichts entgegen, weshalb die Direktion des Innern dem Regierungsrat entsprechend Antrag stellen kann.

(RRB, 30. April 1996)

*Art. 367 Abs. 3, 376 Abs. 2, 388 Abs. 2 und 3, 396 Abs. 1 und 2, 397 Abs. 1 ZGB; §§ 43 Abs. 1 Bst. a und 46 EG ZGB (Fassung gemäss BGS 211.1), § 44 Abs. 1 Bst. a EG ZGB (Fassung gemäss GS 10, 21 / SH III, 13), Ziff. IV/1 und 3 der Übergangsbestimmungen EG ZGB (gemäss GS 21, 131); § 120 Abs. 1 Ziff. 2 GG; §§ 24 Abs. 2, 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG. – Anfechtung der Wahl eines neuen Beistandes durch eine örtlich unzuständige Vormundschaftsbehörde (Bürgerrat statt Gemeinderat). – Eintreten (E. I): Legitimation und Frist (E. I); Weiterleitung der Angelegenheit an die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde (E. 2). – Überprüfung auf Gesetzwidrigkeit (E. II): Wechsel der Zuständigkeit ab 1. Januar 1979 (E. 2 a-c); Anfechtbarkeit der durch die örtlich unzuständige Vormundschaftsbehörde vorgenommenen Beistandsbestellung (E. 2 d). – Kosten (E. III)*

*Erwägungen:*

## I.

1. Nach Art. 388 Abs. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 367 Abs. 3/397 Abs. 1 ZGB kann jedermann, der ein Interesse hat, die Wahl des Beistandes binnen zehn Tagen, nachdem er von ihr Kenntnis erhalten hat, als gesetzwidrig anfechten. Anfechtungsberechtigt sind insbesondere die (angeblich zu Un-

recht) im Widerspruch zu Art. 380 ZGB (analog) übergangenen Personen (Schnyder/Murer, Berner Kommentar zum ZGB, Bern 1984, N 22 zu Art. 388). Als bei der Wahl des Beistandes nicht berücksichtigter Verwandter ist der Einsprecher im vorliegenden Verfahren legitimiert.

Die Anfechtungsfrist wurde vorliegend eingehalten, und die übrigen Voraussetzungen nach Art. 388 Abs. 2 ZGB waren ebenfalls erfüllt, so dass der Bürgerrat zu Recht auf die Sache eintrat.

2. Wird von der Vormundschaftsbehörde die Anfechtung als begründet anerkannt, so trifft sie eine neue Wahl, andernfalls unterbreitet sie die Angelegenheit mit ihrem Bericht der Aufsichtsbehörde zur Entscheidung (Art. 388 Abs. 3 ZGB).

Der Bürgerrat hält in seinem Bericht vom 16. Juli 1996 an der Wahl von X. zum Beistand fest. Folgerichtig leitete er die Angelegenheit zum Entscheid an den Regierungsrat als vormundschaftliche Aufsichtsbehörde (§ 46 EG ZGB; BGS 211.1) weiter. Auf die Angelegenheit ist daher einzutreten.

## II.

1. Die Aufsichtsbehörde hat die angefochtene Wahl auf Gesetzwidrigkeit hin zu überprüfen; «Wahl» umfasst Verfahren und Wahlakt (Schnyder/Murer, a.a.O., N 46 zu Art. 388).

2.a) Der Einsprecher macht unter anderem geltend, die Vormundschaft sei rückwirkend per 1. Januar 1996 an die Einwohnergemeinde Y. übertragen worden; damit sei auch diese Behörde für die Wahl eines neuen Beistandes zuständig und verantwortlich. Er zieht die Rechtmässigkeit der «Absprache» mit der Vormundschaftsbehörde der Gemeinde Y. in Zweifel. Dagegen beruft sich der Bürgerrat Z. auf eine Usanz, wonach trotz Wechsel vom Heimat- zum Wohnsitzprinzip (siehe Bst. b nachstehend) eine Beistandschaft von der bisherigen Vormundschaftsbehörde noch so lange weitergeführt werde, bis ohnehin Änderungen (Wohnsitzwechsel, Beistandswechsel) erforderlich würden.

b) Nach Art. 396 Abs. 1 ZGB wird die Vertretung durch einen Beistand für die der Beistandschaft bedürftige Person von der Vormundschaftsbehörde ihres (zivilrechtlichen) Wohnsitzes angeordnet, und nach Art. 396 Abs. 2 ZGB erfolgt die Anordnung einer Vermögensverwaltung durch die Vormundschaftsbehörde des Ortes, wo das Vermögen in seinen Hauptbestandteilen verwaltet wurde oder der zu verbeiständenden Person zugefallen ist. Nach beiden Zuständigkeitsnormen (vgl. dazu Tuor/Schnyder/Schmid, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 1995, S. 402) befindet sich der massgebende Ort für B. seit jeher in Y. Dass seine Verbeiständung im Jahre 1954 durch den Bürgerrat Z. erfolgte, hat mit der gesetzlichen Regelung im Kan-

ton Zug vor 1978 zu tun. Gemäss § 44 Abs. 1 Bst. a des Gesetzes betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug vom 17. August 1911 (EG ZGB) in der Fassung vor dem 11. Mai 1978 (GS 10,21 / SH III, 13) war – gestützt auf den Vorbehalt von Art. 376 Abs. 2 ZGB – der Ortsbürgerrat der Heimatgemeinde Vormundschaftsbehörde für die an ihrem Heimatort oder in einer andern Gemeinde des Kantons wohnenden zugerischen Kantonsbürger. Mit Gesetzesänderung vom 11. Mai 1978, in Kraft ab 1. August 1978 (GS 21, 131), wurde diese Bestimmung (neu § 43 Abs. 1 Bst. a) dahin geändert, dass der Ortsbürgerrat nurmehr Vormundschaftsbehörde für an ihrem Heimatort wohnende Gemeindebürger ist (dementsprechend auch § 120 Abs. 1 Ziff. 2 des Gemeindegesetzes, GG; BGS 171.1), während für alle übrigen Einwohner der jeweilige Gemeinderat zuständig ist. Damit wurde die Heimatzuständigkeit des Bürgerrates auf die an ihrem Bürgerort wohnenden Gemeindebürger beschränkt. Von Bedeutung sind jedoch im vorliegenden Fall insbesondere die Übergangsbestimmungen in Ziff. IV der erwähnten Änderung des EG ZGB vom 11. Mai 1978. Gemäss deren Ziff. 1 blieb der Ortsbürgerrat der Heimatgemeinde bis Ende 1978 auch für jene zugerischen Kantonsbürger die zuständige Vormundschaftsbehörde, welche bis zu diesem Zeitpunkt in einer andern Gemeinde des Kantons Zug als der Heimatgemeinde ihren Wohnsitz hatten, und gemäss deren Ziff. 3 war ab 1. Januar 1979 für die zugerischen Kantonsbürger, die in einer andern Gemeinde des Kantons Zug als der Heimatgemeinde ihren Wohnsitz hatten, der Gemeinderat der Wohngemeinde die zuständige Vormundschaftsbehörde. Die Übergabe der Akten vom Ortsbürgerrat an den Gemeinderat hatte zu Beginn des Jahres 1979 zu erfolgen. Die entsprechenden Jahresrechnungen pro 1978 waren noch vom Ortsbürgerrat zu prüfen. Es kann somit keine Rede davon sein, dass ein Wechsel der vormundschaftlichen Zuständigkeit vom Bürgerrat auf den Gemeinderat erst auf den Zeitpunkt eines Wohnorts- oder Beistandswechsels oder eines andern vormundschaftlich relevanten Ereignisses stattzufinden hätte.

c) Somit war ab 1. Januar 1979 im vorliegenden Fall nicht mehr der Bürgerrat Z. sondern der Gemeinderat Y. zuständige Vormundschaftsbehörde für B.. Die Übergabe der Akten hätte zu Beginn des Jahres 1979 erfolgen müssen. Eines Übergabe- und Übernahmebeschlusses, wie sonst bei Wechsel des Wohnsitzes erforderlich (Schnyder/Murer, a.a.O., N 117 zu Art. 377), hätte es nicht bedurft, da der kantonale Gesetzgeber für diesen besonderen Wechsel in der Zuständigkeit nur eine Aktenübergabe vorsah. Der Bürgerrat Z. war somit nicht befugt, B. einen neuen Beistand zu bestellen. Vielmehr hätte er den Fall dem Gemeinderat X. als Wohnsitzbehörde übergeben müssen mit dem Hinweis, dass für B. ein neuer Beistand zu wählen sei.

d) Der Bürgerrat Z. hat als örtlich unzuständige Behörde eine Beistandsbestellung vorgenommen. Entscheide örtlich unzuständiger Behörden sind zwar nicht nichtig, jedoch anfechtbar (vgl. Schnyder/Murer, a.a.O., N 66 zu Art. 396). Im vorliegenden Fall hat der Einsprecher den Wahlentscheid des

Bürgerrates angefochten; diese Anfechtung ist gutzuheissen und die Wahl aufzuheben. Gleichzeitig ist der Bürgerrat anzuweisen, die Akten dem Gemeinderat Y. zu übergeben, sofern bzw. soweit dies nicht bereits im Zusammenhang mit dem Übergabebeschluss vom 25. Juni 1996 erfolgte, und ihn zu ersuchen, für B. einen geeigneten Beistand zu wählen. Angesichts des mit den Begriffen des nahen und tauglichen Verwandten, der Würdigung allfälliger Wünsche des Verbeiständeten und seiner gesamten Interessenlage verbundenen Ermessens macht ein neuer Entscheid für den Einsprecher durchaus Sinn.

### III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Bürgerrat Z. kostenpflichtig (§ 24 Abs. 2 VRG). Ferner hat er der obsiegenden Partei eine Parteientschädigung auszurichten (§ 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG).

( RRB, 13. August 1996)

*Art. 375, 385 Abs. 3 ZGB; § 29 Abs. 2 VormV: Entmündigung einer geistig Behinderten und Unterstellung unter elterliche Gewalt / Verschiebung der Veröffentlichung*

*Sachverhalt:*

A. Mit Beschluss vom 17. Juni 1996 hat der Gemeinderat A. als zuständige Vormundschaftsbehörde X., geboren am 13. Juni 1978, von R. LU, mit zivilrechtlichem Wohnsitz in A. (bei den Eltern), und Aufenthalt in der Sonderschule B., gestützt auf einen ärztlichen Bericht von Dr. med. Y., Kinderärztin FMH, vom 23. Mai 1996, nach Art. 369 ZGB entmündigt und nach Art. 385 Abs. 3 ZGB unter die elterliche Gewalt von Vater und Mutter gestellt.

Aus dem ärztlichen Bericht geht hervor, dass X. an einer schweren infantilen Zerebralparese mit schwerster geistiger Behinderung seit dem Säuglingsalter leidet. Sie sei weder handlungs- noch beschlussfähig.

B. In seinem Beschluss vom 17. Juni 1996 ersucht der Gemeinderat A. den Regierungsrat, die Veröffentlichung der Entmündigung aufzuschieben.

*Erwägungen:*

Nach Art. 375 Abs. 1 ZGB muss die Entmündigung, sobald sie rechtskräftig geworden ist, veröffentlicht werden. Die Unterstellung unter elterliche Gewalt vermag den Beteiligten die Publikation grundsätzlich nicht zu ersparen (Egger, Zürcher Kommentar zum ZGB, N 8 zu Art. 385; vgl. auch Schnyder/Murer, Berner Kommentar zum ZGB, N 37 zu Art. 375).

2. Die Aufsichtsbehörde kann jedoch nach Art. 375 Abs. 2 ZGB ausnahmsweise die Verschiebung der Veröffentlichung bewilligen, solange ein Geistesschwacher oder eine Geistesschwache – dauernd – in einer Anstalt untergebracht ist. Das ist vorliegend nicht der Fall.

3. a) Nach § 29 Abs. 2 der kantonalen Verordnung über das Vormundchaftswesen (VormV) ist indessen in allgemeiner Weise vorgesehen, dass auf begründetes Begehren hin von einer Veröffentlichung Umgang genommen werden kann. In der Lehre wird diese Möglichkeit zwar nicht ausgeschlossen, jedoch nur mit Vorbehalt bejaht: «Darüber hinaus (gemeint ist Art. 375 Abs. 2 ZGB) gewähren die Behörden die Verschiebung gelegentlich, um die Entmündigung als weniger hart erscheinen zu lassen, jedoch unter ihrer Verantwortung» (Egger, a.a.O., N 10 zu Art. 375). Nach Schnyder/Murer (a.a.O., N 83 zu Art. 375) muss die ratio legis, die «Gefahrlosigkeit», erfüllt sein.

b) In ständiger Praxis macht der Regierungsrat von dieser Möglichkeit mit Zurückhaltung Gebrauch, da die Publikation der Entmündigung insbesondere dem Schutz des oder der Entmündigten selbst dient. Es bedarf einer nahezu an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit, dass der oder die Entmündigte keine für ihn oder sie schädlichen Rechtsgeschäfte tätigen werde, bzw. ein Dritter muss ohne weiteres erkennen können, dass der oder die Entmündigte urteilsunfähig ist. In diesem Sinne lautet auch die Empfehlung der Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden (VBK) vom 27. November 1989: Ebensowenig erscheint der mit der Veröffentlichung bezweckte Schutz des Mündels oder Dritter nötig, wenn sein Aussehen oder Benehmen die Urteilsunfähigkeit für jeden Dritten offenkundig macht, oder wenn das Mündel mit Sicherheit von vorneherein für alle grösseren verpflichtenden Rechtsgeschäfte nicht urteilsfähig ist. Diese Voraussetzungen sind vorliegend nach der Beurteilung der Vormundschaftsbehörde, gestützt auf die ärztlichen Ausführungen, erfüllt. Ferner hält sich X. weitgehend in der Sonderschule B. auf, wo sie unter Aufsicht steht. Wenn sie jeweils zuhause weilt, lassen ihr die Eltern den notwendigen Schutz und Beistand zukommen. Der Regierungsrat hat in mehreren vergleichbaren Fällen eine Verschiebung der Publikation bewilligt, so dass auch dem vorliegenden Ersuchen stattgegeben werden kann. Die Direktion des Innern stellt dem Regierungsrat entsprechend Antrag.

c) Es handelt sich indessen nicht um einen endgültigen Verzicht auf die Veröffentlichung, sondern vielmehr um eine Verschiebung für so lange, als sich die derzeitigen Verhältnisse (insbesondere der Aufenthalt in der Sonderschule B.) nicht ändern. Im Hinblick auf den Schutzzweck der Publikation und die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe hat die Vormundschaftsbehörde diese Verhältnisse in geeigneter Weise zu überwachen und allfällige Veränderungen der Aufsichtsbehörde unverzüglich zu melden.

(RRB, 13. August 1996)

*Art. 383 Ziff. 3 in Verbindung mit Art. 397 Abs. 1 ZGB: Ausschlussgrund für einen Beistand, wenn dieser als Anwalt in «Kostengemeinschaft» mit einem Anwalt zusammenarbeitet, der als Rechtsvertreter des Ehemannes die Errichtung einer Beistandschaft für die Ehefrau beantragt hat?*

*Aus den Erwägungen:*

4. Zwar ist die Beistandschaft als solche im Zeitpunkt der Errichtung als begründet zu betrachten. Zu einer kritischen Bemerkung Anlass geben indes die Wahl der Person des Beistandes durch den Gemeinderat A. und die Annahme des Mandates durch den bezeichneten Anwalt. Es erscheint als nicht unbedenklich, dass Rechtsanwalt X. als Beistand eingesetzt wurde, auch wenn zwischen ihm und Rechtsanwalt Y. (Vertreter des Ehemannes), wie letzterer geltend macht, keine Büro- sondern lediglich eine «Kostengemeinschaft» besteht. Bei einer solchen personellen Konstellation können die Möglichkeit und zumindest der Anschein von Interessenkollisionen nicht ausgeschlossen werden. Dies umso weniger als die Beschwerdeführerin (Ehefrau) ihre eigenen Interessen und diejenigen ihres Ehemannes laut Beschwerdeschrift keineswegs für identisch hält und sie ihrem Ehemann auch das Mandat für den Rechtsstreit in Deutschland entzogen hatte. Der Gemeinderat A. und der bezeichnete Beistand hätten sich bewusst sein müssen, dass eine solche Wahl des Beistandes problematisch ist, auch wenn rein rechtlich kein Ausschlussgrund im Sinne von Art. 383 Ziff. 3 ZGB in Verbindung mit Art. 397 Abs. 1 ZGB gegeben war.

(RRB, 5. November 1996)

*Art. 25 Abs. 1, 311 Abs. 1 insbes. Ziff. 2, 315 ZGB; Art. 10 Bst. a des Haager Übereinkommens über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen vom 15. November 1965 (SR 0.274.131/AS 1994, 2809); §§ 36 Abs. 1, 44, 46 EG ZGB; §§ 28 Abs. 2 Ziff. 1, 45 Abs. 1 VRG; Ziff. 114 des Verwaltungsgebührentarifs (BGS 641.1). – Entziehung der elterlichen Gewalt einer unverheirateten Mutter, weil sie ihre Pflichten gegenüber dem Kind gröblich verletzt hat. – Formelles (E. I): Örtliche Zuständigkeit der vormundschaftlichen Behörden am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes zum Erlass von Kinderschutzmassnahmen, sachliche und funktionale Zuständigkeit des Regierungsrates zum Entscheid über einen Gewaltsentzug (E. 1 und 2); Antragsrecht der Vormundschaftsbehörde (E. 3). – Materielles (E. II): Voraussetzungen des Gewaltsentzuges (E. 1); Beiziehung von Gutachten und ärztlichem Zeugnis (E. 2); Rechtliches Gehör (E. 3). – Zusammenfassung, Kosten- und Entschädigungsfrage (E. III)*

## *Erwägungen:*

### I.

1. Die Entziehung der elterlichen Gewalt durch die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde nach Art. 311 Abs. 1 ZGB ist eine Kindesschutzmassnahme. Kindesschutzmassnahmen werden von den vormundschaftlichen Behörden am Wohnsitz des Kindes angeordnet (Art. 315 Abs. 1 ZGB). Lebt das Kind bei Pflegeeltern oder sonst ausserhalb der häuslichen Gemeinschaft der Eltern oder liegt Gefahr im Verzug, so sind auch die Behörden am Ort zuständig, wo sich das Kind aufhält (Art. 315 Abs. 2 ZGB).

2.a) Nach Art. 25 Abs. 1 ZGB gilt als Wohnsitz des Kindes unter elterlicher Gewalt der Wohnsitz der Eltern oder, wenn die Eltern keinen gemeinsamen Wohnsitz haben, der Wohnsitz des Elternteils, unter dessen Obhut das Kind steht; in den übrigen Fällen gilt sein Aufenthaltsort als Wohnsitz.

b) Angesichts der Regelung von Art. 315 Abs. 2 ZGB braucht der Wohnsitz des Kindes A. (geboren 1992) nicht näher abgeklärt zu werden, nachdem sich dieses wieder in X. (und damit im Kanton Zug) bei seinen Grosseltern väterlicherseits aufhält. Die Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde am Wohnsitz und diejenige am gewöhnlichen Aufenthalt sind rechtlich gleichwertig. Von den beiden Behörden gebührt derjenige der Vorrang, mit welcher der Fall enger zusammenhängt, welche mit den Verhältnissen mehr vertraut ist und den Schutz des Kindes besser wahrnehmen kann. (Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 4. Auflage, Bern 1994, N 27.59). Nachdem sich sowohl der Gemeinderat X. als Vormundschaftsbehörde als auch der Regierungsrat als vormundschaftliche Aufsichtsbehörde in einem ersten Kinderschutzverfahren intensiv mit dem Kind befasst haben, sind sie als Aufenthaltsbehörden (§ 44 EG ZGB) auch im vorliegenden Verfahren zuständig. Die sachliche und funktionale Zuständigkeit des Regierungsrates zum Entscheid über einen Gewaltentzug stützt sich auf Art. 311 Abs. 1 ZGB sowie die §§ 36 Abs. 1 Satz 1 und 46 EG ZGB.

3. Das vorliegende Kindesschutzverfahren beruht auf einem Antrag des Gemeinderates X. gemäss Ziff. 1 seines Beschlusses vom 21. August 1996. Gemäss § 36 Abs. 1 Satz 2 EG ZGB steht ihm ein solches Antragsrecht ausdrücklich zu. Bereits am 12. August 1996 hatte auch der Vater des Kindes dem Regierungsrat ein entsprechendes Rechtsbegehren gestellt. Diesem steht zwar nur das Mittel der Anzeige zur Verfügung (vgl. Hegnauer, a.a.O., N 27.63; Martin Stettler, Schweizerisches Privatrecht, Band III/2, Das Kindesrecht, Basel 1992, S. 527 f.), doch hat die Behörde ohnehin von Amtes tätig zu werden, wenn sie von einer Gefährdung des Kindes Kenntnis erhält (Hegnauer, a.a.O.). Was das Begehren des Vaters des Kindes um Namensänderung in «B.» betrifft, so ist dieses nicht im Rahmen des vorliegenden Verfahrens zu behandeln, sondern wäre mittels eines besonderen Gesuches bei der Direktion des Innern zu stellen, falls die Voraussetzungen hiefür erfüllt

sind. Die weiteren Begehren betreffend Besuchsrecht und Unterhaltsleistung der Mutter richten sich an die Vormundschaftsbehörde, weshalb im vorliegenden Verfahren nicht darauf einzutreten ist.

## II.

1. Sind andere Kinderschutzmassnahmen erfolglos geblieben oder erscheinen sie von vorneherein als ungenügend, so entzieht die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde die elterliche Gewalt (Art. 311 Abs. 1 ZGB), wenn die Eltern wegen Unerfahrenheit, Krankheit, Gebrechen, Ortsabwesenheit oder ähnlichen Gründen ausserstande sind, die elterliche Gewalt pflichtgemäss auszuüben (Ziff. 1), oder wenn die Eltern sich um das Kind nicht ernstlich gekümmert oder ihre Pflichten gegenüber dem Kinde gröblich verletzt haben (Ziff. 2)

2. a) Dem vorliegenden Kinderschutzverfahren ging - wie bereits erwähnt - ein anderes voraus, welches im gegenseitigen Einvernehmen aller Beteiligten mit Beschluss des Gemeinderates X. vom 17. April 1996 abgeschlossen werden konnte. In diesem Verfahren war ein kinderpsychologisches Gutachten eingeholt worden, welches sich im damaligen Zeitpunkt wohl für einen Obhutsentzug gegenüber der Kindsmutter, nicht aber für einen Gewaltsentzug aussprach, um der Mutter eine Chance zu geben. Für A. empfahl die Gutachterin eine psychotherapeutische Behandlung, welche vom Gemeinderat X. angeordnet und am 7. Mai 1996 begonnen wurde.

b) Einem ärztlichen Zeugnis der Therapeutin, Dr. med. P., Kinderpsychiaterin, vom 29. Juli 1996 ist zu entnehmen, dass sich A. bei ihren Grosseltern gut entwickelte, dort gut aufgehoben war und bereits eine Beruhigung ihrer psychischen Verfassung und ihres Verhaltens statt fand. Ziel der Therapie sei gewesen, dem Kind mit der therapeutischen Begleitung zur Entwirrung seiner Emotionen und zur festeren Verwurzelung zu verhelfen. Dieser Prozess sei durch die Entführung des Kindes abgebrochen worden. Die Verpflanzung in eine neue, anderssprachige Umgebung, mit zum Teil anderen, neuen Bezugspersonen, und der Abbruch aller Beziehungen zu den bisherigen Bezugspersonen habe für das Kind eine schwerwiegende innere Verunsicherung, Desorientierung und Verschlechterung seines psychischen Zustandes zur Folge, so dass dadurch seine weitere Entwicklung gefährdet sei. Für das Wohl des Kindes sei es unbedingt notwendig, es wieder in seine vertraute, gewohnte, ihm gegenüber wohlwollend eingestellte Umgebung in der Schweiz zurückzubringen und auch die Psychotherapie weiterzuführen.

Die Gutachterin im ersten Kinderschutzverfahren, Dr. phil. F., hält in ihrem ergänzenden Kurzgutachten vom 30. September 1996 fest, dass die Bedingungen zum Wohle des Kindes durch die Entführung von A. nicht mehr erfüllt seien. Aus kinderpsychologischer Sicht sei die gesunde Entwicklung des Kindes, solange es sich in der Obhut der Mutter befinde, sehr ge-

fährdet. Die Gutachterin erachtet die Voraussetzungen des Entzuges der elterlichen Gewalt nach Art. 311 Abs. 1 (Ziff. 2) ZGB als erfüllt und den Entzug zum Wohle des Kindes als notwendig. Unter den neu entstandenen Umständen betrachtet sie die Übertragung der elterlichen Gewalt an den Vater des Kindes ebenfalls als notwendig.

c) Mit der Verbringung des Kindes durch die Mutter nach Z. (Ausland) haben sich die am 17. April 1996 (einvernehmlich) angeordneten Kindeschutzmassnahmen als erfolglos erwiesen. Die Mutter hat die ihr gebotene Chance, mit mildereren Massnahmen das Wohl des Kindes zu fördern, verpasst. Durch ihr Verhalten zum Schaden des Kindes hat sie ihre Pflichten gegenüber dem Kind gröblich verletzt (Art. 311 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). So erachtet denn die Gutachterin einen Entzug der elterlichen Gewalt der Mutter heute als notwendig. Stützt sich die entscheidende Behörde auf den Bericht eines Experten oder einer Expertin, so ist sie zwar in der Würdigung des Gutachtens frei, darf jedoch nicht ohne triftige Gründe ihre Meinung anstelle derjenigen des Experten/der Expertin setzen (vgl. hiezu BGE 101 IV 130 ff. und dort zitierte Entscheide; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 27. Januar 1983 i.S. K.K.). Mit der Gutachterin, aber auch gestützt auf das ärztliche Zeugnis der Psychotherapeutin ist festzustellen, dass der Kindsmutter die elterliche Gewalt gestützt auf Art. 311 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB entzogen werden muss.

3. Vor der Anordnung einer Kindeschutzmassnahme sind die betroffenen Eltern bzw. der betroffene Elternteil anzuhören, sofern sie sich nicht dem Verfahren entziehen (vgl. Hegnauer, a.a.O., N 27.63). Vorliegend wurde der Mutter des Kindes durch postalische Zustellung (eingeschrieben mit Rückschein) der einschlägigen Akten nach Z. (Ausland) gemäss Art. 10 Bst. a des Haager Übereinkommens über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen vom 15. November 1965 (SR 0.274.131/AS 1994, 2809) Gelegenheit gegeben, zur Frage des Gewaltentzugs Stellung zu nehmen. Sie hat davon innert der angesetzten Frist jedoch keinen Gebrauch gemacht.

### III.

1. Zusammenfassend ist folgendes festzuhalten: In Gutheissung des Antrages des Gemeinderates X. vom 21. August 1996 ist der Kindsmutter die elterliche Gewalt über ihre Tochter A. gestützt auf Art. 311 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB zu entziehen. Einer allfälligen Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist die aufschiebende Wirkung nach § 45 Abs. 1 VRG zu entziehen, damit die Massnahme sofort Wirkung entfaltet.

2. Nach Ziff. 114 des Kantonsratsbeschlusses über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen (Verwaltungsgebührentarif) vom 11. März 1974 (BGS 641.1) dürfen für Amtshandlung zum Schutze von Kindern keine Ge-

bühren bezogen werden, weshalb eine Kostenaufgabe von vorneherein entfällt. Die Zusprechung einer Parteientschädigung fällt ausser Betracht: an den Gemeinderat X. schon deshalb, weil er in Ausübung seiner obrigkeitlichen Funktion und nicht als Partei mit gegensätzlichen Interessen am Verfahren beteiligt ist (vgl. § 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG; GVP 1981/82, S. 114), und an den Vater des Kindes deshalb, weil auch ihm als Anzeiger im vorliegenden Verfahren keine Parteistellung zukommt.

(RRB, 12. November 1996)

*Art. 150 Abs. 3, 167 Abs. 3 ZStV. – Befreiung von der Vorlage neuer Heiratsurkunden. Aushändigung der Geburtsurkunde aus den Eheakten an die Braut Aus einer Verfügung des Zivilstandsinspektorates:*

Gemäss Aussage der Braut (Personalienerklärung vom 5. September 1996) kann sie als anerkannter Flüchtling in Deutschland keine neuen Heiratsurkunden aus dem Iran beschaffen. Wir erteilen deshalb Befreiung (Art. 150 Abs. 3 ZStV) von der Vorlage neuer Urkunden. ... Sie teilen uns mit, dass die Braut ihre Geburtsurkunde zurückverlangt. Gemäss Art. 167 Abs. 3 ZStV kann die Rückgabe von Ausweisen aus den Eheakten gestattet werden. Die verlangte Geburtsurkunde kann der Braut ausgehändigt werden. Es ist aber eine beglaubigte Kopie den Eheakten beizulegen. Die Eheverkündung kann erfolgen.

(Zivilstandsinspektorat, 10. Dezember 1996)

### **3. Sachenrecht**

*Art. 956 Abs. 2 ZGB in Verb. mit Art. 104 GBV als Beschwerden gegen die Amtsführung des Grundbuches (allgemeine Grundbuchbeschwerde) im Verhältnis zur kantonalen Aufsichtsbeschwerde gemäss § 52 VRG: Eine allgemeine Grundbuchbeschwerde bedarf einer geltenden, anfechtbaren Verfügung durch das Grundbuchamt als Beschwerdeobjekt.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Im Hinblick auf ein allfälliges Widerspruchs-/Anfechtungsverfahren gemäss SchKG ersuchte Rechtsanwalt X beim Grundbuchamt Zug am 2. November 1993 um Zustellung von Grundbuchauszügen und Auskunft betreffend Kauf und zwischenzeitlichen Handänderungen zweier bestimmter Liegenschaften. Nachdem das Grundbuchamt zunächst sein Begehren mit der Begründung eines ungenügenden Interessennachweises mit Schreiben vom 19. November 1993 abgelehnt hatte, erteilte das Grundbuchamt Rechtsanwalt X nach dessen telefonischer und schriftlicher Intervention mit ausführlicher Gesuchsbegründung und unter Hinweis auf den Grundsatz der

Öffentlichkeit des Grundbuches schliesslich am 7. Dezember 1993 die von ihm gewünschten Auskünfte bezüglich Kauf und Verkauf der fraglichen Immobilien, verweigerte aber nach wie vor die Zustellung der Grundbuchauszüge.

Daraufhin reichte RA X beim Regierungsrat eine als «förmliche Aufsichtsbeschwerde im Sinne von Art. 956 Abs. 1 und 2, 1. Halbsatz ZGB i.V.m. § 151 EG ZGB» bezeichnete Eingabe ein und beantragte sinngemäss, das Grundbuchamt sei durch den Regierungsrat als Aufsichtsbehörde auf seine Amtspflichtverletzung aufmerksam zu machen. Im wesentlichen rügte er dabei die schleppende Behandlung seiner Anfrage und die Behauptung eines ungenügenden Interessennachweises sowie der angeblich mangelhaften Bevollmächtigung durch seine Klientschaft.

*Aus den Erwägungen:*

(...)

## II.

1. Gemäss Art. 956 Abs. 2 des Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) werden Beschwerden gegen die Amtsführung des Grundbuches, sofern nicht eine gerichtliche Anfechtung vorgesehen ist, von der kantonalen Aufsichtsbehörde entschieden. Art. 104 der Verordnung betreffend das Grundbuch (GBV; SR 211.432.1) als Ergänzungs- und Ausführungserlass zum ZGB regelt die allgemeine Grundbuchbeschwerde, die bei verweigerten oder verzögerten Amtshandlungen des Grundbuchamtes jederzeit erhoben werden kann. Als Beschwerdeinstanz bezeichnet Art. 102 GBV die kantonale Aufsichtsbehörde.

2. a) Gemäss § 40 Abs. 1 VRG können mit der Verwaltungsbeschwerde alle Entscheide unterer Verwaltungsbehörden angefochten werden, sofern die Weiterzugsmöglichkeit nicht durch besondere Vorschriften ausdrücklich ausgeschlossen ist. Als Entscheide im Sinne dieser Bestimmung gelten nach § 4 VRG Anordnungen und Feststellungen der diesem Gesetz unterstellten Verwaltungsbehörden mit hoheitlicher Wirkung sowie Urteile des Verwaltungsgerichtes.

b) Nach der Praxis des Verwaltungsgerichtes sind Entscheide im Sinne von § 4 VRG nichts anderes als Verfügungen. Darunter ist jede verwaltungsbehördliche Massnahme zu verstehen, durch die ein konkreter Einzelfall mit unmittelbarer und verbindlicher Wirkung geregelt wird (vgl. Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Zürich 1983, S. 116). Eine Verfügung ist auf eine Rechtswirkung ausgerichtet, das heisst, es werden damit in einem konkreten Fall Rechte und Pflichten begründet, geändert oder aufgehoben. Dabei gilt es zu beachten, dass die Form bzw. Ausgestaltung der Verfügung grundsätzlich keinen Einfluss auf deren Rechtsnatur hat.

c) Im vorliegenden Fall hat das Grundbuchamt die vom Beschwerdeführer beantragte Einsichtnahme zunächst verweigert und erst später, aufgrund weiterer telefonischer Nachfrage und schriftlicher Ergänzungen, die gewünschten Auskünfte schliesslich erteilt. Damit wurde die ablehnenden Verfügung des Grundbuchamtes im Sinne einer verwaltungsbehördlichen Massnahme aufgrund des sinngemässen Wiedererwägungsgesuches mit dem auskunftserteilenden Schreiben seitens des Grundbuchamtes aufgehoben.

d) Gestützt darauf ergibt sich, dass für eine allgemeine Grundbuchbeschwerde nach Art. 104 GBV im Sinne einer förmlichen Aufsichtsbeschwerde mangels einer noch gültigen, anfechtbaren Verfügung als Beschwerdeobjekt kein Raum mehr besteht. Die objektive Prozessvoraussetzung eines Rechtsmittelgegenstandes im Verwaltungsbeschwerdeverfahren gemäss § 40 Abs. 1 VRG ist nicht gegeben, weshalb auf die Beschwerde im Sinne einer Verwaltungsbeschwerde nach § 39 ff VRG nicht eingetreten werden kann.

### III.

1. Die Aufsichtsbeschwerde gemäss § 52 VRG ist – im Gegensatz zur Verwaltungsbeschwerde – kein Rechtsmittel, sondern lediglich ein Rechtsbehelf. Jedermann kann die Aufsichtsbehörde über Tatsachen in Kenntnis setzen, die ein Eingreifen der Aufsichtsbehörde gegen eine untere Verwaltungsbehörde von Amtes wegen erfordern. Der Anzeiger hat nicht die Rechte einer Partei, doch ist ihm die Art der Erledigung mitzuteilen. Eine Pflicht zur Begründung besteht nicht. Als Aufsichtsbehörde über das Grundbuchamt ist gemäss § 151 des Gesetzes betreffend Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug vom 17. August 1911 (EG ZGB; BGS 211.1) der Regierungsrat zur Behandlung einer Aufsichtsbeschwerde zuständig. Gemäss gefestigter Praxis schreitet die Aufsichtsbehörde gegen eine untere Verwaltungsbehörde im Rahmen einer Aufsichtsbeschwerde indes nur ein, wenn klares materielles Recht oder wesentliche Verfahrensvorschriften verletzt oder öffentliche Interessen offensichtlich missachtet worden sind (GVP 85/86 S. 207 und A. Kölz, a.a.O., N 68 zu § 20; Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 6. Auflage, Basel 1986, Nr. 145 B I, III). Eine Aufsichtsbeschwerde hat demnach begriffsmässig immer einen eigentlichen Missstand in der Verwaltung zum Gegenstand.

2. a) Der Beschwerdeführer wirft dem Grundbuchamt vor, ihm die Einsichtnahme in die von ihm bezeichneten Grundbuchblätter zu Unrecht verweigert respektive zu spät erteilt und damit den gestützt auf Art. 970 geltenden Grundsatz der Öffentlichkeit des Grundbuches trotz Glaubhaftmachung eines Interessennachweises verletzt zu haben.

b) Die Glaubhaftmachung eines berechtigten Interesses gilt als genügend, um Einsicht in das Grundbuch zu verlangen. Dieses Interesse kann gemäss Lehre und Rechtsprechung sowohl wirtschaftlicher, wissenschaftlicher, öffentlicher oder auch nur persönlicher, ästhetischer oder familiärer Natur sein.

Grundsätzlich ist es demnach gerechtfertigt, wenn das Grundbuchamt auf entsprechende Anfragen gewisse Anforderungen an den Interessennachweis stellt. Gleichzeitig gilt es dabei jedoch zu beachten, dass es sich beim Grundbuchamt um einen der Allgemeinheit verpflichteten Bereich der staatlichen Amtstätigkeit handelt. Die Behandlung entsprechender Anfragen hat deshalb im Sinne einer Dienstleistung auch ohne ausdrückliches Ersuchen beförderlich zu erfolgen. So darf beispielsweise auch erwartet werden, dass im Falle einer als ungenügend erachteten Bevollmächtigung oder eines allenfalls etwas unsicheren Interessennachweises beim Gesuchsteller unverzüglich nachgefragt wird, sofern es sich nicht ganz offensichtlich um eine unmotivierte oder gar unlautere Anfrage handelt.

Im vorliegenden Fall ist zwar nicht mehr mit letzter Sicherheit zu klären, ob und in welchem Umfang der Beschwerdeführer anlässlich seiner telefonischen Nachfrage das Grundbuchamt über die genauen Zusammenhänge seiner Anfrage orientiert hat. Es hätte aber wohl seitens des Grundbuchamtes davon ausgegangen werden können, dass ein Rechtsanwalt kaum aus blosser Neugierde oder unlauteren Motiven ein Gesuch um Einsichtnahme stellt. Jedenfalls weist die Tatsache, dass das Grundbuchamt schlussendlich die erforderlichen Auskünfte doch noch erteilt hat, darauf hin, dass bei entsprechenden Bemühungen und einem beförderlichen Umgang die Angelegenheit zur Zufriedenheit aller Beteiligten hätte gelöst werden können.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass es zumindest fraglich scheint, ob die erst auf Nachfrage begründete Abweisung und spätere Auskunftserteilung einer förmlichen Rechtskontrolle standgehalten hätte. Es wäre aber dennoch verfehlt, aus möglichen Zweifeln an der Rechtmässigkeit einen eigentlichen Missstand abzuleiten, kann doch selbst aus der Korrektur eines fehlerhaften und auch aus der Aufhebung eines willkürlichen Entscheides im ordentlichen Verfahren noch keineswegs auf einen Missstand bei der unteren Behörde geschlossen werden. Fehler, wie sie immer und überall passieren können, sind kein Missstand. Missstand bedeutet Misswirtschaft, untragbare Verhältnisse, unhaltbare Zustände. Selbst wenn das Verhalten des Grundbuchamtes zu beanstanden wäre, so ergibt sich daraus für einen Missstand im obgenannten Sinne kein Anhaltspunkt. Der Aufsichtsbeschwerde kann somit keine Folge gegeben werden.

#### IV.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, bezüglich des Nichteintretens auf die Verwaltungsbeschwerde keine Kosten zu erheben. Soweit die Eingabe des Beschwerdeführers als Aufsichtsbeschwerde zu behandeln war, werden ihm auch dafür keine Verfahrenskosten auferlegt (Urteil des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zug vom 25. April 1991; V 12/1991).

(RRB, 14. Februar 1995)

### III. Umweltschutz, Bauwesen

#### 1. Umweltschutz

*Art. 7 Abs. 6 USG; Anhang I Ziff. 12 Abs. 1 und 2, TVA – Bauschutz. Darf das Abbruchmaterial von Gebäuden, die in einer Industrie- und Gewerbezone liegen, in deren Kellerräumlichkeiten abgelagert werden?*

*Aus den Erwägungen:*

5. Der Gemeinderat hat in der angefochtenen Verfügung u.a. angeordnet, dass der in den Kellerräumlichkeiten der abgebrochenen Gebäude abgelagerte Bauschutt (rund 2000 m<sup>3</sup> Kalksand- und Backsteine, Betonteile usw.) wieder geleert bzw. abtransportiert werden muss. Die Beschwerdeführerin beantragt in ihrer Eingabe, das Material solle in den Räumlichkeiten belassen werden. Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob das fragliche Grundstück allenfalls als Deponiestandort in Frage kommt und ob die Materialablagereung nachträglich bewilligt werden kann.

a) In Art. 30 Abs. 3 des Umweltschutzgesetzes (USG) wird bestimmt, dass Abfälle (Art. 7 Abs. 6 USG), soweit sie nicht verwertet oder unschädlich gemacht werden können, nur auf bewilligten Deponien abgelagert werden dürfen. Gemäss Anhang I Ziff. 12 Abs. 1 der Technischen Verordnung über Abfälle (TVA) sind Abfälle zumindest in Inertstoffdeponien abzulagern. Gemäss Art. 25 Abs. 1 TVA ist für die Bewilligung einer Deponie ein vollständiges Gesuch, ein Bedarfsnachweis und der Nachweis, dass die Deponie in der Abfallplanung ausgewiesen ist, erforderlich; zudem müssen die für den Deponietyp geltenden Standortanforderungen erfüllt sein. Die Mindestgrösse einer Inertstoffdeponie zur Ablagerung von Bauabfällen beträgt 100000 m<sup>3</sup> (Art. 31 Abs. 1 lit. a TVA).

b) Die von der Beschwerdeführerin eingereichten Angaben über die Ablagerung vermögen den Anforderungen eines Gesuchs um Erteilung einer Deponie nicht zu genügen. Des weitern fehlt der Bedarfsnachweis. Der Deponiestandort ist zudem nicht in der Abfallplanung ausgewiesen (BGE vom 8. Dezember 1994, in: URP 1995, S. 519). Bezüglich der spezifisch für die Inertstoffdeponien geltenden Anforderungen macht die Beschwerdeführerin keine Aussagen. Aus formellen Gründen kann das Begehren der Beschwerdeführerin, wonach das Material in den Kellerräumen der Shedhalle zu belassen sei, nicht als Gesuch um Erteilung einer Errichtungsbewilligung einer Inertstoffdeponie entgegengenommen werden.

c) Selbst wenn die Eingabe dem Gesuch um Erteilung einer Errichtungsbewilligung für eine Inertstoffdeponie entsprechen würde, stünden dem

Bauvorhaben Gründe der Raumplanung, des Gewässerschutzes und des kantonalen Baurechts entgegen. Deponien unterstehen der Planungspflicht, weil ihre Auswirkungen auf die Umwelt und die Raumplanung so bedeutend sind, dass eine blossе Baubewilligung für die Problemlösung nicht ausreicht.

c a) Das fragliche Grundstück der Beschwerdeführerin befindet sich gemäss Richtplan des Kantons Zug im Industriegebiet, gemäss kommunalem Nutzungsplan in der Industrie- und Gewerbezone 1 (IG1). Eine Deponie auf dem fraglichen Grundstück wäre demnach zonenwidrig. Zudem handelt es sich gemäss Angaben der Beschwerdeführerin vorliegend zwar lediglich um ein Ablagerungsvolumen von 2000 m<sup>3</sup>. Da eine Inertstoffdeponie ein Mindestvolumen von 100000 m<sup>3</sup> aufweisen muss (Art. 31 Abs. 1 Lit. a TVA) und da das fragliche Ablagerungsgebiet ausserhalb der im Teilrichtplan enthaltenen Gebiete bzw. innerhalb der Bauzone liegt, kann eine Errichtungsbewilligung nicht erteilt werden.

c b) Die Deponiebewilligung darf gemäss kantonalem Baurecht nur erteilt werden, wenn das Vorhaben den Erfordernissen des Umwelt- und des Gewässerschutzes genügt und wenn das bestehende Landschaftsbild nicht auf die Dauer wesentlich beeinträchtigt wird (§ 37 Baugesetz für den Kanton Zug, BauG).

Insbesondere Gründe des Gewässerschutzes stehen der Ablagerung entgegen. Die Ablagerung liegt im Einzugsbereich von zwei geschützten, im öffentlichen Interesse liegenden Grundwasserfassungen im Grundwasserbereich A, wo keine Deponien errichtet werden dürfen (Art. 30 TVA in Verbindung mit Anhang II Ziff. 1 Abs. 4 TVA). Zudem ist über Grundwasservorkommen die Anlegung von Ablagerungsplätzen verboten (§ 13 Abs. 1 Gesetz über die Gewässer, GewG).

Es steht somit fest, dass vorliegend die Voraussetzungen an einen Standort für eine Inertstoffdeponie nicht erfüllt sind. Demnach kann der Beschwerdeführerin auch im Nachhinein keine Errichtungsbewilligung erteilt werden.

8. Die angefochtene Verfügung verpflichtet die Beschwerdeführerin, sämtliches auf dem Gelände abgelagertes Abbruchmaterial zu sortieren und als Recyclingmaterial mindestens der Qualität Mischabbruch (gemäss Richtlinien des Abbruch-Recyclingverbandes [ARV] Kloten, Ausgabe August 1992) aufzuarbeiten. Die Beschwerdeführerin ist der Meinung, dass sie der Aufarbeitung des Abbruchmaterials vor Erlass der Verfügung bereits nachgekommen sei und das aussortierte Material längst ordnungsgemäss entsorgt habe. Zudem fehle es für diese Verpflichtung an einer Rechtsgrundlage.

Das USG legt die Pflicht des Inhabers zur Verwertung, Unschädlichmachung und Beseitigung von Abfällen fest (Art. 30 Abs. 1 USG). Zudem kann

die Behörde von Abfallinhabern verlangen, für die Verwertung bestimmter Abfälle zu sorgen, wenn die Verwertung technisch möglich und wirtschaftlich tragbar ist (Art. 12 Abs. 3 TVA). Die rechtliche Grundlage zur Verpflichtung des Inhabers zur Wiederverwertung seiner Abfälle ist damit dargetan. Es ist nachfolgend aufzuzeigen, dass die Verwertung des Abbruchmaterials technisch möglich und wirtschaftlich tragbar ist. Dabei ist zwischen den in den Kellerräumen der ehemaligen Shedhalle eingelagerten Bauabfällen und dem grob sortierten, gebrochenen Betonmaterial des Zwischenlagers zu unterscheiden.

a) Vorab sind die in den Kellerräumen der ehemaligen Shedhalle eingelagerten Bauabfälle zu sortieren. Das aussortierte Material, soweit es nicht auch der Verwertung zugeführt werden kann, darf nur auf bewilligten Deponien abgelagert werden. Die Einsetzbarkeit des Mischabbruchgranulats richtet sich nach den VSS-Normen «Recycling von Bauschutt, Verwertung von Bauschutt, Allgemeines» (SN 640.740).

b) Die Beschwerdeführerin beauftragte die Firma XY mit der Qualitätsbestimmung des Abbruchmaterials des Zwischenlagers. Diese Untersuchung zeigte, dass das Produkt aufgrund der hohen Betonanteile eindeutig als Betongranulat einzustufen ist. Entsprechend den ARV-Richtlinien ist bei Betongranulat ein Gesamtfremdstoffanteil von 0,5% und ein Anteil von Holz, Papier, Kunststoffe u.ä. von 0,3% zulässig. Das zwischengelagerte Abbruchmaterial erfüllt diese Anforderungen nicht. Damit das Material als Betongranulat Verwendung finden kann, ist durch Sortierung der Fremdstoffanteil auf 0,5% zu senken. Es ist jedoch untersagt, das Abbruchmaterial mit sauberem Material zu verdünnen, um den Qualitätsanforderungen von Betongranulat zu genügen (Art. 10 TVA). Die Beschwerdeführerin ist sich übrigens dieses Vermischungsverbots bewusst.

Damit ist nachgewiesen, dass die Verwertung der auf dem Gelände der Beschwerdeführerin lagernden Bauabfälle als Mischabbruch- bzw. Betongranulat technisch ohne weiteres möglich ist. Bei einer Entsorgung des gesamten Materials auf einer Deponie entstünden der Beschwerdeführerin erhebliche Mehrkosten. Da das Abbruchmaterial bei einem Verkauf als Mischabbruch- bzw. Betongranulat einen Erlös erzielen wird, ist auch die wirtschaftliche Tragbarkeit der Sortierung und Wiederverwertung ausgewiesen.

Zu Unrecht bestreitet somit die Beschwerdeführerin das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für die Verwertungs- bzw. Entsorgungspflicht. Ebenfalls zu Unrecht behauptet sie, dass sie der Aufarbeitung des Abbruchmaterials vor Erlass der Verfügung bereits nachgekommen sei. Die Beschwerde ist deshalb in diesem Punkt unbegründet.

(RRB, 7. November 1995)

*Art. 7 Abs. 6 und Art. 30 Abs. 3 USG; Art. 9 und Ziff. 12 Abs. 1 und 2 Anhang I TVA Terrainveränderung, Ablagerung von unverschmutztem Aushubmaterial ausserhalb der Bauzone zur Verbesserung des landwirtschaftlich genutzten Bodens.*

*Aus den Erwägungen:*

8. Der Beschwerdeführer macht geltend, dass er Anspruch auf eine Bewilligung der Terrainveränderung habe. Die Auffüllung der fraglichen Geländemulde mit sauberem Aushubmaterial (ca. 1200 m<sup>3</sup>) diene der Verbesserung des landwirtschaftlich genutzten Bodens in der Landwirtschaftszone. Das zugeführte Material sei makellos. Das fragliche Grundstück weise nicht die Funktion einer Deponie auf. Es werde weiterhin der landwirtschaftlichen Nutzung dienen. Negative Auswirkungen seien weder auf die Natur, die Landschaft, die Gewässer noch auf den Boden zu erwarten.

Aus grundsätzlichen Überlegungen ist nachfolgend zu prüfen, ob vorliegend die Voraussetzungen für die nachträgliche Erteilung einer Deponiebewilligung gegeben sind.

a) Gemäss Art. 7 Abs. 6 Umweltschutzgesetz (USG) stellen alle beweglichen Sachen, deren sich der Besitzer entledigen will oder deren Verwertung, Unschädlichmachung oder Beseitigung im öffentlichen Interesse geboten ist, Abfälle dar. Unter diesen Begriff fällt auch unverschmutzter Aushub, wenn sich der Besitzer seiner entledigen will. Dies ist im vorliegenden Fall zu bejahen, soll doch das Aushubmaterial von der Bauunternehmung aus gesehen und das beim Bau der Güllengrube angefallene Material vom Beschwerdeführer ausgesehen endgültig und zum Zweck seiner Beseitigung abgelagert werden.

Die Ablagerung von Abfällen darf nur auf bewilligten Deponien erfolgen (Art. 30 Abs. 3 USG). Technische und organisatorische Vorschriften für Abfallanlagen, insbesondere für Deponien, hat der Bundesrat zu beschliessen (Art. 32 Abs. 3 USG). Gestützt auf diese Bestimmung hat der Bundesrat die Technische Verordnung über Abfälle (TVA) erlassen. Gemäss Ziff. 1 Anhang I TVA) dürfen auf Inertstoffdeponien nur Inertstoffe und Bauabfälle abgelagert werden. Bauabfälle sind gemäss Art. 9 TVA die bei Bau- oder Abbrucharbeiten anfallenden Abfälle mit Ausnahme von Sonderabfällen – die, soweit betrieblich möglich, in drei Gruppen zu trennen sind: unverschmutztes Aushub- und Abraummateriale (lit. a), Abfälle, die ohne weitere Behandlung auf Inertstoffdeponien abgelagert werden dürfen (lit. b) und andere Abfälle (lit. c). Grundsätzlich sind Bauabfälle gemäss Ziff. 12 Abs. 1 Anhang I TVA auf Inertstoffdeponien abzulagern. Für unverschmutztes Aushub- und Abraummateriale bestimmt Ziff. 12 Abs. 2 Anhang I TVA, dass es auf Inertstoffdeponien abgelagert werden darf, soweit es nicht für die Rekultivierung Verwendung findet. Der Begriff «darf...abgelagert werden» besagt nicht, dass unverschmutzter Aushub nicht zwingend auf einer Inertstoffdeponie abgelagert werden müsse. Die TVA kennt einen Numerus clausus der Deponie-

typen; dabei werden an die Inertstoffdeponie als Ablagerung für Abfälle, die eine hohe chemische und biologische Stabilität und einen geringen Schwermetallgehalt aufweisen (Trösch, Kommentar zum USG, N 35 zu Art. 30), die geringsten Anforderungen gestellt. Einen besonderen Deponietyp für unverschmutztes Aushubmaterial kennt die TVA nicht. Der Verweis von Ziff. 12 Abs. 2 Anhang I TVA betreffend Verwendung von unverschmutztem Aushub zur Rekultivierung ist nicht als Hinweis auf einen anderen Deponietyp, sondern auf den Vorrang der Verwertung vor der Ablagerung zu verstehen. Unverschmutzter Aushub ist in erster Linie für Rekultivierungen zu verwenden (Art. 16 Abs. 3 lit. d TVA). Soll Aushubmaterial endgültig abgelagert werden, muss dies auf einer bewilligten Deponie geschehen (Art. 30 Abs. 3. USG). Hiefür steht nach Ziff. 12 Abs. 2 Anhang I TVA nur die Inertstoffdeponie zur Verfügung (BGE vom 27. 10. 1994 i.S. Buwal gegen E. W.).

Wie anlässlich der zwei Baggerschlitze festgestellt werden konnte, handelt es sich offensichtlich um unverschmutztes Aushubmaterial, da es beim Wohnungsbau anfiel, oberflächlich jedoch mit wenig Beton- und Ziegelabbruch durchmischt ist. Zum Zweck der Entsorgung hat es die Bauunternehmung im Einvernehmen mit dem Beschwerdeführer auf dessen Grundstück abgelagert. Vorliegend handelt es aber nicht um eine gemäss TVA bewilligte Inertstoffdeponie. Der Beschwerdeführer hat auch zu Recht nie behauptet, dass es sich bei seinem Grundstück um nicht kultiviertes Land gehandelt habe und dass das zugeführte Material zur Rekultivierung eingesetzt worden sei. Aus diesen Gründen kann das unverschmutzte Aushubmaterial nicht auf dem fraglichen Grundstück verbleiben.

Es ist nachfolgend zu zeigen, dass sich das Grundstück des Beschwerdeführers auch nicht als Standort einer Inertstoffdeponie eignen würde.

b) Deponien bedürfen einer Errichtungs- und einer Betriebsbewilligung des Kantons (Art. 21 TVA). Ein entsprechendes Bewilligungsgesuch für die Errichtung einer Inertstoffdeponie durch den Regierungsrat (§ 30 Abs. 2 Verordnung betreffend vorläufige Einführung des Bundesgesetzes über den Umweltschutz [V USG] ) würde scheitern, weil vorliegend weder der Bedarf für eine entsprechende Inertstoffdeponie vorhanden ist, noch der Standort in der Abfallplanung des Kantons ausgewiesen ist (Art. 25 Abs. 1 lit. b TVA), noch die entsprechenden Anforderungen für eine Inertstoffdeponie erfüllt sind (Art. 25 Abs. 1 lit. c TVA in Verbindung mit Anhang II TVA) noch das Mindestvolumen für Inertstoffdeponien von 100 000 m<sup>3</sup> (Art. 31 Abs. 1 lit. a TVA) abgelagert werden könnte. Da das fragliche Grundstück die Voraussetzungen für eine Inertstoffdeponie nicht erfüllt, kann auch nachträglich keine Errichtungsbewilligung mit anschliessender Betriebsbewilligung erteilt werden. Das zugeführte Material kann deshalb auch aus diesen Gründen nicht an Ort und Stelle belassen werden.

Im folgenden ist zu prüfen, ob die Terrainveränderung allenfalls gestützt auf die Landwirtschaftsgesetzgebung nachträglich bewilligt werden kann.

c) Der Beschwerdeführer vertritt die Ansicht, dass er einen Anspruch auf eine Bewilligung der Terrainveränderung habe. Die Aufschüttung der fraglichen Geländemulde diene der Verbesserung von landwirtschaftlich genutztem Boden in der Landwirtschaftszone.

Bodenverbesserungen oder Meliorationen bezwecken die langfristige Erhaltung oder Steigerung der Ertragsfähigkeit des Bodens oder die Erleichterung der Bewirtschaftung selbstverständlich bei gleichzeitiger Erhaltung der Bodenfruchtbarkeit – durch bauliche oder planerische Massnahmen (Art. 77 Abs. 1 Landwirtschaftsgesetz in Verbindung mit Art. 33 USG). Die Runse, welche das Grundstück des Beschwerdeführers zweiteilte, behinderte ihn offenbar bei der maschinellen Bewirtschaftung. Er füllte sie deshalb gemäss den eingereichten Plänen um bis zu 1,30 m mit weitgehend unverschmutztem Aushub. Nach Meinung des Beschwerdeführers habe sich die Auffüllung sogar als etwas weniger mächtig erwiesen. Eine Bodenverbesserungsmassnahme muss jedoch ganzheitlich betrachtet werden. Die meisten Massnahmen einer Melioration haben einen mehr oder weniger schädlichen Einfluss auf naturnahe Lebensräume (Maurer, Naturschutz in der Landschaft als Gegenstand des Bundesrechts unter besonderer Berücksichtigung der Meliorationen, Zürich 1995 S. 141 f). Vordergründig mag die Erleichterung der Bewirtschaftung als Melioration erscheinen. Auf den zweiten Blick ergibt sich jedoch, dass die Terrainveränderung die Fruchtbarkeit des Bodens, als zentrales Kriterium von Art. 33 USG, erheblich beeinträchtigt. Durch die Zufuhr von unverschmutztem Aushubmaterial und den Einsatz von schweren Baumaschinen wurde der natürliche physikalische Bodenaufbau zerstört. Das ungestörte Wachstum und die Entwicklung natürlicher und von Menschen beeinflussten Pflanzen und Pflanzengesellschaften wurde durch die Bodenverdichtung und den Einsatz von standortfremdem Material beeinträchtigt (Art. 2 Abs. 1 lit. b Bodenschutzverordnung). Gestützt auf eine ganzheitliche Betrachtung kann vorliegend nicht von einer Bodenverbesserungsmassnahme gesprochen werden. Folgte man der Argumentation des Beschwerdeführers, müsste jede Terrainveränderung im Landwirtschaftsgesetz als Bodenverbesserungsmassnahme im Sinne einer erleichterten Bewirtschaftung bewilligt werden. Insofern kommt diesem Entscheid präjudizielle Bedeutung zu. Das Begehren, die Terrainveränderung müsse als Melioration bewilligt werden, ist deshalb unbegründet

(RRB, 12. November 1996).

## **2. Bauwesen**

*Art. 52 RTVG – Informationsfreiheit, Art. 33 BO Baar – Verbot von Antennen*

*Aus den Erwägungen:*

4. a) In der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) ist die Informationsfreiheit in Art. 10 verankert. Die Bestimmung verlangt einen Schutz ohne Rücksicht auf die Landesgrenzen. Dadurch wird namentlich der freie internationale Informationsfluss gewährleistet. Gemäss der geltenden Rechtsprechung ist grundsätzlich jedermann frei, die an die Allgemeinheit gerichteten, im In- und Ausland ausgestrahlten Programme zu empfangen. Seit dem 1. April 1992 ist dieser Grundsatz nun auch ausdrücklich im Bundesrecht, namentlich in Art. 52 BG über Radio und Fernsehen (RTVG) rechtswirksam verankert.

b) Gemäss Art. 53 RTVG können die Kantone in bestimmten Gebieten das Errichten von Aussenantennen verbieten, nämlich wenn dies für den Schutz bedeutender Orts- und Landschaftsbilder, von geschichtlichen Stätten oder von Natur- und Kunstdenkmälern notwendig ist (Art. 53 Abs. 1 lit. a RTVG) und der Empfang von Programmen, wie er mit durchschnittlichem Antennenaufwand möglich wäre, unter zumutbaren Bedingungen gewährleistet bleibt (Art. 53 Abs. 1 lit. b RTVG). Diese beiden Voraussetzungen gelten kumulativ für ein Verbot.

c) Art. 33 BO Baar bestimmt, dass wo Leitungen einer Gemeinschaftsanlage bereits vorhanden sind oder innert zumutbarer Frist erstellt werden, keine Antennen erstellt werden dürfen für den Empfang von Programmen, die durch die Gemeinschaftsantennenanlage empfangen werden können. Empfangs- und Sendeantennen werden nur bewilligt, wenn die Umgebung nicht beeinträchtigt wird.

Soweit das Bundesrecht und das gemeindliche Recht einander widersprechen, geht das Bundesrecht dem Gemeinderecht vor. Art. 53 RTVG gestattet ein Verbot der Aussenantennen sinngemäss nur in Schutzzonen oder im Bereich von geschichtlichen Stätten sowie geschützten Natur- und Kunstdenkmälern. Die Liegenschaft des Beschwerdeführers befindet sich weder in einer Ortsbildschutzzone noch im Bereich des Umgebungsschutzes eines Denkmals im Sinne von § 29 Denkmalschutzgesetz. Damit ist ein Antennenverbot nicht zulässig. Wenn nun Art. 33 BO Baar Aussenantennen gestattet, soweit die Umgebung nicht beeinträchtigt wird, ist diese Regelung so zu verstehen, dass nur dort, wo aufgrund der Ortsplanung oder des Denkmalschutzes eigentümerverbindliche Massnahmen für das Orts- und Landschaftsbild bzw. für bestimmte Denkmäler in Kraft stehen, Aussenantennen untersagt werden können, allerdings auch nur dann, wenn der Empfang von Programmen anderswie, z.B. mit einem Kabelanschluss möglich ist.

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass gemäss Art. 53 RTVG im vorliegenden Fall kein Verbot von Aussenantennen bei der Liegenschaft des Beschwerdeführers besteht, ebensowenig eine Verpflichtung, das Netz der

Gemeinschaftsantennenanlage für diese Liegenschaft zu nutzen. Die Beschwerde ist deshalb vollumfänglich gutzuheissen.

(RRB, 7. Mai 1996)

*§ 25 BO Hünenberg – Höhenvorschriften bei Stützmauern in Verbindung mit Abgrabungen*

*Aus den Erwägungen:*

Bei Stützmauern ist nicht von der absoluten Höhe der Mauern auszugehen, sondern von deren Höhe ab dem gewachsenen Terrain bis zur Oberkante der Mauern. Die Höhenvorschriften von § 25 BO Hünenberg finden deshalb bei Stützmauern, die eine Abgrabung sichern, keine Anwendung. Wird eine Abgrabung durch eine Holzkonstruktion gesichert, so muss die Böschungssicherung die Vorschriften für Abgrabungen einhalten (§ 23 BO Hünenberg).

(RRB, 6. August 1996)

*§ 16 Abs. 1 lit. b BO Zug – Definition Wohnraum*

*Aus den Erwägungen:*

Paragraph 16 Abs. 1 lit. b BO Zug definiert u.a. jene Räume als zum Wohnen gehörend, welche mit einer Wohnung in Zusammenhang stehen, einer freiberuflichen Tätigkeit des Bewohners dienen und nach ihrer Fläche in einem angemessenen Verhältnis zur eigentlichen Wohnfläche stehen. Nach der Auffassung der Vorinstanz liegt ein angemessenes Verhältnis zur eigentlichen Wohnnutzung vor, wenn die freiberufliche Tätigkeit nicht mehr als ein Viertel der eigentlichen Wohnfläche beansprucht. Betreibt der Bewohner in seinem Haus eine Anwaltskanzlei, deren Räumlichkeiten die vorerwähnte Masszahl nicht überschreiten, so kann von einem angemessenen Verhältnis zwischen Wohnfläche und gewerblicher Nutzung gesprochen werden. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist es für die Qualifikation der freiberuflichen Tätigkeit unbeachtlich, ob die Anwaltskanzlei des Beschwerdeführers über Mitarbeiter verfügt oder nicht.

(RRB, 6. August 1996).

*§ 21 Abs. 1 V BauG, § 70 Abs. 1 BO Zug, – Spritzenautomat, Umfang der Bewilligungspflicht*

*Aus den Erwägungen:*

Die Montage eines Flash-Automaten bzw. Spritzenautomaten an der Aussenwand eines vom städtischen Werkhof genutzten Geräteraumes unterliegt nicht der Baubewilligungspflicht. Aufgrund seiner Ausmasse (80 cm hoch, 22 cm tief und 69 cm breit) fällt der umstrittene Spritzenautomat unter die Kategorie der Kleinstvorhaben, die baurechtlich unbedeutend sind. Hinsichtlich der Bewilligungspflicht ist jedoch die Einschränkung gemäss § 70 Abs. 1 Bst. 9 BO Zug zu beachten, wonach andere Vorkehren, die das Orts- und Landschaftsbild beeinflussen, bewilligungspflichtig sind. Mit a. W. heisst dies, dass auch die bauliche und landschaftliche Umgebung eine Rolle spielt, ob ein Vorhaben bewilligungspflichtig ist. Von daher gesehen ist es zulässig, wenn bsp. die Erstellung eines Zigaretten- oder Flash-Automaten in der Altstadtzone, Ortsbildschutzzzone usw. für bewilligungspflichtig erklärt wird. Im vorliegenden Fall beeinträchtigt das Vorhaben das Orts- und Landschaftsbild in keiner Art und Weise, so dass die Bewilligungspflicht auch unter diesem Aspekt zu verneinen ist. Von einer Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit kann ebenfalls nicht gesprochen werden.

(RRB, 20. August 1996)

*§ 19 BO Zug – Grosser Grenzabstand, Umorientierung der Hausseite mit den Hauptwohnräumen durch einen Um- und Anbau*

*Aus den Erwägungen:*

3. Gemäss § 19 BO Zug ist in jenen Zonen, wo zwischen einem grossen und einem kleinen Grenzabstand unterschieden wird, der grosse Abstand von der Hausseite mit den Hauptwohnräumen, der kleine von allen übrigen Hausseiten einzuhalten. Vorliegend stellt sich die Frage, auf welcher Hausseite der grosse Grenzabstand einzuhalten ist.

a) Es trifft zu, dass die Hauptwohnräume des bestehenden Einfamilienhauses (Küche, Wohnzimmer) der Bauherrschaft im wesentlichen nach Süden orientiert sind. Die Bauherrschaft plant nun einen Um- und Ausbau ihres Einfamilienhauses. Danach soll der bisher als Küche genutzte Raum als Herrenzimmer dienen, das Wohnzimmer unverändert bleiben und im neuen Anbau das Esszimmer samt Küche entstehen. Die Länge der Südfassade beträgt unverändert rund 7,50 m, während die Westfassade durch den Anbau von bisher 8,80 auf beinahe 14,00 m erhöht würde. Den Beschwerdeführern ist darin beizupflichten, dass sich durch einen Um- oder Anbau die Ausrichtung der Hauptwohnräume ändern kann. Ob eine solche Umorientierung im vorliegenden Fall erfolgt, ist anhand des Bauvorhabens zu prüfen.

Unbeachtlich bei der Definition der Hauptwohnräume oder der Hauptwohnrichtung ist die Anordnung von Schlafzimmern, Garten und Gartenstplätzen. Als entscheidend dürfen einzig jene Räume betrachtet werden,

welche von den Bewohnern am häufigsten benutzt werden. Dies sind in der Regel die Wohn- und Esszimmer sowie die Aufenthaltsräume.

Das Untergeschoss des Altbaus erfährt keine Änderung. Im Untergeschoss des nördlichen Anbaus soll dagegen neu ein Atelier mit einer Grundfläche von 25 m<sup>2</sup> und einer Fensterfläche von 7,50 m<sup>2</sup> entstehen, dessen Belichtung einzig nach Westen orientiert ist. Im Erdgeschoss sind die wesentlichsten Änderungen geplant. Im Anbau soll das 25,50 m<sup>2</sup> grosse Esszimmer Platz finden. Dieser Raum, der nahtlos in die rund 7,50 m<sup>2</sup> grosse Küche übergeht, orientiert sich weitgehend nach Westen. Die Belichtung erfolgt vornehmlich durch die 7,50 m<sup>2</sup> grosse Fensterfläche an der Westfassade. Das rund 32 m<sup>2</sup> grosse Wohnzimmer wird nicht verändert. Es orientiert sich ebenfalls nach Westen. Die Belichtung erfolgt im wesentlichen durch zwei Fenster auf der Westseite. Nach Süden orientiert sich das heute noch als Küche dienende Herrenzimmer, das als Arbeitsraum Verwendung finden soll. Die Besonnung des Wohnzimmers sowie des Herrenzimmers durch die Fenster an der Südfassade wird durch den gedeckten Gartensitzplatz sowie einen Baum eingeschränkt. Die Aussicht ist beeinträchtigt. Im 1. Obergeschoss des Alt- und des Anbaus sowie im Dachgeschoss des Altbaus befinden sich lediglich Schlaf- und Badezimmer. Im Attikageschoss des Anbaus plant die Bauherrschaft mit dem Einbau einer 19 m<sup>2</sup> grossen Bibliothek einen weiteren Aufenthaltsraum, der sich vornehmlich nach Westen orientiert.

b) Bei dieser Sachlage vermag die Auffassung der Vorinstanz und der Bauherrschaft, die Ausrichtung der Hauptwohnrichtung des bestehenden Gebäudes werde durch den Anbau nicht verändert, nicht zu überzeugen. Es ist vielmehr festzuhalten, dass die Fensterflächen des Wohn- und des Esszimmers im Erdgeschoss gegen Westen wesentlich grösser sind als die Fenster des Wohn- sowie des Herrenzimmers gegen Süden. Darüber hinaus ist nicht in Betracht gezogen worden, dass das Gelände gegen Westen abfällt und den Blick über die Stadt hinweg in die Landschaft freigibt, während gegen Süden die Sicht durch den gedeckten Gartensitzplatz und einen Baum verdeckt wird. Gesamthaft ergibt sich damit, dass die Hauptwohnräume im Erdgeschoss und im Dachgeschoss des Anbaus nach Westen orientiert sind. Durch den projektierten Um- und Anbau findet somit eine Umorientierung der Ausrichtung der Wohnräume statt. Der grosse Grenzabstand ist somit nicht an der südlichen, sondern an der westlichen Grundstücksgrenze einzuhalten.

(RRB, 26. November 1996)

## IV. SOZIALE SICHERHEIT

### **Berufliche Vorsorge**

*Art. 33 Bst. c BVV2. – Berufliche Vorsorge: Fehlende Anerkennung der Kontrollstelle durch das Bundesamt für Sozialversicherung*

*Aus den Erwägungen:*

E... Die Direktion des Innern kann die Aufsicht über die Vorsorgefonds der F. AG mit Sitz in Zug übernehmen. Gleichzeitig kann sie die Neufassung der Stiftungsurkunde genehmigen. Die Jahresrechnung pro 1994 inkl. Kontrollstellenbericht liegt vor. Da die gesetzliche Anerkennung für die Kontrollstelle zurzeit beim Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) beantragt wird, kann die Jahresrechnung pro 1994 noch nicht der aufsichtsbehördlichen Prüfung unterzogen werden.

(Direktion des Innern, 7. Mai 1996)

*Art. 10 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG) vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021). – Berufliche Vorsorge: Ausstand des Vorstehers der Direktion des Innern*

*Aus den Erwägungen:*

E. Die Änderung der Organisation oder des Zweckes einer Vorsorgestiftung obliegt gemäss Art. 89<sup>bis</sup> Abs. 6 ZGB in Verbindung mit Art. 61 f. BVG der zuständigen Aufsichtsbehörde. Zuständig hiefür ist im Kanton Zug die Direktion des Innern. Der Direktor des Innern war früher im Verwaltungsrat der Stifterfirma. Er befindet sich deshalb im Ausstand. Stellvertretende Direktion ist die Sanitätsdirektion. Diese hat die neugefasste Stiftungsurkunde geprüft.

(Direktion des Innern, 30. August 1996)

*Art. 83 Abs. 2 ZGB. – Berufliche Vorsorge. – Massnahmen der Aufsichtsbehörde bei ungenügender Organisation der Stiftung (vorliegend Einsetzung einer Sachwalterin für die Liquidation)*

*Aus den Erwägungen:*

D. Ist die vorgesehene Organisation ungenügend, hat die Aufsichtsbehörde die nötigen Verfügungen zu treffen (Art. 83 Abs. 2 ZGB). Sind die Verhältnisse solcherart, dass ein Eingreifen der Aufsichtsbehörde als notwendig

erscheint, weil z.B. ohne Verzug gehandelt werden muss oder die Verhältnisse unklar sind, so ist die Aufsichtsbehörde berechtigt und verpflichtet, vorsorgliche Massnahmen zu treffen (Riemer, Berner Kommentar zum ZGB, N 106 zu Art. 84). Aufgrund der unklaren Verhältnisse in und um die Stiftung und dem schliesslichen Liquidationsbeschluss des Stiftungsrates muss die Aufsichtsbehörde handeln. Das genaue Vermögen der Stiftung und ob dieses zweckkonform verwendet wurde, ist bisher nicht nachgewiesen. Die Direktion des Innern als zuständige Aufsichtsbehörde hat deshalb für die unverzügliche und korrekte (Weiter-)Führung der Stiftungstätigkeit zu sorgen. Bei der Ergreifung von Aufsichtsmitteln ist der verwaltungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten (Riemer, Berner Kommentar zum ZGB, N 88 zu Art. 84). Da die heutigen Mitglieder des Stiftungsrates aufgrund ihrer Kenntnisse sowie ihren Beziehungen zu bestimmenden Personen der Stifterfirma kaum in der Lage sein werden, die Stiftungsliquidation unabhängig und unvoreingenommen durchzuführen, sind sie abzusetzen. Für die Weiterführung der Stiftungsgeschäfte, d.h. die Liquidation der Stiftung, ist eine Sachwalterin einzusetzen. Es bietet sich dafür die A. AG, Basel, an, welche bis anhin für die technische Verwaltung zuständig war. Auf Anfrage hat sie sich bereit erklärt, ein entsprechendes Mandat zu übernehmen, nachdem ihre Abklärungen ergeben haben, dass von ihrer Seite weder Geschäftsbeziehungen zum Umfeld der Stiftung noch zu den Stiftungsräten bestehen. Das bisherige Mandat hätte sie ohnehin zurückgegeben. Einem entsprechenden Auftrag an die A. AG steht daher nichts entgegen.

(Direktion des Innern, 26. September 1996)

*Berufliche Vorsorge. – Schlussverfügung im Aufsichtsverfahren über die Pensionskasse Landis & Gyr, Zug*

*Sachverhalt und Erwägungen:*

A. Unter dem Namen «Pensionskasse Landis & Gyr» besteht eine Stiftung im Sinne von Art. 80 ff. ZGB, Art. 331 OR und Art. 48 Abs. 2 BVG mit Sitz in Zug. Die Stiftung bezweckt im wesentlichen die berufliche Vorsorge im Rahmen des BVG und seiner Ausführungserlasse für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der schweizerischen Landis & Gyr-Gesellschaften sowie für deren Angehörige und Hinterlassene gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Tod und Invalidität. Die Stiftung ist unter der Ordnungsnummer ZG 0018 im Register für berufliche Vorsorge bei der Direktion des Innern eingetragen.

B. Am 3. bzw. 4. November 1994 orientierte die Pensionskasse Landis & Gyr die Direktion des Innern darüber, dass bei einer Zwischenprüfung der Stiftungsrechnung durch die Kontrollstelle per 30. September 1994 in der

kaufmännischen Bilanz ein Buchverlust von 170 Mio. Franken (netto) festgestellt worden sei. Ferner habe sich ein versicherungstechnischer Fehlbetrag von 27 Mio. Franken ergeben; der Deckungsgrad betrage demnach noch 95%, was der Experte für berufliche Vorsorge unterschriftlich bestätigt habe.

C. Nach Art. 61 Abs. 1 BVG bezeichnet jeder Kanton eine Behörde, welche die Vorsorgeeinrichtungen mit Sitz auf seinem Gebiet beaufsichtigt. Gemäss § 1 der kantonalen Verordnung I über die berufliche Vorsorge vom 22. November 1983 (BGS 846.1) wird im Kanton Zug die Aufsicht über Vorsorgeeinrichtungen, die von Bundesrechts wegen der kantonalen Aufsicht unterstehen, durch die Direktion des Innern ausgeübt. Die Aufsichtsbehörde hat gemäss Art. 84 Abs. 2 ZGB dafür zu sorgen, dass das Stiftungsvermögen seinen Zwecken entsprechend verwendet wird. Nach Art. 62 BVG wacht die Aufsichtsbehörde ferner darüber, dass die Vorsorgeeinrichtung die gesetzlichen Vorschriften einhält. Sie trifft die notwendigen Massnahmen zur Behebung von Mängeln (vgl. Art. 62 Abs. 1 Bst. d BVG).

D. Aufgrund des vorstehend unter Bst. B dargestellten Sachverhaltes leitete die Direktion des Innern unverzüglich ein Aufsichtsverfahren ein. Hauptziel dieses Verfahrens war die Schadensbegrenzung und die Sicherung des Stiftungsvermögens zur Wahrung des Stiftungszweckes und der Destinatärinteressen. Mit Verfügungen vom 9. Dezember 1994 und vom 9. Januar 1995 wurde die Revisuisse Price Waterhouse AG, Zürich, als ausserordentliche Kontrollstelle eingesetzt. Aufgabe dieser ausserordentlichen Kontrollstelle war es unter anderem, die Anlagetätigkeit und die Vermögensverwaltung zu überwachen und zu begleiten. Die ausserordentliche Kontrollstelle hatte der Aufsichtsbehörde vierteljährlich (jeweils auf Ende eines Quartals) Bericht zu erstatten; bei allfälligen ausserordentlichen Vorgängen war die Aufsichtsbehörde unverzüglich zu benachrichtigen. Weitere bzw. weitergehende Massnahmen wurden angedroht, sollten sie sich als notwendig erweisen.

E. In der Folge nahm jeweils ein Vertreter der ausserordentlichen Kontrollstelle an den Sitzungen des Stiftungsrates sowie an denjenigen des Finanzausschusses teil. Im Rahmen von vier Quartalsberichten erstattete die ausserordentliche Kontrollstelle der Direktion des Innern Bericht über die laufende Anlagetätigkeit und die Vermögensverwaltung der Pensionskasse Landis & Gyr. Im Rahmen ihres letzten Quartalsberichts vom 31. Dezember 1995 hielt die ausserordentliche Kontrollstelle fest, dass während ihrer Amtszeit bei der Pensionskasse Landis & Gyr folgende Arbeiten im Zusammenhang mit der Vermögensverwaltung durchgeführt und abgeschlossen worden seien:

- Festsetzung und Einführung einer Neuorganisation im Bereich der Vermögensverwaltung
- Ausarbeitung und Inkraftsetzung von neuen Richtlinien für die Vermögensanlage
- Restrukturierung der Vermögensanlagen mit erfolgtem Übertrag von Vermögensteilen auf ausgewählte Banken zur Verwaltung

Die neue Anlageorganisation der Pensionskasse Landis & Gyr wurde als sachgemäss beurteilt. Die Anlagepolitik sei der derzeitigen Vermögenslage der Vorsorgeeinrichtung angepasst. Mit der neuen Anlageorganisation seien die Voraussetzungen dafür geschaffen worden, dass die gesetzlichen und die eigenen Anlagerichtlinien befolgt würden. Eine Überprüfung durch die Direktion des Innern ergab, dass das vom Stiftungsrat der Pensionskasse Landis & Gyr am 11. Mai 1995 beschlossene neue Organisationsreglement und die am 12. September 1995 beschlossenen Richtlinien für die Vermögensanlage mit den gesetzlichen Vorschriften – namentlich mit Art. 71 BVG und Art. 49 ff. BVV 2 übereinstimmen. Die ausserordentliche Kontrollstelle konnte deshalb mit Verfügung vom 9. Januar 1996 von der Aufgabe der laufenden Überwachung der Anlagetätigkeit und der Vermögensverwaltung entbunden werden. Gleichzeitig wurde der Stiftungsrat der Pensionskasse Landis & Gyr von der Verpflichtung befreit, der Aufsichtsbehörde alle Protokolle der Stiftungsrats- und Finanzausschusssitzungen unaufgefordert zuzustellen.

F. Die ausserordentliche Kontrollstelle war überdies beauftragt worden, den zu den eingetretenen Verlusten führenden Sachverhalt zu untersuchen und die von der Pensionskasse angegebenen Verlustzahlen zu verifizieren. Den entsprechenden Schlussbericht lieferte die ausserordentliche Kontrollstelle am 2. Februar 1996 ab. Darin wurde der verantwortlichkeitsrechtlich relevante Verlust auf rund 170 Mio. Franken beziffert. Zusammenfassend stellte die ausserordentliche Kontrollstelle fest, dass verschiedene Ursachen zum Verlust geführt und mit wenigen Ausnahmen alle mit der Verwaltung der Pensionskasse Landis & Gyr betrauten Personen sowie die Kontrollstelle – teils in gravierendem Ausmasse, teils in weniger schwerwiegendem Umfang – dazu beigetragen hätten. Der Bericht wurde am 5. Februar 1996 den Parteien zur Stellungnahme zugestellt und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht. – Verschiedene Betroffene reichten daraufhin zum Teil mehrere und umfangreiche Stellungnahmen ein. Nach Prüfung dieser Stellungnahmen teilte die ausserordentliche Kontrollstelle mit Schreiben vom 11. und 29. April sowie vom 26. Juni 1996 mit, dass sie in allen Teilen an ihrem Schlussbericht vom 2. Februar 1996 festhalte. Damit war der Auftrag der ausserordentlichen Kontrollstelle, die zu den Verlusten führenden Vorgänge bei der Pensionskasse Landis & Gyr abzuklären, erfüllt. Das Mandat wurde mit Schreiben der Direktion des Innern vom 10. Mai 1996 für beendet erklärt.

G. Nach Ablieferung des Schlussberichtes der ausserordentlichen Kontrollstelle wurde die Expertin für berufliche Vorsorge der Pensionskasse Landis & Gyr aufgefordert, die per 1. Januar 1996 bestehende Deckungslücke zu ermitteln, und zwar nach der Praxis, wie sie in den Vorjahren angewendet worden war (d.h. mit 4% technischem Zinsfuss für das Rentnerdeckungskapital und ohne Kapitalisierung der zukünftigen Beitragsmarge). In ihrer (als provisorisch bezeichneten) versicherungstechnischen Bilanz vom 8. Februar 1996 bezifferte die Expertin den zusätzlichen Kapitalbedarf für einen Dek-

kungsgrad von 100% per 1. Januar 1996 auf 154 Mio. Franken. – Zwecks Beschaffung der finanziellen Mittel zur Deckung der eingetretenen Verluste bzw. zur Beseitigung der bestehenden Deckungslücke übernahm alt Bundesrat Dr. Fritz Honegger in verdankenswerter Weise ein Vermittlungsmandat. Daraufhin fanden namentlich Gespräche mit Vertretern der Elektrowatt AG – der neuen Mehrheitsaktionärin der Landis & Gyr-Gesellschaften–, mit der Stifterfirma sowie mit der Kontrollstelle statt. Am 22. März 1996 beschloss der neue Verwaltungsrat der Landis & Gyr AG, eine mit 150 Mio. Franken dotierte Stiftung zu errichten. Zweck dieser mit öffentlicher Urkunde vom 21. Mai 1996 unter dem Namen «Patronaler Wohlfahrtsfonds Landis & Gyr» errichteten Stiftung ist die Beseitigung der Deckungslücke bei der Pensionskasse Landis & Gyr bis zum Maximalbetrag von 150 Mio. Franken sowie die Erfüllung der Arbeitgeberverpflichtungen von Landis & Gyr-Gesellschaften, die der Pensionskasse Landis & Gyr angeschlossen sind. Mit Schreiben vom 26. September 1996 bestätigte die Pensionskasse Landis & Gyr, dass der Betrag von 150 Mio. Franken bis Mitte 1996 in die patronale Stiftung einbezahlt worden sei, wovon bereits 50 Mio. Franken der Pensionskasse überwiesen worden seien. Aus dem versicherungstechnischen Gutachten der Expertin für berufliche Vorsorge vom 14. Mai 1996 lässt sich entnehmen, dass damit die Ansprüche der Versicherten gegenüber der Pensionskasse bereits wieder voll gedeckt sind.

H. Nach Bekanntwerden der Verluste nahm die Pensionskasse Landis & Gyr selber erhebliche Änderungen in der personellen Zusammensetzung der für die Vermögensverwaltung verantwortlichen Organe (Geschäftsführung, Finanzausschuss, Stiftungsrat) vor. Aufsichtsrechtliche Massnahmen in personeller Hinsicht erübrigten sich aus diesem Grund. Nach wie vor im Amt ist indessen die damalige Kontrollstelle. Deshalb fand am 22. August 1996 eine Aussprache zwischen der Direktion des Innern und einer Vertretung der Kontrollstelle statt. Bei dieser Aussprache wurde unter anderem Übereinstimmung darüber erzielt, dass die Rechtslage hinsichtlich Einsatz und Überwachung derivativer Finanzinstrumente mit der Änderung der BVV 2 vom 24. April 1996 wesentlich klarer geworden ist. Die Vertreter der Kontrollstelle räumten dabei ausdrücklich ein, dass mit Inkrafttreten der erwähnten Rechtsänderung auf den 1. Juli 1996 Derivate bei der Ermittlung der gesetzlichen Anlagebegrenzungen nicht mehr generell nach Marktwerten angerechnet werden dürften, sondern dass hierfür die Verpflichtungen massgebend seien, die sich für die Vorsorgeeinrichtung bei Wandlung in die Basisanlage im extremsten Fall (sogenanntes «worst case szenario») ergeben könnten (vgl. neu Art. 56a Abs. 6 BVV 2). Ferner nahmen Sie vom neuen Art. 47 BVV 2 Kenntnis, aus dem nun klar hervorgeht, dass die Kontrollstelle auch fachmännische Abweichungsbegründungen nach Art. 59 Abs. 2 BVV 2 zu prüfen hat, sofern eine solche als Anhang Teil der Jahresrechnung ist. Aufgrund der neuen BVV 2-Vorschriften und angesichts der Tatsache, dass es sich bei der Kontrollstelle um eine der Branchenleaderinnen handelt, darf

künftig von einer wirksamen und ordnungsmässigen Kontrollstellentätigkeit bei der Pensionskasse Landis & Gyr ausgegangen werden. Somit ist auch in bezug auf die Kontrollstelle von aufsichtsrechtlichen Massnahmen abzusehen.

I. Zusammenfassend ergibt sich, dass die für die Vermögensverwaltung der Pensionskasse verantwortlichen Organe personell erneuert wurden und die Kontrollstelle Gewähr für eine wirksame und ordnungsmässige Kontrollstellentätigkeit bietet. Es bestehen Organisations- und Anlagevorschriften, die dem Anlagevolumen und der Grösse der Vorsorgeeinrichtung angemessen sind. Eine Überprüfung des neuen Organisationsreglementes vom 11. Mai 1995 ergab Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften. Überdies konnte durch die Errichtung und die entsprechende Dotation des Patronalen Wohlfahrtsfonds Landis & Gyr die versicherungstechnische Unterdeckung von rund 150 Mio. Franken beseitigt werden. Damit befindet sich die Pensionskasse Landis & Gyr wieder in einem ordnungsmässigen Zustand. Das am 7. November 1994 eingeleitete Aufsichtsverfahren ist somit abzuschliessen. – Unter diesem Blickwinkel können auch die der Direktion des Innern vorliegenden Jahresrechnungen pro 1993 bis 1995, welche ebenfalls Gegenstand des von der ausserordentlichen Kontrollstelle geprüften Sachverhaltes sind, zur Kenntnis genommen werden.

#### *Verfügung*

1. Vom ordnungsgemässen Zustand der Pensionskasse Landis & Gyr, Zug, wird Kenntnis genommen.
2. Es wird festgestellt, dass eine Überprüfung des Organisationsreglementes vom 11. Mai 1995 Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften ergeben hat.
3. Von den Jahresrechnungen pro 1993 bis 1995 wird Kenntnis genommen.
4. Das Aufsichtsverfahren wird abgeschlossen.

(Direktion des Innern, 15. Oktober 1996)

#### *Berufliche Vorsorge. – Organisatorische Aufhebung einer Stiftung; Verlust aus Darlehen der Stiftung zulasten des freien Stiftungsvermögens*

##### *Aus den Erwägungen:*

E. Die Aufhebung einer Stiftung erfolgt grundsätzlich gemäss Art. 88 Abs. 1 ZGB, sobald ihr Zweck unerreichbar geworden ist. Daneben kennen Literatur und Aufsichtspraxis auch die organisatorische Aufhebung einer Vorsorgestiftung (vgl. Thomas Mannhart, Die Aufhebung mit Liquidation

von Stiftungen, insbesondere von Personalvorsorgestiftungen, S. 90 ff.). Voraussetzung für die organisatorische Aufhebung einer Personalvorsorgestiftung ist, dass diese Aufhebung im Interesse einer Verbesserung in der Erfüllung des Stiftungszweckes liegt und die wohlverworbenen Ansprüche der Destinatäre gewahrt werden. Diese Voraussetzungen werden dadurch erfüllt, dass das freie Stiftungsvermögen, die Arbeitgeber-Beitragsreserve sowie die Altersguthaben der Destinatäre an die neue Vorsorgeeinrichtung überwiesen wurden.

Die Direktion des Innern hat die eingereichten Unterlagen geprüft. Von den abgeschriebenen Darlehen an die S. AG von Fr. 435 000.- konnte letztlich noch ein Betrag von Fr. 174 000.- gerettet werden. Der Verlust auf diesen Darlehen betrug demnach Fr. 260 000.- und ging zulasten des freien Stiftungsvermögens. Die anwartschaftlichen Ansprüche sind vom Verlust nicht betroffen. Die Direktion des Innern kann von den Jahresrechnungen Kenntnis nehmen und der Aufhebung zustimmen.

(Direktion des Innern, 22. November 1996)

## V. Verwaltungsrechtspflege

*§ 20 VG: Rechtsnatur des Vorentscheides. Beim Bescheid der angegangenen Behörde handelt es sich nicht um einen Entscheid gemäss § 4 VRG, sondern lediglich um eine Parteierklärung. Eine Verwaltungsbeschwerde gegen den Bescheid der angegangenen Behörde ist demnach nicht zulässig.*

*Aus dem Sachverhalt:*

XY erlitt an einem Mittelhandknochen der rechten Hand einen Bruch. Die in der Folge aufgetretenen Komplikationen führte XY auf eine unsachgemässe Behandlung im Kantonsspital Zug zurück und machte deshalb im Sinne des der zivilrechtlichen Forderungsklage vorausgehenden Vorverfahrens gemäss Verantwortlichkeitsgesetz bei der Justiz- und Polizeidirektion Schadenersatz und Genugtuungsansprüche gegen den Kanton geltend. Die Justiz- und Polizeidirektion bestritt das Vorliegen einer Verletzung der Sorgfaltspflicht durch das behandelnde Personal des Kantonsspital und damit einer Widerrechtlichkeit als primäre Haftungsvoraussetzung. Sie wies darauf hin, dass zum Entscheid über Ansprüche Geschädigter gegen den Staat die Zivilgerichte zuständig sind, und die Ansprüche verwirken, wenn sie nicht innert sechs Monaten seit ihrer Bestreitung mit Klage beim Kantonsgericht geltend gemacht werden. Ungeachtet dieses ausdrücklichen Hinweises focht XY diesen Bescheid der Justiz- und Polizeidirektion beim Regierungsrat mit Verwaltungsbeschwerde an und beantragte die Anerkennung der Schadenersatz- und Genugtuungsforderung.

*Aus den Erwägungen:*

1. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wird geltend gemacht, dass gemäss § 40 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG) alle Entscheide mit Verwaltungsbeschwerde angefochten werden können, sofern die Weiterzugsmöglichkeit nicht durch besondere Vorschrift ausdrücklich ausgeschlossen sei. Das ist zutreffend. Geltend gemacht wird ferner, dass eine ausdrückliche Vorschrift über den Ausschluss der Verwaltungsbeschwerde gegen die Bestreitung von Ansprüchen aus Staatshaftung nicht bestehe. Auch das ist zutreffend. Unzutreffend ist aber die Behauptung, bei der Bestreitung von Schadenersatz- und Genugtuungsansprüchen gegen den Kanton durch die Justiz- und Polizeidirektion im Vorverfahren gemäss § 20 des Verantwortlichkeitsgesetzes handle es sich um einen Entscheid im Sinne des VRG. § 4 VRG definiert Entscheide als Anordnungen mit hoheitlicher Wirkung. Eine solche Anordnung stellt die Bestreitung einer Forderung nicht dar. Es liegt in der Natur der Sache, dass über Ansprüche gegen den Staat aus vermögensrechtlicher Verantwortlichkeit, d.h. (in Analogie zur Haftung des Geschäftsherrn gemäss Art. 55 OR und zur Haftung für Hilfspersonen gemäss

Art. 101 OR) aus Kausalhaftung für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung amtlicher Verrichtung durch Rechtsverletzung jemandem zugefügt hat, nicht die Verwaltung selber befinden darf. Die Verwaltung kann hier nicht Richter in eigener Sache sein und mit dem Anspruch auf Verbindlichkeit entscheiden, dass sie dem Ansprecher nichts schuldet. Vielmehr stehen sich bei Forderungen aus unerlaubter Handlung Staat und Private als gleichgeordnete Parteien gegenüber, wobei die Justiz- und Polizeidirektion den Kanton zu vertreten hat und die geltend gemachten Ansprüche je nach ihrer Einschätzung der Rechtslage ganz oder teilweise anerkennen oder bestreiten kann. Die Bestreitung von Ansprüchen aus Staatshaftung durch die Justiz- und Polizeidirektion im Vorverfahren gemäss § 20 des Verantwortlichkeitsgesetzes hat also nicht den Charakter einer Verfügung im Sinne einer behördlichen Anordnung, sondern lediglich die Bedeutung eines negativen Bescheids, einer ablehnenden Stellungnahme oder Parteierklärung. Im Gegensatz zu der in der Beschwerde vertretenen Auffassung ist dieses Vorverfahren nicht an die Verfahrensvorschriften der §§ 12 ff VRG gebunden, wie sie für das ordentliche, in einen eigentlichen Verwaltungsentscheid ausmündende Verwaltungsverfahren gelten (Untersuchungsprinzip, förmliche Partei- und Zeugenbefragung, Beweiserhebung, rechtliches Gehör). Ja die Justiz- und Polizeidirektion ist zur Durchführung eines Vorverfahrens nicht einmal verpflichtet. Ein ablehnender Bescheid ist nicht Prozessvoraussetzung. Und die Nichtabgabe einer Stellungnahme würde keine Rechtsverweigerung darstellen. Das ergibt sich klar aus § 21 Verantwortlichkeitsgesetz, wonach Forderungsklage beim Kantonsgericht nicht nur erhoben werden kann, wenn die Justiz- und Polizeidirektion den Anspruch bestreitet, sondern auch dann, wenn die Justiz- und Polizeidirektion innert sechs Monaten seit Geltendmachung des Anspruchs dazu nicht Stellung genommen hat.

2. Da der Bescheid der Justiz- und Polizeidirektion vom 11. Januar 1995 (seine Bezeichnung als «Verfügung» ist unzutreffend) keinen Entscheid im Sinne des VRG darstellt, ist seine Anfechtung mittels Verwaltungsbeschwerde nicht möglich. Auf die Beschwerde kann deshalb nicht eingetreten werden. Zwar ist die Staatshaftung materiell öffentlichrechtlicher Natur. Formell handelt es sich bei Ansprüchen aus Staatshaftung aber nicht um Verwaltungssachen, die von den Verwaltungsbehörden und vom Verwaltungsgericht nach den Vorschriften des VRG zu beurteilen wären, sondern um Streitsachen, die der Gesetzgeber – das hat historische Gründe – nun einmal klar in den Zuständigkeitsbereich des Zivilrichters und ins Verfahren gemäss Zivilprozessrecht verwiesen hat (§ 18 Abs. 1 Verantwortlichkeitsgesetz). Zum Entscheid über die Ansprüche von XY sind deshalb auf dessen Klage hin die Zivilgerichte (Kantonsgericht und Obergericht) zuständig. Darauf hat denn auch – wie eingangs erwähnt – die Justiz- und Polizeidirektion ausdrücklich hingewiesen; desgleichen – entsprechend der Vorschrift von § 20 Abs. 3 des Verantwortlichkeitsgesetzes – auf die Tatsache, dass gemäss § 11 Abs. 2 des Verantwortlichkeitsgesetzes die Verwirkung des Anspruchs eintritt, wenn er

nicht innert sechs Monaten seit seiner Bestreitung beim Kantonsgericht eingeklagt wird. (Der ergänzende Hinweis, dass der Anspruch spätestens verwirke, wenn nicht innert Jahresfrist seit seiner Geltendmachung Klage erhoben werde, ist mangels gesetzlicher Grundlage unzutreffend.) Nachdem der Bescheid der Justiz- und Polizeidirektion am 12. Januar 1995 der Anwältin von XY zugegangen ist, begann die 6monatige Verwirkungsfrist am 13. Januar 1995 zu laufen.

3. Gemäss § 7 VRG sind die an eine unzuständige Instanz gerichteten Eingaben von Amtes wegen an die zuständige Behörde weiterzuleiten. Damit soll dem Versehen eines Rechtsuchenden möglichst unbürokratisch Rechnung getragen werden. Vorliegend handelt es sich jedoch nicht um ein Versehen. Denn die Anwältin des Beschwerdeführers vertritt entgegen dem im angefochtenen Bescheid aufgezeigten weiteren Vorgehen zur Geltendmachung der Forderung ausdrücklich den Rechtsstandpunkt, zum Entscheid über die Ansprüche des Beschwerdeführers sei im Verfahren der Verwaltungsbeschwerde der Regierungsrat zuständig. Bei dieser Sachlage kann die Beschwerde nicht einfach zur Behandlung als zivilrechtlicher Forderungsklage ans Kantonsgericht weitergeleitet werden. Vielmehr bedarf es eines förmlichen Nichteintretensbeschlusses.

(...)

(RRB, 21. Februar 1995)

### *§ 27 Verwaltungsrechtspflegegesetz*

#### *Unentgeltlicher Rechtsbeistand bei fristloser Auflösung des Arbeitsverhältnisses*

I. Am ... Januar 199... stellte der Anwalt von X. ... das Gesuch, ihn für dieses Verfahren als unentgeltlichen Rechtsbeistand zu bestellen. Aufgrund der erheblichen tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten, vor denen X. ... stehe und denen er offensichtlich nicht gewachsen sei, erscheine dies notwendig. Zudem sei X. ... nicht in der Lage, einen Kostenvorschuss zu bezahlen.

Gemäss § 27 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 1. April 1976 (BGS 162.1) kann einer Partei die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden, sofern ihr Begehren nicht aussichtslos erscheint und ihr die nötigen Mittel fehlen. Im Verfahren vor Verwaltungsgericht kann auf begründetes Gesuch mit der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege die Bestellung eines Rechtsbeistandes verbunden werden (§ 27 Abs. 2 VRG).

Nach dem Wortlaut von § 27 Abs. 2 VRG kann ein unentgeltlicher Rechtsbeistand nur im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht bestellt werden. Gemäss der Rechtssprechung des Bundesgerichtes (BGE 117 Ia 277 ff.)

besteht jedoch unmittelbar gestützt auf Art. 4 der Bundesverfassung ein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand nicht bloss im Verwaltungsgerichts-, sondern auch schon im Verwaltungsverfahren. Vorausgesetzt ist jedoch, dass sich erhebliche Schwierigkeiten in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht ergeben, denen die Partei trotz Mitwirkung der Verwaltungsbehörde und der geltenden *Offzialmaxime* offensichtlich nicht gewachsen ist (vgl. BGE vom 8. März 1985 in ZB1 1985 S. 414 E. 5c).

Gemäss § 16 Abs. 2 des Personalgesetzes ist vor der Entlassung dem Mitarbeiter das rechtliche Gehör zu gewähren. Beim rechtlichen Gehör über die sofortige Freistellung empfahl der Vorsteher der Direktion dem betroffenen Mitarbeiter, sich im Hinblick auf die zu erwägende fristlose Auflösung an einen Anwalt zu wenden. Auch wenn die betreffende Direktion und der Regierungsrat in solchen Fällen alles tun für ein faires Verfahren, haben sie als Vorgesetzter bzw. Arbeitgeber Parteistellung und gegenüber dem Mitarbeiter widerstreitende Interessen. Dies drückt sich auch darin aus, dass in Regierungsratsbeschlüssen betreffend Personal gemäss ständiger Praxis keine Verfahrenskosten auferlegt werden.

Aus diesen Gründen ist es sinnvoll und erleichtert zudem den Verkehr zwischen den Parteien, wenn sich der betroffene Mitarbeiter unabhängig und frei bei einem Anwalt über seine rechtlichen Möglichkeiten erkundigen kann und sich vertreten lässt. Eine solche Praxis widerspricht auch nicht der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung; weil die Verwaltungsbehörde gleichzeitig Partei ist, kann sie nicht in dem Masse bei der Interessenwahrung zugunsten der anderen Partei mitwirken; die Interessen sind klar widerstreitend. Zwar ist das vorliegende Verfahren weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht komplex; ausgehend vom Anspruch auf rechtliches Gehör und auf ein faires Verfahren erscheint es im vorliegenden Fall aber angezeigt, dem Gesuch zu entsprechen. Die Bedürftigkeit liegt vor. Eine Entschädigung von Fr. 500.- ist angemessen.

Festzuhalten ist, dass sich die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes ausgehend von der besonderen Ausgangslage (Parteistellung des Regierungsrates, widerstreitende Interessen) nur auf diesen Beschluss betreffend fristloser Auflösung des Arbeitsverhältnisses bezieht, nicht aber auf weitere Arbeiten, mit denen der Rechtsvertreter allenfalls betraut ist oder wird.

(RRB, 23. Januar 1996)

*§ 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG. – Zusprechung einer Parteientschädigung an den Beschwerdeführer zulasten der Gemeinde, auch wenn der Beschwerdeführer die (Rechtsverweigerungs-) Beschwerde zurückgezogen hat und diese als gegenstandslos abgeschrieben werden kann, weil die Beschwerde trotz Rückzugs begründet war*

### *Erwägungen:*

3. Gemäss § 28 Abs. 2 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegengesetz, VRG; BGS 162.1) ist im Rechtsmittelverfahren der ganz oder teilweise obsiegenden Partei eine Parteientschädigung nach Massgabe ihres Obsiegens zuzusprechen. Nach herrschender Lehre gilt dies im allgemeinen nur, wenn ein Sachentscheid ergeht. Indessen rechtfertigt es sich nicht, bei Erledigung einer Beschwerde ohne Anspruchsprüfung eine Parteientschädigung generell zu verweigern (vgl. Martin Bernet, Die Parteientschädigung in der schweizerischen Verwaltungsrechtspflege, Diss. Zürich 1986, S. 143). Für die Parteientschädigung sind in einem solchen Fall die Grundsätze massgebend, welche bei einem Sachentscheid anzuwenden sind (vgl. Bernet, a.a.O., S. 143). Im vorliegenden Fall wurde die Beschwerde zurückgezogen, weil sie durch den – nach der Beschwerdeerhebung gefällten – Entscheid des Gemeinderates X. gegenstandslos geworden ist. Wie noch darzulegen sein wird, kann aufgrund einer summarischen Prüfung von einem Obsiegen des Beschwerdeführers ausgegangen werden. Nach § 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG ist indessen zu Lasten des Gemeinwesens eine Parteientschädigung nur dann zuzusprechen, wenn dessen Behörde als Vorinstanz einen Verfahrensfehler oder eine offenbare Rechtsverletzung begangen hat. Dabei darf die Entschädigungspflicht des Gemeinwesens jedoch «nicht auf Fälle besonderer Willkür, Fahrlässigkeit oder Leichtfertigkeit beschränkt werden, und in besonderen Fällen, in welchen die Verweigerung einer Parteientschädigung überaus stossend wäre, darf eine solche nicht verweigert werden.» (Marco Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Diss. Zürich 1983, S. 187). Im vorliegenden Fall ist ein Verfahrensmangel im Sinne von § 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG gegeben. Zwischen der Einreichung des Gesuchs und der Verfügung liegt eine Zeitspanne von fünf Monaten. Wie auch der Gemeinderat X. einräumt, ist der dem Gesuch zugrundeliegende Sachverhalt nicht komplex. Zwar trifft es zu, dass auch in solchen Fällen Abklärungen zu treffen sind, zumal eine nochmalige Beistandsernennung kurz vor Erreichen der Mündigkeit eher die Ausnahme darstellt. Für diese Abklärungen erscheinen fünf Monate jedoch als übermässig lang. Dies zeigt sich auch darin, dass nach unbestrittener Sachverhaltsdarstellung des Beschwerdeführers der zuständige Sachbearbeiter der Vormundschaftsbehörde die Angelegenheit nach Androhung einer Rechtsverweigerungsbeschwerde am 23. Oktober 1995 «an die Hand genommen» hat und bereits knapp zwei Monate später der Entscheid der Vormundschaftsbehörde ergangen ist. Da die Frist von fünf Monaten zur Behandlung des Gesuchs mithin erheblich länger ist als nach der Natur der Sache und den Umständen angemessen erscheint, liegt eine Rechtsverzögerung vor (vgl. Weiss, a.a.O., S. 201; Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtspflege, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 80 B II, S. 258). Überdies hat der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers auf seine wiederholten Fragen, bis wann er mit der Verfügung rechnen dürfe, unbestrittene

nermassen entweder keine Antwort oder eine unzutreffende Antwort erhalten, so dass die Rechtsverweigerungsbeschwerde durchaus begründet war. Dem Beschwerdeführer ist mithin eine Parteientschädigung zu Lasten der Gemeinde X. zuzusprechen. Ein Betrag von Fr. 500.- erscheint angemessen. Bei dieser Rechtslage braucht nicht geprüft zu werden, ob die Voraussetzungen für die unentgeltliche Beschwerdeführung erfüllt sind.

(RRB, 11. Juni 1996)

*§ 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG. – Keine Zusprechung einer Parteientschädigung an den Beschwerdeführer zulasten der Gemeinde, deren Gemeinderat die angefochtene Verfügung aufgehoben hat, so dass die dagegen erhobene Beschwerde als gegenstandslos abgeschrieben werden konnte, weil die vormundschaftliche Massnahme im Zeitpunkt der Errichtung begründet war und dem Gemeinderat weder ein Verfahrensfehler noch eine offenbare Rechtsverletzung vorgeworfen werden kann*

*Erwägungen:*

3. Gemäss § 28 Abs. 2 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG; BGS 161.1) ist im Rechtsmittelverfahren der ganz oder teilweise obsiegenden Partei eine Parteientschädigung nach Massgabe ihres Obsiegens zuzusprechen. Nach herrschender Lehre gilt dies im allgemeinen nur, wenn ein Sachentscheid ergeht. Indessen rechtfertigt es sich nicht, bei Erledigung einer Beschwerde ohne Anspruchsprüfung eine Parteientschädigung generell zu verweigern (vgl. Martin Bernet, Die Parteientschädigung in der schweizerischen Verwaltungsrechtspflege, Diss. Zürich 1986, S. 143; Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug, GVP, 1991/92, S. 345). Für die Parteientschädigung sind in einem solchen Fall die Grundätze massgebend, welche bei einem Sachentscheid anzuwenden sind (vgl. Bernet, a.a.O., S. 143). Entscheidend ist mithin gemäss § 28 Abs. 2 VRG, welche Partei ganz oder teilweise obsiegt hätte, wäre ein Sachentscheid ergangen. Zu beachten ist hierbei, dass gemäss § 47 Abs. 2 VRG grundsätzlich die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheides massgebend sind. Aufgrund einer summarischen Prüfung ist davon auszugehen, dass die Beschwerde gutgeheissen worden wäre, hat doch der Gemeinderat X. die Beistandschaft mit Beschluss vom 1. Juli 1996 aufgehoben, weil die Voraussetzungen nicht mehr erfüllt waren. Indessen ist die Beistandschaft..im Zeitpunkt der Errichtung als begründet zu betrachten. Im Sinne von Art. 392 Ziff. 1 ZGB gilt eine Person auch dann als abwesend, wenn sie nicht oder nicht innert nützlicher Frist erreicht werden kann (vgl. Schnyder/Murer, Berner Kommentar zum ZGB, N 54 zu Art. 392). Diese Voraussetzung ist aufgrund der Akten als erwiesen anzunehmen. Da rasches Handeln geboten

erschien, wählte der Gemeinderat auch eine zweckmässige Massnahme in der Form der Beistandschaft, welche auf die Handlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin keinen Einfluss hatte, sondern lediglich bezweckte, dass die als dringend nötig erachteten Handlungen vorgenommen werden konnten. Nachdem die Voraussetzungen der Beistandschaft nicht mehr gegeben waren, die Beschwerdeführerin hatte inzwischen eigene Anwälte mit der Wahrung ihrer Interessen betraut – hob der Gemeinderat die Beistandschaft wieder auf. Dem Gemeinderat kann mithin weder ein Verfahrensfehler noch eine offenbare Rechtsverletzung vorgeworfen werden, so dass gemäss § 28 Abs. 2 Ziff. 2 eine Parteientschädigung zu Lasten der Gemeinde X. ausser Betracht fällt.

(RRB, 5. November 1996)

*Grundbuchgebührentarif – Die Rechnung betreffend Handänderungsgebühren muss mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen sein (§ 29)*

A. Am 27. Januar 1995 erhob die X. AG, gegen die Rechnung der Gemeindeverwaltung Y. vom 29. Dezember 1994 betreffend Handänderungsgebühren bei der Steuerkommission des Kantons Zug «Einsprache». Gemäss § 29 Abs. 1 des Grundbuchgebührentarifs vom 28. Februar 1980 (BGS 215.35) kann gegen die Berechnung der Gebühren und Auslagen binnen zwanzig Tagen von der Mitteilung an gerechnet erstinstanzlich beim Regierungsrat Beschwerde geführt werden. Eingaben an eine unzuständige Behörde sind von Amtes wegen unter Mitteilung an den Absender an die zuständige Behörde weiterzuleiten (§ 7 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes; BGS 162.1). Dies ist geschehen.

In Ihrer Stellungnahme vom 28. Februar 1995 hält die Gemeindeverwaltung Y. fest, ob die Eingabefrist eingehalten werde, müsse der Regierungsrat klären. Diese Frage kann aber offen bleiben. Auf der Rechnung fehlt nämlich – entgegen der klaren Vorschrift von § 29 Abs. 2 des Grundbuchgebührentarifs – die Angabe von Beschwerdeinstanz und Beschwerdefrist. Die fehlende Rechtsmittelbelehrung darf der Beschwerdeführerin nicht zum Nachteil gereichen. Somit ist auf die Beschwerde grundsätzlich einzutreten.

B. Die Gemeindeverwaltung Y. wird auf die erwähnte zwingende gesetzliche Bestimmung aufmerksam gemacht und ersucht, gemäss § 29 Abs. 2 des Grundbuchgebührentarifs bei der Mitteilung der Gebührenrechnung die Beschwerdeinstanz und die Beschwerdefrist anzugeben. Zudem steht gemäss § 29 Abs. 3 des Grundbuchgebührentarifs die Gebührenrechnung nach unbenütztem Ablauf der Beschwerdefrist oder nach rechtskräftigem Rechtsmittelentscheid einem vollstreckbaren gerichtlichem Urteil gemäss Art. 80 SchKG (definitiver Rechtsöffnungstitel) gleich. Fehlt aber eine Rechtsmittelbelehrung, beginnt die Rechtsmittelfrist grundsätzlich nicht zu laufen; eine

solche Rechnung kann nicht in Rechtskraft erwachsen und wäre kein definitiver Rechtsöffnungstitel. Es empfiehlt sich daher auch aus verwaltungswirtschaftlichen Gründen, die Rechnung mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen.

(RRB, 4. April 1995)

## C. Grundsätzliche Stellungnahmen

*Exposé zur Frage der Zuständigkeit und Delegation bei Ausgabenbeschlüssen  
anhand des Beispiels Kantonsbeitrag an die Anschaffung eines Magnet-  
resonanztomographen (MRT) für das Kantonsspital*

15. September 1995

Die Sanitätsdirektion unterbreitet der Regierung einen Bericht und Antrag, wonach dem Kantonsrat beantragt werden soll, dem Kantonsspital an die Anschaffung eines MRT im Gesamtbetrag von 3,75 Mio. Franken einen Beitrag von 60%, d.h. 2,25 Mio. Franken zu gewähren. Die vom Regierungsrat mit der Prüfung der **Zuständigkeit für diesen Ausgabenbeschluss** beauftragte Staatskanzlei gibt dazu die folgende **gutachtliche Stellungnahme** ab:

### **1. Grundsätzliches zur Zuständigkeit und Delegation bei Ausgabenbeschlüssen**

**Zuständig für die Beschlussfassung** über neue, d.h. nicht gebundene **Ausgaben**, ist gemäss § 41 Bst. B der Kantonsverfassung **grundsätzlich der Kantonsrat**; vorbehalten bleibt das fakultative Referendum bei einmaligen Ausgaben von mehr als Fr. 500 000.- und jährlich wiederkehrenden Ausgaben von mehr als Fr. 50 000.- (§ 34 KV). Die Verfassung gibt dem **Regierungsrat keine Ausgabenkompetenz**. Auch die Möglichkeit der Delegation von Ausgabenbeschlüssen ist in der Verfassung nicht vorgesehen. Die Übertragung der verfassungsmässigen Ausgabenkompetenz vom Volk an den Kantonsrat (einfacher KRB) oder vom Kantonsrat an den Regierungsrat (Subdelegation) auf dem Wege der Gesetzgebung bedeutet also nichts anderes als die gesetzliche Änderung der verfassungsmässigen Zuständigkeitsordnung oder den Vorrang des Gesetzes vor der Verfassung. Das ist selbstverständlich unzulässig. Denn Gesetze stehen in der Rangordnung der Rechtsquellen auf einer tieferen Stufe als die Verfassung und können diese nicht derogieren. Die Ausgabendelegation erweist sich deshalb (wie die Gesetzesdelegation überhaupt) als klar verfassungswidrig (vgl. Gerold Meyer, Die Rechtssetzung nach zugerischem Recht, Diss. Zürich 1938, S. 100/101; Z. Giacometti, Das Staatsrecht der Schweizerischen Kantone, Zürich 1979, S. 492 ff). Vorallem Z. Giacometti hat sein Standardwerk in der - begründeten - Sorge über die schwindende Besinnung auf die liberal-demokratischen und rechtsstaatlichen Grundlagen der Schweiz geschrieben und dabei gemahnt, der Schweizer möge «den festen Rückhalt an seinem Staatsprinzip nicht verlieren» (Vorwort zur ersten Ausgabe 1941, also in Zeiten bedrohlich wachsender Staatsmacht).

Trotz ihrer Verfassungswidrigkeit wird die Gesetzes- und damit auch die Ausgabendelegation in allen Kantonen gehandhabt (nur wenige Kantonsverfassungen sehen die Gesetzesdelegation vor), und ihre Zuständigkeit wird

vom Bundesgericht, das nach Giacometti die Tragweite des Problems nicht erkannt hat, grundsätzlich bejaht.

## **2. Ausgabendelegation gemäss Spitalgesetzgebung**

Gemäss § 9 Abs. 2 Bst. i des Gesetzes über das Kantonsspital (BGS 826.13) obliegt der «Beschluss über bauliche Erweiterungen und Erneuerungen sowie über feste und bewegliche Einrichtungen bis zum Betrage von 2 Mio. Franken» dem Regierungsrat. Gemäss § 8 Bst. c dieses Gesetzes ist der Kantonsrat in eigener Kompetenz zuständig zur «Genehmigung von Objektkrediten für bauliche Erweiterungen und Erneuerungen sowie für feste und bewegliche Einrichtungen, die den Betrag von 2 Mio. Franken übersteigen. Bau- und Anschaffungsbeiträge, die den Betrag von 5 Mio. Franken übersteigen, unterstehen dem fakultativen Referendum». Diese Bestimmung entspricht § 13 des Gesetzes über das Spitalwesen (BGS 826.11), wonach die Zusicherung von Bau- und Anschaffungsbeiträgen, die den Betrag von 2 Mio. Franken übersteigen, der Genehmigung des Kantonsrates bedürfen und Bau- und Anschaffungsbeiträge, die den Betrag von 5 Mio. Franken übersteigen, dem fakultativen Referendum unterstehen.

Gestützt auf diese Delegationsnormen können also – ungeachtet der verfassungsmässigen Zuständigkeitsgrenzen – Regierungsrat und Kantonsrat neue einmalige Investitionsbeiträge bis zu 2 Mio. bzw. 5 Mio. Franken in eigener Kompetenz beschliessen.

## **3. Verhältnis Spitalgesetzgebung / Finanzhaushaltgesetz**

Das FHG enthält keine Bestimmung über die Zuständigkeit zum Entscheid über Ausgaben. Es kollidiert also nicht mit den Ausgabenkompetenzen gemäss Spitalgesetzgebung. Die Diskussion darüber, welches Gesetz nun welchem als *lex specialis* oder als *lex posterior* vorgehe, ist daher gegenstandslos. Und die Argumentation der Sanitätsdirektion in der internen Stellungnahme vom 6. September 1995, die Anwendung des FHG würde zwar «besser in das New Public Management passen» und für seine Anwendung würde «der schlanke Ablauf sprechen», gemäss «einer historischen, grammatikalischen und systematischen Gesetzesauslegung» habe jedoch die Spitalgesetzgebung als *lex specialis* Vorrang vor dem FHG, – diese Argumentation geht, weil eben zwischen FHG und Spitalgesetzgebung keine Kollision besteht, an der Sache vorbei.

#### 4. Gebundene oder neue Ausgabe?

Der Kantonsbeitrag für die Anschaffung eines MRT beläuft sich auf 2,25 Mio. Franken. Wenn es sich hierbei um eine gebundene Ausgabe handelt, ist der Betrag einfach ins Budget aufzunehmen, über dessen Genehmigung dann der Kantonsrat im Rahmen der Behandlung des Voranschlags entscheidet. Handelt es sich aber um eine neue Ausgabe, so **bedarf es gemäss § 8 Bst. c des Gesetzes über das Kantonsspital eines speziellen einfachen Kantonsratsbeschlusses** (KRB ohne Referendumsvorbehalt). § 8 FHG definiert gebundene Ausgaben – soweit vorliegend von Bedeutung – also solche, die «zur Erfüllung der gesetzlich geordneten Verwaltungsaufgaben (hier Sicherstellung der medizinischen Versorgung) unbedingt erforderlich sind, wenn anzunehmen ist, der Gesetzgeber habe mit dem Grunderlass (hier Spitalgesetzgebung, insbesondere medizinischer Leistungsauftrag des Kantonsspitals) auch die sich daraus ergebenden Aufwendungen gebilligt».

Mit Bezug auf die seinerzeitige Anschaffung eines Computertomographen hat das Bundesgericht auf eine Stimmrechtsbeschwerde hin mit Urteil vom 7. März 1990 im wesentlichen folgendes festgestellt:

Die Anschaffung eines CT sei durch keinen Rechtssatz prinzipiell und dem Umfange nach vorgeschrieben. Es sei daher zu prüfen, ob die Ausgabe für die Anschaffung eines CT für das Kantonsspital (damaliger Kantonsbeitrag 1,68 Mio.) im Sinne von § 8 Abs. 2 Bst. b FHG «unbedingt erforderlich» sei. Diese Frage sei zu bejahen. Die rasche Zunahme von Computertomographen und deren weite Verbreitung zeigten das Bedürfnis nach diesem Gerät. Das gesetzliche Leistungsprogramm für das Kantonsspital erfordere die Anschaffung eines CT. Für ein Hauptspital von der Bedeutung des Kantonsspitals gehöre ein CT zur Grundausrüstung. Die Ausgabe dafür sei «zur Erfüllung der gesetzlich geordneten Verwaltungsaufgaben unbedingt erforderlich». Das FHG verlange nicht, dass die Stimmbürger die Anschaffung eines CT hätten voraussehen müssen, als das Kantonsspitalgesetz erlassen wurde. Hingegen sei aufgrund des gesetzlichen Leistungsprogramms des Kantonsspitals im Sinne von § 8 Abs. 2 Bst. b FHG «anzunehmen, der Gesetzgeber habe mit dem Grunderlass auch die sich daraus ergebenden Aufwendungen gebilligt». «Die Stimmbürger haben das Leistungsprogramm des Kantonsspitals festgelegt und die zu dessen Erfüllung notwendigen Befugnisse an die Behörden delegiert. Jedermann musste damals bewusst sein, dass auch die Medizinaltechnik Fortschritte machen wird und dass das Leistungsprogramm unter Umständen auch Methoden abdeckt, welche damals noch nicht bekannt oder noch nicht stark verbreitet waren. Damit wurde aber die Anschaffung von Geräten wie den Computertomographen gebilligt, weil er heute für die Erfüllung des Leistungsprogramms unbedingt erforderlich ist.»

(Damit, dass der Regierungsrat seine eigene Zuständigkeit zur Bewilligung des Kantonsbeitrages, bei welchem es sich klar um eine gebundene Ausgabe handelte und der erst noch unter der Grenze von 2 Mio. Franken lag, offensichtlich zu Unrecht «nach oben» an den Kantonsrat delegiert hatte, setzte sich das Bundesgericht nicht auseinander.)

Überträgt man die Argumentation des Bundesgerichts auf die zur Diskussion stehende Anschaffung eines MRT, so scheint auf den ersten Blick mehr dafür zu sprechen, dass es sich bei den entsprechenden Kosten bzw. Beiträgen um eine gebundene Ausgabe handelt. In der Stellungnahme der Sanitätsdirektion heisst es denn auch: «Es liegt der gleiche Fall wie bei der CT-Anschaffung vor. Gemäss Bundesgerichtsurteil handelt es sich eindeutig um eine gebundene Ausgabe.» (Dass trotzdem der Erlass eines Ausgabenbeschlusses durch den Kantonsrat beantragt wird, ist inkonsequent.) Eine nähere Prüfung ergibt nun aber, dass es sich vorliegend nicht – schon gar nicht eindeutig – um eine gebundene, sondern um eine **neue Ausgabe** handelt. Dazu folgende **Begründung**:

Das Bundesgericht sagt im erwähnten Urteil ausdrücklich, dass allein aufgrund der rasanten Entwicklung eines Gerätes und seiner grossen Verbreitung noch nicht auf die Notwendigkeit seiner Anschaffung geschlossen werden dürfe und es sich bei Ausgaben für Anlagen und Einrichtungen der modernen medizinischen Technik keineswegs immer um gebundene Ausgaben handle. Entscheidend für die Bejahung der unbedingten Notwendigkeit der Anschaffung eines medizinischen Geräts und damit für die Bejahung der Frage, ob es sich bei den Kosten bzw. Beiträgen um gebundene Ausgaben handle, sei neben dem Leistungsauftrag des Spitals, der Minderung des Diagnostik- und Therapierisikos der Patienten sowie dem breiten Anwendungsgebiet eines Geräts auch dessen «**intensive Nutzung**». Diese ist nun aber vorliegend nicht nur nicht überzeugend ausgewiesen, sondern sehr zweifelhaft. Die prognostizierte Auslastung von 6,5 MRT-Untersuchungen pro Tag oder 1625 Untersuchungen pro Jahr mit einer baldigen Steigerung auf 2000 Untersuchungen pro Jahr scheint unrealistisch angesichts der Tatsache, dass am Kantonsspital Luzern die Frequenz acht Untersuchungen pro Tag beträgt, die private Konkurrenz in unmittelbarer Nähe innerhalb und ausserhalb des Kantons beträchtlich ist und bisher offenbar sehr viel weniger MRT-Untersuchungen an zugerischen Patienten extern durchgeführt wurden, ferner angesichts der Erfahrung, dass die Ärzte bei der Zuweisung von Patienten für Spitaluntersuchungen nicht nur das Kantonsspital berücksichtigen, sondern in nicht wenigen Fällen auch andere Spitäler innerhalb und ausserhalb unseres Kantons. Die Anschaffung eines MRT wird denn auch weniger mit medizinischen als vielmehr – unter Hintanstellung auch der volkswirtschaftlichen Kriterien – mit **spitalpolitischen Argumenten** und Prestigeüberlegungen begründet. Bei dieser Sachlage ist die Anschaffung eines MRT **unter dem massgebenden Gesichtspunkt der Gewährleistung der medi-**

**zinischen Versorgung allenfalls wünschbar, jedenfalls aber nicht im Sinne von § 8 Abs. 2 Bst b FHG «unbedingt erforderlich».** Und es darf nicht davon ausgegangen werden, dass das gesetzliche Leistungsprogramm für das Kantonsspital die **Anschaffung eines MRT vorwiegend aus spitalpolitischen Gründen** abdeckt.

## 5. Ergebnis

Beim Kantonsbeitrag an die Kosten für die Anschaffung eines MRT für das Kantonsspital handelt es sich angesichts der konkreten Umstände nicht um eine gebundene, sondern um eine **neue Ausgabe**. Mindestens aber bestehen am Charakter des Kantonsbeitrages als gebundene Ausgabe ganz erhebliche Zweifel. Es bedarf deshalb nicht lediglich der Aufnahme der Kosten ins Budget, sondern eines **förmlichen Ausgabenbeschlusses**. Dieser fällt – da der Betrag die Grenze von 2 Mio. Franken übersteigt und unter der Grenze von 5 Mio. Franken liegt – gemäss § 8 Bst. c des Gesetzes über das Kantonsspital in die **abschliessende Zuständigkeit des Kantonsrates**.

## 6. Exkurs

Die aufgeworfene Frage, ob umfassende bauliche Sanierungen oder gar Erneuerungsbauten, sofern diese zur Erfüllung des gesetzlichen Leistungsauftrages unbedingt notwendig sind, als gebundene Ausgaben gelten, ist klar zu verneinen. Denn ein wesentliches Kriterium der gebundenen Ausgabe ist neben der unbedingten Notwendigkeit auch die Frage nach dem «Wie» der Aufgabenerfüllung. Wenn diesbezüglich wie das (anders als in der Regel bei der Auswahl eines Gerätes) bei grösseren Sanierungen oder gar bei baulichen Erneuerungen der Fall ist – ein erheblicher Handlungs- und Entscheidungsspielraum mit entsprechend stark unterschiedlichen Kostenfolgen besteht, so stellen die Aufwendungen neue Ausgaben dar (vgl. BGE 115 Ia 142 ff).

(Staatskanzlei, D. Delwing, 15. September 1995)