

Inhaltsverzeichnis

IV

Rechtspflege	5
1 Anwaltsrecht	5
2 Strafprozessordnung	11
3 Strafrechtspflege	12
4 Zivilprozessordnung	17
5 Zivilrechtspflege	19

B

Stichwortverzeichnis	25
----------------------	----

IV. Rechtspflege

1. Anwaltsrecht

1.1 § 14 Abs. 1 lit e und h EG BGFA i.V.m. § 14 Abs. 2 EG BGFA

Regeste:

§ 14 Abs. 1 lit e und h EG BGFA i.V.m. § 14 Abs. 2 EG BGFA – Die Tätigkeit eines Anwalts als Erbschaftsverwalter fällt weder unter das anwaltliche Berufsgeheimnis noch handelt es sich dabei um eine notarielle Dienstleistung, die unter den Schutz des diesbezüglichen Amtsgeheimnisses fällt. Auf ein Gesuch um Entbindung vom Anwalts- und Amtsgeheimnis ist daher mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten.

Aus den Erwägungen:

Gestützt darauf, dass

- RA lic. iur. A._ (nachfolgend: Gesuchsteller) mit Eingabe vom 21. Dezember 2016 bei der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte das Gesuch stellte, er sei zur Vollstreckung seiner mit rechtskräftigem Beschluss des Gemeinderats B._ vom 3. März 2015 genehmigten Honorarforderung als Erbschaftsverwalter im Nachlass C._ sel. im Betrag von CHF 29'723.15 gegenüber D._ (nachfolgend: Gesuchsgegnerin) vom Anwaltsgeheimnis zu entbinden,
- die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 5. Januar 2017 zum Gesuch Stellung nahm, ohne einen Antrag zu stellen,
- der Präsident der Aufsichtskommission für die Beurteilung von Gesuchen um Entbindung vom Amts- bzw. Anwaltsgeheimnis zuständig ist (Delegationsbeschluss der Aufsichtskommission vom 15. Januar 2008),
- es Rechtsanwälten gemäss Art. 321 Ziff. 1 StGB untersagt ist, ein Geheimnis zu offenbaren, das ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden ist oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben,
- in Übereinstimmung damit Art. 13 BGFA festhält, dass Anwältinnen und Anwälte über alles, was ihnen infolge ihres Berufes von der Klientschaft anvertraut worden ist, zeitlich unbegrenzt und gegenüber jedermann dem Berufsgeheimnis unterstehen,
- darunter Informationen fallen, die mit der anwaltstypischen Tätigkeit im Zusammenhang stehen, wozu die Wahrung von Klienteninteressen im Rahmen einer Rechtsberatung (Beratungsmandat) oder eines Rechtskonflikts (Prozessmandat) gehören, wohingegen die nicht-anwaltsspezifischen Tätigkeiten, wie beispielsweise die Ausübung von Verwaltungsrats- und reinen Vermögensverwaltungsmandaten, nicht dazugehören (Nater/Zindel, in: Fellmann/ Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A. 2011, Art. 13 BGFA N 117 ff.),
- die Erbschaftsverwaltung ein privatrechtliches Institut sui generis ist und die temporäre Übertragung der Besitz-, Verwaltungs- und Verfügungsrechte am Nachlass auf einen behördlich bestellten, unabhängigen Verwalter beinhaltet, während die entsprechenden Rechte der Erben sistiert sind (Karrer/Vogt/Leu, Basler Kommentar, 5. A. 2015, Art. 554 ZGB N 1 und 5),

- zwischen dem Gesuchsteller als behördlich bestelltem Erbenvertreter und der Gesuchgegnerin als Erbin somit nicht ein Mandatsverhältnis bestanden hat und es sich bei der Aufgabe des Gesuchstellers, im Interesse der bekannten und unbekanntenen Erben den Nachlass aus eigenem Recht und im eigenen Namen zu erhalten, zu verwalten und zu vertreten (Karrer/ Vogt/Leu, a.a.O., Art. 554 ZGB N 5), nicht um eine anwaltspezifische Tätigkeit handelt,
- die Tätigkeit des Gesuchstellers als Erbschaftsverwalter somit nicht unter das anwaltliche Berufsgeheimnis fällt und es sich dabei auch fraglos nicht um eine notarielle Dienstleistung handelt, die unter den Schutz des diesbezüglichen Amtsgeheimnisses fällt,
- auf das Entbindungsgesuch somit mangels eines Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten ist,
- offengelassen werden kann, ob sich der Gesuchsteller beim Gemeinderat B._ als Aufsichtsbehörde über die Erbschaftsverwaltung (§ 8 Abs. 1 Ziff. 5 des Gesetzes betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug; EG ZGB; BGS 211.1) von einem allenfalls bestehenden Amtsgeheimnis entbinden lassen muss,
- es sich beim vorliegenden Verfahren nicht um ein eigentliches Zweiparteienverfahren handelt, sondern um einen Akt der Justizverwaltung, weshalb gemäss Praxis die Kosten unabhängig vom Ausgang des Verfahrens dem Gesuchsteller auferlegt werden (GVP 1989/90, S. 126 f.),

Präsident der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte im Kanton Zug, 17. Januar 2017

1.2 Verordnung über die Anwaltsprüfung und die Beurkundungsprüfung für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte

Regeste:

Anwaltsprüfungsverordnung – Ein Kandidat, der bei der Wiederholung der mündlichen Anwaltsprüfung in einem Gebiet als ungenügend bewertet wurde, hat die Anwaltsprüfung insgesamt nicht bestanden. Das gilt auch für das Fach Beurkundungsrecht, das Teil der Anwaltsprüfung ist.

Aus dem Sachverhalt:

Der Beschwerdeführer, der zur Anwaltsprüfung des Kantons Zug zugelassen worden war und die mündliche Wiederholungsprüfung nicht bestanden hatte, wurde von der Anwaltsprüfungskommission mit dem Hinweis, dass ein erneutes Gesuch um Zulassung zur Anwaltsprüfung erst nach Ablauf von zwei Jahren zulässig sei, abgewiesen. Nach Erwerb eines ausserkantonales Anwaltspatents stellte er bei der Anwaltsprüfungskommission des Kantons Zug das Gesuch um Zulassung zur Beurkundungsprüfung für Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Anwaltspatent. Der Präsident der Anwaltsprüfungskommission erkannte, ein solches Gesuch könne erst nach Ablauf der zweijährigen Sperrfrist gestellt werden. Ferner hielt der Präsident der Anwaltsprüfungskommission nach einem weiteren Schriftenwechsel gegenüber

dem Beschwerdeführer fest, es treffe nicht zu, dass er die Beurkundungsprüfung im Rahmen der Anwaltsprüfung bestanden habe. Der Beschwerdeführer erhob dagegen Beschwerde und beantragte im Hauptstandpunkt, es sei ihm der Fähigkeitsausweis zur öffentlichen Beurkundung sofort zu erteilen. Eventualiter sei ihm die Wiederholung der schriftlichen Beurkundungsprüfung zu erlassen, das Resultat des schriftlichen Prüfungsteils Beurkundungsrecht für den Fähigkeitsausweis anzuerkennen und ihn direkt zur mündlichen Beurkundungsprüfung zuzulassen. Subeventualiter sei er unverzüglich ohne Berücksichtigung einer Sperrfrist zur Beurkundungsprüfung zuzulassen. Die II. Beschwerdeabteilung des Obergerichts weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

1. Zur Begründung seines Hauptantrags, wonach ihm der Fähigkeitsausweis zur öffentlichen Beurkundung sofort zu erteilen sei, wiederholt der Beschwerdeführer den im Schreiben vom 2. Oktober 2016 vertretenen Standpunkt, wonach gemäss der Anwaltsprüfungskommission die Beurkundungsprüfung für Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Patent im Sinne von §§ 12 ff. APV Teil der Anwaltsprüfung im Sinne von §§ 1 ff. APV sei, weshalb sämtliche Verfügungen der Anwaltsprüfungskommission im Rahmen der von ihm im Kanton Zug absolvierten Anwaltsprüfung auch mit Bezug auf die Erteilung des Fähigkeitsausweises zur öffentlichen Beurkundung nach §§ 12 ff. APV gelten würden. Da die Anwaltsprüfungskommission mit Verfügungen vom 22. September 2014 und vom 16. März 2015 seine schriftliche Arbeit und seine mündliche Prüfung im Fach Beurkundungsrecht je mit «gut» bewertet habe, habe er die Beurkundungsprüfung bestanden.

2.1 Die Anwaltsprüfung des Kantons Zug gliedert sich in einen schriftlichen und einen mündlichen Teil (§ 2 APV). Die schriftliche Prüfung besteht zum einen aus der Bearbeitung von zwei Fällen, die sich auf Zivilrecht und Zivilprozessrecht inkl. Gerichtsorganisation, Strafrecht und Strafprozessrecht inkl. Gerichtsorganisation oder Staats- und Verwaltungsrecht inkl. Verwaltungsrechtspflege erstrecken. Zum andern ist im Fach Beurkundungsrecht eine öffentliche Urkunde zu erstellen (§ 3 Abs. 1 und 2 APV). In der mündlichen Prüfung werden folgende Gebiete des Bundes- und des zugerischen Rechts geprüft: Zivil- und Zivilprozessrecht, Straf- und Strafprozessrecht, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Staats- und Verwaltungsrecht, Beurkundungsrecht und Anwaltsrecht (§ 5 Abs. 2 APV). Die Anwaltsprüfung gilt nur als bestanden, wenn in der schriftlichen Prüfung alle drei Arbeiten und in der mündlichen Prüfung alle sechs Gebiete mit mindestens genügend bewertet werden (§ 4 Abs. 2 und § 6 Abs. 2 APV). Wird die Leistung eines Kandidaten bei der Wiederholung der mündlichen Anwaltsprüfung in einem Gebiet als ungenügend qualifiziert, wird der Kandidat abgewiesen, womit die Zulassung zur Anwaltsprüfung erlischt. Ein erneutes Gesuch um Zulassung ist erst nach Ablauf von zwei Jahren zulässig. Diesfalls können die schriftliche und die mündliche Prüfung je einmal wiederholt werden. Eine erneute Abweisung bei der schriftlichen oder mündlichen Prüfung ist endgültig (§ 6 Abs. 4 APV).

2.2 Daraus erhellt, dass ein Kandidat, der bei der Wiederholung der mündlichen Anwaltsprüfung in einem Gebiet als ungenügend bewertet wurde, die Anwaltsprüfung insgesamt nicht bestanden hat. Das gilt auch für das Fach Beurkundungsrecht, das Teil der Anwaltsprüfung ist. Will ein solcher Kandidat das Anwaltspatent erwerben, muss er nach einer zweijährigen Sperrfrist die gesamte Prüfung wiederholen, unabhängig davon, welche Fächer er in der Anwaltsprüfung bestanden hat, die er vor der Sperrfrist absolvierte. Es ist also mit Blick auf eine nach der Sperrfrist zu absolvierende Prüfung irrelevant, in welchen schriftlichen Arbeiten oder Gebieten der mündlichen Prüfung ein Kandidat in einer letztendlich nicht bestandenen Prüfung ausreichende Leistungen erbracht hat.

2.3 In der mündlichen Wiederholungsprüfung vom 19. Mai 2015 bewertete die Anwaltsprüfungskommission die Leistungen des Beschwerdeführers in den Gebieten Zivilrecht I und II je mit ungenügend. Der Beschwerdeführer hat damit die ganze Anwaltsprüfung nicht bestanden. Das trifft auch auf das Fach Beurkundungsrecht zu, das Teil der Anwaltsprüfung ist. Demgemäss kann der Beschwerdeführer aus dem Umstand, dass seine Leistungen im Fach Beurkundungsrecht im schriftlichen und im mündlichen Teil je als gut qualifiziert wurden, nichts zu seinen Gunsten ableiten. Keine Rolle spielt ferner, in welchen Gebieten der mündlichen Anwaltsprüfung die Leistungen des Beschwerdeführers mit ungenügend bewertet wurden. Selbst wenn der Beschwerdeführer in den Fächern Zivilrecht I und II ausreichende Leistungen erbracht hätte und in anderen Fächern gescheitert wäre, bestünde kein Anspruch auf Erteilung des Fähigkeitsausweises für das Beurkundungsrecht, da er auch in diesem Fall die gesamte Anwaltsprüfung inklusive des Fachs Beurkundungsrecht nicht bestanden hätte. Wie erwähnt, haben genügende Leistungen in Teilen der schriftlichen oder mündlichen Prüfung keinerlei Relevanz, wenn die Anwaltsprüfung insgesamt nicht bestanden wird. Dabei spielt keine Rolle, ob es sich um eine Wiederholung der ganzen Anwaltsprüfung handelt oder um die Beurkundungsprüfung für Rechtsanwälte mit einem – inzwischen erworbenen – ausserkantonalen Anwaltspatent nach §§ 12 ff. APV. Demgemäss kann sich der Beschwerdeführer nicht darauf berufen, er habe aufgrund der ausreichenden Resultate im Fach Beurkundungsrecht in der von ihm letztlich nicht bestandenen Anwaltsprüfung nach dem Erwerb des [ausserkantonalen] Anwaltspatents Anspruch auf Erlass der gesamten Beurkundungsprüfung für Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Patent oder auf Erlass des schriftlichen Teils dieser Prüfung. Somit besteht auch kein Grund, dem Verfahrensantrag auf Beizug der Tonbandaufnahmen und Prüfungsfragen der mündlichen Prüfung in den Fächern Zivilrecht I, Zivilrecht II sowie Beurkundungs- und Anwaltsrecht stattzugeben.

2.4 Nach dem Gesagten erweisen sich die Anträge des Beschwerdeführers, es sei ihm der Fähigkeitsausweis zur öffentlichen Beurkundung sofort zu erteilen, eventualiter sei ihm die Wiederholung der schriftlichen Beurkundungsprüfung zu erlassen, als unbegründet und sind abzuweisen.

3. Zur Begründung seines Subeventualantrags, wonach er unverzüglich und ohne Berücksichtigung einer Sperrfrist zur Beurkundungsprüfung gemäss § 12 APV zuzulassen sei, macht der

Beschwerdeführer geltend, bei der Beurkundungsprüfung für Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Patent und der Anwaltsprüfung handle es sich um zwei selbständige Prüfungen mit unterschiedlichen Zulassungsvoraussetzungen und Inhalten, einem jeweils eigenständigen Prüfungsablauf und separat zu erlassenden Verfügungen und sich daraus ergebenden Rechtswirkungen auf die jeweilige absolvierte Prüfung. Bei seinem Gesuch vom 18. August 2016 handle es sich nicht um ein erneutes Gesuch um Zulassung zur Anwaltsprüfung im Sinne von § 6 Abs. 4 i.V.m. § 1 Abs. 1 APV, sondern um ein neues und erstmaliges Gesuch um Zulassung zur Beurkundungsprüfung gemäss § 12 APV. Weil dieses Gesuch somit in keinem Zusammenhang zur Anwaltsprüfung stehe, könne eine allfällig bestehende Sperrfrist nicht zur Anwendung kommen. Die abweisende Verfügung vom 22. Mai 2015 bzw. die darin ausgesprochene Sperrfrist betreffe nur die erneute Zulassung zur Anwaltsprüfung. Dem Wortlaut der Verfügung sei nirgends zu entnehmen, dass diese Sperrfrist auch im Hinblick auf eine allfällige Zulassung zur Beurkundungsprüfung für Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Patent Wirkungen zeitigen solle.

4.1 Mit der am 12. November 2016 in Kraft getretenen Revision des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGS 163.1, EG BG-FA) wurde § 6 um den Absatz 3 ergänzt. Danach kann nicht mehr zur Prüfung zugelassen werden, wer früher bereits definitiv abgewiesen worden ist, wobei – in Präzisierung der bereits bestehenden Regelung in § 4 Abs. 4 APV – festgehalten wurde, dass auch ausserkantonale Abweisungen zu berücksichtigen sind. In den Erläuterungen zur Änderung der Anwaltsprüfungsverordnung hielt das Obergericht fest, diese Regelung gelte auch für die Beurkundungsprüfung, welche im Kanton Zug Teil der Anwaltsprüfung sei. Wer bereits erfolglos versucht habe, das Anwaltspatent oder die Ermächtigung zur Beurkundung zu erlangen (sei es im Kanton Zug, in anderen Kantonen oder im Ausland), werde im Kanton Zug nicht zur Prüfung zugelassen. Daraus ist zu schliessen, dass ein Kandidat, der bei der Anwaltsprüfung im Kanton Zug definitiv abgewiesen wurde und in einem anderen Kanton das Anwaltspatent erworben hat, im Kanton Zug nicht mehr zur Beurkundungsprüfung für Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Patent zugelassen wird. Gleich muss es sich verhalten, wenn ein Kandidat bei der Wiederholung des schriftlichen oder mündlichen Teils der Anwaltsprüfung gescheitert ist und hernach in einem anderen Kanton das Anwaltspatent erwirbt. In diesem Fall kann der Betroffene gemäss § 4 Abs. 4 bzw. § 6 Abs. 4 APV vor Ablauf von zwei Jahren kein Gesuch um Zulassung zur Beurkundungsprüfung für Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Patent stellen. Das ergibt sich im Übrigen auch aus § 14 APV, der § 4 Abs. 2 und § 6 Abs. 2 APV für die Beurkundungsprüfung für Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Patent für sinngemäss anwendbar erklärt. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers spielt dabei keine Rolle, dass in der Marginalie von § 14 APV von «Durchführung der Prüfung» die Rede ist und diese Bestimmung bloss eine sinngemässe Anwendung von § 2 sowie § 4–9 AVP vorsieht. Damit wird einzig klargestellt, dass die fraglichen Bestimmungen auf die Beurkundungsprüfung für Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Patent soweit anwendbar sind, als dies aufgrund des unterschiedlichen Prüfungsstoffs angezeigt ist. Das trifft für die Regelungen über die Sperrfrist oder die Nichtzulassung eines endgültig abgewiesenen Kandidaten zu. Es ist denn auch dur-

chaus angebracht, Kandidaten, die bei der schriftlichen oder mündlichen Wiederholungsprüfung gescheitert sind oder definitiv abgewiesen wurden, zur Beurkundungsprüfung für Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Patent nur unter erschwerten Bedingungen oder gar nicht mehr zuzulassen und damit anders zu behandeln als Kandidaten, die nicht erfolglos versucht haben, die Anwaltsprüfung des Kantons Zug zu bestehen. Aus diesem Grund ist auch der Vorwurf des Beschwerdeführers verfehlt, mit der ihm auferlegten zweijährigen Sperrfrist sei das Gleichbehandlungsgebot verletzt worden.

4.2 Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, dem Wortlaut des Schreibens des Vizepräsidenten der Anwaltsprüfungskommission vom 22. Mai 2015 sei nicht zu entnehmen, dass die Sperrfrist auch für eine Zulassung zur Beurkundungsprüfung für Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Patent gelte, vermag er daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Diese Frage stellte sich damals nicht, da der Beschwerdeführer die Wiederholungsprüfung nicht bestanden hatte und über kein ausserkantonales Anwaltspatent verfügte. Nachdem der Beschwerdeführer am 18. August 2016 nach dem Erwerb des [ausserkantonalen] Anwaltspatents das Gesuch um Zulassung zur Beurkundungsprüfung eingereicht hatte, stellte der Präsident der Anwaltsprüfungskommission mit Schreiben vom 23. August 2016 und mit Verfügung vom 22. September 2016 klar, dass der Beschwerdeführer infolge der zweijährigen Sperrfrist erst ab dem 22. Mai 2017 ein Gesuch um Zulassung zur Beurkundungsprüfung gemäss § 12 APV stellen können.

5. An der Sache vorbei zielt schliesslich die Rüge, der Präsident der Anwaltsprüfungskommission habe mit dem Entscheid vom 20. September 2016, wonach der Beschwerdeführer erst ab dem 22. Mai 2017 ein Gesuch um Zulassung zur Beurkundungsprüfung stellen könne, eine Ermessensüberschreitung sowie eine Rechtsverweigerung und -verzögerung begangen. In der fraglichen Verfügung hat der Präsident der Anwaltsprüfungskommission dem Beschwerdeführer beschieden, dass er die Voraussetzungen für die Zulassung zur Beurkundungsprüfung für Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Patent infolge der bis zum 22. Mai 2017 andauernden Sperrfrist derzeit nicht erfülle. Er hat damit das Gesuch zurzeit abgewiesen. Der Präsident der Anwaltsprüfungskommission hat somit in der Sache entschieden. Es liegt damit weder eine Rechtsverweigerung noch eine Rechtsverzögerung vor. Zudem ist der Entscheid auch in materieller Hinsicht nicht zu beanstanden. Der Beschwerdeführer, der aufgrund der gescheiterten Wiederholungsprüfung mit einer Sperrfrist bis zum 22. Mai 2017 belegt ist, erfüllt die Voraussetzungen für die Zulassung zur Beurkundungsprüfung für Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Patent nicht. Es ist daher nicht ersichtlich, inwiefern der Präsident der Anwaltsprüfungskommission mit seinem Entscheid, das Gesuch einstweilen abzuweisen, eine Ermessensüberschreitung begangen haben soll.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 11. Januar 2017

2. Strafprozessordnung

2.1 Art. 382 Abs. 1 StPO

Regeste:

Art. 382 Abs. 1 StPO; Beschwerdelegitimation des Anzeigerstatters – Macht der Anzeigerstatter mittels Beschwerde eine formelle Rechtsverweigerung geltend, ergibt sich seine Beschwerdelegitimation allein aus seiner Berechtigung gemäss Art. 105 Abs. 1 lit. b StPO, am Verfahren teilzunehmen, und nicht aus der Sache.

Aus den Erwägungen:

3. Die Staatsanwaltschaft beantragt (...), es sei auf die Beschwerde mangels Legitimation des Beschwerdeführers nicht einzutreten, da er durch die angezeigten Straftaten in seinen Rechten nicht unmittelbar verletzt sei und daher nicht als geschädigte Person gelte; mit Ausnahme der Fristbestimmungen würden für Beschwerden wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung die gleichen formellen Anforderungen gelten wie für die übrigen Beschwerden.

Der Beschwerdeführer hat Strafanzeigen eingereicht; er ist damit Verfahrensbeteiligter (Art. 105 Abs. 1 lit. b StPO). Ob er sich als Privatkläger konstituieren könnte bzw. ob er durch die angezeigten Straftaten in seinen Rechten unmittelbar verletzt wurde (Art. 115 Abs. 1 StPO), kann hier offen bleiben. Der Beschwerdeführer ist nämlich berechtigt, ungeachtet seiner Legitimation in der Sache eine Verletzung seiner Parteirechte zu rügen, die ihm nach der Strafprozessordnung, der Bundesverfassung oder der EMRK zustehen und deren Missachtung auf eine formelle Rechtsverweigerung hinausläuft. Zulässig sind Rügen, die formeller Natur sind und von der Prüfung der Sache getrennt werden können (Urteil des Bundesgerichts 1B_10/2012 vom 29. März 2012 E. 1.2.1 mit Hinweis auf BGE 136 IV 41 E. 1.4). Das erforderliche rechtlich geschützte Interesse ergibt sich in diesem Fall nicht aus einer Berechtigung in der Sache, sondern aus der Berechtigung, am Verfahren teilzunehmen. Der Beschwerdeführer macht eine formelle Rechtsverweigerung geltend, indem er der Staatsanwaltschaft vorwirft, sie nehme die ihr obliegenden hoheitlichen Verfahrenshandlungen nicht vor. Ob dies der Fall ist, kann geprüft werden, ohne materiell auf die Sache einzugehen. Mit den «formellen Anforderungen», die gemäss der von der Staatsanwaltschaft zitierten Literaturstelle (Keller, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], 2. A. 2014, Art. 396 StPO N 10) auch für eine Rechtsverweigerungsbeschwerde erfüllt sein müssen, kann angesichts der erwähnten Rechtsprechung jedenfalls nicht die Legitimation des Beschwerdeführers gemeint sein, soweit er die Missachtung seiner Parteirechte rügt. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

Obergericht, I. Beschwerdeabteilung, 18. August 2017

3. Strafrechtspflege

3.1 Art. 132 StPO

Regeste:

Art. 132 StPO – Amtliche Verteidigung im Beschwerdeverfahren

Aus dem Sachverhalt:

Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zug führt eine Strafuntersuchung gegen die Beschwerdeführerin wegen gewerbsmässigen Betrugs, gewerbsmässigen Wuchers, ungetreuer Geschäftsbesorgung, schwerer Geldwäscherei und Verstosses gegen Art. 44 FINMAG im Zusammenhang mit dem Verkauf von privat gehaltenen Aktien der Firma Y und in ihrer Funktion als vormalige Präsidentin des Verwaltungsrates dieser Gesellschaft.

Am 15. Mai 2017 ersuchte Rechtsanwalt A als amtlicher Verteidiger der Beschwerdeführerin um Einsicht in die Einvernahmeprotokolle der bisher befragten Telefonverkäufer. Die Staatsanwaltschaft teilte Rechtsanwalt A mit, dass er ab Anfang Juli 2017 Einsicht in die Telefonprotokolle erhalte, sobald die vorgeladenen Telefonverkäufer einvernommen worden seien. Rechtsanwalt A bat daraufhin um eine «anfechtbare Verfügung betreffend die Abweisung bzw. die zeitliche Beschränkung des Akteneinsichtsgesuchs».

Gegen die daraufhin erlassene, gleichlautende Verfügung der Staatsanwaltschaft liess die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 29. Mai 2017 Beschwerde bei der I. Beschwerdeabteilung des Obergerichts Zug einreichen und machte geltend, es sei ihr umgehend Akteneinsicht zu gewähren.

Aus den Erwägungen:

1. Die Staatsanwaltschaft gewährte der Beschwerdeführerin erst ab 1. Juli 2017 Akteneinsicht. Diese Frist ist in der Zwischenzeit abgelaufen, womit der Beschwerdeführerin ein uneingeschränktes Akteneinsichtsrecht zusteht. Damit ist die vorliegende Beschwerde gegenstandslos geworden.

Zu befinden bleibt über die Kosten des Beschwerdeverfahrens und über die Entschädigung des amtlichen Verteidigers der Beschwerdeführerin für dieses Verfahren.

(Kosten)

3. Die Staatsanwaltschaft beantragt, es sei dem amtlichen Verteidiger der Beschwerdeführerin keine Entschädigung für die amtliche Verteidigung im Beschwerdeverfahren vor Obergericht auszurichten. Die vorliegende Beschwerde sei nicht notwendig, um die Rechte der

beschuldigten Person zu wahren. Sodann sei die Beschwerde auch nicht geeignet, um die angebliche Rechtsverletzung zu beseitigen, werde doch ein Entscheid des Obergerichts kaum vor dem 1. Juli 2016 [recte: 2017] vorliegen (vgl. act. 3 S. 3).

4.1 Die Beschwerdeführerin geht entsprechend der bisherigen Praxis der II. Beschwerdeabteilung davon aus, dass die im Untersuchungsverfahren angeordnete amtliche Verteidigung ohne Weiteres auch für das Beschwerdeverfahren gültig ist und der amtliche Verteidiger unabhängig vom Ausgang des Verfahrens für seine notwendigen und angemessenen Bemühungen entschädigt wird. Die Staatsanwaltschaft beantragt indessen, es sei der amtlichen Verteidigung keine Entschädigung auszurichten. Das vorliegende Verfahren bietet demnach Anlass, die bisherige, soweit ersichtlich noch nie einlässlich begründete Praxis zu überprüfen. Konkret ist die Frage zu beantworten, ob eine im Vorverfahren (oder im erstinstanzlichen Hauptverfahren oder im Verfahren vor Zwangsmassnahmengericht) angeordnete amtliche Verteidigung ohne Weiteres auch im Beschwerdeverfahren gilt, oder ob sie für das Beschwerdeverfahren neu beantragt und bewilligt werden muss.

4.2 Im Kanton Zürich wird die amtliche Verteidigung auch für das Beschwerdeverfahren als gültig angenommen, wenn sie zuvor, in der Regel von der Staatsanwaltschaft, angeordnet wurde (Beschlüsse des Obergerichts Zürich UH140209 vom 20. Januar 2015 E. 2 und UB1101126 vom 29. November 2011 E. 2). Gegenteiliger Auffassung ist das Bundesstrafgericht; eine im Strafverfahren bereits erteilte amtliche Verteidigung müsse für das Beschwerdeverfahren separat beantragt und erteilt werden (Beschluss des Bundesstrafgerichts BB.2015.119 vom 25. November 2015 E. 3.1 m.H.). Gleicher Meinung scheint auch das Bundesgericht zu sein, bezeichnet es doch in BGE 137 IV 2015 E. 2.3 das Zwangsmassnahmengericht als zuständig zur Bestellung einer amtlichen Verteidigung. Im Urteil 1B_705/2011 vom 9. Mai 2012 führt es in E. 2.3.2 aus, die (kantonale) Beschwerdeinstanz sei in dem vor ihr geführten Beschwerdeverfahren (betreffend Haftverlängerung) zuständig für die Anordnung und Bestellung einer amtlichen Verteidigung; dies gelte auch, wenn die Staatsanwaltschaft in Anwendung von Art. 132 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 133 StPO bereits einen amtlichen Verteidiger bestellt habe. Etwas abweichend wird im Urteil 1B_732/2011 vom 19. Januar 2012 E. 7.2 ausgeführt, an der bisherigen Lehre und Praxis, wonach die unentgeltliche Rechtspflege bei Haftbeschwerden und anderen strafprozessualen Nebenverfahren von der Nichtaussichtslosigkeit des konkret verfolgten Prozessziels abhängig gemacht werden könne, sei auch nach Inkrafttreten der StPO grundsätzlich festzuhalten; auch Art. 29 Abs. 2 BV garantiere einen unentgeltlichen Rechtspflegeanspruch nur bei nicht zum Vorneherein aussichtslosen Rechtsmitteln. Die Vorinstanz hatte argumentiert, eine Officialverteidigung sei im StPO-Beschwerdeverfahren nur zu bewilligen, wenn das Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheine, wobei Aussichtslosigkeit bei schwerwiegenden Eingriffen in die Rechte des Beschwerdeführers nur mit grösster Zurückhaltung anzunehmen sei; daran ändere nichts, dass im Hauptverfahren die Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung erfüllt seien. Im Urteil 1B_332/2012 vom 15. August 2012 E. 2.4 hat das Bundesgericht die Frage ausdrücklich offen gelassen, ob sich eine allfällige notwendige Verteidigung auch auf Nebenverfahren wie das Rechtsmittelver-

fahren gegen einen Beschlagnahmeentscheid erstrecke, weil eben kein Fall einer notwendigen Verteidigung vorliege.

4.3 In der Literatur vertritt Schmid (in: Schweizerische Strafprozessordnung Praxiskommentar, 2009, Art. 130 StPO N 2) die Auffassung, im Falle einer notwendigen Verteidigung gelte diese bis zum Abschluss des Rechtsmittelverfahrens einschliesslich Nebenverfahren wie Haftrekurs und Ähnliches. Ruckstuhl (in: Basler Kommentar, 2. A. 2014, Art. 130 StPO N 10) führt unter Berufung auf die zitierten Bundesgerichtsentscheide sowie auf die Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts (BBl 2006 1180) und auf Oberholzer (Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. A. 2012 N 440) aus, dies wäre zwar wünschenswert, ergebe sich aber in dieser Absolutheit und Klarheit weder aus der Gesetzes-text noch aus der Botschaft. Ergreife eine beschuldigte Person in einem Nebenverfahren ein Rechtsmittel, so könne eine amtliche Verteidigung beantragt werden, wobei die vom Bundesgericht aufgestellten Regeln für die unentgeltliche Verteidigung im Rechtsmittelverfahren (Bedürftigkeit und Nicht-Aussichtslosigkeit der gestellten Begehren) zur Anwendung kommen würden. Würden Nebenverfahren nicht von der beschuldigten Person initiiert, so müsse die notwendige Verteidigung aus Gründen der Waffengleichheit auch die Vertretung des Beschuldigten in diesen umfassen. Lieber (in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung, 2.A. 2014, Art. 130 StPO N 26 f.) meint, das Gesetz äussere sich nicht zur Frage, ob ein von der Notwendigkeit der Verteidigung beherrschtes Strafverfahren auch Neben- und Nachverfahren umfasse. Gehe man vom Grundgedanken der notwendigen Verteidigung aus, so verdiene die Auffassung Zustimmung, wonach von der Notwendigkeit einer Verteidigung stets auch die Nebenverfahren erfasst seien. In der Kommentierung zu Art. 388 StPO führt Lieber (a.a.O., Art. 388 StPO N 6) sodann aus, die Voraussetzungen einer amtlichen Verteidigung würden in aller Regel schon im Vorverfahren gegeben sein, womit die Bestellung auch für das Rechtsmittelverfahren gelte. Ziegler/Keller (in: Basler Kommentar, 2. A. 2014, Art. 388 StPO N 3) sind schliesslich der Auffassung, eine amtliche Verteidigung müsse «in zweiter Instanz» nicht neu bestellt werden, sofern sie bereits erstinstanzlich bestanden habe. Ob sich dies nur auf Berufungs- oder auch auf Beschwerdeverfahren bezieht, wird nicht klar gesagt.

5.1 Die Auffassung, die im Fall der Notwendigkeit einer Verteidigung im Untersuchungsverfahren (oder auch im erstinstanzlichen Hauptverfahren oder im Verfahren vor Zwangsmassnahmengericht) gestützt auf Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO angeordnete Verteidigung (Offizialverteidigung) erstrecke sich bis zu ihrem Widerruf (vgl. Art. 134 Abs. 1 StPO) auch auf Nebenverfahren und namentlich auf das Beschwerdeverfahren gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Strafverfolgungsbehörden, ist überzeugend. Ob beim Vorliegen der Voraussetzungen gemäss Art. 130 lit. a bis lit. e StPO eine Verteidigung angeordnet wird, hängt nämlich nicht vom Willen der beschuldigten Person ab. Es besteht vielmehr ein Verteidigungszwang. Der Grund hierfür liegt im öffentlichen Interesse, dass Urteile in einem justizförmigen Verfahren zustande kommen, was wiederum der Wahrheitsfindung dient; jedenfalls in Verfahren von gewisser Bedeutung setzt dies voraus, dass die beschuldigte Person

sachkundig verteidigt wird. Andererseits hat der Staat auch eine Fürsorgepflicht gegenüber beschuldigten Personen, die nicht imstande sind, sich selbst zu verteidigen (Ruckstuhl, a.a.O., Art. 130 StPO N 1; Lieber, a.a.O., Art. 130 StPO N 27, je m.H.). Eine zweckmässige Verteidigung als Element der Sicherstellung eines justizförmigen Verfahrens schliesst die Überprüfung der Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Strafverfolgungsbehörden auf ihre Rechtmässigkeit und Angemessenheit ein, was indessen nur Sinn ergibt, wenn diese, soweit gesetzlich zulässig, mit Rechtsmitteln angefochten werden können. Insoweit ist kein Grund ersichtlich, weshalb bei gegebenen Voraussetzungen bzw. wenn eine Officialverteidigung bereits angeordnet wurde, für das Beschwerdeverfahren eine separate Anordnung erfolgen sollte. Eine erneute Anordnung wäre regelmässig eine blosser Formalität und überspitzt formalistisch und überdies mit der Gefahr widersprüchlicher Entscheide verbunden, wenn die Beschwerdeinstanz die Notwendigkeit einer Verteidigung ebenfalls nur gestützt auf Art. 130 StPO prüfen würde. Würde demgegenüber die Notwendigkeit einer Verteidigung zusätzlich davon abhängig gemacht, ob das Rechtsmittel zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten notwendig und nicht aussichtslos ist, würde einerseits in übermässiger Weise in die Freiheit der Verteidigung eingegriffen, ihr Mandat unabhängig und eigenverantwortlich auszuüben (vgl. Art. 12 lit. b BGFA); eine wirksame Verteidigung wäre nicht mehr gewährleistet. Andererseits gibt es keine gesetzliche Regelung, wonach die Officialverteidigung von anderen als den in Art. 130 i.V.m. Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO genannten Voraussetzungen abhängig gemacht werden kann. Somit ist der bereits eingesetzte Officialverteidiger ohne Weiteres legitimiert, die beschuldigte Person im Beschwerdeverfahren zu vertreten. Für seine Bemühungen ist er gestützt auf Art 135 Abs. 1 StPO zu entschädigen. Neu anzuordnen wäre eine amtliche Verteidigung im Sinne einer Officialverteidigung im Beschwerdeverfahren nur, wenn sie zuvor, etwa im Rahmen einer Einstellungsverfügung, aufgehoben wurde und die Voraussetzungen auch für das Beschwerdeverfahren weiterhin gegeben wären. Der Vollständigkeit halber anzufügen bleibt, dass stets nur die notwendigen und angemessenen Bemühungen des Officialverteidigers zu entschädigen sind (BGE 141 I 124 E. 3.). Ferner bleibt festzuhalten, dass die Kosten für die amtliche Verteidigung, welche als Auslagen grundsätzlich Teil der Verfahrenskosten sind (Art. 422 Abs. 2 lit. a StPO), nicht zu den Kosten der Hauptsache geschlagen werden dürfen, sondern gesondert festgesetzt werden müssen. Die beschuldigte Person kann nämlich durchaus im Beschwerdeverfahren obsiegen und in der Sache dennoch verurteilt und damit kostenpflichtig werden (oder umgekehrt). Würde alsdann bezüglich der Kostenpflicht (und damit zwangsläufig auch bezüglich der Pflicht zur Tragung der Verteidigungskosten) nur auf den Ausgang des Strafverfahrens abgestellt, so hätte dies eine ungesetzliche Kostenaufgabe (oder im umgekehrten Fall eine ungesetzliche Kostenbefreiung) zur Folge.

5.2 Anders verhält es sich, wenn die amtliche Verteidigung gestützt auf Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO angeordnet wird, weil die beschuldigte Person nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und die Verteidigung zur Wahrung ihrer Interessen geboten ist (unentgeltliche Verteidigung). Eine unentgeltliche Verteidigung wird nur auf Antrag der beschuldigten Person angeordnet, wenn diese der Auffassung ist, sie sei der Sache selbst nicht gewachsen, sie aber nicht über die Mittel verfügt, einen Verteidiger zu beauftragen. Der Anspruch auf

Gewährung einer amtlichen Verteidigung im Sinne einer unentgeltlichen Verteidigung beruht letztlich auf Art. 29 Abs. 3 BV, wonach jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und, soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand hat, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO setzt diese Vorgabe bzw. die Vorgabe von Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK um (Lieber, a.a.O., Art. 132 StPO N 9). Ein darüber hinausgehendes öffentliches Interesse an der Verteidigung von beschuldigten Personen, welche die Voraussetzungen von Art. 130 StPO nicht erfüllen, ist nicht ersichtlich (Ruckstuhl, a.a.O., Art. 132 StPO N 19).

Bei der Gewährung der unentgeltlichen Verteidigung im Rahmen des Untersuchungsverfahrens (und auch des erstinstanzlichen Hauptverfahrens) wird die Aussichtslosigkeit des Rechtsbegehrens nicht geprüft. Dies ist folgerichtig, weil diese Verfahren unabhängig vom Willen der beschuldigten Person und unabhängig davon, ob sie Anträge stellt, eingeleitet und geführt werden. Demgegenüber hängt die Durchführung eines Beschwerdeverfahrens gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Strafverfolgungsbehörden einzig vom Willen der beschwerdeführenden Person ab; diese stellt Rechtsbegehren, deren Aussichten auf Erfolg beurteilt werden können. In Übereinstimmung mit der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Urteil des Bundesgerichts 1B_732/2011 vom 19. Januar 2012 E. 7.2), wonach auch unter der Geltung der Schweizerischen Strafprozessordnung die unentgeltliche Rechtspflege bei Haftbeschwerden und anderen strafprozessualen Nebenverfahren von der Nichtaussichtslosigkeit des konkret verfolgten Prozessziels abhängig gemacht werden kann, ist somit die unentgeltliche Verteidigung für das Beschwerdeverfahren nur zu gewähren, wenn neben den Voraussetzungen gemäss Art. 130 Abs. 1 lit b StPO die Beschwerde nicht aussichtslos ist. Anzuführen ist, dass dies zunächst nur gelten kann, wenn die unentgeltlich verteidigte Person selbst Beschwerde führt. Sodann scheint es angemessen, an die Erfolgsaussichten der Beschwerde umso geringere Anforderungen zu stellen, je gravierender die angefochtene Verfügung oder Verfahrenshandlung in die Verhältnisse der beschwerdeführenden Person eingreift.

5.3 Im Sinne der Verfahrensökonomie und zur Vermeidung von widersprüchlichen Entscheidungen ist bei der Prüfung, ob für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Verteidigung gewährt werden kann, bezüglich der Voraussetzungen gemäss Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO auf eine bereits von der Staatsanwaltschaft oder vom erstinstanzlichen Gericht verfügte unentgeltliche Verteidigung abzustellen. Ob die Verteidigung zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person geboten ist und ob ihr die notwendigen Mittel fehlen, ist daher nicht erneut zu prüfen. Zudem kann das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Verteidigung als gestellt gelten, auch wenn dies in der Beschwerde nicht gesondert verlangt wird. Hingegen prüft die Beschwerdeinstanz die Aussichten der Beschwerde und verweigert die unentgeltliche Verteidigung, wenn die Beschwerde als aussichtslos bezeichnet werden muss.

6. Bei der vorliegend angeordneten amtlichen Verteidigung der Beschuldigten durch Recht-

sanwalt A handelt es sich um eine Officialverteidigung im Sinne von Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO und nicht um eine unentgeltliche Verteidigung im Sinne von Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO. Dies wird in der Ernennungsverfügung (OG GD 3/1) zwar nicht ausdrücklich festgestellt, ergibt sich aber ohne Weiteres aus der Schwere der Tatvorwürfe und aus dem Fehlen von Unterlagen zu den finanziellen Verhältnissen bzw. zur prozessualen Armut der Beschuldigten. Nach dem Vorerwähnten ist Rechtsanwalt A mithin ohne Prüfung der Erfolgsaussichten der Beschwerde für seine angemessenen und notwendigen Bemühungen zu entschädigen. (...)

Obergericht, I. Beschwerdeabteilung, 20. Juli 2017

4. Zivilprozessordnung

4.1 Art. 270 ZPO

Regeste:

Art. 270 ZPO – Die Einreichung einer Schutzschrift gegen die Gewährung der aufschiebenden Wirkung im Beschwerdeverfahren nach Art. 319 ff. ZPO ist zulässig (E. 1 – 2). Die Schutzschrift ist nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist nicht mehr zu beachten und ist samt Beilagen an die gesuchstellende Partei zurückzuschicken (E. 3).

Aus den Erwägungen:

1. Wer Grund zur Annahme hat, dass gegen ihn ohne vorgängige Anhörung die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme, eines Arrests nach den Artikeln 271-281 SchKG oder einer anderen Massnahme beantragt wird, kann seinen Standpunkt vorsorglich in einer Schutzschrift darlegen. Die Schutzschrift wird der Gegenpartei nur mitgeteilt, wenn diese das entsprechende Verfahren einleitet. Die Schutzschrift ist sechs Monate nach Einreichung nicht mehr zu beachten (Art. 270 ZPO).

2. Die Gesuchstellerin befürchtet nicht die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme oder eines Arrestes gegen sie, sondern möchte mit der Hinterlegung einer Schutzschrift verhindern, dass einer allfälligen Beschwerde gegen den Entscheid des Vollstreckungsrichters aufschiebende Wirkung gewährt bzw. die Vollstreckbarkeit der vom Vollstreckungsrichter angeordneten Massnahmen aufgeschoben wird. Das Obergericht des Kantons Zug hatte sich mit der Zulässigkeit von Schutzschriften gegen die Gewährung der aufschiebenden Wirkung in Rechtsmittelverfahren bisher nicht zu befassen.

Die Zulässigkeit solcher Schutzschriften bzw. die Verpflichtung des Gerichtes, diese entgegenzunehmen und gegebenenfalls zu beachten, ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Soweit ersichtlich nehmen das Bundesgericht und das Obergericht des Kantons Zürich Schutzschriften gegen die Gewährung der aufschiebenden Wirkung in Rechtsmittelverfahren entgegen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1A.39/2003 vom 12. März 2003 Sachverhalt lit. G; Urteile

des Obergerichts Zürich LB150023 vom 22. Mai 2015, in: ZR 2014 Nr. 50; PS 120211 vom 8. November 2012). In der Literatur wird die Zulässigkeit von Schutzschriften zur Verteidigung gegen die überraschende Gewährung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels befürwortet (Güngerich, Berner Kommentar, 2012, Art. 270 ZPO N 8; Hess-Blumer, Basler Kommentar, 2. A. 2013, Art. 270 ZPO N 7; Huber, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, Art. 270 ZPO N 11; Zürcher, in: Brunner / Gasser / Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A. 2016, Art. 270 ZPO N 2).

Im Beschwerdeverfahren sind, auch bezüglich der Anordnung von sichernden Massnahmen und des Aufschubs der Vollstreckung (Art. 325 ZPO), grundsätzlich beide Parteien anzuhören und ist der Standpunkt beider Parteien zu berücksichtigen. Nur aus Gründen der Dringlichkeit kann die aufschiebende Wirkung ohne vorgängige Anhörung der Gegenpartei gewährt werden (Freiburghaus / Afheldt, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 325 ZPO N8). Dieser Benachteiligung einer Partei kann mit der Beachtung einer zuvor eingereichten Schutzschrift bzw. der darin gemachten Ausführungen begegnet werden. Das Bedürfnis, in solchen Fällen den eigenen Standpunkt vorsorglich einzubringen, ist vergleichbar mit dem Bedürfnis nach einer Schutzschrift gegen die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme. Das Gesetz schliesst die Zulässigkeit nicht aus; vielmehr kann eine Schutzschrift auch hinterlegen, wer eine «andere Massnahme» befürchtet. Darunter kann zwanglos auch die Anordnung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels subsumiert werden, zumal damit dem verfassungsmässigen Anspruch auf das rechtliche Gehör Rechnung getragen wird. Es ist daher kein Grund ersichtlich, weshalb dem Begehren Ziff. 1 der Gesuchstellerin vorliegend nicht entsprochen bzw. die Schutzschrift nicht entgegengenommen werden sollte.

3. Schutzschriften sind gemäss Art. 270 Abs. 2 ZPO sechs Monate aufzubewahren. Die Gesuchstellerin beantragt vorliegend eine Aufbewahrung bis zum Ablauf der Beschwerdefrist, jedenfalls aber bis zum 15. April 2017.

Im Gegensatz zu den Verhältnissen bei befürchteter Anordnung einer superprovisorischen Massnahme oder eines Arrestes ist bei befürchteter Gewährung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels in zeitlicher Hinsicht bestimmt, bis wann das Rechtsmittel eingereicht sein muss bzw. wie lange die Befürchtung aktuell ist. Es besteht kein Anlass, die Schutzschrift länger als nötig aufzubewahren und in jedem Fall den Ablauf der sechsmonatigen Frist abzuwarten.

Gegen den Entscheid des Vollstreckungsrichters war das Rechtsmittel der Beschwerde zulässig (Art. 309 lit. a ZPO i.V.m. Art. 319 lit. a ZPO). Die Beschwerdefrist betrug zehn Tage (Art. 321 Abs. 2 ZPO), da über die Vollstreckung von Schiedsentscheiden im summarischen Verfahren entschieden wird (Art. 339 Abs. 2 ZPO) und entschieden wurde. Die Rechtsmittelfrist ist demzufolge inzwischen unbenutzt abgelaufen. Eine prozessleitende Anordnung ohne

Gewährung des rechtlichen Gehörs muss die Gesuchstellerin nicht mehr befürchten. Die vorliegende Schutzschrift ist folglich nicht mehr zu beachten und kann samt Beilagen an die Gesuchstellerin zurückgesandt werden.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 27. April 2017

5. Zivilrechtspflege

5.1 Art. 84 und Art. 85 Abs. 1 ZPO analog; Art. 221 Abs. 1 lit. b ZPO; Art. 684 ZGB

Regeste:

Art. 84 und Art. 85 Abs. 1 ZPO analog; Art. 221 Abs. 1 lit. b ZPO; Art. 684 ZGB – Anforderungen an die Bestimmtheit von Rechtsbegehren bei positiven Leistungsklagen im Nachbarrecht (Beseitigung von Immissionen).

Aus dem Sachverhalt:

Die Klägerin ist Eigentümerin des Grundstücks Nr. yyy, GB (...). Sie plant auf ihrem Grundstück die Realisierung eines Bauprojekts. Der Beklagte ist Eigentümer des Grundstücks Nr. xxx, GB (...). Er betreibt darauf einen landwirtschaftlichen Betrieb. Die Grundstücke sind benachbart.

Die Klägerin reichte beim Kantonsgericht Zug Klage gegen den Beklagten mit folgendem Rechtsbegehren ein: «Es sei der Beklagte als Grundeigentümer von GS Nr. xxx, GB (...), unter Androhung wegen Ungehorsam im Widerhandlungsfalle im Sinne von Art. 292 StGB zu verpflichten, die Lärmquellen 'Heubelüftungsanlage' und 'Futtermischer' auf seinem Grundstück GS Nr. xxx, GB (...), innert 30 Tagen nach Rechtskraft des Urteils durch gerichtlich anzuordnende Massnahmen zu beseitigen, so dass auf dem gesamten Grundstück GS Nr. yyy, GB (...), der Klägerin die zur Erteilung einer Baubewilligung zur Erstellung von Wohnbauten mit lärmempfindlichen Räumen einzuhaltende Lärmgrenzwerte eingehalten werden».

Aus den Erwägungen:

1. Die Klägerin macht im Wesentlichen geltend, vom Nachbargrundstück (Grundstück des Beklagten) würden übermässige Lärmimmissionen im Sinne von Art. 684 ZGB ausgehen, weswegen der Beklagte zu verpflichten sei, diese Lärmquellen zu beseitigen, sodass die Lärmgrenzwerte eingehalten würden. Bevor die Übermässigkeit, welche die Klägerin im Wesentlichen mit der Überschreitung der Immissionsgrenzwerte gemäss Lärmschutzverordnung begründet (...), beurteilt und gegebenenfalls Massnahmen zur Beseitigung angeordnet werden können, ist zu prüfen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Denn erst wenn sämtliche Prozessvoraussetzungen gegeben sind, kann auf die Klage eingetreten werden. Das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen ist von Amtes wegen zu prüfen (vgl. Art. 60 ZPO; Gehri, Basler Kommentar, 3. A. 2017, Art. 60 ZPO N 1 ff. mit Hinweisen).

2. Eine Prozessvoraussetzung ist die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). (...).

3. Eine weitere Prozessvoraussetzung ist die Bestimmtheit des Rechtsbegehrens (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. b ZPO). Die klagende Partei muss im Rechtsbegehren konkret, klar und bestimmt sagen, was sie will (vgl. Art. 84 Abs. 1 ZPO; Willissegger, Basler Kommentar, a.a.O., Art. 221 ZPO N 12 und 18).

3.1 Nach einem allgemeinen Rechtsgrundsatz ist das Rechtsbegehren so bestimmt zu formulieren, dass es bei Gutheissung der Klage zum Urteil erhoben werden kann. Die Gegenpartei muss wissen, gegen was sie sich verteidigen muss (Wahrung des rechtlichen Gehörs), und für das Gericht muss klar sein, was aufgrund des Dispositionsgrundsatzes (Art. 58 Abs. 1 ZPO) Streitgegenstand ist, woraus sich auch die materielle Rechtskraft des Entscheids ergibt. Das zum Urteilsspruch erhobene Rechtsbegehren soll eine Zwangsvollstreckung ermöglichen, ohne dass daraus eine Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren zu erwarten ist. Das Vollstreckungsrecht als Teil des Prozessrechts hat aber eine dienende Funktion. Das Zivilprozessrecht ist insgesamt darauf ausgerichtet, dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen. Welche Anforderungen an die Bestimmtheit zu stellen sind, hängt daher auch von den Besonderheiten des anzuwendenden materiellen Rechts ab. Was die positive Leistungsklage auf Herausgabe einer Sache oder Vornahme einer anderen Handlung anbelangt, so ist das Rechtsbegehren so präzise zu bezeichnen, dass es als Urteilstext und ohne weitere Abklärungen als Vollstreckungsgrundlage dienen kann. Dies gilt – spätestens seit Einführung der eidgenössischen Zivilprozessordnung – auch für Beseitigungsbegehren im Nachbarrecht. Unbestimmte Rechtsbegehren sind höchstens zulässig, sofern bzw. solange es der klagenden Partei unmöglich oder unzumutbar ist, ein bestimmtes Rechtsbegehren zu stellen (Art. 85 Abs. 1 ZPO analog; Urteil des Bundesgerichts 4A_686/2014 vom 3. Juni 2015 E. 4.3.1; Füllemann, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A. 2016, Art. 84 ZPO N 4; Killias, Berner Kommentar, 2012, Art. 221 ZPO N 8 ff.; Dorschner, Basler Kommentar, a.a.O., Art. 84 ZPO N 12; Urteil des Handelsgerichts Zürich HE130354 vom 15. Mai 2014 E. 3.4.2; Göksu, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A. 2016, Art. 679 ZGB N 11 in fine; je mit Hinweisen).

3.2 Die Klägerin macht geltend, der Beklagte sei zu verpflichten, die Lärmquellen «durch gerichtlich anzuordnende Massnahmen» zu beseitigen. Sie verlangt nicht ein Unterlassen oder ein Dulden, sondern ein bestimmtes Tun (Beseitigungshandlung). Die Immissionsklage der Klägerin stellt daher eine positive Leistungsklage dar (Art. 84 ZPO). Das klägerische Rechtsbegehren kann jedoch nicht zum Urteilstext erhoben werden, weil die Klägerin nicht beantragt, zu welchen Massnahmen das Gericht den Beklagten zu verpflichten hat. Der Beklagte kann somit nicht wissen, gegen was er sich verteidigen muss, und für das Gericht ist nicht erkennbar, was aufgrund des Dispositionsgrundsatzes Streitgegenstand ist (vgl. im Unterschied etwa zum Beseitigungsbegehren in einem Fall vor Bezirksgericht Horgen, zitiert im Urteil des Bundesgerichts 5A_884/2012 vom 16. Mai 2013 Sachverhalt B.a.). Es

ist nicht zulässig und nicht Aufgabe des Gerichts, in den Rechtschriften, den Belegen oder sogar gestützt auf eigene Erhebungen nach möglichen Massnahmen zur Lärmreduktion beim Heubelüfter und Futtermischer zu suchen, diese einander gegenüberzustellen und sich dann für je eine zu entscheiden.

3.3 Dass es der Klägerin nicht möglich oder nicht zumutbar gewesen wäre, je eine bestimmte Massnahme betreffend die zwei Lärmquellen anzugeben und im Rechtsbegehren aufzuführen, wird nicht behauptet und ist – insbesondere nach Vorliegen des Lärmgutachtens der A. AG vom (...), worin einzelne Massnahmen thematisiert werden (...) – nicht ersichtlich. Vielmehr ergibt sich aus den Akten, dass die Klägerin ein «detailliertes Lärmsanierungskonzept» erstellt hat (oder sich zumindest zur Erstellung eines solchen verpflichtet hat), «in welchem die einzelnen Lärmsanierungsmassnahmen genau beschrieben sind» und welches in einen zwischen den Parteien zu schliessenden Vergleich hätte aufgenommen werden sollen (Beschlussprotokoll einer Verhandlung vom [...]). Die Klägerin hätte sich auch in ihrem Rechtsbegehren auf spezifische Massnahmen festlegen müssen (allenfalls verbunden mit Eventualanträgen). Dies tat sie nicht. Sie tat es zudem auch in der Begründung nicht. In der Klageschrift erwähnte sie zwar die Ausdrücke «sanieren» oder «Sanierung», ohne aber eine konkrete Sanierungsmassnahme zu nennen (...). Im ersten Parteivortrag an der Hauptverhandlung erwähnte sie sodann in der Begründung ausschliesslich, welche Massnahmen in Frage kämen (im Konjunktiv; [...]: «Als Massnahmen kämen bei der Heubelüftung entweder die Montage eines Lärmschutzschildes oder ein Ersatz des vorhandenen Heubelüfters in Frage. Beim Transportermotor kämen alternative Antriebssysteme in Frage»). Dabei führte sie aber bei keiner Lärmquelle aus (und deutete auch nicht an; vgl. E. 3.6), welche Massnahme oder Massnahmen sie konkret beantragt.

Was den Heubelüfter im Speziellen betrifft, bleibt anzufügen, dass selbst die Gutachter im Lärmgutachten offenliessen, ob ein Ersatz des bestehenden Heubelüfters erforderlich sei oder ein Lärmschutzschild bereits ausreichen würde (...). Angesichts der Mehrzahl möglicher Massnahmen sowie des Umstands, dass selbst für die Gutachter nicht feststand, welche Massnahme erforderlich bzw. genügend ist, wäre von der Klägerin umso mehr zu verlangen gewesen, dass sie eine bestimmte Massnahme im Rechtsbegehren beantragt hätte (nebst der Begründung der entsprechend beantragten Massnahme und ihrer Eignung). In einem früheren Gutachten der B. AG vom (...) wird empfohlen, es sei mit dem Gerätelieferanten des Heubelüfters abzuklären, ob eine Ableitung der Luft durch einen Kanal mit Schalldämpfern oder ein Lärmschutzschild die bessere Lösung sei (...). Mithin haben die verschiedenen Gutachter allein mit Bezug auf die Heubelüftung drei mögliche Massnahmen aufgezeigt (neuer Heubelüfter, Ableitung der Luft mit Schalldämpfer oder Lärmschutzschild). Als weitere Massnahme wäre auch denkbar, dass der Heubelüfter nur tagsüber läuft (...). Was den Futtermischer bzw. den Antriebsmotor anbelangt, so nennen die Gerichtsgutachter nur ansatzweise mögliche Massnahmen: «Auch beim Transportermotor lassen sich die Immissionsgrenzwerte grundsätzlich durch den Ersatz mit einem alternativen Antriebssystem (z. B. Elektromotor) einhalten» (...). Hervorzuheben ist hier das Wort «grundsätzlich», was darauf schliessen lässt,

dass entweder nicht jedes alternative Antriebssystem taugt oder aber, dass auch andere Massnahmen als alternative Antriebssysteme in Frage kommen. Mit der Klammerbemerkung «z. B. Elektromotor» weisen die Gutachter ferner darauf hin, dass es offenbar eine Mehrzahl an alternativen Antriebssystemen gibt.

3.4 Dass die Gutachter keine detaillierten Angaben zu den Massnahmen machen konnten, führten sie darauf zurück, dass der Beklagte die Mitarbeit verweigert habe (...) und er keine Messungen – gemeint sind wohl Messungen des Gutachters auf dem Grundstück des Beklagten – zugelassen habe (...). Selbst wenn der Beklagte damit die Mitwirkung bei der Beweiserhebung, wozu er gemäss Art. 160 ZPO verpflichtet ist, unberechtigtweise verweigert hat, und dies gemäss Art. 164 ZPO bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen ist, ändert dies nichts an der Obliegenheit der Klägerin, ein bestimmtes Rechtsbegehren zu stellen. Die Berücksichtigung bei der Beweiswürdigung hätte prinzipiell höchstens zur Folge, dass unter Umständen angenommen würde, der von der klagenden Partei behauptete, aber unbewiesen gebliebene Sachverhalt, habe sich so zugetragen, wie ihn die klagende Partei behauptet (Schmid, Basler Kommentar, a.a.O., Art. 164 ZPO N 2). Die Frage nach dem Beweis und der Beweiswürdigung stellt sich vorliegend indes gar nicht erst, da aufgrund des unbestimmten Rechtsbegehrens nicht feststeht, was zu beweisen ist. Im Übrigen begründet die Klägerin nicht, inwiefern ihrer Ansicht nach die unberechtigte Verweigerung zu Lasten des Beklagten zu würdigen wäre, was die Klägerin beispielsweise dadurch hätte tun können, indem sie dargelegt hätte, bei welcher Massnahme – aufgrund der verweigerten Mitwirkung – der Beweis für deren Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit (s. Rey/Strebel, Basler Kommentar, 5. A. 2015, Art. 679 ZGB N 15) als erbracht zu betrachten gewesen wäre.

3.5 Dass das Gericht bei der Feststellung der Übermässigkeit und der allenfalls anzuordnenden Massnahme über einen grossen Ermessensspielraum verfügt (vgl. Rey/Strebel, Basler Kommentar, 5. A. 2015, Art. 684 ZGB N 8), entbindet die Klägerin nicht davon, im Rechtsbegehren eine konkrete Massnahme zu beantragen. Gerade aufgrund des grossen (materiellen) Ermessensspielraums (hier Rechtsfolgeermessen) ist in prozessualer Hinsicht umso mehr ein bestimmtes Rechtsbegehren (allenfalls verbunden mit Eventualanträgen) erforderlich.

3.6 Rechtsbegehren sind im Lichte der Klagebegründung auszulegen. Bei der Auslegung der Rechtsbegehren rechtfertigt sich allerdings eine gewisse Strenge, wenn eine Partei durch einen Rechtsanwalt vertreten ist (BGE 137 III 617 E. 6.2; 134 III 235 E. 2; Entscheid des Versicherungsgerichts St. Gallen vom 21. November 2014 [KV-Z 2013/3] E. 1.3).

3.6.1 Die Auslegung ist zum einen dort geboten, wo die Anwendung prozessualer Formstrenge die Grenze zum verbotenen überspitzten Formalismus, einer besonderer Erscheinungsweise der Rechtsverweigerung (Art. 29 Abs. 1 BV), überschreitet. Das Verbot des überspitzten Formalismus ist verletzt, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, und ferner, wenn eine Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften überspan-

nte Anforderungen stellt und damit dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperret. Daraus folgt, dass auf eine Klage mit formell mangelhaften Rechtsbegehren ausnahmsweise einzutreten ist, wenn sich aus der Begründung ergibt, was die klagende Partei in der Sache verlangt oder – im Falle zu beziffernder Rechtsbegehren – welcher Geldbetrag zuzusprechen ist. Rechtsbegehren sind im Lichte der Begründung auszulegen (Urteil des Bundesgerichts 4A_383/2013 vom 2. Dezember 2013 E. 3.2.1 mit Hinweisen; Urteil des Obergerichts des Kantons Zug Z1 2016 5 vom 2. Dezember 2016 E. 5.2). Zum anderen ergibt sich die Pflicht, unklare oder unvollständige Rechtsbegehren auszulegen, aus dem Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 52 ZPO (Hurni, Berner Kommentar, 2012, Art. 52 ZPO N 18 ff. mit Hinweisen; Urteil des Obergerichts des Kantons Zug Z1 2016 5 vom 2. Dezember 2016 E. 5.2).

3.6.2 Vorliegend ist das Rechtsbegehren nicht auslegungsbedürftig. Die anwaltlich vertretene Klägerin stellte bereits in der Klageschrift dasselbe Rechtsbegehren und hielt daran auch nach durchgeführtem Beweisverfahren (mithin nach Vorliegen des Lärmgutachtens) ausdrücklich fest. Hinzu kommt, dass auch aus der Begründung in der Klageschrift und im Parteivortrag an der Hauptverhandlung nicht hervorgeht, welche Massnahme die Klägerin beantragt oder in welcher Reihenfolge sie welche Massnahmen (verstanden als Haupt- und Eventualanträge) geltend macht. Wie bereits erwähnt, spricht die Klägerin in der Klageschrift ausschliesslich von «Sanierung» oder «sanieren» (...). An der Hauptverhandlung wies sie einzig auf mögliche Massnahmen hin (...). Es ist somit selbst aus der Begründung in den Eingaben der Klägerin weder für das Gericht noch für den Beklagten erkennbar, welche Massnahme die Klägerin angeordnet haben will. Mithin ist es weder überspitzt formalistisch, noch stellt es einen Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben dar, wenn das Rechtsbegehren nicht in konkrete Massnahmen «uminterpretiert» bzw. es nicht entsprechend ausgelegt wird. Überspitzt formalistisch ist der Nichteintretensentscheid aber auch deshalb nicht, da mit ihm grundsätzlich keine Rechtskraftwirkung entsteht, mithin die Klägerin keinen definitiven Rechtsverlust erleidet, da sie den Anspruch erneut einklagen kann, ohne die Einrede der abgeurteilten Sache befürchten zu müssen (vgl. Entscheid des Obergerichts Zürich LF140001 vom 30. Januar 2014 E. 7; Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 3. A. 2016, Art. 221 ZPO N 40).

3.7 Der Ordnung halber ist festzuhalten, dass das Gericht die Klägerin auch nicht hätte dazu auffordern müssen oder dürfen, das Rechtsbegehren anders, das heisst bestimmt, zu formulieren. Weder aus Art. 56 ZPO (gerichtliche Fragepflicht) noch aus Art. 132 Abs. 1 ZPO (mangelhafte Eingaben) ergibt sich, dass das Gericht im kontradiktorischen Zivilprozess die anwaltlich vertretene Klägerin auf das mangelhafte Rechtsbegehren hinweisen oder ihr eine Nachfrist zur Verbesserung gewähren muss oder darf. Eine Aufforderung oder ein Hinweis durch das Gericht hätte eine (unzulässige) einseitige Bevorzugung der Klägerin dargestellt (vgl. mit Bezug auf unbezifferte Rechtsbegehren: BGE 140 III 409 E. 4.3.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_375/2015 vom 26. Januar 2016 [teilweise publiziert als BGE 142 III 102] E. 7; Entscheid des Obergerichts Bern vom 13. März 2014 [ZK 12 366] E. 9.5, abgedruckt in: CAN

2015, S. 36 f., zusammengefasst in: ius.focus 7/2015, S. 22; a.M. Baumann Wey, a.a.O., N 560 [pro Nachfristansetzung] und Spühler, a.a.O., N 11 zu Art. 85 ZPO [pro gerichtliche Fragepflicht]).

3.8 Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Klage nicht einzutreten ist.

Entscheid des Kantonsgerichts Zug A3 2014 54 vom 31. August 2017

Der Entscheid ist rechtskräftig.

B

Stichwortverzeichnis

Anwaltsrecht: Taumltigkeit eines Anwalts als Erbschaftsverwalter, 5

Anwaltsrecht: Voraussetzungen fuuml;r das Bestehen der Anwaltspruuml;fung, 6

Nachbarrecht: Uuml;bermauml;ssige Immissionen, 19

Rechtsbegehren: Bestimmtheit von Rechtsbegehren bei positiven Leistungsklagen
(namentlich im Nachbarrecht), 19

Strafprozessrecht: Amtliche Verteidigung im Beschwerdeverfahren, 12

Strafprozessrecht: Beschwerdelegitimation des Anzeigerstatters, 11

Zivilprozessrecht: Zulauml;ssigkeit der Einreichung einer Schutzschrift gegen die
Gewauml;hrung der aufschiebenden Wirkung im Beschwerdeverfahren nach
Art. 319 ff. ZPO, 17