

---

# Gerichts- und Verwaltungspraxis 2018

---



Kanton Zug

# Gerichts- und Verwaltungspraxis 2018



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](http://www.zg.ch/gvp).

# Inhaltsverzeichnis

## A

Gerichtspraxis	7
<b>I</b>	
Staats- und Verwaltungsrecht	8
1 Bau- und Planungsrecht	8
2 Denkmalschutz	15
3 Handelsregister	39
4 Sozialversicherungsrecht	44
5 Steuerrecht	73
6 Verfahrensrecht	102
7 Kindes- und Erwachsenenschutz	107
8 Polizeirecht	115
9 Stimm- und Wahlrecht	135
<b>II</b>	
Zivilrecht	145
1 Gesellschaftsrecht	145
2 Familienrecht	150
3 Zivilgesetzbuch	160
<b>III</b>	
Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	170
1 Vollstreckungsrecht	170
<b>IV</b>	
Strafrecht	176
1 Strafrechtspflege	176
2 Materielles Strafrecht	176
<b>V</b>	
Rechtspflege	185
1 Zivilprozessordnung	185
2 Anwaltsrecht	194
3 Beurkundungsrecht	209

<b>B</b>	
Verwaltungspraxis	217
<b>I</b>	
Gesundheit, Arbeit, soziale Sicherheit	218
1  Sozialwesen	218
<b>II</b>	
Grundlagen, Organisation, Gemeinden	227
1  Ausstand; Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung	227
<b>C</b>	
Stichwortverzeichnis	235



# A

Gerichtspraxis

## I. Staats- und Verwaltungsrecht

### 1. Bau- und Planungsrecht

#### 1.1 § 29 Abs. 4 PBG

##### **Regeste:**

§ 29 Abs. 4 PBG – Nur wesentliche Änderungen einer Arealbebauung verlangen die Zustimmung von mindestens Dreivierteln der wesentlich stärker belasteten Eigentümer.

##### **Aus dem Sachverhalt:**

Am 10. Juni 2015 liess die A. AG beim Gemeinderat Q. ein Gesuch für den Neubau einer Mobilkommunikationsanlage einreichen. Gegen das Vorhaben beantragte B. mit weiteren Einsprechern zusammen u.a., das Baugesuch sei nicht zu bewilligen, weil die zulässigen Strahlenwerte nicht eingehalten würden, die Voraussetzungen für eine Änderung der Arealüberbauung nicht erfüllt seien, elementare Grundsätze der Umweltschutzgesetzgebung verletzt seien und die Mobilfunkanlage nicht in das Landschaftsbild passe. Nachdem das Amt für Umweltschutz des Kantons Zug dem Gemeinderat Q. u.a. mitgeteilt hatte, die Grenzwerte der Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung würden eingehalten, wies der Gemeinderat Q. die Einsprachen ab. Gleichzeitig erteilte er die Baubewilligung unter Auflagen und Bedingungen. Gegen die Beschlüsse des Gemeinderats Q. liess B. beim Regierungsrat Beschwerde einreichen. Nach einem Augenschein der Baudirektion wies der Regierungsrat die Beschwerde mit Beschluss vom 7. März 2017 ab, soweit er darauf eintrat. Dagegen liess B. am 10. April 2017 Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen und beantragen, der Beschluss des Regierungsrats sowie die Entscheide des Gemeinderats Q. betreffend die Bewilligung des Baugesuchs und die Einsprache seien aufzuheben; eventualiter sei die Sache zur neuen Beurteilung an den Regierungsrat des Kantons Zug zurückzuweisen.

##### **Aus den Erwägungen:**

(...)

4.

(...)

b) (...) § 29 Abs. 4 PBG bestimmt Folgendes: Arealbebauungen können etappenweise realisiert werden. Änderungen an ganz oder teilweise erstellten Arealbebauungen: a) sind nur mit Rücksicht auf das Ganze bewilligungsfähig; b) bedürfen der Zustimmung jener Eigentümerinnen und Eigentümer der Arealfläche, welche von

den Änderungen wesentlich stärker belastet werden. Die erforderliche Zustimmung liegt vor, wenn mindestens eine Dreiviertelmehrheit der betroffenen Eigentümerinnen und Eigentümer der anrechenbaren Geschossfläche der Arealbebauung mit den Änderungen einverstanden ist.

Arealbebauungen und Teile von solchen dürfen nachträglich geändert werden. Voraussetzung ist, dass die spezifischen Anforderungen, die eine Arealbebauung erfüllen muss, beachtet werden. Ist eine Arealbebauung einmal erstellt, so behält sie grundsätzlich ihren Charakter als Arealbebauung. Das gemäss den erhöhten Anforderungen und der grösseren Gestaltungsfreiheit verwirklichte Konzept hat in gewissem Sinne normativen Charakter, indem es Ausgangspunkt für weitere baurechtliche Entscheide bleibt (GVP 1987/1988 S. 69; sowie Urteil Verwaltungsgericht Zug V 2011 134 Erw. 3e).

(...)

g) Zunächst ist festzuhalten, dass eine Änderung der Arealbebauung vorliegt. Bei der Mobilfunkanlage handelt es sich um eine Baute bzw. Anlage i.S.v. § 4 V PBG. Diese Bestimmung lautet: Bauten und Anlagen sind künstlich geschaffene und auf Dauer angelegte Einrichtungen, die den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen (Abs. 1). Namentlich sind es unter oder über dem Boden errichtete Gebäude und Anlagen aller Art, einschliesslich An-, Um- und Aufbauten, Keller, Strassen, Parkplätze, Mauern und Terrainveränderungen und dergleichen. Ferner sind es Fahrnisbauten und provisorische Bauten (Abs. 2). Die Mobilfunkanlage ist eine künstlich geschaffene und auf Dauer angelegte Einrichtung, die den Raum äusserlich erheblich verändert (was jedoch nicht i.S. einer Beeinträchtigung zu verstehen ist, die, wie in Erw. 3f gezeigt, nicht besteht) und die Umwelt aufgrund der Strahlung beeinträchtigt, selbst wenn sich diese innerhalb des rechtlich zulässigen Rahmens befindet. Die optischen Veränderungen des Raums bzw. der Arealbebauung lassen sich den eingereichten Bildern des Beschwerdeführers entnehmen. Selbst wenn es sich bei der Anlage um eine durchschnittlich dimensionierte Mobilfunkanlage handelt, wie von den Beschwerdegegnern vorgebracht, so ist die Antenne als die Dächer überragendes Element dennoch wahrnehmbar. Entsprechend unterliegt die Anlage auch einer Baubewilligungspflicht (siehe zur Qualifikation als Baute auch Bundesamt für Umwelt, Leitfaden Mobilfunk für Gemeinden und Städte, Ziff. 3.3.2). Mit anderen Worten hat die geplante Mobilfunkanlage so wahrnehmbare Auswirkungen auf die Umgebung, dass von einer Änderung der Arealbebauung durch die Anlage ausgegangen werden muss.

h) Auch wenn die geplante Mobilfunkanlage eine Änderung der Arealbebauung darstellt, kann diese im vorliegenden Fall gleichwohl nicht als wesentlich bezeichnet werden. Ob eine Änderung der Arealbebauung wesentlich ist, hängt von den Um-

ständen des Einzelfalls ab. So wurde beispielsweise die Änderung des Farbtons von Rollläden in einer Arealüberbauung mit einheitlichen Rollläden als massgebliche Veränderung qualifiziert (Urteil des Verwaltungsgerichts V 2011 134). In einem anderen Verfahren wurden verschiedenste Änderungen an einem Garten mit Zäunen, einem Geräteschrank und Erdaufschüttungen hingegen als unwesentliche Änderung der Arealbebauung qualifiziert bzw. festgestellt, dass die dort vorgesehenen Veränderungen derart marginal seien, dass sie nicht der Bewilligungspflicht unterständen (Urteil des Verwaltungsgerichts V 2016 88). Vorliegend ist zu beachten, dass dem Augenschein besondere Bedeutung zukommt, weil sich der unbestritten gebliebenen Aussage des Regierungsrats entnehmen lässt, dass der Plan der ursprünglichen Überbauung aus dem Jahr 1977 nicht mehr verfügbar ist. Somit kann für die Beurteilung der Arealbebauung nur auf die faktischen Gegebenheiten, mit anderen Worten auf die aktuelle Erscheinung des Areals, abgestellt werden. Wie sich dem Protokoll des Augenscheins vom 8. Februar 2016 an der Strasse C. entnehmen lässt, weist die Arealüberbauung durchaus einheitliche Architekturelemente auf. Gleichwohl besteht hinsichtlich der Dachstruktur keine einheitliche Gestaltung, wie sich sowohl dem Augenschein als auch der vom Gericht selbst durchgeführten Begutachtung der räumlichen Situation entnehmen lässt. Ausserdem existieren Spezialstrukturen wie (...). Der Regierungsrat ging u.a. aufgrund dieser nicht durchwegs ähnlichen Architektursprache davon aus, dass die geplante Mobilfunkantenne als durchschnittlich dimensionierte Mobilfunkantenne zu keiner wesentlichen Änderung der Arealüberbauung führe.

Aufgrund der bereits mehrfach erwähnten heterogenen Architektur des Areals Y. und seiner Umgebung ist das Gericht in Übereinstimmung mit dem Regierungsrat der Ansicht, dass die geplante Mobilfunkanlage eine bloss unwesentliche Änderung darstellt. Entsprechend ist die vom Regierungsrat vorgenommene Qualifikation nicht zu beanstanden; dies umso mehr, als dass die Auslegung des Begriffs der wesentlichen Änderung durch den Regierungsrat ohnehin nur mit Zurückhaltung überprüft werden muss.

i) Aus dem bisher Gesagten folgt, dass es sich bei der geplanten Mobilfunkanlage um eine unwesentliche Änderung der Arealbebauung Y. handelt. Fraglich und zwischen den Parteien umstritten ist weiter, ob eine solche unwesentliche Änderung die Voraussetzungen von § 29 Abs. 4 PBG (Bewilligungsfähigkeit als Ganzes und Zustimmung von mindestens Dreivierteln derjenigen Eigentümer, die von der Änderung wesentlich stärker betroffen sind) erfüllen muss. Namentlich ist strittig, ob die Bestimmung nur auf wesentliche Änderungen (wie von den Beschwerdegegnern argumentiert) oder auch auf unwesentliche anwendbar ist, indem der Beschwerdeführer geltend macht, auch bei unwesentlichen Änderungen einer Arealbebauung sei die Zustimmung der erheblich betroffenen Eigentümer erforderlich. Gemäss Beschwerdeführer sind alle Eigentümer der Arealfläche wesentlich betroffen, da sie Sichtkontakt zur Mobilfunkanlage haben. Die fragliche Bestimmung ist demnach auszulegen.

j) Die Gesetzesbestimmungen sind in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen. An einen klaren Gesetzeswortlaut ist die rechtsanwendende Behörde gebunden. Abweichungen vom klaren Wortlaut sind indessen zulässig oder sogar geboten, wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass er nicht dem wahren Sinn der Bestimmung entspricht. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Norm, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Vom klaren Wortlaut kann ferner abgewichen werden, wenn die grammatikalische Auslegung zu einem Ergebnis führt, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. Im Übrigen sind bei der Auslegung alle herkömmlichen Auslegungselemente zu berücksichtigen, wobei das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus befolgt und es ablehnt, die einzelnen Auslegungselemente einer Prioritätsordnung zu unterstellen (BGE 143 IV 122 Erw. 3.2.3 m.w.H.).

k) § 29 Abs. 4 PBG lautet wie folgt: Arealbebauungen können etappenweise realisiert werden. Änderungen an ganz oder teilweise erstellten Arealbebauungen sind nur mit Rücksicht auf das Ganze bewilligungsfähig (lit. a); sie bedürfen der Zustimmung jener Eigentümerinnen und Eigentümer der Arealfläche, welche von den Änderungen wesentlich stärker belastet werden. Die erforderliche Zustimmung liegt vor, wenn mindestens eine Dreiviertelmehrheit der betroffenen Eigentümerinnen und Eigentümer der anrechenbaren Geschossfläche der Arealbebauung mit den Änderungen einverstanden ist (lit. b).

Der Beschwerdeführer leitet aus dem Wortlaut der Bestimmung ab, dass diese bei jeder Änderung einer Arealbebauung anzuwenden ist. Ob die Änderungen wesentlich seien oder nicht, spiele keine Rolle, da sich eine entsprechende Unterscheidung aus dem Wortlaut der Norm nicht ableiten liesse. Der Regierungsrat hingegen betont, der Wortlaut der Bestimmung spreche gerade dafür, dass sie nur auf wesentliche Änderungen anwendbar sei.

Betrachtet man lediglich den Wortlaut von § 29 Abs. 4 PBG, so ergibt sich, dass einzig bei der Belastung der Eigentümer von Wesentlichkeit gesprochen wird. Explizit nicht erwähnt wird das Erfordernis der Wesentlichkeit jedoch bei der Änderung. Hinweise darauf, dass die Wesentlichkeit auch für die Änderung gelten soll, lassen sich weder Abs. 4 noch den anderen Absätzen der Bestimmung entnehmen. Dass die Wesentlichkeit der Belastung gerade nicht mit der Wesentlichkeit der Änderung gleichgesetzt werden darf, bestätigt denn auch der Regierungsrat selbst, indem er im angefochtenen Beschluss auf S. 16 unten ausführt, dass bei einer wesentlichen Änderung keine hohen Anforderungen an die Wesentlichkeit der Belastung gestellt werden dürfen. Auch die weiteren Normen des PBG führen zu keinem anderen Schluss. Somit kann festgehalten werden, dass Wortlaut und Systematik von § 29 Abs. 4 PBG grundsätzlich für die Position des Beschwerdeführers, dass für die Anwendbarkeit der Bestimmung keine wesentliche Änderung vorausgesetzt ist, sprechen.

l) Der Regierungsrat stützt sich zu Gunsten seiner Auslegung von § 29 Abs. 4 PBG schwergewichtig auf eine historische und teleologische Auslegung der Bestimmung.

Zur Entstehungsgeschichte von § 29 Abs. 4 PBG lässt sich Folgendes entnehmen: Im Bericht und Antrag des Regierungsrats vom 10. August 2010 führte dieser im Rahmen der Teilrevision des Planungs- und Baugesetzes zu § 29 PBG u.a. aus, mit der Neuformulierung der Bestimmung solle die Rechtssicherheit für alle Betroffenen erhöht werden, ohne dass die Anforderungen an die Arealbebauungen gelockert würden. Ein Problem seien die Änderungen von bestehenden Arealbebauungen, für welche im Gesetz eine Regelung getroffen werden solle. Der Regierungsrat stellte den Antrag, § 29 Abs. 3 PBG (der in der endgültigen Fassung zu Abs. 4 wurde) wie folgt zu formulieren: «Arealbebauungen können etappenweise realisiert werden. Änderungen an ganz oder teilweise erstellten Arealbebauungen a) sind nur mit Rücksicht auf das Ganze bewilligungsfähig; b) bedürfen der Zustimmung jener Eigentümerinnen und Eigentümer des Areals, welche von den Änderungen wesentlich stärker belastet werden.» (mit Hervorhebungen durch das Gericht). Die Raumplanungskommission erklärte am 15. Dezember 2010, dass sie mit der vom Regierungsrat vorgeschlagenen neuen Bestimmung grundsätzlich einverstanden sei und lediglich eine Präzisierung vorschlage. Ihr Vorschlag lautete wie folgt: «Arealbebauungen können etappenweise realisiert werden. Änderungen an ganz oder teilweise erstellten Arealbebauungen a) sind nur mit Rücksicht auf das Ganze bewilligungsfähig; b) bedürfen dann der Zustimmung der Eigentümerinnen und Eigentümer der Arealfläche, wenn die Änderungen wesentlich sind. Die erforderliche Zustimmung liegt vor, wenn mindestens eine Dreiviertelmehrheit der Eigentümerinnen und Eigentümer der anrechenbaren Geschossflächen der Arealbebauung mit den Änderungen einverstanden ist.» (mit Hervorhebungen durch das Gericht).

In der ersten Lesung im Kantonsrat erfolgten verschiedene Voten zum neuen § 29 PBG betreffend Änderungen von Arealbebauungen. So wurde u.a. Folgendes gesagt: Votum Strub, Kommissionspräsidentin: «Bei den Änderungen muss zwischen den wesentlichen und den unwesentlichen Änderungen unterschieden werden. Die unwesentlichen Änderungen sind unproblematisch, da dafür keine Zustimmung von den Eigentümern der Arealfläche erforderlich ist. Anders ist die Situation bei einer wesentlichen Änderung an einer Arealbebauung. Als wesentliche Änderung gilt zum Beispiel eine Änderung beim Grundkonzept der Überbauung. Für wesentliche Änderungen ist nach der geltenden Rechtsprechung die Zustimmung von allen Eigentümern der Arealfläche notwendig. Das heisst mit anderen Worten, dass eine wesentliche Änderung einer Arealbebauung an der Zustimmung eines einzelnen Eigentümers scheitern kann. Damit Letzteres verhindert werden kann und wesentliche Änderungen bei einer Arealbebauung möglich sind, schlägt die Kommission eine Präzisierung vor. Für eine wesentliche Änderung einer Arealbebauung soll nicht mehr das Prinzip der Einstimmigkeit gelten, sondern gemäss Vorschlag der Kommission genügt es, wenn mindestens eine Dreiviertelmehrheit der Eigentümer der an-

rechenbaren Geschossflächen der Arealbebauung mit der Änderung einverstanden ist.» Votum Schmid: «Die CVP-Fraktion will sicherstellen, dass nicht ein Einzelner oder Wenige sinnvolle Änderungen oder Neuerung blockieren können. Darum unterstützen wir hier die Kommission. Wir hoffen, dass der Vorschlag der Kommission einfacher umzusetzen sein wird als derjenige der Regierung. Noch eine Bitte: Beim Regierungsvorschlag geht es ja darum, dass nur diejenigen zustimmen müssen, die wesentlich stärker belastet werden. Der Votant könnte sich auch vorstellen, dass wir das so machen, dass drei Viertel derjenigen, die wesentlich stärker belastet werden, zustimmen müssen. Das wäre besser.» [Ausserdem bat der Votant um eine Abklärung bis zur zweiten Lesung, welcher der beiden Vorschläge erneuerungsfreundlicher sei.] Votum Abt: «Die FDP-Fraktion ist der Ansicht, dass Bst. b der Regierung einfacher in der Handhabung ist als der Vorschlag der Kommission. Wir stellen deshalb den Antrag, anstelle von § 4b der Kommission den § 3b der Regierungsvorlage einzubauen.» Votum Tännler, Baudirektor: [...] Somit ist die Kommissionslösung viel strenger als die regierungsrätliche [...]. Mit anderen Worten: Es muss höchstens die Zustimmung jener in diesem Block vorliegen, wo der Eigentümer diese Änderung will. Sicher nicht in den anderen Liegenschaften. [...] Ich könnte noch x andere Beispiele nennen, wo dieser Kommissionsansatz zwar klar ist, aber viel schlechter und strenger als der liberale Ansatz der Regierung. [...] Der regierungsrätliche Vorschlag ist nicht so klar wie der Vorschlag der Kommission, weil es immer eine Einzelfallabwägung ist. Wer ist jetzt stärker belastet? Was ist wesentlich und was unwesentlich? Wer ist belastet und wer nicht? Da kann man dann lang diskutieren. Der Eine glaubt, er sei belastet, der andere nicht. Da muss dann das Gericht entscheiden, da wird sich eine Praxis ergeben.»

In der Folge nahm der Regierungsrat den Abklärungsauftrag entgegen, ob der Kommissionsvorschlag mit dem Vorschlag der Regierung verknüpft werden könne. Zudem stellte sich der Kantonsrat mit grosser Mehrheit hinter die Vorlage des Regierungsrats. Entsprechend war das Resultat der ersten Lesung die Übernahme des Vorschlags des Regierungsrats (jedoch als Abs. 4 von § 29 PBG anstelle von Abs. 3).

Am 3. Mai 2011 erstattete der Regierungsrat dem Kantonsrat schliesslich Bericht zu verschiedenen Abklärungsaufträgen. Zur Frage «Geht eine Kombination bei § 29 Abs. 4 PBG (Änderungen bei Arealbebauungen) zwischen der regierungsrätlichen Version und der Kommissionsversion?» führte der Regierungsrat aus: «Ja, eine Kombination des Vorschlags des Regierungsrates und jenem der Raumplanungskommission ist grundsätzlich möglich und rechtlich auch zulässig. Der Regierungsrat beantragt bei § 29 Abs. 4:

«Arealbebauungen können etappenweise realisiert werden. Änderungen an ganz oder teilweise erstellten Arealbebauungen a) sind nur mit Rücksicht auf das Ganze bewilligungsfähig; b) bedürfen der Zustimmung jener Eigentümerinnen und Eigentümer der Arealfläche, welche von den Änderungen wesentlich stärker belastet

werden. Die erforderliche Zustimmung liegt vor, wenn mindestens eine Dreiviertelmehrheit der betroffenen Eigentümerinnen und Eigentümer der anrechenbaren Geschossfläche der Arealbebauung mit den Änderungen einverstanden ist.» Im Anschluss daran wurde diese Version schliesslich in der zweiten Lesung als heute geltender § 29 Abs. 4 PBG angenommen.

m) Würdigend ist dazu Folgendes festzuhalten: Insbesondere aufgrund der Voten im Kantonsrat sticht ins Auge, dass der Gesetzgeber eine liberale Lösung für die Änderung von Arealbebauungen angestrebt hat. Weiter ergibt sich, dass die Unterscheidung von wesentlichen und unwesentlichen Änderungen sowohl in den Beratungen des Kantonsrats als auch im Gesetzesentwurf der Kommission thematisiert wurde. Gerade der Wunsch nach einer liberalen Lösung spricht dafür, dass von einem Zustimmungserfordernis bei unwesentlichen Änderungen abgesehen werden sollte. Wie nämlich die Kommissionspräsidentin (sinngemäss) ausgeführt hat, wäre es für Bauvorhaben bei Arealbebauungen sehr beschwerlich, ebenfalls bei unwesentlichen Änderungen die Zustimmung einer grossen Zahl von Eigentümern einzuholen. Auch die weiteren Äusserungen in der parlamentarischen Beratung zeigen, dass der Gesetzgeber genau solche Situationen vermeiden und stattdessen eine baufreundlichere Regelung einführen wollte. Obgleich sich dies nicht im Wortlaut der Bestimmung niederschlägt, so ist dennoch aufgrund der klaren Materialien die gesetzgeberische Intention auszumachen, dass nur bei wesentlichen Änderungen die Zustimmung von mindestens Dreivierteln der wesentlich stärker belasteten Eigentümer erforderlich ist. Diese Absicht ist auch sachgerecht, weil andernfalls Änderungen von Arealbebauungen unnötig erschwert würden. Denn es ist nicht einzusehen, welches legitime Bedürfnis dafür bestehen sollte, ebenfalls bei unwesentlichen Änderungen die Zustimmung von mindestens Dreivierteln der stärker belasteten Eigentümer zu verlangen. Somit führt die historische Auslegung von § 29 Abs. 4 PBG zu hinreichend klaren und überzeugenden Ergebnissen, um der Position der Beschwerdegegner zu folgen und vom Wortlaut der Bestimmung abzuweichen. Daher bedürfen nur wesentliche Änderungen an ganz oder teilweise erstellten Arealbebauungen der Zustimmung jener Eigentümerinnen und Eigentümer der Arealfläche, welche von den Änderungen wesentlich stärker belastet werden. Dies entspricht im Übrigen auch der bisherigen Praxis des Verwaltungsgerichts Zug (siehe z. B. bereits zum alten Recht Urteil V 2006 54 Erw. 5d).

Als Ergebnis ist demnach festzuhalten, dass die Beschwerdegegner zu Recht vorbringen, § 29 Abs. 4 PBG verlange nur bei wesentlichen Änderungen der Arealbebauung die Zustimmung von mindestens Dreivierteln der wesentlich stärker belasteten Eigentümer.

(...)

p) Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass die geplante Mobilfunkanlage zu einer Änderung der Arealbebauung Y. führt. Da sie unwesentlich ist, setzt sie nicht die Zustimmung von mindestens Dreivierteln der wesentlich stärker belasteten Eigentümer, sondern lediglich eine umfassende Interessenabwägung voraus, welche pflichtgemäss vorgenommen worden ist. Der Regierungsrat hat kein Recht verletzt, indem er festgestellt hat, dass die geplante Mobilfunkanlage die gesetzlichen Anforderungen erfüllt, weshalb sie zu bewilligen ist. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet, womit sie abzuweisen ist.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 17. Juli 2018, V 2017 42  
Das Urteil ist rechtskräftig.

## 2. Denkmalschutz

### 2.1 § 25 DMSG

#### **Regeste:**

§ 25 DMSG – Unterschutzstellung von Denkmälern. Der wissenschaftliche Wert gemäss § 25 Abs. 1 lit. a DMSG hängt nicht davon ab, ob ein Gebäude von Anfang an zu diesem Zweck errichtet wurde (Erw. 4. b). Der kulturelle Wert ergibt sich aus der Erhaltung des baukulturellen Erbes im Hinblick auf die Geschichte, Architektur, Archäologie oder Kultur der Gemeinde oder Region (Erw. 4. cc). Der heimatkundliche Wert betrifft die identitätsstiftende Bedeutung, die ein Bauwerk aufgrund seines prägenden Standorts oder seines Zeugniswerts für einen Ort oder eine Region hat (Erw. 4 dd). Bereits wegen der grundsätzlichen Schutzwürdigkeit im Sinne von § 25 Abs. 1 lit. a DMSG lässt sich ein fehlendes sehr hohes öffentliches Interesse an dessen Erhalt nicht begründen (Erw. 5. d). Durch die Unterschutzstellung wird nicht ausgeschlossen, dass im Gebäudeinnern erhebliche Änderungen und Modernisierungen vorgenommen werden können (Erw. 6 d). Rein finanzielle Interessen der Grundeigentümerin sind nicht ausreichend, um ein sonst schützenswertes Denkmal nicht unter Schutz zu stellen (Erw. 7).

#### **Aus dem Sachverhalt:**

Mit Beschluss vom 28. März 2017 stellte der Regierungsrat des Kantons Zug das ehemalige Stationsgebäude, Morgartenstrasse 4, Oberägeri, als Baudenkmal von lokaler Bedeutung unter kantonalen Schutz. Der Güterschuppen wurde aus dem Inventar der schützenswerten Denkmäler entlassen. Ein Neubau an dieser Stelle müsse sich im Sinne des Umgebungsschutzes zum geschützten Stationsgebäude in Charakter und Materialisierung am historischen Güterschuppen orientieren. Mit

Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 27. April 2017 liess die Einwohnergemeinde Oberägeri beantragen, die Unterschutzstellung des ehemaligen Stationsgebäudes sei aufzuheben. Infolge Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde sei das ehemalige Stationsgebäude nicht als Baudenkmal von lokaler Bedeutung unter kantonalen Schutz zu stellen.

**Aus den Erwägungen:**

(...)

4. b) Wissenschaftlicher Wert.

(...)

cc) Wie der Regierungsrat zu Recht erwog, betrifft der wissenschaftliche Wert die Bedeutung eines Baudenkmals für die Forschung. Tatsächlich muss es bei dieser gesetzlichen Voraussetzung darum gehen, ob ein wissenschaftliches Erkenntnisinteresse vorhanden ist. Der wissenschaftliche Wert der erfassten Gegenstände als Grund für die Unterschutzstellung beschränkt sich also nicht auf die Abwehr von Eingriffen, sondern setzt einerseits Forschungsarbeiten voraus und soll solche ermöglichen (vgl. dazu Riccardo L. Jagmetti, in: Denkmalpflege und Raumplanung, hrsg. von Yvo Hangartner, Rechtsfragen der Denkmalpflege, St. Gallen 1981, S. 116). Es soll insbesondere anhand eines Objektes die Geschichte dokumentiert werden können.

Gestützt darauf ist vorliegend nicht von der Hand zu weisen, dass das ehemalige Stationsgebäude in Oberägeri in hohem Grad die neuere Verkehrsgeschichte des Kantons Zug dokumentiert und auch als Forschungsobjekt versinnbildlicht. Die beiden Phasen der ursprünglichen Wohnnutzung und der späteren Nutzung als Stationsgebäude sind am Gebäude gut ablesbar. Insbesondere hängt dieser wissenschaftliche Wert nicht davon ab, ob das Bahnhöfli von Anfang zu diesem Zweck errichtet worden ist. Im Gegenteil macht die Umwidmung bzw. die bauliche Anpassung des Privatbaus an neu entstandene öffentliche Bedürfnisse das Gebäude als solches bauhistorisch unter verschiedenen denkbaren Gesichtspunkten für die Forschung zusätzlich interessant. Sein wissenschaftlicher Wert reicht aber wohl weit darüber hinaus, indem das alte Bahnhöfli verkehrstechnisch wie auch ortsplanerisch und von seiner regionalen, letztlich über das Ägerital hinausgehenden Bedeutung her von vielfältigem Interesse für historische Forschungen erscheint. Es ist dem alten Stationsgebäude somit – mit den Worten des Regierungsrates – jedenfalls ein gewisser wissenschaftlicher Wert nicht abzuspochen.

c) Kultureller Wert.

(...)

cc) Mit dem Regierungsrat ist davon auszugehen, dass der kulturelle Wert die bauphysikalische, die baukünstlerische, die sozial-, wirtschafts- oder technikgeschichtliche Bedeutung eines Baudenkmals umfasst. Er betrifft mit anderen Worten dessen Wert für die Kunst- und Kulturgeschichte der Gemeinde, der Region oder des ganzen Kantons. Zweck der Unterschutzstellung muss zusammengefasst also die Erhaltung des baukulturellen Erbes sein, und zwar im Hinblick auf die Geschichte, Architektur, Archäologie oder Kultur der Gemeinde oder Region. Bezüglich des alten Bahnhofslis muss auch nach Überzeugung des Gerichts von einer hohen, ja sehr hohen kulturellen Bedeutung ausgegangen werden. Das Gebäude widerspiegelt nicht nur bauphysikalisch, sondern auch bauhistorisch und als Zeuge seiner funktionellen Geschichte einen bedeutenden Teil der Orts- und Talgeschichte. Der Ursprungsbau von 1894 ist schon an sich ein sehr wichtiger stilistischer Zeuge für den repräsentativen Wohnbau des ausgehenden 19. Jahrhunderts. Bauphysikalisch nimmt das Gebäude in der Reihe der Hochbauten der Gründungszeit der ESZ insofern eine Sonderstellung ein, als es nicht neu erstellt, sondern pragmatisch aus einem bestehenden Bau durch wenige gezielte Eingriffe (Treppenhauserweiterung und Anbau Güterschuppen) umgewandelt und für die neue Funktion angepasst worden ist. Zusammen mit dem bereits geschützten Stationsgebäude in Menzingen (erbaut 1915) ist es von daher ein einzigartiger baulicher Zeuge der für die wirtschaftliche und bauliche Entwicklung im Kanton einst sehr wichtigen Strassenbahn. Auch wenn teilweise nicht mehr die originale Bausubstanz erhalten ist, blieben längst nicht nur die Grundstruktur und die Lesbarkeit der Veränderungen beim Übergang vom Privathaus zum öffentlichen Stationsgebäude sehr gut erhalten. Hinzu kommen der aus der Bauzeit stammende Bestand an tragenden Wänden, Decken und Böden, das Treppenhaus mit geschwungenem Treppenlauf und dem Treppengeländer aus gedrehten Stäben und die Wandverkleidungen, die gestemmtten Geschoss- und Zimmertüren in profilierten Türrahmen, der erhaltene Fensterbestand mit Galgenfenstern und Basculeverschlüssen und Stützkolben mit Winkelbändern, breite Riemenböden und in den meisten Räumen bauzeitliche Wandverkleidungen aus Holztäfer. Dass im Gebäude, so namentlich im Hochparterre, auch zahlreiche Spanplatten sichtbar sind, wie der Augenschein ebenfalls zeigte und die sicherlich nicht aus der Bauzeit stammen können, ändert an dieser Betrachtung nichts. Vielmehr entstand am Augenschein ein sehr direkt spürbarer Eindruck von der geschichtlichen Dimension dieses Gebäudes, dem man sich nur schwer entziehen konnte. Dazu trug sicher die nicht mehr bestehende Möblierung der Räume des schon lange unbewohnten und ungenutzten Gebäudes bei. Auch aufgrund seiner augenfälligen Position am Ausgang des Dorfes, aber in direkter Nähe zur Pfarrkirche Sankt Peter und Paul und dem gegenüber liegenden, ebenfalls inventarisierten Gebäude Morgartenstrasse 3 ergibt sich ein sehr hoher kultureller Wert. Es gehört insofern durchaus zum Ortszentrum, indem es dieses von Osten her ankündigt und in sichtbarer Verbindung mit den umliegenden Baudenkmalern im Zentrum der Gemeinde steht.

d) Heimatkundlicher Wert.

(...)

dd) Der heimatkundliche Wert betrifft nach richtiger Auslegung des Regierungsrates die identitätsstiftende Bedeutung, die ein Bauwerk aufgrund seines prägenden Standorts oder seines Zeugniswerts für einen Ort oder eine Region hat. Mit Rohrer (Kommentar NHG, Zürich 1997, 1. Kap., Rz. 30) ist mit dem Begriff Heimat «das gesamte kulturelle Erbe eines geographisch und sozial begrenzten Lebensraums» mit all seinen materiellen und geistigen Kulturgütern zu verstehen. Diesbezüglich muss festgestellt werden, dass dem alten Bahnhofli für die Gemeinde Oberägeri ein sogar herausragender heimatkundlicher Wert beizumessen ist. Es war jahrzehntelang ein Ort der Begegnung und des Austausches, indem es von Osten her als Tor zu Ober- und Unterägeri und dem Kanton Zug fungierte. Es war damit ein Begegnungs- und Ausgangspunkt für die Bevölkerung, für Arbeitnehmer, Reisende und Touristen. Nicht verleugnet werden kann insbesondere die identitätsstiftende Wirkung des Gebäudes in räumlicher, zeitlicher und funktioneller Hinsicht. Zu Recht weist die Regierung auf das gerichtsnotorische Faktum hin, dass das Gebäude noch heute auch für die jungen Generationen als altes Bahnhofli im kollektiven Gedächtnis verankert ist. Ungeachtet der aktuell eher entgegengesetzten politischen Stimmung würde ein Abbruch dieses Gebäudes von einer breiten Öffentlichkeit zweifellos als unwiederbringlicher Verlust von eigener Identität und Geschichtlichkeit wahrgenommen. Das an einem markanten Ort eingangs des Dorfzentrums stehende alte Bahnhofli ist damit längst von selber zu einem kaum mehr wegzudenkenden Dorfbestandteil geworden. Der Situationswert ist zweifellos von besonderer Bedeutung und bezieht sich sowohl auf den kulturellen als auch auf den heimatkundlichen Wert dieses Hauses. In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, dass nicht nur das gegenüberliegende und inventarisierte Wohnhaus Morgartenstrasse 3 aus dem Jahr 1873 in einem wesentlichen kommunikativen Bezug zum Streitobjekt steht, sondern ebenso sehr die Kirche Sankt Peter und Paul, das schmucke historische Gasthaus Hirschen sowie weitere unter Schutz gestellte, historische Gebäude, wie der Augenschein zeigte. Diese Bauten prägen ganz offensichtlich gemeinsam das Erscheinungsbild im Sinne einer eindrücklichen Visitenkarte des Dorfes von Osten her. Die am Augenschein gemachte Aussage, die historischen Bauwerke Oberägeris befänden sich vorwiegend im westlichen Teil des Dorfes, wo Unterschutzstellungen von der Gemeinde immer unterstützt worden seien, erscheint von daher unverständlich, jedenfalls unvollständig. Mit seiner historischen Bausubstanz insbesondere in der Fassade stellt das alte Stationsgebäude nicht zuletzt einen wohlthuenden Kontrast zu den vielen Neubauten innerhalb der durch ein enormes Siedlungswachstum geprägten Gemeinde dar. Der Beschwerdeführerin ist weiter mit dem Regierungsrat zu entgegnen, dass sowohl Objekte, die im Inventar der schützenswerten Denkmäler verzeichnet sind wie auch tatsächlich geschützte Denkmäler zu den «Schutzobjekten» im Sinne des Quartiergestaltungsplanes der Gemeinde gehören. Denn jedenfalls gelten als Schut-

zobjekte gemäss der ausdrücklichen Beschreibung im Quartiergestaltungsplan auch die «bloss» inventarisierten Objekte. Unbestrittenermassen sind aber inventarisierte Objekte nach § 5 DMSG «Objekte, deren Schutz erwogen wird» und für welche noch keine Abklärung der tatsächlichen Schutzwürdigkeit vorgenommen worden ist.

ee) Insgesamt ergibt sich, dass im Falle des alten Stationsgebäudes in Oberägeri die Werte im Sinne von § 25 Abs. 1 lit. a DMSG im geforderten sehr hohen Mass erfüllt sind. Dies gilt auch in Berücksichtigung der im erwähnten Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 22. Januar 2008 zur Verschärfung der gesetzlichen Voraussetzungen für die Unterschutzstellung gemachten Aussage, dass der angestrebten Verschärfung der Unterschutzstellungskriterien speziell in denjenigen Fällen Bedeutung zukomme, in denen die Eigentümer und die Standortgemeinde gegen eine Unterschutzstellung seien. Wie der Regierungsrat weiter ausführte, muss ohnehin eine den höheren Anforderungen entsprechende Unterschutzstellung bei triftigen Gründen auch gegen den Willen der Grundeigentümer und der Standortgemeinde durchsetzbar sein, was hier der Fall ist, wobei die weiteren Voraussetzungen im Folgenden noch zu prüfen sind.

## 5. Öffentliches Interesse.

(...)

d) Schon aufgrund der vorher vom Gericht bejahten grundsätzlichen Schutzwürdigkeit des «alten Bahnhofflis» im Sinne von § 25 Abs. 1 lit. a DMSG lässt sich nicht mehr sagen, das Gebäude habe keine ortsprägende architektonische und historische Bedeutung, um damit ein fehlendes sehr hohes öffentliches Interesse an dessen Erhalt zu begründen. Dem Regierungsrat ist darin zu folgen, dass Objekte, die im Inventar der schützenswerten Denkmäler nach Denkmalschutzgesetz verzeichnet sind, ebenso sehr wie tatsächlich unter Schutz gestellte Denkmäler vom Begriff der «Schutzobjekte» im Quartiergestaltungsplan der Gemeinde Oberägeri zu unterscheiden sind. Inventarobjekte nach Denkmalschutzgesetz sind gemäss § 5 DMSG «Objekte, deren Schutz erwogen wird», d.h. es ist für diese Objekte noch keine Abklärung der tatsächlichen Schutzwürdigkeit als Voraussetzung für die Aufnahme ins Verzeichnis der geschützten Denkmäler (Denkmalverzeichnis) durchgeführt worden. Die Gemeinde Oberägeri bezeichnet in ihrem Quartiergestaltungsplan Dorfkern demgegenüber allgemein diejenigen Objekte, die im kantonalen «Inventar» der schützenswerten Bauten enthalten sind, als «Schutzobjekte» und weist dies in der Legende des Planes auch aus. Da das alte Bahnhofflis Oberägeri am 10. Oktober 2002 auf Antrag der Denkmalkommission von der Direktion des Innern ins Inventar der schützenswerten Denkmäler aufgenommen worden ist, erscheint es also folgerichtig im Quartiergestaltungsplan Dorfkern als «Schutzobjekt». Wie erwähnt liegt das ehemalige Stationsgebäude zudem rechtsgültig innerhalb der Ortsbildschutzzone und in der Kernzone A, die gemäss Art. 36 Abs. 1 BO «der Erhaltung des historischen Orts-

kerns» dient. Im Quartiergestaltungsplan Dorfkern ist es als zu erhaltendes Objekt bezeichnet. Es kommt ihm daher offensichtlich für das Ortsbild eine hervorgehobene Rolle zu. Liegt das alte Bahnhöfli gemäss Zonenplan in der Kernzone und in der Ortsbildschutzzone, so ist dies ganz offensichtlich ein sehr gewichtiger Beleg dafür, dass sein Erhalt in einem jedenfalls hohen öffentlichen Interesse liegt. Insofern stehen der Aussage der Beschwerdeführerin, das Objekt habe keine Bedeutung für das Ortsbild, ihre eigenen planerischen Festsetzungen entgegen. Es kommt ihm somit nach gültigem gemeindlichem Recht für das Ortsbild eine tragende Rolle zu. Wie der Regierungsrat zu Recht erwähnte, wurden diese Zonengrenzen bewusst gezogen und ist es sicher nicht die Idee einer Zonengrenze, dass der Schutzgrad in deren Nähe im Gegensatz zu einer unmittelbaren Kernlage geringer ist. Vielmehr kommt dem alten Bahnhöfli schon durch seine Lage am Dorfeingang und damit als markanter Eck- und Ausgangspunkt des Ortskerns mit seiner historischen Bebauung ein vergleichbar hoher Stellenwert für den Ortskern zu. Diesbezüglich steht in Anwendung von Art. 37 Abs. 1 BO fest, dass Abbruch und Wiederaufbau dieser das Dorfbild ganz offensichtlich prägenden Baute nur zulässig ist, «wenn sich eine Renovation als unverhältnismässig erweist und die kantonale Denkmalpflege zugestimmt hat». An letzterem fehlt es offensichtlich, aber auch an der Unverhältnismässigkeit, wie unter E. 6 noch darzulegen ist.

e) Dass die Baudirektion die Schutzwürdigkeit des Gebäudes im Jahr 2005 wie schon 1998 bestritt, ist insofern zu würdigen, dass sie damals als Vertreterin der Eigentümerschaft entsprechend Antrag an die zuständige Behörde stellte. Zuständige Behörde war die Direktion des Innern (§ 11 und 21 DSG) bzw. bei Bestreitung durch die Standortgemeinde oder zu erwartenden Kantonsbeiträgen von über Fr. 200'000.– der Regierungsrat. Tatsächlich hatte aber die Direktion des Innern bereits 2002 die Inventaraufnahme beschlossen und die Kantonale Denkmalkommission befürwortete anlässlich ihrer Augenscheine vom 30. Mai 2005 und 8. September 2016 die Schutzwürdigkeit. Die von der Beschwerdeführerin erwähnte Dorfkernumfahrung war demgegenüber 1954 beim Erwerb des Gebäudes durch den Kanton ein Thema und hätte den Abbruch des Schutzobjektes vorausgesetzt. Diese ist aber nicht zustande gekommen. Tatsächlich hatte im Jahr 1998 der damalige Leiter des Amtes für Denkmalpflege und Archäologie im Hinblick auf den geplanten Verkauf des Objektes der Baudirektion erklärt, das ehemalige Stationsgebäude sei aufgrund des schlechten baulichen Zustands anlässlich der Ortsplanungsrevision aus dem Inventar der schützenswerten Denkmäler gestrichen worden. Der Regierungsrat macht dazu aber zutreffend geltend, dass diesbezüglich zu berücksichtigen ist, dass eine umfassende Abklärung der Schutzwürdigkeit damals offenbar noch nicht stattgefunden hatte, was die damaligen Aussagen doch stark relativiert und die gerügte widersprüchliche Beurteilung der Schutzwürdigkeit durch den Kanton in anderem Lichte erscheinen lässt.

f) Was den von der Beschwerdeführerin verständlicherweise angeführten politischen Druck in dieser Frage betrifft, so ist dieser auch vom Gericht ernst zu nehmen. Wie erwähnt dürfen Denkmalschutzmassnahmen nicht lediglich im Interesse eines begrenzten Kreises von Fachleuten erlassen werden, sondern sie müssen breiter abgestützt sein und von einem grösseren Teil der Bevölkerung befürwortet werden. Diesbezüglich trifft es zu, dass in einer Konsultativabstimmung an der Gemeindeversammlung vom 12. Dezember 2016, die im Rahmen der Interpellation «Altes Bahnhofli – nicht unter Schutz stellen» durchgeführt wurde, mit 157 gegen 6 Stimmen die Unterschutzstellung des Gebäudes abgelehnt worden ist. Diesen politischen Auftrag hat der Gemeinderat selbstverständlich bei seinen Entscheidungen zu berücksichtigen. Aber auch der Gemeinderat weiss, dass gemäss der vom Regierungsrat eingeholten Auskunft der Gemeindeverwaltung für diese Gemeindeversammlung 3'567 Personen stimmberechtigt gewesen wären und nur 179 teilgenommen haben. Die 157 Personen, die an jener Gemeindeversammlung die Unterschutzstellung des Bahnhofli ablehnten, entsprachen also nur gerade 4,4 Prozent der Stimmberechtigten. Und zu gewichten ist auch, dass die Behandlung der Interpellation und die Abstimmung über diese nicht im Rahmen eines traktandierten Geschäfts stattfanden, sondern kurzfristig unter Varia angesetzt wurde. Nicht vernachlässigt werden darf in der politischen Betrachtung das Faktum, dass die Stimmberechtigten zweimal im Rahmen ordentlicher Abstimmungen bekräftigt hatten, dass sie einen Erhalt und eine darauf Rücksicht nehmende neue Nutzung des historischen Stationsgebäudes wünschten. Dies geschah einerseits an der Einwohnergemeindeversammlung vom 20. Juni 2011 mit der Genehmigung des Kaufvertrags, wobei die geplante Unterschutzstellung in den Abstimmungsunterlagen thematisiert war, und mit der Genehmigung des Projektierungskredits für die Sanierung und einen neuen Anbau an der Einwohnergemeindeversammlung vom 10. Dezember 2012. Auch der Quartiergestaltungsplan, in welchem das Objekt als Schutzobjekt bezeichnet ist, ist nicht etwa in der Zwischenzeit revidiert worden. Weiter ist mit dem Regierungsrat festzustellen, dass in Bezug auf die angeblich völlig übertriebene Unterschutzstellung von Gebäulichkeiten die von ihm eingereichte Statistik über die Anzahl Unterschutzstellungen seit der Einführung des Denkmalschutzgesetzes im Jahr 1991 bis ins Jahr 2016 zeigt, dass der langfristige Verlauf der Anzahl Unterschutzstellungen seit 25 Jahren unverändert ist. Unterschutzstellungen erfolgen nicht systematisch, sondern jeweils dann, wenn aufgrund eines aktuellen Interesses einer Eigentümerschaft (z. B. Bauvorhaben, Verkaufsabsichten, Erbteilung) eine abschliessende Klärung der Schutzwürdigkeit gewünscht oder notwendig wird. Gemäss der Statistik wurden in Oberägeri in den letzten elf Jahren, d.h. von 2006 bis 2016, insgesamt zwei Wohnhäuser (Hauptstrasse 2, Gasthaus Ochsen; Doppelhaus Hauptstrasse 9/Bachweg 5) sowie eine Wegkapelle unter Schutz gestellt. Bezüglich eines dritten Wohnhauses im Dorfzentrum, nämlich an der Hauptstrasse 4, wurde ein Unterschutzstellungsentscheid des Regierungsrats vom Verwaltungsgericht kürzlich aufgehoben. Tatsächlich lässt sich der Vorwurf von «völlig übertriebenen Unterschutzstellungen» angesichts dieser Zahlen nicht begründen. Ein bei den Akten liegender, neuerer Newsletter des Forums Oberägeri, der sich auf vier Seiten der Bedeutung von Denkmälern für die

Gemeinde und insbesondere dem «Alten Bahnhofli» widmet, belegt zudem, dass es nebst den kritischen Stimmen auch eine sicher nicht geringe Unterstützung für einen Erhalt dieses wichtigen Zeugen der Geschichte gibt. Haben sich die Stimmberechtigten von Oberägeri immerhin zweimal explizit positiv zu Erhalt, Umnutzung und Unterschutzstellung des alten Bahnhofli geäußert, ist somit festzustellen, dass zwar die an der Einwohnergemeindeversammlung vom 12. Dezember 2016 durchgeführte Konsultativabstimmung im Sinne einer spontan erhobenen Momentaufnahme unbestreitbar ein Unbehagen gegenüber denkmalpflegerischen Themen in der Gemeinde Oberägeri zeigte, dass dieses in der Gesamtabwägung aber sicher nicht geeignet ist, den sehr hohen kulturellen und heimatkundlichen Wert des Gebäudes und damit das sehr hohe öffentliche Interesse an dessen Erhalt grundsätzlich in Frage zu stellen.

g) Zum raumplanerischen Einwand, wonach es für die Nutzung des Grundstückes GS Nr. 302 viel bessere Lösungen gäbe, wenn das Gebäude nicht unter Schutz gestellt würde, und dass wegen der Knappheit an verfügbarem Bauland auch der «inneren Verdichtung» und der haushälterischen Nutzung des Baulandes Rechnung getragen werden müsse, so ist auch diesbezüglich mit dem Regierungsrat festzustellen, dass mit einer Unterschutzstellung des alten Bahnhofli unter Entlassung des Güterschuppens aus dem Inventar Anpassungen an moderne Raumnutzungsbedürfnisse und eine zusätzliche Bebauung des Grundstücks nicht verunmöglicht werden. Dies hat nicht nur der im Jahr 2014 durchgeführte Projektwettbewerb erwiesen, an dessen Ende gemäss dem Bericht vom 26. September 2014 das Preisgericht aufgrund der eingereichten «ausgezeichneten» Beiträge eine «konstruktive und inspirierende Diskussion» als möglich erachtete. Nunmehr hat auch der Erwerb der Liegenschaft durch eine private Unternehmung zwecks Errichtung ihres neuen Firmensitzes nachgerade den Beweis erbracht, dass eine sinnvolle und für den Eigentümer attraktive Ausnützung trotz Unterschutzstellung möglich bleibt. Insbesondere gehört zum Grundstück im westlichen Teil eine bebaubare Fläche innerhalb der Bauzone. In der anzustellenden Gesamtabwägung vermag der mit der Unterschutzstellung verbundene Ausnützungsverlust gegenüber dem sehr hohen öffentlichen Interesse am Erhalt des historischen Zeugen der elektrischen Strassenbahn zweifellos nicht zu überwiegen.

h) Der Regierungsrat erwog im angefochtenen Beschluss, dass gemäss dem Kaufvertrag vom 29. August 2011, Ziff. 6.7, bei der Festlegung des Kaufpreises von Fr. 1'021'000.– in Berücksichtigung der offiziellen Verkehrswertschätzung aus dem Jahr 2011 in Höhe von Fr. 1'700'000.– der Tatsache Rechnung getragen worden sei, dass die Gebäude auf dem Grundstück inventarisiert gewesen seien und unter Schutz gestellt werden sollten. Es widerspreche deshalb dem Grundsatz von Treu und Glauben, wenn die Beschwerdeführerin die aufgrund der beabsichtigten Unterschutzstellung günstig erworbene Liegenschaft nun abrechnen wolle.

(...)

Diesbezüglich ist festzustellen, dass auch der Regierungsrat einräumt, dass die inzwischen gelöschte Dienstbarkeit zugunsten des Nachbargrundstücks bei der Festsetzung des Kaufpreises eine Rolle gespielt hatte. Tatsächlich heisst es im eingereichten Schreiben der Baudirektion vom 2. Dezember 2008, dass die Verkehrswertschätzung der Liegenschaft ohne Berücksichtigung der im Grundbuch eingetragenen Baubeschränkung Fr. 1'700'000.– und unter deren Berücksichtigung Fr. 1'021'000.– – genau den Betrag der Schätzung durch die Bank A. – betrage. Der Kaufvertrag vom 29. August 2011, angemeldet beim Grundbuch am 3. November 2011, enthielt diesen Kaufpreis von Fr. 1'021'000.–. Unter der Rubrik «Dienstbarkeiten/Grundlasten» ist die Baubeschränkung angeführt, zusammen mit folgendem Hinweis: «Die Käuferschaft hat Kenntnis der tatsächlichen und rechtlichen Bedeutung der Baubeschränkung (Grunddienstbarkeit) vom 25.10.1897. Im Kaufpreis gemäss Ziffer 5.1 nachfolgend ist diese Last entsprechend berücksichtigt». Weiter hinten im Kaufvertrag ist aber weiter unter der Rubrik «Weitere Vertragsbedingungen» in Ziffer 6.7 Folgendes festgehalten: «Die Käuferschaft hat Kenntnis, dass das Gebäude-Ensemble mit kantonalem Beschluss vom 10.10.2002 in das Inventar der schützenswerten Denkmäler von lokaler Bedeutung aufgenommen wurde. Eine eigentliche Unterschutzstellung dürfte spätestens mit der Planung von baulichen Massnahmen erfolgen. Im Kaufpreis gemäss Ziffer 5.1 hiervor ist dieser Umstand entsprechend berücksichtigt». Auch wenn der Vertrag weder hinsichtlich der Dienstbarkeitsbelastung noch der in Aussicht stehenden Unterschutzstellung die jeweils veranschlagten Frankenbeträge beziffert bzw. nicht konkretisiert, wie sich diese beiden Fakten je einzeln auf die Festlegung des Kaufpreises ausgewirkt haben, steht fest, dass sowohl die Dienstbarkeitsbelastung als auch die Unterschutzstellung bei der Bemessung des Kaufpreises relevant gewesen sind. Und entscheidend ist in diesem Zusammenhang ohnehin, dass die Einwohnergemeindeversammlung am 20. Juni 2011 den Kaufvertrag in Kenntnis der geplanten Unterschutzstellung genehmigt hat, und zwar noch vor der Unterzeichnung des Kaufvertrags. In der schriftlichen Vorlage für das Traktandum 3 GS 302 – «altes Bahnhöfli», heisst es: «Das «Stationsgebäude» ist somit noch einer der wenigen Zeitzeugen aus der Periode der ESZ und damit auch von grossem historischem Wert. Das Gebäude-Ensemble wurde mit kantonalem Beschluss vom 10. Oktober 2001 im Inventar der schützenswerten Denkmäler von lokaler Bedeutung aufgenommen. Eine eigentliche Unterschutzstellung dürfte spätestens mit der Planung von baulichen Massnahmen erfolgen. Gemäss Auskunft der kantonalen Denkmalpflege wäre grundsätzlich – je nach geplanter Architektur und künftiger Nutzung – ein Abbruch der Remise/des Güterschuppens möglich». Daraus ergibt sich, dass von der behaupteten falschen Sachverhaltsfeststellung durch den Regierungsrat nicht die Rede sein kann, dass aber die Unterschutzstellung – so wie auch die sog. «Schattendienstbarkeit» – jedenfalls einen Einfluss auf den reduzierten Kaufpreis gehabt hat.

i) Nach dem Gesagten ist damit insgesamt ein sehr hohes öffentliches Interesse im Sinne von § 4 DMSG an einer Unterschutzstellung des «alten Bahnhöflis» festzustellen. Dieses Interesse erscheint klar höher als das private wie auch gleichzeitig öffentliche Interesse der Beschwerdeführerin an einer Nichtunterschutzstellung. Die entsprechenden anderslautenden Vorbringen der Beschwerdeführerin sind nicht zu hören. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn der Regierungsrat schloss, dass ein sehr hohes öffentliches Interesse an der Erhaltung dieses Gebäudes besteht.

## 6. Verhältnismässigkeit.

(...)

c) Wie die Denkmalkommission bei ihrem Augenschein vom 8. September 2016 untersucht hat und sich auch dem Verwaltungsgericht am Augenschein vom 7. November 2017 zeigte, ist die Gebäudesubstanz des alten Stationsgebäudes bezüglich Statik und tragender Struktur entgegen der Einschätzung durch die Beschwerdeführerin nicht baufällig, sondern sie zeigt sich grundsätzlich in einem guten baulichen Zustand. Dies gilt insbesondere für die Grundstruktur und die Dachkonstruktion, während die Gebäudehülle gealtert und zum Teil undicht ist. Insbesondere sind die seit den 1950-er Jahren nicht mehr renovierte Fassade mit den Rundschindeln (Verschleissmaterial) und den Verzierungen durch die jahrzehntelange Witterung mitgenommen, können aber denkmalpflegerisch zweifellos korrekt saniert werden. Die Räume sind leer und im heutigen Zustand nicht mehr bewohnbar. Ganz offensichtlich ist die Erhaltung und Sanierung des Gebäudes möglich, was nicht zuletzt auch durch den inzwischen erfolgten Verkauf des Gebäudes an eine private Unternehmung belegt wird. Die Unterschutzstellung ist somit geeignet, den Erhalt des Gebäudes sicherzustellen. Und sie ist gleichzeitig erforderlich, da nur mit der Unterschutzstellung sichergestellt wird, dass das Gebäude insbesondere ortsbildprägend erhalten bleibt. Auch der verfügte Schutzzumfang beschränkt sich auf die wirklich schützens- und erhaltenswerten Teile des Gebäudes, nämlich nebst dem Standort des Gebäudes und seiner äusseren Erscheinung mitsamt den feinen historistischen Fassadenverzierungen auf die historische Baustruktur (tragende Wände, Decken und Böden). Zukünftige Umbauten müssen lediglich die historische Baustruktur respektieren, soweit diese vorhanden ist. Rekonstruktionen im Innern werden nicht gefordert, so dass das Gebäude im ursprünglichen Zustand belassen bleiben kann. Damit ist aber eine Unterschutzstellung nicht mit unverhältnismässigen Massnahmen verbunden. Insbesondere gehört der angebaute Güterschuppen Ass. Nr. 82b nicht zum Schutzzumfang. Obwohl dieser in seinem Volumen ein wichtiger Teil des Gebäudekomplexes ist und die historische Funktion der Liegenschaft als Bahnstation dokumentiert, ist seine Bausubstanz sehr bescheiden und fehlen besondere zeittypische Merkmale. Allerdings wird verlangt, dass unter Wahrung der historischen Kontinuität ein Neubau an dessen Stelle sich im Sinne des Umgebungsschutzes in Charakter und Materialisierung am historischen Güterschuppen orientieren muss.

Aufgrund der offensichtlich flexiblen Struktur des Hauses sind nebst einer weiteren Nutzung im heutigen Rahmen zudem bauliche Veränderungen im Innern des Hauses nach der Unterschutzstellung möglich, soweit die historische Bausubstanz wie erwähnt respektiert wird. Wie sich am Augenschein zeigte, ist eine Anpassung an moderne Raumnutzungsbedürfnisse möglich. Tatsächlich haben dies zwei von der Gemeinde veranlasste Studien, deren Erstellung von der Denkmalpflege begleitet wurde, bestätigt. So ergab eine Machbarkeitsstudie von B. GmbH vom Oktober 2010, dass ein neuer Ökiohof auf dem Grundstück Nr. 302 unter Erhalt des ehemaligen Stationsgebäudes sowie Um- und Anbau des Güterschuppens realisierbar wäre. Und in einem 2014 durchgeführten Projektwettbewerb für ein Projekt zur Umnutzung des «alten Bahnhofli» für die familienergänzende Betreuung sowie die Unterbringung von Kultur- und Mehrzweckräumen in einem Ersatzneubau für den Güterschuppen war eine architektonisch und ortsbaulich qualitätsvolle Lösung im Sinne einer konstruktiv angemessenen, langlebigen und nachhaltigen Lösung vorgegeben. Zudem war ein wirtschaftliches Konzept bezüglich Investition, Betrieb und Unterhalt Teil der Aufgabenstellung. Diese Voraussetzungen erfüllte das damalige Siegerprojekt «CARGO» (C. Einzelunternehmen/D. GmbH), das vom Preisgericht einstimmig zur Weiterbearbeitung empfohlen wurde. Wie die kantonale Denkmalpflegerin am Augenschein ausführte, könnten die nicht tragenden Wände entfernt werden und sei aus diesem Grund der Schutzzumfang im Innern des Hauses relativ offen formuliert worden. Dies lässt einen «Verhandlungsspielraum» offen. Demzufolge sind auch wirtschaftlich vertretbare Umnutzungen zweifellos möglich, was auch der inzwischen erfolgte Verkauf der Liegenschaft an eine private Unternehmung, die sich an diesem Ort niederlassen will, ganz konkret zeigt. Auch von daher erweist sich die Unterschutzstellung demzufolge als verhältnismässig.

Wenn der Gemeinderat zudem vorbringt, dass das Amt für Denkmalpflege und Archäologie am 4. November 1998 der Baudirektion als Vertreterin des Kantons als damaligem Eigentümer die Auskunft erteilt habe, dass das Gebäude anlässlich der Ortsplanungsrevision aus dem Inventar entlassen worden sei und das Amt somit keine Einwände gegen einen Abbruch des Gebäudes habe, so ist festzustellen, dass diese Auskunft von Dr. E. sich damals wie erwähnt erklärermassen auf den schlechten baulichen Zustand des Gebäudekomplexes, die Unternutzung des Grundstücks, die zu erwartenden hohen Sanierungskosten und die ungünstige Orientierung der Haupträume zur Kantonsstrasse bezog. Auch der Zuger Heimatschutz (Herr F.) unterstützte in einem Schreiben vom 9. November 1998 einen Abbruch des baufälligen Gebäudekomplexes, «wenn ein Ersatzbau (z. B. Hotelnutzung) den hohen städtebaulichen (Dorfkern) und landschaftlichen (See) Anforderungen des Ortes gerecht werden kann». Ungeachtet des Erinnerungswertes für die Nachwelt entspreche «der bauliche Zustand, die Grösse, die Orientierung und die momentane Nutzung (Wohnmöglichkeit für zwei Personen) in keiner Weise einer optimalen, finanziellen, politischen und ideellen Bewirtschaftung des Grundstückes». Tatsächlich sind erst nachher diverse weitere Abklärungen und vor allem die (erneute) Prüfung der Schutz-

würdigkeit durch die dafür zuständige kantonale Denkmalkommission wie auch die Durchführung einer Machbarkeitsstudie und eines Projektwettbewerbs erfolgt. Dabei zeigte sich die Möglichkeit einer Sanierung und sinnvollen Weiternutzung des Gebäudes und hat denn auch die Denkmalkommission den sehr hohen kulturellen und heimatkundlichen Wert mehrfach bekräftigt. Schliesslich wurde das Gebäude 2002 auf Antrag der Denkmalkommission erneut ins Inventar aufgenommen und im Jahr 2008 im Quartiergestaltungsplan Dorfkern auch von der Gemeinde als Schutzobjekt bezeichnet. Die Beschwerdeführerin hat die Liegenschaft später, im Jahr 2011, im Wissen um diese Fakten erworben.

d) Nach diesen Ausführungen kann insgesamt festgestellt werden, dass die angeordneten Schutzmassnahmen sich als verhältnismässig erweisen. Die weitere Nutzung der Liegenschaft wird nicht verunmöglicht. Durch die Unterschutzstellung wird nicht ausgeschlossen, dass im Gebäudeinnern erhebliche Änderungen und Modernisierungen vorgenommen werden können. Mit dieser Aussicht hat sich auch der Erwerber der Liegenschaft inzwischen für den Kauf des alten Bahnhöflis entschieden.

7. Gemäss § 25 Abs. 1 lit. d DMSG müssen die dem Gemeinwesen entstehenden Kosten einer Unterschutzstellung auch auf Dauer tragbar erscheinen.

Dem Argument der Beschwerdeführerin betreffend eine Verschlechterung der finanziellen Lage der Gemeinde ist zunächst zu entgegnen, dass – wie der Regierungsrat zu Recht entgegnet – rein finanzielle Interessen der Grundeigentümerin an einer möglichst gewinnbringenden Ausnutzung ihrer Liegenschaft das öffentliche Interesse an einer Eigentumsbeschränkung grundsätzlich nicht zu überwiegen vermag, da sonst eine Unterschutzstellung von schutzwürdigen Bauten beispielsweise in Stadtzentren oder an guter Geschäftslage illusorisch würde (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1P.79/2005 vom 13. September 2005 E. 4.8; BGE 126 I 219 E. 2e S. 223, je mit Hinweisen). Grundsätzlich gilt, dass je schutzwürdiger eine Baute ist, desto geringer Rentabilitätsüberlegungen zu gewichten sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C\_55/2011 vom 1. April 2011, E. 7.1; BGE 126 I 219 E. 2c, S. 222, mit Hinweisen). Der Eigentümer einer in das Denkmalverzeichnis eingetragenen Liegenschaft kann nicht von der Nutzungsmöglichkeit ausgehen, die ohne die Beschränkung bestünde. Die Frage der Rendite ist nicht entscheidend (BGE 118 Ia 384, S. 393, E. 4e) bzw. daran zu messen, ob die Unterschutzstellung für die Eigentümerin unzumutbare finanzielle Folgen nach sich zieht bzw. ob es an einem vernünftigen Verhältnis zwischen dem Interesse an der Unterschutzstellung und dem Interesse der Eigentümerschaft mangelt. Grundsätzlich ist eine Unterschutzstellung verhältnismässig, solange sie die künftige Ausnutzung der Baute und die Anpassung an moderne Raumnutzungsbedürfnisse nicht schlechterdings verunmöglicht (vgl. BGE 120 Ia 283 f.; BGE vom 6.5.1998, in: ZBI 2000, S. 99 ff., 106, 118 Ia 394), was vorliegend wie erwähnt gerade nicht gesagt werden kann und auch das inzwischen erfolgte

Verkaufsgeschäft belegt. Abgesehen davon kann unter Verweis auf die oben erwähnten Statistik der überschaubaren Anzahl der in dieser Gemeinde unter Schutz gestellten Objekte und der auch aktuell wieder gesunde(re)n finanziellen Verhältnisse der Beschwerdeführerin von einer unzumutbaren Belastung der Gemeindefinanzen nicht gesprochen werden. So spricht auch der Gemeindepräsident und Finanzchef gemäss der Presse (Zuger Zeitung vom 3. November 2017) «durchaus von einer Trendwende», nachdem im Gemeindehaushalt für 2018 im Vergleich zu «eher düsteren Zeiten» der Vorjahre bereits wieder ein bescheidener Gewinn budgetiert werden kann. Im vorliegenden Fall ist die Gemeinde (noch) Eigentümerin der Liegenschaft. Die dem Gemeinwesen entstehenden bzw. im inzwischen erfolgten Verkaufsgeschäft berücksichtigten Kosten betreffen somit die allfälligen Sanierungskosten für das Gebäude. Die Eigentümerin hat dabei noch Anrecht auf die kantonalen Denkmalpflegebeiträge nach § 34 DMSG. Die in Zukunft zu erwartenden Sanierungskosten an der historischen Substanz werden nicht höher sein als bei vergleichbaren unter Schutz gestellten Objekten. Die Kosten, die dem Gemeinwesen entstehen, erscheinen darum auch auf Dauer tragbar. Es ist nicht erkennbar, dass die Unterschutzstellung für die Beschwerdeführerin unzumutbare finanzielle Folgen nach sich zöge.

Entsprechend ist auch von daher die Verhältnismässigkeit demnach klar gegeben und sind sämtliche Voraussetzungen für die Unterschutzstellung nach § 25 Abs. 1 DMSG erfüllt.

8. Zusammenfassend ergibt sich, dass das «alte Bahnhöfli» weitgehend erhalten und intakt ist und – mit Ausnahme des Güterschuppens – als Ganzes hohen Schutz verdient. Der Regierungsrat hat mit der Unterschutzstellung des Gebäudes kein Recht verletzt. Er hat dessen Denkmalwürdigkeit richtig beurteilt und die finanziellen Auswirkungen resp. deren Tragbarkeit für die (gesamte) öffentliche Hand korrekt eingeschätzt. Das Gericht erachtet die Entscheidungsgrundlagen als schlüssig und ausreichend. Unter diesen Umständen gibt es keine Veranlassung, ein gerichtliches Gutachten einzuholen oder die Angelegenheit an den Regierungsrat zur Neubeurteilung zurückzuweisen. Die Beschwerde muss demnach als unbegründet abgewiesen werden.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. März 2018, V 2017 50  
Das Urteil ist rechtskräftig.

## 2.2 § 25 DMSG, Art. 36 BO Oberägeri i.V.m. § 20 DMSG

### **Regeste:**

Art. 36 BO Oberägeri i.V.m. § 20 DMSG – Ortsbildschutzzonen schützen Siedlungsteile in ihrer Erscheinung und Massstäblichkeit. Eine Baute in der Ortsbildschutzzone kann abgebrochen und neu erstellt werden. Auch die Bewertung als «prägende Baute» in einem Quartiergestaltungsplan steht einem Abriss nicht entgegen. Aus der Zonenzuordnung lässt sich die Denkmälwürdigkeit eines Objektes daher nicht direkt ableiten (Erw. 5b).

§ 25 Abs. 1 lit. b DMSG – Denkmalschutzmassnahmen dürfen nicht lediglich im Interesse eines begrenzten Kreises von Fachleuten erlassen werden. Sie müssen breiter abgestützt sein und von einem grösseren Teil der Bevölkerung befürwortet werden, um Anspruch auf eine gewisse Allgemeingültigkeit erheben zu können (Erw. 6b). Überwiegendes öffentliches Interesse am Erhalt vorliegend verneint (Erw. 7 b/bb).

§ 25 Abs. 1 lit. c DMSG – Die Verhältnismässigkeit und Zumutbarkeit einer Unterschutzstellung kann umso eher bejaht werden, je höher die Schutzwürdigkeit eines Objektes zu gewichten ist (Erw. 6b). Bei Erhalt der denkmalwürdigen Teile der streitbetroffene Liegenschaft, so namentlich der Holzkonstruktion, kann eine zweckmässige und damit nachhaltige Nutzung nicht gewährleistet werden. Eine tieferegreifende Sanierung bereits in den kommenden Jahren wäre absehbar (Erw. 7 c/cc). Ein Denkmal muss die gesetzlichen Voraussetzungen in erhöhtem Mass erfüllen, wenn Eigentümer und Standortgemeinde eine Unterschutzstellung ablehnen (Erw. 8).

### **Aus dem Sachverhalt:**

Die A. AG ist seit 31. Dezember 2009 Alleineigentümerin eines Wohn- und Geschäftshauses in Oberägeri. In Zusammenhang mit einem Bauvorhaben der Eigentümerin wurde die Liegenschaft auf Antrag der kantonalen Denkmalkommission vom 2. Dezember 2013 in das Inventar der schützenswerten Denkmäler aufgenommen. Mit Entscheid vom 3. März 2015 stellte der Regierungsrat das Haus nicht unter Schutz. Die dagegen vom Zuger Heimatschutz und dem Bauforum Zug eingereichte Beschwerde hiess das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 22. Dezember 2015 insofern gut, als es unter Feststellung, dass das Wohn- und Geschäftshaus die Voraussetzungen von § 25 Abs. 1 lit. a DMSG erfülle, die Angelegenheit zur Neuabklärung der weiteren gesetzlichen Voraussetzungen an den Regierungsrat zurückwies. Mit Beschluss vom 10. Januar 2017 entschied der Regierungsrat, dass das fragliche Objekt nicht unter Schutz gestellt und aus dem Inventar der schützenswerten Denkmäler zu entlassen sei. Am 10. Februar 2017 erhoben der Zuger Heimatschutz und das Bauforum Zug Verwaltungsgerichtsbeschwerde und beantragten die Unterschutzstellung des Wohn- und Geschäftshauses in Oberägeri.

**Aus den Erwägungen:**

(...)

4. Das streitbetroffene Wohn- und Geschäftshaus G., steht an der G.-Strasse in Oberägeri. Die Grundstückfläche beträgt 214 m<sup>2</sup>. Das Grundstück liegt in der Kernzone A, welche von einer Ortsbildschutzzone überlagert ist. Zusätzlich gelten die Bestimmungen eines Quartiergestaltungsplanes. Unmittelbar südöstlich angrenzend liegt das Gasthaus O., welches zusammen mit den ihm schräg gegenüber liegenden Hausteilen (...) unter Denkmalschutz gestellt ist.

Die Beschwerdegegenerin 1 erwarb die Liegenschaft per 31. Dezember 2009. Sie beabsichtigt unbestrittenermassen, das ganze Haus für ihren [Gewerbebetrieb] zu nutzen. Nachdem die Denkmalkommission von der Eigentümerin über deren Neubauabsichten in Kenntnis gesetzt wurde, nahm die Kommission diese Baute mit einem Stimmverhältnis von 5 Ja-Stimmen und 2 Enthaltungen am 17. Dezember 2013 ins Inventar der schützenswerten Denkmäler auf (vgl. deren Protokoll Nr. 166 vom 2. Dezember 2013). Am 9. April 2014 beantragte die Kommission mit 6 Ja-Stimmen und 2 Enthaltungen bei der Direktion des Innern dessen Unterschutzstellung als Denkmal von lokaler Bedeutung, woraufhin die Direktion des Innern einen entsprechenden Verfügungsentwurf zuhanden der Eigentümerin und der Standortgemeinde verfasste. Vom Schutzzumfang betroffen werden sollte demgemäss der Standort des Gebäudes, seine äussere Erscheinung und historische Bausubstanz (tragende Wände, Decken und Böden) sowie das Eckbuffet aus dem Jahre 1795 und die Verkleidungen der Stube. Insbesondere der jüngere Anbau auf der Ostseite mit grosser Terrasse wurde vom Schutzzumfang ausgenommen. Beide Verfügungsadressaten lehnten die Unterschutzstellung je mit Eingaben von Mitte August 2014 ab und verneinten sämtliche gesetzlichen Voraussetzungen. Mit Entscheid vom 3. März 2015 entliess der Regierungsrat das fragliche Wohn- und Geschäftshaus aus dem Inventar für schützenswerte Denkmäler und lehnte die Unterschutzstellung ab. Zur Begründung hielt er im Wesentlichen fest, dass alle Voraussetzungen für die Unterschutzstellung nach § 25 Abs. 1 des Gesetzes über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz vom 26. April 1990 (DMSG) dem Grundsatz nach erfüllt seien und auch der sehr hohe Wert des Denkmals und das sehr hohe öffentliche Interesse an dessen Erhaltung gegeben seien. Hingegen sei die Eigentümerin in ihrem Vertrauen, dass in Bezug auf dieses Objekt kein Unterschutzstellungsverfahren eingeleitet werde, zu schützen. Am 14. April 2015 erging im Zusammenhang mit dem Baugesuch für den Neubau des Wohnhauses mit Gewerbe unter Abbruch des bestehenden Gebäudes G. ein kantonaler Gesamtentscheid, in welchen nebst anderen auch die Stellungnahme des Amtes für Denkmalpflege und Archäologie einbezogen wurde. Dieses stimmte unter Berücksichtigung gewisser baulicher Anregungen dem Neubauprojekt grundsätzlich zu. Die kantonale Zustimmung erfolgte unter dem Vorbehalt, dass der Regierungsratsbeschluss vom 3. März 2015 betreffend Nichtunterschutzstellung

rechtskräftig werde. Auf Beschwerde hin hob das Verwaltungsgericht im Verfahren V 2015 43 mit Urteil vom 22. Dezember 2015 den Regierungsratsbeschluss auf und wies die Vorinstanz an, die für eine Unterschutzstellung erforderlichen Voraussetzungen gemäss § 25 Abs. 1 lit. b-d DMSG unter Beizug eines Experten zu prüfen. Der Regierungsrat habe sich bei seiner Entscheidung auf die Schlussfolgerungen der Fachkommission abgestützt. Während darin die Voraussetzungen von § 25 Abs. 1 lit. a DMSG relativ ausführlich beschrieben worden seien, seien die anderen Voraussetzungen nur rudimentär oder gar nicht geprüft worden. Der Regierungsrat habe ohne eigene Würdigung unter Verweis auf den Fachbericht alle – auch diejenigen von § 25 Abs. 1 lit. b-d DMSG – Voraussetzungen als gegeben erachtet. Im Urteil wurden in Erw. 4d) explizit die Fragen aufgeführt, die es zu beantworten und vom Regierungsrat zu würdigen gälte. Die Parteien einigten sich in der Folge auf I. als Experten, welcher sein Gutachten am 3. Juni 2016 erstellte. Gemäss den von der Direktion des Innern eingereichten Protokollen der Regierungsratsitzungen votierte dieser an seiner Sitzung vom 27. September 2016 aus Gründen der angezweifelteten Verhältnismässigkeit mehrheitlich für die Nichtunterschutzstellung des fraglichen Hauses (Protokoll vom 27. September 2016). Nach daraufhin bei der Eigentümerschaft getätigten Abklärungen wurden dem Regierungsrat je ein Antrag auf Unterschutz- und auf Nichtunterstellung unterbreitet, woraus sich – trotz Schwärzung – klar ergibt, dass die Direktion des Innern weiterhin für die Unterschutzstellung plädierte. Aus den Protokollen ergibt sich, dass der Regierungsrat in seiner Mehrheit die Unterschutzstellung weiterhin überwiegend wegen fehlender Verhältnismässigkeit ablehnte. Die von den Beschwerdeführern in ihrer Beschwerdeschrift geäusserte Vermutung, es sei bezüglich der Interessenabwägung nach den Regierungsratsberatungen Argumente eingearbeitet worden, die er so gar nicht vorgebracht habe, findet keine Stütze. Hingegen lässt sich die Behauptung der Beschwerdegegnerin 1 nicht von der Hand weisen, dass die für Denkmalfragen zuständige Direktion des Innern ihre Verfügung «contre coeur» verfasste. Tatsächlich werden mehrere Argumente im regierungsrätlichen Entscheid dargelegt, die eine Unterschutzstellung hätten nahelegen können.

5. a) Gemäss Art. 36 der Bauordnung Oberägeri vom 24. September 2006 (BO) dient die Kernzone A der Erhaltung des historischen Ortskerns. Sie ist für das Wohnen und für nicht und mässig störende Gewerbe- und Dienstleistungsbetriebe bestimmt (Abs. 1). Die das Ortsbild prägenden typischen Bauten sind nach Möglichkeit zu erhalten. Restaurierungen und Umbauten sind Neubauten oder Rekonstruktionen vorzuziehen. Artikel 37 Abs. 1 BO hält betreffend Um- und Ersatzbauten in der Kernzone A fest, dass die das Dorfbild prägenden Bauten unter Beibehaltung der ursprünglichen Bausubstanz, des bisherigen Gebäudeprofils und des herkömmlichen Erscheinungsbildes umgebaut werden dürfen. Ihr Abbruch und Wiederaufbau ist nur zulässig, wenn sich eine Renovation als unverhältnismässig erweist und die kantonale Denkmalpflege zugestimmt hat. Die Ortsbildschutzzonen dienen der Erhaltung und Pflege des jeweiligen Orts- und Quartierbildes. Gebäude dürfen nur verändert

werden, wenn das Orts- und Quartierbild nicht beeinträchtigt wird. Einzelne Neubauten sind zulässig, wenn sie dem Charakter des schutzwürdigen Ortsbildes entsprechen (Art. 44 BO). Gemäss dem rechtskräftigen Quartiergestaltungsplan Kernzone 2011 ist die Liegenschaft der Beschwerdegegnerin als prägende Baute bezeichnet. Diese Bauten sind für die Dorfidentität von grosser Bedeutung. Sie sind als Bezugspunkte für die weitere Entwicklung von Oberägeri zu sehen und in ihrer besonderen Stellung zu erhalten. Allfällige Ersatzbauten müssen der städtebaulichen Situation entsprechend sorgfältig entwickelt werden, so dass sie einen gleichwertigen Beitrag zum Dorfbild leisten (vgl. Legende zum QGP Dorfkern 2011). Gemäss § 20 DMSG sind die in den vom Zonenplan der Gemeinde bezeichneten Ortsbildschutzzonen prägenden Bestandteile der Siedlungen und gestalteten Freiräume zu bewahren. Im Baubewilligungsverfahren für Bauten und Anlagen innerhalb der Schutzzonen wirkt das Amt für Denkmalpflege und Archäologie beratend mit.

b) Aus der Tatsache, dass eine Baute in der Ortsbildschutzzone liegt, ergibt sich nicht, dass sie nicht abgebrochen und neu erstellt werden dürfte. Mit der Ortsbildschutzzone soll insbesondere ein Siedlungsteil in seiner Erscheinung und seiner Massstäblichkeit geschützt werden. Auch die Bewertung als «prägende Baute» im QGP Kernzone 2011 lässt keinen anderen Schluss zu. Aus der Zonenzuordnung lässt sich somit die Denkmalwürdigkeit eines Objektes nicht direkt ableiten.

6. a) Das DMSG umschreibt in § 2 den Begriff des Denkmals. Nach diesem Gesetz sind Denkmäler Siedlungsteile, Gebäudegruppen, gestaltete Freiräume, Verkehrsanlagen, Einzelbauten, archäologische Stätten und Funde sowie in einer engen Beziehung stehende bewegliche Objekte, die einen sehr hohen wissenschaftlichen, kulturellen oder heimatkundlichen Wert darstellen. Objekte, deren Schutz erwogen wird, sind im Inventar der schützenswerten Denkmäler festzuhalten (§ 5 und § 21 Abs. 1 Satz 1 DMSG). Objekte, an deren Erhaltung ein sehr hohes öffentliches Interesse besteht, werden unter kantonalen Schutz gestellt und in das Verzeichnis der geschützten Denkmäler eingetragen (§ 4 DMSG). Der Regierungsrat entscheidet über die Unterschutzstellung u.a. in Fällen, wenn die Standortgemeinde nicht damit einverstanden ist (§ 11 Abs. 3 DMSG). Gestützt auf § 25 Abs. 1 beschliesst er sie, wenn das Denkmal von sehr hohem wissenschaftlichen, kulturellen Wert ist (lit. a), das öffentliche Interesse an dessen Erhaltung allfällige entgegenstehende Interessen überwiegt (lit. b), die Massnahme verhältnismässig ist (lit. c) sowie die dem Gemeinwesen entstehenden Kosten auch auf Dauer tragbar erscheinen (lit. d). Kanton und Gemeinden leisten je gleich hohe Beiträge an die Kosten der Restaurierung von geschützten Denkmälern. Sie leisten auch Beiträge an die bedeutenderen Unterhaltsarbeiten. Die Beiträge gelten in der Regel den substanzerhaltenden Aufwendungen. Bei Objekten von lokaler und von regionaler Bedeutung beträgt der Beitragssatz 30% (§ 34 Abs. 1 und 2 DMSG).

b) Die Revision des DMSG im Jahr 2008 führte zu einer gewissen Verschärfung, indem der in § 25 Abs. 1 lit. a DMSG aufgelistete Wert sehr hoch sein muss. Der Regierungsrat führte in seinem Bericht und Antrag zur Revision vom 22. Januar 2008 (Vorlage Nr. 1629.1, Laufnummer 12598) aus, dass jede Unterschutzstellung eine ermessensweise Beurteilung verlange. Er gehe davon aus, dass den erhöhten Anforderungen für eine Unterschutzstellung speziell in denjenigen Fällen Bedeutung zukomme, in denen die Eigentümerschaft und die Standortgemeinde gegen eine Unterschutzstellung seien. Andererseits müsse eine den höheren Anforderungen entsprechende Unterschutzstellung bei triftigen Gründen auch gegen den Willen der Grundeigentümerin bzw. des Grundeigentümers und der Standortgemeinde durchsetzbar sein. Als allgemeines Verfassungsprinzip nach Art. 5 Abs. 2 BV unterliegt die Verhältnismässigkeit an sich der uneingeschränkten Kognition. Verlangt aber bereits die Anwendung einer Gesetzesvorschrift gestützt auf unbestimmte Rechtsbegriffe eine Abwägung, hat das Gericht diese gegenüber dem Entscheid der Vorinstanz mit Zurückhaltung zu beurteilen (vgl. Kommentar VRG, a.a.O., Marco Donatsch, § 50 N. 33).

Die Verhältnismässigkeit und Zumutbarkeit einer Unterschutzstellung kann umso eher bejaht werden, je höher die Schutzwürdigkeit eines Objektes zu gewichten ist. Das öffentliche Interesse verlangt, dass ein Baudenkmal recht eigentlich aus anderen Objekten herausragt und von bedeutendem kulturellen Wert ist (vgl. Walter Engeler, Das Baudenkmal im schweizerischen Recht, Zürich/St. Gallen 2008, S. 48 f., 205 f.). Ein Gegenstand der Vergangenheit mit besonderem Zeugnischarakter wird durch das erkennende Betrachten der Gesellschaft zum Denkmal (vgl. Eidgenössische Kommission für Denkmalpflege, Leitsätze der Denkmalpflege in der Schweiz, Zürich 2007, S. 13). Bei den für die Denkmalwürdigkeit in § 25 Abs. 1 lit. a DMSG geforderten Qualifikationen der sehr hohen Werthaltigkeit handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Davon spricht man, wenn eine gesetzliche Bestimmung die Voraussetzungen einer Rechtsfolge in offener unbestimmter Weise umschreibt. Jede offen formulierte Norm räumt einen gewissen Ermessenspielraum ein. Die Ausübung des Ermessens kann jedoch im Verwaltungsgerichtsverfahren dann nicht überprüft werden, wenn Entscheide des Regierungsrates zu beurteilen sind. Bei der Überprüfung der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen ist nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ebenfalls eine gewisse Zurückhaltung durch eine gerichtliche Instanz angezeigt. Auch das Bundesgericht übt in diesen Fällen Zurückhaltung und billigt den Verwaltungsbehörden einen gewissen Beurteilungsspielraum zu, wenn der Entscheid besonderes Fachwissen oder Vertrautheit mit den tatsächlichen Verhältnissen voraussetzt und soweit die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt wurden (BGE 135 II 384 Erw. 2.2.2). Es hat mehrfach festgehalten (vgl. BGer 1C\_555/2010 vom 23. Februar 2011, Erw. 2.1; BGer 1C\_543/2009 vom 15. März 2010, Erw. 2.3), dass «bei der Prüfung der Frage, ob ein Objekt Schutz verdient, eine sachliche, auf wissenschaft-

liche Kriterien abgestützte Gesamtbeurteilung Platz zu greifen hat, welche den kulturellen, geschichtlichen, künstlerischen und städtebaulichen Zusammenhang eines Bauwerks berücksichtigt. Eine Baute soll als Zeuge und Ausdruck einer historischen, gesellschaftlichen, wissenschaftlichen und technischen Situation erhalten bleiben. Da Denkmalschutzmassnahmen oftmals mit schwerwiegenden Eigentumseingriffen verbunden sind, dürfen sie aber nicht lediglich im Interesse eines begrenzten Kreises von Fachleuten erlassen werden. Sie müssen breiter abgestützt sein und von einem grösseren Teil der Bevölkerung befürwortet werden, um Anspruch auf eine gewisse Allgemeingültigkeit erheben zu können. Schliesslich gilt auch für Denkmalschutzmassnahmen der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Danach müssen staatliche Hoheitsakte für das Erreichen eines im übergeordneten öffentlichen Interesse liegenden Zieles geeignet, notwendig und dem Betroffenen zumutbar sein. Ein Grundrechtseingriff ist namentlich dann unverhältnismässig, wenn eine ebenso geeignete mildere Anordnung für den angestrebten Erfolg ausreicht.» Dabei ist aber festzuhalten, dass rein finanzielle Interessen bei ausgewiesener Schutzbedürftigkeit für sich genommen nicht ausschlaggebend sein können. Je schutzwürdiger eine Baute ist, umso geringer sind Rentabilitätsüberlegungen zu gewichten (BGer 1C\_55/2011 vom 1. April 2011, Erw. 7.1, mit Verweisen).

7. Im Folgenden ist zu prüfen, ob der regierungsrätliche Entscheid – die Nichtunterschutzstellung des fraglichen Wohn- und Gewerbehäuses – der gerichtlichen Überprüfung standhält. Dabei ist zu erinnern, dass sowohl der Regierungsrat wie auch die Eigentümerin und die Standortgemeinde sich der Unterschutzstellung stets widersetzen. Ebenfalls ist nochmals darauf hinzuweisen, dass das Gericht Zurückhaltung zu üben hat, auch wenn eine andere Bewertung allenfalls denkbar wäre.

a) Mit Urteil vom 22. Dezember 2015 stellte das Verwaltungsgericht verbindlich fest, dass das strittige Wohn- und Geschäftshaus von sehr hohem wissenschaftlichem, kulturellem und heimatkundlichem Wert ist, somit die (erste) Voraussetzung von § 25 Abs. 1 lit. a DMSG für eine Unterschutzstellung erfüllt. Bei diesem Urteil handelt es sich materiell um einen Zwischenentscheid, da die Vorinstanzen mit weiteren Abklärungen beauftragt wurden. Es ist fraglich, ob eine bundesgerichtliche Überprüfung bei dieser Sach- und Rechtslage gemäss Art. 93 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) möglich gewesen wäre. Insofern ist diese Feststellung über das Vorliegen der sehr hohen Wertbedeutung der Liegenschaft nicht rechtskräftig entschieden und könnte neu beurteilt werden. In diesem Gerichtsverfahren zieht nur die Standortgemeinde Oberägeri in Zweifel, dass die Voraussetzung von § 25 Abs. 1 lit. a DMSG erfüllt ist. Da der Gemeinderat seine Einschätzung nicht vertieft begründet, beispielsweise nicht mittels einer Expertenaussage untermauert oder konkrete Beweise anbietet, sieht das Gericht keinen Anlass, auf seine diesbezügliche Beurteilung zurückzukommen. Diese rechtfertigt sich u.a. nicht zuletzt auch deshalb, weil die die anderen Parteien – darunter

insbesondere die Eigentümerin – den hohen ausgewiesenen Wert der Liegenschaft nicht in Frage stellen.

b) Gemäss § 25 Abs. 1 lit. b DMSG muss das öffentliche Interesse am Erhalt des Denkmals das private Interesse überwiegen. Aus der Schutzwürdigkeit eines Objektes bzw. einer Anlage folgt in der Regel ein öffentliches Interesse an der Erhaltung. Diesem können private, aber auch andere öffentliche Interessen entgegenstehen. Der Regierungsrat verneint in seiner Entscheidung das Bestehen anderer öffentlicher Interessen. Die Standortgemeinde verweist dagegen auf ihr hohes Interesse an Arbeitsplätzen im Dorfkern, welche die Beschwerdegegnerin 1 mit ihrem Neubauprojekt verwirklichen will. Zudem verweist der Gemeinderat auf das Begehren der Bevölkerung, Denkmalschutz mit Augenmass zu betreiben (Einbezug des Willens und der Bedürfnisse des Eigentümers, Vorzug für Rekonstruktionen, finanziell tragbare, heutiger Qualität entsprechende Sanierungen, Reduktion der Auflagen der Denkmalpflege auf ein vernünftiges Mass).

b/aa) Laut dem Gutachten I. ist eine zonenkonforme Nutzung mit Wohnen und Gewerbe bei Erhalt des Hauses bzw. Sanierung möglich, wenn sich die Gewerbefläche auf das Sockelgeschoss beschränkt, die Gewerbefläche im Sockelgeschoss um die Fläche der Haustechnik (Unterstation Fernwärme, Boiler etc.) reduziert wird und in den oberen Geschossen nur eine Wohneinheit realisiert wird und von derselben Partei wie im Gewerbe genutzt wird. Könnte eine Bedingung nicht erfüllt werden, sei die Nutzung nicht mehr möglich, da verschiedene Massnahmen für den Schall- und Wärmeschutz sowie für den Brandschutz erforderlich wären. Die Geschosdecken müssten durch Brettstapeldecken ersetzt werden. Die Raumhöhe würde dadurch um ca. 15 cm reduziert. Unter diesen Umständen wäre die Wohnhygiene nicht mehr gewährleistet. Ein Verschieben der Geschosdecken sei dagegen nicht empfehlenswert. Die Technikzentrale müsse zwingend im Sockelgeschoss integriert werden, da wegen des Zugangs (Falltüre) und der Feuchtigkeit im Untergeschoss diese dort nicht untergebracht werden könne (vgl. Gutachten S. 6, 6.1 b). Die von der Eigentümerin angestrebte Nutzung bei Erhalt des Gebäudes erachtet der Gutachter weder betriebswirtschaftlich noch ökonomisch und schlussendlich auch nicht für die Bausubstanz als optimal. Der Keller könne aufgrund der Feuchtigkeit und der Estrich aufgrund der Statik nicht als Archiv benutzt werden. Die Fläche reduziere sich auf drei Geschosse, wobei bei einer gewerblichen Nutzung in den oberen Geschossen die Erschliessungsflächen grosszügiger ausgelegt werden müssten, was wiederum zu erhöhten Eingriffen in die Substanz führen würde. Auch der Schallschutz zwischen den Geschossen und die Statik könnten problematisch werden. Dies hätte den Ersatz durch Brettstapeln zur Folge, was bekanntlich zu niedrigen Raumhöhen oder dem Verschieben von Geschosdecken führen würde. Eine Mischnutzung in den oberen Geschossen sei aus mehreren Gründen wie Brandschutz, abgeschlossenes Treppenhaus, Schallschutz etc. nicht möglich (Gutachten S. 6, 6.1 c).

b/bb) Das Gutachten zeigt mit aller Deutlichkeit auf, dass eine Mischnutzung faktisch nur möglich ist, wenn diese von einer Partei betrieben wird resp. das Haus als Einfamilienhaus bewohnt wird. Bei einer zurückhaltenden Sanierung ist das Untergeschoss nur sehr eingeschränkt nutzbar und die Fläche für die gewerbliche Nutzung muss im Sockelgeschoss zudem noch reduziert werden. Die Wohnqualität – z. B. Schallschutz auch innerhalb der Wohnung resp. zwischen den Geschossen, Raumhöhe – dürfte nicht mehr zeitgemäss sein, auch wenn sich vielleicht Liebhaber solchen Wohnraums finden könnten. Eine rein gewerbliche Nutzung, wie sie die Eigentümerin anstrebt, ist gemäss den erwähnten Gründen in verschiedener Hinsicht nicht vernünftig realisierbar. Es fragt sich, ob unter diesen Umständen mit der Sanierung – die heute angesichts der technischen Möglichkeiten fraglos möglich ist – eine nachhaltige Wirkung erreicht werden kann in dem Sinn, dass das Haus zweckmässig langfristig genutzt werden kann. Dem (privaten) Interesse der Eigentümerin an einer dauerhaft möglichen Nutzung ist hier somit durchaus ein hohes Gewicht beizumessen. Dies stimmt so auch mit dem Anliegen der Gemeinde überein, dass im Dorfkern Arbeitsplätze bestehen bleiben oder neu geschaffen werden. Solche tragen wesentlich zur Belebung eines Dorfes bei. Mit Arbeitsplätzen kann erreicht werden, dass andere Strukturen (z. B. andere Gewerbebetriebe) eines Dorfes erhalten bleiben. Der Regierungsrat scheint sich in seiner ersten Argumentation im angefochtenen Entscheid ebenfalls nicht sicher gewesen zu sein, dass bei Substanzerhalt eine Belebung des Dorfes gelingt («Sollte es gelingen, im Erdgeschoss eine neue gewerbliche Nutzung mit mehr Publikumsverkehr unterzubringen, könnte der Ortskern zusätzlich an Lebensqualität gewinnen.»), schliesst sich aber in seiner Duplik neu diesen Überlegungen an. Dem durchaus hohen öffentlichen Interesse an der Erhaltung historischer Bausubstanz stehen somit nicht nur ein privates sondern auch ein weiteres öffentliches Interesse gegenüber, die zusammen zumindest als gleich bedeutend zu gewichten sind. Dazu kommt, dass das Bundesgericht der öffentlichen Meinung eine nicht nur untergeordnete Bedeutung zumisst, sondern verlangt, dass die Schutzwürdigkeit nicht nur von den Fachkreisen, sondern auch von einem grösseren Teil der Bevölkerung bejaht wird. In Oberägeri verhält es sich offensichtlich nicht so, dass allen Anliegen des Denkmalschutzes abwehrend entgegengetreten würde. Mit Befürwortung der Gemeinde wurden das Gasthaus O. und die gegenüberliegenden Hausteile (...) unter Schutz gestellt. In nächster Umgebung sind mit dem «R.» (...) und dem «E.» (...) zwei weitere Bauten denkmalgeschützt. Wenn nun eine Motion, mit welcher eine strengere Unterschutzstellungspraxis angestrebt wird, mit 403 Ja- zu 2 Nein-Stimmen erheblich erklärt wird, ist dies nicht ohne Relevanz. Zieht man in Betracht, dass der Gemeinderat als Vertreter der Einwohner von Oberägeri bei gewissen Objekten sehr wohl für den Denkmalschutz einsteht, vorliegend sich aber von Anfang an dezidiert gegen die Unterschutzstellung äusserte, kann jedenfalls nicht auf eine breite Anerkennung der Schutzwürdigkeit dieses konkreten Hauses geschlossen werden. Insgesamt ergibt sich, dass das öffentliche Interesse am Erhalt des Hauses an der G.-Strasse nicht im erforderlichen Mass überwiegt.

c) Eine Unterschutzstellung muss verhältnismässig sein (§ 25 Abs. 1 lit. c DMSG).

c/aa) Laut unwidersprochenen Aussagen der Eigentümerin betragen die Raumhöhen ca. 180 - 185 cm. Betreffend den Zustand des Hauses ist ein Bericht der T., Luzern, vom 21. März 2014 in den Akten. Anlässlich einer ersten visuellen Beurteilung zusammen mit einem Vertreter des Amtes für Denkmalpflege und Archäologie (Abteilung Denkmalpflege und Bauberatung) wurde bezüglich der Statik festgestellt, dass bei zusätzlichen Belastungen die Tragsicherheit der Wände, welche in bauphysikalischer Hinsicht ein grosses Manko aufwiesen, überprüft werden müsste. Bei den Decken sei ein Unterzugssystem sichtbar, wobei etliche Hauptträger durchhängen. Der Unterzug im Wohnzimmer strassenseitig sei mit einem Rundstrahl bis ins Sparrendach hinauf aufgehängt; diese Aufhängung sei extrem ausgenützt und am Sparren nicht fachgemäss befestigt. Um alle Balken bezüglich Tragsicherheit kontrollieren zu können, müssten bei den Decken alle Verkleidungen entfernt werden. Das Dach müsse neu eingedeckt werden, wobei eine neue Holzkonstruktion vermutlich wirtschaftlicher wäre als Verstärkungen als Folge der Mehrlasten einzubauen. Der Estrichboden müsse in jedem Fall neu erstellt werden. Decken und Wände könnten sicher verstärkt werden, wobei zu beachten sei, dass die Raumhöhen jetzt schon sehr gering seien. W., Beratende Ingenieure und Planer SIA, kamen in einer von der Eigentümerin in Auftrag gegebenen Zustandsbeurteilung am 13. Mai 2014 zum Schluss, dass der Umbau des bestehenden Gebäudes, welcher den Anforderungen der aktuellen Normen entspreche, zu einer kompletten Aushöhlung des Gebäudes führe, was aus Sicht des Tragwerkplaners unverhältnismässig sei. U.a. wurde festgestellt, dass die geringen lichten Raumhöhen und die bauphysikalischen Begebenheiten für Dämmung und Raumakustik den heutigen Anforderungen bei Weitem nicht genügen. Die Anpassung der Geschosshöhen würde massive Eingriffe in die Tragstruktur der Riegelkonstruktion erfordern. Die Tragkonstruktion der oberen Geschosse entspreche nicht den Anforderungen an einen Feuerwiderstand von 60 Minuten. Die Balkenlagen und Wechselträger seien zu gering dimensioniert und müssten verstärkt oder ausgewechselt werden. Der Gutachter I. stellte betreffend den Rohbau u.a. fest, dass das Mauerwerk des Unter- und Sockelgeschosses in einem statisch guten Zustand sei. Das Untergeschoss weise feuchte Stellen auf mit Oberflächenkondensat und sei schlecht durchlüftet. Der Holzbau sei – soweit ersichtlich – in einem intakten Zustand mit einzelnen wenigen Feuchtstellen. Einzelne Bauteile seien statisch aus- resp. übernutzt (bspw. sei der Boden am Kachelofenstandort stark abfallend). Die Tragsicherheit sei ohne bauliche Veränderungen gegeben und ohne äussere Einwirkung bestehe keine Einsturzgefahr. Das Dach sei als Kaltdach ohne Unterdach ausgebildet. Der Estrich sei unbeheizt. Der Dachstuhl sei in gutem Zustand. Die Ziegeleindeckung habe einzelne kleine Leckstellen und der Grat sei an drei Stellen aufgebrochen. Als Nutzungseinheit gebe es keine Anforderungen an den Schallschutz zwischen den Geschossen. Die Aussenwände hätten keinen genügenden Wärme- und Schallschutz. Betreffend die Bausubstanz zog er das Fazit, dass der Rohbau in der Grundsubstanz in einem guten Zustand und mit normalen Mass-

nahmen für die heutige Nutzung ertüchtigt werden könne. Die restlichen Elemente seien über die Jahre abgenutzt und müssten aufgefrischt oder ersetzt werden. Die Abnutzung sei im Verhältnis zu vergleichbaren Bauten im normalen Bereich. Diverse Verkleidungen seien unsachgemäss demontiert und unwiderruflich zerstört worden (Gutachten S. 5, 4.10). Bei einer Substanzerhaltung sei der Ersatz der Geschossdecken durch Brettstapeldecken nicht notwendig, zumal sich dadurch die Raumhöhen um weitere 15 cm reduzierten. Würden die Raumhöhen angehoben, entstünden Probleme mit den Fensterhöhen (Absturzicherung, Belichtung etc.). Die Verplattungen der Aussen- und Innenwände fielen auseinander. Die Aussendämmung sei aus denkmalpflegerischer Sicht nicht sinnvoll (allerdings ist die Westfasse mit einem – nicht ursprünglichen – Eternitschindelmantel verkleidet, S. 4, 4.5). Bei einer Kaltnutzung des Estrichs solle das Dach nicht gedämmt werden, da die zusätzliche Last auf den Sparren statische Massnahmen erforderten, hingegen könne der Estrichboden gedämmt werden. Während die Eigentümerin für eine substanzerhaltende Sanierung mit Kosten von ca. Fr. 1.4 Mio. rechnet, veranschlagt er diese auf ca. Fr. 1 Mio., da er einige Massnahmen (z. B. Aussendämmung, Kaltnutzung des Estrichs ohne aus statischen Gründen vorgenommene Dämmung des Daches) als nicht zwingend notwendig erachtet oder günstigere Alternativen sieht, dies allerdings unter dem Vorbehalt der Nutzung durch nur eine Nutzerpartei. Abschliessend stellte er fest, dass er im Gutachten nur die technischen Möglichkeiten untersucht und wiedergegeben habe. Aus baulicher Sicht sei vieles möglich. Für die erwähnte Mischnutzung (idealerweise selbstgenutztes Einfamilienhaus mit kleinem Gewerbe) sei eine Sanierung verhältnismässig einfach umsetzbar. Für die vom Eigentümer gewünschte Nutzung sei ein Neubau zweckmässiger, da bei der Sanierung zu viel Substanz verloren ginge. Zu bezweifeln sei, ob ein Umbau/Sanierung in der heutigen Nutzung wirtschaftlich vertretbar vermietet werden könnte. Der Wohnanteil werde zu gross bzw. der Ausbau für die Wohnungsgrösse zu wenig attraktiv. Zwei bis drei Geschosswohnungen könnten wegen der Erschliessung und den erwähnten Vorschriften (Schallschutz, Brandschutz etc.) nur schwierig eingebaut werden (Gutachten S. 9, Schlusswort).

Die Grundeigentümerin erwarb Ende Dezember 2009 die Liegenschaft zu einem Preis von Fr. 500'000.-, wobei sie nach eigenen Angaben in den Jahren zuvor als Mieterin rund Fr. 160'000.- investierte. Aktuell besteht eine hypothekarische Belastung von Fr. 400'000.-. Bei reiner Substanzerhaltung sind mit (geschätzten) Kosten von Fr. 1 bis 1.4 Mio. zu rechnen, welche Mittel nach Meinung der Eigentümerin – abgesehen von den Beiträgen der öffentlichen Hand – selber aufgebracht werden müssten.

c/bb) Werden für die Substanzerhaltung des Hauses nur gerade die Massnahmen getroffen, die nach Begutachtung des Experten unbedingt notwendig sind, ist die Nutzung realistischerweise nur als Einfamilienhaus möglich. Dabei ist nicht zu verkennen, dass der Ausbaustandard (Raumhöhen, Zimmergrössen, Schallschutz etc.) bei Weitem nicht den heutigen Ansprüchen auch eines durchschnittlichen Nutzers

entspricht. Auch in anderen Belangen (Brandschutz, Gebäudeenergetik etc.) werden die geltenden Normen kaum erfüllbar sein. Den Annahmen des Regierungsrates, dass keine wirtschaftlich vertretbaren Mietzinse generiert werden können, kann angesichts der zu erwartenden Kosten und der (eingeschränkten) Nutzungsmöglichkeiten – auch wenn selbstredend keine verifizierten Zahlen vorliegen – ohne Weiteres gefolgt werden. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung darf überdies das Faktum mitberücksichtigt werden, dass die fragliche Liegenschaft bei der im Zusammenhang mit der Erstellung des QGP 2011 stattgefundenen Vorinventarisierung der Objekte in der Kernzone von Oberägeri nicht in das Inventar der schützenswerten Denkmäler aufgenommen wurde (vgl. BGer 1C\_267/2014 vom 18. November 2014, Erw. 4.6 betreffend das Gasthaus O.). Dies steht nicht im Widerspruch zum Entscheid vom 22. Dezember 2015 in derselben Angelegenheit. Wäre nämlich ein schützenswertes Vertrauen der Eigentümerin zu bejahen gewesen, hätte die Unterschutzstellung auch bei Vorliegen aller Voraussetzungen gemäss § 25 Abs. 1 DMSG verweigert werden können. Dass die zeitnah mit dem Liegenschaftserwerb erfolgte Inventarisierung der Bauten in der Kernzone Oberägeri die Liegenschaft der Beschwerdegegnerin 1 nicht miterfasste und das Haus im in Zusammenarbeit mit den Amt für Denkmalschutz und Archäologie erstellten QGP «nur» als prägendes, nicht aber als schützenswertes Objekt qualifiziert wurde, durfte von der Käuferin, der Beschwerdegegnerin 1, als Indiz für eine fehlende Denkmalswürdigkeit gewertet werden. Es darf angenommen werden, dass eine zu erwartende Unterschutzstellung den Kaufpreis oder gar die grundsätzliche Kaufabsicht beeinflusst hätte. Mit in die Überlegungen betreffend Verhältnismässigkeit darf sicher auch einbezogen werden, dass die Fachkommission gemäss den eingereichten Protokollen nicht einstimmig die Inventarisierung resp. Unterschutzstellung unterstützte, und dass das Haus «nur» als Denkmal von lokaler, nicht aber regionaler Bedeutung eingeschätzt wurde.

c/cc) Zusammenfassend ist dem Regierungsrat beizustimmen, dass eine Unterschutzstellung im vorliegenden Fall nicht verhältnismässig bzw. der Eigentümerin nicht zumutbar ist. Bei Erhalt der denkmalwürdigen Teile der Liegenschaft, so namentlich der Holzkonstruktion, kann eine zweckmässige und damit nachhaltige Nutzung nicht gewährleistet werden. Eine tieferegreifende Sanierung bereits in den kommenden Jahren wäre absehbar. Das ebenfalls schützenswerte Eckbuffet und Täfer (soweit überhaupt noch vorhanden) hingegen kann problemlos in einen Neubau integriert und somit langfristig erhalten werden.

(...)

8. Der Regierungsrat hat in seinem Bericht und Antrag zur Revision des DMSG (vgl. oben Erw. 6b) hervorgehoben, dass ein Denkmal die gesetzlichen Voraussetzungen in erhöhtem Mass erfüllen müsse, wenn Eigentümer und Standortgemeinde eine Unterschutzstellung ablehnten. Letzteres ist hier der Fall. Auch die Fachkommission

hat – gemäss von der Direktion des Innern eingereichten Protokollen – nicht einstimmig die Inventarisierung resp. Unterschutzstellung dieses Hauses als Denkmal unterstützt und es wurde ihm auch «nur» eine lokale Bedeutung zugeschrieben. Die gerichtliche Prüfung hat ergeben, dass weder ein überwiegendes öffentliches Interesse am Erhalt des Hauses noch die Verhältnismässigkeit resp. Zumutbarkeit der Unterschutzstellung im erforderlichen Mass gegeben ist. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass der Regierungsratsbeschluss im Ergebnis nicht zu beanstanden ist und dem Regierungsrat nicht vorgeworfen werden kann, dass er sein ihm zustehendes Ermessen in rechtswidriger Weise angewandt hat. Auf die nur von der Beschwerdegegnerin 1 beantragte Durchführung eines Augenscheins kann bei diesem Schluss ohnehin verzichtet werden, zumal die Faktenlage in den Akten ausreichend beschrieben ist. Insgesamt ergibt sich also, dass die Beschwerde abzuweisen ist.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 5. Oktober 2017, V 2017 17

Das Urteil ist rechtskräftig.

### 3. Handelsregister

#### 3.1 Art. 153a Abs. 2 lit. a HRegV, Art. 153b Abs. 1 HRegV i.V.m Art. 943 Abs. 1 OR

##### **Regeste:**

Artikel 153a Abs. 2 lit. a HRegV – Das Handelsregisteramt hat die Aufforderung zur Anmeldung eines gültigen Rechtsdomizils an die im Handelsregister angegebene Adresse der Rechtseinheit zu senden. Es muss nicht versuchen, die Anmeldepflichtigen an ihrer Privatadresse zu erreichen (Erw. 5.1).

Art. 153b HRegV – Erst nach erfolglosem Aufforderungsverfahren wird die Auflösungsverfügung an die Privatadresse der Inhaber oder Liquidatoren zugestellt (Erw. 5.1).

Art. 153b Abs. 1 HRegV i.V.m. Art. 943 Abs. 1 OR – Gegen verantwortliche Organe einer Rechtseinheit ist eine Ordnungsbusse auszufällen, wenn diese ihrer Pflicht zur Eintragung der Rechtseinheit im Handelsregister nicht nachkommen (Erw. 5.2).

Art. 5 und Art. 12 Kostenverordnung Handelsregister – Überprüfung der Rechtmässigkeit der Gebühren für das Aufforderungsverfahren nach Art. 153a HRegV und für die Auflösungsverfügung nach Art. 153b HRegV (Erw. 6).

##### **Aus dem Sachverhalt:**

Mit Verfügung vom 13. Juni 2017 löste das Handelsregisteramt des Kantons Zug die X. GmbH gestützt auf Art. 153b HRegV auf. Zur Begründung wurde ausgeführt, die Gesellschaft habe den gesetzmässigen Zustand innert Frist nicht hergestellt. Das Amt auferlegte der Gesellschaft gleichzeitig die Kosten des Aufforderungsverfahrens von Fr. 300.– und der Verfügung von Fr. 130.– sowie den Mitgliedern des

obersten Leitungs- und Verwaltungsorgans der Gesellschaft eine Ordnungsbusse von Fr. 300.–. Diese Verfügung wurde dem Gesellschafter und Geschäftsführer, Y., an seiner neuen Privatadresse in A. zugestellt. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 20. Juni 2017 gelangte die X. GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Y., an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug und beantragte u.a., die Verfügung des Handelsregisteramtes sei bezüglich der Bussen aufzuheben. Mit Vernehmlassung vom 2. August 2017 beantragte das Handelsregisteramt des Kantons Zug die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin.

### **Aus den Erwägungen:**

(...)

2.

2.1 Wird dem Handelsregisteramt gemäss Art. 153a Abs. 1 HRegV von Dritten mitgeteilt, dass eine Rechtseinheit angeblich über kein Rechtsdomizil mehr verfügt, fordert es das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan der Rechtseinheit auf, innert 30 Tagen ein neues Rechtsdomizil am Ort des Sitzes zur Eintragung anzumelden oder zu bestätigen, dass das eingetragene Rechtsdomizil noch gültig ist. Gemäss Art. 153a Abs. 2 HRegV weist die Aufforderung auf die massgebenden Vorschriften und Rechtsfolgen der Verletzung dieser Pflicht hin und wird zugestellt gemäss lit. a) mit einem eingeschriebenen Brief an das im Handelsregister eingetragene Rechtsdomizil sowie an allfällige im Handelsregister eingetragene weitere Adressen der Rechtseinheit; oder gemäss lit. b) nach den Bestimmungen über den elektronischen Geschäftsverkehr. Wird gemäss Art. 153a Abs. 3 der HRegV innert dieser Frist keine Anmeldung oder keine Bestätigung eingereicht, veröffentlicht das Handelsregisteramt die Aufforderung im Schweizerischen Handelsamtsblatt. Dabei weist die Aufforderung auf die massgebenden Vorschriften und die Rechtsfolgen der Verletzung dieser Pflicht hin.

2.2 Leistet die Rechtseinheit der im Schweizerischen Handelsamtsblatt publizierten Aufforderung innert Frist keine Folge, so erlässt das Handelsregisteramt gemäss Art. 153b Abs. 1 HRegV eine Verfügung über: lit. a) die Auflösung der juristischen Person und der Personengesellschaft beziehungsweise die Löschung des Einzelunternehmens und der Zweigniederlassung; lit. b) über die Einsetzung der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans als Liquidatorinnen und Liquidatoren; lit. c) über den weiteren Inhalt des Eintrags im Handelsregister; lit. d) über die Gebühren; lit. e) gegebenenfalls über die Ordnungsbusse gemäss Art. 943 OR. Nach Abs. 2 lit. a dieser Bestimmung eröffnet das Handelsregisteramt seine Verfügung nach Massgabe des kantonalen Rechts oder nach den Bestimmungen über den elektronischen Geschäftsverkehr an: (Ziff. 1) die in der Schweiz wohnhafte Inhaberin

oder den in der Schweiz wohnhaften Inhaber eines Einzelunternehmens; (Ziff. 2) die in der Schweiz wohnhaften Liquidatorinnen oder Liquidatoren einer Personengesellschaft oder einer juristischen Person; oder (Ziff. 3) die in der Schweiz wohnhaften zur Vertretung der Zweigniederlassung berechtigten Personen. Gemäss Abs. 2 lit. b dieser Norm eröffnet das Handelsregisteramt die Publikation der Verfügung zudem im Schweizerischen Handelsamtsblatt, sollten nicht alle unter Buchstaben a genannten Personen einen Wohnsitz in der Schweiz haben. Wird gemäss Art. 153b Abs. 3 HRegV innerhalb von drei Monaten nach der Eintragung der Auflösung einer juristischen Person oder einer Personengesellschaft der gesetzliche Zustand wieder hergestellt, indem das neue Rechtsdomizil rechtskonform zur Eintragung angemeldet wird, kann das Handelsregisteramt die Auflösung widerrufen.

(...)

5. Der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin beantragte den Erlass der ihm auferlegten Busse, da die Briefe des Beschwerdegegners nicht korrekt zugestellt worden seien. Dieser habe die Pflicht gehabt, die eingeschriebenen Briefe an die Adresse in A. zu senden, zumal es auch für andere Behörden möglich gewesen sei, diese Adresse herauszufinden.

5.1 Dem Geschäftsführer ist zu widersprechen. Artikel 153a Abs. 2 lit. a HRegV hält ausdrücklich fest, dass das Handelsregisteramt die Aufforderung zur Anmeldung eines gültigen Rechtsdomizils bei einem angeblich fehlenden Rechtsdomizil an die Adresse zu senden hat, welche die betroffene Gesellschaft im Handelsregister eingetragen hat. Wird die Gesellschaft nicht erreicht, muss nicht versucht werden, die Anmeldepflichtigen an ihrer Privatadresse zu erreichen. In diesem Fall ist die Aufforderung lediglich im Schweizerischen Handelsamtsblatt zu publizieren (Michael Gwelessiani, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 3. Aufl., Zürich/ Basel/ Genf 2016, Art. 152 N 522). Erst nach einem erfolglosen Aufforderungsverfahren an die Adresse der Gesellschaft muss die Verfügung nach Massgabe von Art. 153b Abs. 2 lit. a Ziff. 1 und 2 HRegV an die Privatadresse der Inhaber oder Liquidatoren erfolgen (Michael Gwelessiani, a.a.O., Art. 153b N 532). In casu ist das Handelsregisteramt korrekt vorgegangen, indem es die Aufforderung vom 14. Februar 2017 an die Z.-Strasse in B. verschickte und – nach erfolgloser SHAB-Publikation vom (...) – die Verfügung vom 13. Juni 2017 an die Adresse des Geschäftsführers in A. (HRA-act. 1-4).

5.2 Die vom Handelsregisteramt ausgesprochene Busse erweist sich entgegen der Ansicht des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin im Übrigen als rechtmässig. Gemäss Art. 943 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) hat die Registerbehörde von Amtes wegen gegen Fehlbare mit Ordnungsbussen zwischen Fr. 10.– und Fr. 500.– einzuschreiten, wenn das Gesetz die Beteiligten zur Anmeldung verpflichtet hat. Die Handelsregisterbehörde ist auf die Mitwirkung der

anmeldepflichtigen Personen angewiesen und kann gemäss Art. 152 HRegV die Eintragungspflicht durchsetzen. Die Ordnungsbusse ist gegen fehlbare Beteiligte als Zwangsmittel vorgesehen. Zu büssen ist jeder absichtliche oder fahrlässige Verstoß gegen die im Gesetz und Verordnung geregelte Pflicht, eine Eintragung im Handelsregister anzumelden. Bei juristischen Personen werden die verantwortlichen Organe, d.h. die anmeldungspflichtigen Personen bestraft. Auch bei einem fehlenden Rechtsdomizil nach Art. 153b Abs. 1 HRegV ist eine Ordnungsbusse im Sinne von Art. 934 Abs. 1 OR auszusprechen (BSK-OR II, Eckert, N 1 zu Art. 943 OR). Gemäss Art. 123 Abs. 1 HRegV muss eine Gesellschaft bei einer Sitzverlegung an ihrem neuen Sitz angemeldet werden. Bei einer GmbH, wie vorliegend, muss jede Anmeldung von zwei Mitgliedern des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans oder von einem Mitglied mit Einzelzeichnungsberechtigung unterzeichnet werden (Art. 931a Abs. 1 OR, Art. 17 Abs. 1 lit. c HRegV). Bei der Beschwerdeführerin ist Y. als Geschäftsführer mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen. Keine weitere Person ist in der Gesellschaft zur Unterschrift berechtigt (vgl. HRA-act. 2). Er wäre somit von Gesetzes wegen zur Anmeldung der Sitzverlegung der Beschwerdeführerin verpflichtet gewesen, was er aber – wie er selber zugibt – nicht tat. Damit hat er es fahrlässig unterlassen, den ihm durch das Handelsregisterrecht auferlegten Pflichten nachzukommen. Bei dieser Ausgangslage musste das Handelsregisteramt ihm gegenüber eine Ordnungsbusse aussprechen. Diesbezüglich gab es für die Behörde gar keinen Spielraum. Die Höhe der auferlegten Ordnungsbusse erweist sich im Weiteren auch nicht als unverhältnismässig. Letzteres wurde vom Geschäftsführer der Beschwerdeführerin denn auch gar nicht behauptet.

6. Es sind nunmehr die der Beschwerdeführerin auferlegten Verfahrenskosten zu prüfen. Der Beschwerdeführerin wurden einerseits Kosten für das Aufforderungsverfahren gemäss Art. 153a HRegV im Umfang von Fr. 300.– (Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung vom 13. Juni 2017) und andererseits Kosten für die Verfügung selbst von Fr. 130.– (Ziff. 3 der Verfügung vom 13. Juni 2017) auferlegt.

6.1 Zu den geltend gemachten Kosten für das Aufforderungsverfahren ist festzustellen, dass sich diese gemäss der mit der Verfügung vom 13. Juni 2017 mitverschickten Aufstellung (HRA-act. 4) wiederum in zwei Untergruppen unterteilen lassen: Einerseits in Gebühren von Fr. 180.– für die im Handelsregister vorgenommenen Änderungen, welche auf die Liquidation zurückzuführen sind (Gebühren unter Ziffer 16.1), und andererseits in Gebühren von Fr. 120.–, welche mit dem eigentlichen Aufforderungsverfahren gemäss Art. 153a HRegV zusammenhängen (Gebühren unter Ziffer 16.3).

Für all diese Gebühren existiert eine Rechtsgrundlage, wie nachfolgend zu zeigen ist. In der ersten Gruppe wurden für die Domiziländerung Fr. 40.– in Rechnung gestellt. Rechtsgrundlage für die Erhebung dieses Betrags ist Art. 5 lit. a Ziff. 1 der Verordnung über die Gebühren für das Handelsregister vom 3. Dezember 1954 (KostenVO,

SR 221.411.1). Weiter wurden in der Verfügung gestützt auf Art. 5 lit. a Ziff. 2 KostenVO für die Änderung der Funktion – der Geschäftsführer wurde zum Liquidator der Gesellschaft bestimmt – richtigerweise Fr. 20.– in Rechnung gestellt. Die dritte Position betraf die Kosten der Eintragung der Auflösung der Gesellschaft im Handelsregister, wofür Fr. 100.– veranschlagt wurden. Auch für diese Gebühr gibt es mit Art. 5 lit. d Ziff. 6 KostenVO eine Rechtsgrundlage. Schliesslich betrifft die Personalienänderung, für welche die Beschwerdeführerin Fr. 20.– zu zahlen hatte, die Tatsache, dass der Wohnort des Geschäftsführers im Handelsregister nicht mehr mit B., sondern mit A. angegeben wurde. Gesetzlich ist diese Gebühr wie die Eintragung der Funktionsänderung in Art. 5 lit. a Ziff. 2 KostenVO verankert.

Für das Aufforderungsverfahren nach Art. 153a HRegV regelt Art. 12 KostenVO, dass dafür zwischen Fr. 50.– und Fr. 200.– zu erheben sind. Das Handelsregisteramt hat der Beschwerdeführerin Fr. 120.– in Rechnung gestellt, was angesichts des möglichen Spielraums als nicht unangemessen hoch bezeichnet werden kann. Die fragliche Gebührenerhebung erweist sich als korrekt und angemessen.

6.2 Schliesslich hat das Handelsregisteramt von der Beschwerdeführerin Fr. 130.– für die Verfügung vom 13. Juni 2017 verlangt. Diese Verfügung wurde gestützt auf Art. 153b HRegV erlassen und ist nicht zu verwechseln mit dem Aufwand, welcher das Handelsregisteramt im Zusammenhang mit dem Aufforderungsverfahren nach Art. 153a HRegV betrieben hat, und wofür es, wie dargelegt, richtigerweise Fr. 120.– in Rechnung stellte. Für die Verrechnung des Aufwands, welcher dem Amt für den Erlass der eigentlichen Verfügung entstanden ist, stellt erneut Art. 12 KostenVO die Rechtsgrundlage dar. Die vom Amt verlangte Gebühr von Fr. 130.– lässt sich auch in diesem Fall nicht als unangemessen hoch bezeichnen. Sie entspricht nach Erfahrung des Gerichts im Übrigen der langjährigen Praxis des Amtes. Die Verfügungskosten von Fr. 130.– sind mithin nicht zu beanstanden.

Das Handelsregisteramt hat bezüglich der Gebühren im Übrigen keinen Spielraum; denn Art. 16 KostenVO hält im Grundsatz fest, dass geschuldete Gebühren weder erlassen noch ermässigt werden dürfen. Auch das Gericht ist an diese Bestimmung gebunden, so dass die Beschwerdeführerin nicht darum herkommen wird, die im Zusammenhang mit dem Aufforderungsverfahren und der Auflösung der Gesellschaft aufgelaufenen und verfükten Gebühren im Umfang von Fr. 430.– vollständig zu zahlen.

7. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerin resp. der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner die erhobenen Kosten von Fr. 300.– für das Aufforderungsverfahren und der nachfolgenden Eintragung sowie Fr. 130.– für die Verfügung vom 13. Juni 2017 und Fr. 300.– als Ordnungsbusse gestützt auf Art. 943 Abs. 1 OR schuldet. Die angefochtene Verfügung erweist sich als zutreffend und die dagegen erhobene Beschwerde ist abzuweisen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2017, V 2017 77  
Das Urteil ist rechtskräftig.

#### 4. Sozialversicherungsrecht

##### 4.1 Art. 18d IVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 IVV

###### **Regeste:**

Art. 18d IVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 IVV – Versicherten, die vor Eintritt der Invalidität in einem Anstellungsverhältnis standen, ist nur dann eine Kapitalhilfe zu gewähren, wenn die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit invaliditätsbedingt notwendig ist. Ist hingegen die Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit möglich, besteht kein Anspruch auf Kapitalhilfe (Erw. 5.3.1).

###### **Aus dem Sachverhalt:**

Der Versicherte, Jahrgang 1968, schloss 1988 die Lehre als Konstruktionsschlosser ab und arbeitete dann in Zug als Metallbauschlosser. Im Jahr 2011 musste er seine unselbständige Erwerbstätigkeit als Metallbauschlosser wegen gesundheitlichen Beschwerden – Kalk- und Kristallablagerungen in den Knien – jedoch aufgeben, weshalb er im April 2011 eine von der IV-Stelle finanzierte Umschulung zum Bauleiter-Hochbau begann. Er besuchte ab dem 30. April 2011 die berufsbegleitende Ausbildung zum Bauleiter und nahm ab dem 1. Mai 2011 ein Praktikum in dieser Funktion auf. Nach eineinhalb Semestern musste er die theoretische Grundausbildung im Januar 2012 aus gesundheitlichen Gründen (Hand- und Fussgelenkprobleme) jedoch bereits wieder abbrechen, weshalb die praktische Ausbildung ohne den theoretischen Teil fortgesetzt wurde. Doch auch die praktische Ausbildung musste er im September 2012 krankheitsbedingt unterbrechen, was schliesslich zum definitiven Abbruch der Ausbildung per Ende April 2013 führte. In der Folge hatte der Beschwerdeführer verschiedene Nebenjobs und nahm schliesslich im Mai 2016 eine selbständige Geschäftstätigkeit auf dem Gebiet des Metallbaus auf, wofür er bei der IV-Stelle ein Gesuch um Kapitalhilfe in der Höhe von Fr. 50'000.– stellte, welches indes mit Vorbescheid vom 16. Mai 2017 bzw. Verfügung vom 11. September 2017 abgewiesen wurde. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 11. Oktober 2017 liess der Versicherte beantragen, die Verfügung vom 11. September 2017 sei aufzuheben, dem Gesuch um Kapitalhilfe sei stattzugeben, eventualiter seien weitere Sachverhaltsabklärungen durch die Beschwerdegegnerin vorzunehmen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin. Mit Vernehmlassung vom 16. November 2017 beantragte die IV-Stelle die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde.

## Aus den Erwägungen:

(...)

3.2 Invalide oder von einer Invalidität bedrohte Versicherte haben Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen, soweit diese notwendig und geeignet sind, die Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, wieder herzustellen, zu erhalten oder zu verbessern und die Voraussetzungen für den Anspruch der einzelnen Massnahmen erfüllt sind (Art. 8 Abs. 1 IVG). Der Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen besteht unabhängig von der Ausübung einer Erwerbstätigkeit vor Eintritt der Invalidität (Art. 8 Abs. 1 bis IVG). Die Eingliederungsmassnahmen bestehen gemäss Abs. 3 in medizinischen Massnahmen (lit. a), Integrationsmassnahmen zur Vorbereitung auf die berufliche Eingliederung (lit. abis), Massnahmen beruflicher Art (Berufsberatung, erstmalige berufliche Ausbildung, Umschulung, Arbeitsvermittlung, Kapitalhilfe; lit. b) und in der Abgabe von Hilfsmitteln (lit. d). (...)

3.3 Die beruflichen Eingliederungsmassnahmen werden in Art. 15 ff. IVG konkretisiert. Gemäss Art. 18d IVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 der Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (IVV, SR 831.201) kann einer eingliederungsfähigen invaliden versicherten Person mit Wohnsitz in der Schweiz eine Kapitalhilfe zur Aufnahme oder zum Ausbau einer Tätigkeit als Selbständigerwerbende sowie zur Finanzierung von invaliditätsbedingten betrieblichen Umstellungen gewährt werden, sofern sie sich in fachlicher und charakterlicher Hinsicht für eine selbständige Erwerbstätigkeit eignet, die wirtschaftlichen Voraussetzungen für eine dauernde existenzsichernde Tätigkeit gegeben sind und für eine ausreichende Finanzierung Gewähr geboten ist. Die Kapitalhilfe kann ohne Rückzahlungspflicht oder als zinsloses oder verzinsliches Darlehen gewährt werden. Sie kann auch in Form von Betriebseinrichtungen oder Garantieleistungen erbracht werden (Art. 7 Abs. 2 IVV).

### 3.4

3.4.1 Im Kreisschreiben des Bundesamtes für Sozialversicherungen über die Eingliederungsmassnahmen beruflicher Art (KSBE, Stand 1. Mai 2017) sind die obgenannten Voraussetzungen der Kapitalhilfe unter Rz. 6004 konkretisiert und weitere aufgezählt:

- es muss eine Invalidität vorliegen, die der versicherten Person die weitere Ausübung der unselbständigen Erwerbstätigkeit nicht mehr erlaubt oder unzumutbar macht, oder die bisherige selbständige Erwerbstätigkeit erheblich beeinträchtigt;
- die versicherte Person muss subjektiv und objektiv eingliederungsfähig sein;
- die versicherte Person muss sich fachlich und charakterlich (Selbst- und Sozialkompetenzen) für eine selbständige Erwerbstätigkeit eignen;
- die versicherte Person muss in der Schweiz Wohnsitz haben;

- die Eingliederungsmassnahme, die zur selbständigen Erwerbstätigkeit führt, muss einfach und zweckmässig sein;
- der Gesundheitszustand und die wirtschaftlichen Aussichten müssen Gewähr für eine längerdauernde und existenzsichernde Eingliederung bieten. Eine Existenzsichernde Erwerbstätigkeit liegt vor, wenn die Kapitalhilfe der versicherten Person ermöglicht, aus der selbständigen Erwerbstätigkeit während einer längeren Zeitspanne ein Bruttoeinkommen zu erzielen, das mindestens dem Mittelbetrag zwischen dem Minimum und Maximum der ordentlichen einfachen Altersrente entspricht, wobei Renten irgendwelcher Art, die die versicherte Person bezieht, nicht zu berücksichtigen sind;
- zusammen mit der Kapitalhilfe muss eine ausreichende und angemessene Finanzierung längerdauernd gesichert sein.

Sodann wird in Rz. 6005 KSBE festgehalten, dass versicherte Personen, denen es auf Grund einer Invalidität nicht mehr möglich oder nicht zumutbar ist, als Unselbständigerwerbende tätig zu sein sowie Selbständigerwerbende, die aus invaliditätsbedingten Gründen ihren Betrieb umstellen müssen, Anspruch auf Kapitalhilfe haben. Einer versicherten Person, die nach erfolgten beruflichen Massnahmen der IV eine selbständige Erwerbstätigkeit aufnimmt, obschon eine Beschäftigung in einem Anstellungsverhältnis zumutbar wäre, ist in der Regel keine Kapitalhilfe zu gewähren (Rz. 6006 KSBE). Versicherten Personen, die vor Eintritt der Invalidität in einem Anstellungsverhältnis standen, ist eine Kapitalhilfe zu gewähren, wenn die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit angesichts der Invalidität eindeutig einfacher und zweckmässiger ist als die Umschulung auf einen Beruf, der im Angestelltenverhältnis ausgeübt werden kann (Rz. 6007 KSBE).

3.4.2 Verwaltungsweisungen – wie das obig zitierte Kreisschreiben – richten sich an die Durchführungsstellen und sind für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung jedoch berücksichtigen, soweit sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Mithin weicht das Gericht nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (vgl. BGE 133 V 257 Erw. 3.2, mit vielen weiteren Hinweisen).

(...)

5. Strittig und zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen zur Gewährung der Kapitalhilfe erfüllt sind oder nicht.

5.1 Die Beschwerdegegnerin begründet die Abweisung des Antrages betreffend Kapitalhilfe unter Hinweis auf die Urteile des Bundesgerichts 9C\_231/2009 vom

23. Dezember 2009, Erw. 3 und I 122/01 vom 5. März 2002 sowie Rz. 6005 KSBE damit, dass Versicherten, die vor Eintritt der Invalidität in einem Anstellungsverhältnis gestanden hätten, nur dann eine Kapitalhilfe zu gewähren sei, wenn die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit invaliditätsbedingt notwendig sei. Sei hingegen die Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit möglich, bestehe kein Anspruch auf Kapitalhilfe. Wie der gutachterlichen Beurteilung sowie der ablehnenden Rentenverfügung vom 29. Februar 2016 entnommen werden könne, sei dem Versicherten eine angepasste Tätigkeit im Rahmen der ergonomischen Rahmenbedingungen zumutbar. Solche Tätigkeiten seien auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt erhältlich. Damit seien die Voraussetzungen für den Anspruch auf Kapitalhilfe nicht gegeben.

5.2 Dem hielt der Beschwerdeführer unter Hinweis auf die entsprechende Literatur von Ulrich Meyer entgegen, der Anspruch auf Kapitalhilfe setze voraus, dass der Versicherte als Unselbständiger nicht hinreichend eingegliedert sei. Doch treffe es nicht zu, dass überall dort, wo eine unselbständige Erwerbstätigkeit zumutbar wäre, die Kapitalhilfe entfielen. Vielmehr genüge es, dass die Zweckmässigkeit einer Vonselbständigung gegeben sei. Ohne Zweifel stehe fest, dass er als Unselbständiger nicht hinreichend eingegliedert sei. Mit seinen körperlichen Beschwerden sei es für ihn nach wie vor schwierig, eine angepasste Tätigkeit als Unselbständiger zu finden.

### 5.3

5.3.1 Mit der Beschwerdegegnerin ist zunächst festzuhalten, dass das Bundesgericht die Rechtsprechung von I 122/01, veröffentlicht in AHI 2002 S. 180, in den Urteilen 9C\_290/2008 vom 27. Januar 2009, Erw. 3.3 und 9C\_231/2009 vom 23. Dezember 2009, Erw. 3.1, ausdrücklich bestätigt hat. Demgemäss ist Versicherten, die vor Eintritt der Invalidität in einem Anstellungsverhältnis standen, nur dann eine Kapitalhilfe zu gewähren, wenn die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit invaliditätsbedingt notwendig ist. Ist hingegen die Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit möglich, besteht kein Anspruch auf Kapitalhilfe. Entsprechend wird in Rz. 6005 KSBE festgehalten, Anspruch auf Kapitalhilfe hätten versicherte Personen, denen es auf Grund einer Invalidität nicht mehr möglich oder nicht zumutbar sei, als Unselbständigerwerbende tätig zu sein sowie Selbständigerwerbende, die aus invaliditätsbedingten Gründen ihren Betrieb umstellen müssten. Verwiesen wird in diesem Zusammenhang auf den bereits genannten und in AHI 2002 S. 180 veröffentlichten Entscheid des EVG I 122/01.

Wie vom Beschwerdeführer zu Recht vorgebracht, trifft es zwar zu, dass sich Verwaltungsweisungen an die Durchführungsstellen richten und für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich sind. Der Beschwerdeführer verkennt jedoch, dass sie das Gericht bei seiner Entscheidung berücksichtigen soll, soweit sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzli-

chen Bestimmungen zulassen. Mithin weicht das Gericht nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen (vgl. Erw. 3.4.2). Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass an Rz. 6005 KSBE festgehalten wird, wendet das Bundesgericht das fragliche Kreisschreiben und insbesondere auch Rz. 6005 doch in konstanter Praxis an, womit zum Ausdruck gebracht wird, dass die fragliche Verwaltungsweisung mit den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen durchaus vereinbar ist. Damit ergibt sich für das kantonale Sozialversicherungsgericht keine Veranlassung, den Anspruch auf Kapitalhilfe im vorliegenden Fall abweichend zu beurteilen. Insbesondere stellt auch die abweichende Lehrmeinung von Ulrich Meyer entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers keinen triftigen Grund dar, um von Rz. 6005 KSBE und der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts abzuweichen. Die Beschwerdegegnerin hat somit als Voraussetzung zur Ausrichtung einer Kapitalhilfe zu Recht die Unmöglichkeit einer Eingliederung als Unselbständiger verlangt.

5.3. Zu prüfen ist dementsprechend, ob der Beschwerdeführer seine Arbeitsfähigkeit invaliditätsbedingt nur noch in einer selbständigen Erwerbstätigkeit realisieren kann. Diesbezüglich ist auf das Gutachten von Dr. med. A, Facharzt für Rheumatologie, vom 8. Juli 2015, welches Grundlage der rechtskräftigen Verfügung vom 29. Februar 2016 war, zu verweisen. Darin kommt Dr. A zum Schluss, dass dem Beschwerdeführer eine mittelschwere bis schwere körperliche Tätigkeit, darunter auch die ursprüngliche Tätigkeit als Schlosser, nicht mehr zumutbar sei. Hingegen bestehe in einer angepassten, körperlich leichten, idealerweise wechselbelastenden Tätigkeit mit sitzenden Episoden, ohne repetitive Heb-/Tragbelastung über Lenden-/Brusthöhe von mehr als 5 kg, ausnahmsweise 10 bis 15 kg, ohne Gehen in unebenem Gelände und ohne Besteigen von Leitern/Gerüsten eine vollschichtige Arbeitsfähigkeit. Dementsprechend ist dem Beschwerdeführer eine den ergonomischen Rahmenbedingungen angepasste Tätigkeit zu 100 % zumutbar. Mit der Beschwerdegegnerin ist sodann festzustellen, dass solche Tätigkeiten auf dem ausgeglichenen Arbeitsmarkt verfügbar sind und der Beschwerdeführer gute Voraussetzungen mitbringt, um im Rahmen von praktischen Tätigkeiten auch unter Berücksichtigung des ergonomischen Profils eine Tätigkeit im Rahmen des Kompetenzniveaus 2 auszuüben. Wie der rechtskräftigen Verfügung vom 29. Februar 2016 entnommen werden kann, ist dabei an Arbeiten im Zusammenhang mit dem Bedienen von Maschinen und elektronischen Geräten, allenfalls im Sicherheitsdienst sowie an die vom Beschwerdeführer selbst genannten Tätigkeiten wie Logistiker, Lagerbewirtschaftler oder technischer Hauswart zu denken. Angesichts dessen muss festgehalten werden, dass Anstellungsmöglichkeiten entsprechend den beruflichen Qualifikationen des Beschwerdeführers auch unter Berücksichtigung der ergonomischen Rahmenbedingungen offensichtlich vorhanden waren, weshalb ihm eine unselbständige Erwerbstätigkeit weiterhin zumutbar gewesen wäre, mithin kann trotz seiner Einschränkung vernünftigerweise erwartet werden, dass er als Angestellter arbeitet. Die Notwendigkeit von einer unselbständigen auf eine selbständige Erwerbstätigkeit

umzustellen, ist aktenmässig nicht ausgewiesen. Der im Mai 2016 erfolgte Wechsel des Beschwerdeführers in eine selbständige Erwerbstätigkeit kann somit nicht als invaliditätsbedingt erforderlich im Sinne von Rz. 6005 KSBE beurteilt werden. In diesem Punkt ist der Beschwerdegegnerin zuzustimmen.

Sodann kann nicht gesagt werden, dass die Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit eindeutig einfacher und zweckmässiger ist als die Umschulung auf einen Beruf, der im Angestelltenverhältnis ausgeübt werden kann (vgl. Rz. 6007 KSBE). Das Kreisschreiben verweist in diesem Zusammenhang auf AHl 1999 S. 129. In dieser Entscheidung hielt das EVG unter Hinweis auf die Schadenminderungspflicht fest, dass bei verschiedenen an sich erfolgsversprechenden beruflichen Eingliederungsmassnahmen Anspruch auf diejenige bestehe, die am besten geeignet sei, die Erwerbsfähigkeit wieder herzustellen. Wenn deshalb davon auszugehen sei, dass eine versicherte Person mit der Eingliederung in eine unselbständige Erwerbstätigkeit ein höheres Einkommen erzielen könnte als mit der Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit, so sei die IV-Stelle nicht verpflichtet, weitere Abklärungen für eine Kapitalhilfe vorzunehmen. Wie der rechtskräftigen Verfügung vom 29. Februar 2016 entnommen werden kann, könnte der Beschwerdeführer in einer angepassten Erwerbstätigkeit ein Jahreseinkommen von Fr. 64'531.– erzielen. Demgegenüber wurde im Jahr 2016 (1. Mai bis 31. Dezember 2016) durch seine Selbständigkeit ein Reingewinn von Fr. 20'496.60 erzielt. Über den aktuellen Geschäftsgang liegen keine Zahlen vor. Es ist jedoch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer mit Eingliederung in eine unselbständige Erwerbstätigkeit ein höheres Einkommen erzielen könnte als mit seiner selbständigen Erwerbstätigkeit. Dementsprechend kann die Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit auch nicht als zweckmässiger im Sinne von Rz. 6007 KSBE angesehen werden.

Schliesslich ist unter Hinweis auf Rz. 6004 KSBE in Erinnerung zu rufen, dass im Falle einer Kapitalhilfe der Gesundheitszustand und die wirtschaftlichen Aussichten für eine längerdauernde Eingliederung gewährt sein müssen. Wie die Beschwerdegegnerin und auch das BSV zu Recht ausgeführt haben, ist es im vorliegenden Fall fraglich, ob der Ausbau der Tätigkeit langfristig mit der aktuellen gesundheitlichen Situation vereinbar ist. Zwar ist eine gewisse Verbesserung im Arztbericht vom 29. Mai 2017 ausgewiesen, die Stabilität der gesundheitlichen Verbesserung scheint jedoch nicht hinreichend gesichert. Der Beschwerdegegnerin ist diesbezüglich jedoch zuzustimmen, dass sich weitere medizinische Abklärungen erübrigen, da der Anspruch auf Kapitalhilfe bereits an der Voraussetzung der fehlenden Möglichkeit, als Unselbständiger tätig zu sein, scheitert.

6. Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin kein Recht verletzt, wenn sie das Gesuch um Kapitalhilfe abwies. Im Gegenteil widerspiegelt die angefochtene Verfügung nur die konstante höchstrichterliche Rechtsprechung und ein Abweichen davon erscheint dem Verwaltungsgericht nicht angezeigt. Dem Be-

schwerdeführer wäre es aus invalidenversicherungsrechtlicher Sicht nicht unmöglich oder unzumutbar gewesen, eine unselbständige Tätigkeit zu suchen und auszuüben, weshalb eine Kapitalhilfe bereits aus diesem Grund nicht gewährt werden kann. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Voraussetzungen nach Art. 18d IVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 IVV für einen Anspruch auf Kapitalhilfe nicht erfüllt sind. Die angefochtene Verfügung vom 11. September 2017 erweist sich dementsprechend als rechtmässig, was zur Abweisung der Beschwerde führt.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 19. Juli 2018, S 2017 139  
Das Urteil ist rechtskräftig.

#### **4.2 Art. 4 lit. d FamZG i.V.m., Art. 24 FamZG, Art. 6 Abs. 1 lit. b FamZV, Art. 7 Abs. 1 FamZV**

##### **Regeste:**

Art. 4 lit. d FamZG i.V.m. Art. 24 FamZG, Art. 6 Abs. 1 lit. b FamZV und Art. 7 Abs. 1 FamZV – Erwerbstätige Grosseltern können für ihre im Ausland lebenden Enkelkinder Kinderzulagen beanspruchen, wenn sie für deren Unterhalt in überwiegendem Masse aufkommen. Dabei wird unter anderem vorausgesetzt, dass sie pro Kind mindestens einen monatlichen Geldbetrag in der Höhe der maximalen vollen Waisenrente nach AHVG überweisen. Dies ist der Fall, wenn eine Grossmutter monatlich pro Enkelkind einen Betrag von EUR 1'000.– nach Portugal überweist (Erw. 5.2.1). Das Doppelbezugsverbot gilt im Inland und hat beim Zusammenfallen von bundesrechtlichen Zulagen und Zulagen nach ausländischem Recht keine Bedeutung (Erw. 5.2.3).

##### **Aus dem Sachverhalt:**

Die Versicherte meldete sich im April 2015 bei der Familienausgleichskasse Zug zum Bezug von Kinderzulagen für ihre in Portugal lebenden Enkelkinder A und B an. Die Familienausgleichskasse Zug leitete daraufhin diverse Abklärungen ein und lehnte einen Anspruch mit Verfügung vom 26. Juli 2016 ab. Zur Begründung wurde im Wesentlichen dargelegt, die Leistungsansprecherin komme nicht in überwiegendem Masse im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. b FamZV für den Unterhalt der Kinder auf. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft. In der Folge erhöhte die Leistungsansprecherin ihre monatlichen Zahlungen von rund EUR 400.– auf rund EUR 2'000.– und meldete sich Ende Dezember 2016 erneut zum Bezug von Familienzulagen an. Mit Verfügung vom 12. Mai 2017 wurde der Anspruch wiederum abgelehnt und begründend ausgeführt, die Erhöhung der Zahlungen sei einzig zum Zwecke erfolgt, in rechtswidriger Weise einen Kinderzulagenanspruch zu erwirken,

dies obgleich die finanzielle Belastung durch die Enkelkinder nicht mehr als EUR 400.– betrage.

Die am 7. Juni 2017 dagegen erhobene Einsprache wies die Familienausgleichskasse mit Entscheid vom 3. November 2017 ab. Begründend wurde im Wesentlichen dargelegt, mit Schreiben vom 18. Juli 2017 habe die Einsprecherin bestätigt, dass ihre Enkel bei der leiblichen Mutter, C, sowie beim Kindsvater in Portugal lebten und dass die leibliche Mutter Sozialhilfe, in diesem Zusammenhang auch «abonos de familia» beziehe, was den hiesigen Kinderzulagen entspreche. Bei dieser Ausgangslage sei nach portugiesischem Recht zu prüfen, ob die Familie Anspruch auf Kinderzulagen habe. Dies sei offensichtlich der Fall. Die in Portugal lebenden Enkel der Leistungsansprecherin wie auch deren Eltern hätten sodann keinen Bezug zum Ausland, da sie in Portugal lebten und die Eltern denn auch nicht im Ausland arbeiteten. Da es sich somit gar nicht um einen internationalen Sachverhalt mit Beteiligung der Schweiz handle, könne auch kein Anspruch auf Kinderzulagen der Schweiz begründet werden. Andernorts wurde ausgeführt, selbst wenn die Leistungsansprecherin die Voraussetzungen nach Art. 4 lit. d FamZG – Anspruch für Enkel der bezugsberechtigten Person, wenn letztere für deren Unterhalt in überwiegendem Masse aufkommt – und Art. 6 FamZG – Verbot des Doppelbezugs – erfüllen würde, bestehe kein Spielraum für eine Erweiterung des Bezückerkreises über die Kindeseltern hinaus. So greife Art. 4 lit. d FamZG auch nur dann, wenn die bezugsberechtigte Person in überwiegendem Masse für den Unterhalt der Enkel aufkomme und wenn die Kinder in der Schweiz wohnten und nicht bereits ihre Eltern für sie Zulagen bezögen. Nur in solchen Fallkonstellationen sei die Bezugsberechtigung von Grosseltern zu prüfen. Schliesslich handle es sich bei den von der Leistungsansprecherin getätigten Zahlungen nicht um eine rechtliche Verpflichtung, weshalb nicht erkennbar sei, wieso die Schweiz in diesem Zusammenhang Zulagen ausrichten sollte. Zu guter Letzt seien Kinderzulagen ins Ausland nach FamZG nur auszurichten, wenn eine zwischenstaatliche Vereinbarung dies vorsehe (Art. 7 Abs. 2 FamZV). Sodann sei der Anspruch auf schweizerische Kinderzulagen auch nur subsidiär. Wenn die Person, die in der Schweiz arbeite, oder eine andere Person Familienzulagen beziehen könne, entfalle der Anspruch in der Schweiz. Nach dem Gesagten entfalle der Anspruch auf Familienzulagen nach Schweizer Recht vorliegend.

### **Aus den Erwägungen:**

(...)

2.1.1 Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a FamZG wird ab dem Geburtsdatum eines Kindes bis zum Ende des Monats, in dem das Kind das 16. Altersjahr vollendet, eine Kinderzulage ausgerichtet. Ab dem Ende des Monats, in dem das Kind das 16. Altersjahr vollendet, bis zum Abschluss der Ausbildung, längstens jedoch bis zum Ende des Monats, in dem es das 25. Altersjahr vollendet, wird gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b

FamZG eine Ausbildungszulage ausgerichtet. Artikel 1 Abs. 1 der Verordnung über die Familienzulagen vom 31. Oktober 2007 (FamZV, SR 836.21) legt dabei präzisierend fest, dass ein Anspruch auf eine Ausbildungszulage für Kinder besteht, die eine Ausbildung im Sinne von Art. 25 Abs. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG, SR 831.10) – diese Bestimmung regelt den Anspruch auf Waisenrenten bis zum vollendeten 25. Altersjahr – absolvieren.

2.1.2 Als im Sinne von Art. 4 FamZG anspruchsberechtigt gelten Kinder, zu denen ein Kindesverhältnis im Sinne des ZGB besteht (Art. 4 Abs. 1 lit. a FamZG), Stiefkinder (lit. b), Pflegekinder (lit. c), und Geschwister oder Enkelkinder der bezugsberechtigten Person, wenn diese für deren Unterhalt in überwiegendem Masse aufkommen (lit. d). Für Kinder, die im Ausland wohnen, regelt der Bundesrat die Anspruchsberechtigung. Dabei verweist Art 24 FamZG auf das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU, auf die Protokolle zur Ausdehnung des Abkommens auf weitere EU-Mitgliedstaaten sowie auf die EU-Verordnungen 1408/71 und 574/72. In diesem Zusammenhang wird auch auf die VO 883/2004 sowie die VO 988/2009 verwiesen. Nach Art. 7 FamZV werden für Kinder mit Wohnsitz im Ausland Familienzulagen ausgerichtet, wenn zwischenstaatliche Vereinbarungen dies vorschreiben. Vorbehalten bleiben Spezialvorschriften für Schweizer, die in öffentlichen Funktionen für die Schweiz im Ausland tätig sind oder entsendete Arbeitnehmer). Artikel 8 FamZV regelt sodann die Kaufkraftanpassung für Kinder mit Wohnsitz im Ausland.

Nach Art. 6 FamZV (Geschwister und Enkelkinder; überwiegender Unterhalt) kommt eine Person in überwiegendem Masse für den Unterhalt auf, wenn das Kind a) in ihrem Haushalt lebt und der von dritter Seite für den Unterhalt des Kindes bezahlte Betrag die maximale volle Waisenrente der AHV (Stand 2017: Fr. 940.– pro Monat) nicht übersteigt; oder b) die Person an den Unterhalt des Kindes, das nicht in ihrem Haushalt lebt, einen Betrag von mindestens der maximalen vollen Waisenrente der AHV zahlt.

2.1.3 Nach Art. 6 FamZG wird für das gleiche Kind nur eine Zulage derselben Art ausgerichtet, wobei die Differenzzahlung nach Art. 7 vorbehalten bleibt. Artikel 7 FamZG sodann regelt die Anspruchskonkurrenz. Haben mehrere Personen für das gleiche Kind Anspruch auf Familienzulagen, so steht der Anspruch zunächst der erwerbstätigen Person; dann der Person, die die elterliche Sorge inne hat bzw. bis zur Mündigkeit inne hatte; danach der Person, bei der das Kind überwiegend lebt(e); der Person, auf die die Familienzulagenordnung im Wohnsitzkanton des Kindes anwendbar ist; der Person mit dem höheren AHV-pflichtigen Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit; schliesslich der Person mit dem höheren AHV-pflichtigen Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit zu (Abs. 1). Bei konkurrenzierenden Ansprüchen nach zwei verschiedenen kantonalen Zulageordnungen hat die zweitbe-

rechtigte Person Anspruch auf den Betrag, um den der gesetzliche Mindestansatz in ihrem Kanton jenen des anderen Kantons übersteigt (Differenz-zahlung; Abs. 2).

2.2 Zu Art. 4 Abs. 1 lit. d FamZG halten die Kommentatoren Kieser und Reichmuth unter anderem fest, nach dem BSV könne es sich bei dieser Konstellation nur um wenige Fälle handeln, weshalb sich die Frage ergebe, ob eine spezielle Regelung überhaupt erforderlich gewesen sei oder ob die wenigen Fälle nicht auch über die Pflegekinderregelung hätten erfasst werden können (Ueli Kieser/Marco Reichmuth, Praxiskommentar FamZG, Zürich/St.Gallen 2010, Art. 4 N. 48). Die Fallkonstellation, dass Kinder mit ihren nicht erwerbstätigen Eltern im Ausland leben, dort auch Fürsorgegelder inklusive Kinderzulagen erhalten und überdies von den Grosseltern aus der Schweiz unterstützt werden, handeln die Kommentatoren nicht speziell ab.

Zum Aspekt des Verbots des Doppelbezugs halten Kieser und Reichmuth unter anderem fest, Art. 6 FamZG habe beim Zusammenfallen von bundesrechtlichen Familienzulagen und Zulagen nach ausländischem Recht keine Bedeutung. Soweit die Materialien noch etwas anderes besagten, müsse bedacht werden, dass der Gesetzestext später noch Änderungen erfahren habe (Kieser/Reichmuth a.a.O., Art. 6 N. 22 f.).

2.3 Der Wegleitung zum Bundesgesetz über die Familienzulagen FamZG (FamZWL), Stand 1. Januar 2017, ist zum Zulagenanspruch für Enkelkinder nur zu entnehmen, was sich auch direkt aus Art. 4 Abs. 1 lit. d FamZG sowie Art. 6 FamZV ergibt (vgl. FamZWL Rzn. 241 bis 243). Zum Thema Kinder mit Wohnsitz im Ausland wird in FamZWL Rz. 301 grundsätzlich festgehalten, eine Zulagenausrichtung erfolge nur, wenn zwischenstaatliche Vereinbarungen dies vorschreiben würden, was bei Kindern, die in EU/EFTA-Staaten wohnten, der Fall sei. Die Einschränkungen beim Bezug von Familienzulagen für im Ausland wohnhafte Kinder gelten nicht nur für die bundesrechtlichen Minimal-, sondern auch für die höheren Beiträge, die die Kantone festsetzen. Es findet somit kein Splitting zwischen dem bundesrechtlichen Minimum und dem diese Limite übersteigenden kantonrechtlichen Betrag statt (FamZWL Rz. 302). Zum Thema Anspruchskonkurrenz im Verhältnis zu Ländern der EU und der EFTA wird ausgeführt, Leistungen, auf welche aufgrund einer Erwerbstätigkeit ein Anspruch bestehe, hätten Vorrang von rentenabhängigen Leistungen; sodann gingen Leistungen aufgrund einer Erwerbstätigkeit oder einer Rente wohnsitzabhängigen Leistungen vor. Bei mehreren aufgrund einer Erwerbstätigkeit anspruchsberechtigten Personen sei die Person erstanspruchsberechtigt, die im Staat erwerbstätig sei, wo die Familie wohne (FamZWL Rz. 434). FamZWL Rzn. 435 bis 437 regeln alsdann die Differenzzahlungen bei Anspruchskonkurrenz mit internationalen Verhältnissen.

3. Fest steht vorliegend, dass die Beschwerdeführerin, die Grossmutter der in Portugal lebenden Kinder A und B, bereits im April 2015 Anspruch auf Kinderzulagen für ihre Enkel beantragte und dass die Familienausgleichskasse des Kantons Zug den

Anspruch mit Hinweis auf Art. 6 Abs. 1 lit. b FamZV verneinte, da sie, die Beschwerdeführerin und Grossmutter, nicht in überwiegender Masse im Sinne der Verordnungsbestimmung für die Kinder aufkomme. In der Folge erhöhte die Beschwerdeführerin ihre monatlichen Zahlungen an die beiden in Portugal lebenden Kinder von EUR 400.– auf EUR 2'000.– und meldete sich wiederum zum Leistungsbezug an. Während die Beschwerdeführerin einen Anspruch gestützt auf Art. 4 Abs. 1 lit. d FamZG nun als erstellt sieht, sieht die Beschwerdegegnerin einen Verstoss gegen das Verbot des Doppelbezugs bzw. ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen.

(...)

5. In der Folge ist aufgrund der Akten die aktuelle Situation zu erstellen und zu entscheiden, ob diese einen Anspruch der Grossmutter auf Kinderzulagen rechtfertigt oder ob vorliegend wirklich ein Fall offenen Rechtsmissbrauchs vorliegt.

5.1 Aus den vorliegenden Akten ergibt sich, dass ein Familien- und Jugendgericht in Porto, Portugal, im Oktober 2010 festhielt, dass die elterliche Sorge über die Kinder A und B dem Kindsvater übertragen worden sei, dass die Kinder aber bei der Grossmutter leben würden. Der portugiesische Familiengerichtsentscheid nennt keine konkrete Adresse. Aus den weiteren Akten ergibt sich indes, dass die Grossmutter zum damaligen Zeitpunkt offenbar noch in Portugal lebte, wo sie über ein eigenes Haus verfügt. Ein damaliger Wohnsitz in der Schweiz ist jedenfalls nicht erstellt und es ist anzunehmen, dass die psychisch kranke Kindsmutter damals ebenfalls im Haus der Grossmutter lebte. Da der fragliche Entscheid mithin nicht auf einen gemeinsamen Wohnsitz der Kinder und der Grossmutter in der Schweiz hindeutet, lässt sich daraus für die Beurteilung der eingangs gestellten Frage nichts ableiten. Aus den Akten ergibt sich nämlich unzweifelhaft, dass die Kinder nach einem knapp fünf-monatigen Aufenthalt in der Schweiz – von August 2015 bis zum 7. Januar 2016 – wieder in Portugal lebten und noch immer dort leben. Zwar zeigen dieselben Akten, dass während dieser fünf Monate zwischen August 2015 und Januar 2016 ein Gesuch um Gewährung der Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei der Grossmutter in der Schweiz sowie ein Antrag auf eine Pflegeplatzbewilligung für die Grossmutter bearbeitet wurden. Nach der Rückkehr der Kinder nach Portugal wurden das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung sowie der Antrag auf eine Pflegeplatzbewilligung hinfällig. Im Oktober 2016 wurde dann ein neuerlicher Antrag auf eine Pflegeplatzbewilligung eingereicht und mit diversen Akten – Beitreibungsauszüge, Leumundsberichte, Lohnausweise und Unterhaltsverpflichtungen – untermauert, wobei einige wichtige Dokumente – Berichte über den Gesundheitszustand – gemäss dem dem Gericht bekannten Aktenstand noch fehlten. Dass eine Pflegeplatzbewilligung schliesslich dann auch erteilt worden wäre, ist allerdings bis dato nicht aktenkundig. Mithin darf derzeit wohl vom Fehlen einer entsprechenden Bewilligung ausgegangen werden. Aktenkundig ist sodann, dass der Inhaber der elterlichen Sorge für die beiden Kinder, Kindsvater D, mit einer Wohnsitznahme

der Kinder in der Schweiz einverstanden wäre, obgleich er die Verhältnisse bei der Grossmutter eingeständenermassen nicht kennt, und dass die Kinder- und Jugend-  
schutzbehörde von Porto im Interesse des Kindeswohl einen Umzug der Kinder zur  
Grossmutter in der Schweiz begrüssen würde. Zu guter Letzt ist aktenmässig er-  
stellt, dass die Grossmutter und ihr Lebenspartner seit ihrer Einreise in die Schweiz  
regelmässig Geldbeträge an die Adresse der Tochter und zur Verwendung für die  
Enkel nach Portugal überwiesen haben und noch immer überweisen und dass die-  
se Beträge sich seit Herbst 2016, soweit ersichtlich, regelmässig auf EUR 2'000.-  
belaufen.

## 5.2

5.2.1 Nach Art. 4 Abs. 1 lit. d FamZG können auch erwerbstätige Grosse-  
eltern für ihre Enkelkinder Kinderzulagen beanspruchen, so sie für deren Unterhalt in über-  
wiegendem Masse aufkommen. Wohnen die fraglichen Enkel nicht im selben Haus-  
halt wie die Grosse-  
eltern, gilt die Unterhaltsleistung in überwiegendem Masse als  
erstellt, wenn die Grosse-  
eltern pro Kind mindestens einen monatlichen Geldbetrag in  
der Höhe der maximalen vollen Waisenrente nach AHVG – Stand derzeit Fr. 940.-  
– überweisen. Soweit vorliegend als erstellt gilt, dass die Beschwerdeführerin mon-  
atlich und pro Enkelkind einen Betrag von EUR 1'000.- nach Portugal überweist,  
erweist sich die Anspruchsvoraussetzung von Art. 4 Abs. 1 lit. d FamZG i.V.m. Art. 6  
FamZV ergo als grundsätzlich erfüllt.

5.2.2 Die Ausrichtung von Kinderzulagen ins Ausland, weil die Kinder im Ausland  
wohnen, ist im Lichte von Erwägung 2.1.2 resp. Art. 24 FamZG und den dort zitierten  
EU-Verordnungen sowie dem Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz  
und der EU, schliesslich auch im Lichte von Rz. 302 FamWZL für zwei Kinder mit  
Wohnsitz in Portugal grundsätzlich nicht zu beanstanden, zumal die andernorts zi-  
tierten Abkommen als ausreichende zwischenstaatliche Vereinbarungen im Sinne  
von Gesetz und Verordnung gelten.

5.2.3 Dem weiteren Argument der Beschwerdegegnerschaft, Art. 6 FamZG sta-  
tuire ein Doppelbezugsverbot, ist unter Verweis auf Erwägung 2.2 bzw. auf Kie-  
ser/Reichmuth festzuhalten, dass das fragliche Doppelbezugsverbot jedenfalls nach  
der einschlägigen Lehre im Falle des Zusammenfallens von bundesrechtlichen Zula-  
gen und Zulagen nach ausländischem Recht keine Bedeutung haben, dass es mithin  
nur darum geht, dass innerhalb der Schweiz für dasselbe Kind nicht zweimal Zu-  
lagen bezogen werden. Vorbehalten bleibt der Anspruch auf Differenzzahlungen.  
Höchstrichterliche Praxis, die diese Einschätzung von Kieser/Reichmuth als unrich-  
tig erscheinen liesse, findet sich nicht. Die Tatsache, dass der portugiesische Staat  
vorliegend für die Kinder A und B im Rahmen der Sozialhilfezahlungen an die Mutter  
monatliche Familienzulagen in der Höhe von EUR 35.19 pro Kind ausrichtet, spricht  
mithin nach Lehre und Rechtsprechung nicht grundsätzlich gegen den zu beurtei-  
lenden Zulagenanspruch der Grossmutter. Allerdings gilt es nach den Randziffern

434 und 435 ff. der Wegleitung FamWZL zu beachten, dass in internationalen Verhältnissen mit Staatsangehörigen der EU und der EFTA der Anspruch des Erwerbstätigen dem Anspruch des Bezügers rentenabhängiger Leistungen vorgeht bzw. dass der Anspruch des Erwerbstätigen auch dem Anspruch auf wohnsitzabhängige Leistungen vorgeht und dass bei gewissen Konstellationen der Anspruchskonkurrenz Differenzzahlungen erfolgen sollen. Nach dem Gesagten erweist sich ein Anspruch zumindest im Differenzbetrage zwischen der Zulage nach schweizerischen, nach zugerischen Recht und den in Portugal pro Kind effektiv ausgerichteten EUR 35.19 als nicht ausgeschlossen.

5.2.4 Wie bereits in Erwägung 2.1.3 angesprochen, regelt Art. 7 FamZG die Anspruchskonkurrenzen nach Schweizer Recht. Die in Abs.1 enumerierte Anspruchskaskade hält fest, dass ein Zulagenanspruch zunächst der erwerbstätigen Person, erst in zweiter Linie der Person, die die elterliche Sorge innehat und erst in dritter Linie jener, bei welcher das Kind lebt, zukommt. Auch im Lichte dieser Bestimmung ist gegen einen Zulagenanspruch der Grossmutter in casu nichts vorzubringen und Erwägung 5.2.3 vorstehend verdeutlicht überdies, dass auch in grenzübergreifenden Verhältnissen im EU/EFTA-Raum erste Anspruchspriorität der erwerbstätigen Person zukommt.

5.2.5 Wenngleich Art. 6 FamZG im internationalen Verkehr grundsätzlich unbeachtlich ist, erscheint eine Berücksichtigung der dort pro Kind im Rahmen der Sozialhilfe an die Mutter erbrachten Leistungen von EUR 35.19 dem Gericht als gerechtfertigt, führte eine Nichtberücksichtigung dieser zugegebenermassen geringen Beträge nach portugiesischem Recht – so diese durch die Gewährung der Schweizer Zulagen im Sinne der internationalen Anspruchskonkurrenz-Regelung nicht ohnehin hinfällig werden – doch zu einer Besserstellung gegenüber landesinternen Verhältnissen, was dem Gleichheitsgebot wie dem Verbot des Rechtsmissbrauchs zuwider liefe. Schliesslich ist auch auf Art. 8 FamZV hinzuweisen, führte doch auch das Ausserachtlassen der Regeln über die Kaufkraftanpassung zu einer nicht gerechtfertigten Besserstellung von Kindern im Ausland gegenüber Kindern in der Schweiz.

6. Zusammenfassend ist festzustellen, dass der grundsätzliche Anspruch der Beschwerdeführerin auf Kinderzulagen zugunsten ihrer in Portugal lebenden Enkel nicht per se verneint werden kann. Sehen Gesetz und Verordnung, Praxis und Lehre auch einen Anspruch für Grosskinder vor, sofern die Unterhaltsleistungen zu deren Gunsten ein gewisses Mass überschreiten, sehen die hier zur Anwendung kommenden internationalen Vereinbarungen denn auch Leistungen ins europäische Ausland vor und steht der Anspruch überdies im Einklang mit den national und international geltenden Regeln über die Anspruchskonkurrenz, so vermögen auch Zweifel an der schlussendlichen Verwendung der Gelder – solche können auch bei „innerschweizerischen“ Verhältnissen auftreten – der Anspruchsberechtigung nicht entgegenstehen. Ein offenkundiger Rechtsmissbrauch ist für das Gericht hier nicht ersichtlich und

allein aufgrund der internationalen Komponente darf nicht auf einen solchen geschlossen werden. Hingegen wird es Sache der Familienausgleichskasse sein, den Fortbestand des Anspruchs regelmässig zu überprüfen, unter Vorbehalt der Rückforderung, sollten beispielsweise die Unterhaltsleistungen nicht mehr den Anforderungen von Art. 6 FamZV genügen. Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als begründet. Die Beschwerde ist gutzuheissen und die Sache ist zur Festsetzung der Ansprüche im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

(...)

Die Beschwerde wird insoweit gutgeheissen, als die Verfügung vom 12. Mai 2017 und der Einspracheentscheid vom 3. November 2017 aufgehoben und die Sache zur Festsetzung von Kinderzulagen für die A und B, wohnhaft in Portugal, im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 12. April 2018, S 2017 164  
Das Urteil ist rechtskräftig.

#### **4.3 Art. 13 IVG i.V.m. Art. 2 f. GgV**

##### **Regeste:**

Art. 13 IVG i.V.m. Art. 2 f. GgV – Zu den zu behandelnden Geburtsgebrechen zählen alle Begleiterscheinungen, die medizinisch gesehen zum Symptomenkreis des infrage stehenden Gebrechens gehören. Der Anspruch auf Behandlung erstreckt sich auch auf die sekundären Gesundheitsschäden, die nach medizinischer Erfahrung häufig die Folge des Gebrechens sind. Vorausgesetzt wird diesfalls ein qualifizierter Zusammenhang zum Gebrechen und die Notwendigkeit der Behandlung. Auch mittelbare Folgen des Grundleidens können in einem qualifiziert adäquaten Kausalzusammenhang gesehen werden (Erw. 3.2). Verneinung eines ausreichenden Kausalzusammenhangs zwischen einer aktuellen Schmelzbildungsstörung an den Zähnen und der Behandlung eines Geburtsgebrechens zehn Jahren davor (Erw. 6.3.2).

##### **Aus dem Sachverhalt:**

Die Versicherte, geboren 2007, italienische Staatsangehörige mit Niederlassungsbeurteilung C für die Schweiz, wurde Ende Dezember 2007 bei der IV-Stelle Zug zum Leistungsbezug für Versicherte vor dem 20. Lebensjahr (medizinische Massnahmen) angemeldet. Als Leiden wurde eine verschlossene Klappe des Tränenkanals festgehalten. Dem gleichzeitig eingereichten Bericht des Kantonsspitals Luzern, für dieses Dr. A, Kinderspital Luzern, kann der Hinweis auf das Geburtsgebrechen 413 (Apla-

sie der Tränenwege/angeborenes Fehlen der Tränenwege), sowie der handschriftliche Vermerk «Dakryozele bei kongenitaler Dakryostenose» entnommen werden. Am 25. April 2008 äusserte RAD-Arzt Dr. B, FMH für Allgemeinmedizin, das Geburtsgebrechen GG 413 bzw. ein als Folge der Aplasie operationsbedürftiger Befund könnten bejaht werden und die entsprechende Operation sei von der Invalidenversicherung zu übernehmen.

Am 28. Mai 2017 wurde die Versicherte erneut zum Bezug von Leistungen für Minderjährige angemeldet. Wiederum ging es um medizinische Massnahmen. Es wurde auf eine erforderliche zahnärztliche Behandlung infolge Hypomineralisation der Zähne, auf ein Geburtsgebrechen resp. auf eine Nebenwirkung und/oder einen Folgeschaden hingewiesen. Beigelegt wurde ein Arztbericht des Luzerner Kantonsspitals, für dieses Dr. C. Der Bericht enthält die Diagnose eines Status nach Dakryozystitis/Dakryozele 12/2007 und den Hinweis, dass im Arzneimittel-Kompendium eine Hypomineralisation der Zähne nicht als Nebenwirkung der Behandlung mit Cephalosporinen aufgeführt werde, dass die Literatur aber Hinweise auf eine mögliche Assoziation enthalte, dass ein Zusammenhang mithin nicht ausgeschlossen werden könne. Am 11. Juli 2017 schlug RAD-Arzt Dr. D, FMH für Allgemeine Innere Medizin und zertifizierter medizinischer Gutachter SIM, eine Anfrage bei Dr. med. dent. E vor. In Beantwortung dieser Anfrage entgegnete Dr. E am 30. September 2017, ein kausaler Zusammenhang zwischen der Antibiose mit Cephalosporinen im ersten Lebensmonat und der Hypomineralisation der Zähne sei höchst unwahrscheinlich und eine Behandlung in Narkose rechtfertige sich bei einem zehnjährigen Kind ohnehin nicht. Infolge dessen lehnte die IV-Stelle Zug das Ersuchen um Kostengutsprache für medizinische Massnahmen mit Vorbescheid vom 17. Oktober 2017 bzw. Verfügung vom 18. Dezember 2017 ab.

### **Aus den Erwägungen:**

(...)

3.

3.1 Nach Art. 13 IVG haben Versicherte bis zum vollendeten 20. Altersjahr Anspruch auf die zur Behandlung von Geburtsgebrechen notwendigen medizinischen Massnahmen. Beginn und Ende des Anspruchs werden in Art. 2 und 3 GgV geregelt. Als Geburtsgebrechen gelten jene Krankheiten, die bei vollendeter Geburt bestehen (Art. 3 Abs. 2 ATSG). Die blosse Veranlagung zu einem Leiden gilt nicht als Geburtsgebrechen. Wann das Geburtsgebrechen als solches erkannt wird, ist grundsätzlich unerheblich (Art. 1 Abs. 1 GgV).

3.2 Zur Behandlung des Geburtsgebrechens zählen ohne weiteres alle Begleiterscheinungen, die medizinisch gesehen zum Symptomenkreis des infrage stehenden Gebrechens gehören. Der Anspruch auf Behandlung erstreckt sich nach der

herrschenden Lehre aber auch auf die sekundären Gesundheitsschäden, die zwar nicht mehr zum Symptomenkreis des Geburtsgebrechens gehören, die aber nach medizinischer Erfahrung häufig die Folge des Gebrechens sind. Allerdings muss zum Leiden ein qualifizierter Zusammenhang bestehen und die Behandlung muss sich als notwendig erweisen. Nicht nur unmittelbare, auch mittelbare Folgen des Grundleidens können in einem qualifiziert adäquanten Kausalzusammenhang gesehen werden. Der IV erwächst eine Leistungspflicht nur im Rahmen der für das einzelne Geburtsgebrecchen vorgesehenen zeitlichen Limitierung. Schliesslich kann sich eine Leistungspflicht ergeben, wenn ein Leiden zwar die Voraussetzungen für die Anerkennung als Geburtsgebrecchen nicht erfüllt, dessen Behandlung aber eine notwendige und wesentliche Voraussetzung zur Behandlung eines mit dem Geburtsgebrecchen adäquat kausal zusammenhängenden Sprachgebrechens bildet (Ulrich Meyer/Marco Reichmuth, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG, dritte überarbeitete Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 13 N. 20 ff.).

(. . .)

4. Fakt ist, dass bei der Beschwerdeführerin das Geburtsgebrecchen GG 413 diagnostiziert resp. dass diese in den ersten Wochen während ungefähr eines Monats mit Antibiotika behandelt wurde. Fakt ist weiter, dass die Beschwerdeführerin heute einen Zahnschaden (Molaren-Inzisives-Hypomineralisation [MIH]) aufweist, der der dringenden Behandlung bedarf. Streitig ist, ob dieser Zahnschaden in einem qualifizierten kausalen Zusammenhang zum Geburtsgebrecchen bzw. zur unmittelbar postnatalen Behandlung des Geburtsgebrechens mit Antibiotika steht, mithin jedenfalls als mittelbare Folge des Grundleidens zu werten ist.

(. . .)

6. In der Folge ist zu prüfen, ob der 2017 diagnostizierte Zahnschaden nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit in einem qualifizierten adäquaten Kausalzusammenhang zum Geburtsgebrecchen 413 bzw. zur in diesem Zusammenhang in den ersten vier Lebenswochen der Beschwerdeführerin erfolgten Antibiose steht.

6.1 Zum Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist nur aber immerhin festzuhalten, dass die überwiegende Wahrscheinlichkeit nicht quantifiziert werden kann. Sie übersteigt die Annahme einer blossen Möglichkeit bzw. einer Hypothese und liegt andererseits unter dem – im Zivilprozess massgebenden – Beweisgrad der strikten Annahme der zu beweisenden Tatsache. Die Wahrscheinlichkeit ist dann überwiegend, wenn der begründeten Überzeugung keine konkreten Einwände entgegenstehen. Von zwei oder mehreren Möglichkeiten ist diejenige überwiegend wahrscheinlich, die sich am ehesten zugetragen haben könnte (vgl. Ueli Kieser, ATSG-

Kommentar, dritte überarbeitete Auflage, Zürich/Basel/Genf 2015, Rz. 50 zu Art. 43 ATSG).

6.2 Zur Frage, was unter einem qualifizierten adäquaten Kausalzusammenhang zu verstehen ist, ist auf die einschlägige Rechtsprechung zu verweisen. Im Entscheid I 801/04 vom 6. Juli 2005 hielt das Bundesgericht (das damalige eidgenössische Versicherungsgericht) in Erwägung 1.3 hierzu im Wesentlichen fest, nach der Rechtsprechung erstrecke sich der Anspruch auf medizinische Massnahmen ausnahmsweise auch auf die Behandlung sekundärer Gesundheitsschäden, die zwar nicht mehr zum Symptomenkreis des Geburtsgebrechens gehörten, aber nach medizinischer Erfahrung häufig die Folge dieses Gebrechens seien. Zwischen dem Geburtsgebrecchen und dem sekundären Leiden müsse demnach ein qualifizierter adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Nur wenn im Einzelfall dieser qualifizierte ursächliche Zusammenhang zwischen dem sekundären Gesundheitsschaden und dem Geburtsgebrecchen gegeben sei und sich die Behandlung überdies als notwendig erweise, habe die Invalidenversicherung im Rahmen des Art. 13 IVG für die medizinischen Massnahmen aufzukommen. An die Erfüllung der Voraussetzungen des rechtserheblichen Kausalzusammenhangs seien strenge Anforderungen zu stellen, zumal der Wortlaut des Art. 13 IVG den Anspruch der versicherten Minderjährigen auf die Behandlung des Geburtsgebrechens an sich beschränke (AHI 1998 S. 249 Erw. 2a). Bejaht worden sei der qualifizierte adäquate Kausalzusammenhang beispielsweise zwischen einem Prader-Willi-Syndrom (Ziff. 462 GgV Anhang) und einer morbiden Adipositas, weil diese eine fast zwangsläufige Konsequenz des Prader-Willi-Syndroms sei. Gleich entschieden worden sei im Falle einer Versicherten, welche an einer angeborenen Leukopenie (Ziff. 322 GgV Anhang) und einer Gingivitis gelitten habe, dies mit der Begründung, Infektionen der Schleimhäute stellten unmittelbare Folgen der Leukopenie dar und könnten mittelbar zu Zahnfleischentzündungen führen, welche wiederum Parodontose verursachen könnten, sodass aufgrund dieser Verkettung das Risiko von weiteren Folgen des Grundleidens derart immanent zu diesem selbst sei, dass der natürliche Kausalzusammenhang besonders eng sei und die Adäquanz augenfällig erscheine. Im Lichte dieser Rechtsprechung habe das Eidgenössische Versicherungsgericht festgestellt, dass die Häufigkeit des sekundären Leidens nicht das allein entscheidende Kriterium für die Bejahung eines qualifizierten adäquaten Kausalzusammenhangs darstelle (vgl. auch I 438/02; I 32/06; I 29/06 Erw. 4.2 sowie Urteil 9C\_917/2011 vom 28. März 2012 Erw. 3.1 und viele weitere).

6.3 Beurteilend ist vorab zu bedenken, dass die im Alter von ca. zehn Jahren bei der Beschwerdeführerin festgestellte Hypomineralisation der Zähne, die Schmelzbildungsstörung, nicht in einem direkten Zusammenhang zum Geburtsgebrecchen 413, d.h. zur Aplasie der Tränenwege resp. zur konkret diagnostizierten Dakryozele bei kongenitaler Dakryostenose steht. Einen direkten Zusammenhang zwischen dem kongenitalen Verschluss der Tränenwege und der Störung bei der Zahnschmelzbil-

dung wird denn auch von niemandem behauptet. Fraglich ist indes, ob insofern ein indirekter Zusammenhang bejaht werden könnte, als die Zahnschmelzstörung überwiegend wahrscheinlich auf die zur Behandlung des Grundleidens im Kleinkindalter durchgeführte Antibiotika-Abgabe zurück geführt werden könnte.

6.3.1 In Sichtung der vorliegenden Akten ist zunächst festzuhalten, dass allen Berichten und Artikeln entnommen werden kann, dass es zur Ätiologie der MIH bis dato nur Vermutungen hinsichtlich möglicher Ursachen gibt, dass die Ursache dieser Erkrankung aber noch weitgehend unerforscht resp. ungeklärt ist. Eine vorbehaltlose Bejahung eines qualifiziert adäquaten Zusammenhangs zwischen der Antibiotika-Abgabe im Säuglingsalter während eines Monats und der im Alter von zehn Jahren entdeckten Schmelzbildungsstörung findet sich in den vorliegenden Akten denn auch nirgends. Selbst dem Bericht wie dem Merkblatt von Frau Dr. med. dent. F können nur Hinweise auf mögliche Ursachen entnommen werden, wobei das fragliche Merkblatt die Antibiotika-Abgabe per se nicht einmal speziell erwähnt. Von den zehn unter Erwägung 4.2 kurz angesprochenen Artikeln zum Thema MIH und dessen Ätiologie beschränken sich neun auf den Hinweis auf diskutierte Möglichkeiten und auf die noch immer herrschende Unklarheit. Demgegenüber enthält der unter [www.dentalmagazin.de/praxiszahnmedizin](http://www.dentalmagazin.de/praxiszahnmedizin) am 8. Juni 2015 mit dem Titel „MIH: Ursachen der Mineralisationsstörung bei Kindern unbekannt“ erschienene Artikel immerhin noch den Hinweis, dass jede zur Ätiologie bestehende Hypothese auch widerlegt werden könne. Gegen die These, dass die häufige Antibiotika-Abgabe im frühen Kindesalter zu MIH führen könnte, spreche nämlich der Umstand, dass in Greifswald die höchste regionale Antibiotika-Nutzung bei Kindern bis zu sechs Jahren, gleichzeitig aber auch die niedrigste MIH-Rate verzeichnet sei. Klar gegen einen rechtsprechungsgemäss rechtsgenügelichen Kausalzusammenhang zwischen der Antibiotika-Abgabe im frühen Kindesalter und der MIH spricht sich die von der IV-Stelle konsultierte Fachärztin Dr. med. dent. E aus. Begründend hält sie im Wesentlichen fest, im ersten Lebensmonat eines Kindes erfolge erst an den Höcker spitzen der ersten bleibenden Molaren eine Verkalkung des Zahnschmelzes. Vor diesem Hintergrund sei es höchst unwahrscheinlich, dass die einmonatige Abgabe von Cedax und Zinat die Amenoblasten (Zahnschmelz bildende Zellen) aller bleibenden Zähne schädigen könne, andernfalls viel mehr Kinder betroffen sein müssten. Auch gehe es vorliegend ja nur um einen Zahn. In der Diskussion um die Ätiologie der MIH sei die Antibiotika-Abgabe nur eine der verschiedenen diskutierten – aber in keiner Weise bewiesenen – Ursachen.

6.3.2 Würdigend ist im Lichte der in Erwägung 6.2 angesprochenen Judikatur des Bundesgerichts festzustellen, dass ein qualifizierter adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Antibiotika-Abgabe im ersten Lebensmonat und der im Alter von zehn Jahren festgestellten Schmelzbildungsstörung nicht als überwiegend wahrscheinlich erstellt gilt. Ein solcher Kausalzusammenhang gilt vielmehr als allerhöchstens möglich. Zum einen sprechen die Dauer der Medikamentenabgabe und die Er-

fahrungstatsache, dass in diesem Zeitraum erst die Höckerspitzen der ersten bleibenden Molaren, der 6er-Molaren, verkalken, gegen einen Zusammenhang, bedenkt man insbesondere, dass in casu auch ein Inzisivus betroffen ist. Sodann sprechen jedenfalls die in Greifswald, aber auch die in Düsseldorf erhobenen statistischen Werte gegen eine gesicherte und primäre Ursächlichkeit der Antibiotika-Abgabe für die MIH. Zu bedenken ist alsdann, dass die Wissenschaft wie mehrfach erwähnt mindestens ein halbes Dutzend mögliche Ursachen diskutiert und dass jedenfalls Umweltgifte, Dioxine oder polychloriertes Biphenyl in der Muttermilch, aber auch ein allfällig länger-zeitiges Stillen oder im Gegensatz dazu die Auswirkungen von chemisch behandelten – weichgemachten – Schnullern oder Trinkflaschensaugern in casu als mögliche Ursachen nicht ausgeschlossen werden können. Zu guter Letzt ist auch nicht auszuschliessen, dass vorliegend auch eine der weiteren, im ersten Aufsatz unter Erwägung 4.2, in fine aufgelisteten Ursachen, eine der mit Fieberzuständen verbundenen Infektionskrankheiten oder eine leichtere Form einer Mangelerscheinung für den 2017 entdeckten Zahnschaden verantwortlich sein könnte. Mit anderen Worten: Selbst wenn die von der Wissenschaft diskutierten möglichen Ätiologien der MIH als erhärtet gelten würden, könnte in casu nicht einfach auf die Antibiotika-Abgabe im Kleinkindalter als Ursache geschlossen werden, da vorliegend auch andere Möglichkeiten nicht ausgeschlossen werden können. Beim derzeitigen Wissensstand der zahnmedizinischen Forschung aber verbietet es sich ganz klar, einen qualifizierten adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Antibiotika-Behandlung des Geburtsgebrechens im Kleinkindalter und der MIH anzunehmen. Daran ändert auch der Umstand, dass zum Zeitpunkt, als Frau Dr. Anzidei ihren Bericht verfasst hatte, schon fünf Zähne betroffen waren, Frau Dr. E aber nur von einem Zahn ausging, nichts. Im Gegenteil unterstreicht die Betroffenheit eines Inzisivus die Beurteilung von Dr. E sogar noch.

6.4 Zusammenfassend ergibt sich folglich, dass die IV-Stelle kein Recht verletzte, wenn sie einen rechtsprechungsgemäss ausreichenden Kausalzusammenhang zwischen der Schmelzbildungsstörung einerseits und der Behandlung des Geburtsgebrechens 413 andererseits verneinte und die Übernahme der entsprechenden Behandlungskosten ablehnte. Wie obig dargelegt, gilt ein qualifizierter adäquater Kausalzusammenhang folglich nicht als überwiegend wahrscheinlich erstellt. Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet und sie ist vollumfänglich abzuweisen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 13. September 2018, S 2018 19  
Das Urteil ist rechtskräftig.

**4.4 Art. 10 Abs. 1 EOG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 lit. c EOV****Regeste:**

Art. 10 Abs. 1 EOG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 lit. c EOV – Ein Beschwerdeführer der im Anschluss an seinen Militärdienst über keine Festanstellung verfügt, für mehrere Monate ins Ausland verreist, zugleich keine einzige Arbeitsbemühung unternommen hat und beabsichtigt, rund ein Jahr nach dem Dienstende mit dem Studium zu beginnen, wird nicht als erwerbstätig qualifiziert. Aus diesem nachdienstlichen Verhalten resp. den Studienplänen ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf zu schliessen, dass der Beschwerdeführer unmittelbar nach Abschluss der Berufslehre auch ohne Dienstantritt dasselbe Verhalten an den Tag gelegt hätte bzw. länger auf Reisen gegangen wäre und ein Studium (allenfalls mit Teilerwerbstätigkeit) in Angriff genommen hätte. Insofern ist einzig sein nachdienstliches Verhalten relevant bzw. aussagekräftig (Erw. 5.3.2).

**Aus dem Sachverhalt:**

Der 1996 geborene Versicherte schloss am 31. Juli 2016 eine Berufslehre als Kaufmann bei der A GmbH in Steinhausen ab und erlangte gleichzeitig die Berufsmaturität. Noch vor dem offiziellen Abschluss der Ausbildung begann er am 4. Juli 2016 die Rekrutenschule. Anschliessend diente der Versicherte bis zum 6. September 2017 durch.

Die Taggelder der Erwerbsausfallentschädigung (fortan: EO) wurden dem Versicherten in regelmässigen Abständen im Umfang von zuerst Fr. 62.–, später Fr. 91.– pro Tag ausgerichtet. Am 14. September 2017 beantragte der Versicherte die Ausrichtung einer höheren Entschädigung gestützt auf die Tatsache, dass er vor dem Einrücken die Ausbildung abgeschlossen habe und ohne Militärdienst erwerbstätig gewesen wäre. Mit Verfügung vom 21. November 2017 wies die Ausgleichskasse des Kantons Zug (fortan: AK Zug) das Gesuch ab. Dagegen liess der Versicherte, vertreten durch seine Tante, Einsprache erheben und sinngemäss die Aufhebung der Verfügung sowie ein höheres Taggeld beantragen. Mit Entscheid vom 16. März 2018 wies die AK Zug die Einsprache ab. Begründend führte sie aus, es lägen keine Anhaltspunkte vor, welche die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit glaubhaft machen würden, hätte der Einsprecher nicht einzurücken gehabt. Vielmehr sei festzustellen, dass gestützt auf die Tatsache, dass der Einsprecher nach Beendigung des Militärdienstes einen Auslandsaufenthalt angetreten habe, davon ausgegangen werden müsse, dass auch ohne Militärdienst nach Abschluss der Berufsausbildung vorerst ein Auslandsaufenthalt stattgefunden hätte und damit die Vermutung von Art. 1 Abs. 2 lit. c EOV widerlegt sei.

## Aus den Erwägungen:

(...)

3.1 Personen, die in der schweizerischen Armee oder im Rotkreuzdienst Dienst leisten, haben für jeden besoldeten Dienstag Anspruch auf eine Entschädigung (Art. 1a Abs. 2 EOG).

3.2 Während der Rekrutierung, der Rekrutenschule und der Grundausbildung von Personen, die ihre Dienstpflicht ohne Unterbruch erfüllen (Durchdiener), beträgt die tägliche Grundentschädigung 25 Prozent des Höchstbetrages der Gesamtentschädigung (Art. 9 Abs. 1 EOG). Für Stellungspflichtige, Rekruten und Durchdiener in Grundausbildung, die Anspruch auf Kinderzulagen haben, wird die tägliche Grundentschädigung nach Artikel 10 bemessen (Art. 9 Abs. 2 EOG).

3.3 Während Diensten, die nicht unter Artikel 9 fallen, beträgt die tägliche Grundentschädigung 80 % des durchschnittlichen vordienstlichen Erwerbseinkommens. Vorbehalten bleibt Art. 16 Absätze 1-3 (Art. 10 Abs. 1 EOG). Grundlage für die Ermittlung des durchschnittlichen vordienstlichen Erwerbseinkommens bildet das Einkommen, von dem die Beiträge nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) erhoben werden. Der Bundesrat erlässt Vorschriften über die Bemessung der Entschädigungen und lässt durch das Bundesamt für Sozialversicherungen verbindliche Tabellen mit aufgerundeten Beträgen aufstellen (Art. 11 Abs. 1 EOG). Der Bundesrat kann für Dienstleistende, die nur vorübergehend nicht erwerbstätig waren oder die wegen des Dienstes keine Erwerbstätigkeit aufnehmen konnten, besondere Vorschriften über die Bemessung ihrer Entschädigung erlassen (Art. 11 Abs. 2 EOG).

3.4 War die dienstleistende Person vor Beginn des Dienstes nicht erwerbstätig, so entspricht die tägliche Grundentschädigung den Mindestbeträgen gemäss Artikel 16 Absätze 1 – 3 EOG (Art. 10 Abs. 2 EOG).

3.5 Als Erwerbstätige gelten gemäss Art. 1 Abs. 1 der Verordnung zum Erwerbserbsatzgesetz vom 24. November 2004 (EOV; SR 834.11) Personen, die in den letzten zwölf Monaten vor dem Einrücken während mindestens vier Wochen erwerbstätig waren. Den Erwerbstätigen gleichgestellt sind nach Abs. 2: Arbeitslose (lit. a); Personen, die glaubhaft machen, dass sie eine Erwerbstätigkeit von längerer Dauer aufgenommen hätten, wenn sie nicht eingerückt wären (lit. b); Personen, die unmittelbar vor dem Einrücken ihre Ausbildung abgeschlossen haben oder diese während des Dienstes beendet hätten (lit. c). Im Weiteren regelt Art. 4 EOv die Berechnung der Entschädigung für die verschiedenen Gruppen Erwerbstätiger. Abweichend vom in Abs. 1 geregelten Normalfall (massgebend ist der letzte vor dem Einrücken erzielte Lohn) wird die Entschädigung für Personen, die unter Art. 1 Abs. 2 lit. c EOv

fallen, nach dem ortsüblichen Anfangslohn im betreffenden Beruf berechnet (Abs. 2 Satz 2).

4. Zwischen den Parteien ist die Höhe bzw. die Bemessung der Erwerbsausfallentschädigung strittig. Während die Beschwerdegegnerin im angefochtenen Einspracheentscheid davon ausgeht, für die Entschädigungsbemessung sei auf das vor dienstliche Erwerbseinkommen als Lehrling im Umfang von Fr. 1'450.- bzw. auf die Mindestentschädigung gemäss Art. 16 Abs. 2 lit. a EOG (Fr. 91.-) abzustellen, stellt sich der Beschwerdeführer auf den Standpunkt, er falle als Lehrlingsabsolvent unter den Personenkreis, der gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. c EOv erwerbstätigen Personen gleichgestellt sei, womit sich die EO-Entschädigung anhand des ortsüblichen Anfangslohnes im Sinne von Art. 4 Abs. 2 Satz 2 EOv bemesse und mindestens Fr. 120.- pro Tag betrage.

(. . .)

5. Unbestritten ist, dass die Dienstzeit des Beschwerdeführers ab dem 20. August 2016 bis zum 6. September 2017 unter Art. 10 EOG fällt, handelt es sich doch nicht mehr um einen Dienst gemäss Art. 9 EOG (in casu: die Rekrutenschule), sondern um einen „anderen Dienst“, namentlich um einen Durchdienerdienst als Soldat, Obergefreiter und schliesslich Wachtmeister.

5.1 Mit der formell-gesetzlichen Bestimmung von Art. 10 EOG wird für die Entschädigungsbemessung zwischen (hypothetisch) Erwerbstätigen und Erwerbslosen unterschieden. Diese Vorgabe kann nicht mittels Regelung in der entsprechenden Verordnung geändert werden («lex superior derogat legi inferiori»). Artikel 1 Abs. 2 lit. c EOv erlaubt demnach nicht die Umqualifikation einer grundsätzlich nicht erwerbstätigen Person zu einer erwerbstätigen. Er modifiziert lediglich die Beweisanforderungen für die Qualifikation (vgl. BGE 137 V 410 vom 12. Oktober 2011 Erw. 4.2.1). Mit anderen Worten ist eine spezielle Subsumtion unter Art. 1 Abs. 2 lit. c EOv nur möglich, wenn die versicherte Person bereits als grundsätzlich Erwerbstätige qualifiziert wird, was vorliegend der Fall ist, war doch der Beschwerdeführer aufgrund seiner Berufslehre als Kaufmann EFZ mit Berufsmaturität in den letzten zwölf Monaten vor dem Einrücken während mindestens vier Wochen erwerbstätig.

Während sich für Arbeitslose im Sinne von Art. 10 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG, SR 837.0) die grundsätzliche Erwerbstätigkeit schon aus diesem Gesetz ergibt, müssen von lit. b erfasste Personen die hypothetische Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zwar nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachweisen, aber immerhin glaubhaft machen. Unter lit. c fallende Personen profitieren von einer noch weiter gehenden Beweiserleichterung, indem – im Sinne einer gesetzlichen Vermutung – die Beweislast zu Gunsten des Leistungsansprechers umgekehrt und dessen Erwerbstätigkeit

unterstellt wird. Diese Vermutung kann indessen durch den Beweis des Gegenteils umgestossen werden, indem die Verwaltung Umstände geltend macht, welche darauf schliessen lassen, dass der Leistungsansprecher auch ohne Dienstabsolvierung keine Erwerbstätigkeit aufgenommen hätte (vgl. BGE 137 V 410 vom 12. Oktober 2011 Erw. 4.2.1).

5.2 Der Beschwerdeführer, der am 4. Juli 2016, als er in den Dienst einrückte, seine Berufslehre zum Kaufmann mit Berufsmaturität faktisch und mit Diplom am 31. Juli 2016 abgeschlossen hatte, fällt unter einen der in Art. 1 Abs. 2 EOv geregelten Sonderfälle, namentlich unter Art. 1 Abs. 2 lit. c EOv. Wie das Bundesgericht im bereits erwähnten Urteil vom 12. Oktober 2011 (BGE 137 V 410) festgestellt hat, wird bei diesen Personen gesetzlich vermutet, dass sie eine Erwerbstätigkeit aufgenommen hätten, wären sie nicht in den Dienst eingerückt.

5.2.1 Diese gesetzliche Vermutung steht – so das Bundesgericht in BGE 137 V 410 – mit der Entstehungsgeschichte von Art. 1 Abs. 2 EOv im Jahr 1959 und mit der EOv-Revision von 2005 im Einklang. Die Beschwerdegegnerin übt hierzu Kritik und ist der Ansicht, die gesetzliche Konstruktion von Art. 1 Abs. 2 EOv werde den heutigen Gegebenheiten nicht mehr gerecht. Tatsächlich liegt es heutzutage im Trend, unmittelbar nach Abschluss der Berufslehre eine Weiterbildung anzuhängen oder für längere Zeit ins Ausland zu verreisen. Trägt man dieser Tatsache Rechnung, stellt sich zu Recht die Frage, ob die in Art. 1 Abs. 2 lit. c EOv statuierte Vermutung der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit noch zeitgemäss ist bzw. ob die von Art. 1 Abs. 2 lit. c EOv erfassten Personen nicht zumindest auch die (hypothetische) Aufnahme einer Erwerbsfähigkeit glaubhaft machen müssten.

5.2.2 Solange jedoch gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung die gesetzliche Vermutung in Art. 1 Abs. 2 lit. c EOv gilt, darf mithin vom Beschwerdeführer nicht verlangt werden, er habe glaubhaft zu machen, dass er eine Erwerbstätigkeit von längerer Dauer aufgenommen hätte, wenn er nicht eingerückt wäre. Vielmehr obliegt es der Beschwerdegegnerin, anhand besonderer Umstände mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachzuweisen, dass der Dienstleistende ohnehin keine Erwerbstätigkeit aufgenommen hätte (BGE 137 V 410 Erw. 4.2.2).

5.3 Die Beschwerdegegnerin macht geltend, der Beschwerdeführer habe nach Beendigung des Militärdienstes einen Auslandsaufenthalt angetreten, so dass auch davon auszugehen sei, dass er diesen auch ohne Militärdienst nach Abschluss der Berufsausbildung angetreten und damit keine Erwerbstätigkeit aufgenommen hätte. Seiner Antwort vom 9. Oktober 2017 könne zudem entnommen werden, dass der Berufseinstieg erst im nächsten Jahr erfolgen werde und damals keine Anstellung und keine Weiterbildung oder Ausbildung vorgelegen habe.

5.3.1 Im oben schon oft zitierten BGE 137 V 410 Erw. 4.3 wurde die gesetzliche Vermutung der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit während des Dienstes (Art. 1 Abs. 2 lit. c EOV) als widerlegt betrachtet, weil der Dienstleistende unmittelbar nach dem Dienst einen dreimonatigen Auslandsaufenthalt angetreten und sich zuvor nur um eine einzige (nicht ausgeschriebene) Stelle beworben hatte. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers, es sei nur der Sachverhalt vor dem Militärdienst massgebend, kann gestützt auf diese höchstrichterliche Rechtsprechung auch das nachdienstliche Verhalten des Beschwerdeführers berücksichtigt werden. Mit anderen Worten durfte die Beschwerdegegnerin aus dem nachdienstlichen Verhalten des Beschwerdeführers – zumal sein vordienstliches Verhalten für den Sachverhalt nichts hergibt (rückte doch der Beschwerdeführer noch im gleichen Monat in den Dienst ein, in dem er die Berufslehre abschloss) – ihre Schlüsse ziehen. Soweit der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang vorbringt, seine Antworten im Fragenkatalog (red. Anmerkung: vom 9. Oktober 2017, vgl. Erw. 4.4 oben), welche sich auf die Zeit nach dem Militärdienst bezogen hätten, seien irrelevant, kann er nicht gehört werden.

5.3.2 Aktenmässig ausgewiesen ist, dass der Beschwerdeführer seine Dienstpflicht Ende August/Anfang September 2017 beendete und bei der persönlichen Abgabe der letzten EO-Anmeldungsformulare am 26. September 2017 gegenüber der Beschwerdegegnerin mitteilte, er werde nun für ein paar Monate herumreisen und habe keine Festanstellung (vgl. Erw. 4.3 oben). Letzteres bestätigte der Beschwerdeführer schriftlich am 9. Oktober 2017 unter gleichzeitigem Hinweis, dass er derzeit auch in keiner Aus-/Weiterbildung sei, er im Herbst 2018 ein Studium beginnen und wieder ins Berufsleben einsteigen werde.

Unter diesen Umständen ist mit der Beschwerdegegnerin nicht davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer unmittelbar nach seinem Lehrabschluss zum Kaufmann eine Erwerbstätigkeit hätte aufnehmen wollen. Vielmehr ist aus diesem nachdienstlichen Verhalten resp. den Studienplänen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu schliessen, dass der Beschwerdeführer unmittelbar nach Abschluss der Berufslehre auch ohne Dienstantritt dasselbe Verhalten an den Tag gelegt hätte bzw. länger auf Reisen gegangen wäre und ein Studium (allenfalls mit Teilerwerbstätigkeit) in Angriff genommen hätte. Sein Einwand, es gebe keinen Beweis, dass ein Ferienaufenthalt im Ausland nach Lehrabschluss geplant und gewünscht gewesen sei, die Ferienplanung und Buchung sei erst im 2017 erfolgt, ändert daran nichts, ebenso wenig wie das Argument, er hätte zum damaligen Zeitpunkt gar nicht über die finanziellen Mittel für eine Auslandsreise verfügt. Zudem stand für ihn nach dem Lehrabschluss fest, sofort in den Militärdienst einzurücken. Insofern ist einzig sein nachdienstliches Verhalten relevant bzw. aussagekräftig. Der an den Militärdienst anschliessenden Auslandsreise steht keine einzige Arbeitsbemühung gegenüber resp. der Beschwerdegegnerin teilte der Beschwerdegegnerin am 9. Oktober 2017 sogar unmissverständlich mit, dass der Berufseinstieg erst im nächsten Jahr erfolgen werde.

5.3.3 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Beschwerdegegnerin der Beweis des Gegenteils gelungen ist, sie mithin aufgrund der besonderen Umstände nachzuweisen vermochte, dass der dienstleistende Beschwerdeführer ohnehin keine Erwerbstätigkeit aufgenommen hätte.

5.4 Erfüllt der Beschwerdeführer die Voraussetzungen von Art. 1 Abs. 2 lit. c EOV nicht, so kann die Entschädigung auch nicht auf Grund des ortsüblichen Anfangslohns im betreffenden Beruf (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 EOV) berechnet werden.

6. In diesem Fall bildet Grundlage für die Bemessung der Entschädigung das letzte vor dem Einrücken erzielte und auf den Tag umgerechnete Erwerbseinkommen im Sinne von Art. 5 AHVG (Art. 4 Abs. 1 EOV bzw. auch präzisierende Wegleitung zur EO für Dienstleistende und Mutterschaft [WEO], gültig ab 1. Juli 2005, Stand 1. Januar 2015, Rz 5008). Gemäss Art. 10 Abs. 1 EOG beträgt die tägliche Grundentschädigung 80 Prozent des durchschnittlichen vordienstlichen Erwerbseinkommens. Vorbehalten bleibt Art. 16 Absätze 1-3.

Die Beschwerdegegnerin hat im angefochtenen Entscheid zu Recht erkannt, dass 80 % des vom Beschwerdeführer vordienstlich erzielten Monatseinkommens von Fr. 1'450.- (AK-act. . . . . und . . .) unter dem Mindestbetrag liegt, weshalb sie dem Beschwerdeführer als Durchdiener ohne Kinder für die fragliche Zeit vom 20. August 2016 bis und mit 6. September 2017 gestützt auf Art. 16 Abs. 2 lit. a EOG (37 % des Höchstbetrages [Fr. 245.-/Tag gemäss Art. 16a EOG]) ein Taggeld von Fr. 91.- ausbezahlt hat.

Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie vollumfänglich abzuweisen ist.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 21. August 2018, S 2018 53  
Das Urteil ist rechtskräftig.

#### **4.5 Art. 8 AVIG i.V.m. Art. 15 AVIG**

##### **Regeste:**

Art. 8 AVIG i.V.m. Art. 15 AVIG – Eine anderweitige Disposition während laufender Rahmenfrist kann erst ab dem Zeitpunkt, an dem sie getroffen wurde, einen Einfluss auf die Vermittlungsfähigkeit haben (Erw. 3.3).

##### **Aus dem Sachverhalt:**

Die Versicherte, Jahrgang 1988, HR-Fachfrau mit eidg. Fachausweis, meldete sich am 18. Dezember 2017 zur Arbeitsvermittlung und zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung an. Da sich die Versicherte vor Antritt ihrer neuen Stelle per 1. Juni

2018 zu einem Sprachaufenthalt in Thailand entschieden hatte, meldete sie sich per 16. Februar 2018 wieder ab. Mit Verfügung vom 16. Februar 2018 erklärte das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) die Versicherte als vermittlungsunfähig, weil aufgrund des knappen Zeitabstands zwischen der Anmeldung zum Leistungsbezug (18. Dezember 2017) einerseits und dem Sprachaufenthalt (Flug am 19. Februar 2018) andererseits eine nur sehr geringe Wahrscheinlichkeit bestehe, von einem Arbeitgeber eine Anstellung zu erhalten. Erschwerend kämen ein zögerliches Wachstum der Schweizer Wirtschaft sowie der anhaltend schwierige Arbeitsmarkt hinzu. Die am 15. März 2018 dagegen erhobene Einsprache wies das AWA mit Entscheidung vom 20. April 2018 vollumfänglich ab. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 17. Mai 2018 beantragte die Versicherte sinngemäss die Aufhebung des Einspracheentscheids vom 20. April 2018 und die Feststellung ihrer Vermittlungsfähigkeit für den fraglichen Zeitraum. Mit Vernehmlassung vom 4. Juni 2018 beantragte das AWA die Abweisung der Beschwerde.

### **Aus den Erwägungen:**

(. . .)

3.

3.1 Gemäss Art. 8 Abs. 1 AVIG hat die versicherte Person Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn sie ganz oder teilweise arbeitslos ist (lit. a), einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (lit. b), in der Schweiz wohnt (lit. c), die obligatorische Schulzeit zurückgelegt und weder das Rentenalter der AHV erreicht hat noch eine Altersrente der AHV bezieht (lit. d), die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist (lit. e), vermittlungsfähig ist (lit. f) und die Kontrollvorschriften erfüllt (lit. g).

3.2 Nach Art. 15 AVIG als vermittlungsfähig gilt, wer bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzuhaben (Abs. 1). Zur Vermittlungsfähigkeit gehört mithin nicht nur die Arbeitsfähigkeit im objektiven Sinne, sondern subjektiv auch die Bereitschaft, die Arbeitskraft den persönlichen Verhältnissen entsprechend auch einzusetzen. Dabei ist die Vermittlungsfähigkeit prospektiv, d.h. von jenem Zeitpunkt aus und unter Beachtung der Verhältnisse, die bei Verfügungserlass vorlagen, zu beurteilen. Der Begriff der Vermittlungsfähigkeit schliesst graduelle Abstufungen aus. Hingegen sind deren Teilelemente (Bereitschaft, Fähigkeit und Berechtigung) aufgrund der persönlichen Umstände der versicherten Person zu beurteilen. Die Frage der Vermittlungsfähigkeit ist unter Würdigung aller im Einzelfall wesentlichen, objektiven und subjektiven Faktoren zu beurteilen. Die Art der gesuchten zumutbaren Arbeit sowie der Umfang des für die versicherte Person in Betracht fallenden Arbeitsmarktes sind von Bedeutung (Barbara Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversiche-

rung und Insolvenzenschädigung, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 69 f.; Urteil des Bundesgerichts 8C\_382/2010 vom 1. Juli 2010, Erw. 2.2). Hat eine versicherte Person auf einen bestimmten Termin anderweitig disponiert und steht deshalb für eine neue Beschäftigung nur noch während einer relativ beschränkten Zeit zur Verfügung, ist sie in der Regel nicht vermittlungsfähig (BGE 126 V 520 Erw. 3a mit Hinweisen). Zeitliche Einschränkungen auf einen bestimmten Zeitpunkt ergeben sich z. B. bei Auslandsreise, Rückkehr von Ausländern in ihren Heimatstaat, Militärdienst, Ausbildung, Aufnahme und Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit usw. (vgl. AVIG-Praxis ALE/B227). Die AVIG-Praxis nimmt dabei Vermittlungsfähigkeit einer versicherten Person an, wenn diese dem Arbeitsmarkt für mindestens drei Monate zur Verfügung steht. Entscheidend für die Beurteilung des Einzelfalles sind dabei nicht in erster Linie der Arbeitswille und die Arbeitsbemühungen der versicherten Person oder gar die Frage, ob sie in dieser Zeit effektiv eine Beschäftigung gefunden hat. Massgebend ist vielmehr, ob mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, dass ein Arbeitgeber die versicherte Person für die konkret zur Verfügung stehende Zeit noch einstellen würde (BGE 126 V 520 Erw. 3a; BGE 110 V 207 Erw. 1; SVR 2000 ALV Nr. 1 S. 1 Erw. 2b; ARV 1991 Nr. 3 S. 24 Erw. 2b, 1990 Nr. 14 S. 84 Erw. 2a). Bei Verfügbarkeit unter drei Monaten kann die Vermittlungsfähigkeit bejaht werden, wenn aufgrund der Arbeitsmarktsituation und der Flexibilität der versicherten Person – der Bereitschaft zur Annahme von Arbeiten ausserhalb des erlernten Berufes bzw. von Temporärstellen – eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass letztere von einem Arbeitnehmer angestellt wird (AVIG-Praxis ALE/B227). Wer hingegen eine geeignete, jedoch nicht unmittelbar antretbare Stelle findet, handelt in Erfüllung der allen versicherten Personen obliegenden Schadenminderungspflicht. Er hat nicht das Risiko einer allenfalls noch längeren Arbeitslosigkeit auf sich zu nehmen. In einem solchen Fall ist die Vermittlungsfähigkeit bis zum Zeitpunkt des Stellenantritts zu bejahen, auch wenn in der Praxis kaum Aussicht auf eine vorübergehende Beschäftigungsmöglichkeit besteht (Barbara Kupfer Bucher, a.a.O., S. 71 f.; BGE 110 V 207 Erw. 1).

3.3 Disponiert eine versicherte Person (erst später) während laufender Rahmenfrist für den Leistungsbezug anderweitig, ist zu prüfen, ob sie ab diesem Zeitpunkt beziehungsweise der folgenden Kontrollperiode auf Grund der nunmehr beschränkten zeitlichen Verfügbarkeit noch als vermittlungsfähig gelten kann. Dabei geht es aber nicht darum zu entscheiden, ob die Vermittlungsfähigkeit für die noch verbleibende Dauer arbeitsmarktlicher Verfügbarkeit gegeben ist. Vielmehr ist danach zu fragen, ob die versicherte Person, hätte sie bei ansonsten unveränderten Umständen die betreffende Disposition bereits vor bzw. bei der Anmeldung zum Taggeldbezug getroffen, in der Lage (gewesen) wäre, eine zumutbare Arbeit anzunehmen. Anders ausgedrückt ist die versicherte Person bei der Beurteilung der weiteren Vermittlungsfähigkeit für die verbleibende Zeitspanne so zu stellen, wie wenn sie bereits vor Eintritt der Arbeitslosigkeit oder bei deren Andauern vor Ablauf der Leistungsrahmenfrist auf einen bestimmten späteren Zeitpunkt anderweitig disponiert hätte.

Ist unter dieser Hypothese die Vermittlungsfähigkeit auf dem in Betracht fallenden allgemeinen Arbeitsmarkt zu bejahen, hat die versicherte Person auch nach der betreffenden Disposition als vermittlungsfähig zu gelten, andernfalls ist ihre Vermittlungsfähigkeit ab diesem Zeitpunkt zu verneinen (vgl. Urteil des Sozialversicherungsgerichts Zürich AL.2004.00457 vom 26. November 2004, Erw. 1.2; Entscheidung des Kantonsgerichts Basel-Landschaft 715 14 34/134 vom 5. Juni 2014, Erw. 3.6; SVR 2000 ALV Nr. 1 mit Hinweisen; SZS 1999, S. 251 ff.). Das Bundesgericht hat bestätigend festgehalten, dass die Disposition erst ab dem Zeitpunkt, an dem sie getroffen wurde, einen Einfluss auf die Vermittlungsfähigkeit haben kann. Die Prüfung der konkreten Aussichten, in der zur Verfügung stehenden Zeit angestellt zu werden, erstreckt sich dagegen zugunsten des Versicherten auf die gesamte Zeitspanne ab Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung bis zum Beginn der getroffenen Disposition. Damit soll eine Benachteiligung gegenüber denjenigen Versicherten vermieden werden, die bei sonst gleichen Verhältnissen bereits vor Eintritt der Arbeitslosigkeit oder bei deren Andauern vor Ablauf der Leistungsrahmenfrist auf einen bestimmten Zeitpunkt anderweitig disponiert haben und deren Vermittlungsfähigkeit deswegen für die gesamte beschränkte Dauer einer möglichen Anstellung auf dem in Betracht fallenden allgemeinen Arbeitsmarkt bejaht worden ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts C 37/05 vom 6. Juli 2005, Erw. 2.2 f.).

4. Fakt ist, dass sich die Beschwerdeführerin am 18. Dezember 2017 zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung anmeldete und dass sie am 9. Februar 2018 eine Stelle per 1. Juni 2018 als HR-Rekruiterin fand. Als erstellt gilt weiter, dass die Beschwerdeführerin am 19. Februar 2018, also noch vor Antritt der neuen Arbeitsstelle, nach Thailand reiste, um einen Sprachaufenthalt zu absolvieren. Streitig ist, ob die Beschwerdeführerin ab dem 18. Dezember 2017 als vermittlungsfähig zu qualifizieren ist, was von der Beschwerdegegnerin verneint wird. (...)

(...)

6. Streitig ist wie erwähnt, ob der Beschwerdeführerin die Vermittlungsfähigkeit ab dem 18. Dezember 2017 zu Recht abgesprochen wurde.

6.1 Während die Beschwerdegegnerin die Auffassung vertritt, die Beschwerdeführerin sei ab dem 18. Dezember 2017 als nicht vermittlungsfähig zu beurteilen, weil angesichts des kurzen Zeitraums ab Anmeldung vom 18. Dezember 2017 bis zum Beginn des Sprachaufenthalts vom 19. Februar 2018 eine sehr geringe Wahrscheinlichkeit bestehen würde, für diesen Zeitraum von einem Arbeitgeber eine Anstellung angeboten zu erhalten, stellt sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt, sie hätte sich erst nach dem Unterzeichnen des neuen Arbeitsvertrages dazu entschieden, einen Sprachaufenthalt zu absolvieren und somit die Zwischenzeit bis zum Antritt der neuen Arbeitsstelle sinnvoll zu nutzen.

6.2 Zunächst ist festzustellen, dass die Beschwerdegegnerin richtig erkannt hat, dass die Beschwerdeführerin ab dem Zeitpunkt der Anmeldung (18. Dezember 2017) dem Arbeitsmarkt nur für knapp zwei Monate zur Verfügung stehen konnte, stand danach doch ihr Sprachaufenthalt in Thailand an (Flug am 19. Februar 2018). Mithin hat nur eine sehr geringe Wahrscheinlichkeit bestanden, von einem Arbeitgeber eine Anstellung zu erhalten, weshalb die Beschwerdegegnerin die Vermittlungsfähigkeit unter diesen Umständen grundsätzlich zu Recht verneint hat.

Die Beschwerdegegnerin verkennt jedoch, dass die Umdisposition, d.h. der Entschluss vorgängig zum Stellenantritt einen Sprachaufenthalt in Thailand zu absolvieren, nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erst ab dem Zeitpunkt, in dem sie getroffen wurde, einen Einfluss auf die Vermittlungsfähigkeit haben kann. Die Verneinung der Vermittlungsfähigkeit wirkt sich entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin somit nicht auf den Zeitraum aus, der vor dem Entschluss der versicherten Person, anderweitig zu planen, liegt (vgl. Erw. 3.3). Vorliegend gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die Beschwerdeführerin bereits im Zeitpunkt der Anmeldung für einen Sprachaufenthalt entschieden haben könnte. Vielmehr erscheint es für das Gericht glaubhaft und wird seitens der Beschwerdegegnerin auch nicht bestritten, dass sich die Beschwerdeführerin erst nach Unterzeichnen des neuen Arbeitsvertrages, mithin erheblich nach Anmeldung zum Taggeldbezug, nämlich am 15. Februar 2018, als sie den Flug nach Bangkok gebucht hat, entschieden hat, vorgängig zum Antritt der neuen Arbeitsstelle einen Sprachaufenthalt zu absolvieren, zumal sie die neue Stelle erst per 1. Juni 2018 antreten konnte und sie dementsprechend die dazwischen liegende Zeit sinnvoll nutzen wollte. Nach dem Dargelegten ist die Vermittlungsfähigkeit der Beschwerdeführerin somit ab dem Zeitpunkt der Umdisposition am 15. Februar 2018 bis zur Abmeldung am 16. Februar 2018 zu verneinen.

Für den davorliegenden Zeitraum ist die Vermittlungsfähigkeit hingegen zu bejahen, ging die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Anmeldung doch davon aus, dass sie sich für eine «unbeschränkte» Zeit der Arbeitsvermittlung zur Verfügung stellen würde.

Die Beschwerde erweist sich somit insofern als begründet und ist gutzuheissen, als die Vermittlungsfähigkeit vom 18. Dezember 2017 bis zum 15. Februar 2018 zu bejahen ist.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 13. September 2018, S 2018 57  
Das Urteil ist rechtskräftig.

## 5. Steuerrecht

### 5.1 Art. 127 Abs. 2 BV, § 72 Abs. 2 StG

#### **Regeste:**

Art. 127 Abs. 2 BV und § 72 Abs. 2 StG – Die Minimalbesteuerung des Aktienkapitals verstösst im Falle eines Konkurses bzw. im Anschluss an die Genehmigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung gegen den in Art. 127 Abs. 2 BV enthaltenen Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.

#### **Aus dem Sachverhalt:**

Mit Entscheid vom 18. Februar 2013 genehmigte der zuständige Nachlassrichter am Kantonsgericht Zug den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung i.S.v. Art. 317 ff. SchKG zwischen der A. AG und ihren Gläubigern. Die A. AG befindet sich seither in Nachlassliquidation. Am 14. Juli 2016 eröffnete die Steuerverwaltung des Kantons Zug gegenüber der A. AG in Nachlassliquidation die Veranlagung der Kantons- und Gemeindesteuern für die Steuerjahre 2013 und 2014. Für beide Steuerjahre wurde der im Kanton Zug steuerbare Reingewinn auf Fr. 0.– und das im Kanton Zug steuerbare Eigenkapital auf Fr. 51'400'000.– festgesetzt. Gegen den abweisenden Einspracheentscheid der Steuerverwaltung liess die A. AG in Nachlassliquidation am 23. Dezember 2016 beim Verwaltungsgericht Rekurs einreichen und beantragen, für die Steuerperioden 2013 und 2014 sei das steuerbare Kapital auf Fr. 0 festzusetzen.

#### **Aus den Erwägungen:**

(...)

2. a) Gemäss § 1 Abs. 1 lit. b i.V.m. §§ 71 ff. StG erhebt der Kanton eine Kapitalsteuer auf dem Eigenkapital juristischer Personen. Das steuerbare Eigenkapital besteht bei den Kapitalgesellschaften aus dem einbezahlten Grundkapital sowie den offenen und den aus versteuertem Gewinn gebildeten stillen Reserven (§ 72 Abs. 1 StG). Gemäss § 72 Abs. 2 StG ist steuerbar mindestens das einbezahlte Aktienkapital. Gleichlautende Bestimmungen finden sich auch in den Steuergesetzen anderer Kantone, so etwa in demjenigen des Kantons Zürich (§ 78 des Steuergesetzes des Kantons Zürich vom 8. Juni 1997, LS 631.1). Dem Steuerbuch des Kantons Zug ist zu entnehmen, dass die Gesellschaft mindestens das einbezahlte, nominelle Aktien-, Grund- oder Stammkapital einschliesslich des einbezahlten Partizipationskapitals versteuern muss, unabhängig davon, ob die Gesellschaft in ihrer Bilanz eine Unterdeckung oder sogar eine Überschuldung ausweist (Erläuterungen zu § 72 StG).

(...)

3. Artikel 127 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) ist unter anderem der Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu entnehmen. Dieser Grundsatz verlangt, dass jeder Steuerpflichtige im Verhältnis der ihm zur Verfügung stehenden Mittel an die gesamten Lasten des Gemeinwesens beiträgt (BGE 133 I 206 E. 7.1; Markus Reich, Steuerrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, § 4 N 139, 141).

(...)

5. Das Bundesgericht befasste sich bisher – soweit ersichtlich – in zwei Fällen am Rande mit der Frage, ob die (kantonale) Mindestbesteuerung des Eigenkapitals dem Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit widerspricht oder nicht. Dem Urteil 2C\_792/2008 vom 19. Februar 2009 liegt der Sachverhalt zugrunde, dass der Nachlassrichter am 20. Juni 2003 den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung der SAirLines AG, welche ein einbezahltes Aktienkapital von 400 Millionen Franken aufwies, genehmigte. Die zuständige Einschätzungsabteilung des kantonalen Steueramtes Zürich schätzte die SAirLines in Nachlassliquidation mit einem steuerbaren Eigenkapital von Fr. 400'000'000.– ein (Steuersatz 1,5 ‰). In der Erwägung 3.1 hielt das Bundesgericht fest, dass die Kapitalsteuer zunächst eine Substanzsteuer sei, indem sie auch dann geschuldet sei, wenn ein Unternehmen keinen Gewinn erziele. Weil mindestens das einbezahlte Grund- oder Stammkapital steuerbar sei, werde sie darüber hinaus zur Objektsteuer bzw. zur Minimalsteuer, wenn das Aktienkapital ganz oder teilweise verloren sei. In seinem Urteil hatte das Bundesgericht aber lediglich die Frage zu klären, ob die Kapitalsteuerforderung während der Nachlassstundung als Masseverbindlichkeit zu qualifizieren ist oder unter einen Nachlassvertrag fällt. Soweit ersichtlich hatte sich die SAirLines in Nachlassliquidation nicht gegen die Erhebung der Kapitalsteuer auf dem einbezahlten Aktienkapital gewehrt. Entgegen der Rekursgegnerin kann daher dem Urteil 2C\_792/2008 nicht entnommen werden, das Bundesgericht habe die Erhebung von Kapitalsteuern während der Liquidationsphase eines überschuldeten Unternehmens – auch nicht implizit – als zulässig erachtet. Auf der anderen Seite hat das Bundesgericht in seiner Entscheidung aber auch nicht erklärt, es erachte die Erhebung der Kapitalsteuer auf dem einbezahlten Aktienkapital als bundesrechtswidrig.

Auch im Urteil 2C\_259/2008 vom 6. November 2008 hielt das Bundesgericht mit Hinweisen auf die Literatur fest, dass eine Kapitalsteuer, bei der mindestens das einbezahlte Grund- oder Stammkapital steuerbar sei, und zwar selbst dann, wenn ein Unternehmen keinen Gewinn erziele oder sogar das investierte Kapital von den bestehenden Aktiven nicht mehr gedeckt werde, zur (reinen) Objektsteuer werde, welche sich nicht mehr an den zur Verfügung stehenden finanziellen Mitteln der Gesellschaft (bzw. am effektiven Unternehmensvermögen) orientiere und insoweit nicht mehr mit der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit übereinstimme (E. 2.3). Das

oberste Gericht liess jedoch die Frage der Verfassungs- bzw. Bundesrechtskonformität mangels rechtsgenügend vorgebrachter Rüge offen.

Somit ist festzustellen, dass das Bundesgericht noch nie darüber entschieden hat, ob die Mindestbesteuerung des Eigenkapitals dem Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit widerspricht oder nicht.

6. In der Literatur wird die Frage, ob die Mindestbesteuerung des Eigenkapitals dem Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit widerspricht oder nicht, kontrovers behandelt.

a) Mit Hinweis auf § 29 Abs. 2 lit. a und b des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (StHG, SR 642.14) führen Ernst Höhn/Robert Waldburger (Steuerrecht, Band I, 9. Aufl., Bern 2001, § 19 N 5) aus, dass das Grundkapital stets zum steuerbaren Kapital gehöre. Diese Bestimmung setze Grenzen in zwei Richtungen. Einerseits unterliege nur das einbezahlte Kapital der Steuer, auch wenn das nominelle Kapital höher angesetzt sei. Andererseits sei das einbezahlte Kapital auch dann zu versteuern, wenn es als Folge eines Bilanzverlustes nicht mehr gedeckt sei. Gemäss Ernst Blumenstein/Peter Locher (System des schweizerischen Steuerrechts, 7. Aufl., Zürich 2016, § 11. 2) ist mindestens der einbezahlte Teil aus dem einbezahlten Grundkapital steuerbar. Auch Felix Richner/Walter Frei/Stefan Kaufmann/Hans Ulrich Meuter (Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 3. Aufl., Zürich 2013, § 78 N 2) führen aus, dass die Kapitalsteuer eine nicht an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit anknüpfende Steuer sei. Das Steuerobjekt der Kapitalsteuer, welches das Eigenkapital des Unternehmens bilde, könne es mit sich bringen, dass das Unternehmen Steuern zu bezahlen habe, obwohl das investierte Eigenkapital nicht mehr von den Aktiven gedeckt sei. Damit werde die Kapitalsteuer zur reinen Objektsteuer. Diese Kommentatoren verlangen jedoch nicht, dass auf eine Minimalsteuer zu verzichten sei, wenn die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens nicht mehr vorhanden ist.

b) Eine mittlere Haltung nimmt Markus Reich (a.a.O., § 4 N 139, 141) ein. Das Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verlange, dass jeder Steuerpflichtige im Verhältnis der ihm zur Verfügung stehenden Mittel an die gesamten Lasten des Gemeinwesens beitrage. Das Leistungsfähigkeitsprinzip ziehe sich durch die gesamte Steuerordnung und gelte grundsätzlich sowohl für die direkten wie auch die indirekten Steuern. Auch Objekt- und Verbrauchssteuern seien, sobald sie erhebliche Belastungswirkungen zeitigten, nicht nur nach den besonderen Eigenschaften des Steuerobjektes, sondern auch nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der von der Steuer betroffenen Personen auszurichten. Werde von der individuellen Leistungsfähigkeit abgesehen, so bedürfe dies einer hinreichenden sachlichen Rechtfertigung. Dabei sei eine Gesamtbeurteilung anzustellen, indem auch die Belastung mit anderen Steuern in die Beurteilung einbezogen werde. Das Leistungs-

fähigkeitsprinzip beziehe sich primär auf die Gesamtheit aller Steuerlasten, sodass der regressiven Wirkung der Mehrwertsteuer bei der Einkommenssteuerbelastung durchaus Rechnung getragen werden dürfe. Das Hauptanwendungsgebiet des Leistungsfähigkeitsprinzips sei jedoch das Einkommens- und Vermögenssteuerrecht, wo das Leistungsfähigkeitsprinzip im Laufe der letzten Jahrzehnte zunehmend konkretisiert worden sei.

c) Auf der anderen Seite stehen folgende Kommentatoren: Gemäss Bernhard Zwahlen/Albert Lissi (in: Martin Zweifel/Michael Beusch [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/1, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 29/29a StHG N 1 bis 6) bildet die Kapitalsteuer eine nicht an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit anknüpfende Abgabe, womit sie in europäischer Hinsicht ein Unikum darstelle. (...) Das Steuerobjekt Eigenkapital könne es mit sich bringen, dass die Unternehmung Steuern zu bezahlen habe, obwohl das investierte Eigenkapital von den Aktiven gar nicht mehr gedeckt sei. Eine solche Steuer werde zur reinen Objektsteuer, welche eine fiktive Besteuerung darstelle, denn die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Gesamtunternehmung liege nicht mehr vor. (...) Eine solche Objektsteuer widerspreche dem von der Bundesverfassung vorgegebenen Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Art. 127 Abs. 2 BV), der für alle Steuerpflichtigen gälte. (...) Trotz des grundsätzlichen Objektsteuercharakters der Kapitalsteuer dürfte infolge fehlender ausdrücklicher bundesgesetzlicher Rechtsgrundlage eine Mindestbesteuerung bzw. Besteuerung eines fiktiven Eigenkapitals kaum bundesrechtskonform sein. Dies habe erst recht in jenen Fällen zu gelten, in denen die Kapitalsteuer betragsmässig mehr als eine blossе Registraturgebühr darstelle. (...) In systematischer und teleologischer Hinsicht gehöre die Kapitalsteuer wie die Gewinnsteuer zu den direkten Steuern, womit der Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit jeglicher Objektsteuer vorzugehen habe. Es fällt auf, dass Bernhard Zwahlen in der 2. Auflage des Kommentars Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.) zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/1, Basel 2002, noch nicht die Meinung geäussert hatte, die Minimalbesteuerung des einbezahlten Grundkapitals sei bundesrechtswidrig. Dort hatte er lediglich darauf hingewiesen, dass das Steuerobjekt der Kapitalsteuer es mit sich bringen könne, dass die Unternehmung Steuern zu bezahlen habe, obwohl das investierte Eigenkapital von den Aktiven gar nicht mehr gedeckt sei. Eine solche Steuer werde zur reinen Objektsteuer, welche eine fiktive Besteuerung darstelle, denn die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Gesamtunternehmung liege nicht mehr vor (Art. 29a N 3). Auch Thomas Linder/Felix Schalcher (Die Erhebung der Kapitalsteuer bei Verlustausweis, Steuer Revue 2011, S. 894 ff.) kritisieren die gesetzliche Regelung bzw. die gefestigte Praxis in den meisten Kantonen, mindestens das einbezahlte Grund- oder Stammkapital (sowie nach bisheriger Praxis in einzelnen Kantonen das verdeckte Eigenkapital) von der Kapitalsteuer zu erfassen. Damit gelange in dem Umfang, in welchem diese Grössen durch Verluste aufgezehrt worden seien, ein Steuerobjekt zur Besteuerung, welches tatsächlich gar nicht mehr vorhanden sei. Gemäss einem Bundesgerichtsentscheid

vom 6. November 2008 (2C\_259/2008) dürfte nun zumindest das verdeckte Eigenkapital mit Verlusten verrechenbar sein. Basierend auf dem Verfassungsgrundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit müsste nach Ansicht von Linder/Schalcher die Verlustrechnung jedoch auch auf das einbezahlte Grund- oder Stammkapital ausgeweitet werden.

7. Nachfolgend ein Blick auf die Kantone.

a) Im Zusammenhang mit der Kapitalsteuer enthält das Steuergesetz des Kantons Zürich vom 8. Juni 1997 (StG ZH) in §§ 78 f. die gleichen Bestimmungen wie sie in §§ 71 f. des zugerischen Steuergesetzes zu finden ist. Danach ist gemäss § 79 Abs. 2 StG ZH steuerbar mindestens das einbezahlte Aktien-, Grund- oder Stammkapital, einschliesslich des einbezahlten Partizipationskapitals. Bereits am 13. September 1960 hatte jedoch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich entschieden, dass nur noch das Reinvermögen einer juristischen Person zu betrachten ist, wenn der Konkurs eröffnet oder ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gerichtlich bestätigt worden ist (Rechenschaftsbericht des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich an den Kantonsrat [RB] 1960 Nr. 42 S. 70). Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich begründete das wie folgt: «Während im allgemeinen das einbezahlte Grundkapital unabhängig von der momentanen Vermögenslage als objektives Kennzeichen für die Grösse einer Erwerbsgesellschaft und als Indiz für deren steuerliche Leistungsfähigkeit betrachtet werden kann (Expertenkommissionsbericht zum Problem der gleichmässigen Besteuerung der Erwerbsunternehmungen, 1955, S. 107) trifft dies nicht mehr zu, nachdem der Konkurs über die Gesellschaft eröffnet oder der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gerichtlich genehmigt worden ist. Nunmehr drängt sich im Gegenteil die Vermutung auf, das Grundkapital sei ganz oder teilweise verloren und vermöge über die Substanz des Unternehmens, an welche die Kapitalsteuer anknüpft, nichts mehr auszusagen. Nach der Konkurseröffnung oder nach der gerichtlichen Genehmigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung ist das einbezahlte Grundkapital einer juristischen Person so offensichtlich als Indiz für die steuerliche Leistungsfähigkeit unbrauchbar geworden, dass das Gesetz nicht ohne Willkür die Kapitalbesteuerung weiterhin fordern kann, wie wenn nichts geschehe wäre. Artikel 4 BV (aus dem bis zum Inkrafttreten der aktuellen Bundesverfassung u.a. der Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit abgeleitet wurde) gebietet, nach Konkurseröffnung oder nach gerichtlicher Genehmigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung das steuerbare Kapital dem vorhandenen Reinvermögen gleichzustellen und die Annahme fallen zu lassen, Mindeststeuerobjekt sei das einbezahlte Grundkapital.» Seither stellt im Kanton Zürich im Anschluss an eine Konkurseröffnung bzw. eine Genehmigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung nur noch das Reinvermögen einer juristischen Person das steuerbare Kapital dar.

b) Im Kanton Bern gilt Folgendes: Gemäss Art. 104 Abs. 1 des Steuergesetzes vom 21. Mai 2000 (BGS 661.11) wird die Kapitalsteuer auf dem Reinvermögen erhoben, wenn das Reinvermögen von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, die sich am Ende einer Steuerperiode in Liquidation befinden, kleiner ist als das steuerbare Eigenkapital. Diese Regelung deckt sich somit im Wesentlichen mit der im Kanton Zürich bestehenden Praxis.

c) Bezüglich die Situation im Kanton Luzern ist Folgendes anzuführen: Zwar trifft es zu – wie das die Rekursgegnerin geltend macht –, dass es in dem von der Rekurrentin zitierten Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern (LGVE 2004 II Nr. 26 vom 2. Februar 2004) primär um die Frage ging, ob die bis zur Beendigung der Liquidation geschuldeten periodischen Gewinn- und Kapitalsteuern Masseverbindlichkeiten oder zu kollozierende Nachlassverbindlichkeiten sind. Das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern hatte aber auch die Frage zu prüfen, ob die Rekurrentin für den Zeitraum ab Konkurseröffnung bis zum Ende der Steuerperiode 2002 zur Bezahlung der Minimalsteuer verpflichtet werden kann, wobei es um die Minimalsteuer ging, welche Kapitalgesellschaften und Genossenschaften gemäss § 95 des Steuergesetzes des Kantons Luzern vom 22. November 1999 (SRL 620) auf im Kanton Luzern gelegene Grundstücke zu entrichten haben. Im Zusammenhang mit der Frage der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit führte das Gericht Folgendes aus: «Mit der Konkurseröffnung ist es der Kapitalgesellschaft, deren Betrieb nicht weitergeführt wird, verwehrt, Unternehmensentscheidungen zu treffen, die beispielsweise zur Erzielung steuerlich relevanter Gewinne führen würden, oder eben gegenteils darauf zu verzichten. Wenn dem aber so ist, so kann auch nicht eine Ersatzsteuer veranlagt werden. Als subsidiäre Steuer setzt sie gleichermassen wie die ordentliche Gewinn- oder Kapitalsteuer eine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens und dessen Bestand voraus, welche Voraussetzungen jedoch mit dem Eintritt in das amtlich und zwangsweise angeordnete Liquidationsstadium wegfallen» (E. 4c). Der Kanton Luzern kennt zwar die Minimalsteuer auf dem einbezahlten Aktienkapital nicht, sondern erhebt von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften eine Minimalsteuer von 1 Promille des Steuerwerts der im Kanton Luzern gelegenen Grundstücke. Es darf jedoch davon ausgegangen werden, dass das dortige Verwaltungsgericht wohl konsequenterweise die gleichen Überlegungen wie im Entscheid LGVE 2004 II Nr. 26 machen würde, wenn das Steuerobjekt nicht der Steuerwert des Grundeigentums, sondern das Aktienkapital eines Unternehmens im Anschluss an eine Konkurseröffnung bzw. nach der Genehmigung eines Nachlassvertrags darstellen würde. Das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern würde wohl auch diesfalls die Erhebung einer Minimalsteuer als nicht zulässig bezeichnen, da es ausdrücklich festhielt, dass die Kapitalsteuer eine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und den Bestand des Unternehmens bedingt. Daher kann der Entscheid LGVE 2004 II Nr. 26 durchaus in die Beurteilung der vorliegenden Streitsache einbezogen werden.

d) Gemäss Linder/Schalcher (a.a.O., S. 895) wird in den Kantonen Appenzell Ausserrhoden, Graubünden, Neuenburg und St. Gallen ein Bilanzverlust als negative offene Reserve betrachtet und entsprechend in die Gesamtrechnung einbezogen, womit letztlich nur das tatsächlich vorhandene Eigenkapital zu besteuern ist. Ebenfalls gemäss Linder/Schalcher (a.a.O., S. 894) ist in den meisten übrigen Kantonen jedoch gesetzlich festgehalten oder entspricht es der gefestigten Praxis, dass mindestens das einbezahlte Grund- oder Stammkapital von der Kapitalsteuer zu erfassen ist.

8. Die Beurteilung im vorliegenden Fall ergibt nun Folgendes:

a) Die Kantone Zürich und Bern haben klar entschieden bzw. geregelt, dass bei einer sich im Konkurs oder in einer Nachlassliquidation befindlichen Gesellschaft nur noch das Reinvermögen als steuerbares Kapital zu betrachten ist. Dem Entscheid RB 1960 Nr. 42 ist zu entnehmen, dass das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich eine Minimalbesteuerung als Verstoß gegen den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit erachtet. Auch bei der Regelung von Art. 104 Abs. 1 des Steuergesetzes des Kantons Bern ist davon auszugehen, dass sie getroffen wurde, um diesen Grundsatz nicht zu verletzen. Und auch aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern LGVE 2004 II Nr. 26 kann abgeleitet werden, dass das dortige Verwaltungsgericht eine Minimalsteuer auf das einbezahlte Aktienkapital einer überschuldeten Gesellschaft wohl als Verstoß gegen den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit beurteilen würde. Auf der anderen Seite ist dem Verwaltungsgericht des Kantons Zug aber kein Urteil eines kantonalen Gerichts bekannt, in welchem ausdrücklich festgestellt wurde, dass eine solche Minimalsteuer nicht gegen Art. 127 Abs. 2 BV verstösst. Zu ergänzen ist an dieser Stelle der von Linder/Schalcher gemachte Hinweis auf die Kantone Appenzell Ausserrhoden, Graubünden, Neuenburg und St. Gallen, in denen ein Bilanzverlust als negative offene Reserve betrachtet und entsprechend in die Gesamtrechnung einbezogen werde, womit letztlich nur das tatsächlich vorhandene Eigenkapital zu besteuern sei. Dies entspricht somit ebenfalls dem Verfassungsgrundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.

b) Richtig ist – wie das die Rekurrentin ausführt –, dass im Falle eines Konkurses oder der Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung die Gesellschaft keine Möglichkeit mehr hat, aktienrechtliche Massnahmen zu treffen, um das Grundkapital wiederherzustellen. Gesellschaften, über welche kein Konkurs eröffnet bzw. kein Nachlassvertrag genehmigt wurde, haben es dagegen selber in der Hand, das Grundkapital nach eingetretenen Verlusten den neuen wirtschaftlichen Verhältnissen anzupassen. Bei diesen Gesellschaften widerspiegelt das ausgewiesene Netto-Eigenkapital durchaus die konkrete, momentane wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, weshalb in diesen Fällen wohl nicht von einer Verletzung des Grundsatzes der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ausgegangen

werden muss. Bei Gesellschaften, die wegen der Konkureröffnung oder aufgrund eines genehmigten Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung diese Möglichkeit nicht mehr haben, ist Letzteres jedoch tatsächlich fraglich.

c) Nicht gänzlich ausser Acht gelassen kann die Tatsache, dass gemäss Art. 76 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG, SR 642.11), wie er bis zur Abschaffung der Kapitalsteuer auf Bundesebene 1998 in Kraft stand, bei Gesellschaften, welche sich zum Ende einer Steuerperiode in Liquidation befanden, das Reinvermögen als steuerbares Eigenkapital galt («Als steuerbares Eigenkapital von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, die sich am Ende einer Steuerperiode in Liquidation befinden, gilt das Reinvermögen» [Art. 76 aDBG]). Dies, obwohl Art. 74 Abs. 2 aDBG bestimmte, dass steuerbar mindestens das einbezahlte Grund- oder Stammkapital sei, was der Regelung von § 72 Abs. 2 StG ZG entspricht. Damit zeigte der Bundesgesetzgeber (solange es die Kapitalsteuer auf Bundesebene überhaupt noch gab), dass es nicht sein Wille war, das Aktienkapital selbst in einer Liquidationssituation zu besteuern. Der Bundesgesetzgeber nahm somit auf die Liquidationssituation des Unternehmens Rücksicht.

d) Es fällt auf, dass die Kritik, mindestens das einbezahlte Grundkapital von der Kapitalsteuer zu erfassen, auch wenn das Aktienkapital wegen Konkurses oder wegen Nachlassliquidation vollständig und dauerhaft verloren ist, eher neueren Datums ist. Einzelne Autoren begnügten sich vorher damit, darauf hinzuweisen, dass mindestens der einbezahlte Teil aus dem einbezahlten Grundkapital steuerbar sei, verlangten aber nicht ausdrücklich, dass auf eine Minimalsteuer zu verzichten sei, wenn die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens nicht mehr vorhanden ist. Zwar erklärte die Steuerkommission des Kantons Schwyz in einem obiter dictum bereits in einem Entscheid vom 20. Dezember 2004, die Minimalbesteuerung für das einbezahlte nominelle Aktien-, Stamm- oder Anteilscheinkapital bzw. das einbezahlte Grundkapital erscheine unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit als problematisch, sofern das investierte Eigenkapital von den Aktiven gar nicht mehr gedeckt sei. Unter Hinweis auf Bernhard Zwahlen (in: Zweifel/Athanas [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. 1/1, 2. Aufl., Basel 2002, Art. 29a StHG N 3) hielt die Steuerkommission des Kantons Schwyz weiter fest, eine solchermassen festgesetzte Kapitalsteuer werde zur reinen Objektsteuer, welche sich nicht mehr an den zur Verfügung stehenden finanziellen Mitteln einer Kapitalgesellschaft orientiere. Aus verschiedenen Gründen sah sich aber die Steuerkommission nicht in der Lage, ohne weiteres davon abzuweichen. Dennoch wies sie noch einmal darauf hin, dass diese Minimalbesteuerung nur bedingt mit dem Grundsatz der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in Einklang zu bringen sei. Richtig stark und eindeutig wurde die Kritik dann mit dem erwähnten Beitrag von Linder/Schalcher in der Steuer Revue 2011 sowie dem Kommentar von Zwahlen/Lissi (in: Zweifel/Beusch [Hrsg.], a.a.O., Art. 29/29a StHG N 1 bis 6), wonach eine Objektsteuer auf einem von den Aktiven gar nicht mehr gedeckten Eigenkapital

dem von der Bundesverfassung vorgegebenen Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Art. 127 Abs. 2 BV) widerspreche. Damit haben sich in der Literatur die Ansichten bezüglich der umstrittenen Frage in jüngerer Zeit durchaus etwas verschoben.

9. Das oben Dargelegte bringt das Gericht zur Überzeugung, dass die Minimalbesteuerung des Aktienkapitals im Falle eines Konkurses bzw. im Anschluss an die Genehmigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung tatsächlich gegen den in Art. 127 Abs. 2 BV enthaltenen Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verstösst. Im Konkurs bzw. in der Nachlassliquidation ist das Aktienkapital vollständig und dauerhaft verloren und somit auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens. Ein davon betroffenes Unternehmen hat keine Möglichkeit, daran etwas zu ändern, im Gegensatz zu Gesellschaften, über welche kein Konkurs eröffnet bzw. kein Nachlassvertrag genehmigt wurde. Letztere haben es selber in der Hand, das Grundkapital nach eingetretenen Verlusten den neuen wirtschaftlichen Verhältnissen anzupassen; das ausgewiesene Netto-Eigenkapital widerspiegelt dann durchaus die konkrete wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens. Nach dem vollständigen Verlust der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit wegen Konkurseröffnung oder genehmigten Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung ist eine Minimalbesteuerung des Aktienkapitals jedoch bundesrechtswidrig und daher nicht mehr zulässig. Diese Auffassung ist nicht völlig neu in der Schweiz, sondern entspricht der bisherigen Haltung der Kantone Zürich, Bern, Appenzell Ausserrhoden, Graubünden, Neuenburg und St. Gallen sowie wohl auch derjenigen des Kantons Luzern und ist unter anderem auch dadurch beeinflusst, dass auch der Bund, als es auf seiner Ebene die Kapitalsteuer noch gab, mit seiner damaligen Regelung im DBG auf eine Besteuerung des Aktienkapitals in einer Liquidationssituation verzichtete.

10. Daher ergibt sich, dass der Einspracheentscheid der Rekursgegnerin für die Kantons- und Gemeindesteuern für die Steuerperioden 2013 und 2014 vom 22. November 2016 gegen Art. 127 Abs. 2 BV verstösst. Der dagegen eingereichte Rekurs erweist sich als begründet, weshalb er gutzuheissen ist. Der Einspracheentscheid wird aufgehoben und die Rekursgegnerin angewiesen, für die Steuerperioden 2013 und 2014 das steuerbare Kapital der Rekurrentin auf 0 Franken festzusetzen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. Februar 2018, A 2016 36  
Das Urteil ist rechtskräftig.

## 5.2 § 193 Abs. 1 StG

### **Regeste:**

§ 193 Abs. 1 StG – Nach dem Grundsatz der vergleichbaren Verhältnisse dürfen bei der Berechnung des Grundstückgewinns Aufwendungen für Bauten den Anlagekosten nicht zugerechnet werden, die am Tag der Handänderung nicht mehr vorhanden sind. Als Bezugspunkt für die Definition der vergleichbaren Verhältnisse gilt jener Zustand des Grundstücks, welcher die Grundlage für die Kaufpreisgestaltung beim Verkauf gebildet hat. Nur wenn der rechtsgeschäftliche Wille der Vertragsparteien unklar ist, greift die Vermutung, dass der Kaufpreis sich auf sämtliche übertragenen dinglichen Werte bezieht (Bestätigung der Praxis von GVP 2012 S. 50 ff.). Legen Parteien in einem Sacheinlagevertrag den Verkehrswert eines Grundstücks fest, der sich nur auf das Land und nicht auch auf das Gebäude bezieht, greift die erwähnte Vermutung nicht. Es ist dann nicht mehr zu prüfen, ob es sich beim übertragenen Gebäude um ein Abbruchobjekt gehandelt hat oder nicht (Erw. 5b/hh).

Bei der Beurteilung, ob ein Gebäude wirtschaftlich abbruchreif ist, folgt das Verwaltungsgericht der im Kanton Zürich entwickelten Praxis nur teilweise (Erw. 5b/dd).

### **Aus dem Sachverhalt:**

A war Alleineigentümerin des GS X in Y. Am 18. Dezember 2009 gründete sie die G AG mit einem Aktienkapital von Fr. 3'500'000.–. Diese übernahm bei der Gründung gemäss Sacheinlagevertrag vom 18. Dezember 2009 das Grundstück von A. Der Übernahmepreis betrug gemäss Vertrag Fr. 3'400'000.–. Weiter verpflichtete sich die AG, die Grundstückgewinnsteuer zu übernehmen. Am 6. Juni 2012 erklärte A einen Grundstückgewinn von Fr. 18'661.–. Die Grundstückgewinnsteuer-Kommission der Gemeinde Y erachtete den im Sacheinlagevertrag festgelegten Wert als zu tief und gab bei der Schätzungskommission des Kantons Zug ein Gutachten in Auftrag. Im Schätzungsbericht vom 17. November 2015 errechnete diese einen Landwert von (gerundet) Fr. 4'424'000.–. Gestützt darauf legte die Grundstückgewinnsteuer-Kommission am 23. Februar 2016 den Grundstückgewinn auf Fr. 3'106'391.– fest. Eine dagegen gerichtete Einsprache hiess die Grundstückgewinnsteuer-Kommission teilweise gut, wodurch sich der veranlagte Grundstückgewinn auf Fr. 2'938'772.– verkleinerte. Mit Rekurs vom 28. November 2016 liess A. beantragen, der Grundstückgewinn sei auf Fr. 491'822.– festzulegen.

### **Aus den Erwägungen:**

5. Im Folgenden wird auf die Berechnung der Anlagekosten eingegangen.

(...)

5.1 Umstritten ist (. . .), ob der Wert des Gebäudes vor 25 Jahren als Teil der Anlagekosten zu betrachten sei (VG Act. 1, N 36 ff.). Der Wert selbst ist soweit ersichtlich nicht umstritten. Beide Seiten akzeptieren den von der Gebäudeversicherung für das Jahr 1984 festgestellten Wert von Fr. 1'173'000.-.

5.1.1 Die Rekursgegnerin stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass «lediglich Bauland veräussert wurde (VG Act. 6, S. 12, Ziff. 19), dass das Gebäude im Zeitpunkt der Eigentumsübertragung technisch abbruchreif gewesen sei, da es in einem schlechten Zustand gewesen sei und einen grossen Sanierungs- und Investitionsbedarf ausgewiesen habe (VG Act. 6, S. 12, Ziff. 20), dass aber auch von einer wirtschaftlichen Abbruchreife gesprochen werden müsse, da die Rekurrentin als Verkäuferin sich im Sacheinlagevertrag ausdrücklich zur wirtschaftlichen Abbruchreife bekannt habe und die Wahl der Bewertungsmethode im Sacheinlagevertrag (Residualwertmethode) klar zum Ausdruck bringe, dass das Grundstück zur Neubebauung verkauft worden sei (VG Act. 6, Ziff. 21 und 24). Aus einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise sei ausserdem zu ergänzen, dass der Landwert den Gebäudewert bereits beinhalte (VG Act. 6, Ziff. 27).

5.1.2 Die Rekurrentin wiederum ist zusammengefasst der Ansicht, dass das Gebäude von der Handänderung bis zum Abriss noch während über fünf Jahren vermietet und bewohnt gewesen sei (VG Act. 1, Ziff. 40), dass die im Einspracheentscheid zitierten Entscheide nicht einschlägig seien (VG Act. 1, Ziff. 38), dass – wenn jedes ältere Gebäude als abbruchreif qualifiziert würde – Anlagekosten älterer Gebäude überhaupt nicht mehr abzugsfähig wären, dass die technische Abbruchreife schwere Mängel an der Bausubstanz voraussetze (VG Act. 10, Ziff. 29) und dass die wirtschaftliche Abbruchreife nicht einzig gestützt auf die Verträge zwischen den Parteien bejaht werden dürfe (VG Act. 10, Ziff. 32 ff.).

5.1.3 Im Urteil A 2011 18 vom 26. Juni 2012 (publiziert in: GVP 2012, S. 50 ff.) stellte das Zuger Verwaltungsgericht ausführliche Überlegungen zum Prinzip der vergleichbaren Verhältnisse an. Es führte in Erwägung 2b namentlich aus: « Der Grundsatz der vergleichbaren Verhältnisse verlangt, dass sich Erlös und Anlagewert in der Regel auf das umfänglich und inhaltlich gleiche Grundstück beziehen ». Hat sich dessen tatsächliche oder rechtliche Beschaffenheit während der massgebenden Besitzesdauer geändert, so sind durch Zu- oder Abrechnungen vergleichbare Verhältnisse herzustellen (Reimann/Zuppinger/ Schärer, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 4. Bd., Bern 1966, § 164 N 5). Verletzt ist der Grundsatz der vergleichbaren Verhältnisse etwa dann, wenn Aufwendungen für Bauten den Anlagekosten zugerechnet werden, die am Tag der Handänderung, d.h. beim Eigentumsübergang, nicht mehr vorhanden sind (vgl. hierzu Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 21. April 1999, in: StE 2000, B 44.1 Nr. 7 Erw. 2a). Als Bezugspunkt für die Definition der vergleichbaren Verhältnisse gilt jener Zustand des Grundstücks, welcher die Grundlage für die Kaufpreisgestaltung beim Verkauf gebildet hat. Es kommt

mit anderen Worten darauf an, was an liegenschaftlichen Werten verkauft und zum Gegenstand der vertraglichen Preisbildung gemacht wurde, sofern ein Kaufvertrag Rechtsgrund für die Eigentumsübertragung ist. Lässt sich dem rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien nicht anderes entnehmen, so ist vermutungsweise davon auszugehen, der Kaufpreis erstrecke sich auf sämtliche dinglich übertragenen Werte und gebe den Verkehrswert all dieser Werte wieder. Haben beispielsweise die Vertragsparteien ein überbautes Grundstück veräussert, dann müssen auch die entsprechenden Anlagekosten für das überbaute Grundstück – im anrechenbaren Umfang – gewinnmindernd berücksichtigt werden. Ist jedoch – wirtschaftlich betrachtet – lediglich Bauland veräussert worden, wovon der Rechtsprechung gemäss auch bei einem mit Abbruchobjekten überbauten Land auszugehen ist, so dürfen nur die Anlagekosten für das Land berücksichtigt werden. Die Aufwendungen für ein Gebäude, das infolge Abbruch oder Brand nicht mehr vorhanden ist, gelten nicht als abzugsfähig (. . .). Allgemein können Aufwendungen für Bauten, die im Handänderungszeitpunkt nicht mehr vorhanden sind, nicht den Anlagekosten zugerechnet werden (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, 2. A., Zürich 2006, § 219 N 21)». Die damals dargelegten Grundsätze des Zuger Verwaltungsgerichts sind auch auf den vorliegenden Fall anwendbar. Dies bedeutet insbesondere, dass gestützt auf den Grundsatz der vergleichbaren Verhältnisse zuerst zu untersuchen ist, welche Liegenschaftswerte genau zum Gegenstand der vertraglichen Preisbildung gemacht wurden. Nur wenn der rechtsgeschäftliche Wille der Parteien unklar ist, greift die Vermutung, dass der Kaufpreis sich auf sämtliche übertragenen dinglichen Werte bezieht. Was den das Urteil zugrundeliegenden Sachverhalt betrifft, so ist dieser mit dem vorliegenden allerdings nicht vergleichbar. Die Baute, die im Entscheid A 2011 18 vor 25 Jahren auf dem Grundstück stand, war im Zeitpunkt der Handänderung nämlich nicht mehr vorhanden (GVP 2012, S. 54, E. 3b).

5.1.4 Im Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich (SB.2013.00081 vom 2. April 2014) stellte das Gericht zum Grundsatz der vergleichbaren Verhältnisse in Erwägung 3.2 nahezu die gleichen Überlegungen an wie das Zuger Verwaltungsgericht im zuvor erwähnten Fall. Es ist also auch nach der Zürcher Rechtsprechung zuerst der rechtsgeschäftliche Wille der Vertragsparteien zu ermitteln. Eine wichtige Rolle beim damals vom Verwaltungsgericht Zürich zu beurteilenden Fall spielte die Regel, wonach vermutet werden könne, dass Parteien nur Bauland verkauft haben, wenn auf dem Grundstück ein Abbruchobjekt steht, das mitübertragen wird. Strittig war, ob das damals verkaufte Gebäude wirtschaftlich abbruchreif war. Gemäss Urteil beurteile sich diese Frage in objektiver Weise aus Sicht des Veräusserers. Die in einem Kaufvertrag bekundete Absicht des Käufers, die Liegenschaft abzureissen, lasse keinen Rückschluss zu auf die Frage, ob der Wert der abzubrechenden Liegenschaft von den Vertragsparteien im Rahmen der Preisgestaltung berücksichtigt worden sei oder nicht. Es sei vielmehr von der Vermutung auszugehen, dass das überbaute Grundstück Gegenstand der Preisbestimmung gebildet habe und es obliege der Steuerbe-

hörde die Beweislast dafür, dass der Gebäudewert nicht Bestandteil des Verkaufserlöses gebildet habe (Urteil VGer ZH SB.2013.00081 vom 2. April 2014, E. 3.3, mit Verweis auf VGer ZH SB.2003.00017). Das Verwaltungsgericht Zug ist nicht der Meinung, dass die Frage der wirtschaftlichen Abbruchreife in objektiver Weise aus Sicht des Veräusserers zu beurteilen ist, sondern dass jeweils alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind. Dieser Punkt müsste aber so oder so erst dann geklärt werden, wenn sich der rechtsgeschäftliche Wille der Parteien in Bezug auf den Preis nicht eindeutig ermitteln lässt.

5.1.5 Gestützt auf diese Überlegungen ist demzufolge zunächst der Sacheinlagevertrag vom 18. Dezember 2009 zu untersuchen und die Frage zu beantworten, ob der darin vereinbarte Kaufpreis nach dem Willen der Parteien nur den Landwert der Liegenschaft abgelten sollte oder nicht. Der Vertrag hält in Ziffer II./2. Folgendes fest: «Die Liegenschaft ist inmitten Y gelegen. Aufgrund dieser zentralen Lage und des kürzlich in Rechtskraft erwachsenen Bebauungsplans Z, der damit möglichen Neubebauung mit Geschäfts- und Wohnflächen mit hoher Ausnutzung sowie dem mit der Einwohnergemeinde Y abgeschlossenen Vorvertrag über den Erwerb von zwei Parkgeschossen im entsprechenden Parkhaus sowie der Landwertschätzung nach der Residualwertmethode haben die Parteien das übertragene Grundstück Nr. X zum folgenden Verkehrswert bewertet: Wert des Grundstücks Fr. 3'400'000.–» (Schätzungskommission Einschätzungsakten, Beilage zur Steuererklärung, S. 4).

5.1.6 Wie im Vertragsrecht üblich, sind diese Passagen nach dem Vertrauensgrundsatz auszulegen. Nach diesem Grundsatz sind Willenserklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten (BGE 113 II 49 E. 1a). Eine objektivierte Auslegung nach dem Vertrauensprinzip hat aus der Sicht eines vernünftig und redlich urteilenden Menschen zu erfolgen. Entscheidend ist, welches Wissen ein Vertragspartner im betreffenden Verkehrskreis beim anderen nach Treu und Glauben voraussetzen darf (BGE 116 II 431 E. 3).

5.1.7 Der Verweis im Sacheinlagevertrag auf den in Rechtskraft getretenen Bebauungsplan und die dadurch mögliche Neuüberbauung mit einer höheren Ausnutzung lässt nur einen Schluss zu: Der Vertrag wurde offensichtlich mit dem Ziel einer Neubebauung abgeschlossen. Dies würde aber für sich noch nicht reichen, um eindeutig sagen zu können, dass die Parteien im vereinbarten Kaufpreis den Gebäudewert nicht mitberücksichtigt haben. Die entscheidende Stelle des Vertrags ist hierfür die nächste Passage. Dort ist zunächst zu erfahren, dass die Parteien eine «Landwertschätzung nach der Residualwertmethode» veranlasst haben, worauf der Verkehrswert bzw. Preis genannt wird, auf den sich die Vertragsparteien geeinigt haben. Jede vernünftig urteilende Vertragspartei durfte und musste diese Passage so verstehen, dass nur das Land und nicht auch das darauf vorhandene Gebäude geschätzt wurde und dass der im Vertrag genannte Verkehrswert von Fr. 3'400'000.– sich daher

nur auf das Land und nicht auch auf das Gebäude bezog. Wäre es anders, hätte angesichts der zuvor erfolgten Erklärungen nach Treu und Glauben erwartet werden müssen, dass die Parteien sich um eine Klarstellung bemüht hätten, das heisst, dass sie entweder den Wert des Gebäudes im Sacheinlagevertrag ausdrücklich beziffert hätten oder dass sie dort darauf hingewiesen hätten, dass die Schätzung von Fr. 3'400'000.– Land und Gebäude betraf.

5.1.8 Die Rekurrentin schreibt, dass das Gebäude zum Handänderungszeitpunkt noch bewohnt gewesen sei, und es sei allen Beteiligten klar gewesen, dass dies noch länger der Fall sein werde. Erst danach seien die Pläne für die Baueingabe erarbeitet und das Baubewilligungsverfahren abgeschlossen worden. Es sei den Parteien bewusst gewesen, dass Widerstände im Bewilligungsverfahren die Realisation über viele Jahre hätten verzögern oder – mit relativ geringer Wahrscheinlichkeit – gar hätten verunmöglichen können. Es hätten auch noch weitere unvorhersehbare wirtschaftliche oder geopolitische Entwicklungen die Realisationswahrscheinlichkeit und den Realisationszeitpunkt beeinflussen können. Als mögliche Rückfalloption sei stets eine Sanierung des bestehenden Gebäudes im Raum gestanden. Mit der Wahl der Residualmethode für die Bewertung sei keineswegs erklärt worden, dass das Gebäude technisch und wirtschaftlich abbruchreif sei. Mit dieser Methode werde sichergestellt, dass das dereinst (zumindest langfristig) mit erheblicher Sicherheit realisierbare höhere Ertragspotential adäquat abgegolten werde (VG Act 1, S. 11 f.). Es wird nicht bestritten, dass das mitübertragene Gebäude zum Zeitpunkt der Handänderung noch bewohnt war und dass die Käuferschaft damit rechnen musste, dass sie ihr Bauvorhaben erst einige Jahre nach Kauf würde realisieren können. Diese Argumente zielen aber am Kern der Sache vorbei. Entscheidend ist der rechtsgeschäftliche Wille der Parteien, wie er im Vertrag zum Ausdruck kommt, und hier wird der Verkehrswert, zu dem das Grundstück übertragen wurde, eindeutig als Folge einer Schätzung genannt, in der nur das Land bewertet wurde. Die Rekurrentin schreibt, dass mit dieser Methode nichts über die Abbruchreife des Gebäudes gesagt worden sei. Auch dieses Argument geht fehl. Sobald feststeht, dass die Parteien im Kaufvertrag lediglich einen Preis für das übertragene Land festgelegt haben, stellt sich die Frage der Abbruchreife des Gebäudes nicht mehr. Diesen Punkt gilt es erst zu klären, wenn der rechtsgeschäftliche Wille der Parteien nicht deutlich aus dem Vertrag hervorgeht. Im Übrigen hat sich gezeigt, dass die Vertragsparteien den Preis des Landes zwar aufgrund der Residualwertmethode ermittelt haben, dass diese Methode – richtig angewendet – zu einem wesentlich höheren Landwert führt (Erw. 3d). Würde man der Rekurrentin somit in der Ansicht folgen, dass der von ihr ursprünglich festgelegte Verkaufspreis von Fr. 3'400'000.– sich auf sämtliche dinglich übertragenen Werte erstreckt hat (VG Act. 1, S. 12), also auf Land und Gebäude, müsste der von den Vertragsparteien geschätzte Landwert nochmals deutlich tiefer ausfallen als die sowieso schon zu tiefen Fr. 3'400'000.–. Auch aufgrund dieser Überlegung wird klar, dass der vereinbarte Preis sich nur auf das übertragene Land bezogen haben kann und nicht auf das Gebäude.

5.1.9 Zusammengefasst ergibt eine Prüfung des Sacheinlagevertrags vom 18. Dezember 2009, dass die Parteien nur Land zum Gegenstand der vertraglichen Preisbildung gemacht haben. Daher muss nicht mehr erörtert werden, ob es sich beim übertragenen Gebäude um ein Abbruchobjekt gehandelt hat oder nicht. Nach dem Grundsatz der vergleichbaren Verhältnisse dürfen somit Aufwendungen für das Gebäude den Anlagekosten nicht zugerechnet werden. Die Rekurrentin dringt mit ihrem Ansinnen nicht durch, den Wert des Gebäudes vor 25 Jahren als Anlagekosten zum Abzug zuzulassen.

(. . .)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 29. Mai 2018, A 2016 33  
Das Urteil ist rechtskräftig.

### 5.3 Art. 5 Abs. 3 BV i.V.m. Art. 9 BV, § 190 Abs. 1 lit. a StG

#### **Regeste:**

Art. 5 Abs. 3 BV i.V.m. Art. 9 BV – Prüfungen der Voraussetzungen des Vertrauensschutzes bei einer Bestätigung durch den Sekretär einer Grundstückgewinnsteuer-Kommission (Erw. 4).

§ 190 Abs. 1 lit. a StG – Vorläufige Einschätzung des Gerichts zur Praxis verschiedener Grundstückgewinnsteuer-Kommissionen im Kanton Zug bei gemischten Schenkungen (Erw. 5b)

#### **Aus dem Sachverhalt:**

Mit öffentlicher Urkunde unter dem Titel «Kauf- und Schenkungsvertrag ( Gemischte Schenkung) mit Nutzniessung» vom 28. Juli 2015 übertrug A.B. ihre Liegenschaft GS E in X. ihren beiden Kindern F.G. und H.I.. In der Urkunde wurde unter Punkt IV. 6. festgehalten, dass gemäss Bestätigung der Grundstückgewinnsteuerabteilung der Einwohnergemeinde X. vom 9. Juli 2015 voraussichtlich keine Grundstückgewinnsteuer anfallt. Mit Veranlagungsverfügung für die Grundstückgewinnsteuer vom 17. März 2016 berechnete die Grundstückgewinnsteuer-Kommission der Einwohnergemeinde X. (im Folgenden: Rekursgegnerin) für das übertragene Grundstück einen Grundstückgewinn von Fr. 343'634.– und erhob darauf eine Grundstückgewinnsteuer in der Höhe von Fr. 44'741.15 von der Rekurrentin. Dagegen wehrte sich A.B. mit einer Einsprache, welche am 24. März 2017 vollumfänglich abgewiesen wurde. Gegen diesen Entscheid wehrte sich A.B. am 11. April 2017 beim Verwaltungsgericht.

## Aus den Erwägungen:

(...)

4. Die Rekurrentin rügt eine Verletzung ihres berechtigten Vertrauens in eine behördliche Auskunft.

(...)

b) Der Vertrauensschutz bedarf zunächst einer Vertrauensgrundlage, worunter das Verhalten eines staatlichen Organs zu verstehen ist, das beim betroffenen Privaten bzw. bei einer anderen Behörde bestimmte Erwartungen auslöst. Als Vertrauensgrundlage kommen u.a. Verfügungen, Rechtssetzungsakte, Raumpläne sowie die Verwaltungs- oder Gerichtspraxis in Frage. Ein besonders wichtiger Anwendungsfall des Vertrauensschutzes stellen sodann unrichtige behördliche Auskünfte und Zusicherungen dar. Rechtsprechungsgemäss wird dabei vorausgesetzt, dass (a) die Behörde die Auskunft vorbehaltlos in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen erteilt hat, (b) sie für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder die rechtsuchende Person die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte, (c) die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne Weiteres zu erkennen war, (d) im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen oder unterlassen wurden, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht oder nachgeholt werden können, und (e) die relevante Rechts- und Sachlage seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat (BGE 131 II 627 E. 6, BGE 129 I 161 E. 4.1; Tschannen/Zimmerli/Müller, a.a.O., § 22 Rz. 10 ff.; Beatrice Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel 1983, S. 79 ff.). Selbst wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, muss das Interesse am Schutz des Vertrauens in die unrichtige Auskunft das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung überwiegen, damit die Berufung auf Treu und Glauben durchdringen kann (Urteil des Bundesgerichts 8C\_332/2011 vom 11. Oktober 2011 E. 5.2, mit Hinw.; Urteile Bundesverwaltungsgericht A-793/2011 vom 20. Februar 2012 E. 4.2 und C-2335/2009 vom 28. März 2011 E. 2.5, je mit Hinweisen).

Sind die erwähnten Voraussetzungen erfüllt, wirkt sich der Vertrauensschutz dahingehend aus, dass der Vertrauende keinen Nachteil erleiden soll, entweder indem die Behörde an die Vertrauensgrundlage gebunden wird oder indem ein Entschädigungsanspruch entsteht (Urteile Bundesverwaltungsgericht A-6403/2010 vom 7. April 2011 E. 5.1 und A-3109/2011 vom 20. September 2012 E. 5.3).

Äusserungen im Verkehr zwischen Behörden und Privaten sind so zu interpretieren, wie die jeweils andere Seite sie nach Treu und Glauben verstehen durfte (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV: BGE 124 II 265 E. 4a; BGE 113 Ia 225 E. 1b/bb; BGE 126 II 97 E. 4b).

c) Die Rekurrentin stützt sich auf die Bestätigung der Rekursgegnerin. Dabei handelt es sich um ein Schreiben von J.K. der Abteilung Grundstückgewinnsteuer der Einwohnergemeinde X. mit Datum vom 9. Juli 2015, welches er an die Urkundsperson der Einwohnergemeinde X. und an die Vertragsparteien richtete. Es enthält folgenden Text: «Für die vorgesehene Handänderung: Veräusserer: A.B., X, Objekt: GS E; Preis Fr. 165'000.– zuzüglich Nutzniessung auf Lebenszeit, wird gemäss § 187 ff (insbesondere §§ 189, 190 bzw. 202) des Steuergesetzes des Kantons Zug vom 25.05.2000 bestätigt. Die Grundstückgewinnsteuer wird aufgeschoben.» Es folgen Unterschrift und Name des Verfassers. Wie den Akten weiter entnommen werden kann, war J.K. Sekretär der Rekursgegnerin (Act.-GGSt X. 4 und 5). Hier hat somit ein Vertreter der Grundstückgewinnsteuer-Kommission gegenüber der Rekurrentin – in fett hervorgehobener Schrift – eine vorbehaltlose Zusicherung mit Blick auf die Steuerfolgen eines von der Rekurrentin beabsichtigten Rechtsgeschäfts abgegeben. Der Behördenvertreter ist als Sekretär der Rekursgegnerin zweifellos auch die Person, die Auskünfte zu den Grundstückgewinnsteuern in der Einwohnergemeinde X. erteilen und Bestätigungen dazu ausstellen kann. Weiter ist die Unrichtigkeit der Bestätigung nicht ohne weiteres zu erkennen. Das ergibt sich nur schon daraus, dass die Zusicherung von einer Fachperson stammte und die Parteien sich auch heute noch nicht einig sind, ob die Auskunft richtig war.

c/aa) Die Rekursgegnerin ist der Meinung, dass die Auskunft nicht vorbehaltlos erteilt worden sei. Es handle sich bei der Bestätigung nämlich nur um eine Depotbestätigung für den voraussichtlichen mutmasslichen Steuerbetrag gemäss § 202 StG. Diese Depotbestätigung gebe sie immer vorbehältlich der definitiven Veranlagungsverfügung ab. Dieser Einwand ist unbehelflich. Wie wohl jede andere Person auch konnte die Rekurrentin der Bestätigung, so wie sie dargestellt und formuliert wurde, nicht ansehen, dass es sich dabei um eine Depotbestätigung handelte, die unter einem Vorbehalt stand. Auch die Berufung der Rekursgegnerin auf § 202 StG verfängt nicht, denn die Bestätigung wurde «gemäss den §§ 187 ff. (insbesondere §§ 189, 190 bzw. 202)» des StG ausgestellt. Paragraph 189 handelt von den Steuertatbeständen, § 190 vom Steueraufschub und § 202 Abs. 2 vom Depot. Es könnte somit mit gleichem Recht argumentiert werden, dass die Bestätigung im Hinblick auf den Steueraufschub erstellt wurde.

c/bb) Die Rekursgegnerin bringt weiter mehrfach vor, dass nicht alle Angaben vorgelegen hätten, als die Bestätigung erstellt wurde. Auch dies hilft ihr nicht weiter, denn hätte dieser Einwand den Tatsachen entsprochen, hätte die Bestätigung nicht vorbehaltlos ausgestellt werden dürfen. Zudem verfügte die Rekursgegnerin im Zeitpunkt, als die Bestätigung ausgestellt wurde, über die nötigen Angaben zur Berechnung der strittigen Nutzniessung, nämlich über den Kaufpreis (Angabe der Rekurrentin), Alter der Rekurrentin (aus den Steuerakten), durchschnittliche Restlebenszeit der Rekurrentin (gemäss Lebensdauertabellen, welche bei der Rekursgegnerin zweifellos vorhanden sind). Die weiteren Parameter (Jahresertrag, Kosten) hat die

Rekursgegnerin sodann ohne Rückfrage bei der Rekurrentin aufgrund eigener Überlegungen festgelegt, wie aus dem Einspracheentscheid ersichtlich ist.

c/cc) Die Rekursgegnerin wendet ein, sie könne auf diese Bestätigung nicht behaftet werden, da diese nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen gewesen sei. Die Rekursgegnerin verkennt, dass dieser Punkt bei der Prüfung der Voraussetzungen zur Geltendmachung des Vertrauensschutzes nicht entscheidend ist. Relevant ist hier einzig der Umstand, dass eine hierfür zuständige Person gegenüber der Rekurrentin eine vorbehaltlose Zusicherung bezüglich der anfallenden Grundstückgewinnsteuern gemacht hat. Dazu kommt Folgendes: Selbst wenn es sich bei dieser Bestätigung um eine Verfügung gehandelt hätte, so können laut Bundesgericht formlose Briefe ohne Rechtsmittelbelehrungen auch Verfügungen darstellen (BGer 2C\_244/2007 vom 10. Oktober 2007 E. 3.1). Aus einer fehlerhaften bzw. fehlenden Rechtsmittelbelehrung in einer Verfügung darf einer Partei jedoch grundsätzlich kein Nachteil erwachsen, ausser wenn die Unrichtigkeit der Rechtsmittelbelehrung einfach zu erkennen war (BGE 124 I 255 E. 1). Hier erhielt die Rekurrentin eine sie nicht belastende Zusicherung von einer Steuerbehörde. In so einer Situation erwartet keine steuerpflichtige Person eine Rechtsmittelbelehrung, da sie gar kein Interesse daran hat, diese Zusicherung bei einer nächsten Instanz anzufechten.

c/dd) Die Rekursgegnerin verweist auf das Wort «voraussichtlich» in der öffentlichen Urkunde vom 28. Juli 2015. Aufgrund dieser Wortwahl und in Verbindung mit dem gesetzlichen Kontext hätte die Rekurrentin wissen müssen, dass bei der Berechnung der Grundstückgewinnsteuer nicht nur der Kaufpreis, sondern auch weitere Leistungen einzubeziehen seien, also auch der Wert der Nutzniessung (VG-Act. 6, S. 4). Unter Punkt 6 ist in der öffentlichen Urkunde Folgendes zu lesen: «Gemäss Bestätigung der Grundstückgewinnsteuerabteilung der Einwohnergemeinde X. fällt voraussichtlich keine Grundstückgewinnsteuer an (Steueraufschub zufolge Erbvorzug)» (Rek.-Act. 2, S. 6). Die Rekursgegnerin scheint mit ihrem Vorbringen sagen zu wollen, dass der erwähnte Passus in der öffentlichen Urkunde das Vertrauen in die Richtigkeit ihrer eigenen Zusicherung zerstört habe. Dies wäre aber eine unzulässige Schlussfolgerung. Die Urkundsperson der Einwohnergemeinde X. ist nämlich nicht für die Erteilung von Steuerauskünften zuständig.

c/ee) Die Rekursgegnerin schreibt, ihr Sekretär sei nicht stimmberechtigt. Ausserdem nehme alleine die Kommission die Veranlagung der Grundstückgewinnsteuer vor (VG-Act. 12, S. 5). Sollte die Rekursgegnerin damit sagen wollen, dass die Bestätigung von einer dafür nicht zuständigen Person abgegeben worden sei, ist sie nicht zu hören. So wie das Schreiben formell daherkam – auf Papier der Abteilung Grundstückgewinnsteuer der Einwohnergemeinde X., unterschrieben vom Sekretär der Kommission, adressiert an die Vertragsparteien und an die Urkundsperson – und so wie die Formulierung darin lautete – ohne Vorbehalt, Zusicherung in Fettdruck –

durfte die Rekurrentin aus zureichenden Gründen annehmen, dass der Sekretär für die Abgabe dieser Bestätigung zuständig war.

c/ff) Die Rekursgegnerin meint, dass es keinen Sinn ergebe, dass die Rekurrentin ein Grundstück im Gegenwert von Fr. 290'000.- (Steuerwert Fr. 455'000.- minus Grundpfand von Fr. 165'000.-) verschenke, wenn man eine bescheidene AHV-Rente aufbessern müsse. Die Rekurrentin begründete die Transaktion indessen mit ihrer Befürchtung, dass die Bank nach Ablauf der Festschuld die Hypothek kündigen werde, weil bei ihren Vermögens- und Einkommensverhältnissen die Tragbarkeit nicht mehr gegeben sei. Sie habe deshalb eine solche Kündigung durch die Übertragung des Grundstücks inklusive der darauf lastenden Schuld an ihre Söhne verhindern wollen. Ihre Söhne seien ihre künftigen Erben. Die Übertragung sei daher im Sinne eines Erbvorbezugs erfolgt (VG Act. 1, S. 3). Diese Erklärung ist durchaus plausibel und nachvollziehbar. Viele andere Personen mit dem gleichen bescheidenen Einkommen (Fr. 29'278.- tatsächlich fliessendes Einkommen pro Jahr gemäss Steuererklärung, Rek.-Act. 8, S. 2) und einem vergleichbaren Wertschriften- und Barvermögen (rund Fr. 60'000.-, gemäss Steuererklärung, Rek.-Act. 8, S. 4) wie die Rekurrentin hätten in der gleichen Lage wohl ähnlich gehandelt wie sie. Die Transaktion erscheint dem Gericht jedenfalls nicht sinnlos, wie die Rekursgegnerin meint.

c/gg) Die Rekursgegnerin ist mit ihren Einwendungen nach dem Gesagten nicht zu hören. Es ist demnach festzuhalten, dass die Rekurrentin mit der vorbehaltlosen Zusicherung vom 9. Juli 2015 über eine Vertrauensgrundlage im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verfügte.

d) Die Rekurrentin hat gestützt auf diese Vertrauensgrundlage ihr Grundstück am 28. Juli 2015 auf ihre beiden Söhne übertragen. Die Rekurrentin bringt vor, sie hätte das Grundstück nicht oder anders übertragen, hätte sie um die Grundstücksgewinnsteuer gewusst (VG-Act. 1, S. 4). Diese Angaben erscheinen im Lichte der Vermögens- und Einkommensverhältnisse der Rekurrentin ohne weiteres nachvollziehbar und glaubhaft, verbraucht doch die die veranlagte Grundstücksgewinnsteuer von Fr. 44'741.15 rund drei Viertel ihres Wertschriften- und Barvermögens von rund Fr. 60'000.-. Hinzu kommt, dass wohl auch ihre beiden Söhne bei Kenntnis der Grundstücksgewinnsteuer nicht in dieses Geschäft eingewilligt hätten; denn gemäss § 202 Abs. 1 StG haften sie als Käufer solidarisch für die Bezahlung dieser Steuer. Die Rekurrentin könnte die Übertragung freilich wieder rückgängig machen. Dies bedingt jedoch das Einverständnis ihrer Söhne, ist mit Kosten verbunden, schafft die Steuerforderung der Rekursgegnerin nicht ohne weiteres aus der Welt, setzt unter Umständen sogar einen Grund zur Veranlagung einer weiteren Grundstücksgewinnsteuer und löst das Problem der Rekurrentin mit der Hypothekarschuld nicht. Mit anderen Worten hat die Rekurrentin als Folge der Zusicherung eine Disposition getroffen, welche sie nicht mehr einfach rückgängig machen kann. Damit ist eine weitere Voraussetzung zur Anrufung des Vertrauensschutzes erfüllt.

e) Weiter hat auch die relevante Rechts- und Sachlage seit der Ausstellung der Bestätigung keine Änderung erfahren. Insbesondere ist festzustellen, dass die Rekurrentin dem Sekretär der Rekursgegnerin den Entwurf eines Schenkungsvertrags vorgelegt hat und dass die öffentliche Urkunde sämtliche wichtigen Eckwerte dieses Entwurfs enthält. Namentlich war schon dem Entwurf zu entnehmen, dass die Söhne die Hypothekarschuld in der Höhe von Fr. 165'000.- übernehmen würden und dass der Rekurrentin ein Nutzniessungsrecht eingeräumt werden soll.

f) Im vorliegenden Fall überwiegt schliesslich das Interesse am Schutz des Vertrauens in die unrichtige Auskunft das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung. Es wäre der Rekurrentin bei ihren Vermögens- und Einkommensverhältnissen nicht zuzumuten, die Grundstückgewinnsteuer zu bezahlen.

g) Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Voraussetzungen für den Vertrauensschutz erfüllt sind, womit die Rekursgegnerin an die Auskunft in der Bestätigung gebunden ist. Es fällt folglich keine Grundstückgewinnsteuer an, weil diese «aufgeschoben» wird.

(...)

5 b) Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass eine Prüfung in der Sache durchaus zum Resultat führen könnte, dass die Auskunft des Steuersekretärs gar nicht falsch war. Gemäss § 190 Abs. 1 lit. a StG wird die Grundstückgewinnsteuer nämlich in folgenden Fällen aufgeschoben: bei einem Eigentumswechsel durch Erbgang (Erbfolge, Erbteilung, Vermächtnis), bei einem Erbvorbezug oder einer Schenkung. Der Aufschub bewirkt zunächst, dass der Veräusserer keine Grundstückgewinnsteuer zu zahlen hat. Der bis zur Handänderung entstandene Gewinn ist dabei aber weiterhin latent vorhanden und er wird zurückgestellt, bis es zur nächsten steuerbaren Handänderung kommt (Richner / Frei / Kaufmann / Meuter: Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 3. Aufl., Zürich 2013, § 216 N 153). Der die Steuer aufschiebende Schenkungstatbestand kann auch dann erfüllt sein, wenn die Vermögenszuwendung mit einer deutlich tieferen Gegenleistung verbunden ist, das heisst wenn eine gemischte Schenkung vorliegt (Richner / Frei: Kommentar zum Zürcher Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz, Zürich 1996, § 4 N 51). Nach der Praxis im Kanton Zürich kann bei gemischten Schenkungen von Grundstücken dann ein Aufschub der Grundstückgewinnsteuer eintreten, wenn die Parteien den Kaufpreis bewusst unter dem wahren Wert des Grundstücks ansetzten mit dem Willen, die Differenz dem Erwerber unentgeltlich zukommen zu lassen. Vorausgesetzt wird, dass zwischen der Leistung und Gegenleistung ein offensichtliches Missverhältnis gegeben sein muss (vgl. Richner / Frei / Kaufmann / Meuter, a.a.O., § 216 N 193). Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich nimmt dieses Missverhältnis beispielsweise dann an, wenn zwischen dem Verkehrswert und dem Kaufpreis des Grundstücks eine Differenz von mehr als 25 % besteht. In solchen Fällen wird

der Steueraufschub im Kanton Zürich für das ganze Objekt gewährt (StE 2004, B 42.32 Nr. 7 E. 1 c/aa). Das Bundesgericht hat diese im Kanton Zürich angewendete Praxis unter harmonisierungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht beanstandet (BGer 2A.9/2004 vom 21. Februar 2005 E. 4.3). Das Zuger Verwaltungsgericht hat sich bisher noch nicht zur Frage des Aufschubs der Grundstückgewinnsteuer bei gemischten Schenkungen geäußert, und wird sich in diesem Fall aufgrund des klaren Verfahrensausgangs auch nicht dazu äussern müssen. Sollte dies jedoch eines Tages der Fall sein, dürfte dabei die Zürcher Praxis einen wichtigen Anhaltspunkt liefern. Den Stellungnahmen der Rekursgegnerin ist demgegenüber zu entnehmen, dass sie es als richtiger erachtet, sich am System der Kantone Luzern und St. Gallen zu orientieren, wonach die Gegenleistung des Beschenkten in Verbindung zum Anlagewert gesetzt wird (VG-Act. 6, S. 5 f.; Act.-GGSt X. 8). Eine Erfahrungsgruppe aus Vertretern der Grundstückgewinnsteuerkommissionen im Kanton Zug habe sich im Jahr 2004 auf dieses Vorgehen verständigt (Act.-GGSt X. 7). Ein Abstellen auf den Anlagewert scheint dem Gericht in einer vorläufigen Einschätzung indessen weniger sachgerecht und den wirtschaftlichen Realitäten weniger angemessen als eine Orientierung am Verkehrswert. Für Schenkerinnen und Schenker steht im Moment der Schenkung in der Regel nämlich der wahre, aktuelle Wert eines Grundstücks im Vordergrund und nicht der von ihnen in der Vergangenheit entrichtete Kaufpreis. Die Praxis der Rekursgegnerin führt auch dazu, dass in Zeiten stark steigender Grundstückspreise, wie aktuell, eine Grundstückgewinnsteuer bereits bei im Verhältnis zum aktuellen Verkehrswert relativ geringfügigen Gegenleistungen der «gemischt» Beschenkten anfällt. Dies hat der vorliegende Fall exemplarisch gezeigt, wo eine steuerpflichtige Person rund drei Viertel ihres flüssigen Vermögens für die Grundstückgewinnsteuer aufwenden müsste, obwohl der Wert der Gegenleistung der «gemischt» beschenkten Söhne (Schuldübernahme, Einräumung einer Nutznießung) deutlich tiefer als der Verkehrswert des Grundstücks sein dürfte.

(. . .)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. Oktober 2018, A 2017 8  
Das Urteil ist rechtskräftig.

## 5.4 § 33 StG, Art. 35 DBG

### Regeste:

§ 33 Abs. 1 Ziff. 2 StG und Art. 35 Abs. 1 lit. a DBG – Wer Unterhaltszahlungen leistet und diese von den steuerbaren Einkünften abzieht, kann keinen Kinderabzug geltend machen (Erw. 2b/dd).

§ 33 Abs. 3 StG und Art. 35 Abs. 2 DBG – Sozialabzüge, wozu Kinderabzüge zählen, werden nach den Verhältnissen am Ende der Steuerperiode am 31. Dezember festgesetzt (Stichtagsprinzip). Fallen die Voraussetzungen kurz davor weg, wird der Abzug für die ganze Periode verweigert (Erw. 2c).

Fliesst Privatvermögen in einer Steuerperiode zu Unrecht ab und erfolgt der korrigierende Zufluss in einer späteren Periode, ist bei der Steuerveranlagung von einer streng periodenbezogenen Betrachtungsweise abzusehen (Erw. 5c und d).

§ 30 lit. c StG und Art. 33 Abs. 1 lit. c DBG – Leistungen in Erfüllung familienrechtlicher Pflichten innerhalb der bestehenden Familiengemeinschaft gemäss Art. 173 ZGB sind nicht als Unterhaltsbeiträge von den Steuern abziehbar (Erw. 6c/aa).

### Aus dem Sachverhalt:

In der Steuererklärung 2015 machte der steuerpflichtige Vater zweier minderjähriger Kinder nebst einem Abzug von Unterhaltsbeiträgen verschiedene Sozialabzüge geltend, so einen Kinderabzug (Kanton und Bund) sowie einen Kindereigenbetreuungsabzug (Kanton) und einen persönlichen Abzug (Kanton). Anlässlich der definitiven Veranlagung 2015 vom 14. Juni 2017 wurden ihm die Sozialabzüge verweigert. Auf Einsprache hin erhöhte die Steuerverwaltung den Abzug der Unterhaltsbeiträge am 1. Dezember 2017 von Fr. 4'900.– auf Fr. 15'033.–. Die Sozialabzüge wurden weiterhin nicht gewährt. Dagegen reichte der Steuerpflichtige am 27. Dezember 2017 Rekurs bzw. Beschwerde beim Verwaltungsgericht ein und beantragte die Aufhebung des Einspracheentscheids und die Gewährung der Kinderabzüge (Kanton/Bund), des Kindereigenbetreuungsabzugs (Kanton) sowie des persönlichen Abzugs (Kanton). Zur Begründung führte er aus, seit der Geburt seiner beiden Kinder sei er für alle angefallenen Kinderkosten aufgekommen, auch während der Zeit, als er mit der Kindesmutter in gerichtlichen Streitigkeiten verwickelt gewesen sei.

### Aus den Erwägungen:

(...)

2. a) Gemäss § 24 StG werden zur Ermittlung des steuerpflichtigen Reineinkommens von den gesamten steuerbaren Einkünften die zu ihrer Erzielung notwendigen Aufwendungen und allgemeinen Abzüge abgezogen. Zu den allgemeinen Abzügen, die das Steuergesetz unabhängig von der Einkommenshöhe gewährt, gehören gemäss

§ 30 lit. c StG die Unterhaltsbeiträge an den geschiedenen, gerichtlich oder tatsächlich getrennt lebenden Ehepartner sowie die Unterhaltsbeiträge an einen Elternteil für die unter dessen elterlicher Sorge oder Obhut stehenden Kinder, nicht jedoch Leistungen in Erfüllung anderer familienrechtlicher Unterhalts- oder Unterstützungspflichten. Artikel 33 Abs. 1 lit. c DBG enthält eine wörtlich nahezu identische Regelung.

Der Empfänger der Unterhaltsbeiträge hat diese als Einkommen zu versteuern (§ 22 lit. f StG; Art. 23 lit. f DBG), wobei nach dem sogenannten Korrespondenzprinzip der beim Leistenden zum Abzug zugelassene Betrag mit demjenigen übereinstimmen muss, der beim Leistungsempfänger als Einkommen erfasst wird (RICHNER E.A. DBG, a.a.O., Art. 33 N 53; vgl. ferner LOCHER PETER, Kommentar zum DBG, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, 1. Teil, Art. 1–48 DBG, Therwil/Basel 2001, Art. 33 N 39 sowie Art. 23 N 51 m.w.H.).

b/aa) Gemäss § 33 Abs. 1 Ziff. 2 StG kann vom Reineinkommen ein als Sozialabzug konzipierter Kinderabzug abgezogen werden, und zwar für minderjährige unter elterlicher Sorge oder Obhut der steuerpflichtigen Person stehende Kinder oder für volljährige und in der beruflichen Ausbildung stehende Kinder, für deren Unterhalt die steuerpflichtige Person zur Hauptsache aufkommt. Damit ein Kinderabzug geltend gemacht werden kann, muss zwischen der steuerpflichtigen Person und der Person, für deren Unterhalt sie sorgt, ein Kindsverhältnis und damit eine zivilrechtliche Unterhaltsverpflichtung bestehen. Im Falle minderjähriger Kinder gilt ferner, dass die anspruchsberechtigte Person die Kosten des Kinderunterhalts tatsächlich trägt (RICHNER E.A. DBG, a.a.O., Art. 35 N 25). Eine Teilung des Kinderabzugs ist – anders als bei der direkten Bundessteuer – im Kanton Zug nicht vorgesehen (ebenso im Kanton Zürich, siehe RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 3. A., Zürich 2013, § 34 N 28). Der Kinderabzug beträgt vor Teuerungsausgleich für jedes minderjährige Kind unter 15 Jahren grundsätzlich Fr. 11'000.– (§ 33 Abs. 1 Ziff. 2 StG). Infolge des Ausgleichs der kalten Progression gemäss § 45 StG betrug dieser Abzug in der hier interessierenden Steuerperiode pro Kind unter 15 Jahren Fr. 12'000.–.

b/bb) Zwei weitere kantonale Sozialabzüge sind der sogenannte persönliche Abzug sowie der Kindereigenbetreuungsabzug. Gemäss dem in § 33 Abs. 1 Ziff. 1 lit. a StG statuierten persönlichen Abzug können Steuerpflichtige, die in ungetrennter Ehe leben, sowie getrennt lebende, geschiedene, verwitwete oder ledige Steuerpflichtige, die mit Kindern zusammenleben, für die ein Kinderabzug gemäss § 33 Abs. 1 Ziff. 2 StG gewährt wird, einen Abzug vor Teuerungsausgleich von Fr. 13'000.– geltend machen. In der hier interessierenden Steuerperiode betrug dieser Abzug infolge der Teuerungsanpassung (§ 45 StG) Fr. 14'200.–. Schliesslich ermöglicht der Kindereigenbetreuungsabzug nach § 33 Abs. 2 StG für jedes am Ende der Steuerperiode weniger als 15 Jahre alte Kind, für das ein Abzug gemäss § 33 Abs. 1 Ziff. 2 StG geltend gemacht werden kann, einen Abzug vor Teuerungsausgleich von Fr. 6'000.–

für die eigene Betreuung. In der hier interessierenden Steuerperiode betrug der Kindereigenbetreuungsabzug auch unter Berücksichtigung der Teuerungsanpassung Fr. 6'000.–.

b/cc) Im Recht der direkten Bundessteuer kann gemäss Art. 35 Abs. 1 lit. a DBG einen Kinderabzug von Fr. 6'500.– pro Kind geltend machen, wer für den Unterhalt eines minderjährigen oder in der beruflichen oder schulischen Ausbildung stehenden Kindes sorgt. Werden die Eltern getrennt besteuert, so wird der Kinderabzug nach derselben Bestimmung hälftig aufgeteilt, wenn das Kind unter gemeinsamer elterlicher Sorge steht und keine Unterhaltsbeiträge nach Art. 33 Abs. 1 lit. c DBG für das Kind geltend gemacht werden. Der Steuerpflichtige muss für das Kind tatsächlich sorgen. Dies kann an sich sowohl durch eine finanzielle Leistung wie durch persönliche Leistung erfolgen. Bei Art. 35 Abs. 1 lit. a DBG steht indessen die finanzielle Leistung im Vordergrund. Wird der Kinderabzug hälftig aufgeteilt, ist der Umfang der tatsächlichen Unterstützung aber von untergeordneter Bedeutung. Wesentlich ist, dass eine Unterstützung überhaupt erfolgt. Angesichts der vom Gesetzgeber pauschalierten Aufteilung hat keine Gewichtung zwischen den Leistungen beider Elternteile zu erfolgen (BAUMGARTNER/EICHENBERGER, in: Zweifel/Beusch [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer [DBG], 3. Aufl., Basel 2017, Art. 35 N 12 und 12a).

b/dd) Sowohl bei den Kantons- und Gemeindesteuern als auch bei der direkten Bundessteuer ist zu beachten, dass der Kinderabzug nicht gewährt wird, wenn die steuerpflichtige Person Unterhaltszahlungen leistet und diese gestützt auf § 30 lit. c StG bzw. Art. 33 Abs. 1 lit. c DBG von seinen steuerbaren Einkünften abzieht. Diese Person trägt steuerlich betrachtet nämlich keine Kosten des Kindsunterhalts. Dabei wird aus Praktikabilitätsgründen vernachlässigt, dass derjenige, der Unterhaltsbeiträge leistet, darüber hinaus auch noch weitere kinderbedingte Aufwendungen hat (RICHNER E.A. DBG, a.a.O., Art. 35 N 27, mit Hinweisen zur Rechtsprechung des Bundesgerichts; BAUMGARTNER/EICHENBERGER, in: Zweifel/Beusch, a.a.O., Art. 35 N 19a).

c) Nach § 33 Abs. 3 StG und Art. 35 Abs. 2 DBG werden die Sozialabzüge nach den Verhältnissen am Ende der Steuerperiode oder der Steuerpflicht festgesetzt. Unter «Ende der Steuerperiode» wird der 31. Dezember, 24.00 Uhr, verstanden. Fallen die Voraussetzungen für einen Sozialabzug erst kurz vor diesem Termin während der Steuerperiode dahin, ändert dies nichts an der Verweigerung des Abzugs. Umgekehrt wird der Abzug auch dann in vollem Umfang und unabhängig von den tatsächlichen Aufwendungen gewährt, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erst kurz vor dem 31. Dezember eintreten. Es gilt das Stichtagsprinzip (RICHNER E.A., DBG, a.a.O., Art. 35 N 81 f.). Das Stichtagsprinzip stellt das Beispiel einer gesetzlichen Vereinfachung im Rahmen der Steuerveranlagung dar. In der damit verbundenen groben Schematisierung wird ein zulässiges Vorgehen des Gesetzgebers gesehen

(BAUMGARTNER/EICHENBERGER, in: Zweifel/Beusch, a.a.O., Art. 35 N 33a; BGER 2C\_1145/2013 vom 20. September 2014, E. 5.2.2). Eine Ausnahme von diesem Prinzip gibt es allerdings mit Blick auf die Steuerpflicht. Besteht die Steuerpflicht nur während eines Teils der Steuerperiode, werden die Sozialabzüge gemäss § 33 Abs. 4 StG bzw. Art. 35 Abs. 3 DBG lediglich anteilmässig gewährt.

3. Vorliegend ist umstritten und zu prüfen, ob die Rekursgegnerin dem Rekurrenten die oben dargelegten Sozialabzüge (Kinderabzug, persönlicher Abzug, Kindereigenbetreuungsabzug) zu Recht verweigert hat oder nicht. Nachfolgend sind somit zunächst die massgebenden Lebensverhältnisse des Beschwerdeführers und seiner Familie am Ende der relevanten Steuerperiode 2015 (vgl. Erwägung 2c) zu ermitteln.

(. . .)

b) In Würdigung der Aussagen des Rekurrenten, der von der Rekursgegnerin beigebrachten Information der Einwohnergemeinde A und der angeführten Passagen aus den Urteilen des Kantons- und Obergerichts gilt es für das Gericht als erwiesen, dass der Rekurrent in der relevanten Steuerperiode 2015 bis Ende November 2015 zusammen mit seiner Ehefrau und den beiden gemeinsamen Kindern an der B Strasse in A gelebt hatte. Er ist am 1. Dezember 2015 aus der gemeinsamen Wohnung zusammen mit den beiden Kindern an die C Strasse in A gezogen und ist somit im Dezember 2015 alleine für den Unterhalt der Kinder aufgekomen.

c) Da der Rekurrent am 31. Dezember 2015 getrennt von seiner Ehefrau lebte, während des gesamten Jahres 2015 im Kanton Zug steuerpflichtig war, ferner den Unterhalt für seine beiden unter seiner Obhut stehenden unter 15 Jahre alten Kinder im Dezember 2015 alleine bestritt und in den Monaten davor zweifellos ebenfalls massgeblich zum Unterhalt beider Kinder beitrug, erfüllt er mit Blick auf die familiären Umstände am Stichtag die Voraussetzungen zur Geltendmachung des Kinderabzugs nach § 33 Abs. 1 Ziff. 2 StG. Was den Kinderabzug im Recht der direkten Bundessteuer betrifft, so ist festzustellen, dass der Rekurrent und seine Ehefrau in der Steuerperiode 2015 getrennt besteuert wurden (vgl. Rg.-act. 1 und 2). Die Kinder standen aber zu jenem Zeitpunkt nach wie vor unter gemeinsamer elterlicher Sorge, da die Gerichte im Eheschutzverfahren die elterliche Sorge bei beiden belassen und nur die Obhutsfrage regelten (vgl. Rg.-act. 4a, 4b, 4c; VG-Beilage 1). Da der Rekurrent im Jahr 2015 auch tatsächlich für den Unterhalt seiner beiden Kinder gesorgt hat, erfüllt er mit Blick auf die familiären Verhältnisse grundsätzlich die Voraussetzungen zur Geltendmachung des halben Kinderabzugs nach Art. 35 Abs. 1 lit. a DBG. Die beiden Feststellungen bezüglich der Kinderabzüge nach kantonalem Recht und nach dem Recht der direkten Bundessteuer stehen allerdings unter dem Vorbehalt der noch zu klärenden Frage, inwieweit dem Rekurrenten diese Abzüge gleichwohl verweigert werden können, da dieser im Jahr 2015 unbestrittenermas-

sen Beträge an seine Ehefrau leistete, die als Unterhalt für sie und für seine beiden Kinder gedacht waren.

(...)

#### 5. Alimente November/Dezember 2015

a) Unbestritten ist, dass dem Rekurrenten wegen einer Schuldneranweisung nach Art. 177 ZGB im November und Dezember 2015 je Fr. 2'450.- vom Lohn abgezogen wurden (vgl. die Lohnabrechnungen, Rg.-act. 1, Beilagen zur Steuererklärung). Der Abzug fusst auf dem Urteil des Obergerichts Z2 2014 38 vom 14. Januar 2015 (Rg.-act. 4b). Darin teilte das Obergericht die Obhut über die Kinder der Mutter zu, verpflichtete den Rekurrenten zum Auszug aus der ehelichen Wohnung und zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen an die Ehefrau ab Aufhebung des gemeinsamen Haushalts (Rg.-act. 4b, S 18, Ziff. 1.2, 1.3 und 1.5). Tatsächlich zogen die Kinder dann aber mit ihrem Vater mit um, anstatt – im Sinne des Obergerichts – bei ihrer Mutter wohnen zu bleiben (vgl. Erwägung 3b hiervor). Das führte dazu, dass der Rekurrent via Lohnpfändung gewissermassen automatisch Unterhaltsbeiträge für die Kinder an die Kindesmutter bezahlte, obgleich er die Obhut faktisch innehatte und nicht die Mutter. Mit anderen Worten bezahlte der Rekurrent für die Lebenshaltungskosten der Kinder eine Zeit lang doppelt: einmal faktisch, einmal unfreiwillig via Lohnpfändung. Mit Entscheid des Kantonsgerichts ES 2015 687 vom 26. Februar 2016 stellte der Eheschutzrichter die beiden Kinder unter die elterliche Obhut des Rekurrenten (VG-Beilage 4, S. 3, Ziff. 1.3) und vollzog somit rechtlich nach, was seit Dezember 2015 gelebt wurde. Ausserdem entzog er den Lohnabzügen die Rechtsgrundlage (VG-Beilage 4, S. 3, Ziff. 1.5) und berechnete den Rekurrenten zur Verrechnung des entsprechenden Betrags mit offenen Forderungen der Kindesmutter gegen ihn (VG-Beilage 4, S. 3 f., Ziff. 1.5).

b) Die Einbusse des Rekurrenten durch die ungerechtfertigten Lohnabzüge im November und Dezember 2015 wurden durch die im folgenden Jahr erteilte «Berechtigung zur Verrechnung» eines Betrags in Höhe der Lohnabzüge mit offenen Forderungen der Kindesmutter gegen den Rekurrenten gewissermassen «neutralisiert». Ungeachtet dessen qualifizierte die Rekursgegnerin in einer rein periodenbezogenen Betrachtungsweise die ungerechtfertigten Lohnabzüge als abziehbare Unterhaltsbeiträge. Es fragt sich, ob zu Unrecht geleistete Unterhaltsbeiträge, die in der folgenden Steuerperiode zurückerstattet werden (Verrechnung), überhaupt als abziehbare Unterhaltsbeiträge angesehen werden dürfen.

c) In einem Fachbeitrag aus dem Jahr 2004 untersuchte der anerkannte Steuerrechtsexperte Markus Reich die steuerrechtlichen Auswirkungen ungerechtfertigt bezogener Leistungen, deren Rückerstattung erst in einer späteren Steuerperiode erfolgt (REICH MARKUS, Die ungerechtfertigte Bereicherung und andere rechts-

grundlose Vermögensübergänge im Einkommenssteuerrecht, FStR 2004, S. 3 ff.). Als Fazit hielt er Folgendes fest:

«Das Periodizitätsprinzip ist als technisches Prinzip dem Leistungsfähigkeitsprinzip untergeordnet. Einschränkungen des Grundsatzes der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sind auf das durch die Abgrenzungsfunktion des Periodizitätsprinzips Erforderliche zu beschränken und müssen sich klar und deutlich aus den gesetzlichen Bestimmungen ergeben. (. . .) Eine streng periodenbezogene Betrachtungsweise würde im Privatvermögensbereich zu einer nicht leistungsfähigkeitskonformen, verfassungswidrigen Besteuerung führen, da die spätere Rückerstattung steuerrechtlich nicht abziehbar ist. Die Rückerstattung hat in keiner Art und Weise Gewinnungskostencharakter und kann auch nicht im Rahmen der allgemeinen Abzüge, die harmonisierungsrechtlich abschliessend aufgeführt sind, abgezogen werden. Auch gibt es steuerrechtlich kein negatives Einkommen. Aus diesen Gründen muss eine tatsächliche erfolgte Rückerstattung eines ungerechtfertigten Vermögenszugangs steuerlich im Privatvermögensbereich generell – unabhängig vom Wissensstand in der Zuflussperiode – berücksichtigt werden. Der spätere korrelierende Vermögensabgang neutralisiert den Zugang. Die strenge Periodenbetrachtung ist weder nach dem Wortlaut noch nach dem Sinn der Steuergesetze geboten. Das «Behaltendürfen» bildet ein zentrales Tatbestandsmerkmal der Einkommensbildung. Spiegelbildlich präsentieren sich die Steuerfolgen auf Seiten desjenigen, der zunächst durch den Vermögensabgang beeinträchtigt wurde. Dass ein rechtsgrundloser Vermögensabgang beim Beeinträchtigten im Privatvermögensbereich nicht zu einer Steuererminderung führt, ist unbestritten. Ebenso klar ist, dass eine zwar unerwartete, aber tatsächlich erfolgte Rückerstattung eines ungerechtfertigten Vermögensabgangs nicht zu steuerbarem Einkommen führt. Auch hier wird der Rückabwicklung einer rechtsgrundlosen Übereignung von Vermögenswerten in einer periodenübergreifenden Betrachtungsweise der Einkommenscharakter aberkannt“ (REICH, a.a.O., S. 18 f).

d) Die Ansicht von Markus Reich überzeugt. Im vorliegenden – den Privatvermögensbereich betreffenden – Fall ist mithin auf eine periodenübergreifende Betrachtungsweise abzustellen. Abzulehnen ist hingegen die von der Rekursgegnerin vorgenommene periodenbezogene Beurteilung; denn sie würde dazu führen, dass die Ehefrau des Rekurrenten im Jahr 2015 aufgrund des Korrespondenzprinzips (vgl. Erwägung 2a hiervor) die zu Unrecht erhaltenen Unterhaltsbeiträge als Einkommen zu versteuern hätte, während sie den via Verrechnung im Jahr 2016 erfolgten Vermögensabgang («Rückzahlung» der zu Unrecht erhaltenen Unterhaltsbeiträge) in der Steuerperiode 2016 nicht einkommensmindernd würde geltend machen können. Dies deshalb, da Rückerstattungen keinen Gewinnungskostencharakter haben und in den Steuergesetzen auch nicht im abschliessenden Katalog der allgemeinen Abzüge aufgeführt sind. Gleichzeitig könnte der Rekurrent die bezahlten Unterhaltsbeiträge in der Steuerperiode 2015 zwar vom steuerbaren Einkommen abziehen. Im Jahr 2016

würde ihm die Rückerstattung aber wieder als Einkommen angerechnet. Durch die periodenbezogene Beurteilung würde somit im Jahr 2016 das Korrespondenzprinzip verletzt und eine Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit namentlich bei der Ehefrau verhindert. Richtig kann somit nur sein, die im Jahr 2015 zu Unrecht erfolgten Vermögenszuflüsse und -abflüsse in einer periodenübergreifenden Betrachtungsweise neutralisierend zu berücksichtigen. Dies bedeutet bezogen auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt, dass die vom Rekurrenten im Jahr 2015 via Lohnpfändung rechtsgrundlos geleisteten Unterhaltszahlungen von Fr. 4'900.– in der Steuerperiode 2015 nicht zu einer Steuerminderung führen dürfen. Sie sind daher nicht zum Abzug zugelassen. Nebenbei bemerkt führt dieses Resultat auch dazu, dass die im Jahr 2016 erfolgte Rückerstattung infolge Verrechnung das steuerbare Einkommen des Rekurrenten in der Steuerperiode 2016 konsequenterweise nicht erhöhen darf. Vorliegend ist die Steuerperiode 2016 jedoch nicht Gegenstand des Rechtsstreits, so dass sich Weiterungen dazu erübrigen.

#### 6. Unterhaltsbeiträge 2014

a) Im Einspracheentscheid schreibt die Rekursgegnerin, dass sie nebst den Lohnabzügen im 2015 gestützt auf eine interne Meldung einen zusätzlichen Abzug für Unterhaltsbeiträge in der Höhe von insgesamt Fr. 10'133.– gewähre. Es handle sich hierbei um Unterhaltsbeiträge für das Jahr 2014, welche die Kindesmutter jedoch erst im Jahr 2015 erhalten habe (Rg.-act. 4, S. 3).

b) Was die interne Meldung genau beinhaltete und wie die Rekursgegnerin den Betrag von Fr. 10'133.– ermittelte, ist nicht ersichtlich. Die Meldung bezieht sich wohl auf das Urteil des Kantonsgerichts ES 2013 665 vom 17. Juli 2014. Darin wurde der Rekurrent gestützt auf Art. 173 ZGB verpflichtet, seiner Ehefrau mit Wirkung ab dem 1. Dezember 2013 bis zu deren Auszug aus der ehelichen Wohnung in Cham an den Unterhalt der Familie einen monatlichen Betrag von CHF 735.– zu bezahlen (Rg.-act. 4a, S. 9, Ziff. 7.1 und S. 17, Ziff. 3.1). Artikel 173 ZGB ist eine eher selten gebrauchte Bestimmung zur Regelung von Verständigungskrisen der Ehegatten über ihre Geldleistungspflicht bei – wie es der Randtitel «während des Zusammenlebens» vermuten lässt – bestehender häuslicher Gemeinschaft (vgl. ISENRING/KESSLER, Kommentar zu Art. 173 ZGB, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 5. Auflage 2014, Art. 173 N 1).

(...)

c/bb) Der Rechtsgrund der vom Rekurrenten angeblich im Jahr 2015 für die Zeit im Jahr 2014 geleisteten Fr. 10'133.– liegt nicht in der am 17. Juli 2014 erstmals gerichtlich ausgesprochenen Trennung. Vielmehr handelt es sich hierbei um Leistungen innerhalb der bestehenden Familiengemeinschaft, die der Rekurrent bis zum Vollzug der tatsächlichen Trennung (Auszug der Ehefrau) an seine Ehefrau zu zahlen hatte.

Die Eheleute wohnten indessen seit diesem Urteil bis Ende November 2015 nach wie vor zusammen. Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen stellen die Fr. 10'133.- entgegen der Ansicht der Rekursgegnerin somit keine Unterhaltsbeiträge i.S.v. § 30 lit. c StG bzw. Art. 33 Abs. 1 lit. c DBG dar. Sie sind daher nicht zum Steuerabzug zugelassen.

#### 7. Krankenkassenprämien 2015 Kinder

a) In der Duplik schreibt die Rekursgegnerin, mit den Replikbeilagen 3–6 und den Rekursbeilagen sei ihres Erachtens der Nachweis erbracht, dass die Krankenkassenprämien der Kinder von je Fr. 1'029.55 in der hier massgeblichen Steuerperiode 2015 vom Rekurrenten bezahlt worden seien und es sich um abziehbare Unterhaltsbeiträge im Sinne von § 30 lit. c StG bzw. Art. 33 Abs. 1 lit. c DBG handle. Von den geleisteten Beiträgen sei jedoch die Prämienverbilligung für die Kinder von je Fr. 468.- abzuziehen. Somit seien die Unterhaltsbeiträge um Fr. 1'123.10 zu erhöhen (VG-act. 9, S. 2, Ziff. 3a)

b) Der Rekurrent lebte in der relevanten Steuerperiode bis Ende November 2015 mit seiner Ehefrau und den beiden gemeinsamen Kindern zusammen. Leistungen in Erfüllung familienrechtlicher Pflichten innerhalb der bestehenden Familiengemeinschaft können nicht vom steuerbaren Einkommen abgezogen werden (Erwägung 6c/aa). Dazu zählen zweifelsohne auch die bis zur Trennung Ende November/Anfang Dezember 2015 bezahlten Krankenkassenprämien der Kinder. Ab dem Zeitpunkt der Trennung lebte der Rekurrent zusammen mit seinen Kindern in einer eigenen Wohnung. Aus den Akten ergibt sich, dass die Prämien stets vom Privatkonto des Rekurrenten aus bezahlt worden sind. Die ab der Trennung bis zum Ende der Steuerperiode bezahlten Prämien stellen daher keine abziehbaren Unterhaltsbeiträge dar. Denn sie wurden nicht an den geschiedenen, gerichtlich oder tatsächlich getrennt lebenden Eheteil bzw. an einen Elternteil für die unter dessen elterlicher Sorge oder Obhut stehenden Kinder geleistet. Entgegen der Auffassung der Parteien liess die Rekursgegnerin mithin die im 2015 vom Rekurrenten bezahlten Krankenkassenprämien der Kinder zu Unrecht zum Abzug zu.

8. a) Aus dem Dargelegten ergibt sich, dass die Rekursgegnerin unter dem Titel «Unterhaltszahlungen» im Jahr 2015 alle Positionen zu Unrecht zum Abzug zugelassen hat. Dem Rekurrenten sind im Vergleich zur Einschätzung im Einspracheverfahren somit Unterhaltsabzüge in der Höhe von Fr. 15'033.- aufzurechnen und der Antrag der Rekursgegnerin auf eine weitere Erhöhung um Fr. 1'123.- ist abzuweisen.

b) Hat der Rekurrent in der Steuerperiode 2015 keine Unterhaltsbeiträge im Sinne von § 30 lit. c StG und Art. 33 Abs. 1 lit. c DBG geleistet, erfüllt er aber am Stichtag sonst alle weiteren Voraussetzungen zur Geltendmachung des Kinderabzugs nach § 33 Abs. 1 Ziff. 2 StG bzw. des halben Kinderabzugs nach Art. 35 Abs. 1 lit. a

DBG (Erwägung 3c), so sind ihm diese Abzüge für die Steuerperiode 2015 auch zu gewähren. Da der Rekurrent am Stichtag von seiner Ehefrau getrennt zusammen mit seinen Kindern lebte und den Kinderabzug nach kantonalem Recht beanspruchen kann, ist ihm zusätzlich der persönliche Abzug von § 33 Abs. 1 Ziff. 1 lit. a StG zu gewähren. Da die beiden Kinder am Stichtag weniger als 15 Jahre alt waren, steht ihm schliesslich auch der Kindereigenbetreuungsabzug von § 33 Abs. 2 StG für jedes Kind zu. Die Steuerveranlagung ist entsprechend zu korrigieren.

9. Bei getrennt lebenden steuerpflichtigen Personen, die allein mit eigenen Kindern im gleichen Haushalt zusammenleben und deren Unterhalt zur Hauptsache bestreiten, gelangen die Tarife nach § 35 Abs. 2 StG bzw. Art. 36 Abs. 2 i.V.m. Art. 36 Abs. 2bis DBG zur Anwendung und nicht die Grundtarife nach § 35 Abs. 1 StG bzw. Art. 36 Abs. 1 DBG. Massgebend für die Bestimmung der Tarife sind – wie bei den Sozialabzügen (vgl. Erwägung 2c) – die Verhältnisse am Ende der Steuerperiode, also der 31. Dezember 2015 (RICHNER E.A., DBG, a.a.O., Art. 36 N 16; BGer 2C\_1145/2013 vom 20. September 2014 E. 2.3). Der Rekurrent lebte am Ende der Steuerperiode 2015 getrennt von seiner Ehefrau zusammen mit seinen beiden Kindern im gleichen Haushalt und bestritt deren Unterhalt. Bei der Berechnung der Einkommenssteuer sind bei ihm deshalb nicht die Grundtarife anzuwenden, sondern die so genannten «Tarife für Mehrpersonenhaushalte» (BAUMGARTNER/EICHENBERGER, in: Zweifel/Beusch, a.a.O., Art. 36 N 34a) nach § 35 Abs. 2 StG bzw. Art. 36 Abs. 2 DBG i.V.m. Art. 36 Abs. 2bis DBG. Auch in diesem Punkt ist die Steuerveranlagung zu korrigieren.

(. . .)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. Oktober 2018, A 2017 18  
Das Urteil ist rechtskräftig.

## 6. Verfahrensrecht

### 6.1 § 76 Ziff. 2 VRG, § 3 Abs. 3 EG ZGB, § 3 Verordnung über die amtliche Schätzung

#### **Regeste:**

§ 76 Ziff. 2 VRG, § 3 Abs. 3 EG ZGB, § 3 Verordnung über die amtliche Schätzung – Erstellt die Schätzungskommission eine Schätzung im Rahmen eines Steuerveranlagungsverfahrens, kann der Schätzungsentscheid nicht direkt beim Verwaltungsgericht angefochten werden (Erw. 4). Will ein Steuerpflichtiger das Schätzungsergebnis anfechten, hat er seine Rechte im steuerrechtlichen Einsprache- und Rekursverfahren geltend zu machen (Erw. 4). Die Schätzungskommission hat bei ihren ausserhalb der sachlichen Bereiche des PBG und des ZGB erfolgten Schätzungen in ihren Einspracheentscheiden inskünftig die Rechtsmittelbelehrung zu unterlassen (Erw. 5).

### **Aus dem Sachverhalt:**

Am 28. September 2016 meldete C. die Liegenschaft GS Nr. X in E. auf Anweisung der kantonalen Steuerverwaltung zwecks Festsetzung der Erbschaftssteuer zur amtlichen Schätzung an. Am 2. Dezember 2016 stellte die Schätzungskommission dem Auftraggeber den Schätzungsbericht zu, worin sie als Verkehrswert für die Liegenschaft Fr. \_\_\_ einsetzte. Dagegen reichte C. Einsprache ein. Mit Entscheid vom 18. Januar 2017 wies die Schätzungskommission die Einsprache ab. Gegen diesen Einspracheentscheid liess C. am 17. Februar 2017 Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen.

### **Aus den Erwägungen:**

1. a) Im Schätzungsbericht (...) vom 2. Dezember 2016 legte die Schätzungskommission Zug den Verkehrswert der Liegenschaft GS Nr. X in E. auf Fr. \_\_\_ fest. (...) In der Rechtsmittelbelehrung wies sie auf die Möglichkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug hin. (...)

b) Als Adressat des angefochtenen Entscheids ist C. fraglos gemäss § 62 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 1. April 1976 (VRG, BGS 162.1) zur Beschwerdeerhebung legitimiert; er ist durch den Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung und Änderung. Seine Beschwerde wurde fristgerecht eingereicht und entspricht den übrigen Formerfordernissen (§§ 64 und 65 VRG). Es stellt sich jedoch die Frage, ob das Zuger Verwaltungsgericht sachlich zuständig ist, die vorliegende Beschwerde zu prüfen. Dazu Folgendes:

2. a) Als Grundsatz regelt § 61 Abs. 1 Ziff. 1 VRG, dass gegen Verwaltungsentscheide unterer kantonalen Verwaltungsbehörden die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zulässig ist, soweit sich ihre Entscheide auf Bundesrecht stützen und die Gesetzgebung keinen Weiterzug an den Regierungsrat oder das Bundesverwaltungsgericht vorsieht. Gemäss § 76 VRG beurteilt das Verwaltungsgericht letztinstanzlich Streitigkeiten vorwiegend vermögensrechtlicher Art nach kantonalem Recht, insbesondere Beschwerden gegen Entscheide der Schätzungskommission nach dem Planungs- und Baugesetz (Ziff. 2). Gemäss § 67 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 26. November 1998 (PBG, BGS 721.11) richtet sich der Rechtsschutz in Planungs- und Bausachen nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz. Die Entscheide der Schätzungskommission (7. und 8. Abschnitt) unterliegen der Beschwerde an das Verwaltungsgericht, wobei für Zwischenentscheide eine Beschwerdefrist von 20 Tagen gilt (§ 67 Abs. 2 lit. e PBG). Letztere Bestimmung korrespondiert abgesehen vom Hinweis in der Klammer mit § 76 Ziff. 2 VRG. Der 7. Abschnitt des PBG enthält Bestimmungen betreffend Landumlegung und Grenzberichtigung und der 8. Abschnitt regelt die Voraussetzungen und Wirkungen der (formellen und materiellen) Enteignung. Weiter unterliegen gestützt auf § 3 Abs. 3 des Gesetzes betref-

find die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches für den Kanton Zug vom 17. August 1911 (EG ZGB, BGS 211.1), in der seit dem 17. November 2001 geltenden Fassung, Einspracheentscheide der Schätzungskommission der Beschwerde an das Verwaltungsgericht. Weitere explizite gesetzliche Regelungen zur Anfechtung von Entscheiden der Schätzungskommission gibt es im kantonalen Recht nicht.

b) Mit § 3 EG ZGB wurde auf kantonaler Ebene das in Art. 618 des schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) verlangte amtliche Schätzungsverfahren eingeführt, welches in denjenigen Fällen angeordnet wird, wenn sich die Erben nicht über den Anrechnungswert von Grundstücken einigen können. Gestützt darauf erliess der Regierungsrat die Verordnung über die amtliche Schätzung vom 3. Dezember 2002 (BGS 215.14). Sie regelt in § 1 die Grundzüge der Organisation und des Verfahrens der amtlichen Schätzung von Liegenschaftswerten im privaten Rechtsverkehr nach Zivilgesetzbuch und bäuerlichem Bodenrecht (lit. a); die Schätzung auf Grund von Verfügungen des Landwirtschaftsamts oder im Auftrag des Grundbuch- und Vermessungsamts, von Gerichten und Betreibungsämtern (lit. b); und die Voraussetzungen, unter denen in Rechtsgebieten, wo das Gesetz keine amtliche Schätzung vorsieht, die Schätzungskommission eine amtliche Schätzung vornehmen kann (lit. c). Im streitigen und nichtstreitigen Verfahren können Parteien im gegenseitigen Einvernehmen eine amtliche Schätzung auch dann verlangen, wenn das Gesetz eine solche nicht vorsieht (§ 3 der Verordnung). Eine Expertenschätzung kann als amtliche Schätzung eröffnet werden, wenn die Schätzung nach den verbindlichen Grundlagen gemäss § 2 (so u.a. Einhalten von Standesregeln und Vorgaben der Fachverbände) und den Parteien das rechtliche Gehör gemäss § 3 (so u.a. Teilnahme am Schätzungsaugenschein, Einsicht in Unterlagen) vorgenommen wurde und die Parteien über die Schätzungsmethode orientiert wurden.

c) Gemäss § 1 Abs. 2 des Steuergesetzes vom 25. Mai 2000 (BGS 632.1) erhebt der Kanton eine Erbschafts- und Schenkungssteuer gemäss den §§ 172 ff., deren Ertrag den Einwohnergemeinden zufällt. Für deren Steuerbemessung bedarf es einer Bewertung des übergehenden Vermögens (§ 178 StG). Für die Bewertung sind gemäss § 178 Abs. 2 StG die §§ 39 ff. unter Vorbehalten sinngemäss anwendbar. So müssen Grundstücke, für die keine Schätzung vorliegt oder deren letzte Schätzung mehr als vier Jahre zurückliegt, neu bewertet werden (§ 178 Abs. 2 lit. a StG). Gemäss § 42 Abs. 1 StG (Bewertung – Grundstücke) entspricht der Steuerwert von Grundstücken dem Verkehrswert. Dabei ist der Ertragswert angemessen zu berücksichtigen. Die Verordnung zum Steuergesetz von 30. Januar 2001 (BGS 632.11) verlangt in § 20, dass bei der Bestimmung des Verkehrswertes von Grundstücken die besonderen Verhältnisse der betreffenden Gegend und der Ertragswert angemessen zu berücksichtigen sind. Als Ertragswert gilt dabei in der Regel der mit 6 bis 8 Prozent kapitalisierte Bruttoertrag der Liegenschaft. Alter und baulicher Zustand des Objekts sind angemessen zu berücksichtigen.

Die Wegleitung Immobilienbesteuerung der Steuerverwaltung der Kantons Zug (Stand Oktober 2013) – Liegenschaften, Festsetzung der Vermögenssteuer und Eigenmietwerte ab Steuerperiode 2002 bzw. 2001 – hält allgemein unter Ziffer 1 fest, dass ihre Ausführungen zur Festsetzung der Werte als Richtlinien gälten und in der Regel anzuwenden seien. Bei Vorliegen von Besonderheiten (Bauart, Ausstattung oder Umgebung, Villen oder Liebhaverobjekte) oder bei unrealistischen Ergebnissen könne davon abgewichen werden. Gemäss Ziff. 10 der Wegleitung können neuere amtliche Schätzungen oder Schätzungen nach anerkannten Grundsätzen der Liegenschaftenschätzungen als Entscheidungshilfe für die Festlegung der Steuer- und Mietwerte dienen.

3. Im vorliegenden Fall ersuchte der Beschwerdeführer am 28. September 2016 die Schätzungskommission mit der Schätzung seiner Liegenschaft GS Nr. X mittels des von ihr herausgegebenen «Formulars für die Anmeldung einer amtlichen Schätzung» (vgl. dazu § 13 der Geschäftsordnung für die Schätzungskommission vom 19. April 2012, BGS 162.32). Als Grund für sein Begehren kreuzte er das im Formular vorgegebene Feld «hoheitlich (Auf Anweisung einer kantonalen Amtsstelle)» an, da die Schätzung von der kantonalen Steuerverwaltung zur Festsetzung der Erbschaftssteuer verlangt werde. Am 8. November 2016 führten der Präsident und ein Mitglied der Schätzungskommission zusammen mit dem Beschwerdeführer beim Schätzungsobjekt einen Augenschein durch und erstellten daraufhin am 2. Dezember 2016 den Schätzungsbericht. Das Deckblatt des Schätzungsberichts enthält den Verweis «Amtliche Schätzung nicht landwirtschaftlicher Grundstücke, Privates Interesse, § 3 Abs. 2 Bst. d EG ZGB, § 3 Verordnung über die amtliche Schätzung». In der Rechtsmittelbelehrung wird auf die Möglichkeit der schriftlichen Einsprache an die Schätzungskommission verwiesen.

4. In Würdigung der vorliegenden Sach- und Rechtslage ist vorab festzuhalten, dass sich die Möglichkeit der Beschwerde an das Verwaltungsgericht nicht aus § 61 Abs. 1 Ziff. 1 VRG ableiten lässt, da die direkte Beschwerde gegen Entscheide unterer kantonalen Behörden nur dann gegeben ist, wenn sich ihre Entscheide auf Bundesrecht abstützen. Das ist hier offensichtlich nicht der Fall. Bezweckt wurde mit der Schätzung einzig, im Rahmen des Steuerveranlagungsverfahrens eine Bewertungsgrundlage für die nur auf kantonalem Recht basierende Erbschaftssteuer zu erlangen. Auch ergibt sich die Beschwerdemöglichkeit nicht aufgrund § 3 Abs. 3 EG ZGB, hat diese Schätzung doch ihre (bundesrechtliche) Grundlage in Art. 618 ZGB (womit gleichzeitig auch die Voraussetzung von § 61 Abs. 1 Ziff. 1 VRG erfüllt ist). Das VRG hält zwar in § 76 Ziff. 2 in allgemeiner Weise fest, dass es Beschwerden gegen Entscheide der Schätzungskommission nach dem PBG letztinstanzlich beurteilt. Daraus lässt sich aber nicht ableiten, dass sämtliche Entscheide der Kommission unmittelbar beim Verwaltungsgericht angefochten werden können, da – wie oben ausgeführt – die Schätzungskommission des Kantons Zug auch ausserhalb

des Bereiches des PBG amtliche Schätzungen erstellt. Damit besteht keine formalrechtliche Grundlage für die direkte Beschwerde an das Verwaltungsgericht.

Eine Ausweitung auf die direkte Beschwerde an das Verwaltungsgericht gegen alle Entscheide der Kommission rechtfertigt sich aber auch aus sachlichen Gründen nicht. Das Zuger Steuergesetz gibt der Steuerverwaltung keine gesetzliche Grundlage oder einen Auftrag, in Bewertungsfragen eine «amtliche Schätzung» anzuordnen. Im vorliegenden Fall könnte überdies der Schätzungsbericht auch nicht gestützt auf § 11 der Verordnung über die amtliche Schätzung als amtliche Schätzung eröffnet werden, wurde die Steuerverwaltung gemäss den Akten offenkundig nicht in das Schätzungsverfahren einbezogen. Die Steuerverwaltung kann im Rahmen der Mitwirkungspflicht des Steuerpflichtigen verlangen, dass die notwendigen Bemessungs- und Bewertungsgrundlagen der zu besteuern den Vermögenswerte (neu) zu erstellen bzw. vorzulegen sind. Betreffend Grundstücke stellt die Schätzung der Zuger Schätzungskommission dazu eine Möglichkeit nebst anderen denkbaren Nachweisen des Wertes (aktuelle private fachkundige Schätzungen, aktuelle Werte von vergleichbaren Grundstücken etc.) dar. Anders aber als in Schätzungsverfahren gestützt auf das PBG oder auf das ZGB, bei welchen die (rechtskräftigen) Schätzungsergebnisse für beide Parteien verbindlich gelten, bilden Schätzungen, unabhängig von wem sie getätigt wurden, im Steuerveranlagungsverfahren für die Steuerbehörde bloss, aber immerhin Entscheidungshilfen. Die Steuerverwaltung ist und bleibt befugt, nach den spezifischen steuerrechtlichen Bestimmungen und ihrer gehandhabten Praxis die Vermögenswerte abweichend von einer Expertise zu veranlagern. Ist der Steuerpflichtige mit den zugrunde gelegten Vermögenswerten nicht einverstanden, kann (und muss) er seine Rechte im steuerrechtlichen Einsprache- bzw. im Rekursverfahren beim Verwaltungsgericht geltend machen. Zusammenfassend muss sich somit ergeben, dass im Rahmen des Steuerveranlagungsverfahrens eingereichte Schätzungen ähnlich wie im Verwaltungsverfahren erhobene Gutachten zu würdigen sind, die grundsätzlich in materieller Hinsicht nicht eigenständig anfechtbar sind. Würde anders entschieden, hätte dies zur Folge, dass die Schätzungen, sei es sofort oder erst nach gerichtlicher Beurteilung, für den Steuerpflichtigen aber auch die Steuerverwaltung in Rechtskraft erwüchsen und für beide Beteiligten Pflicht und Recht daraus resultierte, die Steuerveranlagung darauf zu stützen. Indem der Grundstückeigentümer den Schätzungsbericht nicht selbstständig anfechten kann, erleidet er im Übrigen keinen Nachteil, da ihm im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens in der Steuerangelegenheit die umfassende gerichtliche Überprüfung der Veranlagung bzw. der darauf basierenden Faktoren verbleibt.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Rechtsmittelbelehrung der Schätzungskommission nicht korrekt war. Entsprechend erging auch der Einspracheentscheid zu Unrecht und zeitigt damit keine Rechtswirkung. Die Schätzungskommission wird daher an dieser Stelle darauf hingewiesen, inskünftig bei ihren ausserhalb der sachlichen Bereiche des PBG und des ZGB erfolgten Schätzungen in ihren Einsprache-

entscheiden die Rechtsmittelbelehrung zu unterlassen. Solche Schätzungen dürften in aller Regel als Gutachten dienen und innerhalb eines zwischen den Parteien bestehenden Grundverhältnisses allenfalls einer richterlichen Prüfung unterzogen werden können. Aufgrund des Dargelegten kann somit auf die Beschwerde von C. aus Zuständigkeitsgründen nicht eingetreten werden.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 29. Mai 2018, V 2017 23  
Das Urteil ist rechtskräftig.

## 7. Kindes- und Erwachsenenschutz

### 7.1 Art. 363 Abs. 2 und 3 ZGB

#### **Regeste:**

Art. 363 Abs. 2 und 3 ZGB – Bei der Validierung eines Vorsorgeauftrags muss die Höhe der Mandatsentschädigung konkret bestimmbar sein (Erw. 3.6).

#### **Aus dem Sachverhalt:**

Die verwitwete A. liess am 30. Oktober 2015 einen Vorsorgeauftrag gemäss Art. 360 bis 369 ZGB öffentlich beurkunden. Als vorsorgebeauftragte Personen setzte sie für die Personensorge ihre Tochter C. und für die Vermögenssorge ihren Sohn B. ein. Mit Gefährdungsmeldung vom 26. Januar 2017 teilte B. der KESB mit, dass seine Mutter A. am 10. Juli 2015 einen Stolpersturz erlitten und in der Folge eine Implantation einer inversen Schulterprothese links gehabt habe. Mithilfe der Spitex und der Nachbarsfrauen könne sie den Haushalt noch besorgen. Sie leide an einer beginnenden demenziellen Entwicklung. Nach der Einholung eines ärztlichen Berichts, der Anhörung von A. und den beiden designierten Vorsorgebeauftragten stellte die KESB mit Entscheid vom 2. Mai 2017 fest, dass der am 30. Oktober 2015 beurkundete Vorsorgeauftrag gestützt auf Art. 363 Abs. 2 und 3 ZGB gültig errichtet worden sei und erklärte diesen für wirksam. Sie ernannte C. zur vorsorgebeauftragten Person für die Personensorge und B. zur vorsorgebeauftragten Person für die Vermögenssorge. Den Vorsorgebeauftragten seien die notwendigen Auslagen zu ersetzen. Für ihren zeitlichen Aufwand hätten sie Anspruch auf eine übliche Entschädigung. Gegen diesen Entscheid der KESB reichte B. am 27. Mai 2017 beim Verwaltungsgericht Beschwerde ein und beantragte unter anderem, die KESB sei anzuweisen, die Höhe der Entschädigung der Beauftragten konkret festzuhalten. Mit Vernehmlassung vom 29. Juni 2017 beantragte die KESB die Abweisung der Beschwerde.

## Aus den Erwägungen:

(...)

3.2 Nach Art. 366 Abs. 1 ZGB legt die Erwachsenenschutzbehörde eine angemessene Entschädigung fest, wenn der Vorsorgeauftrag keine Anordnung über die Entschädigung der beauftragten Person enthält und wenn dies mit Rücksicht auf den Umfang der Aufgaben als gerechtfertigt erscheint oder wenn die Leistungen der beauftragten Person üblicherweise entgeltlich sind. Nach Abs. 2 der Bestimmung werden die Entschädigung und die notwendigen Spesen der auftraggebenden Person belastet. Der Beschwerdeführer ist sinngemäss der Ansicht, Art. 366 ZGB sei unter anderem immer dann anwendbar, wenn sich die konkrete Höhe der geschuldeten Entschädigung nicht aus dem Vorsorgeauftrag ergebe. Mithin habe die KESB mittels Auslegung auch die konkrete Höhe der üblichen Entschädigung im vorliegenden Fall festzulegen. Die KESB hingegen argumentiert sinngemäss, es sei mit Art. 366 ZGB vereinbar, die konkrete Höhe der gemäss Vorsorgeauftrag vom 30. Oktober 2015 geschuldeten Entschädigung durch den Beschwerdeführer mittels Auslegung ermitteln zu lassen.

3.3 Der KESB ist zunächst darin zuzustimmen, dass sie nur dann nach Art. 366 ZGB eine Entschädigung festlegen soll, wenn der Vorsorgeauftrag keine oder nur eine lückenhafte Regelung diesbezüglich enthält (FamKomm Erwachsenenschutz-Geiser, Art. 366 ZGB N 6). Insofern sollte die KESB in der Tat nur zurückhaltend eine Regelung der Entschädigung vornehmen (siehe Geiser, a.a.O., Art. 366 ZGB N 13). Gleichwohl dürfen diese Überlegungen nicht dazu führen, dass die KESB ihrem Schutzauftrag i.S.v. Art. 368 ZGB, der Beseitigung von Gefährdungen der Interessen der betroffenen Person, nicht mehr nachkommt. Eine solche Gefährdung liegt namentlich potentiell dann vor, wenn die beauftragte Person in einer Angelegenheit Interessen hat, die denen der betroffenen Person widersprechen (Art. 365 Abs. 2 ZGB). Bei Interessenkollision entfallen von Gesetzes wegen die Befugnisse der beauftragten Person (Art. 365 Abs. 3 ZGB). Wenn nun aber dem Beschwerdeführer als einer der beiden beauftragten Personen die Kompetenz eingeräumt wird, den auslegungsbedürftigen Begriff der «üblichen Entschädigung» selbst zu konkretisieren, besteht die Gefahr eines Interessenkonflikts. Diese Gefahr ist umso grösser, als in der Lehre keine vollständige Einigkeit darüber besteht, welche Faktoren bei der Bemessung einer üblichen Vergütung im Rahmen eines Vorsorgeauftrags relevant sein können (siehe Hinweise bei Rumo-Jungo, a.a.O., Art. 366 N 5). Obwohl ein Interessenkonflikt zwar dann nicht zwingend eine Benachrichtigungspflicht nach Art. 365 Abs. 2 ZGB auslöst, wenn der Konflikt von der auftraggebenden Person bewusst in Kauf genommen worden ist (siehe dazu Rumo-Jungo, a.a.O., Art. 365 N 23), sollte die Gefahr durch einen solchen Interessenkonflikt nicht unterschätzt werden. Dass ein solcher bewusst in Kauf genommen worden ist, ergibt sich vorliegend nicht zwingend aus der blossen Formulierung der einen Klausel im Vorsorgeauftrag. Vielmehr

bräuchte es hier zusätzliche Elemente, die es nahelegten, dass die Vorsorgeauftraggeberin die Kompetenz zur Festlegung der Entschädigung bewusst den beiden Vorsorgebeauftragten hat erteilen wollen und damit einen Interessenkonflikt akzeptiert hat. Solche können aber beispielsweise auch dem Gesprächsprotokoll der Anhörung vom 6. April 2017 nicht entnommen werden, sodass nicht hinreichend Indizien für eine Inkaufnahme eines Interessenkonflikts vorhanden sind. Zu beachten ist zudem, dass die Vorsorgeauftraggebende in ihrem Vorsorgeauftrag zwei Personen mit je verschiedenen Aufgaben beauftragt hat, was einen Einfluss auf die jeweilige Entschädigungshöhe haben könnte. Da die Vorsorgeauftraggebende im Vorsorgeauftrag lediglich den Grundsatz der Entschädigung ohne ausreichende Bemessungskriterien festgehalten und der Beschwerdeführer die KESB mit einer schlüssigen und nachvollziehbaren Begründung um die Festlegung der Entschädigungshöhe ersucht hat, hat die KESB eine angemessene Entschädigungsregelung zu treffen. Sie kann jedoch bei der vorsorgebeauftragten Person einen Vorschlag zur Entschädigungsregelung einholen (Kurzkommentar-ZGB-Langenegger, Art. 366 N 2). Insofern kann sich die KESB durchaus der Erfahrung des Beschwerdeführers in der Vorsorge- und Finanzberatung bedienen, selbst wenn einzig der KESB selbst die Kompetenz zur Festlegung der Entschädigungshöhe zukommt.

3.4 Eine konkrete Festlegung der üblichen Entschädigung durch die KESB ist auch vor dem Hintergrund weiterer möglicher Entwicklungen sinnvoll. Zusätzlich zu den Ausführungen in Erwägung 3.3 und der dort festgehaltenen Notwendigkeit eines Handelns der KESB ist nämlich zu berücksichtigen, dass ein jetziges Tätigwerden der KESB geeignet ist, allfällige spätere behördliche Interventionen zu vermeiden, was schliesslich auch im Sinne der gesetzlich angestrebten Selbstbestimmung ist. Vorliegend ist namentlich zu beachten, dass die Vorsorgebeauftragte ihre beiden Kinder als beauftragte Personen eingesetzt hat. Sollte nun der Beschwerdeführer die Kompetenz haben, seine Entschädigung selber festzulegen, besteht, nicht zuletzt auch wegen der nicht vollständig klaren Bewertungskriterien, die Gefahr, dass dadurch Familienkonflikte entstehen, die wiederum einen KESB-Entscheid erforderlich machen könnten. Ein Indiz hierfür ist die im Rahmen der Anhörung vom 6. April 2017 getätigte Äusserung des Beschwerdeführers, dass bei den Geschwistern Emotionen über die Art der Ausübung des Mandats vorhanden seien und es einen Klärungsbedarf aufgrund der finanziellen Situation gebe. Zudem besteht für den Beschwerdeführer die Gefahr einer Haftung nach Art. 456 ZGB, sollte die selbständige Festlegung der Entschädigung als ein Verstoß gegen das Verbot von Interessenkonflikten bzw. die Treuepflicht beurteilt werden. Es überrascht denn auch nicht, dass der Beschwerdeführer, welcher gemäss der unwidersprochenen Darstellung der KESB in der Vorsorge- und Finanzberatung erfahren ist, sie um die Festlegung der Entschädigung bittet. Damit riskiert er zwar, dass die Entschädigung geringer ausfällt, als wenn er sie selber festlegen könnte, doch sieht er sich durch den angestrebten behördlichen Entscheid nicht dem Vorwurf einer Treuepflichtverletzung ausgesetzt. Dieses vorsichtige Vorgehen des Beschwerdeführers deutet gerade dar-

auf hin, dass er die soeben beschriebenen Konflikte vermeiden möchte, was ihm nicht zum Nachteil gereichen soll.

3.5 An der Anhörung vom 6. April 2017 wies der Beschwerdeführer darauf hin, er habe bisher die ganze Tätigkeit zugunsten seiner Mutter gratis geleistet. Man könne dies aber auch anders regeln. Entgegen der Ansicht der KESB soll diese Aussage nicht zu seinen Ungunsten interpretiert werden. Vernünftigerweise kann sie nicht dahingehend verstanden werden, dass der Beschwerdeführer der Ansicht sei, die Entschädigungsfragen seien hinreichend im Vorsorgeauftrag geregelt. Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb für die Frage, ob der Vorsorgeauftrag betreffend die Entschädigung lückenhaft sei, auf einzelne Äusserungen des Beschwerdeführers abzustellen sein sollte. Vielmehr ist eine Auslegung des Vorsorgeauftrags selbst vorzunehmen und zwar, solange der Vorsorgeauftrag noch nicht angenommen worden und/oder präventiv um dessen Auslegung ersucht worden ist, nach dem Willensprinzip (Rumo-Jungo, a.a.O., Art. 364 N 7 ff.). Dabei kann es nicht auf Äusserungen des Beschwerdeführers ankommen.

3.6 Das Argument der KESB, wonach es schwierig sei, die Entschädigung bereits im Voraus festzulegen, vermag an den obigen Ausführungen nichts zu ändern. So kann die KESB die Entschädigung durch generelle Faktoren wie Stundensätze oder andere Richtlinien hinreichend bestimmen (siehe Geiser, a.a.O., Art. 366 ZGB N 10 f.), ohne jedes spezifische Detail entscheiden zu müssen. Des Weiteren besteht im Bedarfsfall die Möglichkeit einer Anpassung an veränderte Verhältnisse (Rumo-Jungo, a.a.O., Art. 366 N 5). Nicht erforderlich hingegen ist eine Bestimmung der notwendigen Auslagen. Wie die KESB zu Recht ausführt, sollten die notwendigen Auslagen bzw. Spesen jeweils ohne Weiteres, z. B. gestützt auf entsprechende Belege, klar ausgewiesen und geltend gemacht werden können. Demnach ergibt sich, dass die Bestimmung der üblichen Entschädigung für die beauftragten Personen durch die KESB nicht nur zulässig, sondern auch erforderlich ist. Insofern ist der Antrag des Beschwerdeführers, die KESB sei anzuweisen, die Höhe der Entschädigung der Beauftragten konkret festzuhalten, gutzuheissen.

(...)

5. Zusammenfassend bleibt mithin festzuhalten, dass sich die Beschwerde insofern als begründet erweist, als Ziff. 5 des angefochtenen Entscheids aufzuheben und die vorliegende Angelegenheit zur Neuformulierung und Festlegung der Höhe der Entschädigung der Vorsorgebeauftragten an die KESB zurückzuweisen ist. Die KESB hat insbesondere auch zu prüfen, ob die unterschiedlichen Aufgabenbereiche der Vorsorgebeauftragten eine unterschiedliche Entschädigungshöhe erfordern oder nicht.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 24. Mai 2018, F 2017 26  
Das Urteil ist rechtskräftig.

**7.2 Art. 134 Abs. 4 ZBG i.V.m Art. 274 Abs. 2 ZGB**

**Regeste:**

Art. 134 Abs. 4 ZBG i.V.m Art. 274 Abs. 2 ZGB – Lehnt ein urteilsfähiges Kind den Umgang mit einem Elternteil kategorisch ab, so ist dieser aus Gründen des Kindeswohls auszuschliessen (Erw. 4.1).

Sistierung des Besuchsrechts im vorliegenden Fall als mildestmögliche Massnahme (Erw. 4.3).

**Aus dem Sachverhalt:**

A., Jahrgang 2006, gemeinsame Tochter der ehemals miteinander verheirateten B. und C. lebt bei ihrer Mutter C., welche auch die elterliche Sorge inne hat. Es besteht eine Besuchsrechtsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB. Am 8. März 2016 informierte der Beistand die KESB darüber, dass sich A. weigere, den Kindsvater B. zu sehen. Am 23. Mai 2016 und am 29. Juni 2016 liess die Kindsmutter C. bei der KESB unter anderem die Sistierung des Besuchsrechts auf unbestimmte Zeit beantragen. Nach der Durchführung einer forensisch-psychiatrischen Begutachtung von A. sistierte die KESB am 16. August 2017 gestützt auf Art. 134 Abs. 4 ZBG i.V.m. Art. 274 Abs. 2 ZGB bis auf Weiteres das Besuchsrecht zwischen B. und seiner Tochter A. Die Aufgaben des Beistands änderte die KESB dahingehend ab, als er den Kindsvater künftig mit den für ihn notwendigen Informationen über seine Tochter zu versorgen habe, soweit er diese nicht selber beschaffen könne. Gegen diesen Entscheid der KESB reichte B. am 23. August 2017 beim Verwaltungsgericht Beschwerde ein und beantragte dessen Aufhebung. Demgegenüber beantragten sowohl die KESB als auch C. die Abweisung der Beschwerde.

**Aus den Erwägungen:**

(...)

4. Umstritten und zu prüfen ist die Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit der Sistierung des Besuchsrechts zwischen A. und ihrem Vater für die Wahrung des Kindeswohls.

4.1 Nach Art. 133 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2 ZGB beachtet das Gericht bei der Regelung des persönlichen Verkehrs (Art. 273 ZGB) alle für das Kindeswohl wichtigen Umstände und berücksichtigt dabei unter anderem – soweit tunlich – die Meinung des Kindes. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Kindeswille für die Regelung des Besuchsrechts von herausragender Bedeutung. Der Wunsch des

Kindes bei der Frage der Regelung des Besuchsrechts muss berücksichtigt werden, namentlich wenn es sich aufgrund des Alters und der Entwicklung des Kindes um einen gefestigten Entschluss handelt (BGE 124 III 90, 92, Erw. 3b). Nicht nur bei der Ausgestaltung des Besuchsrechts im Einzelnen ist der Kindeswille zu berücksichtigen, sondern vor allem auch bei der Frage, ob überhaupt Besuche stattfinden sollen (BGE 127 III 295 Erw. 2 ff.). Lehnt ein urteilsfähiges Kind den Umgang kategorisch ab, so ist dieser aus Gründen des Kindeswohls auszuschliessen, weil ein gegen den starken Widerstand erzwungener Besuchskontakt mit dem Zweck des Umgangsrechts im Allgemeinen ebenso unvereinbar ist wie mit dem Persönlichkeitsrecht des Kindes (Urteil des Bundesgerichts vom 3. Januar 2006, 5C.250/2005, Erw. 3.2.1). Beruht die Weigerungshaltung auf eigenem Erleben des Kindes, beispielsweise von familiärer Gewalt, oder auf einem unlösbaren Loyalitätskonflikt, so darf sie nicht einfach übergangen werden (vgl. auch Basler Kommentar ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 273 N 11).

4.2 Zu prüfen ist das Vorliegen einer Kindwohlgefährdung von A. In diesem Zusammenhang ist auch ihr Wille hinsichtlich der Sistierung des Besuchsrechts zu ermitteln und zu klären, inwieweit darauf abzustellen ist.

(. . .)

4.2.2 Es bleibt mithin festzuhalten, dass A. mehrmals – entweder alleine oder in Anwesenheit ihrer Mutter – angehört worden ist. Sie brachte in stetiger und in sich schlüssiger Weise deutlich und unmissverständlich zum Ausdruck, dass und warum sie vor ihrem Vater Angst habe sowie dass sie ihn zur Zeit nicht mehr sehen wolle. Die Ängste von A. gegenüber ihrem Vater beruhen nach der Ansicht der Psychiater Dres. D. und E. vorwiegend auf ihren eigenen Erfahrungen und eigener Meinungsbildung und weniger auf einem Einwirken der Mutter. Lediglich im Zusammenhang mit den finanziellen Auseinandersetzungen der Kindseltern sei eine manipulative Beeinflussung der Kindsmutter wahrscheinlich. Im Lichte der in Erwägung 4.1 vorstehend zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung und Literatur darf der Wille von A. nicht einfach übergangen werden. Angesichts ihres Alters (Jahrgang 2006) ist sie nämlich wohl unbestrittenermassen hinsichtlich des persönlichen Verkehrs mit ihrem Vater als urteilsfähig zu betrachten. Des Weiteren ist unter Verweis auf die zahlreichen Anhörungen und auf ihre Ausführungen gegenüber den Gutachtern von einem gefestigten Entschluss von A. auszugehen. An dieser Beurteilung vermag auch der Einwand des Beschwerdeführers, wonach A. bei der Begutachtung im Triaplust-KJ von ihrer Mutter begleitet worden sei und aus diesem Grund nicht unbeeinflusst habe Auskunft geben können, nichts zu ändern. Es ist nämlich zu beachten, dass A. auch am 15. Juni 2015 gegenüber der Scheidungsrichterin und am 1. März 2016 gegenüber der KESB, jeweils in Abwesenheit ihrer Mutter, stets inhaltlich identische und in sich schlüssige Aussagen gemacht hat. Zum Thema Gefährdung des Kindeswohls bleibt zusammenfassend festzuhalten, dass A. betreffend die

Frage der Sistierung des Besuchsrechts als urteilsfähig zu betrachten ist und dass sie eine Sistierung eindeutig und unmissverständlich befürwortet. Des Weiteren beruht ihre Weigerungshaltung auf ihrem eigenen Erleben des Verhaltens ihres Vaters ihr und anderen Personen (insbesondere ihrer Mutter) gegenüber. Zu beachten ist zudem, dass A. seitens ihres Vaters wahrscheinlich auch häusliche Gewalt und verschiedenartige Drohungen miterleben musste und dass sie sich in einem unlöslichen Loyalitätskonflikt befindet. Schliesslich bejahte auch der ehemalige Schulleiter das Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung. Der vom Beschwerdeführer auf A. und auf ihre Mutter ausgeübte Druck betreffend Wiederaufnahme des persönlichen Verkehrs ist immens. Wie hoch dieser Druck sein muss, vermag ansatzweise der Umstand zu verdeutlichen, dass die Kindsmutter und A. an einen dem Beschwerdeführer unbekanntem Ort weggezogen sind und gegen ihn eine Auskunftssperre erwirkt haben. Lediglich der Vollständigkeit halber bleibt an dieser Stelle auf die KESB-Unterlagen zu verweisen, denen ein mehrfaches aggressives, lautes und zum Teil bedrohliches Verhalten des Beschwerdeführers an den Anhörungen zu entnehmen ist. Durch sein Verhalten bestätigt der Beschwerdeführer die diesbezüglichen Aussagen von A. und ihrer Mutter auf eindrückliche und beängstigende Weise. Es bleibt mithin festzuhalten, dass das Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung von A. zu bejahen ist.

4.3 Zu prüfen ist des Weiteren, ob die von der KESB angeordnete Sistierung des Besuchsrechts erforderlich ist und ob es sich dabei um die mildest mögliche Massnahme handelt.

Seit 2015 sind die Kontakte zwischen dem Beschwerdeführer und A. unterbrochen. Im Rahmen der Scheidung wurden angesichts der bereits damals vorhandenen Weigerung von A., ihren Vater zu sehen, in Nachachtung des Subsidiaritätsprinzips vorerst begleitete Besuchstage verfügt und eine Besuchsrechtsbeistandschaft errichtet. Alle Versuche des Beistands, Besuche aufzugleisen, scheiterten an der Verweigerungshaltung von A. Daran vermochten auch diverse Gespräche nichts zu ändern. Aus diesen Gründen und auch angesichts der Zerstrittenheit der Kindseltern ist eine Kindeswohlkonforme Ausübung des Besuchsrechts zwischen Beschwerdeführer und A. derzeit nicht möglich. In dieser Situation gibt es drei Möglichkeiten: Durchsetzung eines allfälligen Besuchsrechts mit Zwangsmassnahmen und gegen den ausdrücklichen Willen von A., eine Sistierung oder eine Aufhebung des Besuchsrechts. Der Umstand, dass A. wiederholt ihre Ängste geäussert hat und diese aufgrund der Ausführungen des forensisch-psychiatrischen Gutachtens aufgrund eigener Erfahrungen entstanden sind, ist zentral für die Entscheidung, ob Besuche gegen ihren ausdrücklichen Willen zwangsweise durchgesetzt werden sollen oder nicht. Ein gegen ihren starken Widerstand erzwungener Besuchskontakt wäre in Nachachtung der in Erwägung 4.1 vorstehend zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung und Literatur sowohl mit dem Zweck des Umgangsrechts im Allgemeinen als auch mit ihrem Persönlichkeitsrecht unvereinbar und wird vom Beschwerdeführer berechtigterweise auch gar nicht beantragt. Die Sistierung des Besuchsrechts stellt die mildere

Massnahme als dessen Aufhebung dar, sodass diese Lösung das Gebot der Verhältnismässigkeit wahrt. Es ist zudem nicht zu beanstanden, dass die KESB keine Befristung der Sistierung angeordnet hat, da dadurch wiederum ein dem Kindeswohl widersprechender Druck auf A. aufgebaut würde. Die KESB hat in regelmässigen Abständen zu prüfen, ob die Sistierung des Besuchsrechts nach wie vor notwendig und verhältnismässig ist. Es ist daher festzuhalten, dass die von der KESB angeordnete Sistierung des Besuchsrechts zurzeit erforderlich ist und dass es sich dabei auch um die mildest mögliche Massnahme handelt. Die Beschwerde erweist sich als diesbezüglich unbegründet.

(. . .)

6. Zusammenfassend und in Berücksichtigung aller Aspekte bleibt festzuhalten, dass der Beschwerdeführer jegliche angstausslösende Verhaltensweise gegenüber A. bestreitet. Es steht ausser Frage, dass er alles Mögliche getan hat, um einen Kontakt zu seiner Tochter aufzubauen und sie sehen zu können. Dennoch verkennt er vorliegend, dass er aufgrund seiner aufbrausenden und fordernden Art ihre Bedürfnisse nicht wahrnehmen kann und sie somit nachvollziehbar mit Rückzug reagiert. Durch Druck kann kein Vertrauensverhältnis aufgebaut werden. Durch sein Verhalten gegenüber der KESB und dem Verwaltungsgericht bestätigt er zudem die diesbezüglichen Aussagen von A. und ihrer Mutter auf eindrückliche und beängstigende Weise. Die Verweigerungshaltung von A. ist als autonomer Kindeswille zu betrachten und vor allem auch angesichts ihres Alters (Jahrgang 2006) entsprechend zu würdigen und zu berücksichtigen. Eine zwangsweise Durchsetzung des Besuchsrechts widerspräche wohl unbestrittenermassen dem Kindeswohl, sodass die Sistierung desselben gestützt auf Art. 134 Abs. 4 ZGB i.V.m. Art. 274 Abs. 2 ZGB bis zu einer Beruhigung der Situation als notwendig und auch als die mildest mögliche Massnahme zur Wahrung des Kindeswohls von A. erscheint. Die Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit der angeordneten Kindesschutzmassnahme ist zudem in regelmässigen Abständen von der KESB zu überprüfen. Es ist dabei gerechtfertigt, dass die KESB auf die zeitliche Festlegung der Sistierung verzichtet hat, um einen allfälligen dadurch entstehenden erneuten und dem Kindeswohl widersprechenden Druck auf A. zu vermeiden. Der Entscheid der KESB vom 16. August 2017 ist jedenfalls in Berücksichtigung aller Aspekte zu Recht ergangen; die Beschwerde erweist sich mithin als unbegründet und muss vollumfänglich abgewiesen werden.

(. . .)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. April 2018, F 2017 40  
Das Urteil ist rechtskräftig.

## 8. Polizeirecht

### 8.1 Art. 4 und 5 Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen

#### **Regeste:**

Art. 4 und 5 Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen – Die Verfügung eines Rayonverbots für die maximal zulässige Dauer von drei Jahren gegen eine u.a. wegen mehrfachen Landfriedensbruchs sowie mehrfachen Verstosses gegen das Konkordat über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen verurteilte Person, von der eine sehr grosse Rückfallgefahr ausgeht, widerspricht nicht dem Grundrecht auf Bewegungsfreiheit (Erw. 6c und 6d).

#### **Aus dem Sachverhalt:**

A. griff am 10. März 2018 vor dem Eishockeyspiel EVZ gegen den C.-Club zusammen mit einer verummten Gruppe von jungen Männern das Pub Mr. Pickwick in Zug an. Dabei warf eine verummte Person einen brennenden Rauch- und Brandkörper ins Innere des Lokals, während andere Mitglieder der Gruppe beim Pickwick Gartenstühle behändigten und damit Fenster- und Türscheiben des Pickwicks einschlugen. Nachdem die EVZ Fans nicht wie erhofft aus dem Pub heraustraten, flüchtete die Gruppierung vom Tatort.

Mit Verfügung vom 26. März 2018 sprach die Zuger Polizei gegen A. ein Rayonverbot aus und untersagte ihm in der Zeit vom 10. März 2018 bis 9. März 2021 bei sämtlichen Eishockeyspielen des C.-Clubs und sämtlichen Fussballspielen des Y.-Clubs das Betreten der Rayons am Austragungsort sowie das Verweilen darin. Weiter wurde ihm das Betreten der Rayons im Kanton Zug untersagt. Präzisierend wird in der Verfügung festgehalten, dass das Rayonverbot jeweils vier Stunden vor Spielbeginn beginne und vier Stunden nach Spielende ende. Für die Nichtbeachtung des Rayonverbots wurden strafrechtliche Folgen gemäss Art. 292 des StGB angedroht. A. wehrt sich mit seiner Beschwerde insbesondere gegen die Dauer des Rayonverbots.

#### **Aus den Erwägungen:**

(...)

3a) Gemäss Art. 4 Abs. 1 des Konkordats kann einer Person, die sich anlässlich von Sportveranstaltungen nachweislich an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beteiligt hat, der Aufenthalt in einem genau umschriebenen Gebiet im Umfeld von Sportveranstaltungen (Rayon) zu bestimmten Zeiten verboten werden. Die zuständige Behörde bestimmt, für welche Rayons das Verbot gilt. Dabei wird das

Rayonverbot für eine Dauer bis zu drei Jahren verfügt und kann Rayons in der ganzen Schweiz umfassen (Art. 4 Abs. 2 des Konkordats).

(...)

6b) Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismässigkeit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass Rayonverbote geeignet sind, Personen, von denen Gewalttätigkeiten ausgehen könnten, sowohl vom Umkreis der Stadien als auch von den Bahnhöfen und Örtlichkeiten, welche zur Hin- bzw. Rückfahrt benutzt werden, fernzuhalten. Damit wird in effizienter Weise verhindert, dass die betroffenen Personen in jene Gebiete gelangen, wo es erfahrungsgemäss besonders häufig zu Gewalttätigkeiten kommt (BGE 137 I 31 Erw. 6.5). Das gegenüber dem Beschwerdeführer angeordnete Rayonverbot ist somit geeignet, die friedliche Durchführung grosser Sportanlässe zu ermöglichen, indem einerseits spezialpräventiv eine erneute Widerhandlung durch den Beschwerdeführer selbst verhindert und andererseits generalpräventiv andere Teilnehmer von der Nachahmung abgehalten werden.

c) Wie bereits festgehalten, muss die Verwaltungsmassnahme im Hinblick auf das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel erforderlich sein und darf in persönlicher, sachlicher, zeitlicher und räumlicher Hinsicht nicht weiter gehen, als es der polizeiliche Zweck erfordert.

aa) Da sich das Rayonverbot direkt gegen den Beschwerdeführer richtet, der durch sein Verhalten die öffentliche Sicherheit und Ordnung gestört und gefährdet hat, reicht dieses in persönlicher Hinsicht nicht über das angestrebte Ziel hinaus.

bb) In zeitlicher Hinsicht dürfen Massnahmen nur so lange dauern, als es notwendig ist, um das damit angestrebte Ziel zu erreichen. Das Rayonverbot wurde vorliegend für die Dauer vom 10. März 2018 bis 9. März 2021 jeweils für vier Stunden vor Spielbeginn bis vier Stunden nach Spielende ausgesprochen. Diesbezüglich ist zunächst auf Art. 4 Abs. 2 des Konkordats zu verweisen, wonach das Rayonverbot für eine Dauer von bis zu drei Jahren verfügt werden kann. Dementsprechend hat die Beschwerdegegnerin vorliegend die nach dem Konkordat zulässige Maximaldauer ausgeschöpft. Das Bundesgericht hält zur Maximaldauer eines Rayonverbots in BGE 140 I 2 Erw. 11.2.2 fest, eine solche Dauer erscheine namentlich vor dem Hintergrund, dass Rayonverbote neu Rayons in der ganzen Schweiz umfassen könnten, als sehr lang. Es dürfte jedoch nicht geradezu ausgeschlossen sein, dass ein dreijähriges Rayonverbot bei einschlägig bekannten Personen notwendig und verhältnismässig sein könne, um der Gewalt bei Sportveranstaltungen wirksam vorzubeugen. Um die Maximaldauer von drei Jahren auszusprechen, dürften also wiederholte Widerhandlungen im Sinne von Art. 2 des Konkordats vorausgesetzt werden. Wie die Beschwerdegegnerin korrekterweise darauf hingewiesen hat, sind sodann die Empfehlungen über die praktische Umsetzung von Massnahmen des Konkordates über

Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen durch die Polizeikorps der Konferenz der Kantonalen Polizeikommandanten (KKPKS) vom 27. Oktober 2016 zu berücksichtigen. Im Anhang findet sich dabei ein Katalog der Massnahmen-Dauer, wobei für das vorliegend beanzeigte Delikt des Landfriedensbruch ein Rayonverbot für die Dauer von zwei Jahren (bzw. für Anführer 2 1/2 Jahren) empfohlen wird. Massgebend sind jedoch stets die konkreten Umstände einschliesslich der Schwere des begangenen Gewaltakts.

Was den vorliegenden Fall anbelangt, ist zunächst zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer rechtskräftig wegen einer Anlasstat im Sinne von Art. 2 Abs. 1 des Konkordats verurteilt wurde, weshalb bereits deshalb von einem grossen öffentlichen Interesse am Erlass eines Rayonverbots auszugehen ist. Dem rechtskräftigen Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Zug vom 7. Juni 2018 ist zu entnehmen, dass am Nachmittag des 10. März 2018 rund 50 Mitglieder der Hooligan-Gruppierung «B.» – darunter auch der Beschwerdeführer – den Entschluss fassten, gemeinsam nach Zug zu fahren, um mit Fans des EVZ beim Restaurant Pickwick eine körperliche Auseinandersetzung zu suchen. Nachdem mögliche Angriffsrouten auf Strassenkarten markiert waren, begaben sich ungefähr zwei Dutzend Personen mit mehreren Privatautos nach Zug, wobei ein Auto vom Beschwerdeführer gelenkt wurde. In unmittelbarer Nähe des Pickwicks bereitete man sich auf den Angriff auf sich im Pickwick befindende Anhänger des EVZ vor, indem einige der Hooligans – darunter auch der Beschwerdeführer – sich vermummten sowie mit Zahnschutz und Boxbandagen ausrüsteten. Anschliessend stürmte die Gruppe – darunter auch der Beschwerdeführer – um 17.56 Uhr geschlossen auf das Pickwick zu, wobei ein Mitglied der Gruppe mit der Absicht, die sich im Pickwick aufhaltenden Personen ins Freie zu treiben, eine Rauchpetarde ins Pickwick warf. Andere Mitglieder der Gruppe behändigten beim Pickwick Gartenstühle und schlugen damit Fenster- und Türscheiben ein. Weil die Tür des Pickwicks von innen zugehalten wurde und keine Personen ins Freie traten, flüchtete die Gruppierung. Schliesslich konnte das Auto, welches der Beschwerdeführer lenkte, in Baar durch die Zuger Polizei angehalten werden. Durch die Gewalteinwirkungen entstand ein Sachschaden in Höhe von ca. Fr. 10'000.-. Angesichts dessen wurde der Beschwerdeführer unter anderem des Landfriedensbruchs gemäss Art. 260 Abs. 1 StGB schuldig gesprochen. Aufgrund der im Rahmen des Landfriedensbruchs tangierten Rechtsgüter (Gefährdung von Leib und Leben, Sachbeschädigung) ist von einem erhöhten öffentlichen Interesse auszugehen. Insbesondere ist mit der Beschwerdegegnerin darauf hinzuweisen, dass die mit den anderen Hooligans gebildete öffentliche Zusammenrottung nicht nur gegen Sachen, sondern auch gegen Personen gewaltsam vorging, indem durch eine eingeschlagene Fensterscheibe eine brennende Rauchpetarde ins Innere des Pickwicks geworfen wurde. Angesichts dessen ist nicht von der Hand zu weisen, dass die öffentliche Sicherheit erheblich gefährdet wurde. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer zusätzlich zum Landfriedensbruch wegen weiterer Delikte (Verstoss gegen das Vermummungsverbot und Widerhandlung gegen das Be-

tübungsmittelgesetz) schuldig gesprochen wurde. Sodann kann die Vermummung im konkreten Zusammenhang nicht anders denn als Mittel gewertet werden, die strafrechtliche Verfolgung des Verhaltens zu erschweren. Des Weiteren ist mit der Beschwerdegegnerin festzustellen, dass der Beschwerdeführer bereits in der Vergangenheit negativ im Zusammenhang mit Gewalttätigkeiten anlässlich von Sportveranstaltungen aufgefallen ist – 29. September 2013 Mitführen von Pyrotechnik und 25. Mai 2015 Zugehörigkeit gewaltausübender Mob, Vermummung, Verlassen der von der Polizei vorgegebenen Route (Landfriedensbruch, Vermummungsverbot) – und ihm deswegen bereits zweimal ein Rayonverbot (6 Monate 1 Rayon bzw. 2 Jahre 9 Rayons) sowie ein gesamtschweizerisches Stadionverbot für drei Jahre auferlegt wurden. Aus dem entsprechenden HOOGAN-Auszug vom 16. Mai 2018 geht zudem hervor, dass der Beschwerdeführer bereits zweimal gegen ein Stadionverbot verstossen hat (29. April 2017 und 13. August 2017). Der Beschwerdeführer hat somit wiederholt gegen Art. 2 des Konkordats verstossen, sodass bei ihm sicherlich von einer einschlägig bekannten Person gesprochen werden kann. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers spricht demnach auch das bereits zitierte Bundesgerichtsurteil (BGE 140 I Erw. 11.2.2) nicht gegen eine Ausdehnung des Rayonverbots auf die Maximaldauer. Diesbezüglich ist der Beschwerdeführer sodann darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung, wonach ein dreijähriges Rayonverbot nur gegen eigentliche Rädelsführer ausgesprochen werden darf, überholt ist. Aufgrund des Verhaltens des Beschwerdeführers und den entsprechenden Einträgen in der HOOGAN-Datenbank ist die Gefahr, dass sich der Beschwerdeführer erneut an Zusammenrottungen beteiligt, welche zu Ausschreitungen führen und er somit anlässlich einer Sportveranstaltung erneut Landfriedensbruch begeht, somit als sehr hoch einzustufen. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass er bereits am 25. Mai 2015 anlässlich des Spiels zwischen dem FC X. und dem FC Y. als Teil der öffentlichen Zusammenrottung der FC-Y.-Fans gegen Menschen und Sachen Gewalttätigkeiten ausübte und dass er sich dabei aktiv, vermummt und mit einer Fahnenstange ausgerüstet zu den X.-Fans begab. In Anbetracht des grossen Gefährdungspotenzials des Beschwerdeführers erscheint die Auferlegung des Rayonverbots für die Dauer von drei Jahren somit als erforderlich. Zwar war der Beschwerdeführer beim Vorfall vom 10. März 2018 nicht aktiv an Gewalttätigkeiten beteiligt. Nachdem es beim Beschwerdeführer aber bereits wiederholt zu Widerhandlungen gegen das Konkordat gekommen ist, beim Beschwerdeführer somit von einer sehr grossen Rückfallgefahr auszugehen ist, dass er sich anlässlich einer Sportveranstaltung erneut einer Zusammenrottung anschliesst und Landfriedensbruch begeht, und im Rahmen des am 10. März 2018 begangenen Landfriedensbruchs eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben bestanden hat sowie ein beträchtlicher Sachschaden entstanden ist, erweist sich die Anordnung eines Rayonverbots für die maximal zulässige Dauer von drei Jahren als verhältnismässig.

Das Gleiche gilt auch in Bezug auf die Sperrzeit von vier Stunden vor Spielbeginn bis vier Stunden nach Spielende. Nach Ansicht des Bundesgerichts steht ausser

Frage, dass ein gewisser Zeitraum von einigen Stunden vor und nach den Spielen abgedeckt werden muss, um das Ziel der Gewaltprävention zu erreichen (BGE 140 I 2 Erw. 7.2). Die Beschwerdegegnerin hat in diesem Zusammenhang auf die Stadionöffnung zwei Stunden vor Spielbeginn, die Zeitspanne davor, welche vor allem durch Risikofans zur Umsetzung ihrer Vorbereitungsaktionen genutzt wird, sowie die Zeit der Stadionentleerung und eine allfällige diesbezügliche Verlängerung sowie auf die Teilnahme an Rückmärschen verwiesen. Die Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren (KKJPD) empfiehlt denn auch eine Dauer von vier Stunden vor Spielbeginn bis vier Stunden nach Spielende (vgl. Ziff. 2.3.7 der Empfehlungen über die Umsetzung von Massnahmen des Konkordates über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen, Änderung vom 2. Februar 2012, verabschiedet am 31. Januar 2014). Die Beschwerdegegnerin hat sich somit an diese Empfehlung gehalten und sich im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens bewegt. Das Rayonverbot erweist sich dementsprechend auch bezogen auf die Dauer am Spieltag als verhältnismässig.

cc) In räumlicher Hinsicht umfasst das Verbot die Rayons am Austragungsort sämtlicher Eishockeyspiele des C.-Clubs und sämtlicher Fussballspiele des Y.-Clubs sowie die Rayons im Kanton Zug. Die Ausdehnung auf die Rayons jener Spielstätten, in denen der C.-Club und der Y.-Club Spiele austragen, ist mit Blick darauf, dass der Beschwerdeführer offensichtlich ein grosser C.- sowie Y.-Fan ist, sachlich gerechtfertigt.

dd) Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Beschwerdegegnerin eine ebenso geeignete, aber weniger stark in die Grundrechte des Beschwerdeführers eingreifende Massnahme hätte ergreifen können. Vielmehr ist mit der Beschwerdegegnerin darauf hinzuweisen, dass sich das Rayonverbot hinsichtlich der Eingriffintensität als die mildest mögliche Massnahme erwiesen hat, um den Beschwerdeführer vom Umkreis der Stadien als auch von den Bahnhöfen und Örtlichkeiten, welche zur Hin- bzw. Rückfahrt benutzt werden, fern- und von entsprechenden Gewalttätigkeiten abzuhalten. Diesbezüglich hat die Beschwerdegegnerin nämlich zu Recht darauf hingewiesen, dass beim Beschwerdeführer angesichts seines deliktischen Verhaltens sogar der Erlass einer Meldeauflage nach Art. 6 des Konkordats möglich gewesen wäre (vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. a des Konkordats). Die Meldeauflage hätte dabei insoweit aber zu einem erheblich schwereren Eingriff in die Grundrechte des Beschwerdeführers geführt, als ihm nicht der Aufenthalt an einzelnen Orten zu bestimmten Zeiten verboten worden wäre, sondern er vielmehr verpflichtet gewesen wäre, sich zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort einzufinden.

d) Schliesslich ist zu prüfen, ob sich das verfügte Rayonverbot auch als verhältnismässig im engeren Sinne erweist. Mit anderen Worten ist zu klären, ob das Rayonverbot in einem vernünftigen Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem durch die betroffene Person zu erduldenen Eingriff steht. Die Massnahme muss

durch ein das private Interesse überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein. Das private Interesse an der Aufhebung oder der zeitlichen bzw. örtlichen Beschränkung des Rayonverbots bemisst sich dabei primär daran, inwiefern die betroffene Person durch das Rayonverbot in ihren individuellen Tätigkeiten eingeschränkt wird. Entscheidend ist dabei insbesondere die Häufigkeit der Einschränkung und die Frage, ob es für die betroffene Person zumutbar ist, im Einzelfall oder für eine bestimmte Tätigkeit eine Ausnahmegewilligung einzuholen. Demgegenüber fällt die grundsätzliche Einschränkung, d.h. jede Einschränkung bezüglich Örtlichkeiten, die kein Gebiet betreffen, in dem sich die Person üblicherweise aufhält, nicht sonderlich ins Gewicht. Dies umso weniger, als die Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel zur Durchreise auch innerhalb des grundsätzlich verbotenen Rayons möglich ist (vgl. AGVE 2015 22 Erw. 5.4.3.1).

Dem Beschwerdeführer wird durch das ihm auferlegte Rayonverbot untersagt, für die Dauer vom 10. März 2018 bis 9. März 2021 jeweils vier Stunden vor Spielbeginn bis vier Stunden nach Spielende die Rayons am Austragungsort sämtlicher Eishockeyspiele des C.-Clubs und sämtlicher Fussballspiele des Y.-Clubs zu betreten und darin zu verweilen. Zudem wird ihm das Betreten der Rayons im Kanton Zug untersagt. Dass dadurch eine erhebliche Einschränkung seiner Bewegungsfreiheit einhergeht, ist unbestritten und nicht von der Hand zu weisen. Der Beschwerdeführer ist jedoch darauf hinzuweisen, dass ein Rayonverbot seinem Zweck entsprechend immer eine Beschränkung der Bewegungsfreiheit mit sich bringt. Des Weiteren ist zu beachten, dass dem privaten Interesse des Beschwerdeführers, sich frei bewegen zu können, sehr erhebliche öffentliche Interessen entgegenstehen. Es ist noch einmal zu betonen, dass aufgrund der tangierten Rechtsgüter, der im Rahmen des Landfriedensbruchs begangenen Delikte und der Einträge in der HOOGAN-Datenbank sowie der hohen Rückfallgefahr von einem grossen bis sehr grossen öffentlichen Interesse am Erlass eines Rayonverbots auszugehen ist. Sodann darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Beschwerdeführer nicht in der Stadt C., sondern in D. wohnt. Dem Beschwerdeführer ist es somit weiterhin möglich, sich an seinem Wohnort und in der näheren Umgebung frei zu bewegen. Auch wenn der Wohnort des Beschwerdeführers nur 5,51 km (Luftlinie) vom Bahnhof G. (Rayon B) und 9,35 km vom Stadion H. (Rayon A) entfernt liegt, der Beschwerdeführer mithin nur unweit von der Stadt C. entfernt wohnt, und es wohl zutrifft, dass ein 21-Jähriger unter diesen Umständen seine Freizeit auch in der Stadt C. verbringt, genügt dies nicht, um das verfügte Rayonverbot zeitlich und/oder örtlich zu beschränken. Hinsichtlich der Zumutbarkeit ist der Beschwerdegegnerin sodann Recht zu geben, dass nur die Rayons am jeweiligen Spielort des C.-Clubs und des Y.-Clubs (sowie die Rayons im Kanton Zug) betroffen sind. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer nichts vorbringt, was auf eine individuelle Einschränkung bezüglich der verbotenen Rayons ausserhalb der Stadt C. hindeuten würde. Was die Einschränkung der Bewegungsfreiheit in den Rayons der Stadt C. betrifft, ist mit der Beschwerdegegnerin darauf hinzuweisen, dass diese Einschränkung nicht an allen Spieltagen des Y.-Clubs und

des C.-Clubs, sondern bloss an denjenigen, an welchen die Spiele in C. ausgetragen werden, gilt. Auch wenn es, wie vom Beschwerdeführer aufgezeigt, zutrifft, dass der C.-Club und der Y.-Club pro Saison eine beachtliche Anzahl von Eishockey- und Fussballspielen in C. austragen, und es ihm dementsprechend an diesen Tagen verunmöglicht wird, seinen Freizeitaktivitäten in den Rayons der Stadt C. nachzugehen, genügt dies nicht, um die entgegenstehenden erheblichen öffentlichen Interessen zu überwiegen. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer nicht weiter konkretisiert, um was für Freizeitaktivitäten es sich handeln soll, die ihm durch die Auferlegung des Rayonverbots verunmöglicht würden, und er auch nicht geltend macht, dass er an diesen Tagen einer dringenden Tätigkeit auf dem C.-Gebiet nachgehen bzw. sich anderweitig notwendigerweise dort aufhalten müsste. Schlussendlich ist in Betracht zu ziehen, dass es dem Beschwerdeführer zumutbar sein sollte, seine Freizeitgestaltung an den betreffenden Tagen so auszurichten, dass er die verbotenen Rayons weder betreten noch darin verweilen muss, respektive im Einzelfall bei der Zuger Polizei eine Ausnahmegewilligung zu erwirken. Eine Abwägung der sich entgegenstehenden privaten und öffentlichen Interessen ergibt somit, dass dem Beschwerdeführer unter den konkreten Umständen das verfügte Rayonverbot zumutbar ist. Dies gilt insbesondere auch in Bezug auf die Regelung in Ziff. 4 der angefochtenen Verfügung, wonach der Beschwerdeführer für den Fall, dass er für den Arbeitsweg oder aus sonstigen zwingenden Gründen den öffentlichen Verkehr benützt, den Rayon Bahnhof maximal zehn Minuten vor Zugsabfahrt bis zehn Minuten nach Zugsankunft betreten darf. Soweit der Beschwerdeführer diesbezüglich vorbringt, eine Durchquerung der Rayons mit dem öffentlichen Verkehr müsse immer gewährleistet sein, ist er darauf hinzuweisen, dass ihm durch das verfügte Rayonverbot nur das Betreten des Rayons Bahnhof sowie das Verweilen darin untersagt wird. Die Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel zur blossen Durchreise auch innerhalb der grundsätzlich verbotenen Rayons bleibt ihm demgegenüber weiterhin möglich, hält sich der Beschwerdeführer doch nicht im Rayon auf, wenn er sich im geschlossenen Zug auf der Durchreise befindet. Die in Ziff. 4 getroffene Regelung hindert den Beschwerdeführer daher nicht daran, die verbotenen Rayons mit den öffentlichen Verkehrsmitteln zu durchqueren, wird in der genannten Ziffer doch lediglich geregelt, wie lange er den Rayon Bahnhof betreten darf, wenn er den öffentlichen Verkehr für den Arbeitsweg oder aus sonstigen zwingenden Gründen benützt. Was an dieser Regelung absurd sein sollte, ist nicht ersichtlich und wird vom Beschwerdeführer auch nicht näher substantiiert. Vielmehr ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass die bessere Freizeitgestaltung kein triftiger Grund darstellt, um die in Ziff. 4 der angefochtenen Verfügung getroffene Regelung zu lockern und das Betreten des Rayons Bahnhof bei Benützung des öffentlichen Verkehrs zu blossen Freizeit Zwecken für maximal zehn Minuten vor Zugsabfahrt bis zehn Minuten nach Zugsankunft zu gestatten. In Anbetracht des grossen Gefährdungspotenzials des Beschwerdeführers würde eine solche Lockerung im Zusammenhang mit Sportveranstaltungen des C.-Clubs und des Y.-Clubs zu einer erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit führen, handelt es sich doch sowohl beim Bahnhof G. als auch beim Bahnhof C. um bekannte Treffpunkte der Risikofangruppierungen. Die in Ziff.

4 getroffene Regelung erweist sich somit als erforderlich, um den Beschwerdeführer von Gewalttätigkeiten anlässlich von Sportveranstaltungen abzuhalten. Zudem bringt der Beschwerdeführer, abgesehen von der besseren Freizeitgestaltung, keine Gründe vor, die die Regelung für ihn als unzumutbar erweisen würde.

e) Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass sich das gegen den Beschwerdeführer verhängte Rayonverbot als verhältnismässig erweist. Das vorliegend ausgesprochene Rayonverbot ist geeignet und erforderlich, um den Beschwerdeführer vom Umkreis der Stadien als auch von den Bahnhöfen und Örtlichkeiten, welche zur Hin- bzw. Rückfahrt benutzt werden, fernzuhalten und ihn dadurch von weiteren Gewalttätigkeiten anlässlich von Sportveranstaltungen abzuhalten. Darüber hinaus erweist sich das für die Dauer von drei Jahren ausgesprochene Rayonverbot auch als zumutbar, stehen dem grossen öffentlichen Interesse doch lediglich untergeordnete private Interessen des Beschwerdeführers gegenüber. Daher erweist sich die Beschwerde als unbegründet und sie ist abzuweisen.

(. . .)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. Oktober 2018, V 2018 44  
Das Urteil ist rechtskräftig.

## 8.2 Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 13 BV i.V.m. Art. 36 BV, § 3 VideoG

### Regeste:

Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 13 BV i.V.m. Art. 36 BV und § 3 VideoG – Die Anordnung einer Videoüberwachung rund um den Bahnhof Zug bis hin zur Bossard-Arena ist verhältnismässig, weshalb sie grundsätzlich Zustimmung verdient. Die Massnahme ist geeignet und erforderlich, um künftige Straftaten zu verhindern und bereits begangene Straftaten zu verfolgen und aufzuklären. Sie erweist sich als zumutbar, stehen dem grossen öffentlichen Interesse doch lediglich weniger gewichtige private Interessen der von der Videoüberwachung betroffenen Personen gegenüber (Erw. 3d ff.). Sie ist jedoch insofern einzuschränken, als dass im Gebiet zwischen dem Bahnhof Zug und der Bossard-Arena die Videoüberwachung nur bei Veranstaltungen erfolgen darf, bei denen mit Ausschreitungen bzw. dem Begehen von strafbaren Handlungen gerechnet werden muss (Erw. 3h/dd).

### Aus dem Sachverhalt:

Mit Beschluss vom 31. Oktober 2017 erteilte der Regierungsrat des Kantons Zug die Bewilligung zum Betrieb einer Videoüberwachung für fünf Jahre. Die Videoüberwachung bezweckt die Verhinderung, Verfolgung und Aufklärung von strafbaren Handlungen. Als zuständiges Organ wurde die Zuger Polizei bezeichnet. Überwacht wer-

den soll mit insgesamt 23 Kameras der öffentliche Raum in der Stadt Zug

- am Bahnhofplatz und an der Alpenstrasse bis nach der Kreuzung Gotthardstrasse;
- an der westlichen Vorfahrt zum Bahnhof, parallel zur Dammstrasse, vom südwestlichen Bahnhofausgang bis zur Gubelstrasse;
- an der Gubelstrasse und General-Guisan-Strasse von der Bahnhofunterführung bis zur Kreuzung Allmendstrasse, einschliesslich angrenzender Bereiche der Dammstrasse und der Aabachstrasse;
- auf dem Aussenbereich des Kaufmännischen Bildungszentrums Zug, einschliesslich des Parkplatzes bis und mit Weststrasse;
- auf dem Arenaplatz und den Aussenbereichen der Stadthalle Zug, der Bossard-Arena und der Curlinghalle, einschliesslich angrenzender Bereich der Weststrasse und der Allmendstrasse.

Der Beschluss enthält in zwölf weiteren Ziffern Handlungsanweisungen an die Zuger Polizei und bezeichnet die berechtigten Stellen innerhalb der Zuger Polizei. Er wurde im Amtsblatt des Kantons Zug vom 10. November 2017 veröffentlicht. Am 9. Dezember 2017 erhob A. B. (nachfolgend Beschwerdeführer), Baar, gegen diesen Beschluss Verwaltungsgerichtsbeschwerde und stellte den Antrag, der Beschluss sei aufzuheben.

Auf Verlangen des Gerichts reichte die Sicherheitsdirektion eine statistische Auswertung ein zur Beantwortung der Fragen, worauf ihre Feststellungen basierten, dass im für die Videoüberwachung vorgesehenen Perimeter überdurchschnittlich viele Straftaten stattfänden bzw. es sich um Orte mit hohem Kriminalitätsdruck, um sog. Brennpunkte oder «Hotspots», handle, sowie dass die Straftaten im vorgesehenen Perimeter zu jeder Jahreszeit und zu jeder Tages- und Nachtzeit erfolgten. Das von der Zuger Polizei erstellte Dokument enthält die statistische Auswertung der Straftaten, welche im Zeitraum 2014 bis 2018 (Stand: 26. September 2018) im Kanton Zug stattgefunden haben. Dabei wurden die Straftaten nach ausgewählten StGB-Titeln gegliedert und einerseits räumlich (mit einer Heatmap) und andererseits zeitlich statistisch ausgewertet. Für die Auswertung konnten die Straftaten verwendet werden, deren Tatorte mit Koordinaten versehen sind (81.4 % aller Straftaten im Kanton Zug, davon 37.9 % in der Stadt Zug).

### **Aus den Erwägungen:**

(...)

3a) Eine personenbezogene Videoüberwachung – wie sie hier der Fall ist, weil Personen erkennbar oder bestimmbar sind – stellt einen Eingriff in die von der Bundesverfassung und der EMRK geschützten Grundrechte persönliche Freiheit, insbesondere die Freiheit, sich in den überwachten Räumen frei und ungezwungen zu bewegen (Art. 10 Abs. 2 BV) (Lucien Müller, Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen, Diss. Zürich/St. Gallen 2011, S. 151), Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV und

Art. 8 EMRK) und informationelle Selbstbestimmung, welche vor Datenmissbrauch schützt (Art. 13 Abs. 2 BV), dar. Einschränkungen dieser Rechte haben die Anforderungen von Art. 36 BV zu erfüllen. Danach bedürfen Einschränkungen von Grundrechten einer gesetzlichen Grundlage. Sie müssen durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sein. Einschränkungen von Grundrechten müssen zudem verhältnismässig sein. Mit dem VideoG ist die gesetzliche Grundlage für die Videoüberwachung gegeben. Im vorliegenden Fall verfolgt die Videoüberwachung das Ziel, Straftaten zu verhüten und zu ahnden, was unbestrittenermassen im öffentlichen Interesse liegt. Ob das öffentliche Interesse (Schutzzweck) das private Interesse (persönliche Freiheit, Schutz der Privatsphäre) überwiegt und ob die geplanten Massnahmen verhältnismässig sind, ist nachfolgend zu beurteilen.

b) Das Gebot der Verhältnismässigkeit verlangt, dass eine behördliche Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Zieles geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung zumutbar und verhältnismässig (i.e.S.) erweist. Geeignet ist eine Massnahme, wenn der von ihr verfolgte (im öffentlichen Interesse liegende) Zweck damit auch erreicht werden kann (Rainer J. Schweizer, in: St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 36, Rz. 38). Eine Massnahme ist dann nicht erforderlich und damit unverhältnismässig, wenn das von ihr angestrebte Ziel mit einem weniger schweren Grundrechtseingriff erreicht werden kann (BGE 136 I 87 E. 3.2; 133 I 77 E. 4.1; 132 I 49 E. 7.2 mit Hinweisen). Der Eingriff darf in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Beziehung nicht über das Notwendige hinausgehen (Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 322). Zwischen dem verfolgten Ziel und dem dazu erforderlichen Grundrechtseingriff muss sodann ein vernünftiges Verhältnis bestehen. Das öffentliche Interesse an der Durchführung einer Massnahme oder der Erfüllung einer Aufgabe einerseits und die dadurch betroffenen privaten Interessen andererseits sind gegeneinander abzuwägen, um zu entscheiden, ob der Grundrechtseingriff dem Betroffenen zumutbar ist (dazu Schweizer, a.a.O., Art. 36, Rz. 40).

c) Das Gebot der Verhältnismässigkeit findet sich auch im VideoG. Gemäss § 3 Abs. 1 VideoG dürfen Videoüberwachungen eingesetzt werden, soweit sie geeignet und erforderlich sind, a) zum Schutz von Personen und Sachen vor strafbaren Handlungen sowie zur Verhinderung, Verfolgung und Aufklärung von Straftaten; b) innerhalb und ausserhalb der Bauten und Anlagen der Organe zum Schutz der Bauten und Anlagen und ihrer Benutzerinnen und Benutzer vor strafbaren Handlungen sowie zur Verhinderung, Verfolgung und Aufklärung von Straftaten. Die Videoüberwachungen sind örtlich und zeitlich auf das zur Erfüllung des Zwecks Erforderliche zu beschränken (Abs. 2).

d) (...)

Müller (a.a.O.) hat in seiner Dissertation zahlreiche Studien und Berichte betreffend die Videoüberwachung analysiert. Er kommt dabei zum Ergebnis, dass die Videoüberwachung grundsätzlich ein geeignetes Mittel dazu sei, die Strafverfolgung zu erleichtern oder überhaupt zu ermöglichen. Namentlich liessen sich mit der Videoüberwachung die Aufklärungsraten und das Festnahmerisiko steigern. Auch die Funktion von Videoaufzeichnungen als Beweismittel im Strafprozess dürfe nicht unterschätzt werden. Die Aufzeichnungen könnten auch dazu dienen, Opfer und Zeugen von Straftaten zu identifizieren (S. 240 f.). Gemäss Müller ist insbesondere diejenige Videoüberwachung geeignet, welche auch eine Echtzeitbeobachtung zulässt. Bei dieser gehe es auch darum, unmittelbar Gefahren am Bildschirm zu registrieren und Beamte vor Ort schicken zu können. Es sei davon auszugehen, dass eine solche Echtzeitbeobachtung nach dem Kamera-Monitor-Prinzip der Polizei tatsächlich ein schnelleres Eingreifen vor Ort erlaube, womit sich die Begehung von Delikten oder zumindest die Begehung zusätzlicher oder schwerer Delikte verhindern lasse (S. 241 f.). Eine Echtzeitüberwachung ist im Kanton Zug gemäss § 8 VideoG möglich und wird in Ziff. 11 des Regierungsratsbeschlusses auch ausdrücklich erwähnt. Eher unklar ist, ob die Videoüberwachung einen abschreckenden Effekt auf die Begehung von Delikten hat. Gemäss Müller sei festzustellen, dass sich aus bisherigen Untersuchungen zur Wirksamkeit der Videoüberwachung im öffentlichen Raum zur Reduktion der Gesamtkriminalität im überwachten Gebiet keine klaren Schlüsse ziehen liessen. In den Untersuchungen scheine immerhin eine gewisse Übereinstimmung dahingehend zu bestehen, dass die Videoüberwachung Delikte, welche mit Gewalt gegen Personen verbunden seien, wie namentlich Körperverletzungsdelikte, kaum oder nur in sehr geringem Umfang zu verhindern im Stande sei. Dies werde damit erklärt, dass solche Delikte häufig im Affekt und/oder unter Alkohol- oder Drogeneinfluss begangen würden. Hingegen scheine die Videoüberwachung von Parkplätzen zum Schutz der Fahrzeuge vor Diebstahl und Sachbeschädigung wirksam zu sein, zumindest soweit gleichzeitig weitere Massnahmen ergriffen würden, wie etwa eine bessere Beleuchtung. Bezüglich anderer auf öffentlichen Strassen und Plätzen vorkommender Delikte wie Sachbeschädigung, Raub oder Diebstahl zeige sich ein uneinheitliches Bild. Ähnliches gelte für Betäubungsmitteldelikte. Die Videoüberwachung im öffentlichen Verkehr solle hingegen zu Rückgängen von Vandalismusschäden geführt haben, ebenso zu einer Verminderung von Bedrohungen und Übergriffen. Müller kommt zum Ergebnis, dass sich nicht pauschal behaupten lasse, die Videoüberwachung sei ein generell ungeeignetes Mittel, um die Kriminalität im überwachten Bereich zu verringern. Ohnehin gelte, dass Massnahmen der Gefahrenabwehr nicht etwa schon deshalb ungeeignet seien, weil sie Gefahren nicht vollumfänglich zu verhindern in der Lage seien. Es sei ausreichend, wenn sie voraussichtlich einen sinnvollen Beitrag zur Verwirklichung des angestrebten Zieles leisteten (S. 243 ff.).

Für das Gericht ergibt sich daraus Folgendes: Auch wenn gewisse Zweifel an der präventiven Wirkung einer Videoüberwachung bestehen, kann ihr die Geeignetheit nicht abgesprochen werden. Dafür spricht im vorliegenden Fall insbesondere, dass sie offen erfolgt, also für den Einzelnen erkennbar ist. Das sieht Ziff. 15 der regierungsrätlichen Bewilligung vor, wonach die Videoüberwachung im Aufnahmegebiet mit Hinweisschildern gekennzeichnet wird, die ein Kamerasymbol und die Aufschrift «Video» tragen. Die Kennzeichnungspflicht ist im Übrigen auch bereits in § 13 VideoG vorgesehen. Es ist gerade das Wissen um die Beobachtung und allenfalls die Aufzeichnung deliktischen Verhaltens, welches die Videoüberwachung überhaupt als taugliches Mittel zur Erreichung einer abschreckenden Wirkung erscheinen lässt (Müller, a.a.O., S. 247). Die heutigen Videokameras, welche auch die Zuger Polizei einsetzen wird, haben zudem eine derart gute Qualität, dass damit eine effiziente Strafverfolgung durchaus möglich ist und dadurch ein Abschreckungseffekt auch tatsächlich erzielt werden kann. Den bestehenden Zweifeln an der präventiven Wirkung der Videoüberwachung wird insbesondere dadurch begegnet, dass die Bewilligung auf fünf Jahre befristet ist. Soll der Betrieb nach Ablauf der Bewilligungsfrist verlängert werden, muss das zuständige Organ ein erneutes Gesuch einreichen. Der Einsatz der Videoüberwachung ist somit regelmässig zu überprüfen. Paragraf 2 Abs. 3 VideoV sieht denn auch vor, dass bei der ersuchten Erneuerung oder Verlängerung einer

Videoüberwachung ihre Wirksamkeit darzulegen ist. Sollte sich daraus ergeben, dass der Zweck der Videoüberwachung am fraglichen Ort nicht erreicht wird, würde die Bewilligung nicht verlängert. Dies und insbesondere die Tatsachen, dass eine Videoüberwachung die Strafverfolgung erleichtert oder überhaupt ermöglicht, sowie dass die geplante Echtzeitbeobachtung der Polizei ein schnelleres Eingreifen vor Ort erlaubt, führt das Gericht zur Erkenntnis, dass im vorliegenden Fall die vorgesehene Videoüberwachung ein geeignetes Mittel darstellt, um Straftaten zu verhindern, zu verfolgen und aufzuklären. Ob diese Videoüberwachung tatsächlich erforderlich und verhältnismässig ist, wird weiter unten zu prüfen sein.

(. . .)

f/aa) Eine Verwaltungsmassnahme muss im Hinblick auf das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel erforderlich sein; sie hat zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde. Das Element der Erforderlichkeit dient der Prüfung der Intensität staatlichen Handelns. Die Massnahme darf in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht über das Notwendige hinausgehen (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 527 und 530).

f/bb) Bezüglich baulicher Massnahmen oder Verbesserung der Beleuchtung ist dar-

auf hinzuweisen, dass solche Massnahmen keine unmittelbare Abschreckung, wie sie durch die Videoüberwachung bezweckt wird, bewirken (Müller, a.a.O., S. 252). Dem Regierungsrat ist zudem zuzustimmen, dass bauliche Massnahmen oder die Verbesserung der Beleuchtungssituation zwar vereinzelt und in spezifischen Situationen diesen Zweck unterstützen, die Wirkungsmöglichkeiten der geplanten Videoüberwachungsmassnahmen aber bei weitem nicht ersetzen. Insbesondere können sie keinen Beitrag zur Aufklärung von Straftaten leisten. Was eine Erhöhung der Polizeipräsenz an den fraglichen Orten betrifft, ist festzustellen, dass der Einsatz von Polizeibeamten vor Ort verglichen mit einer Videoaufzeichnungsmassnahme die mildere Massnahme darstellt. Da aber eine Videoaufzeichnung aufgrund der Beweissicherung einer polizeilichen Präsenz überlegen ist und damit auch ein zusätzlicher präventiver Effekt erreicht werden dürfte, lässt sich mit einer Steigerung der beobachtenden polizeilichen Präsenz vor Ort nicht zwangsläufig eine gleichermassen abschreckende Wirkung erzielen (Müller, a.a.O., S. 250). Kommt hinzu, dass mit der Videobeobachtung, verglichen mit dem Einsatz von Polizeikräften vor Ort, jedenfalls eine grossflächigere, genauere und intensivere Beobachtung möglich ist, weshalb sie aufgrund des dadurch gesteigerten Entdeckungsrisikos als zur Abschreckung besser geeignet erscheint. Eine solch hohe Beobachtungskapazität durch blosser Polizeipräsenz zu erreichen, ist zwar nicht ausgeschlossen. Dies würde aber eine massive Steigerung der polizeilichen Präsenz vor Ort bedingen. Dann erschiene die (gesteigerte) Polizeipräsenz zwar als gleich geeignetes Mittel wie eine Videobeobachtung, könnte aber nicht mehr als milderes Mittel bezeichnet werden. Die zusätzlich notwendigen personellen und finanziellen Mittel würden jedenfalls in keinem sinnvollen Verhältnis zum erreichten Sicherheitsgewinn stehen. Damit erweist sich die geplante Videoüberwachung als erforderlich.

g) Der Beschwerdeführer bestreitet die Verhältnismässigkeit der Massnahme. Unter anderem erachtet er die zu überwachenden Gebiete als sehr umfangreich. So würden ganze Strassengegenden und bestimmte Stadtgebiete vollständig von der Videoüberwachung erfasst.

g/aa) Der Regierungsrat liess dem Verwaltungsgericht eine statistische Auswertung der Straftaten der Jahre 2014 bis 2018, deren Tatorte mit Koordinaten versehen sind (81.4 % aller Straftaten), zukommen (act. 20). In der von der Zuger Polizei erstellten räumlichen Auswertung (Heatmap) wird dargestellt, wo diese Straftaten im Kanton Zug und insbesondere in der Stadt Zug erfolgten. Basierend auf der Gebietsbelastung durch Straftaten wurde die der Heatmap zugrundeliegende Karte wie folgt eingefärbt: gelb = starke Belastung, rot = mittlere Belastung, blau = geringe Belastung, wobei die unterschiedliche Einfärbung nicht nur auf der Ebene von Quartieren, sondern in noch grösserer Detaillierung vorgenommen wurde. Auch wenn die Heatmap keine Legende mit absoluten Zahlen enthält, kann ihr mit grosser Eindringlichkeit entnommen werden, dass mit Abstand am meisten Delikte im Gebiet des Bahnhofs Zug begangen werden. Dies gilt insbesondere für strafbare Handlungen gegen

Leib und Leben, Verbrechen und Vergehen gegen die Freiheit, strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität sowie für strafbare Handlungen gegen das Vermögen (wobei Letztere, was die Gesamtzahl anbetrifft, stark überwiegen). Die Heatmap zeigt somit auf, dass es sich beim Bahnhof Zug und seinem Umgelände eindeutig um einen Brennpunkt oder «Hotspot» bezüglich Straftaten handelt. Es ist daher nicht zu bemängeln, wenn sich der Überwachungsperimeter vom südlichen Bahnhofsfeingang bis zum Dreispitzplatz sowie an der westlichen Bahnhofvorfahrt vom dortigen Bahnhofsaustritt bis zur Gubelstrasse erstreckt. In diesen beiden Gebieten ist das Personenaufkommen hoch, und dort finden, wie ausgeführt, mit Abstand am meisten Straftaten innerhalb des Kantons Zug statt. Im Gebiet des Bahnhofs Zug ist die Karte gelb eingefärbt.

(. . .)

g/bb) Gerichtsnotorisch ist, dass grössere Veranstaltungen, insbesondere Sportveranstaltungen, die Polizeiorgane immer wieder vor grosse Herausforderungen stellen. Die Polizei ist dabei häufig mit gewalttätigen Auseinandersetzungen und Vandalismus konfrontiert. Mit verschiedenen Massnahmen und geeigneten Mitteln, wozu wie vorangehend erwähnt auch die Videoüberwachung gehört, soll versucht werden, die Sicherheit sowohl der Veranstaltungsteilnehmer als auch der übrigen Bevölkerung zu gewährleisten. Bei Anlässen mit grossem Publikumsandrang unterstützt die Videoüberwachung zudem das Führen von Menschenansammlungen und das Bilden von Rettungssachsen für allfällige Evakuierungen. Solche Anlässe finden im Kanton Zug mehrheitlich im Gebiet der Sportanlagen Allmend/Herti statt, und es besteht insbesondere ein Bedürfnis, Fanmärsche, die zwischen dem Bahnhof Zug und den genannten Sportanlagen stattfinden, mit Videokameras zu überwachen. Auch wenn in diesem Gebiet gemäss der von der Zuger Polizei vorgenommenen statistischen Auswertung nicht die meisten Straftaten stattfinden, erachtet es das Gericht, angesichts dessen, dass bei grösseren Veranstaltungen mit hohem Publikumsandrang immer wieder Gefährdungssituationen entstehen, als gerechtfertigt, die Videoüberwachung vom Bahnhof Zug her an der Gubelstrasse und der General-Guisan-Strasse bis zur Kreuzung Allmendstrasse («Fanmarschroute») sowie auf dem Areal zwischen der Allmendstrasse, der Weststrasse, der Aabachstrasse und der General-Guisan-Strasse vorzusehen. Diese räumliche Ausdehnung ist zur Erreichung des Zwecks erforderlich.

g/cc) Als Zwischenresultat ergibt sich somit, dass die räumliche Dimension der vorgesehenen Videoüberwachung nicht zu bemängeln ist. Ob sich die Videoüberwachung auch bezüglich ihres zeitlichen Umfangs (vorgesehen ist die Überwachung rund um die Uhr, sowohl beim Bahnhof Zug als auch auf der «Fanmarschroute») als verhältnismässig erweist, ist nachfolgend zu prüfen.

(. . .)

h/cc) Die zeitliche Auswertung der Straftaten, für welche dieselben Daten verwendet wurden, welche die Grundlage für die räumliche Auswertung der StGB-Straftaten bildeten, zeigt – entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers – auf, dass sich die Verteilung von Straftaten sowohl im Kantonsgebiet als auch im Gebiet der Stadt Zug weder nach Jahreszeit, nach Wochentag oder Tagesstunde stark unterscheidet. Einzig am Sonntag sind rund 30% weniger Delikte festzustellen als an den bezüglich Anzahl erfasster Straftaten ziemlich ausgeglichenen übrigen Wochentagen. Auffallend ist zudem, dass es auch keine massiven Unterschiede bei der Verteilung der Delikte auf die Uhrzeit gibt. Insbesondere verhält es sich nicht so, dass in der Nacht mehr Straftaten als am Tag verübt werden, was der Forderung der Datenschutzstelle entsprechen würde, im Bereich Bahnhof den Aufzeichnungsmodus auf die Nachtzeiten einzuschränken. Im Gegenteil, in der Stadt Zug (aber auch im übrigen Kantonsgebiet) werden mehr tagsüber als in der Nacht begangene Straftaten festgestellt, wobei jedoch davon ausgegangen werden muss, dass in den Nacht- und Morgenstunden tendenziell eher schwerere Straftaten stattfinden. Vor diesem Hintergrund und eingedenk der bereits weiter oben gemachten Feststellung, dass es sich beim Gebiet südlich und westlich des Bahnhofs Zug um einen eigentlichen Kriminalitätsschwerpunkt handelt, sieht das Gericht keine Veranlassung, die Beurteilung des Regierungsrats zu bemängeln und in diesem Perimeter eine zeitlich eingeschränkte Videoüberwachung anzuordnen. Angesichts der Tatsache, dass in diesem Gebiet mehr Straftaten am Tag als in der Nacht erfolgen, ist das Verhältnismässigkeitsprinzip auch nicht dadurch verletzt, dass tagsüber mehr Personen von der Videoüberwachung betroffen sind als in der Nacht. Eine dauernde Videoüberwachung dient am ehesten dem Zweck, im Brennpunkt südlich und westlich des Bahnhofs Zug Straftaten zu verfolgen und aufzuklären. Somit ist festzustellen, dass die Rund-um-die-Uhr-Überwachung am Bahnhofplatz und an der Alpenstrasse bis nach der Kreuzung Gotthardstrasse sowie an der westlichen Vorfahrt zum Bahnhof parallel zur Dammstrasse, vom südwestlichen Bahnhofausgang bis zur Gubelstrasse, (Spiegelstriche 1 und 2 der regierungsrätlichen Bewilligung) zulässig ist.

h/dd) Anders beurteilt das Gericht die Situation ab der Gubelstrasse bis zur Bossard-Arena, der sogenannten «Fanmarschroute». Hier wurde bereits ausgeführt, dass auf dieser Strecke keine überdurchschnittliche Häufung von Straftaten registriert werden kann, es sich, was die Anzahl von Delikten betrifft, somit nicht um einen «Hotspot» handelt. Hingegen besteht bei grösseren Veranstaltungen im Gebiet Allmend/Herti eine erhöhte Gefährdung der Sicherheit, insbesondere bei Risikospielen der Eishockeymeisterschaft, bei denen es immer wieder zu gewalttätigen Ausschreitungen und Übergriffen sowie weiteren strafbaren Handlungen kommt, was mit der Videoüberwachung eingedämmt werden soll. Solche Veranstaltungen finden jedoch nur punktuell statt, und das Gericht erachtet es als unverhältnismässig, zum Zweck der Strafverfolgung und Aufklärung von Delikten sowie der Prävention im Gebiet ab der Gubelstrasse bis zur Bossard-Arena (Spiegelstriche 3 - 5 der Bewilligung des Regierungsrats) die Videoüberwachung rund um die Uhr vorzunehmen.

So war es denn auch der Regierungsrat selber, der in seinem Bericht und Antrag vom 4. Dezember 2012 zum VideoG ausführte, die Videoüberwachung sei nicht nur in räumlicher, sondern auch in zeitlicher Hinsicht auf das zur Erreichung des Überwachungsgesetzes Notwendige zu begrenzen. So werde sich etwa die Überwachung an öffentlichen Flanierwegen und Freizeitplätzen im Wesentlichen auf die Sommermonate beschränken, wo die Wahrscheinlichkeit von Straftaten wesentlich grösser sei als im Winter, und der Weg vom Bahnhof Zug zur Bossard-Arena und zurück werde praktisch nur im Zusammenhang mit Sportveranstaltungen zu einem möglichen Problembereich (KRV Nr. 14211, S. 16). Nach Ansicht des Gerichts ist eine Videoüberwachung rund um die Uhr in diesem Gebiet unverhältnismässig, und der Regierungsrat hat diesbezüglich sein Ermessen überschritten. Eine Beschränkung der Videoüberwachung auf Veranstaltungen, bei denen mit Ausschreitungen bzw. dem Begehen von strafbaren Handlungen gerechnet werden muss, ist angezeigt, wobei – entsprechend der Empfehlung der Datenschutzstelle – Echtzeitüberwachungen (mit gleichzeitiger Aufzeichnung) zulässig sein sollen. Um welche Veranstaltungen es sich dabei handelt, soll der pflichtgemässen Beurteilung der Zuger Polizei überlassen bleiben. Die Folge, dass dadurch für die Bevölkerung weniger gut erkennbar und nachvollziehbar ist, ob momentan eine Videoüberwachung erfolgt oder nicht, ist für das Gericht vernachlässigbar, da es einerseits technische Mittel gibt, dies zu kommunizieren, und andererseits die erwünschte kriminalpräventive Wirkung der Videoüberwachung auch dann gegeben ist, wenn ein Betroffener irrtümlich davon ausgeht, die Videoüberwachung sei eingeschaltet. Die Beschränkung der Videoüberwachung auf einzelne Veranstaltungen reduziert im Übrigen auch die vom Beschwerdeführer aufgeworfene Problematik, dass sich im Gebiet der „Famarschroute“ das Kaufmännische Bildungszentrum (KBZ) befindet. Zu den Zeiten, in denen diejenigen risikobehafteten Veranstaltungen stattfinden, bei welchen eine Videoüberwachung angezeigt ist, findet in der Regel im KBZ kein Schulunterricht statt, weshalb die grosse Mehrheit der KBZ-Schülerinnen und -Schüler nicht von Videokameras erfasst wird.

i) Der Beschwerdeführer sieht das Gebot der Verhältnismässigkeit insbesondere auch dadurch verletzt, dass durch die vorgesehenen Videoüberwachungsmassnahmen überdurchschnittlich viele Personen betroffen seien. Zudem lasse der Regierungsrat ausser Acht, dass gewisse Ladengeschäfte oder Räumlichkeiten (z. B. Anwaltskanzleien, Arztpraxen, Beratungsstellen, Ombudsstelle des Kantons Zug) nur über das mit Video überwachte Gebiet erreicht werden könnten. Passantinnen und Passanten hätten daher häufig gar keine Möglichkeit, das mit Video überwachte Gebiet zu meiden.

i/aa) Damit bezieht sich der Beschwerdeführer auf die Verhältnismässigkeit der Videoüberwachung im engeren Sinne. Dabei ist zu klären, ob durch die Videoüberwachung ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem durch die betroffenen Personen zu erduldenen Eingriff besteht. Die Massnahme muss

durch ein das private Interesse überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein. Nur in diesem Fall ist sie den betroffenen Privatpersonen zumutbar. Für die Interessenabwägung massgeblich sind also einerseits die Bedeutung der verfolgten öffentlichen Interessen und andererseits das Gewicht der betroffenen privaten Interessen. Eine Massnahme, an der nur ein geringes öffentliches Interesse besteht, die aber tiefgreifende Auswirkungen auf die Rechtsstellung der betroffenen Privaten hat, soll unterbleiben (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 557).

i/bb) Unstreitig im öffentlichen Interesse liegen die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (vgl. BGE 132 I 49 E. 7.1; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 472; Schweizer, a.a.O., Art. 36, Rz. 32), die Verhinderung künftiger Straftaten und die Aufklärung und Verfolgung bereits begangener Straftaten (BGE 128 II 259 E. 3.5; BGE 120 Ia 147 E. 2d; BGE 117 Ia 472 E. 3f). Somit besteht kein Zweifel daran, dass die mit der Videoüberwachung verfolgten Zwecke der Verhütung und (erleichterten) Verfolgung von Straftaten im öffentlichen Interesse liegen (BGE 136 I 87 E. 8.3 und 8.4; BGE 133 I 77 E. 5.3 f.). Das öffentliche Interesse an der Verhinderung und Ahndung von Straftaten stellt grundsätzlich ein gewichtiges öffentliches Interesse dar (vgl. EGMR, Urteil vom 28. Januar 2003 i.S. Peck gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 44647/98, ECHR 2003-I, Ziff. 79). Dies auch deshalb, weil die Sicherheit selbst eine Voraussetzung für die Ausübung individueller Freiheiten und Rechte darstellt und damit letztlich auch für das Funktionieren eines demokratischen und freiheitlichen Staatswesens unerlässlich ist (siehe dazu auch Müller, a.a.O., S. 233 f.).

Nachdem sich vorangehend die Videoüberwachung als geeignet und erforderlich erwiesen hat, ist somit im vorliegenden Fall auch von einem hinreichenden öffentlichen Interesse auszugehen. Zu prüfen ist, ob dieses Interesse die persönlichen Schutzrechte, die mit dem Mittel der Videoüberwachung beeinträchtigt werden, überwiegt. Dabei ist insbesondere zu prüfen, wie intensiv diese Grundrechtsbeeinträchtigung ist.

i/cc) Die Beantwortung der Frage der Intensität des Grundrechtseingriffs durch Videoüberwachung im öffentlichen Raum hängt von den Umständen des Einzelfalls ab bzw. hat unter Berücksichtigung sämtlicher die Überwachung charakterisierender Elemente zu erfolgen. Es trifft zu, dass durch die vorliegend vorgesehene Videoüberwachung viele Personen betroffen sind. Wie dargelegt, finden im Überwachungssperimeter aber auch überdurchschnittlich viele Straftaten statt. Ein Missverhältnis zwischen der Anzahl der von der Videoüberwachung betroffenen Personen und der Anzahl Straftaten ist jedenfalls nicht erkennbar. Überdies wiegt der individuelle Grundrechtseingriff an sich nicht deshalb schwerer, weil eine grosse Anzahl von Personen betroffen ist (siehe dazu BGE 133 I 77 E. 5.3). Wie erwähnt (Erw. 3c), enthält das VideoG einen Hinweis auf das Gebot der Verhältnismässigkeit. Aber auch mit weiteren Bestimmungen trägt das VideoG den von der Videoüberwachung tangierten Grundfreiheiten Rechnung. So dürfen gemäss § 9 VideoG die Bildauf-

zeichnungen nur dann ausgewertet werden, wenn eine Strafanzeige, ein Strafantrag oder konkrete Verdachtsgründe für eine Straftat vorliegen und damit zu rechnen ist, dass die Aufzeichnungen als Beweismittel dienen können. Ein verdachtsloses Ausforschen oder Verfolgen von Einzelpersonen ist untersagt. Die Echtzeitüberwachung ist an die Voraussetzungen von § 8 VideoG gebunden. Danach kann die Polizei die Echtzeitüberwachung anordnen, a) unmittelbar aufgrund einer Alarmmeldung, die das überwachte Gebiet, den überwachten Bau oder die überwachte Anlage betrifft; b) wenn angenommen werden muss, dass im überwachten Gebiet, im überwachten Bau oder in der überwachten Anlage eine besondere Gefährdungssituation besteht (Abs. 1). Die Echtzeitüberwachung erfolgt ohne Anordnung automatisch aufgrund eines Alarms, der an einer im überwachten Gebiet, im überwachten Bau oder in der überwachten Anlage angebrachten Vorrichtung ausgelöst wird (Abs. 2). Auch der Regierungsrat hat Vorkehrungen getroffen, um die Intensität des Grundrechtseingriffs von Videoüberwachungen zu verkleinern. Die Videoüberwachungsverordnung enthält Bestimmungen, die diesem Zweck dienen. So haben gemäss § 3 VideoV die Videoüberwachungsanlagen mindestens folgende Anforderungen zu erfüllen: a) Aufnahmen ausserhalb des bewilligten Bereichs werden mit technischen Mitteln verhindert; b) Arbeitsplätze und Technik sind so eingerichtet, dass nur die Berechtigten die Bildaufzeichnungen einsehen können; c) Zugriffe auf die Bildaufzeichnungen werden lückenlos dokumentiert. Gemäss § 4 Abs. 1 VideoV bildet die Polizei die zur Auswertung berechtigten Stellen in Zusammenarbeit mit der Datenschutzstelle aus. Die Funktionstüchtigkeit der Videoüberwachungsanlage wird mindestens einmal jährlich überprüft. Abweichungen vom bewilligten Betrieb der Videoüberwachungsanlage werden so rasch als möglich behoben. Kann die Videoüberwachungsanlage nicht wie bewilligt betrieben werden, ist sie ausser Betrieb zu nehmen. Die Funktionsprüfungen und die Wartungen der Videoüberwachungsanlage werden protokolliert (§ 6 Abs. 1–4 VideoV). Gemäss § 7 Abs. 1 VideoV werden die Aufnahmebereiche zudem mindestens mit Kamerasymbolen und der Aufschrift „Video“ gekennzeichnet. Das Datenschutzgesetz vom 28. September 2000 (BGS 157.1) verlangt zudem in § 7 Abs. 1, dass die Organe durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen für die Sicherung der Daten sorgen. Daten sind insbesondere vor Verlust, Fälschung, Entwendung, Kenntnisnahme, Kopieren und Bearbeiten durch Unbefugte zu sichern. Gestützt auf § 20 des Datenschutzgesetzes hat die Datenschutzstelle weiter jederzeit das Recht, die Datensicherheit zu kontrollieren.

Im vorliegenden Fall machte der Regierungsrat mehrere Auflagen, um die Intensität des Grundrechtseingriffs von Videoüberwachungen zusätzlich zu verringern. So sind gemäss Ziff. 9 der Bewilligung die Aufzeichnungen nach 14 Tagen zu löschen, sofern sie nicht Eingang in Strafuntersuchungen finden, obwohl gemäss bundesgerichtlicher Praxis (BGE 133 I 77 E. 5.3) und § 12 VideoG eine 100-tägige Aufbewahrungsfrist zulässig wäre. Durch diese Senkung der Aufbewahrungsfrist auf 14 Tage sinkt die Intensität des Grundrechtseingriffs. Zugang zu den Daten und Einsicht in die Aufzeichnungen erhält nur ein eingeschränkter Personenkreis der

Zuger Polizei, der an das Amtsgeheimnis gebunden ist (Ziff. 14 der Bewilligung). Entsprechend der kantonalen Gesetzgebung findet die Videoüberwachung nur im öffentlichen Raum statt. Verglichen mit einer Videoüberwachung im privaten, nicht öffentlich zugänglichen Raum weist eine solche im öffentlichen Raum eine geringere Eingriffsintensität auf. Um die Privatsphäre von Anwohnern und Geschäften zu respektieren und zu gewährleisten, werden ihre Liegenschaften, Hauseingänge und Räumlichkeiten technisch mit sogenannten «Privacy Masks» ausgeblendet, so dass sie weder auf den Aufzeichnungen noch in der Live-Ansicht einsehbar sind. Gemäss der glaubwürdigen Darstellung der Sicherheitsdirektion und entgegen der Vermutung des Beschwerdeführers sind diese Aufzeichnungen nicht rekonstruierbar. Es sei nämlich vorgesehen, dass die Blindbereiche direkt auf der Kamera programmiert bzw. konfiguriert würden, so als würde ein Teil der Kameralinse mit einem Gegenstand oder einem durchsichtigen Klebeband zugedeckt. Die Blindbereiche könnten folglich nicht eingesehen werden. Da sie gar nicht aufgenommen würden, bestehe auch im Nachhinein keine Möglichkeit, die Anonymisierungen auf den Bildsequenzen zu bearbeiten, zu entfernen oder dahinterliegende Ereignisse sichtbar zu machen. Damit kann den Bedenken des Beschwerdeführers entsprochen werden, wonach es im überwachten Bereich Angebote und Dienstleistungen wie Anwaltskanzleien, Arztpraxen sowie soziale und andere Beratungsstellen (z. B. kantonale Ombudsstelle) gebe, deren Räumlichkeiten nur über das überwachte Gebiet erreicht werden könnten. Es kann davon ausgegangen werden, dass Leute, welche solche Gebäude betreten, nicht erkannt werden können, womit ihre Privatsphäre diesbezüglich geschützt ist. Von Bedeutung ist weiter, dass die Überwachung entsprechend § 13 VideoG und Ziff. 15 der Bewilligung offen und nicht verdeckt erfolgt, indem auf den Einsatz der Bildaufzeichnungs- und Bildübermittlungsgeräte mit einem Kamerasymbol und der Aufschrift «Video» gut sichtbar hingewiesen wird. Durch den Verzicht auf die Heimlichkeit der Datenbeschaffung sinkt die Eingriffsintensität ebenfalls.

Weiter ist Folgendes zu beachten: Im südlichen und westlichen Vorfeld des Bahnhof Zug bzw. im dort überwachten Raum sind die Aufenthaltszeiten der betroffenen Personen in der Regel eher kurz. Es handelt sich nicht um ein typisches Ausgangsviertel, und z. B. Strassencafés, in denen Personen regelmässig länger verweilen, gibt es nur wenige. Die Pflege von sozialen Kontakten und der Kommunikation mit anderen Personen steht in diesem Gebiet nicht im Vordergrund. Auch wird das Gelände nicht für Veranstaltungen genutzt. Viel eher wird das Gebiet normalerweise einfach durchquert, wenn nicht gerade Personen auf Busse warten oder auf der Westseite des Bahnhofs mit Personenwagen oder Cars abgeholt werden. Mit anderen Worten: Das Verhalten bzw. die Persönlichkeit einer Person werden dort in einem geringen Ausmass erfasst. Es gibt kaum besonders schützenswerte Lebensbereiche, in denen Personen beobachtet oder registriert werden. Und schliesslich ist auch darauf hinzuweisen, dass keine sogenannte intelligente Videosysteme (auch «Thinking Cameras» genannt) eingesetzt werden, was den Grundrechtseingriff vertiefen würde. Intelligente Videoüberwachung würde Videoanalysen und einen Da-

tenabgleich erlauben. Unter Videoanalyse versteht man Verfahren, welche Bildinhalt und/oder das Videosignal bewerten, insbesondere um Abweichungen festzustellen oder Objekte anhand bestimmter Kriterien (wie Form, Grösse oder Geschwindigkeit) zu erkennen. Als wichtigste Videoanalysefunktionen gelten die Videosensorik, die Objekterkennung, die Biometrie, die Suche in Bildkonserven und die Sabotageüberwachung (Müller, a.a.O., S. 17 ff.). All das wird vorliegend nicht eingesetzt, um auch dadurch die Eingriffsintensität gering zu halten.

j) Das Gericht teilt die Ansicht des Beschwerdeführers nicht, wonach die Bewilligung des Regierungsrats nur ungenügende Massnahmen betreffend Datensicherheit enthalte und insbesondere unklar bleibe, mit welchen Massnahmen die Datensicherheit in Bezug auf die Aufzeichnung, Bearbeitung und Auswertung sowie die Vernichtung konkret sichergestellt werde. Gemäss § 6 Abs. 2 lit. g VideoG muss die Bewilligung Angaben darüber enthalten, mit welchen Massnahmen für die Datensicherheit bei der Aufzeichnung, Bearbeitung, Auswertung sowie Vernichtung der Daten gesorgt wird. Der Grundsatz der Datensicherheit, wie er in § 7 Abs. 1 des Datenschutzgesetzes normiert ist, verlangt, dass die Organe durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen für die Sicherung der Daten sorgen. Daten sind insbesondere vor Verlust, Fälschung, Entwendung, Kenntnisaufnahme, Kopieren und Bearbeiten durch Unbefugte zu sichern. Die regierungsrätliche Bewilligung enthält in Ziff. 8 und in Übereinstimmung mit § 3 lit. b und c VideoV die Auflage, dass jeder Datenzugriff registriert wird und somit im Sinne einer Eingabekontrolle jeder Datenzugriff nachträglich überprüft werden kann. Gemäss Ziff. 10 werden die Datenspeicher in nicht öffentlich zugänglichen Räumen in Datenschränken eingeschlossen, wodurch eine Zugangskontrolle sichergestellt ist. Ziffer 14 bringt eine enge Begrenzung der Personen, welche Zugang zu den Aufzeichnungen haben. Auch die in § 10 Abs. 2 VideoG und § 4 VideoV geregelte Ausbildung der zur Auswertung Berechtigten dient dem Grundsatz der Datensicherheit. Die Regelung von § 12 VideoG, wonach das zuständige Organ durch geeignete technische und organisatorische Massnahmen sicherstellt, dass Daten spätestens nach hundert Tagen (tatsächlich nach 14 Tagen) gelöscht oder innerhalb dieser Frist in ein Strafverfahren überführt werden, ist konkret genug, um betreffend Datenvernichtung den Anforderungen des Datenschutzes gerecht zu werden. Und schliesslich dienen auch die Bestimmungen von § 6 VideoV betreffend Funktionsprüfung und Wartung der Videoüberwachungsanlagen dem Ziel, eine ausreichende Datensicherheit zu erreichen.

k) Aus diesen Umständen ergibt sich, dass – unter der Einschränkung, dass im Gebiet zwischen dem Bahnhof Zug und der Bossard-Arena die Videoüberwachung nur bei Veranstaltungen erfolgt, bei denen mit Ausschreitungen bzw. dem Begehen von strafbaren Handlungen gerechnet werden muss – das gewichtige öffentliche Interesse an der Verhütung und Verfolgung von Straftaten die persönlichen Schutzrechte, die mit dem Mittel der Videoüberwachung beeinträchtigt werden, überwiegt und daher den Betroffenen zumutbar ist.

4. Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass die Beurteilung des Regierungsrats, dass die vorgesehene Videoüberwachung verhältnismässig ist, grundsätzlich Zustimmung verdient. Die Massnahme ist geeignet und erforderlich, um künftige Straftaten zu verhindern und bereits begangene Straftaten zu verfolgen und aufzuklären. Sie erweist sich als zumutbar, stehen dem grossen öffentlichen Interesse doch lediglich weniger gewichtige private Interessen der von der Videoüberwachung betroffenen Personen gegenüber. Sie ist einzig insofern einzuschränken, als dass im Gebiet zwischen dem Bahnhof Zug und der Bossard-Arena die Videoüberwachung nur bei Veranstaltungen erfolgen darf, bei denen mit Ausschreitungen bzw. dem Begehen von strafbaren Handlungen gerechnet werden muss. Bezüglich Letzterem ist die Beschwerde gutzuheissen. Im Übrigen erweist sie sich als unbegründet, weshalb sie in diesem Umfang abzuweisen ist.

(. . .)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 18. Dezember 2018, V 2017 132  
Das Urteil ist bei Redaktionsschluss der GVP 2018 noch nicht rechtskräftig.

## 9. Stimm- und Wahlrecht

### 9.1 § 17 bis Abs. 1 GG, § 67 Abs. 1 lit. a und b WAG

#### **Regeste:**

§ 17 bis Abs. 1 GG, § 67 Abs. 1 lit. a und b WAG – Zur Erhebung einer Stimmrechtsbeschwerde sind sowohl Privatpersonen als auch politische Verbände legitimiert, sofern letztere als Verein nach Art. 60 ff. ZGB konstituiert sind, im Gebiet der jeweiligen Gemeinde aktiv sind und hauptsächlich aus Mitgliedern, die in der infrage stehenden Gemeinde wohnen, bestehen (Erw. 2). Der im Anschluss an eine Gemeindeabstimmung berechnete aber vom Gemeinderat nicht durchgeführte Ordnungsantrag auf Wiederholung der Abstimmung hat die Ungültigkeit der Abstimmung zur Folge (vgl. zum Ganzen Erw. 6, zum berechtigten Ordnungsantrag Erw. 6d sowie zur Folge der Ungültigkeit Erw. 6g).

#### **Aus dem Sachverhalt:**

a. An der Gemeindeversammlung der Einwohnergemeinde A. vom 31. Mai 2017 wurde die Motion der B.-Partei vom Februar 2017 als erheblich erklärt, die den Gemeinderat beauftragte, im Zusammenhang mit der Sanierung/Erneuerung der Ortsdurchfahrt, ebenfalls Tempo-30-Zonen wirtschaftlich zu realisieren. Gleichzeitig wurde der Gemeinderat beauftragt, die Kosten für eine Studie zu ermitteln und einen entsprechenden Kreditantrag vorzulegen. In der Folge beantragte der Gemeinderat der Gemeindeversammlung vom 29. November 2017 unter Traktandum sechs einen Kredit von 46 000 Franken für die Ausarbeitung eines nach Art. 32 Abs. 3

des Strassenverkehrsgesetzes erforderlichen verkehrstechnischen Gutachtens zur Einführung von Tempo 30 im Gemeindegebiet.

b. Bei der ersten Abstimmung der Gemeindeversammlung zu Traktandum sechs wurde der Antrag des Gemeinderates mit 126 Nein-Stimmen gegen 123 Ja-Stimmen abgelehnt. Ein Teilnehmer der Gemeindeversammlung, Z, stellte einen Ordnungsantrag auf «Nachzählung», worauf der Gemeindepräsident wie folgt reagierte: «Gut, das können wir machen. Nochmalige Nachzählung ... Wer für die Tempo-30-Zone ist, soll das jetzt mit Handerheben bezeugen... Wer gegen das Konzept ist, soll das jetzt mit Handerheben bezeugen.» Bei der zweiten Abstimmung gab es 133 Ja-Stimmen und 122 Nein-Stimmen. Anschliessend ging der Gemeindepräsident zu Traktandum sieben (weitere Informationen aus dem Gemeinderat) über. Daraufhin wurde er von einem Stimmberechtigten unterbrochen. Dieser fragte ihn, welches Resultat nun gelte in Anbetracht der Tatsache, dass die Gemeindeversammlung in der ersten Abstimmung den Kredit abgelehnt und in der zweiten Abstimmung dem Kredit zugestimmt habe. Daraufhin ordnete der Gemeindepräsident eine dritte Abstimmung mit folgenden Worten an: «Wer ist dafür, dass wir die 46'000.- Franken ausgeben? ... Wer ist dagegen? Wir machen keine vierte Abstimmung.» Die dritte Abstimmung ergab 128 Ja-Stimmen und 128 Nein-Stimmen. In der Folge erklärte der Gemeindepräsident, dass der Gemeinderat dieses Geschäft auf die nächste Gemeindeversammlung verschiebe.

c. Gegen das im Amtsblatt publizierte Ergebnis der Gemeindeversammlung A. erhoben die C.-Partei, vertreten durch D., sowie die E.-Partei, vertreten durch F., Beschwerde beim Regierungsrat des Kantons Zug. Die Beschwerdeführer beantragten im wesentlichen, die erste Abstimmung mit dem Resultat von 126 Nein-Stimmen zu 123 Ja-Stimmen sei für gültig und sämtliche weiteren Abstimmungen sowie Handlungen des Gemeinderats unter Traktandum sechs für nichtig zu erklären. Mit Beschluss vom 18. Januar 2018 trat der Regierungsrat auf die Beschwerde der C.-Partei und der E.-Partei nicht ein und wies die Beschwerde von D. und F. ab.

d. Gegen diesen Beschluss liessen D. und die C.-Partei am 16. Februar 2018 Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen.

### **Aus den Erwägungen:**

(...)

2. Der Regierungsrat hat lediglich die Beschwerdeberechtigung von D. anerkannt. Vom Gemeinderat wird die Legitimation beider Beschwerdeführer zur Stimmrechtsbeschwerde bestritten.

a) Die Privatperson D. ist gegenüber dem angefochtenen Gemeindeversammlungsbeschluss vom 29. November 2017 als stimm- und wahlberechtigter Einwohner ohne weiteres zur Erhebung der Stimmrechtsbeschwerde befugt. Dies ergibt sich formell schon aufgrund des Grundsatzes der Einheit des Verfahrens in Berücksichtigung von Art. 111 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110) i.V. mit Art. 89 Abs. 3 BGG (BGE 135 I 292 E. 1, 1C\_587/2008 vom 12. August 2009, E. 1). Die Beschwerdeberechtigung in Stimmrechtssachen schliesst an die politische Stimmberechtigung im Sinne einer Organstellung und damit an die Ausübung öffentlicher Interessen an und setzt darum insbesondere kein besonderes persönliches Interesse voraus (vgl. Steinmann, Basler Kommentar BGG, 2. A. 2011, Art. 89 N 71 f.). Schon allein die Tatsache, dass ein Stimmberechtigter Beschwerde führt, weist ein genügendes Interesse an der Wahrung des objektiven Rechts aus (vgl. Josef Hensler, Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Kanton Schwyz, 1980, S. 45). In dem mit dem Inkrafttreten des WAG am 16. Dezember 2006 aufgehobenen § 49 Abs. 2 Ziff. 2 VRG war noch ausdrücklich festgehalten, dass jeder Aktivbürger zur Beschwerde befugt ist.

b) Die Beschwerdelegitimation kommt auch C.-Partei zu. Denn die C.-Partei ist als Verein nach Art. 60 ff. ZGB konstituiert und es ist unzweifelhaft, dass sie im Gebiet der Gemeinde A. aktiv ist und hauptsächlich aus Mitgliedern, die in der Gemeinde A. wohnen, besteht (vgl. Steinmann, a.a.O., N 73 mit Hinweis auf BGE 136 I 352, 376; BGE 134 I 172, 175). Die Legitimation ergibt sich unmittelbar aufgrund der Stellung der politischen Partei im demokratischen Verfahren. Die C.-Partei handelt im Beschwerdeverfahren für die von ihm vertretenen Stimmberechtigten im Hoheitsgebiet der Körperschaft, deren Beschluss angefochten wird (vgl. Patrick Schönbächler, Das Verfahren der Gemeindeversammlung im Kanton Schwyz, 2. Aufl. 2001, veröffentlicht auf der Website <http://www.schoenbaechler.ch/gdevers.pdf><sup>1</sup>, Rz. 86, Fn. 260; Michel Besson, Legitimation zur Beschwerde in Stimmrechtssachen, in: ZBJV 2011, S. 843 ff., hier 853). Entgegen der Ansicht des Gemeinderats steht fest, dass politische Parteien gerade die Wahrung und Vertretung der Interessen der Vereinsmitglieder jedenfalls in politischen Belangen vorsehen, abgesehen davon, dass die Rechtsprechung zur sog. egoistischen Verbandsbeschwerde nur hinsichtlich von Verbänden ohne politische Zielsetzungen heranzuziehen wäre (vgl. dazu Besson, 854).

(...)

6. a) Umstritten und zu prüfen ist zunächst, ob es rechtmässig war, dass der Gemeindepräsident nach dem Abstimmungsresultat der ersten Abstimmung mit dem Resultat von 126 Nein-Stimmen zu 123 Ja-Stimmen weitere Abstimmungen über denselben Verhandlungsgegenstand anordnete.

---

<sup>1</sup><http://www.schoenbaechler.ch/gdevers.pdf>

(...)

d) Grundsätzlich soll das Resultat einer Abstimmung gelten. Selbst ein knappes Abstimmungsergebnis rechtfertigt für sich allein nicht eine Wiederholung einer Abstimmung. Auch wenn keine ausdrücklichen Bestimmungen darüber bestehen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Ergebnisse von Abstimmungen nachzuprüfen sind, darf jedenfalls die Leitung der Gemeindeversammlung nicht nach Belieben, ohne besondere Umstände, auf ein verkündetes Abstimmungsergebnis zurückkommen und eine Wiederholung der Abstimmung anordnen. Wie im Bundesgerichtsentscheid BGE 104 Ia 428, 432 E. 3c, festgehalten wurde, kommt der Wiederholung der Abstimmung unter den Umständen des Stimmenmehrers an der Glarner Landsgemeinde praktisch die Funktion einer Nachzählung zu. Eine solche könne nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch ohne entsprechende kantonale Vorschrift angeordnet werden, wenn sie zur zuverlässigen Feststellung des Abstimmungsergebnisses als geboten erscheine (BGE 101 Ia 245; BGE 98 Ia 85). Im zu beurteilenden Fall habe für den Landammann Anlass bestanden, an der Richtigkeit des von ihm festgestellten Abstimmungsergebnisses zu zweifeln, nachdem dessen Verkündung unter den Stimmbürgern Protest hervorgerufen habe und offenbar auch seitens der Protokollführer auf das Vorliegen eines Irrtums hingewiesen worden sei. In einer derartigen Situation sei es dem Landammann nicht verwehrt, eine Wiederholung der Abstimmung anzuordnen, um das Stimmenverhältnis – nötigenfalls unter Beihilfe der übrigen Regierungsratsmitglieder – nochmals abschätzen zu können. Auf Grund des bundesrechtlichen Anspruches auf richtige Feststellung des Abstimmungsergebnisses sei er zu einem solchen Vorgehen berechtigt.

Aus diesem höchstrichterlichen Urteil ist zu schliessen, dass solche besonderen Umstände etwa dann als erfüllt zu betrachten sind, wenn die Stimmenzählenden einen nur mangelhaften Überblick über das Versammlungslokal hatten, das Ergebnis offensichtlich knapp war und unter Protest entgegengenommen wurde. Richtschnur für diese Beurteilung ist, dass die Demokratie darauf aufbaut, dass sich die unterlegene Minderheit loyal einem Mehrheitsentscheid unterzieht, wobei sich diese Loyalität längerfristig aber nur aufrechterhalten lässt und erwartet werden kann, wenn die Bürgerinnen und Bürger der Überzeugung sind, dass bei Erlass von Volksentscheiden das verfassungs- und gesetzesmassig vorgeschriebene demokratische Verfahren zweifelsfrei beachtet worden ist. Ein Anspruch auf Nachzählung des Abstimmungsergebnisses ist demnach gegeben und einem darauf hinzielenden Begehren muss entsprochen werden, wenn an der Zuverlässigkeit und Genauigkeit der ermittelten Resultate begründete Zweifel vorhanden sind.

Es bedarf jedenfalls besonderer Umstände, damit das Zurücknehmen eines verkündeten Abstimmungsergebnisses gerechtfertigt ist und über das fragliche Geschäft nochmals abgestimmt werden darf, doch darf umgekehrt aufgrund des bundesrechtlichen Anspruches auf richtige Feststellung des Abstimmungsergebnisses die

Hemmschwelle für die Anordnung der Wiederholung der Abstimmung auch nicht zu hoch sein. Wenn begründete Zweifel an der Zuverlässigkeit und Genauigkeit der ermittelten Resultate vorhanden sind, besteht deshalb sogar ein Anspruch auf Wiederholung der Abstimmung (Schönbächler, Rz. 67). Wie Schönbächler überzeugend ergänzt, ist die – auch im vorliegenden Fall im Raum stehende – Missbrauchsgefahr schon von daher klein, als die Wiederholung der Abstimmung durch den personell identischen Abstimmungskörper erfolgt und ohne nennenswerten Aufwand möglich ist. Hingegen würde die Anordnung einer Wiederholung der Abstimmung nicht angehen, wenn sich zwischenzeitlich – vor allem durch das Erscheinen weiterer Stimmberechtigter an der Versammlung – die Mehrheitsverhältnisse allenfalls verschoben haben könnten (Schönbächler, Rz. 67 Fn. 209). Hierfür bestehen vorliegend keine Hinweise. Je klarer das erste Abstimmungsergebnis ausgefallen ist, umso weniger wahrscheinlich ist es zudem, dass eine zweite Abstimmung am Ergebnis etwas ändern könnte. Hinzuzufügen ist, dass dabei vorauszusetzen ist, dass eine Wiederholung der Abstimmung bzw. ein Zurückkommen eine sofortige Anordnung voraussetzt und vorher keine weitere Diskussion vorgeschaltet werden darf.

Zweifellos geht im Falle, dass keine klaren Gründe für eine solche Anordnung bestehen, die Wiederholung einer Abstimmung zur Nachzählung über die ordentliche verfahrensleitende Befugnis des Gemeindepräsidenten hinaus, da eine solche Anweisung eben gerade nicht nur das Verfahren sicherstellt und ordnet, sondern offensichtlich direkte Auswirkungen auf das bereits einmal festgestellte inhaltliche Resultat einer Abstimmung haben kann. Denn im Gegensatz zur geheimen (schriftlichen) Abstimmung, in welcher der Wille der Stimmberechtigten «zementiert», aber allenfalls falsch festgestellt wurde, gibt es bei der Wiederholung offener Abstimmungen erfahrungsgemäss immer Leute, welche sich bei der ersten Abstimmung der Stimme enthalten haben und nunmehr mitstimmen oder aber in Kenntnis des ersten Abstimmungsergebnisses ihre Meinung und damit ihr Abstimmungsverhalten ändern. Deshalb soll nicht ohne Not bzw. willkürlich, etwa nach politischem Belieben der Verfahrensleitung, durch blosses Behaupten einer Unordnung oder – wenn keine vom Versammlungsleiter von Amtes wegen zu berücksichtigende, begründete Zweifel an der Zuverlässigkeit und Genauigkeit der ermittelten Resultate bestehen – nicht ohne formellen Beschluss der Gemeindeversammlung eine Abstimmung wiederholt werden (vgl. Entscheid des Regierungsrats des Kantons Solothurn vom 9. November 2004, E. 2.3.1, einsehbar unter <http://www.appl.so.ch/appl/ger/daten/ger2004/06.pdf><sup>1</sup>). Wenn aber beispielsweise das Abstimmungsergebnis bloss um eine Stimme zwischen Ja und Nein differiert, dann ist es offensichtlich als nachvollziehbar anzusehen, dass am Abstimmungsergebnis, das mittels Handerheben festgestellt wird, Zweifel bestehen können (Entscheid Regierungsrat Kanton Solothurn vom 9. November 2004, E. 2.3.1, <http://www.appl.so.ch/appl/ger/daten/ger2004/06.pdf><sup>2</sup>).

---

<sup>1</sup><http://www.appl.so.ch/appl/ger/daten/ger2004/06.pdf>

<sup>2</sup><http://www.appl.so.ch/appl/ger/daten/ger2004/06.pdf>

e) Die Stimmberechtigten müssen die Möglichkeit des Antrags auf Wiederholung einer Abstimmung als Gegenstand eines Ordnungsantrags haben, nachdem bei begründeten Zweifeln an der Zuverlässigkeit und Genauigkeit der ermittelten Resultate wie erwähnt ein Anspruch auf Wiederholung der Abstimmung besteht. Dies muss insbesondere gelten, falls die Versammlungsleitung nicht selber tätig wird. Auch aufgrund dieses sich aus der Garantie der politischen Rechte ergebenden Anspruchs hat die in § 76 Abs. 2 GG enthaltene Aufzählung von Ordnungsanträgen offensichtlich nur beispielhaften Charakter. Sie ist nicht abschliessend. Bei einem Ordnungsantrag auf Wiederholung einer Abstimmung hat die Gemeindeversammlung aber gemäss § 76 Abs. 2 GG zuerst formell darüber abzustimmen, ob sie nochmals auf die bereits erfolgte Abstimmung zurückkommen möchte. Ohne ausdrückliche Zustimmung der Gemeindeversammlung besteht kein Anspruch der Stimmberechtigten auf ein Rückkommen (vgl. H.R. Thalman, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, 3. A., Wädenswil 2000, § 46 Ziff. 5.6.2). Es ist somit – wie der Regierungsrat zu Recht ausführt – zu unterscheiden, ob die Versammlungsleitung oder die Gemeindeversammlung selbst auf ein Abstimmungsergebnis zurückkommt. Während die Versammlungsleitung nicht nach Belieben auf ein nach Auszählung der Stimmen verkündetes Abstimmungsergebnis zurückkommen und eine Wiederholung der Abstimmung anordnen kann (vgl. den Landsgemeindefall BGE 104 Ia 428 E. 3b), kann die Gemeindeversammlung selbst entscheiden, auf ein Abstimmungsergebnis zurückkommen und die Abstimmung wiederholen zu wollen. Diesbezüglich ist es nicht abwegig, beispielsweise auf das im Kanton Zug bestehende Antragsrecht eines Kantonsratsmitglieds, eine Abstimmung des Kantonsrates zu wiederholen (§ 71 Abs. 2 des Kantonsratsbeschlusses über die Geschäftsordnung des Kantonsrats vom 28. August 2014, GO KR; BGS 141.1), hinzuweisen, da es sich doch um ein demokratisches Abstimmungsverfahren handelt, auch wenn es zutreffend ist, dass parlamentarische Verfahren grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich der politischen Rechte gehören (vgl. Gerald Steinmann, St. Galler Kommentar zu Art. 34 BV, Rz. 5). Das Gemeindegesetz schliesst eine Wiederholung einer Abstimmung jedenfalls nicht explizit aus. Auch zum Zürcher Gemeindegesetz wird denn die Meinung vertreten, dass die Gemeindeversammlung auch ohne explizite Gesetzesbestimmung selbst auf ein Geschäft zurückkommen kann, über welches sie bereits abgestimmt hat (H.R. Thalman, § 46 Ziff. 6.2, recte 5.6.2; Alain Griffel in: GG – Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, Zürich, 2017, § 23 N 26). Nicht einschlägig erscheinen demgegenüber die von den Beschwerdeführern angeführten Entscheide BGer 1C\_582/2016 und BGE 131 I 442 E. 3.3, da einerseits im vorliegenden Fall der Ordnungsantrag gerade unmittelbar im Anschluss an die erste Abstimmung gestellt worden ist und sich andererseits die Situation anlässlich einer Urnenabstimmung nicht auf eine Gemeindeversammlungsabstimmung mit offenem Handmehr übertragen lässt. An der notwendigen Unterscheidung zwischen den Kompetenzen der Versammlungsleitung und der Gemeindeversammlung vorbei geht aber die Ansicht, dass Anträge aus der Versammlung auf Wiederholung einer Abstimmung nicht ohne Weiteres bzw. nur zugelassen werden dürften, wenn Fehler in der Ermittlung des Ergebnisses vorlägen, die für das Ergebnis von entscheidender Bedeutung seien.

Über die Angemessenheit oder die Missbräuchlichkeit einer erneuten Abstimmung kann und soll ja gerade die Gemeindeversammlung mittels Abstimmung befinden. Auch im aargauischen Gemeinderecht ist das Stellen von Wiedererwägungsanträgen ohne spezielle Voraussetzungen gestattet (vgl. AGVE 2002, 621, 623). Demzufolge muss gelten, dass wenn Fehler in der Ermittlung des Ergebnisses oder im Abstimmungsverfahren noch in der Gemeindeversammlung festgestellt oder glaubhaft gemacht werden oder Zweifel über den Ausgang der Abstimmung bestehen, der Präsident die Abstimmung sofort zu wiederholen hat (vgl. H.R. Thalman, § 46 N 6.10, mit Hinweis u.a. auf BGE 101 Ia 245; 98 Ia 85). Im Übrigen entscheidet im Zweifel, wie Thalman überzeugend ausführt, die Versammlung über einen allfälligen entsprechenden Ordnungsantrag. Zum gleichen Ergebnis kommt man, wenn man rechtsvergleichend unter Berücksichtigung von § 59 Abs. 2 des Gemeindegesetzes des Kantons Solothurn (GG, vom 16. Februar 1992, SO BGS 131.1) davon ausgeht, dass wer mit einer verhandlungsleitenden Verfügung – beispielsweise der unterlassenen Wiederholung einer Abstimmung – nicht einverstanden ist, sich sogleich bei der Gemeindeversammlung zu beschweren hat, die unverzüglich entscheidet. Wer also mit einer verhandlungsleitenden Verfügung nicht einverstanden ist, kann sich – mit einem Ordnungsantrag – ungeachtet der Tatsache, dass das zugerische Gemeindegesetz sich dazu nicht äussert, sogleich bei der Gemeindeversammlung beschweren, die unverzüglich entscheidet (dies in Analogie zu § 77 Abs. 4 GG, wonach über Einwände gegen die Festlegung der Abstimmungsfolge von Anträgen die Gemeindeversammlung entscheidet).

f) Im vorliegenden Fall stellte der Versammlungsteilnehmer Z nach der ersten Abstimmung den «Ordnungsantrag... ich bitte um Nachzählung». Da eine eigentliche Nachzählung wegen des offenen Handmehrs im Gegensatz zu einer Urnenabstimmung nicht möglich war, konnte und musste sein Antrag auf Nachzählung nur insofern interpretiert werden, dass er eine Wiederholung der Abstimmung verlangte. Eine andere Würdigung käme entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer einem unzulässigen, überspitzten Formalismus und einer offensichtlichen Verletzung der demokratischen Rechte gleich. So kann den Beschwerdeführern nicht gefolgt werden, wenn sie einwerfen, ungültige Anträge auf Nachzählung könnten nicht «sinn-gemäss» in gültige Anträge auf Rückkommen umgedeutet werden. Denn es kann überhaupt kein Zweifel daran bestehen, dass der Antragsteller nach einem formell an sich angezeigt gewesenen präsidialen Hinweis auf die Unmöglichkeit einer Nachzählung und die formell angebracht gewesene Rückfrage, ob er damit einen Antrag auf Wiederholung stelle, diese Frage bejaht hätte. Unter den gegebenen Umständen bedurfte es einer solchen formellen Bestätigung aber offensichtlich nicht. Nicht gefolgt werden kann weiter der Ansicht der Beschwerdeführer, dass Ordnungsanträge, über die fälschlicherweise nicht abgestimmt werde, nicht pendent blieben, sondern als erledigt zu gelten hätten, wenn nicht rechtzeitig Beschwerde erhoben werde, womit die erste Abstimmung Gültigkeit behielte. Diese Argumentation verfängt hier schon darum nicht, weil der Antragsteller Z angesichts der offensichtlich in seinem

Sinn ausgegangenen weiteren Abstimmungen keinen Anlass hatte, formelle Rügen geltend zu machen. Er wäre dazu auch kaum legitimiert gewesen. Eine solche Rechtsprechung widerspräche gerade dem Sinn und Zweck der Formstrenge im demokratischen Entscheidungsfindungsprozess. Denn der oder die Verfahrensfehler liegen hier klar auf Seiten der Versammlungsleitung und können nicht nachträglich zu Lasten des Stimmberechtigten angerechnet werden, hinter dessen Anliegen wohl auch eine Vielzahl anderer Anwesender standen.

Somit hat Z unmittelbar im Anschluss an die erste Abstimmung zu Traktandum 6 einen gültigen Ordnungsantrag auf Wiederholung der Abstimmung gestellt. Wie der Gemeinderat richtig ausführt, erfolgte der Ordnungsantrag mit Blick auf die konkreten Verhältnisse (hohe Teilnehmerzahl, zumindest teilweise wohl eher unübersichtliche Verhältnisse, etc.) und das knappe Ergebnis jedenfalls nicht rechtsmissbräuchlich, d.h. der Versammlungsleiter konnte den Ordnungsantrag nicht einfach übergehen bzw. formlos nicht darauf eingehen (vgl. den oben schon zitierten Schönbächler, Rz. 67). Ohnehin bedarf es aber für die Abstimmung über einen Ordnungsantrag auf Wiederholung einer Abstimmung keines Nachweises von Unregelmässigkeiten oder Zweifeln über das Verfahren oder die Ermittlung des Abstimmungsergebnisses der ersten Abstimmung. Es ist ein demokratisches Recht. Nicht zu folgen ist deshalb den Beschwerdeführern, wenn sie davon ausgehen, ein Antrag auf Rückkommen habe weder gültig gestellt noch gültig zur Abstimmung gebracht werden können.

g) Der Gemeindepräsident hätte der Gemeindeversammlung unverzüglich mitteilen müssen, dass infolge objektiver Unmöglichkeit der Ordnungsantrag von Z einzig als solcher auf Wiederholung der Abstimmung behandelt werden könne und auch sogleich in diesem Sinne darüber abzustimmen sei. Die Versammlungsleitung hat es aber unterlassen, den zwar richtig verstandenen Ordnungsantrag unverzüglich als solchen der Gemeindeversammlung zur Abstimmung zu unterbreiten. Stattdessen hat sie sogleich noch einmal in der Sache abstimmen lassen. Diese zweite Abstimmung erfolgte ganz offensichtlich unter Umständen, gemäss denen jedenfalls höchst unsicher war, ob die Versammlungsteilnehmerinnen und -teilnehmer über den Abstimmungsmodus bzw. den Gegenstand ihrer Stimmabgabe (Abstimmung über den Ordnungsantrag auf Wiederholung oder materielle Abstimmung in der Sache selbst) im Klaren oder im Ungewissen waren. Wenn der Gemeindepräsident folgende Worte an die Gemeindeversammlung richtete: «Wer für die Tempo-30-Zone ist, soll das jetzt mit Handerheben bezeugen... Wer gegen das Konzept ist, soll das jetzt mit Handerheben bezeugen», dann legten diese Ausführungen für viele Versammlungsteilnehmer nahe, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit die meisten Stimmberechtigten davon ausgegangen sind, dass erneut über die Sache und nicht über einen Ordnungsantrag auf Wiederholung der Abstimmung abgestimmt werde. Dieser Mangel wiegt zweifellos so schwer, dass die zweite Abstimmung keine ordnungsgemässe und gültige Erledigung des Ordnungsantrags darstellen konnte. (Nur am Rande ergänzt sei hier die Bemerkung, dass der Gemeindepräsident bei der

zweiten Abstimmung mit seinen Worten – «Wer für die Tempo 30-Zone ist ...» – gleichzeitig formell auch nicht den zutreffenden Antrag – nämlich den Kredit von Fr. 46'000.– – zur Abstimmung stellte). Erst wenn der Ordnungsantrag angenommen worden wäre, hätte die (Sach-) Abstimmung wiederholt werden können und ein anderes Ergebnis hätte gültig zustande kommen können. Nur bei einer Abweisung des Ordnungsantrags wäre hingegen das Ergebnis der (ersten) Abstimmung unverändert gültig geblieben. Angesichts dieser Rechtslage hängt die erste Abstimmung folglich noch solange in der Schwebe bzw. ist das Verfahren «nicht vollständig durchgeführt worden», bis über den Ordnungsantrag gültig abgestimmt worden ist, ungeachtet der Tatsache, dass formell die Hauptabstimmung – sogar zweimal – wiederholt worden ist (siehe dazu den Entscheid AGVE 2002 S. 621, 623, bei dem allerdings aufgrund der Umstände der Beschluss trotz Mangels nicht aufzuheben war). Angesichts der ungültigen Abstimmung über den Ordnungsantrag von Z war insbesondere auch die nachfolgende dritte Abstimmung über die Sache unzulässig, da auch sie ohne den notwendigen rechtsgültigen Beschluss der Gemeindeversammlung über den Ordnungsantrag auf Wiederholung der Abstimmung erging. Abgesehen davon ergab sie ein Patt, das eine weitere Abstimmung erforderlich gemacht hätte (vgl. § 79 Abs. 1 GG).

Demzufolge kann, wie der Regierungsrat richtig feststellt, das Resultat der ersten Abstimmung entgegen der Betrachtungsweise der Beschwerdeführer nicht als gültig zustande gekommen betrachtet werden. Dabei handelt es sich keineswegs um einen überspitzten Formalismus, sondern um eine notwendige Strenge im demokratischen Abstimmungsverfahren der Gemeindeversammlungsdemokratie. Dass ein Ordnungsantrag, über den infolge Verfahrensfehlers der Versammlungsleitung nicht sofort abgestimmt wird, die Gültigkeit des zuvor erfolgten Abstimmungsganges nicht hindern sollte, würde demgegenüber eine unstatthafte Verkürzung der rechtzeitig geltend gemachten Verfahrensrechte der Stimmberechtigten bedeuten. Nicht nur vermag erst die auf das zuvor beschlossene Rückkommen vorzunehmende Abstimmung in der Sache selber in ihrem Ergebnis die frühere Abstimmung zu ersetzen, wie die Beschwerdeführer geltend machen. Ebenso sehr kann die frühere Abstimmung so lange noch nicht Gültigkeit beanspruchen, als ein formell korrekt erhobener Ordnungsantrag dazu noch nicht erledigt worden ist. Da nur eine rechtsgültig vorgenommene neue Abstimmung das vorherige Resultat ersetzen kann, sind die zweite wie die dritte Abstimmung ungültig. Mit Blick auf das sich aus der Wahl- und Abstimmungsfreiheit ergebende Erfordernis der korrekten Formulierung der Abstimmungsfragen und die rechtmässige Durchführung der Abstimmung ist es von entscheidender Bedeutung, dass die Versammlungsteilnehmerinnen und -teilnehmer über das von der Versammlungsleitung gewählte Abstimmungsverfahren jederzeit im Bilde sind und deshalb in der Lage sind, die Tragweite ihres Abstimmungsverhaltens abzuschätzen (vgl. RRB vom 18. August 1998, ZBI 2000, 48 ff., 50, E. 3b).

(...)

i) Schliesslich ist festzustellen, dass die Gemeindeversammlung über Ordnungsanträge gemäss § 76 Abs. 2 GG unmittelbar nach ihrer Erhebung abzustimmen hat, weshalb über den Antrag von Z nicht nachträglich an der nächsten Gemeindeversammlung abgestimmt werden kann. Der Gemeinderat hat deshalb das Geschäft neu noch einmal an der Gemeindeversammlung zu traktandieren und zur Abstimmung zu bringen, ohne dass es sich also formell um eine Abstimmungswiederholung im Sinne von § 79 GG handeln würde. Die Beschwerdeführer bringen hierzu vor, dass die Verschiebung der Vorlage auf die nächste Gemeindeversammlung ungültig sei, da der Gemeinderat die weitere Beratung und die Abstimmung von Gesetzes wegen nur dann auf eine spätere Gemeindeversammlung verschieben könne, wenn er die Auswirkungen von materiellen Änderungsanträgen näher abklären wolle (§ 76 Abs. 1 und 3 Gemeindegesetz), und dass über eine Verschiebung auf die nächste Versammlung höchstens die Gemeindeversammlung selber beschliessen könnte, sofern das mit dem Willkürverbot, der Rechtsgleichheit und allfällig zu beachtenden Fristen vereinbar sei. Hierzu ist festzustellen, dass in der konkreten Konstellation und ausgehend von der vom Gemeinderat – zu Recht oder zu Unrecht – getroffenen Verschiebung des Geschäfts gar kein anderes Vorgehen mehr in Frage kommen kann. Auf diesen Fall sind offensichtlich nicht die allgemein gültigen Voraussetzungen für die Wiederholung von Abstimmungen anwendbar. Jedenfalls kann den Beschwerdeführern nicht gefolgt werden, wenn sie auch mit dieser Argumentation verlangen, dass als Ergebnis der verunglückten Behandlung des Traktandums 6 doch noch die Anerkennung der Gültigkeit der ersten Abstimmung resultieren müsse. Dies käme erneut einer Geringschätzung der demokratischen Instrumente gleich, während die Neuansetzung des Traktandums offensichtlich keine Rechte der Verfahrensbeteiligten oder Dritter beeinträchtigt, sondern vielmehr doch noch zu einer demokratisch legitimierten Entscheidung führen soll. Mit Giovanni Biaggini kann hier nur konstatiert werden, dass die Versammlungsdemokratie nun einmal «problemanfällig» ist (Biaggini, Kommentar BV, Zürich 2007, Art. 34 N 16). Mit den Beschwerdeführern ist aber festzustellen, dass auch ihre gegen die Verschiebung des Geschäftes auf eine weitere Gemeindeversammlung erhobene Rüge zulässig ist, auch wenn sie an der Gemeindeversammlung keinen entsprechenden Ordnungsantrag gestellt haben. Die Einhaltung des Rügeprinzips verlangt tatsächlich nicht, dass gegen jeden einzelnen Schritt förmlich Protest erhoben oder gar ein Ordnungsantrag eingereicht werden muss. Es reicht in diesem Zusammenhang, dass das Gericht wie die Vorinstanz davon ausgeht, dass seitens der Beschwerdeführer die Rügepflicht erfüllt worden ist.

j) Somit ergibt sich, dass es bezüglich des Traktandums 6 an einem gültigen Beschluss der Gemeindeversammlung fehlt. Demzufolge hat der Regierungsrat die Beschwerde und den Antrag der Beschwerdeführer, die erste Abstimmung mit dem Resultat von 126 Nein-Stimmen zu 123 Ja-Stimmen sei für gültig und sämtliche weiteren Abstimmungen sowie Handlungen des Gemeinderats unter Traktandum sechs seien für nichtig zu erklären, zu Recht abgewiesen. Indessen ist der Regierungs-

rat zu Unrecht nicht auf die Beschwerde der C.-Partei eingetreten. Wie vom Regierungsrat angeordnet worden ist, hat der Gemeinderat das Geschäft nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils der Gemeindeversammlung notwendigerweise erneut vorzulegen. Demzufolge liegt keine Unregelmässigkeit im Sinne von § 67 WAG i.V.m. § 17bis des Gemeindegesetzes vor und muss die Beschwerde abgewiesen werden.

(. . .)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. Oktober 2018, V 2018 20  
Das Urteil ist rechtskräftig.

## II. Zivilrecht

### 1. Gesellschaftsrecht

#### 1.1 Art. 731b OR

##### **Regeste:**

Art. 731b OR – Mängel in der Organisation der Gesellschaft. Ein Streit oder eine Unklarheit über die Eigentumsverhältnisse an einer juristischen Person stellen in der Regel keinen Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b OR dar.

##### **Aus den Erwägungen:**

4. [Prüfung der Frage, ob eine unklare oder umstrittene Aktionärsstruktur einen Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b OR darstellt].

4.1 Ob unklare Eigentumsverhältnisse einen Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b OR darstellen, kommt in dieser Bestimmung nicht klar zum Ausdruck. Die Auffassungen in Lehre und Rechtsprechung sind uneinheitlich (einen Organisationsmangel bejahend etwa: Schönbächler, a.a.O. [Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, 2013], S. 137; verneinend: Lorandi, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 11/2008 S. 1378 ff., 1380; Urteil des Kantonsgerichts Zug, Einzelrichter, vom 28. August 2012 E. 3.1, in: GVP 2012 S. 156 f.). Art. 731b OR ist auslegungsbedürftig. Bei der Auslegung von Gesetzen befolgen Lehre und Rechtsprechung einen Methodenpluralismus. Nebst dem grammatikalischen Auslegungselement existieren das systematische, das historische und das teleologische Element (BGE 141 III 155 E. 4.2; Emmenegger/Tschentscher, Berner Kommentar, 2012, Art. 1 ZGB N 166 ff. mit Hinweisen).

4.2 Primäres Auslegungsmittel ist der Wortlaut (grammatikalische Auslegung). Gemäss Wortlaut von Art. 731b OR liegt ein Organisationsmangel vor, wenn «der Ge-

sellschaft eines der vorgeschriebenen Organe [fehlt] oder [...] eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt [ist]». Organe einer Aktiengesellschaft sind die Generalversammlung, der Verwaltungsrat und – sofern kein Opting-out beschlossen wurde – die Revisionsstelle (Art. 698 ff. OR). Die Generalversammlung wiederum setzt sich zusammen aus den Aktionären der Gesellschaft. Wo keine Aktionäre eruierbar sind, fehlt die Generalversammlung und es liegt ein Organisationsmangel vor (vgl. Schönbächler, a.a.O., S. 137). Wo hingegen Aktionäre eruierbar sind, unter diesen jedoch strittig ist, wem welche und wie viele Aktien gehören, «fehlt» die Generalversammlung nicht. Ausserdem führt ein Streit über die Zusammensetzung nicht dazu, dass die Zusammensetzung «nicht rechtmässig» wäre. Folglich fällt die Konstellation unklarer Eigentumsverhältnisse vom Wortlaut her nicht unter Art. 731b OR.

4.3 Unter systematischen Gesichtspunkten der Auslegung sprechen insbesondere zwei Gründe dagegen, dass unklare Eigentumsverhältnisse einen Organisationsmangel darstellen.

4.3.1 Der erste Grund ist, dass das Organisationsmängelverfahren nach Art. 731b OR keine passenden Massnahmen zur Beseitigung unklarer Eigentumsverhältnisse kennt.

Die Androhung der Auflösung für den Fall der Nichtbehebung (beispielsweise für den Fall der Nichtanhebung einer Feststellungs- oder Gestaltungsklage) innert Frist (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 1 OR) passt nicht, da die Interessen der Aktionäre bzw. jener, die behaupten Aktionäre zu sein, gegenläufig sein dürften, und demnach die Frist einseitig gegen bestimmte Aktionäre liefe. Von Massnahmen jedoch, die im Kern einem Aktionär den Standpunkt des anderen aufzwingen, ohne dass Gewähr für die Überlegenheit des einen oder anderen Standpunktes besteht, hat der Organisationsmängelrichter abzusehen (Schönbächler, a.a.O., S. 310). Ausserdem richtet sich die Organisationsklage gegen die Gesellschaft (Schönbächler, a.a.O., S. 363), weshalb folgerichtig die zur Beseitigung des Mangels notwendigen Vorkehrungen von der Gesellschaft und nicht von Dritten, wie Aktionären, vorzunehmen wären. Sodann wäre die Androhung der Auflösung ohnehin höchstens dann praktikabel, wenn der Organisationsmängelrichter, die Gesellschaft und das Aktionariat wissen, wessen Aktionärseigenschaften umstritten sind, damit entsprechende Anordnungen an die entsprechenden Personen verlangt und gerichtet werden könnten. Die Aktionärseigenschaft muss aber nicht zwingend nur zwischen den Prozessparteien oder Nebenintervenienten eines Organisationsmängelverfahrens umstritten sein. Das Wissen um alle strittigen Eigentumsverhältnisse in einer Gesellschaft dürfte insbesondere (aber nicht nur) bei Gesellschaften mit mehreren (Inhaber-)Aktionären oft fehlen. Damit sich eine Anordnung dennoch an alle potentiellen Aktionäre richtet, wäre prima vista eine Publikation im SHAB in Erwägung zu ziehen. Bei Gesellschaften, die nicht von allgemeinem öffentlichen Interesse sind (also bei vielen kleineren Gesell-

schaften), ist eine SHAB-Publikation ohne gesetzliche Grundlage aber gerade nicht zulässig (vgl. Art. 3 Abs. 1 der Verordnung über das Schweizerische Handelsamtsblatt [SR 221.415]). Im Weiteren wäre es unverhältnismässig (vgl. zum Erfordernis der Verhältnismässigkeit Schönbächler, a.a.O., S. 190), wenn Gesellschaften letztlich aufgelöst werden müssten, bloss weil sich gewisse Aktionäre über ihren Anteil streiten (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR). Ausserdem wäre mit der Auflösung das Problem unklarer Eigentumsverhältnisse nicht gelöst, sondern es würde sich spätestens bei der Verteilung des Liquidationsüberschusses von Neuem stellen.

Die Ernennung des fehlenden Organs als weitere im Gesetz genannte Massnahme (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 erste Variante OR) – bei unklaren Eigentumsverhältnisse also die «Ernennung einer Generalversammlung» – ist nicht möglich. Auch ein Sachwalter (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 zweite Variante OR) kann die Generalversammlung als oberstes Willensbildungsorgan der Gesellschaft nicht ersetzen (so auch Schönbächler, a.a.O., S. 218). Darüber hinaus kann ein Sachwalter auch als Exekutivorgan (als Ersatz für den Verwaltungsrat) den Streit zwischen Aktionären höchstens schlichten, ihn jedoch nicht endgültig entscheiden.

Die in Art. 731b OR genannten Massnahmen sind zwar nicht abschliessend. Doch weitere, im Gesetz nicht genannte, gerichtlich anzuordnende Massnahmen, die nicht am Ziel – nämlich der Schaffung klarer Eigentumsverhältnisse – vorbeischiessen, sind nicht ersichtlich. So wäre beispielsweise die Anordnung einer Versteigerung oder eines «buyouts» (vgl. Schönbächler, a.a.O., S. 310 f.) unverhältnismässig, da strittige Eigentumsverhältnisse klageweise, das heisst in einem kontradiktorischen Verfahren, geklärt werden können (vgl. BGE 81 II 197; Urteil des Bundesgerichts 4A\_248/2015 vom 15. Januar 2016 E. 4.3; Lorandi, a.a.O., S. 1378 und 1380 [Fn 28]). Die Versteigerung oder das «buy-out» werden als Massnahmen bei Pattsituation empfohlen. Bei Pattsituationen ist indes zu beachten, dass diese – im Unterschied zu unklaren Eigentumsverhältnissen – klageweise nicht geklärt werden können und insofern auch nicht geklärt werden müssen, als die Rechtslage dort unstrittig ist. Entsprechend ist auch die ebenfalls in diesem Zusammenhang erwähnte Massnahme, wonach der Richter gestützt auf Art. 731b OR den Sollaktionären definitiv Eigentum an ihren Aktien «zuspricht» (vgl. Lieberherr/Vischer, a.a.O., S. 303 f.; s. auch Art. 166 OR [«richterliches Urteil»]), bei unklaren Eigentumsverhältnissen abzulehnen. Hinzu kommt, dass Eingriffe des Richters in die Aktionärsstruktur eine formelle Enteignung darstellen können, wofür Art. 731b OR keine hinreichende gesetzliche Grundlage böte (vgl. Steffen, Die interne Handlungsfähigkeit der Aktiengesellschaft, 2016, N 751).

4.3.2 Der zweite Grund, der bei systematischer Betrachtungsweise dagegen spricht, unklare Eigentumsverhältnisse als Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b OR zu behandeln, liegt in der für Organisationsklagen anwendbaren Verfahrensart.

Das Verfahren nach Art. 731b OR ist ein summarisches Verfahren gemäss Art. 248 ff. ZPO. [...] Wo der Mangel [in der Organisation] liquid und unbestritten ist, ist die [im summarischen Verfahren festzulegende] Auflösungsfolge grundsätzlich nicht weiter bedenklich. Wo aber die Eigentumsverhältnisse umstritten und vom Gericht endgültig zu klären sind, eignet sich das summarische Verfahren nicht (vgl. auch BGE 142 III 321 E. 4.4.1, wonach das summarische Verfahren ungeeignet ist, um materiellrechtliche Verpflichtungen zu klären). Zwecks Klärung der Eigentumsverhältnisse stehen den Betroffenen Rechtsbehelfe im ordentlichen Verfahren zur Verfügung und zwar solche (namentlich die Feststellungsklage nach Art. 88 ZPO [vgl. BGE 81 II 197]), für die keine Quoren erforderlich sind (die Auflösungsklage [Art. 736 Ziff. 4 OR] etwa kann nur von Aktionären erhoben werden, die mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals vertreten).

4.3.3 Aus diesen systematischen Überlegungen ist die Subsumtion unklarer Eigentumsverhältnisse unter Art. 731b OR abzulehnen.

4.4 Es bleibt die teleologische Auslegung. Ratio legis von Art. 731b Abs. 1 OR ist der Schutz vor Verletzungen von Normen, die im öffentlichen Interesse aufgestellt worden sind und die dem Verkehrsschutz bzw. dem Funktionieren des Geschäftsverkehrs und der Wirtschaftsordnung als Ganzes dienen sollen. Es geht um die Durchsetzung zwingender Organisationsvorgaben, mit denen die Funktions- und Handlungsfähigkeit der Gesellschaft gewährleistet werden soll. Den Parteien eines Verfahrens nach Art. 731b OR fehlt daher die Verfügungsbefugnis über den Streitgegenstand. Sie können das Verfahren beispielsweise nicht durch Vergleich beenden (Schönbächler, a.a.O., S. 28 f.; Urteil des Bundesgerichts 4A\_457/2010 vom 5. Januar 2011 E. 2.2.1; Watter/Pamer-Wieser, a.a.O. [Basler Kommentar, 5. A. 2016], Art. 731b OR N 1 ff.; Lorandi, a.a.O., S. 1380; Botschaft vom 19. Dezember 2001 zur Revision des Obligationenrechts [GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht], BBl 2001, 3231 f.; Urteil des Obergerichts Zürich LF110043 vom 10. August 2011 E. 2.6.3).

4.4.1 Uneinigkeiten über die Aktionärserschaft bzw. fehlende lückenlose Nachweise der Übertragungskette von Aktien dürften in der Praxis oft vorkommen, insbesondere, weil vielen Aktionären und Gesellschaften die Erfordernisse für die Übertragung von Aktien nicht bekannt sind (vgl. Blum, a.a.O., S. 695). Die Funktionsfähigkeit einer Unternehmung ist deswegen aber noch nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt (unzutreffend Lieberherr/Vischer, a.a.O., S. 299). Denn der amtierende Gesamtverwaltungsrat trifft die für die Feststellung der Stimmrechte an der Generalversammlung erforderlichen Massnahmen. Das bedeutet, er entscheidet, wer sich gültig als Aktionär ausweist (vgl. Art. 702 OR; Dubs/Truffer, Basler Kommentar, a.a.O., Art. 702 OR N 22). Wo ein Aktienbuch vorhanden ist, hat er sich auf dieses zu stützen. Dieses ist für den Verwaltungsrat verbindlich, solange die Einträge darin nicht durch eine neue Transaktion gelöscht werden oder sehr schwerwiegen-

de materielle Anhaltspunkte dafür auftauchen, dass das Ergebnis der Legitimationsprüfung (bei der Eintragung im Aktienbuch) unrichtig war, dass die Zustimmung der Gesellschaft (bei vinkulierten Namenaktien) nicht rechtsbeständig erwirkt wurde oder dass ein Umgehungsgeschäft im Sinne von Art. 691 OR vorliegt (vgl. Böckli, a.a.O., § 6 N 325). Gestützt auf den Entscheid des Verwaltungsrates über die Zulassung zur Generalversammlung können Versammlungen weiterhin abgehalten und Beschlüsse gefällt werden. Wo der Verwaltungsrat die Zulassung gewisser Aktionäre – aus Sicht anderer Aktionäre – falsch beurteilt, er beispielsweise einen Aktionär trotz fehlender lückenloser Zessionskette als Aktionär mit Stimmrecht anerkennt, kann dagegen mit aktienrechtlichen Rechtsbehelfen vorgegangen werden, so beispielsweise mit der Stimmrechtsklage nach Art. 691 OR (vgl. Böckli, a.a.O., § 16 N 174 [Fn 427]; Lieberherr/Vischer, a.a.O., S. 300, sehen darin sogar einen Nichtigkeitsgrund nach Art. 706b OR). Das Funktionieren des Geschäftsverkehrs oder der Wirtschaftsordnung ist bei strittigen oder unklaren Eigentumsverhältnissen aber nicht eingeschränkt oder ausgeschlossen. Die Gesellschaft bleibt handlungsfähig. Bei Pattsituationen (ein häufig genanntes Beispiel für einen Organisationsmangel) gestaltet sich die Ausgangslage anders. Dort können gar keine Entscheidungen mehr gefällt werden (sogenannter «Deadlock»). Anders ist die Situation ferner dort, wo sich der Verwaltungsrat weigert oder ausser Stande sieht, die für die Durchführung einer Generalversammlung notwendige Anzahl von Aktien – wo statutarisch nichts anderes festgelegt wird (Präsenzquorum), ist die Versammlung bei Anwesenheit bereits einer Aktienstimme beschlussfähig – zuzulassen, und folglich keine Generalversammlungen mehr stattfinden. Die vollständige Nichtzulassung hat jedoch nichts damit zu tun, dass die Aktionärseigenschaft strittig oder unklar ist. Denn wo diese strittig oder unklar ist, hat sich der Verwaltungsrat, wie erwähnt, zu Gunsten eines Aktionärs bzw. bestimmter Aktionäre zu entscheiden, weshalb es nicht per se unmöglich ist, die Generalversammlung zu konstituieren (unzutreffend daher Steffen, a.a.O., N 679). Einen Entscheid, gar keinen Aktionär zuzulassen, dürfte der Verwaltungsrat nur dann fällen, wenn kein Aktionär eruierbar ist, mithin keiner einen Eigentumsanspruch an den Aktien geltend macht oder überhaupt keine Angaben zur Herkunft bzw. Übertragungskette vorliegen (quasi-herrenlose Aktien). Wo eine Übertragungskette ansatzweise bekannt ist, diese aber Lücken aufweist, hat der Verwaltungsrat grundsätzlich das seiner Ansicht nach letzte gültige Glied der Kette (oder dessen Erben) als Aktionär zuzulassen und nach Massgabe der Statuten zur Generalversammlung einzuladen. Der Verwaltungsrat darf sich nicht ohne Weiteres mit einem Nicht-Entscheid begnügen. Wo zudem ein Aktienbuch vorhanden ist, hat sich der Verwaltungsrat, wie erwähnt, primär auf dieses zu stützen. Aus teleologischen Überlegungen liegt somit nicht per se ein Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b OR vor, bloss weil die Aktionärsstrukturen unklar oder strittig sind.

4.4.2 Gegen die Anwendung von Art. 731b OR bei unklaren oder strittigen Aktionärsstrukturen spricht auch folgende teleologische Überlegung: Würde jede Unei-

nigkeit unter Aktionären über die Aktionärserschaft oder jeder Fall, bei dem eine lückenlose Übertragungskette für sämtliche Aktien fehlte, einen Organisationsmangel darstellen, dann litte wohl ein Grossteil schweizerischer Aktiengesellschaften, insbesondere KMUs, unter einem Organisationsmangel. Eine «flächendeckende» Anwendung von Art. 731b OR, der für die Behebung eines solchen « Mangels » ohnehin keine praktische Handhabe bietet (E. 4.3.1), wäre zweckfremd und entspräche kaum der ratio dieser Bestimmung.

4.5 Die historische Auslegung hilft nicht weiter. Mit der Implementierung von Art. 731b OR wurde bezweckt, eine einheitliche und übersichtliche Ordnung für Mängel in der Organisation juristischer Personen zu schaffen und die an verschiedenen Orten verstreuten, zum Teil nicht aufeinander abgestimmten Regelungen zusammenzufassen. Doch weder aus Lehre und Rechtsprechung zu diesen Vorgängerbestimmungen (vgl. die Übersicht bei Schönbächler, a.a.O., S. 20 [Fn 45]) noch aus den Materialien über die Entstehungsgeschichte von Art. 731b OR selbst (vgl. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts vom 19. Dezember 2001, BBl 2002 S. 3148 ff.; Schönbächler, a.a.O., S. 20 und 25 f.) lassen sich Erkenntnisse zur vorliegenden Fragestellung gewinnen.

4.6 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass aufgrund der grammatikalischen, systematischen und teleologischen Auslegung von Art. 731b OR ein Streit oder eine Unklarheit – die Fälle der quasi-herrenlosen Aktien vorbehalten – über die Eigentumsverhältnisse an einer juristischen Person keinen Organisationsmangel im Sinne dieser Bestimmung darstellt. [...]

Entscheid des Kantonsgerichts Zug ES 2016 550 vom 24. April 2017

Die gegen diesen Entscheid erhobene Berufung wurde rechtskräftig abgewiesen.

## **2. Familienrecht**

### **2.1 Art. 286 Abs. 2 ZGB; Art. 129 Abs. 1 ZGB**

#### **Regeste:**

Art. 286 Abs. 2 ZGB; Art. 129 Abs. 1 ZGB – Zur Frage, ob die dem gekündigten und in der Folge arbeitslos gewordenen Unterhaltsschuldner ausbezahlte Abgangsschädigung (nebst den Arbeitslosentaggeldern) als Einkommen anzurechnen ist.

#### **Aus dem Sachverhalt:**

1. Die Parteien haben am [...] 1998 vor dem Zivilstandsamt [...] geheiratet. Aus ihrer Ehe sind die Kinder C., geb. [...], D., geb. [...], und E., geb. [...], hervorgegangen.

2. Mit Urteil des Kantonsgerichts Zug vom 14. April 2010 wurde – gestützt auf eine von den Parteien während des Verfahrens eingereichte Vereinbarung über die Scheidungsfolgen – die Ehe der Parteien geschieden, die elterliche Sorge über die Kinder der Beklagten zugeteilt und der Kläger verpflichtet, folgende Unterhaltsbeiträge zu bezahlen (. . .):

- für die Kinder: je CHF 1'200.– bis zum erfüllten 12. Altersjahr, je CHF 1'320.– vom 13. bis zum erfüllten 16. Altersjahr und je CHF 1'430.– vom 17. Altersjahr bis zum Abschluss einer Erstausbildung (Ziff. 2.3 des Urteils);

- für die Beklagte: CHF 2'200.– bis 31. August 2015 und CHF 1'500.– bis 31. August 2021 (Ziff. 3.1 des Urteils).

Die Vereinbarung über die Scheidungsfolgen basierte auf einem Einkommen des Klägers von CHF 11'800.– netto pro Monat (inkl. 13. Monatslohn, exkl. Kinderzulagen; E. 7 des Urteils).

[...]

4. Am 20. Juni 2016 kündigte die damalige Arbeitgeberin des Klägers, die F. AG, [...], das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger. Ab dem 20. Juli 2016 wurde der Kläger bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. Dezember 2016 freigestellt (vgl. Ziffer 1 des «Settlement Agreements» vom 24./30. Juni 2016 [. . .]). Seit 1. Januar 2017 ist der Kläger arbeitslos und bezieht Arbeitslosentaggelder, die sich im Jahre 2017 im Schnitt auf monatlich CHF 9'100.– (wenn der Januar mit den Wartetagen nicht miteingerechnet wird) beliefen (Abrechnungen der Arbeitslosenkasse [. . .]). Gemäss Ziffer 2 des Settlement Agreements erhielt der Kläger von der F. AG, [...], eine Abfindung («severance») von brutto CHF 149'243.00, einen Bonus für das Jahr 2016 («bonus for 2016») von brutto CHF 77'458.00 und einen Betrag von brutto CHF 22'432.00 für ausstehende Ferienguthaben («remaining holiday entitlement payout»).

5. Am 30. Oktober 2017 reichte der Kläger beim Kantonsgericht Zug, Einzelrichter, gegen die Beklagte die vorliegende Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils ein [er beantragte die Aufhebung von Ziff. 2.3 und Ziff. 3.1 des Urteils des Kantonsgerichts Zug vom 14. April 2010 und die Neufestlegung dieser Unterhaltsbeiträge].

### **Aus den Erwägungen:**

2. Der Kläger verlangt eine Abänderung des Urteils des Kantonsgerichts Zug vom 14. April 2010 sowohl betreffend die Kinderunterhaltsbeiträge als auch betreffend den nahehelichen Ehegattenunterhaltsbeitrag.

2.1 Den Beitrag für den Kinderunterhalt hat das Gericht auf Antrag eines Elternteils oder des Kindes neu festzusetzen, wenn sich die Bedürfnisse des Kindes, die Leistungsfähigkeit der Eltern oder die Lebenskosten ändern. Vorausgesetzt ist, dass sich die Verhältnisse erheblich geändert haben (Art. 286 Abs. 2 ZGB). Erheblich ist eine Veränderung, wenn sie die nach Art. 285 ZGB massgebenden Parameter der Beitragsbemessung betrifft und im Hinblick auf die Berechnung des Kinderunterhaltsbeitrages bezüglich Dauer und Ausmass von Gewicht ist. Nicht erforderlich ist die fehlende Voraussehbarkeit der Veränderung im Zeitpunkt der ursprünglichen Festlegung der Unterhaltsbeiträge, soweit der Veränderung tatsächlich nicht Rechnung getragen worden ist (vgl. BGE 131 III 189 E. 2.7.4; Aeschlimann, in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], FamKomm, 3. A. 2017, Band I: ZGB, Art. 286 ZGB N 5).

Den nahehelichen Unterhaltsbeitrag zugunsten eines Ehegatten kann das Gericht bei erheblicher und dauernder Veränderung der Verhältnisse herabsetzen, aufheben oder für eine bestimmte Zeit einstellen (Art. 129 Abs. 1 ZGB). Nachträgliche Veränderungen der Verhältnisse begründen nur dann eine Abänderung des Entscheids, wenn sie bei der Festsetzung der Rente nicht zum Voraus berücksichtigt wurden (BGE 131 III 189 E. 2.7.4).

2.2 Der Kläger begründet die Veränderung der Verhältnisse im Hauptstandpunkt (einzig) damit, dass ihm gekündigt worden sei und er seit 1. Januar 2017 nicht mehr den damaligen Lohn, sondern Arbeitslosentaggelder beziehe ([...]; zu den Eventualbegründungen s. E. 2.7.5 und 2.7.6). Die Beklagte wendet ein, unter Berücksichtigung der Abgangsentschädigung, die über die Dauer von 24 Monaten verteilt (maximaler Taggeldanspruch) zu den Arbeitslosentaggeldern hinzuzurechnen sei, sei gar keine Verschlechterung der finanziellen Situation beim Kläger zu erkennen (...). Der Kläger verweist auf die Berechnung der Abgangsentschädigung und behauptet gestützt darauf, die Abgangsentschädigung sei als Entschädigung für geleistete Dienste und nicht als Entschädigung zur Abfederung künftiger Lohneinbussen zu verstehen. Es habe sich bei der Abgangsentschädigung um eine freiwillige Leistung seines Arbeitgebers und somit um eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR gehandelt, welche im Sinne einer zusätzlichen Vergütung als Anerkennung für bereits geleistete Dienste und als Ansporn für künftige Tätigkeiten ausgerichtet werde. Deshalb sei sie bei der Ermittlung des Einkommens nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zu berücksichtigen (...). Die Beklagte entgegnet, dass es aus unterhaltsrechtlicher Sicht irrelevant sei, welche Kriterien für die Berechnung der Abgangsentschädigung herbeigezogen würden. Eine Abgangsentschädigung bleibe eine Abgangsentschädigung (...).

2.3 Mithin stellt sich die Frage, ob die Abgangsentschädigung («Severance») als Einkommen anzurechnen ist und, gegebenenfalls, für welche Dauer. Gemäss älterer Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Zürich wurden Abfindungszahlungen bei der Unterhaltsberechnung nicht berücksichtigt, mit der Begründung, es handle

sich um Vermögen des Arbeitnehmers (Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich LP050011 vom 20. Juni 2015; zitiert nach Maier, Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen im Familienrecht, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung der neuen ZPO, FamPra.ch 2014 S. 302 ff., 336). Nach neuerer Praxis rechnet das Obergericht des Kantons Zürich Abgangsentschädigungen als Einkommen des Berechtigten an. In einem Entscheid aus dem Jahre 2011 tat es dies mit der Begründung, dass diese zur Abfederung des Stellenverlustes ausgerichtet worden sei (Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich LP090044 vom 1. Juli 2011 E. 3.4.2b; Maier, a.a.O., S. 336). Das Kantonsgericht Basel-Landschaft berücksichtigte eine Netto-Abgangsentschädigung als Einkommen, wenn mit ihr die Kompensation eines mit dem Stellenverlust zusammenhängenden Erwerbsausfalls bezweckt wird (Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft 400 14 68 vom 27. Mai 2014 E. 7). Das Bundesgericht erwog in einem Verfahren betreffend Abänderung des Kindesunterhalts, dass es nur dann gerechtfertigt sei, eine Entlassungsentschädigung allein für die Zeit der Arbeitslosigkeit anzurechnen, falls die Entschädigung zur Überbrückung einer der Kündigung nachfolgenden Arbeitslosigkeit erfolgt sei (Urteil des Bundesgerichts 5A\_90/2017 vom 24. August 2017 E. 7.2.3).

2.4 Die Frage, ob eine Abgangsentschädigung als Einkommen anzurechnen ist, stellt sich namentlich auch im Arbeitslosenversicherungsrecht (vgl. etwa Blesi, Abgangsentschädigung des Arbeitgebers: Ungereimtheiten im Arbeitslosenversicherungsrecht, ARV 2006 S. 85 ff.) oder im Steuerrecht (vgl. etwa Blöchliger, Wann haben Abgangsentschädigungen Vorsorgecharakter?, StR 63/2008 S. 498 ff.). Die Anrechnungskriterien sind jeweils unterschiedlich.

2.4.1 Im Arbeitslosenversicherungsrecht gilt gemäss Art. 11a Abs. 1 AVIG beispielsweise der Arbeitsausfall so lange nicht als anrechenbar, als freiwillige Leistungen des Arbeitgebers den durch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses entstehenden Verdienstaufschlag decken. Anlass zur Einführung dieser Bestimmung war, dass «allgemein als stossend empfunden [wurde], wenn Versicherte ausserordentlich hohe Leistungen von ihrem ehemaligen Arbeitgeber erhalten und vom ersten Tag an Arbeitslosenentschädigung beziehen können» (Botschaft zu einem revidierten Arbeitslosenversicherungsgesetz vom 28. Februar 2011, BBl 2001 2245, 2278). Nach dieser Regelung liegt bei der Ausrichtung von freiwilligen Leistungen grundsätzlich kein anrechenbarer Arbeitsausfall (also kein Verdienstaufschlag) vor (Blesi, a.a.O., S. 88). Als freiwillige Leistungen gelten gemäss Art. 10a AVIV Leistungen des Arbeitgebers bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses, die nicht Lohn- oder Entschädigungsansprüche nach Art. 11 Abs. 3 AVIG darstellen. Entschädigungsansprüche wiederum sind Ansprüche, die der gekündigten Person für die Zeit nach der (tatsächlichen und rechtlichen) Beendigung des Arbeitsverhältnisses zustehen. Es geht im Wesentlichen um Schadenersatzansprüche gegenüber dem ehemaligen Arbeitgeber wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung bzw. wegen gerechtfertigter fristloser Kün-

digung durch den Arbeitnehmer (Blesi, a.a.O., S. 89). Ob die Abgangsentschädigung (vertraglich) geschuldet ist oder ob sie freiwillig erfolgt, spielt für die Qualifikation nach Art. 11 Abs. 3 AVIG keine Rolle (BGE 128 V 176 E. 3c).

2.4.2 Im Steuerrecht ist auf die Praxis der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) hinzuweisen. Demnach haben Abgangsentschädigungen Vorsorgecharakter, wenn sie ausschliesslich und unwiderruflich dazu dienen, die mit den Risiken Alter, Invalidität und Tod verbundenen finanziellen Folgen zu mildern. Dazu gehören beispielsweise freiwillig geleistete Entschädigungen des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer, um die durch den vorzeitigen Austritt entstandenen Lücken in dessen beruflicher Vorsorge zu schliessen. Bei deren Berechnung sind die vorsorgerechtlichen Grundsätze zu beachten. Die Entschädigung muss analog den BVG-Leistungen objektiv dazu dienen, im Vorsorgefall (Alter, Tod, Invalidität) dem Empfänger die Fortsetzung seiner gewohnten Lebenshaltung in angemessener Weise sicherzustellen (Kreisschreiben Nr. 1 der ESTV vom 3. Oktober 2002 Ziff. 3.2).

2.5 Das Unterhaltsrecht folgt anderen Prinzipien als das Arbeitslosenversicherungsrecht oder das Steuerrecht, weshalb die dortigen Definitionen nicht, jedenfalls nicht unbeschrieben übernommen werden können. Insbesondere ist zu beachten, dass beim Arbeitslosenversicherungsrecht und Steuerrecht auf einer Seite Rechte und Pflichten des Staates tangiert sind, während im Unterhaltsrecht ausschliesslich Rechte und Pflichten Privater – insbesondere Rechte der unterhaltsberechtigten Kindern oder (Ex-)Ehegatten – zu berücksichtigen sind. Zudem muss im Unterhaltsrecht eine Veränderung erheblich sein (Art. 129 Abs. 3 ZGB und Art. 286 Abs. 2 ZGB), damit sie zur Abänderung festgelegter Unterhaltsrenten berechtigt. Eine solche Schwelle existiert im Arbeitslosenversicherungsrecht oder im Steuerrecht nicht. Bereits deshalb drängt sich im Unterhaltsrecht bei der Anrechnung einer Abgangsentschädigung eine weniger restriktive Handhabung auf. Im Unterhaltsrecht gilt, dass die Abänderung einer Unterhaltsrente bei unbedeutenden oder bloss vorübergehenden Schwankungen der Leistungsfähigkeit ausgeschlossen ist. Erforderlich für eine Abänderung ist, dass aufgrund erheblich und dauerhaft veränderter Umstände durch das alte Scheidungsurteil «ein unzumutbares Ungleichgewicht» zwischen den betroffenen Parteien entstanden ist. Zur Beurteilung dieser Voraussetzung sind die Interessen von Vater, Mutter und Kind oder Kindern gegeneinander abzuwägen (Urteile des Bundesgerichts 5A\_506/2011 vom 4. Januar 2012 E. 4.1 und 5D\_183/2017 vom 13. Juni 2018 E. 4.1).

2.6 Entscheidend für die Abänderung von Unterhaltsbeiträgen ist somit eine Abwägung der Interessen und Beurteilung der Zumutbarkeit im Einzelfall. Für diese Beurteilung kann der Zweck der Abgangsentschädigung nur insofern relevant sein, als die Berücksichtigung der Abgangsentschädigung als Einkommen zu einem unzumutbaren Ungleichgewicht führen würde. Hierzu ist indes weniger der Zweck der Abgangsentschädigung relevant, als vielmehr deren Höhe. Denn der (Netto-)Betrag

der Abgangsentschädigung steht dem Unterhaltsschuldner unabhängig vom Zweck derselben nach ihrer Ausrichtung zur Verfügung. Ein unterschiedlicher Zweck ändert denn auch nichts daran, dass die Entschädigung – so die Regel – als Einmalzahlung ausgerichtet wird.

Zum Zweck ist anzufügen, dass damit ohnehin nicht der subjektive Zweck, den der Arbeitgeber einer Abgangsentschädigung beimisst, gemeint sein kann, sondern der objektive Zweck (s. auch Urteil des Bundesgerichts 2C\_86/2017 vom 26. September 2017 E. 2.3.1), ansonsten es im Belieben des Arbeitgebers stünde, mit einer (subjektiven) Zweckbestimmung Einfluss auf den Unterhalt zu nehmen. Die vom Arbeitgeber bei vorzeitiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgerichteten Abgangsentschädigungen können verschiedene Gründe haben (beispielsweise Schmerzensgeld für die Entlassung, Abfederung der Folgen eines Stellenverlustes, Überbrückung einer auf die Kündigung folgenden Arbeitslosigkeit, Treueprämie für langjährige Dienstverhältnisse, Risikoprämie für die persönliche Sicherheit und berufliche Zukunft, Entgelt für erbrachte Arbeitsleistungen, Ausgleich allfällig entstehender Lücken oder langfristiger Einbussen in der beruflichen Vorsorge [Vorruhestandsregelungen] etc.). Oft handelt es sich um pauschale Abfindungssummen, deren Zweck unklar ist (Blöchliger, a.a.O., S. 498; Urteil des Bundesgerichts 5A\_90/2017 vom 24. August 2017 E. 7.2.3). Kein Kriterium zur Abgrenzung des Zwecks stellt der Modus dar, mit dem die Abfindung bemessen wird, namentlich die Bemessung nach Dienstalter, Funktion (Kader) oder Lebensalter (vgl. Blöchliger, a.a.O., S. 508 mit Hinweis). Dass Dienstalter, Funktion und Lebensalter bei der Bemessung berücksichtigt werden, trifft nämlich ohnehin auf die meisten Abgangsentschädigungen zu (für die gesetzliche Abgangsentschädigung nach Art. 339c OR s. etwa BGE 115 II 30 E. 3). Auch kein Unterscheidungskriterium zur Ermittlung des (objektiven) Zwecks ist die – in der Regel vom Arbeitgeber gewählte – Bezeichnung der Abgangsentschädigung. So unklar der genaue Zweck einer jeden Abfindungsleistung und so schwierig deren Ermittlung ist, so klar (und notorisch) ist also bei objektiver Betrachtungsweise, dass jede Abgangsentschädigung zu einem gewissen Teil den Schmerz der Entlassung lindert und mit jeder Abgangsentschädigung, die freiwillig entrichtet wird (mithin über die vertraglich geschuldeten Lohn- und Gratifikationszahlungen hinausgeht), der Stellenverlust zu einem gewissen Teil abgedefert wird. Objektiv betrachtet kann eine freiwillige Abgangsentschädigung somit kaum ganz auf die Zeit vor, aber auch kaum ganz auf die Zeit nach dem Stellenverlust angerechnet werden (dahingehend auch Urteil des Bundesgerichts 5A\_90/2017 vom 24. August 2017 E. 7.2.3). Entscheidend für die Frage, ob die Abänderungsvoraussetzungen gegeben sind, ist, wie erwähnt, stets die Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls.

2.7 Vorliegend erhielt der Kläger ab 1. Januar 2017 monatlich rund CHF 9'100.00 Arbeitslosentaggelder (Schnitt der Monate Februar bis und mit Dezember 2017 [aufgrund der Wartetage ohne Januar 2017]; [. . .]). Im Vergleich zum dem Scheidungs-

urteil zugrunde gelegten Einkommen von monatlich CHF 11'800.00 (. . .) stellt dies eine Reduktion von rund 23 % dar. Die Arbeitslosentaggelder werden dem Kläger längstens bis 1. Januar 2019 (24 Monate) ausbezahlt (vgl. Abrechnung der Arbeitslosenkasse Januar 2017 [. . .]: „Rahmenfrist 02.01.17 – 01.01.19“).

2.7.1 Wie erwähnt, erhielt der Kläger eine Abgangsentschädigung. Diese entspricht gemäss einem vom Kläger eingereichten Blatt mit der Bezeichnung «COMPENSATION DETAILS (§ 2 SETTLEMENT AGREEMENT)» 8,5 Monatslöhnen und beläuft sich auf total CHF 149'243.00 brutto. Werden davon die Sozialversicherungsabgaben von ermessensweise 15 % abgezogen, resultiert eine Nettoentschädigung von rund CHF 126'000.00. Verteilt auf die 24 Monate, in denen der Kläger maximal Arbeitslosentaggelder erhält, entspricht das CHF 5'250.00 netto im Monat. Zuzüglich der Arbeitslosentaggelder von CHF 9'100.00 resultiert somit ein monatliches Einkommen von CHF 14'350.00. Würde die Abgangsentschädigung nur auf 20 Monate verteilt, wenn davon ausgegangen würde, dass erst ab einer viermonatigen Arbeitslosigkeit von einer dauerhaften oder erheblichen Veränderung gesprochen wird (vgl. Urteile des Bundesgerichts 5A\_78/2014 vom 25. Juni 2014 E. 4.2 und 5A\_352/2010 vom 29. Oktober 2010 E. 4.3), dann würde dies sogar einem Nettobetrag von CHF 6'300.00 pro Monat entsprechen, und das monatliche Gesamteinkommen des Klägers beliefe sich dann auf CHF 15'400.00. Das Einkommen von monatlich jedenfalls CHF 14'350.00 netto liegt CHF 2'550.00 über dem dem Scheidungsurteil zugrunde liegenden CHF 11'800.00, was eine Verbesserung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von monatlich rund 22 % entspricht. Vorliegend kann offenbleiben, in welchem Umfang genau die Abgangsentschädigung als Überbrückung der Arbeitslosigkeit oder des Stellenverlustes diene. Denn erstens dient, wie dargelegt (E. 2.6), jede Abgangsentschädigung zu einem gewissen Teil der Abfederung des Stellenverlustes. Und zweitens würde selbst dann kein Abänderungsgrund vorliegen, wenn die Abgangsentschädigung beispielsweise nur zu einem Viertel der Abfederung des Stellenverlustes diene. Dann wären nur ein Viertel der CHF 5'250.00, mithin CHF 1'312.50, als Einkommen zum Arbeitslosentaggeld hinzuzurechnen, womit immer noch ein monatliches Einkommen von CHF 10'412.50 verbliebe. Das wäre im Vergleich zu CHF 11'800.00 eine Verschlechterung von lediglich CHF 1'387.50 oder von 12 %, was aufgrund der vorliegenden Umstände (s. auch nachfolgend E. 2.7.4) nicht als erhebliche oder dauerhafte Veränderung zu taxieren wäre.

2.7.2 Ohnehin aber deutet nichts darauf hin, dass die Abgangsentschädigung ausschliesslich oder über einen Anteil von einem Viertel als Anerkennung für die geleisteten Dienste des Klägers gewährt worden wäre. Denn der Kläger ist, wie er selber ausführt, an Krebs erkrankt, wovon die frühere Arbeitgeberin Kenntnis hatte und was die frühere Arbeitgeberin offenbar dazu bewog, die Kündigungsmodalitäten «sehr zurückhaltend und vorsichtig» einzuleiten. «Nicht zuletzt wegen dieser heiklen Situation», so der Kläger, habe sich seine damalige Arbeitgeberin bereit erklärt, «bei der Bemessung der Abgangsentschädigung eine gewisse Grosszügigkeit zu zeigen».

Damals seien die Prognosen der Krebserkrankung sehr schlecht gewesen. Dass er (der Kläger) sich sehr gut erholt habe, sei damals nicht voraussehbar gewesen (. . .). Damit legt der Kläger selber dar, dass die Grosszügigkeit bei der Bemessung der Entschädigung (auch) auf seine Krebserkrankung zurückzuführen war. Dies hat jedoch mit einer Anerkennung bzw. einer Entschädigung für geleistete Dienste nichts zu tun. Vielmehr steht damit fest, dass sich die damalige Arbeitgeberin insbesondere aufgrund der Krebserkrankung zu einer Abfindungszahlung in grosszügiger Höhe bewegen sah. Bei einer Krebserkrankung mit schlechter Prognose sind die Chancen, die Eigenversorgungskapazität längerfristig auf demselben Niveau zu halten, schlecht. Das ist notorisch. Der Kläger führte jedoch aus, dass er sich sehr gut erholt habe und im Moment sein Gesundheitszustand stabil sei (. . .). Aus diesem Grund ist es nicht unzumutbar, wenn die Abgangsentschädigung, die umfangmässig auch auf die schlechte Gesundheitsprognose bzw. die «heikle Situation» zurückzuführen war, dem Einkommen des Klägers angerechnet wird, insbesondere nachdem die schlechte Prognose nicht eingetroffen ist.

2.7.3 Aus dem Umstand, dass die Arbeitslosenversicherung die Abgangsentschädigung nicht angerechnet hat (so der Einwand des Klägers [. . .]), lässt sich nichts zu Gunsten des Klägers ableiten. Erstens gelten, wie erwähnt (E. 2.4.1), im Arbeitslosenversicherungsrecht andere Kriterien als im Unterhaltsrecht. Zweitens wäre es unbillig, wenn die Abgangsentschädigung (auch) in der Unterhaltsfrage nicht als Einkommen angerechnet würde, weil dann der Kläger von der Nichtberücksichtigung zweimal – einmal durch die uneingeschränkten Arbeitslosentaggelder und einmal durch Herabsetzung des Unterhalts – profitieren würde.

2.7.4 Im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung kommt hinzu, dass als massgebendes Einkommen des Klägers für die im Scheidungsurteil vom 14. April 2010 festgelegten Renten ein Einkommen in Höhe von CHF 11'800.00 netto zugrunde gelegt wurde (...). Nebst der Abgangsentschädigung erhielt der Kläger anlässlich der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses einen Bonus für das Jahr 2016 von brutto CHF 77'458.00 und den Monatslohn von CHF 17'558.00 brutto (inklusive Spesenentschädigung von CHF 900.00 pro Monat) für die Zeit der Freistellung (Ziffer 2 des Settlement Agreements [. . .]). Allein die in der Zeit vom 20. Juli 2016 (Datum der Freistellung) bis 31. Dezember 2016 (Datum der Beendigung des Arbeitsverhältnisses) erhaltenen Spesen, denen aufgrund der Freistellung keine tatsächlichen Geschäftsauslagen gegenüberstanden, beliefen sich auf über CHF 4'500.00; faktisch führte die Fortzahlung der Spesen sogar zu einer Lohnerhöhung von CHF 900.00 monatlich. Werden nun diese Spesen vom Bruttolohn in Abzug gebracht und von der Differenz schliesslich die Sozialversicherungsabgaben subtrahiert, resultiert ein Nettolohn von CHF 14'308.30 (. . .). Werden zudem vom Bruttobonus 2016 (CHF 77'458.00) 15% für Sozialabgaben abgezogen und wird dieser Jahresnettobonus auf zwölf Monate verteilt, resultiert ein monatlicher Bonus von CHF 5'486.60 netto. Gesamthaft belief sich das monatliche Nettoeinkommen des Klägers im Jahr

2016 somit auf CHF 19'794.90. Dieses Einkommen lag rund CHF 8'000.- über dem dem Scheidungsurteil zugrunde gelegten Einkommen des Klägers von netto CHF 11'800.-. Der Lohn von CHF 19'794.90 bedeutet im Vergleich zum Lohn von CHF 11'800.- eine wirtschaftliche Verbesserung von 68%, was – für sich genommen – bereits zu einer Erhöhung der Renten berechtigt hätte. Ob das im Scheidungsurteil angegebene Einkommen von CHF 11'800.00 der Realität entsprach oder zu tief angesetzt war, ist dabei unerheblich (Schwenzer/Büchler, FamKomm, 3. A. 2017, Art. 129 ZGB N 49). Die Beklagte verlangte indes keine Erhöhung, was bei der Gesamtbetrachtung zu berücksichtigen ist.

2.7.5 Für den Fall, dass die Abgangsentschädigung als Lohnfortzahlung qualifiziert werde, macht der Kläger – im Sinne einer Eventualbegründung – geltend, dass er sich im Hinblick auf das Ende der Bezugstage bei der Arbeitslosenversicherung entschieden habe, eine selbständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen bzw. eine eigene Gesellschaft zu gründen. Dies verlange von ihm einen erheblichen finanziellen Einsatz. Das Aktienkapital der G. AG belaufe sich auf CHF 100'000.- und sei voll liberiert. Dieses für die berufliche Weiterentwicklung benötigte Kapital sei bei der Abgangsentschädigung vorab in Abzug zu bringen (. . .). Die Beklagte bestreitet dies (. . .).

Gemäss Handelsregistereintrag wurde die G. AG am [. . .] Juni 2018 gegründet. Der Kläger, Mitglied des Verwaltungsrates, ist die einzige im Handelsregister eingetragene zeichnungsberechtigte Person dieser Gesellschaft (. . .). Vorab ist – der Ordnung halber – festzuhalten, dass der Kläger nicht behauptet, die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Sommer 2018 sei ein Abänderungsgrund. Der Kläger wendet einzig im Sinne einer Eventualbegründung ein, das Kapital von CHF 100'000.00 sei bei der Abgangsentschädigung vorab in Abzug zu bringen. Dieser Einwand verfängt nicht. Denn massgebend zur Beurteilung, ob geänderte Umstände vorliegen, ist der Zeitpunkt der Einreichung der Abänderungsklage (BGE 137 III 604 E. 4.1.1), mithin der 30. Oktober 2017 (. . .). Damals war die Selbständigkeit des Klägers noch kein Thema. Zudem behauptet der Kläger nicht explizit, das Aktienkapital sei ausschliesslich von ihm liberiert worden; die Gründungsurkunde der G. AG legt er nicht ins Recht. Zudem behauptet er, wie die Beklagte zu Recht einwendet (. . .), auch nicht, dass das Aktienkapital aus der Abgangsentschädigung bezahlt wurde. Dass Kosten, die im Hinblick auf die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit anfallen, als Bedarfspositionen von der Abgangsentschädigung (rechnerisch) in Abzug gebracht werden können, ist zwar nicht ausgeschlossen, setzt aber voraus, dass solche Kosten (beispielsweise Investitionen zwecks Aufnahme einer unselbständigen Tätigkeit oder Weiterbildungskosten zwecks Verbesserung der Chancen auf dem Arbeitsmarkt) für die Beibehaltung oder Wiedererlangung der finanziellen Leistungsfähigkeit unumgänglich, zumindest jedoch angemessen sind, was von demjenigen zu beweisen ist, der solche Kosten geltend macht (Art. 8 ZGB), mithin vom Kläger. Der Kläger legt allerdings nicht dar, weshalb eine Aktiengesellschaft (und nicht bei-

spielsweise eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einem Stammkapital von CHF 20'000.– oder sogar eine Einzelfirma) gegründet und weshalb das Aktienkapital voll liberiert werden musste. Die Vermutung der Beklagten, der Kläger habe mit diesem Vorgehen den Anrechnungsbetrag der Abgangsentschädigung minimieren wollen (. . .), ist somit nicht von der Hand zu weisen.

2.7.6 Ebenfalls im Sinne einer Eventualbegründung macht der Kläger geltend, die Abgangsentschädigung sei – wenn überhaupt – nur auf ein Jahr, nämlich das Jahr 2017, verteilt anzurechnen (. . .).

Auch dieser Einwand ist unbegründet. Erstens dauert der Taggeldanspruch des Klägers zwei Jahre (s. Abrechnung der Arbeitslosenkasse Januar 2017 [. . .]: «Rahmenfrist 02.01.17 – 01.01.19»). Zweitens ist zur Beurteilung, ob geänderte Umstände vorliegen, der Zeitpunkt der Einreichung der Abänderungsklage (BGE 137 III 604 E. 4.1.1), mithin der 30. Oktober 2017 (. . .), massgebend, und am 30. Oktober 2017 wäre – selbst nach der Eventualbegründung des Klägers – die Abgangsentschädigung noch immer anzurechnen gewesen.

2.8 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Arbeitslosigkeit – falls nur die Arbeitslosentaggelder berücksichtigt werden – zu einer Reduktion des dem Urteil zugrunde gelegten monatlichen Einkommens um 23% führte, eine Arbeitslosigkeit nicht per sofort, sondern erst nach einer gewissen Dauer (beispielsweise nach vier Monaten) einen Abänderungsgrund darstellt, die Abgangsentschädigung verteilt auf 24 Monate zusammen mit den Arbeitslosentaggeldern zu einem Monatseinkommen führte, das 22% über dem dem Scheidungsurteil zugrunde gelegten Einkommen liegt und der Kläger bis Ende 2016 ein gegenüber dem Einkommen gemäss Scheidungsurteil um 67% höheres Einkommen erzielte (die Spesenausrichtung in der Freistellungszeit noch nicht berücksichtigt), ohne dass die Beklagte eine Erhöhung des Unterhaltsbeitrages gefordert hatte. Mithin lag bzw. liegt weder im Zeitpunkt der Einleitung der Klage noch zurzeit, das heisst im Zeitpunkt dieses Entscheids, eine erhebliche oder dauerhafte Veränderung der Verhältnisse im Sinne von Art. 286 Abs. 2 ZGB oder Art. 129 Abs. 3 ZGB vor. Die Klage des Klägers ist daher abzuweisen.

2.9 Weitere Beweise als die eingereichten Urkunden sind nicht abzunehmen. Der Kläger beantragt seine Einvernahme zur Frage, was mit der Abgangsentschädigung abgegolten worden wäre, sowie zur Gründung der G. AG (. . .). Weiter offerierte der Kläger die Befragung von H., Verantwortlicher der Personalabteilung der F. AG, dazu, dass sich nirgends ein Hinweis finden lasse, wonach die Abgangsentschädigung zur Abfederung einer möglichen Arbeitslosigkeit geleistet worden wäre oder sie Vorsorgecharakter gehabt hätte, sowie zur Berechnung der Abgangsentschädigung (. . .). Die Befragung des Klägers oder des Zeugen H. zum Zweck der Abgangsentschädigung ist nicht erforderlich, da es, wie erwähnt, nicht auf die subjektive Zweckbestim-

mung des Arbeitgebers ankommt (E. 2.6), und umso weniger auf den Zweck, den der Kläger der Abgangsentschädigung beimass oder heute beimisst. Die Befragung des Zeugen H. zur Berechnung der Entschädigung ist nicht erforderlich, da der Modus der Berechnung bzw. Bemessung für die Frage der Anrechnung irrelevant ist (E. 2.6). Im Übrigen wird in den Rechtsschriften nicht ausgeführt, dass bei der F. AG alle Abgangsentschädigungen nach dieser Methode bzw. mit exakt denselben Parametern (s. auch E-Mail von H. vom [...] Juni 2018 mit Anhang [...] berechnete werden; wie zudem der Kläger selber darlegt (s. seine Ausführungen zur damaligen Krebsprognose [E. 2.7.2]), enthielt die Bemessung der klägerischen Abgangsentschädigung individuelle, klägerspezifische Komponenten. Die Befragung des Klägers zur Gründung der G. AG ist deshalb nicht erforderlich, da der Kläger in der Rechtsschrift nicht darlegt, inwiefern diese Auslagen für die Gründung bzw. die Gründung einer Aktiengesellschaft überhaupt und die volle Liberierung – sofern das Aktienkapital überhaupt (voll) vom Kläger liberiert wurde – für die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit unumgänglich oder angemessen waren.

Entscheid des Einzelrichters des Kantonsgerichts Zug EO 2017 176 vom 6. September 2018

### 3. Zivilgesetzbuch

#### 3.1 Art. 602 f. ZGB; Art. 70 ZPO; Art. 311 Abs. 1 ZPO

##### **Regeste:**

Art. 602 f. ZGB; Art. 70 Abs. 1 ZPO; Art. 311 Abs. 1 ZPO – Erbengemeinschaft; Erfordernis des gemeinsamen Handelns im Berufungsverfahren.

##### **Aus dem Sachverhalt:**

1. Die Erbengemeinschaft Z. sel. (nachfolgend: Erbengemeinschaft) besteht aus A. (nachfolgend: Beklagte 1) und B. (nachfolgend: Beklagte 2). Als Mitglieder der Erbengemeinschaft waren die Beklagten 1 und 2 Eigentümerinnen mehrerer im Kanton Zug gelegener Grundstücke. Die Beklagte 1 ist mit X. verheiratet. X. war Geschäftsführer der G. GmbH, die später im Handelsregister gelöscht wurde.

2. Die Beklagten beabsichtigten, die in ihrem Eigentum stehenden Grundstücke zu überbauen. Bei der Planung kam es jedoch zu erheblichen Schwierigkeiten, die letztlich zum Abbruch des Projektes führten. In der Folge stellte die auf die Entwicklung und Realisation von Liegenschaftsprojekten spezialisierte M. AG (nachfolgend: Klägerin) der Erbengemeinschaft ein Honorar von insgesamt CHF 522'200.– in Rechnung. Zur Begründung führte die Klägerin aus, sie habe – nachdem die Grundeigentümer an sie gelangt seien – erfolgreich an der Entwicklung des Areals gearbeitet und in den Bereichen «Strategische Planung/Vorstudien» und «Projek-

tierung/Vorprojekt» umfangreiche Leistungen erbracht. Diese seien ihr im geltend gemachten Umfang zu vergüten.

3.1 Nachdem die Klägerin die Beklagten 1 und 2 erfolglos betrieben hatte, reichte sie beim Kantonsgericht eine Klage ein und beantragte, die Beklagten 1 und 2 sowie X. seien – unter Vorbehalt einer Nachklage – unter solidarischer Haftung zu verpflichten, der Klägerin CHF 250'000.– zuzüglich Zins zu 5 % seit 26. November 2007 zu bezahlen.

3.2 In der Klageantwort schloss die Beklagte 2 auf kostenfällige Abweisung der Klage. Zur Begründung brachte sie im Wesentlichen vor, sie habe der Klägerin nie einen Auftrag erteilt. X. sei als Geschäftsführer der G. GmbH und als Vertreter der Beklagten 1 aufgetreten. Er habe aber nie eine Vollmacht der Beklagten 2 gehabt. Zwischen der Klägerin und der G. GmbH seien keine Vertragsverhandlungen geführt worden, die eine culpa in contrahendo rechtfertigen würden. Es habe überhaupt keine Geschäftsbeziehung zwischen der Beklagten 2 und der Klägerin gegeben. Läge eine culpa in contrahendo oder eine ungerechtfertigte Bereicherung vor, wären entsprechende Forderungen längst verjährt.

3.3 Die Beklagte 1 und X. stellten in ihrer Klageantwort ebenfalls Antrag auf kostenfällige Abweisung der Klage. Gleichzeitig beantragten sie, zur Vereinfachung sei das Verfahren gemäss Art. 125 lit. a ZPO vorab auf die Frage der Verjährung zu beschränken. Zur Begründung dieses Antrages liessen sie ausführen, die Parteien hätten beabsichtigt, einen Totalunternehmervertrag (inkl. Projektierungsarbeiten) abzuschliessen. Ein solcher Vertrag sei aber nicht gültig zustande gekommen. Demzufolge könne einzig die culpa in contrahendo/Vertrauenshaftung Grundlage der klägerischen Teilforderung bilden. Diese sei jedoch verjährt. Abgesehen davon wären die Voraussetzungen für eine Vertrauenshaftung nicht erfüllt, weil die Beklagte 1 und X. keine vorvertraglichen Pflichtverletzungen begangen und auch kein schutzwürdiges Vertrauen der Klägerin geschaffen hätten.

3.4 Mit Entscheid vom 24. Juni 2016 beschränkte der Referent das erstinstanzliche Verfahren auf die Frage, ob überhaupt eine vertragliche oder ausservertragliche Anspruchsgrundlage für die klägerische Forderung bestehe und ob eine allfällige Forderung der Klägerin verjährt wäre.

3.5 Am 22. Dezember 2016 erliess das Kantonsgericht Zug folgenden Zwischenentscheid:

1. Es wird festgestellt, dass eine vertragliche Anspruchsgrundlage für die klägerische Forderung gegenüber der der Erbgemeinschaft besteht und die Forderung der Klägerin nicht verjährt ist.

2. Die Klage gegen X. wird abgewiesen.

[. . .]

Zur Begründung führte das Kantonsgericht im Wesentlichen aus, zwischen der Klägerin und der Erbegemeinschaft sei ein Architekturvertrag zustande gekommen. Dabei habe X. als Vertreter der Erbegemeinschaft gehandelt, weshalb die Erbegemeinschaft als Vertretene und nicht X. als Vertreter berechtigt und verpflichtet worden sei. X. sei selber nicht Vertragspartei gewesen sei, weshalb die Klage gegen ihn aufgrund der fehlenden Passivlegitimation abzuweisen sei. Nachdem feststehe, dass für die klägerische Forderung eine vertragliche Anspruchsgrundlage bestehe, richte sich die Verjährung nach Art. 127 OR, was auch für Honorarforderungen des Architekten gelte. Mithin sei die zehnjährige Verjährungsfrist anwendbar, welche die Klägerin im vorliegenden Fall mehrmals rechtzeitig unterbrochen habe. Deren Anspruch sei somit nicht verjährt. Demzufolge sei festzustellen, dass eine vertragliche Anspruchsgrundlage für die klägerische Forderung gegen die Erbegemeinschaft bestehe und die Forderung der Klägerin nicht verjährt sei. Die Klage gegen X. sei hingegen mangels Passivlegitimation abzuweisen.

Ob die Voraussetzungen für eine Haftung aus culpa in contrahendo oder eine Vertrauenshaftung erfüllt waren, prüfte das Kantonsgericht nicht. Folglich äusserte es sich auch nicht zur Frage, ob auf diesen Anspruchsgrundlagen basierende Forderungen verjährt wären.

4.1 Gegen das Urteil des Kantonsgerichts reichte die Beklagte 1 beim Obergericht des Kantons Zug eine Berufung mit folgendem Rechtsbegehren ein:

1. Die Berufung sei gutzuheissen, der Zwischenentscheid vom 22. Dezember 2016 sei aufzuheben und die Klage sei vollumfänglich abzuweisen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren.

[. . .]

4.2 Die Beklagte 2 erhob gegen das Urteil des Kantonsgerichts ebenfalls Berufung und stellte folgendes Rechtsbegehren:

1. Der Zwischenentscheid des Kantonsgerichts vom 22. Dezember 2016 (A3 2015 34) sei vollumfänglich aufzuheben.

2. Es sei festzustellen, dass keine Anspruchsgrundlage – weder eine vertragliche noch eine aus culpa in contrahendo – für die klägerische Forderung gegenüber der Erbgemeinschaft Y.Z. sel. besteht.

[. . .]

4.2 Die Klägerin beantragte demgegenüber, die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, und der Zwischenentscheid des Kantonsgerichts vom 22. Dezember 2016 sei zu bestätigen

### **Aus den Erwägungen:**

[. . .]

2. Vorab zu prüfen ist, ob auf die vorliegenden Berufungen überhaupt einzutreten ist. Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst auf die Besonderheiten der Erbgemeinschaft als Gesamthandverhältnis einzugehen.

2.1 Die Beklagten 1 und 2 bilden unbestrittenermassen eine Erbgemeinschaft und damit eine (Gesamthand-)Gemeinschaft aller Rechte und Pflichten der Erbschaft (Art. 602 Abs. 1 ZGB). Als solche ist die Erbgemeinschaft weder eine juristische Person noch eine Miteigentumsgemeinschaft. Berechtigt und verpflichtet sind immer die einzelnen Gemeinschaftler, d.h. die berufenen Erben, und nicht die Erbgemeinschaft als solche, denn dieser fehlt die Rechtspersönlichkeit. Aus der Rechtsnatur der Erbgemeinschaft als Gemeinschaft zur gesamten Hand ergibt sich indessen der Grundsatz des gemeinsamen Handelns aller Miterben (Art. 602 Abs. 2 ZGB); es gilt das Prinzip der Einstimmigkeit (vgl. Wolf, Berner Kommentar, 2014, Art. 602 ZGB N 42 f. und 56; Wolf/Hrubesch Millauer, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, 2017, N 1611 ff.; Schaufelberger/Keller Lüscher, Basler Kommentar, 5. A. 2015, Art 602 ZGB N 9 ff.).

2.2 Bei der Erbgemeinschaft ist das Gesamthandprinzip – jedenfalls in der Tendenz – strikter eingehalten als in anderen Gesamthandverhältnissen, was dadurch begründet ist, dass die Erbgemeinschaft – im Unterschied zu allen anderen Gesamthandverhältnissen – nicht rechtsgeschäftlich, sondern zwingend von Gesetzes wegen eintritt. Das Erfordernis gemeinsamen Handelns bezweckt den Schutz der Gemeinschaft gegen schädliche Sonderaktionen einzelner Gemeinschaftler. Unzulässig sind deshalb nicht nur eigentliche Verfügungen über das Recht, sondern auch diejenigen Rechtshandlungen, welche die Gefahr einer Benachteiligung der Gemeinschaft oder ihrer Mitglieder bringen können. Das Einstimmigkeitsprinzip ist mit Blick auf seinen Schutzzweck grundsätzlich von zwingender Natur (vgl. Wolf, a.a.O., Art. 602 ZGB N 56 ff. m.w.H., insbesondere auf BGE 121 III 118 E. 3).

2.3 Dem Gesamthandprinzip entsprechend bedarf es zur externen Vertretung der Erbengemeinschaft des Mitwirkens aller Miterben. So bedürfen z. B. Verträge, welche für die Erbengemeinschaft eingegangen werden, der Zustimmung sämtlicher Erben. Aufgrund einer Vollmacht (Art. 32 ff. OR) können ein oder mehrere Miterben oder auch Dritte zur Vertretung der Erbschaft und der übrigen Erben bevollmächtigt werden. Die Erteilung der Vollmacht hat wiederum durch alle Miterben zu erfolgen. Die Bevollmächtigung ist formlos gültig und kann auch stillschweigend erfolgen (Wolf, a.a.O., Art. 602 ZGB, N 71, 75 und 77 f.; Schaufelberger/Keller Lüscher, a.a.O., Art. 602 ZGB N 17 und 24 f.).

2.4 Das Erfordernis der Einstimmigkeit greift grundsätzlich auch im Prozessrecht. Sind mehrere Personen an einem Rechtsverhältnis beteiligt, über das nur mit Wirkung für alle entschieden werden kann, so bilden sie gemäss Art. 70 Abs. 1 ZPO eine notwendige Streitgenossenschaft und müssen gemeinsam klagen oder beklagt werden. Für die Erbengemeinschaft bedeutet dies, dass bei Aktivprozessen die Erben nur gemeinsam zur Prozessführung befugt sind und alle zusammen klagen müssen. Bei Passivprozessen – d.h. Prozessen gegen die Erbschaft – sind die Fälle der Erbschafts- und Erbgangsschulden sowie der anderweitigen Verpflichtungen der Erbschaft zu unterscheiden. Weil die Erben für die Schulden des Erblassers nach Art. 603 Abs. 1 ZGB solidarisch haften, steht es dem Erbschaftsgläubiger frei, dafür einen einzelnen beliebigen Erben für die Forderung einzuklagen. Die Solidarhaftung von Art. 603 Abs. 1 ZGB gilt indessen nur für Erbschafts- und Erbgangsschulden sowie für Vermächtnisse und Forderungen des überlebenden Gatten aus Güterrecht. Bei der prozessualen Durchsetzung anderer Verpflichtungen der Erbengemeinschaft, z. B. Nichterfüllung eines von der Erbengemeinschaft abgeschlossenen Vertrages oder bei Feststellung des Nichtbestehens einer von der Erbengemeinschaft erhobenen Forderungen, bilden die Teilhaber der Erbengemeinschaft wiederum eine notwendige Streitgenossenschaft und müssen daher alle Erben als Beklagte belangt werden (Schaufelberger/Keller Lüscher, a.a.O., Art. 602 ZGB N 26 und 30 f.; Wolf/Hrubesch Müllauer, a.a.O., Rz 1617).

2.5 Ob eine notwendige Streitgenossenschaft besteht, bestimmt sich mithin nicht nach Art. 70 Abs. 1 ZPO, sondern nach dem anwendbaren materiellen Recht. Insofern stellt Art. 70 Abs. 1 ZPO eine blosser Verweisnorm dar (Stahelin/Schweizer, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, Art. 70 ZPO N 39 m.H.; Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, N 93; von Holzen, Die Streitgenossenschaft im schweizerischen Zivilprozess, 2006, S. 71 f.). Aus dem materiellen Recht ergibt sich auch, dass die notwendigen Streitgenossen grundsätzlich nur gemeinsam Prozesshandlungen vornehmen können; das im materiellen Recht verankerte Einstimmigkeitsprinzip gebietet, dass die Streitgenossen gemeinsam über den Streitgegenstand bestimmen. Sie müssen nicht nur die Klage gemeinsam einreichen, auch das Rechtsbegehren muss gleichlautend sein. Ausserdem sind Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen, Klageaner-

kennung und Klagerückzug, der Abschluss eines Vergleichs, die Einlegung und der Rückzug von Rechtsmitteln nur insofern von Bedeutung, als sie von den Streitgenossen gemeinsam vorgenommen werden (Ruggle, Basler Kommentar, 3. A. 2017, Art. 70 ZPO N 29; E. Staehelin/Schweizer, a.a.O., Art. 70 ZPO N 44; von Holzen, a.a.O., S. 148; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A. 1979, S. 299).

Das Gebot, gemeinsam zu handeln, gilt indes nicht ausnahmslos. So kann den Streitgenossen nicht verwehrt werden, je eigene Parteivorträge abzugeben; allfällige Differenzen während des Prozesses – insbesondere mit Bezug auf Tatsachenbehauptungen und Beweisanträgen – hat das Gericht dann im Rahmen seiner freien Beweiswürdigung zu bewerten (vgl. Ruggle, a.a.O., Art. 70 ZPO N 30 f.; von Holzen, a.a.O., S. 155 f.). Im Weiteren sieht Art. 70 Abs. 2 Satz 1 ZPO vor, dass rechtzeitige Prozesshandlungen eines Streitgenossen auch für säumige Streitgenossen gelten. Weitere Ausnahmen vom Grundsatz der Notwendigkeit gemeinsamen Handelns sind zudem bei einer Interessenkollision oder Dringlichkeit denkbar (Ruggle, a.a.O., Art. 70 ZPO N 38 ff.; von Holzen, S. 154). Ausdrücklich ausgenommen von diesen Ausnahmen ist das Ergreifen von Rechtsmitteln (Art. 70 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Dies bedeutet, dass im Gegensatz zu anderen Rechtshandlungen die Einreichung einer Berufung durch einen Streitgenossen keine Rechtswirkung für die säumigen Streitgenossen bewirkt; vielmehr müssen hier wie bei der Klageeinreichung sämtliche Streitgenossen gemeinsam handeln (Seiler, a.a.O., N 101; E. Staehelin/Schweizer, a.a.O., Art. 70 ZPO N 50; Ruggle, a.a.O., Art. 70 ZPO N 44; von Holzen, a.a.O., S. 171 f.);

3. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids schriftlich und begründet einzureichen (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO).

3.1 Das Berufungsverfahren ist als eigenständiges Verfahren ausgestaltet. Es dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen. Entsprechend ist die Berufung nach Art. 311 Abs. 1 ZPO begründet einzureichen. Dabei muss der Berufungskläger aufzeigen, inwiefern und weshalb er den angefochtenen Entscheid in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht als fehlerhaft erachtet bzw. weshalb (zulässige) Noven oder neue Beweismittel einen anderen Schluss aufdrängen. Um diesen Anforderungen nachzukommen, genügt es nicht, wenn der Berufungskläger lediglich auf seine Vorbringen vor erster Instanz verweist, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufriedengibt oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert. Vielmehr muss er im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnen, die er beanstandet, sich mit ihnen argumentativ auseinandersetzen und die Aktenstücke nennen, auf denen seine Kritik beruht. Die Begründung muss hinreichend explizit sein, sodass sie von

der Berufungsinstanz einfach nachvollzogen werden kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_573/2017 vom 19. Oktober 2017 E. 3.1 m.w.H., insbesondere auf BGE 142 III 413 E. 2.2.2 und 138 III 374 E. 4.3.1).

Die Begründung ist eine gesetzliche, von Amtes wegen zu prüfende Zulässigkeitsvoraussetzung für die Berufung. Fehlt sie, so tritt das obere kantonale Gericht nicht auf die Berufung ein. Die gerichtliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO entbindet nicht von einer gehörigen Begründung der Rechtsmitteleingabe. Ebenso wenig besteht eine Pflicht des Berufungsgerichts, die Berufung zur Verbesserung zurückzuweisen. Dabei handelt es sich nicht um

verbesserliche Mängel im Sinne von Art. 132 Abs. 1 ZPO (vgl. Urteile des Bundesgerichts 5A\_209/2014 vom 2. September 2014 E. 4.2.1 und 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015 E. 2.4.1, je m.w.H.).

3.2 Obwohl dies aus dem Wortlaut von Art. 311 ZPO nicht explizit hervorgeht, muss die Berufung (als Rechtsmittel) auch Rechtsmittelanträge enthalten. Aus der Rechtsmittelschrift muss hervorgehen, dass und weshalb der Rechtsuchende einen Entscheid anfechtet und inwieweit dieser geändert oder aufgehoben werden soll. Die Anträge bestimmen den Umfang, in welchem die Rechtsmittelinstanz den angefochtenen Entscheid überprüfen kann und umgrenzen somit den Streitgegenstand des Rechtsmittelverfahrens. Mit Blick auf die reformatorische Natur der Berufung (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO) darf sich der Berufungskläger nicht darauf beschränken, lediglich die Aufhebung des angefochtenen erstinstanzlichen Entscheids zu beantragen, sondern er muss einen Antrag in der Sache stellen. Sein Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung unverändert zum Urteil erhoben werden kann. Namentlich sind die auf eine Geldzahlung gerichteten Berufungsanträge zu beziffern. Allerdings ist auch

in diesem Zusammenhang das aus Art. 29 Abs. 1 BV abgeleitete Verbot des überspitzten Formalismus zu beachten. Daraus folgt, dass auf eine Berufung mit formell mangelhaften Rechtsmittelbegehren ausnahmsweise einzutreten ist, wenn sich aus der Begründung – allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid – ergibt, was der Berufungskläger in der Sache verlangt oder – im Fall zu beziffernder Rechtsbegehren – welcher Geldbetrag zuzusprechen ist.

Werden die Anforderungen an die Rechtsmittelanträge nicht eingehalten, so fehlt es an einer Zulässigkeitsvoraussetzung der Berufung und diese ist ebenfalls durch Nichteintreten zu erledigen. Da es sich auch diesbezüglich nicht um einen verbesserlichen Mangel im Sinne von Art. 132 Abs. 1 ZPO handelt, ist keine Nachfrist anzusetzen (vgl. zum Ganzen BGE 137 III 617 E. 4.3 f. und E. 6.1 f. sowie Urteile des Bundesgerichts 4A\_383/2013 vom 2. Dezember 2013 E. 3.2.1 und 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015 E. 2.4.1, je m.w.H.; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 311 ZPO N 34 f.). Im vorlie-

genden Verfahren sind beide Beklagten durch Rechtsanwälte vertreten. Es besteht daher kein Anlass, die Anforderungen an die Rechtsmittelanträge zu reduzieren.

4. Im Lichte der vorangehenden E. 2 und 3 ist zu den Rechtsmittelbegehren der Beklagten Folgendes festzuhalten:

4.1 Beide Beklagten beantragen in erster Linie die Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Im Unterschied zur Beklagten 1 verlangt die Beklagte 2 allerdings nicht nur die Aufhebung, sondern ausdrücklich die vollumfängliche Aufhebung des Entscheids. Dem Wortlaut nach verlangt die Beklagte 2 somit auch die Aufhebung von Ziff. 2 des erstinstanzlichen Urteilsdispositivs, mit welcher die Klage gegen X. abgewiesen wurde. Dies ist insofern bemerkenswert, als die Beklagte 2 eine Bevollmächtigung von X. bestreitet, während die Vorinstanz zum Schluss gelangte, dass X. ausschliesslich als Vertreter der Erbengemeinschaft gehandelt habe und aus diesem Grund selber nicht Vertragspartei gewesen sei, weshalb die Klage gegen ihn mangels Passivlegitimation abzuweisen sei. Dieser Meinung ist auch die Beklagte 1, die der Vorinstanz attestiert, zu Recht auf ein Vertretungsverhältnis zwischen X. und der Erbengemeinschaft geschlossen zu haben. Die Auffassungen der Beklagten widersprechen sich somit diametral. Aus der Begründung der Berufung der Beklagten 2 lässt sich nun allerdings nicht entnehmen, dass diese tatsächlich auch die Aufhebung von Dispositiv-Ziff. 2 des angefochtenen Entscheids verlangt. Dazu wäre sie ohnehin nicht legitimiert, da sie in diesem Punkt weder formell noch materiell beschwert ist. Insofern vermögen die unterschiedlichen Formulierungen der Rechtsbegehren den Beklagten nicht zu schaden.

4.2 Im Weiteren stellen beide Beklagten auch Anträge in der Sache. Diese unterscheiden sich jedoch erheblich, schliesst doch die Beklagte 1 auf vollständige Abweisung der Klage, während die Beklagte 2 um Feststellung ersucht, dass keine Anspruchsgrundlage – weder eine vertragliche noch eine aus culpa in contrahendo – für die klägerische Forderung gegenüber der Erbengemeinschaft besteht.

4.2.1 Der Antrag der Beklagten 1 ist klar und grundsätzlich nicht zu beanstanden, auch wenn die Vorinstanz allfällige Ansprüche der Klägerin aus culpa in contrahendo (noch) nicht beurteilt hat. Die Klägerin übersieht in diesem Zusammenhang, dass eine Rückweisung an die Vorinstanz gemäss Art. 318 Abs. 1 lit c ZPO nur ausnahmsweise in Frage kommt und der Berufungsinstanz insofern ein gewisser Ermessenspielraum verbleibt, als sie auch bei Vorliegen eines Rückweisungsgrundes gleichwohl nach pflichtgemässigem Ermessen einen reformatorischen Entscheid treffen kann (vgl. Seiler, a.a.O., N 1518; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 318 ZPO N 25). Abgesehen davon hat die Beklagte 1 in ihrer Berufung ein Eventualbegehren auf Rückweisung an die Vorinstanz gestellt, womit sich ihr Rechtsmittelbegehren in jedem Fall als zulässig erweist.

4.2.2 Auf der anderen Seite kann der Beklagten 2 nicht beigespflichtet werden, wenn sie ihren Antrag auf Feststellung, dass für die klägerischen Forderung keine Anspruchsgrundlage bestehe, kurzerhand mit einem Antrag auf Abweisung der Klage gleichsetzen will. Die Beklagte 2 übergeht, dass eine Klage aus einzelnen, völlig unterschiedlichen Gründen ganz oder teilweise abgewiesen werden kann. So beschlägt beispielsweise gerade die Verjährung, um die es vorliegend geht, nicht den Bestand der Forderung als solcher, sondern nur deren Durchsetzung, indem der Schuldner das Recht erhält, die eingeklagte Leistung durch Einrede zu verweigern (vgl. Gauch/Schluep/Emmenegger, Schweizerisches Obligationen Allgemeiner Teil, Band II, 10. A. 2014, Rn 3276). Das Begehren der Beklagten 2 auf Feststellung, dass für die klägerische Forderung keine Anspruchsgrundlage besteht, geht demgegenüber viel weiter und umfasst auch diejenigen Ansprüche der Klägerin, die diese mit ihrer Teilklage (noch) gar nicht geltend gemacht hat. Im Grunde genommen erhebt die Beklagte 2 mit ihrem Begehren widerklageweise eine negative Feststellungsklage. Ein schützenswertes Interesse an einer solchen Klage ist allerdings nicht erkennbar und die Beklagte 2 macht auch nicht geltend, dass neue Tatsachen oder Beweismittel vorlägen, die es ihr erlauben würden, im derzeitigen Verfahrensstadium noch ein solches (neues) Klagebegehren zu stellen (Art. 317 Abs. 2 ZPO). Das Begehren der Beklagten 2 weicht mithin nicht nur erheblich von demjenigen der Beklagten 1 ab; vielmehr erweist es sich auch als unzulässig, weshalb nicht darauf eingetreten werden kann.

4.3 Demnach ist festzuhalten, dass die Beklagten unterschiedliche Rechtsmittelbegehren gestellt haben, die sich auch bei grosszügiger Auslegung der Berufungsbegründungen nicht in Einklang bringen lassen. Damit mangelt es im Berufungsverfahren bereits an der erforderlichen übereinstimmenden Festlegung des Streitgegenstandes. Ausserdem kann auf das von der Beklagten 2 in der Sache gestellte Begehren nicht eingetreten werden. Dieser Mangel kann im Berufungsverfahren, in welchem die Beklagten als Streitgenossinnen und Berufungsklägerinnen gemeinsam handeln müssen (Art. 70 Abs. 2 ZPO; vgl. vorne E. 3.5), nicht „geheilt“ werden; unzulässig wäre es insbesondere auch, einzig das Begehren der Beklagten 1 zu berücksichtigen (vgl. ZR 1992/93 Nr. 76 E. 3.h). Somit fehlt es an einem gemeinsamen Rechtsmittelbegehren der Streitgenossen, weshalb auf deren Berufung(en) nicht eingetreten werden kann (vgl. Reetz, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Vorbemerkungen zu den Art. 308-318 ZPO N 50).

5. Auf die vorliegenden Berufungen kann aber auch deshalb nicht eingetreten werden, weil sie nicht hinreichend begründet sind.

Wie bereits dargelegt, widersprechen sich die von den Beklagten in den Berufungsschriften vertretenen Auffassungen teilweise diametral. Dies gilt insbesondere mit Bezug auf die entscheidende Frage, ob X. bevollmächtigt war, als Vertreter der Erbengemeinschaft (d.h. der Beklagten 1 und der Beklagten 2) zu handeln und diese

gegenüber der Klägerin zu vertreten. Während die Beklagte 2 eine Bevollmächtigung von X. vehement bestreitet und auch eine sog. Duldungsvollmacht verneint, folgt die Beklagte 1 nicht nur der Vorinstanz, die zu Recht auf ein Vertretungsverhältnis zwischen X. und der Erbengemeinschaft geschlossen habe, sondern bestreitet explizit auch die abweichenden Ausführungen der Beklagten 2. Auf diese Weise lässt sich eine Berufung offenkundig nicht begründen. Die Ausführungen der Beklagten sind derart widersprüchlich, dass sie nicht erkennen lassen, ob überhaupt eine Rüge vorliegt und in welchen Punkten aus welchen Gründen die Beklagten allenfalls eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine falsche Feststellung des Sachverhalts geltend machen wollen. Nachdem notwendige Streitgenossen beim Ergreifen von Rechtsmitteln gemeinsam handeln müssen (vgl. vorne E. 2.5), kann es auch nicht Aufgabe der Rechtsmittelinstanz sein, die divergierenden Ausführungen in den Berufungsschriften im Rahmen der Beweiswürdigung zu bewerten und danach zu suchen bzw. an Stelle der uneinigen Berufungskläger zu bestimmen, was diese als fehlerhaft erachten könnten. Abgesehen davon geht es vorliegend nicht bloss um abweichende Tatsachenbehauptungen der Beklagten, sondern auch um (von den Beklagten völlig unterschiedlich beurteilte) Rechtsfragen, die der Beweiswürdigung von vornherein entzogen sind. Ferner wendet zwar auch die Berufungsinstanz das Recht grundsätzlich von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Dieser Grundsatz befreit die in einer notwendigen Streitgenossenschaft verbundenen Beklagten aber nicht von der Obliegenheit, gemeinsam bzw. übereinstimmend zu rügen, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewendet haben soll. Nur schon deshalb genügen die vorliegenden Berufungen den Anforderungen an eine hinreichende Begründung nicht. Der Einwand der Beklagten 2, wonach jede Partei den Sachverhalt anders schildere, woraus «objektiv» nur geschlossen werden könne, dass der Sachverhalt höchst komplex gewesen sei und jede Partei den Sachverhalt anders wahrgenommen habe, geht an der Sache vorbei und vermag die Widersprüchlichkeit in der Argumentation der Beklagten offenkundig nicht zu entschuldigen. Nicht nachvollziehbar ist aber auch das Argument der Beklagten 1, wonach die Diskrepanzen auf das schlechte Verhältnis unter den Beklagten (und X.) zurückführen seien, die Klägerin für sich daraus aber keinen Nutzen ziehen könne und dürfe und deshalb das erkennende Gericht darüber hinwegzusehen habe. Weshalb dem so sein und woran sich das Gericht denn halten sollte, ist nicht ersichtlich und wird von der Beklagten 1 nicht näher begründet. Sie legt insbesondere auch nicht dar, inwiefern unter den Beklagten nicht bloss ein schlechtes Verhältnis, sondern ein eigentlicher Interessenkonflikt bestanden haben soll, der ein Abweichen vom Einstimmigkeitsprinzip allenfalls rechtfertigen würde.

Von einem gemeinsamen Handeln bzw. gemeinsamen, hinreichend begründeten Rügen der Beklagten kann unter diesen Umständen keine Rede sein. Es mangelt an der erforderlichen (inhaltlichen) Übereinstimmung, wobei wiederum zu beachten ist, dass ein Mangel in der Berufung nicht durch einen andere, bessere Berufung „geheilt“ werden und eine Rüge, die ein Streitgenosse nicht vorbringt (und insofern den vorinstanzlichen Entscheid akzeptiert), auch nicht bei Vorbringen durch einen ande-

ren Streitgenossen berücksichtigt werden kann (vgl. vorne E. 4.3; ZR 1992/93 Nr. 76 E. 3.h). Somit kann auch aus diesen Gründen auf die Berufung nicht eingetreten werden.

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Berufungen der Beklagten wegen unzureichender bzw. unzulässiger Rechtsmittelbegehren und wegen ungenügender Begründung nicht eingetreten werden kann.

[. . .]

Obergericht, I. Zivilabteilung, 13. Juli 2018 (Z1 2017 8)

### **III. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht**

#### **1. Vollstreckungsrecht**

##### **1.1 Art. 192 SchKG i.V.m. Art. 725a OR**

###### **Regeste:**

Art. 192 SchKG i.V.m. Art. 725a OR – Im Konkursverfahren nach erfolgter Überschuldungsanzeige sind die Gläubiger nicht legitimiert, die Bewilligung des Konkursaufschubs anzufechten.

###### **Aus den Erwägungen:**

2. Zur Beschwerde ist legitimiert, wer ein schutzwürdiges eigenes und aktuelles Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheides hat. Der Rechtsmittelkläger muss formell und materiell beschwert sein (für viele: Reetz, a.a.O., Vorbem. zu den Art. 308-318 ZPO N 3 ff.). Es muss sich um ein im rechtlichen Sinne geschütztes Interesse handeln; ein bloss tatsächliches Interesse an der Aufhebung oder Abänderung des angefochtenen Entscheides genügt nicht (Kunz, in: Kunz/Hoffmann-Novotny/Stauber [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, 2013, Vor Art. 308 ff. ZPO N 62).

3.1 Von einem schutzwürdigen Interesse der Beschwerdeführerin wäre auszugehen, wenn ihr als Gläubigerin der Beschwerdegegnerin ein Anspruch auf Mitwirkung im Konkursaufschubsverfahren zustünde. Diesfalls wäre sie legitimiert, den Entscheid der Einzelrichterin vom 24. Februar 2018 mit Beschwerde im vorerwähnten Umfang anzufechten.

3.2 Auf die Benachrichtigung der Überschuldung einer Aktiengesellschaft eröffnet der Richter den Konkurs. Er kann ihn auf Antrag des Verwaltungsrates oder eines Gläubigers aufschieben, falls Aussicht auf Sanierung besteht (Art. 725a Abs. 1 OR). Die Gläubiger dürfen durch die Gewährung des Aufschubs nicht schlechter gestellt

werden und ein Eingriff in ihre Rechte ist nur mit ihrer ausdrücklichen Zustimmung möglich (Hardmeier, Zürcher Kommentar, 1997, Art. 725a OR N 1319). Die Interessen der Gläubiger an der Erhaltung des Vermögens sind durch richterliche Massnahmen, insbesondere durch die Einsetzung eines Sachwalters zu wahren (Wüstiner, Basler Kommentar, 5. A. 2016, Art. 725a OR N 10, 15). Dieser richterlichen Verpflichtung ist die Einzelrichterin mit der Einsetzung des Sachwalters samt Erteilung von Weisungen zur Erhaltung des Vermögenssubstrates am 13. Februar 2018 nachgekommen (Vi act. 10).

Ein Gläubiger kann die konkursamtliche Liquidation des Schuldners herbeiführen, indem er diesen auf Konkurs betreibt (Art. 166 SchKG) oder indem er die Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung zufolge Zahlungseinstellung (Art. 190 Abs. 1 SchKG) verlangt. Wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat, steht dem Gläubiger indessen das Recht nicht zu, die Konkursöffnung über die schuldnerische Aktiengesellschaft zu beantragen, weil diese überschuldet sei. Mithin kommt zwar jedem Gläubiger gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift das Recht zu, im Falle einer Überschuldungsanzeige den Aufschub des Konkurses zu verlangen. Es ist aber nicht ersichtlich, welches darüber hinausgehende schützenswerte Interesse er an der Mitwirkung am Konkursaufschubsverfahren haben könnte. Insbesondere ist nicht einzusehen, weshalb der Gläubiger nach Bewilligung des Konkursaufschubs die Möglichkeit haben sollte, den Konkurs des Schuldners herbeizuführen, obwohl er vor Erteilung der Aufschubsbewilligung dieses Recht nicht hatte. Weitergehende Mitwirkungsrechte als das Recht, den Konkursaufschub zu beantragen, haben die Gläubiger in einem aufgrund einer Überschuldungsanzeige eröffneten konkursrichterlichen Verfahren daher nicht. Ihre Interessen hat der Richter beim Entscheid über den Konkursaufschub und danach gegebenenfalls der Sachwalter zu wahren (Lorandi, Die Wirkungen des Konkursaufschubs, in: Schweizerisches und internationales Zwangsvollstreckungsrecht, Festschrift für Karl Spühler, 2005, S. 237 m.H.; Wüstiner, a.a.O., Art. 725a OR N 5, N 11).

3.3 Nach dem Wortlaut von Art. 174 Abs. 1 SchKG kann der Entscheid des Konkursgerichts von den Parteien angefochten werden. Im Urteil BGE 123 III 402 hat das Bundesgericht den am Konkursverfahren nicht beteiligten Gläubigern die Legitimation zur Weiterziehung eines aufgrund der Insolvenzerklärung ergangenen Konkurskenntnisses abgesprochen (vgl. auch BGE 111 III 66; Urteil des Bundesgerichts 5A\_43/2013 vom 25. April 2013 E. 2). Es ist nicht einzusehen, weshalb dies anders sein soll, wenn das Konkursverfahren nach Überschuldungsanzeige gemäss Art. 725a OR i.V.m. Art. 192 SchKG eingeleitet wurde. Auch hier sind zur Weiterziehung des Entscheides des Konkursgerichtes nur diejenigen Gläubiger befugt, die am erstinstanzlichen Verfahren teilgenommen haben (Hardmeier, a.a.O., Art. 725a OR N 1310; Krampf/Schuler, Die aktuelle Praxis des Konkursrichters des Bezirksgerichts Zürich zu Überschuldungsanzeige, Konkursaufschub und Insolvenzerklärung juristischer Personen, in: AJP 2002, S. 1072; Brunner/Boller, Basler Kommentar, 2.

A. 2010, Art. 192 SchKG N 24; Talbot, a.a.O., Art. 192 SchKG N 32). Eugen Fritschi (Verfahrensfragen bei der Konkurseröffnung, 2010, S. 279) führt zudem aus, die Beschwerdelegitimation könne auch nicht auf Art. 346 ZPO abgestützt werden, da dies im Widerspruch zu der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung stehen würde.

3.4 Die Beschwerdeführerin ist nicht Partei des Konkursverfahrens und daran nicht beteiligt. Sie konnte sich daran auch nicht beteiligen, da ihr, wie gezeigt, keine Mitwirkungsrechte zustehen. Sie hätte einzig selbst den Konkursaufschub beantragen können; ob sie, wenn ihrem Antrag nicht entsprochen worden wäre, diesen Entscheid hätte anfechten können, muss hier nicht entschieden werden. Damit kommt auch nichts darauf an, ob die Beschwerdeführerin Kenntnis vom Konkursverfahren hatte, da sie sich, auch wenn sie davon gewusst hätte, nicht hätte daran beteiligen können.

Die Beschwerdeführerin führt gegenteilige Literaturmeinungen an, namentlich von Roger Giroud (Die Konkurseröffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, 2. A. 1986, § 6 N 38) und von Brunner/Boller (Basler Kommentar, 2. A. 2010, Art. 192 SchKG N 24). Letztere bestätigen aber am zitierten Ort ein Beschwerderecht nur derjenigen Gläubiger, die sich mit einem abgewiesenen Gesuch um Konkursaufschub am erstinstanzlichen Verfahren beteiligt haben, was für die Beschwerdeführerin offensichtlich nicht zutrifft. Giroud ist zwar der Meinung, dass auch Entscheide des Konkursrichters, mit denen der Konkursaufschub bewilligt wurde, von jedem Gläubiger und unabhängig davon, ob er sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligte, gemäss Art. 174 SchKG angefochten werden können. Diese Meinung steht indessen in Widerspruch insbesondere zum Bundesgerichtsentscheid 123 III 402, welcher im Übrigen nach Publikation des Werkes von Giroud ergangen ist. Auch die von Giroud zitierten Kommentare Bürgi (Zürcher Kommentar) und Jäger sind inzwischen durch Neuauflagen überholt, in welchen, wie oben belegt, abweichende Auffassungen vertreten werden.

3.5 Mithin ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin mangels Beteiligung an dem nach erfolgter Überschuldungsanzeige eingeleiteten Konkursverfahren nicht legitimiert ist, die in diesem Verfahren ergangenen Entscheide und insbesondere die Bewilligung des Konkursaufschubes anzufechten. Auf die Beschwerde wäre insoweit mithin selbst dann nicht einzutreten gewesen, wenn sie rechtzeitig eingereicht worden wäre.

3.6 Da der Beschwerdeführerin, wie gezeigt, kein Anspruch auf Beteiligung und Mitwirkung im Konkursaufschubsverfahren zusteht, ist die Einzelrichterin zudem zu Recht nicht auf den Antrag eingetreten, es sei der Aufschub zu widerrufen. Bei dieser Sachlage hatte sie der Beschwerdeführerin die Kosten zu auferlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Beschwerde erweist sich mithin als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 29. März 2018

## 1.2 Art. 239 ZPO, Art. 325 ZPO, Art. 336 ZPO

### Regeste:

Art. 239 ZPO, Art. 325 ZPO, Art. 336 ZPO – Entscheide, die nicht schriftlich begründet wurden und nur mit Beschwerde anfechtbar sind, werden mit der Eröffnung vollstreckbar.

### Aus den Erwägungen:

3. Im Entscheid des Kantonsgerichts Zug, Einzelrichter, vom 21. Juni 2018 [...] wurde die Beschwerdeführerin u.a. verpflichtet, der Gläubigerin CHF 8'504.40 nebst Zins zu 5% seit 10. Februar 2017 sowie Betreuungskosten von CHF 73.30 zu bezahlen. Ferner wurde festgestellt, dass die Gläubigerin die Betreuung Nr. [...] des Betreibungsamtes [...] im Betrag von CHF 8'504.40 nebst Zins zu 5% seit 10. Februar 2017 fortsetzen kann (act. 3/3). Für diesen Betrag hat die Gläubigerin die Fortsetzung der Betreuung verlangt und wurde am 4. Juli 2018 die Konkursandrohung aus- und der Beschwerdeführerin am 16. August 2018 zugestellt (act. 1/1). Dies wird von der Beschwerdeführerin zu Recht nicht bestritten.

4.1 Entscheide in vermögensrechtlichen Verfahren mit einem Streitwert von CHF 10'000.- oder weniger sind nur mit Beschwerde anfechtbar (Art. 308 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 319 lit. a ZPO). Die Beschwerde hemmt die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides nicht, es sei denn, die Rechtsmittelinstanz schiebe die Vollstreckbarkeit auf (Art. 325 ZPO). Der vorliegende Entscheid erging in einer vermögensrechtlichen Streitigkeit mit einem Streitwert von CHF 8'504.40 und wurde mithin mit der Eröffnung vollstreckbar. Es stellt sich die Frage, ob daran etwas ändert, dass der Entscheid im Sinne von Art. 239 Abs. 1 lit. b ZPO ohne schriftliche Begründung eröffnet wurde und die Beschwerdeführerin fristgerecht eine schriftliche Begründung verlangte, welche noch nicht vorliegt (act. 1/4; vgl. Art. 239 Abs. 2 ZPO).

4.2 Zur Frage der Vollstreckbarkeit von Entscheiden, die nicht schriftlich begründet wurden und nur mit Beschwerde anfechtbar sind, besteht, soweit ersichtlich, keine bundesgerichtliche Rechtsprechung. Auch das Obergericht hatte sich bisher nicht mit der Frage zu befassen. In der kantonalen Rechtsprechung und in der Literatur werden unterschiedliche Auffassungen vertreten.

Das Obergericht des Kantons Zürich hat im Urteil RT120039 vom 11. Juni 2012 (in: ZR 111/2012, Nr. 70) erwogen, einem beschwerdefähigen Entscheid sei, in Analogie zu Art. 112 Abs. 2 Satz 3 BGG, die Vollstreckung zu versagen, solange nicht entweder die zehntägige Frist, innert welcher gemäss Art. 239 Abs. 2 ZPO eine Be-

gründung verlangt werden kann, abgelaufen oder die begründete Ausfertigung des Entscheids eröffnet worden ist. Diese Rechtsprechung wurde mit Urteil LB150035 vom 13. August 2015 E. 2 bestätigt. Das Kantonsgericht Basel-Landschaft ging im Entscheid 410 12 182 vom 19. Juni 2012 hingegen von der sofortigen Vollstreckbarkeit eines eröffneten, aber (noch) nicht schriftlich begründeten Urteils aus, hielt aber dafür, dass der unterliegenden Partei die Möglichkeit offenstehe, bei der Rechtsmittelinstanz vorsorglich den Aufschub der Vollstreckbarkeit bis zum Einreichen einer Beschwerde zu beantragen.

In der Literatur wird vorab im Aufsatz von Staehelin/Bachofner (Vollstreckung im Niemands-land, Jusletter 16. April 2012) die Auffassung vertreten, ein Entscheid, gegen den das Rechtsmittel der Beschwerde zur Verfügung steht, sei mit der Eröffnung vollstreckbar und nicht erst mit Eröffnung der schriftlich begründeten Ausfertigung. Zwar könne eine Beschwerde dagegen erst eingereicht werden, wenn die Begründung vorliege. Die unterlegene Partei könne sich aber gegen die zwischenzeitliche Zwangsvollstreckung schützen, indem sie in sinngemässer Anwendung von Art. 263 ZPO bei der Rechtsmittelinstanz den Aufschub der Vollstreckbarkeit beantrage. In den Kommentierungen von Art. 239 und Art. 336 ZPO (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A. 2016, Art. 239 ZPO N 35; Art. 336 ZPO N 13) und von Art. 80 und Art. 84 SchKG (Basler Kommentar, 2. A. 2010, Art. 80 SchKG N 7b; Art. 84 SchKG N 79) äussert sich Staehelin in gleicher Weise. Gleicher Auffassung sind auch Markus/Wuffli (Rechtskraft und Vollstreckbarkeit: zwei Begriffe, ein Konzept?, ZBJV 151/2015 S. 107 ff.) und Jent-Sørensen (Resolutiv bedingte Vollstreckbarkeit und Vollstreckung, SJZ 110/2014 S. 60 f.). Gemäss Rohner/Mohs (in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A. 2016, Art. 336 ZPO N 2), Droese (Basler Kommentar, 3. A. 2017, Art. 336 ZPO N 8) und Tappy (in: Bohnet et al. [Hrsg.], CPC Code de procédure civile commenté, 2011, Art. 239 CPC N 22) wird demgegenüber der Entscheid erst mit Eröffnung der begründeten Ausfertigung vollstreckbar.

4.3 Der Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft und die Argumentation von Staehelin, auf welche das Kantonsgericht abstützt, überzeugen insbesondere deswegen, weil ein Entscheid nicht zweimal eröffnet werden kann. Die Zivilprozessordnung erlaubt ausdrücklich eine Eröffnung des Entscheides ohne schriftliche Begründung (Art. 239 Abs. 2 ZPO). Die formelle Rechtskraft tritt mit dessen Eröffnung ohne Weiteres ein, sofern dagegen kein ordentliches Rechtsmittel mehr ergriffen werden kann. Ein Entscheid, der nur mit Beschwerde angefochten werden kann, wird daher gemäss Art. 325 Abs. 1 ZPO mit seiner Eröffnung rechtskräftig. Würde der Eintritt der Vollstreckbarkeit bis zur Zustellung des begründeten Entscheides hinausgeschoben, widerspräche dies dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes. Nähme man nämlich, wie das Obergericht Zürich, bezüglich der Vollstreckbarkeit von Entscheiden für den Zeitraum zwischen der Eröffnung im Dispositiv und

der Anhebung der Beschwerde eine Gesetzeslücke an, die es im Sinne von Art. 112 Abs. 2 BGG zu füllen gelte, so wären beschwerdefähige Entscheide mit ihrer Eröffnung rechtskräftig, aber noch nicht vollstreckbar. Gegen eine solche Annahme spricht der Wortlaut von Art. 336 Abs. 1 ZPO (Stahelin/Bachofner, a.a.O., Rz 8).

4.4 Es ist zwar nicht zu verkennen, dass der Gläubiger so unter Umständen seine Forderung vollstrecken kann, bevor über die erstinstanzliche Beseitigung des Rechtsvorschlages abschliessend entschieden wurde. Der Schuldner ist daher möglicherweise darauf angewiesen, eine Rückforderungsklage einzureichen (vgl. dazu Markus/Wuffli, a.a.O., S. 116 ff.), womit er das Solvenzrisiko des Gläubigers trägt, was das Obergericht Zürich als stossend bezeichnet (Urteil RT120039 vom 11. Juni 2012 E. 3.5). Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass um-gekehrt der Gläubiger das Solvenzrisiko des Schuldners trägt, wenn er einen rechtskräftigen Entscheid nicht vollstrecken kann. Da ein erstinstanzlicher Entscheid zu seinen Gunsten vorliegt, besteht zudem eine erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass er seinen Anspruch zu Recht geltend gemacht und der Schuldner diesen zu Unrecht bestritten hat (Stahelin, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 239 ZPO N 35 a.E.).

In praktischer Hinsicht kommt hinzu, dass das Betreibungsamt von sich aus nicht beurteilen könnte, ob ein ihm vom Gläubiger vorgelegtes unbegründetes Urteil vollstreckbar ist oder nicht. Dem Betreibungsamt ist nämlich nicht bekannt, ob von einer Partei die Ausfertigung einer schriftlichen Begründung verlangt wurde oder ob die entsprechende Frist verstrichen ist und damit auch auf die Ergreifung eines Rechtsmittels verzichtet wurde (Art. 239 Abs. 2 ZPO). Der Gläubiger müsste eine Vollstreckbarkeitsbescheinigung vorlegen, obwohl eine solche für die Stellung des Fortsetzungsbegehrens gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht erforderlich ist (Urteil des Bundesgerichts 5A\_78/2017 vom 18. Mai 2017 E. 2.2).

4.5 Der Schuldner ist, jedenfalls nach Auffassung des Kantonsgerichts Basel-Landschaft und von Stahelin, der Vollstreckung nicht schutzlos ausgeliefert. Vielmehr könne er in analoger Anwendung von Art. 263 ZPO bei der Beschwerdeinstanz vorsorglich den Aufschub der Vollstreckbarkeit beantragen (vgl. auch Markus/Wuffli, a.a.O., S. 114). Dies wird damit begründet, dass gemäss Art. 263 ZPO vorsorgliche Massnahmen schon vor Rechtshängigkeit der Klage in der Hauptsache angeordnet werden könnten. Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung gemäss Art. 325 Abs. 2 ZPO sei eine vorsorgliche Massnahme sui generis. Es sei daher nicht ausgeschlossen, diese auch schon vor Einreichung der Beschwerde anzuordnen. Wie es sich damit verhält, muss vorliegend zwar nicht abschliessend beurteilt werden, da die Beschwerdeführerin keinen entsprechenden Antrag gestellt hat. Die Argumentation leuchtet indessen ein. Mithin ist davon auszugehen, dass dem Schuldner, der gegen einen für ihn negativen Rechtsöffnungsentscheid noch kein Rechtsmittel ergreifen kann, dennoch ein Rechtsbehelf zur Abwehr der Vollstreckung zur Verfü-

gung steht. Mit diesem kann er überprüfen lassen, ob sich unter Berücksichtigung der drohenden Nachteile und unter Berücksichtigung der Erfolgsaussichten der Beschwerde eine Vollstreckung rechtfertigt. Auch unter dem Aspekt des Schutzes des Schuldners und seines Anspruchs auf das rechtliche Gehör ist es mithin unnötig, die Vollstreckbarkeit des gemäss Art. 239 Abs. 1 lit. b ZPO unbegründet eröffneten Entscheides bis zur Zustellung der Begründung aufzuschieben. Eine im Sinne von Art 112 Abs. 2 BGG zu füllende Gesetzeslücke ist nicht ersichtlich.

4.6 Im Übrigen entspricht diese Lösung gemäss dem erläuternden Bericht zur Änderung der Zivilprozessordnung vom 2. März 2018 (S. 72 f.) dem Vorentwurf des Bundesrates für eine Änderung der Zivilprozessordnung. Dieser sieht in einem neuen Abs. 2bis von Art. 239 ZPO ausdrücklich vor, dass ohne schriftliche Begründung eröffnete Entscheide vollstreckbar sind.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 2. Oktober 2018

#### IV. Strafrecht

##### 1. Strafrechtspflege

###### 1.1 Art. 428 Abs. 1 StPO; Art. 399 Abs. 3 StPO

**Regeste:**

Kostenauflage bei Rückzug der Berufung vor Ablauf der Frist für die Berufungserklärung: Die Partei, welche gegen ein Urteil des Strafgerichts fristgerecht Berufung anmeldet und diese vor Ablauf der 20-tägigen Frist für die Einreichung der Berufungserklärung zurückzieht, werden keine Kosten auferlegt.

Obergericht, Strafabteilung, Präsidialverfügung vom 17. September 2018 (S 2018 23)

##### 2. Materielles Strafrecht

###### 2.1 Art. 43 StGB

**Regeste:**

Voraussetzungen für eine teilbedingte Freiheitsstrafe von über zwei Jahren

#### Aus den Erwägungen:

[. . .]

5.1 Für Freiheitsstrafen von über zwei Jahren bis zu drei Jahren, die mithin über der Grenze für bedingte Strafen liegen, sieht Art. 43 StGB einen eigenständigen Anwendungsbereich vor. An die Stelle des vollbedingten Strafvollzugs, der hier ausgeschlossen ist (Art. 42 Abs. 1 StGB), tritt der teilbedingte Vollzug, wenn die subjektiven Voraussetzungen dafür gegeben sind. Grundvoraussetzung für die teilbedingte Strafe ist somit eine begründete Aussicht auf Bewährung bzw. der Ausschluss einer ungünstigen Prognose, wobei die Kriterien denjenigen von Art. 42 StGB entsprechen (BGE 134 IV 1 E. 5.3.1).

Der unbedingte vollziehbare Teil der Freiheitsstrafe muss mindestens sechs Monate betragen, darf aber die Hälfte der Strafe nicht übersteigen (Art. 43 Abs. 2 und 3 StGB). Innerhalb des gesetzlichen Rahmens liegt die Festsetzung im pflichtgemässen Ermessen des Gerichts. Der unbedingte Strafteil darf dabei das unter Verschuldungsgesichtspunkten (Art. 47 StGB) gebotene Mass nicht unterschreiten (BGE 134 IV 1 E. 5.6).

Schiebt das Gericht den Vollzug einer Strafe ganz oder teilweise auf, so bestimmt es dem Verurteilten eine Probezeit von zwei bis fünf Jahren (Art. 44 Abs. 1 StGB).

5.2 Die Vorinstanz führte aus, gemäss Gutachten bestehe beim Beschuldigten eine Wahrscheinlichkeit bezüglich einer sexuell motivierten Straftat von 26% nach fünf Jahren und von 31% nach zehn Jahren; dies entspreche einem durchschnittlichen bis hohen Rückfallrisiko. Zuzufolge dieser Rückfallgefahr müsse dem Beschuldigten eine schlechte Prognose für künftiges Verhalten gestellt bzw. könne diesem der teilbedingte Vollzug für die Freiheitsstrafe nicht gewährt werden.

5.3 In seinem Ergänzungsgutachten vom [...] 2017 räumte Dr.med. X. ein, er müsse zu seinem Gutachten vom [...] 2014 bemerken, dass zum Zeitpunkt seiner Begutachtung die inkriminierten Straftaten schon vier Jahre zurückgelegen seien, ohne dass es zu erneuten Straftaten gekommen sei. Dementsprechend hätte das Rückfallrisiko schon damals nur noch 8% nach fünf bzw. 13.7% nach zehn Jahren betragen. Die entsprechenden Zahlen für eine «Time at Risk» nach acht Jahren wären 7.6% bzw. 13.1% [nach zehn Jahren]. Damit wäre der Beschuldigte in der Gruppe niedriges bis durchschnittliches Rückfallrisiko bei keiner «Time at Risk» einzustufen.

5.4 Dem Anhang zum Gutachten vom [...] 2014 ist zu entnehmen, dass Dr.med. X. bei der Analyse anhand des aktuarischen Prognoseinstrumentes «Static-99» in «Item Nr. 2» davon ausging, der Beschuldigte lebe nicht in einer mindestens zwei Jahre andauernden partnerschaftlichen Beziehung. Dies führte dazu, dass dem Beschuldigten ein entsprechender Risikopunkt vergeben wurde, sodass er gesamthaft vier statt drei Risikopunkte erzielte. Dabei ist dem Prognoseinstrument «Static-99» zu entnehmen, dass die Rückfallgefahr eines Täters mit der Anzahl der Risikopunkte steigt.

Der Beschuldigte macht hierzu geltend, er pflege «seit mehreren Jahren eine Beziehung mit Y.» und lebe mit dieser zusammen. Dies wird insoweit von den Eltern von Y. bestätigt, als sie in einer Eingabe vom [...] 2017 sinngemäss ausführten, ihre Tochter führe seit mindestens Ende 2013 eine Beziehung zum Beschuldigten. Dass diese Beziehung nach wie vor Bestand hat, geht sodann aus einem (undatierten) Schreiben von Y. an die amtliche Verteidigung und insbesondere aus dem Familienausweis des Beschuldigten hervor, gemäss welchem er und Y. am [...] 2018 geheiratet haben und sie am [...] Eltern einer gemeinsamen Tochter geworden sind. Dies führt dazu, dass dem Beschuldigten ein Risikopunkt abzuziehen ist, sodass er gesamthaft drei statt vier Risikopunkte erzielt.

Vor diesem Hintergrund ist das Rückfallrisiko als eher «niedrig» im Sinne des Gutachtens einzustufen. Zudem ist davon auszugehen, dass dem Beschuldigten das lange Strafverfahren und die Untersuchungshaft die volle Tragweite seines Handelns aufgezeigt haben. Eine klar ungünstige Prognose kann daher entgegen der Auffassung der Vorinstanz, die sich – wie sich mittlerweile ergeben hat – unbewusst auf ein fehlerhaftes Gutachten abstützte, nicht mehr angenommen werden.

5.5 Obwohl keine ungünstige Prognose besteht, wäre eine Begrenzung des unbedingten Teils der Freiheitsstrafe auf das gesetzliche Minimum von sechs Monaten unter Verschuldungsgesichtspunkten (namentlich bei den Delikten zum Nachteil von Z.) nicht zu rechtfertigen. Andererseits erscheint es angesichts der Tatsache, dass der Beschuldigte erwerbstätig ist und er vor kurzem geheiratet hat sowie Vater einer Tochter geworden ist, für welche er finanziell zu sorgen hat, gerechtfertigt, den vollziehbaren Teil so zu bemessen, dass ein Vollzug der Strafe in Halbgefängenschaft (Art. 77b StGB) möglich ist. Demnach ist der unbedingt vollziehbare Teil der Freiheitsstrafe auf 12 Monate und der aufgeschobene Teil auf 16 Monate festzusetzen. Um der nach wie vor bestehenden – wenn auch nur niedrigen – Rückfallgefahr Rechnung zu tragen, ist die Probezeit auf drei Jahre festzulegen.

Das bedeutet, dass der Beschuldigte die Freiheitsstrafe im Umfang von 16 Monaten vorerst nicht verbüssen muss; bewährt er sich bis zum Ablauf der dreijährigen Probezeit, wird dieser Teil der Strafe definitiv nicht mehr vollzogen (Art. 45 StGB). Im Sinne von Art. 44 Abs. 3 StGB wird der Beschuldigte aber ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass der aufgeschobene Teil der Freiheitsstrafe widerrufen werden kann, d.h. nachträglich zu verbüssen ist, wenn er während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht (Folgen der Nichtbewährung gemäss Art. 46 StGB).

[...]

Obergericht, Strafabteilung, Urteil vom 2. März 2018 (S 2017 9)

**2.2 Art. 49 Abs. 1 StGB****Regeste:**

Strafzumessung; Bildung einer Gesamtstrafe

**Aus den Erwägungen:**

[. . .]

## VI. Sanktion

## 1. Urteil der Vorinstanz und Anträge der Parteien

1.1 Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von 12 Jahren unter Anrechnung der Untersuchungshaft von 343 Tagen.

1.2 Der Beschuldigte rügt, diese Sanktion sei weit übersetzt, und beantragt eine Freiheitsstrafe von maximal 8 Jahren unter Anrechnung der bereits erstandenen Haft.

1.3 Die Staatsanwaltschaft wendet sich ebenfalls gegen die Strafzumessung. Sie beantragt eine Freiheitsstrafe von 15 Jahren unter Anrechnung der bereits erstandenen Haft.

## 2. Grundsätze der Strafzumessung

2.1 Die Vorinstanz hat die allgemeinen Regeln der Strafzumessung und der Verschuldensbewertung (bei Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz), das Vorgehen bei der Anwendung des Asperationsprinzips gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB sowie die Folgen einer Verletzung des Beschleunigungsgebotes zutreffend dargelegt, so dass darauf verwiesen werden kann. Ergänzend ist Folgendes anzumerken:

2.2 Das Bundesgericht hat in einem neuen Leitentscheid (Urteil 6B\_483/2016 vom 30. April 2018) seine Rechtsprechung zur Bildung einer Gesamtstrafe gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB weiter präzisiert. Es erwog, dass die in letzter Zeit vermehrt geschaffenen Ausnahmen von der konkreten Methode der Gesamtstrafenbildung, namentlich bei Serielikten und einer mehrfachen Verwirklichung desselben Tatbestands im Ergebnis zu einer (selektiven) Aufgabe der Gesamtstrafe nach dem Asperationsprinzip zugunsten der gesetzlich nicht vorgesehenen «Einheitsstrafe» geführt hätten, was von der Lehre zu Recht kritisiert worden sei.

Vor diesem Hintergrund, so das Bundesgericht, seien im Rahmen der Strafzumessung zuerst sämtliche Einzelstrafen für die konkreten Delikte (gedanklich) festzu-

setzen; erst dann könne das Gericht beurteilen, ob und welche Strafen gleichartig seien. Wenn für einzelne Delikte im konkret zu beurteilenden Fall unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips eine Geldstrafe nicht mehr für schuldangemessen und zweckmässig sei, hindere Art. 41 Abs. 1 StGB das Gericht nicht daran, auf Einzelfreiheitsstrafen von weniger als sechs Monaten zu erkennen, wenn die daraus zu bildende Gesamtstrafe sechs Monate übersteige (Urteil des Bundesgerichts 6B\_483/2016 vom 30. April 2018 E. 4.3).

[. . .]

### 3. Tatkomponenten

3.1 Im Einklang mit der Vorinstanz ist die vom Beschuldigten (in Mittäterschaft mit X.) verübte Beförderung von 29.906 kg Heroingemisch als schwerste Tat zu betrachten. Es liegt insoweit ein schwerer Fall im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG vor. Der Strafraum hierfür reicht von einer Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bis zu einer solchen von 20 Jahren, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann. Die Einsatzstrafe ist somit wie folgt festzusetzen.

3.1.1 Hinsichtlich der objektiven Tatschwere sind mit der Vorinstanz zunächst die Menge reinen Heroins von 17.44 kg und das damit verbundene ausserordentlich hohe Gefährdungspotential für die Gesundheit vieler Menschen als äusserst belastende Kriterien zu berücksichtigen (vgl. Fingerhuth/ Schlegel/Jucker, BetmG, Kommentar, 3. Aufl. Zürich 2016, Art. 47 StGB N 37 ff.; Mathys, Leitfaden Strafzumessung, N 79). Diesbezüglich ist zu beachten, dass der Grenzwert gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG um das ca. 1450-fache überschritten wurde. Sodann ist der Beschuldigte zwar „nur“ als Vermittler auf Hierarchiestufe 3 (Einsatzstrafe 5 - 8 Jahre; vgl. Fingerhuth/Schlegel/Jucker, BetmG, Kommentar, 3. Aufl. Zürich 2016, Art. 47 StGB N 32) einzuordnen, er hat die Kuriere jedoch gemäss seinen eigenen Aussagen «in die Sache hineingezogen», was belastend ins Gewicht fällt. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Organisation, welche die Herointransporte in Auftrag gegeben hat, eine hohe kriminelle Energie aufweist. Gemäss den Aussagen des Beschuldigten sei nämlich die Beschlagnahmung von 15 oder 30 kg Heroingemisch für die Organisation nicht sehr gravierend gewesen, da sie «Geschäfte im grossen Stil» betreibe. Im Weiteren scheint das vom Beschuldigten angestrebte Entgelt von CHF 40'000.- angesichts der transportierten Menge bzw. des damit möglichen Gesamtertrags auf den ersten Blick zwar nicht sehr hoch; für den Beschuldigten persönlich, welcher damit den Konkurs seiner Firma abwenden wollte, war dieser Betrag jedoch erheblich. Weiter ist zu würdigen, dass der Beschuldigte sein eigenes Risiko auf Kosten von X. minimierte, indem er die Drogen von diesem aus der Türkei in die Schweiz transportieren liess. Das objektive Tatverschulden ist demnach als mittelschwer bis schwer einzustufen.

3.1.2 In subjektiver Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte aus rein finanziellen und somit egoistischen Gründen handelte. Zudem war er weder süchtig, noch befand er sich in einer prekären finanziellen Notlage, so dass kein Grund bestand, die Schweizer Rechtsordnung nicht einzuhalten. Im Weiteren zeigte der Beschuldigte auch eine gewisse Leichtfertigkeit und Gleichgültigkeit, betrachtete er doch seine Delinquenz als Spiel; es sei «wie bei einem Fussballmatch» oder «wie Lotto» gewesen. In dieses Bild passt, dass sich der Beschuldigte durch den ersten Fehlschlag nicht beirren liess und sogleich eine zweite Kurierfahrt organisierte; damit manifestierte er seine Tatentschlossenheit (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_687/2016 vom 12. Juli 2017 E. 1.4.5). Nur minim verschuldensmindernd wirkt sich aus, dass der Beschuldigte in Bezug auf die 30 kg Heroingemisch lediglich mit Eventualvorsatz handelte; denn sein direkter Vorsatz bezog sich nur, aber immerhin auf eine Menge von «mehr als 20 kg». Es bleibt somit dabei, dass das Tatverschulden insgesamt als mittelschwer bis schwer einzustufen ist.

3.1.3 Demnach ist der Strafraum etwa zur Hälfte auszuschöpfen. Angesichts des geschilderten Tatverschuldens ist im Einklang mit der Vorinstanz und dem «Strafzumessungsmodell» von Fingerhuth et al. bei der vorliegend relevanten Menge reinen Heroins von 17.44 kg von einer Ausgangsstrafe von zehneinhalb Jahren auszugehen (Fingerhuth/ Schlegel/Jucker, BetmG, Kommentar, 3. Aufl. Zürich 2016, Art. 47 StGB N 44 f.). Hiervon sind 10 % abzuziehen, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es «nur» um einen Transport (und namentlich nicht um einen Erwerb) von Betäubungsmitteln aus dem Ausland ging. Ein Abzug von 20 %, wie bei X., ist hingegen nicht gerechtfertigt; dies deshalb, weil das Tatverschulden des Beschuldigten aufgrund seiner höheren Hierarchiestufe als deutlich schwerer zu qualifizieren ist als jenes von X.

3.1.4 Im Sinne eines Zwischenergebnisses ist demnach festzuhalten, dass in Übereinstimmung mit der Vorinstanz eine Einsatzfreiheitsstrafe von neun Jahren und fünf Monaten (bzw. 113 Monaten) angemessen erscheint.

3.2 Zu beurteilen ist sodann die (mittäterschaftliche) Beförderung der von Y. transportierten knapp 16 kg Heroingemisch. Abgesehen davon, dass die 8.325 kg reines Heroin den Grenzwert gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG um das knapp 700-fache überschritten und der vom Beschuldigten angestrebte Lohn lediglich CHF 15'000.– betrug, sind ansonsten die gleichen objektiven Tatkomponenten wie bei der Kurierfahrt von X. zu berücksichtigen. Das Gleiche gilt grundsätzlich auch hinsichtlich des subjektiven Tatverschuldens. Immerhin ist festzuhalten, dass es sich vorliegend um den ersten Versuch handelte und der Beschuldigte mit einer Lieferung von 15 kg Heroin rechnete. Unter diesen Umständen ist das Verschulden insgesamt im Einklang mit der Vorinstanz als mittelschwer einzustufen.

Vor diesem Hintergrund orientiert sich das Obergericht auch bezüglich der Kurierfahrt von Y. am «Strafzumessungsmodell» von Fingerhuth et al., so dass bei der vorliegend relevanten Menge reinen Heroins von 8.325 kg von einer Ausgangsstrafe von acht Jahren auszugehen wäre. Davon sind 10% abzuziehen, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es «nur» um einen Transport (und namentlich nicht um einen Erwerb) von Betäubungsmitteln aus dem Ausland ging. Ein Abzug von 20%, wie bei Y., ist hingegen nicht gerechtfertigt; dies deshalb, weil das Tatverschulden des Beschuldigten aufgrund seiner höheren Hierarchiestufe als deutlich schwerer einzustufen ist als jenes von Y. Bei eigenständiger Betrachtung wäre demnach eine Freiheitsstrafe von sieben Jahren und zwei Monaten (bzw. 86 Monaten) angemessen.

In Anwendung von Art. 49 Abs. 1 StGB ist die hypothetische tatbezogene Strafe für die Kurierfahrt von Y. – entgegen der Ansicht der Staatsanwaltschaft, die von bloss 10% spricht, was praktisch dem Kumulationsprinzip gleich käme – um ca. 60% zu reduzieren, da zwischen den beiden Kurierfahrten ein sehr enger sachlicher, zeitlicher und situativer Zusammenhang besteht, was die Vorinstanz in Übereinstimmung mit dem Beschuldigten zu wenig gewichtete; nachdem das erste Vorhaben fehlgeschlagen war, startete der Beschuldigte umgehend einen zweiten Versuch. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte mit beiden Taten die gleichen Rechtsgüter verletzt hat und nahezu identisch vorgegangen ist (vgl. Mathys, Leitfaden Strafzumessung, N 373). Im Ergebnis ist die Einsatzstrafe demnach um zwei Jahre und zehn Monate (bzw. 34 Monate) zu erhöhen.

### 3.3 Vermittlung von insgesamt 1.2 kg Heroingemisch

3.3.1 Hinsichtlich der objektiven Tatschwere der Vermittlung von 500 g Heroingemisch von Mitte Februar 2013 zwischen W. und Z. ist zunächst zu beachten, dass es sich selbst bei Annahme eines tiefen Reinheitsgrades von 20% um 100 g reines Heroin handelte, womit der Grenzwert gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG um das gut achtfache überschritten wurde. Verschuldensmindernd ist zu Gunsten des Beschuldigten zu berücksichtigen, dass er nur vermittelt hat. Zudem wurde er stets von seinem Lieferanten bzw. von dessen Gehilfen begleitet, was darauf hindeutet, dass ihm wenig Vertrauen geschenkt wurde und seine Rolle bei der Übergabe eher gering war.

In subjektiver Hinsicht ist zu beachten, dass der Beschuldigte mit direktem Vorsatz sowie wiederum aus rein finanziellen und somit egoistischen Gründen handelte. Zudem war er weder süchtig, noch befand er sich in einer finanziellen Notlage. Demnach bestand für ihn kein Grund, die Schweizer Rechtsordnung nicht einzuhalten.

Die objektive und subjektive Tatschwere ist demnach angesichts des weiten Strafrahmens von bis zu 20 Jahren noch als leicht einzustufen, so dass in Anlehnung an das

«Strafzumessungsmodell» von Fingerhuth et al. bei eigenständiger Betrachtung eine Freiheitsstrafe von 22 Monaten angemessen wäre.

3.3.2 Betreffend die Vermittlung von 500 g Heroingemisch von Anfang März 2013 zwischen W. und Z. sind die identischen objektiven und subjektiven Tatkomponenten wie bei der der Vermittlung von Mitte Februar zu berücksichtigen. Auch hier ist von einem noch leichten Verschulden auszugehen; bei eigenständiger Betrachtung wäre demnach ebenfalls eine 22-monatige Freiheitsstrafe angemessen.

3.3.3 Hinsichtlich der Vermittlung von 200 g Heroingemisch von Ende Januar 2013 sind abgesehen von der geringeren Heroinmenge (40 g reines Heroin) ebenfalls die gleichen objektiven und subjektiven Tatkomponenten wie bei den Vermittlung von Mitte Februar und Anfang März 2013 zu berücksichtigen, so dass von einem leichten Verschulden ausgegangen werden kann und bei eigenständiger Betrachtung eine Freiheitsstrafe von 14 Monaten angemessen wäre.

3.3.4 In welchem Umfang nun die Einsatzstrafe aufgrund der mehrfachen Vermittlung von insgesamt 1.2 kg Heroin zwischen W. und Z. zu erhöhen ist, hängt von verschiedenen Faktoren ab. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind namentlich das Verhältnis der einzelnen Taten untereinander, ihr Zusammenhang, ihre grössere oder geringere Selbstständigkeit sowie die Gleichheit oder Verschiedenheit der verletzten Rechtsgüter und Begehungsweisen zu berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_323/2010 vom 23. Juni 2010 E. 3.2 m.H.).

Der Gesamtschuldbeitrag der Vermittlungshandlungen ist im mittleren Mass straf erhöhend zu veranschlagen. Zwar stellen diese eigenständige Delikte dar, zumal die Vorgehensweise hier eine andere war. Zu beachten ist jedoch, dass sie wiederum den gleichen Bereich betreffen und die gleichen Rechtsgüter verletzen wie die schwerste Tat. Insofern besteht ein gewisser Zusammenhang. Es ist daher gerechtfertigt, von den total 58 Monaten die Hälfte anzurechnen. In Berücksichtigung des Asperationsprinzips ist die Einsatzstrafe daher um weitere zwei Jahre und fünf Monate (bzw. 29 Monate) zu erhöhen. Die von der Staatsanwaltschaft beantragte Anrechnung von 90 % widerspricht dem Asperationsprinzip.

3.4 Schliesslich ist die Einsatzstrafe aufgrund des mehrfachen Verkaufs von Marihuana zu erhöhen, weil auch hier nur eine Freiheitsstrafe in Betracht fällt, was denn auch unbestritten ist.

Zu beachten ist, dass der Beschuldigte zwischen dem 22. April 2009 und 6. Mai 2010, d.h. bereits vor Beginn der vorliegend zu sanktionierenden Taten, viermal mit bedingten und unbedingten Geldstrafen bestraft wurde. Auch parallel zum Marihuanahandel musste er wegen anderen Delikten immer wieder strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden; insgesamt wurden während des Marihuanahandels weitere fünf unbedingte Geldstrafen gegen den Beschuldigten ausgesprochen. Be-

reits vor diesem Hintergrund fällt für jede einzelne Handlung im Zusammenhang mit dem Marihuanahandel nur eine Freiheitsstrafe in Betracht. Hinzu kommt, dass der Beschuldigte den Handel über eine lange Zeit hinweg betrieb. Er offenbarte damit eine kriminelle Veranlagung, die nach einer härteren Sanktion verlangt. Eine blossе Geldstrafe wäre offenkundig nicht geeignet, den Beschuldigten zu beeindrucken.

3.4.1 Hinsichtlich des Verkaufs von Marihuana ist in objektiver Hinsicht zunächst die mehrfache Tatbegehung zu berücksichtigen. Sodann wirkt sich belastend aus, dass es sich bei 12.2 kg um eine relativ grosse Menge handelt.

In subjektiver Hinsicht ist zu beachten, dass der Beschuldigte allein aus finanziellem Interesse (bzw. um seinen Eigenkonsum zu finanzieren) gehandelt hat, wobei er sich nicht in einer eigentlichen Sucht- oder Notlage befunden hat.

Insgesamt kann gerade noch von einem leichten Verschulden ausgegangen werden, sodass für den Verkauf der 12.2 kg Marihuana bei eigenständiger Betrachtung und in Berücksichtigung des Strafrahmens (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren) eine Freiheitsstrafe von neun Monaten angemessen wäre (vgl. Fingerhuth/Schlegel/Jucker, BetmG, Kommentar, 3. Aufl. Zürich 2016, Art. 47 StGB N 43).

3.4.2 In Anwendung von Art. 49 Abs. 1 StGB ist die Strafe von neun Monaten angesichts des geringen zeitlichen und sachlichen Zusammenhangs mit den «Heroin-Delikten» bzw. der Eigenständigkeit des Marihuanahandels lediglich um einen Drittel zu reduzieren, so dass sich eine Erhöhung der Einsatzstrafe um sechs Monate ergibt.

3.5 Im Sinne eines Zwischenergebnisses ist somit festzuhalten, dass aufgrund der Tatkomponenten eine Gesamtfreiheitsstrafe von fünfzehn Jahren und zwei Monaten (bzw. 182 Monaten) angemessen erscheint.

4.-6. [...]

[Anmerkung des Redaktors: Die Verschuldensbewertung erfuhr durch Berücksichtigung der Täterkomponenten, namentlich des umfassenden Geständnisses und der Verletzung des Beschleunigungsgebots im Vorverfahren, eine deutliche Korrektur nach unten]

## 7. Gesamtbewertung

In Würdigung aller massgebenden Strafzumessungsfaktoren erweist sich dem Verschulden des Beschuldigten eine Freiheitsstrafe von elf Jahren als angemessen. Die Untersuchungs- und Sicherheitshaft von 343 Tagen sowie der vorzeitige Strafvollzug können im Sinne von Art. 51 StGB auf die Freiheitsstrafe angerechnet werden.

Anzumerken bleibt, dass eine höhere Strafe bzw. eine Strafe von fünfzehn Jahren, wie sie die Staatsanwaltschaft fordert, nur in Frage käme, wenn dem Beschuldigten hätte nachgewiesen werden können, dass er auf einer höheren Hierarchiestufe stünde und namentlich Käufer des aus der Türkei eingeführten Heroins gewesen wäre. Umgekehrt besteht für eine Reduktion der Strafe – entsprechend dem Antrag des Beschuldigten – ebenfalls keine Grundlage; eine Strafe von bloss acht Jahren wäre mit dem Schuldprinzip nicht vereinbar, worauf die Staatsanwaltschaft zutreffend verwiesen hat, indem sie ausführt, eine solche Strafe wäre unverhältnismässig bzw. unhaltbar mild.

## 8. Strafvollzug

Bei einer Freiheitsstrafe von elf Jahren fallen sowohl der bedingte (Art. 42 Abs. 1 StGB) als auch der teilbedingte Strafvollzug (Art. 43 Abs. 1 StGB) von vornherein ausser Betracht.

[. . .]

Obergericht, Strafabteilung, Urteil vom 14. Juni 2018 (S 2017 33)

## V. Rechtspflege

### 1. Zivilprozessordnung

#### 1.1 Art. 29 Abs. 3 BV; Art. 117 ZPO

##### **Regeste:**

Art. 29 Abs. 3 BV; Art. 117 ZPO – Ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege kann für eine juristische Person ausnahmsweise dann bestehen, wenn ihr einziges Aktivum im Streit liegt und neben ihr auch die wirtschaftlich Beteiligten mittellos sind. Zusätzlich muss ein öffentliches und allgemeines Interesse an der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zur Weiterexistenz der juristischen Person ausgewiesen sein,

##### **Aus den Erwägungen:**

1. Jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, hat nach Art. 29 Abs. 3 BV Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (ebenso die praktisch gleichlautende Bestimmung von Art. 117 ZPO).

1.1 Die Regelung von Art. 29 Abs. 3 BV ist auf natürliche Personen zugeschnitten. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können juristische Personen

grundsätzlich weder die unentgeltliche Prozessführung noch eine Verbeiständung beanspruchen; sie sind nicht arm oder bedürftig, sondern bloss zahlungsunfähig oder überschuldet und haben in diesem Fall die gebotenen gesellschafts- und konkursrechtlichen Konsequenzen zu ziehen. Juristische Personen verfügen deshalb – wie grundsätzlich auch die Konkurs- oder Nachlassmasse – über keinen bundesrechtlichen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung. Ausnahmsweise kann ein solcher Anspruch allenfalls dann bestehen, wenn das einzige Aktivum einer juristischen Person im Streit liegt und neben ihr auch die wirtschaftlich Beteiligten mittellos sind (vgl. BGE 143 I 328 E. 3.1 m.w.H.). Die Frage, ob positiv zu verlangen sei, dass ein öffentliches und allgemeines Interesse an der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zur Weiterexistenz der juristischen Person zusätzlich ausgewiesen werde, hat das Bundesgericht bislang offengelassen (vgl. BGE 143 I 328 E. 3.3). Diese Frage ist indes zu bejahen, weil die unentgeltliche Rechtspflege – wie bereits erwähnt – auf natürliche Personen zugeschnitten ist und in erster Linie die Unterstützung in einer persönlichen Notlage bezweckt. Demgegenüber handelt es sich bei den juristischen Personen um künstliche, aus Zweckmässigkeitsgründen zugelassene Schöpfungen; ihre rein wirtschaftlichen Interessen sollen daher nicht auf Kosten der Allgemeinheit verfolgt werden können, ausser es gäbe besondere Gründe dafür, so. z. B. die Erfüllung von Aufgaben der Allgemeinheit, die Rettung einer Vielzahl von Arbeitsplätzen etc. Jedenfalls muss ausser den wirtschaftlich Beteiligten ein erheblich weiterer Personenkreis betroffen sein (vgl. Jent-Sørensen, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 2. A. 2014, Art. 117 ZPO N 7 m.H.; Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A. 2017, Art. 117 ZPO N 2; Bühler, Berner Kommentar, 2012, Vorbemerkungen zu Art. 117-123 ZPO N 31; Urteil des Obergerichts Zürich PF130055-O/U vom 10. März 2014 E. 4.a; Urteil des Obergerichts Solothurn ZKBES.2015.172 vom 5. Februar 2016 E. 4.4, in : CAN 2-16 Nr. 31 S. 82 ff.).

1.2. Als juristische Person hat die Klägerin grundsätzlich keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Ein öffentliches oder allgemeines Interesse, welches eine Ausnahme rechtfertigen könnte, besteht vorliegend nicht: Die Klägerin erfüllt offenkundig weder Aufgaben der Allgemeinheit, noch ist ersichtlich, inwiefern vom vorliegend zu fällenden Entscheid – ausser der Klägerin, ihren Organen sowie allenfalls ihren Geschäftspartnern und Kunden – ein grösseren Personenkreis betroffen sein könnte. Die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege läuft somit keinen Allgemeininteressen zuwider, was allein schon zur Abweisung des Gesuches führt. Hinzu kommt, dass das vorliegende Verfahren nicht das einzige Aktivum der Klägerin betrifft, sondern die Abwehr der von der Beklagten geltend gemachten Ansprüche bezweckt. Mithin fehlt es auch unter diesem Aspekt an einer Voraussetzung, die es ausnahmsweise erlauben könnte, der Klägerin als juristischer Person die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen. Das Gesuch ist daher in jedem Fall abzuweisen

und es kann offenbleiben, ob die Klägerin tatsächlich nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und/oder ihr Begehren als aussichtslos erscheint.

[...]

Obergericht, I. Zivilabteilung, Präsidialverfügung, 5. April 2018 (Z1 2018 3 / VA 2018 33)

## 1.2 Art. 122 ZPO

### **Regeste:**

Art. 122 ZPO – Wird ein Fall beim Friedensrichteramt abgeschlossen bzw. die Klagebewilligung nicht beim Gericht eingereicht, entscheidet der Friedensrichter über die Höhe der Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes.

### **Aus dem Sachverhalt:**

1.1 Mit Eingabe vom 16. Februar 2016 liess B. beim Einzelrichter am Kantonsgericht Zug beantragen, es sei ihr in dem von A. gegen sie vor dem Friedensrichteramt der Stadt Zug angehobenen Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr in der Person von RA C. ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Mit Entscheid vom 1. März 2016 bewilligte der Einzelrichter die unentgeltliche Rechtspflege und bestellte RA C. als unentgeltlichen Rechtsbeistand.

1.2 An der Schlichtungsverhandlung vom 3. März 2016 kam es zu keiner Einigung, worauf der Friedensrichter auf Antrag von A. die Klagebewilligung ausstellte. A. leitete in der Folge keine Klage gegen B. beim Kantonsgericht Zug ein.

1.3 Mit Eingabe vom 16. April 2018 reichte RA C. beim Einzelrichter am Kantonsgericht Zug seine Honorarnote ein und ersuchte um Festsetzung der Entschädigung aus der Gerichtskasse gemäss Honorarnote.

1.4 Mit Schreiben vom 19. April 2018 leitete der Einzelrichter die Honorarnote zuständigkeithalber an das Friedensrichteramt der Gemeinde X. weiter zur Prüfung bzw. Genehmigung, falls der in Rechnung gestellte Aufwand angemessen sei.

1.5 Am 16. Mai 2018 retournierte der Friedensrichter die Honorarnote zur weiteren Bearbeitung an das Kantonsgericht Zug. Zur Begründung führte er aus, er sehe sich grundsätzlich ausserstande, die Aufwendungen von RA C. im vollen Umfang zu beurteilen. Ausserdem könne er als Friedensrichter auf kommunaler Ebene den Kanton nicht zu Entschädigungen gleich welcher Art verpflichten und so auch den gewünschten Entscheid nicht fällen.

1.6 Mit Entscheid vom 22. Mai 2018 trat der Einzelrichter am Kantonsgericht Zug auf das Gesuch von RA C. vom 16. April 2018, es sei vom Kantonsgericht Zug die Höhe der Entschädigung aus der Gerichtskasse gemäss Honorarnote festzulegen, nicht ein.

2.1 Gegen diesen Entscheid reichte das Friedensrichteramt der Gemeinde X. (nachfolgend: Beschwerdeführer) mit Eingabe vom 1. Juni 2018 Beschwerde beim Obergericht Zug ein zur Klärung der Frage, wer für die Beurteilung der eingereichten Honorarforderung bzw. der Festsetzung der Anwaltsentschädigung zuständig sei.

2.2 Der Einzelrichter am Kantonsgericht Zug und RA C. verzichteten auf eine Vernehmlassung.

### **Aus den Erwägungen:**

1. Zunächst ist zu prüfen, ob der Beschwerdeführer zur Beschwerde legitimiert ist.

1.1 Die ZPO enthält keine Bestimmungen über die Beschwerdelegitimation. Nach der Lehre setzt die Beschwerdelegitimation grundsätzlich voraus, dass sich der Beschwerdeführer als Haupt- oder Nebenpartei am Verfahren beteiligt hat, das zum angefochtenen Urteil geführt hat. Darüber hinaus können auch am Verfahren nicht beteiligte Dritte von gerichtlichen Entscheidungen betroffen werden und Interesse an der Ergreifung eines Rechtsmittels haben. Erforderlich ist, dass der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Entscheid unmittelbar betroffen ist und ein Rechtsschutzinteresse an dessen Aufhebung oder Abänderung hat (materielle Beschwerde) bzw. der angefochtene Entscheid in seine Rechte eingreift (Freiburghaus / Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. A. 2016, Art. 321 ZPO N 7 ff.; Hungerbühler/Bucher, in: Brunner/ Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A. 2016, Art. 321 ZPO N 18). Nach der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung wäre es nicht sachgerecht, das Rechtsschutzinteresse für die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht restriktiver zu formulieren als für das kantonale Verfahren (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], BBl 2006 7276). Aus diesem Grund wurde das Bundesgerichtsgesetz entsprechend angepasst, so dass für die Beschwerde in Zivilsachen ebenfalls ein schutzwürdiges (tatsächliches oder rechtliches) Interesse genügt. Entsprechend kann für die Beschwerdelegitimation nach Art. 319 ff. ZPO Literatur und Rechtsprechung zur Beschwerdelegitimation nach Art. 76 BGG herangezogen werden (vgl. Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich RU120006-O/U vom 16. August 2012 E. 2.2.2).

1.2 Gemäss Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG ist zur Beschwerde in Zivilsachen berechtigt, wer durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat. Erforderlich ist ein

persönliches, aktuelles und praktisches Interesse. Die Wahrnehmung öffentlicher Interessen begründet grundsätzlich kein Rechtsschutzinteresse. Nach der Rechtsprechung kann ein Gemeinwesen auch zur Beschwerde legitimiert sein, wenn es durch einen Entscheid in seinen hoheitlichen Befugnissen und Aufgaben berührt ist (Klett, Basler Kommentar, 2. A. 2011, Art. 76 BGG N 4). Darüber hinaus kann das Gemeinwesen in bestimmten Fällen in seinen hoheitlichen Interessen derart berührt sein, dass von einem schutzwürdigen Interesse auszugehen ist. Das kann namentlich bei wichtigen vermögensrechtlichen Interessen der Fall sein. In jedem Fall setzt die Beschwerdebefugnis zur Durchsetzung hoheitlicher Anliegen eine erhebliche Betroffenheit in wichtigen öffentlichen Interessen voraus. Das allgemeine Interesse an der richtigen Rechtsanwendung verschafft dem Gemeinwesen noch keine Beschwerdebefugnis. Zur Begründung des allgemeinen Beschwerderechts genügt auch nicht jedes beliebige, mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe direkt oder indirekt verbundene finanzielle Interesse des Gemeinwesens (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_784/2011 vom 23. März 2012 E. 1.2.1; BGE 136 II 383 E. 2.4).

1.3 Mit der vorliegenden Beschwerde möchte der Beschwerdeführer die Frage klären, ob der Einzelrichter am Kantonsgericht Zug oder der Friedensrichter bei unentgeltlicher Rechtspflege im Schlichtungsverfahren für die Beurteilung einer Honorarforderung bzw. der Festsetzung der Anwaltsentschädigung zuständig ist. Er verlangt «die Beurteilung des Dossiers durch das Obergericht, um für den gegenwärtigen Fall, aber auch für zukünftige Fälle Klarheit zu schaffen» (vgl. act. 1). Dieses Anliegen ist nicht ausreichend, um eine spezifische und qualifizierte Betroffenheit im Sinne der soeben dargelegten Rechtsprechung des Bundesgerichts und damit ein Rechtsschutzinteresse darzutun. Wie vorne in E. 1.2 dargelegt, verschafft das allgemeine Interesse an der richtigen Rechtsanwendung dem Gemeinwesen noch keine Beschwerdebefugnis. Auch ein allfälliges indirektes finanzielles Interesse reicht nicht aus. Der Beschwerdeführer kann daher in der Sache selber keine Legitimation beanspruchen. Auf die Beschwerde ist daher nicht einzutreten.

2. Selbst wenn auf die Beschwerde eingetreten werden könnte, müsste sie abgewiesen werden.

2.1 Die Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege werden gemäss Art. 122 ZPO vom «Kanton» getragen bzw. der unentgeltliche Rechtsbeistand vom «Kanton» entschädigt. Welche öffentlich-rechtliche Kasse innerhalb des Kantons die dem unentgeltlichen Rechtsbeistand geschuldete Entschädigung effektiv auszurichten und zu tragen hat, sagt Art. 122 ZPO nicht. Den Kantonen kommt diesbezüglich Gestaltungsfreiheit zu, weil der in Art. 122 ZPO verwendete Begriff des Kantons in der ZPO nirgends definiert wird. Die Kantone können daher selber bestimmen, welche Staats-, Gemeinde- oder Bezirkskasse die Kosten der unentgeltlichen Verbeiständung zu tragen hat (vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich RU110035-O/U vom 6. Oktober 2011 [ZR 2011 Nr. 83 E 2.4]; Urteil des Obergerichts des Kantons Zü-

rich VO110011-O/U vom 10. Mai 2011 E. 4.1; Bühler, Berner Kommentar, 2012, Art. 122 ZPO N 41b; Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 122 ZPO N 2; Huber, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], a.a.O., Art. 122 ZPO N 6; Jent-Sørensen, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 2. A. 2014, Art. 122 ZPO N 1). Diejenige Behörde, welche die Kosten des unentgeltlichen Rechtsbeistandes zu tragen hat, muss auch die Honorarnote des unentgeltlichen Rechtsbeistandes prüfen bzw. genehmigen.

2.2 Im GOG des Kantons Zug wird nicht geregelt, welches Gemeinwesen den Ausfall der Gebühr und die Kosten des unentgeltlichen Rechtsbeistandes zu tragen hat, wenn der Fall beim Friedensrichteramt abgeschlossen bzw. die Klagebewilligung nicht beim Gericht eingereicht wird. Anhaltspunkte für ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers liegen nicht vor. Es gibt soweit ersichtlich in den Materialien keine Äusserungen zu dem Punkt. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass der kantonale Gesetzgeber den Punkt aus Versehen nicht geregelt hat. Es ist daher im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ZGB eine Lückenfüllung vorzunehmen. Dabei liegt die Überlegung am nächsten, dass, wer die tatsächlich bezahlten Gebühren ein-kassiert, auch den Ausfall zu tragen hat, wenn Gebühren nicht erhältlich sind oder (wegen bewilligter unentgeltlicher Rechtspflege) gar nicht auferlegt werden können (vgl. dazu Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich RU120041-O/U vom 18. Oktober 2012 E. 5.1 - 5.4). Nach § 37 Abs. 3 GOG und § 10 der Verordnung über die Schlichtungsbehörden vom 18. Januar 2011 (BGS 161.4) fallen die Einnahmen der Friedensrichterinnen und Friedensrichter in die Gemeindekasse. Folglich sind auch die Ausfälle von den Gemeinden zu bezahlen (vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich RU110035 vom 6. Oktober 2011 [ZR 2011 Nr. 83 E. 2.4]). Wurde zusätzlich ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt, ist die Kostentragungspflicht der Gemeinden analog zu bejahen. Zwar kassieren die Gemeinden, anders als bei den Schlichtungspauschalen, hier nichts ein. Eine andere Kostenverlegung drängt sich dennoch nicht auf. Es ist davon auszugehen, dass die anfallenden Kosten der unentgeltlichen Rechtsbeistände für die Gemeinden keine wesentliche Mehrbelastung und auch nicht «steuerfussrelevant» sein werden. Es handelt sich um einige wenige Fälle, und der Aufwand eines Vertreters in Schlichtungsverfahren ist begrenzt (vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. Oktober 2012 RU120041-O/U E. 5.4). Wären aber die Kosten der unentgeltlichen Rechtspflege von der Gemeinde zu tragen, wenn der Fall beim Friedensrichteramt abgeschlossen bzw. die Klagebewilligung nicht beim Gericht eingereicht wird, müsste auch die Gemeinde, vertreten durch die Friedensrichterinnen und Friedensrichter, die Honorarnote des unentgeltlichen Rechtsbeistandes prüfen bzw. genehmigen.

3. Nach dem Gesagten ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

Da Art. 119 Abs. 6 ZPO auf das Beschwerdeverfahren gemäss Art. 121 ZPO keine Anwendung findet (BGE 137 III 470 ff.) und der Beschwerdeführer vorliegend unter-

liegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO), wären ihm grundsätzlich die Verfahrenskosten aufzuerlegen. Indes ist § 62 Abs. 3 GOG zu beachten, wonach den Gemeinden Gerichts- und Verfahrenskosten nur dann auferlegt werden, wenn sie in eigenen finanziellen Interessen betroffen sind. Der Beschwerdeführer verfolgt vorliegend – wenn überhaupt – nur indirekt eigene finanzielle Interessen, weshalb es sich rechtfertigt, auf die Erhebung von Gerichtskosten zu verzichten.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 12. Juli 2018 (BZ 2018 46)

### 1.3 Art. 223 Abs. 1 i.V.m. Art. 219 ZPO

#### **Regeste:**

Art. 223 Abs. 1 i.V.m. Art. 219 ZPO – Auch im Verfahren betreffend definitive Rechtsöffnung muss keine Nachfrist für eine verpasste Gesuchsantwort angesetzt werden.

#### **Aus den Erwägungen:**

3. Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, er sei im vorinstanzlichen Verfahren mit Schreiben vom 8. November 2017 aufgefordert worden, innert sieben Tagen eine schriftliche Gesuchsantwort einzureichen. Dieses Schreiben sei am 18. November 2017 zugestellt worden. Die 7-tägige Frist habe am 27. November 2017 geendet. Innert dieser Frist habe er infolge geschäftlicher Terminkollisionen unglücklicherweise keine Gesuchsantwort einreichen können. In Anwendung von Art. 223 Abs. 1 i.V.m. Art. 219 ZPO hätte ihm die Vorinstanz indes eine kurze Nachfrist ansetzen müssen. Dies umso mehr, als er im damaligen Zeitpunkt noch nicht anwaltlich vertreten gewesen sei und die Säumnisfolgen nicht habe einschätzen können. Die Erwägungen in BGE 138 III 483, welche sich mit der Nachfristansetzung im summarischen Verfahren befassen, seien auf den vorliegenden Fall nur beschränkt anwendbar. Der vorgenannte Entscheid habe eine provisorische Rechtsöffnung betroffen, mit welcher letztlich die Parteirollen verteilt würden. Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens sei hingegen eine definitive Rechtsöffnung gewesen, gegen welche sich der Beschwerdeführer anschliessend nicht mehr zur Wehr setzen könne bzw. welche faktisch zu einem Rechtsverlust führe. Die Nichtansetzung einer kurzen Nachfrist bei nicht rechtzeitiger Einreichung der Gesuchsantwort erscheine unter diesem Blickwinkel als unrichtige Rechtsanwendung i.S.v. Art. 320 lit. a ZPO.

4. Nach Art. 223 Abs. 1 ZPO setzt das Gericht im ordentlichen Verfahren bei versäumter Klageantwort der beklagten Partei eine kurze Nachfrist an. Gemäss Art. 219 ZPO gelten die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens sinngemäss für sämtliche anderen Verfahren, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. In dem vom Beschwerdeführer zitierten BGE 138 III 483 hat das Bundesgericht die Nichtanwendung von Art. 223 Abs. 1 ZPO im summarischen Verfahren für das Rechts-

öffnungsverfahren nicht damit begründet, dass der Rechtsöffnungsentscheid nicht in materielle Rechtskraft trete und es bei der provisorischen Rechtsöffnung im Wesentlichen bloss um die Parteirollenverteilung mit Blick auf ein nachfolgendes ordentliches Verfahren gehe. Ausschlaggebend für die Nichtanwendung von Art. 223 ZPO im Rechtsöffnungsverfahren war für das Bundesgericht vielmehr die gesetzlich gebotene Prozessbeschleunigung. Nach Auffassung des Bundesgerichts bedingt die im Gesetz vorgesehene Beschleunigung des Rechtsöffnungsverfahrens, die Rechte eines Gesuchsgegners bei versäumter Stellungnahme enger zu fassen als im ordentlichen Zivilverfahren und daher Art. 223 ZPO in diesem summarischen Verfahren nicht anzuwenden (BGE 138 III 483 E. 3.2.4). Der vom Bundesgericht in diesem Entscheid zitierte Art. 84 Abs. 2 SchKG, der den Rechtsöffnungsrichter zur raschen Fällung eines Entscheides anhält, gilt aber sowohl im provisorischen als auch im definitiven Rechtsöffnungsverfahren. Auch ist der laut Bundesgericht gemäss Art. 84 Abs. 2 SchKG verfolgte Zweck, dem Schuldner die Möglichkeit zu nehmen, durch Unterlassen oder Erheben des Rechtsvorschlags gleichzeitig betreibende Gläubiger zu bevorzugen bzw. zu benachteiligen, sowohl für das provisorische als auch das definitive Rechtsöffnungsverfahren massgebend. Daraus ist zu schliessen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dem Betreibungsschuldner daher weder im provisorischen noch im definitiven Rechtsöffnungsverfahren gestützt auf Art. 223 Abs. 1 i.V.m. Art. 219 ZPO Nachfrist zur Einreichung einer Stellungnahme zum Rechtsöffnungs-gesuch angesetzt werden darf. Die Vorinstanz hat daher dem Beschwerdeführer nach dem unbenutzten Ablauf der 7-tägigen Vernehmlassungsfrist zu Recht keine Nachfrist zur Einreichung einer Stellungnahme angesetzt.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 8. Februar 2018

#### 1.4 Art. 320 ZPO

##### **Resgeste:**

Art. 320 ZPO – Kognition der Beschwerdeinstanz

##### **Aus den Erwägungen:**

2.1 Mit der Beschwerde kann gemäss Art. 320 ZPO die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) sowie die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts (lit. b) geltend gemacht werden.

2.1.1 Die Überprüfung des Sachverhalts ist auf Willkür beschränkt (BGE 138 III 232 E. 4.1.2; Urteil des Bundesgerichts 4A\_149/2017 vom 28. September 2017 E. 2.2). Willkür liegt vor bei aktenwidriger Tatsachenfeststellung, d.h. wenn sich die Feststellung auf einen Sachverhalt stützt, der überhaupt nicht aktenmässig belegt ist, es sei denn, es handle sich um eine bekannte Tatsache (d.h. offenkundige oder gerichtsnotorische Tatsachen oder allgemein anerkannte Erfahrungssätze) im Sin-

ne von Art. 151 ZPO. Dasselbe gilt, wenn eine aktenkundige und rechtserhebliche Tatsache übersehen oder irrtümlich nicht richtig festgehalten worden ist. Ist das Beweisergebnis interpretationsbedürftig, gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO). Der Beschwerdegrund ist nur erfüllt, wenn die durch die erste Instanz gezogene Schlussfolgerung schlechtweg nicht vertretbar erscheint (Sterchi, Berner Kommentar, 2012, Art. 320 ZPO N 6 f.).

2.1.2 Uneinheitlich ist der Meinungsstand zur Kognition der Beschwerdeinstanz bei Rechtsfragen. Ein Teil der Lehre geht davon aus, die Rechtsmittelinstanz habe (auch) eine uneingeschränkte Angemessenheitskontrolle vorzunehmen und nötigenfalls ihr (Rechtsanwendungs-)Ermessen an die Stelle desjenigen der Erstinstanz zu setzen (vgl. Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. A. 2016, Art. 310 ZPO N 36; Reich, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2010, Art. 320 ZPO N 2 i.V.m. Art. 310 ZPO N 16 f.; Stauber, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel, Berufung und Beschwerde, 2013, Art. 320 ZPO N 3 i.V.m. Art. 310 ZPO N 10). Andere Autoren sind demgegenüber der Auffassung, dass diesfalls nur gerügt werden könne, es liege eine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung, d.h. Ermessensmissbrauch, Ermessensüber- oder -unterschreitung vor, und dass blosser Unangemessenheit den Beschwerdegrund der unrichtigen Rechtsanwendung nicht erfülle (vgl. Spühler, Basler Kommentar, 3. A. 2017, Art. 320 ZPO N 1 i.V.m. Art. 310 ZPO N 3; Sterchi, a.a.O., Art. 320 ZPO N 3 i.V.m. Art. 310 ZPO N 3 und N 8 f.). Die Zürcher Praxis geht von einer umfassenden Kognition auch bezüglich Angemessenheit aus. Allerdings greift die Beschwerdeinstanz nur mit einer gewissen Zurückhaltung in einen wohl überlegten und vertretbaren Ermessensentscheid der ersten Instanz ein (vgl. ZR 111 [2012] Nr. 53 E. 3; Blickenstorfer, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A. 2016, Art. 320 ZPO N 4 i.V.m. Art. 310 ZPO N 10; Brunner, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A. 2014, Art. 320 ZPO N 2; Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. A. 2014, Art. 320 ZPO N 1 i.V.m. Art. 310 ZPO N 3). Diese Praxis wurde vom Bundesgericht gebilligt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_265/2012 vom 30. Mai 2012 E. 4.3.2).

2.1.3 Die I. Zivilabteilung des Obergerichts Zug liess in einem Urteil aus dem Jahre 2013 offen, ob sich die Rechtsmittelinstanz bei der Überprüfung eines Ermessensentscheides eine gewisse Zurückhaltung auferlegen dürfe (vgl. Z1 2012 34 E. 7.5.3). Die II. Beschwerdeabteilung des Obergerichts Zug hielt in einem Urteil aus dem Jahre 2015 fest, dass die Rechtsmittelinstanz nicht einfach ihr eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen der Vorinstanz setzen könne. Im Ergebnis laufe dies auf eine Einschränkung der Kognition auf Ermessensmissbrauch, Ermessensüberschreitung oder -unterschreitung, unter Ausschluss der Angemessenheitskontrolle,

hinaus (vgl. BZ 2015 16 E. 2.2). In einem Urteil aus dem Jahre 2018 führte die II. Beschwerdeabteilung aus, dass sich die Rechtsmittelinstanz bei der Überprüfung eines Ermessensentscheides eine gewisse Zurückhaltung auferlegen müsse. Dies gelte insbesondere dort, wo das Gesetz dem Richter einen grossen Ermessensspielraum einräume (vgl. BZ 2018 72 E. 1.2). An dieser Praxis ist festzuhalten. Der II. Beschwerdeabteilung kommt zwar auch in Bezug auf die Prüfung der Angemessenheit grundsätzlich eine umfassende Kognition zu. Sie greift indes nur mit einer gewissen Zurückhaltung in einen wohl durchdachten und vertretbaren Ermessensentscheid der ersten Instanz ein.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 2. Oktober 2018 (BZ 2018 43)

## 2. Anwaltsrecht

### 2.1 Art. 8 Abs. 1 lit. b BGFA, Art. 9 BGFA

#### **Regeste:**

Ein Anwalt, der während zehn Monaten unrechtmässig Arbeitslosenentschädigung in der Höhe von CHF 14'733.85 bezogen hat und dafür mit einer bedingten Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu CHF 160.00 unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren sowie mit einer Busse von CHF 1'600.00 bestraft wurde, erfüllt die persönlichen Voraussetzungen gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b BGFA nicht mehr und sein Eintrag im Anwaltsregister ist zu löschen.

#### **Aus den Erwägungen:**

1. Anwältinnen und Anwälte, die über ein kantonales Anwaltspatent verfügen und Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten wollen, lassen sich ins Register des Kantons eintragen, in dem sie ihre Geschäftsadresse haben. Die Aufsichtsbehörde trägt sie ein, wenn sie festgestellt hat, dass die fachlichen (Art. 7 BGFA) und persönlichen (Art. 8 BGFA) Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. Art. 6 Abs. 1 und 2 BGFA).

Nach Art. 8 Abs. 1 lit. b BGFA darf bei den Anwältinnen und Anwälten für den Eintrag im kantonalen Anwaltsregister keine strafrechtliche Verurteilung vorliegen wegen Handlungen, die mit dem Anwaltsberuf nicht vereinbar sind, es sei denn, diese Verurteilung erscheine nicht mehr im Strafregisterauszug für Privatpersonen. Anwältinnen und Anwälte, die eine der Voraussetzungen für den Registereintrag nicht mehr erfüllen, werden nach Art. 9 BGFA im Register gelöscht.

2. Die Bestimmung von Art. 8 Abs. 1 lit. b BGFA beruht auf der Überlegung, dass das Vertrauensverhältnis, das zwischen Anwalt und Klient bestehen muss, gestört sein kann, wenn der Anwalt nicht vollumfänglich für Seriosität und Ehrenhaftigkeit bürgt. Es können nur solche Verurteilungen Auswirkungen auf die Ausübung des An-

waltsberufes haben, die mit dem Anwaltsberuf nicht vereinbar sind. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Täter im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit als Anwalt oder in einem privaten Umfeld gehandelt hat. Bei der Prüfung der Frage der Vereinbarkeit der strafrechtlichen Verurteilung mit dem Anwaltsberuf verfügt die Aufsichtsbehörde über einen grossen Beurteilungsspielraum; sie hat indessen stets den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Für die Verweigerung des Eintrages bzw. für dessen Löschung muss somit stets eine gewisse Tatschwere vorliegen und diese muss mit der Löschung in einem vernünftigen Verhältnis stehen. Ist jedoch die persönliche Voraussetzung des Fehlens einer Verurteilung wegen einer mit dem Anwaltsberuf nicht zu vereinbarenden Handlung nicht mehr gegeben, ist der Anwalt gemäss Art. 9 BGFA im Register zu löschen, ohne dass der zuständigen Behörde in dieser Hinsicht – anders als bei der Frage der Vereinbarkeit – noch ein Ermessensspielraum verbliebe (vgl. BGE 137 II 425, E. 6.1 und 7.1, sowie Urteil des Bundesgerichts 2C\_183/2010 vom 21. Juli 2010, E. 2.3 und E. 2.6, je mit weiteren Hinweisen; Staehelin/Oetiker, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A. 2011, Art. 8 BGFA N 17 f.; Fellmann, Anwaltsrecht, 2. A. 2017, Rz 131 ff.).

Zu den Handlungen, die nicht mit dem Anwaltsberuf zu vereinbaren sind, zählen namentlich strafbare Handlungen gegen Leib und Leben (Mord, vorsätzliche Tötung, schwere Körperverletzung sowie gewisse Handlungen gegen die sexuelle Integrität), Delikte gegen das Vermögen (Betrug, Veruntreuung, Diebstahl, Raub, Erpressung, ungetreue Geschäftsbesorgung, Steuerdelikte), Delikte gegen die Willensfreiheit (Drohung, Nötigung), Urkundenfälschung und Geldwäscherei (insbesondere Art. 305bis StGB); solche sind grundsätzlich geeignet, die berufliche Zutruenswürdigkeit Anwalts in Frage zu stellen (vgl. Staehelin/Oetiker, a.a.O., Art. 8 BGFA N 20, und Urteil des Bundesgerichts 2C\_183/2010 vom 21. Juli 2010, E. 2.4, je mit weiteren Hinweisen). Mit dem Anwaltsberuf oft noch zu vereinbaren sind Delikte, bei denen ganz allgemein die kriminelle Energie gering ist (z. B. eine mässige Geschwindigkeitsüberschreitung nach SVG).

3. RA X. hat, wie bereits erwähnt, in den Monaten Dezember 2012 bis September 2013 jeweils Arbeitslosenentschädigung bezogen, obwohl er in diesem Zeitraum als [...] tätig war und dafür entlohnt wurde. Er wurde daher wegen eines Verstosses gegen Art. 105 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes (AVIG) rechtskräftig verurteilt. Nach dieser Bestimmung wird, wer durch unwahre oder unvollständige Angaben oder in anderer Weise für sich oder einen andern zu Unrecht Versicherungsleistungen erwirkt, mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft, sofern nicht ein mit einer höheren Strafe bedrohtes Verbrechen oder Vergehen des Strafgesetzbuches vorliegt. Bei diesem Tatbestand handelt es sich somit um ein Vergehen. In der Kurzbegründung zum Strafbefehl wurden keine Ausführungen zum Verschulden gemacht. Aufgrund der Strafhöhe (Geldstrafe von 40 Tagessätzen sowie Busse von CHF 1'600.00) darf zwar angenommen werden, dass die Staatsanwaltschaft das Verschulden RA X. als noch leicht wertete. Das

bedeutet aber nicht, dass sein Verhalten keine erhebliche Tatschwere im Sinne von Art. 8 BGFA aufweist. RA X. hat während 10 Monaten auf dem jeweiligen Formular der Arbeitslosenversicherung seine [...] Tätigkeit bei der [...] nicht angegeben und damit die ungerechtfertigte Auszahlung von Arbeitslosengeldern in der Höhe von CHF 14'733.85 erwirkt. Sein Hinweis, dass er bis zur ersten Lohnabrechnung im Juni 2013 noch nicht gewusst habe, wie hoch sein Verdienst bei der [...] ausfallen würde, überzeugt nicht, ist doch im Formular primär anzugeben, ob die versicherte Person im jeweiligen Monat gearbeitet hat, sei dies im Angestelltenverhältnis oder selbständig erwerbend (Beilage 3 zur Anzeige der Arbeitslosenkasse an die Staatsanwaltschaft vom 18. Juli 2017). Zusätzliches Gewicht erhält die Unterlassung und damit die Verfehlung RA X., als dieser nach Erhalt der ersten Lohnabrechnung der [...] im Juni 2013 weiterhin diesen – mittlerweile bezifferten – Erwerb beim Ausfüllen des Formulars verschwieg.

Der Rechtsanwalt wird von seinen Klienten mandatiert, um ihre Interessen auf gesetzkonformem Weg durchzusetzen. Mit seinem juristischen Wissen und der Erfahrung soll er den Rechtsuchenden helfen. Diese Tätigkeit erfordert ein hohes Mass an Vertrauenswürdigkeit. Diese Vertrauenswürdigkeit ist bei RA X. in Frage gestellt. Er hat gegenüber einer Sozialversicherungseinrichtung mit unwahren Angaben Versicherungsleistungen erschlichen. Dieses Verhalten lässt an seiner Seriosität und Ehrenhaftigkeit zweifeln; unerheblich ist, dass es sich um ein ausserberufliches Verhalten handelt. Es kann auch nicht gesagt werden, RA X. habe nur geringe kriminelle Energie an den Tag gelegt; vielmehr hat er während mehrerer Monate wiederholt falsche Angaben gemacht und sich damit einen nicht unerheblichen wirtschaftlichen Vorteil verschafft. Die Handlungen RA X. und die darin zum Ausdruck kommende Unehrlichkeit sind daher mit der Ausübung des Anwaltsberufs nicht zu vereinbaren.

Schliesslich erweist sich eine Löschung aus dem Anwaltsregister auch nicht als unverhältnismässig. Diese hat zwar zur Folge, dass RA X. bis zum Ablauf der Probezeit von zwei Jahren und somit bis Dezember 2019 sich nicht mehr ins Anwaltsregister eintragen lassen kann. Eine solche Strenge ist aber vom Gesetz gewollt, wenn wegen eines Verhaltens, das mit der Ausübung des Anwaltsberufs nicht vereinbar ist, eine bedingte Strafe unter Ansetzung einer Probezeit ausgesprochen wird. Jedenfalls kann nicht gesagt werden, die (verbleibende) Dauer der Probezeit stehe zur Schwere der Tat in einem Missverhältnis und die Löschung stelle eine übermässige Härte für den betroffenen Anwalt dar. RA X. ist gemäss den Angaben auf seiner Webseite [...] schwergewichtig rechtsberatend im [...] tätig und kann diese Tätigkeit auch nach der Löschung seines Eintrags weiterhin ausüben.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass RA X. die persönlichen Voraussetzungen zur Aufrechterhaltung des Eintrags im Anwaltsregister des Kantons Zug nicht mehr erfüllt. Sein Eintrag ist daher gestützt auf Art. 8 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Art. 9 BGFA mit sofortiger Wirkung zu löschen.

Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte, 5. Juni 2018

## 2.2 Art. 12 lit. i BGFA

### **Regeste:**

Nach Art. 12 lit. i BGFA hat der Anwalt die Klientschaft bei der Übernahme des Mandats über die Grundsätze seiner Rechnungslegung hinreichend aufzuklären. Ferner hat er die Klientschaft unaufgefordert und unabhängig von Auskunftsbegehren periodisch über die Höhe des geschuldeten Honorars zu unterrichten.

### **Aus den Erwägungen:**

3. Gemäss Art. 12 lit. i 1. Teilsatz BGFA klären die Anwältinnen und Anwälte ihre Klientschaft bei Übernahme des Mandates über die Grundsätze ihrer Rechnungsstellung auf.

3.1 Zur Aufklärung über die Grundsätze der Rechnungsstellung gehören Hinweise auf allfällig gewünschte Vorschüsse, den Zeitpunkt der Rechnungsstellung, die Art des Honorars, allfällige Zahlungsfristen sowie Angaben zu einem allfälligen Stundenansatz. Diese Aufklärungspflicht ist Ausfluss der Pflicht zur Schaffung klarer Verhältnisse. Sie dient nicht zuletzt dazu, das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Klient zu stärken, indem sie Streitigkeiten über das Honorar vorbeugt (vgl. Fellmann, Anwaltsrecht, 2. A. 2017, N 490 mit Hinweisen, u.a. auf den Beschluss der Zuger Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte AK 2006/2 vom 7. November 2006 E. 3.1). Die nötige Information des Klienten erfolgt am besten im Rahmen einer (schriftlichen) Honorarvereinbarung (Fellmann, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A. 2011, Art. 12 BGFA N 161).

Bei der Festlegung von Art und Höhe der Vergütung sind Anwalt und Klient grundsätzlich frei. Sie können die Höhe der Vergütung im Voraus abschliessend festlegen (Pauschalhonorar). Es ist aber auch möglich, dass sie nur die massgebenden Berechnungselemente, nach denen die Vergütung (später definitiv) bestimmt wird, festsetzen (Fellmann, a.a.O., N 492). Art. 12 lit. i BGFA sagt nichts zum Erfordernis einer Prognose über die Höhe des voraussichtlichen Honorars. Das Gesetz verlangt bloss eine Aufklärung über die Grundsätze der Rechnungsstellung über die bereits angefallenen Kosten. In der Lehre ist jedoch allgemein anerkannt, dass sich der Anwalt im Rahmen seiner Aufklärungspflicht in der Regel auch zur mutmasslichen Honorarhöhe aussprechen muss. Mehr als die Angabe einer vernünftigen Grössenordnung darf vom Anwalt in der Regel allerdings nicht erwartet werden. In den meisten Fällen können die Anwälte nämlich bloss den Rahmen abstecken, in welchem sich ihr Honorar mutmasslich bewegen wird. Man wird aber vom Anwalt fordern dürfen, den Klienten in komplizierten Fällen gerade über die Unvorhersehbarkeit des Aufwands zu informieren und auf die absehbaren Risiken hinzuweisen, die sich auf die

Höhe des Honorars auswirken können (Fellmann, a.a.O., N 502 mit Hinweisen; Testa, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, Zürich 2001, S. 235).

3.2 Die Anzeigerstatterin macht geltend, der Verzeigte habe sie nie über die Grundsätze seiner Rechnungsstellung informiert und sie betreffend Höhe des Honorars «einfach im Dunkeln» gelassen. In einem Schreiben, das der Verzeigte am 15. Mai 2017 an ihren aktuellen Rechtsvertreter gerichtet habe, habe er zugeben müssen, dass er mit ihr keine Honorarvereinbarung über CHF 300.00 pro Stunde abgeschlossen habe. Die Behauptung, er habe dies mündlich getan, sei schlicht und einfach falsch (act. 2 S. 3). Der Verzeigte bestreitet diese Ausführungen. Er habe der Anzeigerstatterin bei Übernahme des Mandates erklärt, dass er nach Aufwand abrechnen werde und zu einem Stundenansatz von CHF 300.00 arbeite. Im Weiteren habe er dargelegt, dass es schwierig sei, den Aufwand abzuschätzen, den der konkrete Fall mit sich bringen würde. Schliesslich habe er auch nicht zugeben müssen, dass keine Honorarvereinbarung abgeschlossen worden sei. Er habe lediglich festgehalten, dass keine schriftliche Honorarvereinbarung abgeschlossen worden sei; es seien aber auch mündliche Verträge gültig (act. 7 S. 5).

3.3 Dem Verzeigten ist vorab insoweit zuzustimmen, als eine Honorarvereinbarung auch mündlich abgeschlossen werden kann. Vorliegend ist allerdings nicht belegt, dass der Verzeigte mit der Anzeigerstatterin eine solche Vereinbarung getroffen hat. Entsprechende Hinweise lassen sich in den Akten nicht finden. Aufgrund der Korrespondenz, die der Verzeigte und die Anzeigerstatterin Jahr 2014 geführt haben, ist vielmehr anzunehmen, dass es weder eine Vereinbarung noch entsprechende Hinweise oder Erklärungen des Verzeigten gab. So hielt der Verzeigte in einem an die Anzeigerstatterin gerichteten Schreiben vom 25. Februar 2014 fest, dass er von ihr «bisher [...] ja noch keinen Vorschuss verlangt» habe. Er ersuchte sie daher um eine «Akontozahlung» von CHF 10'800.00 (inkl. MWST) auf sein Honorar, machte dabei aber keinerlei Angaben zum bereits entstandenen und/oder künftig zu erwartenden Aufwand und/oder zu seinem Stundenansatz. Die Anzeigerstatterin kam dieser Aufforderung nicht nach, sondern bat ihrerseits den Verzeigten mit Schreiben vom 30. August 2014, den «Kostenvorschuss» mit einer Summe von CHF 10'800.00 zu begründen. Im Weiteren hielt sie fest, dass der Verzeigte in der Klage und der Replik [im Verfahren vor dem Kantonsgericht Zug] grösstenteils ihre Vorarbeiten übernommen und sich sein zeitlicher Aufwand damit wohl deutlich beschränkt habe. Im Moment sei sie ohnehin «nicht in der Situation», die geforderte Akontozahlung zu leisten, und erwarte vom Verzeigten «gerne [...] nochmals einen Versuch, die Kosten in diesem Fall von der Rechtsschutzversicherung geltend zu machen [...] Oder wir einigen uns, dass Ihnen Ihre Kosten für die Aufwände nach Abschluss des Falles ausgezahlt werden (in diesem Fall hoffe ich auf einen für mich möglichst positiven Abschluss, da ich mit den angebotenen 8'000.- CHF im Vergleichsvorschlag [des Kantonsgerichts] wohl kaum irgendetwas anfangen könnte)».

Der Verzeigte verzichtete in der Folge auf Kostenvorschüsse oder Akontozahlungen, was ihm weiter nicht vorzuwerfen ist. Offenkundig hat er aber die Anzeigerstatterin weder über die Grundsätze seiner Rechnungsstellung noch über mutmassliche Honorarhöhe aufgeklärt und damit die Berufsregel gemäss Art. 12 lit. i 1. Teilsatz BGFA verletzt.

4. Gemäss Art. 12 lit. i 2. Teilsatz BGFA haben die Anwältinnen und Anwälte ihre Klientschaft periodisch oder auf Verlangen über die Höhe des geschuldeten Honorars zu informieren.

4.1 In Rechtsprechung und Lehre ist unbestritten, dass Auskünfte über die Höhe des Honorars innert nützlicher Frist zu erfolgen haben, wenn die Klientschaft dies verlangt. Streitig ist hin-gegen, ob der Anwalt den Klienten nur auf eine entsprechende Frage hin zu informieren hat oder ob er ihn auch unaufgefordert periodisch über die Höhe des geschuldeten Honorars zu unterrichten hat (vgl. dazu die Übersicht bei Fellmann, a.a.O., N 503 ff.). Nach Auffassung des Zürcher Obergerichts beurteilt sich der Inhalt der Aufklärungspflicht hinsichtlich des geschuldeten Honorars gemäss Art. 12 lit. i BGFA nach Massgabe der auftragsrechtlichen Vorgaben in Art. 398 OR. Der Sinn von Art. 12 lit i BGFA könne nur sein, dass diese periodische Informationspflicht lediglich auf Anfrage des Klienten ausgelöst werde. Eine Informationspflicht ohne eine solche Anfrage sei nur in denjenigen Fällen gerechtfertigt, wo sich für die Wahrnehmung der Interessen des Klienten unvorhergesehene wesentliche Mehraufwendungen abzeichneten (Beschluss des Obergerichts Zürich, III. Zivilkammer, vom 21. März 2006, in: SJZ 2007 S. 101 f.; gl.M. Testa, a.a.O., S. 234). Diese Auffassung übersieht – wie Fellmann zu Recht bemerkt –, dass die Berufsregeln zum Schutz des rechtssuchenden Publikums weitergehen können als die Sorgfalts- und Treuepflicht nach Auftragsrecht. Aufgrund des klaren Wortlauts des Gesetzes ist daher zu verlangen, dass Anwälte ihre Klienten unabhängig von solchen Auskunftsbegehren unaufgefordert periodisch über die Höhe des geschuldeten Honorars unterrichten (Fellmann, a.a.O., N 504 mit Hinweisen). Im Weiteren ist zu beachten, dass ein Anwalt, der über Jahre hinweg keine Abrechnungen erstellt, unklare Verhältnisse schafft. Wenn im Nachhinein über Jahre hinweg Abrechnungen erstellt werden müssen, bleiben stets Zweifel an der korrekten Mandatsführung und damit an der Vertrauenswürdigkeit des Anwalts. Um das Aufkommen solcher Zweifel von Anfang an zu vermeiden, muss der Anwalt von sich aus in regelmässigen Abständen Abrechnungen erstellen, auch wenn dies der Mandant nicht verlangt (Fellmann, a.a.O., N 505 mit Hinweisen). Damit wird nicht nur das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Klient gestärkt; vielmehr kann ein solches Vorgehen – wie gerade der vorliegende Fall zeigt – auch dazu dienen, unnötige Streitigkeiten über das Honorar zu vermeiden (vgl. vorne E. 3.1). In welcher Kadenz solche Informationen zu erfolgen haben, lässt sich nicht allgemein sagen; massgebend sind die Verhältnisse im Einzelfall (Fellmann, a.a.O., N 505 mit Hinweisen; Hess, Das Anwaltsgesetz des

Bundes [BGFA] und seine Umsetzung durch die Kantone am Beispiel des Kantons Bern, ZBJV 2004 S. 123).

4.2 Der Verzeigte bestreitet, die Anzeigerstatterin nie informiert und sie betreffend Höhe des Honorars «einfach im Dunkeln gelassen» zu haben. So habe die Anzeigerstatterin mit der Aufforderung zur ersten Akontozahlung vom 25. Februar 2014 «die ungefähre Höhe des Aufwands» gekannt, der bis zu diesem Zeitpunkt entstanden sei. Im Weiteren habe er sie jeweils im Detail über die Anwaltskosten informiert, als das Kantonsgericht nach Abschluss des Schriftenwechsels und nach der Hauptverhandlung den Parteien einen Vergleichsvorschlag unterbreite habe. Schliesslich habe er ihr auch eine Kopie der Kostennote zugestellt, die er im Verfahren vor Obergericht eingereicht habe (act. 7 S. 6 f.).

4.3 Soweit sich der Verzeigte auf die Aufforderung zur ersten Akontozahlung vom 25. Februar 2014 beruft, ist zu wiederholen, dass er dort keine Angaben zum bereits entstandenen und/oder künftig zu erwartenden Aufwand und/oder zu seinem Stundenansatz machte, weshalb sich das geschuldete Honorar daraus nicht ableiten lässt (vgl. vorne E. 3.3). Im Weiteren fällt auf, dass der Verzeigte in den Kostennoten, die er am 20. November 2015 dem Kantonsgericht und am 10. August 2016 dem Obergericht einreichte, seinen Aufwand mit einem Stundenansatz von CHF 350.00 verrechnete, was seinen eigenen Angaben zum angeblich mit der Anzeigerstatterin vereinbarten Ansatz widerspricht. Auf der anderen Seite ist zu beachten, dass der Verzeigte in den genannten Kostennoten sein Honorar nicht nur nach Streitwert, sondern auch nach Zeitaufwand berechnete, was es der Anzeigerstatterin ermöglichte, die Höhe des aufgelaufenen Honorars hinreichend abzuschätzen. Im Übrigen hat die Anzeigerstatterin dem Verzeigten selber vorgeschlagen, dass ihm die «Kosten für die Aufwände [erst] nach Abschluss des Falles ausgezahlt werden» (vgl. vorne E. 3.3). Unter diesen Umständen kann dem Verzeigten nicht vorgeworfen werden, die Anzeigerstatterin nur ungenügend informiert und damit gegen die Berufsregel von Art. 12 lit. i 2. Teilsatz BGFA verstossen zu haben.

Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte, 5. Juni 2018

Die gegen diesen Beschluss erhobene Beschwerde des verzeigten Rechtsanwalts wies die II. Beschwerdeabteilung des Obergerichts mit Urteil vom 11. September 2018 rechtskräftig ab.

### 2.3 Art. 12 lit. a BGFA

#### **Regeste:**

Der Verteidiger eines inhaftierten Beschuldigten darf das Recht auf freien Kontakt nicht dazu missbrauchen, unerlaubte Gegenstände oder sog. Kassiber an der Postkontrolle vorbeizuschmuggeln. Der Anwalt, der sein Sekretariat mit der Zustellung eines Pakets mit einem nicht unter dem Schutz des Anwaltsgeheimnisses stehenden Inhalt an einen inhaftierten Mandanten beauftragt, hat dafür besorgt zu sein, dass das Paket nicht unerlaubterweise als Anwaltspost versandt wird. Andernfalls verstösst er gegen Art. 12 lit. a BGFA.

#### **Aus den Erwägungen:**

1. Gemäss Art. 12 lit. a BGFA haben Anwältinnen und Anwälte ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben. Diese Berufsregel beschlägt nicht nur die Beziehung zwischen Anwalt und Klient, sondern insbesondere auch das Verhalten des Anwalts gegenüber den staatlichen Behörden (vgl. BGE 130 II 270 E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts 2C\_620/2016 vom 30. November 2016 E. 2.1).

2. Der Verzeigte ist amtlicher Verteidiger von G.G., der sich Ende August 2017 in der Strafanstalt Zug im vorzeitigen Strafvollzug befand und mittlerweile nach Thorberg versetzt wurde (vgl. act. 4 S. 2).

2.1 Die Verteidigung ist in den Schranken des Gesetzes und der Standesregeln allein den Interessen der beschuldigten Person verpflichtet (Art. 128 StPO). Sie kann mit der inhaftierten Person frei und ohne inhaltliche Kontrolle verkehren (Art. 235 Abs. 4 StPO). Dieses Recht ergibt sich ebenso aus Art. 32 Abs. 2 Satz 2 BV und Art. 6 Ziff. 3 lit. b und c EMRK. Das Verbot der inhaltlichen Kontrolle gewährleistet den unbeaufsichtigten Kontakt zwischen der Verteidigung und der beschuldigten Person; Gespräche, Korrespondenz und Telefonate dürfen somit inhaltlich nicht überwacht werden (vgl. Härrli, Basler Kommentar, 2. A. 2014, Art. 235 StPO N 52 und 54 m.H.). Auf der anderen Seite darf die Verteidigung das Recht auf freien Kontakt nicht dazu missbrauchen, unerlaubte Gegenstände oder sog. Kassiber, d.h. Nachrichten des Beschuldigten an Dritte (Kopplizen oder Angehörige) oder von Dritten an den Beschuldigten, an der Postkontrolle vorbeizuschmuggeln (vgl. Thommen, Basler Kommentar, 2. A. 2014, Art. 3 StPO N 85; Thormann/Brechbühl, Basler Kommentar, 2. A. 2014, Art. 248 StPO N 52). Mit einem solchen Verhalten verstossen Rechtsanwälte gegen das gesetzliche Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 3 Abs. 2 lit. b StPO) und verletzen zugleich ihre berufliche Sorgfaltspflicht. Sie gefährden dadurch mitunter den Untersuchungszweck und setzen sich dem Vorwurf der Begünstigung (Art. 305 StGB) aus; sie nutzen die Vertrauensstellung, die sie innerhalb der Rechtspflege geniessen, aus und riskieren, dass der freie Verkehr zwischen Verteidiger und

Mandanten eingeschränkt werden könnte (vgl. Brunner/Henn/Kriesi, Anwaltsrecht, 2015, S. 113 m.H.).

2.2 Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Verzeigte ein Paket mit Waren, die sein Mandat G.G. beim Versandhaus [. . .] bestellt hatte und der Kanzlei X. zugestellt worden waren, zu Händen von G.G. an die Strafanstalt Zug weiterleitete. Ebenso unbestritten ist, dass das Paket u.a. unerlaubte Speicherkarten enthielt und die Adresse mit dem Vermerk «Anwaltspost» gekennzeichnet war (act. 1/1). Gleichzeitig steht aber auch fest, dass sich der Verzeigte vor dem Versand des Pakets bei der Strafanstalt telefonisch über die Zustellung von Waren an seinen Mandanten erkundigt hatte, worauf ihm mitgeteilt wurde, dass dies ausschliesslich auf postalischem Weg erfolgen könne (vgl. act. 2 und act. 4 S. 3 f.). Demnach war das Handeln des Verzeigten, der offenbar nichts falsch machen wollte, durchaus transparent. Im Weiteren ist nach der übereinstimmenden Darstellung des Anzeigerstatters und des Verzeigten davon auszugehen, dass Y., eine Sekretärin der Kanzlei X., für die der Verzeigte tätig ist, das Paket adressierte und bei der Post aufgab (vgl. act. 1 S. 1 und act. 4 S. 4). Unter diesen Umständen ist ohne Weiteres anzunehmen, dass der Verzeigte nicht die Absicht hatte, seine Vertrauensstellung als Verteidiger von G.G. zu missbrauchen und diesem unter Umgehung der Postkontrolle unerlaubte Gegenstände zukommen lassen. Insofern ist eine Verletzung von Berufungspflichten zu verneinen.

2.3 In der Stellungnahme vom 27. September 2017 bringt der Verzeigte sodann vor, er habe das geöffnete Paket des Versandhauses in der Kanzlei an Y. übergeben und ihr mitgeteilt, dass das Paket an G.G. in die Strafanstalt weitergeleitet werden müsse. Eine weitergehende Kontrolle des Postversandes habe er nicht vorgenommen, da kein Begleitbrief an G.G. angefertigt worden sei und Y. eine äusserst pflichtbewusste Anwaltssekretärin mit langjähriger Erfahrung sei. Ausserdem habe es sich bei der «mit ihr abgesprochenen Versandhaus-Lieferung» offensichtlich nicht um «Anwaltspost» gehandelt. Wie nun der Verzeigung zu entnehmen sei, habe Y. bei der Adressierung des Pakets handschriftlich den Vermerk «Anwaltspost» angebracht. Zweifellos wäre es «optimal» gewesen, wenn er (der Verzeigte) das Paket nach dem erneuten Verschliessen und der Adressierung durch Y. nochmals kontrolliert und sodann den Vermerk «Anwaltspost» gestrichen hätte. Unter den gegebenen Umständen könne die «Unterlassung der Adresskontrolle vor dem Paketversand» indessen nicht als Sorgfaltspflichtverletzung qualifiziert werden (act. 4 S. 4 und 6).

Dieser Auffassung des Verzeigten kann nicht gefolgt werden. Wenn er über die Art der Zustellung des Paktes schon selber unsicher war und er sich daher eigens bei der Strafanstalt danach erkundigte, durfte er nicht ohne Weiteres darauf vertrauen, dass seine Sekretärin das Paket in jedem Fall richtig – d.h. ohne den Vermerk «Anwaltspost» – adressieren würde. Vielmehr hätte er sie entsprechend instruieren oder die Adresse des Pakets vor dem Versand noch kontrollieren müssen; offen-

kundig vermögen auch pflichtbewusste und erfahrene Sekretärinnen und Sekretäre Anwältinnen und Anwälte nicht davon zu entbinden, die diesen obliegenden beruflichen Sorgfaltspflichten zu beachten. Der Verzeigte muss sich daher anrechnen lassen, dass das Paket unzulässigerweise mit dem Vermerk «Anwaltspost» an die Strafanstalt verschickt wurde.

Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte, 5. Dezember 2017

#### 2.4 Art. 33c BeurkG, a§ 12 Abs. 2 BeurkG, § 16 Abs. 5 EG BGFA

##### **Regeste:**

Begeht eine freiberufliche Urkundsperson besonders schwerwiegende Pflichtverletzungen, kann ihr die Beurkundungsbefugnis selbst dann dauernd entzogen werden, wenn ihr Eintrag im Anwaltsregister auf eigenes Gesuch gelöscht wurde und die Beurkundungsbefugnis aus diesem Grund bereits dahingefallen ist.

##### **Aus den Erwägungen:**

1.4 Im Zusammenhang mit der A. AG beurkundete oder beglaubigte der Verzeigte als Urkundsperson an folgenden Daten auf folgenden Dokumenten die Anwesenheit und Erklärungen B. oder die Echtheit der gefälschten Unterschriften von B.:

1.4.1 Öffentliche Beurkundung des Protokolls der ausserordentlichen Generalversammlung der A. AG vom 22. Juni 2009, gemäss welchem B. erklärte, er habe die vorstehende Urkunde gelesen und sei mit dem Inhalt einverstanden, sowie die Erklärung des Verzeigten, B. habe die Urkunde in seiner Gegenwart unterzeichnet;

1.4.2 amtliche Beglaubigung der Statuten der A. AG vom 22. Juni 2009 mit der Unterschrift von B., mit welcher bestätigt wurde, dass die Statuten die Beschlüsse der von B. als Vorsitzendem geleiteten ausserordentlichen Generalversammlung vom 22. Juni 2009 enthalten;

1.4.3 amtliche Beglaubigung der Unterschrift von B. auf der Anmeldung an das Handelsregisteramt vom 22. Juni 2009;

1.4.4 amtliche Beglaubigung der Unterschrift von B. auf einer weiteren Anmeldung an das Handelsregisteramt vom 11. Juni 2010.

2.1 Der Verzeigte hat an der Hauptverhandlung vom 11. September 2017 vor der Einzelrichterin den der Anklage vom 3. Juli 2017 zugrunde liegenden Sachverhalt und sonach auch die Begehung der in den vorstehenden Ziffern 1.4.1 bis 1.4.4 aufgeführten Delikte anerkannt und ist hierfür rechtskräftig der mehrfachen Urkundenfälschung im Amt gemäss Art. 317 Ziff. 1 StGB schuldig gesprochen worden.

2.2 Zwar stellen die in Ziffer 1.4.1 bis 1.4.4 aufgeführten Beurkundungen und Beglaubigungen auch Urkundenfälschungen und Falschbeurkundungen gemäss Art. 251 Ziff. 1 StGB dar. Doch geht Art. 317 StGB als *lex specialis* vor, wenn Art. 251 Ziff. 1 StGB und Art. 317 StGB aufeinandertreffen (Boog, Basler Kommentar, 3. A. 2013, Art. 317 StGB N 24 mit weiteren Verweisen).

2.3 Nicht zu berücksichtigen sind im vorliegenden Disziplinarverfahren die weiteren Urkundenfälschungen, welche vom Verzeigten im Zeitraum von Ende 2002 bis Mitte 2014 begangen worden sind. Zwar hat er zwischen 2002 und 2009 auf 29 Revisionsberichten der A. AG die Unterschrift B. entweder selbst gefälscht oder toleriert, dass die Unterschrift von Dritten gefälscht wurde; zudem hat er in der Zeit von 2009 bis 2014 auf 37 Zahlungsaufträgen an die Postfinance die Unterschrift von C. gefälscht. Ferner hat der Verzeigte Mitte 2014 auf dem Saldierungsauftrag an die Postfinance die Unterschrift von D. gefälscht. Schliesslich sind vom Verzeigten zwischen 2002 und 2013 auf elf Jahresrechnungen der A. AG sowie einer Mahnung die Unterschriften von B. gefälscht worden. Doch erfolgten alle diese Unterschriftenfälschungen, soweit ersichtlich, immer im Zusammenhang mit der A. AG, nicht aber im Rahmen der Ausübung seiner Tätigkeit als Urkundsperson. Für diese Urkundenfälschungen können den Akten keine weiteren Hinweise auf Amtspflichtverletzungen entnommen werden. Die Delikte lassen aber Rückschlüsse auf die Mentalität des Verzeigten zu, wie nachfolgend zu zeigen ist.

3.1 Gemäss § 33 Abs. 1 bis lit. d BeurkG übt die Aufsichtsbehörde bei Amtspflichtverletzungen die Disziplinargewalt aus. Demnach ist zu prüfen, ob und gegebenenfalls welche Disziplinar massen auszusprechen sind für die in Ziffer 1.4 hiavor aufgeführten mehrfachen Urkundenfälschungen im Amt gemäss Art. 317 StGB. Als Disziplinar massnahmen vorgesehen sind in § 33c Abs. 1 BeurkG die Verwarnung (lit. a), der Verweis (lit. b), die Busse bis CHF 20'000.00 (lit. c), der befristete Entzug der Beurkundungsbefugnis für längstens zwei Jahre (lit. d) sowie der dauernde Entzug der Beurkundungsbefugnis (lit. e). Zudem kann eine Busse zusätzlich zum befristeten oder dauernden Entzug der Beurkundungsbefugnis ausgesprochen werden (§ 33c Abs. 2 BeurkG). Die Bestimmung von § 33c BeurkG ist am 1. April 2015 im Rahmen der Teilrevision in das Beurkundungsgesetz eingefügt worden. Vor diesem Zeitpunkt waren die Sanktionen in a§ 12 Abs. 2 BeurkG geregelt, welcher als Disziplinar massnahmen den Verweis und die Ordnungsbusse bis auf CHF 300.00 vorsah. In schweren Fällen konnte die Beurkundungsbefugnis vorübergehend oder dauernd entzogen werden. Der Entzug war im Amtsblatt zu veröffentlichen. Eines der Hauptziele der Teilrevision war es, die Disziplinar massnahmen zu erweitern und den Bussenrahmen substantiell zu erhöhen (vgl. Bericht und Antrag des Regierungsrates und Obergerichtes vom 3. Dezember 2013 betreffend Teilrevision des Gesetzes über die öffentliche Beurkundung und Beglaubigung in Zivilsachen vom 3. Juni 1946, S. 2 und 6). Mit der Einfügung von § 33c BeurkG wurden neu namentlich die Verwarnung, der vorsorgliche Entzug sowie die Erhöhung der maximal zulässigen Busse von CHF 300.00 auf

CHF 20'000.00 eingeführt. Werden die Sanktionen von § 33c BeurkG mit denjenigen in a§ 12 Abs. 2 BeurkG verglichen, so sind die Disziplinar massnahmen nach a§ 12 Abs. 2 BeurkG als das im Vergleich zu den Disziplinar massnahmen gemäss § 33c BeurkG mildere und somit anwendbare Recht zu bezeichnen.

3.2 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 Wiederholungsfahr 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.

4. Der Verzeigte macht in diesem Zusammenhang geltend, die ihm vorgeworfenen und disziplinarrechtlich relevanten Amtshandlungen datierten vom 22. Juni 2009 und vom 11. Juni 2010. Der gegen ihn erhobene Vorwurf beinhalte die mehrfache Falschbeurkundung lediglich eines einzigen unrichtigen Sachverhalts. Davon betroffen gewesen seien insgesamt vier Dokumente, welche in einem unmittelbaren sachlichen Zusammenhang stünden. Es handle sich um die amtliche Beglaubigung der gefälschten Unterschrift des verstorbenen B. im Zusammenhang mit der A. AG. Die genannten Verfehlungen seien vor mehr als sieben Jahren erfolgt. Seither habe sich der Verzeigte in seiner Funktion als Urkundsperson keine weiteren Pflichtverletzungen zu Schulden kommen lassen. Vielmehr sei er zwischenzeitlich aus eigenem Antrieb dafür besorgt gewesen, den unrechtmässigen Zustand zu beseitigen, indem er der A. AG am 12. September 2013 das Domizil gekündigt habe, worauf die Gesellschaft mit Entscheid des Einzelrichters vom 8. Juli 2014 von Amtes wegen aufgelöst worden sei. Die Revisionsstätigkeit der A. AG sei nie beanstandet worden und durch deren Tätigkeit sei auch niemand zu Schaden gekommen. Der Verzeigte habe mit Schreiben vom 4. Oktober 2017 nicht zuletzt aus gesundheitlichen Gründen die sofortige Löschung seines Eintrags im Anwaltsregister beantragt, und diesem Antrag sei mit Verfügung vom 9. Oktober 2017 entsprochen worden. Damit sei auch die Zulassung als Urkundsperson erloschen. Der Verzeigte beabsichtige keine Wiederaufnahme der Berufstätigkeit als Anwalt und/oder Urkundsperson. Der Verzeigte habe mit seinen rechtswidrigen Handlungen Dritten keinen Schaden zugefügt und damit auch keine wirtschaftlichen Vorteile erzielt. Die Taten lägen schon über sie-

ben Jahre zurück, und seither habe der Verzeigte bewiesen, dass er die Funktion als Urkundsperson sorgfältig und korrekt auszuüben in der Lage sei. Aufgrund der gezeigten Einsicht in sein Fehlverhalten, die von ihm veranlasste Beseitigung des unrechtmässigen Zustands und der gelebten Reue erweise sich ein dauernder Entzug der Beurkundungsbefugnis nicht mehr als erforderlich, um das öffentliche Interesse an der korrekten Beurkundung von Tatsachen öffentlichen Glaubens zu schützen. Vielmehr könne den eingestandenen Pflichtverletzungen mit einem befristeten Entzug der Beurkundungsbefugnis genügend Rechnung getragen werden.

5.1 Mit Verfügung des Präsidenten der Aufsichtskommission vom 9. Oktober 2017 wurde der Eintrag des Verzeigten im Anwaltsregister gelöscht, und aufgrund der Löschung ist die dem Verzeigten erteilte Beurkundungsbefugnis dahingefallen, was aber nichts an der Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde ändert. Damit die Disziplinaraufsicht wirkungsvoll durchgeführt und der Eingriff von Disziplinar massnahmen sichergestellt werden können, darf die Disziplinar gewalt gegenüber der Urkundsperson nicht in jedem Fall mit der Löschung des Eintrags im Anwaltsregister enden. Würde die Disziplinar gewalt gegenüber einer im Anwaltsregister nicht mehr eingetragenen Urkundsperson entfallen, wäre es ein Leichtes, sich durch Löschung des Eintrags einer disziplinarischen Sanktion zu entziehen. Kommt hinzu, dass für die (erneute) Eintragung im Anwaltsregister zwar keine strafrechtliche Verurteilung vorliegen darf wegen Handlungen, die mit dem Anwaltsberuf nicht zu vereinbaren sind und deren Eintrag im Strafregister nicht gelöscht ist (Art. 8 Abs. 1 lit. b BGFA). Doch muss der Eintrag ins Anwaltsregister und damit die Erteilung der Beurkundungsermächtigung erfolgen, wenn der Eintrag im Strafregister gelöscht wurde. Aus diesen Gründen muss die Aufsichtskommission analog zu § 16 Abs. 5 EG BGFA unter Abwägung der Interessen entscheiden können, ob sie das Verfahren gegen eine im Anwaltsregister nicht mehr eingetragene Urkundsperson fortsetzen oder als gegenstandslos abschreiben will. Es wird in der Rechtslehre denn auch die Auffassung vertreten, zeitlich erstrecke sich der Geltungsbereich des Disziplinarrechtes auf die Zeitspanne von der Erteilung der Berufsausübungsbewilligung bis zu ihrem Erlöschen. Eine Ausnahme gelte für den disziplinarischen Entzug des Patents. Da dieser für eine allfällige Neuzulassung zum Notariatsberuf und für deren frühest möglichen Zeitpunkt präjudiziell sei, schliesse der freiwillige Verzicht auf die Berufsausübung den disziplinarischen Patententzug nicht aus (vgl. Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, 1993, N 3546 f.). Angesichts der Art der Delikte und der Schwere der Gesetzesverletzungen sowie unter Berücksichtigung der öffentlichen Interessen erachtet es die Aufsichtskommission als geboten, das Disziplinarverfahren gegen den Verzeigten fortzusetzen.

5.2 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 Bundesprivat-

rechts in Art. 9 ZGB, und zwar durch die den öffentlichen Urkunden in dieser Gesetzesvorschrift verliehene verstärkte Beweiskraft (Brückner, a.a.O., 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. Geschütztes Rechtsgut beim Straftatbestand der Urkundenfälschung im Amt gemäss Art. 317 StGB ist denn auch das besondere Vertrauen, das die Öffentlichkeit den Amtshandlungen des Staates entgegenbringt, und ebenso das Interesse des Staates an einer zuverlässigen Amtsführung seiner Beamten, mithin das Vertrauen in die Verlässlichkeit der Beamten und die Amtspflichttreue (Boog, a.a.O., Art. 317 StGB N 1 mit Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts). Die korrekte Errichtung öffentlicher Urkunden ist daher von zentraler Bedeutung. Demgemäss begeht eine Urkundsperson, die vorsätzlich dagegen verstösst, eine schwere Verfehlung.

5.3 Der Verzeigte beurkundete respektive beglaubigte in seiner Eigenschaft als Urkundsperson am 22. Juni 2009 und am 11. Juni 2010 auf vier Urkunden die Anwesenheit und Erklärungen B. respektive die Echtheit der vom Verzeigten gefälschten Unterschrift B. im Wissen darum, dass es sich bei B. um eine fiktive Person handelte, die nie vor ihm erschienen war. Damit versties der Verzeigte gegen zentrale Pflichten, die ihm als Person öffentlichen Glaubens zukamen. Dieses Verhalten stellt eine gravierende Verletzung seiner Pflichten als Urkundsperson dar. Soweit der Verzeigte dagegen vorbringt, die A. AG sei inzwischen aufgelöst worden und weitere Verletzungen seiner Amtspflicht seien nicht zu erwarten, da diese einzig im Zusammenhang mit seiner Geschäftstätigkeit bei der A. AG vorgekommen seien, vermag ihn das nicht zu entlasten. Gleiches gilt für die Argumente des Verzeigten, wonach er mit seinen rechtswidrigen Handlungen keinen Schaden verursacht und keine wirtschaftlichen Vorteile erzielt respektive seither bewiesen habe, dass er die Funktion als Urkundsperson sorgfältig und korrekt auszuüben in der Lage sei, weswegen aufgrund der gezeigten Einsicht in sein Fehlverhalten, die von ihm veranlasste Beseitigung des unrechtmässigen Zustands und der gelebten Reue einzig ein vorübergehendes Berufsausübungsverbot verhältnismässig sei. Dem ist entgegenzuhalten, dass die vom Verzeigten eingestandenen Urkundenfälschungen im Amt gemäss Art. 317 StGB nicht isoliert betrachtet werden dürfen. Vielmehr ist darüber hinaus zu berücksichtigen, dass der Verzeigte eingestandenermassen Urkundendelikte in zahlreichen weiteren Fällen bis Mitte 2014 begangen hat. Auch

wenn diese Urkundenfälschungen keine Amtspflichtverletzungen darstellen, kann nicht übersehen werden, dass der Verzeigte aus wirtschaftlichen (u.a. nach eigenen Angaben aus steuerlichen) Gründen bereit war, unbestimmt viele Urkundendelikte zu begehen, wobei er auch vor Urkundenfälschungen im Amt nicht zurückschreckte. Er setzte die Urkundenfälschungen auch zur Vertuschung seiner Delikte, unter anderem die Urkundenfälschungen im Amt, über Jahre hinaus fort, brachte seine Taten nicht selber zur Anzeige und legte ein Geständnis erst nach Vorliegen einer erdrückenden Beweislage ab. Der Verzeigte hat zwar die A. AG löschen und damit verschwinden, nicht aber die Urkundenfälschungen beseitigen lassen. Von einer Beseitigung des unrechtmässigen Zustands und von gelebter Reue kann nicht gesprochen werden. Vielmehr offenbarte der Verzeigte mit seinem Vorgehen ein skrupelloses Handeln und stellte mit Bezug auf die eingestandenen Urkundenfälschungen im Amt seine persönlichen Interessen über die Berufspflichten als Urkundsperson. Sein Verschulden wiegt sehr schwer. Eine Disziplinierung mit einer Ordnungsbusse von CHF 300.00 kommt deshalb nicht mehr in Frage. Vielmehr ist es angezeigt, dem Verzeigten die Beurkundungsbefugnis zu entziehen.

5.4 Ein befristeter Entzug der Beurkundungsbefugnis ist auszusprechen, wenn angenommen werden kann, dass die auf Besserung zielende Sanktion Wirkung zeitigt. Ist demgegenüber davon auszugehen, dass ein vorübergehender Entzug wirkungslos bleibt, kann einzig ein dauernder Entzug der Beurkundungsbefugnis ausgesprochen werden. Der dauernde Entzug ist dann anzuordnen, wenn das Verhalten der Urkundsperson eine Mentalität aufzeigt, die mit der Stellung, Funktion und Tätigkeit einer Urkundsperson schlechterdings nicht zu vereinbaren ist und die Würdigung der konkreten Umstände zur Schlussfolgerung führen würde, dass mildere Massnahmen künftig kein korrektes Verhalten gewährleisten könnten (AK 2004 4; vgl. zum dauernden Berufsausübungsverbot bei Rechtsanwälten auch Poledna, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A. 2011, Art. 17 BGFA N 38 ff.).

5.5 Der Verzeigte hat in seiner beruflichen Funktion als Urkundsperson vorsätzlich seine Pflichten mehrfach und über eine Zeitdauer von einem Jahr krass verletzt und sich dadurch der mehrfachen Urkundenfälschung im Amt schuldig gemacht. Die strafbaren Amtspflichtverletzungen des Verzeigten betteteten sich ein in das von diesem errichtete System von Urkundenfälschungen, das vom Verzeigten über einen Zeitraum von fast zwanzig Jahren mit erheblicher krimineller Energie betrieben worden ist. Zwar hat der Verzeigte in seiner Stellungnahme vom 13. Oktober 2017 ausgeführt, er habe seit Begehung der strafbaren Amtspflichtverletzungen bewiesen, dass er die Funktion als Urkundsperson sorgfältig und korrekt auszuüben in der Lage sei. Doch ist erstellt und vom Verzeigten anerkannt, dass er auch nach 2010 weiterhin und in erheblichem Umfang Urkunden fälschte und damit eine Mentalität offenlegte, die mit der Stellung, Funktion und Tätigkeit einer Urkundsperson schlechterdings nicht zu vereinbaren ist. Sein Verhalten widerspricht den zentralen

Anliegen, um nicht zu sagen dem Kern des Beurkundungsrechts. Der Verzeigte bietet keine Gewähr mehr für eine einwandfreie Beurkundungstätigkeit. Deshalb und weil es sich bei den eingestandenen Urkundenfälschungen im Amt um schwerwiegende Verfehlungen handelt, ist ein dauernder Entzug der Berufsausübungsbefugnis angezeigt. Die Würdigung der konkreten Umstände führt zur Schlussfolgerung, dass mildere Massnahmen künftig kein korrektes Verhalten gewährleisten könnten. Angesichts der Tatsache, dass der Verzeigte nach eigenen Angaben keine Wiederaufnahme der Berufstätigkeit als Anwalt und/oder Urkundsperson beabsichtigt, derzeit aus gesundheitlichen Gründen nicht im Register eingetragen ist und eine Wiedereintragung frühestens nach Ablauf der Probezeit von zwei Jahren, d.h. im September 2019 und damit im Alter von 63 Jahren beantragen könnte, verstösst ein dauernder Entzug der Berufsausübungsbefugnis auch nicht gegen das Prinzip der Verhältnismässigkeit.

Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte, 28. März 2018

### 3. Beurkundungsrecht

#### 3.1 Art. 3, 13, 14, 16, 19, 21 und 33c BeurkG

##### **Regeste:**

Mehrfacher Verstoss gegen das Beurkundungsgesetz (E. 2 und 3). Disziplinar-massnahme (E. 4).

##### **Aus den Erwägungen:**

1. Die Vorinstanz kam zum Schluss, der Beschwerdeführer habe in seiner Eigenschaft als Urkundsperson bei der Errichtung der öffentlichen Urkunde Nr. [. . .] vom [. . .] über die Errichtung eines Erbvertrages zwischen den Ehegatten C. gegen elementare Pflichten verstossen. Abgesehen davon, dass er sich nicht ausreichend über die Identität der Urkundsparteien vergewissert habe, falle massgeblich ins Gewicht, dass er keine substanziellen Abklärungen über die Handlungsfähigkeit von A.C. sel. vorgenommen habe, obwohl sich solche nach den Umständen geradezu aufgedrängt hätten. Ferner habe er gegen die gesetzlich vorgeschriebene Form verstossen, indem er im Widerspruch zur bundesgesetzlichen Regelung über den Erbvertrag eine Sukzessivbeurkundung vorgenommen habe. Überdies habe er dies in der Urkunde nicht offen gelegt und damit den Umstand verschleiert, dass er mit dieser Beurkundung die Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit verletzt habe. Darüber hinaus habe er die von ihm abhängigen Zeuginnen verleitet, offensichtlich falsche Zeugenerklärungen abzugeben. Die Verletzung dieser zentralen Pflichten habe denn auch die Nichtigkeit dieser Urkunde zur Folge. Dieses Verhalten stelle einen gravierenden Verstoss gegen die Pflichten als Urkundsperson dar. Hinzu komme, auch wenn dies im Vergleich mit den vorangehenden Amtspflichtverletzungen weit

weniger ins Gewicht falle, dass der Beschwerdeführer mit der Nachtragsurkunde Nr. [...] vom [...] eine weitere nichtige Urkunde geschaffen habe. Dem Beschwerdeführer könne zugutegehalten werden, dass er seine Fehler eingesehen und sich entschuldigt habe. Ferner sei zu seinen Gunsten zu berücksichtigen, dass er noch nie disziplinarisch bestraft worden sei. Die Verfehlungen würden aber derart schwer wiegen, dass ein befristeter Entzug der Beurkundungsbefugnis von drei Monaten sowie eine Busse von CHF 3'000.– angezeigt seien.

2.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, er sei sich [...] sicher gewesen, dass er eine zulässige Sukzessivbeurkundung mache. Einerseits habe er nicht gewusst (und bei seinen rechtlichen Abklärungen nicht festgestellt), dass die Sukzessivbeurkundung bei Erbverträgen ausgeschlossen sei. Andererseits habe er die Ausnahmeregelung von § 16 Abs. 2 BeurkG falsch verstanden und angewendet. Er sei davon ausgegangen, die Feststellung des Parteiwillens von A.C. sel. und dessen Unterzeichnung des Erbvertrages könne im Kanton Zürich stattfinden, solange die «eigentliche Beurkundung» in Zug vorgenommen werde. Er habe nicht gewusst, dass bereits die Feststellung des Parteiwillens und die Unterzeichnung des Erbvertrages durch A.C. sel. Teil des Beurkundungsvorganges seien. Unzutreffend sei der Vorwurf der Vorinstanz, er habe die Zeuginnen dazu verleitet, offensichtlich falsche Zeugenerklärungen abzugeben. Einerseits sei er sich sicher gewesen, dass der geplante Ablauf zulässig sei. Andererseits hätten die beiden Zeuginnen ihre Zeugenerklärung betreffend A.C. sel. in X. ZH bzw. betreffend B.C. in Zug abgegeben und anschliessend in Zug unterzeichnet. Es könne ihm daher höchstens vorgeworfen werden, der Zeugenerklärung sei nicht eindeutig zu entnehmen, dass die Erklärung betreffend A.C. sel. in X. ZH abgegeben worden sei.

2.2 Fest steht, dass der Beschwerdeführer in der öffentlichen Urkunde Nr. [...] über die Errichtung eines Erbvertrages vom [...] eine Sukzessivbeurkundung vornahm, welche zwar nach Zuger Beurkundungsrecht zulässig (§ 16 Abs. 2 BeurkG), aber nach Bundesrecht ausgeschlossen ist. Für den Erbvertrag ergibt sich die Unzulässigkeit der Sukzessivbeurkundung aus dem Wortlaut von Art. 512 Abs. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 501 ZGB. Beim Erbvertrag haben die Vertragsschliessenden „gleichzeitig dem Beamten ihren Willen zu erklären und die Urkunde vor ihm und den zwei Zeugen zu unterschreiben (vgl. Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, 1993, N 2073). Damit hat der Beschwerdeführer die Vorschrift über die Wahrung der Form verletzt (§ 14 BeurkG). Daran vermag nichts zu ändern, dass sich der Beschwerdeführer offenbar nicht bewusst war, eine unzulässige Sukzessivbeurkundung vorzunehmen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist jedes grobe, schuldhafte (d.h. vorsätzliche oder fahrlässige) Fehlverhalten disziplinarisch zu ahnden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_379/2009 vom 7. Dezember 2009 E. 3.2). Der Beschwerdeführer hat grobfahrlässig und damit schuldhaft gehandelt, hätte er doch als Urkundsperson und Anwalt zweifelsohne wissen müssen (bzw.

spätestens bei seinen rechtlichen Abklärungen feststellen müssen), dass die Sukzessivbeurkundung beim Erbvertrag von Bundesrechts wegen ausgeschlossen ist.

2.3 Weiter ist aktenkundig, dass der Beschwerdeführer in der öffentlichen Urkunde über die Errichtung eines Erbvertrages vom [...] beurkundete, die beiden Zeuginnen hätten ihre Zeugenerklärung vor den Vertragsparteien und ihm selbst abgegeben und unterzeichnet. Wie der Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren ausführte, gaben die Zeuginnen ihre Zeugenerklärung aber nicht vor A.C. sel. ab und unterzeichneten ihre Zeugenerklärung auch nicht in X. ZH, sondern erst in der Wohnung von B.C. in Zug. Damit hat der Beschwerdeführer auch die Vorschrift über die Beurkundungserklärung (§ 19 Abs. 2 BeurkG i.V.m. § 16 Abs. 2 BeurkG) verletzt. Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, vermag nicht zu überzeugen. Im Beschwerdeverfahren behauptet er erstmals, die beiden Zeuginnen hätten ihre Zeugenerklärung betreffend A.C. sel. in X. ZH bzw. betreffend B.C. in Zug abgegeben und anschliessend in Zug unterzeichnet. Diese Behauptung widerspricht den Ausführungen des Beschwerdeführers im vorinstanzlichen Verfahren und ist eine reine Schutzbehauptung, die vorliegend nicht mehr berücksichtigt werden kann. Nicht zu helfen vermag dem Beschwerdeführer der Einwand, er sei davon ausgegangen, die Feststellung des Parteiwillens von A.C. sel. und dessen Unterzeichnung des Erbvertrages könne im Kanton Zürich stattfinden, solange die «eigentliche Beurkundung» in Zug vorgenommen werde. Der Beschwerdeführer hätte als Urkundsperson und Anwalt § 16 Abs. 2 BeurkG (wonach eine Sukzessivbeurkundung in der Beurkundungsformel offenzulegen ist) und § 19 Abs. 2 BeurkG (wonach in der Beurkundungsformel festzuhalten ist, dass die Urkunde in Gegenwart der Zeugen ausdrücklich genehmigt worden ist) kennen müssen. Rechtliche Abklärungen hätten zudem ergeben, dass die Sukzessivbeurkundung als ein einziges Beurkundungsverfahren verstanden wird, nicht als die sukzessive Durchführung verschiedener, selbständiger Beurkundungsverfahren mit verschiedenen Beteiligten (vgl. Brückner, a.a.O., N 2071). Entsprechend hätte er wissen müssen, dass die Feststellung des Parteiwillens und die Unterzeichnung des Erbvertrages durch A.C. sel. Teil des Beurkundungsvorganges sind. Auch hier hat der Beschwerdeführer grobfahrlässig und damit schuldhaft gehandelt.

3.1 Der Beschwerdeführer macht zudem geltend, er habe zu keinem Zeitpunkt Zweifel an der Urteilsfähigkeit von A.C. sel. gehabt. Im Gespräch habe A.C. sel. ihm in klarer und deutlicher Sprache geantwortet. Aufgrund dieser Umstände habe er keine Gründe gehabt, Zweifel an der Urteilsfähigkeit zu haben, obwohl A.C. sel. fortgeschrittenen Alters gewesen sei und alleine im Altersheim gewohnt habe. Weitere Abklärungen hätten sich nicht aufgedrängt. Wenn die Vorinstanz aufgrund der heute vorliegenden Akten zur gegenteiligen Ansicht gelange, verfallende sie dem sog. Rückschaufehler («hindsight bias»).

3.2 Gemäss § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG hat sich die Urkundsperson über 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). Wo die Urkundsperson begründeten Anlass zu Zweifeln hat, ist sie verpflichtet, die Handlungsfähigkeit der Beteiligten in weiterem Umfang zu kontrollieren. Dies geschieht in erster Linie durch das persönliche Gespräch. Gelangt die Urkundsperson zu keiner klaren Schlussfolgerung, verbleiben also weiterhin Zweifel an der Urteilsfähigkeit, so ist bei leichten Zweifeln an der Handlungsfähigkeit bzw. Urteilsfähigkeit einer Partei die Meinung eines Arztes, bei erheblichen Zweifeln ein eigentliches psychiatrisches Gutachten einzuholen (Brückner, a.a.O., Rz 991 f.). Bei der Beurkundung letztwilliger Geschäfte alter Personen, deren Urteilsfähigkeit herabgesetzt sein mag, kann die Urkundsperson die künftige Beweislage zugunsten der Gültigkeit der beurkundeten Erklärung dadurch verbessern, dass sie als Beurkundungszeugen Ärzte und Pfleger beizieht, welche aufgrund ihres Umgangs mit der betreffenden Person oder aufgrund einer psychiatrischen Untersuchung deren Urteilsfähigkeit zu bezeugen vermögen (Brückner, a.a.O., N 2400 f.).

3.3 Vorliegend ist nicht entscheidend, dass der Beschwerdeführer zu keinem Zeitpunkt Zweifel an der Urteilsfähigkeit von A.C. sel. hatte. Massgebend ist vielmehr, ob er begründeten Anlass zu Zweifeln hätte haben müssen. Wie den Akten zu entnehmen ist, war A.C. sel. im Zeitpunkt der Beurkundung 92 Jahre alt. Er lebte allein im Alters- und Pflegeheim in X. ZH, während seine ebenfalls 92jährige Ehefrau allein in Zug wohnte. Diese beiden Umstände hätten Anlass zu Zweifeln geben müssen und weitere Abklärungen zur Frage der Urteilsfähigkeit von A.C. sel. erfordert. Dabei hätte der Beschwerdeführer durch einfaches Nachfragen erfahren, dass A.C. sel. bereits seit dem [...] aus gesundheitlichen Gründen in der geschlossenen Abteilung für Demenzkranke im Alters- und Pflegeheim in X. ZH lebte. Dies wiederum hätte ihn - bei sorgfältiger Vorgehensweise - veranlassen müssen, einen Arzt beizuziehen, ein Arztzeugnis einzuholen oder die (damals bereits vorhandenen) Arztberichte einzufordern. Zumindest aber hätte er beim anwesenden Pflegepersonal nachfragen können, ob A.C. sel. urteilsfähig ist. Die damals bereits vorhandenen Austrittsberichte des Spitals S. vom [...] und [...] sowie der Austrittsbericht der Psychiatrischen Klinik K. vom [...] hätten keine Zweifel zugelassen, dass A.C. sel. im Zeitpunkt der Beurkundung vom [...] nicht mehr urteilsfähig und damit nicht mehr handlungsfähig war. Es kann diesbezüglich auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Beschluss verwiesen werden (§ 22 EG BGFA i.V.m. Art. 82 Abs. 4 StPO). Unbehelflich ist der Einwand des sog. Rückschaufehlers (die Tendenz, die Vorhersehbarkeit eines Ereignisses im Nachhinein zu überschätzen, wird in der Psychologie als Rückschaufehler bezeichnet [«hindsight bias»], vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_365/2010 vom 14. März 2011 E. 4.13.1). Im Zeitpunkt der Beurkundung vom [...] lagen be-

reits Arzt- und Austrittsberichte vor, aus denen hervorging, dass A.C. sel. dement und damit nicht mehr urteilsfähig war. Der Beizug eines Arztes oder des anwesenden Pflegepersonals hätte diese Informationen ohne weiteres zu Tage gebracht. Der Beschwerdeführer wusste, dass A.C. sel. im Zeitpunkt der Beurkundung 92 Jahre alt war und getrennt von seiner Ehefrau in einem Alters- und Pflegeheim lebte. Diese Umstände hätten die Einholung eines Arztzeugnisses oder den Beizug eines Arztes, zumindest aber den Beizug des anwesenden Pflegepersonals erfordert. Indem der Beschwerdeführer die Beurkundung ohne die erforderlichen Abklärungen über die Urteilsfähigkeit von A.C. sel. durchführte, verletzte er die Vorschriften über die Prüfungspflicht (§ 13 BeurkG).

4.1 Der Beschwerdeführer rügt ferner, die Vorinstanz habe diverse Umstände ausser Acht gelassen, die im Rahmen der «Strafzumessung» zu berücksichtigen gewesen wären. Er habe in den letzten zehn Jahren Hunderte von Urkunden erstellt und sich nichts zu Schulden kommen lassen. Es habe noch nie ein Aufsichtsverfahren gegen ihn gegeben. Nachdem er [. . .] auf die Fehler hingewiesen worden sei, habe er alles unternommen, damit keine Nachteile für die involvierten Parteien entstehen. Ausserdem habe er sein Honorar vollumfänglich zu-rückerstattet. Das Verfahren vor der Aufsichtskommission habe ihn schwer beeindruckt und er werde inskünftig genauer abklären, wie er was beurkunden dürfe. Wiederholungsgefahr bestehe somit nicht. Die verhängte Disziplinar-massnahme sei unverhältnismässig hoch. Antragsgemäss sei er für seine Verstösse gegen das BeurkG zu verwarnen.

4.2 Gemäss § 33c Abs. 1 lit. a – e BeurkG kommen als Disziplinar-massnahmen die Verwarnung, der Verweis, die Busse bis CHF 20'000.00, der befristete Entzug der Beurkundungsbefugnis für längstens zwei Jahre sowie der dauernde Entzug der Beurkundungsbefugnis in Betracht. Eine Busse kann zusätzlich zum befristeten oder dauernden Entzug der Beurkundungsbefugnis ausgesprochen werden (§ 33 Abs. 2 BeurkG).

4.2.1 Allgemein wird aus dem Verhältnismässigkeitsgebot gefolgert, dass die vom Gesetzgeber gewählte Massnahme zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und notwendig ist. Ausserdem muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln bzw. den zu seiner Erreichung notwendigen Freiheitbeschränkungen stehen. Der Eingriff darf insbesondere in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht einschneidender sein als erforderlich. Die Disziplinierung hat sich zwingend an den Umständen des Einzelfalls auszurichten. Die Bemessung der Massnahme richtet sich nach der Schwere des Verstosses gegen eine BGFA-Regelung (Berufspflichtverletzung), wobei auch die Zahl der Verstösse oder eine fortgesetzte Begehung zu beachten sind. Zu berücksichtigen sind zudem das Mass des Verschuldens, das unter sinn-gemässer Anwendung strafrechtlicher Grundsätze festzulegen ist, sowie das beruf-

liche (und damit auch disziplinarische) Vorleben des Anwalts (vgl. Fellmann/Zindel [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A. 2011, Art. 17 BGFA N 23 ff.).

4.2.2 Die Verwarnung ist die mildeste Disziplinarsanktion. Sie kommt nur in Frage bei erstmaligen und leichtesten nicht mehr tolerierbaren Verfehlungen. Die Busse bildet das «Mittelfeld» der disziplinarischen Sanktionen sowohl hinsichtlich ihres an das Strafrecht angelehnten Charakters wie auch bezüglich der Eingriffswirkung. Sie ist die einzige Massnahme, die nebst einer anderen Massnahme (befristetes oder dauerndes Berufsausübungsverbot) verhängt werden darf. Das befristete Berufsausübungsverbot ist die strengste spezialpräventiv wirkende Sanktion. Ein befristetes Berufsausübungsverbot von vier Monaten wurde vom Bundesgericht etwa bei einer ernstzunehmenden, aber nicht gravierenden Verletzung von Berufspflichten als am oberen Rand des Zulässigen betrachtet (vgl. Fellmann/Zindel [Hrsg.], a.a.O., Art. 17 BGFA N 28 ff.).

4.2.3 Die in E. 4.2.1 f. genannten Grundsätze gelten analog für die im Zuger Beurkundungsgesetz vorgesehenen Disziplinar massnahmen.

4.3 Der Beschwerdeführer hat mehrfach gegen elementare Pflichten des Beurkundungsrechts (§§ 3, 13, 14, 16, 19 und 21 BeurkG) verstossen. Schwer wiegt, dass er einen Teil des Beurkundungsvorgangs, nämlich die Feststellung des Parteiwillens von und die Unterzeichnung des Erbvertrags durch A.C. sel., ausserhalb des Kantons Zug vornahm. Die Bestimmung im Zuger Beurkundungsgesetz, wonach Zuger Urkundspersonen nur auf dem Kantonsgebiet des Kantons Zug öffentliche Beurkundungen vornehmen dürfen (§ 3 BeurkG), ist zentral. Ebenso schwer wiegt, dass der Beschwerdeführer davon ausging, A.C. sel. sei urteilsfähig, ohne dies nachzuprüfen, obwohl sich eine Abklärung nach den Umständen (hohes Alter, Unterbringung im Alters- und Pflegeheim getrennt von seiner Ehefrau) geradezu aufgedrängt hätte. Bei der Beurkundung letztwilliger Geschäfte alter Personen gehört die Überprüfung der Urteilsfähigkeit zu den zentralen Pflichten der Urkundsperson. Weiter fällt mittelschwer ins Gewicht, dass sich der Beschwerdeführer nicht über die Identität der vor ihm erschienenen Personen vergewisserte. Die Überprüfung der Identität gehört ebenfalls zu den elementaren Pflichten einer Urkundsperson. Als mittelschwer einzustufen ist auch, dass der Beschwerdeführer bei der unzulässigen Sukzessivbeurkundung nur ins Zuger Beurkundungsgesetz schaute und Art. 512 Abs. 2 ZGB nicht kannte, wonach die Vertragsschliessenden gleichzeitig der Urkundsperson ihren Willen zu erklären und die Urkunde vor ihm und den zwei Zeugen zu unterschreiben haben. Weniger schwer wiegt, dass der Beschwerdeführer beurkundete, die beiden Zeuginnen hätten ihre Zeugenerklärung vor den Vertragsparteien und ihm selbst abgegeben und unterzeichnet, obwohl die Zeuginnen ihre Zeugenerklärung nicht vor A.C. sel. abgaben und ihre Zeugenerklärung auch nicht in X. ZH, sondern erst in Zug unterzeichneten, ging er doch fälschlicherweise davon aus, er könne den Beurkundungsvorgang unterteilen. Diese falsche Annahme führte auch dazu, dass er

die von ihm abhängigen Zeuginnen verleitete, offensichtlich falsche Zeugenerklärungen abzugeben. Nur leicht wiegt schliesslich die Erstellung der (unzulässigen) Nachtragsurkunde Nr. [...] vom [...], ging es dem Beschwerdeführer doch einzig darum, die Urkunde Nr. [...] vom [...] aufzuheben. Folge des Verhaltens des Beschwerdeführers war, dass er zwei nichtige Urkunden erstellte (vgl. Brückner, a.a.O., N 1502 ff.; N 1507 Ziff. 3 und 7). Angesichts der mehrfachen gravierenden Verstösse gegen die Pflichten als Urkundsperson ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz von einer blossen Verwarnung abgesehen und stattdessen einen auf drei Monate befristeten Entzug der Beurkundungsbefugnis verbunden mit einer Busse von CHF 3'000.– ausgesprochen hat. Eine Verwarnung, wie der Beschwerdeführer beantragt, wäre nur bei erstmaligen und leichtesten nicht mehr tolerierbaren Verfehlungen in Frage gekommen (vgl. vorne E. 4.2.2), was vorliegend nicht der Fall ist. Dem Umstand, dass der Beschwerdeführer seine Fehler eingesehen hat, sich entschuldigt hat und noch nie disziplinarisch bestraft worden ist, wird bei der Dauer des Entzugs der Beurkundungsbefugnis und der Festsetzung der Bussenhöhe Rechnung getragen, bewegen sich doch die verhängten Disziplinar massnahmen am unteren Rand der gesetzlichen Regelung (vgl. § 33c Abs. 1 lit. c und d BeurkG).

[...]

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 4. Juli 2018



**B**

Verwaltungspraxis

## I. Gesundheit, Arbeit, soziale Sicherheit

### 1. Sozialwesen

#### 1.1 Art. 3 Abs. 2 Bst. a ZUG, § 20 und § 21 SEG, Art. 62 Abs. 1 OR

##### **Regeste:**

Art. 3 Abs. 2 Bst. a ZUG – Beiträge an einen Aufenthalt in einer sozialen Einrichtung, welche mit einer individuellen Kostenübernahmegarantie (KÜG) gestützt auf § 20 SEG gewährt werden, stellen Beiträge mit Subventionscharakter dar und fallen nicht in den Geltungsbereich des Zuständigkeitsgesetzes (Erw. 1–1.3).

§ 20 und § 21 SEG – Eine Verlegung des Wohnsitzes der unterstützten Person in einen anderen Kanton während der Geltungsdauer einer KÜG lässt die Pflicht des Kantons Zug zur Leistungsabgeltung entfallen (Erw. 3).

Art. 62 Abs. 1 OR – Im Rahmen einer KÜG ausgerichtete Beträge an eine soziale Einrichtung sind zurückzuerstatten, wenn aufgrund eines nicht gemeldeten Wohnsitzwechsels der unterstützten Person keine Pflicht des Kantons Zug zur Leistungsabgeltung bestand. Die soziale Einrichtung kann sich nicht auf den Vertrauensschutz berufen (Erw. 4 ff.).

##### **Aus dem Sachverhalt:**

A. E. ist der Sohn von M. Die Mutter erwies sich mit der Betreuung ihrer Tochter A. und ihres Sohnes E. als überfordert. Die Vormundschaftsbehörde M. entzog der Mutter daher mit Entscheid vom 17. August 2009 die Obhut über die beiden Kinder und platzierte diese bei der Grossmutter und ihrem Ehemann in U. Zudem errichtete sie eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 3 ZGB. Seit dem 1. Januar 2010 werden die Grossmutter und ihr Ehemann bei der Betreuung der Kinder von der Beschwerdeführerin begleitet. (...)

B. Die Direktion des Innern des Kantons Zug gewährte ab dem 1. Januar 2010 erstmals für die Dauer eines Jahres eine individuelle Kostenübernahmegarantie (KÜG) für die Betreuung von E. durch die Beschwerdeführerin. (...) Am 25. Mai 2016 bewilligte die Direktion des Innern letztmals eine KÜG für den Zeitraum vom 1. Juni 2016 bis 31. Mai 2017 (...).

C. Per 1. August 2016 meldete sich die Mutter in der Stadt Zug ab, da sie nach W. in den Kanton A. zog. Das Kantonale Sozialamt teilte der Beschwerdeführerin sowie der Gemeinde W. am 5. September 2016 mit, dass die Mutter ihren zivilrechtlichen Wohnsitz nach W. verlegt habe und die Finanzierungspflicht des Kantons Zug für die Übernahme der Kosten für die Betreuung von E. durch die Beschwerdeführerin ab dem 1. August 2016 entfalle, da sich der zivilrechtliche Wohnsitz des Kindes gemäss Art. 25 ZGB nach demjenigen der Mutter richte. Die Gemeinde W. entgegnete in ihrem Antwortschreiben vom 7. September 2016, dass sich die Mutter noch

nicht bei ihr angemeldet habe und deswegen keine Kostenübernahme in Aussicht gestellt werden könne. Auch die Beschwerdeführerin erachtete die Gemeinde W. aufgrund der Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger vom 24. Juni 1977 (Zuständigkeitsgesetz, ZUG; SR 851.1) hinsichtlich des Unterstützungswohnsitzes von E. als nicht zuständig und bat um rasche Klärung der Frage der Finanzierung. Da sich die Mutter in der Folge längere Zeit nicht in der Gemeinde W. als wohnhaft anmeldete, leistete der Kanton Zug weiterhin die in der KÜG gewährten Beiträge an die Betreuung von E. durch die Beschwerdeführerin. Es wurde indes seitens des Kantonalen Sozialamts regelmässig nachgefragt, ob die Mutter sich nunmehr in W. angemeldet habe. Am 23. März 2017 erhielt das Kantonale Sozialamt schliesslich von der Gemeinde W. die Wohnsitzbestätigung bzw. den Heimatausweis für E.

D. Die Gemeinde W. und das Kantonale Sozialamt konnten sich in der Folge nicht darüber einigen, welches Gemeinwesen für die Tragung der Kosten der Betreuung von E. durch die Beschwerdeführerin ab dem 1. August 2016 zuständig ist. (...) Der Kanton Zug hat sämtliche gemäss KÜG vom 25. Mai 2016 zugesicherten Kosten für die Betreuung von E. für den Zeitraum vom 1. Juni 2016 bis 31. März 2017 bezahlt. Die Rechnungen für die Monate April und Mai 2017 wurden dem Kanton Zug von der Beschwerdeführerin ebenfalls zugestellt, aber noch nicht bezahlt.

E. Am 17. August 2017 erliess die Direktion des Innern eine Verfügung, in welcher sie entschied, dass die Kosten für die Betreuung von E. durch die Beschwerdeführerin gemäss KÜG vom 25. Mai 2016 ab dem 1. August 2016 aufgrund des fehlenden Wohnsitzes von E. im Kanton Zug nicht übernommen würden. Die für den Zeitraum vom 1. August 2016 bis 31. März 2017 vom Kanton Zug bereits bezahlten Kosten in der Höhe von insgesamt Fr. 33 113.60 für die Betreuung von E. seien dem Kanton Zug bis 30. September 2017 zurückzuerstatten. Die Übernahme der Kosten für die Monate April und Mai 2017 wurde sodann abgelehnt.

Die Direktion des Innern begründete ihren Entscheid dahingehend, dass es sich bei der Beschwerdeführerin nicht um eine Einrichtung handle, welche in den Geltungsbereich der Interkantonalen Vereinbarung für Soziale Einrichtungen vom 13. Dezember 2002 (IVSE; BGS 861.52) falle. Daher habe die Direktion des Innern gestützt auf § 20 Abs. 2 des Gesetzes über soziale Einrichtungen vom 26. August 2010 (SEG; BGS 861.5) befristete individuelle Kostenübernahmegarantien für Beiträge an einen Aufenthalt in einer sozialen Einrichtung gewährt. Dies gelte jedoch nur für soziale Einrichtungen im Kanton Zug und für Personen mit besonderen Betreuungsbedürfnissen mit zivilrechtlichem Wohnsitz im Kanton Zug (§ 2 Abs. 1 SEG). Da die Beschwerdeführerin die Voraussetzungen von § 20 Abs. 2 SEG erfüllt habe, habe die Direktion des Innern mit KÜG vom 25. Mai 2016 die Übernahme der Kosten für die Betreuung des damals in Zug wohnhaften E. für die Periode vom 1. Juni 2016 bis 31. Mai 2017 zugesagt. Seit dem Wegzug der Mutter aus dem Kanton Zug nach W.

per 1. August 2016 befinde sich jedoch der zivilrechtliche Wohnsitz von E. nicht mehr im Kanton Zug. Gemäss Art. 25 Abs. 1 ZGB gelte als Wohnsitz des Kindes unter elterlicher Sorge der Wohnsitz der Eltern oder, wenn die Eltern keinen gemeinsamen Wohnsitz haben, der Wohnsitz des Elternteils, unter dessen Obhut das Kind steht; in den übrigen Fällen gelte sein Aufenthaltsort als Wohnsitz. Bevormundete Kinder hätten ihren Wohnsitz am Sitz der Kindesschutzbehörde (Art. 25 Abs. 2 ZGB). Da E. nicht bevormundet sei und somit der elterlichen Sorge seiner Mutter unterstehe, gelte der Wohnsitz der Mutter folglich auch für das Kind. Der Wohnsitz der Mutter befinde sich nach Art. 23 ZGB an dem Ort, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält. Die Mutter sei per 1. August 2016 nach W. gezogen mit der Absicht, dort zu verbleiben. Daher sei davon auszugehen, dass sie ihren Lebensmittelpunkt und damit auch ihren zivilrechtlichen Wohnsitz seit diesem Zeitpunkt in W. habe. Daraus ergebe sich, dass der Kanton Zug die Kosten gemäss KÜG vom 25. Mai 2016 für die Betreuung von E. durch die Beschwerdeführerin nur für den Zeitraum vom 1. Juni bis 31. Juli 2016 übernehmen könne. Die durch den Kanton Zug bezahlten Kosten für den Zeitraum vom 1. August 2016 bis 31. März 2017 seien ihm daher durch die Beschwerdeführerin zurückzuerstatten. Die Übernahme der Kosten für die Monate April und Mai 2017 sei aus denselben Gründen abzulehnen.

F. Mit Eingabe vom 8. September 2017 reichte die Beschwerdeführerin eine Beschwerde gegen die Verfügung der Direktion des Innern vom 17. August 2017 ein (...).

G.-M. (...)

### **Aus den Erwägungen:**

1. Streitig ist im vorliegenden Verfahren in hauptsächlicher Hinsicht, wo der Wohnsitz von E. seit dem 1. August 2016 liegt und nach welchen rechtlichen Bestimmungen dieser festzulegen ist. Von dieser Frage hängt ab, ob die Direktion des Innern die mit der KÜG zugesprochenen Beiträge an die Beschwerdeführerin für den Zeitraum vom 1. August 2016 bis 31. März 2017 zurückfordern und für die Monate April und Mai 2017 verweigern kann. Die Direktion des Innern stellt gestützt auf § 2 Abs. 1 SEG auf den zivilrechtlichen Wohnsitz im Sinne von Art. 25 Abs. 1 ZGB ab, während die Beschwerdeführerin die hiervon abweichende Wohnsitzdefinition von Art. 7 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 und 2 ZUG für anwendbar hält. Massgebend für die Bestimmung des anwendbaren Rechts ist die Frage, ob es sich bei einer KÜG um Sozialhilfe handelt oder nicht.

1.1 Gemäss Art. 1 Abs. 1 ZUG bestimmt das Zuständigkeitsgesetz, welcher Kanton für die Unterstützung einer bedürftigen Person, die sich in der Schweiz aufhält, zuständig ist. Als bedürftig gilt, wer für seinen Lebensunterhalt nicht hinreichend oder nicht rechtzeitig aus eigenen Mitteln aufkommen kann (Art. 2 Abs. 1 ZUG).

Die Bedürftigkeit wird nach den am Unterstützungsort geltenden Vorschriften und Grundsätzen beurteilt (Art. 2 Abs. 2 ZUG). Als Unterstützungen gelten gemäss Art. 3 Abs. 1 ZUG Geld- und Naturalleistungen eines Gemeinwesens, die nach kantonalem Recht an Bedürftige ausgerichtet und nach den Bedürfnissen bemessen werden. Der Negativkatalog von Art. 3 Abs. 2 ZUG bestimmt abschliessend diejenigen Leistungen, welche nicht vom Zuständigkeitsgesetz erfasst werden. Dazu gehören gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. a ZUG Sozialleistungen, auf die ein Rechtsanspruch besteht und deren Betrag nicht nach behördlichem Ermessen festgesetzt, sondern nach Vorschriften berechnet wird, insbesondere die Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, gesetzlich oder reglementarisch geordnete Staats- und Gemeindebeiträge an Wohnungs-, Ausbildungs- und Versicherungskosten Minderbemittelter und andere Beiträge mit Subventionscharakter. Massgebend für den vorliegenden Fall ist die Frage, ob den auf Grundlage des SEG mittels der KÜG ausgerichteten Beiträgen an soziale Einrichtungen Subventionscharakter im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Bst. a ZUG zukommt oder nicht.

1.2 Das Zuständigkeitsgesetz enthält keine Definition der in Art. 3 Abs. 2 Bst. a ZUG genannten Beiträge mit Subventionscharakter und auch aus den Materialien erhehlen sich diese nicht (vgl. Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger vom 17. November 1976, BBl 1976 III 1193, S. 1202 Ziff. 222; BGE 142 V 271 E. 7.1 S. 276). Das Bundesgericht hielt in BGE 142 V 271 fest, dass für die Definition der Subvention nicht auf das kantonale Recht abzustellen ist, sondern auf den bundesrechtlichen Begriff, da es sich beim Zuständigkeitsgesetz um einen bundesrechtlichen Erlass handelt (BGE 142 V 271 E. 7.2 S. 277). Es stellte auf die in Art. 3 des Bundesgesetzes über Abgeltungen und Finanzhilfen vom 5. Oktober 1990 (Subventionsgesetz, SuG; SR 616.1) enthaltene Definition ab. Demnach wird mit Finanzhilfen eine im öffentlichen Interesse liegende Tätigkeit gefördert, die ohne Unterstützung nicht in ausreichendem Mass ausgeübt würde. Bei Abgeltungen wird hingegen eine finanzielle Belastung des Empfängers, der eine staatliche Aufgabe erfüllt, auf ein zumutbares Mass reduziert. Sowohl Finanzhilfen als auch Abgeltungen werden vom Oberbegriff Subvention erfasst (BGE 142 V 271 E. 7.3 S. 277 f.). Das Bundesgericht erachtete in BGE 142 V 271 die dort zu beurteilenden Zürcher Staatsbeiträge an Jugendheime (Mindestversorgertaxen im Sinne von § 7 Abs. 2 des Gesetzes des Kantons Zürich über die Jugendheime und die Pflegekinderfürsorge vom 1. April 1962 [LS 852.2] und § 14 Abs. 1 und § 19 Abs. 1 der Verordnung des Kantons Zürich über die Jugendheime vom 4. Oktober 1962 [LS 852.21]) als Beiträge mit Subventionscharakter im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Bst. a ZUG. Auch in seinem Urteil 1P.481/1998 vom 11. März 1999 war es bei der Qualifikation der Heimdefizitbeiträge, welche gestützt auf die Interkantonale Vereinbarung über Vergütungen an Betriebsdefizite und die Zusammenarbeit zugunsten von Kinder- und Jugendheimen sowie von Behinderteneinrichtungen vom 2. Februar 1984 (IHV; durch die IVSE ersetzt, vgl. §§ 2 und 3 des Regierungsratsbeschlusses vom 24. Oktober 2006 betreffend Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung für so-

ziale Einrichtungen [IVSE] und die redaktionelle Anpassung des Schulgesetzes vom 27. September 1990; BGS 861.51) ausgerichtet wurden, schon zum gleichen Ergebnis gelangt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.134/2006 vom 29. Juni 2006 E. 3.1).

1.3 Zu prüfen ist, ob die gestützt auf die erteilte KÜG geleisteten Kantonsbeiträge für die Betreuung von E. durch die Beschwerdeführerin als Beiträge mit Subventionscharakter im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Bst. a ZUG zu qualifizieren sind. Grundlage der KÜG bildet das SEG. Dieses bezweckt, Personen mit besonderen Betreuungsbedürfnissen den Zugang zu den für sie geeigneten Betreuungsangeboten innerhalb und ausserhalb des Kantons Zug zu gewährleisten und ihre soziale Integration durch eine angemessene Unterstützung, Betreuung, Beschäftigung und Förderung anzustreben (Art. 1 Abs. 1 SEG). Es bietet die Grundlage für das Verfahren der individuellen Finanzierung von Platzierungen in inner- und ausserkantonalen Einrichtungen, wenn keine Leistungsvereinbarung vorliegt und eine KÜG erforderlich ist (Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 12. Januar 2010 betreffend das Gesetz über soziale Einrichtungen, Vorlage Nr. 1887.1 – Laufnummer 13287, S. 5). Es regelt einerseits die Gewährung einer KÜG, wenn die betroffene soziale Einrichtung in den Geltungsbereich der IVSE fällt, andererseits aber werden auch KÜG für Einrichtungen ausserhalb der IVSE erfasst. Die Beschwerdeführerin ist unbestrittenermassen keine der IVSE unterstellte Einrichtung, weshalb die KÜG gestützt auf § 20 Abs. 2 SEG gewährt wurde. Dabei sind indes dieselben Voraussetzungen wie bei einer der IVSE unterstellten sozialen Einrichtung zu erfüllen, nur muss zudem die Eignung, Qualität und Wirtschaftlichkeit der sozialen Einrichtung belegt werden (Art. 20 Abs. 2 SEG). Die Kosten für den Aufenthalt in einer sozialen Einrichtung bemessen sich nach einem anhand der Richtlinien der IVSE zu berechnenden Tarif gemäss § 18 der Verordnung zum Gesetz über soziale Einrichtungen vom 16. Oktober 2010 (SEV; BGS 861.512; vgl. auch § 10 Abs. 1 SEG). Diese Kosten werden gedeckt einerseits durch einen Beitrag des Kantons und andererseits durch die Eigenleistung der betreuten Person (§ 20 Abs. 1 Bst. b i.V.m. § 20 Abs. 2 Bst. a und § 25 SEG). Der Beitrag des Kantons und die Eigenleistung der betreuten Person müssen bei der vorliegend zu beurteilenden Frage auseinandergehalten werden. Bei der KÜG handelt es sich um einen pauschal nach Tarif festgelegten Beitrag des Kantons mit Subventionscharakter. Schuldner dieses Beitrages gegenüber der sozialen Einrichtung ist der Kanton selbst und nicht die untergebrachte Person. Im Gegensatz zur Sozialhilfe (vgl. § 25 SHG) ist die betreute Person denn auch nicht zur Rückerstattung dieses Beitrages verpflichtet. Dies hat zur Folge, dass der Beitrag des Kantons nicht in den Geltungsbereich des Zuständigkeitsgesetzes fällt, da er als Beitrag mit Subventionscharakter im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Bst. a ZUG zu qualifizieren ist (vgl. Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 12. Januar 2010 betreffend das Gesetz über soziale Einrichtungen, a.a.O., S. 9; Beschluss Nr. 990/2015 des Regierungsrates des Kantons Schwyz zur Interpellation I 12/15 betreffend Kostensteigerung bei Fremdplatzierung, S. 4 ff. Ziff. 2.2.3; Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren [SODK], Kommentar zur Interkantonalen Vereinbarung für soziale

Einrichtungen [IVSE], S. 13 Art. 22 und S. 6 Art. 4). Diese Schlussfolgerung ergibt sich auch aus dem Aufbau der Sozialhilfe im Kanton Zug. Gemäss dem in § 2<sup>bis</sup> SHG verankerten Subsidiaritätsprinzip wird Sozialhilfe nur gewährt, soweit und solange sich Hilfe Suchende nicht selber helfen können oder Hilfe von Dritter Stelle nicht oder nicht rechtzeitig erhältlich ist. Träger der Sozialhilfe sind in erster Linie die Einwohner- und Bürgergemeinden (§ 9 Abs. 1 SHG). Der mit der KÜG zugesicherte Subventionsbeitrag wird indes durch den Kanton gewährt. Er stellt folglich eine Hilfe von Dritter Stelle im Sinne von § 2<sup>bis</sup> SHG dar und geht damit der Sozialhilfe vor. Anders sieht es hingegen hinsichtlich der Eigenleistung der betreuten Person aus (vgl. Reglement über die Bemessung der Eigenleistung von betreuten Personen an die Kosten für den Aufenthalt in einer sozialen Einrichtung vom 2. Februar 2011; BGS 861.514). Schuldner gegenüber der sozialen Einrichtung ist hier die betreute Person selbst. Kann die betreute Person diesen Beitrag nicht leisten, können diese Kosten der Sozialhilfe belastet werden (vgl. Art. 22 Abs. 2 IVSE). Diesfalls fallen sie in den Geltungsbereich des Zuständigkeitsgesetzes, womit für die Frage des Unterstützungswohnsitzes auf die Bestimmungen dieses Gesetzes abzustellen ist (vgl. auch Beschluss Nr. 990/2015 des Regierungsrats des Kantons Schwyz zur Interpellation I 12/15 betreffend Kostensteigerung bei Fremdplatzierung, S. 4 ff. Ziff. 2.2.3; Kantonales Sozialamt Zürich, Sozialhilfe-Behördenhandbuch des Kantons Zürich, Version vom 6. November 2017, Ziff. 12.2.03 Ausserkantonale Platzierungen in Kinder- und Jugendheimen, S. 2 f. Ziff. 2.1). Im vorliegenden Fall ist indes nicht die Eigenleistung der betreuten Person Streitgegenstand, sondern der Subventionsanteil des Kantons. Aus diesem Grund ist für die Frage des Wohnsitzes von E. nicht auf die Bestimmungen des Zuständigkeitsgesetzes, sondern auf diejenigen des SEG abzustellen.

2. Zu ermitteln ist nunmehr der Wohnsitz von E. Gemäss § 2 Abs. 1 SEG gilt das Gesetz für soziale Einrichtungen im Kanton Zug und für Personen mit besonderen Betreuungsbedürfnissen mit zivilrechtlichem Wohnsitz im Kanton Zug. Der zivilrechtliche Wohnsitz bestimmt sich nach den Bestimmungen des Zivilgesetzbuches (Bericht und Antrag des Regierungsrats vom 12. Januar 2010 zum Gesetz über soziale Einrichtungen, a.a.O., S. 9). Unbestritten und aktenkundig ist, dass die Mutter von E. bis 31. Juli 2016 ihren zivilrechtlichen Wohnsitz in der Stadt Zug hatte. Sie meldete sich alsdann aus der Stadt Zug ab und wohnt seither in W., ohne dass sie sich dort allerdings gleich als wohnhaft angemeldet hätte. Erst im Frühling 2017 erwirkte das Kantonale Sozialamt ihre Anmeldung in W. rückwirkend auf den 1. August 2016. Gemäss Art. 23 Abs. 1 ZGB befindet sich der Wohnsitz einer Person an dem Ort, wo sie sich mit der Absicht des dauernden Verbleibens aufhält. Nicht massgebend ist, ob sich die Person an diesem Ort angemeldet und ihre Schriften hinterlegt hat (DANIEL STAEHELIN, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl. 2014, N. 23 zu Art. 23 ZGB). Da die Mutter sich bereits ab dem 1. August 2016 mit der Absicht des dauernden Verbleibens in W. aufgehalten hat, befindet sich mithin ihr zivilrechtlicher Wohnsitz ab diesem Zeitpunkt in dieser Gemeinde. Dies ist auch für den Wohnsitz

von E. von Bedeutung. Gemäss Art. 25 Abs. 1 ZGB gilt als Wohnsitz des Kindes unter elterlicher Sorge der Wohnsitz der Eltern oder, wenn die Eltern keinen gemeinsamen Wohnsitz haben, der Wohnsitz des Elternteils, unter dessen Obhut das Kind steht; in den übrigen Fällen gilt sein Aufenthaltsort als Wohnsitz. Bevormundete Kinder haben ihren Wohnsitz am Sitz der Kindesschutzbehörde (Art. 25 Abs. 2 ZGB). E. ist zwar verbeiständet und fremdplatziert, doch nicht bevormundet. Er verbleibt unter der alleinigen elterlichen Sorge seiner Mutter. Daher bestimmt sich sein Wohnsitz nach Art. 25 Abs. 1 ZGB. Steht wie im vorliegenden Fall bloss einem Elternteil die elterliche Sorge zu, so hat das Kind seinen zivilrechtlichen Wohnsitz an dessen Wohnsitz. Nicht massgebend ist, wo das Kind seinen tatsächlichen Aufenthalt hat und ob es sich unter der Obhut des sorgeberechtigten Elternteils befindet. Auch fremdplatzierte, d.h. unter fremder Obhut stehende Kinder behalten ihren Wohnsitz beim sorgeberechtigten Elternteil (DANIEL STAEHELIN, a.a.O., N. 4 zu Art. 25 ZGB; BGE 133 III 305 E. 3.3.4 S. 307 f.). (...)

3. Zu prüfen sind alsdann die Auswirkungen der Verlegung des Wohnsitzes von E. von der Stadt Zug nach W. per 1. August 2016 auf die am 25. Mai 2016 durch die Direktion des Innern gewährte KÜG. Die Bestimmung von § 20 SEG, welche die Voraussetzungen und das Verfahren der Gewährung einer KÜG bestimmt, enthält keine Regelung, wie sich ein Wohnsitzwechsel während der Geltungsdauer der KÜG auf diese auswirkt. § 21 Abs. 1 SEG verpflichtet die sozialen Einrichtungen indes dazu, der Direktion des Innern und den zuständigen Gemeinden Änderungen bezüglich des Aufenthalts einer Person in einer sozialen Einrichtung, die Auswirkungen auf eine gewährte KÜG haben, umgehend mitzuteilen. Ebenso haben die zuständigen Gemeinden der Direktion des Innern und der sozialen Einrichtung Änderungen des zivilrechtlichen Wohnsitzes sowie betreffend vormundschaftliche Massnahmen umgehend mitzuteilen (§ 21 Abs. 2 SEG). Diese Pflicht zur unverzüglichen Benachrichtigung von Änderungen weist darauf hin, dass eine KÜG nicht ohne Weiteres im gewährten Ausmass weitergilt, sondern Anpassungen auf den Zeitpunkt der eingetretenen Änderungen hin vorgenommen werden können. Ein Wechsel des Wohnsitzes der betroffenen Person in einen anderen Kanton stellt eine grundlegende Veränderung der Verhältnisse dar. Die Person verlässt in diesem Fall den Geltungsbereich des SEG, weshalb eine für sie gewährte KÜG ihre Wirkung unmittelbar verliert, solange die Person ihren Wohnsitz nicht wieder in den ursprünglichen Kanton zurückverlegt (vgl. § 2 Abs. 1 SEG). Dies ergibt sich auch aus den Bestimmungen und Erläuterungen zur IVSE, welche per analogiam beigezogen werden können. Auch wenn vorliegend keine KÜG für eine Einrichtung, welche der IVSE untersteht, zu beurteilen ist, so besteht doch eine weitgehende Übereinstimmung bei den Voraussetzungen und Verfahren betreffend KÜG nach SEG und IVSE. Daher ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber diese beiden Bereiche in verfahrensmässiger Hinsicht unterschiedlich behandeln wollte, soweit er dies nicht gesetzlich ausdrücklich bestimmt hat (vgl. Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 12. Januar 2010 betreffend das Gesetz über soziale Einrichtungen, a.a.O., S. 3 f. und S. 8). Art. 27

Abs. 1 Satz 2 IVSE sieht vor, dass bei einem Wechsel des Wohnkantons der Standortkanton eine neue KÜG einzuholen hat. Die SODK begründet dies in ihren FAQ zum IVSE Verfahren für die KÜG<sup>1</sup>; besucht am 8. November 2017) dahingehend, dass der Wohnkanton, in dem sich neu der zivilrechtliche Wohnsitz befindet, ipso iure für die Leistungsabgeltung zuständig wird und zwar unabhängig davon, ob die unbefristete oder befristete KÜG noch läuft. Im Fall von E. ergibt sich mithin, dass er aufgrund der Verlegung seines Wohnsitzes per 1. August 2016 von der Stadt Zug nach W. den Geltungsbereich der für ihn von der Direktion des Innern am 25. Mai 2016 gewährten KÜG verlassen hat. Er hat seinen zivilrechtlichen Wohnsitz auch nicht mehr bis zum Ablauf der KÜG am 31. Mai 2017 in eine Gemeinde des Kantons Zug zurückverlegt. Mithin ist festzustellen, dass der Kanton Zug für die Leistungsabgeltung für die Betreuung von E. durch die Beschwerdeführerin ab 1. August 2016 nicht mehr zuständig war. Die bis 31. März 2017 durch den Kanton Zug hierfür geleisteten Zahlungen an die Beschwerdeführerin waren mithin nicht mehr durch die KÜG gedeckt und entbehrten einer rechtlichen Grundlage. Insofern hat die Direktion des Innern in der angefochtenen Verfügung zu Recht entschieden, dass der Kanton Zug die Kosten für die Betreuung von E. durch die Beschwerdeführerin ab dem 1. August 2016 nicht mehr übernimmt. (...)

4. Zu prüfen ist sodann, ob die Direktion des Innern die für den Zeitraum vom 1. August 2016 bis 31. März 2017 durch den Kanton Zug geleisteten Zahlungen für die Betreuung von E. im Betrag von Fr. 33 113.60 von der Beschwerdeführerin zurückfordern kann.

4.1 (...)

4.1.1 Gemäss Art. 62 Abs. 1 OR hat die Bereicherung zurückzuerstatten, wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines anderen bereichert ist. Insbesondere tritt diese Verbindlichkeit dann ein, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat (Art. 62 Abs. 2 OR). Die im Rahmen der KÜG aufgrund der Bestimmungen des SEG ausgerichteten Beiträge an soziale Einrichtungen unterstehen dem öffentlichen Recht. Im öffentlichen Recht gilt wie im Privatrecht der Grundsatz, dass ungerechtfertigte Bereicherungen zurückzuerstatten sind. Insofern finden die Bestimmungen von Art. 62 ff. OR als allgemeiner Rechtsgrundsatz analoge Anwendung, zumindest soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht (Urteil des Bundesgerichts 8C\_79/2012 vom 10. Mai 2012 E. 4.1; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2015.00088 vom 29. Juni 2015 E. 2.4; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, N. 148 ff.). (...)

4.1.2 (...)

---

<sup>1</sup><http://www.sodk.ch/faq/ivse-verfahren-fuer-die-kosteneubernahmegarantie-kueg/>

#### 4.1.3 (...)

4.2 Die Beschwerdeführerin wendet weiter ein, die Rückforderung der erhaltenen Zahlungen verstosse gegen den Grundsatz von Treu und Glauben. Die KÜG vom 25. Mai 2016 sei für die Dauer vom 1. Juni 2016 bis 31. Mai 2017 gewährt worden. Sie sei erstmals mit der angefochtenen Verfügung widerrufen worden. Der Kanton Zug sei deshalb gehalten, für seine ursprünglich gegenüber der Beschwerdeführerin abgegebene Erklärung einzustehen. (...)

Vorab ist anzumerken, dass die Direktion des Innern die KÜG für die Betreuung von E. durch die Beschwerdeführerin nicht widerrufen hat. Die KÜG blieb in Kraft bis zu ihrem Ablauf am 31. Mai 2017. Die Direktion des Innern hat lediglich die Übernahme der Kosten ab dem 1. August 2016 abgelehnt. Wie in Erwägung 3 dargelegt war dies richtig, denn der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Leistungsabgeltung fiel von Gesetzes wegen dahin, als E. seinen zivilrechtlichen Wohnsitz aus dem Kanton Zug verlegt hat. Hätte er seinen zivilrechtlichen Wohnsitz vor dem Ablauf der KÜG wieder in den Kanton Zug zurückverlegt, hätte die Beschwerdeführerin gestützt auf die nach wie vor geltende KÜG wieder Anspruch auf Abgeltung ihrer Leistungen durch den Kanton Zug gehabt. Die Beschwerdeführerin durfte sich daher nur soweit auf die KÜG verlassen, als sich der zivilrechtliche Wohnsitz von E. noch im Kanton Zug befand. Gerade aus diesem Grund verpflichtet § 21 Abs. 1 SEG die sozialen Einrichtungen, der Direktion des Innern und den zuständigen Gemeinden Änderungen bezüglich des Aufenthalts einer Person in einer sozialen Einrichtung, die Auswirkungen auf eine gewährte KÜG haben, umgehend mitzuteilen. Ebenso haben die zuständigen Gemeinden gestützt auf § 21 Abs. 2 SEG der Direktion des Innern und der sozialen Einrichtung Änderungen des zivilrechtlichen Wohnsitzes sowie betreffend vormundschaftliche Massnahmen umgehend mitzuteilen. Der Beschwerdeführerin war denn auch bewusst, dass sie sich nicht mehr unbesehen auf die KÜG verlassen durfte. Das Kantonale Sozialamt teilte ihr nämlich mit Schreiben vom 5. September 2016 mit, dass aufgrund des Wegzugs der Mutter von E. nach W. die Finanzierungspflicht des Kantons Zug entfalle, und empfahl ihr, sich mit der Gemeinde W. bezüglich der Kostentragung ab dem 1. August 2016 in Verbindung zu setzen. Auch wenn in der Folge die Leistungen der Beschwerdeführerin aufgrund der Unklarheit des zivilrechtlichen Wohnsitzes von E. und aufgrund divergierender Ansichten über die Zuständigkeit für die Finanzierung weiterhin vom Kanton Zug abgegolten wurden, musste der Beschwerdeführerin aufgrund dieses Schreibens dennoch bewusst sein, dass es möglicherweise zu einer Rückforderung dieser Zahlungen durch den Kanton Zug kommen könnte, so wie es im Frühling 2012 bereits einmal vorgekommen war. Insofern ist im vorliegenden Fall keine Vertrauensgrundlage gegeben, auf welche sich die Beschwerdeführerin berufen könnte (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N. 654 ff.). Doch selbst wenn davon auszugehen wäre, dass die Beschwerdeführerin sich darauf verlassen durfte, dass der Kanton Zug ihre Leistungen weiter abgелten würde, könnte sie daraus nichts zu

ihren Gunsten ableiten. Auf den Vertrauensschutz kann sich nur berufen, wer gestützt auf sein Vertrauen eine Disposition getätigt hat, die er nicht ohne Nachteil wieder rückgängig machen kann (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N. 659 f.). Die Beschwerdeführerin hat zwar die Betreuung von E. ab dem 1. August 2016 weiter wahrgenommen und hierfür vom Kanton Zug Zahlungen erhalten. Dies stellt indes keine Disposition dar, welche bei einer Rückforderung dieser Zahlungen durch den Kanton Zug einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken würde. Die Verpflichtung zur Rückerstattung der vom Kanton Zug erhaltenen Zahlungen in Höhe von Fr. 33 113.60 und auch die Weigerung der Direktion des Innern, die Kosten für die Monate April und Mai 2017 zu übernehmen, bedeuten mitnichten, dass die Beschwerdeführerin für ihre Leistungen nicht zu entschädigen wäre. Es wird einzig und allein festgelegt, dass nicht der Kanton Zug Schuldner ist. Die Beschwerdeführerin wird daher eine Entschädigung für ihre Leistungen beim zuständigen Gemeinwesen einfordern müssen, sei dies nun bei der Wohnsitzgemeinde, der Unterstützungsgemeinde oder allenfalls beim Kanton A. Welches Gemeinwesen hierfür zuständig ist, ist nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung und daher auch nicht im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu entscheiden. Es besteht indes kein Grund zur Annahme, dass die Beschwerdeführerin letztlich keine Abgeltung ihrer erbrachten Leistungen erhalten wird. Damit sind die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes nicht erfüllt und die Beschwerde ist (...) abzuweisen.

Entscheid des Regierungsrats vom 12. Dezember 2017.  
Der Entscheid ist rechtskräftig.

## II. Grundlagen, Organisation, Gemeinden

### 1. Ausstand; Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung

#### 1.1 Art. 7 Abs. 1 Ziff. 5 GO RR; Art. 29 Abs. 1 BV

##### **Regeste:**

§ 7 Abs. 1 Ziff. 5 GO RR; Art. 29 Abs. 1 BV – Dass die Direktorin des Innern sowohl bei der denkmalpflegerischen Antragstellung der kantonalen Denkmalkommission im Sinne von § 13 Abs. 1 Bst. b DMSG mitwirkt (als Präsidentin der Denkmalkommission) als auch – gestützt auf § 10 Abs. 1 Bst. a DMSG – als Mitglied des Regierungsrats beim Entscheid über die Schutzwürdigkeit eines Gebäudes, stellt eine (gesetzlich gewollte) Vorbefassung dar. Durch diese sich auf geltendes Gesetzesrecht abstützende Vorbefassung wird kein Ausstandsgrund im Sinn von § 7 Abs. 1 Ziff. 5 GO RR bzw. Art. 29 Abs. 1 BV geschaffen, weil die Regierungsrätin dadurch bei objektiver Betrachtungsweise nicht «offensichtlich den Anschein der Befangenheit erweckt».

**Aus dem Sachverhalt:**

A. 1908 kaufte A. B. das im 18. Jahrhundert erbaute Gasthaus «B.» in der Gemeinde C. sowie den westseitigen Anbau. Die beiden Gebäude befinden sich im Inventar der schützenswerten Denkmäler des Kantons Zug.

B. Mit Schreiben vom 3. September 2012 stellte der heutige Eigentümer und Nachfahre von A. B., C. B., den Antrag auf Entlassung beider Gebäude aus diesem Inventar. Am 22. Oktober 2012 führte die kantonale Denkmalkommission einen Augenschein durch. Gleichentags beantragte sie der Direktion des Innern die Unterschutzstellung der beiden Gebäude. Am 5. März 2013 leitete das Amt für Denkmalpflege und Archäologie das Unterschutzstellungsverfahren ein. (. . .)

C. C. B., vertreten durch Rechtsanwalt Z. G., Zug, beantragte in seiner Stellungnahme vom 21. September 2017, das Gebäude-Ensemble sei nicht unter Schutz zu stellen und aus dem Inventar der schützenswerten Denkmäler des Kantons Zug zu entlassen. Für den Fall, dass dem Antrag auf Entlassung aus dem Inventar nicht stattgegeben werden sollte, habe die Vorsteherin der Direktion des Innern in den Ausstand zu treten. Er begründete das Ausstandsbegehren damit, dass Regierungsrätin X. Y. Präsidentin der Kantonalen Denkmalkommission sei, mithin jener Kommission, welche bereits zwei Mal die Unterschutzstellung beider Gebäude beantragt habe. (. . .) Durch ihre Mitwirkung bei der Entscheidungsfindung der vorerwähnten Beschlüsse der Denkmalkommission habe sich die Vorsteherin festgelegt; das Verfahren könne damit hinsichtlich der Beteiligung der Vorsteherin der Direktion des Innern nicht mehr als ergebnisoffen bezeichnet werden. X. Y. erwecke damit bei objektiver Betrachtungsweise vielmehr offensichtlich den Anschein der Befangenheit, weshalb sie gestützt auf § 7 Abs. 1 Ziff. 5 des Kantonsratsbeschlusses über die Geschäftsordnung des Regierungsrats vom 26. September 2013 (GO RR; BGS 151.1) in den Ausstand zu treten habe. Hierzu sei festzuhalten, dass der objektiv begründete Anschein der Befangenheit auch in «institutionell-verfahrensorganisatorischen Umständen» begründet sein könne.

D. (. . .)

E. (. . .)

F. (. . .)

G. Da im vorliegenden Verfahren allein über die Vorfrage des geltend gemachten Vorliegens eines Ausstandsgrundes von Regierungsrätin X. Y. entschieden wird, befindet sich die Direktorin des Innern gestützt auf § 7 Abs. 3 GO RR im Ausstand und das Regierungsratsgremium entscheidet unter Ausschluss ihrer Mitwirkung. (. . .)

## Aus den Erwägungen:

### I.

1. Nach § 10 Abs. 1 Bst. a und d des Denkmalschutzgesetzes vom 26. April 1990 (Denkmalschutzgesetz, DMSG; BGS 423.11) beschliesst der Regierungsrat die Eintragung von Objekten in das Denkmalverzeichnis und die kantonalen Beiträge. Gemäss § 11 Abs. 3 DMSG beschliesst die Direktion des Innern über die Unterschutzstellung und einen Kantonsbeitrag, sofern der mutmassliche erstmalige Kantonsbeitrag an die Restaurierung den Betrag von 200'000.– Franken nicht übersteigen wird und sofern die Standortgemeinde damit einverstanden ist. Der Gemeinderat von C. hat die Unterschutzstellung eines der beiden hier zur Diskussion stehenden Gebäude abgelehnt. Die beiden Gebäude bilden aber ein Ensemble und sind daher gemeinsam zu beurteilen. Aus diesem Grund ist im vorliegenden Fall der Regierungsrat zuständig für den Beschluss über die Unterschutzstellung und die Zusicherung eines Kantonsbeitrags. Dies ist denn auch unbestritten.

2. Die Verfahrensinstruktion und Antragstellung an den Regierungsrat hinsichtlich von in die Zuständigkeit des Regierungsrates fallenden denkmalpflegerischen Unterschutzstellungsentscheiden fällt der Direktion des Innern zu (§ 11 Abs. 1 DMSG und § 24 Abs. 1 DMSG). Wenn

– wie hier – das Vorliegen eines Ausstandsgrundes bei einem Mitglied des Regierungsrates geltend gemacht wird, so gelangen die Ausstandsbestimmungen der Geschäftsordnung des Regierungsrates zur Anwendung (§ 8 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976, Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG; BGS 162.1). Über Ausstandsfragen entscheidet der Regierungsrat unter Ausschluss des betreffenden Ratsmitglieds (§ 7 Abs. 3 GO RR). Aus diesem Grund instruiert die Sicherheitsdirektion das vorliegende Verfahren bezüglich des Entscheides über die Ausstandsfrage zu Handen des Regierungsrates (im Ausstand der Direktorin des Innern).

### II.

1. Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet die Vorfrage, ob mit Blick auf den später zu fällenden Sachentscheid ein Ausstandsgrund betreffend Regierungsrätin X. Y. vorliegt. (. . .)

2. Gemäss § 7 Abs. 1 GO RR treten Ratsmitglieder bei Geschäften des Regierungsrats und der von ihnen geleiteten Direktion in den Ausstand, wenn sie am Geschäft ein unmittelbares persönliches Interesse haben (Ziff. 1); sie mit einer Person, die am Geschäft ein unmittelbares persönliches Interesse hat, in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt, verschwägert oder durch Ehe, Verlobung, eingetragene Partnerschaft oder faktische Lebensgemeinschaft verbunden

sind (Ziff. 2); ihre eigenen Entscheide vor dem Regierungsrat angefochten werden (Ziff. 3); sie Vertreterinnen oder Vertreter einer Person sind, die am Geschäft ein unmittelbares persönliches Interesse hat, oder für diese in der gleichen Sache tätig waren (Ziff. 4); sie bei objektiver Betrachtungsweise offensichtlich den Anschein der Befangenheit erwecken (Ziff. 5).

3. Die genannte Ausstandsregelung dient dazu, die Unbefangenheit und Unparteilichkeit des Regierungsrats sicherzustellen und ist somit ein wichtiger Garant für das Vertrauen der Bevölkerung in den Regierungsrat. Sie soll jede Befangenheit oder Interessenkollision sowie jeden entsprechenden Anschein vermeiden und eine objektive Prüfung gewährleisten (vgl.

KIENER/RÜTSCHE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, S. 131 ff. Rz. 525, 529 und 533; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, S. 147 Rz. 423). Dieselbe Zielsetzung gilt laut Art. 29 Abs. 1 BV als allgemeine Verfahrensgarantie vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen, wonach jede Person Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung besitzt. Für den Zuger Regierungsrat enthalten weder die Kantonsverfassung noch ein formelles Gesetz Ausstandsgründe. Sie sind gemäss dem Bericht und Antrag GO RR des Regierungsrats vom 25. September 2012 zum Kantonsratsbeschluss betreffend die Geschäftsordnung des Regierungsrats, S. 13 (Vorlage Nr. 2183.1; Laufnummer 14160; nachfolgend: Bericht und Antrag GO RR) einzig in § 7 GO RR geregelt. Die dort genannten Ausstandsgründe sind nicht nur auf Gesuch hin, sondern von Amtes wegen zu beachten.

4. Bei der Prüfung von Ausstandsbegehren gilt es zufolge bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu berücksichtigen, dass der Anspruch auf Ausstand befangener Behördenmitglieder stets in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Anspruch auf gesetzmässige Zusammensetzung der Behörde steht. Der Ausstand sollte deshalb im Verhältnis zur regelhaften Verfahrensordnung eine Ausnahme bleiben und nicht vor schnell angenommen werden (Urteil des Bundesgerichts 1B\_243/2009 vom 14. Dezember 2009 E. 2; BGE 122 II 471 E. 3b S. 477). Ein Ausstand muss überzeugend begründet sein. Andernfalls besteht die Gefahr einer nicht richtigen Besetzung des Regierungsrats, falls Ratsmitglieder zu Unrecht im Ausstand sind (vgl. TINO JORIO, Kommentar zu den Geschäftsordnungen des Regierungsrats und des Kantonsrats des Kantons Zug, 2015, S. 24 Rz. 74).

5. Dass Ausstandsgründe im Sinne von § 7 Abs. 1 Ziff. 1 bis 4 GO RR vorlägen, wird seitens der Einsprechenden nicht geltend gemacht. Derartige Fallkonstellationen liegen hier offenkundig auch nicht vor. Zu prüfen ist vorliegend hingegen, ob ein Ausstandsgrund im Sinne von § 7 Abs. 1 Ziff. 5 GO RR vorliegt.

5.1. Der Eigentümer der beiden Gebäude, C. B., lässt in diesem Zusammenhang geltend machen, dass der objektiv begründete Anschein der Befangenheit auch in

«institutionell-verfahrensorganisatorischen Umständen» begründet sein könne. Wie oben ausgeführt treten gemäss § 7 Abs. 1 Ziff. 5 GO RR Ratsmitglieder bei Geschäften des Regierungsrats und der von ihnen geleiteten Direktion in den Ausstand, wenn sie bei objektiver Betrachtungsweise offensichtlich den Anschein der Befangenheit erwecken. Dieser Ausstandsgrund ist aus Art. 29 Abs. 1 BV abgeleitet, wird der Vollständigkeit halber aber nochmals im kantonalen Recht aufgeführt (vgl. Bericht und Antrag GO RR, S. 18). Es handelt sich hierbei um einen klassischen Auffangtatbestand. Die Praxis des Bundesgerichts ist diesbezüglich auch in jüngerer Zeit relativ grosszügig. So erachtete es die Mitwirkung eines Regierungsratsmitglieds in einem Rechtsmittelverfahren gegen einen Entscheid seines eigenen Departements als zulässig (BGE 125 I 119 E. 3 S. 122). Massgebend für den Entscheid über den Ausstand ist eine objektivierte Betrachtungsweise, d.h. wie ein unbefangener und vernünftiger Dritter die Lage einschätzen würde. Wichtig ist dabei die im Gesetz genannte Einschränkung «offensichtlich». Die Befangenheit muss vernünftigen Dritten sofort, fast «instinktiv», klar sein. Dabei ist nicht jede erdenkliche Befangenheit zu berücksichtigen (TINO JORIO, a.a.O., S. 35 Rz. 124). Die Vertretung öffentlicher Interessen aufgrund eines Amtes bewirkt normalerweise kein privates Interesse (Bericht und Antrag GO RR, S. 18; TINO JORIO, a.a.O., S. 35 Rz. 126).

5.2. Die Direktorin des Innern wirkte unbestrittenermassen bei der Antragstellung der kantonalen Denkmalkommission an die Direktion des Innern zuhanden des Regierungsrates im Sinne von § 13 Abs. 1 Bst. b DMSG mit. Von Gesetzes und von Amtes wegen – gestützt auf § 12 Abs. 1 DMSG – war X. Y. zum Zeitpunkt der beiden Entscheide der kantonalen Denkmalkommission vom 22. Oktober 2012 und vom 5. Mai 2017 Präsidentin dieser Kommission und ist es auch heute noch. Und ebenfalls von Gesetzes wegen – gestützt auf § 10 Abs. 1 Bst. a DMSG – wird sie nach Rechtskraft des vorliegenden Entscheids als Mitglied des Regierungsrats auch beim Entscheid über die Frage, ob die beiden Gebäude in das Denkmalverzeichnis einzutragen seien, mitzuwirken haben. Das verwaltungsrechtliche Verfahrensrecht des Kantons Zug ordnet damit unterschiedliche Verfahrensabschnitte und -situationen aus Gründen der Sachkompetenz und Ökonomie ein und derselben Person zu. Diese Situation wird seit BGE 114 Ia 50 als sog. Vorbefassung bezeichnet (auch Mehrfachbefassung oder «cumul des fonctions» genannt; vgl. zur Abgrenzung von anderen Konstellationen BGE 126 I 68 E. 4a S.73). Der Begriff ist wertneutral, beschreibt lediglich abstrakt eine typisierte Konstellation, an die sich unter dem Gesichtswinkel von Art. 30 Abs. 1 BV ein spezifisches Prüfungsprogramm anschliesst (MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. 2008, S. 942 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHEER/BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl. 2010, S. 163 Rz. 515 ff.; MARKUS BOOG, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2010, N. 17 ff. und 23 ff. zu Art. 56 StPO). Die Vorbefassung ist in objektiver Weise darauf hin zu prüfen, ob im späteren Verfahren oder Verfahrensabschnitt durch die vorgängige Tätigkeit der Anschein der Voreingenommenheit erweckt werde und die Beurteilung noch offen erscheine. Hierfür wird

namentlich auf die konkreten Umstände, die Gleichheit der sich stellenden Fragen, den Entscheidungsspielraum in den unterschiedlichen Abschnitten und die Bedeutung für den Fortgang des Verfahrens abgestellt (BGE 114 Ia 50 E. 3d S. 57; 138 I 425 E. 4.2.1 S. 428; 131 I 24 E. 1.2 S. 26; STEINMANN/LEUENBERGER, in: St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, N. 24 zu Art. 30 BV).

5.3. Bei der Prüfung der vorliegenden Vorbefassung der Direktorin des Innern durch ihre Mitwirkung bei der Entscheidungsfindung in der Denkmalkommission ist dazu festzuhalten, dass die Denkmalkommission hinsichtlich von denkmalpflegerischen Unterschutzstellungen mit der «Antragstellung an die Direktion des Innern zuhanden des Regierungsrates» betraut ist (§ 13 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1 DMSG). Dem Regierungsrat demgegenüber obliegt nicht eine Antragstellung, er ist vielmehr mit dem Entscheid über die Unterschutzstellung oder Nichtunterschutzstellung betraut (§ 10 Abs. 1 Bst. a DMSG). Insofern liegt keine Gleichheit der sich stellenden Fragen vor. Es ist in diesem Zusammenhang auf Fälle hinzuweisen, in welchen es unklar ist, ob an der Erhaltung des fraglichen Objekts ein sehr hohes öffentliches Interesse besteht oder nicht (dem ist häufig, wenn nicht sogar in aller Regel so). In solchen Fällen wird die Denkmalkommission im Zweifelsfall der Direktion des Innern gegenüber eher die Unterschutzstellung beantragen: Einerseits, um die Unterschutzstellung überhaupt ermöglichen zu können, andererseits aber auch, um zu ermöglichen, dass die gesetzlich zum Entscheid berufene politische Instanz – der Regierungsrat – den Entscheid fällen und damit gleichzeitig Rechtssicherheit schaffen kann. Sodann sind die Denkmalkommission und der Regierungsrat personell unterschiedlich zusammengesetzt. Die einzige – gesetzlich gewollte – Überschneidung liegt in der Person der Vorsteherin beziehungsweise des Vorstehers der Direktion des Innern. Diese personelle Überschneidung stellt sicher, dass die Überlegungen und persönlichen Wahrnehmungen, welche die Präsidentin beziehungsweise der Präsident der Denkmalkommission an deren Augenscheinen und Sitzungen gemacht hat, unmittelbar in den Regierungsrat getragen werden können. Indem die Kommission nur Antrag stellt, der Regierungsrat demgegenüber über die Unterschutzstellung entscheidet, haben diese zwei Verfahrensschritte zudem eine grundsätzlich unterschiedliche Bedeutung für den Fortgang des Verfahrens. Schliesslich ist festzuhalten, dass sich die Denkmalkommission inhaltlich schwerpunktmässig mit den spezifisch denkmalpflegerischen Fragestellungen befasst, während der Regierungsrat zusätzlich eine breite politische Gewichtung einbringt.

5.4. Durch die sich auf geltendes Gesetzesrecht abstützenden Mitwirkungshandlungen der Vorsteherin der Direktion des Innern wird daher kein Ausstandsgrund im Sinn von § 7 Abs. 1 Ziff. 5 GO RR geschaffen. Regierungsrätin X. Y. erweckt dadurch nicht den offensichtlichen Anschein der Befangenheit. Sie nimmt sowohl in der kantonalen Denkmalkommission als auch im Regierungsrat ohne privates Interesse und in amtlicher Funktion an der Entscheidungsfindung teil. In diesem Zusammenhang ist

ergänzend auch auf die – vorstehend unter Buchstabe F. des Sachverhalts wieder-gegebenen – zutreffenden Ausführungen der Direktion des Innern zu verweisen.

5.5. In dem durch den Rechtsvertreter von C. B. angeführten BGE 137 III 289 hielt das Bundesgericht in Erwägung 4.4 fest, dass bei psychisch kranken Menschen (Suchtkranken) gestützt auf das Zivilgesetzbuch nicht ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens über ein Gesuch der betroffenen Person um Entlassung aus der Anstalt entschieden werden kann (E. 4.1-4.3). Der entsprechende Gutachter müsse ein ausgewiesener Fachmann, aber auch unabhängig sein und er dürfe sich nicht bereits im gleichen Verfahren über die Krankheit der betroffenen Person ge-äussert haben. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sei überdies mit der geforderten Unabhängigkeit des Sachverständigen nicht zu vereinbaren, dass ein Mitglied der entscheidenden Instanz (Fachrichter) gleichzeitig als Sachverständiger amtet (BGE 137 III 289 E. 4.4 S. 292 mit weiteren Hinweisen). Im Unterschied zu dieser Entscheidung des Bundesgerichts amtete Regierungsrätin X. Y. als Präsidentin der Denkmalkommission nicht in einer Funktion, welche gestützt auf das Bundesrecht durch eine unabhängige Gutachtensperson wahrzunehmen ist. Beim Regierungsrat handelt es sich sodann auch nicht um ein formelles Gericht im Sinne von Art. 30 BV. Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101) und Art. 14 Abs. 1 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2) enthalten hinsichtlich des vorliegenden Sachverhalts keine über die in Art. 29 und 30 BV geforderten (und vorstehend beschriebenen) Anforderungen an die Unabhängigkeit des Spruchkörpers hinausgehende Garantien, weshalb C. B. daher weder aus dem genannten Bundesgerichtsentscheid noch aus den erwähnten Staatsverträgen einen Ausstandsgrund herleiten kann.

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass Regierungsrätin X. Y. hinsichtlich des Sachentscheids nicht ausstandspflichtig ist und das Ausstandsbegehren deshalb abzuweisen ist.

(. . .)

Entscheid des Regierungsrates vom 10. Juli 2018



# C

Stichwortverzeichnis

Behandlung des Geburtsgebrechens , 58

Abänderung eines Scheidungsentscheids, 151

Abgangsentschädigung, 152

Änderungen von Arealbebauungen: Nur wesentliche Änderungen einer Arealbebauung verlangen die Zustimmung von mindestens Dreivierteln der wesentlich stärker belasteten Eigentümer, 8

Anfechtbarkeit von Schätzungen der Schätzungskommission: Mangels Rechtsgrundlage können Schätzungen, welche die Schätzungskommission im Rahmen einer Steuerveranlagung erstellt, nicht direkt beim Verwaltungsgericht angefochten werden, 102

Anwaltsrecht, 194, 197, 201

Anwaltsregister, 203

Arbeitslosenversicherung, 68

Aufklärung der Klientschaft über Grundsätze der Rechnungslegung bei Übernahme des Mandats, 197

Aufschub der Grundstückgewinnsteuer bei gemischten Schenkungen. Vorläufige Einschätzung zur Praxis verschiedener Zuger Grundstückgewinnsteuer-Kommissionen, 87

Ausstand, 227

Ausstandspflicht einer Regierungsrätin für die Beschlussfassung über eine denkmalpflegerische Unterschutzstellung im Gesamtregierungsrat, wenn sie - wie gesetzlich vorgesehen - vorgängig in einem anderen Gremium (Denkmalkommission) bereits über dieseselbes Geschäft mitberaten und dem Regierungsrat Antrag gestellt hat (Ausstandspflicht verneint)., 227

Befangenheit, 227

Befangenheit einer Regierungsrätin für die Beschlussfassung über eine denkmalpflegerische Unterschutzstellung im Gesamtregierungsrat, wenn sie - wie gesetzlich vorgesehen - vorgängig in einem anderen Gremium (Denkmalkommission) bereits über dieseselbes Geschäft mitberaten und dem Regierungsrat Antrag gestellt hat (Befangenheit verneint)., 227

Bemessung Erwerbsausfallentschädigung aufgrund nachdienstliches Verhalten, 63

Berücksichtigung des Kindeswillens bei der Regelung des Besuchsrechts, 112

Beschwerdelegitimation der Parteien; Voraussetzungen des berechtigten Ordnungsantrages; Folgen der Missachtung eines berechtigten Ordnungsantrages, 135

Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit: Die Minimalbesteuerung des Aktienkapitals verstösst im Falle eines Konkurses bzw. im Anschluss an die Genehmigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung gegen den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, 73

Beurkundungsrecht, 209

- Denkmalschutz: Folgen für Prüfung, wenn Standortgemeinde und Eigentümer Erhalt ablehnen, 28
- Denkmalschutz: Präzisierung der Voraussetzung des überwiegenden öffentlichen Interesses am Erhalt, 28
- Denkmalschutz: Unterschutzstellung des ehemaligen Stationsgebäudes Oberägeri, 15
- Der Grundsatz der vergleichbaren Verhältnisse, 83
- Die Anordnung einer Videoüberwachung muss verhältnismässig sein., 122
- Die dauerhafte Videoüberwachung eines Gebiets zum Schutz vor strafbaren Handlungen stellt einen verhältnismässigen Eingriff in die persönliche Freiheit der Betroffenen dar, wenn ausgewiesen ist, dass es sich um einen Kriminalitätsschwerpunkt handelt und dort Straftaten zu jeder Zeit stattfinden., 122
- Disziplinarmassnahme, 209
- Eingliederungsmassnahmen Invalidenversicherung: Voraussetzungen zur Gewährung der Kapitalhilfe in der Invalidenversicherung, 44
- Entschädigung bei Gefahr eines Interessenkonflikts, 107
- Entscheide, die nicht schriftlich begründet wurden und nur mit Beschwerde anfechtbar sind, werden mit der Eröffnung vollstreckbar., 173
- Erbengemeinschaft, 160
- Erbengemeinschaft; Erfordernis des gemeinsamen Handelns im Berufungsverfahren., 160
- Erwerbsausfallentschädigung, 63
- Familienzulagen: Tragweite des Doppelbezugsverbots, 50
- Familienzulagen: Voraussetzung der Bezugsberechtigung von Grosseltern für im Ausland lebende Enkel, 50
- Folge besonders schwerwiegender Pflichtverletzungen einer freiberuflichen Urkundsperson, 203
- Geburtsgebrechen , 58
- Gesellschaftsrecht, 145
- Grundsatz der vergleichbaren Verhältnisse, 82
- Grundstückgewinnsteuer, 82, 87
- Handelsregisterrecht: Verfahrenskosten bei Auflösung einer Rechtseinheit, 39
- Handelsregisterrecht: Voraussetzungen zur Ausfällung einer Ordnungsbusse nach Art. 943 Abs. 1 OR, 39
- Handelsregisterrecht: Zustellung von Verfügungen bei ungültigem Rechtsdomizil, 39
- Individuelle Kostenübernahmegarantie (KÜG): Keine Anwendung des Zuständigkeitsgesetzes, 218

Individuelle Kostenübernahmegarantie: Pflicht des Kantons Zug zur Leistungsabgeltung entfällt bei Verlegung des Wohnsitzes der unterstützten Person in einen anderen Kanton; Rückerstattungspflicht, 218

Invalidenversicherung, 58

Kindesschutz, 114

Kognition der Beschwerdeinstanz, 192

Konkursverfahren nach erfolgter Überschuldungsanzeige: Im Konkursverfahren nach erfolgter Überschuldungsanzeige sind die Gläubiger nicht legitimiert, die Bewilligung des Konkursaufschubs anzufechten, 170

Kostenauflage bei Rückzug der Berufung vor Ablauf der Frist für die Berufungserklärung, 176

Leistungen in Erfüllung familienrechtlicher Pflichten bei nicht aufgelöster Familiengemeinschaft sind nicht von den Steuern abziehbar. , 94

Leistungspflicht der Invalidenversicherung, 58

Massnahmen bei fehlender Möglichkeit einer Kindeswohlkonformen Ausübung des Besuchsrechts, 111

materielles Strafrecht, 177, 179

Mehrfacher Verstoss gegen das Beurkundungsgesetz, 209

Organisationsmängel, 145

Periodizitätsprinzip , 99

persönlichen Voraussetzungen gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b BGFA , 194

Postverkehr des Anwalts mit inhaftiertem Klient, 201

Qualifizierung von Schätzungen der Schätzungskommission in Steuerverfahren: Im Steuerveranlagungsverfahren eingereichte Schätzungen unterscheiden sich im Hinblick auf ihre Anfechtbarkeit nicht von anderen in Verwaltungsverfahren erhobenen Gutachten, 102

Rayonverbots, 115

Rechtfertigung einer periodenübergreifenden Betrachtungsweise für den Fall, dass zu Unrecht erfolgte Vermögenszuflüsse und -abflüsse in verschiedenen Steuerperioden miteinander verrechnet werden., 99

Sozialabzüge, 94

Stimmrechtsbeschwerde, 135

Strafrechtspflege, 176

Strafzumessung; Bildung einer Gesamtstrafe, 179

Tragweite des Stichtagprinzips: Verweigerung des Sozialabzugs für die gesamte Periode, wenn die Voraussetzungen dafür am 31. Dezember nicht erfüllt sind. , 94

- Tragweite von Dispositionen auf die Vermittlungsfähigkeit, 68
- Ungerechtfertigte Bereicherung: Rückerstattungspflicht von Beiträgen an soziale Einrichtungen bei nicht gemeldeter Verlegung des Wohnsitzes der unterstützten Person in einen anderen Kanton, 218
- Unterhaltsbeiträge , 94
- Verhältnismässigkeitsprüfung, 124
- Verhältnismässigkeitsprüfung einer Besuchsrechtsassistierung, 111
- Verhältnismässigkeitsprüfung des Rayonverbots, 116
- Vertrauensschutz, 87
- Videoüberwachung , 122
- Vollstreckbarkeit nicht schriftlich begründeter und nur mit Beschwerde anfechtbarer Entscheide, 173
- Voraussetzungen für eine teilbedingte Freiheitsstrafe von über zwei Jahren, 176
- Vorbefassung, 227
- Vorbefassung einer Regierungsrätin für die Beschlussfassung über eine denkmalpflegerische Unterschutzstellung im Gesamtregierungsrat, wenn sie - wie gesetzlich vorgesehen - vorgängig in einem anderen Gremium (Denkmalkommission) bereits über dieseselbes Geschäft mitberaten und dem Regierungsrat Antrag gestellt hat., 227
- Vorbehaltlose Zusicherung eines Sekretärs einer Grundstückgewinnsteuer-Kommission als Vertrauensgrundlage für einen Steuerpflichtigen, 87
- Vorsorgeauftrag, 107
- Zivilprozessrecht, 193
- Zivilprozessrecht: Ansetzen einer Nachfrist für eine verpasste Gesuchantwort im Verfahren betreffend definitive Rechtsöffnung, 191
- Zivilprozessrecht: unentgeltliche Rechtspflege für eine juristische Person, 185
- Zivilprozessrecht: Zuständigkeit des Friedensrichters zum Entscheid über Höhe der Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes, wenn ein Fall beim Friedensrichter abgeschlossen wurde bzw. die Klagebewilligung nicht beim Gericht eingereicht wurde, 187
- Zur Frage, ob die dem gekündigten und in der Folge arbeitslos gewordenen Unterhaltsschuldner ausbezahlte Abgangsentschädigung (nebst den Arbeitslosentaggeldern) als Einkommen anzurechnen ist., 150

