
Gerichts- und Verwaltungspraxis 2021



Kanton Zug

Gerichts- und Verwaltungspraxis 2021



Kanton Zug

Für die Auswahl und die Einzelredaktion ihrer jeweiligen Entscheide sowie für die Formulierungen der Leitsätze sind das Kantonsgericht, das Obergericht, das Verwaltungsgericht und die 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 Bau- und Planungsrecht	8
II	
Zivilrecht	14
1 Gesellschaftsrecht	14
2 Gleichstellungsgesetz	29
III	
Schuldbeitrungs- und Konkursrecht	38
1 Vollstreckungsrecht	38
IV	
Strafrecht	42
1 Materielles Strafrecht	42
V	
Rechtspflege	46
1 Anwaltsrecht	46

B

Verwaltungspraxis	53
I	
Grundlagen, Organisation, Gemeinden	54
1 Personalrecht	54
2 Bürgerrecht	64

C

Alphabetisches Stichwortverzeichnis	77
-------------------------------------	----

D

Stichwortverzeichnis	79
----------------------	----

A

Gerichtspraxis

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Bau- und Planungsrecht

1.1 Reduktion des Mindestwohnanteils

Regeste:

§ 17 Abs. 3 aV PBG, § 18 lit. a BO Stadt Zug – Verletzung der Gemeindeautonomie

Aus dem Sachverhalt:

A. Die A. AG ist Eigentümerin des Grundstücks Nr. D. in der Stadt Zug. Auf dem Grundstück besteht ein Wohn- und Geschäftshaus (E.-strasse F.) mit Baujahr 1959. Das Grundstück liegt in der Kernzone C (KC), wo ein Wohnanteil von 50% vorgeschrieben ist, und ist 522 m² gross. Am 18. Dezember 2017 fand beim Wohn- und Geschäftshaus bezüglich diverser Umbauten in den vier Obergeschossen eine Bauabnahme statt. Dabei wurde festgestellt, dass im zweiten und dritten Obergeschoss nicht bewilligte Nutzungsänderungen vorgenommen worden waren. Anstelle von Wohnungen wurden im zweiten Obergeschoss eine Praxis und Büros und im dritten Obergeschoss ebenfalls Büros erstellt. Mit Schreiben vom 24. September 2018 beantragte die A. AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin 1), es sei dieumnutzung im 2. OG und 3. OG von Wohnnutzung in Gewerbenutzung zu bewilligen. Es sei der Gesuchstellerin eine Ausnahmbewilligung für die Unterschreitung des zonenkonformen Wohnanteils um 75,95 m² bzw. 5% zu erteilen, da die E.-strasse eine lärmbelastete Strasse und für Wohnen nicht attraktiv sei.

B. Mit Beschluss vom 22. Januar 2019 verweigerte der Stadtrat von Zug die nachträgliche Bewilligung zur Unterschreitung des Wohnanteils um 75,95 m². Es wurde angeordnet, dass innert 12 Monaten ab Rechtskraft dieses Entscheides die Gewerbenutzung (Büro- oder Praxisnutzung) im Umfang von 75,95 m² aufzugeben sei.

C. Eine Beschwerde gegen den Entscheid des Stadtrats von Zug hiess der Regierungsrat des Kantons Zug mit Beschluss vom 2. Juni 2020 gut, hob den vorinstanzlichen Entscheid auf und bewilligte die beantragte Reduktion des Mindestwohnanteils bei der Liegenschaft E.-strasse F., Zug, GS Nr. D., um 75,95 m² bzw. 5%, nachdem am 19. Juni 2019 die Baudirektion in Anwesenheit der Beschwerdeparteien einen Augenschein durchgeführt hatte. Der Regierungsrat begründete seinen Entscheid damit, die am Augenschein gemachten Feststellungen hätten aufgezeigt, dass die wegen des Restaurants G. und des Restaurants H. bestehenden erheblichen Lärm- und Geruchsimmissionen auf die Liegenschaft E.-strasse F. sowie die Parkieranlagen und die Verkehrssituation im Innenhof bei der Liegenschaft E.-strasse F. zu einer schlechten Wohnqualität im Sinne von § 18 lit. a der Bauordnung der Stadt Zug (BO) führten. Es sei nicht ersichtlich, wie die Wohnqualität verbessert werden

könnte. Eine Unterschreitung des Wohnanteils um 5 % im vorliegenden Fall sei aus den dargelegten Gründen verhältnismässig und könne bewilligt werden.

D. Gegen den Regierungsratsbeschluss vom 2. Juni 2020 erhob der Stadtrat von Zug am 3. Juli 2020 Verwaltungsgerichtsbeschwerde und beantragte, der Regierungsratsbeschluss sei aufzuheben, unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdegegner.

Aus den Erwägungen:

(. . .)

4.

4.1 Gemäss § 36 BO ist in der Kernzone C (KC) ein minimaler Wohnanteil von 50 % vorgeschrieben. Paragraf 17 Abs. 3 aV PBG sieht vor, dass der Gemeinderat bei besonderen Verhältnissen die Mindestnutzungsanteile reduzieren oder auf sie verzichten kann. Gemäss § 18 BO kann der Stadtrat den Wohnanteil reduzieren oder aufheben, a) wenn die Wohnqualität wegen der Lage der Räume schlecht ist und nicht verbessert werden kann, b) wenn die Reduktion Kleinbetrieben im Erdgeschoss dient, c) wenn Einrichtungen öffentlichen Interessen oder der Quartiersversorgung dienen. Die Kernzone C ist der Lärmempfindlichkeitsstufe III zugewiesen (§ 36 BO). Die Empfindlichkeitsstufe III gilt gemäss Art. 43 Abs. 1 lit. c LSV in Zonen, in denen mässig störende Betriebe zugelassen sind, namentlich in Wohn- und Gewerbebezonen (Mischzonen) sowie Landwirtschaftszonen.

4.2 Vorliegend geht es um die Auslegung von § 18 lit. a BO, somit um die Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs des kommunalen Rechts. Die Bundesverfassung gewährleistet die Gemeindeautonomie nach Massgabe des kantonalen Rechts (Art. 50 Abs. 1 BV). Nach der Rechtsprechung sind Gemeinden in einem Sachbereich autonom, wenn das kantonale Recht diesen nicht abschliessend ordnet, sondern ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt. Der geschützte Autonomiebereich kann sich auf die Befugnis zum Erlass oder Vollzug eigener kommunaler Vorschriften beziehen oder einen entsprechenden Spielraum bei der Anwendung kantonalen oder eidgenössischen Rechts betreffen. Der Schutz der Gemeindeautonomie setzt eine solche nicht in einem ganzen Aufgabengebiet, sondern lediglich im streitigen Bereich voraus. Im Einzelnen ergibt sich der Umfang der kommunalen Autonomie aus dem für den entsprechenden Bereich anwendbaren kantonalen Verfassungs- und Gesetzesrecht (BGE 137 I 235 E. 2.2 m.w.H.; Marco Donatsch, in: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. Aufl. 2014, § 20 N 57). Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe des kommunalen Rechts steht in erster Linie den kommunalen Behörden zu und ist von den Rechtsmittelbehörden nur mit Zurückhaltung zu überprüfen. Der Gemeinde steht diesbezüglich somit eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit und damit eine Autonomie zu, und die Rechtsmittelinstanzen dürfen nicht unter mehreren verfü-

baren und angemessenen Auslegungsmöglichkeiten eine sinnvolle, zweckmässige Interpretation einer kommunalen Norm durch die Gemeinde durch ihre eigene Auslegung ersetzen (vgl. BGE 136 I 395 E. 3.2.3; BGer 1C_5/2016 vom 18. Mai 2016 E. 3.3 m.w.H.). Der Stadtrat von Zug verfügt somit bei der Auslegung von § 18 lit. a BO über Autonomie.

5.

5.1 Der Stadtrat von Zug hält in seinem Beschluss vom 22. Januar 2019, mit welchem er die nachträgliche Bewilligung zur Unterschreitung des Wohnanteils verweigert, fest, alle drei Vierzimmer-Wohnungen im Wohn- und Geschäftshaus an der E.-strasse F. hätten gleiche Grundrisse. Das Wohn- und Esszimmer sei zum «Durchwohnen» konzipiert. Das heisse, das Lüften über den ruhigen Innenhof sei problemlos möglich. Zudem sei ein Schlafzimmer pro Wohnung ebenfalls zum Innenhof orientiert. Es sei somit nicht nachgewiesen, warum die Wohnqualität wegen der Lage der Räume so schlecht sein sollte, dass der Wohnanteil reduziert werden müsste. Auch eine Ausnahmegewilligung im Sinne von § 31 Abs. 1 aV PBG könne nicht erteilt werden. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern die Einhaltung des Wohnanteils zu einer unzumutbaren Lösung führe oder eine unbillige Härte bedeuten würde, zumal die Räume im zweiten und dritten Obergeschoss in den am 11. Mai 2017 zur Bewilligung eingegangenen und am 22. Juni 2017 bewilligten Plänen als Wohnnutzungen ausgewiesen worden seien. Im Übrigen stehe es der Bauherrschaft frei, den fehlenden Wohnanteil mittels Übertragung von Nutzungsanteilen gemäss § 17 Abs. 2 aV PBG zu heilen.

5.2 Der Regierungsrat begründet die Gutheissung der Verwaltungsbeschwerde in seinem Beschluss wie folgt (E. 2c f.):

«Am Augenschein der Baudirektion vom 19. Juni 2019 konnte festgestellt werden, dass südlich der streitbetroffenen Liegenschaft E.-strasse F. beim Restaurant G. eine grössere Lüftungsanlage besteht, die auf dieser Seite zu Lärm- und Geruchsmissionen führt. Die Anlage befindet sich auf einem Garagenanbau, d.h. ungefähr auf Höhe des ersten Obergeschosses der streitbetroffenen Liegenschaft, und ist auf die Fassade der E.-strasse F. gerichtet. Die Distanz zwischen dem Gebäude des Restaurants G. und der E.-strasse F. beträgt an der schmalsten Stelle nur ca. 2 Meter. Die Distanz der Lüftungsanlage zu den nächsten Fenstern der E.-strasse F. beträgt ungefähr 5-6 Meter, womit diese direkt von den Immissionen betroffen sind. Der Saal des Restaurants G. («Säli») für grössere Festgesellschaften (gemäss der Website des Restaurants G. bis zu 55 Personen) befindet sich im 1. Obergeschoss und damit auf Höhe des 1. und 2. Obergeschosses der E.-strasse F. ebenfalls in wenigen Metern Distanz. Im 3. Obergeschoss des Restaurants G. besteht noch eine grössere Terrasse, die ebenfalls für das Restaurant genutzt und zu entsprechenden Immissionen führen kann. Schliesslich befindet sich auf dieser Seite auch ein Ein- und Ausgang des Restaurants G. mit einer schweren Holztüre, die zu den Park-

plätzen führt. Die Gäste betreten und verlassen das Restaurant durch diese Türe, was mit entsprechenden Immissionen auf die E.-strasse F. verbunden ist. Nördlich von der streitbetroffenen Liegenschaft an der E.-strasse K. besteht im Erdgeschoss ein zweites Restaurant, nämlich das «H.». In Richtung Hinterhof hat das Restaurant einen Anbau erstellt, in dem weitere Gäste bewirtet werden. Ein Lüftungsrohr führt vom Restaurant die Hauswand hinauf, wobei das Rohr ungefähr 2 Meter über den Dachrand hinausgeführt wird. Mit den beiden direkt angrenzenden Restaurants sind erhebliche Lärm- und Geruchsmissionen auf die Liegenschaft E.-strasse F. verbunden, was zu einer schlechten Wohnqualität im Sinne von § 18 lit. a BO führt.

Es konnte am Augenschein auch festgestellt werden, dass östlich der E.-strasse F. im Innenhof eine oberirdische Parkierungsanlage mit ca. 50 Parkplätzen vorhanden ist. Der Innenhof wird hauptsächlich von der L.-strasse her erschlossen. Weiter besteht für eine unterirdische Garage eine Ein- und Ausfahrt mit einer relativ steilen Rampe, die auf die streitbetroffene Liegenschaft zuläuft. Die Rampe liegt in ca. 12 Meter Entfernung zur E.-strasse F. und hat entsprechende Immissionen auf die Liegenschaft zur Folge. Es konnte weiter festgestellt werden, dass mehrere Parkplätze vorhanden sind, die unmittelbar an das Gebäude grenzen oder nur einen sehr kleinen Abstand zur E.-strasse F. einhalten. Selbstredend ist das mit Immissionen wie Motorenlärm und Türeenschlagen auf die Liegenschaft verbunden. Die schmale Lücke zwischen dem Restaurant G. und der E.-strasse F. kann ebenfalls für motorisierte Fahrzeuge als Erschliessung für die Parkplätze benutzt werden, was mit Lärm- und Abgasmissionen für die E.-strasse F. aus kleiner Distanz verbunden ist. Schliesslich befindet sich auch die Garage bzw. das Garagentor des Restaurants G. in unmittelbarer Nähe der E.-strasse F. Auf der Westseite der streitbetroffenen Liegenschaft liegt die E.-strasse, auf der erheblicher Auto- und Busverkehr festgestellt werden konnte. Auf der Ostseite der E.-strasse war am Augenschein der Verkehrslärm so laut, dass man sich gegenseitig nicht verstand und auf die Westseite wechseln musste. Gemäss der Berechnung der Bauherrschaft vom 16. September 2019 fahren an Werktagen bis zu 537 öffentliche Verkehrsbusse der Linien 3, 6, 7, 11 und 16 vor der E.-strasse F. durch. Auf der gegenüberliegenden Seite der E.-strasse F. befindet sich zudem eine Bushaltestelle, was mit zusätzlichem Lärm beim Anhalten und Anfahren der Busse verbunden ist. Daraus folgt, dass auch die Parkierungsanlagen und die Verkehrssituation bei der Liegenschaft E.-strasse F. zu einer schlechten Wohnqualität im Sinne von § 18 lit. a BO führen.»

5.3 Gemäss den Ausführungen in E. 4.2 verfügt der Stadtrat von Zug bei der Auslegung von § 18 lit. a BO über Autonomie. Es fragt sich deshalb, ob der Regierungsrat diese Gemeindeautonomie respektiert oder ob er stattdessen einen vertretbaren Entscheid der Gemeinde in unzulässiger Weise korrigiert bzw. zu Unrecht in das Ermessen der kommunalen Behörde eingegriffen hat. Dem Verwaltungsgericht kommt nur Rechtskontrolle zu (§ 63 Abs. 1 VRG). Dagegen ist es nicht Aufgabe des Verwaltungsgerichts, eine eigene umfassende Beurteilung der Wohnqualität im

streitgegenständlichen Gebäude vorzunehmen; damit würde es seine eigene Kognition überschreiten (BGer 1P.678/2004 vom 21. Juni 2005 E. 4.3, in: ZBI 107/2006 S. 430 ff.).

5.4 Bei der Anwendung von § 18 lit. a BO muss im konkreten Fall festgestellt werden, was wegen der Lage der Räume als schlechte Wohnqualität anzusehen ist, welche nicht verbessert werden kann. Der Stadtrat von Zug begründete seinen ablehnenden Beschluss vom 22. Januar 2019 eher knapp. Zu einer ausgedehnteren Begründung war er jedoch auch nicht verpflichtet, begründete die Beschwerdegegnerin 1 ihr Gesuch vom 24. September 2018 um Nutzungsänderung, Wohnen zu Büro, doch einzig mit der lärmbelasteten E.-strasse, die für das Wohnen nicht attraktiv sei. Dass die Lärmemissionen der E.-strasse hoch sind, ist unbestritten. Das belegte u.a. auch der von der Baudirektion am 19. Juni 2019 von 11:00 bis 12:00 Uhr durchgeführte Augenschein. Gemäss Strassenlärmkataster (s. <https://www.zugmap.ch>), Beurteilungspunkt M., ist der Immissionsgrenzwert bei der Liegenschaft E.-strasse F. um 3 dB(A) am Tag und in der Nacht überschritten. Gerade der Augenschein zeigte aber auch auf, dass es im Innenhof auf der Ostseite wesentlich ruhiger ist und die Grenzwerte mit Sicherheit nicht überschritten sind, auch wenn es auch dort unbestrittermassen sowohl Lärm- als auch Geruchsimmissionen durch die Restaurants G. und H., die 50 oberirdischen Parkplätze sowie die Ein- und Ausfahrt zur und von der unterirdischen Garage gibt. Den Plänen kann entnommen werden, dass alle Wohn- bzw. Esszimmer der drei ohne Bewilligung umgenutzten Vierzimmer-Wohnungen im 2. und 3. Obergeschoss auf den Innenhof entlüftet werden können. Jede Vierzimmer-Wohnung verfügt zudem im Bereich der Küche über einen Balkon, und zudem ist ein Schlafzimmer pro Wohnung ebenfalls zum Innenhof orientiert. Damit kann ohne weiteres festgestellt werden, dass die Einschränkung der Wohnqualität durch die lärmige E.-strasse zu einem grossen Teil dadurch kompensiert werden kann, dass die Wohnungen zum wesentlich ruhigeren Innenhof entlüftet werden können und mit den Küchen und zumindest einem Schlafzimmer pro Wohnung weitere Räume vorhanden sind, die dorthin ausgerichtet sind. Bei der Beurteilung der Frage, ob tatsächlich eine schlechte Wohnqualität im Sinne von § 18 lit. a BO vorhanden ist, ist nicht nur die Abwesenheit von übermässigen Lärmimmissionen massgebend, sondern es sind auch andere Aspekte zu berücksichtigen. Unter Wohnqualität sind die Vorzüge zu verstehen, welche das Wohlbefinden der Bevölkerung positiv beeinflussen. Gefragt sind z. B. gute Verkehrserschliessung (auch durch öffentlichen Verkehr), geringe Lärm- und Luftbelastung, gute Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ausreichend Grün- und Freiräume, hochwertige und identitätsstiftende Architektur sowie eine Siedlungsstruktur, die den gesellschaftlichen Zusammenhalt fördert und Möglichkeiten der Beteiligung am Gemeinschaftsleben bietet (Pierre Tschannen, in: Praxiskommentar RPG: Richt- und Sachplanung, Interessenabwägung, 2019, Art. 1 N 32; Huser/Bühlmann/Muggli, Begriffe zur Raumplanung, ein Nachschlagewerk für die Praxis, VLP-Schrift Nr. 67, 1996, S. 142 f.; Bericht des Bundesrates vom 18. Februar 2015 zur Agglomerationspolitik des Bundes 2016+,

S. 89; Botschaft vom 20. Januar 2010 zu einer Teilrevision des Raumplanungsgesetzes, BBl 2010 1070). Mit Ausnahme der geringen Lärm- und Luftbelastung scheinen die genannten beispielhaften Aspekte, welche zur Wohnqualität beitragen, im vorliegenden Fall vorhanden zu sein; die Beschwerdeführerin bringt jedenfalls ausser der wegen der vorhandenen Lärmbelastung durch die E.-strasse etwas eingeschränkten Attraktivität für das Wohnen nichts Gegenteiliges vor. Hinzu kommen unbestritten gewisse Geruchsmissionen von den beiden Restaurants. Im Gebäude bestehen aber auch bereits Wohnnutzungen, weshalb es offenbar nicht derart unzumutbar ist, in diesem Gebäude zu wohnen, wie dies die Beschwerdegegnerin 1 sinngemäss weismachen möchte. Dass die Räume offenbar zur Geschäftsnutzung leichter zu vermieten sind als zur Wohnnutzung, reicht allein nicht aus, den vorgeschriebenen Mindestnutzungsanteil zu reduzieren. Zu berücksichtigen ist auch, dass an der Einhaltung der Mindestwohnanteile ein gewichtiges öffentliches Interesse besteht. Es ist ein raumplanerisch und sozialpolitisch wichtiges Anliegen, der Entleerung der Stadtkerne von der Wohnbevölkerung entgegenzuwirken und die erwünschte Durchmischung von Arbeits- und Wohnplätzen sicherzustellen, um damit möglichst auch preisgünstige Wohnungen zu erhalten und den Verkehrsstrom der Pendler zu reduzieren (BGE 111 Ia 93 E. 2b). Die Wohnlichkeit der Städte bedingt unter anderem, dass die Wohnnutzung in den Zentren erhalten bleibt und die Stadtkerne auch ausserhalb der Arbeitszeit belebt sind. In der Stadt Zug reicht die Kernzone C entlang der N.- und der E.-strasse von I. bis zur J.-strasse. Eine zu liberale Gewährung von Wohnanteilsreduktionen in der Kernzone C würde es zukünftigen Bauherrschaften leicht machen, gestützt auf vorhandene Lärmquellen eine Reduktion von Wohnanteilen zu erhalten, was die auf demokratischem Weg zustande gekommenen Wohnanteilsvorschriften unterlaufen würde. Dem Stadtrat ist zudem zuzustimmen, dass Verkehrsimmissionen allenfalls durch zumutbare Schallschutzmassnahmen auf eine für die Wohnnutzung erträgliche Lärmbelastung vermindert werden können (vgl. Art. 20 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz [Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01]) und im Übrigen der Lärm in erster Linie durch Massnahmen bei der Quelle zu begrenzen ist (Art. 11 Abs. 1 USG), somit eine allenfalls festgestellte schlechte Wohnqualität wegen der Lage der Räume durchaus verbessert werden kann. Das Vorhandensein von Gründen für einen Verzicht auf allfällige Schallschutzmassnahmen (vgl. Art. 15 Abs. 3 LSV) hat die Beschwerdegegnerin 1 jedenfalls nicht belegt.

5.5 Wenn der Stadtrat von Zug unter Berücksichtigung all dieser Umstände den Schluss zog, die Voraussetzungen von § 18 lit. a BO seien nicht erfüllt, ist dies vertretbar. Der Regierungsrat hat mit seiner eigenen Würdigung zu Unrecht in das Ermessen der kommunalen Behörde eingegriffen. In dieser Überschreitung der Prüfungsbefugnis liegt Willkür, was eine Rechtsverletzung bedeutet. Gleichzeitig hat der Regierungsrat damit die Gemeindeautonomie verletzt. Die Beschwerde ist begründet und daher gutzuheissen. Der Entscheid des Regierungsrats vom 2. Juni 2020 ist aufzuheben.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 14. Juni 2021, V 2020 34
Das Urteil ist rechtskräftig.
Vollständiges Urteil auf der Entscheiddatenbank¹

II. Zivilrecht

1. Gesellschaftsrecht

1.1 Art. 697i und Art. 697j i.V.m. Art. 697m OR; Art. 706b OR

Regeste:

Solange der Aktionär seinen GAFI-Meldepflichten nach Art. 697i und Art. 697j OR nicht nachgekommen ist, ruhen gemäss Art. 697m Abs. 1 OR die Mitgliedschaftsrechte, die mit den Aktien verbunden sind, deren Erwerb gemeldet werden muss. Die Erfüllung der Meldepflicht verfolgt keinen Selbstzweck. Eine Ausnahme von der Meldepflicht besteht namentlich dann, wenn der Gesellschaft die meldepflichtigen Angaben gemäss Art. 697i OR und Art. 697j OR bekannt sind und die Gesellschaft eine Eintragung im Verzeichnis der Inhaberaktionäre gemäss Art. 697i OR auch ohne formelle Meldung vornehmen kann (E. 4. 6). Die Berufung auf 697m Abs. 1 OR ist im Übrigen i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB missbräuchlich, wenn die Anrufung dieser Norm zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will, und das Verhalten der sich darauf berufenden Aktiengesellschaft gleichsam im Widerspruch zu ihrem früherem Verhalten steht (E. 6). Die Abhaltung einer Universalversammlung in Abwesenheit auch nur eines Aktionärs oder seiner Vertretung stellt einen schwerwiegenden formellen Mangel dar, der zur Nichtigkeit der anlässlich dieser Versammlung getroffenen Beschlüsse führen muss (E. 8).

¹<https://verwaltungsgericht.zg.ch>

Aus dem Sachverhalt:

1.1 Die Beklagte ist eine nicht börsennotierte Schweizer Aktiengesellschaft mit Sitz in Zug und bezweckt den Rohstoffhandel als Händler, Distributor oder Agent sowie die Beratung von Rohstoffproduzenten, Handelsunternehmen und anderen Dienstleistern in dieser Branche.

1.2 Die Beklagte wurde ursprünglich im Jahr 2011 von A. und B. als Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach Schweizer Recht unter der Firma C. GmbH gegründet. A. und B. waren als Gesellschafter je 50 % am Stammkapital von CHF 20'000.– der C. GmbH beteiligt.

1.3 Am 23. Oktober 2014 (Datum des Eintrags im Handelsregister) änderte die Beklagte ihre Rechtsform und wurde in die heutige Aktiengesellschaft umgewandelt. Das Aktienkapital der Beklagten von CHF 100'000.– ist in 1'000 Inhaberaktien mit einem Nennwert von je CHF 100.– eingeteilt.

1.4 Im Zusammenhang mit der im Rahmen der Umwandlung durchgeführten Kapitalerhöhung brachte die von B. zu 100 % beherrschte B. mbH, eine deutsche Gesellschaft mit begrenzter Haftung mit Sitz in Ingolstadt, Deutschland, CHF 40'000.– ein. Nach der Umwandlung verkaufte B. seine Beteiligung von 10 % an der Beklagten an die B. mbH, die daraufhin 50 % der Anteile an der Beklagten hielt.

1.5 Die Klägerin ist eine deutsche Gesellschaft mit begrenzter Haftung mit Sitz in München, Deutschland. Im Zusammenhang mit der im Rahmen der Umwandlung durchgeführten Kapitalerhöhung brachte die Klägerin, welche zu diesem Zeitpunkt zu 100 % direkt von A. gehalten wurde, ebenfalls CHF 40'000.– ein. Gemäss Beschluss der ausserordentlichen Generalversammlung vom 13. Juni 2014 wurden der Klägerin daher total 400 Inhaberaktien zugeteilt. Das entsprach einer Beteiligung von 40 % am Aktienkapital der Beklagten. Weitere 100 Inhaberaktien und damit 10 % am Aktienkapital wurden A. zugeteilt. Nach der Umwandlung übertrug A. seine Beteiligung von 10 % an der Beklagten an die Klägerin.

1.6 Vom Parlament wurde am 12. Dezember 2014 das Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) verabschiedet. Am 1. Juli 2015 traten die sog. GAFI-Bestimmungen von Art. 697i-m im OR in Kraft.

1.7 Am 5. April 2017 und am 18. Oktober 2017 fanden ausserordentliche Generalversammlungen der Beklagten – in Form von Universalversammlungen – statt, an welchen die Klägerin teilnahm und insbesondere Dividendenausschüttungen beschlossen wurden.

1.8 Am 8. August 2018 stellte die Klägerin beim Kantonsgericht Zug, Einzelrichter, ein Gesuch betreffend Auskunft und Einsicht sowie betreffend Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung gegen die Beklagte (Verfahren ES 2018 449). Mit Entscheid vom 6. März 2019 wies der Einzelrichter das Gesuch ab.

1.9 Am 16. April 2019 hielt die Beklagte drei ordentliche Generalversammlungen für die Geschäftsjahre 2015, 2016 und 2017 in Form von Universalversammlungen ab. An diesen Generalversammlungen wurden für diese Geschäftsjahre der Beklagten sämtliche Jahresrechnungen und Geschäftsberichte sowie die jeweilige Gewinn- und Verlustverwendung genehmigt. Zudem wurden sämtlichen Verwaltungsratsmitgliedern Entlastung erteilt und die bestehenden Verwaltungsratsmitglieder für eine neue dreijährige Amtsperiode bis 2021 gewählt. Die Klägerin wurde zu diesen Versammlungen weder eingeladen, noch nahm sie an diesen teil.

Aus den Erwägungen:

(. . .)

3. Betreffend die Gültigkeit der am 16. April 2019 getroffenen Generalversammlungsbeschlüsse stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, die Mitgliedschaftsrechte der Klägerin hätten im relevanten Zeitraum i.S.v. Art. 697m Abs. 1 OR geruht, da sie es zuvor versäumt habe, die gesetzlich geforderten GAFI-Meldungen vorzunehmen. Als Konsequenz daraus sei der Klägerin kein Anspruch auf Einladung und Teilnahme an den Generalversammlungen vom 16. April 2019 zugekommen.

3.1 Die Mitgliedschaftsrechte der Klägerin seien bis am 23. April 2019 suspendiert gewesen, da es die Klägerin bis dahin unterlassen habe, ihrer Pflicht zur Meldung des Erwerbs von Inhaberaktien gemäss Art. 697i OR sowie der Meldung der wirtschaftlich berechtigten Person gemäss Art. 697j OR nachzukommen. Erst mit dem mit Datum vom 15. April 2019 versehenen Schreiben (eingegangen bei der Beklagten am 23. April 2019) sei die Klägerin ihren GAFI-Meldepflichten nachgekommen. Gemäss diesem Schreiben sei A. wirtschaftlich berechtigte Person (Ultimate Beneficial Owner [UBO]) der Klägerin, welche im Zeitpunkt der Meldung zu 50% am Aktienkapital der Beklagten beteiligt gewesen sei.

Den entsprechenden Generalversammlungen der Beklagten vom 16. April 2019 sei ein Gesuch betreffend Auskunft und Einsicht sowie betreffend Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung gegen die Beklagte vom 8. August 2018 und ein entsprechendes Verfahren vor dem Kantonsgericht Zug vorausgegangen (Verfahren ES 2018 449). Im Entscheid vom 6. März 2019 habe der Einzelrichter festgehalten, dass die Klägerin ihren GAFI-Meldepflichten nicht nachgekommen sei und deshalb ihre Mitgliedschaftsrechte ruhen würden.

Auch das von der Klägerin im Verfahren ES 2018 449 eingereichte und vom Einzelrichter aufgrund der Novenschranke nicht mehr berücksichtigte Schreiben der Klägerin vom 13. Dezember 2018 habe die gesetzlichen Anforderungen an korrekte GAFI-Meldungen nicht erfüllt. Die Klägerin verschweige dabei, dass insbesondere die GAFI-Meldung nach Art. 697i OR namentlich mangels des erforderlichen Identifikationsnachweises nicht rechtsgenügend erfolgt sei. Mit dem Schreiben vom 13. Dezember 2018 habe der Rechtsvertreter der Klägerin nur einen nicht beglaubigten Auszug aus dem Handelsregister der Klägerin vom 20. November 2017 vorgelegt. Es habe somit an der erforderlichen Beglaubigung und der Aktualität des Auszugs gefehlt. Die vermeintlichen GAFI-Meldungen der Klägerin seien damit offenkundig unvollständig gewesen und hätten von der Beklagten in dieser Form nicht anerkannt werden dürfen. Gemäss dem GAFI-Gesetz sei es einzig und allein an der Klägerin gewesen, ihren GAFI-Meldungen proaktiv unter Beilegung der erforderlichen Dokumente nachzukommen. Die Beklagte sei in keiner Weise verpflichtet, eigene Nachforschungen anzustellen. Auch eine anerkannte oder unbestrittene Aktionärs-eigenschaft würde den Aktionär nicht von der formellen Meldepflicht entbinden. Es handle sich um ein sehr formalisiertes Verfahren, und es gehe um Geldwäscherei und die Terrorismusbekämpfung. Das Gesetz schreibe klar vor, wie diese Meldung zu erstatten sei. In Bezug auf die gesetzlich vorgesehenen Konsequenzen bleibe kein Interpretationsspielraum.

Die Beklagte sei somit ohne Weiteres berechtigt gewesen, die Generalversammlungen als Universalversammlungen i.S.v. Art. 701 OR abzuhalten. Einer vorgängigen Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatts (SHAB) habe es nicht bedurft; eine derartige Einberufungsmodalität gelte bei einer Universalversammlung gerade nicht.

3.2 Die Klägerin bringt demgegenüber zusammengefasst und im Wesentlichen vor, die Beklagte wisse seit ihrer Umwandlung von einer GmbH in eine AG im Herbst 2014 um die Aktionärsstellung der Klägerin. Diese Aktionärsstellung habe die Beklagte seither auch mehrfach anerkannt. Die Klägerin legt verschiedene Ereignisse dar, bei welchen die Beklagte die Aktionärsstellung der Klägerin und den an den Aktien der Beklagten wirtschaftlich Berechtigten anerkannt habe. Beispielsweise habe die Beklagte die Klägerin in einem hängigen Gerichtsverfahren in Deutschland als ihre «50 %-ige Aktionärin» bezeichnet. Weiter habe die Beklagte im Jahr 2017 zwei ausserordentliche Generalversammlungen durchgeführt, zu denen die Klägerin zugelassen und an denen ihr jeweils eine Dividende ausgeschüttet worden sei – einmal sogar explizit entsprechend ihrer 50 %-igen Beteiligung.

Ebenso habe die Beklagte A. mehrfach als wirtschaftlich berechtigte Person an 500 ihrer Inhaberaktien, die von der Klägerin gehalten würden, anerkannt. So habe die Beklagte A. als ihren «UBO» bezeichnet. Weiter habe die Beklagte Kaufangebote hinsichtlich der 50 %-Beteiligung der Klägerin an der Beklagten explizit an A. gerichtet.

Zudem habe die Beklagte A. in einem hängigen Gerichtsverfahren in Deutschland als mittelbar (über die Klägerin) an der Beklagten beteiligt bezeichnet.

Schliesslich habe die Klägerin der Beklagten vorsichtshalber am 13. Dezember 2018 eine Meldung betreffend die von ihr gehaltenen Inhaberaktien an der Beklagten und ihrer wirtschaftlich berechtigten Person zugestellt. Spätestens zu diesem Zeitpunkt seien deshalb sämtliche (vorgeschobenen) Zweifel der Beklagten an der Stellung der Klägerin als 50%-ige Aktionärin der Beklagten und an der Stellung von A. als wirtschaftlich berechtigte Person an der Beklagten ausgeschlossen gewesen.

Selbst wenn das Schreiben vom 13. Dezember 2018 nicht als rechtsgültige GAFI-Meldung gewertet würde, hätte die Beklagte zur Wahrung der Aktionärsrechte dieser «unbekannten» Aktionäre die Einberufung der strittigen Generalversammlungen, zumindest aber die Mitteilung über die Auflage der Geschäftsberichte am Gesellschaftssitz im SHAB publizieren müssen. Schliesslich hätte den «unbekannten» Aktionären die Möglichkeit geboten werden müssen, sich mittels (rechtzeitiger) GAFI-Meldung Zugang zu den strittigen Generalversammlungen zu verschaffen. Aus diesem Grund habe die Beklagte auf keinen Fall auf die Publikationen im SHAB verzichten dürfen.

Im Ergebnis sei der Klägerin als unliebsame Aktionärin eine Teilnahme an den strittigen Generalversammlungen bewusst verunmöglicht worden. Dabei habe es sich nicht etwa um ein Versehen seitens der Beklagten gehandelt. Vielmehr hätten die Beklagte und die andere 50%-ige Aktionärin der Beklagten beabsichtigt, die Klägerin bewusst von der Beschlussfassung und Geltendmachung ihrer Aktionärsrechte ausschliessen. Die jeweiligen Generalversammlungsbeschlüsse seien deshalb nichtig. Die SHAB-Meldung sei gesetzlich und gemäss Art. 21 der Statuten der Beklagten vorgeschrieben gewesen.

4. Ausgehend von der (materiell-rechtlichen) Aktionärsstellung der Klägerin ist vorliegend die strittige Rechtsfrage zu klären, ob die Mitgliedschaftsrechte der Klägerin i.S.v. Art. 697m Abs. 1 OR geruht haben und die Beklagte berechtigt war, die Klägerin von den Generalversammlungen der Beklagten vom 16. April 2019 auszuschliessen.

4.1 Am 1. Juli 2015 traten die GAFI-Bestimmungen von Art. 697i-m OR in Kraft. Dabei betrifft ein wesentlicher Anteil der neuen Regulierung verschärfte Meldepflichten von Inhabern von Beteiligungsrechten, insbesondere den Aktionären (Facinca ni/Sutter, Meldepflichten des Aktionärs bei privaten Aktiengesellschaften – Auf dem Weg zum gläsernen Aktionär?, TREX 2015 S. 216).

Wer Inhaberaktien einer Gesellschaft erwirbt, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, muss gemäss Art. 697i Abs. 1 OR den Erwerb, seinen Vor- und seinen

Nachnamen oder seine Firma sowie seine Adresse innert Monatsfrist der Gesellschaft melden. Der Aktionär hat den Besitz der Inhaberaktie nachzuweisen und sich als ausländische juristische Person wie folgt zu identifizieren: durch einen aktuellen beglaubigten Auszug aus dem ausländischen Handelsregister oder durch eine gleichwertige Urkunde (Art. 697i Abs. 2 OR). Wer allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Aktien einer Gesellschaft, deren Aktien nicht an einer Börse kotiert sind, erwirbt und dadurch den Grenzwert von 25 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen erreicht oder überschreitet, muss der Gesellschaft gemäss Art. 697j Abs. 1 OR innert Monatsfrist den Vor- und Nachnamen und die Adresse der natürlichen Person melden, für die er letztendlich handelt (wirtschaftlich berechtigte Person).

Die Meldepflicht des Inhaberaktionärs findet ihren Gegenpart in der Pflicht der Inhaberaktiengesellschaft ein Verzeichnis über die Inhaberaktionäre sowie über die der Gesellschaft gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen zu führen (vgl. Art. 697l Abs. 1 OR; Lutz/Kern, Umsetzung der GAFI-Empfehlungen: Massgebliche Auswirkungen bei der Geldwäschereibekämpfung und im Gesellschaftsrecht, SJZ 2015 S. 307; Glanzmann, in: Kunz/Jörg/Arter [Hrsg.], Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI, Neue Transparenzvorschriften bei AG und GmbH, 2016, S. 293). Dieses Verzeichnis enthält bei juristischen Personen die Firma sowie die Adresse der Inhaberaktionäre und der wirtschaftlich berechtigten Personen (Art. 697l Abs. 2 OR).

Gemäss Art. 697m Abs. 1 OR ruhen die Mitgliedschaftsrechte, die mit den Aktien verbunden sind, deren Erwerb gemeldet werden muss, solange der Aktionär seinen Meldepflichten nicht nachgekommen ist. Nach Art. 3 der Übergangsbestimmungen des Bundesgesetzes vom 12. Dezember 2014 zur Umsetzung der 2012 revidierten GAFI-Empfehlungen müssen Personen, die beim Inkrafttreten der Änderung bereits Inhaberaktien halten, ihrer Meldepflicht innert sechs Monaten nachkommen, d.h. bis 1. Januar 2016 (vgl. Glanzmann, a.a.O., S. 290).

4.2 Mit den im Jahr 2015 eingeführten GAFI-Bestimmungen Art. 697i–m OR bezweckte der Gesetzgeber, die Transparenz bei juristischen Personen zu erhöhen. Mit verschiedenen Massnahmen war beabsichtigt, sicherzustellen, dass die Behörden Zugang zu den Informationen über die Aktionärinnen und Aktionäre und die Personen haben, die eine juristische Person letztendlich kontrollieren, insbesondere bei Gesellschaften mit Inhaberaktien (Botschaft zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière [GAFI] vom 13. Dezember 2013, BBl 2014 [nachfolgend: Botschaft], S. 607; vgl. auch Gericke/Kuhn, Neue Meldepflichten bezüglich Aktionären, Gesellschaftern und wirtschaftlich Berechtigten – die «société anonyme» ist Geschichte, AJP 2015 S. 853; Spoerlé, in: Roberto/Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A. 2016, Art. 697i OR N 2). Mit den Massnahmen sollten die für die Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismus-

finanzierung zuständigen Behörden rechtzeitig hinreichende, verwertbare und aktuelle Informationen über den wirtschaftlich Berechtigten und über die Kontrolle juristischer Personen erhalten bzw. darauf zugreifen können (Botschaft, S. 614). Um diesen Zugriff durch die Behörden zu gewährleisten, sollte die Gesellschaft (oder der bezeichnete Finanzintermediär) verpflichtet werden, ein Verzeichnis über die meldepflichtigen Inhaberinnen und Inhaber und wirtschaftlich Berechtigten von Inhaberaktien zu führen (Botschaft, S. 618).

4.3 Der Zweck der Meldepflicht besteht somit darin, Transparenz zu schaffen. Die Erfüllung der Meldepflicht verfolgt mithin keinen Selbstzweck. Vor diesem Hintergrund soll nach gewissen Vertretern in der Lehre eine Ausnahme von der Meldepflicht namentlich dann bestehen, wenn der Gesellschaft die meldepflichtigen Angaben gemäss Art. 697i OR und Art. 697j OR bekannt sind und die Gesellschaft eine Eintragung im Verzeichnis der Inhaberaktionäre gemäss Art. 697i OR auch ohne formelle Meldung vornehmen kann (vgl. Hess/Dettwiler, a.a.O., Art. 697i OR N 16; dieselben, a.a.O., Art. 697j OR N 70). Eine Meldung gemäss Art. 697i OR erübrigt sich beispielsweise bei einer Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft mit Inhaberaktien, da die Anteilseigner aufgrund der gesetzlichen Regelungen für diese Formen von juristischen Personen bereits bekannt sind (Hess/Dettwiler, a.a.O., Art. 697i OR N 16).

4.4 Erfolgt zwar gestützt auf die GAFI-Bestimmungen eine Meldung, beinhaltet diese aber nicht alle gesetzlich geforderten Angaben oder Nachweise, so ist in der Lehre umstritten, ob der meldepflichtige Erwerber damit seine Meldepflicht erfüllt hat (verneinend: Hess/Dettwiler, a.a.O., Art. 697m OR N 23; bejahend: in Bezug auf den Besitznachweis und die Identifikationspflicht, mit der Begründung, dass die einschneidenden Rechtsfolgen einer Meldepflichtverletzung in diesen Fällen unverhältnismässig wäre, da die Beibringung dieser Belege nur der Bestätigung der erfolgten Meldung dienen: Lutz/Kern, a.a.O., S. 308; Facincani/Sutter, a.a.O., S. 219). Das Sanktionsregime ist angesichts seiner sehr einschneidenden, pönalen Natur jedenfalls restriktiv anzuwenden (Gericke/Kuhn, a.a.O., S. 362). Angesichts der Schwere der Sanktionen einer Meldepflichtverletzung einerseits und der Pflicht des Verwaltungsrats, im Interesse der Gesellschaft zu handeln und das Verzeichnis gemäss Art. 697i OR zu führen andererseits, obliegt es jedenfalls dem Verwaltungsrat der Gesellschaft nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) dafür zu sorgen, dass die Gesellschaft den Aktionär, der eine mangelhafte oder unvollständig dokumentierte Meldung gemacht hat, auf fehlende Angaben oder Dokumente aufmerksam macht (Hess/Dettwiler, a.a.O., Art. 697m OR N 23; vgl. auch Gericke/Kuhn, a.a.O., S. 362; Urteil des Handelsgerichts Zürich HE170202 vom 9. Oktober 2017 E. 5.3.3: „Die Meldung des Klägers ist freilich aktenkundig und die Beklagte anerkennt, dass sie erfolgte. Die Beklagte zeigt nirgends auf, dass sie dem Kläger mitgeteilt habe, sie halte dessen Meldung für ungenügend. Dies wäre jedoch schon allein aufgrund von Treu und Glauben nötig gewesen“).

4.5 Schliesslich ist auch im Rahmen der GAFI-Gesetzgebung das Rechtsmissbrauchsverbot zu beachten. Als allgemeiner Rechtsgrundsatz gilt das Rechtsmissbrauchsverbot gemäss Bundesgericht in der ganzen Rechtsordnung. Es bildet Bestandteil des schweizerischen Ordre public und ist von jeder Instanz von Amtes wegen anzuwenden (BGE 143 III 666 E. 4.2; BGE 128 III 201 E. 1c). Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will (BGE 143 III 279 E. 3.1; BGE 140 III 583 E. 3.2.4; BGE 138 III 425 E. 5.2; BGE 128 II 145 E. 2.2). Ob eine Berechtigung missbräuchlich ausgeübt wird, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab (BGE 143 III 279 E. 3.; BGE 138 III 425 E. 5.2; BGE 135 III 162 E. 3.3.1; BGE 121 III 60 E. 3d). Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn der Rückgriff auf das Rechtsinstitut mit dem angestrebten Zweck nichts zu tun hat oder diesen gar ad absurdum führt. Die Geltendmachung eines Rechts ist ebenfalls missbräuchlich, wenn sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch erweckte berechnete Erwartungen enttäuscht. Art. 2 Abs. 2 ZGB dient als korrigierender „Notbehelf“ für die Fälle, in denen formales Recht zu materiell krassem Unrecht führen würde. Rechtsmissbrauch ist restriktiv anzunehmen. Einen Grundsatz der Gebundenheit an das eigene Handeln gibt es nicht. Vielmehr ist in einem Widerspruch zu früherem Verhalten nur dann ein Verstoß gegen Treu und Glauben zu erblicken, wenn dieses ein schutzwürdiges Vertrauen begründet hat, das durch die neuen Handlungen enttäuscht wird (BGE 143 III 666 E. 4.2; vgl. zum Ganzen auch: Urteil des Bundesgerichts 6B_1039/2019 vom 16. Juni 2020 E. 2.3.2).

4.6 Vorliegend ist unstrittig und anerkannt (s. oben: Sachverhalt Ziff. 1.2), dass die Beklagte ursprünglich im Jahr 2011 von A. und B. als Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach Schweizer Recht unter der Firma C. GmbH gegründet wurde. A. und B. waren als Gesellschafter je 50% am Stammkapital von CHF 20'000.– der C. GmbH beteiligt. Am 23. Oktober 2014 änderte die Beklagte ihre Rechtsform und wurde in die heutige Aktiengesellschaft umgewandelt. Bei der im Rahmen der Umwandlung durchgeführten Kapitalerhöhung brachte die von B. zu 100% beherrschte B. mbH CHF 40'000.– ein. Nach der Umwandlung verkaufte B. seine Beteiligung von 10% an der Beklagten an B. mbH, die daraufhin 50% der Anteile an der Beklagten hielt. Die Klägerin, welche zu diesem Zeitpunkt zu 100% direkt von A. gehalten wurde, brachte im Rahmen der Kapitalerhöhung ebenfalls CHF 40'000.– ein. Gemäss Beschluss der ausserordentlichen Generalversammlung vom 13. Juni 2014 wurden der Klägerin daher total 400 Inhaberaktien zugeteilt. Das entsprach einer Beteiligung von 40% am Aktienkapital der Beklagten. Weitere 100 Inhaberaktien und damit 10% am Aktienkapital wurden A. zugeteilt. Nach der Umwandlung übertrug A. – was die Beklagte vorliegend selbst ausführte – seine Beteiligung von 10% an der Beklagten an die Klägerin.

Nachdem die GAFI-Bestimmungen von Art. 697i–m OR im Jahr 2015 in Kraft traten, waren – wie erwähnt – diejenigen Personen, die beim Inkrafttreten der Änderung

bereits Inhaberaktien hielten, verpflichtet, ihrer Meldepflicht innert sechs Monaten nachkommen, d.h. bis 1. Januar 2016. Am 5. April 2017 und am 18. Oktober 2017 fanden ausserordentliche Generalversammlungen der Beklagten – in Form von Universalversammlungen – statt, an welchen die Klägerin teilnahm und insbesondere Dividendenausschüttungen beschlossen wurden. An beiden Versammlungen wurde unstrittig beschlossen, der Klägerin eine Dividende im Umfang von 50 % auszuschütten (vgl. Schreiben der Beklagten betreffend Dividendenzahlung vom 31. Oktober 2017, welches ausdrücklich festhält, dass die Klägerin «entsprechend ihrer Anteile 50 % dieser Summe», d.h. der Dividende von insgesamt CHF 3 Mio. erhält).

Aufgrund der vorgängigen Gründung einer GmbH durch B. und A. und der nachfolgenden Umwandlung dieser Gesellschaft in eine Aktiengesellschaft waren der Beklagten im Zeitpunkt des Inkrafttretens der GAFI-Bestimmungen sowohl die Inhaber der Aktien als auch die daran wirtschaftlich berechtigten Personen bekannt, weshalb die Gesellschaft eine Eintragung im Verzeichnis der Inhaberaktionäre gemäss Art. 697i OR auch ohne formelle Meldung hätte vornehmen können. Da die von B. und A. gegründete GmbH in eine Aktiengesellschaft mit Inhaberaktien umgewandelt wurde und die Beklagte anerkennt, dass A. in der Folge seinen Anteil von 10 % an die Klägerin übertrug – und dies durch die im Jahr 2017 abgehaltenen Universalversammlungen bestätigt wird –, war der mit den GAFI-Bestimmungen verfolgte Zweck der Meldepflicht, Transparenz zu schaffen, bereits erfüllt. Aus diesem Grund hat sich im vorliegenden Fall eine formelle Meldung durch die Klägerin zur Führung des gesetzlich vorgeschriebenen Verzeichnisses nach Art. 697i OR erübrigt.

(. . .)

5. Selbst wenn man der Auffassung der Beklagten folgen und eine formelle GAFI-Meldung zur Geltendmachung der Mitgliedschaftsrechte am 16. April 2019 hätte voraussetzen wollen, so ist an dieser Stelle im Sinne einer Eventualbegründung festzuhalten, dass die Klägerin zumindest der Meldepflicht nach Art. 697j OR mit Schreiben vom 13. Dezember 2018 vollständig nachgekommen ist.

Mit diesem Schreiben teilte der Rechtsvertreter der Klägerin der Beklagten rund vier Monate vor den strittigen Generalversammlungen gestützt auf Art. 697i OR und Art. 697j OR mit, dass A. jederzeit der wirtschaftlich Berechtigte der A. mbH gewesen sei, und dass diese Gesellschaft 50 % der Aktien der Beklagten halte. Mit der Einbringung seiner 100 %-Beteiligung an der A. mbH in die A. Holding GmbH am 28. November 2017 sei die wirtschaftliche Berechtigung von A. unverändert geblieben. Die Klägerin legte diesem Schreiben unter anderem die Liste der Gesellschafter der A. mbH vom 21. Oktober 2011 und vom 7. Dezember 2017, einen Handelsregisterauszug der A. mbH vom 20. November 2017, eine Passkopie von A. sowie eine Bestätigung von D., des Geschäftsführers der A. mbH, vom 12. Dezember 2018 über die wirtschaftliche Berechtigung von A. bei.

Die Beklagte wendet im Rahmen des vorliegenden Verfahrens dagegen ein, dieses Schreiben erfülle die Meldungsformalitäten gemäss Art. 697i Abs. 2 OR nicht, da nur ein nicht beglaubigter Handelsregisterauszug der Klägerin, welcher zudem älter als ein Jahr gewesen sei, beigelegt worden sei. Damit ist unbestritten und gleichsam belegt, dass die Klägerin mit ihrem Schreiben vom 13. Dezember 2018 der Meldepflicht hinsichtlich Art. 697j OR nachgekommen ist und der Beklagten unter Angabe von Vor- und Nachnamen sowie der Adresse (. . .) bestätigte, dass nach wie vor A. an den Aktien der Klägerin wirtschaftlich berechtigt ist.

Da die Meldepflicht betreffend die Angaben nach Art. 697j OR spätestens mit dem Schreiben vom 13. Dezember 2018 erfüllt war, kann offen bleiben, ob und inwiefern die Beklagte dies bereits früher anerkannt hat.

6. Betreffend die Meldung der Aktionärsstellung gestützt auf Art. 697i OR trifft es zwar zu, dass der mit Schreiben vom 13. Dezember 2018 eingereichte (ausländische) Handelsregisterauszug vom 20. November 2017 datierte und nicht beglaubigt war. Die Berufung auf diesen unvollständigen Identifikationsnachweis gemäss Art. 697i Abs. 2 lit. c OR und die gestützt darauf erfolgte Nichtbekanntgabe der abzuhaltenden Generalversammlungen vom 16. April 2019 ist jedoch aus mehreren Gründen treuwidrig:

6.1 Zunächst dient die Beibringung dieser Belege nur der Bestätigung der gestützt auf Art. 697i OR erfolgten Meldung. Zwar trifft es – wie die Beklagte ausführt – zu, dass die Klägerin aufgrund des Entscheids des Einzelrichters des Kantonsgerichts Zug ES 2018 449 vom 6. März 2019 davon ausgehen musste, dass die Beklagte die klägerischen Mitgliedschaftsrechte hinsichtlich einer künftigen Generalversammlung gestützt auf Art. 697m Abs. 1 OR als ruhend betrachten würde. Der Einzelrichter berücksichtigte in diesem Entscheid jedoch das Schreiben der Klägerin vom 13. Dezember 2018 aufgrund der Novenschranke nicht. Unabhängig davon, dass gewisse Vertreter der Lehre dafürhalten, dass die Meldepflicht auch ohne Identifikationsnachweis erfüllt ist (s. oben E. 4.4), wäre der Verwaltungsrat der Beklagten jedenfalls angesichts der Schwere der Sanktionen einer Meldepflichtverletzung einerseits und der Pflicht des Verwaltungsrats, im Interesse der Gesellschaft zu handeln und das Verzeichnis gemäss Art. 697i OR zu führen, andererseits gestützt auf die ansonsten einwandfreie Meldung vom 13. Dezember 2018 nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, die Klägerin über die Generalversammlungen in Kenntnis zu setzen, um ihr die Teilnahme unter Nachweis ihres Aktienbesitzes (und der nach Auffassung der Beklagten fehlenden Angaben gemäss Art. 697i OR) zu ermöglichen. Mit der Pflicht der Klägerin zum Nachweis ihres Aktienbesitzes anlässlich der Teilnahme an den Generalversammlungen vom 16. April 2019 wäre der Verwaltungsrat auch seiner Pflicht nach Art. 697m Abs. 4 OR nachgekommen zu verhindern, dass Aktionäre trotz Verletzung ihrer Meldepflicht ihre Rechte wahrnehmen (vgl. dazu Hess/Dettwiler, a.a.O., Art. 697m OR N 25).

6.2 Hinzu kommt in diesem Zusammenhang, dass die Beklagte das Rechtsinstitut der GAFI-Meldepflicht vorliegend zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet hat, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will, und ihr Verhalten gleichsam im Widerspruch zu ihrem früherem Verhalten steht.

6.2.1 Mit den neu eingeführten GAFI-Bestimmungen sollten die für die Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung zuständigen Behörden rechtzeitig hinreichende, verwertbare und aktuelle Informationen über den wirtschaftlich Berechtigten und über die Kontrolle juristischer Personen erhalten bzw. darauf zugreifen können. Um diesen Zugriff durch die Behörden zu gewährleisten, sollte die Gesellschaft (oder der bezeichnete Finanzintermediär) verpflichtet werden, ein Verzeichnis über die meldepflichtigen Inhaberinnen und Inhaber und wirtschaftlich Berechtigten von Inhaberaktien zu führen.

Wie erwähnt waren der Beklagten aufgrund der Vorgeschichte und der Umwandlung der damaligen GmbH in eine Aktiengesellschaft sowohl die Aktionärin als auch der daran wirtschaftlich Berechtigte bekannt (s. oben E. 4.6). Die Aktionärsstellung der Klägerin – und nur darum geht es vorliegend – anerkannte die Beklagte nach Inkrafttreten der GAFI-Vorschriften mehrmals, namentlich an den ausserordentlichen Generalversammlungen vom 5. April 2017 und am 18. Oktober 2017. Weiter teilte die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 13. Dezember 2018 erneut mit, dass sie Aktionärin sei und es sich bei A. um den wirtschaftlich Berechtigten handle. Vor diesem Hintergrund lässt die darauf folgende Unterlassung, die Klägerin über die Abhaltung der Generalversammlungen vom 16. April 2019 in Kenntnis zu setzen, keinen anderen Schluss zu, als dass die Beklagte sich vorliegend im Widerspruch zu ihrem Verhalten im Jahr 2017 nur deshalb auf die GAFI-Bestimmungen beruft, um die Klägerin von den strittigen Generalversammlungen vom 16. April 2019 auszuschliessen. Dabei blendet die Beklagte in rechtlicher Hinsicht völlig aus, dass die Meldepflicht des Inhaberaktionärs ihren Gegenpart in der Pflicht der Inhaberaktiengesellschaft findet, ein Verzeichnis über die Inhaberaktionäre sowie über die der Gesellschaft gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen zu führen (vgl. Art. 697I Abs. 1 OR). Wenn es der Beklagten wirklich allein darum gegangen wäre – wie sie an der Hauptverhandlung mehrfach betonte –, aus Gründen der Geldwäscherei- und Terrorismusbekämpfung Transparenz zu schaffen, so hätte sie die Klägerin vorgängig über ihre Absicht informiert, am 16. April 2019 Generalversammlungen abhalten zu wollen, um es der Klägerin zu ermöglichen, den geforderten Identifikationsnachweis vollständig zu erbringen. Wie ausgeführt hätte dies die Beklagte in einer Art und Weise tun können, welche im Einklang zur Pflicht des Verwaltungsrats gestanden wäre, gemäss Art. 697m Abs. 4 OR dafür zu sorgen, dass keine Aktionäre unter Verletzung der Meldepflichten ihre Rechte ausüben.

6.2.2 Mit der Durchführung der Generalversammlungen vom 16. April 2019 ohne die Klägerin verfolgte die Beklagte einen Zweck, der mit dem von den GAFI-Bestimmun-

gen verfolgten Zweck der Geldwäscherei- und Terrorismusbekämpfung nichts zu tun hat und verhielt sich überdies widersprüchlich zu früherem Verhalten, weshalb ihr Verhalten keinen Rechtsschutz verdient und die Berufung auf Art. 697m Abs. 1 OR vorliegend missbräuchlich ist (vgl. Art. 2 Abs. 2 ZGB).

6.2.3 Nicht entscheidend ist in diesem Zusammenhang, ob die Bestimmungen von Art. 697i, Art. 697j und Art. 697m OR als zwingend zu beurteilen und der Disposition der Parteien entzogen sind. Das Rechtsmissbrauchsverbot ist in der ganzen Rechtsordnung anwendbar und schützt gerade vor der zweckwidrigen Verwendung von – an sich – verbindlichen Rechtsvorschriften. So hat jeder Aktionär beispielweise gestützt auf die (unentziehbare) Bestimmung von Art. 697 OR das Recht auf Auskunft- und Einsichtnahme. Dennoch ist eine aktienrechtliche Auskunft- und Einsichtsklage, deren Geltendmachung in Wirklichkeit nicht der Ausübung von Aktionärsrechten dient, sondern auf die Destabilisierung des Verwaltungsrates abzielt, wegen Rechtsmissbrauchs abzuweisen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_36/2010 vom 20. April 2010, zusammengefasst in ius.focus 2010 Nr. 282). Gleichsam ist auch das Recht, die Klägerin gestützt auf Art. 697m Abs. 1 OR von einer Generalversammlung auszuschliessen, nach Treu und Glauben auszuüben.

6.2.4 Schliesslich trifft es zwar zu, dass der Einzelrichter mit Entscheid ES 2018 449 vom 6. März 2019 das klägerische Gesuch um Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung abwies und festhielt, dass die Klägerin ihren GA-FI-Meldepflichten nicht nachgekommen sei und deshalb ihre Mitgliedschaftsrechte ruhen würden. Ebenfalls hielt der Einzelrichter fest, dass sich die Beklagte nicht rechtsmissbräuchlich verhalten habe (E. 2.3). Jedoch ist zu beachten, dass der Einzelrichter das Schreiben der Klägerin vom 13. Dezember 2018 bei seinem Entscheid nicht berücksichtigte und der Entscheid lediglich nach einer summarischen Prüfung erging und nicht über den Streitgegenstand hinweggehend in materielle Rechtskraft erwachsen ist. Mithin konnte die Beklagte gestützt auf den Entscheid nicht darauf vertrauen, dass das Gericht im Rahmen einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage gegen die Generalversammlungsbeschlüsse vom 16. April 2019 – nach umfassender Prüfung des konkreten Falles – zum gleichen Schluss gelangen würde wie der Einzelrichter. Vielmehr war die Beklagte – wie vorstehend erwähnt – nach dem Erhalt des Schreibens vom 13. Dezember 2018 nach Treu und Glauben gehalten, der Klägerin anzukündigen, dass sie am 16. April 2019 eine Universalversammlung abhalte und damit der Klägerin zu ermöglichen, die nach Meinung der Beklagten fehlenden Belege beizubringen, um ihre Mitgliedschaftsrechte ausüben zu können.

7. Nach dem Gesagten haben die Mitgliedschaftsrechte der Klägerin im Zusammenhang mit den Generalversammlungen vom 16. April 2019 nicht geruht, weshalb ihr ein Recht auf Einladung und Teilnahme zugekommen wäre.

8. Nichtige Generalversammlungsbeschlüsse sind von Anfang an unwirksam; sie

werden vom Recht als überhaupt nicht zustande gekommen betrachtet (Dubs/Truffer, Basler Kommentar, 5. A. 2016, Art. 706b OR N 4). Das Gesetz normiert in Art. 706b OR – in nicht abschliessender Weise – drei Tatbestände für die Nichtigkeit von Beschlüssen der Generalversammlung. Nichtig sind insbesondere Beschlüsse, die zwingend gewährte Aktionärsrechte entziehen oder beschränken (Ziff. 1), Kontrollrechte von Aktionären über das gesetzliche Mass hinaus beschränken (Ziff. 2) oder die Grundstruktur der Aktiengesellschaft missachten, etwa die Bestimmungen des Kapitalschutzes verletzen (Ziff. 3).

8.1 Die im Gesetz ausdrücklich genannten Nichtigkeitsgründe beschlagen primär inhaltliche Mängel des Beschlusses. Auch schwerwiegende Mängel in seinem Zustandekommen, d.h. formelle Mängel, können indessen zur Nichtigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses führen (Böckli, Aktienrecht, 4. A. 2009, § 16 Rz 174). Diese Nichtigkeit aus formellen Gründen wird teilweise unterschieden vom Falle eines Schein- oder Nichtbeschlusses. Dem Sachverhalt also, bei welchem von vornherein kein Generalversammlungsbeschluss vorliegt, weil entweder gar keine Generalversammlung im Rechtssinne zustande gekommen ist oder anlässlich einer solchen ein Beschluss nicht gefasst wurde (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 25 Rz 117; Dubs/Truffer, a.a.O., Art. 706b OR N 17; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4P.331/2006 vom 5. Juni 2007 E. 4.2.3).

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts stellt die Abhaltung einer Universalversammlung in Abwesenheit auch nur eines Aktionärs oder seiner Vertretung einen schwerwiegenden formellen Mangel dar, der zur Nichtigkeit der anlässlich dieser Versammlung getroffenen Beschlüsse führen muss (BGE 137 III 460 E. 3.3.2 m.w.H.; vgl. auch die Urteile des Bundesgerichts 4A_141/2020 vom 4. September 2020 E. 3.2 und 4A_248/2015 vom 15. Januar 2016 E. 2.3; sinngemäss auch Urteil des Bundesgerichts 5A_482/2014 vom 14. Januar 2014 E. 5).

8.2 Da die Generalversammlungsbeschlüsse vom 16. April 2019 unter Ausschluss der Mitwirkung und Teilnahme der Klägerin zustande kamen, welche 50% der Aktien an der Beklagten hält, haftet diesen Beschlüssen ein formeller Fehler an, welcher gemäss Art. 706b Ziff. 1 OR zur Nichtigkeit der Beschlüsse führt; es liegen nach oben Gesagtem mithin «Nichtbeschlüsse» vor. Mithin ist das klägerische Hauptbegehren gutzuheissen, und es ist festzustellen, dass die an den Generalversammlungen vom 16. April 2019 getroffenen Beschlüsse nichtig sind.

Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 7. Januar 2021 A3 2020 11

1.2 Art. 802 Abs. 4 OR, Art. 823 OR**Regeste:**

Die Auskunft oder Einsicht kann nach Massgabe von Art. 802 Abs. 4 OR angeordnet werden, wenn ein Gesellschafter dies verlangt. Die Gesellschaftereigenschaft muss nicht nur im Zeitpunkt der Einreichung eines Informationsbegehrens, sondern auch noch im Zeitpunkt des Entscheids über das Begehren gegeben sein. Wurde die gesuchstellende Partei zwischenzeitlich als Gesellschafterin aus der Gesellschaft ausgeschlossen (Art. 823 OR), fehlt es ihr an der Aktivlegitimation, und zwar unabhängig davon, ob die rechtliche Zuordnung der Stammanteile der ausgeschlossenen Gesellschafterin bereits geklärt ist oder nicht.

Aus dem Sachverhalt:

Am 7. Juni 2019 reichte die Gesuchstellerin gegen die Gesellschaft (Gesuchsgegnerin) beim Einzelrichter am Kantonsgericht Zug ein Gesuch um Einsicht und Auskunft gemäss Art. 802 Abs. 4 OR (Informationsgesuch) ein. Zu diesem Zeitpunkt hielt die Gesuchstellerin sechs der 20 Stammanteile der Gesellschaft. Am 14. April 2020 bestätigte das Bundesgericht (in einem anderen Verfahren) den Ausschluss der Gesuchstellerin aus der Gesellschaft. Am 30. September 2020 wies der Einzelrichter am Kantonsgericht Zug das Gesuch um Einsicht und Auskunft ab. Dagegen erhob die Gesuchstellerin Berufung beim Obergericht des Kantons Zug.

Aus den Erwägungen:

4. Wie zu zeigen ist, ist das Informationsgesuch der Gesuchstellerin mangels Aktivlegitimation abzuweisen. Ob die Gesuchstellerin ein berechtigtes Interesse an der Auskunft und Einsicht hat, ob eine Schädigungsgefahr bewiesen wurde und ob die Änderung des Rechtsbegehrens zulässig gewesen ist, braucht vorliegend nicht geklärt zu werden.

4.1 Gemäss Art. 802 OR kann jeder Gesellschafter Auskunft und Einsicht verlangen. Vorausgesetzt ist also die Gesellschaftereigenschaft. Folglich kann ein ausgeschiedener Gesellschafter keine Informationsklage nach Art. 802 Abs. 4 OR anheben. Der Ausschluss eines Gesellschafters erfolgt im Innenverhältnis mit Rechtskraft einer gutgeheissenen Ausschlussklage und im Aussenverhältnis mit Eintrag im Handelsregister (Sanwald, in: Nussbaumer/Sanwald/Scheidegger [Hrsg.], Kurzkomentar zum neuen GmbH-Recht, 2007, Art. 823 OR N 16, 18; Stäubli, Basler Kommentar, 5. A. 2016, Art. 823 OR N 6; Jörg/Arter, Das Recht der schweizerischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung [GmbH], 2015, S. 150). Ausschluss bedeutet Erlöschen der Mitgliedschaft und sämtlicher daraus fliessender Rechte (Sanwald, a.a.O., Art. 823 OR N 19). Die materielle wie auch die formelle Mitgliedschaft enden mit dem Ausschluss (und nicht erst mit dem Übergang auf einen Rechtsnachfolger;

Sanwald, Austritt und Ausschluss aus AG und GmbH, 2009, S. 58 f.; Wipf/von der Crone, Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters, SZW 2018 S. 569 ff., 581 f.; a.M. von Steiger, Zürcher Kommentar, 1950, Art. 800 OR N 9 und 11, Art. 807 N 2).

Ein ausgeschiedener Gesellschafter kann mithin kein Begehren um Auskunft oder Einsicht stellen, was jedoch erforderlich wäre, um überhaupt eine Informationsklage anzuheben (vgl. Art. 802 Abs. 4 OR). Hat der Gesellschafter Auskunft und Einsicht noch vor Rechtskraft des Urteils über seinen Ausschluss verlangt und wird er erst nachher ausgeschlossen, nützt ihm dies auch nichts. Denn die Gesellschaftereigenschaft ist eine Komponente der Aktivlegitimation. Diese stellt eine materiellerechtliche Voraussetzung eines bundesrechtlichen Anspruchs dar. Sie muss im Zeitpunkt des richterlichen Entscheids gegeben sein (vgl. BGE 133 III 180 E. 3.2–3.4; Urteil des Bundesgerichts 4A_648/2011 vom 4. April 2012 E. 3.1; anders, ohne Begründung und insbesondere nicht auf das Erfordernis der Aktivlegitimation eingehend: ZR 1971 S. 334).

4.2 Die Gesuchsgegnerin macht geltend, der Gesuchstellerin stünden mit ihrem rechtskräftigen Ausschluss aus der Gesuchsgegnerin keine Mitgliedschaftsrechte mehr zu, wie dies die Vorinstanz in E. 4.3.2 fälschlicherweise erwogen habe, sondern es könnten ausschliesslich Abfindungsansprüche zur Diskussion stehen. Der Ausschluss sei inzwischen überdies im Handelsregister nachvollzogen worden. Die registerrechtlichen Verhältnisse seien offenkundig bzw. gerichtsnotorisch im Sinne von Art. 151 ZPO (. . .).

Die Gesuchstellerin entgegnet, die Gesuchsgegnerin verschweige, dass die Rechtsfolgen des Ausschlusses nicht geklärt seien. Die rechtliche Zuordnung der sechs Stammanteile sei noch offen. Eine Grundkapitalgesellschaft könne keine herrenlosen Aktien oder Stammanteile haben. Aus diesem Grund bleibe die Gesuchstellerin als ausgeschiedene Gesellschafterin formell Mitglied der Gesellschaft, bis die Mitgliedschaft an einen Rechtsnachfolger übergehe. Ohnehin sei die Gesuchstellerin aber für die vorliegend zu beurteilenden Auskunfts- und Einsichtsrechte legitimiert. Die Gesuchsgegnerin habe keinen Antrag auf rückwirkenden Ausschluss gestellt, weshalb der Ausschluss erst im Zeitpunkt der formellen Rechtskraft des Urteils Wirkung entfalte. Die Gesuchstellerin sei somit bis zur Rechtskraft des Ausschlussurteils, das am 14. April 2020 eröffnet worden sei, Gesellschafterin der Gesuchsgegnerin mit sämtlichen damit verbundenen Gesellschafterrechten (. . .).

4.3 Am Tag der Ausfällung des Bundesgerichtsurteils (Urteil 4A_447/2019) über den Ausschluss der Gesuchstellerin aus der Gesuchsgegnerin, mithin am 14. April 2020, war der Ausschluss rechtskräftig (Art. 61 BGG). Am 17. Juli 2020 (Tagesregister) wurde der Ausschluss im Handelsregister eingetragen. Der Einzelrichter am Kantonsgericht Zug fällte seinen Entscheid über die Einsicht und Auskunft jedoch erst am 30. September 2020. Zu diesem Zeitpunkt war die Gesuchstellerin weder

intern noch extern, weder materiell noch formell Gesellschafterin der Gesuchsgegnerin. Dies gilt unabhängig davon, ob die sechs Stammanteile der Gesuchstellerin als ausgeschiedene Gesellschafterin rechtlich einer neuen Gesellschafterin bereits zugeordnet waren (E. 4.1). Mithin fehlte es der Gesuchstellerin an der Aktivlegitimation und das Gesuch wäre aus diesem Grund abzuweisen gewesen. (. . .)

5. Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz das auf Art. 802 Abs. 4 OR gestützte Begehren um Auskunft und Einsicht (Informationsklage) im Ergebnis zu Recht abgewiesen.

Urteil des Obergerichts des Kantons Zug, II. Zivilabteilung, vom 19. Oktober 2021 (Z2 2020 47)

2. Gleichstellungsgesetz

2.1 Art. 114 lit. a ZPO und Art. 243 Abs. 2 lit. a ZPO; Gleichstellungsgesetz

Regeste:

Art. 114 lit. a ZPO und Art. 243 Abs. 2 lit. a ZPO; GIG – Werden Ansprüche mit einem Streitwert von über CHF 30'000.– geltend gemacht und fallen diese nur in geringem Umfang unter das Gleichstellungsgesetz, finden die Vorschriften über das ordentliche Verfahren Anwendung. Auf die Klage im vereinfachten (kostenlosen) Verfahren wird nicht eingetreten.

2.1.1 Aus dem Sachverhalt:

Aus dem Sachverhalt:

1.1 (. . .) Mit Arbeitsvertrag vom 20. April 2017 stellte die Beklagte die Klägerin per 1. Mai 2017 in der Funktion als «Manager Government Affairs and Compliance» an. Ab Januar 2018 war die Klägerin fachlich dem für den gesamten F. Konzern zuständigen HR Chef E. unterstellt. Ihr Anfangslohn betrug CHF 10'897.00 brutto pro Monat. Nach verschiedenen Lohnerhöhungen bezog die Klägerin zuletzt CHF 13'000.00 brutto pro Monat. Daneben war ein Bonus von bis zu 20% bzw. später bis zu 25% des jährlichen Bruttosalaris der Klägerin, auf der Basis der Jahresleistung der Klägerin und der Beurteilung durch die Beklagte gemäss KPI (sofern anwendbar) vereinbart, wobei die Bonuszahlung im Ermessen der Beklagten lag und jeweils innert den ersten drei Monaten des dem massgebenden Jahr folgenden Jahres zu zahlen war.

1.2 Am 30. Juli 2018 kam der Sohn der Klägerin zur Welt. Aufgrund von Mutterschaftsurlaub, Ferien und Krankheit war die Klägerin vom 12. Juli 2018 bis 7. Januar 2019 abwesend.

1.3 Mit Schreiben vom 9. Mai 2019 kündigte die Klägerin das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten per Ende Juli 2019 und war in der Folge ab 14. Mai 2019 freigestellt.

2. Am 11. Februar 2020 reichte die Klägerin beim Einzelrichter am Kantonsgericht Zug gegen die Beklagte Klage («Klage im vereinfachten Verfahren») mit folgendem Rechtsbegehren ein und begründete damit die Rechtshängigkeit (Art. 62 Abs. 1 ZPO; act. 1):

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 19'000.00 (brutto) zzgl. 5 % Zins seit 31. März 2019 zu bezahlen.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 78'000.00 (brutto) zzgl. 5 % Zins seit 31. Dezember 2018 zu bezahlen.
3. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 14'787.00 (brutto) zzgl. 5 % Zins seit 15. August 2018 (mittlerer Verfall) zu bezahlen.
4. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 22'750.00 (brutto) zzgl. 5 % Zins seit 31. Juli 2019 zu bezahlen.
5. Unter Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten (zuzüglich 7,7% MWST).

Die Klägerin machte geltend, sie stütze ihre Forderungen auf die schwangerschafts- und mutterschaftsbezogene Diskriminierung durch verminderte Lohnzahlungen. Die vorliegende Klage basiere daher auf dem Gleichstellungsgesetz (Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann, GIG; SR 151.1). Gestützt auf Art. 199 Abs. 2 lit. c ZPO verzichtete die Klägerin auf ein Schlichtungsverfahren.

3. In der Klageantwort vom 28. April 2020 (act. 9) beantragte die Beklagte die kostenfällige Abweisung der Klage vom 11. Februar 2020.

4. Mit Entscheid vom 10. Juli 2020 beschränkte der Einzelrichter das Verfahren auf die Frage, ob der Prozess angesichts des Streitwertes im ordentlichen Verfahren zu führen sei, und diese Frage wurde zum Gegenstand eines Zwischenentscheids gemacht. Der Einzelrichter begründete den Entscheid damit, dass prima vista anzunehmen sei, dass sich der weitaus grösste Teil der von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche nicht auf das Gleichstellungsgesetz stützen lasse (act.17).

(...)

Aus den Erwägungen:

1. Gegenstand dieses Zwischenentscheids bildet die Frage des anwendbaren Verfahrens auf die vorliegende Klage (die örtliche Zuständigkeit der Zuger Gerichte ist gestützt auf Art. 34 Abs. 1 ZPO unbestritten gegeben).

2. Das Gericht prüft gemäss Art. 60 ZPO von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind. Zu den Prozessvoraussetzungen gehört nach Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO insbesondere die sachliche und örtliche Zuständigkeit; ferner wird auch die Wahl der richtigen Verfahrensart dazu gerechnet. Das Gesetz geht vom Grundsatz aus, dass es der klagenden Partei obliegt, ihre Klage beim zuständigen Gericht und in der richtigen Verfahrensart anhängig zu machen, und dass entsprechende Mängel das Nichteintreten auf die Klage zur Folge haben (Urteil des Bundesgerichts 4A_332/2015 vom 10. Februar 2016 E. 4.2).

2.1 Nach § 28 Abs. 2 lit. b GOG (Gerichtsorganisationsgesetz des Kantons Zug; BGS 161.1) ist der Einzelrichter für Streitigkeiten im vereinfachten Verfahren zuständig. Gemäss Art. 243 Abs. 1 ZPO gilt das vereinfachte Verfahren für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.00. Für gewisse Streitigkeiten gilt das vereinfachte Verfahren jedoch streitwertunabhängig, so namentlich für Streitigkeiten «nach dem Gleichstellungsgesetz vom 24. März 1995» (Art. 243 Abs. 2 lit. a ZPO). Begründet wird dies damit, dass es sich dabei um «besonders sensible Materien des sozialen Privatrechts» handle (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: BBl 2006 S. 7346). Bei Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz werden sodann unabhängig vom Streitwert keine Gerichtskosten gesprochen (Art. 114 lit. a ZPO). (. . .).

2.2 Häufig werden Forderungen gestützt auf das Gleichstellungsgesetz in Verbindung mit anderen arbeitsrechtlichen Ansprüchen geltend gemacht. Stützt die klagende Partei ihr Begehren auf verschiedene Anspruchsgrundlagen und fallen diese nur teilweise unter Art. 243 Abs. 2 lit. a ZPO, so stellt sich die Frage, ob in Streitigkeiten, in denen der Streitwert CHF 30'000.– übersteigt und die Forderungen nach dem Gleichstellungsgesetz mit den übrigen arbeitsrechtlichen Forderungen kumuliert werden, das ordentliche oder das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangt. Die Lehre ist sich in dieser Frage uneinig (vgl. Lempen/Voloder, Aktuelle Entwicklungen rund um das Gleichstellungsgesetz, SJZ 4/2018 S. 81 ff., S. 83 unter Verweis auf die unterschiedlichen Lehrmeinungen). Eine bundesgerichtliche Rechtsprechung besteht – soweit ersichtlich – nicht zu diesem Thema, und die kantonale Praxis ist nicht einheitlich (vgl. Entscheid der Chambre des prud'hommes de la Cour de justice des Kantons Genf CAPH/64/2016 vom 13. April 2017 E. 2.2, wonach das vereinfachte Verfahren ungeachtet des Streitwertes gilt, wenn sich die Klage in grundlegender Weise auf eine i.S. des Gleichstellungsgesetzes verbotene Diskriminierungsart beziehe, selbst wenn die Summe dieser Forderungen im Ver-

gleich zu den übrigen Forderungen [z. B. Lohnnachzahlungen] anteilmässig gering ist; Urteil des Genfer Tribunal des prud'hommes vom 16. Juni 2016 C/5866/2015 5 E. 2b, wobei eine arbeitsrechtliche Klage, mit welcher auch ein Anspruch aus Gleichstellungsgesetz geltend gemacht wurde im ordentlichen Verfahren behandelt wurde, da die Rüge aus Gleichstellungsgesetz nur einen Fünftel der gesamten Streitsumme ausmachte; das Kantonsgericht Zug überwies eine Klage vom ordentlichen ins einfache Verfahren, wobei es zwischen den einzelnen Ansprüchen Anspruchskonkurrenz annahm und auf die plausibel erachteten klägerischen Behauptungen abstellte, wonach sämtliche Ansprüche auf das Gleichstellungsgesetz abzustützen waren [Entscheid des Referenten A2 2012 8 vom 22. Juni 2012 E. 4]; das Arbeitsgericht Zürich wies einen Fall dem vereinfachten Verfahren zu, wobei die nicht gleichstellungsrechtlichen Ansprüche für sich allein betrachtet einen kumulierten Streitwert von unter CHF 30'000.00 hatten, e contrario deutete das Gericht an, dass das vereinfachte Verfahren für die weiteren Ansprüche nicht anwendbar wäre, wenn deren kumulierten Streitwerte CHF 30'000.- übersteigen würden [Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich AN190029 vom 5. Dezember 2019 E. 3.2.1]).

2.3 Nach der hier vertretenen Auffassung steht einer Klagenhäufung nicht entgegen, wenn (nicht unter Art. 243 Abs. 2 ZPO fallende) Ansprüche mit einem Streitwert von über CHF 30'000.- zusammen mit Ansprüchen geltend gemacht werden, für welche nach Abs. 2 streitwertunabhängig das vereinfachte Verfahren gilt. Allerdings ist dann das Verfahren insgesamt im ordentlichen Verfahren nach Art. 220 ff. ZPO zu führen und nicht nach Art. 243 ff. ZPO (gl.M. Hauck, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, Art. 243 ZPO N 15). Eine Behandlung im vereinfachten Verfahren ist nur angezeigt, wenn die Ansprüche im Wesentlichen in den Anwendungsbereich des Gleichstellungsgesetzes fallen (vgl. Bohnet/Dietschy, in: Aubert/Lempfen, Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, 2011, Art. 12 GIG Rz 6). Art. 114 lit. a ZPO kann dadurch entsprochen werden, dass die Gerichtskosten im Verhältnis der geltend gemachten Ansprüche gekürzt werden, bzw. der massgebende Streitwert zur Berechnung der Gerichtskosten um jenen Teil reduziert wird, welcher nach Treu und Glauben gestützt auf das Gleichstellungsgesetz geltend gemacht werden konnte.

Werden die Begehren der klagenden Partei in Anspruchskonkurrenz zugleich auf verschiedene Anspruchsgrundlagen gestützt und fallen diese auch unter Art. 243 Abs. 2 ZPO müssen die Vorschriften über das ordentliche Verfahren jedenfalls dann angewendet werden, wenn eine unter Abs. 2 zu subsumierende Anspruchsgrundlage von der klagenden Partei nur vorgeschoben wird, um streitwertunabhängig in den Genuss der Vorschriften über das vereinfachte Verfahren zu kommen (vgl. Hauck, a.a.O., Art. 243 ZPO N 16; Killias, Berner Kommentar, 2012, Art. 243 ZPO N 44).

3. Die Klägerin stützt ihre arbeitsvertraglichen Forderungen in Anspruchskonkurrenz einerseits auf das Obligationenrecht (OR) und andererseits gesamthaft auch auf

das Gleichstellungsgesetz (GIG) – wegen schwangerschafts- und mutterschaftsbezogener Diskriminierung durch verminderte Lohnzahlungen – und leitet daraus die Anwendung des Gleichstellungsgesetzes ab. Es ist zu prüfen, ob die klägerischen Ansprüche als Ansprüche nach dem Gleichstellungsgesetz zu qualifizieren sind.

(...)

3.1 Zunächst stellt sich die Frage, auf welcher Behauptungsgrundlage das anwendbare Verfahren zu bestimmen ist. Die Klägerin macht geltend, bei der Prüfung des anwendbaren Verfahrens handle es sich um eine doppelrelevante Tatsache, weshalb das angerufene Gericht für die Bestimmung der Zuständigkeit und damit auch des Verfahrens auf die Behauptungen der Klägerin abzustellen habe.

3.1.1 Ob und inwieweit das Gleichstellungsgesetz Grundlage für die geltend gemachten Ansprüche bildet, ist bei der materiellrechtlichen Prüfung zu entscheiden. Allerdings hängt davon – wie oben dargelegt – auch die Eintretensfrage ab. Es handelt sich dabei um eine doppelrelevante Tatsache. Über eine solche ist in der Regel nicht im Rahmen der Eintretensfrage, sondern des Sachentscheids zu befinden. Dabei genügt es für die Anerkennung der Eintretensfrage, wenn die vorgebrachten Tatsachen, welche sowohl für die Zulässigkeit der Klage als auch für deren materiellrechtliche Begründetheit erheblich (doppelrelevant) sind, mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit vorliegen (vgl. BGE 145 II 153 E. 1.4).

Nach einem allgemeinen prozessualen Grundsatz ist bei der Beurteilung der Zuständigkeit im Falle von sog. doppelrelevanten Tatsachen primär auf den eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abzustellen. Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts hängt von der gestellten Frage ab und nicht von deren Beantwortung, die im Rahmen der materiellen Prüfung zu erfolgen hat. Die vom Kläger behaupteten Tatsachen, die sowohl für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch für die Begründetheit der Klage erheblich sind (sog. doppelrelevante Tatsachen), sind für die Beurteilung der Zuständigkeit als wahr zu unterstellen. Sie werden erst im Rahmen der materiellrechtlichen Prüfung des eingeklagten Anspruchs untersucht; diesbezügliche Einwände der Gegenpartei sind im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung unbeachtlich. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, dass der klägerische Tatsachenvortrag auf Anhieb fadenscheinig oder inkohärent erscheint und durch die Klageantwort sowie die von der Gegenseite produzierten Dokumente unmittelbar und eindeutig widerlegt werden kann (BGE 137 III 32 E. 2.3).

In Bezug auf die rechtliche Würdigung der klägerischen Vorbringen ist das Gericht aber nicht an die Auffassung des Klägers gebunden. Hängt die Zuständigkeit davon ab, ob Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsgebiet geltend gemacht werden, ist im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung von Amtes wegen abzuklären, ob solche ausgeschlossen sind. Ist dies zu bejahen, kann auf die Klage nicht eingetreten wer-

den (vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 4A_461/2010 vom 22. November 2010 E. 2.2). Die Theorie der doppelrelevanten Tatsachen kann nicht dazu dienen, eine Zuständigkeit zu konstruieren (Urteil des Obergerichts Zug Z2 2016 34 vom 9. November 2016 E. 2.4).

3.1.2 Mithin ist im Rahmen der Eintretensprüfung bzw. der Prüfung des anwendbaren Verfahrens immerhin abzuklären, ob sich die klägerischen Ansprüche mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf das Gleichstellungsgesetz abstützen lassen können und diese Anspruchsgrundlage nicht bloss konstruiert wurde, um ein kostenloses Verfahren führen zu können.

3.2 Gemäss dem im Gleichstellungsgesetz vorgesehenen Diskriminierungsverbot dürfen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden, namentlich nicht unter Berufung auf den Zivilstand, auf die familiäre Situation oder, bei Arbeitnehmerinnen, auf eine Schwangerschaft (Art. 3 Abs. 1 GlG). Das Verbot gilt insbesondere für die Anstellung, Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung (Art. 3 Abs. 2 GlG). Eine Diskriminierung gilt als direkt, wenn sie sich ausdrücklich auf die Geschlechtszugehörigkeit oder auf ein Kriterium stützt, das nur von einem der beiden Geschlechter erfüllt werden kann (Urteil des Bundesgerichts 4A_395/2010 vom 25. Oktober 2010 E. 5.1; Botschaft zum Gleichstellungsgesetz, in: BBl 1993 I 1295). Bei der Anknüpfung an die Schwangerschaft (oder an die Mutterschaft) handelt es sich um direkte Diskriminierung (Freivogel, in: Kaufmann/Steiger-Sackmann, [Hrsg.], Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. A. 2009, Art. 3 GlG N 18). Indirekt ist eine Diskriminierung dagegen, wenn sie sich nicht direkt auf die Geschlechtszugehörigkeit stützt, aber das eine Geschlecht gegenüber dem anderen erheblich benachteiligt (BGE 138 I 205 E. 5.5; 125 I 71 E. 2a; Urteil des Bundesgerichts 8C_1006/2012 vom 10. April 2013 E. 5.2).

Die gesetzwidrige Diskriminierung wird vermutet, wenn aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für sie spricht, ohne dass die Möglichkeit bereits auszuschliessen wäre, dass eine solche letztlich doch nicht besteht. Ist die Diskriminierung in diesem Sinn glaubhaft gemacht, hat die Gegenpartei nachzuweisen, dass keine solche vorliegt. Kann sie dies nicht, gilt die geschlechtsspezifische Benachteiligung als erstellt (Beweislasterleichterung nach Art. 6 GlG; Urteil des Bundesgerichts 8C_598/2019 vom 21. Januar 2020 E. 5.4).

3.3 Mit Rechtsbegehren 1 macht die Klägerin eine Forderung aus Arbeitsvertrag im Betrag von CHF 19'000.– geltend, welche sie zugleich aus Art. 3 GlG ableitet (ausstehender Bonus 2018). Sie begründet dies damit, dass die Beklagte die vollständige Zahlung des vereinbarten Bonus unter Hinweis auf die schwanger- und mutterschaftsbedingte Abwesenheit der Klägerin im Jahr 2018 verweigert habe. Damit habe sie die Klägerin diskriminiert. Die Beklagte bestreitet den Anspruch der

Klägerin auf den Bonus 2018, räumt aber ein, dass für die Beurteilung der effektiv erbrachten Leistungen der Klägerin u.a. auch die Absenzen der Klägerin im Jahr 2018 berücksichtigt worden seien. Damit ist ein Zusammenhang zwischen der Höhe des Jahresbonus 2018 und der Schwangerschaft/Mutterschaft der Klägerin glaubhaft gemacht, und eine Berufung auf das GIG für diese Bonusforderung erscheint zumindest nicht als fadenscheinig.

3.4 Mit Rechtsbegehren 2 verlangt die Klägerin die Restzahlung eines Cadmium-Bonus in der Höhe von CHF 78'000.-, welche sie auf eine angeblich bestehende Bonusvereinbarung stützt (. . .).

3.4.1 Die Klägerin begründet ihren Bonusanspruch mit Vereinbarungen zwischen ihr und E.. Sie konnte aber nicht glaubhaft machen, dass ein solcher Bonus zwischen ihr und der Beklagten vereinbart war (. . .).

3.4.2 Mit Bezug auf die vorliegend relevante Frage, ob es sich bei dieser Bonusforderung um eine Forderung nach dem Gleichstellungsgesetz handelt, ist festzuhalten, dass die Klägerin nicht glaubhaft machen konnte, dass die Vorenthaltung dieses (nicht vereinbarten) Bonus etwas mit ihrer Mutterschaft zu tun hatte. Der Umstand ihrer Schwangerschaft/Mutterschaft ist für die Beurteilung dieses Anspruchs von keiner Relevanz. Bei der Beurteilung stellt sich nicht die Frage der Geschlechterdiskriminierung, sondern bloss die rein vertrags-/arbeitsrechtliche Frage, ob ein solcher Bonus vereinbart wurde oder nicht, was nichts mit dem Geschlecht zu tun hat. Es ist keine Ungleichbehandlung, die auf dem Geschlecht beruht, ersichtlich. Daran ändert sich nichts, nur weil die Klägerin im Zeitpunkt der Vertragsverhandlungen schwanger war. Wenn dem so wäre, könnten schwangere Mitarbeiterinnen stets während der Schwangerschaft irgendwelche neuen, im Arbeitsvertrag nicht vorgesehene Forderungen und Vertragsänderungswünsche vorbringen und sich im Nachhinein, wenn der Arbeitgeber nicht auf diese Forderungen eingeht, auf eine Verletzung des Gleichstellungsgesetzes berufen. Dies ist nicht mit dem Zweck der zivilprozessualen Privilegierung von Forderungen gemäss Gleichstellungsgesetz vereinbar, wonach die sozial schwachen Personen begünstigt werden sollten. Wenn kein Anspruch besteht, kann es auch keine diskriminierende Kürzung oder Vorenthaltung geben. Dies gilt im Besonderen für die vorliegende Konstellation, wo bereits zu Beginn der Verhandlungen um den Cadmium-Bonus bekannt war, dass die Klägerin schwanger war. Die Klägerin macht denn auch nicht geltend, dass ihr zunächst – vor Kenntnis der Schwangerschaft – etwas versprochen worden war, was ihr später vorenthalten wurde. Ebenso wenig macht sie geltend, dass sie schlechter behandelt worden wäre als ihre männlichen Arbeitskollegen. Aus der Korrespondenz geht vielmehr hervor, dass es die Klägerin war, die während ihrer Schwangerschaft neue Forderungen stellte und zugleich die Entwürfe der gewünschten Vertragsanpassungen erstellte. Ihre Änderungswünsche umfassten auch den neuen, arbeitsvertraglich nicht vorgesehenen Cadmium-Bonus. Dass darüber letztendlich keine Vereinbarung

zustande gekommen ist, lässt sich aber bei dieser Sachlage nicht mit dem Gleichstellungsgesetz begründen. Die Klägerin kann nicht einen nicht vereinbarten Anspruch unter dem Deckmantel der Geschlechterdiskriminierung konstruieren, um vom kostenlosen Verfahren zu profitieren. Ein solches Vorgehen verdient keinen Rechtsschutz. Mithin handelt es sich beim Cadmium-Bonus nicht um eine Streitigkeit nach dem Gleichstellungsgesetz.

3.5 Mit Rechtsbegehren 3 verlangt die Klägerin die Zahlung einer Lohnerhöhung rückwirkend ab 1. April 2018, was eine Forderung von CHF 14'787.- ergibt. Zur Begründung führt sie aus, dass die Lohnerhöhung ursprünglich per 1. April 2018 vorgesehen gewesen und dann einzig mit dem Argument aufgeschoben worden sei, die Klägerin sei schwanger und infolgedessen eine längere Zeit von der Arbeit abwesend. Die Beklagte habe ihren Entscheid, die Lohnerhöhung aufzuschieben, somit einzig mit dem Umstand der schwanger- und mutterschaftsbedingten Abwesenheit der Klägerin begründet, was eine Diskriminierung darstelle. Wäre die Klägerin nicht schwanger gewesen, hätte sie die Lohnerhöhung per 1. April 2018 erhalten. Eine Lohndiskriminierung durch aufgeschobene Lohnerhöhung sei zumindest glaubhaft gemacht (. ..).

3.5.1 Gemäss Addendum no. 3 zum Arbeitsvertrag vom 11. Juli 2018 war zwischen den Parteien vereinbart, dass die Klägerin ab 1. Januar 2019 einen Lohn von monatlich CHF 13'000.- brutto erhält. Eine Vereinbarung, wonach die Lohnerhöhung ursprünglich bereits rückwirkend ab 1. April 2018 vorgesehen gewesen war, konnte die Klägerin nicht glaubhaft machen. Abgesehen davon, dass aus der Korrespondenz zwischen der Klägerin und E. keine verbindliche rückwirkende Vereinbarung einer Lohnerhöhung per 1. April 2018 hervorgeht, ist zu wiederholen, dass es E. ohnehin an der Vertretungsmacht für die Beklagte fehlte. Gegen die Version der Klägerin spricht zudem der Umstand, dass die Parteien mit Addendum no. 1 zum Arbeitsvertrag bereits am 14. März 2018 eine Lohnerhöhung auf monatlich CHF 11'357.00 brutto ab 1. März 2018 vereinbarten. Dass die Parteien schon einen Monat später den Lohn der Klägerin wieder erhöhen wollten, ist wenig wahrscheinlich. Vielmehr geht aus Addendum no. 3 klar hervor, dass eine Lohnerhöhung ab 1. Januar 2019 vereinbart war. Ein Anspruch auf eine rückwirkende Lohnerhöhung ab 1. April 2018 ist nicht glaubhaft gemacht.

3.5.2 Auch bei dieser Forderung um rückwirkende Lohnerhöhung handelt es sich nicht um eine Forderung nach dem Gleichstellungsgesetz. Der Umstand der Schwangerschaft/Mutterschaft der Klägerin ist für die Beurteilung dieses Anspruchs von keiner Relevanz. Bei der Beurteilung stellt sich nicht die Frage der Geschlechterdiskriminierung, sondern bloss die rein vertrags-/arbeitsrechtliche Frage, ob eine rückwirkende Lohnerhöhung vereinbart wurde oder nicht. Die Klägerin stellte ihre Forderungen auf eine rückwirkende Lohnerhöhung ab April 2018 zu einem Zeitpunkt als ihre Schwangerschaft allen bekannt war. Aus den folgenden Vertragsverhandlungen

gen ging die Vereinbarung gemäss Addendum no. 3 vom 11. Juli 2018 hervor. Eine diskriminierende Vorenthaltung einer rückwirkenden Lohnerhöhung ist nicht ersichtlich (. . .). Wiederum versucht die Klägerin aus dem Umstand, dass sie im Juli 2018 Mutter wurde, einen Anspruch aus dem Gleichstellungsgesetz zu konstruieren, was keinen Schutz verdient.

3.6 Mit Rechtsbegehren 4 (Austrittsbonus) verlangt die Klägerin die anteilige Zahlung des Bonus für das Austrittsjahr 2019 in Höhe von CHF 22'750.-. Die Beklagte habe die Auszahlung des Bonus verweigert, ohne dies zu begründen. Die Klägerin vermute, dass die Verweigerung auch im Zusammenhang mit ihrer Mutterschaft gestanden sei, da sie keine Anhaltspunkte für einen anderen Grund sehe (. . .).

Beim Jahresbonus handelt es sich unbestrittenermassen um eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR. Dass der Klägerin ein pro rata Bonus versprochen worden wäre, macht sie nicht glaubhaft. Insbesondere ist aber nicht ersichtlich und wird von der Klägerin auch nicht substantiiert, welchen Zusammenhang diese Forderung mit ihrer Mutterschaft/Schwangerschaft haben sollte, war sie doch im Jahr 2018 und nicht im für den Bonus massgebenden Jahr 2019 abwesend. Eine geschlechterbedingte Diskriminierung der Klägerin ist nicht erkennbar. Mithin lässt sich diese Forderung ebenfalls nicht auf das Gleichstellungsgesetz abstützen.

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich von den klägerischen Forderungen in der Höhe von insgesamt CHF 134'537.- bloss die eine Forderung von CHF 19'000.- (Rechtsbegehren 1) nach Treu und Glauben auf das Gleichstellungsgesetz stützen lässt. Im Ergebnis handelt es sich bei den klägerischen Begehren um eine Klagenhäufung, mit welcher rein arbeitsvertragliche Ansprüche mit einem Streitwert von insgesamt über CHF 30'000.- (Rechtsbegehren 2-4) zusammen mit einem Anspruch nach dem Gleichstellungsgesetz (Rechtsbegehren 1) geltend gemacht wird. Damit bezieht sich die Klage nicht in grundlegender Weise auf eine nach dem Gleichstellungsgesetz verbotene Diskriminierung, und die Forderung, welche in den Anwendungsbereich des Gleichstellungsgesetzes fällt, macht bloss 14% der gesamten Streitsumme aus. Bei den übrigen Begehren schob die Klägerin zu Unrecht das Gleichstellungsgesetz als Anspruchsgrundlage vor. Mithin rechtfertigt sich nicht, dass die Klägerin gestützt auf Art. 243 Abs. 2 lit. a ZPO im Umfang des gesamten Betrags von CHF 134'537.- im vereinfachten Verfahren prozessieren kann, ohne dass Gerichtskosten anfallen. Vielmehr ist auf die vorliegende Streitigkeit insgesamt das ordentliche Verfahren anzuwenden (vgl. E. 2.3).

Die Prozessvoraussetzungen für ein vereinfachtes Verfahren vor dem Einzelrichter liegen somit nicht vor, weil sich die Rechtsauffassung der Klägerin nicht durchsetzt, ihre Klage stütze sich auf das Gleichstellungsgesetz. Eine Überweisung an den zuständigen Spruchkörper ist nicht angebracht, da die Klägerin bewusst das vereinfachte Verfahren gewählt hat (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_332/2015

vom 10. Februar 2016 E. 4.2). Hinzu kommt, dass die Klägerin für das ordentliche Verfahren das Schlichtungsverfahren zu durchlaufen hätte. Mithin ist auf die Klage insgesamt nicht einzutreten.

5. Abschliessend ist über die Prozesskosten zu befinden. Gemäss Art. 114 lit. a ZPO werden bei Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz keine Gerichtskosten gesprochen. Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, stützt sich die vorliegende Klage bloss in geringem Umfang (CHF 19'000.00) auf das Gleichstellungsgesetz. Der Streitwert der nicht gleichstellungsrechtlichen Ansprüche beträgt CHF 115'537.-, und die Ansprüche wären demnach im kostenpflichtigen ordentlichen Verfahren einzuklagen. Es rechtfertigt sich daher, der Klägerin als unterliegender Partei (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO) gestützt auf einen Streitwert von CHF 115'537.- Gerichtskosten aufzuerlegen (Entscheidgebür von CHF 4'000.- gemäss § 11 Abs. 1 i.V.m. § 14 Abs. 2 KoV OG).

Sodann wird die Klägerin entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). (. . .).

Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug EV 2020 15 vom 15. März 2021

III. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

1. Vollstreckungsrecht

1.1 Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG

Regeste:

Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG. – Das Gesuch um Nichtbekanntgabe einer Betreuung an Dritte kann während der gesamten fünfjährigen Frist von Art. 8a Abs. 4 SchKG, mithin auch nach Ablauf der Jahresfrist von Art. 88 Abs. 2 SchKG, gestellt werden.

Aus dem Sachverhalt:

1. Am 1. Februar 2019 leitete die A. AG beim Betreibungsamt X. gegen die B. AG eine Betreuung für eine Forderung von CHF 256'500.- ein (Nr. . . .). Gleichentags leitete auch die C. SA gegen die B. AG beim Betreibungsamt X. eine Betreuung für eine Forderung von CHF 421'347.- ein (Nr. . . .).

2. Die B. AG verlegte am 1. Februar 2019 ihren Sitz von X. nach Y. Das Betreibungsamt X. konnte daher die Zahlungsbefehle in den Betreibungen Nrn. . . . und . . . nicht zustellen.

3. Mit Schreiben vom 18. November 2020 ersuchte die B. AG das Betreibungsamt X., die Betreibungsregistereinträge in den Betreibungen Nrn. . . . und . . . gestützt

auf Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG ab sofort Dritten nicht mehr bekannt zu geben. Mit Verfügung vom 23. November 2020 wies das Betreibungsamt X. das Gesuch um Nichtbekanntgabe einer Betreibung an Dritte ab.

4. Dagegen liess die B. AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 26. November 2020 Beschwerde bei der II. Beschwerdeabteilung des Obergerichts Zug als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs einreichen und folgende Anträge stellen:

1. Es sei die Verfügung des Betreibungsamtes X. vom 23. November 2020 aufzuheben und das Betreibungsamt X. anzuweisen, die Betreibungen Nrn. . . . und . . . vom 1. Februar 2019 Dritten nicht mehr bekannt zu geben.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse.

5. In der Beschwerdeantwort vom 3. Dezember 2020 beantragte das Betreibungsamt X. sinngemäss die Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen

1. Die Beschwerdeführerin bringt vor, laut Ziff. 5 der Weisung der Dienststelle Oberaufsicht für Schuldbetreibung und Konkurs Nr. 5 des Bundesamtes für Justiz (neuer Art. 8a Abs. 3 Bst. d SchKG) vom 18. Oktober 2018 sei das Gesuch um Nichtbekanntgabe eines Betreibungsregistereintrages auch nach Ablauf der Einjahresfrist gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG zulässig. Setze der Gläubiger nach Ablauf der Einjahresfrist die Betreibung nicht fort, gelte sie als unbegründet und dürfe Dritten nicht mehr bekannt gegeben werden. Eine Fristansetzung an den Gläubiger gemäss Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG müsse vorliegend nicht erfolgen, da der Gläubiger erloschene Betreibungen in keinem Fall fortsetzen könne; eine Fristansetzung wäre daher sinnlos.

2. Das Betreibungsamt hält dem entgegen, die Beschwerdeführerin habe vom 26. Februar 2014 bis zum 11. Februar 2020 ihren Hauptsitz an der . . . in X. gehabt. Im Betreibungsregisterauszug seien sämtliche Betreibungen, welche während diesem Zeitraum eingegangen seien, aufzuführen, ausser (1) die Betreibung sei nichtig oder aufgrund einer Beschwerde oder eines gerichtlichen Entscheides aufgehoben, (2) der Schuldner habe mit einer Rückforderungsklage obsiegt oder (3) der Gläubiger habe die Betreibung zurückgezogen. Diese Voraussetzungen seien vorliegend nicht erfüllt.

3. Gemäss Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG geben Ämter Dritten von einer Betreibung keine Kenntnis, wenn der Schuldner nach Ablauf einer Frist von drei Monaten seit der Zustellung des Zahlungsbefehls ein entsprechendes Gesuch gestellt hat, sofern

der Gläubiger nach Ablauf einer vom Betreibungsamt angesetzten Frist von 20 Tagen den Nachweis nicht erbringt, dass rechtzeitig ein Verfahren zur Beseitigung des Rechtsvorschlages (Art. 79-84 SchKG) eingeleitet wurde.

3.1 Zunächst ist zu prüfen, ob das Betreibungsamt X. für die Beurteilung des Gesuchs um Nichtbekanntgabe einer Betreuung an Dritte zuständig war, konnten doch in den fraglichen Betreibungen Nrn. ... und ... keine Zahlungsbefehle zugestellt werden.

3.1.1 Zuständig für das Gesuch um Nichtbekanntgabe einer Betreuung an Dritte ist dasjenige Betreibungsamt, bei welchem die beanstandete Betreuung eingereicht worden ist bzw. welches den Zahlungsbefehl ausgestellt hat. Ein unzuständiges Amt hat ein Gesuch um Nichtbekanntgabe gemäss Art. 32 Abs. 2 SchKG an das zuständige Amt zu überweisen (vgl. Weisung der Dienststelle Oberaufsicht für Schuldbetreibung und Konkurs Nr. 5 [neuer Art. 8a Abs. 3 Bst. d SchKG] des Bundesamtes für Justiz vom 18. Oktober 2018, S. 2 Ziff. 4; Rodriguez/Gubler, Die Abwehr von Betreibungsregistereinträgen ab dem 1. Januar 2019, in: ZBJV 2019 S. 24).

3.1.2 Das Betreibungsamt X. stellte in den Betreibungen Nrn. ... und ... zwar die Zahlungsbefehle aus, konnte diese aber nicht zustellen, da die Beschwerdeführerin am 1. Februar 2019 ihren Sitz von X. nach Y. verlegte. Gleichwohl war das Betreibungsamt X. zuständig für die Beurteilung des Gesuchs um Nichtbekanntgabe einer Betreuung an Dritte, da die fraglichen Betreibungen beim Amt eingereicht wurden und es die entsprechenden Zahlungsbefehle ausgestellt hat.

3.2 Weiter ist zu prüfen, ob das Gesuch um Nichtbekanntgabe einer Betreuung an Dritte auch nach Ablauf der Jahresfrist von Art. 88 Abs. 2 SchKG gestellt werden kann, um zu verhindern, dass diese bis zu fünf Jahre lang (Art. 8a Abs. 4 SchKG) im Register erscheint.

3.2.1 Laut Ziff. 5 der Weisung der Dienststelle Oberaufsicht für Schuldbetreibung und Konkurs Nr. 5 (neuer Art. 8a Abs. 3 Bst. d SchKG) des Bundesamtes für Justiz vom 18. Oktober 2018 ist auf ein Gesuch, das eine Betreuung betrifft, die vor mehr als fünf Jahren eingeleitet wurde und folglich nicht mehr im Betreibungsregisterauszug für Dritte einsehbar ist, mangels Rechtsschutzinteresse nicht einzutreten. Zur Frage, ob es dem Betriebenen möglich sein soll, nach Ablauf der Jahresfrist von Art. 88 Abs. 2 SchKG noch ein Gesuch um Nichtbekanntgabe der Betreuung zu stellen, äussert sich die Weisung nicht explizit.

3.2.2 Nach Rodriguez/Gubler überwiegen die Gründe, das Gesuch um Nichtbekanntgabe einer Betreuung an Dritte während der gesamten fünfjährigen Frist von Art. 8a Abs. 4 SchKG zuzulassen. Ein Gläubiger, der es unterlassen habe, rechtzeitig gegen den Rechtsvorschlag vorzugehen, gebe zu erkennen, dass die Betreuung

wahrscheinlich unbegründet sei. Dies entspreche der Idee des Gesetzgebers: Wo eine Betreuung nicht fortgesetzt werde, gelte sie im Sinne der Revision als unbegründet. Sei die Betreuung gerechtfertigt gewesen, so müsse der Gläubiger zur Durchsetzung seiner Forderung ohnehin eine neue Betreuung anheben und den Rechtsvorschlag (diesmal) innert der Frist von Art. 88 Abs. 2 SchKG beseitigen lassen. Tue er dies, so erscheine diese Betreuung (die ja dieselbe Forderung betreffe) definitiv im Betreibungsregisterauszug (Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG). Hinzu komme, dass auch aus intertemporal-rechtlichen Gründen nicht auf die Frist von Art. 88 Abs. 2 SchKG abgestellt werden sollte; ansonsten müssten sich vor dem 1. Januar 2019 (zu Unrecht) betriebene Personen noch bis zu vier Jahre mit alten Einträgen plagen (Rodriguez/Gubler, a.a.O., S. 24).

3.2.3 Auch Bernauer (Der neue Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG in der Praxis, in: AJP 7/2019, S. 699) vertritt die Ansicht, dass ein Gesuch um Nichtbekanntgabe einer Betreuung an Dritte auch nach dahingefallener Betreuung, d.h. nach Ablauf der Frist für das Fortsetzungsbegehren gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG, erlaubt sein sollte. Erstens handle ein Gläubiger, der sich nicht rasch nach Erhebung eines Rechtsvorschlags an den Richter wende, nach Auffassung des Gesetzgebers gegen Treu und Glauben. Nachdem er sich an einer Vollstreckung nicht interessiert gezeigt habe, sei ein allfälliges Interesse des Gläubigers an der weiteren Bekanntgabe des Eintrags im Betreibungsregister aber von vornherein in Frage gestellt. Zweitens tangiere das Gesuch um Nichtbekanntgabe einer Betreuung ohnehin nicht in erster Linie die Interessen des Gläubigers, dessen Betreuung nicht mehr bekanntgegeben werde, sondern die Interessen der Öffentlichkeit resp. potentieller Gläubiger an einem aussagekräftigen Betreibungsregister. Diese Interessen seien vom Gesetzgeber bei der Schaffung von Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG berücksichtigt worden. Drittens sei es keineswegs so, dass der Gläubiger gar nicht mehr reagieren könne. Abgesehen davon, dass er seine Forderung unabhängig von der Betreuung mittels Anerkennungsklage geltend machen könnte, könne der Gläubiger vielmehr grundsätzlich jederzeit erneut die Betreuung einleiten. Ein Interesse daran, dass auch die ursprüngliche, inzwischen dahingefallene Betreuung weiterhin im Register erscheine – mithin zwei Einträge betreffend dieselbe Forderung bestünden –, sei nicht ersichtlich.

3.2.4 Demgegenüber soll es nach Brönnimann (Verstärkter Schutz vor ungerechtfertigten Betreibungen und ihren Auswirkungen – Zu den Änderungen von Art. 8a, Art. 73 und Art. 85a SchKG, in: Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche, 2018, S. 414 f.) dem Betriebenen nicht möglich sein, nach Ablauf der Jahresfrist von Art. 88 Abs. 2 SchKG ein Gesuch um Nichtbekanntgabe zu stellen. Der Gläubiger könne nach Ablauf der Jahresfrist gar nicht mehr reagieren. Daher sei ein Vorgehen nach Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG nach dahingefallener Betreuung nicht geeignet, die gerechtfertigten von den ungerechtfertigten Betreibungen zu unterscheiden.

3.2.5 Das Bundesgericht hat die Frage, ob der Betriebene nach Ablauf der Jahresfrist von Art. 88 Abs. 2 SchKG, welche die Gültigkeit des Zahlungsbefehls begrenzt und nach deren Ablauf der Gläubiger nicht mehr tätig werden kann (sondern ohnehin eine neue Betreuung anheben müsste), ein Gesuch um Nichtbekanntgabe der Betreuung stellen kann, damit diese nicht weiter – bis zu fünf Jahren (Art. 8a Abs. 4 SchKG) – im Register erscheine, bisher nicht erörtert (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_656/2019 vom 22. Juni 2020 E. 3.5).

3.2.6 Insgesamt überwiegen die Gründe, die für die Zulassung des Gesuchs um Nichtbekanntgabe einer Betreuung an Dritte während der gesamten fünfjährigen Frist von Art. 8a Abs. 4 SchKG sprechen. Es besteht ein Rechtsschutzinteresse an der Behandlung von Gesuchen um Nichtbekanntgabe einer Betreuung an Dritte während der gesamten fünfjährigen Frist von Art. 8a Abs. 4 SchKG. Setzt der Gläubiger eine Betreuung innert der Frist von Art. 88 Abs. 2 SchKG nicht fort oder kann er – wie vorliegend – eine Betreuung gar nicht fortsetzen, war die Betreuung wahrscheinlich unbegründet. Für solche unbegründeten Betreibungen schuf der Gesetzgeber die Möglichkeit, nach Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG vorzugehen. Dementsprechend hat das Betreibungsamt X. das Gesuch um Nichtbekanntgabe einer Betreuung an Dritte zu Unrecht abgewiesen.

4. In Gutheissung der Beschwerde ist demnach die Verfügung des Betreibungsamtes X. vom 23. November 2020 in den Betreibungen Nrn. . . . und . . . aufzuheben. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Nichtbekanntgabe der Betreibungen Nrn. . . . und . . . ist gutzuheissen und das Betreibungsamt X. anzuweisen, diese Betreibungen Dritten nicht bekanntzugeben.

Das Verfahren vor der kantonalen Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs ist kostenlos (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG). Parteientschädigungen sind nicht auszurichten (Art. 62 Abs. 2 GebV SchKG).

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, Urteil vom 4. März 2021 (BA 2020 42)

IV. Strafrecht

1. Materielles Strafrecht

1.1 Art. 23 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b und d UWG, Art. 31 StGB

Regeste:

Art. 23 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b und d UWG, Art. 31 StGB – Natur eines UWG-Delikt; Dauer – oder Zustandsdelikt

Aus den Erwägungen:

2.2.1 Der Beschuldigte lässt weiter einwenden, der Strafantrag sei verspätet. Bei den Delikten, für welche der Beschuldigte von der Vorinstanz schuldig gesprochen worden sei, handle es sich entgegen deren Auffassung nicht um Dauerdelikte, bei denen die Frist zur Stellung des Strafantrages erst mit ihrer Beendigung zu laufen beginne. Vielmehr seien dies sogenannte Zustandsdelikte. Das tatbestandsmässige Verhalten bestehe alleine in der Aufschaltung von Webseiten mit unlauterem Inhalt. Das blosses «Aufgeschaltet lassen» dieser Webseiten erfülle für sich alleine die strafrechtlichen Tatbestände gemäss UWG hingegen nicht. Es gebe eine strafbewehrte Verpflichtung, einen UWG-Verstoss nicht zu begehen bzw. einen unlauteren Zustand nicht zu schaffen, hingegen keine ausreichend konkret strafbewehrte Verpflichtung, einen solchen nicht aufrecht zu erhalten bzw. zu beseitigen. Eine durch eine Webseite verursachte unlautere Irreführung oder Verwechslungsgefahr werde mit der Aufschaltung dieser Webseite begangen und sogleich vollendet. Nach der Aufschaltung werde ein womöglich rechtswidriger Zustand bloss aufrechterhalten, aber nicht neu begangen. Daran ändere nichts, dass das Bundesgericht die Rechtsfigur der verjährungsrechtlichen Einheit aufgegeben habe; es gehe vorliegend nicht darum, ob verschiedene aufeinanderfolgende Delikte in einer verjährungsrechtlichen Einheit zusammengefasst werden müssten, sondern nur darum, wann das von den Strafbestimmungen erfasste Verhalten beendet war. Ein Dauerdelikt könne auch nicht konstruiert werden mit der Behauptung, der Beschuldigte habe Anpassungen oder Änderungen an der Webseite vorgenommen, zumal keine Aufschaltung von neuen Elementen behauptet werde.

Das SECO beschreibe im Strafantrag, es habe bereits im Jahr 2013 Kenntnis von den vorliegend zu beurteilenden Taten gehabt. Es habe die X. GmbH am 12. September 2013 hinsichtlich exakt derjenigen Sachverhalte abgemahnt, die Gegenstand der Anklage bilden würden. Die Strafantragsfrist sei daher spätestens im Dezember 2013 abgelaufen.

2.2.2 Das Strafantragsrecht erlischt nach Ablauf von drei Monaten; die Strafantragsfrist beginnt mit dem Tag, an welchem der antragsberechtigten Person der Täter bekannt wird (Art. 31 StGB). Dies setzt begrifflich die Kenntnis der Tat voraus, sodass zur Fristauslösung Kenntnis von Tat und Täter erforderlich ist (Riedo, Basler Kommentar, 4. A. 2019, Art. 31 StGB N 6 m.H.). Der Täter muss nicht namentlich bekannt, jedoch individualisierbar sein, etwa anhand einer bestimmten Funktion (Riedo, a.a.O., Art. 31 StGB N 27). Bekannt im Sinne von Art. 31 StGB ist der Täter nicht schon, wenn der Verletzte gegen eine bestimmte Person einen Verdacht hegt. Erforderlich ist vielmehr eine sichere, zuverlässige Kenntnis, die ein Vorgehen gegen den Täter als aussichtsreich erscheinen lässt und die antragsberechtigte Person gleichzeitig davor schützt, wegen falscher Anschuldigung oder übler Nachrede belangt zu werden (BGE 126 IV 131 E. 2a). Die berechtigte Person ist nicht verpflich-

tet, nach dem Täter zu forschen, und das blosses Kennenmüssen des Täters oder ein blosser Verdacht löst die Antragsfrist nicht aus. Im Falle von Mittäterschaft genügt jedoch die Kenntnis eines Mittäters (Urteil des Bundesgerichts 6B/1148/2013 vom 5. Dezember 2014 E. 2.2). Der Antragsberechtigte darf auch nicht zuwarten, bis er genügend Beweismittel in den Händen hält (Riedo, a.a.O., Art. 31 StGB N 28 m.H.).

2.2.3 Die Webseiten, auf denen der Beschuldigte die beanstandeten Äusserungen verbreitet haben soll, wurden unbestrittenermassen mehr als drei Monate vor Einreichung der Strafanzeige aufgeschaltet. Es ist auch erstellt, dass die Privatklägerin schon im Jahre 2013 Kenntnis vom Sachverhalt hatte und den Beschuldigten am 12. September 2013 abmahnte. Sollte die Auffassung des Beschuldigten zutreffen und sich ein allfälliges strafbares Verhalten im Aufschalten der Webseiten mit den strittigen Äusserungen erschöpfen, wäre der Strafantrag in der Tat verspätet und wäre das Verfahren einzustellen.

Indessen handelt es sich bei einer Widerhandlung gegen Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b, lit. c oder lit. d UWG entgegen der Auffassung des Beschuldigten nicht um ein sogenanntes Zustandsdelikt. Als Zustandsdelikte werden gemeinhin Taten bezeichnet, die einen rechtswidrigen Sachverhalt herstellen, der ohne weiteres Zutun des Täters anhält (Trechsel/Capus, Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxis-kommentar, Trechsel/Pieth [Hrsg.], 3.A. 2018, Art. 98 StGB N 6 m.H.). Als Schulbeispiel dient die Bigamie (Art. 215 StGB). Das Bundesgericht hat auch eine durch Publikation im Internet begangene üble Nachrede (Art. 173 StGB) als Zustandsdelikt bezeichnet und entsprechend festgestellt, dass die Verjährungsfrist mit der Publikation zu laufen beginnt (BGE 142 IV 18 = Pra 2016 Nr. 64). Dauerdelikte liegen demgegenüber gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung vor, «wenn die Begründung des rechtswidrigen Zustandes mit den Handlungen, die zu seiner Aufrechterhaltung vorgenommen werden, bzw. mit der Unterlassung seiner Aufhebung eine Einheit bildet und das auf Perpetuierung des deliktischen Erfolgs gerichtete Verhalten vom betreffenden Straftatbestand ausdrücklich oder sinngemäss mitumfasst wird. [. . .] Dauerdelikte sind mit anderen Worten dadurch gekennzeichnet, dass die zeitliche Fortdauer eines rechtswidrigen Zustandes oder Verhaltens noch tatbestandsmässiges Unrecht bildet» (BGE 131 IV 83 E. 2.1.2 m.H.; Trechsel/Capus, a.a.O., Art. 98 StGB N 5 m.H.).

Das UWG stellt die Beteiligung am wirtschaftlichen Wettbewerb mit unlauteren Mitteln unter Strafe. Wettbewerbshandlungen wie etwa das Aufhängen eines Plakates oder eben auch die Publikation einer bestimmten wettbewerbsrelevanten Äusserung im Internet lassen sich zwar auf einen bestimmten Zeitpunkt eingrenzen. Die Teilnahme am Wettbewerb ist aber stets auf Dauer ausgerichtet, und entsprechend dienen auch die Wettbewerbshandlungen dazu, sich auf Dauer in diesem Wettbewerb zu behaupten. Im Falle einer unlauteren bzw. strafbaren Wettbewerbshandlung ist diese mithin stets auf die Aufrechterhaltung des deliktischen Erfolgs gerichtet, d.h.

auf die dauerhafte Beteiligung am Wettbewerb mit unlauteren Mitteln. Solange der Wettbewerb besteht und die unlautere Äusserung in diesem Rahmen verbreitet wird, bleibt auch der Wettbewerb unlauter. Wollte man die Widerhandlung gegen das UWG als Zustandsdelikt begreifen, so müsste die Tatsache, dass der unlautere Wettbewerb besteht und nicht behoben wird, obwohl er behoben werden könnte, irrelevant bleiben. Dies kann nicht richtig sein, denn das Rechtsgut des lautereren Wettbewerbs muss dauerhaft respektiert werden. Die zeitliche Fortdauer des rechtswidrigen Zustandes bildet genauso tatbestandsmässiges Unrecht wie dessen Begründung. Mindestens sinngemäss ist das auf die Perpetuierung des deliktischen Erfolgs gerichtete Verhalten von den strafrechtlichen Tatbeständen gemäss Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b, lit. c und lit. d UWG mitumfasst. Damit übereinstimmend macht sich nicht nur strafbar, wer sich im Rahmen des wirtschaftlichen Wettbewerbs unlauter äussert, sondern auch derjenige, der in seiner Eigenschaft als Geschäftsherr eine bestehende unlautere Äusserung nicht beseitigt, selbst wenn diese nicht von ihm persönlich stammt (vgl. Art. 26 UWG i.V.m. Art. 6 Abs. 3 VStrR).

Aus dem Urteil des Bundesgerichts 6S.184/2003 lässt sich entgegen der Auffassung des Beschuldigten nichts Gegenteiliges herleiten. In dieser Entscheidung war die Frage der verjährungsrechtlichen Einheit mehrerer Widerhandlungen gegen das UWG zu entscheiden. Vorliegend geht es hingegen darum, ob die Publikation und die Beibehaltung einer (angenommen) unlauteren Äusserung im Internet den Schluss zulassen, dieses Verhalten sei auf die Perpetuierung des deliktischen Erfolgs ausgerichtet. Dies ist, wie gezeigt, der Fall. Ob die verschiedenen in casu dem Beschuldigten vorgeworfenen Widerhandlungen gegen das UWG untereinander eine verjährungsrechtliche Einheit bilden, ist dabei nicht von Belang bzw. eine andere Frage. Des Weiteren ist auch der erwähnte Entscheid BGE 142 IV 18 nicht einschlägig; die Tatsache der Publikation im Internet begründet für sich keine Gleichsetzung von so unterschiedlichen Tatbeständen wie Widerhandlungen gegen das UWG und Ehrverletzungsdelikten mit Bezug auf ihre Natur als Dauer- bzw. Zustandsdelikte. Die UWG-Widerhandlung ist, wie gezeigt und im Gegensatz zur ehrverletzenden Äusserung, auf einen andauernden deliktischen Erfolg ausgerichtet.

Hinzu kommt ein Weiteres: Wie ausgeführt, hängt die Klageberechtigung der Privatklägerin von einem öffentlichen Interesse ab, welches ab einer gewissen Anzahl von Beschwerden als tangiert gilt. Wollte man unlautere Wettbewerbshandlungen als Zustandsdelikte begreifen und entsprechend den Zeitpunkt der erstmaligen unlauteren Äusserung bzw. deren Kenntnisnahme durch die Privatklägerin als fristauslösend, so könnte regelmässig der Fall eintreten, dass im Zeitpunkt des Vorliegens des öffentlichen Interesses die Strafantragsfrist bereits abgelaufen ist. Auch dies spricht für die Qualifikation der hier strittigen Delikte als Dauerdelikte. Die Strafantragsfrist ist mithin entgegen der Auffassung des Beschuldigten gewahrt, nachdem die fraglichen Äusserungen im Zeitpunkt des Strafantrages unstrittig im Internet aufgeschaltet waren. Obergericht, Strafabteilung, Urteil vom 6. Oktober 2021 (S 2020 24)

V. Rechtspflege

1. Anwaltsrecht

1.1 Art. 12 lit. a und j BGFA

Regeste:

Art. 12 lit. a und j BGFA

Anwältinnen und Anwälte sind nach Art. 12 lit. j BGFA verpflichtet, der Aufsichtsbehörde jede Änderung der sie betreffenden Daten im Anwaltsregister mitzuteilen. Solche Mitteilungen müssten nach der Praxis der Aufsichtskommission innert angemessener Frist, d.h. in der Regel innert maximal drei Monaten erfolgen (E. 2-3).

Anwältinnen und Anwälte sind gestützt auf Art. 12 lit. a BGFA verpflichtet, der Aufsichtsbehörde Änderungen der Verhältnisse bekannt zu geben, die für die Frage der Unabhängigkeit von Bedeutung sein könnten. Dazu gehört insbesondere die Aufnahme einer unselbstständigen Tätigkeit nach der Eintragung ins Anwaltsregister (E. 4).

Aus den Erwägungen:

2. Nach Art. 12 lit. j BGFA sind die Anwältinnen und Anwälte verpflichtet, der Aufsichtsbehörde jede Änderung der sie betreffenden Daten im Anwaltsregister mitzuteilen. Solche Mitteilungen müssten nach der – dem Advokatenverein mit Schreiben vom 21. Juni 2005 bekannt gegebenen – Praxis der Aufsichtskommission innert angemessener Frist, d.h. in der Regel innert maximal drei Monaten erfolgen (vgl. ferner Fellmann, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz 2. A. 2011, Art. 12 BGFA N 174a). Nach § 2 Abs. 2 BeurkG darf Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Kantons und der Gemeinden die Ermächtigung zur öffentlichen Beurkundung nicht erteilt werden. Die Aufnahme einer solchen Tätigkeit durch im Anwaltsregister eingetragene Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte steht der Aufrechterhaltung der Ermächtigung zur öffentlichen Beurkundung somit entgegen. Demzufolge ist die Aufnahme einer Angestelltentätigkeit beim Kanton oder den Gemeinden durch registrierte Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte gestützt auf Art. 12 lit. j BGFA i.V.m. § 2 Abs. 2 BeurkG gegenüber der Aufsichtskommission meldepflichtig. Nur so kann sichergestellt werden, dass die erteilte Ermächtigung zur öffentlichen Beurkundung gelöscht und das Anwaltsregister, in welchem auch die Beurkundungsbefugnis¹ vermerkt ist, auf dem aktuellsten Stand gehalten werden kann.

¹<https://izug.zg.ch/web/behoerden/zivil-und-strafrechtspflege/aufsichtskommission-rechtsanwalte/anwaltsregister>

RA A.____ hat der Aufsichtskommission bis zum August 2021 keine Kenntnis davon gegeben, dass sie zwischen April 2016 und Dezember 2018 bei den Gemeinden X.____ und Y.____ als Urkundsperson in einem Pensum von je 100% angestellt gewesen ist. Mit der Nichtbekanntgabe ihrer Anstellungen bei den Gemeinden X.____ und Y.____ hat somit RA A.____ gegen Art. 12 lit. j BGFA verstossen.

3. Bei der Aufgabe der freiberuflichen Anwaltstätigkeit handelt es sich ebenfalls um eine gemäss Art. 12 lit. j BGFA meldepflichtige Tatsache (Beschluss der Aufsichtskommission AK 2019 1 vom 19. Oktober 2019 E. 1 mit Hinweis auf BBl. 1999, S. 6047 u. 6058; im selben Sinne bereits Zirkulationsbeschluss AK 2005/2 vom 20. Juni 2005, vgl. dazu Fellmann, a.a.O., Art. 12 BGFA N 174a FN 1043).

RA A.____ hat die Aufsichtskommission erst auf Aufforderung mit Schreiben vom 12. August 2021 darüber informiert, dass sie im Jahre 2019 ein Sabbatical eingelegt und damit die Tätigkeit als freiberufliche Rechtsanwältin eingestellt hat. Somit liegt auch in diesem Fall eine Verletzung von Art. 12 lit. j BGFA vor.

4. Die Anwältinnen und Anwälte sind nach Art. 12 lit. a BGFA verpflichtet, ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben. Die Anwältin bzw. der Anwalt ist nach Auffassung des Bundesgerichts gestützt auf Art. 12 lit. a BGFA verpflichtet, der Aufsichtsbehörde Änderungen der Verhältnisse bekannt zu geben, die für die Frage der Unabhängigkeit von Bedeutung sein könnten. Dazu gehört insbesondere die Aufnahme einer unselbstständigen Tätigkeit nach der Eintragung ins Anwaltsregister, da die Aufsichtsbehörde in einem solchen Fall zu prüfen hat, ob die von der Anwältin bzw. dem Anwalt getroffenen Massnahmen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügen, um für die Sicherung der Unabhängigkeit Gewähr zu bieten, oder ob der Eintrag im Anwaltsregister infolge fehlender institutioneller Unabhängigkeit gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA zu löschen ist (vgl. Fellmann, a.a.O., Art. 12 BGFA N 176 mit Hinweis auf BGE 130 II 87 E. 7).

RA A.____ hat die Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte erst im August 2021 über ihre von April 2016 bis Ende Dezember 2018 erfolgten Anstellungen bei den Gemeinden X.____ und Y.____ sowie über das seit Januar 2020 bestehende Anstellungsverhältnis in der Privatwirtschaft informiert. Zwar hat sich das Bundesgericht im zitierten Entscheid nicht dazu geäussert, innert welcher Frist die Anwältin bzw. der Anwalt gestützt auf Art. 12 lit. a BGFA verpflichtet ist, der Aufsichtsbehörde Änderungen der Verhältnisse bekannt zu geben, die für die Frage der Unabhängigkeit von Bedeutung sein könnten. Da die institutionelle Unabhängigkeit von herausragender Bedeutung ist und Voraussetzung für das Vertrauen in den Anwalt und in die Justiz bildet (BGE 130 II 87 E. 41), hat eine Meldung an die Aufsichtsbehörde ohne Zweifel zeitnah zu erfolgen. Eine zeitnahe Meldung hat RA A.____ aber offenkundig nicht gemacht, weshalb sie auch mehrfach gegen Art. 12 lit. a BGFA verstossen hat.

Aufsichtskommission über die Rechtsanwältinnen, 24. November 2021 (AK 2021 9)

1.2 § 10b und § 13 BeurkG

Regeste:

§ 10b und § 13 BeurkG – Die Urkundsperson ist verpflichtet, sich über die Handlungsfähigkeit einer Urkundspartei zu vergewissern, wenn sie diesbezüglich Zweifel hat. Beurkundet die Urkundsperson das Geschäft gleichwohl, ohne zumindest in der Urkunde auf diesen Umstand hinzuweisen, handelt sie sorgfaltswidrig (E. 2-8).

Die Verletzung dieser Sorgfaltspflicht stellt einen gravierenden Verstoss dar (E. 9).

Aus den Erwägungen:

2. Die Kantone bestimmen, in welcher Weise auf ihrem Gebiete die öffentliche Beurkundung hergestellt wird (Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB). Der Kanton Zug hat in Ausführung dieser Bestimmung das Beurkundungsgesetz (BeurkG) erlassen.

2.1 Gemäss § 10b Abs. 1 BeurkG hat die Urkundsperson die Beurkundung mit Sorgfalt vorzubereiten und auszuführen. Sie darf nur beurkunden, was sie mit eigenen Sinnen wahrgenommen hat (§ 10 Abs. 2 BeurkG). Sie hat den wahren Willen der Parteien zu ermitteln und in der Urkunde klar und vollständig zum Ausdruck zu bringen. Zu diesem Zweck hat sie die Parteien über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren, ihnen die für die Willensbildung erforderlichen Auskünfte zu erteilen und auf die Beseitigung von Widersprüchen und Unklarheiten hinzuwirken (§ 10 Abs. 3 BeurkG).

2.2 Gemäss § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG hat sich die Urkundsperson über die Identität und Handlungsfähigkeit der vor ihr erscheinenden Personen zu vergewissern. Die Beurkundung ist zu verweigern, wenn die Urkundsperson die Überzeugung gewinnt, dass eine Partei nicht urteilsfähig ist (§ 13 Abs. 2 BeurkG). Bestehen hinsichtlich der Urteilsfähigkeit einer Urkundspartei Zweifel, nimmt die Urkundsperson die Beurkundung auf deren Verlangen vor und hält diesen Umstand in der Urkunde fest (§ 13 Abs. 3 BeurkG).

2.3 Primärer Zweck der öffentlichen Beurkundung ist die Schaffung schriftlicher Belege mit rechtlich zuerkannter Wahrheitsgeltung. Diese Wahrheitsgeltung wird auch als öffentlicher Glaube bezeichnet. Die rechtliche Zuerkennung des öffentlichen Glaubens erfolgt für die öffentlichen Urkunden des schweizerischen Bundesprivatrechts in Art. 9 ZGB, und zwar durch die den öffentlichen Urkunden in dieser Gesetzesvorschrift verliehene verstärkte Beweiskraft (Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, 1993, N 241 f.). So erbringen nach Art. 9 Abs. 1 ZGB

öffentliche Register und öffentliche Urkunden für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhaltes nachgewiesen ist. Wo das Gesetz die öffentliche Beurkundung für individuelle rechtsgeschäftliche Erklärungen verlangt, dient das Beurkundungsverfahren neben der Belegschaftung dem Schutz der Erklärenden vor Unbedacht anlässlich der Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten und Pflichten (Brückner, a.a.O., N 258). Aus diesen Gründen hat der Gesetzgeber für die Errichtung öffentlicher Beurkundungen strenge formelle Vorschriften aufgestellt (§ 13 ff. BeurkG) und die Ermächtigung zur öffentlichen Beurkundung einem besonderen Personenkreis vorbehalten (§ 1 f. BeurkG), der durch seine fachlichen und persönlichen Voraussetzungen Gewähr für eine korrekte Durchführung der Beurkundungen bietet.

3. Der Verzeigte führte in seiner Stellungnahme vom 2. Juni 2021 aus, es hätten «nicht die geringsten Zweifel an der Urteilsfähigkeit von A.» bestanden (act. 10 S. 3). Gemäss seinen Angaben hatte er im Zeitraum zwischen dem 4. Februar 2020 und Ende Februar 2020 A. gleich mehrfach persönlich getroffen und habe es dabei «keinerlei Anhaltspunkte» gegeben, welche an der Urteilsfähigkeit von A. hätten zweifeln lassen müssen. Die persönlichen Kontakte seien dann «unter dem Einfluss von Corona und mutmasslich auch jenem von B.» nicht mehr fortgeführt worden (act. 10 S. 4).

Aufgrund der sehr langjährigen persönlichen Bekanntschaft zwischen dem Verzeigten und A. ist denn auch soweit glaubhaft, dass der Verzeigte bis Anfang Februar 2020 von sich aus keine grundsätzlichen Zweifel an deren Urteilsfähigkeit hatte.

4. Nichtsdestotrotz gelangte der Verzeigte mit Schreiben vom 7. Februar 2020 an Dr. C. und ersuchte diesen um einen aktuellen «kurzen Bericht betreffend der Urteilsfähigkeit meiner Mandantin», damit in rechtlicher Hinsicht die nötigen Vorkehrungen mit Blick auf das zunehmende Alter seiner Mandantin getroffen werden könnten. Der Verzeigte bat Dr. C. um Beifügung des Berichts «des offenbar beigezogenen Geriaters Dr.med. D.» zu seinem Bericht (act. 10/2).

Dr. C. antwortete dem Verzeigten mit Schreiben vom 18. Februar 2020 und übergab ihm «den Bericht des Geriaters und des für Fragen des Alters spezialisierten Dr. D. (vom 3.11.2019 und den Verlaufsbericht, den ich via e-mail am 15.12.2019 erhielt)» und fügte bei, «wegen dieser erschwerten Fragestellung» habe er den Geriater beigezogen. Die Frage der Urteilsfähigkeit könne er [Dr. C.] ihm [dem Verzeigten] nicht beantworten und bitte ihn, diese an Herrn Dr. D. zu richten (act. 12/1).

5. Der Verzeigte wandte sich mit besagtem Schreiben vom 20. Februar 2020 an Dr. D. und führte aus, seinen Berichten vom 3. November 2019 und 15. Dezember 2019 an Dr. C. habe er entnommen, dass seines [Dr. D.'s] Erachtens bei seiner Mandantin eine paranoid-halluzinatorische Symptomatik vorliegen solle. Er [Dr. D.]

rege das Erstellen eines Vorsorgeauftrages und einer Patientenverfügung an. Mithin gehe er [Dr. D.] davon aus, dass seine Mandantin nach wie vor voll urteilsfähig sei. Er selbst [der Verzeigte] habe in Bezug auf die Urteilsfähigkeit seiner Mandantin nicht die geringsten Zweifel, auch wenn ihr Erinnerungsvermögen nicht mehr das beste sei (act. 4/1).

6. Mit E-Mail vom 8. März 2020 antwortete Dr. D. auf das Schreiben des Verzeigten vom 20. Februar 2020 und teilte mit, er habe dieses soeben – nach Ferienabwesenheit – gelesen. Leider könne er die Urteilsfähigkeit von A. für einen Vorsorgeauftrag und ein Testament nicht telquel bestätigen. Mit E-Mail vom 17. März 2020 gelangte Dr. D. erneut an den Verzeigten und teilte diesem mit, er habe die Sachlage in der vergangenen Woche mit A. besprochen und sich erneut ein Bild der gesundheitlichen Situation gemacht. Er weise höflich darauf hin, dass A. nicht in allen Teilen urteilsfähig sei, und er gehe davon aus, dass der Hausarzt seine Auffassung teile. Er denke, man sollte miteinander sprechen, «wie wir die Situation klären» (act. 4/3).

7. Noch vor der Rückmeldung von Dr. D. hatte der Verzeigte zusammen mit der Urkundspartei am 3. März 2020 die Beurkundung des Vorsorgeauftrages vorgenommen (act. 4/2). Die öffentliche Urkunde sandte er am 18. März 2020, mithin nach den E-Mails von Dr. D., an seine Mandantin (act. 4/4).

8. Es mag zutreffen und ist auch vor dem Hintergrund des gesamten Sachverhaltes glaubhaft, dass der Verzeigte selber bis Anfang Februar 2020 keine oder nur sehr geringe Zweifel an der Urteilsfähigkeit seiner Mandantin hatte. Dennoch hat sich der Verzeigte mit Schreiben vom 7. Februar 2020 an den Hausarzt von A., Dr. C., gewendet. Der Hausarzt schickte dem Verzeigten mit Schreiben vom 18. Februar 2020 den Bericht des Geriaters und des für Fragen des Alters spezialisierten Dr. D. vom 3.11.2019 sowie dessen Verlaufsbericht und wies den Verzeigten darauf hin, dass er als Hausarzt wegen dieser erschwerten Fragestellung den Geriater beigezogen habe. Und weiter fügte der Hausarzt an, er könne die Frage der Urteilsfähigkeit dem Verzeigten nicht beantworten und bitte den Verzeigten, diese Frage an Dr. D. zu richten. Demnach erachtete sich der Hausarzt von A. gestützt auf den Bericht des Geriaters nicht mehr in der Lage, zur Frage der Urteilsfähigkeit von A. Stellung zu nehmen. Vielmehr verwies der Hausarzt den Verzeigten an den Spezialisten. Diese Antwort vom Hausarzt war für den Verzeigten Anlass genug, um sich mit Schreiben vom 20. Februar 2020 an Dr. D. zu wenden zur Abklärung der Urteilsfähigkeit von A.. Gewisse Restzweifel muss der Verzeigte demnach gehabt haben bzw. sind nicht zu negieren, denn der Notar, der in dieser Situation keinerlei Zweifel in dieser Hinsicht hat, holt keine entsprechenden Berichte ein.

Indem der Verzeigte die Antwort von Dr. D. nicht abwartete und den Vorsorgeauftrag beurkundete, indem er seine Restzweifel auch nicht im Sinne von § 13 Abs. 3 BeurkG in der Urkunde festhielt und indem er seiner Mandantin mit Schreiben vom 18. März

2020 die Urkunde übergab, obwohl Dr. D. in seinen beiden E-Mails vom 8. und 17. März 2020 entsprechende Bedenken geäussert hatte, versties der Verzeigte gleich mehrfach gegen die Sorgfaltspflichten der Urkundsperson gemäss § 10b und § 13 BeurkG. Dabei vermag ihn nicht zu entlasten, dass die Ausführungen von Dr. D. teilweise widersprüchlich waren. Der Verzeigte hätte sich aber, wenn nicht bei Dr. D., dann zumindest anderweitig absichern müssen, zumal er selber, mit Blick auf seine «anwältliche Sorgfaltspflicht» den Kontakt mit den Ärzten gesucht hatte.

9. Die Aufsichtsbehörde übt bei Amtspflichtverletzungen die Disziplinalgewalt aus (§ 33 Abs. 1 bis lit. d BeurkG). Als Disziplinar massnahmen kommen die Verwarnung, der Verweis, die Busse bis CHF 20'000.–, der befristete Entzug der Beurkundungsbefugnis für längstens zwei Jahre sowie der dauernde Entzug der Beurkundungsbefugnis in Betracht (§ 33c Abs. 1 BeurkG). Eine Busse kann zusätzlich zum befristeten oder dauernden Entzug der Beurkundungsbefugnis ausgesprochen werden (§ 33 Abs. 2 BeurkG).

Die Aufsichtsbehörde hat diejenige Massnahme zu wählen, die dem Zweck des Disziplinarrechts am besten entspricht. Es ist zu fragen, welche Massnahme am ehesten geeignet ist, die durch das Disziplinarrecht geschützten Interessen vor weiterer Verletzung zu bewahren. Dabei ist auch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen, und der Disziplinarbehörde steht bei der Festlegung der Sanktion ein gewisser Ermessensspielraum zu, wobei sie gehalten ist, das unterschiedliche Gewicht der verschiedenen Sanktionen und die darin zum Ausdruck kommende Rangordnung zu beachten. Die Behörde kann von einer Disziplinierung absehen, wenn eine Pflichtverletzung geringfügig ist, weit zurückliegt oder wenn eine Wiederholungsgefahr nicht besteht. Verweis und Busse sind für leichtere und solche Fälle bestimmt, die an sich die Vertrauenswürdigkeit der Urkundsperson nicht ohne weiteres beeinträchtigen können. Sie haben primär Strafcharakter; mit ihnen soll der Disziplinarverstoss gesühnt und der Fehlbare spezialpräventiv von der Wiederholung ähnlicher Handlungen abgehalten werden. Für schwere Fälle ist der vorübergehende oder dauernde Entzug der Beurkundungsbefugnis vorgesehen.

Der Verzeigte beurkundete am 3. März 2020 für seine Mandantin einen Vorsorgeauftrag, dies vor dem Hintergrund, dass er sich im Vorfeld bei zwei Ärzten nach deren Urteilsfähigkeit erkundigt, nicht aber die Antwort des dafür spezialisierten Facharztes, an den er verwiesen wurde, abgewartet hatte. Von der Möglichkeit des Urkundenvermerks gemäss § 13 Abs. 3 BeurkG machte er dabei keinen Gebrauch und sicherte sich auch nicht anderswie zur Frage der Urteilsfähigkeit der Urkundspartei ab. Damit versties der Verzeigte gegen elementare Pflichten im Beurkundungswesen, was die gravierende Folge hatte, dass die Urkunde seitens der KESB für ungültig errichtet erklärt wurde. Dem Verzeigten kann immerhin zugutegehalten werden, dass er selber wohl tatsächlich nur sehr geringe Zweifel an der Urteilsfähigkeit der Urkundspartei gehabt hatte. Dies vermag ihn aber nicht von den formellen

Pflichten der Urkundsperson, welche strikten Charakter haben, zu entlasten. Dieses Verhalten stellt einen gravierenden Verstoss gegen die Pflichten der Urkundsperson dar, welcher nicht mehr mit einer Verwarnung oder einem Verweis zu sanktionieren ist. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Verzeigte bereits mit Beschluss der Aufsichtskommission vom 19. Mai 2020 wegen Verletzung der Berufsregel von Art. 12 lit. c BGFA mit einem Verweis belegt werden musste, erscheint im vorliegenden Fall eine Busse von CHF 1'000.0 angemessen.

Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte, 24. November 2021 (AK 2021 4)

B

Verwaltungspraxis

I. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

1. Personalrecht

1.1 § 20 Arbeitszeitverordnung

Regeste:

§ 20 Arbeitszeitverordnung – Der Ferienanspruch wächst im Verhältnis zur geleisteten Arbeit. Grundsätzlich wächst der Ferienanspruch nicht an, wenn nicht gearbeitet wird. Bei krankheitsbedingter Abwesenheit erfolgt deshalb eine Kürzung des Ferienanspruchs. Erfolgt aber eine Anordnung von Ferienbezug statt einer Kompensation und wird auf diese Ferienanordnung vertraut, so ist dieses Vertrauen zu schützen; es darf in diesem Umfang keine Ferienkürzung vorgenommen werden.

Aus dem Sachverhalt:

(. . .)

B. Seit dem 29. November 2019 war Frau A. infolge Krankheit teilweise arbeitsunfähig. Entsprechend fiel sie am Arbeitsplatz wiederholt krankheitsbedingt aus, was sich auch in den Monatsabrechnungen der Arbeitszeit widerspiegelte.

C. Im Laufe des Jahres 2020 baute Frau A. den Ferienübertrag aus dem Jahre 2019 sowie den Ferienanspruch aus dem Jahr 2020 ab, bis dieser per Ende Dezember 2020 null betrug.

D. Mit Verfügung des Amts Z. vom 13. Januar 2021 wurde der Ferienanspruch von Frau A. für das Kalenderjahr 2020 aufgrund der Krankheitsabwesenheit von mehr als acht Arbeitsmonaten (183,4 Fehltage) anteilmässig um fünf Zwölftel, d. h. 10,5 Tage gekürzt. Das Feriendefizit von 10,5 Tagen per Ende Dezember 2020 wurde auf das Jahr 2021 übertragen. Zur Begründung wurde auf § 20 Abs. 4 der Arbeitszeitverordnung vom 4. Oktober 2011 (BGS 154.214) verwiesen, wonach die zuständige Direktion bei einem Arbeitsausfall einer Mitarbeiterin oder eines Mitarbeiters von über drei Monaten im Kalenderjahr wegen Krankheit, Unfall oder freiwilliger gemeinnütziger Dienstleistung die Ferien für jeden vollen Monat der Verhinderung um einen Zwölftel bis auf maximal die Hälfte des Anspruchs kürzt. Frau A. sei mit einem Beschäftigungsumfang von 100 Prozent (Basis: 43 Stunden pro Woche bei einem Beschäftigungsumfang von 100 Prozent) angestellt. Ihr Ferienanspruch im Jahr 2020 betrage demnach 25 Tage à 8:36 Stunden. Ein Zwölftel des Ferienanspruchs entspreche somit 2,08 Tagen à 8:36 Stunden. Massgebend für die Berechnung der Schonfrist von drei Monaten, während welcher keine Ferienkürzung erfolge, seien nicht die Kalendermonate, sondern die sogenannten Arbeitsmonate à 21,75 volle Arbeitstage. Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit verlängere sich die Schonfrist entspre-

chend, bis die Abwesenheitsdauer insgesamt $3 \times 21,75$ volle Arbeitstage respektive 65,25 Fehltage betrage. Gemäss Praxis des Personalamts erfolge für die krankheitsbedingte Absenz im Umfang der ersten drei Arbeitsmonate ($3 \times 21,75 = 65,25$ Fehltage) keine Kürzung der Ferien. Diese beginne erst ab dem vollen vierten Arbeitsmonat (weitere 21,75 Fehltage) um jeweils einen Zwölftel des Ferienanspruchs pro Arbeitsmonat weiterer Abwesenheit. Die Berechnung habe ergeben, dass Frau A. im Jahr 2020 während 183,4 Fehltagen, d. h. vollen acht Arbeitsmonaten, krankheitsbedingt abwesend gewesen sei. Ihr Ferienanspruch werde somit um $5/12$ bzw. 10,5 Tage à 8:36 Stunden gekürzt. Der verbleibende Ferienanspruch von Frau A. betrage im Kalenderjahr 2020 neu noch 14,5 Tage à 8:36 Stunden. Bis Ende 2020 seien davon 25 Tage bezogen worden. Es entstehe ein Feriendefizit von 10,5 Tagen. Dieses werde auf das Jahr 2021 übertragen und vom aktuellen Ferienguthaben abgezogen. Das restliche Ferienguthaben von Frau A. im Jahr 2021 betrage neu noch 14,5 Tage à 8:36 Stunden.

(...)

Aus den Erwägungen:

(...)

II.

1. Mit Verfügung des Amts Z. vom 13. Januar 2021 wurde der Ferienanspruch der Beschwerdeführerin für das Kalenderjahr 2020 aufgrund der krankheitsbedingten Abwesenheit von mehr als acht Arbeitsmonaten (183,4 Fehltagen) anteilmässig um fünf Zwölftel, d. h. 10,5 Tage gekürzt.

2. Die Beschwerdeführerin machte geltend, sie habe im Laufe des Jahres 2020 anforderungsgemäss den Ferienübertrag aus dem Jahr 2019 sowie den Ferienanspruch aus dem Jahr 2020 abgebaut, bis dieser per Ende Dezember 2020 null betragen habe. Sie sei im Jahr 2020 zu keinem Zeitpunkt darauf aufmerksam gemacht worden, dass ihr Ferienanspruch infolge Krankheit anteilmässig gekürzt werden könnte, auch habe sie diese Regelung und Praxis nicht gekannt. Das Personalhandbuch des Kantons Zug schreibe im Merkblatt («Berechnung Ferienkürzung») vor, dass eine Mitarbeiterin zur Vermeidung eines Ferienüberbezugs bei Ablauf der Schonfrist durch den Vorgesetzten darüber zu informieren sei, dass eine fortgesetzte ganze oder teilweise Arbeitsunfähigkeit ab diesem Zeitpunkt eine Ferienkürzung zur Folge haben könne. Diese Regelung sei als zwingend zu betrachten. Einerseits solle damit vermieden werden, dass überhaupt ein negativer Feriensaldo entstehen könne. Andererseits sei ein solcher Saldo gerade im vorliegenden Fall für die Beschwerdeführerin besonders verheerend. Sie leide an einem Burnout, und eine vollständige Wiederaufnahme der Arbeitsstelle mit einem solchen negativen Feriensaldo

do würde die Integration in die Arbeitswelt zusätzlich erschweren. Dazu komme, dass die Beschwerdeführerin im September 2020 explizit vom Arbeitgeber angehalten worden sei, den noch offenen Feriensaldo bis Ende Jahr auf null abzubauen, was sie weisungsgemäss umgesetzt habe. Unter Berücksichtigung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers der Beschwerdeführerin und der dargelegten Umstände sei eine Ferienkürzung im verfügbaren Umfang von 10,5 Tagen beziehungsweise ein Übertrag dieses Saldos ins Jahr 2021 somit nicht angemessen.

Die Beschwerdegegnerin hielt dem entgegen, bei längeren krankheitsbedingten Abwesenheiten sei es allgemein üblich und bekannt, dass eine Kürzung des Ferienanspruchs vorgenommen werde. Für Angestellte der kantonalen Verwaltung ergebe sich dies aus § 20 Abs. 4 der Verordnung über die Arbeitszeit vom 4. Oktober 2011. Demnach kürze die zuständige Direktion bei einem Arbeitsausfall einer Mitarbeiterin oder eines Mitarbeiters von über drei Monaten im Kalenderjahr wegen Krankheit, Unfall oder freiwilliger gemeinnütziger Dienstleistung die Ferien für jeden vollen Monat der Verhinderung um einen Zwölftel bis auf maximal die Hälfte des Anspruchs. Gegenüber der Beschwerdeführerin sei erst ab dem vollen vierten Arbeitsmonat und bloss ein Zwölftel des Ferienanspruchs gekürzt worden und nicht etwa ein grösserer Bruchteil (bis die Hälfte), was grundsätzlich möglich gewesen wäre. In ihren internen Weisungen und Informationen an die Mitarbeitenden (. . .) habe die Arbeitgeberin in mehreren Dokumenten über die Folgen einer längerdauernden krankheitsbedingten Abwesenheit, mitunter auch die gesetzliche Regelung betreffend Ferienkürzung und die entsprechende Regelung im Personalhandbuch, hingewiesen bzw. darauf verlinkt. Die Beschwerdeführerin wäre verpflichtet gewesen, die entsprechenden internen Weisungen bei langandauernder krankheitsbedingter Abwesenheit zu konsultieren. Es hätten wiederholte Angebote und Aufforderungen seitens des Dienstes Personelles des Amtes Z. bestanden, sich jederzeit bei Fragen und anderen Anliegen zu melden, welche die Beschwerdeführerin nicht wahrgenommen habe. Auch seien mehrere Versuche des Personaldienstes des Amtes Z. gescheitert, mit der Beschwerdeführerin Gespräche zu führen, weil diese davon ausdrücklich keinen Gebrauch machen wollen. Vor Erlass der Verfügung betreffend Ferienkürzung sei der Beschwerdeführerin die Berechnung der Ferienkürzung (Anhang zur angefochtenen Verfügung) zugestellt worden. Sie habe jedoch eine abschliessende Rückmeldung und Klärung der noch offenen Fragen unterlassen. Es wäre der Beschwerdeführerin zuzumuten und sie wäre verpflichtet gewesen, sich über die rechtlichen Folgen ihrer langandauernden Krankheit zu informieren und aufzuklären. Das von der Beschwerdeführerin zitierte Merkblatt des Personalhandbuchs habe im Gegensatz zur Anordnung der Ferienkürzung gemäss § 20 Abs. 4 der Arbeitszeitverordnung keinen gesetzlichen und somit rechtlich verbindlichen Charakter. Sollte der Hinweis seitens Arbeitgeberin tatsächlich nicht gemacht worden sein, sei dies zu bedauern. Ebenso die Anweisung des Dienstplaners der betreffenden (. . .) Dienststelle, das noch offene Ferienguthaben von drei Tagen im Jahr 2020 noch zu beziehen. Eine allfällige

Unterlassung des Hinweises durch die Arbeitgeberin führe aber nicht zur Nichtigkeit der gesetzlich angeordneten Ferienkürzung.

Die Beschwerdeführerin liess ergänzen, dass die Überschreitung des Feriensaldos vermeidbar gewesen wäre, wenn die Beschwerdeführerin entsprechend den Anforderungen des Personalhandbuchs informiert worden wäre. Sie sei angewiesen worden, drei nicht eingeplante Ruhetage sowie Ferientage statt Kompensationstage einzuziehen. Sodann sei es nicht möglich, dass Mitarbeitende über sämtliche Bereiche und Dokumente im Personalhandbuch sowie im Führungs- und Informationssystem (. . .) Bescheid wüssten; die persönlichen Ressourcen und Kapazitäten müssten auf Bereiche gelegt werden, welche für die korrekten dienstlichen und betrieblichen Abläufe notwendig seien. Zudem sei eine Ferienkürzung optional und nicht zwingend. Ferner habe die Beschwerdeführerin ihren Ehemann als bevollmächtigten Vertreter eingesetzt, um den Informationsfluss zum und vom Arbeitgeber zu gewährleisten. Ihr Ehemann habe am 12. März 2020 die Vollmacht per E-Mail an die verantwortliche Person der internen Personalabteilung sowie an Herrn K. zugestellt. Noch innerhalb derselben Woche habe der Ehemann als Vertreter der Beschwerdeführerin Gespräche mit beiden genannten Personen geführt und sich auch erkundigt, ob sie weitere Informationen bräuchten oder etwas anstehen würde. Weiter seien von ihm diverse Telefonate mit dem kantonalen Personalamt geführt worden. Die Beschwerdeführerin selbst habe mit der Personalverantwortlichen der Beschwerdegegnerin zudem ebenfalls mehrere Telefonate geführt. Zu keinem Zeitpunkt sei ihr gegenüber auch nur ansatzweise erwähnt worden, dass eine Ferienkürzung erfolgen könnte. Am 7. Juli 2020 habe ein Gespräch zwischen der Personalverantwortlichen, Herrn K., der Beschwerdeführerin sowie ihrer Ärztin / Therapeutin und deren Vorgesetzten stattgefunden. In diesem Gespräch sei es ausschliesslich um den Krankheitsfall der Beschwerdeführerin, dessen Auswirkungen sowie Aussichten / Weiterungen gegangen. Auch in diesem Gespräch sei, obwohl die Schonfrist längst verstrichen gewesen sei, nie von einer Ferienkürzung gesprochen worden. Es hätte davon ausgegangen werden können, dass eine beabsichtigte Ferienkürzung mindestens erwähnt werden müsste. Es werde deshalb bestritten, dass die Beschwerdeführerin nicht das Gespräch gesucht oder geführt hätte. Schliesslich habe die Beschwerdeführerin am 14. Januar 2021 im Zeitabrechnungssystem Siaxma festgestellt, dass ihr die Ferien für das Jahr 2021 gekürzt worden seien. Auf Nachfrage habe sie von der Beschwerdegegnerin am selben Tag per E-Mail die Information erhalten, dass eine Verfügung folge, welche diesen Umstand erkläre. Bei der ersten flüchtigen Begutachtung habe die Beschwerdeführerin erkannt, dass darin ihre Arbeitsunfähigkeit falsch dokumentiert gewesen sei. Die Beschwerdeführerin habe dies umgehend mitgeteilt und informiert, dass sie die Berechnung prüfen werde. Noch bevor die Beschwerdeführerin zu dieser Prüfung gekommen sei, sei ihr am Morgen des 15. Januar 2021 die Verfügung von ihrem direkten Vorgesetzten persönlich übergeben worden, wobei in dieser Verfügung der Zeitraum im Juli 2020 ebenfalls falsch erwähnt bzw. aufgeführt sei. In rechtlicher Hinsicht sei das Verhalten der Beschwerdegegnerin zumindest als kon-

kludenter Verzicht auf Ferienkürzung zu würdigen: Die Monatsabrechnungen seien jeweils visiert und für korrekt empfunden worden; darauf sei jeweils der Restferiensaldo aufgeführt gewesen; die Beschwerdeführerin sei durch ihren Vorgesetzten aufgefordert worden, sämtliche 25 Ferientage im Jahr 2020 zu beziehen; sämtliche Mitarbeitende der (. . .) Region (. . .) seien am 23. September 2020 aufgefordert worden, die Ferien für das Jahr 2021 einzugeben, damit diese geprüft werden könnten, wobei ihr mit E-Mail vom 19. November 2020 mitgeteilt worden sei, dass ihre eingegebenen 25 Ferientage genehmigt und bewilligt worden seien.

3. Gemäss § 20 der Verordnung über die Arbeitszeit (Arbeitszeitverordnung) vom 4. Oktober 2011 (BGS 154.214) kürzt die zuständige Stelle unter Vorbehalt von Abs. 5 die Ferien für jeden vollen Monat der Verhinderung um einen Zwölftel bis auf maximal die Hälfte des Anspruchs, wenn der Arbeitsausfall einer Mitarbeiterin oder eines Mitarbeiters wegen Krankheit, Unfall oder freiwilliger gemeinnütziger Dienstleistung mehr als drei Monate im Kalenderjahr beträgt (Abs. 4). Keine Kürzung der Ferien zur Folge haben obligatorische Dienstleistungen und Beförderungsdienste, Mutterschaftsurlaub oder Vaterschaftsurlaub (Abs. 5).

Im Gegensatz zu Art. 329b Abs. 1 OR («Ist der Arbeitnehmer durch sein Verschulden während eines Dienstjahres insgesamt um mehr als einen Monat an der Arbeitsleistung verhindert, so kann der Arbeitgeber die Ferien für jeden vollen Monat der Verhinderung um einen Zwölftel kürzen») handelt es sich bei § 20 Arbeitszeitverordnung nicht um eine Kann-Bestimmung; die Kürzung ist gemäss Arbeitszeitverordnung im Kanton Zug vorgeschrieben. Anders als im Privatrecht kann der Kanton Zug also auf eine Ferienkürzung nicht verzichten.

4.1. Korrekt ist der Einwand der Beschwerdeführerin, dass das Personalhandbuch des Kantons Zug im unter dem Kapitel «Ferien» verlinkten Dokument «Merkblatt 'Berechnung Ferienkürzung'» Folgendes festhält: «Da eine Kürzung erst nach länger dauernder Krankheit erfolgt, ist die/der Mitarbeitende zur Vermeidung eines Ferienüberbezuges bei Ablauf der Schonfrist durch die Vorgesetzte/den Vorgesetzten darüber zu informieren, dass ab diesem Zeitpunkt eine fortgesetzte ganze od. teilweise Arbeitsunfähigkeit eine Ferienkürzung zur Folge haben kann». Allerdings hält das Vorwort zum Personalhandbuch Folgendes fest: «Das Handbuch entfaltet keine Rechtskraft in sich selber. Das bedeutet, dass Aussagen und Formulierungen des Personalhandbuchs ohne Gewähr publiziert werden und sich in einer Auseinandersetzung nicht als Grundlage nutzen lassen. Es gelten immer die offiziellen Erlasse (Gesetze, Verordnungen usw.)». Eine Informations- oder gar Anhörungspflicht betreffend Ferienkürzung ist in den Personalerlassen des Kantons Zug nicht vorgesehen.

4.2. Es muss davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdeführerin weder die Arbeitszeitverordnung noch das Personalhandbuch noch die internen Weisungen der Beschwerdegegnerin konsultiert hat, um festzustellen, ob und allenfalls wel-

che Auswirkungen ihre Krankheit auf ihren Feriensaldo hat. Hätte sie nämlich entsprechende Abklärungen getroffen, wäre sie nicht nur auf den Hinweis gestossen, dass die Mitarbeitenden am Ende der Schonfrist über die Ferienkürzung informiert werden sollten, sondern insbesondere auch auf die Tatsache, dass eine Ferienkürzung erfolgt. Es wäre der Gesuchstellerin auch zumutbar und von ihr zu erwarten gewesen, solche Abklärungen zu treffen. Die Erwartungshaltung, dass bei langandauernder krankheitsbedingter Abwesenheit noch immer der ganze Feriensaldo zur Verfügung steht, ist befremdend, zumal die Beschwerdeführerin während des ersten Jahres der (Teil-) Arbeitsunfähigkeit immerhin volle Lohnfortzahlung genossen hat. Die wohlverdienten Ferien dienen der Erholung von der Arbeit. Wohlverdient sind Ferien jedoch nur, wenn tatsächlich gearbeitet wurde. Aus diesem Grund wächst der Ferienanspruch im Verhältnis zur geleisteten Arbeit. Je nach Höhe des jährlichen Ferienanspruchs erarbeiten sich Arbeitnehmende monatlich 1,67 Tage (4 Wochen Ferien), 2,08 Tage (5 Wochen) oder 2,5 Tage (6 Wochen) Ferien. Der Ferienanspruch wächst grundsätzlich nicht an, wenn nicht gearbeitet wird; es gilt der Grundsatz «ohne Arbeit keine Ferien».

Mithin ist in der vorliegenden Auseinandersetzung einzig auf bei § 20 Arbeitszeitverordnung abzustellen.

5. Die Beschwerdeführerin war wie folgt krankheitsbedingt arbeitsunfähig, belegt durch Arztzeugnisse:

Vom 20.01.2020 bis 09.03.2020 zu 100 Prozent
Vom 10.03.2020 bis 31.03.2020 zu 80 Prozent
Vom 06.04.2020 bis 30.06.2020 zu 80 Prozent
Vom 01.07.2020 bis 31.07.2020 zu 100 Prozent
Vom 01.08.2020 bis 28.09.2020 zu 80 Prozent
Vom 29.09.2020 bis 19.10.2020 zu 80 Prozent
Vom 20.10.2020 bis 16.11.2020 zu 70 Prozent
Vom 17.11.2020 bis 30.11.2020 zu 60 Prozent
Vom 04.12.2020 bis 31.12.2020 zu 60 Prozent

Gemäss Stundenabrechnung war die Beschwerdeführerin wie folgt krankheitshalber abwesend, abgesehen von Ferien und einem bezahlten Urlaub:

Vom 01.01.2020 bis 09.03.2020 zu 100 Prozent
Vom 10.03.2020 bis 31.03.2020 zu 80 Prozent
Vom 01.04.2020 bis 30.06.2020 zu 80 Prozent
Vom 01.07.2020 bis 31.07.2020 zu 80 Prozent
Vom 01.08.2020 bis 28.09.2020 zu 80 Prozent
Vom 29.09.2020 bis 19.10.2020 zu 80 Prozent
Vom 20.10.2020 bis 16.11.2020 zu 70 Prozent
Vom 17.11.2020 bis 30.11.2020 zu 60 Prozent
Vom 04.12.2020 bis 31.12.2020 zu 60 Prozent

Da die Arztzeugnisse nicht mit der tatsächlich geleisteten Arbeitsunfähigkeit übereinstimmen, kann der Beschwerdegegnerin kein Vorwurf gemacht werden, wenn sie auf die Arztzeugnisse abstellte. Für die Berechnung der Ferienkürzung ist aber nachfolgend auf die effektive Arbeitsunfähigkeit abzustellen.

6. Die Beschwerdeführerin ist mit einem Beschäftigungsumfang von 100 Prozent (Basis: 43 Stunden pro Woche bei einem Beschäftigungsumfang von 100 Prozent) angestellt. Ihr Ferienanspruch im Jahr 2020 beträgt demnach 25 Tage à 8:36 Stunden. Ein Zwölftel des Ferienanspruchs entspricht somit 2,08 Tagen à 8:36 Stunden.

7. Wie die Beschwerdegegnerin in ihrer Verfügung vom 13. Januar 2021 richtig ausführte, sind für die Berechnung der Schonfrist von drei Monaten, während welcher keine Ferienkürzung erfolgt, nicht die Kalendermonate massgebend, sondern die sogenannten Arbeitsmonate à 21,75 volle Arbeitstage. Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit verlängert sich die Schonfrist entsprechend, bis die Abwesenheitsdauer insgesamt $3 \times 21,75$ volle Arbeitstage respektive 65,25 Fehltage beträgt. Gemäss Praxis des Kantons Zug erfolgt für die krankheitsbedingte Absenz im Umfang der ersten drei Arbeitsmonate ($3 \times 21,75 = 65,25$ Fehltage) keine Kürzung der Ferien. Diese beginnt erst ab dem vollen vierten Arbeitsmonat (weitere 21,75 Fehltage) um jeweils einen Zwölftel des Ferienanspruchs pro Arbeitsmonat weiterer Abwesenheit.

8. (...) [Die] Berechnung zeigt, dass die Beschwerdeführerin im Jahr 2020 während total 176,4 Fehltagen, d. h. während 8,1 Arbeitsmonaten, krankheitsbedingt abwesend war. Nach Abzug der Karenzfrist von 65,25 Tagen verbleiben noch 111,15 effektive Fehltage, was 5,1 Arbeitsmonaten entspricht. Da die Ferien pro vollen Monat um $1/12$ gekürzt werden, maximal jedoch um die Hälfte des Jahresanspruchs, wird der Ferienanspruch der Beschwerdeführerin somit um $5/12$ bzw. 10,5 Tage à 8:36 Stunden gekürzt. Der verbleibende Ferienanspruch der Beschwerdeführerin beträgt im Kalenderjahr 2020 neu noch 14,5 Tage à 8:36 Stunden. Bis Ende 2020 wurden davon 25 Tage bezogen. Es entsteht ein Feriendefizit von 10,5 Tagen. Dieses wird auf das Jahr 2021 übertragen und vom aktuellen Ferienguthaben abgezogen. Das restliche Ferienguthaben der Beschwerdeführerin im Jahr 2021 beträgt neu noch 14,5 Tage à 8:36 Stunden, wie dies die Beschwerdegegnerin richtig festgehalten hat.

9.1. Die Beschwerdeführerin machte schliesslich geltend, die Beschwerdegegnerin habe zumindest konkludent auf die Ferienkürzung verzichtet, indem

- die Monatsabrechnungen, auf welchen der Restferiensaldo aufgeführt war, visiert und für korrekt empfunden worden seien;
- die Vorgesetzten die Beschwerdeführerin aufgefordert hätten, sämtliche 25 Ferientage im Jahr 2020 zu beziehen;
- nach Aufforderung am 23. September 2020, die Ferien für das Jahr 2021 einzugeben, die Eingabe der Beschwerdeführerin von deren Dienstchef genehmigt worden

sei;

- ein Ferienguthaben von 25 Ferientagen ins Jahr 2021 übertragen worden sei (act. 008, S. 7 f.).

Hierzu nahm die Beschwerdegegnerin nicht Stellung.

9.2. Der Argumentation der Beschwerdeführerin ist Folgendes zu entgegnen: Mit ihrem Visum auf der Monatsabrechnung bestätigen die Vorgesetzten lediglich deren Kenntnisnahme (§ 28 Abs. 2, 2. Satz Arbeitszeitverordnung). Weder wird damit die Richtigkeit des Feriensaldos bestätigt noch eine Feststellung betreffend Ferienkürzung getroffen (vgl. hierzu auch der Beschluss des Regierungsrats des Kantons Zürich vom 27. August 2014, RRB Nr. 883/2014, Erw. 12.c). Ausserdem ist die Ferienkürzung nach kantonalem Personalrecht, wie bereits vorstehend unter Ziffer 3 ausgeführt, vorgeschrieben und nicht wie im Zivilrecht lediglich ein Recht. Deshalb kann nicht leichthin von einem konkludenten Verzicht des Kantons auf Ferienkürzung ausgegangen werden, wie ihn die Beschwerdeführerin geltend macht. Desgleichen kann nichts aus der Bewilligung der für das Jahr 2021 eingereichten Ferienplanung abgeleitet werden. Diese bedeutet nichts anderes, als dass nach Meinung der Vorgesetzten ein Ferienbezug an den gewählten Daten möglich ist. Sähe man darin die Anerkennung des Anspruchs auf Ferien im gemeldeten Umfang, ergäbe sich daraus die Konsequenz, dass eine Ferienkürzung infolge Arbeitsunfähigkeit während des Jahres 2021 ebenfalls nicht zulässig wäre. Dass im Zeiterfassungssystem beim Jahreswechsel das dem Alter und der gewählten wöchentlichen Sollarbeitszeit (42 oder 43 Stunden) entsprechende jährliche Ferienguthaben der Mitarbeitenden deren Ferienkonto gutgeschrieben wird, entspricht einem technischen Automatismus und nicht einer willentlichen Handlung der Vorgesetzten. Eine Korrektur des Feriensaldos nach einer Ferienkürzung ist deshalb gestützt auf eine entsprechende Verfügung manuell durch das Personalamt vorzunehmen.

9.3. Bezüglich des Umfangs des angeordneten Ferienbezugs bestehen unterschiedliche Angaben der Parteien. Die Beschwerdegegnerin anerkennt sinngemäss die Anordnung von Ferienbezug im Umfang von drei Tagen, die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass ein angeordneter Ferienbezug von elf Tagen vorliegt. Aufgrund der eingereichten und seitens der Beschwerdegegnerin unbestritten gebliebenen Belege ist von einem angeordneten Ferienbezug von elf Tagen auszugehen: Die Beschwerdeführerin wünschte, am 3. Dezember 2020 Mehrarbeit kompensieren zu können, was abgelehnt und stattdessen ein Ferientag angeordnet wurde. Für den 23. Dezember 2020 wünschte die Beschwerdeführerin die Kompensation von Überstunden, was ebenfalls abgelehnt und stattdessen ein Ferientag angeordnet wurde. Vom 29. September bis 2. Oktober 2020 sowie vom 5. Oktober bis 9. Oktober 2020 wünschte die Beschwerdeführerin nochmals Kompensationstage; wiederum wurde dies abgelehnt und stattdessen Ferientage angeordnet. Damit ist belegt, dass der

Beschwerdeführerin total elf Kompensationstage verwehrt und stattdessen Ferientage angeordnet wurden.

Allerdings verfügte die Beschwerdeführerin Ende Dezember 2020 lediglich noch über einen Arbeitszeitsaldo von 69:40 Stunden sowie über einen Überstundensaldo von 11:35 Stunden. Sie hätte also maximal 81:15 Stunden kompensieren können, was rund 9,5 Arbeitstagen entspricht. Somit wäre eine Kompensation von maximal 9,5 Arbeitstagen möglich gewesen.

9.4. Die Beschwerdeführerin machte sinngemäss geltend, dass es dem Gebot von Treu und Glauben widerspreche, wenn infolge des angeordneten Ferienbezugs und durch die Ferienkürzung die Beschwerdeführerin einen Überbezug von Ferien gegen sich gelten lassen müsse.

Hinsichtlich der Anordnung von Ferienbezug durch das Amt Z. stellt sich die Frage, ob die Beschwerdeführerin im Sinne des Gebots von Treu und Glauben im Vertrauen darauf zu schützen ist, dass ihr dieser Ferienanspruch, dessen Bezug angeordnet wurde, auch tatsächlich zusteht. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes (Art. 9 BV) bedeutet, dass die Privaten Anspruch darauf haben, in ihrem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder in anderes, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden geschützt zu werden (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, S. 142, Rz 624, mit weiteren Hinweisen). Ein praktisch besonders wichtiger Anwendungsfall des Vertrauensschutzes stellt der Schutz der Privaten bei unrichtigen Auskünften der Behörden dar. Die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes in diesem Fall sind die Eignung der Auskunft zur Begründung von Vertrauen, die Zuständigkeit der auskunfterteilenden Behörde, die Vorbehaltlosigkeit der Auskunft, die Nichterkennbarkeit der Unrichtigkeit der Auskunft, eine nachteilige Disposition aufgrund der Auskunft, keine Änderung des Sachverhalts oder der Gesetzgebung sowie das Überwiegen des Interesses am Schutz des Vertrauens in die unrichtige Auskunft gegenüber dem Interesse an der richtigen Rechtsanwendung (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., S. 152 ff.).

Die Ferienanordnung seitens der Beschwerdegegnerin hatte eine genügende inhaltliche Bestimmtheit und bezog sich auf einen konkreten, die Beschwerdeführerin direkt betreffenden Sachverhalt. Damit eignete sich die Ferienanordnung zur Begründung von Vertrauen. Sodann erfolgte gemäss Angaben der Beschwerdegegnerin die Anweisung zum Ferienbezug durch den Dienstplaner der (. . .) Stelle. Da auch diesem die reduzierte Einsatzfähigkeit der Beschwerdeführerin bekannt sein musste und zudem davon auszugehen ist, dass solche Anweisungen mit dem Vorgesetzten der Beschwerdeführerin abgesprochen sind und von Letzterem erst recht die Kenntnis der möglichen Ferienkürzung und deren Berücksichtigung bei der Anweisung des Ferienbezugs erwartet werden durfte, erfolgte die Ferienanordnung durch

die zuständige Behörde bzw. Person. Ebenso erfolgte die Ferienanweisung vorbehaltlos. Die Beschwerdeführerin durfte aufgrund der Anweisung des Dienstplaners davon ausgehen, dass ihr diese Ferien auch tatsächlich noch ungeschmälert zustehen. Angesichts dessen, dass die Beschwerdeführerin seitens der Beschwerdegegnerin nicht über das Risiko einer Ferienkürzung informiert wurde, war für die Beschwerdeführerin die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne Weiteres erkennbar; die Beschwerdeführerin war also gutgläubig.

Eine weitere Voraussetzung beim Vertrauensschutzprinzip besteht darin, dass die Adressatin bzw. der Adressat einer Auskunft im Vertrauen auf die Richtigkeit dieser Auskunft Dispositionen getroffen oder unterlassen hat, die nicht oder jedenfalls nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht oder nachgeholt werden können. Die Ferienanordnung seitens der Beschwerdegegnerin hat zweifelsohne dazu geführt, dass es zu einem Überbezug von Ferien gekommen ist, der nun als negativer Feriensaldo auf den Ferienanspruch des Folgejahres angerechnet wurde. Dieser Umstand hat zur Folge, dass die Beschwerdeführerin im Jahr 2021 nur noch fast die Hälfte der ihr normalerweise während eines Jahres zustehenden Ferientage beziehen kann. Durch diese Kürzung des (künftigen) Ferienanspruchs ist die Beschwerdeführerin besonders in ihren privaten Interessen betroffen, zumal bei vollständiger Wiederaufnahme der Arbeitstätigkeit nach ihrem Burnout die Reintegration durch Verkürzung der üblichen Erholungszeiten in Form von Ferienbezug zusätzlich erschwert wird. Die Beschwerdeführerin hat also im Vertrauen auf die Richtigkeit der Ferienanordnung die Ferien entsprechend dieser Anordnung bezogen, was in einem negativen Feriensaldo resultierte. Dieser negative Feriensaldo kann nicht rückgängig gemacht werden. Ebenso war die Ferienanordnung kausal für den Ferienbezug sowie für den negativen Feriensaldo. Ohne die Ferienanordnung hätte die Beschwerdeführerin Überstunden bzw. Mehrarbeit von 9,5 Tagen kompensiert bzw. kompensieren können.

Ferner liegt keine Änderung des Sachverhalts oder der Gesetzgebung vor. Schliesslich ist aufgrund vorstehender Ausführungen das öffentliche Interesse an der richtigen Rechtsanwendung nicht höher zu werten als das private Interesse der Beschwerdeführerin am Schutz des Vertrauens in die unrichtige Anordnung; ersteres darf nur ausnahmsweise höher gewichtet werden.

9.5. Das Prinzip des Vertrauensschutzes soll verhindern, dass die Privaten infolge ihres Vertrauens in das Verhalten von Behörden einen Nachteil erleiden. Der Vertrauensschutz bewirkt in Form des Bestandesschutzes eine Bindung der Behörden an die Vertrauensgrundlage. Dies bedeutet, dass die Ferienanordnung der Beschwerdegegnerin trotz Unrichtigkeit verbindlich ist und nicht zurückgenommen oder widerrufen werden kann.

Wie vorstehend ausgeführt, müsste der Ferienanspruch der Beschwerdeführerin eigentlich um 5/12 bzw. 10,5 Tage à 8:36 Stunden gekürzt werden; der verbleibende

Ferienanspruch der Beschwerdeführerin würde im Kalenderjahr 2020 neu noch 14,5 Tage à 8:36 Stunden betragen. Bis Ende 2020 wurden davon 25 Tage bezogen. Es entstünde ein Feriendefizit von 10,5 Tagen, welches auf das Jahr 2021 zu übertragen und vom aktuellen Ferienguthaben abzuziehen wäre. Das restliche Ferienguthaben der Beschwerdeführerin im Jahr 2021 würde neu noch 14,5 Tage à 8:36 Stunden betragen. Da aber, wie vorstehend ausgeführt, die Beschwerdeführerin in ihrem Vertrauen auf die Richtigkeit der Anordnung des Ferienbezugs statt einer Kompensation im Jahr 2020 zu schützen ist, darf keine Ferienkürzung im Umfang von 10,5 Tagen erfolgen. Wie vorstehend unter Ziffer 9.3. ausgeführt, hätte die Beschwerdeführerin maximal 9,5 Arbeitstage mit Mehr- und Überstunden kompensieren können. Mithin kann nur eine Ferienkürzung im Umfang von einem Tag erfolgen.

10. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerde teilweise gutzuheissen ist.

Entscheid des Regierungsrats vom 7. September 2021

2. Bürgerrecht

2.1 Art. 29 Abs. 2 BV, § 5 Abs. 2 kant. BÜG

Regeste:

Gemäss dem Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV und dem daraus fliessenden Grundsatz der Aktenführungspflicht sind entscheiderelevante Tatsachen und Ergebnisse schriftlich zu protokollieren. Bei einem Einbürgerungsgespräch muss das Protokoll so verfasst sein, dass der wesentliche Inhalt bzw. der Gesprächsverlauf wiedergegeben wird. Dies insbesondere dann, wenn ein Einbürgerungsgespräch einer Parteibefragung gleichkommt und somit Beweischarakter hat und nicht bloss dem gegenseitigen Kennenlernen dient. Ein Wortprotokoll ist nicht zwingend. Auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage in der kantonalen Bürgerrechtsgesetzgebung ist es möglich, das Einbürgerungsgespräch mit technischen Hilfsmitteln aufzuzeichnen.

Schulden alleine reichen nicht aus, um das Vorliegen von geordneten finanziellen Verhältnissen gemäss § 5 Abs. 2 kant. BÜG per se zu verneinen. Insbesondere dann nicht, wenn keine Betreibungsregistereinträge oder Verlustscheine vorliegen und es sich nicht um einen blossen Konsumkredit handelt. Vielmehr muss die Vermögens- sowie Einkommens- und Ausgabesituation als Gesamtes beurteilt werden.

Stellt nur ein Ehepartner ein Einbürgerungsgesuch, ist gleichwohl die gemeinsame finanzielle Situation des Ehepaars bzw. der Familie zu beurteilen.

Aus dem Sachverhalt:

X. (geb. 28. Juli 1977) sowie ihre beiden Kinder Y. (geb. 1. Januar 2015) und Z. (geb. 14. November 2016) sind türkische Staatsangehörige. X. reiste am 8. Oktober 2003 in die Schweiz ein und wohnt seit 2009 in A. Ihr Ehemann, V., lebt seit 2014 in der Schweiz. Die gemeinsamen Kinder sind beide in A. geboren. X. und ihre beiden Kinder besitzen die Niederlassungsbewilligung.

Am 22. Dezember 2016 reichte X. für sich und ihre zwei Kinder beim Zivilstands- und Bürgerrechtsdienst des Kantons Zug ein Gesuch um Erteilung der eidgenössischen Einbürgerungsbewilligung ein. Der Ehemann stellte kein Einbürgerungsgesuch, da er die Wohnsitzfristen noch nicht erfüllte. In dem vom Zivilstands- und Bürgerrechtsdienst bei der Zuger Polizei eingeholten Bericht vom 20. Januar 2017 äusserte sich diese zum strafrechtlichen Leumund von X. 2011 gab es einen Vorfall im Zusammenhang mit Fälschung von Ausweisen. Es kam jedoch zu keiner Verurteilung. Die Sprachkenntnisse von X. erachtete die Zuger Polizei als genügend bis gut. Im Übrigen liess sich dem Bericht nichts entnehmen, was gegen eine Einbürgerung spräche. Das Amt für Migration führte auf entsprechende Nachfrage durch den Zivilstands- und Bürgerrechtsdienst in seinem Bericht vom 9. Januar 2017 aus, X. seien seit ihrer Einreise bis 2013 regelmässig Gebühren erlassen worden. Auf den von X. eingereichten Formularen bestätigte die Einwohnergemeinde A. einen Sozialhilfebezug von 2009 bis 2014 in der Höhe von 95 818 Franken. Mit Gemeinderatsbeschluss vom 15. Februar 2017 hielt die Einwohnergemeinde A. fest, dass aus ihrer Sicht nichts gegen eine Einbürgerung spreche. Am 20. Februar 2017 stellte der Zivilstands- und Bürgerrechtsdienst das Einbürgerungsgesuch von X. sowie ihren beiden Kindern Y. und Z. der Bürgergemeinde A. zur Prüfung der Einbürgerungsvoraussetzungen und zur Stellungnahme zu.

Der Bürgerrat der Bürgergemeinde A. führte am 10. April 2017 das Einbürgerungsgespräch mit X. Dem entsprechenden Gesprächsprotokoll lässt sich entnehmen, dass X. vor der Geburt ihres zweiten Kindes als Aushilfe im Restaurant E. in H. tätig war. Sie erhielt einen Stundenlohn von 21 Franken und arbeitete jeweils Montag und Sonntag für insgesamt ca. zehn Stunden. Zum Zeitpunkt des Gesprächs war sie im Mutterschaftsurlaub. Ihr Mann arbeitete damals als Coiffeur in Zürich und erzielte einen monatlichen Lohn von 3600 Franken zuzüglich Kinderzulagen. Die Familie wohnte in einer 3.5-Zimmerwohnung. Der monatliche Mietzins betrug 1645 Franken. Gemäss Gesprächsprotokoll konnte X. keine Kontakte zu Schweizer Bezugspersonen aufzeigen. Auch im Umfeld der Kinder habe es keine Kontakte zur deutschen Sprache gegeben. Im Gesprächsprotokoll wird erwähnt, X. habe die Fragestellung mehrmals nicht verstanden und eine Wiederholung auf Hochdeutsch sei erforderlich gewesen. Die am Gespräch anwesenden Bürgerratmitglieder empfahlen die Rückstellung des Einbürgerungsgesuchs. Im Protokoll der Bürgerratssitzung vom 16. Mai 2017 wird sodann festgehalten, X. habe gewünscht, das Gespräch auf

Hochdeutsch zu führen. Sie spreche ein Hochdeutsch mit starkem Akzent und verfüge über ein sehr bescheidenes Vokabular. Zudem geht aus dem Protokoll der Bürgerratssitzung hervor, dass keine Schulden oder Kredite vorlägen und X. von 2009 bis 2014 Sozialhilfe in der Höhe von insgesamt 95 818 Franken bezogen habe. Mit Schreiben vom 18. Mai 2017 teilte der Bürgerrat X. mit, aufgrund ihrer aktuellen beruflichen und finanziellen Verhältnisse sowie auch ihrer sprachlichen Integration könne ihr Einbürgerungsgesuch nicht positiv beantwortet werden, und er empfahl ihr eine zweijährige Rückstellung des Gesuchs. Mit der vorgeschlagenen Rückstellung erklärte sich die Gesuchstellerin mittels entsprechenden Formulars am 29. Mai 2017 einverstanden.

Im Juli 2019 – nach Ablauf der zwei Jahre – stellte der Zivilstands- und Bürgerrechtsdienst das Einbürgerungsgesuch von X. der Bürgergemeinde A. zur erneuten Prüfung zu. Aus den ergänzten Unterlagen ergab sich insbesondere, dass der Ehemann von X. seit Januar 2019 Inhaber der C. GmbH ist. Der Bürgerrat führte am 30. September 2019 ein weiteres Einbürgerungsgespräch mit X. durch. Daraus geht hervor, dass der Ehemann von X. inzwischen selbständig ist und die C. GmbH führt. Gemäss ihren Angaben erziele er einen monatlichen Lohn von 5000 Franken zuzüglich Kinderzulagen. X. arbeite seit April 2019 als Reinigungskraft im Geschäft ihres Mannes und verdiene dabei Fr 700 – 800 pro Monat. Zudem arbeite sie in einem 20%-Pensum als Büroangestellte der M. Treuhand in B. und erhalte dafür einen Lohn von 700 Franken pro Monat. X. erwähnte einen bei Freunden ihres Mannes aufgenommenen Kredit für dessen Geschäft, ohne einen Betrag zu nennen. Die Wohnverhältnisse seien noch dieselben. Diesem zweiten Gesprächsprotokoll lässt sich zudem entnehmen, dass nach wie vor Kontakte zu Deutschsprechenden fehlten und das Gespräch wiederum auf Wunsch der Gesuchstellerin auf Hochdeutsch geführt wurde. Des Weiteren wurde festgehalten, dass eine Integration nicht feststellbar sei und die Sprache sich nicht verbessert habe. Mit Schreiben vom 1. Oktober 2019 verlangte der Bürgerrat von X. die Steuererklärung 2018 inkl. allen Lohnausweisen und dem Geschäftsabschluss 2018 des Coiffeursalons ihres Ehemannes. Dieser Aufforderung kam X. mit Eingabe vom 21. Oktober 2019 nach. Der Bürgerrat kam an seiner Sitzung vom 12. November 2019 zum Schluss, dass sowohl die finanziellen Verhältnisse als auch die sprachliche Integration nicht als genügend beurteilt würden, und empfahl den Rückzug des Gesuchs. Dies teilte er der Gesuchstellerin am 29. November 2019 mit. Die Gesuchstellerin lehnte diese Empfehlung am 13. Dezember 2019 ab und verlangte eine beschwerdefähige Verfügung. Die nun rechtlich vertretene X. nahm am 18. Dezember 2019 auch noch schriftlich Stellung und bat um Wiedererwägung des Entscheids des Bürgerrats sowie um Einsicht in sämtliche Akten. In ihrer Stellungnahme wies sie daraufhin, dass sie sich sehr gut auf Deutsch verständigen könne und sie über einen Sprachnachweis aus dem Jahr 2008 für das Referenzniveau B1 verfüge. Zu ihrer finanziellen Situation brachte sie vor, dass sie und ihr Ehemann gemeinsam für den Unterhalt der Familie aufkommen. Sie reichte zusammen mit ihrer Stellungnahme ein Sprachzertifikat, ihren Arbeitsvertrag, Lohn-

abrechnungen, Jahresabschluss und weitere Belege ein. Der Jahresabschluss lag nur vom Coiffeursalon vor, welcher der Ehemann der Beschwerdeführerin bis Anfangs 2019 als Einzelunternehmung führte. Von der neu gegründeten C. GmbH lagen noch keine Abschlüsse vor. Auf Nachfrage der Bürgergemeinde A. bestätigte X, dass sie am Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung festhalte.

Mit Verfügung vom 17. Februar 2020 lehnte der Bürgerrat das Einbürgerungsgesuch von X. sowie ihren beiden Kindern ab. Er machte geltend, hinsichtlich der sprachlichen Integration seien keine Aktivitäten seitens von X. unternommen worden. Sie könne weder den Nachweis erbringen, an Kursen oder ähnlichem teilgenommen zu haben, noch Kontakte mit deutschsprechenden Mitmenschen aufgebaut zu haben. Beim Einbürgerungsgespräch vom 30. September 2019 habe kein Ansatz einer sprachlichen Verbesserung festgestellt werden können. Für die Beurteilung der finanziellen Kriterien seien alle eingereichten Unterlagen gewürdigt worden. X. habe die vergangenen zwei Jahre nicht genutzt, um im beruflichen Umfeld mit der lokalen Bevölkerung in Kontakt zu kommen. Erst auf den Zeitpunkt der Wiederaufnahme des Einbürgerungsgesuchs könne X. ein minimales Arbeitspensum vorweisen. Ihr Ehemann betreibe seit Anfang 2019 selbständig als Coiffeur die C. GmbH. Gemäss Aussagen von X. würden im Geschäft ihres Ehemannes praktisch nur türkischsprechende Kunden bedient. Auch bei der Treuhandfirma sei die Kundschaft ausschliesslich türkischsprechend und die Korrespondenz erfolge in türkischer Sprache. Der Bürgerrat führte des Weiteren aus, im Einbürgerungsgesuch habe X. keine Schulden deklariert. Auch im Gespräch vom 30. September 2019 habe sie Schulden oder Kredite verneint. In der anschliessend eingeforderten Steuererklärung 2018 seien jedoch Privatschulden in der Höhe von 55 620 Franken deklariert worden. Die finanziellen Verhältnisse könnten nicht als stabil beurteilt werden. Der Bürgerrat beantwortete demnach die Vernehmlassung zum Einbürgerungsgesuch von X. und ihren Kindern im negativen Sinn.

Mit Schreiben vom 25. Februar 2020 gelangte die Rechtsvertreterin von X. erneut an die Bürgergemeinde A. und erklärte, dass ihr die Akteneinsicht noch nicht gewährt worden sei. Daher erbat sie erneut darum. Wichtig seien dabei vor allem die Gesprächsprotokolle, Korrespondenzen und unterschriebenen Briefe. Am 2. März 2020 fand sodann ein Telefongespräch zwischen der Rechtsvertreterin von X. und der Bürgergemeinde A. statt. Die Bürgergemeinde A. teilte der Rechtsvertreterin mit, dass man ihr keine Gesprächsprotokolle zur Verfügung stellen könne und auch keine Tonbandaufnahmen gemacht worden seien. Es würden ihr lediglich die Beschlussprotokolle zur Verfügung gestellt werden können. Diese Protokolle wurden der Rechtsvertreterin am gleichen Tag mit der Post zugestellt.

Mit Verwaltungsbeschwerde vom 13. März 2020 beantragte die nun nicht mehr rechtlich vertretene X. (nachfolgend «Beschwerdeführerin») die Aufhebung der Verfügung des Bürgerrats der Bürgergemeinde A. (nachfolgend «Beschwerdegegnerin»)

vom 17. Februar 2020 und die Bewilligung der Einbürgerungsgesuche für sich und ihre Kinder. Eventualiter sei der Entscheid vom 17. Februar 2020 aufzuheben und die Angelegenheit zur weiteren Sachverhaltsabklärung an die Vorinstanz zurückzuweisen. (. . .) Die Beschwerdeführerin rügte in formeller Hinsicht, dass kein Gesprächsprotokoll geführt wurde. Nach zweimaliger Bitte um Akteneinsicht seien ihr von der Vorinstanz lediglich Beschlussprotokolle zugestellt worden. Sie bestreitet sodann, dass ihre Sprachkenntnisse ungenügend seien. So verfüge sie seit 2008 über einen Sprachnachweis über das Referenzniveau B1 der Amtssprache Deutsch. Auch hätten die befragenden Polizisten ihre Sprachfähigkeit als gut eingestuft. In ihrem Scheidungsverfahren im Jahr 2008/2009 habe sie überdies ohne Dolmetscher oder Rechtsvertretung an den Verhandlungen teilgenommen. Ihr berufliches und privates Engagement spreche zudem auch dafür, dass sich ihre Sprachkenntnisse verbessert hätten. So habe sie zwischen 2012 und 2014 ein Praktikum als Fachfrau Betreuung absolviert. Sie pflege Kontakte mit den Nachbarn und mit Leuten aus der Spielgruppe «Deutsch macht Spass», dem Kindergarten der Kinder sowie aus dem Eltern-Kind-Singen «Sagadula». Die Beschwerdeführerin bemängelt zudem, die Beschwerdegegnerin habe nur Unterlagen betreffend die finanzielle Situation und keine weiteren Unterlagen zu ihren Sprachfähigkeiten verlangt. Dem Vorwurf, sie habe weder einen Nachweis erbringen können, dass sie an einem Kurs teilgenommen noch Kontakte mit deutschsprechenden Menschen gepflegt habe, könne daher nicht gefolgt werden. Die Beschwerdeführerin brachte zudem vor, die Beschwerdegegnerin habe fälschlicherweise behauptet, ihr Ehemann habe praktisch nur türkischsprechende Kunden. Auch bei der Beurteilung ihrer Arbeitsstelle bei der M. Treuhand sei ihr fälschlicherweise vorgeworfen worden, die Kundschaft sei ausschliesslich türkischsprechend und die Korrespondenz erfolge auf Türkisch. Im Weiteren brachte die Beschwerdeführerin vor, die Beschwerdegegnerin habe nach Bankkrediten gefragt, was sie korrekterweise verneint habe. Sie und ihr Ehemann hätten Privatschulden im Zusammenhang mit dem Coiffeur-Geschäft gehabt. Aufgrund des erfolgreichen Geschäftsganges seien diese Schulden von 55 620 Franken aber grösstenteils bereits 2019 abbezahlt worden. Der aktuelle Restbetrag belaufe sich auf 26 000 Franken. Die Beschwerdegegnerin sei in unzutreffender Weise von unstablen finanziellen Verhältnissen ausgegangen. Massgebend sei das gesamte Familieneinkommen. Die Beschwerdeführerin machte sodann geltend, die Beschwerdegegnerin habe den Sachverhalt ungenügend abgeklärt und eine rechtsverletzende Ermessensüberschreitung vorgenommen.

(. . .) Innert erstreckter Frist beantragte die Beschwerdegegnerin am 14. Juli 2020 die Abweisung der Beschwerde. Sie erachtete den Vorwurf der ungenügenden Sachverhaltsabklärung als pauschale Unterstellung. Die Beschwerdeführerin habe mehrmals Gelegenheit gehabt, ihre Standpunkte zu präzisieren. Zu den fehlenden Gesprächsprotokollen hielt die Beschwerdegegnerin fest, es sei bei ihr nicht üblich, Gespräche auf Tonband aufzunehmen und hierfür bestehe keine gesetzliche Grundlage. Bei den Sprachkenntnissen betonte die Beschwerdegegnerin, dass deren Beurteilung in ihrem Ermessen liege. Sie wiederholte ihre Eindrücke aus den Einbürgerungsgesprächen zu den Sprachkenntnissen der Beschwerdeführerin. Zu den fi-

nanziellen Verhältnissen hielt die Beschwerdegegnerin fest, dass bei der Beschwerdeführerin durch die verschiedenen Stellenwechsel und Pensumsänderungen einige Schwankungen vorlägen. Zudem brachte die Beschwerdegegnerin erneut vor, die Beschwerdeführerin habe beim Einbürgerungsgespräch vom 30. September 2019 die Frage betreffend die Schulden unzutreffend beantwortet. Die von der Beschwerdeführerin im Rahmen des Verwaltungsbeschwerdeverfahrens vorgelegten Rückzahlungsbelege betreffend die Privatschulden seien für ihre Verfügung unerheblich, da es am Sachverhalt sowie an den unwahren Angaben anlässlich des Einbürgerungsgesprächs nichts ändere und auch weiterhin Schulden bestünden. In ihrer Replik vom 11. August 2020 führte die Beschwerdeführerin aus, dass sie über genügend Sprachkenntnisse verfüge. Sie machte zudem geltend, die Frage, ob sich die Beschwerdegegnerin nach «Bankkrediten» oder «Schulden» erkundigt habe, liesse sich letztlich aufgrund des fehlenden Protokolls nicht abschliessend beurteilen. Sie betonte, sie könne seit mehreren Jahren ihren Lebensunterhalt selber finanzieren. Ein grosser Teil der Privatschulden für das Coiffeur-Geschäft sei 2019 abbezahlt worden.(. . .)

Aus den Erwägungen:

I.

(. . .)

II.

1.

1.1 Bei der ordentlichen Einbürgerung wird das Schweizer Bürgerrecht mit der Einbürgerung in einem Kanton und einer Gemeinde erworben (Art. 12 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Erwerb und Verlust des Schweizer Bürgerrechts vom 29. September 1952 [nachfolgend eidg. aBÜG]). Die Bewerberin oder der Bewerber muss gemäss Art. 14 eidg. aBÜG zur Einbürgerung geeignet sein, das heisst insbesondere in die schweizerischen Verhältnisse eingegliedert (Bst. a) sowie mit den schweizerischen Lebensgewohnheiten, Sitten und Gebräuchen vertraut sein (Bst. b), die schweizerische Rechtsordnung beachten (Bst. c) und sie oder er darf weder die innere noch die äussere Sicherheit gefährden (Bst. d).

1.2 Das Gemeinde- und Kantonsbürgerrecht darf nur Bewerberinnen und Bewerbern erteilt werden, die aufgrund ihrer persönlichen Verhältnisse hierzu geeignet sind (§ 5 Abs. 1 des kantonalen Gesetzes betreffend Erwerb und Verlust des Gemeinde- und des Kantonsbürgerrechts vom 3. September 1992 [Bürgerrechtsgesetz, kant. BÜG; BGS 121.3]). § 5 Abs. 2 kant. BÜG zählt beispielhaft und nicht abschliessend («insbesondere») verschiedene Kriterien auf, anhand derer die Eignung zu überprüfen ist, wie namentlich, ob die Bewerberin oder der Bewerber mit den schweizerischen, kantonalen und örtlichen Lebensgewohnheiten vertraut ist, die mit dem

Bürgerrecht verbundenen Rechte und Pflichten kennt und beachten will, genügende Sprachkenntnisse zur Verständigung mit Behörden sowie Mitbürgerinnen und Mitbürgern besitzt sowie geordnete persönliche, familiäre und finanzielle Verhältnisse nachweisen kann.

1.3 Die Einbürgerungsbehörden verfügen bei ihren Entscheiden über einen gewissen Ermessensspielraum. Das bedeutet aber nicht, dass sie in ihrem Entscheid völlig frei sind. Gemeinwesen, welche staatliche Aufgaben wahrnehmen, sind an die Grundrechte gebunden und haben zu ihrer Verwirklichung beizutragen (Art. 35 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]; vgl. BGE 135 I 265 E. 4.2). Sie haben ihr Ermessen pflichtgemäss auszuüben. Die gesuchstellenden Personen können sich auf die verfassungsmässigen und gesetzlichen Garantien berufen, dass die Behörden bei ihrem Entscheid die allgemeinen Rechts- und Verfahrensgrundsätze befolgen. So haben sie insbesondere das Willkürverbot sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten und sie müssen sich von sachlichen Motiven leiten lassen. Die Betroffenen haben Anspruch auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs und – bei Ablehnung des Gesuchs – auf eine rechtsgenügende Begründung (Art. 15b eidg. aBÜG; vgl. BGE 135 I 265 E. 4.3; GVP 2008, S. 105).

2. Die Beschwerdeführerin macht zunächst eine unzureichende Protokollierung der Einbürgerungsgespräche geltend.

2.1 Es entspricht einem aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV abgeleiteten allgemeinen Verfahrensgrundsatz, dass entscheidrelevante Tatsachen und Ergebnisse in Umsetzung der Aktenführungspflicht schriftlich zu protokollieren sind. Dazu gehört auch die Pflicht zur Protokollführung über entscheidwesentliche Abklärungen, Zeugeneinvernahmen und Verhandlungen im Rechtsmittelverfahren. Der Umfang der Protokollierungspflicht hat sich an ihrem Zweck auszurichten und hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Grundsätzlich darf sich das Protokoll zusammenfassend auf den wesentlichen Inhalt beschränken. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht auch für die persönliche Befragung einer Partei im Verwaltungsverfahren eine Protokollierungspflicht im Sinne einer Niederschrift der mündlichen Äusserungen nach ihrem wesentlichen Inhalt (vgl. zum Ganzen BGE 130 II 473 E. 4; Urteil des Bundesgerichts 1D_4/2018 vom 11. Juli 2019, E. 3.5 m.w.H.; vgl. auch BGE 146 I 49 E. 3).

2.2 Im vorliegenden Fall ist insbesondere das Protokoll des zweiten Einbürgerungsgesprächs vom 30. September 2019 relevant. Dieses besteht aus einer Tabelle mit handschriftlichen Stichworten und Notizen. Aufgrund der Stichworte ist erkennbar, zu welchen Themen die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin befragte. Die Antworten der Beschwerdeführerin sind teilweise in Sätzen wiedergegeben, teilweise auch nur in Stichworten. Bei gewissen Fragen wurden direkt Schlussfolgerungen

protokolliert. So steht beim Punkt «Referenzen», diese seien nach wie vor nicht plausibel für Kontakte zu einem deutschsprechenden Umfeld. Was die Beschwerdeführerin zu den Referenzen konkret sagte oder inwiefern die Referenzen nicht plausibel seien, lässt sich dem Protokoll nicht entnehmen. Beim Stichwort «Sprache» ist dem Protokoll zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin von Anfang an gewünscht habe, das Gespräch auf Hochdeutsch zu führen und sie die Fragen nicht auf Anhieb verstanden habe, obwohl es die gleichen Fragen wie 2017 waren. Eine Verbesserung sei nicht feststellbar. Auch hier liegen keine Informationen vor, um was für Fragen es sich konkret handelte, ob die Beschwerdeführerin gar nichts sagte oder ob sie die Fragen lediglich nicht schlüssig beantwortete. Das Protokoll vom 30. September 2019 ist insgesamt nur stichwortartig verfasst und gibt den Gesprächsverlauf nur in den Grundzügen wieder. Gerade für die Beurteilung der sprachlichen Fähigkeiten einer gesuchstellenden Person wäre eine ausführlichere Protokollierung erforderlich. Denn lediglich aufgrund von Stichworten lassen sich die Sprachkenntnisse nicht beurteilen und die Überprüfung, ob die Beschwerdegegnerin ihr Ermessen rechtmässig ausübte, ist nicht möglich. Auch geht es nicht an, dass in einem Protokoll Schlussfolgerungen festgehalten werden. Insgesamt erlaubt dieses rudimentär verfasste Protokoll keine Beurteilung, ob die aus dem Gespräch gezogenen Schlussfolgerungen der Beschwerdegegnerin rechtmässig sind. Es ist zwar grundsätzlich nicht zwingend, dass bei einem Einbürgerungsgespräch ein Wortprotokoll geführt wird. Doch sollte das Protokoll zumindest so verfasst sein, dass der wesentliche Inhalt bzw. Gesprächsverlauf wiedergegeben werden. Dies insbesondere dann, wenn ein Einbürgerungsgespräch einer Parteibefragung gleichkommt und somit Beweischarakter hat und nicht bloss dem gegenseitigen Kennenlernen dient. Gerade wenn es um die Beurteilung der Sprachkenntnisse geht, ist eine detaillierte Protokollierung angezeigt. Diese Anforderungen erfüllt das vorliegende Protokoll nicht und es liegt daher eine Verletzung des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 29 Abs. 2 BV vor.

2.3 Die Beschwerdegegnerin führt an, es bestünde keine gesetzliche Grundlage, die Gespräche aufzunehmen. Dazu lässt sich Folgendes sagen: Sowohl im kantonalen als auch im eidgenössischen Einbürgerungsrecht finden sich keine Vorgaben, wie Einbürgerungsgespräche zu protokollieren sind. Folglich gelangen die allgemeinen Verfahrensvorschriften zur Anwendung. Das kantonale Verfahrensrecht verweist für das Beweisfahren auf die Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272) und hält fest, dass diese sinngemäss zur Anwendung gelangen (§ 14 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 [Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG; BGS 162.1]). Die Schweizerische Zivilprozessordnung sieht vor, dass bei einer Parteibefragung die wesentlichen Inhalte zu Protokoll genommen werden müssen (Art. 193 i.V.m. Art. 176 Abs. 1 ZPO). Das Protokoll ist der befragten Partei vorzulesen oder ihr zum Lesen vorzulegen und anschliessend von ihr zu unterzeichnen. Die Aussagen können zusätzlich auf Tonband oder mit anderen geeigneten technischen Hilfsmitteln aufgezeichnet werden (Art. 176 Abs. 2 ZPO). Werden die Aussagen mit techni-

schen Hilfsmitteln aufgezeichnet, kann darauf verzichtet werden, der befragten Partei das Protokoll vorzulesen oder zum Lesen vorzulegen und von ihr unterzeichnen zu lassen. Die Aufzeichnungen werden zu den Akten genommen und gemeinsam mit dem Protokoll aufbewahrt. Die Schweizerische Zivilprozessordnung, welche für das verwaltungsrechtliche Beweisverfahren analog heranzuziehen ist, erwähnt demnach die Tonaufzeichnung als zulässiges Beweismittel und als Ergänzung zur Protokollierungspflicht ausdrücklich (MÜLLER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 176 N 20 und Art. 177 N 11; vgl. ferner PLÜSS, in: Kommentar VRG ZH, 3. Aufl. 2014, § 7 N 51). Demnach ist es auch im Einbürgerungsverfahren des Kantons Zug möglich, Einbürgerungsgespräche mit technischen Hilfsmitteln aufzuzeichnen, ohne dass hierfür eine gesetzliche Grundlage in der Bürgerrechtsgesetzgebung erforderlich wäre.

3. Bestandteil des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 29 Abs. 2 BV ist sodann auch das Recht auf Akteneinsicht. Das Akteneinsichtsrecht räumt während eines hängigen Verfahrens den Parteien das Recht ein, sämtliche Verfahrensakten, die potenziell geeignet sind, Grundlage des späteren Entscheids zu bilden, einzusehen (WIEDERKEHR/PLÜSS, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, 2020, N 450). Indem die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin trotz mehrmaligem Nachfragen die Protokolle der Einbürgerungsgespräche nicht zustellte, verletzte sie ebenfalls das Akteneinsichtsrecht gemäss Art. 29 Abs. 2 BV.

4. Gestützt auf die obigen Ausführungen liegt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Nach der Rechtsprechung kann eine solche Verletzung ausnahmsweise geheilt werden. Voraussetzung ist allerdings, dass der Rechtsmittelinstanz die gleiche Kognition wie der Vorinstanz zusteht, sie also sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann (BGE 127 V 437 E. 3d/aa).

Da der Regierungsrat im vorliegenden Beschwerdeverfahren bloss eine eingeschränkte Kognition hat und den angefochtenen Entscheid nur auf Rechtsverletzungen hin prüfen darf (§ 30 Abs. 2 kant. BÜG), kann er den vorliegenden Mangel nicht heilen. Entsprechend ist der angefochtene Entscheid der Beschwerdegegnerin bereits wegen der Verletzung des rechtlichen Gehörs aufzuheben.

5. Aus prozessökonomischen Gründen äussert sich der Regierungsrat gleichwohl noch zu folgenden Punkten:

5.1 Die Beschwerdegegnerin macht geltend, die Beschwerdeführerin weise die in § 5 Abs. 2 kant. BÜG geforderten geordneten finanziellen Verhältnisse nicht auf. Der Begriff «geordnete finanzielle Verhältnisse» gemäss § 5 Abs. 2 kant. BÜG ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, bei dessen Auslegung der entscheidenden Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum eingeräumt wird (GVP 2014, S. 351). Sinn und Zweck dieser Voraussetzung ist es, dass nicht Personen eingebürgert werden, welche ein erhebliches Sozialhilferisiko darstellen (vgl. GVP 2011, S. 359; vgl. auch BGE 135 I 49). Die Lebenshaltungskosten müssen durch Einkommen, Vermögen oder Rechtsansprüche gegen Dritte gedeckt sein. Betreibungen, Verlustscheine oder Steuerrückstände dienen als Anhaltspunkte, um auf nicht geregelte finanzielle Verhältnisse zu schliessen (GVP 2012, S. 246; vgl. auch Handbuch Bürgerrecht, Ziff. 4.7.3.2, in der bis am 31. Dezember 2017 gültigen Fassung). Eine bloss denkbare Sozialhilfeabhängigkeit vermag die Abweisung des Einbürgerungsgesuchs indessen nicht zu rechtfertigen, sofern im Zeitpunkt der Beurteilung des Einbürgerungsgesuchs keine Anzeichen für eine drohende Sozialhilfeabhängigkeit vorhanden sind (GVP 2012, S. 246 f.).

Die Beschwerdegegnerin verneint die Einbürgerungsvoraussetzung der geordneten finanziellen Verhältnisse insbesondere mit den Privatschulden der Beschwerdeführerin und ihres Ehemannes, welche gemäss Steuererklärung 2018 55 620 Franken betragen, inzwischen jedoch gemäss Angaben der Beschwerdeführerin bis auf 26 000 Franken abbezahlt wurden. Schulden alleine reichen jedoch nicht aus, um das Vorliegen geordneter finanzieller Verhältnisse per se zu verneinen. Insbesondere dann nicht, wenn keine Betreibungsregistereinträge oder Verlustscheine vorliegen und es sich nicht um einen blossen Konsumkredit handelt. Vielmehr muss die Vermögens- sowie Einkommens- und Ausgabesituation als Gesamtes beurteilt werden. Im Falle der Beschwerdeführerin und ihres Ehemannes wäre es angezeigt gewesen, dass die Beschwerdegegnerin ihre aktuellen Einkommens- und Vermögensverhältnisse analysiert und den Privatschulden gegenübergestellt hätten. Auch hätten genauere Abklärungen zu den Schulden vorgenommen (Zinspflicht, Rückzahlungsbedingungen etc.) und berücksichtigt werden müssen, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin seit Januar 2019 Inhaber der C. GmbH ist. Seine Beteiligung an der GmbH (Wert Stammanteil) wirkt sich auch auf sein Vermögen aus und als Angestellter der C. GmbH bezahlt er sich einen regelmässigen Lohn aus. Erst diese Gesamtbeurteilung erlaubt eine aussagekräftige Beurteilung der finanziellen Situation der Beschwerdeführerin und ihres Ehemannes. Aus den vorliegenden Unterlagen geht indes nicht hervor, dass die Beschwerdegegnerin dies vertieft genug getan hat und sie geht in ihrer Begründung auch nicht weiter darauf ein. Darin liegt eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes gemäss § 12 Abs. 1 VRG bzw. eine Verletzung der Begründungspflicht, welche sich aus Art. 29 Abs. 2 BV ergibt. Im Übrigen

hat die Beschwerdeführerin beim zweiten Einbürgerungsgespräch gemäss dem Gesprächsprotokoll der Beschwerdegegnerin vom 30. September 2019 die Privatschulden ihres Ehemannes erwähnt, wenn auch nicht betragsmässig. Die im Nachgang zum Einbürgerungsgespräch vom 30. September 2019 verlangten Unterlagen zu den finanziellen Verhältnissen reichte die Beschwerdeführerin wunschgemäss ein. Aus den eingereichten Steuerunterlagen waren die Privatschulden ersichtlich. Im Rahmen der Untersuchungspflicht der Beschwerdegegnerin wäre es ihr obliegen, die Beschwerdeführerin aufzufordern, diese Schulden näher zu belegen und zu erläutern.

Im Zusammenhang mit der Beurteilung der geordneten finanziellen Verhältnisse macht die Beschwerdegegnerin zudem geltend, die Beschwerdeführerin sei beruflich zu wenig integriert bzw. aufgrund von Stellenwechseln und Pensumsänderungen lägen Schwankungen vor. Die Beschwerdeführerin hat am 1. Januar 2015 einen Sohn und am 14. November 2016 eine Tochter geboren. Erfahrungsgemäss hat die Geburt eines Kindes regelmässig Auswirkungen auf das Erwerbsspensum der Mutter. Wenn die Beschwerdeführerin jedoch gemeinsam mit ihrem Ehemann über genügend finanzielle Mittel verfügt, um ihren Lebensunterhalt zu finanzieren, darf ihr die eingestellte bzw. reduzierte Erwerbstätigkeit aufgrund der Kinderbetreuung nicht angelastet werden. Vielmehr ist es auch hier erforderlich, dass die finanzielle Situation der Beschwerdeführerin und ihres Ehemannes als Familie beurteilt wird und die gemeinsamen Einnahmen und Ausgaben einander gegenübergestellt werden.

5.2 Bei der Beurteilung der Sprachkenntnisse der Beschwerdeführerin bringt die Beschwerdegegnerin vor, sie könne den Nachweis nicht erbringen, seit der Rückstellung ihres Einbürgerungsgesuchs an Kursen oder ähnlichem teilgenommen zu haben und Kontakte mit deutschsprechenden Mitmenschen aufgebaut zu haben. Aus den vorliegenden Unterlagen geht nicht hervor, dass die Beschwerdegegnerin im Zusammenhang mit der Rückstellung des Einbürgerungsgesuchs von der Beschwerdeführerin ausdrücklich verlangte, dass diese zur Verbesserung ihrer Sprachkenntnisse einen Deutschkurs besuche. Auch gesetzlich war damals noch nicht vorgesehen, dass die Sprachkenntnisse mit einem Diplom darzulegen sind. Folglich kann die Beschwerdegegnerin nicht darauf abstellen, dass die Beschwerdeführerin keine Sprachkurse besucht hat, sondern muss auch andere Versäumnisse der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit ihren Sprachkenntnissen aufzeigen bzw. es muss nachvollziehbar dokumentiert sein, dass die Beschwerdeführerin nach wie vor über ungenügende Deutschkenntnisse verfügt (vgl. Erwägung 2). Dabei ist auch nicht ausschlaggebend, wie viel Kontakt zu deutschsprechenden Personen gepflegt wird, sondern massgebend sind die effektiven Sprachfähigkeiten.

Gemäss § 5 Abs. 2 kant. BÜG sind für eine Einbürgerung genügende Sprachkenntnisse zur Verständigung mit Behörden und Mitbürgern erforderlich. Im Kanton Zug ist die Amtssprache Deutsch (vgl. § 17 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung über das

Zivilstandswesen vom 28. April 1981 [Kantonale Zivilstandsverordnung, kant. ZStV; BGS 212.1]). Es ist somit ausreichend, wenn sich die einbürgerungswillige Person auf Hochdeutsch verständigen kann. Dialektkenntnisse sind dabei nicht erforderlich und es darf der Beschwerdeführerin nicht vorgehalten werden, dass sie wünschte, das Einbürgerungsgespräch auf Hochdeutsch zu führen (vgl. auch GVP 2019, S. 160).

6. Dem Gesagten nach ist die vorliegende Beschwerde gutzuheissen, der angefochtene Entscheid vom 17. Februar 2020 aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

III.
(. . .)

Entscheid des Regierungsrats vom 30. März 2021

C

Stichwortverzeichnis

Auskunft oder Einsicht kann nach Massgabe von Art. 802 Abs. 4 OR, 24

Anspruch auf rechtliches Gehör, 62

Anwaltsrecht, 43

Dauerdelikt, 40

Ferienanspruch , 52

Ferienkürzung , 52

geordneten finanziellen Verhältnissen, 62

Gleichstellungsgesetz, 27

Nichteinhaltung der GAFI-Meldepflichten, 12

