
Gerichts- und Verwaltungspraxis 2020



Kanton Zug

Gerichts- und Verwaltungspraxis 2020



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

Für Recherchen verweisen wir auf die komfortablen Suchfunktionen im Internet auf www.zg.ch/gvp.

Inhaltsverzeichnis

A	
Gerichtspraxis	7
I	
Staats- und Verwaltungsrecht	8
1 Entscheidendatenbank Verwaltungsgericht	8
2 Verfahrensrecht	8
3 Steuerrecht	18
4 Submission	34
5 Enteignung	41
II	
Zivilrecht	52
1 Güterrecht	52
2 Arbeitsrecht	61
3 Nachbarrecht	64
4 Familienrecht	74
5 Vorsorgliche Massnahmen bei Kündigung eines Alleinvertriebsvertrags; Novenrecht	94
6 unentgeltliche Rechtspflege	100
III	
Schuldenbetreibungs- und Konkursrecht	103
IV	
Strafrecht	103
1 Strafrechtspflege	103
V	
Rechtspflege	106
1 Anwaltsrecht	106
B	
Verwaltungspraxis	115
I	
Grundlagen, Organisation, Gemeinden	116
1 Verfahrensrecht	116
II	
Finanzen	119
1 Finanzrecht	119
C	
Stichwortverzeichnis	127

A

Gerichtspraxis

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Entscheidungsdatenbank Verwaltungsgericht

Das Verwaltungsgericht veröffentlicht sämtliche Endentscheide, die nach dem 1. Januar 2020 ergangen sind, in einer öffentlich einsehbaren Datenbank. Abzurufen unter: verwaltungsgericht.zg.ch

In der GVP erscheinen weiterhin die mit Regesten versehenen Leitentscheide der verwaltungsrechtlichen und abgaberechtlichen Kammer.

2. Verfahrensrecht

2.1 Beschwerdeberechtigung der Gemeinde, Gebührenfreiheit in Unterstützungssachen

Regeste:

§ 62 VRG – Ein Gemeinwesen ist offensichtlich nicht bereits dann wie eine Privatperson berührt, wenn ein Entscheid Auswirkungen auf sein Vermögen hat oder ein abstraktes, allgemeines finanzielles Interesse besteht. Es fehlt somit die Beschwerdeberechtigung gemäss § 62 Abs. 1 VRG. Die Gemeinde ist vorliegend aber auch nicht im Sinne von § 62 Abs. 2 VRG in öffentlichen Interessen, d.h. in spezifischer, schutzwürdiger Weise in der Wahrnehmung einer hoheitlichen Aufgabe betroffen. Dies setzt eine erhebliche Betroffenheit in wichtigen öffentlichen Interessen voraus. Das allgemeine Interesse an der richtigen Rechtsanwendung begründet keine Beschwerdebefugnis im Sinne dieser Regelung (Erw. 1.2).

Ziff. 114 Verwaltungsgebührentarif – Die Gebührenfreiheit in Unterstützungssachen gilt für alle Amtshandlungen von kantonalen und gemeindlichen Verwaltungsbehörden in Verwaltungs- und Zivilsachen, auch für Beschwerdeentscheide (Erw. 3–5).

Aus dem Sachverhalt:

Mit Beschluss vom 22. Februar 2018 trat der Gemeinderat Unterägeri auf drei Beschwerden von B. gegen die Abteilung Soziales und Gesundheit bzw. den Sozialvorsteher der Einwohnergemeinde Unterägeri betreffend Sozialhilfe nicht ein (Dispositiv Ziff. 2), wies sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ab (Dispositiv Ziff. 3) und auferlegte ihm gestützt auf § 23 Abs. 1 Ziff. 3 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG) die Verfahrenskosten von Fr. 500.– (Dispositiv Ziff. 4). Den Kostenpunkt begründete der Gemeinderat damit, die Kostenbefreiung in Unterstützungssachen gemäss § 13 Abs. 1 Ziff. 114 des Kantonsratsbeschlusses über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen vom 11. März 1974 (Verwaltungsgebührentarif) sei nicht anwendbar. Einerseits derogiere das VRG als höherrangige Norm den Kantonsratsbeschluss, andererseits handle es sich beim VRG um die jüngere Norm (lex posterior derogat legi priori). Eine gegen diesen Entscheid von B. erhobene Verwaltungsbeschwerde hiess der Regierungsrat mit Beschluss vom 21. August 2018 teilweise gut,

indem er die Ziff. 3 und 4 des angefochtenen Beschlusses aufhob und neu wie folgt formulierte respektive verfügte (Dispositiv Ziff. 1):

«3. Auf das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Verfahrenskosten) wird nicht eingetreten. Das Gesuch betreffend Beigabe einer unentgeltlichen Rechtsverbeiständung wird abgewiesen.

4. Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.»

Auch für den eigenen Beschluss verzichtete der Regierungsrat gestützt auf § 13 Abs. 1 Ziff. 114 des Verwaltungsgebührentarifs auf die Auferlegung von Verfahrenskosten. Gegen den Regierungsratsbeschluss erhob die Einwohnergemeinde Unterägeri, vertreten durch RA A. am 24. September 2018 Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Rechtsbegehren, Ziffer 1 des angefochtenen Entscheides sei aufzuheben, und es seien die Ziffern 3 und 4 des Beschlusses der Beschwerdeführerin vom 22. Februar 2018 zu bestätigen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge nach Gesetz.

Aus den Erwägungen:

(. . .)

1.2 Was die Beschwerdelegitimation betrifft, so ist festzustellen, dass der Gemeinderat den Beschluss vom 22. Februar 2018 gefasst hat, in welchem er dem damaligen Beschwerdeführer die umstrittenen Verfahrenskosten auferlegte. Der Gemeinderat war der unterliegende Beschwerdegegner im vorinstanzlichen Verfahren. Es stellt sich vorweg die Frage, ob die Gemeinde im Sinne der weiteren Voraussetzungen von § 62 Abs. 1 VRG vom Entscheid des Regierungsrats überhaupt unmittelbar betroffen ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung bzw. Änderung hat, oder ob dem Gemeinderat hier gestützt auf § 62 Abs. 2 VRG zur Wahrung öffentlicher Interessen das Beschwerderecht zusteht. Nur in diesem Fall ist die Gemeinde legitimiert und die Beschwerde zu prüfen.

In Analogie zu Art. 89 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG, SR 173.110) ist auch für die gleichlautende Regelung von § 62 Abs. 1 VRG festzustellen, dass sie in erster Linie auf Privatpersonen zugeschnitten ist. Das Gemeinwesen kann sich demgemäss darauf stützen, falls es durch einen angefochtenen Entscheid gleich oder ähnlich wie ein Privater betroffen ist. Dies ist grundsätzlich nur der Fall, wenn es ausserhalb der Erfüllung staatlicher Aufgaben handelt und nicht mehr als deren Träger betrachtet werden kann, sondern private Aufgaben oder Interessen wahrnimmt. Ein Gemeinwesen ist offensichtlich nicht bereits dann wie eine Privatperson berührt, wenn ein Entscheid Auswirkungen auf sein Vermögen hat oder ein abstraktes, allgemeines finanzielles Interesse besteht.

Die Gemeinde ist vorliegend aber auch nicht im Sinne von § 62 Abs. 2 VRG in öffentlichen Interessen, d.h. in spezifischer, schutzwürdiger Weise in der Wahrnehmung

einer hoheitlichen Aufgabe betroffen. Dies setzt eine erhebliche Betroffenheit in wichtigen öffentlichen Interessen voraus. Das allgemeine Interesse an der richtigen Rechtsanwendung begründet keine Beschwerdebefugnis im Sinne dieser Regelung. Demgemäss sind gestützt auf die allgemeine Legitimationsklausel von Art. 89 Abs. 1 BGG Gemeinwesen nur restriktiv zur Beschwerdeführung zuzulassen und ist die im Rechtsmittelverfahren unterlegene Vorinstanz nicht schon bloss aus diesem Grund berechtigt, gegen den sie desavouierenden Entscheid an das Bundesgericht zu gelangen (BGE 141 II 161 E. 2.1 S. 164, mit Hinweisen). Insbesondere ist das Gemeinwesen nicht beschwerdelegitimiert, wenn ihm in Beschwerdeentscheiden gegen seine Verfügungen Verfahrens- oder Parteikosten auferlegt werden (BGE 134 II 45 E. 2.2.2 S. 47 f.; BGE 133 II 400 E. 2.4.2 S. 407; Urteil 1C_79/2011 vom 10. März 2011 E. 1.4, in: JdT 2011 I S. 39). Dasselbe muss aber auch dann gelten, wenn vom Gemeinderat einer Partei in einem vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren auferlegte Verfahrenskosten durch den Regierungsrat in seiner Eigenschaft als Beschwerdeinstanz und – wie hier – zusätzlich als Aufsichtsbehörde (vgl. § 4 Abs. 1 und § 33 Abs. 1 des Gemeindegesetzes, GG, BGS 171.1) aufgehoben werden. Aufsichtsentscheide des Regierungsrates als solche können vor Verwaltungsgericht ohnehin nicht angefochten werden. Im Weiteren sind überhaupt zur Anfechtung eines Kostenentscheids beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen nur jene Parteien legitimiert, denen Verfahrenskosten auferlegt wurden (vgl. Kaspar Plüss, Kommentar VRG, 3. Aufl. 2014, § 13 N. 95). Die Beschwerdelegitimation eines Gemeinwesens kann insbesondere nur dann bejaht werden, wenn sich nebst der finanziellen Betroffenheit eine Grundsatzfrage stellt, die eine präjudizielle Bedeutung aufweist und deren Beantwortung über den Einzelfall hinaus von Bedeutung ist. Hier geht es auch nicht um einen Eingriff, dessen Auswirkungen die Gemeinde in ihrer Gemeindeautonomie betrifft, was voraussetzen würde, dass das kantonale Recht der Gemeinde einen relativ erheblichen Entscheidungsspielraum einräumt, was im Sozialhilferecht gerade nicht der Fall ist (vgl. dazu unter E. 5.7).

Gestützt auf diese einschränkende Rechtsprechung ist die Beschwerdebefugnis des Gemeinderats Unterägeri nach § 62 VRG im vorliegenden Fall zu verneinen, so dass auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann.

Im Folgenden ist im Sinne einer auch aus Sicht des Gerichts gebotenen Klärung der aufgeworfenen Fragen auf die Beschwerde doch kurz einzugehen und zu prüfen, wie die Beschwerde im Falle des Eintretens zu beurteilen wäre.

(...)

3. Beim Beschwerdeverfahren vor dem Gemeinderat ging es um die Zusprechung von Sozialhilfe. Umstritten ist, ob der Regierungsrat die Beschwerde des vormaligen Beschwerdeführers gegen den Entscheid des Gemeinderats, soweit dieser ihm darin Verfahrenskosten auferlegte, zu Recht guthiess oder nicht. Im Streit liegt kon-

kret die Frage des Vorrangs der einander im vorliegenden Sachverhalt zumindest vordergründig widersprechenden Regelungen von § 23 VRG und Ziff. 114 des Kantonsratsbeschlusses über die Gebühren in Verwaltungs- und Zivilsachen (Verwaltungsgebührentarif, BGS 641.1).

3.1 Gemäss § 22 Abs. 1 VRG erhebt die Verwaltungsbehörde für ihre Amtshandlungen Gebühren nach Tarif. Das Verwaltungsgericht erlässt eine Verordnung über die Gebühren des Verwaltungsgerichts (Abs. 2). Gemäss § 23 VRG trägt die Kosten: 1. im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren: die Partei, welche die Amtshandlung in ihrem eigenen Interesse beantragt oder durch ihr Verhalten veranlasst hat; 2. im Einspracheverfahren: der Einsprecher, wenn er mutwillig Einsprache erhoben hat; 3. im Beschwerdeverfahren vor den Verwaltungsbehörden und im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht: die unterliegende Partei.

3.2 Der Verwaltungsgebührentarif wurde vom Kantonsrat am 11. März 1974 erlassen und trat am 1. April 1974 in Kraft. Er regelt die Erhebung von Gebühren für Amtshandlungen von gemeindlichen und kantonalen Verwaltungsstellen in Verwaltungs- und Zivilsachen. In § 1 («A. Entscheide des Regierungsrats») sieht der Verwaltungsgebührentarif vor, dass der Regierungsrat für Entscheide in Beschwerdesachen Gebühren von Fr. 55.– bis Fr. 4'500.– erhebt (Ziff. 1). Gemäss Ziff. 61 (in § 5 «E. Amtshandlungen der Gemeinde- und Bürgerräte») verlangen Gemeinden für «andere Verwaltungsentscheide, Bewilligungen, Genehmigungen, Kontrollen und Dienstleistungen aller Art» Gebühren von Fr. 55.– bis Fr. 2'500.–. Unter «andere Verwaltungsentscheide» fallen mangels einer anderen Erwähnung und in Berücksichtigung der erwähnten, in § 1 für den Regierungsrat explizit verankerten Regelung ohne weiteres auch Beschwerdeentscheide des Gemeinderats. In Abs. 1 von § 13 («N. Allgemeine Bestimmungen») hält der Verwaltungsgebührentarif u.a. fest, dass in Unterstützungssachen keine Gebühren bezogen werden dürfen (Ziff. 114). Dass sich die in Ziff. 114 enthaltene Regelung betreffend die Unterstützungssachen auch auf die gemeindlichen Behörden bezieht, ergibt sich auch aus der Erwähnung der Gemeinden in der vorangehenden Ziff. 112 («Die von den Gemeindebehörden bezogenen Gebühren fallen in die Gemeindekasse; . . .»). Der Verwaltungsgebührentarif gilt einzig nicht für das Verwaltungsgericht bzw. die externe Verwaltungsrechtspflege (§ 22 Abs. 2 VRG). Daran ändert nichts, dass das Verwaltungsgericht schon in einzelnen seiner Urteile den hier umstrittenen § 13 Abs. 1 Ziff. 114 des Verwaltungsgebührentarifs analog angewendet hat und somit wie der Regierungsrat im angefochtenen Entscheid in Unterstützungssachen keine Kosten erhoben hat (vgl. z. B. Entscheid des Verwaltungsgerichts V 2014 9 vom 26. Juni 2014, E. 4).

4.

4.1 Jede Rechtsanwendungsbehörde ist zur Beachtung der Prinzipien der Bindung an das Gesetz und der Normenhierarchie verpflichtet (vgl. Urteil BGer 1P.602/1999 vom 11. Juli 2000 E. 3 d/bb). Das Gesetz im materiellen Sinne ist der Erlass der

gesetzgebenden Behörde, welcher generell-abstrakte Normen enthält. Unter Gesetz im formellen Sinn dagegen sind alle Erlasse zu verstehen, die in die Zuständigkeit der gesetzgebenden Behörde fallen und im Gesetzgebungsverfahren ergehen (vgl. BGE 98 Ia 642 E. 3b).

4.2 Zunächst ist davon auszugehen, dass es sich beim Verwaltungsrechtspflegegesetz wie dem Verwaltungsgebührentarif um Gesetze im materiellen Sinne bzw. um generell-abstrakte Rechtssetzungserlasse handelt. Sowohl das VRG als auch die Gebührenverordnung sind zudem vom Kantonsrat erlassen worden. Soweit der Erlass des Verwaltungsgebührentarifs im Jahr 1974 nicht dem fakultativen Referendum unterstanden ist, gilt dieser Einwand jedenfalls für die hier anwendbare Ziffer 114 insofern nicht mehr, als diese mit dem per 1. Januar 2013 in Kraft getretenen Gesetz betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug, Änderung vom 26. Januar 2012 (Kantonsratsvorlage Nr. 2036.7) dem fakultativen Referendum gemäss § 34 KV unterstanden hat, wie die Vorinstanz zu Recht feststellt. Dass dabei in diesem bisherigen Teilgehalt der Ziffer 114 (Unterstützungssachen) im Gegensatz zu den aus dieser Tarifbestimmung entfernten Amtshandlungen zum Schutze von Kindern und den vormundschaftlichen Amtshandlungen an sich gerade keine materielle Änderung erfolgte, ändert an der Qualität als Ergebnis formeller Gesetzgebung nichts. Denn es kann keinem Zweifel unterliegen, dass die Ziff. 114 in ihrer neuen Fassung und damit die Bestätigung der Gebührenfreiheit in Unterstützungssachen im Rahmen der Rechtsänderung ebenfalls dem fakultativen Referendum unterlag. Nach dem allgemeinen verfassungsrechtlichen Prinzip konnte auch diese Rechtsnorm nur im gleichen Verfahren abgeändert werden, in welchem sie ursprünglich erlassen worden ist (vgl. BGE 105 Ib 72 E. 6a S. 80 f. mit Hinweisen), was hier unabhängig davon gelten muss, dass im Jahr 1974 der Verwaltungsgebührentarif noch nicht dem fakultativen Referendum unterstanden hat, die Referendumpflicht aber seit dem Jahr 1991 (vgl. Gesetzessammlung des Kantons Zug, GS 24, 155) in der Verfassung verankert ist. Demzufolge kann das Gericht in der Argumentation des Regierungsrats, dass es sich bei der seit 1. Januar 2013 geltenden Version von § 13 Abs. 1 Ziff. 114 des Verwaltungsgebührentarifs gegenüber § 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG um die jüngere Norm handelt und sich der Gesetzgeber mit der neuen Version von § 13 Abs. 1 Ziff. 114 des Verwaltungsgebührentarifs bewusst dafür ausgesprochen hat, dass in Unterstützungssachen – auch in Verwaltungsbeschwerdeverfahren – keine Gebühren bezogen werden, keine Rechtsverletzung erkennen.

4.3 Keine ausschlaggebende Bedeutung kann auch dem Umstand zukommen, dass sich der Verwaltungsgebührentarif – nebst den §§ 19 (aufgehoben) und 79 des Einführungsgesetzes zum ZGB vom 17. August 1922 – ausdrücklich auf die speziellere Regelung von § 41 Abs. 1 Bst. e KV abstützt, wonach dem Kantonsrat die Festsetzung der Besoldungen und amtlichen Gebühren obliegt, während das VRG gestützt auf die allgemeine Bevollmächtigung zur Gesetzgebung in § 41 Abs. 1 Bst. b KV

erging. Während die in der gleichen Kompetenznorm erwähnten Besoldungen ebenfalls in einem Gesetz (Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals, PG, BGS 154.21) festgelegt sind, ist aus hier nicht ausschlaggebenden Gründen für die Gebührenregelung bislang kein formelles Gesetz zustande gekommen, sondern lediglich ein Kantonsratsbeschluss erlassen worden (vgl. dazu den Bericht und Antrag des Regierungsrates zu dem vom Volk verworfenen Gebührengesetz vom 9. März 2010, Vorlage Nr. 1918.1, *passim*). Auch ohne namentliche Erwähnung in dessen Ingress kann sich der Gebührentarif zudem seit dem 1. Januar 1977 zusätzlich auf § 22 Abs. 1 VRG abstützen.

5.

5.1 Das von der Beschwerdeführerin hauptsächlich vorgebrachte Argument, dass die eine Bestimmung in einem formellen Gesetz, die andere jedoch nur in einer Parlamentsverordnung steht, ist jedoch ohnehin insoweit unbeachtlich, als die Regeln der Normenhierarchie nur zum Tragen kommen, wenn überhaupt eine Kollision zwischen zwei Normen vorliegt. Dies setzt voraus, dass beide Normen die gleiche Rechtsfrage unterschiedlich beantworten (Hansjörg Seiler, *Einführung in das Recht*, 2. Aufl. 2004, S. 135). Die vom Gemeinderat angerufenen, ungeschriebenen Vorrang- bzw. Kollisionsregeln nach der Hierarchie (*lex superior derogat legi inferiori*) bzw. nach dem zeitlichen Verhältnis (*lex posterior derogat legi priori*) sind somit nur anzuwenden, wenn es sachlich notwendig ist bzw. eine Norm den Geltungsanspruch der anderen verdrängt. So ist zuerst zu prüfen, ob und allenfalls wie die beiden Normen im konkreten Fall, allenfalls koordiniert miteinander, anzuwenden sind.

5.2 Zunächst ist festzustellen, dass mit dem Erlass des Verwaltungsrechtspflegengesetzes vom 1. April 1976 im Kanton Zug erstmals allgemeine Vorschriften über das Verfahren und damit – mit weitgehender Ausnahme insbesondere der Steuergesetzgebung – eine einheitliche Verfahrensordnung geschaffen wurde, welche eine Vielzahl von in einzelnen Sachgesetzen und Verordnungen verstreuten verfahrensrechtlichen Bestimmungen ablöste. Auch wenn das kantonale Verwaltungsverfahrensrecht nicht umfassend kodifiziert wurde, so steht aus Sicht des Verwaltungsgerichts ausser Frage, dass im VRG grundsätzlich die allgemeinen verfahrensrechtlichen Aspekte geregelt sind und vom Gesetzgeber gewollte Abweichungen in die Spezialerlasse gehören. Abweichende verfahrensrechtliche Aspekte sollen vom Kodifikationsgedanken her also nur noch dort spezialgesetzlich geregelt werden, wo sie sich nicht sinnvoll ins VRG integrieren lassen. Umgekehrt ist es von daher aber naheliegend, dass insbesondere grundsätzliche Ausnahmen von der Kostenpflicht verwaltungsrechtlicher Verfahren in bestimmten Rechtsgebieten entweder in einem bezüglichen Spezialerlass, erst recht aber in einer vom Verwaltungsrechtspflegengesetz in § 22 ausdrücklich vorgesehenen allgemeinen Kostenordnung, die sich grundsätzlich auf mehrere Rechtsgebiete zu erstrecken hat, vorzusehen sind. Tatsächlich stand der Gebührentarif beim Inkrafttreten des VRG bereits in Kraft, so dass sich der Gesetzgeber in § 22 Abs. 1 VRG offensichtlich bewusst auf diesen bezog, was

bei der Auslegung zu berücksichtigen ist. Grundsätzliche Kostenbefreiungen in einzelnen Rechtsgebieten gehören schon aus allgemeinen gesetzgeberischen Motiven nicht in das – sozusagen vor die «Klammer» gezogene – allgemeine Verfahrensgesetz.

5.3 Konkret ist diesbezüglich festzustellen, dass in § 23 VRG die Grundsätze der Verlegung der amtlichen Kosten im Verhältnis der Parteien und in Berücksichtigung des Ausgangs der Verfahren im Falle der Kostenpflichtigkeit eines Verfahrens geregelt werden. Dabei erscheint die Kostenauflegung nach Massgabe des Unterliegens (§ 23 Abs. 1 Ziff. 3) als Regel und jene nach dem Verursacherprinzip (§ 23 Abs. 1 Ziff. 1 und 2, Abs. 3) als Ausnahme. Es fehlen im Verwaltungsrechtspflegegesetz jegliche Angaben zur Bemessungsgrundlage der Spruchgebühren und zur Gebührenhöhe, was aber schon von daher mit dem oben erwähnten Legalitätsprinzip nicht in Widerspruch steht, als der Gebührentarif vom Kantonsrat, wenn auch in einem erst seit 1991 referendumpflichtigen Erlass, festgelegt worden ist. Die Bezeichnung einzelner kostenpflichtiger oder kostenbefreiter Verwaltungsakte je nach Rechtsgebiet und ein Katalog der jeweiligen Ansätze würde den Rahmen des VRG als allgemeinem Verfahrensgesetz offensichtlich sprengen. Dass in der Bestimmung von § 22 Abs. 1 VRG die Erhebung von Gebühren nach «Tarif» vorbehalten wird, ist zumindest im Verhältnis zu einem (referendumpflichtigen) Kantonsratsbeschluss eine genügende Gesetzesdelegation, wobei die Angemessenheit der im Einzelfall auferlegten Gebühren anhand des Kostendeckungs- und des Äquivalenzprinzips zusätzlich bei jedem Anwendungsakt überprüfbar ist. Ein Tarif kann und soll, nur schon aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips, verschieden hohe Kostensätze und auch Kostenlosigkeit vorsehen. Hinzu kommt im konkreten Fall, dass es um die Rechtmässigkeit der Befreiung von Gebühren im Verhältnis zu den Behörden, auch dem Gemeinderat, geht, d.h. gerade nicht um eine Belastung von Verfahrensbeteiligten bzw. Rechtsuchenden mit Kosten.

5.4 Während also § 23 VRG generell die Aufteilung der Kosten unter den Parteien in Fällen regelt, in denen den Verfahrensbeteiligten Verfahrenskosten aufzuerlegen sind, existieren in Sach- oder Spezialerlassen eigenständige Regeln für die Kostenpflicht und -verlegung, und zwar sowohl im Bundesrecht (vgl. etwa Art. 61 lit. a ATSG) als auch im kantonalen Recht. Was letzteres betrifft, so sieht z. B. § 70 Abs. 4 PG vor, dass Beschwerden bis zu einem Streitwert von 30'000 Franken kostenlos sind. Der Verwaltungsgebührentarif seinerseits stellt eine eigentliche «Lex Generalis» dar (vgl. den Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 9. März 2010 betreffend Gebührengesetz, Vorlage Nr. 1918.1, S. 18). Das Sozialhilfegesetz äussert sich nicht zu den Verfahrenskosten, ebenso wenig die in der Sozialhilfeverordnung vom 20. Dezember 1983 (BGS 861.41, § 9) als anwendbar erklärten SKOS-Richtlinien. Der kantonale Gebührentarif nimmt diese Frage aber auf und verzichtet offensichtlich aus sozialpolitischen Gründen von Anfang an darauf, im Zusammenhang mit Sozialhilfeverfahren Verfahrensbeteiligten Kosten aufzuerlegen.

5.5 Nicht gefolgt werden kann der beschwerdeführerischen Argumentation, es handle sich bei § 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG insofern um die speziellere Norm innerhalb des VRG gegenüber dem Grundsatz von § 22 Abs. 1 VRG, als in Unterstützungssachen zwar im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren als Konkretisierung von § 22 Abs. 1 VRG die Kostenfreiheit gemäss § 13 Abs. 1 Ziff. 114 Verwaltungsgebührentarif zur Anwendung kommen sollte, nicht aber im Beschwerdeverfahren. Dem ist an sich nur schon entgegenzuhalten, dass § 23 Abs. 1 Ziff. 1 VRG (nämlich Kostenpflicht der eine Amtshandlung durch ihr Verhalten veranlassenden Partei) als ebenfalls «speziellere Norm» dann ebenfalls vorzugehen hätte, womit die Regelung von § 22 Abs. 1 VRG keinen Spielraum für Kostenbefreiungen im Gebührentarif mehr zuliesse, was aber zu Recht nicht geltend gemacht wird.

Nicht entscheidend ist weiter, dass die Vorinstanz auf Seite 28 ihres Berichts und Antrags vom 5. April 2011 zur Änderung des EG ZGB (Umsetzung der ZGB-Revision vom 19. Dezember 2008 [Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht] Vorlage Nr. 2036.1) feststellte, dass – nur – im «erstinstanzlichen» Kindesschutzverfahren gestützt auf Ziffer 114 des Verwaltungsgebührentarifs «bereits bisher» explizit auf die Kostenaufgabe verzichtet wurde. Es sind keine Fälle bekannt und es werden keine solchen namhaft gemacht, wo der Regierungsrat als Beschwerdeinstanz in Kindesschutz-, aber auch in Unterstützungssachen, in der Vergangenheit Kosten erhoben hätte. Hingegen hat auch schon das Verwaltungsgericht eine Gebührenbefreiung in «analoger» Anwendung des Gebührentarifs vorgenommen (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts V 2007 64 und 65 vom 30. Oktober 2007, E. 11). Nun ist mit dem neuen § 57 EG ZGB klar festgelegt, dass in Kindesschutzfällen auch vor Verwaltungsgericht keine Kosten zu erheben sind. Entgegen der Darstellung in der Beschwerde (S. 9) unterschied der Regierungsrat nicht «also selber» zwischen der Anwendbarkeit von Ziffer 114 des Verwaltungsgebührentarifs für das erstinstanzliche Verfahren und der Anwendbarkeit des VRG, d.h. von § 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG, für das Beschwerdeverfahren, sondern zwischen der Anwendbarkeit von Ziffer 114 des Tarifs in der verwaltungsinternen Rechtspflege und der Anwendbarkeit von alt § 79e VRG einzig für das Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht. Erst recht übersteuert nicht die Ziffer 61 des Verwaltungsgebührentarifs («Amtshandlungen der Gemeinde-, Bürger- und Korporationsräte. Andere Verwaltungsentscheide, Bewilligungen, Genehmigungen, Kontrollen und Dienstleistungen aller Art: Fr. 55.– bis 2'500.–») die Ziffer 114 (Kostenlosigkeit in Unterstützungssachen), wie in der Beschwerde angeführt wird.

5.6 Es kann von der Auslegung her keinem Zweifel unterliegen, dass die im Verwaltungsgebührentarif vorgesehene Kostenbefreiung der allgemeinen, generellen Regelung der Kostenverteilung in § 23 VRG vorzugehen hat. Wo keine Gebühren zu erheben sind, ist der Entscheid über deren Aufteilung unter den Verfahrensbeteiligten im Sinne von § 23 VRG hinfällig. Dies gilt nicht zuletzt auch für das Verwaltungsgericht, das z. B. früher gestützt auf alt § 79g VRG und neu gestützt auf die nicht

mehr im VRG enthaltene Regelung von § 57 EG ZGB im Bereich der fürsorgerischen Unterbringung keine Kosten erheben kann. Im vorliegenden Streitfall entfällt die Anwendung der in der Beschwerde angerufenen, ungeschriebenen Vorrangregeln nach der Hierarchie bzw. nach dem zeitlichen Verhältnis der Rechtsquellen. Die beiden Erlasse können im konkreten Fall koordiniert miteinander angewendet werden, was offensichtlich von Anfang an den Intentionen des Gesetzgebers entsprach.

5.7 Schliesslich kommt hinzu, dass der Regierungsrat gemäss dem Sozialhilfegesetz die Voraussetzungen und den Umfang der Unterstützung regelt (§ 29 i.V.m. § 20 SHG). Weiter kann er als Aufsichtsbehörde (vgl. § 4 Abs. 1 und § 33 Abs. 1 des Gemeindegesetzes, GG, BGS 171.1) von den Gemeinden verlangen, dass sie sich im Rahmen ihrer eigenen (gemeindlichen) verwaltungsinternen Rechtspflege ebenfalls an die Grundsätze des kantonalen Verwaltungsgebührentarifs bzw. an die regierungsrätliche Praxis zu diesem zu halten haben. Denn er ist Beschwerdeinstanz mit voller Kognition und kann vorinstanzliche Entscheide gestützt auf § 30 VRG sogar ausserhalb eines Rechtsmittelverfahrens aufheben. Er kann in einem konkreten Fall auf Beschwerde hin schon gestützt auf § 25 VRG (Kostenbefreiung) die Kostenlosigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens anordnen. Erhebt der Regierungsrat bei Beschwerdeentscheiden in ständiger Praxis unter Berufung auf § 13 Abs. 1 Ziff. 114 des Verwaltungsgebührentarifs in Unterstützungssachen keine Verfahrenskosten, muss dies aber erst recht für die Vorinstanzen des Regierungsrats gelten. Das Gericht kann in der Gesetzesauslegung des Regierungsrats keine Willkür erkennen, d.h. der Regierungsrat hat mit seinem Entscheid vom 21. August 2018 keine Rechtsverletzung begangen, was gemäss § 63 Abs. 1 VRG für eine allfällige Gutheissung der Beschwerde erforderlich gewesen wäre. Paragraph 13 Abs. 1 Ziff. 114 des Verwaltungsgebührentarifs gilt somit für alle Amtshandlungen von kantonalen und gemeindlichen Verwaltungsbehörden in Verwaltungs- und Zivilsachen, auch für Beschwerdeentscheide.

5.8 In der Sache ist im Weiteren festzuhalten, dass der Gemeinderat gemäss § 11 Abs. 1 des Gesetzes über die Sozialhilfe im Kanton Zug (BGS 861.4) die Sozialbehörde der Gemeinde ist und allenfalls gemäss Abs. 2 Aufgaben und Kompetenzen der Sozialbehörde einer Kommission übertragen kann. Es führte aber schon von daher zu Rechtsungleichheiten, wenn in einer bestimmten Gemeinde wie in Unterägeri zunächst offenbar eine untergeordnete Amtsstelle, vorliegend die Abteilung Soziales und Gesundheit bzw. der Sozialvorsteher und die Leiterin Sozialdienst (vgl. Erwägung B im Gemeinderatsentscheid vom 22. Februar 2018), verfügt, gegen deren Entscheid der Rechtsuchende gestützt auf § 40 Abs. 1 Satz 1 VRG – nach der Rechtsauffassung der Gemeinde Unterägeri – kostenpflichtig an den Gemeinderat zu rekurrieren hätte, während in einer anderen Gemeinde eventuell der Gemeinderat direkt über die Sozialhilfe verfügen mag und der Rechtsuchende deshalb direkt (§ 40 Abs. 1 Satz 2 VRG) und ohne Kostenfolgen einen Beschwerdeentscheid vor dem Regierungsrat erwirken kann. Auch solche möglichen Rechtsungleichheiten un-

ter den Sozialhilfebezügern verschiedener Gemeinden werden durch die vorliegend angefochtene, sich aber als rechtmässig erweisende Rechtsauffassung des Regierungsrats als Aufsichtsbehörde vermieden.

(...)

6. Demzufolge erweist sich im Rahmen der dem Verwaltungsgericht zustehenden Überprüfungsbefugnis die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen wäre, wenn auf sie eingetreten werden könnte. Daran ändert auch nichts, dass der Gemeinderat geltend macht, der Beschwerdegegner 1 verdiene den Rechtsschutz der Kostenlosigkeit des Beschwerdeverfahrens nicht, weil er sich «gelinde gesagt» als «äusserst eingaben-, prozess- und beschwerdefreudig» erweise; der Beschwerdeführer führe wiederholt aussichtslose Prozesse, behellige die Behörden mit einer Flut von Eingaben und komme selber nicht einmal seinen geringsten Mitwirkungspflichten nach. Der Gemeinderat hat die Kostenauflegung in seinem Entscheid vom 22. Februar 2018 nicht mit diesen Umständen begründet, so dass nicht zu prüfen ist, ob eine Kostenpflicht gestützt auf § 23 Abs. 3 («unnötigerweise verursachte Kosten») angebracht und rechtmässig wäre. Im vorliegenden Verfahren ist lediglich die korrekte Anwendung von § 13 Abs. 1 Ziff. 114 des Verwaltungsgebührentarifs zu prüfen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 17. Dezember 2019, V 2018 96
Das Urteil ist rechtskräftig.

3. Steuerrecht

3.1 Massgeblichkeitsprinzip: Zulässige steuerrechtliche Korrekturen nach dem Bilanzstichtag

Regeste:

Art. 58 DBG, § 58 StG, Massgeblichkeitsprinzip – Gemäss Massgeblichkeitsprinzip bildet die Handelsbilanz Ausgangspunkt und Grundlage der steuerlichen Gewinnermittlung (E. 3.3).

Werterhellende Ereignisse – Nach dem Bilanzstichtag gewonnene Erkenntnisse, die sich im vorgehenden Geschäftsjahr verwirklicht haben (werterhellende Ereignisse), können handels- und steuerrechtlich für die Jahresrechnung berücksichtigt werden, solange die Rechnung von den zuständigen Organen noch nicht verabschiedet wurde (E. 3.5.3).

Bilanzänderungen – Bei Bilanzänderungen wird ein handelsrechtskonformer Wertansatz durch eine ebenfalls handelsrechtskonforme Bewertung ersetzt. Gewinnsteuerrechtlich sind Bilanzänderungen grundsätzlich nur bis zur Einreichung der Steuererklärung zulässig (E. 4.2).

Bilanzberichtigung – Wurden in einer bereits genehmigten Jahresrechnung handelsrechtswidrige Ansätze gewählt, ist gewinnsteuerrechtlich eine Korrektur bis zum Eintritt der Rechtskraft der Veranlagung zulässig (E. 3.4).

Aus dem Sachverhalt:

Im Anschluss an eine mehrmals angeordnete Beweisaufgabe setzte die Steuerverwaltung des Kantons Zug mit Veranlagungen vom 14. August 2019 die Kantons- und Gemeindesteuern sowie die direkte Bundessteuer der Steuerperiode 2017 für die A. AG (im Folgenden: Rekurrentin) fest. Dabei veranlagte die Steuerverwaltung anstelle des von der steuerpflichtigen Gesellschaft im Jahresabschluss per 31. Dezember 2017 ausgewiesenen und in der Steuererklärung 2017 deklarierten Reingewinns von Fr. 5'357.– einen Reingewinn von Fr. 129'200.– infolge Aufrechnungen von nicht belegtem Verwaltungsaufwand von Fr. 123'848.–.

Nach erfolgloser Einsprache (Einspracheentscheid vom 14. Oktober 2019) erhob die Rekurrentin am 12. November 2019 Rekurs beim Verwaltungsgericht und beantragte, es sei die mit dem Einspracheentscheid erfolgte definitive Veranlagung der Bundessteuer sowie der Staats- und Gemeindesteuern 2017 aufzuheben resp. zu ergänzen, mit dem Hinweis «Kein Gewinn erzielt, Korrektur des Gewinns wegen Verlust». In ihrer Begründung beantragte die Rekurrentin schliesslich, es sei der steuerbare Gewinn von Fr. 97'800.– auf Fr. 22'200.– herabzusetzen.

Zur Begründung verwies sie auf einen realisierten Verlust aus zwei von insgesamt Fr. 155'000.–, wovon Fr. 35'000.– auf ein Geschäft mit der C. AG und Fr. 120'000.–

auf ein solches mit dem D. entfallen würden. Hierfür seien in der Jahresrechnung 2017 Fr. 52'600.– als Delkredere zurückgestellt worden, wovon Fr. 35'000.– für den Verlust aus dem Geschäft mit der C. AG und Fr. 17'600.– als «Rückstellung im Fall D.».

Aus den Erwägungen:

(. . .)

3.

3.1 Vorliegend umstritten und zu prüfen ist, ob die von der Rekurrentin erstmals in diesem Verfahren behaupteten und nicht oder zumindest nicht vollumfänglich in der Jahresrechnung 2017 verbuchten Verluste von Fr. 155'000.– aus den Geschäften mit D. und der C. AG für die Veranlagung der Gewinnsteuern 2017 (Bund und Kanton Zug) zu berücksichtigen sind bzw. der steuerbare Gewinn, wie von der Rekurrentin beantragt, mit Fr. 22'200.– festzustellen ist.

3.2 Der steuerbare Reingewinn der juristischen Personen setzt sich gemäss Art. 58 Abs. 1 DBG bzw. § 59 Abs. 1 StG (vgl. auch Art. 24 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden [StHG; SR 642.14]) zusammen aus dem Saldo der Erfolgsrechnung unter Berücksichtigung des Saldovortrages des Vorjahres, allen vor Berechnung des Saldos der Erfolgsrechnung ausgeschiedenen Teilen des Geschäftsergebnisses, die nicht zur Deckung von geschäftsmässig begründetem Aufwand verwendet werden, wie insbesondere Kosten für die Anschaffung, Herstellung oder Wertvermehrung von Gegenständen des Anlagevermögens, geschäftsmässig nicht begründeten Abschreibungen und Rückstellungen, Einlagen in die Reserven, Einzahlungen auf das Eigenkapital aus Mitteln der juristischen Person, soweit sie nicht aus als Gewinn versteuerten Reserven erfolgen, offene und verdeckte Gewinnausschüttungen und geschäftsmässig nicht begründete Zuwendungen an Dritte sowie den der Erfolgsrechnung nicht gutgeschriebenen Erträgen mit Einschluss der Kapital-, Aufwertungs- und Liquidationsgewinne.

3.3 Der Saldo der Erfolgsrechnung bildet unter Berücksichtigung des Saldovortrages des Vorjahres den Ausgangspunkt für die Bestimmung des Reingewinns. Mit dem Verweis auf den Saldo der Erfolgsrechnung wird im DBG der Bezug zum Handelsrecht ausdrücklich festgehalten und damit implizit auch das Massgeblichkeitsprinzip. Das Massgeblichkeitsprinzip besagt, dass die Handelsbilanz (Bilanz- und Erfolgsrechnung) Ausgangspunkt und Grundlage der steuerlichen Gewinnermittlung bildet. Massgebend sind die nach den zwingenden Vorschriften des Handelsrechts ordnungsgemäss geführten Bücher. Der Grundsatz der materiellen Massgeblichkeit besagt, dass die handelsrechtlichen Grundsätze ordnungsgemässer Buchführung für die steuerrechtliche Gewinnermittlung massgebend sind, soweit das Steuerrecht keine eigenen Gewinnermittlungsvorschriften enthält, welche entsprechende Ab-

weichungen erlauben oder verbieten. Der Verweis auf die handelsrechtliche Erfolgsrechnung in Art. 58 DBG erschöpft sich nicht in der Anweisung an die Steuerbehörde, die für die Ermittlung des steuerbaren Gewinns notwendigen Fakten aus veranlagungstechnischen Gründen der Handelsbilanz zu entnehmen. Es handelt sich vielmehr um eine gewollte Bindung der steuerrechtlichen Gewinnberechnung an die handelsrechtlichen Bilanzierungs- und Bewertungsgrundsätze. Diese Bindung wird als Schutzwirkung des Massgeblichkeitsprinzips zugunsten und zulasten des Steuerpflichtigen ausgelegt. Die Schutzwirkung zugunsten des Steuerpflichtigen äussert sich darin, dass die Steuerbehörden verpflichtet sind, für die Bemessung des steuerbaren Gewinns auf das Ergebnis der handelsrechtlichen Erfolgsrechnung abzustellen. Soweit also nicht steuerrechtliche Korrekturvorschriften eingreifen, gelten die handelsrechtlichen Gewinnermittlungsvorschriften und -grundsätze. Die Schutzwirkung zulasten des Steuerpflichtigen äussert sich darin, dass der Steuerpflichtige den in der Handelsbilanz ausgewiesenen Gewinn gegen sich gelten lassen muss. Dem Massgeblichkeitsprinzip kommt daher auch Beweisfunktion zu, d.h. die Steuerbehörden sollen sich auf die Angaben des Steuerpflichtigen verlassen dürfen. Gestützt auf das Verbot widersprüchlichen Verhaltens ist es dem steuerpflichtigen grundsätzlich untersagt, Aufwand wie auch Ertragspositionen geltend zu machen, die er nicht in der ordnungsmässigen Handelsbilanz verbucht hat. Dies betrifft insbesondere jene Bereiche, in welchen ihm nach Handelsrecht ein Ermessensspielraum zur Verfügung steht. Der Steuerpflichtige wird in diesen Fällen grundsätzlich bei seiner Ermessensausübung behaftet (vgl. hierzu Brülisauer/Mühlemann, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer [DBG], 3. Aufl. 2017, Art. 58 N. 8 ff. und N. 18 mit vielen Verweisen auf Lehre und Praxis; sowie Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, 3. Aufl. 2016, Art. 58 N. 48 ff.; StE 2011 B 23.41 Nr. 5 mit Hinweis).

3.4 Das Massgeblichkeitsprinzip gilt jedoch nur dann, wenn der Erfolgsausweis nicht unter Verletzung zwingender Bestimmungen des Handelsrechts zustande gekommen ist und sofern nicht spezielle steuerrechtliche Vorschriften für die Gewinnermittlung zu beachten sind (Urteil BGer 2C_29/2012 vom 16. August 2012 E. 2.1, mit vielen Verweisen auf die bundesgerichtliche Praxis).

Eine Ausnahme zu den vorstehend erwähnten Grundsätzen des Massgeblichkeitsprinzips besteht daher dann, wenn in einer bereits verabschiedeten bzw. genehmigten Jahresrechnung handelsrechtswidrige Ansätze gewählt worden sind. Hier ist gewinnsteuerrechtlich eine Korrektur bis zum Eintritt der Rechtskraft der Veranlagung zulässig (sog. Bilanzberichtigung). Demgegenüber sind blosser Bilanzänderungen, bei denen ein handelsrechtskonformer Wertansatz durch eine andere, ebenfalls handelsrechtskonforme Bewertung ersetzt wird (sog. Bilanzänderung), gewinnsteuerrechtlich nur bis zur Einreichung der Steuererklärung zulässig. Eine Bilanzänderung durch die steuerpflichtige Gesellschaft im Laufe des Veranlagungsverfahrens ist grundsätzlich nur noch zulässig, wenn sich zeigt, dass sie in einem entschuld-

baren Irrtum über die steuerlichen Folgen gewisse Buchungen vorgenommen hat. In der Regel ausgeschlossen sind hingegen Bilanzänderungen, mit denen Wertänderungen zum Ausgleich von Aufrechnungen im Veranlagungsverfahren erfolgen oder die lediglich aus Gründen der Steuerersparnis vorgenommen werden. Auch Bilanzberichtigungen aus denselben Motiven sind gleichfalls mit äusserster Zurückhaltung anzuerkennen (Urteil BGER 2C_29/2012 vom 16. August 2012 E. 2.1; Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, Art. 58 N. 48-51).

3.5

3.5.1 Nach Art. 960 Abs. 2 OR muss die Bewertung von Aktiven vorsichtig erfolgen. Bestehen konkrete Anzeichen für eine Überbewertung von Aktiven oder für zu geringe Rückstellungen, so sind die Werte zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen (Art. 960 Abs. 3 OR). Mit der Rückstellung bzw. vorübergehenden Wertberichtigung wird ein tatsächlich oder zumindest wahrscheinlich verursachter, in seiner Höhe aber noch nicht bekannter Aufwand oder Verlust gewinnmindernd angerechnet, der erst im nächsten oder einem der folgenden Geschäftsjahre geldmässig verwirklicht wird. Steuerrechtlich (nicht handelsrechtlich) können solche Wertberichtigungen nur anerkannt werden, wenn die Ereignisse, welche Ursache des geltend gemachten, betragsmässig noch ungewissen Aufwands sind, im laufenden oder einem früheren Geschäftsjahr auch tatsächlich eingetreten sind. Die Rückstellungen dürfen (steuerrechtlich) den Betrag nicht übersteigen, mit dessen Beanspruchung nach pflichtgemässer Schätzung dereinst tatsächlich gerechnet werden muss. Vorübergehende Wertberichtigungen auf Forderungen, sogenannte «Delkredere-Rückstellungen», sind aus steuerrechtlicher Sicht erst zulässig, wenn sich das Risiko eines Forderungsverlusts dem Grundsatz nach manifestiert hat oder der Steuerpflichtige nach den konkreten Umständen mit einem solchen Risiko zumindest ernsthaft rechnen muss. Da sie eine Schätzung bleiben, wird im Rahmen der periodengerechten Zuordnung dem steuerpflichtigen Unternehmen bei diesen unsicheren Verlustrisikopositionen buchhalterisch ein grosser Ermessens- bzw. Beurteilungsspielraum zugestanden (Brülisauer/Mühlemann, a.a.O., Art. 58 N. 170; Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 3. Aufl. 2013, § 64 N. 35; Urteil BGER 2C_628/2010 vom 28. Juni 2011 in ASA 82, 2013/2014, S. 33 ff./36).

Vorübergehende Wertberichtigungen weisen – anders als Abschreibungen – nicht definitiven, sondern bloss provisorischen Charakter auf und können in jeder Steuerperiode neu überprüft werden. Bei Wertberichtigungen bleibt die Aktivposition unverändert, und es wird lediglich eine entsprechende Passivposition gebildet (z. B. Delkredere). Steuerrechtlich werden Wertberichtigungen, soweit diese keinen definitiven Charakter haben, unter die Rückstellungen subsumiert, auch wenn dies buchhalterisch nicht ganz korrekt ist. Während also der Begriff «Wertberichtigung» im StG des Kantons Zug verwendet wird (vgl. § 59 Abs. 1 Ziff. 2 Bst. b StG), wird dieser im DBG untechnisch dem Bereich der Rückstellungen zugewiesen (vgl. Rich-

ner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, Art. 28 N. 3 und Art. 29 N. 13).

3.5.2 Gemäss Art. 959 Abs. 1 OR gilt das Stichtagsprinzip als elementare Bilanzierungsregel für die Jahresrechnung, wonach die Bilanz die Vermögens- und Finanzierungslage des Unternehmens am Bilanzstichtag darstellt. Ebenso nehmen Bewertungsvorschriften wie diejenigen in Art. 960 b und Art. 960 c OR explizit Bezug zum Bilanzstichtag. Massgebender Beurteilungszeitpunkt für die geschäftsmässige Begründetheit einer (Delkredere-) Rückstellung ist folglich der Bilanzstichtag, wobei auch nachträglich werterhellende Tatsachen berücksichtigt werden können, d.h. solche, die Rückschlüsse auf die Verhältnisse am Bilanzstichtag zulassen. Solche steuermindernden Tatsachen sind von der steuerpflichtigen Person mittels substantiierter Sachdarstellung vorzutragen. Wird die Jahresrechnung sehr viel später nach dem Bilanzstichtag erstellt, wird dieser Nachweis schwieriger (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, § 64 N. 122). Denn das sowohl im Handels- als auch Steuerrecht geltende Periodizitätsprinzip verbietet es, Ergebnisse verschiedener Geschäftsperioden untereinander auszugleichen, indem die Ergebnisse einer bestimmten Periode zugunsten oder zulasten einer anderen Periode erhöht oder vermindert werden (Brülisauer/Mühlemann, a.a.O., Art. 58 N. 151 und 167). Die Periodengerechtigkeit gilt dabei als gewahrt, wenn z. B. ein bestimmter Aufwand aufgrund des dem steuerpflichtigen Unternehmen zustehenden Bewertungs- und Ermessenspielraums als periodengerecht verbucht einzu- stufen ist (Brülisauer/Mühlemann, a.a.O., Art. 58 N. 159).

3.5.3 Was den relevanten Zeitraum betrifft, innert welchem handelsrechtlich wert- erhellende Ereignisse nach dem Bilanzstichtag noch in der Jahresrechnung zu erfassen sind, wird dieser maximal bis zur Errichtung bzw. Genehmigung der Jahres- rechnung durch das zuständige Organ (z. B. Generalversammlung) gesehen (Reich/ Züger/Betschart, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer [DBG], 3. Aufl. 2017, Art. 29 N. 11). Das Swiss GAAP- FER-Rahmenkonzept stellt mit der Verabschiedung der Jahresrechnung durch den Verwaltungsrat bzw. Geschäftsführer auf einen noch früheren Zeitpunkt ab. Als Ereignisse, die nach dem Bilanzstichtag in der Jahresrechnung zu berücksichtigen sind, gelten dabei solche, deren Auslöser bzw. Bedingungen bereits am Bilanzstich- tag gegeben waren bzw. die weitere substantielle Hinweise zu Gegebenheiten lie- fern, die bereits am Abschlussstichtag vorgelegen haben. Somit handelt es sich um Ereignisse, die am Bilanzstichtag bereits begründet waren, aber erst später bekannt werden. Sie werfen «neues Licht auf alte Tatsachen» und werden auch als «wert- erhellende Ereignisse» bezeichnet. Hierzu gehören z. B. der nach dem Bilanzstich- tag über einen Schuldner einer nicht wertberechtigten Forderung eröffnete Konkurs, wenn der Schuldner schon vor dem Bilanzstichtag in finanziellen Schwierigkeiten steckte (mit dem Resultat, dass die Wertberichtigung noch gebucht werden muss), die nach dem Bilanzstichtag erfolgende vollständige Rückzahlung eines im Wert be-

richtigten Darlehens (mit dem Resultat, dass die Wertberichtigung aufgelöst werden darf), die Festlegung geschuldeter, erfolgsabhängiger Vergütungen, Entscheide in Gerichts- und Verwaltungsverfahren, die vor dem Bilanzstichtag zu laufen begonnen haben, oder die Entdeckung eines Betrugs oder anderer Fehler, die zeigen, dass der Abschluss per Stichtag fehlerhaft war (Lukas Glanzmann, Ereignisse nach dem Bilanzstichtag, S. 257 ff. in: Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, 2017; Markus Berger, Probleme der Bilanzberichtigung, in: ASA 70, 2001/2002, S. 539 ff.).

4. Vorliegend beantragt die Rekurrentin sinngemäss, den im Einspracheverfahren gemäss ihrem Antrag veranlagten steuerbaren Gewinn (Fr. 97'800.-) zu reduzieren und zwar um die Verluste, welche sie auf Debitorenforderungen aus gegenüber der C. AG (Fr. 35'000.-) und gegenüber D. (Fr. 120'000.-) erbrachten Leistungen behauptet erlitten zu haben, welche jedoch nicht oder nicht vollständig in der Jahresrechnung 2017 verbucht worden sind.

Basierend auf den vorstehenden Erläuterungen zum Massgeblichkeits- und Periodizitätsprinzip ist daher zu prüfen, ob die behaupteten Verluste, so sie dann als rechtsgenügend bewiesen erscheinen, (1) als werterhellende Ereignisse nach dem Bilanzstichtag (31. Dezember 2017) qualifizieren oder (2) diese unter dem Titel der Bilanzanpassung zu berücksichtigen sind oder (3) betreffend diesen eine handelsrechtswidrige (Nicht-)Verbuchung vorliegt (mit der Folge einer Bilanzberichtigung).

4.1 Nach dem Bilanzstichtag gewonnene Erkenntnisse über Ereignisse, die sich im vorgehenden Geschäftsjahr verwirklicht haben (sog. werterhellende Ereignisse), können für die Jahresrechnung solange Berücksichtigung finden, als diese noch nicht abgeschlossen d.h. von den zuständigen Organen verabschiedet bzw. genehmigt worden ist (vgl. E. 3.5.3 vorstehend). Vorliegend datiert die Jahresrechnung 2017 der Rekurrentin (mit Abschlussdatum 31. Dezember 2017) vom 25. Mai 2018 (Beilage Nr. 1 der Rekursgegnerin). Gemäss Art. 699 Abs. 2 OR hat die ordentliche Generalversammlung, welche die Abnahme der Jahresrechnung beschliesst (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR), innert sechs Monaten nach Schluss des Geschäftsjahres über die Jahresrechnung zu befinden bzw. diese zu genehmigen. Weder aus den Akten noch aus den Vorbringen der Parteien lässt sich entnehmen, dass es sich bei der hier interessierenden Jahresrechnung 2017 nicht um eine in diesem Sinne genehmigte bzw. abgeschlossene Jahresrechnung handeln sollte. Sie wurde denn auch von der Rekurrentin selbst im Steuererklärungsverfahren der Steuerbehörde eingereicht. Für das Gericht gilt es daher erstellt, dass es sich bei der Jahresrechnung 2017 der Rekurrentin um eine abgeschlossene bzw. von der Generalversammlung genehmigte Jahresrechnung handelt. Es ist somit der Zeitraum abgelaufen, innert welchem die von der Rekurrentin erst in diesem Verfahren geltend gemachten Debitorenverluste als «wernerhellende Ereignisse» noch in die Jahresrechnung 2017

Einzug finden könnten. Die Berücksichtigung der strittigen Verluste ist daher unter diesem Titel nicht mehr möglich.

4.2 Weiter ist zu prüfen, ob die nicht in der Jahresrechnung 2017 verbuchten Debitorenverluste unter dem Titel einer Bilanzänderung für die Veranlagung der Gewinnsteuern 2017 berücksichtigt werden können.

Wie vorstehend erläutert (E. 3.4) spricht man von einer Bilanzänderung, wenn ein handelsrechtskonformer Wertansatz durch eine andere, ebenfalls handelsrechtskonforme Bewertung ersetzt wird. Bilanzänderungen werden gemäss herrschender Lehre und Praxis gewinnsteuerrechtlich nur bis zur Einreichung der Steuererklärung als zulässig erachtet (Urteil BGer 2C_29/2012 vom 16. August 2012 E. 2.1; Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, Art. 58 N. 48-51). Dieser Zeitpunkt ist vorliegend unzweifelhaft längst überschritten und Ausnahmesituationen zugunsten der Rekurrentin können dem Sachverhalt ebenfalls nicht entnommen werden. Die von der Rekurrentin erst in diesem Verfahren geltend gemachten, nicht verbuchten Debitorenverluste können daher auch unter dem Titel der Bilanzänderung nicht berücksichtigt werden.

4.3 Zu prüfen bleibt, ob die Nicht-Verbuchung der von der Rekurrentin behaupteten Debitorenverluste in der Jahresrechnung 2017 eine Handelsrechtswidrigkeit darstellt, welche eine sogenannte Bilanzberichtigung erlauben würde (vgl. E. 3.4 vorstehend). Eine Handelsrechtswidrigkeit wäre dann gegeben, wenn durch das Gericht festgestellt würde, dass das Debitorenausfallrisiko im Zeitpunkt des Abschlusses der Jahresrechnung 2017 entgegen handelsrechtlicher Bewertungsvorschriften unzweifelhaft zu tief eingeschätzt worden wäre.

Wie bei der Erstellung der Jahresrechnung (vgl. E. 3.5.2 und 3.5.3 vorstehend) ist das Stichtagsprinzip auch bei der Beurteilung der Fehlerhaftigkeit einer bereits erstellten Bilanz von wesentlicher Bedeutung (Markus Berger, a.a.O., S. 539 ff./542). Zum einen können auch hier Ereignisse nach dem Bilanzstichtag nur dann berücksichtigt werden, wenn sie am Bilanzstichtag (hier 31. Dezember 2017) begründet und vorhersehbar waren (i.S.v. wertaufhellenden Tatsachen). Zum andern ist auf der subjektiven Seite zu verlangen, dass diese Ereignisse bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt dem Verwaltungsrat auch hätten bekannt sein müssen; nur wenn dies zu bejahen ist, liegt eine fehlerhafte (und damit zu berichtigende) Bilanz vor. Nicht fehlerhaft ist daher ein Bilanzansatz, wenn er den im Zeitpunkt der Bilanzaufstellung bei pflichtgemässer und gewissenhafter Prüfung objektiv bestehenden Erkenntnismöglichkeiten entspricht und somit subjektiv richtig ist (Markus Berger, a.a.O., S. 539 ff.; Reich/Züger/Betschart, a.a.O., Art. 29 N. 11a).

Die Rekurrentin macht die Debitorenverluste erstmals vor Verwaltungsgericht geltend. Relevant in diesem Zusammenhang ist, dass sich in der Jahresrechnung 2017

dazu zwei Delkredere-Rückstellungen finden lassen, und zwar eine solche im Betrag von Fr. 35'000.– aus Leistungen, die gegenüber der C. AG erbracht wurden, und eine zweite im Betrag von Fr. 17'600.– für gegenüber D. erbrachten Dienstleistungen (Kontoauszug Delkredere in Beilage 1 der Rekurrentin). Weiter lässt sich einem Schreiben der Rekurrentin an die Rekursgegnerin vom 5. Juni 2019 entnehmen, dass diese Delkredereposition im Geschäftsjahr 2017 gerade deshalb um Fr. 32'000.– erhöht wurde, um allfälligen Risiken bei der Einbringung der vorstehend erwähnten Debitorenforderungen gerecht zu werden, insbesondere im Zusammenhang mit einem gegenüber D. entstandenen Rechtsstreit, welcher noch nicht abgeschlossen sei, und ein nächster Verhandlungstermin für den 11. Juni 2019 angesagt sei (Beilage 2 der Rekursgegnerin). Weiter lässt sich den Akten entnehmen, dass es in diesem Zusammenhang (Rechtsstreit D.) am 3. Juli 2017 ein Schlichtungsgesuch und am 11. Januar 2018 eine Zivilklage gab (E-Mail von Rechtsanwalt E. an die Rekurrentin bzw. deren Verwaltungsrätin B. vom 17. Juli 2019 in Beilage 2 der Rekurrentin). Generell lässt sich aus dem von der Rekurrentin Vorgebrachten und den von dieser zu den Akten gelegten Angaben schliessen, dass sich bei dieser die Erkenntnis des heute behaupteten Debitorenverlusts, welcher die in der Jahresrechnung 2017 verbuchten Delkredere-Rückstellungen übersteigen mag, erst im Laufe des Jahres 2019 materialisierte (E-Mail Korrespondenzen zwischen Rechtsanwalt E. und der Rekurrentin in Beilage 2 der Rekurrentin; E-Mail der Rekurrentin an G. vom 30. Januar 2020 in Beilage 4 der Rekurrentin). So lässt die Rekurrentin in der Rekursschrift (S. 2, 4. Abschnitt) selbst ausführen «...Herr G. wusste vor der Einsprache an die Steuerbehörde Zug d.h. seit Juni 2019 über den Verlust Bescheid, weil ich ihn persönlich nach der Gerichtsverhandlung vom 11. Juni 2019 in H., darüber informiert hatte...».

Es ist daher für das Gericht in keiner Weise ersichtlich, dass am hier relevanten Bilanzstichtag (31. Dezember 2017) bzw. zum Zeitpunkt der Erstellung der Jahresrechnung 2017 bzw. deren Verabschiedung durch die Verwaltungsrätin B. (Jahresrechnung datiert mit 25. Mai 2018) das Debitorenverlustrisiko (Delkredere) in einer sorgfalts- und handelsrechtswidrigen Weise geschätzt und verbucht worden wäre. Wie vorstehend erwähnt (E. 3.5.1), wird den steuerpflichtigen Unternehmen im Rahmen der periodengerechten Zuordnung von Delkredere-Rückstellungen buchhalterisch ein grosser Ermessens- bzw. Beurteilungsspielraum zugestanden. Der Sachverhalt liefert keine Anhaltspunkte, dass dieser Ermessens- bzw. Beurteilungsspielraum bei der Schätzung und Verbuchung der Delkredere-Rückstellungen im Zeitpunkt der Erstellung der Jahresrechnung 2017 handelsrechtswidrig ausgeübt worden wäre, war doch dem Verwaltungsrat vor Abschluss der Jahresrechnung 2017 bekannt, dass betreffend die Forderung gegenüber D. sowohl ein Schlichtungsbegehren (3. Juli 2017) als auch eine Zivilklage (11. Januar 2018) anhängig gemacht worden war. Im Gegenteil, es führt in diesem Zusammenhang die Rekurrentin in der Rekursschrift selber aus, «...Gemäss Folgeanwalt wäre die Forderung von Fr. 170'000.– eintreib-

bar gewesen, d.h. unsere Rechnungsstellung war korrekt. . .)» (Rekursschrift S. 2, 3. Abschnitt am Ende).

Den Prinzipien der Massgeblichkeit der Handelsbilanz und der Periodizität der Gewinnermittlung folgend ist die Rekurrentin daher bei den verbuchten Delkredere-Rückstellungen zu behaften und allenfalls darüber hinaus eingetretene, sich in Folgeperioden materialisierende Verluste sind nachfolgenden Geschäftsjahren zu belasten. Die Vornahme einer Bilanzberichtigung fällt daher aus den dargestellten Gründen ausser Betracht.

5. Zusammengefasst erweist sich der Rekurs in Bezug auf die beantragte Berücksichtigung der von der Rekurrentin erst in diesem Verfahren behaupteten Debitorenverluste als unbegründet. Der Rekurs ist daher vollumfänglich abzuweisen.

(. . .)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 24. April 2020, A 2019 20

Das Urteil ist rechtskräftig.

Vollständiges Urteil auf der Entscheiddatenbank www.verwaltungsgericht.zg.ch

3.2 Grundstückgewinnsteuer: Steueraufschub bei gemischten Schenkungen

Regeste:

§ 168 StG – Die Grundstückgewinnsteuer wird nach Massgabe des kantonalen Steuergesetzes durch die Gemeinden erhoben. Es verbleibt ihnen kein Raum, wesentliche Elemente wie Steuerpflicht, Steuerobjekt oder Steueraufschubtatbestände eigenständig interpretieren und auslegen zu wollen (E. 4.2).

§ 190 lit. a StG – Im Recht der Grundstückgewinnsteuer des Kantons Zug wird die Grundstückgewinnsteuer bei gemischten Schenkungen aufgeschoben. Eine gemischte Schenkung liegt vor, wenn zwischen der Leistung des Grundstückveräusserers und derjenigen des Erwerbers ein offensichtliches Missverhältnis besteht. Dieses ist gegeben, wenn der vom Erwerber geleistete Kaufpreis 75 % oder weniger des Verkehrswerts des veräusserten Grundstücks beträgt (E. 4.5).

§ 189 StG – Übersteigen die Gegenleistungen des Erwerbers 75 % des Verkehrswerts des veräusserten Grundstücks, ist die Steuer zu erheben. Als Erlös gilt der Kaufpreis mit allen weiteren Leistungen der erwerbenden Person, somit ohne den als Schenkung erhaltenen Wertanteil (E. 4.6).

Aus dem Sachverhalt:

Mit öffentlich beurkundetem Abtretungsvertrag vom 27. November 2017 übertrug M.A. (im Folgenden: Rekurrentin) die folgenden zwei Grundstücke an ihre Söhne B.A. und C.A.:

1) Grundstück Nr. C. (im Folgenden: GS C.), 3 $\frac{1}{2}$ Zimmer-Wohnung, 169/1000 Miteigentum am Grundstück Nr. D. (im Folgenden: GS D.), 6315 Alosen an B.A. zu Alleineigentum zum Verkehrswert bzw. Übernahmepreis von Fr. 550'000.-, wovon Fr. 224'000.- in Anrechnung als Erbvorbezug durch B.A. geleistet wurden (Ziff. 4 des Abtretungsvertrags),

und

2) Grundstück Nr. E. (im Folgenden: GS E.), Doppelgarage im UG, 34/1000 Miteigentum an GS D. an ihre beiden Söhne B.A. und C.A. zu Gesamteigentum infolge einfacher Gesellschaft zum Verkehrswert bzw. Übernahmepreis von insgesamt Fr. 80'000.-, wovon insgesamt Fr. 46'000.- in Anrechnung als Erbvorbezüge durch B.A. und C.A. geleistet wurden (Ziff. 5 des Abtretungsvertrags).

Mit Steuererklärung für die Grundstückgewinnsteuer vom 9. Januar 2018 deklarierte die Rekurrentin aus den vorstehend erwähnten Grundstücksabtretungen einen steuerbaren Grundstücksgewinn von Fr. 0.- bzw. einen Verlust von Fr. 46'498.45, bei einem insgesamt vereinbarten Übernahmepreis für beide Grundstücke von Fr. 616'491.30 (Fr. 630'000.- abzüglich Fr. 13'508.70 Wert Mobilier) und insgesamt geltend gemachten Anlagekosten von Fr. 392'989.75. Auf Seite 3 der zu den Akten gegebenen Grundstückgewinnsteuererklärung erfolgte sodann unter dem Abschnitt «Bemerkungen» der Hinweis, dass es sich vorliegend gemäss Angaben von Notar Dr. G. um eine gemischte Schenkung handle und daher keine Grundstückgewinnsteuer fällig werde.

Mit definitiver Veranlagung vom 25. Juli 2018 stellte die Grundstückgewinnsteuer-Kommission der Einwohnergemeinde Oberägeri den insgesamt erzielten Grundstücksgewinn mit Fr. 31'988.- fest, basierend auf einem durch diese für GS C. und GS E. angenommenen «Verkaufserlös netto» von insgesamt Fr. 346'491.- (Fr. 630'000.- abzüglich Fr. 13'509.- Wert Mobilier und abzüglich Fr. 270'000.- für Erbvorbezug/Schenkungen) und Anlagekosten von insgesamt Fr. 314'503.-, und veranlagte die Grundstückgewinnsteuer mit Fr. 3'199.-.

Nach erfolgloser Einsprache (Einspracheentscheid vom 20. November 2018) erhob die Rekurrentin am 18. Dezember 2018 Rekurs beim Verwaltungsgericht mit den Anträgen, der Einspracheentscheid der Grundstückgewinnsteuer-Kommission Oberägeri sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Veräusserungen der GS C.

und GS E. als gemischte Schenkungen zu qualifizieren seien; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Rekursgegnerin.

Aus den Erwägungen:

1.

(. . .)

2.

2.1 Der Grundstückgewinnsteuer unterliegen die Gewinne, die aus der Veräusserung von Grundstücken des Privatvermögens oder von Anteilen an solchen erzielt werden (§ 189 Abs. 1 StG). Grundstücksgewinn ist gemäss § 193 Abs. 1 StG der Betrag, um welchen der Erlös die Anlagekosten (Erwerbspreis und anrechenbare Aufwendungen sowie der bei Überführung ins Privatvermögen besteuerte Gewinn) übersteigt. Als Erwerbspreis gilt der Kaufpreis mit allen weiteren Leistungen der erwerbenden Person (§ 195 Abs. 1 StG). Liegt die massgebende Handänderung mehr als 25 Jahre zurück, kann die steuerpflichtige Person anstelle des Erwerbspreises den Verkehrswert des Grundstückes vor 25 Jahren in Anrechnung bringen. In diesem Fall beträgt die anrechenbare Besitzdauer ebenfalls 25 Jahre (§ 195 Abs. 2 StG).

2.2 Gemäss den §§ 190 ff. StG unterbleibt in bestimmten Fällen von Handänderungen an Liegenschaften die sofortige Grundstückgewinnbesteuerung und diese wird vielmehr aufgeschoben. Dieser Steueraufschub bewirkt, dass zum Zeitpunkt der Handänderung keine steuerlich relevante Realisierung eines Gewinns angenommen wird. Der Aufschub besteht konkret darin, dass bei einer nächsten steuerbaren Realisierung bei der Bemessung der massgebenden Wertgrössen für das Bemessungsobjekt nicht auf den Zeitpunkt des Steueraufschubs, sondern auf denjenigen der letzten steuerbaren Handänderung abgestellt wird (Bernhard Zwahlen/Nathalie Nyffenegger, Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden [StHG], 3. Aufl. 2017, Art. 12 Rz. 61b – im Folgenden: Kommentar StHG). Der so im Zeitpunkt der vom Steueraufschub profitierenden Handänderung vorhandene Gewinn wird jedoch nicht als erledigt abgeschrieben (d.h. als steuerfrei behandelt), sondern nur aufgeschoben, bis es zur nächsten steuerbaren Handänderung kommt (Richner e.a., Zürcher StG, § 216 Rz. 153). Als ein solcher, zum Steueraufschub qualifizierender Tatbestand gilt u.a. die Handänderung einer Liegenschaft durch Schenkung (§ 190 Bst. a StG).

3. Vorliegend sind sich die Parteien einig, dass die mit Abtretungsvertrag vom 27. November 2017 von der Rekurrentin an ihre beiden Söhne abgetretenen Grundstücke (GS C. und GS E.) nicht zum vollen Verkehrswert, sondern unterpreislich übertragen wurden, die Handänderungen an den erwähnten Liegenschaften folglich ent-

sprechend dem Willen der Vertragsparteien sogenannte gemischte Schenkungen darstellten. Gemäss Aktenlage und den nicht bestrittenen Vorbringen der Parteien betragen im Zeitpunkt der Abtretung der Verkehrswert von GS C. Fr. 550'000.- (100%) und die damit verbundene Schenkung (Erbvorbezug) an B.A. Fr. 224'000.- (rund 41%) und der Verkehrswert von GS E. Fr. 80'000.- (100%) und die damit verbundenen Schenkungen (Erbvorbezüge) an B.A. und C.A. Fr. 46'000.- (gut 57%). Zwischen den Parteien strittig ist hingegen, wie der in § 190 Bst. b StG festgehaltenen Steueraufschub (infolge einer «Schenkungen») auf die vorliegenden gemischten Schenkungen anzuwenden ist. Nicht strittig ist auch hier, dass im Umfang der Schenkungsquoten (insgesamt Fr. 270'000.-) sicherlich keine Grundstückgewinnbesteuerung stattfinden kann.

Die Rekurrentin beantragt einen vollumfänglichen Steueraufschub, unter Berufung auf die in der Fachzeitschrift «Zuger Steuer Praxis» vom Dezember 2001 Nr. 18, S. 9 f. gemachten Ausführungen sowie auf die im Kanton Zürich angewendete Praxis. Die Rekursgegnerin hingegen argumentiert, es erfolge nur ein teilweiser Steueraufschub und die Grundstückgewinnsteuer sei gemäss ihrer bekannten Praxis insoweit geschuldet, als der von der Rekurrentin nach Abzug der Schenkungsquote tatsächlich realisierte Verkaufserlös (insgesamt Fr. 346'491.- gemäss Veranlagungsverfügung der Rekursgegnerin; Beilage 3 der Rekurrentin) die den transferierten Grundstücken zugehörigen Anlagekosten (insgesamt Fr. 314'503.- gemäss Veranlagungsverfügung der Rekursgegnerin; Beilage 3 der Rekurrentin) übersteigt. Die Rekursgegnerin ermittelte so einen steuerbaren Grundstückgewinn von insgesamt Fr. 31'988.- für die beiden veräusserten Grundstücke (Fr. 346'491.- minus Fr. 314'503.-) und veranlagte die Grundstückgewinnsteuer mit Fr. 3'199.- (Beilage 3 der Rekurrentin).

4.

4.1 Die Grundstückgewinnbesteuerung ist Gegenstand steuerharmonisierungsrechtlicher Regelung. Sie findet in Art. 2 StHG ihre Grundlage, wonach die Kantone eine solche zu erheben haben (Abs 1 Bst. d StHG) bzw. es ihnen erlaubt ist, diese von den Gemeinden erheben zu lassen (Abs. 2 StHG). Artikel 12 StHG enthält in Abs. 1 Regelungen zur Ermittlung des eigentliche Steuerobjekts (Grundstückgewinn) und in Abs. 3. solche zur Gewährung des Steueraufschubs. Damit wird der Geltungsbereich der Grundstückgewinnsteuer umschrieben und obwohl diese Begriffe im StHG nicht näher definiert werden, verbleibt dem kantonalen Gesetzgeber trotzdem nur ein beschränkter Spielraum bei der Umschreibung dieser Begriffe (Urteil BGER 2A.9/2004 vom 21. Februar 2005 E. 3.1). So wird die im StHG enthaltene Regelung der Steueraufschubstatbestände als abschliessend betrachtet, womit es den Kantonen z. B. untersagt ist, weitere steueraufschiebende Tatbestände zu regeln (Kommentar StHG, a.a.O., Art. 12 Rz. 61).

4.2 Für den Kanton Zug befindet sich die gesetzliche Grundlage zur Erhebung der Grundstückgewinnsteuer durch die Gemeinden im StG, namentlich in den §§ 1 Abs. 3,

168 und 187 bis 202. Paragraph 168 StG hält fest, dass die Gemeinden die Grundstückgewinnsteuer nach den Bestimmungen «dieses Gesetzes», d.h. des StG, erheben und desgleichen wird ergänzend und folgerichtig auch in § 187 Abs. 1 StG in allgemeiner Hinsicht das StG für die Gemeinden zur Veranlagung der Grundstückgewinnsteuer als verbindlich erklärt. Die Entstehung einer Grundstückgewinnsteuerpflicht, das Steuerobjekt (Grundstückgewinn) wie auch die Voraussetzungen zur Gewährung eines Steueraufschubs nach den §§ 190 und 191 StG werden folglich durch das kantonale Recht geregelt. Die Grundstückgewinnsteuer wird somit durch die Gemeinden zwar als eine Gemeindesteuer erhoben, jedoch nach Massgabe und in Anwendung des StG, d.h. in Anwendung kantonalrechtlicher Gesetzesbestimmungen.

Bei dieser rechtlichen Ausgangslage verbleibt den Gemeinden kein Raum, im Grundstückgewinnsteuerrecht wesentliche Elemente wie die Steuerpflicht, das Steuerobjekt oder die Steueraufschubtatbestände eigenständig interpretieren und auslegen zu wollen. Die andernfalls damit einhergehende Konsequenz, dass kantonales Steuerrecht durch zugerische Gemeinden unterschiedlich ausgelegt und angewendet würde, hielte vor den Prinzipien der Legalität, der Rechtsgleichheit und -sicherheit nicht stand. Dem von der Rekursgegnerin in der Rekursantwort vorgebrachten Argument, unterschiedliche Methoden der Gemeinden zur Berechnung und Besteuerung des Grundstückgewinns innerhalb des Kantons Zug seien zulässig, kann daher nicht gefolgt werden. Was den hier interessierenden Steueraufschub beim Vorliegen sogenannter gemischter Schenkungen betrifft, sind folglich die hierfür kantonalrechtlich vom StG verlangten Voraussetzung durch die zugerischen Gemeinden einheitlich anzuwenden.

4.3 Mit Blick auf die vorliegend strittigen Voraussetzungen zum Steueraufschub bei gemischten Schenkungen will die Rekursgegnerin einen Steueraufschub nur auf der ausgewiesenen Schenkungsquote einer Grundstücksübertragung gewähren, nicht aber auf demjenigen Anteil des effektiv realisierten Verkaufserlöses («Verkaufserlös netto» gemäss Terminologie der Rekursgegnerin), welcher die anrechenbaren Anlagekosten übersteigt. Ein solcher differenzierter Ansatz wird offenbar zum Teil in der Praxis angewendet, sowohl in anderen zugerischen Gemeinden als auch in anderen Kantonen.

Demgegenüber steht die Praxis, bei gemischten Grundstücksschenkungen stets vollständigen Steueraufschub zu gewähren, unabhängig davon, ob der von der das Grundstück abtretenden Person realisierte (netto) Erlös die Anlagekosten übersteigt oder nicht. Letzterem entspricht die im Kanton Zürich angewendete Praxis. Es wird diese damit begründet, dass der Gesetzgeber den Tatbestand des Steueraufschubs bei Handänderungen durch «Schenkung» formal umschrieben hat, mit der Folge, dass hier die Steuer nur entweder vollständig oder überhaupt nicht aufgeschoben werden kann (§ 216 Abs. 3 Bst. a. Steuergesetz Kanton Zürich vom 8. Juni 1997; StG-

ZH, 631.1) und die Gewährung eines nur teilweisen Steueraufschubs nur für die Fälle von «Ersatzbeschaffungen» (§ 216 Abs. 3 Bst. g bis i StG-ZH) geschaffen hat, bei welchen ein Steueraufschub insoweit nicht eintreten soll, als ein Gewinn realisiert wird, d.h. soweit der Erlös nicht zum Erwerb einer Ersatzliegenschaft verwendet wird (Richner e.a., Zürcher StG, a.a.O., § 216 Rz. 159). Dieser gesetzgeberisch differenzierten Lösung, bei Schenkungsgeschäften den Steueraufschub nur vollständig und nicht anteilmässig zu gewähren, wird es denn zugeschrieben, vollständigen Steueraufschub auch bei «gemischten Schenkungen», d.h. bei nur teilweise unentgeltlichen Liegenschaftsübertragungen zu gewähren, mit der Folge, dass bei einer gemischten Grundstücksschenkung bei späterer Weiterveräußerung des Grundstücks durch den Erwerber (Beschenkten) der entgeltliche Teil, den dieser dem ursprünglichen Veräusserer geleistet hat, keine Bedeutung mehr hat; vielmehr ist dazumal zur Bestimmung des Grundstücksgewinns auf den Erwerbspreis des ursprünglichen Veräusserers (Schenkers) abzustellen. Bei dieser Betrachtungsweise kann es daher keine Rolle spielen, ob der vom Erwerber (Beschenkten) geleistete entgeltliche Teil die vom Veräusserer geleisteten Anlagekosten übersteigt (oder nicht) und letzterer somit einen Gewinn realisiert; die Besteuerung auch dieses Gewinns ist aufzuschieben und wird als latente Grundstückgewinnsteuerlast vom Erwerber übernommen (Richner e.a., Zürcher StG, § 216 Rz. 153 und 160).

4.4 Dieser gesetzessystematische Ansatz, wie er in der Zürcher Grundstückgewinnsteuerpraxis zur Gewährung des vollständigen Steueraufschubs bei Grundstücksgeschäften, die als gemischte Schenkung qualifizieren, angewendet wird, wurde vom Bundesgericht als steuerharmonisierungskonform beurteilt und nicht beanstandet (Urteil BGer 2A.9/2004 vom 21. Februar 2005 E. 4.3). Er erscheint auch dem Verwaltungsgericht sachlogisch und formrichtig, auch berücksichtigend, dass die Bestimmungen zu den vollständigen Steueraufschubatbeständen (wie der Schenkung) und zu den einen teilweisen Steueraufschub vorbehaltenen Tatbeständen (Ersatzbeschaffungen) im zugerischen (§§ 190 und 191 StG) und zürcherischen (§ 216 Abs. 3 StG-ZH) Grundstückgewinnsteuerrecht praktisch identisch geregelt und formuliert sind, und auch den im StHG vorgesehenen Regelungen (Art. 12 Abs. 3 StHG) entsprechen.

4.4.1 Die Gewährung des vollständigen Steueraufschubs auch bei gemischten Grundstücksschenkungen deckt sich sodann auch inhaltlich mit dem Begriff „Aufschub“ der Gewinnbesteuerung, denn aufgeschoben kann nur werden, was ohne Gewährung des Steueraufschubs zu einer Besteuerung führen würde, und dies setzt wiederum die Möglichkeit des Vorliegens einer realisierten Grundstückgewinnkomponente voraus. Es wird damit des Weiteren eine Gleichbehandlung zum Eigentumswechsel durch Erbgang (§ 190 Bst. a StG) geschaffen, wo regelmässig auch belastete Grundstücke vererbt werden und ein Steueraufschub unabhängig davon gewährt wird, ob z. B. die von den Erben übernommenen Hypothekarschulden die Anlage-

kosten der geerbten Liegenschaft übersteigen oder nicht (Richner e.a., Zürcher StG, a.a.O., § 216 Rz. 185).

4.4.2 Das in diesem Sinn verstandene Konzept des Steueraufschubs wird durch die von der Rekursgegnerin angewendeten Methode ausgehöhlt, indem bei dieser ein vom Veräusserer bei einer gemischten Schenkung realisierter Gewinn immer besteuert wird, es somit gar nie zu einem Aufschub in der Grundstückgewinnbesteuerung kommen kann. Ein Abstellen auf den Anlagewert, wie dies von der Rekursgegnerin propagiert wird, scheint dem Gericht daher nicht sachgerecht und den wirtschaftlichen Realitäten weniger angemessen als eine Orientierung am Verkehrswert des übertragenen Grundstücks. Für Schenkerinnen und Schenker steht im Moment der Schenkung in der Regel nämlich der wahre, aktuelle Wert eines Grundstücks im Vordergrund und nicht die von ihnen in der Vergangenheit aufgebrauchten Anlagekosten. Die Praxis der Rekursgegnerin führt auch dazu, dass in Zeiten stark steigender Grundstückspreise, wie aktuell, eine Grundstückgewinnsteuer bereits bei im Verhältnis zum aktuellen Verkehrswert relativ geringfügigen Gegenleistungen des „gemischt“ Beschenkten anfällt (vgl. GVP 2018 87, S. 93). Eine Nicht-Gewährung des Steueraufschubs wäre umso stossender, wenn dabei der errechnete Grundstückgewinn durch den Schenker gar nicht echt realisiert wird, weil die vom (gemischt) Beschenkten erbrachten Gegenleistungen nicht in Form von Geldzahlungen, sondern in der Übernahme von Hypotheken und/oder der Gewährung eines Wohnrechts oder einer Nutzniessung am übertragenen Grundstück bestehen.

Aus den erwähnten Gründen kann die von der Rekursgegnerin vertretene Praxis zur Gewährung des Steueraufschubs bei gemischten Grundstücksschenkungen vom Gericht nicht gutgeheissen werden und der vorstehend dargestellten «Zürcher Praxis» ist der Vorzug zu geben.

4.5 Auch wenn vorliegend nicht strittig, wird sodann im Sinne einer für die gemeindlichen Grundstückgewinnsteuerbehörden verbindlichen Praxisfestlegung durch das Verwaltungsgericht festgestellt, dass, in Anlehnung an die im Kanton Zürich angewendete Praxis, von einer gemischten Schenkung im grundsteuerrechtlichen Sinn dann gesprochen werden kann, wenn zwischen der Leistung des Grundstücksveräusserers (Verkehrswert des Grundstücks) und derjenigen des Erwerbers (gemischt beschenkte Person) ein offensichtliches, in die Augen springendes Missverhältnis gegeben ist, der Grundstückstransaktion somit deutliche Elemente der Schenkung eigens sind. Somit geht es bei gemischten Schenkungen darum, die Leistung des Schenkers (Verkehrswert des Grundstücks) mit der Leistung des (gemischt) Beschenkten (wie Geldzahlung, Übernahme Hypotheken etc.) zu vergleichen, wobei die Leistung des Schenkers, d.h. der Verkehrswert des Grundstücks, zu schätzen ist. Aufgrund der Bandbreite jeder Verkehrswertschätzung liegt in der Praxis eine gemischte Schenkung nur dann vor, wenn über die Ungleichheit der Leistungen ein eigentliches Missverhältnis besteht. Dazu hat sich in der Praxis die Regel entwickelt,

dass die Leistungsdifferenz einen Mindestanteil am Verkehrswert des übertragenen Grundstücks überschreiten muss. Ein solches Missverhältnis wird in der Praxis als gegeben betrachtet, wenn der vom Grundstückerwerber insgesamt geleistete Kaufpreis lediglich 75 % (oder weniger) des Verkehrswerts des veräusserten Grundstücks beträgt, die Schenkungskomponente somit mit 25 % (oder mehr) auszumachen ist (Richner e.a., Zürcher StG, a.a.O., § 216 Rz. 193 f.; Urteil BGer 2A.9/2004 vom 21. Februar 2005 E. 4.2 und 4.3; Roman Sieber/Markus Oehrli, Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht, 2020, § 14 Rz. 47-49). Diesen sich in der Grundstückgewinnsteuerpraxis zur gemischten Schenkung gebildeten prozentualen Toleranzbereich von 25% gilt es auch im Bereich des zugerischen Grundstückgewinnsteuerrechts zu beachten.

4.6 Diese Praxisfestlegung zum Steueraufschub gemäss § 190 Bst. a StG bei gemischten Schenkungen hat sodann nach Ansicht des Gerichts zur Folge, dass eine steuerpflichtige, nicht zum Steueraufschub qualifizierende Grundstücksveräusserung i.S.v. § 189 StG vorliegt, wenn die vom (gemischt) Beschenkten erbrachten Gegenleistungen insgesamt mehr als 75 % des Verkehrswerts des übertragenen Grundstücks ausmachen. Als Erlös gilt dabei der Kaufpreis mit allen weiteren Leistungen, die vom Erwerber (gemischt beschenkte Person) erbracht werden (§ 194 erster Satz StG), somit ohne den als Schenkung (oder Erbvorbezug) erhaltenen Wertanteil.

5. Zusammenfassend und basierend auf den vorstehenden Erwägungen kann somit für den vorliegenden Fall das Folgende festgestellt werden:

5.1 Die mit Abtretungsvertrag vom 27. November 2017 von der Rekurrentin getätigten Grundstücksabtretungen (GS C. und GS E.) an ihre beiden Söhne B.A. und C.A. qualifizieren als gemischte Schenkungen im Sinne des zugerischen Grundstückgewinnsteuerrechts, da die von den Erwerbern erbrachten Kaufpreisleistungen je (weit) weniger als 75 % des hier nicht beanstandeten Verkehrswerts der abgetretenen Grundstücke betragen und sich zudem ein entsprechender Schenkungswille der Vertragsparteien explizit aus dem Abtretungsvertrag ergibt.

5.2 Als Folge des Vorliegens einer gemischten Grundstückschenkung berechtigen die erwähnten Grundstücksabtretungen zum vollständigen Steueraufschub gemäss § 190 Bst. a StG.

5.3 Der Rekurs ist demnach vollständig gutzuheissen. Der Einspracheentscheid und die Veranlagungsverfügung der Rekursgegnerin sind aufzuheben und es ist festzustellen, dass die Grundstückgewinnsteuer vollständig aufgeschoben wird.

6.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 20. Februar 2020, A 2018 25

Das Urteil ist rechtskräftig.

Vollständiges Urteil auf der Entscheiddatenbank www.verwaltungsgericht.zg.ch

4. Submission

4.1 Ausgestaltung der Preiskurve

Regeste:

Art. 11 lit. a und Art. 13 lit. f IVöB, § 12 lit. m SubV – Eine Preisspanne von 200 % ist grundsätzlich als unzulässig zu bezeichnen. Sie gewährleistet im vorliegenden Fall nicht, dass der Preis das vorgesehene Gewicht von 50 % erhält (E. 3).

Aus dem Sachverhalt:

Im Herbst 2019 schrieb die Einwohnergemeinde Baar die Arbeitsgattung BKP 293 Elektroingenieur im Zusammenhang mit der Erweiterung der Schule Sternmatt 1, Baar, in einem offenen Verfahren zur Vergabe aus. Gemäss dem Offertöffnungsprotokoll gingen insgesamt 19 Angebote ein. Das preislich günstigste Angebot war mit Fr. 236'509.20 inkl. MWST jenes der A. GmbH. Der höchste angebotene Preis betrug Fr. 548'462.– inkl. MWST. Mit Verfügung vom 24. März 2020 erteilte der Gemeinderat Baar der B. AG den Zuschlag zum Preis von Fr. 289'166.– inkl. MWST (Rang 6 bezüglich Preis). Die B. AG hatte von maximal 100 Punkten total 83,3 Punkte erhalten, die A. GmbH 81,2 Punkte, womit letztere auf dem zweiten Platz landete.

Gegen diese Verfügung reichte die A. GmbH am 2. April 2020 Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein und verlangte u.a. den Einsatz einer praxisüblichen Wertungsskala beim Kriterium Preis für alle Anbieter.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Streitig ist im vorliegenden Verfahren insbesondere die Handhabung des Zuschlagskriteriums Preis bzw. die Ausgestaltung der Preiskurve. Es ist wohl davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin mit der von ihr geltend gemachten fehlenden Transparenz meint, durch die vom Gemeinderat Baar vorgenommene Umrechnung des Preises in Punkte habe ein intransparentes Verfahren stattgefunden, in welchem die Bewerber nicht gleichbehandelt worden seien.

3.1 Der Angebotspreis bildete mit einer Gewichtung von 50 % das Hauptkriterium für den Zuschlag; die übrigen Kriterien «Auftragsanalyse» und «Schlüsselperson Projektleiter Elektroingenieur» wurden mit 30 bzw. 20 % gewichtet. Die Vergabestelle wendete ein lineares Preisbewertungsmodell an, was grundsätzlich korrekt erscheint (Claudia Schneider Heusi, Vergaberecht in a nutshell, 2. Aufl. 2018, S. 120 f.). Bezüglich der Punkteberechnung des Eingabepreises (Offertsumme) erhielt das preislich günstigste Angebot die maximale Punktzahl und das Doppelte der günstigsten Offerte die halbe Punktzahl. Aufgrund der preislich günstigsten Honorarofferte von Fr. 236'509.20 erhielt die Beschwerdeführerin beim Zuschlagskriterium Preis die volle und damit höchste Punktzahl von 50 Punkten zugesprochen, während die Zuschlagsempfängerin gemäss der linearen Skala mit ihrem um Fr. 52'656.80 teureren, sechstbesten Angebot von Fr. 289'166.- 44 Punkte erhielt (und das teuerste Preisangebot in Höhe von Fr. 548'462.- noch 17 Punkte).

3.2 Die konkrete Ausgestaltung der Preiskurve fällt in das (weite) Ermessen der Vergabebehörde (vgl. Urteile BGer 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 3.3 und 2P.172/2002 vom 10. März 2003 E. 3.2). Zu beachten ist jedoch, dass, je nachdem, wie hoch die Bewertungsabzüge für höhere Angebotspreise im Verhältnis zum billigsten erfolgen, das Zuschlagskriterium «Preis» im Evaluationsprozess eine grössere oder kleinere Rolle spielt, mithin die Gewichtung des Preises durch die Art, wie diese Abzüge vorgenommen werden, u.U. wiederum verändert wird (siehe dazu Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 884). In diesem Zusammenhang ist auf die folgenden zutreffenden Erwägungen des Kantonsgerichts Basel-Landschaft in seinem Entscheid BLKGE 2006 II Nr. 45 E. 7b und 7c hinzuweisen: «Wie eine Bewertungsskala hinsichtlich der Angebotspreise festzulegen ist, lässt sich nicht in allgemeiner Weise bestimmen, sondern hängt stark von den Umständen des Einzelfalles ab. Immerhin muss die in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebene Gewichtung des Zuschlagskriteriums «Preis» in der Bewertung derart zum Ausdruck kommen, dass das im Voraus bekannt gegebene Gewicht tatsächlich zum Tragen kommt. Mit anderen Worten muss die für das Preiskriterium gewählte Bandbreite der Bewertung realistisch sein. Die Gewichtung des Preiskriteriums darf eine gewisse Mindestgrenze nicht unterschreiten, wenn der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots nicht seines Gehalts entleert werden soll. Das Bundesgericht hat diese Untergrenze in BGE 129 I 313 ff. bei 20 % festgelegt. Diese Grenze gilt selbst bei einem komplexen Dienstleistungsvertrag. Die Rechtsprechung hat die Grundsätze zur Bewertung des Preiskriteriums dahingehend konkretisiert, dass die Bewertung oder Benotung des Preiskriteriums die tatsächlich in Frage kommende Bandbreite möglicher Werte zu berücksichtigen hat (sog. «realistische Preiskurve»; vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich VB 2003.00469 vom 21. April 2004 E. 2.2 und 2.5). Die Bandbreite für das Preiskriterium muss mit anderen Worten realistisch sein (Beat Denzler, Bewertung der Angebotspreise, Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 22). Das Bundesgericht hat hierzu ausserdem in BGE 129 I 313 ff. (Pra 2004 Nr. 64) ausgeführt, dass das wirkliche Gewicht des Preiskriteriums beim Zuschlag

nicht abgeschwächt werden dürfe (Pra 2004 Nr. 64 E. 9.3). Im vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall erhielt das teuerste Angebot im Vergleich zum billigsten immer noch eine beachtliche Punktzahl. Angesichts der Tatsache, dass das Preiskriterium in der Bewertung nur mit 20 % gewichtet wurde, bewirke diese Nivellierung, so das Bundesgericht, dass es gegenüber anderen Kriterien noch weiter in den Hintergrund rücke. Das Zusammenwirken zwischen der sehr tiefen Gewichtung (20 %) sowie der flachen Preiskurve bewirke ein unannehmbares Ergebnis (Pra 2004 Nr. 64 E. 9.3). In einem ähnlichen Sinn hat das Verwaltungsgericht Aargau entschieden, dass die Vergabebehörde der tatsächlich entstandenen Preisspanne angemessenen Rechnung tragen müsse. Werde indes die Preiskurve so flach gelegt, dass beim Preis die Vergabe von weniger als der Hälfte der Punkte nur theoretisch in Betracht kommen könne, so werde die Gewichtung des Preises im Verhältnis zu den übrigen Kriterien gegenüber der publizierten Ausschreibung verschoben, was zur Aufhebung des Zuschlags führen müsse (AGVE 2004 S. 232).» Das Kantonsgericht Basel-Landschaft hielt im konkreten Fall fest, dass, nachdem sich vorliegend die Preisofferten im Rahmen von ca. 45 % über der billigsten Offerte bewegten, eine Preiskurve, die erst bei 100 % über der billigsten Offerte 0 Punkte ergebe, als Verletzung des Transparenzgebotes sowie des Grundsatzes, dass der Zuschlag der wirtschaftlich günstigsten Offerte zu erteilen sei, erscheine. Zu beachten sei ferner, so das Kantonsgericht Basel-Landschaft, dass das wirkliche Gewicht des Preiskriteriums, vorliegend 30 %, nicht abgeschwächt werden dürfe. Erhalte nun die teuerste Offerte immer noch mehr als die Hälfte der Punkte, vorliegend 50 von möglichen 90 Punkten für eine Offerte von Fr. 11'877'194.- (preislich tiefste Offerte: Fr. 8'254'979.-), und komme die andere Hälfte der Punkte nur theoretisch in Betracht, werde die Gewichtung des Preises verfälscht; sie betrage tatsächlich noch etwa 14 %, was gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht mehr zulässig sei (BLKGE 2006 II Nr. 45 E. 7d und 7e).

3.3 Im Urteil 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 3.3 (in diesem Verfahren war das Urteil des Verwaltungsgerichts Zug V 2002 22 vom 12. März 2003 angefochten worden) führte das Bundesgericht aus, es möge sich fragen, ob die verwendete Punkteskala, bei welcher ein Angebot, das eineinhalb Mal so teuer sei wie das billigste [somit 50 % teurer als das billigste], immer noch die Hälfte der zu verteilenden Punkte erhalte, zweckmässig sei. Angesichts der Bedeutung, so das Bundesgericht, welche die Vergabebehörde dem Preis als Zuschlagskriterium mit einer Gewichtung von 60 % an sich habe geben wollen, wäre wohl eine steilere Preiskurve vorzuziehen gewesen. In einer Ingenieurssubmission, in welcher der Preis mit 30 % gewichtet wurde und die zugehörige Preiskurve so flach festgelegt wurde, dass ein Angebot erst dann auf die Minimalnote kam, wenn dessen Preis 200 % der preisgünstigsten Offerte betrug, hat das Bundesgericht die Unzulässigkeit dieses Preisbewertungssystems angenommen. Es führte aus, eine Skala, bei welcher die Bewertungsobergrenze beim Doppelten des billigsten Angebots liegt und die für ein um 50 % teureres Angebot immer noch die Hälfte der maximalen Punktzahl vorsehe, führe

zu einer äusserst flach verlaufenden Preiskurve. Eine relativ geringe Gewichtung des Preises, welche aus der Sicht des Bundesgerichts an und für sich noch nicht zu beanstanden wäre, werde dann unzulässig, wenn sie durch die verwendete Bewertungsskala weiter abgeschwächt werde (und die Bedeutung des Preises damit faktisch unter 20 % falle) (Urteil BGer 2P.230/2006 vom 5. März 2007 E. 4.2). Im Urteil 2C.412/2007 vom 4. Dezember 2007 erklärte das Bundesgericht eine vom Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz festgelegte Preiskurve, die in Berücksichtigung der konkreten Angebote vorsah, dass ein Angebot, das 53 % teurer als das billigste war, die Hälfte der zu verteilenden Punkte erhielt, als nicht verfassungswidrig. Der Angebotspreis hatte mit einer Gewichtung von 50 % das Hauptkriterium für den Zuschlag gebildet. Im Urteil 2C_979/2018 vom 22. Januar 2020 schützte das Bundesgericht einen Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft. Dieses hatte bei einer weitgehend standardisierten Dienstleistung mit tiefem Komplexitäts- und Schwierigkeitsgrad eine Preisspanne von 82 % als unzulässig bezeichnet. Das Kantonsgericht Basel-Landschaft erachtete eine realistische Preiskurve mit einem Nullpunkt bei 30 % über dem tiefsten Preis als sachgerecht, verwendete jedoch im Rahmen seiner Neubewertung eine Preiskurve mit einem Nullpunkt bei 50 % über dem tiefsten Preis, um damit den Ermessensspielraum der Vergabebehörde zu respektieren. Gleichzeitig bezeichnete das Kantonsgericht Basel-Landschaft die von der Vergabebehörde vorgenommene Gewichtung des Preises mit 40 % als klar unterhalb der für derartige Aufträge zu verwendenden Mindestgrenze, korrigierte die Untergewichtung aber nicht mehr, weil die Ausschreibung unangefochten geblieben war.

3.4 Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich erachtete in seinem Entscheid VB.2003.00188 vom 11. September 2003 eine Berechnungsweise, gemäss der ein Angebot um 400 % teurer sein müsste als das günstigste, um beim Kriterium Preis das Minimum von 0 Punkten zu erhalten, für eine Beschaffung der vorliegenden Art (Baumeisterarbeiten am Neubau eines Klassentrakts eines Schulhauses; Gewichtung des Preises mit 65 %) als nicht vertretbar und ausserhalb jedes begründbaren Ermessensspielraums der Vergabebehörde. Im Entscheid VB.2003.00469 vom 21. April 2004 erzog das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Ergebnisse, gemäss denen ein Angebot, das doppelt so teuer wie das günstigste wäre, noch immer 30 Punkte, also die Hälfte des Maximalwerts, erhielt und selbst ein fünfmal so teures Angebot (400 % über dem günstigsten) noch 12 Punkte erhielt, machten offensichtlich keinen Sinn und führten nicht zu einer Bewertung, welche die Gewichtung des Kriteriums zutreffend wiedergebe. Im konkreten Fall ging es um die Sanierung von Strassen und Werkleitungen, und der Preis wurde mit 60 % gewichtet. Im Entscheid VB.2005.00582 vom 5. Mai 2006 bezeichnete das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich trotz der von der Vergabebehörde glaubhaft gemachten erheblichen Komplexität der Bauaufgabe (Trasseebauarbeiten auf einer Nationalstrasse) eine Preisspanne von 100 % als unrealistisch. (Der Angebotspreis hatte eine Gewichtung von 80 %.) Das Verwaltungsgericht hielt jedoch ausdrücklich fest, eine Preisspanne

von 50 % wäre nicht zu beanstanden gewesen. In einem weiteren Fall (Entscheid VB.2005.00227 vom 21. September 2005) stellte das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich fest, dass die von der Vergabebehörde vorgenommene Preisbewertung, wonach selbst ein Angebot, das doppelt so teuer wäre wie das günstigste, immer noch 40 Punkte, also die Hälfte des Maximalwerts, und ein dreimal so teures (200 % über dem günstigsten) noch 27 Punkte erhielten, nicht zulässig sei (Baumeisterarbeiten am Neubau einer unterirdischen Trafostation; Gewicht des Zuschlagskriteriums Preis: 80%). Bei einer Vergabe der vorliegenden Art (anspruchsvolle Arbeiten), so das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, erscheine eher eine Preisspanne von 40 bis 50 % als realistisch, wobei auch eine solche von 60 % noch im Rahmen des der Behörde zustehenden Ermessens liegen könne. Und schliesslich bezeichnete das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich im Entscheid VB.2009.00047 vom 26. August 2009 im konkreten Fall den Auftrag, bei dem es um Tiefbauarbeiten im Zusammenhang mit der Sanierung und Umgestaltung einer Strasse inklusive Erneuerung von Kanalisation und Werkleitungen ging, als Standardauftrag, bei dem Preisspannen von 30 bis 50 % üblich seien. Die Annahme einer Preisspanne von 70 % sei nicht gerechtfertigt. (Der Angebotspreis hatte eine Gewichtung von 70%.)

3.5 Im vorliegenden Fall basiert die Punkteberechnung des Eingabepreises (Offertsumme) durch den Gemeinderat Baar auf der Annahme, dass das preislich günstigste Angebot die maximale Punktezahl und das Doppelte der günstigsten Offerte die halbe Punktzahl habe. Dies bedeutet gleichzeitig, dass erst ein Angebot, das dreimal so teuer ist wie das günstigste, 0 Punkte ergibt, die Preisspanne (gemessen am günstigsten Angebot) somit 200 % beträgt. Vor dem Hintergrund der vorangehend dargelegten Rechtsprechung, aus welcher hervorgeht, dass eine Preisspanne über 100 % in der Regel nicht akzeptabel ist, ist die vom Gemeinderat Baar offenbar seit dem Jahr 2007 angewandte Preisspanne von 200 % im Regelfall grundsätzlich als unzulässig zu bezeichnen. Sie führt zu einer äusserst flach verlaufenden Preiskurve und damit zu einer zu hohen Abwertung des von der Vergabebehörde in ihrer Ausschreibung bekannt gegebenen Gewichts des Kriteriums Preis. Würde hingegen im vorliegenden Fall eine Preisspanne von 100 % zur Anwendung gelangen, erhielte die Zuschlagsempfängerin statt der ihr beim Kriterium Preis zugesprochenen 44 Punkte (genau gerechnet wären es sogar 44,45 Punkte) lediglich 39 Punkte, womit die Beschwerdeführerin im Gesamtergebnis klar an erster Stelle stünde.

Nun zeichnet sich jedoch das in casu im Streit stehende Vergabeverfahren dadurch aus, dass bei einem Tiefstangebot von Fr. 236'509.20 und einem Höchstangebot von Fr. 548'462.- sowie einer grossen Anzahl eingegangener Offerten, die sich preislich ziemlich regelmässig verteilen, eine tatsächliche Preisspanne von knapp 132 % besteht, ohne dass gesagt werden könnte, dass es unter den Angeboten offensichtliche Ausreisser gebe. Diese Preisspanne ist erstaunlich gross und wäre kaum in dieser Grössenordnung festgelegt worden, hätte man dies im Voraus gemacht. Es rechtfertigt sich daher im vorliegenden Fall als maximales Entgegenkommen gegen-

über dem Gemeinderat Baar, die (lineare) Preiskurve von 0 bis 50 Punkten innerhalb dieser tatsächlichen Preisspanne zu legen. Dieses Vorgehen entspricht der «Zürcher Methode», wie sie das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich in seinem Entscheid VB.2003.00469 vom 21. April 2004 mit folgender Formel entwickelt hat:

$$\frac{\text{Tiefstes Angebot} + \text{Preisspanne} - \text{Beurteiltes Angebot}}{\text{Tiefstes Angebot} + \text{Preisspanne} - \text{Tiefstes Angebot}} \times \text{Gewichtung}$$

Dabei lässt es das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich zu, dass die Bandbreite auch erst nach dem Vorliegen der Angebote festgelegt wird. Diesfalls können gemäss Verwaltungsgericht des Kantons Zürich auch die tatsächlich offerierten, ernsthaften Preise als Anhaltspunkte berücksichtigt werden. Der Gemeinderat Baar macht geltend, dass selbst bei Anwendung der hier seiner Ansicht nach nicht massgeblichen Zürcher Methode gerundet beim Preis 42 Punkte für die Zuschlagsempfängerin resultierten. Damit wäre, so der Gemeinderat Baar, die Zuschlagsempfängerin im Gesamtergebnis noch immer um 0,1 Punkte besser bewertet als die Beschwerdeführerin. Entscheidend ist nun aber, dass – wie der Gemeinderat Baar selber darauf hinweist – die Zuschlagsempfängerin beim Kriterium Preis nach der Zürcher Methode nur dann 42 Punkte erhält, wenn aufgerundet wird. Auf die erste Stelle hinter dem Komma gerechnet sind es tatsächlich nicht 42, sondern 41,6 Punkte (exakt 41,56), womit die Beschwerdeführerin im Gesamtergebnis 0,3 Punkte vor der Zuschlagsempfängerin liegt, selbst wenn man im vorliegenden Fall die Zürcher Methode anwendet. Die Ausrechnung auf die erste Stelle hinter dem Komma rechtfertigt sich dabei ohne Weiteres, umso mehr als dies auch beim Kriterium «Referenzen» so gemacht wurde.

3.6 Aus dem Dargelegten lässt sich festhalten, dass die vom Gemeinderat Baar im konkreten Fall angewandte Bewertungsmethode zu einem unannehmbaren Ergebnis führt. Eine Preiskurve, die erst bei 200 % über der billigsten Offerte 0 Punkte ergibt, gewährleistet nicht, dass der Preis das vorgesehene Gewicht von 50 % erhält. Sie erscheint als Verletzung des Transparenzgebots sowie des Grundsatzes, dass der Zuschlag der wirtschaftlich günstigsten Offerte zu erteilen ist. Eine Preisspanne von 200 % führt dazu, dass die Vergabebehörde das Angebot der Zuschlagsempfängerin mit Blick auf den Preis erheblich zu gut bewertet hat. Diese Art der Preisbewertung ist daher nicht zulässig, und der Gemeinderat Baar hat damit das ihm zustehende Ermessen missbraucht. Nichts zu seinen Gunsten kann der Gemeinderat Baar mit seiner Argumentation, dass angesichts des komplexen Vergabegegenstands bei dieser Vergabe der Preis allenfalls auch tiefer, im Bereich zwischen 20 und 30 %, hätte gewichtet werden können, ableiten. Tatsächlich hat der Gemeinderat die Gewichtung des Zuschlagskriteriums Preis im Voraus mit 50 % bekannt gegeben und mit dem von ihm angewendeten Preisbewertungssystem wie ausgeführt das Transparenzgebot verletzt.

(...)

5.

5.1 Zusammenfassend ist der angefochtene Zuschlag demnach in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. Da das Angebot der Beschwerdeführerin damit an erster Stelle steht und keine weiteren Abklärungen erforderlich sind, hat die Vergabe an sie zu erfolgen.

5.2 Das Gericht kann als Beschwerdeinstanz gemäss Art. 18 Abs. 1 IVöB die Zuschlagsverfügung aufheben, in der Sache selber entscheiden oder diese mit oder ohne verbindliche Anweisungen an die Auftraggeberin zurückweisen. Das Beschwerdeverfahren wird vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Dies bedeutet, dass das Gericht auch Fragen nachzugehen hat, die von der Beschwerdeführerin nicht ausdrücklich aufgeworfen wurden. Eine umfassende Prüfungspflicht ist vor allem dann angebracht, wenn es um die Frage geht, ob das Gericht allenfalls den Zuschlag selber erteilen soll oder nicht.

5.3 Die Rechtsprechung der Kantone zu Art. 18 Abs. 1 IVöB wird dadurch geprägt, dass die Beschwerdeinstanzen bei Gutheissung einer Beschwerde in der Regel in der Sache nicht selber entscheiden, sondern sie mit oder ohne verbindliche Anordnungen an die Vergabebehörde zurückweisen (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1401). Nur ausnahmsweise spricht die Beschwerdeinstanz den Zuschlag direkt der obsiegenden Beschwerdeführerin zu. Das ist z. B. dann der Fall, wenn der Sachverhalt vollständig abgeklärt ist oder wenn nur noch eine Bewerberin für den Zuschlag in Frage kommt. Steht zum vorneherein fest, dass sich jede Neubewertung zu Gunsten der obsiegenden Beschwerdeführerin auswirken würde, so wäre es ein prozessualer Leerlauf und eine unnötige Verfahrensverzögerung, wenn die Sache erneut an die Vergabebehörde zurückgewiesen würde. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zug hat in seiner bisherigen Praxis in mehreren Fällen den Zuschlag direkt an die zweitplatzierte Beschwerdeführerin erteilt (Urteile V 1999 137 vom 3. Februar 2000, V 2001 46 vom 28. August 2001, V 2004 128 vom 29. Oktober 2004, V 2007 70 vom 16. Juli 2007 und V 2015 39 vom 26. Mai 2015).

5.4 Wegen des durch die Neubeurteilung sowohl des Zuschlagskriteriums Preis als auch des Zuschlagskriteriums Auftragsanalyse je entstehenden Vorsprungs der Beschwerdeführerin im Gesamtergebnis und der Tatsache, dass beim dritten Zuschlagskriterium (Schlüsselperson Projektleiter Elektroingenieur) keine Änderungen zu erfolgen haben, muss der Gemeinderat Baar keine Neubewertung vornehmen. Eine weitere Anbieterin kommt für den Zuschlag zudem nicht in Frage. Eine Rückweisung erübrigt sich daher, und das Gericht kann den Zuschlag selber vornehmen, was auch aus prozessökonomischen Gründen sinnvoll ist.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 1. Juli 2020, V 2020 14

Das Urteil ist rechtskräftig.

Vollständiges Urteil auf der Entscheiddatenbank www.verwaltungsgericht.zg.ch

5. Enteignung

5.1 Enteignungsentschädigung

Regeste:

KRB Landerwerb (BGS 711.9) – Das kantonale Gesetz und der allgemeinverbindliche Kantonsratsbeschluss stehen in formeller Hinsicht auf gleicher Ebene und sind daher gleichwertig (E. 4).

Der KRB Landerwerb lässt im Gegensatz zu den Bestimmungen des PBG betreffend Entschädigung bei Enteignungen für kantonallyrechtlich begründete formelle Enteignungen Enteignungsentschädigungen über die volle Schadloshaltung zu (E. 3 und 5.1.1).

Obwohl der KRB Landerwerb im Falle der Enteignung nicht mit der Zuger Kantonsverfassung konform ist, hat sich die Schätzungskommission aus Gründen der Gleichbehandlung des Enteigneten mit den Nachbarn zu Recht darauf abgestützt (E. 5.2).

Aus dem Sachverhalt:

A. Im Zusammenhang mit dem Projekt Tangente Zug/Baar beschloss der Regierungsrat am 23. September 2014 die formelle Enteignung von A. gehörendem Grundeigentum bzw. diesem zustehenden Rechten. A. erhob dagegen keine Beschwerde. Am 19. Januar 2016 ersuchte der Regierungsrat die Schätzungskommission, das Schätzungsverfahren einzuleiten und die Höhe der Entschädigung für den Land- und Rechtserwerb festzulegen. In der Folge leitete die Schätzungskommission das Verfahren ein, orientierte A. brieflich und mittels Publikation im Amtsblatt über die Begehren des Regierungsrates und gab ihm diverse Gelegenheiten zu Stellungnahmen. A. äusserte sich weder schriftlich, noch nahm er an Verhandlungen teil. Während des laufenden Enteignungsverfahrens bot die Baudirektion A. an, einen Vorvertrag zum Abschluss eines Tausch-, Abtretungs- und Dienstbarkeitsvertrages sowie einen Vertrag über die Duldung von ökologischen Pflichtmassnahmen zu unterzeichnen. Als Entschädigung für das abzutretende Mehrmass von 3'125 m² bot sie einen Basispreis von Fr. 88.-/m² an. Zum Vertragsabschluss kam es nie. Am 2. Mai 2016 teilte die Baudirektion der Schätzungskommission mit, dass das Entschädigungsangebot nur für den Fall einer einvernehmlichen Einigung gegeben worden sei. Da mit A. keine Einigung zustande gekommen sei, habe dieses keine Gültigkeit mehr, weshalb die Entschädigung nach enteignungsrechtlichen Grundsätzen festzulegen sei.

Mit Urteil vom 31. Januar 2018 setzte die Schätzungskommission die Entschädigung des Enteigneten für die Abtretung seiner Rechte sowie für die vorzeitige Auflösung des Pachtvertrages auf insgesamt Fr. 539'591.– fest. Weiter wurde der Enteigner verpflichtet, dem Enteigneten die aus der Enteignung entstehenden, dem Enteigneten anderweitig verursachten Nachteile (Minderwerte, Inkonvenienzen) in der Höhe von insgesamt Fr. 193'311.– zu bezahlen.

B. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 13. März 2018 beantragte der Regierungsrat des Kantons Zug, das Urteil der Schätzungskommission vom 31. Januar 2018 sei insofern aufzuheben, als die Entschädigung für die enteignete Landfläche von 3935 m² gestützt auf den Kantonsratsbeschluss betreffend Landerwerb für kantonale Bauvorhaben in der Landwirtschaftszone vom 24. September 2009 mit Fr. 88.–/m² festgesetzt worden sei. Die Entschädigung sei aufgrund des im Gutachten von E. vom 31. Oktober 2016 ermittelten Verkehrswerts von Fr. 10.80/m² auf total Fr. 42498.– festzusetzen.

C. Mit Vernehmlassung vom 10. April 2018 beantragte die Schätzungskommission die kostenfällige Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

(...)

3.

3.1 In Art. 26 BV ist die Eigentumsgarantie verankert. Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, werden voll entschädigt (Art. 26 Abs. 2 BV). Für den Kanton Zug ist die Eigentumsgarantie in § 11 der Zuger Kantonsverfassung (KV; BGS 111.1) festgeschrieben. Gemäss § 11 Abs. 3 KV kann die Entäusserung von Grundeigentum für öffentliche Zwecke nur aus Rücksichten der allgemeinen Wohlfahrt des Staates oder der Gemeinden gegen volle Entschädigung verlangt werden. Die Kantonsverfassung räumt dem Betroffenen somit keine weiter gehende Entschädigungsgarantie ein als Art. 26 Abs. 2 BV. Als Wertgarantie gewährleistet die Eigentumsgarantie dem Einzelnen einen vollen Ausgleich für den Wertverlust an Sachen oder Rechten, der durch die Enteignung oder einen besonders schweren Grundrechtseingriff entstanden ist. Die Verfassung verlangt, dass der eingriffsbedingte Schaden in vollem Umfang ausgeglichen wird. Die Entschädigung misst sich am Schaden, den der Betroffene durch den Eingriff in seinem Vermögen erlitten hat. Sie muss so bemessen werden, dass der Betroffene wirtschaftlich gleichgestellt wird, wie wenn die Enteignung bzw. der Eigentumseingriff nicht stattgefunden hätten. Die Grundeigentümerschaft soll durch die Enteignung keinen Verlust erleiden, aber auch keinen Gewinn erzielen, sondern ist wirtschaftlich gleichzustellen, wie wenn die Enteignung nicht eingetreten wäre (vgl. Urteil BGer 1C_473/2017 vom 3. Oktober 2018 E. 3.1).

Dem Gesetzgeber von Bund und Kantonen steht es im Rahmen ihrer jeweiligen Sachzuständigkeiten zu, den Entschädigungsanspruch zu konkretisieren. Als Minimalgarantie schliesst Art. 26 Abs. 2 BV gesetzliche Vorschriften nicht aus, die dem von einer Enteignung oder einer enteignungsähnlichen Eigentumsbeschränkung Betroffenen mehr als eine volle Entschädigung zusprechen. Aus der Eigentumsgarantie selber ergibt sich keine Beschränkung auf die volle Entschädigung. Für die Kantone werden die Regelungsbefugnisse allerdings durch die Bundesgesetzgebung beschränkt. So ist es ihnen untersagt, Vergütungen vorzusehen, die über die volle Schadloshaltung hinausgehen, sofern sie Enteignungsverfahren nach eidgenössischem Recht aufgrund bundesrechtlicher Vorschriften oder eines ihnen eingeräumten Wahlrechts durchführen (vgl. zum Ganzen: Bernhard Waldmann, in: BSK BV, 2015, Art. 26 N. 100 ff., mit Verweis insbesondere auf BGE 127 I 185 E. 4 betreffend «Unfreiwilligkeitszuschlag» für in Wohnzone gelegenes enteignetes Land). In dieser Entscheidung hielt das Bundesgericht fest, dass ausschlaggebend ist, «ob und inwieweit der Bund von der (Grundsatz-)Gesetzgebungskompetenz, die ihm mit der Änderung des Bodenrechts eingeräumt wurde, Gebrauch gemacht hat. Soweit er seine Rechtssetzungsbefugnisse nicht ausgeübt hat, bleiben die Kantone nicht nur zum Erlass von die Eigentumsgarantie konkretisierenden Vorschriften zuständig, sondern sind nach Art. 3 und Art. 42 BV auch frei, den Enteigneten Entschädigungsansprüche zuzugestehen, welche über die Garantie von Art. 22ter Abs. 3 BV (heute: Art. 26 BV) hinausgehen».

3.2 Im Bund wird die formelle Enteignung durch das Bundesgesetz über die Enteignung vom 20. Juni 1930 (EntG; SR 711) geregelt. Gemäss Art. 16 EntG kann die Enteignung nur gegen volle Entschädigung erfolgen. Zu entschädigen sind der volle Verkehrswert des enteigneten Rechts, der Minderwert der verbleibenden Rechte bei einer teilweisen Enteignung und die weiteren Nachteile, die dem Enteigneten aus der Enteignung entstehen (Art. 19 lit. a-c EntG). Der Verkehrswert eines Grundstückes bestimmt sich im Wesentlichen anhand der mit dem Grundstück verbundenen Nutzungsmöglichkeiten. Keinen Einfluss auf die Höhe der Entschädigung hat, dass das Gemeinwesen das beanspruchte Land für andere (bauliche) Zwecke als die bisher erlaubten nutzt. Entscheidend ist, welche Nutzung dem bisherigen Eigentümer resp. jedem anderen privaten Eigentümer zur Verfügung stünde (vgl. Urteil BGer 1C_414/2016 vom 27. März 2016 E. 4.2 mit Hinweisen). Eine volle Entschädigung ist auch geschuldet, wenn Planungen zu Eigentumsbeschränkungen führen, die einer Enteignung gleichkommen (Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Raumplanung, RPG; SR 700).

3.3 Kanton und Gemeinden besitzen für öffentliche Zwecke das Enteignungsrecht (§ 53 Abs. 1 PBG). Die Entschädigung für die Enteignung ist in der Regel in Geld zu entrichten (§ 58 Abs. 1 Satz 1 PBG). Gemäss § 59 PBG sind alle Nachteile zu entschädigen, die den Enteigneten (und weiteren namentlich aufgeführten Berechtigten) aus dem Entzug oder der Beschränkung der Rechte erwachsen. Über unerle-

digte Entschädigungsforderungen entscheidet gemäss § 63 Abs. 3 PBG die Schätzungskommission. Die Höhe der Entschädigung ist bei formeller Enteignung nach den Verhältnissen im Zeitpunkt des Entscheides zu bemessen. Bei formeller Enteignung kann die Schätzungskommission den Enteigner nach Anhörung des zu Enteignenden vorzeitig in den Besitz einweisen, sofern durch Zuwarten für das Gemeinwesen bedeutende Nachteile entstünden und zudem sichergestellt ist, dass die Festsetzung der Entschädigung trotz der Besitzergreifung möglich ist (§ 65 Abs. 1 PBG).

3.4 Das Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB; SR 211.412.11) enthält Regelungen über den Erwerb von landwirtschaftlich genutztem Land. Zielsetzung ist die Stärkung des Selbstbewirtschafters u.a. durch Bekämpfung von Spekulationen mittels Verhinderung übersetzter Preise. Grundsätzlich bedarf der Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstückes deshalb einer Bewilligung (Art. 61 Abs. 1 BGBB). Gemäss Art. 63 Abs. 1 BGBB wird die Bewilligung zum Erwerb eines landwirtschaftlichen Gewerbes oder Grundstückes verweigert, wenn: a. der Erwerber nicht Selbstbewirtschaftler ist; b. ein übersetzter Preis vereinbart wurde; c. . . .; d. das zu erwerbende Grundstück ausserhalb des ortsüblichen Bewirtschaftungsbereichs des Gewerbes des Erwerbers liegt. Artikel 66 BGBB definiert den übersetzten Erwerbspreis: Demnach gilt er als übersetzt, wenn er die Preise für vergleichbare landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstücke in der betreffenden Gegend im Mittel der letzten fünf Jahre um mehr als 5 Prozent übersteigt (Abs. 1). Die Kantone können in ihrer Gesetzgebung diesen Prozentsatz auf maximal 15 Prozent erhöhen (Abs. 2).

Der Erwerb durch das Gemeinwesen oder dessen Anstalten ist zu bewilligen, wenn er zur Erfüllung einer nach Plänen des Raumplanungsrechts öffentlichen Aufgabe benötigt wird (Art. 65 Abs. 1 lit. a BGBB). Für diesen Fall gelten die Verweigerungsgründe von Artikel 63 nicht (Art. 65 Abs. 2 BGBB). Erwirbt das Gemeinwesen landwirtschaftliche Liegenschaften zur unmittelbaren Erfüllung einer raumplanungsrechtlich vorgesehenen Aufgabe, so kommen die Verweigerungsgründe des Art. 63 BGBB – und damit auch die Preisgrenze – nicht zur Anwendung. In allen übrigen Fällen, sei es beim Erwerb von Realersatzland gestützt auf Art. 65 Abs. 1 lit. b BGBB oder bei einem anders motivierten Erwerb, kommt die Preisgrenze zur Anwendung und führt bei übersetztem Erwerbspreis zur Bewilligungsverweigerung (vgl. Beat Stalder, in: Kommentar BGBB, 2. Aufl. 2011, Art. 63 N. 12).

3.5 Am 24. September 2009 fasste der Kantonsrat den Beschluss betreffend Landerwerb für kantonale Bauvorhaben in der Landwirtschaftszone (KRB Landerwerb; BGS 711.9). Gemäss § 1 Abs. 1 KRB Landerwerb regelt dieser Beschluss die Preisgestaltung für den Erwerb von Land in der Landwirtschaftszone, auf dem der Kanton den Bau und Ausbau seiner eigenen Infrastruktur, namentlich für Strassen und Gewässer, realisiert. Laut § 1 Abs. 3 KRB Landerwerb gilt dieser Beschluss nicht für die Bemessung von Entschädigungen des Kantons aus formeller Enteignung zu Zwecken, die bundesrechtlich begründet sind, und aus materieller Enteignung (lit. a), für

die Bemessung von Entschädigungen, wenn mit dem Bau und Ausbau der Infrastruktur des Kantons im Einzelfall die landwirtschaftliche Nutzung der beanspruchten Fläche im Wesentlichen uneingeschränkt bleibt (lit. b) und für die Preisgestaltung von Land, das der Kanton gegen Land in der Landwirtschaftszone tauscht und für den Erwerb von Realersatz durch den Kanton (lit. c). In § 2 KRB Landerwerb wurde der Preis bestimmt. Demnach bezahlt der Kanton beim Landerwerb nach § 1 Abs. 1 Fr. 80.– pro Quadratmeter (Abs. 1). Dieser Betrag kann um maximal 10% erhöht bzw. 10% reduziert werden, womit eine Bandbreite von Fr. 72.– bis Fr. 88.– besteht. Innerhalb dieser Bandbreite richtet sich der Preis nach der Lage und Beschaffenheit des Landes, insbesondere nach der Produktivität des Bodens (§ 2 KRB Landerwerb). Gemäss § 3 kann der Kantonsrat den Preis in Berücksichtigung der Entwicklung der Landpreise und der Teuerung mit einfachem Beschluss neu festlegen.

3.6 Zusammenfassend ergibt sich der Schluss, dass im Falle von auf Bundesrecht und auf das kantonale PBG abgestützten Enteignungen volle Entschädigungen zu entrichten sind, welche die Nachteile ausgleichen, aber keine Gewinnerzielung ermöglichen sollen. Die Regeln des EntG und des PBG stimmen inhaltlich überein. Der Wert aus der künftigen Nutzung des enteigneten Landes fliesst nicht in die Entschädigung ein. Das Bundesgericht lässt aber – jedenfalls für Land in Bauzonen, wo keine gesetzlichen Preisbestimmungen vorgeschrieben sind – Enteignungsentschädigungen über die volle Schadloshaltung unter dem Vorbehalt zu, dass kein übergeordnetes Recht verletzt wird. Das BGGB definiert den zulässigen Erwerbspreis beim privat motivierten Kauf mit klar bestimmten Prozentpunkten über dem Verkehrswert. Keine Preisbindung gibt es nur in denjenigen Fällen, in welchen das Gemeinwesen eine nach Plänen des Raumplanungsrechts vorgesehene öffentliche Aufgabe wie das Erstellen von Infrastrukturen (Strassen als klassisches Beispiel) erfüllen muss. Im KRB Landerwerb vom 24. September 2009 wurden Erwerbspreise festgelegt, die fraglos weit über den Verkehrswerten für Landwirtschaftsland liegen. Gemäss Wortlaut wurde die Anwendbarkeit dieser Erwerbspreise nur gerade für bundesrechtlich begründete und materielle Enteignungen, nicht aber für kantonrechtlich begründete formelle Enteignungen ausgeschlossen.

4.

4.1 Der Beschwerdeführer bringt in formeller Hinsicht vor, dass bei formellen kantonrechtlichen Enteignungen die Entschädigung gemäss den einschlägigen Bestimmungen des PBG berechnet werden müsse, da der KRB Landerwerb nicht als formelles Gesetz gelte und somit nicht gleichwertig sei, im Übrigen auch nicht in zweimaliger Lesung durchberaten worden sei.

4.2 Gemäss § 41 lit. b KV steht dem Kantonsrat unter dem Vorbehalt der Bestimmungen des Referendums- und Initiativrechts der Stimmberechtigten (§§ 34 und 35 KV) das ausschliessliche Recht der Gesetzgebung zu. Gesetze und allgemeinverbindliche Kantonsratsbeschlüsse unterliegen in gleicher Weise den Mitbestimmungs-

rechten der Stimmberechtigten (§§ 34 und 35 KV). Um gültig verhandeln zu können, ist die Anwesenheit der absoluten Mehrheit der Mitglieder des Kantonsrates erforderlich. Kein Gesetzesvorschlag kann definitiv angenommen werden, bevor derselbe in zwei Sitzungen, zwischen welchen ein Zeitraum von wenigstens zwei Monaten liegen soll, durchberaten worden ist. Das Nähere bestimmt das Reglement (§ 44 KV). Gemäss § 72 des Kantonsratsbeschlusses über die Geschäftsordnung des Kantonsrats (GO KR; BGS 141.1) werden formelle Gesetze in zwei Lesungen beraten, wobei die zweite Lesung frühestens nach zwei Monaten stattfindet (§ 72 Abs. 2 GO KR). Ebenfalls in zwei Lesungen werden Allgemeinverbindliche Kantonsratsbeschlüsse mit Ausnahme der Festsetzung des Steuerfusses beraten (§ 72 Abs. 3 Ziff. 1 GO KR). Deren Lesung findet in der Regel schon in der nächsten Sitzung statt, sofern der Kantonsrat nichts anderes beschliesst (§ 72 Abs. 4 GO KR). Ausgehend von diesem Wortlaut, wonach sich die im Nebensatz formulierte Bedingung nur auf den vorangehenden Hauptsatz bezieht, aber v.a. in Nachachtung der Formulierung in der KV dürfte dieser in Abs. 4 erwähnte «andere Beschluss» des Kantonsrates wohl bloss den zeitlichen Aspekt einer zweiten Beratung eines Beschlusses betreffen. Diese Frage muss aber an dieser Stelle nicht abschliessend beantwortet werden, wie sich nachfolgend ergibt.

Während in der BV im Grundsatz festgehalten ist, welche Erlasse in Form eines Bundesgesetzes oder Verordnung bzw. eines Beschlusses ergehen (vgl. Art. 163 BV), fehlt eine solche Regelung in der kantonalen Verfassung. Gemäss Art. 164 BV sind alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen, die für die Rechtsunterworfenen von zentraler Bedeutung sind, in einem Gesetz zu regeln. Dabei handelt es sich häufig, aber nicht immer, um generell-abstrakte Regelungen. Die übrigen Erlasse ergehen in der Form des Bundesbeschlusses, welcher dem Referendum untersteht, bzw. des einfachen Bundesbeschlusses, bei welchem kein Referendum zur Verfügung steht (Art. 163 Abs. 2 BV). Bundesbeschlüsse enthalten nicht rechtsetzende Bestimmungen, sondern betreffen die Rechtsanwendung (vgl. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 2016, N. 1819 ff.). Der Inhalt der Regelungen bestimmt somit die Form des Erlasses. Obwohl im Kanton Zug nicht explizit definiert ist, was in Gesetzesform zu kleiden ist und was in einen Allgemeinverbindlichen Kantonsratsbeschluss gefasst werden kann, dürfte der Gegenstand der Regelungen ebenfalls die Form resp. die Erlassbezeichnung bestimmen. Kompetenz und Verfahren – und insbesondere Mitwirkungsrechte der Stimmberechtigten – sind bei beiden Erlassformen im Grundsatz gleich. Beide ergehen im formellen Gesetzgebungsverfahren. Die getroffene Bezeichnung führt daher entgegen der Meinung des Beschwerdeführers nicht zu einer unterschiedlichen Geltungsstufe im Sinne von Überordnung bzw. Unterordnung.

4.3 Somit ergibt sich, dass das kantonale Gesetz und der allgemeinverbindliche Kantonsratsbeschluss in formeller Hinsicht auf gleicher Ebene stehen und damit gleichwertig sind. Aufgrund des Regelungsgehaltes wurde die konkrete Preisgestaltung

für den Landerwerb vom Kantonsrat zu Recht mittels eines Beschlusses geregelt. Auch wenn gemäss KV und den Ausführungsregeln gemäss GO KR grundsätzlich auch für Kantonsratsbeschlüsse eine zweimalige Lesung verlangt wird, kann heute mit der Tatsache der bloss einmaligen Beratung des KRB Landerwerb keine gegenüber einem ordentlichen Gesetz untergeordnete Bedeutung begründet werden, dies nachdem er ordentlich publiziert und gegen ihn kein Referendum ergriffen wurde, sein Inkrafttreten per 1. Dezember 2009 bescheinigt, er in der Folge in die Zuger Gesetzessammlung aufgenommen und er in mehrfachen Fällen angewandt wurde.

5. Soweit und sofern derselbe Sachverhalt von der gesetzlichen Regelung betroffen oder miteingeschlossen ist, kämen vorliegend im Verhältnis zwischen PBG und KRB die letzteren Bestimmungen zur Anwendung, da der KRB der jüngere Erlass ist («lex posterior derogat legi priori»). Zu prüfen ist daher, ob der KRB Landerwerb auch für den Fall der auf kantonalem Recht basierenden formellen Enteignung Anwendung findet und ob er im Bejahungsfall nicht gegen übergeordnetes Recht verstösst.

5.1 Die Ermittlung des Normsinns hat in Anwendung der von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Auslegungselemente zu erfolgen. Die Gesetzesbestimmungen sind in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen. An einen klaren Gesetzeswortlaut ist die rechtsanwendende Behörde gebunden. Abweichungen vom klaren Wortlaut sind indessen zulässig oder sogar geboten, wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass er nicht dem wahren Sinn der Bestimmung entspricht. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Norm, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Vom klaren Wortlaut kann ferner abgewichen werden, wenn die grammatikalische Auslegung zu einem Ergebnis führt, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. Im Übrigen sind bei der Auslegung alle herkömmlichen Auslegungselemente zu berücksichtigen, wobei das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus befolgt und es ablehnt, die einzelnen Auslegungselemente einer Prioritätsordnung zu unterstellen (BGE 143 II 685 E. 4).

5.1.1 Betreffend den hier interessierenden Fall von formeller Enteignung gilt der KRB Landerwerb gemäss Wortlaut von § 1 Abs. 3 lit. a KRB nicht für Enteignungen, die bundesrechtlich begründet sind. Dieser Wortlaut ist klar und lässt keine Interpretationen zu: auf kantonalem Recht basierende Enteignungen wurden von der Geltung des KRB nicht ausgenommen. Mit Erlass des KRB mit den weit über den üblichen Verkehrswerten für Landwirtschaftsland fixierten Preisen wurde zweifellos beabsichtigt, die Verkäufer zu «ködern», um langwierige Enteignungsverfahren zu vermeiden. Mit der Bereitschaft, das Landwirtschaftsland freiwillig zu veräussern, sollte die Realisierung von grossen Infrastrukturprojekten, namentlich der Tangente Zug/Baar und der Umfahrung Cham-Hünenberg, beschleunigt werden können. Dem Protokoll der Kantonsratssitzung vom 27. August 2009 zum traktandierten KRB Landerwerb, S. 1918 ff., ist zu entnehmen, dass den Kantonsräten bewusst gemacht wurde, dass

bundesrechtlich begründete Enteignungen massiv tiefer entschädigt werden, dass also je nach Rechtsgrundlage für den Erwerb von (gleichem) Landwirtschaftsland stark unterschiedliche Preise bezahlt werden müssen bzw. dürfen. Insbesondere wurde auf die einschlägigen Vorschriften des BGG hingewiesen. Ebenso wurde auch sinngemäss erwähnt, dass der Verkauf des Landwirtschaftslandes seitens der Grundeigentümer zwar formell freiwillig, letztlich aber doch unter dem Zwang der rechtskräftigen raumplanerischen Planung erfolgen würde. Mit der Thematisierung der verschiedenen Rechtsgrundlagen für Eigentumserwerb von Landwirtschaftsland darf davon ausgegangen werden, dass der Kantonsrat bewusst alles Land für kantonale Infrastrukturobjekte nach denselben Bemessungsgrundlagen bewertet resp. bezahlt haben wollte, sofern die Preisgestaltung unter kantonaler Hoheit steht. Jedenfalls geben die vorhandenen Unterlagen – soweit ersichtlich – keinen Anlass für die Annahme, dass Enteignungen nach kantonalem Recht vergessen gingen, somit eine Lücke besteht, die richterlich gefüllt werden dürfte (vgl. betreffend zu füllender Lücke versus qualifiziertem Schweigen Urteil BGer 6B_791/2014 vom 7. Mai 2015 E. 1.3.1 f.). Schliesslich weist auch der Begriff «Erwerb» nicht auf die Art resp. Grundlage der Handänderung (freiwillig/unfreiwillig) hin, sondern hat dieses Wort einzig das Faktum der Eigentumsübertragung als Bedeutung.

Zusammenfassend muss der Schluss gezogen werden, dass der KRB Landerwerb nach Meinung des Gesetzgebers durchaus für alle Erwerbsweisen seitens der öffentlichen Hand gilt, sofern die Erwerbsgrundlage nicht bundesrechtlich begründet ist.

5.1.2 Während beim freihändigen Erwerbsgeschäft die Vertragspartner im Einzelfall die Vertragsbedingungen, so u.a. den Preis, frei vereinbaren können, schreibt die Zuger KV für den Fall der Enteignung klar vor, dass dafür (nur) die volle Entschädigung zu leisten ist. Die Bemessung der Entschädigung, die im PBG geregelt ist, stimmt mit der Verfassung überein. Dies ist im KRB Landerwerb für den Fall der Enteignung offensichtlich nicht der Fall, nachdem der festgesetzte Preis rund das Achtfache über dem im hier massgeblichen Zeitraum geltenden Verkehrswert liegt. Auch wenn das Bundesgericht entschied, dass auch im Enteignungsfall der Enteigner den Enteigneten über den blossen objektiven Nachteil hinaus entschädigen darf, dürfte bei einem Übermass wie hier die Verfassungskonformität grundsätzlich nicht mehr gegeben sein. Der Verstoss gegen übergeordnetes Recht führt im Grundsatz zur Ungültigkeit und damit Nichtanwendbarkeit der Regelung.

5.2 Ist festgestellt, dass der KRB Landerwerb im Falle der Enteignung nicht verfassungskonform ist, stellt sich dennoch die Frage, ob er hier im Einzelfall Anwendung finden darf. Der Beschwerdegegner 1 beruft sich dazu auf seinen Anspruch auf Gleichbehandlung mit den Nachbarn. Nach der Formel des Bundesgerichts ist das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot verletzt, wenn «Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird» (Waldmann, a.a.O., Art. 8 N. 29, mit vielen Hinweisen).

Dieses Gebot zielt auf eine gleiche, sachgerechte Behandlung in allen Bereichen staatlicher Aufgabenerfüllung. Er schützt sowohl vor unsachlichen Differenzierungen (Ungleichbehandlungen im formellen Sinn) als auch vor unsachgerechten Gleichbehandlungen (Ungleichbehandlungen im materiellen Sinn) (Waldmann, a.a.O., Art. 8 N. 21). Eng verbunden damit ist das Willkürverbot nach Art. 9 BV, wonach jede Person Anspruch darauf hat, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Inhalt dieses Grundrechts sind u.a. das Vertrauensschutzprinzip und das Rechtsmissbrauchsverbot.

5.2.1 Betreffend Sachverhalt ist unbestritten, dass sich der Beschwerdegegner 1 nicht auf Verkaufsverhandlungen einliess und auf Kaufangebote gar nicht erst reagierte. Auch am Enteignungs- resp. Schätzungsverfahren beteiligte er sich aus dem Gericht unbekanntem Gründen nicht. Erst im aktuellen Gerichtsverfahren wurde ihm im Rahmen einer erwachsenenschutzrechtlichen Massnahme ein Vertreter seiner Interessen beigelegt.

Vorab ist dem Beschwerdeführer zuzustimmen, dass seine im Rahmen der Grundstücksübernahme offerierte Entschädigung von Fr. 88.-/m² für ihn nicht bindend ist. Es ist grundsätzlich richtig, dass ein Preisangebot im Fall von gescheiterten Vertragsverhandlungen keine Grundlage dafür schafft, dass ein Enteigneter auf denselben Preiszuschlag vertrauen darf (vgl. Urteil BGer 1C_473/2017 vom 3. Oktober 2018 E. 3.3). Ebenso ist unbestritten, dass der Eigentumsübergang nicht freiwillig wie bei den Nachbarn erfolgte, der hier zu beurteilende Sachverhalt sich daher formalrechtlich grundlegend von den anderen unterscheidet. Insofern lassen sich hier finanzielle Ansprüche des Beschwerdegegners 1 nicht direkt aus dem Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung ableiten. Trotzdem kann der Ansicht der Schätzungskommission gefolgt werden. Zum einen traf der Gesetzgeber, wie oben ausgeführt, ganz klar keine Differenzierung zwischen freihändigem Erwerb und kantonal rechtlicher Enteignung. Dann trifft die Meinung des Beschwerdegegners 1 wohl zu, dass bei rechtskräftigen raumplanerischen Massnahmen von echter Freiwilligkeit wohl nicht gesprochen werden kann, da sonst ohnehin die (erfolgreiche) Enteignung droht. Mit der Schaffung des KRB Landerwerb wurde eine klare Preisbasis geschaffen, was die Vertragsverhandlungen zweifellos vereinfachte und den Landerwerb durch den Kanton beschleunigte. Die Verkaufsverweigerung im Einzelfall mit dem in der Folge zu führenden Enteignungsverfahren führte aber nicht zu einer massgeblichen Verzögerung und damit Kostensteigerung bei der Realisierung des Strassenprojektes, da – wie vorliegend geschehen – die vorzeitige Besitzeinweisung gemäss § 65 PBG möglich war, wogegen sich der Beschwerdegegner 1 notabene auch nicht zur Wehr setzte. Zu guter Letzt hätte dem zu Enteignenden im Laufe des Vorverfahrens – sofern er ohne Rechtsbeistand in jenem Verfahren überhaupt in der Lage gewesen war, seine Interessen zu vertreten, – jederzeit die Möglichkeit offen gestanden, sein Grundstück dennoch freiwillig zu verkaufen. Damit wäre das Enteignungsverfahren

gegenstandslos geworden und seine Ansprüche hätten sich nach den Regeln des KRB Landerwerb bemessen.

5.2.2 Zusammenfassend ergibt sich, dass unter Berücksichtigung aller Aspekte die Vorinstanz sich zu Recht bei der Ermittlung des Erwerbspreises auf den KRB Landerwerb abstützte.

5.3 Gemäss § 2 Abs. 2 KRB Landerwerb richtet sich der Preis nach der Lage und Beschaffenheit des Landes, insbesondere der Produktivität des Bodens. Die Schätzungskommission holte bei der E. ein Gutachten ein, worin der Verkehrswert des Grundstückes und die Nachteilsentschädigungen aus der Enteignung berechnet wurden. Gemäss Feststellungen der Vorinstanz (vgl. Urteil vom 31. Januar 2018, E. II 3e ff., S. 16 f.) beruht das Gutachten vom 31. Oktober 2016, ergänzt durch das Ergänzungsgutachten vom 10. Oktober 2017, auf einer umfassenden Sachverhaltsabklärung und berücksichtigt alle betroffenen Rechte des Eigentümers. Die Schätzungskommission erachtete es als schlüssig und nachvollziehbar begründet. Sie wich davon nur ab, soweit es um die Beurteilung von reinen Rechtsfragen ging. Im vorliegenden Verfahren äusserte keine der Parteien Zweifel an der Beweiswürdigung des Gerichtsgutachtens durch die Vorinstanz. Insbesondere monierte keine der Parteien die fehlerhafte Verkehrswertberechnung nach den Grundsätzen des BGGB. Auch für das Verwaltungsgericht gibt es keinen Anlass dazu. Der Gutachter setzte als Landpreis für bestes Ackerland (max. 100 Bodenpunkte) im Geltungsbereich des BGGB Fr. 12.-/m² ein. Bei der Verkehrswertberechnung ging er für die abzutretende Fläche von einer höchsten Bodenpunktezahl von 90 Punkten (Klimazone B5) aus und schloss auf einen Verkehrswert von Fr. 10.80/m². Er reduzierte somit den Höchstpreis um 10%. Die Vorinstanz setzte dagegen bei der Bemessung des Grundstückspreises den Höchstbetrag von Fr. 88.- m² ein bei einem Grundpreis von Fr. 80.- und einem möglichen Tiefstpreis von Fr. 72.-. Sie übernahm somit in ihrem Entscheid die vom Gutachter eingesetzte Reduktion nicht. Zur Begründung brachte sie einzig vor, auch der Gutachter habe in seiner Einschätzung von produktivem Land gesprochen. Zudem habe der Enteigner bei der Verhandlung der Schätzungskommission zugestanden, dass es sich offensichtlich um sehr guten Boden handle und bestätigt, dass der Kanton im Einigungsfall Fr. 88.- bezahlt hätte. Aufgrund dieser Tatsache dürfe somit der Zuschlag von 10% auf Fr. 88.- als anerkannt gelten. Diese Begründung überzeugt nicht, womit der Ansicht der Vorinstanz nicht gefolgt werden kann. Zum einen ist wie dargelegt die Offerte im Fall des Scheiterns eines einvernehmlichen Vertragsabschlusses nicht bindend. Zum anderen verweist der KRB Landerwerb in Bezug auf den Preis innerhalb der gesetzlich bestimmten Bandbreite auf die Qualität des Landwirtschaftslandes. Eine im Rahmen eines Fachgutachtens nach den Vorgaben des BGGB vorgenommene Landwertbeurteilung darf daher ohne weiteres auf die Berechnung gemäss den Ansätzen des KRB Landerwerb übertragen werden. Ohne triftigen Grund darf ein Gericht resp. hier die Schätzungskommission nicht von den Schlussfolgerungen eines Gerichtsgutachtens abweichen. Nach-

dem der gerichtlich beauftragte Experte den Wert für unbestrittenermassen produktives Land auf (nur) 90 % des bestbewerteten Ackerlandes setzte, muss dieser auch im Enteignungsfall der Bewertung zugrunde gelegt werden. Insbesondere lässt sich der höchste Preis auch nicht damit begründen, dass – wie der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners 1 durchaus glaubhaft vorbringt – die unmittelbaren Nachbarn diesen erhalten hätten. Abgesehen davon, dass Qualitätsunterschiede bei der Bodenbeschaffenheit über das gesamte zu übernehmende Land bestehen mögen, steht den Partnern im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben ein gewisser Verhandlungs- und Ermessensspielraum zu. Mit der Anwendung verschiedener Preisansätze im gegebenen Rahmen wird das Gleichbehandlungsgebot nicht verletzt, sondern dem Einzelfall angepasst. Der von der Vorinstanz eingesetzte Höchstpreis ist daher nicht rechtens. Anders als nach den Berechnungen nach BGBB, wo zwischen Tief- und Höchstpreis je nach Qualität eine sehr grosse Spannweite liegen kann, ist diese beim KRB Landerwerb mit Fr. 16.– relativ eng gesetzt. Im Übrigen ergibt sich aus den Protokollen nicht, aufgrund welcher Faktoren die Preise genau festgelegt worden sind. Nachdem im Kanton Zug aber überwiegend gutes Kulturland für den Bau von Infrastrukturen eingesetzt werden muss (und weswegen wohl im KRB Landerwerb der Mindestpreis überhaupt so hoch angesetzt wurde), rechtfertigt es sich hier, den Grundpreis von Fr. 80.– als Bemessungsgrundlage einzusetzen. Damit reduziert sich der vom Enteigner für die von ihm übernommene Fläche von 3935 m² geschuldete Erwerbspreis von Fr. 346280.– auf neu Fr. 314800.–.

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz bei der Ermittlung des Erwerbspreises für das enteignete Land des Beschwerdegegners 1 sich korrekt auf den KRB Landerwerb stützte und nicht nach den Regeln des PBG verfuhr. Hingegen unterlegte sie ihrer Berechnung zu Unrecht den Höchstarif. In diesem Umfang ist die Beschwerde begründet, was zu einer teilweisen Gutheissung der Beschwerde führt.

(. . .)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 12. Mai 2020, V 2018 32

Das Urteil ist rechtskräftig.

Vollständiges Urteil auf der Entscheiddatenbank www.verwaltungsgericht.zg.ch

II. Zivilrecht

1. Güterrecht

1.1 Art. 197 ZGB und Art. 198 ZGB

Regeste:

Art. 197 ZGB und Art. 198 ZGB – Güterrechtliche Qualifikation von Mitarbeiterbeteiligungen .

Der Einbezug einer bestimmten Position in die Vorschlagsteilung kann nur in Betracht fallen, wenn sich das Recht bzw. die Forderung am Stichtag zu einem Anwartschaftsrecht verdichtet hat, d.h. der Erwerber eine gesicherte Rechtsstellung erlangt hat, die von der Gegenseite nicht mehr durch einseitige Erklärung zerstört werden kann. Zu berücksichtigen sind nur jene Vermögenswerte resp. Anwartschaftsrechte, die am Stichtag (im vorliegenden Fall im Zeitpunkt der Eheschliessung) bereits vorhanden waren. Dabei darf aus der Tatsache, dass sich ein Vermögenswert zu einem späteren Zeitpunkt tatsächlich realisiert hat, nicht auf den gesicherten Bestand zum Zeitpunkt des Stichtags geschlossen werden. Massgebend ist einzig die Erwerbssicherheit am Stichtag. Aus dem gleichen Grund fällt auch ein Einbezug pro rata temporis ausser Betracht.

Aus dem Sachverhalt:

Allgemeiner Hinweis

Aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes wurden sämtliche Kalenderdaten geändert und die Erwägungen teilweise gekürzt.

Aus dem Sachverhalt

Die Parteien heirateten am 17. September 2010. Mit Eheschutzentscheid des Kantonsgerichts Zug vom 25. Oktober 2015 wurde zwischen den Parteien per 1. Oktober 2015 die Gütertrennung angeordnet. Im anschliessenden Ehescheidungsverfahren stritten sich die Parteien u.a. um die güterrechtliche Qualifikation von Mitarbeiterbeteiligungen.

Aus den Erwägungen:

10. Der Beklagte besass im Zeitpunkt der Anordnung der Gütertrennung unbestrittenermassen [Zahl] Aktien der Z. AG, die er aufgrund von «Participation Units» (nachfolgend: PPU) erworben hatte. Die Klägerin hat im erstinstanzlichen Verfahren anerkannt, dass es sich bei den Aktien, welche der Beklagte aus den in den Jahren 2008 und 2009 zugeteilten PPU erworben hat, um Eigengut des Beklagten handelt. Nach wie vor umstritten ist, ob die restlichen [Zahl] PPU dem Beklagten vor oder nach der Eheschliessung zugeteilt worden und diese je nachdem zum Eigengut oder zur Errungenschaft des Beklagten zu zählen sind.

10.1 Das Kantonsgericht gelangte zum Schluss, dass insgesamt [Zahl] Aktien der Z. AG der Errungenschaft des Beklagten zuzuordnen seien, wobei sich deren Wert (nach Abzug der Steuern) auf CHF [Betrag] belaufe. Zur Begründung führte es zusammengefasst Folgendes aus:

10.1.1 Gemäss Art. 197 Abs. 1 ZGB sei ein Vermögenswert bzw. ein Arbeitsentgelt Errungenschaft, wenn es während der Dauer des Güterstandes erworben worden sei. Werde der Vermögenswert also noch vor der Heirat erworben, falle er nicht in die Errungenschaft, sondern in das Eigengut des erwerbenden Ehegatten. Die Errungenschaft eines Ehegatten gemäss Art. 197 ZGB umfasse grundsätzlich Sachwerte und vermögenswerte Rechte aller Art. Zur Errungenschaft gehöre auch der Arbeitserwerb (Art. 197 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB). Massgebend sei vorliegend die güterrechtliche Bedeutung von Arbeitserwerb in Form von Mitarbeiterbeteiligungen bzw. Mitarbeiteraktien.

10.1.2 Durch Mitarbeiterbeteiligungsprogramme erhielten Mitarbeiter die Möglichkeit, sich im Rahmen der Gesamtvergütung am Erfolg oder am Kapital der Gesellschaft zu beteiligen. Den Zeitpunkt, in welchem die Option zum Erwerb von Aktien eingeräumt werde, bezeichne man als Zuteilungsdatum (engl. «grant date»). Werde im Optionsplan eine Vesting-Periode vorgesehen, bezeichne man damit die Wartezeit zwischen der Zuteilung der Optionen und deren unwiderruflichem Rechtserwerb, in welchem die zugeteilten Aktien sozusagen «verdient» werden müssten. Sei die Option während eines bestimmten Zeitraums ausübbar, werde diese Zeitspanne als Ausübungsperiode bezeichnet (engl. «exercise period»). Das Datum, bis zu welchem die Optionen ausgeübt werden könnten, werde Ablaufdatum (engl. «expiry date») genannt. Das Vesting könne vom Eintritt von Bedingungen abhängig gemacht werden (z. B. Verbleib in der Gesellschaft oder Erreichen gewisser Leistungsziele). Unter dem Begriff «Mitarbeiteraktie» werde in einem weiteren Sinne eine Aktie der arbeitgebenden (oder einer dieser nahestehenden) Gesellschaft verstanden, die dem Mitarbeiter aufgrund eines Arbeitsverhältnisses gewährt werde. Die Gewährung erfolge entweder an alle oder nur an einen bestimmten Kreis der Mitarbeiter. In der Regel erfolge die Gewährung unentgeltlich oder zumindest zu Vorzugsbedingungen direkt durch die arbeitgebende (oder eine dieser nahestehenden) Gesellschaft. Mitarbeiteraktien könnten aufschiebend bedingt ausgestaltet werden und insbesondere einer Vesting-Periode unterliegen bzw. an (in der Zukunft liegende) objektive Leistungsziele geknüpft werden.

10.1.3 Für die Frage, was Errungenschaft darstelle, sei güterrechtlich weniger die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses bzw. der Bedingung bedeutsam, sondern wie das bedingte Entgelt für die Arbeitsleistung im Einzelfall ausgestaltet sei. Vorliegend stelle sich insbesondere die Frage, inwiefern Mitarbeiterbeteiligungen im Bestand des Eigengutes des Beklagten zu berücksichtigen seien, welche erst nach der Ehe-

schliessung [am 17. September 2010], jedoch rückwirkend auf den 1. Januar 2010 (also noch vor der Eheschliessung) zugeteilt worden seien.

Wann ein Vermögenswert im Allgemeinen als erworben gelte, werde im Gesetz nicht näher ausgeführt. Zum Zeitpunkt des Erwerbs eines Vermögenswerts führe die Lehre im Allgemeinen aus, dass nicht die Fälligkeit oder der Zeitpunkt der effektiven Auszahlung des Kapitals, sondern der Entstehungszeitpunkt eines Rechts bzw. einer Forderung massgeblich sei. Zu prüfen sei, ob bzw. nach Massgabe welcher rechtlicher Kriterien Rechte bzw. Forderungen Eigengut bilden könnten, die zwar grundsätzlich entstanden, aber bedingt ausgestaltet seien. Als Bedingung werde im Allgemeinen eine vertragliche Vereinbarung bezeichnet, durch welche die Parteien die Wirksamkeit eines Schuldverhältnisses als Ganzes oder nur einzelner vertraglicher Rechte und Pflichten vom Eintritt oder Nichteintritt einer ungewissen zukünftigen Tatsache abhängig machten. In der Lehre werde dazu der Begriff der «Anwartschaft» verwendet. Als Anwartschaft könne im Allgemeinen ein möglicher Anspruch auf eine bestimmte künftige Leistung verstanden werden. Unter einer «blossen» bzw. «faktischen» Anwartschaft werde nach der Praxis des Kantonsgerichts Zug eine faktische Erwerbssaussicht oder Erwartung verstanden. Es handle sich um die mehr oder weniger konkrete Hoffnung, die Chance auf eine bloss mögliche künftige Leistung, ohne dass eine gesicherte Rechtsposition vorliege. Sie sei in der güterrechtlichen Auseinandersetzung unbeachtlich. Von der «blossen» Anwartschaft abzugrenzen sei das «Anwartschaftsrecht». Massgebende Merkmale des Anwartschaftsrechts seien die Automatik des Rechtseintritts sowie die gesicherte Rechtsstellung des Erwerbers. Dabei werde zur Berücksichtigung als Eigengut im Allgemeinen nicht verlangt, dass eine Vergütung bzw. das Recht im Zeitpunkt der Eheschliessung bereits endgültig und unbedingt entstanden sei. Es genüge, dass sich das Recht bzw. die Forderung vor der Eheschliessung zu einem Anwartschaftsrecht verdichtet habe. Ein Anwartschaftsrecht liege bei aufschiebend bedingten Forderungen vor, die mit Bedingungseintritt ipso iure, d.h. ohne weiteres Zutun der Parteien, zum Vollrecht würden und der Erwerber dadurch bereits jetzt eine gesicherte Rechtsstellung erlange, die von der Gegenseite nicht mehr durch einseitige Erklärung zerstört werden könne. Anwartschaftsrechte bildeten nach der wohl herrschenden Lehre Vermögensbestandteile und seien in der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu berücksichtigen. Der Umstand, dass die Vergütung aufschiebend bedingt ausgestaltet sei bzw. vom Eintritt eines ungewissen Ereignisses abhängige und der Eintritt unter Umständen ausbleibe, beschlage somit nicht den Bestand des bedingten Rechts bzw. der bedingten Forderung.

10.1.4 Im Besonderen gehe es vorliegend um die Berücksichtigung von Arbeitserwerb. Stehe dem Arbeitgeber oder einem Auftraggeber im Zusammenhang mit der (künftigen) Ausrichtung einer Vergütung kein Ermessensspielraum zu, indem auch die Höhe der Sondervergütung objektiv bestimmt oder bestimmbar sei, handle es sich um eine ermessensfeindliche Vergütung bzw. arbeitsrechtlich um einen Lohn-

bestandteil. Seien diese ermessensfeindlichen Vergütungen bedingt ausgestaltet, hätten sich diese Forderungen in aller Regel zu einem Anwartschaftsrecht verdichtet. Liege die Bezahlung demgegenüber im Ermessen des Arbeitgebers, liege eine bloße Gratifikation vor und der Arbeitnehmer verfüge über keine gesicherte Rechtsposition, weshalb eine «bloße» Anwartschaft vorliege.

10.1.5 Damit die [Zahl] PPU's im Bestand des Eigengutes des Beklagten berücksichtigt werden könnten, sei neben der Qualität als Anwartschaftsrecht zu verlangen, dass die Vergütung für Arbeitsleistungen ausgerichtet werde, welche vor Begründung des Güterstandes geleistet worden seien: Für den Zeitpunkt des Arbeitserwerbs werde daran angeknüpft, wann die entgeltliche Arbeitsleistung erbracht worden sei. Nur jenes Entgelt gelte als erworben, das auf schon erbrachte Arbeitsleistungen entfalle. Entgelt für Arbeitsleistungen, welche vor der Begründung des Güterstandes erbracht würden, bilde mit anderen Worten keine Errungenschaft, selbst wenn es während der Dauer des Güterstandes ausgerichtet worden sei.

Würden beispielsweise Mitarbeiteroptionen vor der Eheschließung «gegranted», aber nach der Eheschließung «gevestet», gelte es zu eruieren, in welchem Umfang die Optionen während der Dauer des Güterstandes während der laufenden Vesting-Periode «verdient» worden seien. Wie erwähnt, bestehe der wirtschaftliche Wert für den Begünstigten im möglichen Gewinn, der mit Wirkung der Ausübung entstehe, durch die Differenz zwischen dem Wert des Titels im Zeitpunkt der Ausübung und des Preises, welche im Zeitpunkt der Zuteilung im Voraus bestimmt worden sei. Dieser Gewinn, welcher alsdann als Vergütung ausgerichtet werde, werde während der Vesting-Periode durch die Arbeit des betreffenden Mitarbeiters (mit)geschaffen, wobei es sich in der Regel nicht eruieren lasse, welche Wertsteigerung wann und aufgrund welcher Handlungen entstanden sei. Dauere die Vesting-Periode über die Begründung des Güterstandes hinaus, sei in zeitlicher Hinsicht pro rata temporis auszuscheiden, welcher prozentuale Anteil der variablen Vergütung zwischen der Einräumung bzw. Entstehung des (bedingten) Rechts bzw. [der bedingten] Forderung und dem unwiderruflichen Rechtserwerb während des Güterstandes «verdient» worden sei.

10.1.6 Diese Auslegung entspreche auch dem Sinn und Zweck der Errungenschaftsbeteiligung. Das Zusammenwirken der Gatten in der Schicksals- und Wirtschaftsgemeinschaft ihrer Ehe und ihres Güterstandes (vgl. Art. 159 ZGB) trage zumindest mit dazu bei, den Aufbau eines Errungenschaftsvermögens überhaupt erst zu ermöglichen. Insbesondere könne es in einer stark aufgabenteilig gestalteten Ehe erst die Sorge eines Ehegatten für Haushalt und Kinder sein, welche dem anderen Ehegatten sein berufliches und wirtschaftliches Vorwärtskommen ermögliche. Sinn und Zweck solcher variablen Vergütungen bzw. Vergütungen wie Mitarbeiterbeteiligungen, welche beispielsweise einer Vesting-Periode unterlägen, sei es denn auch, den Mitarbeiter zu motivieren, durch die Verrichtung seiner Arbeit Werte zu schaffen

und diese Personen mit der Aussicht auf eine lukrative Unternehmensbeteiligung an die Gesellschaft zu binden. Handle es sich (ganz oder teilweise) um Vergütungen für während der Dauer des Güterstandes verrichtete Arbeit, rechtfertige es sich aufgrund des Zwecks der Errungenschaftsbeteiligung, diese zu teilen.

10.1.7 Mit Schreiben vom 5. Oktober 2011 seien dem Beklagten von der Z. AG [Zahl] PPU's zusammen mit dem Recht zum Kauf von [Zahl] Aktien der Gesellschaft zu einem Ausübungspreis von CHF [Betrag] pro Aktie rückwirkend auf den 1. Januar 2010 («granted as of January 1, 2010») zugeteilt worden. Aus der Mitteilung der Z. AG vom 5. Oktober 2011 gehe hervor, dass die Zuteilung («Allocation Date» oder «Grant Date») der [Zahl] PPU's am 1. Januar 2010 erfolgt sei. Dieses Vorgehen entspreche dem Vorgehen der Z. AG in den vorangegangenen Jahren. So seien auch im Jahr 2009 [Zahl] PPU's mit Schreiben vom 30. Juni 2009 rückwirkend auf den 1. Januar 2009 zugeteilt worden. Dasselbe Prozedere sei im Jahr 2008 erfolgt. Während welcher Periode die Optionen ausgeübt werden könnten, gehe aus dem Schreiben nicht hervor. Ob sich diese Anwartschaft am 1. Januar 2010 bereits zu einem Anwartschaftsrecht verfestigt habe, hänge von den Zuteilungskriterien der Mitarbeiteraktien ab. Das Mitarbeiterbeteiligungsprogramm habe der Vereinbarung über das «Participation Program» (nachfolgend: PP) sowie dem «Shareholder Agreement» unterlegen. Beide Dokumente habe der Beklagte nicht eingereicht. Auch aus den Rechtsschriften des Beklagten gehe nicht hervor, wie das PP aufgebaut gewesen sei und wie es genau funktioniert habe. Es hätte dem beweisbelasteten Beklagten obliegen, die nötigen Behauptungen in den Rechtsschriften aufzustellen und diese mit Belegen zu untermauern. Er trage die Folgen der Beweislosigkeit (Art. 8 ZGB).

Aufgrund der fehlenden Dokumente könnten der exakte Mechanismus der Zuteilung und die Zuteilungskriterien der [Zahl] PPU's nicht abschliessend beurteilt werden. Im Schreiben der Z. AG vom 5. Oktober 2011 werde zwar ausgeführt, dass das PP ähnlich oder gleichartig ausgestaltet sei wie das bereits existierende Participation Program. Dies reiche jedoch nicht aus, um eine Automatik des Rechtseintritts sowie eine gesicherte Rechtsstellung des Beklagten nachzuweisen. Es hätte dem Beklagten obliegen, die betreffenden Dokumente in den vorliegenden Prozess einzubringen, zumal ihm die Beweislast für das von ihm behauptete Eigengut obliege. Der Beklagte mache denn auch keine Ausführungen zu den Bedingungen, an welche die Mitarbeiteraktien gekoppelt gewesen seien. Insbesondere habe er auch seinen Arbeitsvertrag, der auf mögliche variable Lohnvergütungen in Form von Mitarbeiterbeteiligungen hinweisen könnte, nicht eingereicht. Der Beklagte habe mithin nicht nachweisen können, dass sich die [Zahl] PPU's zu einem Anwartschaftsrecht verdichtet hätten, sodass er im Zeitpunkt der Eheschliessung am 17. September 2010 bereits einen durchsetzbaren Anspruch auf Zuteilung der PPU's gehabt und es sich daher um Eigengut gehandelt hätte. Die letzten [Zahl] PPU's stellten somit Errungenschaft des Beklagten dar (vgl. Art. 200 Abs. 3 ZGB).

10.1.8 Wie bereits erwähnt, sei der Zeitraum, in welchem allfällige Mitarbeiterbeteiligungen «verdient» worden seien, nur dann zu prüfen, wenn sich diese Rechte bereits zu Anwartschaftsrechten verdichtet hätten. Auf das vom Beklagten eingereichte Bestätigungsschreiben von Y. vom 9. Juni 2016 könne nicht abgestellt werden. Dieses Dokument sei ausdrücklich auf Wunsch des Beklagten von der ehemaligen Arbeitgeberin in Bezug auf das hängige Scheidungsverfahren ausgestellt worden. Beweisrechtlich handle es sich dabei um ein privates Bestätigungsschreiben, worin Dritte zuhanden einer Prozesspartei ihre Wahrnehmungen festhielten. Private Bestätigungsschreiben würden als Urkunde zwar die Tatsache dieser Äusserung beweisen. Als Beweismittel für die Richtigkeit dieser Wahrnehmung seien sie jedoch ungeeignet und hätten in Bezug auf den Inhalt keinen Beweiswert. Selbst wenn auf das Schreiben von Y. abgestellt würde, würde dieses keine ausschliessliche Zuteilung der PPU's aufgrund guter Arbeitsleistungen des Beklagten vor dem 1. Januar 2010 belegen, zumal das Schreiben ausdrücklich die «vorwiegende Berücksichtigung der vor dem Allokationszeitpunkt, d.h. vor dem 1. Januar 2010, erbrachten Leistungen» als Zuteilungskriterium nenne (Hervorhebung hinzugefügt). Weitere Beweisstücke, welche den Standpunkt des Beklagten bekräftigen würden, lägen nicht im Recht. Mithin misslinge dem Beklagten der Nachweis, dass die [Zahl] PPU's im Bestand seines Eigengutes zu berücksichtigen seien. An dieser Feststellung vermöchte auch eine Zeugenaussage von Y. nichts zu ändern, zumal er kaum etwas anderes erklären würde, als was er schon in seiner eigenen schriftlichen Erklärung bestätigt habe. Zudem diene das Beweisverfahren nicht dazu, ungenügend vorgetragene Sachverhalte zu korrigieren.

10.2 In der Berufung hält der Beklagte diesen Erwägungen im Wesentlichen Folgendes entgegen:

10.2.1 Die Vorinstanz verkenne, dass aus der Mitteilung der Z. AG vom 5. Oktober 2011 hervorgehe, dass «You [der Beklagte] are granted as of January 1, 2010, the Allocation Date, [Zahl] Profit Participation Instruments». Damit werde klar bestätigt, dass die [Zahl] PPU's dem Beklagten fest mit Zuteilungsdatum 1. Januar 2010 zugewiesen worden seien. Diese Zuweisung hänge einzig davon ab, dass der Beklagte einen Betrag von CHF [Betrag] an die Z. AG überweise. Irgendeine Möglichkeit, diese Zuteilung mit Zuteilungstag 1. Januar 2010 zu widerrufen, habe die Z. AG nicht mehr gehabt. Allein aus der Mitteilung der Z. AG ergebe sich somit, dass sich diese Anwartschaft oder die mögliche Beteiligung bereits per 1. Januar 2010 und damit vor dem Datum des Eheschlusses, welcher am 17. September 2010 erfolgt sei, zu mehr als einem Anwartschaftsrecht verdichtet habe, sondern zu einem Anspruch geworden sei, den der Beklagte gegen Bezahlung von CHF [Betrag] einseitig geltend machen können. Der Fakt, dass diese Erklärung erst am 5. Oktober 2011 erfolgt sei, stehe mit der Frage, wann der Anspruch entstanden sei, in keinem Zusammenhang. Dies bestätige auch Y., Verantwortlicher für sämtliche Mitarbeiterbeteiligungen der Gesellschaft, in seiner Erklärung vom 9. Juni 2016. Y. sei überdies Mitglied des Ver-

waltungsrates der Z. AG gewesen. Die Vorinstanz erachte diese Erklärung von Y. zu Unrecht als eine Parteibehauptung, habe doch Y. bei der Z AG eine absolut unabhängige Funktion innegehabt und sei im Übrigen mit dem Beklagten weder befreundet oder verfeindet, noch stehe er in einem Abhängigkeitsverhältnis, sondern sei einzig als Mitarbeiter der Z. AG dieser Gesellschaft gegenüber verpflichtet. Somit habe Y. die Erklärung nicht im Sinne eines Gefälligkeitszeugnisses als Kollege oder Mitarbeiter des Beklagten während dessen Tätigkeit, sondern [Zahl] Jahre nach dem Ausscheiden des Beklagten aus der Z. AG abgegeben. Der Erklärung sei auch ganz klar zu entnehmen, dass im Allgemeinen die Anspruchsbegründung einer Allokation jeweils im Juni/Juli des Jahres der Allokation bekannt gegeben worden sei. Dies sei in Bezug auf die Allokation per 1. Januar 2010 allerdings später erfolgt, weil das Verfahren für die börsenrechtliche Zulassung dieser Anleihen bis weit ins Jahr 2011 gedauert habe. Grund dafür sei gewesen, dass die mögliche Börsenkotierung a) kompliziert gewesen sei und b) aufgrund der börsenrechtlichen Insiderproblematik absolut vertraulich habe erfolgen müssen. Die Mitteilung habe aber keinerlei Einfluss auf die Tatsache gehabt, dass das Recht zum Erwerb der [Zahl] PPU's bereits erworben gewesen und demnach rückwirkend per 1. Januar 2010 erfolgt sei. Damit habe die Vorinstanz zu Unrecht verneint, dass der Beklagte das Recht für den Erhalt dieser [Zahl] PPU's bereits am 1. Januar 2010 im Sinne eines Anspruchs oder durchsetzbaren Rechts erworben habe. Die entsprechende Mitteilung sei zwar erst später erfolgt, doch sei auf diese Mitteilung nicht abzustellen.

10.2.2 Das gleiche Resultat ergebe sich auch – und dies habe die Vorinstanz zu Unrecht nicht berücksichtigt – aus einem Schreiben vom 20. März 2017, worin die Z. AG, vertreten durch Y. nochmals die Zuteilung der PPU's aufliste und deren Werte angebe. Der Wert der Allokation 2010 von CHF [Betrag] ergebe sich aus der Berechnung des Werts pro Aktie von CHF [Betrag], den der Beklagte auch habe versteuern müssen. Die Vorinstanz habe die Ausführungen an der Hauptverhandlung und die in diesem Zusammenhang eingereichte Bestätigung der Z. AG vom 20. März 2017 zu Unrecht nicht berücksichtigt. Damit sei erstellt, dass es sich bei den [Zahl] PPU's, welche dem Beklagten rückwirkend auf den 1. Januar 2010 zugeteilt worden seien, um Eigengut handle und der Beklagte dieses Recht zum Erhalt der [Zahl] PPU's vor dem Datum der Heirat erworben habe.

10.2.3 Selbst wenn im Übrigen nicht auf das Schreiben von Y. vom 9. Juni 2016 abgestellt werden sollte, habe die Vorinstanz zu Unrecht den ganzen Wert der [Zahl] PPU's als Vermögenswert der Errungenschaft zugewiesen, sei doch der auf die Periode Januar 2010 bis Mitte September 2010 anfallende Anteil von 8,5 Monaten unbestrittenermassen vor der Ehe erarbeitet und maximal der Anteil ab Mitte September bis Dezember 2010, mithin 3,5 Monate, während der Dauer der Ehe erarbeitet worden. Daher sei – selbst wenn man der falschen Auffassung der Vorinstanz folgen wolle – eine Ausscheidung des vorehelichen Anteils und des nachehelichen Anteils an der Arbeitsleistung vorzunehmen. Aus dem bereits erwähnten Schreiben

vom 20. März 2017 ergebe sich, dass die Zuteilung der Aktien jeweils immer für die Dauer eines Jahres erfolgt sei. Gehe man mit der Vorinstanz davon aus, dass die Zuteilung der letzten [Zahl] PPU's für das Jahr 2010 erfolgt sei, sei die Zuteilung demnach für 12 Monate erfolgt, wovon die Parteien nur 3,5 Monate verheiratet gewesen seien. Es sei demnach nicht gerechtfertigt, den Wert der gesamten Aktien der Errungenschaft zuzuweisen. Damit sei der Wert der [Zahl] PPU's, den die Vorinstanz mit CHF [Betrag] bewertet habe, in einen vorehelichen Teil von 8,5/12 und einen nachehelichen und damit der Errungenschaft zuzuweisenden Anteil von 3,5/12 aufzuteilen. Der Errungenschaft sei mithin nur ein Betrag von CHF [Betrag] abzüglich CHF [Betrag] (Steuern) als zusätzlicher Vorschlag bei den Aktiven der Errungenschaft des Beklagten zu berücksichtigen.

10.3 Demgegenüber folgt die Klägerin in der Berufungsantwort im Wesentlichen den erstinstanzlichen Erwägungen.

10.4 Die Rügen, welche der Beklagte im Zusammenhang mit der güterrechtlichen Zuordnung der von ihm erworbenen Aktien der Z. AG erhebt, sind in mehrfacher Hinsicht unbegründet.

10.4.1 Der Beklagte bestreitet zunächst zu Recht nicht, dass einfache (reine) Anwartschaften, bei denen es um bloss mögliche Ansprüche auf eine künftige Leistung geht und die keine realisierbaren Gegenwert besitzen, bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung nicht zu berücksichtigen sind. Ein Einbezug einer bestimmten Position in die Vorschlagsteilung kann vielmehr nur in Betracht fallen, wenn sich das Recht bzw. die Forderung vor der Eheschliessung zu einem Anwartschaftsrecht verdichtet hat, d.h. der Erwerber eine gesicherte Rechtsstellung erlangt hat, die von der Gegenseite nicht mehr durch einseitige Erklärung zerstört werden kann. Massgebende Merkmale sind die Automatik des Erwerbsanfalls sowie die Erwerbsicherheit. Diese Kriterien sind namentlich dann nicht erfüllt, wenn ein bestimmter Vermögenswert vor seinem endgültigen Erwerb in Bestand und Umfang ungewiss, unveräusserlich und unübertragbar ist und auch nicht gepfändet werden kann (vgl. vorne E. 10.1.3; Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, 1992, Art. 198 ZGB N 9 [m.w.H.] und Art. 197 ZGB N 57; Althaus, Mitarbeiterbeteiligungen in der güterrechtlichen Auseinandersetzung, FamPra.ch 2017 S. 953 ff., 960 f. m.w.H.).

10.4.2 Die Parteien haben am 17. September 2010 geheiratet. Dass der Beklagte ausgewählt wurde, am PP der Z. AG teilzunehmen, teilte ihm die Z. AG dagegen erst mit Schreiben vom 5. Oktober 2011 mit. Insofern ist offenkundig, dass ihm im Zeitpunkt der Eheschliessung noch kein Anwartschaftsrecht im eben dargelegten Sinn zustand. Dies ergibt sich zumindest indirekt auch aus dem Schreiben von Y. vom 9. Juni 2016, in welchem dieser festhielt, dass die Leistungen den Aktionären in Form von börsenkotierten Anleihen zuflossen, bei denen das Verfahren für die börsenrechtliche Zulassung weit bis ins Jahr 2011 dauerte. Wenn die Anleihen, wel-

che die Basis für die [Zahl] strittigen PPUs waren, im Zeitpunkt der Eheschliessung, d.h. im September 2010, noch gar nicht existierten, ist die für ein Anwartschaftsrecht erforderliche Erwerbssicherheit von vornherein ausgeschlossen. Daran ändert in güterrechtlicher Hinsicht auch der Umstand nichts, dass die Z. AG das «Allocation Date» für die [Zahl] PPUs rückwirkend auf den 1. Januar 2010 festlegte, vermag doch die Erklärung eines (privaten) Dritten die auf einer zwingenden Gesetzesvorschrift beruhende Zuordnung eines Vermögenswerts zum Eigengut (Art. 198 ZGB) nicht ausser Kraft zu setzen (vgl. Hausheer/Aebi-Müller, Basler Kommentar, 6. A. 2018, Art. 198 ZGB N 2 f.).

Im Übrigen behauptet der Beklagte zwar, dass mit der Bezahlung von CHF [Betrag] «for the purchase of shares [der Z. AG]» die Z. AG keine Möglichkeit mehr gehabt habe, die per 1. Januar 2010 erfolgte Zuteilung zu widerrufen. Er hat diese – von der Klägerin bestrittene – Behauptung aber nicht belegt. Abgesehen davon hing gemäss dem Schreiben der Z. AG vom 5. Oktober 2011 die Zuteilung nicht allein von der Zahlung von CHF [Betrag] ab. Vielmehr wurde festgehalten, dass «the Profit Participation Instruments and the corresponding number of shares [der Z. AG] will be issued to you, and thus the profit participation program will be become effective, upon: (1) Execution and delivery of the PP; (2) Execution and delivery of the Shareholder's Agreement». Der (beweisbelastete) Beklagte hat diese beiden Dokumente nicht eingereicht. Daher können – wie die Vorinstanz zu Recht bemerkte – der exakte Mechanismus der Zuteilung und die Zuteilungskriterien der [Zahl] PPUs nicht abschliessend beurteilt werden, zumal der Beklagte in seinen Rechtsschriften nicht dargelegt hat, an welche Bedingungen der Erwerb der Mitarbeiteraktien gekoppelt war. Damit ist eine Automatik des Rechtseintritts und eine gesicherte Rechtsstellung des Beklagten nicht hinreichend substantiiert oder gar nachgewiesen. Schliesslich weist die Klägerin zu Recht darauf hin, dass in den Steuererklärungen der Parteien für die Jahre 2010 und 2011 keine entsprechenden Vermögenswerte verzeichnet sind. Demzufolge ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der beweisbelastete Beklagte nicht nachgewiesen hat, dass er im Zeitpunkt der Eheschliessung am 17. September 2010 ein Anwartschaftsrecht auf Zuteilung der [Zahl] PPUs hatte, weshalb diese gemäss Art. 200 Abs. 3 ZGB zur Errungenschaft des Beklagten gehören (vgl. vorne E. 10.1.7).

10.4.3 Nach dem Gesagten kann offenbleiben, welcher Beweiswert den Bestätigungsschreiben von Y. vom 9. Juni 2016 und 20. März 2017 zukommt. Dies gilt umso mehr, als sich auch diesen beiden Schreiben nur entnehmen lässt, dass die Z. AG den Allokationszeitpunkt rückwirkend auf den 1. Januar 2010 festgelegt und der Beklagte im Rahmen der «2010 Allocation» tatsächlich Aktien der Z. AG erhalten hat. Zu den konkreten Zuteilungskriterien finden sich hingegen keine oder nur pauschale und dementsprechend unpräzise Hinweise wie etwa die Bemerkung, dass „diese erste Allokation unter dem PP eine vorwiegende Berücksichtigung der vor

dem Allokationszeitpunkt, d.h. vor dem 1. Januar 2010, erbrachten Leistungen der Teilnehmer“ impliziere.

In diesem Zusammenhang ist im Übrigen nochmals zu betonen, dass nur jene Vermögenswerte (resp. Anwartschaftsrechte) zu berücksichtigen sind, die am Stichtag, d.h. im vorliegenden Fall im Zeitpunkt der Eheschliessung, bereits vorhanden waren. Dabei darf aus der Tatsache, dass sich ein Vermögenswert nach dem Stichtag tatsächlich realisiert hat, nicht auf den gesicherten Bestand zum Zeitpunkt des Stichtags geschlossen werden. Massgebend ist einzig die Erwerbssicherheit am Stichtag. Aus dem gleichen Grund fällt – entgegen der Auffassung der Vorinstanz und des Beklagten – ein Einbezug pro rata temporis ausser Betracht, wobei es auch in diesem Zusammenhang unerheblich ist, dass die Bedingungen, die zum Erwerb erforderlich waren, zwischenzeitlich eingetreten sind. Die Berufung des Beklagten erweist sich auch unter diesem Aspekt als unbegründet.

Obergericht, I. Zivilabteilung, Urteil vom 10. März 2020 (Z1 2018 28)

2. Arbeitsrecht

2.1 Entgangene Arbeitgeberbeiträge an die berufliche Vorsorge

Regeste:

Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch, dass entgangene Arbeitgeberbeiträge an die berufliche Vorsorge (BVG) an ihn persönlich ausbezahlt werden.

Aus dem Sachverhalt:

Die A. AG (nachfolgend: „Beklagte“) ist eine in B. domizilierte Gesellschaft, welche den internationalen Handel mit Rohstoffen aller Art und mit anderen Gütern, sei es für eigene oder für fremde Rechnung, bezweckt. Am 26. Oktober 2016 unterzeichneten die Parteien eine mit «Arbeitsvertrag» betitelte Vereinbarung, gemäss welcher C. (nachfolgend: «Klägerin») ab dem 1. Februar 2017 als Senior Traffic Operator / Business Development bei der Beklagten in ein Anstellungsverhältnis trat. Die Parteien vereinbarten einen jährlichen Bruttolohn von CHF 200'000.00, zahlbar in zwölf Monatslöhnen. Mit Schreiben vom 2. April 2019 kündigte die Klägerin das Arbeitsverhältnis ordentlich unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist von drei Monaten per 31. Juli 2019. In der Folge vertraten die Parteien unterschiedliche Ansichten in der Frage, ob die Klägerin nach ihrer Kündigung freigestellt worden war oder nicht. Der Aufforderung der Beklagten, die Tätigkeit wieder aufzunehmen, kam die Klägerin nicht nach. Daraufhin kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 26. April 2019 fristlos.

Aus den Erwägungen:

5. Es steht somit fest, dass die Klägerin keine Arbeitspflichten verletzt hat. Demzufolge ist die fristlose Entlassung vom 26. April 2019 zu Unrecht erfolgt und es ist zu prüfen, welche finanziellen Folgen dies mit sich bringt.

5.1 Ist eine fristlose Entlassung nicht gerechtfertigt, so hat der Arbeitnehmer gemäss Art. 337c Abs. 1 OR gegenüber dem Arbeitgeber Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragszeit beendet worden wäre. Der Arbeitnehmer muss sich daran anrechnen lassen, was er infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erspart und was er durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat (Art. 337c Abs. 2 OR).

Es ist belegt und unbestritten, dass sich der monatliche Nettolohn der Klägerin auf CHF 14'364.10 belaufen hat (act. 1/11). Die Beklagte ist daher zu verpflichten, der Klägerin CHF 43'092.30 netto (Lohn für die Monate Mai bis Juli 2019) zu bezahlen. Dieser Betrag ist ab dem 26. April 2019, dem Erhalt der fristlosen Kündigung (vgl. act. 1/15, vorab per E-Mail), mit 5% (Art. 104 Abs. 1 OR) zu verzinsen (BGE 130 III 202 E. 3.3.1).

Zu ergänzen bleibt, dass die Klägerin ihre neue Arbeitsstelle per 1. August 2019 antreten konnte (vgl. act. 11/25). Abgesehen davon hat sich die Klägerin am 20. Mai 2019 beim RAV zur Arbeitsvermittlung angemeldet (act. 11/24). Infolgedessen kann der Klägerin nicht vorgeworfen werden, sie hätte sich absichtlich nicht um eine neue Stelle bemüht oder hätte anderweitigen Verdienst absichtlich unterlassen.

5.2 Die Klägerin macht gestützt auf die ungerechtfertigte fristlose Kündigung eine Entschädigung in Höhe von zwei Monatslöhnen, d.h. von CHF 31'933.30 (zwei Brutto-Monatslöhne; vgl. act. 1/16), geltend (act. 1 Rz 21). Die Beklagte bestreitet die Forderung, auch wenn das Gericht die fristlose Entlassung als ungerechtfertigt ansehe (act. 5 Ziff. 40).

Gemäss Art. 337c Abs. 3 OR kann das Gericht den Arbeitgeber bei ungerechtfertigter fristloser Kündigung verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen zu bezahlen, die es nach freiem Ermessen unter Würdigung aller Umstände festlegt. Der massgebende Monatslohn einschliesslich Zulagen, Gratifikation und 13. Monatslohn pro rata temporis berechnet sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung (Urteil des Bundesgerichts 4A_310/2008 vom 25. September 2008, in: JAR 2009 S. 377 ff., 380 f.; Urteil des Bundesgerichts 4C.406/2005 vom 2. August 2006, in: JAR 2007 S. 300 ff., 306). Die Entschädigung hat sowohl Strafcharakter als auch Genugtuungsfunktion und soll die durch eine ungerechtfertigte fristlose Kündigung erlittene Persönlichkeits-

verletzung des Arbeitnehmers abgelten. Bei der Bemessung der Strafzahlung hat das Gericht namentlich das Verschulden des Arbeitgebers, die Schwere der Persönlichkeitsverletzung, das Mass der Widerrechtlichkeit der fristlosen Kündigung, die Enge und Dauer der vertraglichen Beziehung, die wirtschaftliche Situation der Parteien sowie ein allfälliges Mitverschulden des Entlassenen zu berücksichtigen (BGE 135 III 405 E. 3.1; 123 III 391 E. 3c; 123 III 246 E. 6a; 121 III 64 E. 3c; Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337c OR N 8; Portmann, Basler Kommentar, 7. A. 2019, Art. 337c OR N 5 f.). Obwohl es sich bei Art. 337c Abs. 3 OR gemäss Gesetzeswortlaut um eine Kann-Formulierung handelt, wird die Entschädigung bei einer ungerichtfertigten fristlosen Entlassung grundsätzlich zugesprochen. Ausnahmen bilden ausserordentliche Umstände, die trotz ungerechtfertigter fristloser Kündigung keine Zahlung zu Lasten des Arbeitgebers rechtfertigen. Solche Umstände können gegeben sein, wenn ein im Vergleich zum Fehlverhalten des Arbeitgebers erhebliches Fehlverhalten des Arbeitnehmers vorliegt, das für eine fristlose Entlassung gerade noch nicht ausreicht (Urteile des Bundesgerichts 4A_179/2018 vom 29. Januar 2019 E. 5.1 und 4C.400/2005 vom 24. März 2006 E. 3.1). Im Übrigen ist es Sache des Arbeitnehmers, die geeigneten Tatsachen vorzutragen, die es erlauben, die Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR zu bemessen (von Kaenel/Rudolph, elektronischer Update-Service zum Praxiskommentar, Art. 337c OR N 8 mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 4A_175/2016 vom 2. Juni 2016).

Wie bereits festgehalten, ist kein wichtiger Grund ersichtlich, der die fristlose Entlassung der Klägerin gerechtfertigt hätte. Eine ungerechtfertigte fristlose Entlassung verletzt den Arbeitnehmer grundsätzlich in seinen persönlichen Verhältnissen und beeinträchtigt seinen Ruf (BGE 116 II 300 E. 5a). Allerdings sind keine Umstände aktenkundig, die auf ein besonders verwerfliches Vorgehen der Beklagten schliessen liessen. Im Übrigen dauerte das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nur etwas mehr als zwei Jahre, mithin nicht besonders lang. Zur wirtschaftlichen Situation der Beteiligten äusserten sich die Parteien nicht. Zu bemerken ist jedoch, dass der Monatslohn der Klägerin doch als eher hoch zu bezeichnen ist. Demgegenüber kann der Klägerin kein Mitverschulden vorgeworfen werden und es sind auch keine anderen Umstände ersichtlich, die den Verzicht auf eine Strafzahlung naheliegen würden. Es ist mithin von einer «normalen» fristlosen Kündigung ohne Vorliegen besonderer Umstände auszugehen, womit eine Entschädigung in Höhe eines Monatslohns angemessen ist. Auf der Strafzahlung sind keine Sozialversicherungsprämien abzuführen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337c OR N 15 und 17). Die Beklagte hat der Klägerin gestützt auf Art. 337c Abs. 3 OR somit eine Entschädigung von – gerundet – CHF 15'965.00 (act. 1/16) zu bezahlen. Der von der Klägerin beantragte Zins von 5 % seit 26. April 2019 ist ihr ebenfalls zuzusprechen (s. vorne E. 5.1).

6. Des Weiteren verlangt die Klägerin von der Beklagten CHF 3'990.90 «netto» für entgangene Arbeitgeberbeiträge an die berufliche Vorsorge in den Monaten Mai bis

Juli 2019 (act. 1 Rz 22). Die Forderung wird von der Beklagten bestritten (act. 5 Ziff. 31).

Nach konstanter Praxis spricht das Kantonsgericht Zug (auch unter dem Titel Schadenersatz bzw. entgangener Lohn bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist [Art. 337c Abs. 1 OR]) nur Netto- und nicht Bruttobeträge zu. Obwohl der Anspruch kein Lohn ist, wird er wie ein Lohn abgerechnet, also mit Sozialabzügen, BVG usw. (Farner, *Fristlose Entlassung*, in: Portmann/von Kaenel [Hrsg.], *Fachhandbuch Arbeitsrecht*, 2018, Rz 12.89). Grundsätzlich hat der Arbeitgeber daher die Sozialversicherungsbeiträge, wozu auch die Beiträge an die berufliche Vorsorge gehören, zusätzlich an die betreffenden Stellen abzuliefern; die abzuziehenden Sozialabgaben stehen nicht dem Arbeitnehmer zu. Abgesehen davon besteht der Schaden, der einem Arbeitnehmer entsteht, wenn der Arbeitgeber seiner Verpflichtung zur Ablieferung der Arbeitgeberbeiträge an die berufliche Vorsorge nicht nachkommt, nicht in der monatlich zu bezahlenden BVG-Prämie, sondern im Rentenverlust. Dieser Rentenverlust wird von der Klägerin nicht beziffert, weshalb ihr Anspruch auch deshalb zurückzuweisen ist. Die Beklagte ist daher gehalten, spätestens nach Rechtskraft des vorliegenden Entscheids auch mit der beruflichen Vorsorgeeinrichtung definitiv abzurechnen (vgl. demgegenüber Streiff/von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 337c OR N 15 [S. 1170]).

Entscheid des Kantonsgerichts vom 28. August 2020 A2 2019 28

3. Nachbarrecht

3.1 Art. 684 und 688 ZGB sowie § 111a Abs. 1 EG ZGB

Regeste:

Art. 684 und 688 ZGB sowie § 111a Abs. 1 EG ZGB – Nachbarrecht, hochstämmiger Baum

Zur Frage, ob ein Baum als hochstämmiger Baum im Sinne von § 111a Abs. 1 EG ZGB gilt, kann auf die Pflanzenlisten in der Publikation «Bäume und Sträucher im Nachbarrecht» von Wasserfallen/JardinSuisse (4. A. 2014) abgestellt werden.

Allgemeiner Hinweis

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wurden die Erwägungen teilweise gekürzt und/oder leicht geändert.

Aus dem Sachverhalt:

Die Kläger sind Eigentümer des Grundstücks A. Dieses Grundstück grenzt an das Grundstück B der Beklagten. Auf dem Grundstück B steht ein 10,96 Meter hoher Walnussbaum (*Juglans regia*) mit einem Grenzabstand von 4,6 Metern zum Grundstück A. Die Stammhöhe des Walnussbaums beträgt ein Meter.

Aus den Erwägungen:

1. Im vorliegenden Verfahren ist strittig, ob die Beklagte den auf ihrem Grundstück stehenden Walnussbaum zu beseitigen hat. Die einschlägigen Rechtsgrundlagen lauten wie folgt:

1.1 Gemäss Art. 684 ZGB ist jedermann verpflichtet, bei der Ausübung seines Eigentums, wie namentlich beim Betrieb eines Gewerbes auf seinem Grundstück, sich aller übermässigen Einwirkung auf das Eigentum der Nachbarn zu enthalten (Abs. 1). Verboten sind insbesondere alle schädlichen und nach der Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Luftverunreinigung, üblen Geruch, Lärm, Schall, Erschütterung, Strahlung oder durch den Entzug von Besonnung oder Tageslicht (Abs. 2).

1.2 Die Kantone sind gemäss Art. 688 ZGB befugt, für Anpflanzungen je nach der Art des Grundstücks und der Pflanzen bestimmte Abstände vom nachbarlichen Grundstück vorzuschreiben. Nach Lehre und Rechtsprechung stellt Art. 688 ZGB einen echten zuteilenden Vorbehalt zu Gunsten der Kantone auf. Gestützt darauf sind diese ermächtigt, die Abstände, welche die Eigentümer für Anpflanzungen einhalten müssen, festzulegen und Sanktionen für die Verletzung entsprechender Bestimmungen vorzusehen (BGE 126 III 452 E. 3a). Von diesem Vorbehalt hat der Kanton Zug im Gesetz betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug (EG ZGB; BGS 211.1) Gebrauch gemacht, wobei der Kantonsrat die Bestimmungen zum Nachbarrecht mit Beschluss vom 31. März 2016 revidiert hat. Diese neuen Bestimmungen sind seit dem 11. Juni 2016 in Kraft.

1.2.1 Bis zum Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen galten für Anpflanzungen folgende kantonalen Vorschriften:

Gegen den Willen des Nachbarn dürfen hochstämmige Bäume jeder Art (Waldbäume oder grosse Zierbäume, wie Platanen, Pappeln, wilde Kastanien, Nuss- und Kirschbäume und dergleichen) nicht näher als acht Meter, gewöhnliche Kulturobstbäume, wie Apfel- und Birnbäume, nicht näher als vier Meter, Zwergobst-, Zwetschgen-, Pflaumenbäume usw. nicht näher als zwei Meter, niedere bis auf drei Meter unter der Schere zu haltende Gartenbäume und Ziersträucher nicht näher als 50 Zentimeter an das nachbarliche Grundstück gesetzt werden (a§ 102 Abs. 1 EG ZGB).

1.2.2 Die neuen, seit dem 11. Juni 2016 in Kraft stehenden und im vorliegenden Fall massgebenden kantonalen Bestimmungen lauten wie folgt:

Pflanzungen dürfen, unter Vorbehalt abweichender Vereinbarungen, nie höher gehalten werden als das Doppelte ihres Grenzabstands. Ab einem Grenzabstand von 8,0 Metern besteht keine Höhenbeschränkung (§ 102 Abs. 1 EG ZGB). Bei Pflanz-

zungen, die den Abstandsvorschriften widersprechen, kann die Eigentümerschaft des betroffenen Nachbargrundstücks die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verlangen, wobei auf die Vegetationsperiode Rücksicht zu nehmen ist (§ 102b Abs. 1 EG ZGB). Hochstämmige Bäume, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Bestimmung die Maximalhöhe gemäss § 102 Abs. 1 überschreiten, bleiben in ihrem Bestand geschützt, wenn sie fünf Jahre vor Inkrafttreten dieser Bestimmung gepflanzt worden sind (§ 111a Abs. 1 EG ZGB).

1.3 Halten Pflanzungen die kantonalrechtlichen Abstände nicht ein, kann ihre Beseitigung (bzw. die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands) vorbehaltlos, d.h. ohne Nachweis übermässiger Einwirkungen im Sinne von Art. 684 ZGB, verlangt werden (BGE 126 III 452 E. 3c.bb).

2. Zwischen den Parteien ist in erster Linie strittig, ob der Walnussbaum ein hochstämmiger Baum und daher gemäss § 111a Abs. 1 EG ZGB in seinem Bestand geschützt ist.

Damit die Bestimmung von § 111a Abs. 1 EG ZGB überhaupt anwendbar ist, muss es sich allerdings nicht nur um einen hochstämmigen Baum handeln. Vielmehr muss dieser Baum auch vor dem 11. Juni 2011 (d.h. fünf Jahre vor dem Inkrafttreten der neuen Bestimmungen) gepflanzt worden sein und am 11. Juni 2016 die Maximalhöhe gemäss § 102 Abs. 1 EG ZGB überschritten haben. Diese beiden weiteren Voraussetzungen sind vorliegend offenkundig erfüllt: Der Walnussbaum ist mindestens 35-jährig und war im Jahr 2016 rund 10,5 Meter hoch. Im Weiteren ist unbestritten, dass der 4,6 Meter von der Grundstücksgrenze entfernte Walnussbaum infolge seiner Höhe die Abstandsvorschrift gemäss § 102 Abs. 1 EG ZGB im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Bestimmungen am 11. Juni 2016 nicht einhielt. Er überschritt mit seinen damaligen 10,47 Metern die zulässige Maximalhöhe von 9,2 Metern (2 x 4,6 Meter Grenzabstand).

(...)

4. Hinsichtlich der von den Klägern beantragten Beseitigung des Walnussbaums ist festzuhalten, dass gemäss § 102b Abs. 1 EG ZGB bei Pflanzungen, die den Abstandsvorschriften widersprechen, einzig die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verlangt werden kann. Gestützt auf das kantonale Recht könnte die Beklagte daher nur dazu verpflichtet werden, den Walnussbaum bis zur zulässigen Maximalhöhe von 9,2 Metern – soweit möglich und sinnvoll – «unter der Schere zu halten», nicht jedoch den Walnussbaum zu fällen. Dessen ungeachtet darf die Maximalhöhe dann überschritten werden, wenn der Walnussbaum als hochstämmiger Baum zu qualifizieren und gemäss § 111a Abs. 1 EG ZGB in seinem Bestand zu schützen ist.

5. Ob es sich beim Walnussbaum um einen hochstämmigen Baum im Sinne von § 111a Abs. 1 EG ZGB handelt, ist durch Auslegung des Gesetzes zu ermitteln.

5.1 Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Ausgangspunkt der Auslegung einer Norm bildet ihr Wortlaut. Vom daraus abgeleiteten Sinn ist jedoch abzuweichen, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass der Gesetzgeber diesen nicht gewollt haben kann. Abweichungen vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Gesetzeswortlaut sind daher zulässig oder sogar geboten, wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass er nicht dem wahren Sinn der Bestimmung entspricht. Solche Gründe können sich insbesondere aus der Entstehungsgeschichte der Norm (historisches Auslegungselement), aus ihrem Zweck (teleologisches Auslegungselement) oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften (systematisches Auslegungselement) ergeben. Bei der Auslegung einer Norm sind daher nebst dem Wortlaut auch diese Auslegungselemente zu berücksichtigen, wobei das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus befolgt und es ablehnt, die einzelnen Auslegungselemente einer Prioritätsordnung zu unterstellen. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei darf das Gericht die ratio legis nicht nach den eigenen, subjektiven Wertvorstellungen ermitteln, sondern hat sich nach den Vorgaben des Gesetzgebers zu richten. Eine historisch orientierte Auslegung ist zwar für sich alleine nicht entscheidend. Doch vermag nur sie die sich insbesondere aus den Materialien ergebende Regelungsabsicht des Gesetzgebers aufzuzeigen, welche wiederum zusammen mit den zu ihrer Verfolgung getroffenen Wertentscheidungen verbindliche Richtschnur des Gerichts bleibt (vgl. BGE 143 IV 122 E. 3.2.3; 143 III 385 E. 4.1; 142 III 557 E. 8.3; 140 I 305 E. 6.1 f.; 131 III 314 E. 2.2; je m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 8C_655/2017 vom 3. Juli 2018 E. 4.1 m.w.H.).

5.2 Der Gesetzeswortlaut von § 111a Abs. 1 EG ZGB ist insoweit unklar, als sich ihm nicht direkt entnehmen lässt, welche Bäume als hochstämmig zu qualifizieren sind. Gemäss Duden wird unter «Hochstamm» eine «Zuchtform von Gehölzen mit relativ hohem Stamm» verstanden. «Hochstämmig» bedeutet «einen hohen Stamm aufweisend». Diese Definitionen lassen offen, wann ein Baum hochstämmig ist. Es trifft zwar zu, dass sich der Begriff «Hochstamm» – wie die Kläger vorbringen – aus den beiden Wörtern «hoch» und «Stamm» zusammensetzt, weshalb für einen hochstämmigen Baum – auch in Einklang mit den Definitionen des Duden – durchaus ein Stamm mit einer gewissen Höhe vorausgesetzt werden darf. Dass dabei jedoch alleine die effektive Höhe eines bestimmten Baumstamms für die Definition des

«Hochstämmers» massgebend sein soll, ist dem Wortlaut nicht eindeutig zu entnehmen. So sieht § 111a Abs. 1 EG ZGB denn auch keine bestimmte Stammhöhe vor.

5.3 Es stellt sich somit die Frage, welche Pflanzungen nach dem Willen des Gesetzgebers unter den in § 111a Abs. 1 EG ZGB verwendeten Begriff der hochstämmigen Bäume fallen. Gerade bei jüngeren Gesetzen – wie den vorliegend revidierten Bestimmungen des EG ZGB – kommt der historischen Auslegung und damit den Materialien zur Gesetzesrevision eine besondere Bedeutung zu.

(. . .)

5.3.2 Vor und an der 2. Lesung im Kantonsrat schlug die vorberatende Kommission vor, § 111a Abs. 1 EG ZGB wie folgt zu formulieren: «Hochstämmige Bäume, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Bestimmung die Maximalhöhe gemäss § 102 Abs. 1 EG ZGB überschreiten, bleiben in ihrem Bestand geschützt, wenn sie fünf Jahre vor Inkrafttreten dieser Bestimmung gepflanzt worden sind». Diese Formulierung stelle klar, dass ein Bestandesschutz nur für hochstämmige Bäume, d.h. für Baumtypen, die in Fachkreisen als «Hochstämme» bezeichnet würden, bestehe. Der Regierungsrat schloss sich diesem Antrag an der 2. Lesung im Kantonsrat an, woraufhin das Gesetz mit diesem Wortlaut verabschiedet wurde (vgl. S. 2 der Anträge der vorberatenden Kommission zur 2. Lesung [Hervorhebungen hinzugefügt]).

(. . .)

5.4.1 Unbestritten ist, dass hinsichtlich der Definition des hochstämmigen Baums an der 1. Lesung im Kantonsrat sowie in den Anträgen der vorberatenden Kommission zur 2. Lesung auf Fachleute und Fachmeinungen bzw. Fachkreise verwiesen wurde.

(. . .)

5.5 Regierungsrätin Manuela Weichelt-Picard hielt an der 1. Lesung im Kantonsrat fest, für Fachleute sei klar, was «hochstämmig» sei. Wann ein Baum als hochstämmig gilt, ist allerdings nicht abschliessend geklärt; vielmehr kommt es in der Praxis mit Bezug auf den Begriff des «Hochstämmers» regelmässig zu Abgrenzungsschwierigkeiten.

5.5.1 Wie die Kläger zutreffend vorbringen, wird der Begriff «Hochstammbaum» bzw. «Hochstämme» von Baumzüchtern und in Baumschulen als Fachbegriff verwendet. In der Baumzucht gilt als «Hochstämme» ein Baum, welcher einen Stamm von einer bestimmten Höhe aufweist, was oftmals künstlich – z. B. in Baumschulen mittels Absägens aller Äste unterhalb der gewünschten Kronenhöhe – erreicht wird. Die Höhe eines Stamms wird dadurch zu einem gewissen Qualitätsmerkmal eines einzelnen Baums. In den Fachkreisen werden bei der Definition eines «Hochstäm-

mers» verschiedene Stammhöhen vorgeschlagen: 1,2 und 1,6 Meter gemäss den Hochstamm Suisse Richtlinien (unterteilt nach Steinobstbäumen [1,2 Meter] sowie Kernobstbäumen, Kastanien- und Nussbäumen [1,6 Meter], wobei auch Ausnahmen bewilligt werden können [vgl. Ziff. 3.1 Abs. 2 der Richtlinien]); 1,7 Meter gemäss den Schweizer Qualitätsbestimmungen für Baumschulpflanzen und Stauden von «Jardin-Suisse» und 1,8 bzw. 2 Meter bei zwei- bzw. dreimal verpflanzten Bäumen gemäss der aktuellen DIN-Norm 18916 (vgl. Ziff. 4.1 der DIN-Norm 18916 i.V.m. den Gütebestimmungen für Baumpflanzschulen, Ziff. 2.3.1.1 und 2.3.2.1; FLL [Hrsg.], Fokus Baum, 2. A. 2019, S. 46 und 121).

Demgegenüber wird in der Botanik (bzw. der Dendrologie als Teilgebiet der Botanik, welche sich mit verholzenden Pflanzen, insbesondere Bäumen, Sträuchern und verschiedenen Kletterpflanzen beschäftigt) nicht zwischen verschiedenen Stammhöhen eines Baums unterschieden. Bäume haben – im Unterschied zu Sträuchern – in der Regel einen kräftigen, verholzenden Stamm und eine belaubte Krone. Zudem ist anerkannt, dass die Ausbildung des Stamms und der Seitenäste zur Krone durch die genetische Veranlagung der jeweiligen Baumart bestimmt wird (vgl. Lüder, Grundkurs Gehölzbestimmung, 3. A. 2018, S. 16 f.).

5.5.2 Im Pflanzenrecht zeigt sich exemplarisch, dass bestimmte Begrifflichkeiten von verschiedenen Kreisen unterschiedlich verwendet werden. Gemäss der botanischen Nomenklatur wird in der Fachsprache eine Pflanze mit einem aus der Gattungsbezeichnung (z. B. «Juglans») und der Artbezeichnung (z. B. «regia») zusammengesetzten lateinischen und latinisierten Namen eindeutig bezeichnet. Diese beiden Angaben genügen aus botanischer Sicht, um eine Pflanze eindeutig zuzuordnen. Eine zusätzliche Sortenbezeichnung kann zur Unterscheidung von Eigenschaften bestimmter Pflanzenarten (z. B. bei unterschiedlichen Blütenfarben) angegeben werden, hat aber botanisch keine Bedeutung. Demgegenüber werden in der Umgangssprache die Begriffe «Gattung», «Art» und «Sorte» nicht konsequent voneinander unterschieden. Hingegen findet sich in der Alltagssprache der von der Botanik nicht näher definierte Begriff des «Typs» einer Pflanze. Die erwähnten Begriffe werden umgangssprachlich oftmals generell als Sammelbegriffe für eine bestimmte Pflanzenart im botanischen Sinn verwendet. Zur Ermittlung des gesetzgeberischen Willens ist im Folgenden derjenige Sprachgebrauch massgebend, von welchem der Gesetzgeber in seinen Beratungen ausging und gestützt auf welchen er die Gesetzesbestimmungen erliess. Würde den Gesetzesbestimmungen im Nachhinein ein anderer Bedeutungsgehalt beigemessen, liefe dies auf eine Missachtung des gesetzgeberischen Willens hinaus.

5.5.3 Entscheidend ist vorliegend, dass der Bestandesschutz gemäss § 111a Abs. 1 EG ZGB nach dem gesetzgeberischen Willen nur für hochstämmige Bäume, d.h. für Baumtypen, die in Fachkreisen als «Hochstämme» bezeichnet werden, gilt (vgl. S. 2 der Anträge der vorberatenden Kommission zur 2. Lesung [Hervorhebung hinzuge-

fügt)). Dass der Botanik der Begriff des Baumtyps in ihrer systematischen Einteilung fremd ist, ändert nichts daran, dass der Kantonsrat – in der botanischen Fachsprache gesprochen – auf die einzelne Baumart (z. B. «Juglans regia») abstellte.

Daraus folgt, dass es für die Qualifikation eines Baums als «Hochstämmer» im Sinne von § 111a Abs. 1 EG ZGB nur auf die Baumart ankommt. Der Kantonsrat stellte für die Definition hochstämmiger Bäume mithin auf den einer Baumart innewohnenden, natürlichen Keim zum artgemässen Hochstammwachstum – bzw. auf seine genetische Veranlagung entsprechend der grundlegenden Botanik – ab. Die «konkrete Gestalt» des einzelnen Baums (z. B. die effektive Höhe seines Stamms) spielt somit keine Rolle (vgl. Roos, Pflanzen im Nachbarrecht, 2002, S. 149), was auch mit der botanischen Lehre übereinstimmt (vgl. Roloff, Handbuch Baumdiagnostik, 2015, S. 8 [es geht nicht um den gerade aktuellen Habitus eines bestimmten Baums, sondern um den potenziellen der Baumart allgemein]). Neigt somit eine Baumart zum artgemässen Hochstammwachstum, gilt ein Baum dieser Art – unabhängig von seinem tatsächlichen Erscheinungsbild – als hochstämmiger Baum bzw. «Hochstämmer» im Sinne von § 111a Abs. 1 EG ZGB (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden R 17 15 vom 12. September 2017 E. 4). Diese Ansicht scheint im Übrigen auch das Bundesgericht zu teilen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_69/2017 vom 25. Oktober 2017 E. 3.1.1; Roos, a.a.O., S. 149).

Somit ist nach dem gesetzgeberischen Willen auf diejenigen Fachkreise abzustellen, welche Baumarten im Sinne ihrer art- bzw. naturgemäss üblichen Gestalt als hochstämmige oder nicht hochstämmige Bäume bezeichnen. Demgegenüber ist der Fachkreis der Baumzucht, der zur Definition des Fachbegriffs des «Hochstämmers» auf die Stammhöhe eines Baums abstellt, nicht zu berücksichtigen.

5.5.4 Damit ist dem Hauptargument der Kläger, wonach der streitige Walnussbaum infolge seiner geringen Stammhöhe kein «Hochstämmer» im Sinne von § 111a Abs. 1 EG ZGB sei, der Boden entzogen. Entgegen ihrer Auffassung ist nach dem gesetzgeberischen Willen eben nicht die menschengemachte Zuchtform eines Baums für dessen Einordnung massgebend, sondern die Baumart. Es trifft daher auch nicht zu, dass die Beklagte den Walnussbaum mittels entsprechenden Schnitts und fachmännischer Pflege zu einem «Hochstämmer» im Sinne von § 111a Abs. 1 EG ZGB hätte trimmen können. Wie gesehen, kommt es im Zusammenhang mit dem «Hochstämmer» gemäss § 111a Abs. 1 EG ZGB – im Unterschied zur Baumzucht – eben gerade nicht darauf an, ob der Walnussbaum (z. B. durch Absägen der unteren Äste) zu einem «Hochstämmer» hätte «herangezüchtet» werden können. Im Übrigen könnte dadurch die Qualifikation eines Baums mit einem menschlichen Eingriff beeinflusst werden, was nicht sachgerecht wäre (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden R 17 15 vom 12. September 2017 E. 4.b).

5.5.5 Es erstaunt daher auch nicht, dass es in den von den Klägern angeführten Publikationen („Schweizer Qualitätsbestimmungen für Baumschulpflanzen und Stauden“ von «JardinSuisse»; «Hochstamm Suisse Richtlinien» von «Hochstamm Suisse») und der von der Vorinstanz hinzugezogenen Verordnung über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft hauptsächlich um die Qualitätssicherung von Pflanzen und Bäumen geht (vgl. den Anhang 4 Ziff. 12.1 und 12.2 zur DZV [Qualitätsstufe I und II]). Dies stellen die Kläger denn auch gar nicht in Abrede. Vielmehr führen sie diesbezüglich an, dass mit dem Abstellen auf diese Publikationen eben gerade sichergestellt werde, dass nur Bäume in ihrem Bestand geschützt würden, die eine gewisse Qualität aufwiesen. Dabei verkennen sie aber, dass das (allenfalls) baumzüchterisch erzeugte „Qualitätsmerkmal“ der bestimmten Stammhöhe auf die Zuordnung eines Baumtyps bzw. einer Baumart zu den «Hochstämmern» keinen Einfluss hat.

5.5.6 Die Kläger argumentieren im Weiteren, dass es der Rechtssicherheit abträglich wäre, wenn der Walnussbaum aufgrund seiner Gattung [bzw. Art] als «Hochstämmer» taxiert würde, während die [baumzüchterische] Praxis für den Begriff des Hochstamms eine andere Definition verwende. Diesfalls gäbe es fortan zwei Definitionen davon, was ein «Hochstammbaum» sei, was offensichtlich nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sei. So habe Regierungsrätin Manuela Weichelt-Picard an der 1. Lesung im Kantonsrat denn auch festgehalten, dass eine Definition des Begriffs «hochstämmig» im EG ZGB unnötig sei und zu Rechtsunsicherheiten führen könnte, wenn diese von der Fachmeinung abweiche.

Bei dieser Argumentation verkennen die Kläger, dass der Begriff des «Hochstämmers» bereits heute zwei Definitionen kennt – nämlich diejenige, welche der grundlegenden Botanik zugrunde liegt, und diejenige, welche in der Baumzucht verwendet wird. Daraus können die Kläger jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten, zumal nach dem Willen des Gesetzgebers betreffend § 111a Abs. 1 EG ZGB auf die grundlegende Botanik abzustellen ist. Dass mit diesen unterschiedlichen Definitionen eine Rechtsunsicherheit einhergeht, ist zwar unbefriedigend, letztlich aber hinzunehmen, bringt doch nicht der blosse Gesetzeswortlaut, sondern erst die Gesetzesauslegung den wahren Sinn einer Bestimmung zu Tage. Abgesehen davon würde mit der von den Klägern vertretenen Auffassung die geltend gemachte Rechtsunsicherheit noch verstärkt, wäre doch damit nicht geklärt, ob für einen «Hochstämmer» die Stammhöhe nun mindestens 1,2 oder 1,6 oder 1,7 oder gar 1,8 bis 2 Meter (bei mehrfach verpflanzten Bäumen) betragen muss.

5.5.7 Schliesslich berufen sich beide Parteien auf eine Äusserung von Regierungsrätin Manuela Weichelt-Picard an der 2. Lesung im Kantonsrat, wonach «die Fünfjahresfrist [. . .] verhindern [soll], dass Grundeigentümerinnen und -eigentümer vor Inkrafttreten der revidierten Bestimmungen noch rasch hochstämmige Bäume pflanzen, in der Absicht, von den attraktiveren Grenzabstandsbestimmungen des noch geltenden Rechts zu profitieren und danach Bestandesschutz zu geniessen». Diese

Äusserung spricht jedoch weder für die eine noch die andere Auffassung der Parteien hinsichtlich des Begriffs hochstämmiger Bäume. So hätten einerseits – nach Lesart der Beklagten – noch rasch Baumarten, die den natürlichen Keim zum artgemässen Hochstammwachstum in sich tragen, gepflanzt werden können. Andererseits hätten aber – im Sinne der klägerischen Auffassung – auch noch Bäume mit einer Stammhöhe von 1,2 bis 1,7 oder 1,8 bis 2 Metern (z. B. in einem Grenzabstand von 0,5 Metern) gepflanzt werden können. Allerdings wurde – wie die Beklagte zu Recht vorbringt – die effektive Stammhöhe im ganzen Gesetzgebungsverfahren nie thematisiert, was gegen die klägerische Auffassung spricht.

5.5.8 Zu prüfen bleibt, gestützt auf welche Publikation zu bestimmen ist, ob eine Baumart das Hochstammwachstum in sich trägt oder nicht.

Zur einfachen und praktikablen Bestimmung, ob eine bestimmte Baumart als «Hochstämmer» im Sinne von § 111a Abs. 1 EG ZGB zu qualifizieren ist, eignet sich die Pflanzenlisten der Publikation „Bäume und Sträucher im Nachbarrecht“ von Andreas Wasserfallen und «JardinSuisse» (vgl. Wasserfallen/JardinSuisse, Bäume und Sträucher im Nachbarrecht, 4. A. 2014, S. 3). Dabei fällt zwar vorab auf, dass auch in dieser Publikation in der Tabelle «Kantone und Pflanzabstände» solche Bäume «als hochstämmig [...] bezeichnet [werden], deren unterste Äste erst ab einer Stammhöhe von rund 1.70 m austreiben» (vgl. Wasserfallen/JardinSuisse, a.a.O., S. 10 Fn 5). Auch in den «Erläuterungen zu den Pflanzenlisten» findet sich unter der Kategorie «Hochstämmige Obstbäume» der Hinweis, dass «Obstbäume mit einem Stamm, deren Kronenansatz bei mindestens 1.70 m liegt, [...] als Hochstamm-Obstbäume bezeichnet» werden (vgl. Wasserfallen/JardinSuisse, a.a.O., S. 29). Entgegen der klägerischen Auffassung kann daraus aber nicht geschlossen werden, dass es sich beim vorliegenden Walnussbaum [wegen seiner geringen Stammhöhe] nicht um einen Hochstammbaum handelt. In der Tabelle «Kantone und Pflanzabstände» wird nämlich auf sämtliche kantonalen Bestimmungen Bezug genommen und im Übrigen ebenso ausgeführt, dass unter hochstämmigen Bäumen generell auch Nussbäume zu verstehen seien (vgl. Wasserfallen/JardinSuisse, a.a.O., S. 10 Fn 5). Auch «hinsichtlich der Kategorie Hochstämmige Obstbäume» wird in der Publikation darauf hingewiesen, dass die dort aufgeführten Kategorien «meist aus den kantonalen Einführungsgesetzen zum Zivilgesetzbuch (EG ZGB) stammen» (Wasserfallen/JardinSuisse, a.a.O., S. 29). Eine konkret auf den Kanton Zug bezogene Regelung lässt sich diesen allgemeinen Bemerkungen jedoch nicht entnehmen, zumal die zugerischen Bestimmungen in der Zwischenzeit ohnehin revidiert worden sind. Insbesondere verkennen die Kläger aber auch, dass vor der Revision die in a§ 102 Abs. 1 EG ZGB aufgezählten Nussbäume per se als hochstämmige Bäume galten, ohne dass eine bestimmte Stammhöhe bzw. eine Stammhöhe von 1,7 Metern vorausgesetzt war. Gemäss dem neuen Recht ist aber hinsichtlich der Definition hochstämmiger Bäume im Sinne von § 111a Abs. 1 EG ZGB nur noch auf den von Fachkreisen als «Hochstämmer» bezeichneten «Baumtyp» abzustellen. Mithin kann

aus den früher geltenden Bestimmungen auch die Beklagte nichts zu ihren Gunsten ableiten.

5.5.9 Entscheidend ist vorliegend, dass die Publikation «Bäume und Sträucher im Nachbarrecht» unter «Teil 2 Fachliche Grundlagen» die beiden Pflanzenlisten «Laubgehölze» und «Nadelgehölze» führt und darunter verschiedene Baumarten listet (Wasserfallen/JardinSuisse, a.a.O., S. 34-52). Mithilfe dieser beiden Pflanzenlisten lässt sich in einfacher und praktikabler Weise bestimmen, welche Baumarten von Natur aus den hochstämmigen Bäumen zuzuordnen sind. Die (Mit-)Zugehörigkeit zu den «hochstämmigen Bäumen» (Kategorie A) oder den «hochstämmigen Obstbäumen» (Kategorie B) genügt, damit eine Baumart als hochstämmiger Baum im Sinne von § 111a Abs. 1 EG ZGB gilt, ist doch damit die genetische Veranlagung belegt (vgl. z. B. das Beispiel des Apfelbaums [*Malus domestica*] bei Wasserfallen/JardinSuisse, a.a.O., S. 41). Übereinstimmend mit der Beurteilung des Bundesgerichts, welches die Rosskastanie im Verfahren 1C_69/2017 als hochstämmig qualifizierte, bezeichnet auch die Pflanzenliste «Laubgehölze» die Rosskastanie klarerweise als hochstämmigen Baum (vgl. die Rosskastanie [*Aesculus hippocastanum*] bei Wasserfallen/JardinSuisse, a.a.O., S. 34).

(. . .)

5.6 Neben der historischen Auslegung ist das teleologische Element besonders wichtig, da es der Ermittlung des Zwecks einer Gesetzesbestimmung dient. Es ist oftmals eng mit der Entstehungsgeschichte einer Norm – d.h. dem historischen Auslegungselement – verbunden. Um zur «ratio legis» zu gelangen, muss man sich fragen, welche Interessen dem Gesetzgeber vorgelegen haben und wie er die Interessenabwägung vorgenommen hat. Häufig kann auch die systematische Stellung der auszulegenden Norm im Gesamtkontext eines Gesetzes – mithin das systematische Auslegungselement – helfen, den Zweck einer Norm zu eruieren.

Der Gesetzgeber wollte mit dem als «Übergangsbestimmung» betitelten § 111a Abs. 1 EG ZGB bestimmten Bäumen eine «Bestandesgarantie» zugestehen und dabei explizit «stattliche» sowie «alte, wertvolle» Bäume schützen (vgl. das Protokoll des Kantonsrats vom 28. Januar 2016, Vormittag, 1. Lesung, S. 712). Da auch in diesem Zusammenhang die effektive Stammhöhe mit keinem Wort erwähnt wurde, scheint klar, dass die Stammhöhe für die «Stattlichkeit» eines Baums keine Rolle spielen kann. Es kommt folglich nicht – bzw. nicht nur – auf die Stammhöhe an, ob ein Baum «stattlich» ist oder nicht. Die «Stattlichkeit» ergibt sich vielmehr gestützt auf eine Gesamtbetrachtung des Baums (gemäss Duden bedeutet «stattlich»: «von beeindruckender grosser und kräftiger Statur» bzw. «[in Hinsicht auf äussere Vorzüge] ansehnlich, bemerkenswert»). Die teleologische Auslegung deckt sich demnach mit den Ausführungen zur historischen Auslegung, weshalb ohne Weiteres darauf verwiesen werden kann.

5.7 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich dem Wortlaut von § 111a Abs. 1 EG ZGB nicht eindeutig entnehmen lässt, was unter «hochstämmigen Bäume» im Sinne dieser Bestimmung zu verstehen ist. Auch aus der systematischen Stellung der Norm lässt sich diesbezüglich nichts ableiten. Jedoch gebieten das historische und das teleologische Auslegungselement die art- bzw. naturgemäss übliche Gestalt einer bestimmten Baumart zu berücksichtigen, um die «hochstämmigen Bäume» im Sinne von § 111a Abs. 1 EG ZGB zu bestimmen. Hierzu kann auf die Pflanzenlisten «Laubgehölze» und «Nadelgehölze» der Publikation «Bäume und Sträucher im Nachbarrecht» abgestellt werden: Zählen diese Pflanzenlisten eine Baumart zu den hochstämmigen Bäumen (oder hochstämmigen Obstbäumen), gilt der dieser Baumart zugehörige Baum als hochstämmiger Baum im Sinne von § 111a Abs. 1 EG ZGB. Demgegenüber sind die Kriterien des in der Baumzucht gebräuchlichen Fachbegriffs des «Hochstamms», d.h. die tatsächliche Einhaltung einer bestimmten Stammhöhe, nicht massgeblich. Ob die «Stattlichkeit», das Alter oder der «Wert» eines Baums als zusätzliche Voraussetzung für das Vorliegen eines «hochstämmigen Baums» gilt, kann vorliegend offenbleiben, sind diese Kriterien beim vorliegenden Walnussbaum doch ohne Weiteres erfüllt.

6. Die Pflanzenliste «Laubgehölze» der Publikation «Bäume und Sträucher im Nachbarrecht» qualifiziert den Walnussbaum als hochstämmigen Baum bzw. hochstämmigen Obstbaum (vgl. Wasserfallen/JardinSuisse, a.a.O., S. 40). Damit gehört der vorliegend zu beurteilende Walnussbaum der Beklagten zu den hochstämmigen Bäumen im Sinne von § 111a Abs. 1 EG ZGB. Ausserdem kann er zweifellos als «stattlich» bezeichnet werden und auch sein Alter ist beachtlich. Einen solchen Baum wollte der Gesetzgeber mithin klarerweise weiterhin im Bestand schützen.

(...)

Obergericht, I. Zivilabteilung, Urteil vom 27. November 2020 (Z1 2019 25)

4. Familienrecht

4.1 Art. 134 ZGB, Art. 298 ZGB, Art. 308 ZGB

Regeste:

Art. 134 ZGB, Art. 298 ZGB, Art. 308 ZGB – Verfahren betreffend Abänderung des Scheidungsentscheids . Keine Änderung der Obhut(E. 3). Partieller Entzug der elterlichen Sorge bei Uneinigkeit der Eltern über ärztlich empfohlene Ritalinbehandlung eines zwölfjährigen Kindes (E. 4). Festlegung eines Besuchsrechts (E. 5). Verteilung der Prozesskosten (E. 7).

Aus dem Sachverhalt:

Aus der Ehe der Parteien ist der gemeinsame Sohn D., geb. 2007, hervorgegangen. Im Jahr 2013 wurde die Ehe geschieden, D. unter gemeinsamer elterlicher Sorge belassen und unter die Obhut der in Deutschland wohnhaften Beklagten (Mutter) gestellt wurde. Im Jahr 2015 haben die Parteien schriftlich vereinbart, D. unter die Obhut des Klägers (Vater) zu stellen. D. zog zum Kläger in die Schweiz.

Im Jahr 2020 reichte der Kläger beim Kantonsgericht Zug, Einzelrichter, eine Klage auf Abänderung des Scheidungsentscheids ein und verlangte im Wesentlichen, dass D. unter seine alleinige elterliche Sorge gestellt werde. Die Beklagte beantragte in der Klageantwort, dass D. unter ihre alleinige elterliche Sorge und wieder unter ihre Obhut gestellt werde.

Der Einzelrichter hörte das Kind D. an, holte einen schriftlichen Bericht bei den Unterstützenden Diensten der KESB Zug ein und führte eine Parteibefragung mit Hauptverhandlung durch.

Am 22. September 2020 entschied das Kantonsgericht Zug, Einzelrichter, dass beiden Eltern die gemeinsame elterliche Sorge über D., geb. 2007, in der Angelegenheit «AD(H)S/Autismus-Untersuchung und -Therapie» bis auf Weiteres entzogen (Art. 308 Abs. 3 ZGB) wird. Weiter regelte das Gericht den persönlichen Verkehr wie folgt: «Die Mutter wird verpflichtet und berechtigt, jeden Mittwoch nach dem Mittag mit D. per Telefon oder Videotelefon zu sprechen und ab 1. Januar 2021 mit ihm pro Jahr während der Schulferien drei Wochen Ferien zu verbringen, wobei die Ferien zwischen den Eltern drei Monate im Voraus abzusprechen sind. Können sie sich nicht einigen, so kommt der Mutter in Jahren mit ungerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu und in Jahren mit gerader Jahreszahl dem Vater. Die Ausübung des Ferienrechts erfolgt auf eigene Kosten». Schliesslich ordnete das Kantonsgericht Zug für D. eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB an und ersuchte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Kantons Zug (KESB) darum, eine Beistandsperson zu bestellen und dieser die folgenden Aufgaben zu übertragen:

A. AD(H)S/Autismus-Untersuchung und -Therapie:

- Anmeldung von D. zu einer umfassenden ADS/ADHS/Autismus-Untersuchung bei Dr.med. K. oder – bei Verhinderung desselben – einem von der Beistandsperson zu bestimmenden Kinderarzt im Kanton Zug mit Fachgebiet ADS/ADHS/Autismus samt Bericht (Untersuchungsbericht) mit allfälligen Therapieempfehlungen, wobei dem Kinderarzt insbesondere folgende Fragen zu unterbreiten sind:

1. Hat D. ADS/AHDS/Autismus?
2. Falls ja: Empfiehlt der Kinderarzt eine Behandlung oder nicht?
3. Falls eine Behandlung empfohlen wird: Welche Behandlung empfiehlt der Kinder-

arzt?

4. Falls eine Behandlung mit einem Stimulans (z. B. Ritalin) empfohlen wird: Wäre ohne die Behandlung mit dem Stimulans D.s Wohl ernsthaft gefährdet (Abwärtsspirale etc.)?

4. Hat der Kinderarzt weitere Bemerkungen?

- Zustellung des Untersuchungsberichts mit allfälligen Therapieempfehlungen des Kinderarztes an beide Eltern;

- Versuch, mit beiden Eltern eine gemeinsame Lösung über die Anordnung oder Nichtanordnung einer Therapie zu finden;

- Für den Fall, dass innert einem Monat ab Empfang des Untersuchungsberichts durch die Beistandsperson keine Einigung zwischen Eltern gefunden werden kann: Entscheid (durch die Beistandsperson) über Anordnung oder Nichtanordnung einer Therapie gestützt auf schriftliche Empfehlung des Kinderarztes und Anmeldung von D. zur Therapie beim Kinderarzt oder bei einer vom Kinderarzt empfohlenen Drittperson;

- Information der Eltern über Therapieverlauf;

- Begleitung von D. während Therapie, und, gestützt auf schriftliche Empfehlung des Kinderarztes, gegebenenfalls Entscheid über Abbruch der Therapie;

- Stete Überprüfung, ob partielle Beschränkung der gemeinsamen elterlichen Sorge aufgehoben werden kann, und, gegebenenfalls, Antragstellung bei der KESB.

B. Besuchsrecht (Besuchsrechtsbeistandschaft)

- Vermittlung bei Konflikten bei der Ausübung des persönlichen Verkehrs.

C. Weitere Kinderbelange

- Hinarbeiten auf Verbesserung der Kommunikation (inkl. Informationsaustausch) unter den Eltern;

- Überprüfung, ob Beistandschaft noch erforderlich ist oder ob sogar ein weiterer partieller oder gänzlicher Entzug der elterlichen Sorge erforderlich ist, und gegebenenfalls Antragstellung bei der KESB.

Aus den Erwägungen:

1. Der Kläger ist Schweizer, die Beklagte amerikanische Staatsangehörige. Der Kläger wohnt im Kanton Zug, die Beklagte in Deutschland. Es liegt somit ein internationaler Sachverhalt im Sinne von Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) vor.

Strittig ist vorliegend die elterliche Sorge und Obhut über D. Die Zuständigkeit und das anwendbare Recht bestimmen sich nach dem Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern vom 19. Oktober 1996 (Haager Kindesschutzübereinkommen [HKsÜ]; SR 0.211.231.011; s. Art. 3 HKsÜ). Gemäss Art. 5 Ziff. 1 HKsÜ sind die Gerichte des Vertragsstaats, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat,

zuständig, um Massnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens des Kindes zu treffen. Da D. seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Kanton Zug hat, ist das Kantonsgericht international (Art. 5 Ziff. 1 HKsÜ) und örtlich (Art. 2 IPRG) zuständig. Die sachliche und funktionelle Zuständigkeit des Einzelrichters des Kantonsgerichts Zugs ergibt sich aus § 28 Abs. 2 lit. e GOG sowie Art. 198 lit. c und Art. 284 ZPO. Anwendbares Recht ist gemäss Art. 15 Ziff. 1 HKsÜ das Schweizer Recht.

2. Auf Begehren eines Elternteils, des Kindes oder der Kindesschutzbehörde ist die Zuteilung der elterlichen Sorge neu zu regeln, wenn dies wegen wesentlicher Veränderung der Verhältnisse zum Wohl des Kindes geboten ist (Art. 134 Abs. 1 ZGB). Diese Bestimmung befasst sich mit der Änderung der per Scheidungsurteil geregelten Kinderbelange, wobei sich Abs. 1 auf die elterliche Sorge und Abs. 2 auf die übrigen Wirkungen des Kindesverhältnisses, namentlich Obhut und persönlicher Verkehr, bezieht. Die im Scheidungsurteil getroffene Regelung der Kinderbelange ist grundsätzlich auf Dauer angelegt, muss allerdings bei entscheidend und auf eine relevante Dauer veränderten Verhältnissen angepasst werden können. Ob eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse eine Abänderung der getroffenen Anordnungen bewirken soll (Interventionsschwelle), beurteilt sich aus der Perspektive des Kindeswohls. Eine Neuregelung der Elternrechte (elterliche Sorge, Obhut, Betreuung, persönlicher Verkehr) setzt voraus, dass die Beibehaltung der geltenden Regelung das Wohl des Kindes ernsthaft zu gefährden droht; das Gericht muss zum Schluss kommen, dass die aktuelle Regelung dem Kind mehr schadet als der Verlust an Kontinuität in der Erziehung und den Lebensumständen, der mit der Änderung einhergeht (Fountoulakis/Breitschmid, Basler Kommentar, 6. A. 2018, Art. 134 ZGB N 1–3; Urteil des Bundesgerichts 5A_266/2017 vom 29. November 2017 E. 8.3; je mit Hinweisen).

Im Abänderungsverfahren ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob ein Abänderungsgrund vorliegt (Interventionsschwelle). Bejahendenfalls sind in einem zweiten Schritt jene Parameter, für die ein Abänderungsgrund vorliegt, anzupassen. Hinsichtlich des ersten Schrittes haben bei der elterlichen Sorge vorliegend – trotz Geltung der Untersuchungs- und Oficialmaxime (Art. 55 Abs. 2 und Art. 58 Abs. 2 i.V.m. Art. 296 ZPO) – beide Parteien (beide beantragen eine Änderung) und bei der Obhut die Beklagte (sie beantragt die Umteilung) gestützt auf Art. 8 ZGB diejenigen Umstände zu beweisen (Beweislast), aus denen sich die Erheblichkeit und Dauer der geltend gemachten Veränderung der Verhältnisse ergibt (Beweis des Abänderungsgrundes; s. auch Summermatter, Zur Abänderung von Kinderalimenten, FamPra.ch 01/2012 S. 38 ff., 49 und 53 ff.).

3. Zwischen den Parteien ist strittig, unter wessen Obhut D. zu stellen ist. D. ist zurzeit unter der Obhut des Klägers. Die Beklagte beantragt die Umteilung dieser Obhut, während der Kläger auf Abweisung dieses Antrags schliesst.

3.1 Zur Begründung ihres Antrags führt die Beklagte zusammengefasst aus, dass D.

in der Schweiz fünf Jahre lang keine Chance gegeben worden sei, um Leistungen gemäss seinem nachweislich guten kognitiven Potential zu zeigen. Dem Kläger sei es gemäss Abklärungsbericht der KESB schon zu viel, eine einzige Stunde am Tag in D.s schulische Unterstützung zu investieren. Auch während der Covid-19-Krise habe er D. nicht zu Hause unterstützt, was dazu geführt habe, dass D. in die Notbetreuung der Schule gegangen sei, obwohl er gewusst habe, dass D. insbesondere in der ihm unbekanntem Fernunterrichtssituation seine Unterstützung und Anleitung dringend benötigt hätte. Der Kläger gebe seine Verantwortung für das Kind ab. Aus den Schulprotokollen gehe hervor, dass D. in den Fächern, in denen er gut sei, weil er Wissen habe, wie beispielsweise im Fach Deutsch, sich durchaus konzentrieren könne. Wo Wissenslücken bestünden, weil der Kläger das Wissen D.s seit dem Umzug in die Schweiz nicht gefördert hätte, sei D.s Bereitschaft nicht ausgeprägt, was aber nichts mit Konzentrationsschwierigkeiten zu tun habe. Es bestehe eine konkrete Gefährdung des Kindeswohls durch intellektuell-kognitive und emotionale Vernachlässigung, durch fehlende Kontinuität hinsichtlich einer stabilen Erziehung für eine ausgeglichene Persönlichkeitsentwicklung des Kindes und durch fehlende Bildungsfürsorge. Ihr (der Beklagten) sei es nicht zu viel, private Zeit zu investieren, sich mit D. hinzusetzen und ihn schulisch und emotional zu unterstützen. Sie sei fähig, D. in der weiteren Entwicklung zu fördern, was sie in der Vergangenheit bewiesen habe und nachzulesen sei in Berichten von deutschen Lehrpersonen und therapeutischen Fachkräften. Sie habe D. freiwillig mit den besten Absichten und wie von ihr vorgesehen nur temporär in die Obhut des Klägers gegeben. Seitdem sei D. ihr vom Kläger kontinuierlich entfremdet, in der Schweiz zweimal zurückversetzt und leistungsmässig von einem guten Schüler auf das Niveau der Schweizer Realschule herabgestuft worden. Sie möchte D. zurückhaben, um zu gewährleisten, dass er körperlich gesund bleibe und um ihm eine Chance in diesem Leben zu geben (. . .).

Der Kläger wendet im Wesentlichen ein, dass der Beklagten einzig das schulische Weiterkommen wichtig sei, wobei sie zu vergessen scheine, dass sich Kinder nicht nur über ihre schulischen Fähigkeiten auszeichnen. Zudem sei D. in der Schweiz zwei Klassenstufen zu hoch eingeschult worden. Erst nach zweimaligem Wiederholen sei er mit Gleichaltrigen in der Klasse gewesen. Als der Kläger gemerkt habe, dass D. in der Tagesschule M. nicht mehr gut zurechtgekommen sei, habe er gemeinsam mit allen Personen, die D. gut gekannt hätten, eine Lösung gesucht. Es habe sich um D.s Klassenlehrerin N., die Rektorin der M. Frau O., die Kinderpsychologin E., D.s Hausarzt Dr. P., D.s Kinderarzt Dr. Q. und die Familie gehandelt. Alle hätten erkannt, dass eine Schule wie das H. die notwendigen Strukturen vermitteln könne. Die Beklagte habe aber diesen Schritt verweigert mit der Begründung, es habe an der Schule H. zu viele Männer. Dem Kläger sei es stets wichtig gewesen, dass D. nicht nur auf Leistung gedrillt werde, sondern auch die Möglichkeit habe, seine Kindheit zu geniessen, er mithin nicht nur intellektuell gefördert werde, sondern auch einen Ausgleich im Sport (Fussball und neu Basketball anstelle von Fussball) und der Musik

(Klavierunterricht) habe. Im Weiteren habe der Kläger sein Arbeitspensum reduziert, als D. in die Schweiz gekommen sei. Wenn D. von der Schule nach Hause komme, sei er da. Wenn er einmal nicht anwesend sei, organisiere er sich mit den Nachbarn oder seinen Töchtern. Dass sich der Kläger teilweise organisieren müsse und auf Hilfe zurückgreifen müsse, könne ihm nicht vorgehalten werden; dies müssten alle berufstätigen Eltern, wie dies im Übrigen auch die Beklagte, die mit ihrer Mutter zusammenwohne, habe tun müssen (. . .).

3.2 Vorliegend ist nicht ersichtlich, inwiefern D.s Wohl gefährdet wäre, wenn er unter der Obhut des Klägers bleibt.

3.2.1 D. ist seit (. . .) 2015 in der Schweiz und hat sich gut eingelebt. Er hat eine enge Bindung zu seinem Vater und zu seinen Stiefschwestern. Im Unterschied zum Wohnort der Beklagten hat er Freunde in der Schule, im Fussballclub und aus der Nachbarschaft (. . .). Das Verhältnis zwischen D. und der Beklagten hingegen ist getrübt. Die Beklagte hat den Kontakt zu D. seit Längerem abgebrochen oder unterbrochen. Das letzte Mal haben sich Mutter und Sohn an einem Tag nach den Schulsommerferien 2018 ganz kurz (physisch) gesehen und der letzte Telefonkontakt fand im Mai 2020 statt (. . .). Den Grund für den Kontaktabbruch bzw. -unterbruch beschreibt die Beklagte wie folgt: «Ich habe keinen Sinn darin gesehen, mit meinem Sohn während dieser Zeit zu telefonieren, wo er sowieso so stark unter dem Einfluss des Vaters steht» (. . .). Die Beklagte ist offenbar nicht imstande oder gewillt, die Paarebene von der Eltern-Kind-Ebene zu trennen, indem sie die – angeblich auf den Kläger zurückzuführenden – Gründe für den Kontaktunterbruch ausblenden und zum Wohl von D. dessen Telefonanrufe entgegennehmen würde. Denn selbst wenn D. beeinflusst wäre, wofür indes keine Anhaltspunkte vorliegen, wäre es wichtig, dass die Mutter den Kontakt zu D. nicht aussetzt. D. hat an der Kinderanhörung gesagt, er habe mehrmals versucht, seine Mutter anzurufen, sie habe jedoch die Anrufe nie entgegengenommen und auch nicht zurückgerufen (. . .). Darüber ist D. verständlicherweise enttäuscht.

3.2.2 An der Kindesanhörung äusserte D. deutlich den Willen, nicht nach Deutschland zurück zu wollen (act. 32 S. 2 Mitte). Dieser Wille ist aufgrund seines Alters von zwölfenhalb Jahren zu berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts 5A_1013/2018 vom 1. Februar 2019 E. 5), umso mehr, als Kinder auch in diesem Alter durchaus eine Vorstellung davon haben, welche Konsequenzen ein Umzug in ein anderes Land hätte, und überdies D. an der Anhörung einen reflektierten, reifen und smarten Eindruck hinterliess. So gingen die von ihm spontan gemachten Ausführungen oft über die Fragestellungen hinaus und die von ihm gestellten Fragen zeugten von Besonnenheit oder Scharfsinn (vgl. etwa Fragen zur Notwendigkeit der Mathematik oder dazu, ob seine Mutter an der Einigungsverhandlung in der Schweiz gewesen sei, was einen Rückschluss darauf zugelassen hätte, ob sie ihn trotz allfälliger Anwesenheit in der Schweiz nicht besucht hätte; [. . .]).

3.2.3 Im Übrigen haben sich auch sämtliche Fachpersonen, die regelmässig mit D. in Kontakt stehen oder gestanden haben, einerseits gegen einen Obhutswechsel zur Beklagten und andererseits für die Erziehungs- und Betreuungsfähigkeit des Klägers ausgesprochen. Die Psychologin E. hielt in ihrem auf Ersuchen der KESB erstellten Gutachten vom 12. November 2019 fest, sie erachte es als zentral, dass D. in seinem jetzigen sozialen Umfeld bleiben könne (. . .). Die Schulsozialarbeiterin R. erwähnte gegenüber der KESB am 22. August und 10. Dezember 2019 zwar, dass sich D. für bestimmte Situationen „ein Mami zu Hause“ wünsche (. . .). Dass sich D. nach «einem Mami» zuhause sehnt, bedeutet jedoch nicht, dass die Obhut deswegen umzuteilen wäre. Nebst dem Austausch mit seinem Vater wünscht sich D., wie bei Kindern getrenntlebender Eltern üblich, die Nähe, sei dies nur schon via Telefon, zum nicht hauptbetreuenden Elternteil. Daraus ist jedoch kein Wunsch nach einem Obhutswechsel abzuleiten. Die damalige Klassenlehrerein von D., S., sagte in einem Gespräch gegenüber der KESB bereits am 24. Oktober 2019, dass D. sich in einer positiven Form habe integrieren können und er gut in der Schule verwurzelt sei und es mit dem Vater (dem Kläger) eine sehr gute Zusammenarbeit gebe (. . .). Was die schulische Entwicklung von D. anbelangt, welche – wie der Kläger richtig ausführt – nur einen Teil der ganzen Entwicklung D.s ausmacht, ist unbestritten, dass der Kläger für D. eine Nachhilfe organisiert hat. Ausserdem hat D. an der Kinderanhörung gesagt, dass er auf die Unterstützung seines Vaters zählen könne, wenn er in anderen Fächern als Mathematik Mühe oder Fragen zu den Hausaufgaben habe (. . .). An der Parteibefragung hat der Kläger gesagt, er schaue, dass er zuhause sei, wenn D. nach Hause komme (. . .). An dieser Aussage bestehen keine Zweifel, zumal der Kläger selber attestiert hat, dass dies nicht immer möglich sei (. . .). Weiter gab der Kläger zu Protokoll, dass er D. helfe, wenn dieser in schulischen Angelegenheiten Probleme habe. Auch hier ergänzte der Kläger: «Sofern ich das kann» (. . .). Der Kläger ist für D. da, aber auch nüchtern und ehrlich genug, um einzusehen, dass dies zeitlich oder aus anderen Gründen (Schwierigkeit von Kindern, die Hilfe von Eltern bei Schulangelegenheiten anzunehmen) nie hundertprozentig möglich ist. Hinzu kommt, dass aufgrund der unzähligen Vorwürfe der Beklagten an den Kläger über D.s schulische Entwicklung nicht auszuschliessen ist, dass D., falls er unter die Obhut der Beklagten gestellt würde, einem zu hohen Leistungsdruck seitens der Beklagten oder deren Mutter (Grossmutter von D.) ausgesetzt würde. Bei Lektüre der Eingaben der Beklagten entsteht in der Tat der Eindruck, dass es der Beklagten ausschliesslich um die schulische Leistung D.s geht, welche mittels individueller Förderung durch die Eltern oder gruppenpsychologischer Therapien zu optimieren sei. Der Kläger betont zu Recht, dass es im Leben eines Kindes nicht nur die Schule gibt. Dass D. beim Kläger in irgendeiner Hinsicht vernachlässigt würde, ist nicht der Fall. Schliesslich erachtet auch L. von den Unterstützenden Diensten der KESB die Beibehaltung der aktuellen Obhutssituation als angezeigt (. . .).

3.2.4 Der Vorwurf der Beklagten, wonach der Kläger physische Gewalt gegen D. angewandt habe, indem er D. am Ohr geschlagen und dieser geblutet habe (. . .),

stellte sich als unbegründet heraus. Wie sich an der Parteibefragung ergab, hat D. gegenüber der Beklagten bloss gesagt, dass es zwischen ihm und dem Vater zu einem Streit über die Hausaufgaben gekommen sei. Anschliessend habe es, so die Beklagte, „wohl eine Gemengelage gegeben“ (. . .). Der Kläger führte aus, dass es sich um eine spielerische Rauferei gehandelt habe und er plötzlich gesehen habe, dass D. blute (. . .). Anhaltspunkte dafür, dass es eine Gewaltanwendung im Sinne eines gezielten Schlages oder dergleichen gegeben hat, gab und gibt es keine. Dass die Beklagte diesen schweren Vorwurf dennoch erhebt, spricht nicht für sie. Die weiteren Vorwürfe der Beklagten an den Kläger (namentlich unterlassene Information, Drohung, psychische Gewalt gegen die Beklagte, Umgangsvereitelung [. . .]) sind für die Frage der Obhut nicht relevant, da sie die Kommunikation unter den Parteien betrifft und nicht erkennbar ist, inwiefern D.s Wohl – falls die Vorwürfe zutreffen – dadurch gefährdet wird.

3.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass D.s Wohl nicht gefährdet ist, wenn er unter der Obhut des Klägers bleibt. Der entsprechende Antrag der Beklagten ist daher abzuweisen.

4. Sodann ist zwischen den Parteien strittig, ob den Eltern die gemeinsame elterliche Sorge entzogen, und, gegebenenfalls, welchem Elternteil die alleinige elterliche Sorge zugewiesen werden soll.

4.1 Der Kläger macht geltend, er sei voll arbeitstätig und deshalb grundsätzlich darauf angewiesen, dass D. den ganzen Tag betreut werde und, wenn möglich, die Hausaufgaben in der Schule erledigen könne. Aus diesem Grund habe er verschiedene Tagesschulen für D. im Kanton Zug geprüft. Im Jahr 2018 habe D. an der Tagesschule H. geschnuppert. Dort habe es ihm sehr gut gefallen. Die Beklagte habe jedoch ihre Zustimmung verweigert mit der Begründung, H. sei eine männerdominierte Schule und entsprechend frauenfeindlich. Die Unmöglichkeit der Zusammenarbeit mit der Beklagten und der Umstand, wie sie mit ihrem dekonstruktiven Verhalten Entscheide zum Wohle von D. verhindere, ergebe sich auch aus der Zusammenarbeit mit dem Kinderarzt von D., Dr.med. Q. Mit Schreiben vom (. . .) 2019 habe Dr. Q. den Kläger darüber informiert, dass D. an einer einfachen Aufmerksamkeitsstörung leide, weshalb er eine Therapie mit einem zentralen Stimulans, z. B. mit Ritalin, empfehle. Dies nicht nur als Türöffner zum Ausschöpfen von D.s Potential, sondern auch um eine Negativspirale aus sinkenden schulischen Leistungen, Frustration und Schuldgefühlen zu verhindern, die sich negativ auf den zukünftigen Lebensweg von D. auswirken würden. Auf dieses Schreiben habe die Beklagte mit einem neunseitigen Brief reagiert, worin sie dem Kinderarzt vorgeworfen habe, er hätte keine ADHS-Abklärungen tätigen dürfen, er hätte keine seriösen und detaillierte Abklärungen vorgenommen, sei seiner Informationspflicht nicht nachgekommen. Die Beklagte suche nur Schuldige und sei nicht bereit, zum Wohle von D. irgendwelche Kompromisse einzugehen. Die Beklagte blockiere aus der Ferne sämtliche

Entscheidungen des Klägers und von Fachpersonen, mache den Vater vor Behörden und Fachpersonen schlecht, erhebe Beschwerden, verbringe aber gleichzeitig keine Zeit mit D. und versuche nicht, konstruktiv zu einer Lösung beizutragen. Dies führe zu einer Handlungsunfähigkeit des Klägers in Bezug auf D. und somit auch zu einer Gefährdungssituation (. . .). Weiter macht der Kläger geltend, dass die Beklagte alles besser zu wissen scheine als Fachpersonen. Sie steuere von Deutschland aus und ohne aktiv am Leben von D. teilzunehmen in ihrem Gutdünken. Ihm bleibe letztlich nichts anderes, als sich den Vorstellungen der Beklagten zu beugen, da ansonsten keine Lösung gefunden werde. Dies nenne sich nicht Kommunikation, welche im Sinne des Kindeswohls bei einer gemeinsamen Sorge unabdingbar sei. Die Beklagte blockiere alle wichtigen Entscheidungen in Bezug auf D., so namentlich die Schulwahl, den Besuch von Therapiestunden bei E. oder die medizinischen Abklärungen bei einem Kinderarzt. Es sei zu erwarten, dass die Beklagte auch mit der Berufswahl von D. nicht einverstanden sei und verweigern werde, einen Lehrvertrag mitzuunterzeichnen (. . .).

Die Beklagte führt, um ihren Antrag auf Zuteilung der alleinigen Sorge zu unterlegen, die bereits in E. 3.1 aufgeführten Argumente ins Feld. Zudem macht sie geltend, der Kläger habe jedweden Anspruch auf das alleinige elterliche Sorgerecht heute und zukünftig verwirkt, indem er D. keinem Arzt vorgestellt habe, als er ihn am Ohr geschlagen und D. stark geblutet habe, dies in der Absicht, die Dokumentation seiner Affekthandlung zu vermeiden. Ausserdem habe der Kläger ihr gegenüber gesagt, andere Leute denken, sie sei psychisch krank. Diese Äusserung, welche im Beisein von D. erfolgt sei, sei psychische Gewalt. Durch dieses Verhalten lerne D., dass die Beklagte und damit auch die Frau belogen, bedroht und beleidigt werden dürfe. Mit Bezug auf die «zur Diskussion» stehende Verabreichung von Ritalin sei der Kinderarzt Dr. Q. seinen ärztlichen Pflichten nicht nachgekommen. Der Kläger versuche nunmehr, sein Nichtstun bezüglich schulischer und intellektueller Unterstützung und die dadurch längst verursachte Negativspirale des Kindes im Jahr 2019 mit Hilfe einer Tablette zu «lösen», damit der Kläger so weitermachen könne wie bisher. Indem der Kläger selber Ritalin versucht habe, offenbare dieser seine grenzenlose Naivität und Anpasstheit an eine um Selbstoptimierung bemühte Leistungsgesellschaft. Die Langzeitfolgen von Ritalin scheinen den Kläger nicht zu kümmern. ADS-Abklärungsbedarf habe in Deutschland für D. nie bestanden. Die Ritalin-Verabreichung sei versuchte Körperverletzung an einem Minderjährigen. Ferner habe es der Kläger versäumt, D. weiter gruppentherapeutisch betreuen zu lassen zur Verbesserung von D.s sozialer Interaktion, zur Konzentrationssteigerung unter Ablenkung. Sie (die Beklagte) boykottiere keine Entscheide des Klägers oder von Fachpersonen, sie weise in begründeter Form auf das Fehlverhalten dieser Personen hin. Sie habe ihren Sohn nicht neun Monate ausgetragen, im Jahre 2007 gesund zur Welt gebracht, fast 18 Monate gestillt, zum Wohle des Kindes 7,5 Jahre Teilzeit gearbeitet, auf Einkünfte und Rentenbeiträge verzichtet, D. zuhause mit guten Erfolgen schulisch unterstützt, ihn zur Verbesserung seiner Sozialkompetenz und Interaktionsfähigkeit ein mehr-

monatiges therapeutisches Gruppentraining absolvieren lassen, damit der Kläger, der das Kind seit (...) 2015 in Obhut habe, es über Jahre in seinen schulischen Leistungen abstürzen lasse, um ihm dann mit dem Segen des Kinderarztes und der Psychologin als vermeintlich letzte Lösung Psychostimulanzien, die wie Kokain nachweislich abhängig machten, nur Symptom-Unterdrücker und keine Heilmittel seien, zu verabreichen und dadurch das Kind zusätzlich zu stigmatisieren und zu pathologisieren mit unabsehbaren, weil unerforschten Langzeit-Folgen für D.s physische und psychische Gesundheit (...).

4.2 Gemäss Art. 302 ZGB obliegt den sorgeberechtigten Eltern die Pflicht, das Kind im Rahmen ihrer Verhältnisse zu erziehen und seine geistigen, körperliche und sittliche Entfaltung zu einer selbstständigen Persönlichkeit zu fördern und zu schützen. Für eine behördliche Intervention in diese elterliche autonome Entscheidungsbefugnis muss, wie erwähnt, eine Kindeswohlgefährdung vorliegen. Eine solche Gefährdung setzt die Möglichkeit einer Beeinträchtigung ebenjener körperlichen, seelischen und sozialen Entfaltung des Kindes voraus. Damit die Interventionsschwelle erreicht ist, muss diese Gefahr objektiv feststellbar und ernsthaft sein. Die behördliche Reaktion darauf muss den Prinzipien der Subsidiarität, Komplementarität und Proportionalität folgen (Affolter/Vogel, Berner Kommentar, 2016, Art. 296 ZGB N 13 ff. und Vorbem. Art. 307–327c ZGB N 259 ff. mit Hinweisen). Eine Abweichung vom Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge ist nur in Ausnahmefällen denkbar (vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 5A_186/2016 vom 2. Mai 2016, wo selbst bei einem Dauerkonflikt, unterschiedlichen Erziehungsansichten und Unfähigkeit zur Kommunikation am Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge festgehalten wurde).

4.3 Bei schwerwiegenden elterlichen Konflikten, die spezifisch auf einzelne Problemstellungen bezogen sind, ist aufgrund der Subsidiarität zuerst zu prüfen, ob weniger einschneidende Massnahmen als die Zuteilung der Alleinsorge den Konflikt genügend zu entschärfen vermögen (flankierende Kinderschutzmassnahmen; BGE 141 III 472 E. 4.7).

Eine solche mögliche Massnahme besteht darin, einem Elternteil für die umstrittene Angelegenheit oder bestimmte umstrittene Angelegenheiten die alleinige Entscheidungsbefugnis zu erteilen. Erfolgsversprechend ist diese Massnahme jedoch nur, wenn sich der elterliche Streit auch tatsächlich auf spezifische Probleme beschränkt. Abgesehen von diesen umstrittenen Angelegenheiten müssen die Eltern in den sonstigen Kindesbelangen grundsätzlich zu einem kooperativen Zusammenarbeiten in der Lage sein (BGE 142 III 197 E. 3.6; 141 III 472 E.4.7; ZBJV 150/2014, S. 900). Eine andere mögliche Massnahme ist die Errichtung einer Beistandschaft. In einem ersten Schritt kann eine Beistandsperson eingesetzt werden, um die Kommunikation zwischen den zerstrittenen Eltern zu verbessern. In neutraler Umgebung können so die beiden Sorgeberechtigten die für den Entscheid notwendigen Informationen besprechen und einen neuen Anlauf in Richtung eines Kompromisses starten. Falls

dies wegen fehlender Kooperationsbereitschaft scheitert oder zum Scheitern verurteilt ist, kann die elterliche Sorge gemäss Art. 308 Abs. 3 ZGB hinsichtlich der übertragenen Aufgaben beschränkt werden. Die Beistandsperson wird zeitgleich mit besonderen Befugnissen ausgestattet. Ihr wird die Entscheidungskompetenz überlassen, damit sie eine dem Kindeswohl entsprechende Entscheidung fällen kann. Der Inhalt ihres Auftrages ist vom Gericht präzise festzulegen (Schwenzer/Cottier, Basler Kommentar, 2018, Art. 301 ZGB N 14; Breitschmid, Basler Kommentar, 2018, Art. 308 ZGB N 6 und 20).

Zu beachten ist, dass die flankierenden Kindesschutzmassnahmen nicht ein Mass annehmen dürfen, das den Restbestand der elterlichen Sorge zur inhaltsleeren Hülle verkommen liesse. Wären nämlich die elterlichen Restkompetenzen unbeachtlich, würden solche Kindesschutzmassnahmen auf Dauer nicht dem Kindeswohl entsprechen. In diesen Fällen wäre vielmehr ein Entzug des Sorgerechts angezeigt (Affolter/Vogel, a.a.O., Art. 298 ZGB N 17 ff.; Entscheid des Obergerichts Bern ZK 2018 211 vom 2. April 2019 E. 27.5.1).

4.4 Die Parteien sind in verschiedenen Kinderbelangen uneins. Nur in einem Belang jedoch – und zwar mit Bezug auf AD(H)S/Autismus – kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Uneinigkeit der Eltern für D.s Wohl eine ernsthafte Gefahr darstellt, wie zu zeigen ist.

4.4.1 Mit Bezug auf die Sitzungen D.s bei der Psychologin E. ist keine ernsthafte Kindeswohlgefährdung vorhanden, wenn die Mutter die Zustimmung verweigert, dass D. weitere Sitzungen bei ihr besucht. D. ging zwar gerne zu E. (. . .). Als D. in die Schweiz gekommen ist und D. seine Mutter nicht mehr täglich gesehen hat, dürften die Gespräche mit E. für D. wohl auch besonders wertvoll gewesen sein. Inzwischen sind fünf Jahre vergangen, seit D. in der Schweiz ist. Er hat sich hier gut eingelebt (E. 3.3). Es spräche zwar nichts dagegen, wenn D. weiterhin zu E. ginge. Die Einwände der Beklagten gegen E. (falsche Fachrichtung, Fehlentscheidung Schulwahl, Autoritätsuntergrabung, gesetzeswidrige Datenweitergabe, unbegründete Schuldzuweisungen gegenüber der Kindsmutter, mangelnde Sorgfalt bei Angaben und Begrifflichkeiten sowie Täuschung und Befangenheit [. . .]) sind aus Kindeswohloptik nicht nachvollziehbar. Doch es wäre, falls D. weiter zu E. ginge, zu befürchten, dass sich das Verhältnis zwischen der Beklagten und D. weiter verschlechtern würde. Wichtig für D.s Wohl ist primär, dass er wieder eine gute Bindung zu seiner Mutter herstellen kann. Dies kann jedoch nicht E. oder eine andere Psychologin, sondern primär die Beklagte bewerkstelligen, indem letztere ihr Verhalten ändert. Es liegt in erster Linie an ihr, den (Wieder-)Aufbau einer stabilen, von Zuneigung, Wertschätzung und Empathie geprägten Mutter-Kind-Beziehung zu fördern (dazu nachstehend E. 5).

4.4.2 Mit Bezug auf die Ausbildung ist festzuhalten, dass mit der Einschulung in der Oberstufe in F. die verbleibende obligatorische Schulzeit D.s vorgespurt ist (vgl. dazu auch Entscheid des Obergerichts Bern ZK 2018 211 vom 2. April 2019 E. 27.5.3). Gemäss Auskunft der damaligen Klassenlehrerin, S., gegenüber der KESB(. . .) ist D. in einer öffentlichen Schule «absolut tragbar» und «am richtigen Ort». Wie sich gezeigt hat, stellte die Nichtzustimmung zur Tagesschule H. – auch wenn diese Nichtzustimmung auf objektiv nicht nachvollziehbaren Gründen («männerdominierte Schule») beruhte – keine Gefährdung des Kindeswohls dar. Sodann hat D. an der Kinderanhörung geäußert, dass er gerne Koch werden möchte. Die Beklagte hat sich nicht grundsätzlich gegen D.s Berufswunsch verschlossen (. . .). Zwar war die Antwort der Beklagten auf die Frage des Einzelrichters an der Parteibefragung, ob die Beklagte D.s Vorhaben, Koch zu werden, unterstützen würde, ausweichend. Anstatt sich mit D. darüber zu freuen oder ihn zu ermutigen, hegte sie Bedenken an D.s Selbstkompetenz (. . .). Dessen ungeachtet ist eine ernsthafte Kindeswohlgefährdung nicht zu erblicken, wenn den Eltern die gemeinsame Sorge über diesen Entscheid belassen wird. Hinzu kommt, dass sich der Berufswunsch Koch in den nächsten zwei bis drei Jahren auch noch ändern kann.

4.4.3 Mit Bezug auf die Erziehungsfähigkeit ist festzuhalten, dass diese bei beiden Eltern grundsätzlich gegeben ist, wie dies L., Unterstützende Dienste der KESB, dem Einzelrichter schriftlich mitgeteilt hat (. . .). Wie L. zu Recht ausführt, lässt sich der Begriff der Erziehungsfähigkeit nicht losgelöst vom Einzelfall definieren (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 5A_106/2016 vom 7. Juni 2016 E. 3.3) und wird von Sorgeberechtigten nicht verlangt, dass sie alle Funktionen persönlich ausüben, sofern sie für einen angemessenen Ersatz sorgen. Die von der Beklagten erhobenen Vorwürfe, selbst wenn sie zutreffen (würden), ändern nichts daran, dass an der Erziehungsfähigkeit des Klägers keine Zweifel bestehen. Ausserdem ist unbestritten, dass der Kläger auf die Ratschläge der Fachpersonen hört, beispielsweise betreffend die schulische Unterstützung zu Hause ([. . .]: «Damit es eine optimale Lösung für D. gibt, habe ich nachgefragt, wie wir uns am besten verhalten sollen. Ich habe nicht geholfen, wenn mir die Schule gesagt hat, dass ich es eher sein lassen solle, da es kontraproduktiv sei»). Dass die Beklagte Fachpersonen, die ihre Meinung nicht teilen, kritisiert, ändert an der Kompetenz dieser Personen und am Umstand, dass der Kläger sich auf deren Ratschläge verlassen darf, nichts.

4.4.4 Mit Bezug auf ADS/AHDS/Autismus bei D. verhält es sich anders. Die Frage, ob die Nichtzustimmung zu einer Behandlung mit Ritalin oder ähnlichen Substanzen – mithin die Nichtbehandlung mit Medikamenten – eine ernsthafte Gefahr für D.s Wohl darstellt, ist akut. Über diese Frage müssten sich die Parteien als Inhaber der gemeinsamen elterlichen Sorge einigen. Es handelt sich dabei um eine medizinische Frage, die durch eine Fachperson – hier einer Kinderärztin oder einem Kinderarzt – beurteilt werden muss, wobei der Entscheid letztlich bei den Eltern liegt (s. auch Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich LQ100090 vom 5. August 2011 E.

7.2.5). Dr.med. Q. ist Facharzt für Kinder- und Jugendmedizin und war behandelnder Kinderarzt von D. Er hat gestützt auf eine Untersuchung von D. in seinem Schreiben vom (...) 2019 an den Kläger eine Therapie mit einem zentralen Stimulans, z. B. Ritalin, nachdrücklich empfohlen. Diese Medikamente wären für D. im Moment ein Türöffner nicht nur zum Ausschöpfen seines Potentials, sondern auch zum Vermeiden einer Spirale aus sinkenden schulischen Leistungen, Frustration und Schuldgefühlen, die sich nachhaltig negativ auf seinen zukünftigen Lebensweg auswirken würde (...). Aufgrund dieser ärztlichen Diagnose – selbst wenn diese kein Gutachten im Sinne von Art. 183 ff. ZPO ist – kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Inkaufnahme derzeitiger oder künftiger Symptome des AD(H)S oder Autismus bei D., selbst wenn mögliche Nebenwirkungen einer Ritalinbehandlung berücksichtigt werden, eine ernsthafte Gefährdung für D.s Wohl darstellen. Mithin darf und kann nicht ohne Weiteres eine ernsthafte Gefährdung von D. verneint werden. Hinzu kommt, dass der Entscheid über diese Angelegenheit keine weitere Verschleppung duldet. Wie sich gezeigt hat, konnte trotz der ergriffenen Fördermassnahmen keine merkliche Verbesserung – jedenfalls nicht die von den Eltern und Fachpersonen erwartete Verbesserung der schulischen Leistungen – erzielt werden, sodass D., dessen Potential unbestrittenermassen höher eingeschätzt wird (vgl. Einschätzung der damaligen Klassenlehrerin [...] und des damaligen Kinderarztes [...]), zurzeit in der «Realschule» ist (...). Gegen die «Realschule» ist grundsätzlich nichts einzuwenden, doch steht D. unter einem Leistungsdruck, der massgeblich von der Beklagten ausgeht. So hat D. an der Kinderanhörung erzählt, dass die letzten Telefonate, die er mit seiner Mutter geführt hätte, nie spannend gewesen seien, da er von ihr über nichts anderes als die Schule und über die Beziehung zu seinem Vater ausgefragt worden sei (...). D. hat den Einzelrichter an der Anhörung auch gefragt, ob dieser Mathematik im Alltag brauche (...). Dies zeigt, dass die Schulleistungen, insbesondere in Mathematik, D. beschäftigen. Dass sich D. in einer Negativspirale befindet, attestiert auch die Beklagte ([...]: «längst verursachte Negativspirale»). Diese Gefahr der Abwärtsspirale ist somit nicht von der Hand zu weisen, und die Parteien sind nicht fähig, betreffend die medizinische Versorgung von D. im Zusammenhang mit ADHS/ADS/Autismus zu kommunizieren, zu kooperieren und Entscheidungen innert nützlicher Frist zu treffen (s. dazu auch Entscheid des Obergerichts Bern ZK 2018 211 vom 2. April 2019 E. 27.5.2)

Bei Nichteinigung der Eltern über eine medizinische Behandlung des Kindes empfiehlt sich die Einholung einer Zweitmeinung. Dazu riet vorliegend auch die KESB (...) und selbst die Beklagte billigte dies an der Einigungsverhandlung vom 12. Mai 2020 noch. Inzwischen lehnt sie einen Zweituntersuch – bei diesem geht es ausschliesslich um eine Diagnose, nicht bereits um eine konkrete Behandlung – kategorisch und ohne Angabe von Gründen ab. Da eine Einigung zwischen den Parteien über eine Zweituntersuchung und eine allfällige Therapie nicht möglich war und ist und diese Entscheide, wie erwähnt, nicht weiter verschleppt werden dürfen (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 5A_89/2016 vom 2. Mai 2016 E. 4), ist den Partei-

en in dieser Angelegenheit die gemeinsame elterliche Sorge zu entziehen und eine Beistandschaft zu errichten (zu den weiteren Gründe für die Bestellung einer Beistandschaft E. 4.5). Die Aufgaben der Beistandsperson sind im Dispositiv definiert. Insbesondere ist die Beistandsperson berechtigt und verpflichtet, die erforderlichen Entscheide selbst zu treffen, wenn sich die Eltern nicht einigen. Der Zweituntersuch ist durchzuführen durch Dr.med. K. Der Kläger schlägt diesen Arzt vor (. . .) und die Beklagte hat dessen fachliche Eignung selber hervorgehoben (. . .). Dr. med. K. hat D. zu untersuchen (Diagnose) und – falls er eine Therapie für erforderlich hält – eine Therapieempfehlung abzugeben und – auf Anordnung der Beistandsperson, falls sich die Eltern nicht einigen können – die Therapie durchzuführen. Dabei ist auch die Verabreichung von Methylphenidat (MPH) oder ähnlichen Substanzen, wie sie im Medikament Ritalin enthalten sind, nicht ausgeschlossen ist, wobei dies ultima ratio bildet. Gemäss den Empfehlungen des Schweizerischen Heilmittelinstituts Swissmedic soll die medikamentöse Behandlung von ADHS/ADS nur von Ärztinnen und Ärzten begonnen und überwacht werden, welche auf Verhaltensstörungen von Kindern und Jugendlichen beziehungsweise Erwachsenen spezialisiert sind (abrufbar unter: www.swissmedic.ch/swissmedic/de/home/humanarzneimittel/marktueberwachung/health-professional-communication-hpc-/archiv/swissmedic-schliesst-ueberpruefungsverfahren-der-praeparate-mit-.html), was auf Dr.med. K. zu trifft.

4.5 Die Kommunikation unter den Parteien über das Besuchsrecht und weitere Kinderbelange (Gesundheit, Schule etc.) von D. ist praktisch zum Erliegen gekommen. Auch deshalb erfordern es die Verhältnisse, eine Beistandschaft zu errichten (Art. 308 ZGB). Die weiteren, d.h. über ADS/AHDS/Autismus hinausgehenden Aufgaben der Beistandsperson sind ebenfalls im Dispositiv aufgeführt.

4.6 Für einen gänzlichen Entzug der elterlichen Sorge sind die Voraussetzungen zurzeit nicht erfüllt. Ein gänzlicher Entzug der elterlichen Sorge dürfte vorliegend vielmehr zu einer Eskalation der Situation führen, was aus Kindeswohlüberlegungen und psychologischer Sicht ein schlechter juristischer Entscheid wäre (Schreiner, in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], FamKomm Scheidung, 3. A. 2017, N 218 zu Anh. Psych). Zwar wäre die Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge an den Kläger eine pragmatische Lösung, damit – gestützt auf die vom Kläger eingeholten und einzuholenden Ratschläge von Fachpersonen (Psychologen, Ärzte, Pädagogen) – innert nützlicher Frist Entscheide in wichtigen Kindesangelegenheiten getroffen werden könnten, ohne dass die Beklagte die Vorhaben des Klägers von Deutschland aus unterbinden könnte. Immerhin ist aber festzuhalten, dass seitens der Beklagten noch nicht von einer kategorischen Zustimmungsverweigerung gesprochen werden kann. So hat die Beklagte beispielsweise nicht gegen die D.s Pläne, ins Basketball zu gehen (. . .), opponiert. Auch hat sie an der Parteibefragung eine schulpsychologische Abklärung nicht abgelehnt (. . .). Sollte sich in Zukunft jedoch zeigen, dass die Beklagte in anderen wichtigen Kindesangelegenheiten, die gemeinsame Entscheidungen er-

fordern (namentlich Zähne, Impfungen, Berufswahl, Lehrstelle; [. . .]), jegliche Kompromissbereitschaft missen lässt, wäre von der KESB ein weiterer partieller oder gänzlicher Entzug der elterlichen Sorge zu prüfen.

4.7 Da, wie erwähnt, kein Grund für einen Entzug der gemeinsamen elterlichen Sorge – ausser im Bereich ADS/ADHS/Autismus – besteht, stellt sich auch die Frage nicht, welchem Elternteil die (alleinige) elterliche Sorge zuzuteilen ist.

5. Der Kläger beantragt eventualiter die Festlegung eines Besuchsrechts (Ziff. 7 seines Rechtsbegehrens), demgemäss die Beklagte D. während drei Ferienwochen pro Jahr betreut und ihn einmal pro Woche telefonisch, per Skype, per Zoom oder auf einem anderen technisch möglichen, elektronischen Weg kontaktiert. Die Beklagte hat dazu keinen Antrag gestellt, an der Parteibefragung allerdings geäussert, dass dies wünschenswert wäre (. . .).

5.1 Hat das Gericht über die Änderung der elterlichen Sorge, der Obhut oder des Unterhaltsbeitrages für das minderjährige Kind zu befinden, so regelt es nötigenfalls auch den persönlichen Verkehr oder die Betreuungsanteile neu (Art. 134 Abs. 4 ZGB). Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind haben gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr (Art. 273 Abs. 1 ZGB). Der Vater oder die Mutter können verlangen, dass ihr Anspruch auf persönlichen Verkehr geregelt wird (Art. 273 Abs. 3 ZGB). Zum persönlichen Verkehr gehört die gesamte verbale und nonverbale Kommunikation. Im Vordergrund steht selbstverständlich das tatsächliche Zusammensein zwischen Eltern und Kindern, jedoch – gerade bei weit entfernten Wohnorten – auch Kontakt via Telefon, Brief oder Skype, sowie ein solcher über E-Mail und SMS (Schwenzer/Cottier, a.a.O., Art. 273 ZGB N 1 mit Hinweisen).

5.2 In der Vereinbarung der Parteien über die Trennungs- und Scheidungsfolgen, verhandelt am (. . .), vor der Notarin C. (. . .), genehmigt vom Amtsgericht G. mit Beschluss vom (. . .) 2013 (. . .), haben die Parteien festgehalten, dass aufgrund der Entfernung der Wohnorte der Umgang nach «Möglichkeit aller Beteiligten zu planen und umzusetzen» sei, der Kläger einen «flexiblen Umgang» mit D. haben soll und der Umgang zum gemeinsamen Urlaub auch zwei Wochen am Stück erfolgen könne (. . .). In der Vereinbarung vom (. . .) 2015 haben die Parteien festgelegt, dass D. unter die Obhut des Klägers gestellt wird; für die Regelung des Umgangs wurde auf die Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung vom (. . .) verwiesen (. . .). Eine konkrete Regelung besteht daher nicht, und in der Ausübung des persönlichen Verkehrs ist es, wie erwähnt, zu Differenzen gekommen. L., Unterstützende Dienste der KESB, hat in ihrer schriftlichen Auskunft vom 12. Juni 2020 darauf hingewiesen, dass ein kontinuierlicher Kontakt von D. zur Mutter ausserhalb der «belasteten Themen» ermöglicht werden müsse. Dies würde bedingen, dass die Eltern konsequent Daten festlegen würden, an denen es zu Kontakten von D. mit der Mutter kommen

könne, dass mithin eine klare Besuchs- und Kontaktregelung bestünde. In diesen Zeiten sollte D. die Gelegenheit haben, sich in der Welt seiner Mutter und seines früheren Aufenthaltsortes zu bewegen und positive Erinnerungen zu festigen. Die Themen des Alltags in der Schweiz sollten dann in dieser Zeit aussen vor bleiben (. . .). Dem ist nichts beizufügen.

5.3 Insofern rechtfertigt es sich aus Kindeswohloptik, das «Umgangsrecht» neu bzw. konkret zu regeln. In Zukunft soll ein wöchentlicher Anruf zwischen Mutter und Sohn geführt werden, und die Beklagte als nicht obhutsberechtigtes Elternteil ist zu verpflichten und berechtigen, D. für drei Wochen pro Jahr während der Schulferien zu betreuen. Für den Fall, dass sich die Eltern nicht einigen können, empfiehlt sich der praxismässige Turnus zwischen geraden und ungeraden Jahren. Das Ferienrecht ist indes behutsam aufzubauen. Angesichts des langen Kontaktunterbruchs und der Sorgen, die sich die Beklagte des Coronavirus' wegen macht (. . .), soll das physische Ferienbesuchsrecht erst nächstes Jahr beginnen. Wie erwähnt, unterstützt die Beistandsperson die Eltern auch in der Ausübung des Besuchsrechts.

6. (. . .)

7. Abschliessend sind die Prozesskosten zu verteilen. Die Prozesskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). In familienrechtlichen Verfahren kann das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO).

Keine der Parteien obsiegt bzw. unterliegt im vorliegenden Prozess vollumfänglich. Beide Parteien unterliegen mit ihrem Antrag auf Alleinzuteilung der elterlichen Sorge. Der Kläger unterliegt sodann mit seinen Eventualanträgen betreffend E. und Ausbildung, während die Beklagte mit ihrem Antrag auf Umteilung der Obhut unterliegt. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteikosten wettzuschlagen. Bei den Gerichtskosten ist indes zu berücksichtigen, dass von der Eingabe der Beklagten vom 16. April 2020 seitens des Gerichts Kopien haben angefertigt werden müssen, nachdem die Beklagte kein Doppel eingereicht hat, weshalb die Kopierkosten von CHF 203.00 (. . .) – unabhängig vom Ausgang des Verfahrens – der Beklagten aufzuerlegen sind.

Entscheid des Einzelrichters des Kantonsgerichts Zug EO 2020 2 vom 22. September 2020

4.2 Art. 122 ff. ZGB, Art. 124e ZGB, Art. 22f Abs. 1 FZG, Art. 63 Abs. 1 bis IPRG

Regeste:

Art. 122 ff. ZGB, Art. 124e ZGB, Art. 22f Abs. 1 FZG, Art. 63 Abs. 1 bis IPRG – Vorsorgeausgleich bei der beruflichen Vorsorge zurechenbaren ausländischen Vorsorgeguthaben.

Indirekte Teilung ausländischer Vorsorgeguthaben mittels Festlegung einer angemessenen Entschädigung nach Art. 124e ZGB. Auszahlung der angemessenen Entschädigung nach Art. 124e ZGB durch Übertragung einer Austrittsleistung nach Freizügigkeitsgesetz (FZG).

Aus dem Sachverhalt:

Die Parteien heirateten im Jahr 1998. Im Jahr 2018 reichte die Klägerin gegen den Beklagten beim Kantonsgericht Zug die Scheidungsklage ein. Im Ehescheidungsverfahren war u.a. die Teilung der Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge umstritten. Im Entscheid wies das Kantonsgericht Zug die Freizügigkeitsstiftung, welcher der Beklagte angeschlossen war, gerichtlich an, von dessen Konto gestützt auf Art. 122 ZGB einen Betrag von CHF 529'119.– zuzüglich Zins ab Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens auf ein Vorsorgekonto der Klägerin und gestützt auf Art. 124e ZGB einen Betrag von CHF 204'579.– zuzüglich Zins ab Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens auf ein Freizügigkeitskonto der Klägerin zu überweisen.

Aus den Erwägungen:

13. Schliesslich ist über die Teilung der Guthaben der beruflichen Vorsorge zu befinden.

13.1 Die Parteien beantragen übereinstimmend die hälftige Teilung der Guthaben der beruflichen Vorsorge (. . .). Die Klägerin macht geltend, der Beklagte verfüge über der beruflichen Vorsorge zurechenbare Guthaben bei der D. Freizügigkeitsstiftung in der Schweiz, bei E. in England sowie bei F. Pension in Südafrika. Die Summe dieser Guthaben sei hälftig zu teilen und die D. Freizügigkeitsstiftung anzuweisen, diesen Betrag auf ein auf die Klägerin lautendes Freizügigkeitskonto zu übertragen (. . .). Der Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, die Guthaben bei F. Pension seien grösstenteils vorehelich geäuft worden, weshalb lediglich die Guthaben bei der D. Freizügigkeitsstiftung und der E. zu teilen seien (. . .).

13.2 Bezüglich der Teilung des Guthabens aus beruflicher Vorsorge gilt die Offizialmaxime. Die Parteien können Anträge zur Teilung stellen. Das Gericht ist an diese allerdings nicht gebunden, da der Vorsorgeausgleich der Disposition der Parteien weitgehend entzogen ist und das Gericht die Bestimmungen über den Vorsorgeausgleich von Amtes wegen anwendet. Zudem gilt im Rahmen des Vorsorge-

ausgleichs der Untersuchungsgrundsatz. Dies bedeutet, dass das Scheidungsgericht die erforderlichen Angaben betreffend Höhe der Altersguthaben grundsätzlich von Amtes wegen einzuholen hat, wobei sich auch aus den Art. 122 ff. ZGB keine uneingeschränkte Untersuchungsmaxime ergibt. Den Parteien obliegt es daher im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht, dem Gericht die notwendigen Tatsachen und Beweismittel zu unterbreiten. Mit anderen Worten trifft die Parteien eine aktive Mitwirkungspflicht, weshalb die Parteien angehalten werden dürfen, dem Gericht die Höhe der Austrittsleistungen mitzuteilen (Urteil des Bundesgerichts 5A_111/2014 vom 16. Juli 2014 E. 4.2; Oehler, Sachverhaltsermittlung und Beweis im Scheidungsrecht, in: Dolge [Hrsg.], Substantiieren und Beweisen, 2013, S. 111; Jungo/Grütter, in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], FamKommentar Scheidung, Band II: Anhänge, 3. A. 2017, Anh. ZPO Art. 281 N 12; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 6. A. 2018, N 10.168 f.; Meyer Honegger, in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], FamKommentar Scheidung, Band II: Anhänge, 3. A. 2017, Anh. ZPO Art. 277 N 15 f.). Betreffend die Folgen einer unberechtigten Mitwirkungsverweigerung ist auf E. 4.2.3 zu verweisen.

13.3 Gehört ein Ehegatte oder gehören beide Ehegatten einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge an und ist bei keinem Ehegatten ein Vorsorgefall eingetreten, so hat jeder Ehegatte nach Art. 123 ZGB Anspruch auf die Hälfte der nach dem Freizügigkeitsgesetz vom 17. Dezember 1993 für die Ehedauer zu ermittelnden Austrittsleistung samt Freizügigkeitsguthaben des anderen Ehegatten. Massgeblich für die Berechnung der Austrittsleistung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens, vorliegend der (. . .) 2018 (. . .).

13.4 Da die Klägerin in der Schweiz unbestrittenermassen nie gearbeitet hat, verfügt sie über keine teilbaren Vorsorgenansprüche in der Schweiz. Dass seitens der Klägerin ausländische Vorsorgeguthaben bestünden, wurde nicht geltend gemacht und ist angesichts der sehr kurzen Arbeitstätigkeit der Klägerin nicht anzunehmen (. . .).

13.5 Der Beklagte verfügt einerseits über eine Freizügigkeitsleistung bei der D. Freizügigkeitsstiftung in der Schweiz in Höhe von CHF 1'058'238.- (. . .).

Andererseits besteht ein Vorsorgeguthaben des Beklagten bei der E. in England. Bezüglich dem Vorsorgeguthaben bei der E. ist der Beklagte der gerichtlichen Anordnung, einen Kontoauszug per (. . .) 2018 einzureichen, unberechtigterweise nicht nachgekommen (. . .). Dies ist bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen, weshalb auf den von der Klägerin behaupteten Inhalt abzustellen ist (. . .). Die Klägerin rechnet dem Beklagten ein Vorsorgeguthaben bei der E. von GBP 76'275.36 bzw. CHF 99'158.- an.

Ausserdem verfügt der Beklagte über ein Vorsorgeguthaben bei F. in Südafrika. Dieses Guthaben hatte per (...) 2009 einen Wert von ZAR 935'520.07 (...). Ausgehend vom Guthaben per (...) 2003 von ZAR 380'728.98 (...) und einer durchschnittlichen Rendite von jährlich 16,19% rechnet die Klägerin dem Beklagten ein Guthaben von rund ZAR 4'200'000.– bzw. CHF 310'000.– an (...). Der Beklagte hat diese Berechnung nicht bestritten. An der Hauptverhandlung führte er lediglich aus, dieser Ausgleichsanspruch sei «grösstenteils vorehelich geäuñet» worden (...), was die Klägerin wiederum bestreitet (...). In welchem Umfang dieser Anspruch vorehelich sein soll, macht der Beklagte jedoch nicht geltend. Ausserdem offerierte er keinen Beweis für die behauptete, rechtshindernde Tatsache, dass das Vorsorgeguthaben grösstenteils vorehelich ist. Insbesondere legt er keinen entsprechenden Kontoauszug per (...) 2018 ins Recht. Dementsprechend ist auf die Berechnung der Klägerin abzustellen.

Mithin verfügt der Beklagte per Stichtag insgesamt über Vorsorgeguthaben in Höhe von CHF 1'467'396.– (= CHF 1'058'238.– + CHF 99'158.– + CHF 310'000.–).

13.6 Die schweizerischen Gerichte – im vorliegenden Fall das Kantonsgericht Zug (...) – sind für den Vorsorgeausgleich ausschliesslich zuständig, sofern und soweit es um den Ausgleich von Vorsorgeansprüchen gegenüber einer schweizerischen Einrichtung der beruflichen Vorsorge geht (Art. 63 Abs. 1 bis IPRG). Für Ansprüche im Ausland gegenüber ausländischen Vorsorgeeinrichtungen ist das Kantonsgericht Zug ebenfalls zuständig, allerdings nicht ausschliesslich. Da sich der Vorsorgeausgleich nach dem auf die Scheidung anwendbaren Recht richtet (...), ist vorliegend schweizerisches Recht anwendbar. Dies gilt grundsätzlich auch für Vorsorgeansprüche im Ausland. Bezüglich der Höhe der Anwartschaften und der Frage, wie eine Aufteilung vollzogen werden kann, ist jedoch die für die einzelne Vorsorgeeinrichtung geltende Rechtsordnung massgebend (Urteil des Bundesgerichts 5A_176/2014 vom 9. Oktober 2014 E. 3.2). Das zuständige schweizerische Gericht kann das schweizerische Recht in der Regel nicht direkt auf eine ausländische Vorsorgeeinrichtung anwenden, d.h. im Ausland gelegene Vorsorgeguthaben unmittelbar aufteilen oder den ausländischen Vorsorgeträger in das schweizerische Verfahren einbinden. Ausserdem ist zweifelhaft, ob eine schweizerische Anordnung über die Teilung eines ausländischen Vorsorgeguthabens von einer ausländischen Vorsorgeeinrichtung anerkannt würde. Aus diesen Gründen erfolgt regelmässig eine indirekte Teilung des ausländischen Guthabens mittels Art. 124e Abs. 1 ZGB: Dem berechtigten Ehegatten wird eine angemessene Entschädigung in Form einer Kapitalabfindung oder Rente zugesprochen, wenn das schweizerische Gericht die Teilung der Ansprüche aus der beruflichen Vorsorge im Ausland nicht wirksam durchführen kann. Das zuständige schweizerische Gericht hat dafür zu sorgen, dass das Gesamtergebnis des Vorsorgeausgleichs den Grundsätzen der Vorsorgeausgleichsregelung des ZGB entspricht (Widmer Lüchinger, Zürcher Kommentar, 3. A. 2018, Art. 63 IPRG N 24 ff. und 63 ff.; Jametti/Weber, in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], Fam-

Kommentar Scheidung, Band II: Anhänge, 3. A. 2017, Anh. IPR N 79 ff.; vgl. Jungo/Grütter, a.a.O., Anh. ZPO Art. 281 N 4; Jungo/Grütter, a.a.O., Art. 124e ZGB N 14; Grütter, Der neue Vorsorgeausgleich im Überblick, FamPra.ch 2017, S. 151; Urteil des Bundesgerichts 5A_623/2007 vom 4. Februar 2008 E. 2; Botschaft vom 29. Mai 2013 zur Änderungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2013 4887, S. 4929).

13.7 Gemäss Art. 124e Abs. 1 ZGB schuldet der verpflichtete Ehegatte dem berechtigten Ehegatten eine angemessene Entschädigung in Form einer Kapitalabfindung oder einer Rente, wenn ein Ausgleich aus Mitteln der beruflichen Vorsorge nicht möglich ist. Es kann vorkommen, dass Guthaben und Anwartschaften der beruflichen Vorsorge zuzurechnen sind, aber dennoch keine Austrittsleistungen gemäss Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (FZG, SR 831.42) bestehen bzw. dieses und das BVG für die Berechnung der Ansprüche und die Frage derer Übertragbarkeit nicht anwendbar sind. Dies trifft insbesondere auf ausländische Vorsorgeguthaben zu. Die in diesem Fall zu leistende angemessene Entschädigung ist nach gerichtlichem Ermessen festzulegen. Die Bemessung erfolgt – wie nach altem Recht (aArt. 124 ZGB) – zweistufig: Da sich jeder Vorsorgeausgleich an der hälftigen Teilung orientiert, ist in einem ersten Schritt der Betrag festzulegen, der bei hälftiger Teilung geschuldet wäre. In einem zweiten Schritt ist dieser Betrag nach den Vorsorgebedürfnissen beider Ehegatten zu gewichten, denn die Angemessenheit der Entschädigung wird mit Rücksicht auf die Vorsorgebedürfnisse der Ehegatten beurteilt. Ebenfalls zu berücksichtigen sind die wirtschaftlichen Verhältnisse der Ehegatten nach der Scheidung. Dem Gericht kommt dabei ein grosses Ermessen zu. Die Auszahlung der so festgelegten angemessenen Entschädigung kann (anstelle einer Rente oder Kapitalabfindung) auch durch Übertragung einer Austrittsleistung nach FZG erfolgen. Es kann sein, dass zwar ein bestimmtes Guthaben aus der beruflichen Vorsorge nicht geteilt werden kann, der Ehegatte aber über weitere Vorsorgeguthaben verfügt, die sehr wohl einer Teilung zugänglich sind. Das Gericht kann dann von diesen mehr als die Hälfte auf Anrechnung an die angemessene Entschädigung nach Art. 124e Abs. 1 ZGB übertragen. Diese Möglichkeit wird in Art. 124e Abs. 1 ZGB nicht erwähnt, ist aber in Art. 22f Abs. 1 FZG ausdrücklich vorgesehen (Geiser, Basler Kommentar, 6. A. 2018, Art. 124e ZGB N 5, 8 und 9; Jungo/Grütter, a.a.O., Art. 124e ZGB N 3, 8 und 12; Widmer Lüchinger, a.a.O., Art. 63 IPRG N 64; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, a.a.O., Rz 10.60c f.; Urteil des Bundesgerichts 5A_623/2007 vom 4. Februar 2008 E. 3; Botschaft vom 29. Mai 2013 zur Änderungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2013 4887, S. 4922).

13.8 Der Beklagte verfügt über eine Austrittsleistung nach FZG in Höhe von CHF 1'058'238.00 bei der D. Freizügigkeitsstiftung sowie über ausländische Vorsorgeguthaben im Betrag von CHF 409'158.– (vgl. E. 13.5).

13.8.1 Die hälftige Teilung der in der Schweiz gelegenen Vorsorgeguthaben ergibt einen Anspruch der Klägerin in Höhe von CHF 529'119.– (vgl. E. 13.3).

13.8.2 Anschliessend ist die angemessene Entschädigung gemäss Art. 124e Abs. 1 ZGB festzulegen (vgl. E. 13.7). Im ersten Schritt sind die ausländischen Vorsorgeguthaben hälftig zu teilen, was einen Betrag von CHF 204'579.00 ergibt. Anschliessend ist dieser Betrag – im zweiten Schritt – nach den Vorsorgebedürfnissen und den wirtschaftlichen Verhältnissen der Ehegatten nach der Scheidung zu gewichten. Vorliegend sind die unterschiedlichen Wohnsitze bzw. Lebensmittelpunkte der Parteien von grundlegender Bedeutung. In Mosambik, wo der Beklagte nach eigenen Angaben lebt, sind sowohl die Einkommen als auch die Lebenshaltungskosten bedeutend tiefer als in der Schweiz. Dies wird vom Beklagten anerkannt (. . .). Dementsprechend besteht auf Seiten der Klägerin ein wesentlich höheres Vorsorgebedürfnis. Der Beklagte hat nicht behauptet, er würde in Zukunft (insbesondere nach Eintritt ins ordentliche Pensionsalter) wieder in die Schweiz zurückkehren. Mangels gegenteiliger Hinweise ist bei der Klägerin davon auszugehen, dass sie auch künftig in der Schweiz leben wird. Am erheblich höheren Vorsorgebedürfnis der Klägerin würde sich aber selbst dann nichts ändern, wenn die Klägerin – als britische Staatsangehörige – ihren Lebensmittelpunkt nach Grossbritannien verlegen würde; auch zwischen Mosambik und Grossbritannien bestehen bezüglich Einkommen und Lebenshaltungskosten erhebliche Unterschiede. Kein anderes Bild ergibt sich, wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien nach der Scheidung berücksichtigt werden: Die Klägerin hat zwar Anspruch auf einen nachehelichen Unterhalt in Form einer Kapitalabfindung sowie auf eine güterrechtliche Ausgleichszahlung. Aufgrund der unterschiedlichen Lebenshaltungskosten in der Schweiz und Mosambik sind die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beklagten dennoch als bedeutend besser einzustufen als jene der Klägerin. Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich, der Klägerin antragsgemäss die Hälfte der ausländischen Guthaben, mithin CHF 204'579.–, als Entschädigung gemäss Art. 124e Abs. 1 ZGB zuzusprechen. Die F. Freizügigkeitstiftung ist entsprechend anzuweisen.

Entscheid des Kantonsgerichts Zug A1 2018 11 vom 19. November 2019

5. Vorsorgliche Massnahmen bei Kündigung eines Alleinvertriebsvertrags; Novenrecht

5.1 Art. 261 ZPO und Art. 229 ZPO

Regeste:

Art. 261 ZPO und Art. 229 ZPO – Novenrecht im vorsorglichen Massnahmeverfahren

Aus dem Sachverhalt:

1. Die Gesuchstellerin ist eine Gesellschaft deutschen Rechts mit Sitz in (...) (act. 1/3). Sie bezweckt im Wesentlichen den Vertrieb diverser Eigenmarken im Bereich (...). Ausserdem vertreibt sie in Lizenz auch verschiedene Fremddmarken (act. 1 N 11 f.; act. 1/4; act. 13 Rz 136).

2. Die Gesuchsgegnerin ist eine Gesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in (...). Ihr Zweck besteht insbesondere in der Produktion und dem Handel mit Waren aller Art (act. 1 N 13; act. 1/5; act. 13 Rz 136). Die Gesuchsgegnerin ist insbesondere für (...) bekannt. Diese werden in der Schweiz und in Deutschland unter der Bezeichnung (...) vertrieben, während sie andernorts (...) genannt werden (act. 1 N 14; act. 1/6; act. 13 Rz 136).

3. Die Parteien schlossen am (...) (act. 1/7) einen ersten und am (...) (act. 1/8) einen zweiten befristeten Alleinvertriebsvertrag über (...) ab. Damals firmierte die Gesuchstellerin als (...). Im Jahr (...) fusionierte die Gesuchstellerin mit der (...) und änderte ihre Firma in (...) um (act. 1 N 16; act. 1/4; act. 13 Rz 21, 136). Am (...) (act. 1/9) schlossen die Parteien einen dritten und am (...) (act. 1/2, der Alleinvertriebsvertrag vom (...) wird nachfolgend als «Alleinvertriebsvertrag» bezeichnet) einen vierten befristeten Alleinvertriebsvertrag über (...) ab. Die letzten beiden Alleinvertriebsverträge erwähnten als «Supplier» nebst der Gesuchsgegnerin eine (...).

4. Mit E-Mail vom (...) (act. 1/14) kündigte die Gesuchsgegnerin den Alleinvertriebsvertrag. Zeitgleich nahm sie die Zusammenarbeit mit der (...) für den Vertrieb der (...) in Deutschland auf (act. 1/15; act. 1/16). In der darauffolgenden Korrespondenz zwischen den Parteien war im Wesentlichen strittig, ob die Kündigung Gültigkeit erlangte oder nicht (act. 1/19–25).

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Die Gesuchstellerin beantragt die Anordnung vorsorglicher Massnahmen nach Art. 261 ff. ZPO. Darüber ist im summarischen Verfahren zu befinden (Art. 248 lit. d ZPO). Das summarische Verfahren ist ein Verfahren mit Beweisbeschränkung zum Ziel der Prozessbeschleunigung. Zudem zeichnet es sich durch eine summarische Prüfung der Rechtsfragen aus. Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (Verfügungsanspruch) und ihr aus dieser (möglichen) Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Verfügungsgrund). Ebenfalls

zum Voraussetzungskatalog gehören das Glaubhaftmachen der zeitlichen Dringlichkeit sowie der Verhältnismässigkeit der beantragten Massnahme. Glaubhaft machen bedeutet weniger als beweisen, aber mehr als behaupten. Die Gesuchstellerin hat darzulegen, dass das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen wahrscheinlich ist. Notwendig ist der Nachweis objektiver Anhaltspunkte, nach welchen eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die behaupteten Tatsachen spricht, wobei eine Restunsicherheit verbleiben kann (Huber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, Art. 261 ZPO N 17 ff., N 25; Mazan, Basler Kommentar, 3. A. 2017, Art. 248 ZPO N 9; Presenti, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 248 ZPO N 1).

Wird die Anordnung einer Leistungsmassnahme verlangt, sind erheblich höhere Anforderungen an die Voraussetzungen der Hauptsache- und Nachteilsprognose sowie an die Dringlichkeit und die Verhältnismässigkeit zu stellen, denn die Massnahme darf nur sehr restriktiv angeordnet werden, da sie einen besonders schwerwiegenden Eingriff in die Rechtsstellung der Gegenpartei darstellt. Höhere Anforderungen sind zudem an die Begründetheit des Begehrens in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu stellen (vgl. BGE 131 III 473 E. 2.3, 3.2 [= Pra 2006 Nr. 95]; Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 2. November 2017, in: ZR 117/ 2018 S. 207 ff. E. 2.2; Sprecher, Basler Kommentar, a.a.O., Art. 261 ZPO N 65). Dies gilt insbesondere dann, wenn der Entscheid über die angebehrten Massnahmen eine definitive Wirkung haben kann, weil der Streit mit der Anordnung der Massnahmen endet und ein Urteil gegenstandslos wird (vgl. BGE 131 III 473 E. 2.3, 3.2 [= Pra 2006 Nr. 95]).

Nicht nur bei der beantragten vorsorglichen positiven Verpflichtung, die Gesuchstellerin weiter-hin mit (. . .) zu beliefern (Rechtsbegehren Ziff. 1), sondern auch beim vorsorglichen Verbot, (. . .) in (. . .) nicht an Dritte zu vertreiben (Rechtsbegehren Ziff. 2), wird eine Leistungsmassnahme angebehrt (vgl. Sprecher, a.a.O., Art. 262 ZPO N 5, 7; act. 1 N 97 f.; act. 13 Rz 122). Dabei würde der befristete Alleinvertriebsvertrag ohnehin am 31. Dezember 2021 enden. Der Massnahmeentscheid würde folglich einen rechtskräftigen Entscheid in der Hauptsache aufgrund der zu erwartenden Prozessdauer des Hauptsacheverfahrens (zumindest wahrscheinlich) vollständig vorwegnehmen. Mithin sind erhöhte Anforderungen an die Voraussetzungen für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme und an die Begründetheit des Begehrens zu stellen.

3. In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob ein Verfügungsanspruch vorliegt. Basis jeder vorsorglichen Massnahme ist ein Verfügungsanspruch, d.h. ein zivilrechtlicher Anspruch der Gesuchstellerin (Huber, a.a.O., Art. 261 ZPO N 17). Wenn die Gesuchstellerin nicht nachweisen kann, dass ihr eine Berechtigung zukommt, so ist mittels vorsorglicher Massnahmen auch nichts zu schützen. Im vorsorglichen Massnahmeverfahren ist bereits eine rechtliche Würdigung vorzunehmen und der Hauptsache-

cheanspruch ist einer ersten Beurteilung zu unterziehen. Die Rechtsanwendung soll dabei möglichst mit voller Kognition stattfinden, denn das Gericht hat auch im vorsorglichen Massnahmeverfahren die Rechtsprechungsaufgaben wahrzunehmen. Bei komplizierten Rechtsfragen, die umfangreiche Abklärungen erforderlich machen, ist jedoch eine Erleichterung zuzulassen. Im Interesse der Beschleunigung darf, soweit erforderlich, auch die Rechtsanwendung summarisch erfolgen und die umfassende Prüfung dem Hauptsacheverfahren vorbehalten werden (Güngerich, Berner Kommentar, 2012, Art. 261 ZPO N 14 ff., 20). Der Entscheid betreffend die vorsorgliche Massnahme hat für das Hauptsacheverfahren keine Rechtskraftwirkung; weder die tatsächlichen Feststellungen noch die summarisch geprüfte Rechtsauffassung des Massnahmegerichts binden das Hauptsachegericht (Kofmel Ehrenzeller, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A. 2014, Art. 263 ZPO N 7).

Die Voraussetzungen für den Bestand eines Verfügungsanspruches richten sich nach dem anwendbaren Recht, vorliegend mithin nach dem Schweizer Recht (*lex causae*; vgl. Art. 116 IPRG; act. 1/2 Ziff. 7g).

(...)

3.7 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Alleinvertriebsvertrag der Gesuchstellerin zwar das exklusive Vertriebsrecht von (...) der Gesuchsgegnerin für das Vertragsgebiet (...) einräumt. Vorliegend ist jedoch von einer gültigen und rechtzeitig ausgesprochenen Kündigung des Alleinvertriebsvertrags durch die Gesuchsgegnerin auszugehen. Die Kündigung wurde so-dann sofort wirksam. Somit ist das Vorliegen eines Verfügungsanspruches infolge Untergangs durch Kündigung zu verneinen.

4. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob der Gesuchstellerin aus der Verletzung des (behaupteten) Anspruchs ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil gedroht hätte und mithin ein Verfügungsgrund gegeben wäre.

(...)

4.1 Die Gesuchstellerin hat den Verfügungsgrund glaubhaft zu machen, nämlich dass bei Zuwarten bis zum Entscheid im Hauptprozess durch eine bereits bestehende Verletzung oder eine Gefährdung des materiellen Anspruchs dieser so, wie er lautet (d.h. die Realvollstreckung), vereitelt würde oder seine gehörige Befriedigung wesentlich erschwert wäre, oder dass ihr ungeachtet der Möglichkeit nachträglichen Vollzugs ein nicht leicht zu ersetzender Schaden oder anderer Nachteil droht. Der Nachteil muss drohen, d.h. er darf noch nicht eingetreten sein. Ist der Nachteil bereits eingetreten und droht er nicht, sich zu vergrössern, besteht kein Anspruch auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme, weil es dann nichts mehr vor-

zusorgen gibt. Unter einem Nachteil ist insbesondere jede Beeinträchtigung zu verstehen, welche durch das inkriminierte Verhalten verursacht wurde oder werden kann, egal ob rechtlicher oder tatsächlicher Natur. Ausreichend zur Begründung eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils ist auch eine drohende Erschwerung der Vollstreckung des Verfügungsanspruches (Huber, a.a.O., Art. 261 ZPO N 18 ff., 20 ff. m.w.H.; Sprecher, a.a.O., Art. 261 ZPO N 16 ff., 23, 28b; Zürcher, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A. 2016, Art. 261 ZPO N 17 ff., 23 ff. m.w.H.). Überdies kann ein drohender Vermögensschaden einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil darstellen, wobei nicht entscheidend ist, ob die drohende Beeinträchtigung schlussendlich mit Geld entschädigt werden kann (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 7221 ff., 7354; Huber, a.a.O., Art. 261 ZPO N 20, wobei ein primär auf Schadenersatz gerichteter Anspruch am Nachteils-kriterium scheitert). Ein finanzieller Schaden genügt nur unter erhöhten Anforderungen für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen, was dann der Fall ist, wenn der finanzielle Schaden später nur schwer eingefordert werden kann (Sprecher, a.a.O., Art. 261 ZPO N 28b mit Verweis auf N 34 sowie N 30), so beispielsweise bei einem Verlust der Kundschaft oder Marktverwirrung (Urteil des Kantonsgerichts Basel-Land vom 21. Mai 2012 E. 3, in: CAN 2012 Nr. 50 S. 145 ff.; Sprecher, a.a.O., Art. 261 ZPO N 34). Auch die längere Nichtbelieferung einer Vertreiberin ist generell geeignet, deren Kundenstamm nachhaltig zu erodieren, was zu Einbussen führt, die im Einzelnen nur schwer zu beweisen und mit Geld allein nicht zu beheben sind (BGE 123 III 451 E. 3c; Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 2. November 2017, in: ZR 117/2018 S. 207 ff. E. 4). Auch wenn ein Handeln oder eine Unterlassung grundsätzlich geeignet ist, einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil zu begründen, befreit dies die gesuchstellende Partei jedoch nicht davon, den Nachteil substantiiert zu behaupten und darzulegen. Trotz Beweismassreduktion gilt im vorliegenden Massnahmeverfahren die Verhandlungsmaxime, weshalb es nach Art. 55 Abs. 1 ZPO den Parteien obliegt, die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Es trifft sie mithin je eine subjektive Behauptungs- und Beweislast. Die Gesuchstellerin muss das tatsächliche Fundament ihres Begehrens dabei schlüssig behaupten, d.h. jedenfalls so detailliert schildern, dass ihre Tatsachbehauptungen nachvollziehbar sind und unter eine bestimmte Norm subsumiert werden können. Folge dieser sog. Substanziierungslast ist, dass rechtserhebliche Sachverhaltselemente, die nicht oder nicht genügend substantiiert behauptet werden, als nicht glaubhaft gemacht anzusehen sind (vgl. Urteil des Obergerichts Zug vom 10. Januar 2012 E. 3.3, in: GVP 2012 S. 204 ff.; Sutter-Somm/Schrank, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 55 ZPO N 23 f.). Das Gericht nimmt auch keine über die Parteibehauptungen hinausgehenden Ermittlungen vor (Sutter-Somm/Schrank, a.a.O., Art. 55 ZPO N 12, 20). Es bleibt in Erinnerung zu rufen, dass vorliegend erhöhte Anforderungen an die Voraussetzungen für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme und an die Begründetheit des Begehrens zu stellen sind, da um Erlass einer vorsorglichen Leistungsmassnahme ersucht wird (vgl. E. 2 in fine vorne).

4.2 Neben dem Verfügungsgrund ist im Folgenden ferner zu prüfen, ob die Noveneingabe der Gesuchstellerin zulässig und im Weiteren zu berücksichtigen ist. Die Gesuchstellerin begründet die Zulässigkeit der Noveneingabe lediglich pauschal und gibt an, es handle sich bei den neu-en Tatsachen um echte Noven, da diese allesamt nach Einreichen des Massnahmege suchs entstanden seien (act. 9 N 2).

Die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens gelten subsidiär für sämtliche übrigen und somit auch für das summarische Verfahren (Art. 219 ZPO). Das im ordentlichen Verfahren gel-tende System von Art. 229 ZPO kann jedoch nicht unbe sehen auf das summarische Verfahren übertragen werden. Denn im summarischen Verfahren findet regelmässig nur ein einfacher Schriftenwechsel statt (vgl. Art. 253 ZPO) und das Gericht kann auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichten (Art. 256 Abs. 1 ZPO). Die unbeschränkte Möglichkeit zum Vorbringen von Noven widerspräche ausserdem der geforderten Schnelligkeit des summarischen Verfahrens im Allgemeinen. Bei Durchführung des summarischen Verfahrens mit einem einmaligen Schriftenwechsel tritt der Aktenschluss daher nach der erstmaligen umfassenden Äusserungsmöglichkeit ein. Die Parteien haben keinen Anspruch, sich zweimal unbeschränkt frei zur Sache zu äussern. Es trifft sie vielmehr die Last, sämtliche Tatsachenbehauptungen und Beweismittel mit dem ersten Vortrag einzureichen. Nach Aktenschluss können die Parteien neue Tatsachenbehauptungen oder Beweismittel mit spontanen Eingaben nur noch unter den Voraussetzungen für Noven gemäss Art. 229 Abs. 1 lit. a oder b ZPO vorbringen. Echte Noven lassen sich ohne Weiteres noch einbringen, sofern dies ohne Verzug erfolgt. Unechte Noven dürfen hingegen nur noch eingereicht werden, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon mit dem ersten Schriftenwechsel vorgetragen werden konnten. Werden unechte Noven vorgebracht, muss dargelegt werden, dass die Voraussetzungen nach Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO er-füllt sind (vgl. BGE 144 III 117 E. 2; Urteil des Obergerichts Zürich LF160046 vom 14. September 2016 E. II. 3.1; Urteil des Obergerichts Bern ZK 12 217 vom 21. September 2012 E. 25; Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 229 ZPO N 17; Pahud, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], a.a.O., Art. 229 ZPO N 27; Sogo/Baechler, Ak-tenschluss im summarischen Verfahren, AJP 3/2020 S. 317, 323 f. Fn 59). Das Novenrecht nach Art. 229 ZPO dient gerade nicht zum Nachholen von ursprünglich Versäumtem oder zur Rückgängigmachung prozessualer Nachlässigkeiten (vgl. Moret, Aktenschluss und Novenrecht, 2014, N 600 ff.; Sprecher, a.a.O., Art. 261 ZPO N 101). Ferner sind Noven, deren Entstehung wesentlich vom Willen einer Partei abhängen und welche die Partei erst in einem Zeitpunkt entstehen lässt, nachdem Angriffs und Verteidigungsmittel nicht mehr unbeschränkt vorgebracht werden können (sog. PotestativNoven), nicht zu berücksichtigen. Da die Einbringung von Potestativ-Noven mit zumutbarer Sorgfalt früher möglich gewesen wäre, widerspricht deren Berücksichtigung der Eventualmaxime sowie dem Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_439/2014 vom 16. Februar 2015 E. 5, in: SZZP 3/2015 S. 236, wobei sich das Prozessrecht aber nicht zur Frage äussert, ob eine

Partei eine bestimmte Tatsache ins Leben rufen soll; Schmid/Hofer, Bestreitung von neuen Tatsachenbehauptungen in der schriftlichen Duplik, ZZZ 2016 S. 282 ff., 294 Fn 148).

(. . .)

4.3 (. . .) Das Novenrecht im Sinne von Art. 229 ZPO dient gerade nicht zum Nachholen von ursprünglich Versäumtem oder zur Rückgängigmachung prozessualer Nachlässigkeiten. Folglich ist daran festzuhalten, dass die ursprünglichen Ausführungen der Gesuchstellerin zu den behaupteten Schadenspositionen (Rufschädigungen, entgangene Gewinne, Geschäftschancen, Marktverwirrung) und zu deren behaupteten erschwerten prozessualen Durchsetzung zu generell gehalten sind, weshalb damit ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil nicht glaubhaft dargetan ist. (. . .)

5. Der Erlass einer vorsorglichen Massnahme muss zeitlich dringlich sein. Neben dem Verfügungsanspruch ist folglich ein Bedürfnis nach sofortigem Rechtsschutz erforderlich (Kofmel Ehrenzeller, a.a.O., Art. 261 ZPO N 7). Ausserdem muss die beantragte Massnahme verhältnismässig sein (Güngerich, a.a.O., Art. 261 ZPO N 39; Sprecher, a.a.O., Art. 261 ZPO N 112). Aufgrund des fehlenden Verfügungsanspruchs und -grundes besteht vorliegend auch keine Dringlichkeit, vorsorgliche Massnahmen anzuordnen. Hinsichtlich der Verhältnismässigkeit ist zu beachten, dass der Alleinvertriebsvertrag (. . .). Die beantragte Leistungsmassnahme und dessen Wirkungen auf die Gesuchsgegnerin erscheint im Vergleich zu den nicht genügend substantiierten drohenden Schadenspositionen der Gesuchstellerin vielmehr als unverhältnismässig.

6. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Voraussetzungen von Art. 261 ZPO nicht erfüllt sind und dementsprechend der Entscheid des Kantonsgerichts Zug, Einzelrichter, vom 26. März 2020 (act. 4) zu bestätigen ist. In diesem Sinne erübrigen sich auch Erwägungen zu den beantragten Vollstreckungsmassnahmen im Sinne von Art. 267 ZPO.

Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 15. Mai 2020 ES 2020 148

6. unentgeltliche Rechtspflege

6.1 Art. 119 Abs. 6 ZPO

Regeste:

Art. 119 Abs. 6 ZPO – Kostenaufgabe im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege (Massnahmen gemäss Art. 172 ff. ZGB und Ehescheidung)

Aus den Erwägungen:

[1.–3.]

4. Die Gesuchstellerin wohnt zusammen mit ihren beiden Kindern, [. . .].

4.1 Das (erweiterte) Existenzminimum der Gesuchstellerin und der beiden Kinder berechnet sich wie folgt (act. 1 samt Beilagen; insbesondere: act. 5 [Protokoll der Verhandlung vom 12. November 2020 im Verfahren ES 2020 400 samt Bedarfsberechnung]):

Grundbetrag Gesuchstellerin (plus 20% Zuschlag) CHF 1'620.00
 Grundbetrag [. . .] (plus 20% Zuschlag) CHF 480.00
 Grundbetrag [. . .] (plus 20% Zuschlag) CHF 480.00
 Miete (inkl. Nebenkosten) CHF 1'280.00
 Krankenkasse Gesuchstellerin (nur KVG ./ . Prämienverbilligung) CHF 235.00
 Krankenkasse [. . .] (nur KVG ./ . Prämienverbilligung) CHF 65.00
 Krankenkasse [. . .] (nur KVG ./ . Prämienverbilligung) CHF 65.00
 Arbeitsweg CHF 289.00
 Schulkosten [. . .] CHF 160.00
 Auswärtiges Essen CHF 154.00
 Total Grundbedarf CHF 4'828.00

4.2 Demgegenüber erzielt die Gesuchstellerin ein monatliches Nettoeinkommen von CHF 3'871.00 (vgl. act. 5 S. 4) Hinzu kommen ab dem 1. September 2020 die vom Prozessgegner den beiden Kindern geschuldeten Unterhaltsbeiträge von CHF 800.00 bzw. CHF 950.00, je inkl. Kinderzulagen (vgl. act. 5 S. 2), womit sich ein gesamtes monatliches Einkommen der Gesuchstellerin von CHF 5'621.00 ergibt. Der monatliche Überschuss über dem Existenzminimum beläuft sich somit auf CHF 793.00 und der jährliche Überschuss auf rund CHF 9'500.00. Aufgrund dieses Überschusses ist die Gesuchstellerin in der Lage, für die Kosten in den Verfahren betreffend Massnahmen gemäss Art. 172 ff. ZGB (ES 2020 400) und betreffend Ehescheidung (EO 2020 170) aufzukommen (mutmassliche Gerichtskosten [hälftiger Anteil] von insgesamt rund CHF 1'400.00 für beide Verfahren, mutmassliche Parteikosten von – da sich die Parteien vorzeitig geeinigt haben – weniger als CHF 5'000.00 [vgl. verfahrenseinleitende Verfügung im Verfahren ES 2020 400]). Verbleibt nämlich nach der Deckung des Grundbedarfs ein Überschuss, ist die Bedürftigkeit der gesuchstellenden Partei zu verneinen, wenn es ihr der monatliche Überschuss ermöglicht, die Prozesskosten bei weniger aufwändigen Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen; zudem muss es der monatliche Überschuss der gesuchstellenden Partei erlauben, die anfallenden Gerichts- und Anwaltskostenvorschüsse innert absehbarer Zeit zu leisten (BGE 141 III 369 E. 4.1). Dies ist vorliegend der Fall.

5. Unter diesen Umständen kann nicht gesagt werden, die Gesuchstellerin sei im Sinne von Art. 117 ZPO bedürftig, weshalb das Gesuch abzuweisen ist. An diesem Resultat ändert auch nichts, wenn die Kinder von der Berechnung ausgenommen würden (Urteil des Bundesgerichts 7B.35/2005 vom 24. März 2005 E. 4.2). Der ihnen zustehende Unterhaltsbeitrag ist nämlich an deren Auslagen angemessen anzurechnen (Urteil des Obergerichts Zug BZ 2011 101 vom 12. April 2012 E. 3). Es resultiert bei der Gesuchstellerin somit nach wie vor ein genügend ho-her Überschuss. Sodann müsste bei der Gesuchstellerin, würden die Kinder weggelassen, mit einem tieferen Grundbetrag gerechnet werden (Urteil des Obergerichts Zug BZ 2011 101 vom 12. April 2012 E. 4.1), womit sich der Überschuss noch vergrössern würde (zum Wegfall der Bedürftigkeit während eines laufenden Verfahrens vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_124/2012 vom 28. März 2012 E. 3.3).

6. Ausser bei Bös- oder Mutwilligkeit werden im Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege keine Gerichtskosten erhoben (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Mutwillig ist ein Gesuch etwa dann, wenn es dazu missbraucht wird, den Prozess zu verzögern, beispielsweise weil der Gesuchsteller offensichtlich nicht bedürftig oder sein Rechtsbegehren klarerweise aussichtslos ist, oder wenn es mit unkorrekten und unvollständigen Angaben begründet wird (Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, Art. 119 ZPO N 15; Bühler, Berner Kommentar, 2012, Art. 119 ZPO N 145). Dasselbe muss auch gelten, wenn die vorhandenen finanziellen Mittel klarerweise ausreichen, um die Prozesskosten zu finanzieren.

Wie ausgeführt, verfügt die Gesuchstellerin über einen monatlichen Überschuss über dem Existenzminimum von CHF 793.00 bzw. einen jährlichen Überschuss von rund CHF 9'500.00. Damit kann sie die Prozesskosten finanzieren. Dass dies möglich ist, wurde der Gesuchstellerin an der Verhandlung vom 12. November 2020 im Verfahren ES 2020 400 denn auch vorgerechnet und es wurde ihr empfohlen, das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zurückzuziehen. Dies lehnte die Gesuchstellerin ohne nachvollziehbare Gründe ab, was als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren ist. Ihr sind daher Gerichtskosten aufzuerlegen.

Entscheid des Kantonsgerichts vom 18. November 2020 UP 2020 105

III. Schuldenbetreibungs- und Konkursrecht

IV. Strafrecht

1. Strafrechtspflege

1.1 Art. 66 a ff. StGB

Regeste:

Landesverweisung; sog. unechte Härtefallprüfung

Aus den Erwägungen:

3.1 Auch mit Bezug auf die persönlichen und familiären Verhältnisse von X. ist vorab auf die vorstehenden Erwägungen (E. V.4.6) sowie auf die Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (OG GD 1 E. VII.3.1 ff.). Er ist als Staatsangehöriger der Republik Kosovo am 5. September 2012 im Alter von 18 Jahren in die Schweiz eingereist, wo er Asyl beantragte, welches ihm mit Verfügung des Bundesamtes für Migration vom 21. März 2014 gewährt wurde. Im Berufungsverfahren wurden insoweit keine wesentlichen neuen Aspekte von der Verteidigung vorgebracht oder an der Befragung dargelegt.

3.2 Die Verteidigung von X. macht nicht geltend, es liege ein schwerer persönlicher Härtefall vor, doch sei ein sogenannter unechter Härtefall zu beachten; darauf ist später einzugehen. Einstweilen ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass X. schlecht integriert ist. Er spricht zwar Schweizerdeutsch und hat in der Person seiner im Kanton Wallis wohnhaften Schwester eine gewisse familiäre Beziehung in der Schweiz. Auch ist seine Partnerin Schweizerin, doch lebt er gemäss eigenen Angaben weiterhin nicht mit ihr zusammen (OG GD 11/1 Ziff. 31 f.). Beruflich ist er wenig erfolgreich, auch wenn er temporär arbeitet und angeblich eine feste Anstellung in Aussicht hat. Unbestrittenermassen hat er im Kosovo die Schulen absolviert und dort auch eine Ausbildung abgeschlossen; in der Schweiz verfügt er demgegenüber über keinen beruflichen Abschluss. Wesentlich gegen eine geglückte Integration sprechen die zahlreichen Vorstrafen und die vorliegend zu beurteilenden Delikte, welche auf einen fehlenden Respekt vor der schweizerischen Rechtsordnung hinweisen. Schon kurz nach der Einreise beging er die erste Straftat, und seither, mit zunehmender Schwere, in regelmässigen Abständen weitere.

Die kosovarische Sprache ist X. vertraut, und er verfügt in seinem Herkunftsland, in dem er die ersten 18 Jahre seines Lebens verbracht hat, über persönliche Beziehungen, vorab zu seiner Mutter. Angesichts seines Werdegangs wird ihm auch die berufliche Integration dort nicht schwerer fallen als in der Schweiz. Eine Rückkehr in sein Herkunftsland würde ihn daher, abgesehen von der noch zu erörternden

Gefährdung seines Lebens, nicht besonders schwer treffen und ein schwerer persönlicher Härtefall offenkundig nicht vorliegen.

3.3.1 Es stellt sich indessen die Frage, ob der X. gewährte Flüchtlingsstatus daran etwas ändert. Sein Asylgesuch wurde mit dem Umstand begründet, er sei als volljähriges, männliches Mitglied der Familie der Blutrache von bestimmten, namentlich benannten Personen ausgesetzt und ihm drohe daher bei einer Rückkehr in sein Heimatland Kosovo der Tod (act. 13.3.1 ff.). Nachdem das Bundesamt für Migration den Asylantrag von X. gutgeheissen hat (act. 13/3/3/4), ist davon auszugehen, dass seine Angaben geprüft und als zutreffend erachtet wurden. Die beigezogenen Akten des Asylverfahrens drängen keine andere Schlussfolgerung auf. Auf den Entscheid der Asylbehörde ist daher ohne erneute Prüfung abzustellen, zumal diese, im Gegensatz zum Gericht, besser in der Lage ist, die Angaben zu prüfen. In tatsächlicher Hinsicht ist daher davon auszugehen, dass X. in seinem Heimatland aufgrund einer Blutfehde tatsächlich konkret an Leib und Leben bedroht ist. Für die Richtigkeit dieser Annahme spricht auch, dass X. die Personen, von denen er bedroht werde, namentlich benannte (act. 13/3/3/1). Es ist überdies bekannt, dass Blutrache im Kosovo nach wie vor praktiziert wird und überwiegend männliche erwachsene Mitglieder einer bestimmten Familie trifft; der Schutz der Betroffenen durch die staatlichen Autoritäten im Kosovo ist ungenügend (vgl. www.fluechtlingshilfe.ch/assets/herkunftslander/europa/kosovo/160701-kos-blutrache.pdf; besucht am 3. März 2020). Damit stimmt überein, dass die im Kosovo lebende Mutter von X., auch nach dessen Angaben, insofern nicht bedroht scheint, und dass er selbst das Land erst als Volljähriger verliess.

3.3.2 Das Strafgericht hat dazu unter Hinweis auf ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich (GG170032-L vom 12. April 2017 E. 3.2) ausgeführt, das Rückschiebeverbot (Non-Refoulement-Gebot) sei erst im Rahmen des Vollzugs der Landesverweisung zu prüfen und nicht im Rahmen der Härtefallklausel, da Vollzugshindernisse, anders als Härtefallgründe, in der Regel nicht in den persönlichen Verhältnissen der beschuldigten Person, sondern in der Situation des Heimatlandes liegen würden.

3.3.3 Die Verteidigung von X. ist demgegenüber der Auffassung, der Asylstatus von X. sei bereits im Rahmen des gerichtlichen Entscheides bzw. im Rahmen der Härtefallprüfung zu berücksichtigen. Sie verweist auf das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich SB170246-0 E. 3.5, mit welchem der vom Strafgericht zitierte Entscheid verworfen worden sei, sowie auf das Urteil des Bundesgerichts 6B_651/2018 E. 8.3.3 vom 17. Oktober 2018.

3.3.4 Der Verteidigung ist zuzustimmen, dass die gegen den Vollzug der Landesverweisung bzw. gegen eine allfällige Rückschiebung in den Kosovo sprechenden Gründe vorliegend überwiegend in den persönlichen bzw. familiären Verhältnissen von X. liegen. Sein Leben ist im Falle der Rückkehr in den Kosovo nicht primär

aufgrund der dortigen allgemeinen Situation gefährdet, sondern aufgrund der konkreten, individuellen Verhältnisse. Allein aus diesem Grund wurde ihm Asyl gewährt. Die Situation im Heimatland hat nur indirekt darauf Einfluss, indem dort offenbar die Blutfehde nicht hinreichend verhindert wird. Gemäss dem zitierten Bundesgerichtsentscheid 6B_651/2018 vom 17. Oktober 2018 schliesst die Möglichkeit des Vollzugsaufschubs es nicht aus, Vollzugs-hindernisse im Rahmen der Härtefallprüfung bereits bei der An-ordnung der Landesverweisung zu berücksichtigen. Aus dem Wortlaut des Entscheides geht zwar nicht ganz eindeutig hervor, dass solche Hindernisse vom Gericht zwingend berücksichtigt werden müssen; er liesse sich auch dahingehend interpretieren, dass die Berücksichtigung möglich und durch Art. 66d StGB nicht ausgeschlossen ist. Im Entscheid 6B_1024/2019 vom 29. Januar 2020 E. 1.3.5 führte das Bundesgericht sodann aus, das Sachgericht habe die rechtliche Durchführbarkeit der Landesverweisung zu beurteilen, wobei die (vorläufig bestimmbare) Zulässigkeit des tatsächlichen Vollzugs durch das Strafgericht primär gemäss Art. 66a ff. StGB zu prüfen sei. Jedenfalls in Fällen wie dem vorliegenden, wo die Unzumutbarkeit der Rückschiebung in den Herkunftsstaat nicht mit der allgemeinen Situation oder mit allgemeinen staatlichen Repressalien, sondern mit den konkreten, individuellen Verhältnissen des Beschuldigten begründet wird, scheint es somit angezeigt, die Unmöglichkeit des Vollzugs im Rahmen der Härtefallprüfung zu berücksichtigen. Dies wird vom Obergericht Zürich im zitierten Entscheid überzeugend dargelegt. Es leuchtet denn auch ohne Weiteres ein, dass eine Bedrohung des Lebens die Rückkehr in den Herkunftsstaat unzumutbar macht. Unbefriedigend ist zwar, dass bereits jetzt über eine Unzumutbarkeit der Rückkehr in den Heimatstaat entschieden werden muss, obwohl zunächst die Freiheitsstrafe zu vollziehen ist und sich die Verhältnisse bis zum Vollzugsende wieder ändern könnten. Angesichts der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist dies indessen hinzunehmen. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass das Aufenthaltsrecht von X. ausländerrechtlich neu zu prüfen sein wird, falls die Asylgründe entfallen sollten.

Ohne Berücksichtigung des Asylgrundes würde, wie festgestellt, offenkündig kein Härtefall vorliegen. Die konkrete und akute Bedrohung des Lebens von X. im Falle einer Rückführung in den Kosovo wiegt indessen derart schwer, dass dennoch von einem Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB auszugehen ist. Auch wenn ein hohes öffentliches Interesse an der Landesverweisung besteht, geht der Schutz des Lebens von X. vor. Seine Berufung ist insoweit gutzuheissen und auf eine Landesverweisung ist im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB ausnahmsweise zu verzichten.

Obergericht, Strafabteilung, Urteil vom 24. März 2020 (S 2019 22-24)

V. Rechtspflege

1. Anwaltsrecht

1.1 § 8 Abs. 3 EG BGFA

Regeste:

§ 9 Abs. 3 EG BGFA - Voraussetzungen, unter denen die Berechtigung zur Führung des Titels «Rechtsanwältin» bzw. «Rechtsanwalt» entzogen werden kann.

1.1.1 Aus den Erwägungen:

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss § 9 Abs. 1 EG BGFA berechtigt das von der Anwaltsprüfungskommission aufgrund der bestandenen Prüfung erteilte Anwaltspatent die Inhaber bzw. den Inhaber, unter der Berufsbezeichnung «Rechtsanwältin» bzw. «Rechtsanwalt» aufzutreten und erbringt den Nachweis der fachlichen Voraussetzungen im Sinne von Art. 7 BGFA für die Eintragung im kantonalen Anwaltsregister. Nach § 9 Abs. 3 EG BGFA kann die Berechtigung zur Führung des Titels gemäss Abs. 1 befristet oder unbefristet entzogen werden, wenn strafrechtliche Verurteilungen vorliegen, welche die Vertrauenswürdigkeit als Rechtsanwältin bzw. Rechtsanwalt beeinträchtigen. Zuständig für den Entzug ist die Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug (§ 14 Abs. 1 Bst. d1 EG BGFA).

2. Für die Beurteilung der Frage, ob eine strafrechtliche Verurteilung vorliegt, welche die Vertrauenswürdigkeit als Rechtsanwältin bzw. Rechtsanwalt beeinträchtigt, lassen sich dem EG BGFA weder eine Definition noch einzelne Kriterien entnehmen. Die Bestimmung von § 9 Abs. 3 EG BGFA ist folglich auszulegen.

2.1 Eines der Ziele der Teilrevision des EG BGFA von 2016 war es, dieses Gesetz mit einer Regelung zu ergänzen, welche es der Aufsichtsbehörde über die Rechtsanwälte ermöglichen soll, in speziellen Fällen die Berechtigung zur Führung des Titels «Rechtsanwältin» bzw. «Rechtsanwalt» zu entziehen. Im Bericht und Antrag des Obergerichts vom 19. August 2015 (Seite 7) wird ausgeführt, dass es beim Entzug der Berechtigung zur Führung des Titels nicht um eine zusätzliche Bestrafung der betroffenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, sondern um den Schutz des Publikums gehe. Dieses kenne in der Regel den Unterschied zwischen eingetragenen und nicht eingetragenen, also ausschliesslich beratend tätigen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten nicht und sei insbesondere nicht mit der Tatsache vertraut, dass lediglich im Anwaltsregister eingetragene Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen der (Disziplinar-)Aufsicht unterstünden. Das rechtssuchende Publikum sei aber vor beiden Kategorien zu schützen, wenn jemand aufgrund eines strafbaren Verhaltens nicht mehr vertrauenswürdig sei. Daher solle solchen Personen die Berechti-

gung zur Führung des Titels entzogen werden können. Damit werde in diesem einen Punkt eine Gleichbehandlung von eingetragenen und nicht eingetragenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten erreicht.

2.2 Das Bundesgericht befasste sich im Entscheid BGE 104 Ia 189 mit der Frage, wann ein Anwärter mit Rücksicht auf seinen Leumund zu einem der Bewilligungspflicht unterstehenden Beruf zuzulassen ist. Dabei hielt es fest, die beurteilende Behörde dürfe sich nicht mit einer rein formellen Betrachtungsweise begnügen. Vielmehr sei aufgrund des aus Art. 4 BV abgeleiteten Grundsatzes der Verhältnismässigkeit konkret zu prüfen, ob die Lebensführung des Anwerter mit einem Makel behaftet sei, der ihn als zur Ausübung des betreffenden Berufes ungeeignet erscheinen lasse. Das Erfordernis des guten Leumundes sei somit verfassungsgemäss, d.h. unter dem Gesichtswinkel der Zweckangemessenheit auszulegen. Für den Beruf eines Grundbuchverwalters dürfe zweifellos gefordert werden, dass der Anwärter nicht wegen eines Tatbestandes vorbestraft sei, der seinen Charakter und namentlich seine Vertrauenswürdigkeit in Frage stellen würde.

2.3 Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit sind demnach die konkreten Umstände auf die Zweckangemessenheit hin zu prüfen. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gilt auch bei der Beantwortung der Frage, ob Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte die persönlichen Voraussetzungen für den Registereintrag erfüllen. Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b BGFA darf für einen Eintrag im Register keine strafrechtliche Verurteilung vorliegen wegen Handlungen, die mit dem Anwaltsberuf nicht zu vereinbaren sind. Ob eine bestimmte Handlung mit dem Anwaltsberuf zu vereinbaren ist oder nicht, entscheidet sich aufgrund der konkreten Tatumstände. In Betracht fallen vor allem Handlungen, die vorsätzlich (direkter Vorsatz und Eventualvorsatz) begangen wurden. Liegt demgegenüber blosser Fahrlässigkeit vor, lässt sich die Tat allenfalls noch mit dem Anwaltsberuf vereinbaren. Hier darf kein allzu strenger Massstab angelegt werden. Dies gilt vor allem für leichtere Verfehlungen, selbst wenn sie im Privatauszug erscheinen. Für die Verweigerung des Eintrags im Anwaltsregister bzw. für die Löschung dieses Eintrags muss also stets eine gewisse Tatschwere vorliegen. Tatschwere und Sanktion müssen in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen, also verhältnismässig sein (Stahelin/Oetiker, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A. 2011, Art. 8 BGFA N 18).

2.4 Die Bestimmung von Art. 8 Abs. 1 lit. b BGFA beruht auf der Überlegung, dass das Vertrauensverhältnis, das zwischen Anwalt und Klient bestehen muss, gestört sein kann, wenn der Anwalt nicht vollumfänglich für Seriosität und Ehrenhaftigkeit bürgt. Es können nur solche Verurteilungen Auswirkungen auf die Ausübung des Anwaltsberufes haben, die mit dem Anwaltsberuf nicht vereinbar sind. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Täter im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit als Anwalt oder in einem privaten Umfeld gehandelt hat. Bei der Prüfung der Frage der

Vereinbarkeit der strafrechtlichen Verurteilung mit dem Anwaltsberuf verfügt die Aufsichtsbehörde über einen grossen Beurteilungsspielraum; sie hat indessen stets den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten (Beschluss der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zug AK 2018 1 vom 5. Juni 2018, E. 2 m.w.H.).

2.5 Zu den Handlungen, die nicht mit dem Anwaltsberuf zu vereinbaren sind, zählen namentlich strafbare Handlungen gegen Leib und Leben (Mord, vorsätzliche Tötung, schwere Körperverletzung sowie gewisse Handlungen gegen die sexuelle Integrität), Delikte gegen das Vermögen (Betrug, Veruntreuung, Diebstahl, Raub, Erpressung, ungetreue Geschäftsbesorgung, Steuerdelikte), Delikte gegen die Willensfreiheit (Drohung, Nötigung), Urkundenfälschung und Geldwäscherei (insbesondere Art. 305bis StGB); solche sind grundsätzlich geeignet, die berufliche Zutrauenswürdigkeit des Anwalts in Frage zu stellen (Staehelin/Oetiker, a.a.O., Art. 8 BGFA N 20; Urteil des Bundesgerichts 2C_183/2010 vom 21. Juli 2010 E. 2.4, je mit weiteren Hinweisen). Mit dem Anwaltsberuf oft noch zu vereinbaren sind Delikte, bei denen ganz allgemein die kriminelle Energie gering ist (z. B. eine mässige Geschwindigkeitsübertretung nach SVG; BGE 137 II 425, E. 6.1).

3. RA A. hat, wie bereits erwähnt, im Zeitraum von 2008 bis 2015 verschiedene Vermögensdelikte begangen. Namentlich hat er mit Vorsatz und Bereicherungsabsicht Gelder in Höhe von EUR 503'000.–, welche ihm im Zeitraum von 2008 bis 2015 auf geschäftlicher Basis anvertraut wurden, verabredungswidrig verwendet. Zudem hat er, wiederum mit Vorsatz und Bereicherungsabsicht, im Zeitraum von 2013 bis 2015 als treuhänderischer Verwaltungsrat zweier schweizerischer Aktiengesellschaften zu Lasten von deren Konti nicht geschäftsmässig begründete und damit unrechtmässige Überweisungen in Höhe von CHF 257'560.– und CHF 84'000.– getätigt. RA A. ist deswegen mit Strafbefehl vom 11. Mai 2020 rechtskräftig schuldig gesprochen worden der mehrfachen Veruntreuung von Vermögenswerten gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB sowie der mehrfachen qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 i.V.m. Abs. 3 StGB. Sowohl die Veruntreuung nach Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB als auch die qualifizierte ungetreue Geschäftsbesorgung nach Art. 158 Ziff. 1 i.V.m. Abs. 3 StGB stellen Verbrechen dar. Zwar enthält der Strafbefehl vom 11. Mai 2020 keine Ausführungen zum Verschulden von RA A.. Aufgrund der Strafhöhe (Freiheitsstrafe von 180 Tagen) muss indes angenommen werden, dass die Staatsanwaltschaft das Verschulden RA A. als schwer wertete. Sein Verhalten weist denn auch eine erhebliche Tatschwere in Sinne von Art. 8 BGFA und von § 9 Abs. 3 EG BGFA auf. RA A. hat über einen Zeitraum von gut sieben Jahren hinweg ihm auf geschäftlicher Basis, anfänglich wohl in seiner Eigenschaft als Anwalt, anvertraute Gelder in massiver Höhe vorsätzlich und mit Bereicherungsabsicht veruntreut. Zudem hat er im Zeitraum von 2013 bis 2015 in seiner geschäftlichen Tätigkeit als treuhänderischer Verwaltungsrat zweier Aktiengesellschaften über deren Konti unrechtmässig verfügt, indem er mit Vorsatz und Bereicherungsabsicht nicht

geschäftsmässig begründete Überweisungen in grosser Höhe tätigte. Zusätzliches Gewicht erhalten die Verfehlungen von RA A. insofern, als die Staatsanwaltschaft anstelle einer Geldstrafe eine Freiheitsstrafe ausgesprochen hat. Als Begründung für die Anordnung einer Freiheitsstrafe führte die Staatsanwaltschaft aus, vorliegend werde eine (bedingte) Freiheitsstrafe ausgefällt, da (bedingte) Geldstrafen RA A. bisher nicht von erneuter Delinquenz abgehalten hätten und da die Deliktsstruktur zeige, dass der sich ständig in Geldnot befindende Beschuldigte kaum imstande wäre, eine Geldstrafe zu bezahlen.

4. Der Rechtsanwalt wird von seinen Klienten mandatiert, um ihre Interessen auf gesetzeskonformem Weg durchzusetzen. Mit seinem juristischen Wissen und der Erfahrung soll er den Rechtsuchenden helfen. Diese Tätigkeit erfordert ein hohes Mass an Vertrauenswürdigkeit. Diese Vertrauenswürdigkeit ist bei RA A. nicht mehr gegeben. Er hat über Jahre hinweg in seiner geschäftlichen Tätigkeit Gelder in erheblicher Höhe veruntreut und zudem über Konti zweier Aktiengesellschaften unrechtmässig verfügt. Mit diesem Verhalten hat er zum Ausdruck gebracht, dass die erforderliche Seriosität und Ehrenhaftigkeit nicht vorhanden ist. RA A. hat eine hohe kriminelle Energie an den Tag gelegt und sich dadurch erhebliche wirtschaftliche Vorteile verschafft. Die der strafrechtlichen Verurteilung zugrunde liegenden Handlungen RA A. und die darin zum Ausdruck kommende Geringschätzung gesetzeskonformen Verhaltens beeinträchtigen dessen Vertrauenswürdigkeit als Rechtsanwalt massiv.

5. Nach § 9 Abs. 3 EG BGFA kann die Berechtigung zur Führung des Titels befristet oder unbefristet entzogen werden. Vorliegend ist ein unbefristeter Entzug angezeigt. Mit Blick auf den Schutz des rechtsuchenden Publikums schliessen die massiven und über einen langen Zeitraum verübten Delikte einen befristeten Entzug der Berechtigung zur Führung des Titels aus. Ein unbefristeter Entzug ist auch nicht unverhältnismässig. Einerseits sind die von RA A. verübten Straftaten als Verbrechen und demnach als schwere Taten zu qualifizieren. Erschwerend kommt hinzu, dass RA A. diese Taten in Ausübung seiner beruflichen respektive geschäftlichen Tätigkeit vorgenommen hat. Andererseits führte RA A. in seiner Stellungnahme vom 10. Juli 2020 aus, dass er seit der Löschung seines Eintrags im Anwaltsregister und dem Entzug seiner Notarbefugnis im Jahre 2009 nicht mehr als Rechtsanwalt tätig sei und auch eine allfällige Berufsbezeichnung «Rechtsanwalt» nicht mehr verwende und freiwillig auf eine Verwendung dieser Bezeichnung verzichtet habe. Insofern stellt der unbefristete Entzug keine unverhältnismässige Sanktion dar.

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass bei RA A. strafrechtliche Verurteilungen vorliegen, welche die Vertrauenswürdigkeit als Rechtsanwalt beeinträchtigen. Die Berechtigung zur Führung des Titels Rechtsanwalt ist ihm gestützt auf § 9 Abs. 3 EG BGFA unbefristet zu entziehen.

Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte, 5. November 2020 (AK 2020 8)

1.2 Art. 12 lit. a BGFA

Regeste:

Art. 12 lit. a BGFA – Rechtsanwälte sind in erster Linie verpflichtet, die Interessen ihrer Klienten bestmöglich zu vertreten. Die Parteilichkeit rechtfertigt allerdings nicht die Anwendung sämtlicher Mittel. Insbesondere hat der Rechtsanwalt alles zu unterlassen, was die Vertrauenswürdigkeit der Anwaltschaft in Frage stellt. Er hat daher exzessive Angriffe auf die Gegenpartei zu unterlassen. Ein unnötig forsches und unangebracht hartes Vorgehen entspricht in der Regel nicht dem Gebot der sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung.

Aus den Erwägungen:

1.1. Gemäss Art. 12 lit. a BGFA haben die Rechtsanwälte ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben. Diese Verpflichtung bezieht sich auf sämtliche Handlungen des Rechtsanwalts und erfasst sowohl die Beziehung zum eigenen Klienten wie auch Kontakte mit der Gegenpartei oder Behörden (BGE 130 II 270 E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts 2C_620/216 vom 30. November 2016 E. 2.1). Ob ein Verhalten nicht mehr als sorgfältige und gewissenhafte Berufsausübung gewertet werden kann richtet sich danach, ob die zur Diskussion stehende Verfehlung über ihre Auswirkung im Einzelfall hinaus geeignet ist, das Vertrauen in die Kompetenz und Integrität der Anwaltschaft zu beeinträchtigen und damit die Funktion der Anwaltschaft im System der Rechtspflege zu stören (Fellmann, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A. 2011, Art. 12 BGFA N 12).

1.2. Zwar sind Rechtsanwälte in erster Linie verpflichtet, die Interessen ihrer Klienten bestmöglich zu vertreten. Sie vertreten Parteiinteressen und sind daher notwendigerweise einseitig tätig. Sie sind daher auch nicht verpflichtet, stets das für die Gegenpartei mildeste Vorgehen zu wählen (BGE 130 II 270 E. 3.2.2). Rechtsanwälte dürfen im Interesse ihres Klienten daher durchaus energisch auftreten und sich je nach den Umständen auch pointiert ausdrücken. Rechtsanwälte sind zur Parteilichkeit, nicht zur Objektivität berufen (Urteil des Bundesgerichts 2C_103/2016 vom 30. August 2016 E. 3.2.1).

1.3. Die Parteilichkeit rechtfertigt allerdings nicht die Anwendung sämtlicher Mittel. Insbesondere hat der Rechtsanwalt alles zu unterlassen, was die Vertrauenswürdigkeit der Anwaltschaft in Frage stellt. Aufgrund seiner besonderen Stellung ist er zu einer gewissen Zurückhaltung verpflichtet und gehalten, einer Eskalation von Streitigkeiten entgegenzuwirken. Er hat daher exzessive Angriffe auf die Gegenpartei zu unterlassen. Ein unnötig forsches und unangebracht hartes Vorgehen des Rechtsanwalts entspricht in der Regel nicht dem Gebot der sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung und liegt auch nicht im Interesse des Klienten (Urteil des Bundesgerichts 2C_103/216 vom 30. August 2016 E. 3.2.2.; Fellmann, a.a.O., Art. 12 BGFA

N 50). Für die Beurteilung, ob eine Verletzung von Berufspflichten vorliegt, ist eine Würdigung der Gesamtumstände ausschlaggebend (Entscheid der Aufsichtsbehörde über die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Basel-Stadt AK.2018.1 vom 18. März 2019, in: ius.focus 10/2019 S. 31).

1.4. Widerrechtliche Drohungen, Nötigungen oder Erpressungen bleiben in jedem Fall untersagt. Drohungen sind nur zulässig, wenn das angedrohte Mittel und das verfolgte Ziel je für sich erlaubt sind und zudem zwischen Mittel und Zweck ein sachlicher Zusammenhang besteht. Zwar ist es grundsätzlich erlaubt, jemandem eine Strafanzeige anzudrohen, wenn diese nicht völlig unbegründet erscheint; unzulässig ist die Drohung mit einer Strafanzeige indessen, wenn zwischen dem Straftatbestand, der angezeigt werden soll, und der gestellten Forderung jeder sachliche Zusammenhang fehlt oder wenn mit der Drohung eine ungerechtfertigte Zuwendung bezweckt wird (Fellmann, Anwaltsrecht, 2. A. 2017, Rz 290).

2.1. Im Lichte dieser Ausführungen ist der E-Mail-Verkehr des Verzeigten vom 17. September 2019 zu werten. Dass der Verzeigte per E-Mail die Forderung einer Mandantin geltend machte, ist per se nicht zu beanstanden. Zu beanstanden ist indessen, dass der Verzeigte mit seinem Anschreiben an A. X. und B. X. nicht nur das Ehepaar X., sondern auch deren Tochter A. in Anspruch nahm. So behauptet nicht einmal der Verzeigte, dass die Forderung auch ihr gegenüber bestanden hätte. Der Verzeigte setzte B. und A. X. sodann eine Frist von 5 Werktagen zur Zahlung an und drohte mit einer Zivilklage, aber auch mit einer «Strafanzeige wegen Betrugs u.a.», sollten sie sich nicht kooperativ zeigen. Schon dieses Vorgehen geht eindeutig zu weit. Unzulässig ist die Drohung mit einer Strafanzeige nämlich, wenn zwischen dem Straftatbestand, der angezeigt werden soll, und der gestellten Forderung jeder sachliche Zusammenhang fehlt (Fellmann, a.a.O., N 290). Der Verzeigte machte in seiner E-Mail geltend, es sei ein Teil einer Forderung noch nicht bezahlt worden, erwähnte jedoch keinerlei Umstände, welche auf einen Betrug gegenüber seiner Mandantin schliessen liessen. Hinzu kommt, dass der Verzeigte die Forderung noch um mehr als einen Drittel zufolge ebenfalls nicht begründeter, geschweige denn belegter Kosten und Gebühren erhöhte.

2.2. Völlig überzogen ist dann die nur wenige Stunden später nachgesetzte Drohung des Verzeigten, er werde den Arbeitgeber des Ehemanns «informieren und die Strafanzeige am Freitag, den 20.09.2019 einreichen wenn das Geld nicht sofort [...] überwiesen wird». Zum einen besteht zwischen der Drohung und der Forderung weder ein personeller noch ein sachlicher Zusammenhang. Zum anderen droht der Verzeigte nunmehr damit, bereits drei Tage später Strafanzeige einzureichen, wenn das Geld nicht sofort überwiesen wird. Damit wurde der Ehemann der Schuldnerin offensichtlich ungebührlich unter Druck gesetzt, Zahlungen zu leisten. Die Information des Arbeitgebers über (angebliche) finanzielle Probleme des Arbeitnehmers kann zu erheblichen Problemen bis hin zum Stellenverlust führen.

2.3. Nur eine halbe Stunde später kündigte der Verzeigte an: «Morgen geht es rund». Faktisch wurden dadurch B. und A. X. genötigt, eine die angebliche Forderung übersteigende Geldsumme umgehend zu bezahlen, anderenfalls Zivilklage, Strafanzeige und eine unliebsame Information des Arbeitgebers drohten. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch die sehr hohe E-Mail-Kadenz; innert Stunden wurde ein massiver Druck auf die Angehörigen der Schuldnerin aufgebaut. Die für einen Anwalt indiskutable Sprachwahl («völliger Quatsch», «Schulden machen und noch den Mund aufreissen», «Das ist doch eine Sauerei») runden das Bild ab.

2.4. Gemäss der unbestritten gebliebenen Darstellung des Anzeigerstatters hat der Verzeigte schliesslich seine Drohung, mit dem Arbeitgeber von B. X. Kontakt aufzunehmen, wahrgemacht und diesem telefonisch mitgeteilt, B. X. schulde der Firma F. Geldbeträge. Damit hat der Verzeigte wiederum den Rahmen des Erlaubten klar überschritten.

3. Zusammenfassend ist festzustellen, dass das aggressive Vorgehen des Verzeigten die Grenze des Zulässigen deutlich überschreitet. Allein schon die Drohung, er werde den Arbeitgeber des Ehemannes der Schuldnerin für den Fall der nicht sofortigen Bezahlung informieren, muss als nötigend bezeichnet werden, da jeder personelle und sachliche Zusammenhang fehlt. Hinzu kommt, dass der Verzeigte in der Folge seine Drohung wahrgemacht hat. Auch die Drohung einer Strafanzeige wegen Betrugs war völlig unbegründet und damit unzulässig. Der Verzeigte hat daher gegen Art. 12. lit. a BGFA verstossen.

Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte, 2. Juli 2020 (AK 2020 5)

1.3 §§ 29-31 BeurkG

Regeste:

§§ 29-31 BeurkG – Beglaubigung von Unterschriften ; beglaubigt die Urkundsperson zur Vorbereitung des Beglaubigungsaktes Unterschriften als echt, obwohl diese Unterschriften auf dem fraglichen Dokument noch nicht vorliegen, liegt ein Verstoss gegen eine elementare Pflicht bei der Herstellung einer Beglaubigung vor.

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss § 29 Abs. 1 BeurkG sind u.a. die Urkundspersonen zur Beglaubigung von Unterschriften, Handzeichen, Kopien usw. zuständig. Bei der Beglaubigung von Unterschriften überprüft die beglaubigende Person die Identität der unterzeichnenden Person. Sie darf die Beglaubigung einer Unterschrift nur vornehmen, wenn die Unterschrift in ihrer Gegenwart vollzogen oder von der unterzeichneten Person in ihrer Gegenwart als echt anerkannt wird (§ 30 Abs. 1 BeurkG). Die Beglaubigung

wird durch einen Vermerk vorgenommen, der von der beglaubigenden Person unter Angabe von Ort und Datum zu unterzeichnen ist. Der Unterschrift ist der Stempel oder das Siegel der beglaubigenden Person beizufügen (§ 31 Abs. 1 BeurkG). Bei der Beglaubigung von Unterschriften sind ferner der Name und der Vorname, das Geburtsdatum, das Geschlecht, der Heimort oder die Staatsangehörigkeit der Person, deren Unterschrift beglaubigt wird, anzugeben (§ 31 Abs. 2 BeurkG). Nebst der Beglaubigung von Unterschriften unter Anwesenden sieht das Beurkundungsgesetz unter gewissen Voraussetzungen auch die Möglichkeit der Fernbeglaubigung vor. So kann die beglaubigende Person, wo es die Umstände rechtfertigen, eine von ihr bereits zu einem früheren Zeitpunkt beglaubigte und bei ihr hinterlegte Unterschrift einer ihr bekannten Person im Abwesenheitsverfahren beglaubigen, sofern diese der Fernbeglaubigung im Einzelfall zugestimmt hat (§ 30 Abs. 2 BeurkG).

Unabhängig davon, ob es sich um eine Beglaubigung unter Anwesenden oder um eine Fernbeglaubigung handelt, setzt eine gültige Unterschriftsbeglaubigung selbstredend voraus, dass bei der Unterzeichnung der Beglaubigungserklärung durch die Urkundsperson die Unterschrift der unterzeichnenden Person vorliegt. Andernfalls handelt es sich um eine unzulässige (und nichtige) Vorratsbeglaubigung auf weissem Papier (Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, 1993, Rz 3255). Es widerspricht mit anderen Worten fundamental dem Wesen der Unterschriftsbeglaubigung, den Beglaubigungsvermerk zu unterzeichnen und mit dem Amtstempel zu versehen, bevor die zu beglaubigende Unterschrift geleistet worden ist.

2.1 Dies hat der Verzeigte aber in den drei zu beurteilenden Fällen getan. Die Häufung der zur Anzeige gebrachten Vorgänge und die Stellungnahmen des Verzeigten lassen darauf schliessen, dass dieser immer in der beschriebenen Weise vorgeht. Es gehört offenkundig für den Verzeigten zur Vorbereitung des Beglaubigungsaktes, seine Unterschrift und seinen Amtsstempel bereits anzubringen, bevor die Beurkundungspartei unterzeichnet hat. Hinzu kommt, dass der Verzeigte das für die Gesellschaft bestimmte Anmeldeformular jeweils vom betreffenden Organ nicht unterzeichnen lässt. Der Verzeigte scheint darin nichts Unrechtes zu erblicken, sondern sieht die Ursache für die Beglaubigung der fehlenden Unterschrift vielmehr in einer Unachtsamkeit seiner Klienten. So führt er aus, beim Einpacken der Unterlagen an das Handelsregister sei offenbar ein nicht unterzeichnetes Anmeldeformular, welches für die Akten der Gesellschaft bestimmt gewesen sei, beigelegt worden und das unterzeichnete Exemplar der Anmeldung für das Handelsregister sei irrtümlich zu den Akten der Gesellschaft genommen worden [. . .]. Bei dieser Vorgehensweise musste der Verzeigte damit rechnen, dass die Beglaubigung einer fehlenden Unterschrift in Verkehr gesetzt wird. Dies ist allein dem Verzeigten anzulasten und er kann sein gesetzeswidriges Verhalten nicht auf seine Kundschaft abschieben.

2.2 Zusammenfassend ergibt sich, dass der Verzeigte in drei voneinander unabhängigen Fällen die Unterschriften von Gesellschaftsorganen als echt beglaubigte,

obwohl diese Unterschriften auf dem fraglichen Dokument gar nicht vorlagen. Er hat damit gegen eine elementare Pflicht bei der Herstellung einer Beglaubigung verstossen.

Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte, 2. Juli 2020 (AK 2020 3); die dagegen erhobene Beschwerde wurde vom Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, rechtskräftig abgewiesen

B

Verwaltungspraxis

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

1. Verfahrensrecht

1.1 Art. 93 BGG

Regeste:

Art. 93 BGG – Sozialhilferechtliche Auflagen und Weisungen sind Zwischenentscheide, die nur eingeschränkt selbständig anfechtbar sind. Im vorliegenden Fall liegt kein nicht wiedergutzumachender Nachteil vor, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten ist (Erw. 3).

Aus dem Sachverhalt:

A. X. ist seit dem 1. Februar 2014 in der Gemeinde Y. wohnhaft und wird von ihr seit dem 1. Oktober 2016 mit Ausnahme von zwei kurzen Unterbrüchen mit wirtschaftlicher Sozialhilfe unterstützt. Mit der seinen Antrag auf Sozialhilfe gutheissenden Verfügung vom 6. September 2016 erteilte der Sozialdienst Y. X. unter anderem die Auflagen, dass er sich aktiv um Arbeit zu bemühen, angebotene Arbeitsstellen anzunehmen, jeden Monat die Arbeitssuche mit dem Formular «Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen» zu belegen und den Nachweis jeweils bis am letzten Kalendertag jeden Monats unaufgefordert dem Sozialdienst Y. einzureichen hat. (...)

B. Trotz Suchbemühungen konnte X. in der Folge keine längerfristige Festanstellung finden. Um ihn bei der Jobsuche zu unterstützen, gewährte der Sozialdienst Y. mit Verfügungen vom 10. Mai 2017, 23. November 2017, 24. Mai 2018, 28. Mai 2019 und 27. November 2019 der Z. AG subsidiär Kostengutsprache für das Coaching von X. Dieser (...) verzichtete (...) darauf, im erlernten Beruf oder verwandten Erwerbsfeldern nach Arbeit zu suchen. Gemäss der von ihm eingereichten Nachweise der persönlichen Arbeitsbemühungen der Monate September bis November 2019 konzentrierte er sich vorwiegend auf Kaderstellen in unterschiedlichen Branchen (...).

C. Da die Suchbemühungen von X. in dem von ihm angestrebten Bereich ergebnislos blieben, erteilte ihm der Sozialdienst Y. am 19. November 2019 schriftlich erneut die am 6. September 2016 verfügten Auflagen. Zusätzlich auferlegte dieser ihm, monatlich mindestens acht Stellenbemühungen im niederschweligen Bereich nachzuweisen. Er wurde darauf hingewiesen, dass er innert 20 Tagen nach Erhalt des Schreibens schriftlich eine beschwerdefähige Verfügung verlangen könne, wenn er damit nicht einverstanden sei, was er mit Schreiben vom 8. Dezember 2019 auch tat.

D. Mit Beschluss vom 18. Februar 2020 verfügte der Gemeinderat Y. Folgendes:

«1. X., geb. (...), werden folgende Weisungen erteilt:

- a. Intensive Bemühungen zu tätigen, um eine Arbeit zu finden in jeglichen, niederschweligen Erwerbsfeldern.
- b. Das heisst, monatlich acht bis zehn Stellenbemühungen in niederschweligen Arbeitsfeldern zu tätigen, diese schriftlich aufgelistet dem Sozialdienst vorzulegen. Dazu gehören ebenfalls die Bewerbungsschreiben und deren Absagen.
(...)

E. Der Entscheid wurde X. (nachfolgend «Beschwerdeführer») am 26. März 2020 zugestellt, nachdem der erste Versand nicht per Einschreiben erfolgte und die Verfügung dem Beschwerdeführer nicht zugegangen war. Mit Schreiben vom 6. April 2020 erhob er Verwaltungsbeschwerde gegen den Entscheid des Gemeinderats Y. (nachfolgend «Beschwerdegegner») und beantragte sinngemäss die Aufhebung der verfükten Auflagen und Weisungen. (...)

F. Mit Stellungnahme vom 6. Mai 2020 beantragte der Beschwerdegegner die Beschwerde abzuweisen. Zur Begründung verwies er auf seinen Entscheid vom 18. Februar 2020.
(...)

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Im Einklang mit dem Grundsatz des einmaligen Rechtsschutzes sind im Kanton Zug Zwischenentscheide praxisgemäss entsprechend der Regelung vor Bundesgericht (Art. 93 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 [BGG; BGS 173.110]) eingeschränkt anfechtbar. Namentlich können selbständig eröffnete Zwischenentscheide dann angefochten werden, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (vgl. hierzu Urteil des Verwaltungsgerichts V 2017 86 vom 29. August 2017, in: GVP 2017, S. 18 f.). Im Sozialhilferecht verfükten Auflagen und Weisungen sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts als Zwischenentscheide zu qualifizieren, da sie einen ersten, notwendigen Schritt zu einer allfälligen Leistungskürzung darstellen (hierzu insbesondere Urteil des Bundesgerichts 8C_871/2011 vom 13. Juni 2012 E. 4.4; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 8C_449/2018 vom 18. Januar 2019 E. 5). In einem erst vor Kurzem ergangenen Urteil des Bundesgerichts hielt dieses fest, dass in aller Regel kein nicht wiedergutzumachender Nachteil ersichtlich sei, welcher eine sofortige Überprüfung sozialhilferechtlicher Auflagen und Weisungen gebieten würde. Es sei kein Fall ersichtlich, in dem das Bundesgericht einen solchen Nachteil in einem sozialhilferechtlichen Kontext je bejaht hätte. Damit müsse diese Konstellation als mehr oder weniger theoretisch angesehen werden (BGer 8C_152/2019 vom 14. Januar 2020 E. 5.4.5).

Auch in der vorliegenden Konstellation ist kein nicht wiedergutzumachender Nachteil gegeben. Die vom Beschwerdeführer angefochtene Verfügung auferlegt ihm im Rahmen der Auflagen und Weisungen gewisse Pflichten hinsichtlich der Arbeitssuche. Wenn er ihnen nachkommt, darf die Sozialhilfebehörde auch keine Sanktionen verfügen. Sollte in der Folge mangels Mitwirkung trotzdem eine Sanktion (Kürzung oder Einstellung) verfügt werden, müsste der Beschwerdeführer vorab im Rahmen des rechtlichen Gehörs dazu angehört werden. Zudem wäre bei der Anfechtung der Sanktion auch die Rechtmässigkeit der verfügten Auflagen und Weisungen zu prüfen. Die angefochtene Verfügung stellt somit kein zulässiges Anfechtungsobjekt dar. Daran ändern auch die Umstände im vorliegenden Fall nichts. Der Beschwerdeführer wurde im Schreiben des Sozialdiensts Y. vom 19. November 2019 darauf hingewiesen, dass er eine beschwerdefähige Verfügung verlangen könne, was er auch tat. Ebenso wurde der Beschluss vom 18. Februar 2020 als «Beschwerdefähige Verfügung» bezeichnet. Indes wurde darin auf eine Rechtsmittelbelehrung verzichtet. Der Beschwerdeführer erleidet durch die zum Teil unklaren Ausführungen der Vorinstanz in verfahrensrechtlicher Hinsicht keinen Nachteil, da zu einem späteren Zeitpunkt die Rechtmässigkeit der Auflagen und Weisungen immer noch voll überprüft werden kann. Insofern fällt ein Eintreten aus Vertrauensschutzgründen ausser Betracht. Folglich ist auf die vorliegende Beschwerde mangels zulässigen Anfechtungsobjekts nicht einzutreten.

(. . .)

Entscheid des Regierungsrates vom 1. September 2020

II. Finanzen

1. Finanzrecht

1.1 § 7 FHG

Regeste:

§ 7 FHG – Das Verwaltungsvermögen zeichnet sich gegenüber dem Finanzvermögen dadurch aus, dass es unmittelbar durch seinen Gebrauchswert der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient. Das Finanzvermögen dient hingegen nur mittelbar durch seinen Ertrag der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (§ 7 Abs. 1 lit. a und b Gesetz über den Finanzhaushalt des Kantons und der Gemeinden vom 31. August 2006 [Finanzhaushaltgesetz, FHG; BGS 611.1]; BGE 138 I 274 E. 2.3.2). Die einmal gemachten Zuordnungen zum Finanz- bzw. zum Verwaltungsvermögen sind regelmässig zu überprüfen, da sich die Umstände ändern können. Falls ein Grundstück zum Teil dem Verwaltungs- und zum Teil dem Finanzvermögen zugeordnet werden kann, so ist dies für die korrekte Rechnungslegung zu berücksichtigen. Nur so ist sichergestellt, dass die Teile in der Bilanz korrekt ausgewiesen werden und die damit verbundenen Aufwände (z. B. Abschreibungen und Unterhalt) korrekt verbucht werden.

Aus dem Sachverhalt:

Die X. AG, Zug, ist Eigentümerin des Grundstücks (GS) A., GB Zug, und Y. AG, Zug, Eigentümerin der GS B, C, D und E, GB Zug, welche Teile des Hasenbühlwegs sowie der Gimenenstrasse bilden. Diese dienen wiederum als Fortsetzung der Meisenbergstrasse zur Erschliessung des Gimenenquartiers.

B. Mit Entscheid Nr. 80.19 vom 19. Februar 2019 hat der Stadtrat Zug den Baulinien- und Strassenplan sowie die Änderung des kommunalen Teilrichtplans Verkehr erlassen und dem Kanton zur Genehmigung unterbreitet. Zudem hat der Stadtrat den Perimeterplan Gimenen (Plan Nr. 8501) beschlossen und gleichzeitig die eingegangenen Einsprachen abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde.

Mit separatem Beschluss Nr. 81.19, ebenfalls vom 19. Februar 2019, hat der Stadtrat Zug die Öffentlicherklärung des Hasenbühlwegs und der Gimenenstrasse beschlossen.

Die X. AG und die Y. AG, haben gegen den Beschluss Nr. 80.19 (kommunaler Richtplan, Strassen- und Baulinienplan sowie Perimeterplan) Verwaltungsbeschwerde erhoben. Die Y. AG hat zudem gegen den Beschluss Nr. 81.19 (Öffentlicherklärung) Verwaltungsbeschwerde erhoben.

(. . .)

D. Am 24. Januar 2020 erhoben die X. AG und die Y. AG (nachfolgend: Anzeigende), beide Zug, Aufsichtsbeschwerde beim Regierungsrat des Kantons Zug betreffend Nichtanwendung des Finanzhaushaltgesetzes des Kantons Zug. Dabei beantragen die Anzeigenden, die Einwohnergemeinde Zug (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) sei anzuweisen, den eingezonten Teil von GS F., GB Zug, mit einer Fläche von 8494 m² in das Finanzvermögen der Stadt zu überführen und dafür eine Schätzung anzuordnen. (. . .)

Zur Begründung führen die Anzeigenden zusammengefasst aus, die Stadtverwaltung würde das GS F. zu Unrecht ganz im Verwaltungsvermögen aufführen, obwohl es sich teilweise in der Bauzone befinde und verkauft werden sollte, weshalb es Finanzvermögen darstelle. Diese Rechnungslegung würde dem Finanzhaushaltgesetz nicht entsprechen und das Jahresergebnis der Beschwerdegegnerin verfälschen. Dieser Umstand habe Auswirkungen auf die Beschwerdeverfahren betreffend Perimeterplan und Öffentlicherklärung, denn falls die Wohnzone auf GS F. als Finanzvermögen zu qualifizieren sei, würde die Kompetenz der Beschwerdegegnerin entfallen, für deren Erschliessung die Öffentlicherklärung anzuordnen.

E. Die Beschwerdeantwort erfolgte am 28. Februar 2020, wobei die Beschwerdegegnerin beantragte, dass die Aufsichtsbeschwerde nicht an die Hand zu nehmen und eventualiter abzuweisen sei. Die parallellaufenden Beschwerdeverfahren, Laufnummern 53394, 53408, 53411 und 53412, seien sodann nicht zu sistieren.

Zur Begründung führt die Beschwerdegegnerin zusammengefasst aus, das GS F. sei – entsprechend der Praxis der Stadtverwaltung – ungeteilt im Verwaltungsvermögen aufgeführt, da sich darauf eine Schule befinde und zum jetzigen Zeitpunkt unklar sei, ob der restliche Teil des Grundstücks nicht doch auch einem öffentlichen Zweck zugeführt werde. Für den Ausgang der Beschwerdeverfahren mit den Laufnummern 53394, 53408, 53411 sowie 53412 sei es sodann unerheblich, unter welchem Posten das GS F. verwaltungsintern verbucht werde, weshalb diese Verfahren nicht zu sistieren seien.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss § 52 Abs. 1 Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz VRG; BGS 162.1) kann mit der Aufsichtsbeschwerde jedermann die Aufsichtsbehörde über Tatsachen in Kenntnis setzen, die ihr Einschreiten gegen eine untere Verwaltungsbehörde von Amtes wegen erfordern. Anders als den Parteien im ordentlichen Beschwerdeverfahren kommen den Anzeigenden bei einer Aufsichtsbeschwerde keine Parteirechte zu (§ 52 Abs. 2 VRG). Die Art der Erledigung der Aufsichtsbeschwerde ist den Anzeigenden mitzuteilen, eine Begründungspflicht besteht jedoch nicht (§ 52 Abs. 3 und 4 VRG).

Die Aufsichtsbeschwerde ist weder frist- noch formgebunden. Sie hat subsidiären Charakter, d. h. falls die Rüge mit einem ordentlichen bzw. ausserordentlichen Rechtsmittel oder einer verwaltungsrechtlichen Klage geltend gemacht werden kann, steht die Aufsichtsbeschwerde nicht zur Verfügung. Die Aufsichtsbeschwerde ist nicht nur gegen Entscheide i. S. von § 4 VRG möglich, sondern gegen jede Art von staatlichem Handeln einer Behörde oder Amtsstelle, einer Mitarbeiterin oder eines Mitarbeiters. Sie dient dem Ziel der Verwaltungskontrolle. Anknüpfungspunkt bildet somit die Pflicht der oberen Behörde, die nachgeordneten Stellen angemessen zu beaufsichtigen, um eine rechtmässige und gut funktionierende Verwaltung zu gewährleisten. Die Eingabe soll eine Aktion veranlassen, welche die Aufsichtsbehörde von Amtes wegen durchführen müsste, würde sie selbständig auf den gerügten Missstand aufmerksam (vgl. Bertschi et al., Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Auflage, Zürich 2014, Vorbemerkungen zu §§ 19 bis 28, N 61 ff.; Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Bern 2008, S. 891 ff.). Sie kann daher z. B. auch gegen nicht hoheitliches, rechtsgeschäftliches Verwaltungshandeln gerichtet sein (Weiss, Verfahren der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug, Diss. Zürich 1983, S. 76 f.). Die Anzeige richtet sich grundsätzlich immer an die Aufsichtsbehörde. Die Aufsicht über die Gemeinden steht gemäss § 33 Abs. 1 Gesetz über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden vom 4. September 1980 (Gemeindegesetz, GG; BGS 171.1) dem Regierungsrat zu.

2. Die Anzeigenden stellen den Antrag, die Beschwerdeverfahren mit den Laufnummern 53411 und 53412 zu sistieren. Sie begründen dieses Begehren im Wesentlichen damit, dass ein allfälliger Entscheid der Beschwerdegegnerin, die Wohnzone auf GS F. in das Finanzvermögen umzubuchen, im Hinblick auf das zu erwartende Enteignungsverfahren und im Rahmen der Öffentlicherklärung des Hasenbühlwegs sowie der Gimenenstrasse eine grundlegende Bedeutung hätte. Denn falls die Wohnzone auf GS F. als Finanzvermögen zu würdigen sei, würde die Kompetenz der Beschwerdegegnerin entfallen, für deren Erschliessung die Öffentlicherklärung anzuordnen. Eine Enteignung sei nämlich nur möglich, um gemeindliche Aufgaben, d. h. Aufgaben für Grundstücke im Verwaltungsvermögen, zu erfüllen. Die Erschliessung eines Grundstücks im Finanzvermögen könne hingegen keine Enteignung rechtfertigen.

Im Weiteren hätten die Anzeigenden als Steuerzahlerinnen ein praktisches Interesse daran, dass die der Beschwerdegegnerin gehörenden Grundstücke in der Jahresrechnung korrekt aufgeführt würden. Denn unter anderem habe ein Grundstück im Finanzvermögen die Auswirkung, dass die Aktiven höher ausgewiesen würden, wobei die jährlichen Abschreibungen nach dem Finanzhaushaltgesetz einen Einfluss auf die laufende Rechnung hätten und sich somit auf den Jahreserlös auswirken würden.

a) Die Beschwerdegegnerin erwidert zusammengefasst, eine Sistierung der Verfahren betreffend Baulinien- und Strassenplan Hasenbuelweg und Gimenenstrasse, Änderung Richtplan Verkehr, Motorisierter Individualverkehr und Perimeterplan Gimenen (Laufnummern 53408 und 53412) sowie Öffentlicherklärung Hasenbuelweg und Gimenenstrasse (Laufnummern 53394 und 53411) sei unter keinem Titel zweckmässig. Insbesondere würde der Ausgang dieser erschliessungsrechtlichen Verfahren nicht von der Erledigung des vorliegenden aufsichtsrechtlichen Verfahrens abhängen. Vielmehr seien diese Verfahren in der Hauptsache und unabhängig vom vorliegenden Verfahren zu entscheiden. Auch eine grundlegende Bedeutung für ein allfälliges Enteignungsverfahren sei nicht ersichtlich. In den hängigen Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsrat sei der Enteignungstitel beziehungsweise die Enteignungsverfügung, nicht aber die Schätzung umstritten. Selbst wenn die Schätzung Gegenstand der zur Sistierung beantragten Verfahren wäre, hätte die buchhalterische Erfassung des Grundstücks seitens der Beschwerdegegnerin keinen Einfluss auf die Beurteilung der Schätzungskommission. Bauzonen seien grundsätzlich innert 15 Jahren zu erschliessen. Dies gelte unabhängig von den Eigentumsverhältnissen an den erschlossenen Parzellen. Auch sei für den Bestand der Erschliessungspflicht gänzlich unerheblich, ob GS F. dem Verwaltungs- oder dem Finanzvermögen der Beschwerdegegnerin zugeteilt werde. Würde das Gemeinwesen bei Grundstücken im Finanzvermögen keine Erschliessungspflicht treffen, könnten diese Grundstücke unter Umständen gar nie überbaut werden. Die öffentlich-rechtlichen Mittel zur Erschliessung von Bauland würden ohne Weiteres für die Erschliessung von Grundstücken im Finanzvermögen zur Verfügung stehen und seien vom erschliessungspflichtigen Gemeinwesen zu nutzen.

b) Gemäss Art. 19 Abs. 1 Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700) ist Land erschlossen, wenn eine hinreichende Zufahrt besteht und die erforderlichen Wasser-, Energie- sowie Abwasserleitungen so nahe heranführen, dass ein Anschluss ohne erheblichen Aufwand möglich ist. Die Gemeinden sind für die zeitgerechte Erschliessung der Bauzonen verantwortlich (Erschliessungspflicht; Art. 19 Abs. 2 RPG; § 32a Abs. 1 Planungs- und Baugesetz vom 26. November 1998 [PBG; BGS 721.11]).

c) Der Wortlaut von Art. 19 Abs. 2 RPG sowie § 32a Abs. 1 PBG ist umfassend. Bezüglich der Erschliessungspflicht ist somit – wie die Beschwerdegegnerin zu Recht ausführt – unerheblich, ob sich das Grundstück in privatem oder öffentlichem sowie Verwaltungs- oder Finanzvermögen befindet. Ein Zusammenhang zwischen dem vorliegenden aufsichtsrechtlichen Verfahren und den Verwaltungsbeschwerden mit den Laufnummern 53394, 53408, 53411 sowie 53412 besteht somit nicht. Der Sistierungsantrag der Anzeigenden ist folglich abzuweisen bzw. die Aufsichtsbeschwerde in diesem Punkt nicht an die Hand zu nehmen.

3. Die Anzeigenden machen geltend, die Stadtverwaltung würde das GS F. mit 14 147 m² Fläche zu Unrecht im Verwaltungsvermögen und mit dem Nutzungsvermerk «Landwirtschaft» aufführen. Dieses Grundstück sei nämlich als Folge eines angenommenen Antrags der FDP-Fraktion der Stadt Zug im Jahr 2009 eingezont und parzelliert worden, wobei Ziel dieses Antrags gewesen sei, die einzelnen Parzellen bauwilligen Privaten zu veräussern. Der in der Wohnzone liegende Teil des GS F. würde somit keinen öffentlichen Verwaltungszweck erfüllen. Das Gesamtgrundstück weise eine Gesamtfläche von 17 218 m² auf, wobei 8494 m² der Wohnzone (südlicher Teil) und 8724 m² (nördlicher Teil) der Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen (nachfolgend: OelB) zugeteilt seien. Korrekterweise wäre nur die Fläche der OelB im Verwaltungsvermögen aufzuführen, nicht aber die Fläche der Wohnzone, da jene keine unmittelbare öffentliche Aufgabe erfüllen würde. Die Rechnungslegung der Beschwerdegegnerin würde offensichtlich nicht dem Finanzhaushaltgesetz entsprechen, wodurch das Jahresergebnis des Gemeinwesens verfälscht worden sei.

a) Die Beschwerdegegnerin erwidert, praxisgemäss würden in ihrer Buchhaltung Grundstücke grundsätzlich ungeteilt einer Vermögensart zugeordnet. Dies treffe insbesondere dann zu, wenn die Absicht für die künftige Nutzung einer Teilfläche politisch noch nicht bestimmt sei. Eine Parzellierung des in der Wohnzone gelegenen Teils des GS F. und die Überführung in das Finanzvermögen seien grundsätzlich möglich. Es soll aber vermieden werden, dass bei konkreten, im öffentlichen Interesse liegenden Vorhaben auf der Wohnzonenfläche wieder eine (partielle) Umteilung ins Verwaltungsvermögen vorgenommen werden müsse. Entsprechende Absichten könnten im Rahmen der kommenden Ortsplanungsrevision Gegenstand der politischen Diskussion werden. Da die Erschliessung noch nicht gesichert sei, keine Parzellierung vorgenommen und auch keine konkreten Bau- oder Veräusserungsabsichten manifestiert seien, sei buchhalterisch auch keine Neuzuteilung der Wohnfläche erfolgt. Entsprechend sei GS F. seit Jahren ungeteilt dem Verwaltungsvermögen zugeordnet. Diese Zuteilung habe bislang zu keiner Mahnung oder gar einem Einschreiten der kantonalen Aufsichtsbehörden geführt. Soweit der in der Wohnzone gelegene Teil des Gemeinwesens bereits zum heutigen Zeitpunkt in den Büchern als Finanzvermögen erscheinen müsse, wersetze sich die Beschwerdegegnerin einer entsprechenden Anweisung der Aufsichtsbehörde nicht. Hingegen sei nicht ersichtlich, inwiefern die Anzeigenden von der buchhalterischen Zuteilung der Grundstücke in ihren Rechten betroffen seien.

b) Das Verwaltungsvermögen zeichnet sich gegenüber dem Finanzvermögen dadurch aus, dass es unmittelbar durch seinen Gebrauchswert der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient. Das Finanzvermögen dient hingegen nur mittelbar durch seinen Ertrag der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (§ 7 Abs. 1 lit. a und b Gesetz über den Finanzhaushalt des Kantons und der Gemeinden vom 31. August 2006 [Finanzhaushaltgesetz, FHG; BGS 611.1]; BGE 138 I 274 E. 2.3.2).

Die einmal gemachten Zuordnungen zum Finanz- bzw. zum Verwaltungsvermögen sind regelmässig zu überprüfen, da sich die Umstände ändern können. Falls ein Grundstück zum Teil dem Verwaltungs- und zum Teil dem Finanzvermögen zugeordnet werden kann, so ist dies für die korrekte Rechnungslegung zu berücksichtigen. Nur so ist sichergestellt, dass die Teile in der Bilanz korrekt ausgewiesen werden und die damit verbundenen Aufwände (z. B. Abschreibungen und Unterhalt) korrekt verbucht werden. Da es sich gemäss aktuellem Zonenplan beim südlichen Teil des GS F. – wie von den Anzeigenden zu Recht vorgebracht wird – tatsächlich um eine vom Schulhaus abgegrenzte Wohnzone handelt, die somit nicht der öffentlichen Aufgabenerfüllung dient, ist dieser südliche Grundstücksteil mit einer Fläche von 8494 m² (gemäss Liegenschaftsreport in ZugMap.ch), die der Wohnzone zugeteilt ist, in das Finanzvermögen zu übertragen. Unerheblich und unbeachtlich sind allfällige künftige Umzonungen, da diese im heutigen Zeitpunkt ungewiss sind und einen vorgängigen Entscheid der Einwohnergemeinde bedürfen.

Die Aufsichtsbeschwerde erweist sich somit in diesem Umfang als begründet und ist in diesem Punkt an die Hand zu nehmen.

c) Stellt die Aufsichtsbehörde einen Missstand in der Gemeindeverwaltung oder eine Vernachlässigung öffentlicher Aufgaben fest, stehen dem Regierungsrat die in den §§ 37a–39 GG genannten aufsichtsrechtlichen Mittel zur Verfügung. Nach gefestigter Praxis und herrschender Auffassung ist unter «Missstand» bzw. «Vernachlässigung öffentlicher Aufgaben» i. S. von § 37 GG die Verletzung von klarem materiellem Recht, die Missachtung wesentlicher Verfahrensgrundsätze oder die Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen zu verstehen (vgl. GVP 97/98, S. 265 f.; GVP 91/92, S. 260). Klares Recht wird erst dann verletzt, wenn eine Rechtsanwendung schlechterdings unhaltbar bzw. direkt unvertretbar ist. Umgekehrt wird klares Recht nicht verletzt, wenn eine Rechtsauffassung diskutabel ist, also dann, wenn eine Rechtsnorm eine Interessenabwägung verlangt oder ein weitgehendes Ermessen einräumt. Sind die Voraussetzungen gemäss § 37 GG erfüllt, mahnt der Regierungsrat den Gemeinderat, Abhilfe zu schaffen (§ 37a Abs. 1 GG). Erst nach fruchtloser Mahnung oder nach Abschluss der Untersuchung sowie in dringenden oder offenkundigen Fällen kann der Regierungsrat ohne Verzug einen Beschluss oder Entscheid aufheben, Gemeindeorganen verbindliche Weisungen erteilen sowie ersatzweise Beschlüsse, Reglemente oder Entscheide erlassen (§ 39 Abs. 1 GG).

d) Wie dem Liegenschaftsreport des GS F. auf ZugMap.ch entnommen werden kann, weist jenes eine Fläche von 17 218 m² auf, wovon 8724 m² der OelB zugeteilt wurden und 8494 m² in der Bauzone liegen (3489 m² in der W1 und 5005 m² in der W2a). Angesichts der im Kanton Zug üblichen hohen Grundstückspreise und der guten Lage des GS F. im beliebten Gimenenquartier handelt es sich bei der bebaubaren Fläche auf GS F. um ein wesentliches Aktivum. Die von der Beschwerdegegnerin geltend gemachte Praxis, wonach Grundstücke in der Regel ungeteilt einer Vermö-

gensmasse zugeordnet werden, solange die Absicht für die künftige Nutzung einer Teilfläche politisch noch nicht bestimmt ist, kann in Fällen wie dem vorliegenden zu einer wesentlichen Verfälschung der Bilanz des jeweiligen Gemeinwesens führen, was dem Sinn und Zweck des FHG diametral widerspricht, und womit ein Missstand im Sinne von § 37 GG vorliegt. Der in der Regel erhebliche Wert von Grundstücken rechtfertigt den mit den erforderlichen Umbuchungen einhergehenden Aufwand bei Weitem. Die Beschwerdegegnerin ist folglich zu ermahnen, der erwähnten Praxis nicht mehr zu folgen und inskünftig unbebaute Grundstücke, die ganz oder teilweise in der Bauzone liegen und für welche noch nicht absehbar ist, inwiefern sie einem öffentlichen Zweck dienen könnten, dem Finanzvermögen zuzuweisen. Jener Teil des GS F., welcher der Bauzone zugeteilt wurde und momentan keinem öffentlichen Zweck dient, ist folglich ins Finanzvermögen zu überführen. Bezüglich des GS F. ist die Übertragung in das Finanzvermögen insbesondere deshalb angebracht, da die künftige Nutzung jenes Teils, der in der Bauzone liegt, seit der Annahme des Antrags der FDP Fraktion der Stadt Zug im Jahr 2009 bezüglich dessen Parzellierung und Verkaufs politisch bereits bestimmt ist. Die Beschwerdegegnerin ist hingegen nicht zu verpflichten, den Wert des GS F. schätzen zu lassen, da gemäss § 13 Abs. 5 FHG die Überträge vom Verwaltungsvermögen in das Finanzvermögen ohnehin zum Restbuchwert erfolgen müssen. Eine Neubewertung des GS F. ist nach § 13 Abs. 1 lit. b FHG sodann mindestens alle zehn Jahre vorzunehmen. Es bleibt der Beschwerdegegnerin überlassen, abzuklären, ob eine Neubewertung des GS F. nach der Übertragung ins Finanzvermögen geboten ist.

4. Bei der Behandlung von Aufsichtsbeschwerden dürfen grundsätzlich keine Kosten erhoben werden, es sei denn, die Aufsichtsbeschwerde wäre mutwillig erhoben worden. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Da es sich bei der Aufsichtsbeschwerde lediglich um einen Rechtsbehelf handelt, wird den Anzeigenden auch keine Parteientschädigung zugesprochen (GVP 1991/92, S. 203).

Regierungsratsbeschluss vom 29. September 2020 (53670)

C

Stichwortverzeichnis

Abänderung des Scheidungsentscheids, 74
Anwaltsrecht, 106
Arbeitsrecht, 64

Beglaubigung von Unterschriften, 112
Bilanzberichtigung, 18
Bilanzänderung, 18

Enteignungsentschädigungen, 41
entgangene Arbeitgeberbeiträge an die berufliche Vorsorge (BVG), 61

Gemischte Schenkung bei der Grundstückgewinnsteuer, 26
Güterrecht, 52

Landesverweisung; sog. unechte Härtefallprüfung, 103

Nachbarrecht, hochstämmiger Baum, 64

Preisspanne, 34

Steueraufschub Grundstückgewinnsteuer, 26

unentgeltliche Rechtspflege, 100

Werterhellende Ereignisse, 18

Zwischenentscheide, 117

