Kanton Zug

Buch GVP 2013

Kanton Zug

Buch GVP 2013

Inhalt

1	**Gerichtspraxis**	3
1.1	Staats- und Verwaltungsrecht	3
1.1.1	Verfahrensrecht	3
1.1.2	Bau- und Planungsrecht	11
1.1.3	Steuerrecht	42
1.1.4	Sozialversicherung	53
1.1.5	Gewässerrecht	81
1.1.6	Submissionsrecht	85
1.1.7	Politische Rechte – Abstimmungserläuterungen	90
1.1.8	Opferhilfe	99
1.1.9	Erwachsenenschutzrecht / Fürsorgerische Unterbringung	103
1.2	Zivilrecht	109
1.2.1	Obligationenrecht	109
1.2.2	Urheberrecht	112
1.2.3	Verfahrensrecht	115
1.2.4	Aktienrecht	116
1.2.5	Wettbewerbsrecht	121
1.3	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	124
1.3.1	Beschwerdeverfahren	124
1.3.2	Summarisches Verfahren	125
1.3.3	Verwertungsverfahren	126
1.4	Rechtspflege	127
1.4.1	Zivilrechtspflege	127
1.4.2	Strafrechtspflege	139
1.4.3	Anwaltsrecht	142

1 Gerichtspraxis

1.1 Staats- und Verwaltungsrecht

1.1.1 Verfahrensrecht

Art. 6 EMRK, Art. 30 BV, § 36 PersG, § 12 PersV, § 11 i.V.m. § 13 GO RR, § 8 VRG
Regeste:

Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 8 Abs. 1, 29 Abs. 1 und 2, Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 26 Abs. 1 RPG, § 3 Abs. 2, § 42 Abs. 1 und 2 PBG, § 36 PersG, § 12 PersV, § 11 i.V.m. § 13 GO des Regierungsrates, § 8 VRG – Anwendbare Ausstandsregeln auf den Regierungsrat. Beim Regierungsrat als Exekutivbehörde handelt es sich nicht um ein Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK resp. Art. 30 Abs. 1 BV, auch wenn der Regierung in weiten Bereichen gleichzeitig die Kompetenz zur Rechtsprechung zukommt. Es gehört zu den Aufgaben eines Regierungsrates, sich zu Geschehnissen mit einer politischen Relevanz zu äussern. Er darf vor einem Beschwerdeverfahren und damit noch ohne Kenntnis konkret vorgebrachter Rügen gegen ein Projekt noch bis zu einem gewissen Grad «parteiisch» sein, nämlich als Interessenvertreter des Gemeinwesens.

Aus dem Sachverhalt:

Am 20. Dezember 2011 liessen X., Y. und Z. Beschwerde gegen die Beschlüsse der Einwohnergemeinde Risch vom 27. November 2011 betreffend Änderung des Zonenplans und Ergänzung von § 18 und § 25 der Bauordnung für das Gebiet Gut Aabach sowie gegen deren Beschlüsse vom 8. November 2011 betreffend bedingte Entwidmung der Strasse Oberrisch-Böschenrot von der Küssnachterstrasse bis zur Kantonsgrenze ZG/LU einreichen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragten sie in beiden Beschwerden, dass der Beschwerdeentscheid unter Ausschluss von Regierungsrat Heinz Tännler zu treffen sei. Mit Zwischenentscheid vom 10. April 2012 lehnte der Regierungsrat unter Ausschluss von Regierungsrat Heinz Tännler sowohl den Antrag, dass über die Ausstandsbegehren im Rahmen des Hauptentscheides zu befinden sei, als auch die Ausstandsbegehren gegen den Baudirektor ab. Er ordnete an, die Beschwerdeverfahren seien nach Eintritt der Rechtskraft des Zwischenentscheids zur Instruktion in der Hauptsache und zur Koordination mit den Verfahren betreffend Genehmigung der Änderungen des Zonenplanes, der Ergänzung der Bauordnung für das Gebiet Gut Aabach und des Erlasses des Bebauungsplans Gut Aabach betreffend Anpassung der Seeuferschutzzonen sowie betreffend Waldfeststellung zuhanden des Regierungsrates an die Baudirektion zu überweisen. Über die Verfahrenskosten werde mit der Hauptsache entschieden. Die Handlungen des Baudirektors begründeten den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit objektiv betrachtet nicht. Gegen diesen Entscheid liessen X., Y. und Z. am 18. Mai 2012 Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen und beantragen, es sei dieser aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, die Sicherheitsdirektion mit der Instruktion der Beschwerde zu beauftragen und den Entscheid über die Beschwerde der Beschwerdeführenden vom 20. Dezember 2011 unter Ausschluss von Regierungsrat Heinz Tännler zu treffen. Eventuell sei die Angelegenheit zur Ergänzung und Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse, eventuell zulasten der Gemeinde Risch. Sowohl Regierungsrat Heinz Tännler als auch der Gemeinderat Risch, die Eiola AG als Eigentümerin des Guts Aabach und der Regierungsrat beantragten, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit auf sie einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführer.

Aus den Erwägungen:

1. (. . .)

c) Gemäss § 3 Abs. 2 des Planungs- und Baugesetzes vom 26. November 1998 (PBG; BGS 721.11) in Verbindung mit Art. 26 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG, SR 700) ist der Regierungsrat für die Genehmigung von gemeindlichen Bauvorschriften und von Zonen-

und Bebauungsplänen zuständig. Der Regierungsrat koordiniert dabei seine Genehmigung mit allfälligen Beschwerdeentscheiden in der gleichen Sache (§ 42 Abs. 1 und 2 PBG). Der Regierungsrat ist im vorliegenden Fall auch Beschwerdeinstanz gegen den Beschluss über die Entwidmung und Aufhebung der Zufahrtsstrasse zwecks Errichtung einer Ersatzzufahrtsstrasse gemäss § 4 Abs. 2 i.V. mit § 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über Strassen und Wege vom 30. Mai 1996 (GSW, BGS 751.14). Bei Zwischenentscheiden folgt der Rechtsweg der Hauptsache. Nachdem es sich hier um einen selbständig eröffneten Zwischenentscheid über ein Ausstandsbegehren handelt, steht in Analogie zu Art. 92 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG, SR 173.110) die Beschwerde ans Verwaltungsgericht offen. Diese entspricht auch den übrigen formellen Vor-aussetzungen, weshalb sie vom Verwaltungsgericht zu prüfen ist.

2. Vorweg ist auf die entsprechende Rüge der Beschwerdeführer festzustellen, dass das rechtliche Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV verlangt, dass die Behörde die Vorbringen der vom Entscheid in ihrer Rechtslage betroffenen Personen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt. Daraus folgt gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Pflicht der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann (BGE 134 I 83, 88 E. 4.1 mit Hinweisen). Gestützt darauf kommt das Gericht zum Schluss, dass der vorinstanzliche Entscheid hinreichend begründet ist. Die Beschwerdeführer waren denn auch in der Lage, den Entscheid sachgerecht anzufechten. Ihr rechtliches Gehör wurde nicht verletzt.

3.

a) Beim Regierungsrat als Exekutivbehörde handelt es sich nicht um ein Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK resp. Art. 30 Abs. 1 BV, auch wenn der Regierung in weiten Bereichen die Kompetenz zur Rechtsprechung zukommt. Ein Gericht im Sinne der EMRK resp. der Bundesverfassung ist eine zur Rechtsprechung zuständige, von der Exekutive und der Legislative unabhängige, unparteiische und unbefangene, nur dem Recht verpflichtete Behörde (vgl. Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl/Strassburg/Arlington 1996, N 122 zu Art. 6 EMRK; R. Hotz, St. Galler Kommentar zur BV, Zürich 2002, N 9 zu Art. 30 BV). Demgegenüber ist der Regierungsrat nicht nur gemäss § 47 Abs. 1 lit. h der Kantonsverfassung vom 31.01.1894 (KV, BGS 111.1) mit der Aufsicht über die untern Verwaltungsbehörden und das Entscheidungsrecht über diesbezügliche Anstände und Beschwerden unter Vorbehalt der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes betraut, sondern gemäss § 47 Abs. 1 auch ganz direkt mit dem Vollzug der Gesetze, Verordnungen und Beschlüsse und mit der Staatsverwaltung und Rechnungsführung in allen Teilen. Das heisst, die Regierung ist Teil der Verwaltung und steht der Exekutive als oberstes Organ vor (BGE 122 I 256). Wann die Mitglieder einer Administrativbehörde in Ausstand zu treten haben, bestimmt sich zunächst nach dem kantonalen Recht und weiter nach den aus Art. 29 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 BV herzuleitenden Grundsätzen, nicht aber nach Art. 30 Abs. 1 BV sowie Art. 6 Abs. 1 EMRK (vgl. Bundesgerichtsurteil 1A.189/2000 vom 21. März 2001, E. 2a). Dabei kann der Gehalt von Art. 30 Abs. 1 BV nach der Rechtsprechung nicht unbesehen auf die allgemeinen Verfahrensgarantien von Art. 29 Abs. 1 BV und auf nichtrichterliche Behörden übertragen werden (BGE 127 I 198 E. 2b mit Hinweisen). Es gilt vielmehr, dem spezifischen Umfeld und Aufgabenbereich der betroffenen Behörde Rechnung zu tragen (BGE 125 I 123 E. 3d, 218 E. 8a mit Hinweisen). Wenn die Beschwerdeführer es wiederholt unternehmen, die Rechtsprechung bezüglich der richterlichen Behörden unbesehen auf Exekutivbehördemitglieder zu übertragen, kann ihnen darum nicht gefolgt werden.

b) Ein Mitglied des Regierungsrates hat gemäss § 11 i.V.m. § 13 der Geschäftsordnung des Regierungsrates vom 25. April 1949 (BGS 151.1) dann in den Ausstand zu treten, wenn es mit einer eigenen Sache oder mit Sachen einer Person, deren Vertreter, Vormund, Beistand oder Pflegevater es ist,

befasst ist, oder wenn es sonst ein unmittelbares persönliches, wirtschaftliches oder anderweitiges Interesse am Geschäft hat. Zudem hat es in den Ausstand zu treten, wenn es mit einer am Geschäft interessierten Person in auf- oder absteigender Linie im zweiten Grad einschliesslich blutsverwandt ist oder mit ihr im Verwandtschaftsverhältnis eines Stiefvaters oder Stiefsohnes, Schwiegervaters oder Schwiegersohnes oder Schwagers steht. Analog dazu sind Mitarbeitende des Kantons gemäss § 36 des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 1. September 1994 (Personalgesetz; BGS 154.21) verpflichtet, in den Ausstand zu treten, wenn sie in einer Angelegenheit ein persönliches Interesse haben, wobei § 12 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung zum Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 12. Dezember 1994 (Personalverordnung; BGS 154.211) präzisierend auf die Ausstandsregelungen von § 8 VRG und der Geschäftsordnung des Regierungsrates und der Direktionen verweist.

Unbestritten ist, dass im vorliegenden Fall weder der Ausstandsgrund der Verwandtschaft noch der Schwägerschaft in Frage steht. Des Weiteren ist nicht ersichtlich, inwiefern der Baudirektor am Ausgang des Verfahrens ein persönliches oder anderweitiges Interesse haben sollte. Insbesondere wird auch nicht behauptet, er besitze im Gebiet Aabach oder in einer vom umstrittenen Projekt begünstigten Nähe Grundeigentum. Ausstandsgründe des kantonalen Rechts gemäss § 8 VRG und § 11 i.V.m. § 13 GO RR liegen deshalb nicht vor.

c) Eine Amtsperson wird durch Artikel 29 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 8 Abs. 1 BV gleich wie durch Art. 30 Abs. 1 BV zum Ausstand verpflichtet, wenn Umstände vorliegen, die nach objektiven Gesichtspunkten geeignet sind, den Anschein der Befangenheit zu erwecken (BGE 127 I 196 E. 2b S. 198 f.). Im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege ist ein Ausstandsgrund aber nicht leichthin anzunehmen (Urteil des Bundesgerichtes 1P.115/2005 vom 3. März 2005, E. 3.7.3). Die Ausstandspflicht steht auch in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Anspruch auf Beurteilung durch die ordentlichen, durch Rechtssatz bestimmten Verwaltungsrechtspflegeorgane. Dies heisst, dass von der regelhaften Zuständigkeitsordnung nicht leichthin abgewichen werden soll (Urteil des Bundesgerichtes 1P.711/2004 vom 17. März 2005, E. 3.1). Wie das Bundesgericht bestätigt hat, ist insofern von einem subjektiv-objektiven Massstab auszugehen, als die objektivierte Beurteilung der Befangenheit aus der Sicht der Verfahrensbeteiligten zu erfolgen hat. Es ist aber nicht etwa auf die persönliche Befindlichkeit desjenigen abzustellen, der das Ausstandsbegehren stellt. Entscheidend ist vielmehr, wie ein unbefangener und vernünftiger Dritter in der Lage des Verfahrensbeteiligten die Situation einschätzen würde (Benjamin Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Zürich 2002, S. 91 f. mit zahlreichen Hinweisen). Bei Ausstandsbegehren gegen Verwaltungsbehörden ist den jeweiligen konkreten Verhältnissen in besonderem Masse Rechnung zu tragen (BGE 125 I 209 E. 8a S. 218). So wirkt sich etwa die Art der Funktion, die das abgelehnte Behördemitglied erfüllt, auf die Beurteilung des gegen ihn gerichteten Ausstandsbegehrens aus (BGE 125 I 119 E. 3f S. 124; zum Erfordernis einer funktionsbezogenen differenzierten Betrachtungsweise Benjamin Schindler, a.a.O., S. 66 ff.).

d) Gemäss bundesgerichtlicher Praxis können Stellung und Aufgaben von Regierungs- und Verwaltungsbehörden eine differenzierte Ausstandsregelung nahe legen. Politische Behörden (Kantonsregierungen, Gemeindeexekutiven usw.) sind aufgrund ihres Amtes, anders als ein Gericht, nicht allein zur (neutralen) Rechtsanwendung oder Streitentscheidung berufen. Sie tragen zugleich immer auch eine besondere Verantwortung für die Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben (Urteil 2A.364/1995 des Bundesgerichtes vom 14. Februar 1997 in ZBl 99/1998 S. 289 E. 3b). Die der Behörde gesetzlich zugeteilten Funktionen müssen insbesondere bei der Beurteilung der Tragweite von früheren Äusserungen oder Stellungnahmen in der Angelegenheit berücksichtigt werden (vgl. BGE 125 I 119 E. 3b-f, 209 E. 8a). Würden Meinungsäusserungen durch Mitglieder von Exekutiv- oder Verwaltungsbehörden zu einer in ihrem Zuständigkeitsbereich liegenden Angelegenheit unabhängig von ihren Funktionen nach den strengen Regeln über die Ausstandspflicht für Mitglieder richterlicher Behörden beurteilt, würde die Rechtsanwendung durch solche Behörden in vielen Fällen geradezu verunmöglicht. Dies zumal derartige Behörden regelmässig über keine Ersatzmitglieder verfügen und insoweit ihre Beschlussfähigkeit verlieren könnten (BGE 125 I 119 E. 3f; Urteil 1P.208/2001 vom 16. Juli 2001, E. 3b). Das Bundesgericht hat denn

auch wiederholt entschieden, dass Behördenmitglieder im Wesentlichen nur dann in den Ausstand zu treten haben, wenn sie an der zu behandelnden Sache ein persönliches Interesse haben. Für nichtpolitische Verwaltungsbehörden können sich darüber hinaus, je nach Funktion, noch weitere verfassungsrechtliche Ablehnungsgründe ergeben (BGE 107 Ia 135 E. 2b S. 137; 125 I 119 E. 3b-e S. 123 f.). Nimmt ein Behördenmitglied jedoch öffentliche Interessen wahr, so besteht grundsätzlich keine Ausstandspflicht (Urteil 1P.426/1999 des Bundesgerichtes vom 20. Juni 2000 in ZBl 103/2002 S. 36 E. 2a S. 37 mit Hinweisen). Ohne dass persönliche Interessen vorliegen, kann ein Ausstandsgrund ausnahmsweise aber gegeben sein, wenn das Behördenmitglied zu einem früheren Zeitpunkt gegenüber einem jetzigen Verfahrensbeteiligten seine persönliche Geringschätzung oder Abneigung zum Ausdruck gebracht hat (BGE 125 I 119 E. 3g; Urteil 1P.208/2001 vom 16. Juli 2001, E. 3b), oder wenn ihm Verfahrens- oder Ermessensfehler unterlaufen sind, die nach ihrer Natur oder wegen ihrer aussergewöhnlichen Häufung besonders schwer wiegen und auf eine gravierende Verletzung ihrer Amtspflichten gegenüber dem Betroffenen hinauslaufen (vgl. BGE 125 I 119 E. 3e S. 124).

e) In dem seitens der Beschwerdeführer angeführten neueren Entscheid 1C_150/ 2009 vom 8. September 2009 (vgl. auch ZBl 112/2011 S. 478) bestätigte das Bundesgericht, dass die Anforderungen an die Unparteilichkeit von Verwaltungs- und Exekutivbehörden in jedem Einzelfall, unter Berücksichtigung ihrer gesetzlich vorgegebenen Funktion und Organisation, zu ermitteln sind (BGE 125 I 119 E. 3f S. 124 f., 209 E. 8a S. 218). Ist die amtliche Mehrfachbefassung systembedingt und damit unvermeidlich, so liegt grundsätzlich keine unzulässige Vorbefassung i.S.v. Art. 29 Abs. 1 BV vor (Urteil 1P.48/2007 vom 11. Juni 2007 E. 4.3; Benjamin Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, Diss. Zürich 2002, S. 150 f.). Das Bundesgericht zitiert seinerseits Benjamin Schindler (a.a.O. S. 83 und S. 136), wonach bei komplexen Sach- oder Rechtslagen von Seiten Privater das Bedürfnis nach Vorverhandlungen oder Vorabklärungen bestehen könne. Die Beratung, Auskunftserteilung und Information durch die Behörden werde bis zu einem gewissen Grad sogar erwartet und entspreche der Forderung nach «Bürgernähe» und «Kundenorientierung». Die Erteilung eines Ratschlags dürfe aber nicht den Eindruck erwecken, die Behörde habe sich bereits ihre Meinung in Bezug auf ein konkretes Verfahren gebildet. Der Ratschlag dürfe daher nicht einer abschliessenden Beurteilung gleichkommen. Unproblematisch sei daher, wenn der gemeindliche Bausekretär einem Grundeigentümer generelle Auskünfte über die Bebaubarkeit seines Grundstücks erteile. Dagegen müsse er bei der Beurteilung eines Baugesuchs in den Ausstand treten, wenn die vorgängige Beratung so weit gegangen sei, dass er dem Eigentümer bei der Ausarbeitung des Baugesuchs geholfen habe oder ihm vor Berücksichtigung allfälliger Drittinteressen bereits die verbindliche Zusage gemacht habe, er werde das Baugesuch in dieser Form bewilligen (a.a.O., S. 137). Letztere Ausführungen beziehen sich aber auf Auskünfte oder Zusicherungen ohne Beteiligung Dritter, und Schindler hält denn auch fest, dass sinnvoller als die repressive Anwendung von Ausstandsbestimmungen sei, dass von Beginn weg mit der nötigen Fairness und Transparenz gehandelt werde, unter Einbezug aller potentiell Betroffenen.

4.

a) Was die Aufgaben des zugerischen Baudirektors betrifft, so hat die Baudirektion gemäss § 5 PBG den Vollzug des Planungs- und Baugesetzes zu fördern und zu überwachen. Sollen gemeindliche Bauvorschriften, Zonen- oder Bebauungspläne erlassen, geändert oder aufgehoben werden, hat der Gemeinderat seinen Entwurf von der Baudirektion vorprüfen zu lassen. Gemäss § 39 Abs. 1 PBG ist also die Baudirektion als rechtspflegende Behörde insbesondere zur Vorprüfung von Umzonungen und Bebauungsplänen verpflichtet und damit von Gesetzes wegen mit den jeweiligen Vorhaben «vorbefasst», wenn sie gemäss § 3 Abs. 3 und § 42 Abs. 1 PGB an der späteren, von ihr verfahrensmässig mit vorbereiteten Genehmigung der Umzonung oder des Bebauungsplans teilnimmt. Eine Mehrfachbefassung ist also gesetzlich vorgeschrieben. Der Baudirektor ist zudem gemäss Art. 4 Abs. 1 RPG i.V.m. § 5 PBG verpflichtet, die Bevölkerung über die Planungsvorhaben zu informieren, sei es über die Medien, sei es mittels Orientierungsveranstaltungen. Das Verwaltungsgericht hat in seinem Entscheid GVP 2003, S. 72, 74 f. darauf hingewiesen, dass es das Ziel der Raumplanung ist, dass Bund, Kantone und Gemeinden ihre raumwirksamen Tätigkeiten aufeinander abstimmen (Art. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung,

RPG, SR 700). Die rechtlich relevanten Planungsziele stünden häufig in einem Zielkonflikt, der durch die Planung bewältigt werden müsse. Die Planung erfolge stufenweise und die mit Planungsaufgaben betrauten Behörden achteten darauf, den ihnen nachgeordneten Behörden den zur Erfüllung ihrer Aufgaben nötigen Ermessensspielraum zu lassen (Art. 2 Abs. 3 RPG). Deshalb könne die Garantie des unabhängigen Richters (Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 EMRK) nicht im Planungsverlauf auf Verwaltungsebene angerufen werden, wo die Gesetzgebung gerade die Zusammenführung aller rechtlich relevanten Aspekte vorschreibe. Daraus ergibt sich auch für dieses Verfahren, dass ohne eine kohärente planerische Entscheidungsgrundlage die Gemeindebehörden und die legitimierten Grundeigentümer, erst recht aber die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger ihre Entscheidungsbefugnisse und ihre allfälligen Rechte in einem Rechtsmittelverfahren gar nicht ausüben könnten. Die gerade für ein Grossprojekt wie das hier umstrittene unabdingbare Koordination bedarf der Transparenz, und dies erst recht in einem demokratischen Gemeinwesen. Es muss deshalb erwartet werden, dass der Baudirektor sich in einem Fall wie diesem zum Projekt und zur Haltung der Regierung hinsichtlich der für das Projekt ins Auge gefassten Planänderungen äussert und diese auch aktiv vertritt. Wohl hat der Baudirektor in seinen politischen Äusserungen vorab den auf dem Spiel stehenden öffentlichen Interessen Rechnung zu tragen. Dabei ist er an die Rechtsordnung gebunden. Er unterscheidet sich bei der Ausübung dieser Tätigkeit aber nicht nur von einem Richter, sondern in diesem Stadium auch noch von einer verwaltungsinternen Beschwerdeinstanz, die insofern justizmässig handeln muss, als sie dann als Mittler zwischen einer verfügenden Behörde und dem Verfügungsbetroffenen auftritt. Der Baudirektor darf vor einem Beschwerdeverfahren und damit noch ohne Kenntnis konkret vorgebrachter Rügen gegen das beschlossene Projekt also noch bis zu einem gewissen Grad «parteiisch» sein, nämlich als Interessenvertreter des Gemeinwesens.

b) Die Kantonsregierung selber ist nicht nur oberste kantonale Aufsichts- und – unter Vorbehalt der Verwaltungsgerichtsbarkeit – Rechtspflegebehörde, sondern auch und sogar in erster Linie ein politisches Gremium. Es gehört zu den Aufgaben eines jeden Mitglieds des Regierungsrates, sich zu Geschehnissen mit einer politischen Relevanz zu äussern. Fallen dabei u.a. wertende Äusserungen, ist entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 103 Ib 134 f.) lediglich von einer – politischen – Meinungsäusserung auszugehen, die keinen Ausstandsgrund für die spätere Beurteilung als Mitglied der Beschwerdeinstanz bildet. Wie der Regierungsrat bereits anführte, liegt denn auch nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes kein Ausstandsgrund vor, wenn die kantonale Baudirektion eine Beschwerde instruiert, obwohl sie im Rahmen der Vorprüfung oder als instruierende Direktion im Rahmen der kantonalen Richtplanung oder Strassenplanung oder bei ähnlichen Aufgaben sich notwendigerweise schon mit konkreten Fragen befasst hat, welche auch den Beschwerdegegenstand betreffen (vgl. GVP 2003, S. 75). Auch das Bundesgericht verneint eine unzulässige Vorbefassung i.S.v. Art. 29 Abs. 1 BV, wenn die amtliche Mehrfachbefassung systembedingt und damit unvermeidlich ist (Urteil des Bundesgerichtes 1C_150/2009 vom 8. September 2009).

5. (. . .)

6. Im Einzelnen ist hierzu in Würdigung der beschwerdeführerischen Rügen Folgendes festzustellen:

a) Wenn der Regierungsrat in der Aussprache vom 12. Dezember 2006 und auch wieder in seiner am 6. April 2010 abgegebenen Absichtserklärung u.a. die Grundsatzfrage einer neuen Abgrenzung der Seeuferschutzzone befürwortete, um das umstrittene Projekt zu ermöglichen, dann erkannte er damit lediglich, dass er im öffentlichen Interesse und damit aus politischer Verantwortung bereit ist, dieses planerische Vorgehen zu prüfen und die Umsetzung im Rahmen des rechtlich Möglichen zu unterstützen. Der Regierungsrat wollte dieses Geschäft wegen seiner grossen politischen und wirtschaftlichen Bedeutung von Anfang an offiziell begleiten und fördern. Nicht nur entbehrt gestützt auf diese Beschlüsse des Regierungsrates der später noch zu erwähnende Vorwurf der Verletzung des Amtsgeheimnisses durch den Baudirektor jeder Grundlage, sondern es ist gleichzeitig erstellt, dass der Regierungsrat bei diesem Projekt von Anfang an und notwendigerweise Anspruch auf die politische Führungsrolle erhebt und dies gleichzeitig transparent machte. Dies erscheint dem Gericht nur als angemessen und rechtfertigt

die von der Regierung und dem Baudirektor ausgehenden Verlautbarungen über die politischen und rechtlichen Grundlagen. Das Gericht erkennt darin das zu unterstützende Bemühen der obersten Verwaltungsbehörde, aus Betroffenen Beteiligte zu machen, was von der Mehrzahl der Bürgerinnen und Bürger erwartet und geschätzt wird.

b) Die Aussagen des Baudirektors und der kantonalen Fachleute in diesem Zusammenhang über eine «willkürliche» Festlegung der Seeuferschutzzone können aus dem Kontext heraus nicht so interpretiert werden, dass die Schaffung einer Seeuferschutzzone rechtlich als willkürlicher, sprich beliebiger Entscheid dargestellt oder beim Gut Aabach konkret als Produkt reiner Willkür bezeichnet worden wäre. Es wurde nur festgestellt, die Zonengrenze sei – allerdings erstaunlicherweise – früher ohne substantielle wissenschaftliche, d.h. raumplanerische Grundlegung gezogen worden und daher einer neuen, gemäss den heutigen Umständen und Erkenntnissen verbesserten Grenzziehung im Interesse der Natur und Landschaft zugänglich, falls der politische Wille dazu vorhanden sei. Ohne einer allfälligen späteren materiellen Beurteilung durch das Gericht vorzugreifen, kann hier immerhin festgestellt werden, dass diese Argumente klar aufzeigen, dass die umstrittene Grenzziehung der Seeuferschutzzone nach der Beurteilung von Fachleuten des Kantons offenbar auch anders und eventuell sinnvoller und effizienter hätte gezogen werden können bzw. inskünftig gezogen werden könnte. Dies erweist sich jedenfalls als sachliches Argument, auch wenn das Gericht sich zu dessen Richtigkeit nur schon im Hinblick auf mögliche weitere Rechtsmittelverfahren in der Sache hier nicht zu äussern braucht.

c) Auch kann dem Baudirektor nicht vorgeworfen werden, er habe in der Angelegenheit von Beginn weg einen «aussergewöhnlichen Eifer an den Tag gelegt». Sein Engagement für das umstrittene Projekt hat im Kanton Zug – was gerichtsnotorisch ist – nicht in dem Masse ein Echo gefunden, dass man dessen Erfolg oder Misserfolg gleichsam mit seiner Person in Verbindung brächte, geschweige denn auf eine Identifikation mit diesem und damit eine Befangenheit schliessen müsste. Dass er in der Öffentlichkeit wiederholt zum Ausdruck gebracht haben soll, dass er vom Projekt überzeugt sei und dessen Realisierung befürworte, erachtet das Gericht hingegen gerade als klar gedeckt von seinem erwähnten politischen Auftrag. Tatsächlich hängt für die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger in einem Fall wie diesem von der Haltung der für die übergeordnete Planung zuständigen kantonalen Behörden, d.h. von einer klaren Information über den wirtschaftlichen Sinn und die grundsätzliche rechtliche Machbarkeit eines solchen Grossprojekts, sehr viel ab. Alles andere würde die Gefahr eines demokratischen Leerlaufs begünstigen und verhindern, dass am Ende des Prozesses nur ein Abstimmungs- oder Wahlergebnis anerkannt wird, das den freien Willen der Stimmbürger und Stimmbürgerinnen zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt (BGE 119 Ia 271 E. 3a S. 272, zum Stimm- und Wahlrecht). Mit seinen Äusserungen hat der Baudirektor also seine politische Pflicht als Mitglied der zu den Planungsarbeiten bekanntermassen positiv eingestellten Regierung erfüllt, wobei man aus politischen Gründen in der Sache zweifellos auch anderer Meinung sein kann. Erst recht kann man hinsichtlich der rechtlichen Machbarkeit und überhaupt der Rechtslage eine andere Haltung vertreten und diese – durch die dafür vorgesehenen Instanzen hindurch – durchzusetzen versuchen.

d) Es ist für das Gericht nicht ersichtlich, inwiefern sich der Baudirektor an der öffentlichen Veranstaltung in Rotkreuz im Sinne einer späteren Befangenheit verbindlich für oder gegen einzelne spezifische Positionen oder Argumente der noch gar nicht als solche bekannten Verfahrensparteien geäussert hätte. Im Gegenteil machte er klar, wie hoch die verfahrensrechtlichen, vor allem aber auch die materiellrechtlichen Hürden vom Kanton für den Bauherrn gesetzt worden sind und weiterhin gesetzt werden sollen. Dies gilt auch in Bezug darauf, dass der Baudirektor die Haltung der Regierung selbst an einem persönlichen Gespräch mit einem der Beschwerdeführenden erklärt hat bzw. dass er das Vorgehen der Zuger und Luzerner Behörden als gesetzes- und regelkonform bezeichnet haben soll. Dass er diese Überzeugung hat und nach aussen manifestiert, regelkonform zu handeln und in seiner Amtsführung Recht und Gesetz zu achten, ist von einem Regierungsmitglied nachgerade zu erwarten. Dabei ist immer vorauszusetzen, dass er seine persönliche Beurteilung wie diejenige des Regierungsrates stets unter dem Vorbehalt konkreter rechtlicher Überprüfung in den hierfür vorgesehenen rechtsstaatlichen Verfahren versteht. Damit geht auch der Vorwurf ins Leere, anlässlich der Informationsveranstaltung vom 26. April

2010 habe sich der Baudirektor nicht darauf beschränkt, die «Rolle des Kantons» zu erläutern, sondern habe die Anwesenden explizit darauf hingewiesen, dass er und der ganze Regierungsrat dem Vorhaben positiv gegenüberstehen würden. In einem politischen Grossprojekt wie diesem muss vom Regierungsrat zum Vorneherein erwartet werden, zu diesem eine klare Meinung zu haben und diese gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern transparent zu machen.

e) Unerfindlich ist aber, inwiefern der Baudirektor durch seine Aussagen über die von der Regierung gemäss dem Aussprachepapier vom 6. April 2010 gerade transparent zu machende Haltung zu Projekt und Planungsgrundlagen u.a. die aus § 14 Abs. 2 der Geschäftsordnung des Regierungsrates fliessenden Geheimhaltungspflichten verletzt haben sollte. Der Baudirektor hat gar keine Interna publik gemacht. Abgesehen davon würde eine solche, vom Verwaltungsgericht ohnehin nicht zu sanktionierende Pflichtverletzung in diesem Verfahren für sich noch keine Befangenheit beweisen.

f) Mit Prof. Arnold Marti (ZBl 2011, 485 ff., 487 f.) ist gestützt auf den Bundesgerichtsentscheid 1C_150/2009 vom 8. September 2009 denn auch weiter festzustellen, dass die später durch Rechtsmittelbehörden frei überprüfbare Beantwortung abstrakter Rechtsfragen und selbst konkreter, gesetzlich determinierter Rechtsfragen durch die verantwortlichen Stellen des Kantons im Interesse der Privaten und Bauherren, aber auch der kommunalen Planungsträger möglich sein muss, sofern dies nur transparent geschieht. Muss in jedem Einzelfall eine differenzierte, der Sache angemessene Lösung der Befangenheitsproblematik gefunden werden, so ist vorliegend festzustellen, dass die gegenüber der Öffentlichkeit frühzeitig bekannt gemachte, klare und bestimmte Haltung der Regierung und ihres Baudirektors aufgrund der betroffenen heiklen Grundsatzfragen des Projektes absolut unverzichtbar ist. Sie erlaubt gleichzeitig den Gegnern des Projekts ihrerseits eine fundierte politische wie rechtliche Opposition. Dieser Zweck würde wiederum verfehlt, wenn die zuständigen politischen Behörden im weiteren Verfahren in den Ausstand treten müssten. Für den Baudirektor in seiner verantwortungsvollen Rolle gibt es aber weder einen «Ersatz» während der hier betroffenen Verfahrensphasen noch darf er beim Beschwerdeentscheid durch den Regierungsrat in den Ausstand gezwungen werden. Die Rischer Stimmbürgerinnen und Stimmbürger wissen im Übrigen durchaus, dass die Aussagen der Regierung und der Vertreter der Baudirektion immer nur «grundsätzlich» abgegeben worden sind, nämlich dass sie selbstverständlich unter dem Vorbehalt der notwendigen demokratischen und rechtsstaatlich vorgesehenen Entscheide stehen. Allen Beteiligten war durchaus klar, dass im Zeitpunkt der hier umstrittenen Interventionen des Baudirektors das Ergebnis von möglicherweise bevorstehenden Beschwerdeverfahren noch offen war und blieb. Aufgrund der Akten äusserte sich der Baudirektor aber nie zu konkreten Beschwerdevorbringen der Beschwerdeführer oder weiterer negativ eingestellter Bürgerinnen und Bürger. Er hat nie zu konkreten Streitpunkten Stellung genommen.

g) In dem vom Baudirektor nachgereichten, eine andere Fragestellung betreffenden, von der Regierung eingeholten Gutachten von Prof. Isabelle Häner über Fragen des Ausstands von Mitgliedern des Regierungsrats vom 4. Juli 2012 wird bestätigt, dass niemand in eigener Sache oder in derjenigen sehr nahestehender Personen entscheiden dürfe, wobei vor allem die Anzahl der von einem Akt betroffenen Personen ein wichtiges Abgrenzungskriterium für ein unmittelbares Interesse bilde. So bestehe keine Ausstandspflicht bei Beschlüssen, von denen grössere Bevölkerungskreise, ganze Gemeinden oder Regionen betroffen seien. Es gehe immer darum, ob öffentliche oder rein private Interessen, auch für Dritte, vertreten würden. Der Baudirektor ist nach eigenen Angaben und soweit öffentlich bekannt vom Entscheid weder persönlich betroffen noch besitzt er im Gebiet Aabach Grundeigentum. Sein Einsatz für das von Regierung und Gemeinderat als wichtig für den Kanton erachtete Projekt ist hingegen ohne jeden Zweifel von Interesse für die grosse Öffentlichkeit und nicht für einen kleinen Kreis Betroffener oder gar für ihn persönlich.

7. Was den von den Beschwerdeführern ins Recht gelegten Bericht in der «Tageswoche» vom 2. Dezember 2011 des Journalisten Carlo Schuler betrifft, so sollte nach dem erkennbaren Willen der Regierung wie erwähnt gar nicht verhindert werden, dass ihre Haltung «auch der Presse aufgefallen» ist. Wenn der betreffende Journalist und letztlich nur ein kleiner, wenn auch nicht gering zu achtender Teil der

Presse das Engagement des Baudirektors als «ungewöhnlich stark» einstuft, so ist ihm diese persönliche politische Beurteilung unbenommen. Im Artikel wird eine kritische Stellungnahme u.a. von Prof. Rainer Schweizer, St. Gallen, zum Projekt der Novartis AG zitiert. Zweifellos ist die Aussage Prof. Schweizers grundsätzlich zutreffend, dass «sich ein Baudirektor bei einem derart umstrittenen Projekt ganz grundsätzlich eine gewisse Zurückhaltung auferlegen» muss. Diese kann aber nur die Beurteilung konkret erhobener rechtlicher Vorbringen gegen das Projekt betreffen, nicht aber die politische Unterstützung desselben und eine allgemeine Würdigung der planungsrechtlichen Belange. Um genau diese Differenzierung geht es, und auf diese wird sicher auch der zitierte Rechtsexperte Wert legen, wobei nicht bekannt ist, wieweit er über den konkreten Fall informiert war.

8.

a) Weiter vorgehalten wird dem Baudirektor in der Beschwerde ein Mail von A.B. von der Novartis Pharma AG vom 21. März 2012 an den Beschwerdeführer X. und seine Gattin. Es lautete wie folgt: «Im Auftrag von Herrn C.D., Projektleiter Novartis Learning Center Risch, möchte ich Sie gerne zu einer gemeinsamen Besprechung betreffend die Thematik Novartis Learning Center Risch sowie die geplante Umfahrungsstrasse einladen. Mit Herrn Regierungsrat Heinz Tännler und Herrn Dr. E.F. wurde folgendes Datum provisorisch reserviert: Mittwoch, 28. April 2010, 11.30 bis ca. 14 Uhr inkl. Mittagessen, voraussichtlich in Zug».

Das Treffen fand nicht statt, gemäss den Beschwerdeführern deshalb, weil sie daran kein Interesse gehabt hätten. Zunächst ist festzustellen, dass es im Rahmen der dem Baudirektor institutionell obliegenden Informationspflicht nicht ausgeschlossen sein darf, dass er grundsätzlich bereit wäre, offiziell an einer von den direkt Betroffenen geplanten, gemeinsamen Besprechung über das Projekt – und damit auf den Wunsch aller Beteiligten – teilzunehmen und die allgemeine Haltung des Kantons darzulegen. Offensichtlich ist die Einladung zu diesem Treffen von Seiten der Bauherrin ausgegangen und es lag in ihrer Verantwortung, dass diese Voraussetzungen erfüllt gewesen wären. Offenbar war dies nicht der Fall, übrigens nicht nur bezüglich des Baudirektors, wie dieser glaubwürdig vorbringt, sondern offenbar auch hinsichtlich von Dr. E.F., der nämlich auf der Einladung ebenfalls bereits fest als Teilnehmer angekündigt worden war, gemäss den Ausführungen der Beschwerdeführer aber gar «kein Interesse an einer solchen Sitzung bekundete»! Es ist aber nicht anzunehmen, dass der Baudirektor sich irgendwie aktiv selber um ein solches Treffen bemüht hätte. Es ist eine unbewiesene Unterstellung, dass der Baudirektor es, sozusagen unter dem «Deckmantel» der Informationspflicht, aktiv betrieben hätte, die Nachbarn zu «bearbeiten» und von Widerstand und Einsprachen gegen das Projekt abzuhalten. Vielmehr sind die Ausführungen des Baudirektors glaubhaft, dass er seine Teilnahme an dem von der Novartis AG lediglich mit seinem Sekretariat terminlich abgesprochenen Treffen nachträglich sogar habe absagen wollen, nachdem ihm Art und Teilnehmerschaft dieses Treffens bekannt gemacht worden seien. Seine Aussage, die Beschwerdeführenden seien ihm mit ihrer Absage zuvorgekommen, klingt insofern nicht wie eine «Schutzbehauptung». Auch trifft nicht zu, dass diese Aussage in der Sachdarstellung der Eiola AG «keine Grundlage» finde. Denn diese führte klar aus, dass es sich um eine «gemeinsame Besprechung zwischen den Beteiligten» – also sämtlichen – hätte handeln sollen, wobei die Voraussetzungen hierfür offenbar von Anfang an nicht gegeben waren. Entscheidend ist aus der Sicht des Gerichts weiter, dass der Baudirektor an einem solchen Treffen nicht als Privatmann hätte teilnehmen und sich nicht einseitig hätte instrumentalisieren lassen dürfen. Und selbstverständlich hätte er sich trotz seiner bekannten, positiven Haltung zum Projekt explizit oder doch für alle erkennbar immer nur unter dem Vorbehalt einer späteren rechtlichen Überprüfung durch die gesetzlich vorgesehenen Instanzen äussern dürfen. Heutzutage betreiben längst alle Kantone im öffentlichen Interesse ein mehr oder weniger aktives, oft sogar lautes Standortmarketing und bemühen sich offen und transparent, gerade auf oberster politischer Ebene, um die Ansiedlung von volkswirtschaftlich interessanten Firmen. Zu diesem Zweck bemühen sie sich jeweils auch um die Schaffung der notwendigen planerischen und regulatorischen Voraussetzungen, weshalb der Zuger Regierung und dem Baudirektor keine Befangenheit unterstellt werden kann, wenn sie sich unter Beachtung aller rechtlich relevanten Schranken nicht nur an einer Grossveranstaltung wie dem Anlass vom 26. April 2010 in Rotkreuz für die Verwirklichung dieses zweifellos prestigeträchtigen und im

Interesse der Volkswirtschaft liegenden Projektes einsetzten. Wie der Regierungsrat von Anfang an kommunizierte, sollten die Abklärungen rund um das Projekt «durch enge Kooperation von Novartis und den Behörden» gekennzeichnet sein, wobei die zuständigen Behörden die Öffentlichkeit frühzeitig und offen informieren wollten.

b) Dieselben Bemerkungen müssen für den Vorgang gelten, dass gemäss den Aussagen des Baudirektors einer der Beschwerdeführenden selber ihn am 4. November 2009 in seinem Büro aufgesucht und ihm Fragen formeller Natur, also insbesondere Verfahrensfragen gestellt habe, die er beantwortet habe. Er habe damals deutlich gemacht, nicht auf Fragen materieller Art eingehen zu können.

9. (. . .)

b) Dies führt zur Abweisung der Beschwerde und zur Kostenpflicht der unterliegenden Beschwerdeführer (§ 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG). Der Eiola AG ist eine Parteientschädigung zuzusprechen (§ 28 Abs. 2 Ziff. 1 VRG).

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 4. Juli 2013 V 2012 72

1.1.2 Bau- und Planungsrecht

§ 19 V PBG
Regeste:

§ 19 V PBG – Ausnützungsübertragung – Zulässigkeit eines Transitverfahrens. Die Verordnungsbestimmung von § 19 Abs. 1 V PBG schliesst nicht aus, dass Ausnützungsreserven von einem bestimmten Grundstück auf ein zweites, benachbartes Grundstück übetragen werden, und von diesem weiter auf ein drittes Grundstück, welches zwar nicht an das erste, aber an das zweite Grundstück grenzt (Erw. 8). Ist der Ausnützungstransfer in zweiten Schritten zulässig, so ist aus verfahrensökonomischen Überlegungen nicht einzusehen, warum nicht auch das abgekürzte Transitverfahren zulässig sein soll, da ja beim mittleren Grundstück im Ergebnis die Ausnützung weder erhöht noch verkleinert wird (Erw. 9).

Aus dem Sachverhalt:

A. A. und B.C., Eigentümer der Parzelle GS 204, in der Gemeinde D., planen auf ihrem bislang unbebauten in der Wohnzone W1 gelegenen Grundstück den Neubau eines Einfamilienhauses mit Einliegerwohnung. Gegen das am 2. Juni 2010 eingereichte Baugesuch erhoben unter anderem I.K. und L.M. Einsprachen. Am 18. Oktober 2010 erteilte der Gemeinderat D. die Baubewilligung für das Einfamilienhaus und die Einliegerwohnung und wies die dagegen gerichteten Einsprachen ab. Dagegen erhoben I.K. und L.M. je am 17. November 2010 Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat. Beide Beschwerdeführer beantragten dabei die Aufhebung der Baubewilligung vom 18. Oktober 2010. Mit Entscheid vom 28. Juni 2011 wies der Regierungsrat beide Verwaltungsbeschwerden ab, soweit darauf eingetreten wurde.

B. Gegen den Entscheid des Regierungsrats liessen I.K. (fortan: Beschwerdeführer 1) und L.M. (fortan: Beschwerdeführerin 2) am 15. Juli 2011 Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen und unter anderem beantragen, es sei die Baubewilligung des Gemeinderates D. vom 18. Oktober 2010 für das Baugesuch, GS 204, Neubau Einfamilienhaus, aufzuheben. Zur Begründung liessen sie unter anderem vortragen, der geplante Bau könne nur mit Hilfe einer Ausnützungsübertragung gestützt auf § 19 V PBG realisiert werden. Im konkreten Fall seien die Voraussetzungen dafür allerdings nicht gegeben. Die Ausnützungsübertragung solle nämlich ab dem GS 92 erfolgen. Bei diesem Grundstück handle es sich um eine privatrechtliche Zufahrtsstrasse, auf die sich gar keine Ausnützung berechnen lasse. Ausserdem sei im vorliegenden Fall die Ausnützungsübertragung nicht zugunsten des Nachbargrundstücks erfolgt. Die

Parteien des Ausnützungstransfervertrags hätten die Ausnützung zuerst auf eine Parzelle übertragen, welche zwischen ihren Grundstücken liegen würde und von dort aus weiter übertragen. Ein Transit der Ausnützung über ein benachbartes Grundstück auf ein anderes stelle eine klare Umgehung von § 19 V PBG dar.

C. Mit Schreiben vom 22. Juli 2011 stellt der Regierungsrat den Antrag auf kostenfällige Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Mit Vernehmlassung vom 22. August 2011 lassen A. und B.C. (fortan: Beschwerdegegner 1) ebenfalls auf die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde schliessen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. In der Vernehmlassung vom 22. August 2011 beantragt der Gemeinderat D. (fortan: Beschwerdegegner 2), die Verwaltungsgerichtsbeschwerde sei unter Kostenfolgen vollumfänglich abzuweisen.

Aus den Erwägungen:

8. Da das von der Ausnützungsübertragung profitierende GS 204 der Beschwerdegegner 1 und das auf Ausnützung verzichtende GS 92 nicht aneinandergrenzen, soll vorliegend die Ausnützung zuerst vom GS 92 auf das benachbarte GS 205 übertragen werden. Sodann soll von dort aus die hinzugewonnene Ausnützung an das benachbarte GS 204 weiter übertragen werden. Zuerst ist der Frage nachzugehen, ob eine derartige Übertragung grundsätzlich erlaubt ist. Bejahendenfalls ist in einem weiteren Schritt zu klären, ob der vom Beschwerdegegner 2 in der Baubewilligung gutgeheissene abgekürzte Vorgang statthaft ist.

a) Für die Beschwerdeführenden stellt die zuvor beschriebene Art der Ausnützungsübertragung eine Umgehung der Bestimmung von § 19 V PBG dar. Von der Umgehung eines Gesetzes kann dann gesprochen werden, wenn zwar der Wortlaut einer Norm beachtet, ihr Sinn dagegen missachtet wird (vgl. BGE 114 Ib 11 E 3a). Ob eine Umgehung vorliegt, hängt daher davon ab, wie die Norm nicht nur nach ihrem Wortlaut, sondern auch nach ihrem Sinn und Zweck auszulegen ist (BGE 104 II 204 S. 206). Die in § 19 V PBG geregelte Ausnützungsübertragung erlaubt einem Grundstückseigentümer ein bestimmtes Projekt trotz fehlender Grundfläche zu verwirklichen, indem er Nutzungsreserven anderer Grundstücke beanspruchen kann. Andererseits kann der sich einschränkende Eigentümer seine Parzelle nachträglich wenigstens wirtschaftlich voll nutzen, falls er diese baulich nicht voll ausgenützt hat beziehungsweise ausnützen will (Fritzsche / Bösch / Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Aufl., Zürich 2011, S. 732). Die Ausnützung des zur Verfügung stehenden Baulandes wird verbessert, ohne dass die maximal mögliche Baudichte in einer bestimmten Nutzungszone überschritten wird. Ausnützungsübertragungen dürfen die vom kommunalen Gesetzgeber festgelegten Nutzungsordnungen und Zonenstrukturen indessen nicht in erheblichem Ausmass beeinträchtigen (Haller / Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, 3 A., Bd. 1, Zürich 1999, N 634). Das Verwaltungsgericht hat sich schon verschiedentlich zu bestimmten strittigen Punkten im Zusammenhang mit der Ausnützungsübertragung geäussert, indessen war die Frage eines Transports von Ausnützungsreserven über ein weiteres Zwischengrundstück, wobei alle Grundstücke der gleichen Nutzungszone angehörten, vor Gericht bisher noch nie ein Thema. Im von den Beschwerdeführenden zitierten Entscheid aus dem Jahre 1999 befand es zwar, dass die Übertragung über eine im Eigentum der Gemeinde stehende öffentliche Strasse mit beidseitigem Trottoir hinweg nicht möglich sei. Dieser Entscheid ist aber für das vorliegende Verfahren nicht einschlägig, da in der damals massgeblichen Gesetzesbestimmung (§ 15 VV BauG) geregelt war, dass im Bereich der Grenze liegende «Fusswege» und «kleinere Gewässer» die Ausnützungsübertragung nicht hindern würden. Heute ist die entsprechende Bestimmung in § 19 Abs. 2 V PBG entgegen der Ansicht der Beschwerdeführenden grosszügiger gefasst; denn sie erlaubt auch Übertragungen über an der Grundstücksgrenze liegende «Wege», «Erschliessungsstrassen» und «Fliessgewässer» hinweg. In den Fällen von § 19 Abs. 2 V PBG ist im Übrigen der Eigentümer des dazwischen liegenden Weges, Gewässers oder der Erschliessungsstrasse nicht an der Übertragung beteiligt, wie die Beschwerdegegner 1 richtig festgestellt haben. Das hier zu klärende Problem ist somit anders gelagert; denn bei der etappenweisen Übertragung der Ausnützung von einem Grundstück auf ein benachbartes Grundstück und von dort aus weiter auf ein Drittes, ist auch der Eigentümer des mittleren Grundstücks involviert. Er muss in den Vertrag einbezogen

werden, d.h. er hat sich insbesondere mit der Weiterübertragung der Ausnützung einverstanden zu erklären, und bei ihm müssen die Voraussetzungen von § 19 Abs. 1 lit. a-c V PBG ebenso erfüllt sein wie beim schlussendlich profitierenden Grundstückeigentümer, worauf noch zurückzukommen sein wird.

b) Stellt man lediglich auf den Wortlaut der Bestimmung in § 19 Abs. 1 V PBG ab, so müsste man zunächst zum Schluss kommen, dass nur Grundeigentümer von benachbarten Grundstücken miteinander einen Ausnützungsvertrag schliessen dürften. Dass der Verordnungsgeber die Regelung indessen selbst nicht so eng verstanden haben konnte, geht bereits aus § 19 Abs. 2 V PBG hervor. Denn die Anwendung dieser Bestimmung setzt begriffsnotwendig voraus, dass eine Situation gegeben ist, bei der zwei Grundstücke nicht aneinander grenzen, also nicht benachbart sind. Überdies schliesst § 19 Abs. 1 V PBG nicht aus, dass in einem ersten Schritt nicht ausgeschöpfte Ausnützungsreserven von einem bestimmten Grundstück auf ein zweites, benachbartes, Grundstück übertragen werden, und dass in einem weiteren Schritt von diesem Grundstück aus die erhaltene Ausnützung auf ein drittes benachbartes Grundstück übertragen wird, welches zwar an das zweite Grundstück angrenzt, jedoch nicht an das erste. Es ist nicht ersichtlich, dass die so beschriebene Übertragung in mehreren Etappen Sinn und Zweck der Ausnützungsübertragung widersprechen würde. Auch in diesem Fall kann nämlich ein Grundstückeigentümer sein Projekt trotz fehlender eigener Ausnützungsreserven verwirklichen und der seine Ausnützung übertragende Grundstückeigentümer kann aus seinem Grundstück einen entsprechenden wirtschaftlichen Nutzen ziehen. Solange solche schrittweisen Übertragungen innerhalb derselben Nutzungszone erfolgen, wird die Ausnützung des Baulandes verbessert, ohne dass dabei die potentiell maximal mögliche Baudichte innerhalb der Nutzungszone vergrössert wird. Gleichzeitig sorgt die Schranke in § 19 Abs. 1 lit. a V PBG dafür, dass etappenweise vorgenommene Übertragungen nicht dazu führen können, dass sich auf einem einzigen Grundstück Ausnützung «ansammelt» und dort im Vergleich zur Umgebung übermässig dicht gebaut werden kann. Die Befürchtung der Beschwerdeführenden, wonach auf diese Weise überdimensionierte Bauten entstehen könnten, ist somit unbegründet und eine Umgehung der Bestimmung von § 19 Abs. 1 V PBG, wie von ihnen moniert, ist erst recht nicht zu sehen. Die Beschwerdeführenden lehnen die etappenweise Übertragung von Ausnützungsreserven ebenfalls mit dem Argument ab, die Ausnützungsübertragung sei ein einmaliger Vorgang. Es könne vorliegend die Ausnützung vom mittleren Grundstück GS 2050 nicht ein zweites Mal erhöht werden. Diese Begründung überzeugt nicht. Die Beschwerdeführer übersehen mit dieser Argumentation, dass das mittlere am Ausnützungstransport beteiligte Grundstück GS 2050 zunächst Ausnützung erhalten und diese Ausnützung sodann vollständig weitergeben würde. Das mittlere Grundstück hätte am Schluss also weder Ausnützung gewonnen noch verloren. Somit lässt sich durch das beschriebene Vorgehen die potentiell mögliche Baudichte in der betreffenden Nutzungszone entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden gar nicht erhöhen. Von einer Aushöhlung des Zonencharakters, wie von den Beschwerdeführenden vorgebracht, kann jedenfalls nicht gesprochen werden. Die Beschwerdeführenden lassen in diesem Zusammenhang weiter vortragen, dass durch die Erhöhung des Bauvolumens der Bau von Einliegerwohnungen möglich werde. Auch dieses Argument verfängt nicht. Die Frage, ob Einliegerwohnungen im betreffenden Quartier erlaubt sind oder nicht, hat mit dem Thema des Ausnützungstransfers nichts zu tun. Wie bereits der Beschwerdegegner 2 in der Baubewilligung vom 18. Oktober 2010 in Ziffer 20.3 zutreffend festgehalten hat, gibt es in den einschlägigen Bauvorschriften keine Bestimmung, die den Einbau von Einliegerwohnungen in der Zone W1 verbieten würde. Das einzige massgebliche Kriterium ist – nebst der übrigen für die betreffende Zone geltenden Bestimmungen – die Einhaltung der gesetzlichen Ausnützungsziffer. Die Ausnützungsziffer sei indessen beim vorliegenden Bauprojekt eingehalten, so der Beschwerdegegner 2 weiter. Auf diese Argumente sind die Beschwerdeführenden im Verfahren vor der Vorinstanz nicht eingegangen und auch vor Verwaltungsgericht haben sie sich bei der Frage der Einliegerwohnungen nicht mit den Begründungen in der angefochtenen Baubewilligung auseinandergesetzt. Damit erübrigt sich an dieser Stelle eine weitere Auseinandersetzung zu diesem Thema. Alle weiteren von den Beschwerdeführenden ins Feld geführten Gründe, welche ihrer Ansicht nach gegen eine etappenweise Übertragung von vorhandener Ausnützung auf ein nicht benachbartes Grundstück sprechen würden, fussen nicht im öffentlichen Recht, sondern betreffen von den Beschwerdeführenden behauptete Verletzungen von zivilrechtlichen Verträgen aus den Jahren 1994 und 2001. Diese strittigen Fragen sind indessen vom Verwaltungsgericht im vorliegenden

Baubewilligungsverfahren nicht zu beurteilen, sondern wenn schon, wären dafür die Zivilgerichte zuständig (§ 29 V PBG). Die Beschwerdeführenden behalten sich in ihrer Replik ausdrücklich vor, die Beschwerdegegner 1 zivilrechtlich auf die Vertragseinhaltung zu verpflichten. Aufgrund dieser Passagen kann das Gericht annehmen, dass auch den Beschwerdeführenden die unterschiedlichen sachlichen Zuständigkeiten bekannt sein dürften.

c) Damit haben die Beschwerdeführenden insgesamt keine stichhaltigen Argumente vorgebracht, welche gegen eine etappenweise Übertragung von Ausnützungsreserven über ein Zwischengrundstück an ein nicht angrenzendes Grundstück sprechen würden. Für das Gericht sind weitere Gründe, welche dagegen sprechen würden, § 19 Abs. 1 V PBG anders als die Vorinstanz auszulegen, ebenfalls nicht erkennbar. Damit hat der Beschwerdegegner 3 kein Recht verletzt, indem er in seinem Entscheid vom 28. Juni 2011 die Verwaltungsbeschwerde in diesem Umfang für unbegründet hielt und sie abwies.

9. Die Beschwerdeführenden kritisieren das vom Beschwerdegegner 2 in der Baubewilligung gutgeheissene abgekürzte Transferverfahren (. . .). Bei Auslassung des Zwischenschritts im abgekürzten Verfahren könne das Bauvolumen beim begünstigten Grundstück erhöht werden, ohne dass auf der anderen Seite eine Reduktion eintreten würde.

a) Diese Argumentation kann das Gericht nicht nachvollziehen. Genau wie bei einem Vorgehen in zwei einzelnen Schritten wird auch beim vom Beschwerdegegner 2 favorisierten abgekürzten Verfahren beim mittleren Grundstück am Schluss die Ausnützung weder erhöht noch verkleinert. Beim ersten Grundstück, vorliegend also beim GS 92, würde die Ausnützung indessen auch beim abgekürzten Verfahren um die übertragenen 36.56 m2 anzurechnender Geschossfläche reduziert und beim am Schluss profitierenden Grundstück GS 204 um 36.56 m2 erhöht. Die Beschwerdeführenden irren somit in diesem Punkt. Wie die Beschwerdegegner 1 demgegenüber einleuchtend festgehalten haben, rechtfertigt sich das abgekürzte Vorgehen vor allem aus verfahrensökonomischen Gründen.

b) Der Beschwerdegegner 3 hat in seinem Entscheid vom 28. Juni 2011 das abgekürzte Verfahren gutgeheissen, woran nach dem Gesagten nichts auszusetzen ist, und dabei – zutreffend – festgehalten, dass es nur zulässig sei, wenn auch die Voraussetzungen von § 19 Abs. 1 lit. a–c V PBG jeweils sowohl beim mittleren als auch beim begünstigten Grundstück eingehalten seien. In der Folge hat der Beschwerdegegner 3 detailliert und gut nachvollziehbar geprüft, ob die beiden nacheinander folgenden Ausnützungsübertragungen für sich selbst betrachtet die erwähnten Voraussetzungen erfüllen. Dabei ist er zu einem positiven Ergebnis gekommen. Schliesslich hat der Beschwerdegegner 3 – ebenfalls zutreffend – festgestellt, dass der Vertrag auf Übertragung von Ausnützung von den Eigentümerschaften der Strassenparzelle GS 92, des mittleren GS 205 und der Bauparzelle GS 204 vorliegen würden und von allen Parteien unterzeichnet worden seien. Somit ist dem Beschwerdegegner insgesamt keine Rechtsverletzung vorzuwerfen, indem er das so genannte abgekürzte Transferverfahren, wie schon die Baubewilligungsbehörde vor ihm, ganz allgemein gutgeheissen hat und dabei zudem feststellte, dass ungeachtet dieses Vorgehens im konkreten Fall die übrigen Voraussetzungen von § 19 V PBG jederzeit erfüllt gewesen seien.

(. . .)

Urteil vom 31. Mai 2012 V 2011 / 100

Eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 12. Februar 2013 abgewiesen.

§ 53 Abs. 2 – Bauordnung der Stadt Zug vom 7. April 2009 (BO)
Regeste:

Auslegung von § 53 Abs. 2 BO Zug – Eine Auslegung der Bestimmung nach der grammatikalischen,

historischen, systematischen und teleologischen Methode ergibt, dass bei Neubauten in der Sonderbauzone «Salesianum» ein Bebauungsplan erlassen werden muss, in dem nicht von den Grundmassen der Zone W2b abgewichen werden darf. Der Gesetzgeber strebte mit § 53 Abs. 2 BO Zug vor allem den Schutz des Erscheinungsbilds und des Charakters des fraglichen Grundstücks an. Neubauten haben daher auf den aktuell überwiegend ländlichen Charakter des Grundstücks Rücksicht zu nehmen. Vorliegend hat der Regierungsrat einen Bebauungsplan gestützt, der in mehreren Punkten ganz erheblich, teilweise massiv, von den Grundmassen der Zone W2b abweicht und welcher der Zielvorgabe in § 53 Abs. 2 BO Zug widerspricht. Der betreffende Bebauungsplan ist daher aufzuheben (Erw. 4).

Aus dem Sachverhalt:

Auf dem Grundstück Nr. 1487, im Eigentum des Vereins Schweizer Provinz der Schwestern zum Heiligen Kreuz, Menzingen, ist zugunsten der Alfred Müller AG, Baar, ein Baurecht eingetragen. Diese plante, zusammen mit der Grundeigentümerschaft auf dem Grundstück neben den historischen Gebäuden Salesianum und der Kapelle St. Karl eine Überbauung mit zirka 60 Miet- und Eigentumswohnungen zu erstellen. Im Jahr 2007 wurde ein Wettbewerb durchgeführt, um ein städtebaulich und architektonisch hochwertiges Projekt zu entwickeln. In der Folge wurde ein Bebauungsplan erarbeitet. Diesen Bebauungsplan Salesianum, Plan Nr. 7079, beschloss der Grosse Gemeinderat der Stadt Zug am 22. März 2011. Nachdem das Referendum zu Stande gekommen war, haben die Stimmberechtigten der Stadt Zug am 27. November 2011 dem Bebauungsplan zugestimmt. Danach wurde dieser vom 2. Dezember 2011 bis am 21. Dezember 2011 öffentlich aufgelegt und im Amtsblatt publiziert. Innert der Auflagefrist haben A. und B. C. sowie 29 Mitunterzeichnerinnen und Mitunterzeichner mit Schreiben vom 21. Dezember 2011 beim Regierungsrat Beschwerde erhoben und beantragt, es seien der angefochtene Beschluss und der damit festgesetzte Bebauungsplan Salesianum aufzuheben und es sei ein Augenschein an Ort und Stelle (mit ausgesteckten Neubaukörpern) durchzuführen. Zur Begründung wurde ausgeführt, das Salesianum sei ein Denkmalschutzobjekt von herausragender Qualität. Dementsprechend sei das Areal im Rahmen der jüngsten Ortsplanungsrevision der «Bauzone mit speziellen Vorschriften Salesianum» zugewiesen und in § 53 Abs. 2 BO umschrieben worden. Der streitige Bebauungsplan erweise sich nur dann als rechtmässig, wenn er diesen Vorgaben in jeder Hinsicht entspreche. Paragraph 53 BO schreibe ausdrücklich die Einhaltung der Grundmasse der Zone W2b vor und lege gleichzeitig die Bebauungsplanpflicht fest. Damit werde klargestellt, dass für dieses Gebiet von den Grundmassen der Zone W2b nicht abgewichen werden dürfe.

Mit Entscheid des Regierungsrates vom 19. Juni 2012 wurde in teilweiser Gutheissung der Beschwerde der nördliche Perimeter des Bebauungsplans Salesianum, Plan Nr. 7079, auf die in der Verfügung der Direktion des Innern vom 16. Dezember 2000 genehmigte, südliche Waldgrenze gelegt. Im Übrigen wurde die Beschwerde abgewiesen. Gleichentags, am 19. Juni 2012, erfolgte auch der Entscheid des Regierungsrates, in welchem der vom Grossen Gemeinderat der Stadt Zug am 22. März 2011 im ordentlichen Verfahren gemäss § 39 PBG beschlossene und von den Stimmberechtigten am 27. November 2011 angenommene Bebauungsplan Salesianum – mit nachfolgender Änderung – genehmigt wurde. Der nördliche Perimeter des Bebauungsplans Salesianum, Plan Nr. 7079, wurde auf die in der Verfügung der Direktion des Innern vom 16. Dezember 2000 genehmigte, südliche Waldgrenze verlegt.

Mit Schreiben vom 23. Juli 2012 erhoben A. und B.C. sowie 28 Mitunterzeichnerinnen und Mitunterzeichner (Beschwerdeführer 1–19) Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragten: 1. Es sei der angefochtene Beschwerdeentscheid des Regierungsrates des Kantons Zug vom 19. Juni 2012 insoweit aufzuheben, als damit die Beschwerde der Beschwerdeführer abgewiesen wurde, und es sei demgemäss auch die bestätigte Festsetzung des Bebauungsplans Salesianum, Plan Nr. 7079, Stadt Zug, aufzuheben; 2. Es sei der angefochtene Genehmigungsentscheid des Regierungsrates des Kantons Zug vom 19. Juni 2012 und die damit erfolgte Genehmigung des Bebauungsplans Salesianum, Plan Nr. 7079, Stadt Zug, aufzuheben; 3. Eventuell sei die Sache an die Vorinstanz zur Ergänzung und Neubeurteilung zurückzuweisen; 4. Es seien die Kosten der Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht und dem

Regierungsrat der Beschwerdegegnerin, eventuell den Mitbeteiligten aufzuerlegen, und es sei zu deren Lasten den Beschwerdeführern für beide Verfahren eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen; 5. Es sei ein Augenschein an Ort und Stelle (mit ausgesteckten Neubaukörpern) durchzuführen; 6. Es sei ein neutrales denkmalpflegerisches Fachgutachten, vorzugsweise bei einer der dafür geeigneten Bundeskommissionen (EDK oder ENHK), über die Vereinbarkeit des Bebauungsplanes mit den Anliegen des ISOS und des Denkmalschutzes einzuholen.

Mit Stellungnahme vom 30. August 2012 beantragte der Stadtrat Zug, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde von A. und B. C. sowie 28 Mitunterzeichnenden vom 23. Juli 2012 sei vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführenden und es sei keine Profilierung vorzunehmen. Mit Vernehmlassung vom 31. August 2012 beantragte der Regierungsrat des Kantons Zug die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Mit Schreiben vom 10. September 2012 reichten die Schweizer Provinz der Schwestern vom Heiligen Kreuz, Menzingen, sowie die Alfred Müller AG, Baar, ihre Vernehmlassung ein und beantragten, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde sei abzuweisen, ebenso die Verfahrensanträge auf Profilierung der Neubaukörper und Erstellung eines denkmalpflegerischen Gutachtens, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdeführer.

Am 7. Dezember 2012 fand ein Augenschein auf dem Salesianum-Areal statt. Die Parteien erhielten in der Folge Gelegenheit, allfällige Ergänzungen und Berichtigungen zum Protokoll einzureichen.

Aus den Erwägungen:

(. . .)

4. Auslegung von § 53 Abs. 2 BO

4. a) Im Rahmen der jüngsten Ortsplanungsrevision wurde das Salesianum-Areal der «Bauzone mit speziellen Vorschriften Salesianum» zugewiesen. Die entsprechende Bestimmung in § 53 BO lautet wie folgt:

«1 Die Bauzone mit speziellen Vorschriften Salesianum ist für öffentlich zugängliche Nutzungen wie Schulen, Kultur usw. und für Wohnen bestimmt.

2 Das Areal Salesianum soll in seinem Charakter und Erscheinungsbild erhalten bleiben. Um den langfristigen Bestand der Gebäudegruppe zu ermöglichen, sind bei den bestehenden Bauten und Anlagen Erneuerungen und Änderungen im Rahmen denkmalpflegerischer Vorgaben gestattet. Erweiterungs- und Neubauten haben sich besonders gut in das Landschafts- und Ortsbild einzufügen. Es gelten die Grundmasse der Zone W2b. Für Neubauten besteht Bebauungsplanpflicht.

3 Die Bauzone mit speziellen Vorschriften Salesianum wird der Lärmschutz-Empfindlichkeitsstufe II zugewiesen.»

Vorliegend sind sich die Parteien in der Auslegung von § 53 Abs. 2 BO uneinig, insbesondere hinsichtlich der Interpretation des vierten Satzes in dieser Bestimmung. Während die Beschwerdeführer der Meinung sind, dass man es – vor dem Hintergrund der ISOS-Einträge – auf jeden Fall bei den Grundmassen der Zone W2b belassen müsse, argumentieren die Beschwerdegegner, der vorletzte Satz des zweiten Absatzes von § 53 Abs. 2 BO bedeute, dass die Grundordnung W2b der Ausgangspunkt sei, an denen sich der Bebauungsplan Salesianum prüfen lassen müsse. Die Bestimmung sei deshalb erforderlich, um die Abweichungen von der Grundordnung bestimmen zu können. Dass solche Abweichungen erlaubt seien, werde hingegen mit der Norm von § 32 Abs. 1 PBG statuiert. Demzufolge könne mit einem Bebauungsplan grundsätzlich von den Vorschriften der Einzelbauweise abgewichen werden, wenn dieser wesentliche Vorzüge gegenüber der Einzelbauweise habe. Bevor das Gericht eine Auslegung von § 53 Abs. 2 BO durchführt, sind zuvor ein paar Feststellungen zum Sachverhalt anzubringen. So hat der

Regierungsrat es im angefochtenen Entscheid unterlassen, genau zu definieren, was in räumlicher Hinsicht unter dem «Areal Salesianum», auf das sich der erste Satz in § 53 Abs. 2 BO bezieht, zu verstehen ist. Sodann ist auf den bisherigen Charakter und das bisherige Erscheinungsbild dieses Areals einzugehen, wovon § 53 Abs. 2 Satz 1 BO ebenfalls handelt. Schliesslich ist festzustellen, was der Bebauungsplan Salesianum bezweckt, und inwieweit er von den Grundmassen der Zone W2b abweicht.

4. b/aa) Ein Blick auf den Zonenplan der Stadt Zug in Verbindung mit dem Grundbuchplan (beide abrufbar unter www.zugmap.ch) erhellt, dass die «Bauzone mit speziellen Vorschriften Salesianum» genau ein Grundstück umfasst, nämlich das 20'238 m2 grosse Grundstück Nr. 1487, welches zwischen der Artherstrasse im Westen und der Bahnlinie im Osten liegt. Dieses Grundstück ist aktuell nur im südwestlichen Teil in Richtung Artherstrasse bebaut. Dort befindet sich der Gebäudekomplex Salesianum mit folgenden markanten Elementen: dem barocken Herrenhaus aus dem 17./18. Jahrhundert, einem Verbindungstrakt mit einer Säulenhalle von 1909 und einer Kapelle von 1640. Das «Areal Salesianum», auf das sich § 53 Abs. 2 BO bezieht, ist somit mit dem soeben beschriebenen Grundstück identisch. Was den aktuellen Charakter dieses Areals betrifft, so ist den Akten zu entnehmen, dass die Baudirektion bei früherer Gelegenheit davon ausging, dass das Grundstück einen «ausgeprägt ländlichen Charakter» aufweise. Diese Feststellung machte die Behörde am 23. November 2009 anlässlich der Vorprüfung eines ersten Bebauungsplanentwurfs für das betreffende Grundstück (Vorprüfung, S. 5; Beilage 4 der Beschwerdeführer im Vorverfahren). Anlässlich des Augenscheins vom 7. Dezember 2012 konnte sich das Gericht selber davon ins Bild setzen, dass das betreffende, sehr weitläufige Grundstück – der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 sprach anlässlich des Augenscheins von einem «riesigen Areal» (Protokoll Augenschein, S. 13) – sich in der Tat durch seinen ländlichen Charakter auszeichnet. Unbeachtlich in diesem Zusammenhang ist die Tatsache, dass das Grundstück im Norden und Osten von zahlreichen Mehrfamilienhäusern umgeben ist. Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegner wies in diesem Zusammenhang ausdrücklich darauf hin, dass das Areal Salesianum genau umgrenzt werde durch den Fridbachweg, die Bahnlinie und die Hauptstrasse. Dies sei wichtig, wenn man vom Salesianum und der Umgebung spreche. Es sei in der Bauordnung explizit von diesem Areal die Rede und nicht von einem anderen ausserhalb dieses Perimeters (Protokoll Augenschein, S. 4). Diese Sichtweise wurde von allen Teilnehmern akzeptiert und auch für das Gericht besteht kein Anlass, davon abzuweichen.

4. b/bb) Wie aus den Bestimmungen zum Bebauungsplan Salesianum hervorgeht, bezweckt dieser in Ziffer 1, was folgt: «das geschützte Salesianum mit seiner Umgebung in seinem Charakter und Erscheinungsbild zu erhalten und eine weitere Entwicklung zu ermöglichen; die Rahmenbedingungen für eine qualitätsvolle Wohnüberbauung zu schaffen.» Es lässt sich bereits an dieser Stelle würdigend festhalten, dass der Zweck des Bebauungsplans sich damit nicht mit der im ersten Satz von § 53 Abs. 2 BO festgeschriebenen Zielvorgabe zur Deckung bringen lässt. Während nämlich in dieser Bauordnungsbestimmung postuliert wird, dass das gesamte Areal, das heisst also das ganze Grundstück 1487, in seinem Charakter und Erscheinungsbild erhalten werden soll, beschränkt sich der Bebauungsplan lediglich auf den Schutz des Salesianums «mit seiner Umgebung», ohne genau zu definieren, wie weit dieser Schutz räumlich gehen soll. Aufgrund der Wortwahl und des Volumens sowie der Anordnung der im Bebauungsplan vorgesehenen Neubauten scheint aber klar, dass der Fokus des Schutzes auf die bestehende historische Bausubstanz und die unmittelbar angrenzende Umgebung gerichtet ist. Die historischen Bauten nehmen heute aber nur einen kleinen Teil des weitläufigen Grundstücks in Beschlag. Den Schutz von Erscheinungsbild und Charakter des sonst nicht bebauten, aktuell ländlich geprägten Grundstücks Nr. 1487 strebt der Bebauungsplan dagegen offensichtlich nicht an. Damit weicht die Zweckbestimmung in Ziffer 1 im Bebauungsplan Salesianum in kaum zu vereinbarender Weise von der Zielvorgabe in § 53 Abs. 2 Satz 1 BO ab.

4. c/aa) Gemäss § 36 BO ist in der Zone W2b eine Ausnützungsziffer von 0.5 gestattet. Die Vorinstanz hat die geplante Ausnützung des Bebauungsplans Salesianum berechnet und hat dabei ein Ergebnis von 0.7 erhalten. Zur Berechnung hat sie die maximale anrechenbare Geschossfläche der Baubereiche B1 und B2 sowie des Salesianums zusammengezählt (3'800 m2 + 3'800 m2 + 5'100 m2 + 1'530 m2) und diese

zur anrechenbaren Landfläche (20’238 m2) ins Verhältnis gesetzt (vgl. § 15 V PBG). Diese Berechnung ist schlüssig und nachvollziehbar, weshalb der Einwand der Beschwerdeführer, diese Berechnung sei eine «Grobschätzung», nicht gehört werden kann. Im Vergleich zu den Grundmassen ergibt sich somit eine Abweichung der Ausnützungsziffer von 0.2 bzw. 40 %.

4. c/bb) Nach § 36 BO sind in der Zone W2b zwei Vollgeschosse, welche gemäss § 12 Abs. 1 lit. a BO je drei Meter hoch sind, zulässig. Über diese beiden Vollgeschosse darf gemäss § 13 Abs. 1 lit. a BO ein Dachgeschoss in der Höhe von fünf Metern gebaut werden. Addiert man die genannten Höhen ergibt sich somit eine maximal zulässige Gebäudehöhe von elf Metern in der Zone W2b. Ein Attikageschoss hingegen dürfte nach § 13 Abs. 1 lit. b BO höchstens 3.70 Meter hoch sein, weswegen ein Gebäude mit Attikageschoss maximal 9.7 Meter hoch sein dürfte. Der Bebauungsplan Salesianum lässt in den Baubereichen B1 maximal drei und im Baubereich B2 maximal vier Vollgeschosse zu, wobei Attikageschosse nicht zulässig sind. Der Baubereich B2 wird demzufolge maximal zwölf und die Baubereiche B1 maximal neun Meter hoch werden. Während die Baubereiche B1 die maximal zulässige Gebäudehöhe der Einzelbauweise sogar unterschreiten, überschreitet sie der Baubereich B2 – je nachdem ob ein Vergleichsobjekt mit Giebeldach oder eines mit Attikageschoss herangezogen wird – um 1–2.3 Meter bzw. etwa 10–20 %.

4. c/cc) Betreffend die Gebäudelänge sind gemäss § 36 BO für die Zone W2b 30 Meter zulässig. Die Norm, welche die Berechnung der Gebäudelängen definiert, ist § 6 Abs. 1 der Verordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 16. November (V PBG, BGS 721.111). Demzufolge werden die Gebäudelängen an den Seiten des flächenkleinsten Rechtecks, welches das Gebäude umfasst, gemessen. In der Vernehmlassung des Regierungsrates vom 31. August 2012 führt dieser aus, dass die maximalen Gebäudelängen des Bebauungsplans bei den Baubereichen B1 78.8 m und beim Baubereich B2 65 m betragen würden. Das Gericht kann diese Berechnungen anhand des Bebauungsplans in der Grösse 1:500 nachvollziehen und bestätigen. Bei den Baubereichen B1 wird das Grundmass damit um 48.8 Meter bzw. ca. 162 % und beim Baubereich B2 um 35 Meter bzw. ca. 117 % überschritten.

4. c/dd) Bezüglich der Gebäudeabstände sind nach § 10 V PBG i.V.m. § 36 BO in der Einzelbauweise zehn Meter zulässig. Zwischen den Baubereichen B1 des Bebauungsplans Salesianum wird dieser Minimalabstand an einer Stelle um drei Meter bzw. 30 % unterschritten.

4. c/ee) Zusammengefasst weichen die geplanten Neubauten auf dem Areal Salesianum, wie sie gemäss Bebauungsplan möglich wären, bezüglich der Ausnützungsziffer um 40 %, der Höhe um bis zu 20 %, der Gebäudelänge um bis zu 162 % und des Gebäudeabstandes um bis zu 30 % von der in § 53 Abs. 2 BO als Grundordnung bezeichneten Zone W2b ab. Würdigend ist festzuhalten, dass die auf dem Areal mögliche Überbauung damit ganz erheblich, teilweise massiv über die Grundmasse der Zone W2b hinausgeht.

4. d/aa) Es ist nunmehr § 53 Abs. 2 BO auszulegen. Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut. Ist der Text nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente. Abzustellen ist dabei namentlich auf die Entstehungsgeschichte, auf den Zweck der Norm, die ihr zugrunde liegenden Wertungen und ihre Bedeutung im Kontext mit anderen Bestimmungen. Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen und nur dann allein auf das grammatikalische Element abgestellt, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergab (vgl. BGE 138 II 271, Erw 4.1). Begonnen werden soll mit der Auslegung nach dem Wortlaut, dann folgt die systematische, die historische und schliesslich die teleologische, das heisst eine Auslegung nach Sinn und Zweck der Bestimmung.

4. d/bb) Bei der grammatikalischen Auslegung wird bei der Ermittlung des Sinngehalts einer Gesetzesnorm auf den Wortlaut abgestellt. Der Regierungsrat ist der Ansicht, dass die Formulierung im Gesetz nicht ganz klar festlege, ob von den Grundmassen abgewichen werden dürfe oder nicht. Der Grundsatz von § 32 PBG, wonach mit einem Bebauungsplan grundsätzlich von den Grundmassen

abgewichen werden dürfe, spreche bei der vorliegenden Regelung von § 53 BO im Sinne einer «gesetzlichen Vermutung» für eine solche Handhabung bzw. Auslegung. Andernfalls hätte der Gesetzgeber dies in § 53 BO klarstellen müssen. Dem kann nicht gefolgt werden. Stellt man nämlich nur auf den Wortlaut des vierten Satzes von § 53 Abs. 2 BO ab, so ist dieser Satz eindeutig als klare Regel aufzufassen, die keine Abweichungen zulässt. Ein unbefangener Leser würde den vierten Satz somit so verstehen, dass Bauten auf dem betreffenden Areal die in der kommunalen Bauordnung festgelegten Maximal- bzw. Minimalmasse der Zone W2b ausnahmslos einzuhalten haben. Der Regierungsrat bezieht dagegen in nicht zulässiger Art gesetzessystematische Gesichtspunkte in seine Betrachtungen ein, das heisst er liest die fragliche Bestimmung von Beginn weg im Zusammenhang mit § 32 PBG und kommt mit diesem «Hintergrundwissen» zum Schluss, dass der vierte Satz von § 53 Abs. 2 BO unklar abgefasst sein soll. Abstrahiert man jedoch von § 32 PBG, so käme man aufgrund des reinen Wortlauts von § 53 Abs. 2 BO kaum auf die Idee, hier eine gesetzliche Vermutung für ein Abweichen von den Grundmassen der Zone W2b zu erkennen. Auch würde man die Bestimmung kaum so verstehen, dass der Verweis auf die Grundmasse der Zone W2b lediglich ein gesetzestechnisches Erfordernis darstellt, wie der Regierungsrat dies im angefochtenen Entscheid getan hat. Auch wenn der vierte Satz im Zusammenhang mit den restlichen Bestimmungen im zweiten Absatz von § 53 BO gelesen wird, ändert sich an dieser Sichtweise nichts. Gerade der erste Satz der Bestimmung, der im Sinne einer Absichtserklärung festhält, dass der Charakter und das Erscheinungsbild des Areals Salesianum erhalten bleiben sollen, weckt beim Leser die Erwartung, dass die nachfolgenden Regeln allesamt im Lichte dieses Leitsatzes zu verstehen sind. Somit liest ein Leser den späteren Verweis auf die Grundmasse der Zone W2b in erster Linie als einschränkende Regel und nicht als gesetzestechnisches Erfordernis, welches im Zusammenspiel mit dem fünften Satz der Bestimmung im Ergebnis dazu führen kann, dass auf dem Areal gleichwohl Abweichungen von den Grundmassen der Zone W2b möglich sind. Gleich verhält es sich im Übrigen bei einer grammatikalischen Auslegung des fünften Satzes von § 53 Abs. 2 BO. Auch das Erfordernis einer Bebauungsplanpflicht wird aufgrund des Wortlauts ohne weiteres als einschränkende, absolut geltende Regel aufgefasst. Beim Lesen dieses Satzes käme man jedenfalls nicht auf die Idee, dass es unter Umständen Konstellationen geben könnte, in denen die Bebauungsplanpflicht gleichwohl entfallen würde.

4. e/aa) Bei einer systematischen Auslegung wird der Sinngehalt einer Norm aus dem Zusammenhang in dem die Norm steht, ermittelt. Zunächst ist der vierte Satz von § 53 Abs. 2 BO im Kontext der gesamten Bestimmung zu analysieren. Dem ersten Satz von § 53 Abs. 2 BO ist zu entnehmen, dass ein spezifisches Areal, das heisst ein ganzes Gebiet und nicht etwa bloss ein bestimmtes Gebäude oder eine Gebäudegruppe, so wie es sich aktuell dem Betrachter darbietet, für die Zukunft in Charakter und Erscheinungsform erhalten bleiben soll. Wie festgestellt, handelt es sich dabei um das 20’238 m2 grosse Grundstück Nr. 1487 und wie ebenfalls festgehalten, steht dabei der Erhalt des ländlichen Charakters des weitläufigen Grundstücks im Vordergrund (vgl. Erw. 4b/aa). Durch das Wort «soll» wird klar gemacht, dass es sich dabei um eine Zweckbestimmung bzw. um eine Zielvorgabe des Gesetzgebers handelt, die es noch zu konkretisieren gilt. Beim ersten Satz fällt aber auch auf, dass die Zweckbestimmung absolut formuliert wurde, das heisst der Gesetzgeber hat davon Abstand genommen, die von ihm gesteckte Zielvorgabe mit relativierenden unbestimmten Rechtsbegriffen (z. B. mit dem Wort «möglichst») abzuschwächen. Im zweiten Satz von § 53 Abs. 2 BO wird sodann Bezug zu bestimmten Gebäuden genommen, die sich auf dem Areal befinden. Der Satz eröffnet zunächst mit einem anzustrebenden Ziel – Erhalt der existierenden Gebäudegruppe auf lange Zeit –, um dann mit einer konkreten Regel fortzufahren, die der Zielerreichung dient. Dem dritten Satz ist zu entnehmen, dass auf dem Areal Salesianum Neu- und Erweiterungsbauten möglich sind. In der Folge werden dafür aber sogleich diverse Einschränkungen gemacht: Neu- und Erweiterungsbauten sollen nämlich nur erlaubt sein, wenn sie sich besonders gut in die Umgebung einfügen. Dem vierten Satz der Bestimmung ist sodann zu entnehmen, dass für Bauten bestimmte Grundmasse gelten. Aus dem Zusammenhang mit dem vorangehenden Satz ergibt sich sodann, dass sich diese Vorschrift auf Neu- und Erweiterungsbauten auf dem Areal bezieht. Der fünfte Satz stellt schliesslich eine Auflage dar: Bevor auf dem Areal Salesianum neue Bauten errichtet werden dürfen, ist für das gesamte Gebiet zwingend eine Sondernutzungsplanung durchzuführen. Sowohl der vierte wie auch der fünfte Satz der Bestimmung von § 53 Abs. 2 BO enthalten je Verweise auf andere Gesetzesbestimmungen, deren Regelungsgehalt mit übernommen wird. So verweist der vierte Satz auf

§ 36 BO Zug, wo die Grundmasse der Zone W2b festgelegt werden. So gelten in dieser Zone beispielsweise eine maximale Ausnützung von 0.5, eine maximale Gebäudelänge von 30m, ein maximaler kleiner Grenzabstand von 5m und ein minimaler grosser Grenzabstand von 8m. Der fünfte Satz von § 53 Abs. 2 BO verweist dagegen auf § 32 PBG, wo die Anforderungen an einen Bebauungsplan näher umschrieben werden, sowie auf die dazu gehörenden Verfahrensbestimmungen in §§ 39 ff. PBG, welche den Erlass eines Bebauungsplanes betreffen. Paragraph 32 Abs. 1 Satz 2 PBG bestimmt sodann, dass Bebauungspläne unter bestimmten Voraussetzungen von den kantonalen und gemeindlichen Bauvorschriften abweichen können. Weiter regelt § 32 Abs. 4 PBG einen Fall, in dem in einem Gebiet mit Bebauungsplanpflicht ein Bebauungsplan im zweiten Anlauf scheitert. In dieser Situation entfällt die Bebauungsplanpflicht und Baugesuche sind nach den geltenden Vorschriften zu beurteilen.

4. e/bb) Aus systematischer Sicht lässt sich somit sagen, dass am Kopf der Bestimmung eine absolut formulierte Zielvorgabe steht, die nachfolgend konkretisiert wird. Dabei wird zuerst geregelt, was mit den bestehenden historischen Bauten auf dem Areal geschehen soll, und nachher wie im Lichte des angestrebten Ziels (Erhalt des ländlichen Charakters und Erscheinungsbilds des Grundstücks) mit den auf dem Areal an sich erlaubten Neubauten zu verfahren ist. In diesem zweiten Fall haben Bauherren drei die Baufreiheit einschränkende Voraussetzungen kumulativ zu erfüllen: die Neubauten müssen sich besonders gut einordnen, die Grundmasse der Zone W2b sind einzuhalten und eine Realisierung ist nur im Rahmen eines Bebauungsplans möglich. Da der kommunale Gesetzgeber Bauherren auf dem Areal Salesianum somit unter anderem dazu verpflichtet, die Grundmasse der Zone W2b einzuhalten, wird gleichzeitig die Anwendung von § 32 Abs. 1 Satz 2 PBG unterbunden. Mit anderen Worten: Es besteht für das Areal Salesianum zwar Bebauungsplanpflicht, so ist insbesondere das Planverfahren unter Einhaltung der entsprechenden Mitwirkungsrechte der Bevölkerung durchzuführen, doch darf ein neues Bauvorhaben nicht von den Grundmassen der Zone W2b abweichen. Da die Bebauungsplanpflicht überdies absolut gilt, wird auch die Regelung in § 32 Abs. 4 PBG hinfällig, da der dort vorgesehene Fall auf dem Areal Salesianum gar nie eintreten kann.

4. e/cc) Der Regierungsrat legt die Regelungen von § 53 Abs. 2 BO systematisch anders aus. Für ihn handelt es sich beim vierten Satz weniger um eine einschränkende Voraussetzung, welche Bauwillige auf dem Areal Salesianum zusammen mit den anderen beiden Voraussetzungen zu erfüllen haben, sondern mehr um eine Art Referenzgrösse, welche dazu dient, um im Zusammenspiel mit dem Bebauungsplan die Abweichungen von den Grundmassen der Zone W2b zu bestimmen. Der Regierungsrat stellt sich somit auf den Standpunkt, dass § 32 Abs. 1 Satz 2 PBG dem vierten Satz von § 53 Abs. 2 BO vorgehe, womit dieser seinen plafonierenden Charakter verlöre. Materiellrechtlich würde der vierte Satz von § 53 Abs. 2 BO dadurch überflüssig. Dass in der Bestimmung § 53 Abs. 2 BO gleichwohl Bezug auf die Nutzungsordnung genommen werden müsse, begründet der Regierungsrat im angefochtenen Entscheid auf der formellrechtlichen Ebene, nämlich einerseits mit § 17 Abs. 1 Satz 1 PBG und andererseits mit § 32 Abs. 4 PBG. Paragraph 17 Abs. 1 Satz 1 PBG schreibe vor, dass der gemeindliche Gesetzgeber jeder Bauzone eine bestimmte Grundbauordnung zwingend zuweisen müsse. Dies könne erfolgen, indem die Grundmasse in der entsprechenden Norm selbst festgelegt würden, wie dies zum Beispiel in § 47 Abs. 2 BO geschehen sei, oder durch Verweis auf die Grundmasse einer bestimmten Zone, wie dies in § 53 Abs. 2 BO gemacht worden sei. Und weiter: Falls ein Bebauungsplan auch im zweiten Anlauf scheitere, so schreibe § 32 Abs. 4 PBG vor, dass die Bebauungsplanpflicht entfalle und Baugesuche nach den geltenden Vorschriften zu beurteilen seien. Diese Regelung bezwecke, dass Bauherrschaften nicht auf unbestimmte Zeit am Bauen gehindert würden, wenn nicht innert angemessener Frist ein Bebauungsplan zustande komme. In einem solchen Fall müssten die Grundmasse selbstverständlich eingehalten werden. Auch deshalb brauche es im § 53 BO den Bezug zu den Grundmassen.

4. e/dd) Die Auffassung des Regierungsrats ist unzutreffend. Wäre es so, wie der Regierungsrat ausführt, dass das übergeordnete kantonale Recht auf jeden Fall verlangt, dass in einer kommunalen Bauordnung bei Sonderbauzonen immer auch Grundmasse festgelegt werden müssten, so ist kaum zu erklären, wieso der Regierungsrat die Bauordnung der Stadt Zug genehmigt hat, obwohl sie Sonderbauzonen mit Bebauungsplanpflicht enthält, in denen weder die Grundmasse selber festgelegt sind noch ein Verweis auf

die Grundmasse einer bestimmten Zone erfolgt (§ 43 BO «Zugerberg», § 44 BO «Choller», § 49 BO «Lüssi», § 54 BO «Meisenberg»). Die Bauordnung der Stadt Zug sieht in § 55 ausserdem Sonderbauzonen ohne Bebauungsplanpflicht vor, in denen der Stadtrat Zug mit Ausnahme der Grenz- und Gebäudeabstände die übrigen Baumasse von Fall zu Fall festlegen kann. Auch diese Bestimmung hat der Regierungsrat im Rahmen des Genehmigungsverfahrens nicht beanstandet, obwohl sie gemäss seiner Darstellung im angefochtenen Entscheid den Vorgaben des zwingenden kantonalen Rechts widersprechen würde.

4. e/ee) Wäre es weiter so, dass bei Sonderbauzonen die Zuweisung von Grundmassen zwingend erforderlich ist, um für den Fall gerüstet zu sein, dass ein Bebauungsplan scheitert, so ist auf die beiden Sonderbauzonen «Landis + Gyr» (§ 47 BO) und «V-Zug AG» (§ 48 BO) aufmerksam zu machen. Hier handelt es sich um Bauzonen mit Bebauungsplanpflicht, in denen die Grundmasse direkt in der jeweiligen Norm festgelegt worden sind. Dabei fällt auf, dass gewisse Parameter, welche die Tabelle mit den Grundmassen der Wohn- Misch- und Arbeitszonen in § 36 BO enthält, bewusst offengelassen wurden. Namentlich sind in diesen beiden Sonderbauzonen die Geschosszahl und die Gebäudelänge nicht geregelt (vgl. § 47 Abs. 2 lit. a und b BO sowie § 48 Abs. 2 lit. a und b BO). Da gleichzeitig aber Verweise auf eine Grundbauordnung fehlen, ist nicht klar, was in Bezug auf die Geschosszahl und die Gebäudelänge passieren müsste, wenn ein Bebauungsplan für Neubauten in diesen Gebieten nicht zustande kommen würde und gemäss § 32 Abs. 4 PBG eine Überbauung «nach den geltenden Vorschriften» zu beurteilen wäre. Der Regierungsrat hat diese Unklarheit seinerzeit aber hingenommen und die Bauordnung Zug genehmigt. Die auf § 32 Abs. 4 PBG basierende Begründung des Regierungsrats erscheint somit als nicht besonders stichhaltig. Dies noch aus einem weiteren Grund: Schon die grammatikalische und systematische Auslegung des fünften Satzes von § 53 Abs. 2 BO legen nahe, dass die Bebauungsplanpflicht auf dem Areal Salesianum absolut zu gelten hat (vgl. Erw. 4d/bb, 4e/bb). Auch im Zuge einer teleologischen Auslegung kommt man im Übrigen zum gleichen Ergebnis, wie noch zu zeigen sein wird (vgl. Erw. 4g). Somit ist es gar nicht denkbar, dass auf dem Areal Salesianum der in § 32 Abs. 4 PBG geregelte Fall eintreten könnte. Auch aufgrund dieser Überlegungen ist es aus formellrechtlichen Gründen nicht erforderlich, dass § 53 BO einen Verweis auf die Grundmasse enthält.

4. e/ff) Angenommen der regierungsrätlichen Argumentation wäre zu folgen, wonach der kommunale Gesetzgeber sich ganz bewusst für die Grundmasse der Zone W2b entschieden hätte, damit er in der Folge davon wieder abweichen könnte, lässt sich im Übrigen nur schwer nachvollziehbar erklären, warum diese gesetzgeberische Konzeption ausgerechnet ein Bauvorhaben ermöglichen sollte, das derart ausgeprägt, teilweise sogar massiv, von dieser Grundordnung abweichen kann wie das hier vorliegende. Wäre dem kommunalen Gesetzgeber bereits bei Erlass der Bauordnung vor Augen gestanden, dass auf dem Areal Salesianum dereinst ein Projekt in der hier vorliegenden Grössenordnung ermöglicht werden sollte, so wäre es naheliegender gewesen, wenn er in § 53 Abs. 2 Satz 4 BO als Bezugsgrössen die Grundmasse der Zonen W2c oder W3 genannt hätte. Diese beiden Nutzungszonen weisen immer noch mehrheitlich tiefere Grundmasse auf als das jetzt mögliche Bauvorhaben im strittigen Bebauungsplan. Folgt man der Logik des Regierungsrats, so müsste man eigentlich zum Schluss kommen, dass der vom kommunalen Gesetzgeber in § 53 Abs. 2 Satz 4 BO statuierte Verweis auf die Grundmasse der Zone W2b etwas eher Zufälliges oder gar Willkürliches anhaftet. Dies dürfte kaum die Intention des kommunalen Gesetzgebers gewesen sein, insbesondere auch deshalb nicht, da man sich in der Sonderbauzone nach § 51 Abs. 2 BO («Zurlaubenhof») offensichtlich ganz bewusst für andere Grundmasse entschieden hat, nämlich die der Zone W2a, und man in den Sonderbauzonen nach § 43 BO («Zugerberg»), § 49 BO («Lüssi») und § 54 BO («Meisenberg») gleichzeitig bewusst auf eine derartige einschränkende Regelung verzichtet hat. Auch aus diesem Grund kann dem Regierungsrat nicht gefolgt werden.

4. e/gg) Nach dem Gesagten ist über eine systematische Auslegung zum Schluss zu kommen, dass sich der kommunale Gesetzgeber beim Erlass der Bauordnung in § 53 Abs. 2 Satz 4 BO ganz bewusst für eine Regelung entschieden hat, mit der er das ihm vom kantonalen Gesetzgeber in § 32 PBG an sich eingeräumte Ermessen eingeschränkt hat. Im engeren Kontext der gesamten Bestimmung von § 53 Abs. 2 BO, ferner auch im Zusammenhang mit den übrigen Sonderbauzonenbestimmungen in der

Stadtzuger Bauordnung und schliesslich auch mit Blick auf das Verhältnis der fraglichen Bestimmung zur kantonalen Vorschrift in § 32 PBG ist der vierte Satz von § 53 Abs. 2 BO als zwingend einzuhaltenden Eckwert aufzufassen, von dem auch im obligatorisch zu erlassenden Bebauungsplan nicht abgewichen werden kann. Im Weiteren ist der fünfte Satz von § 53 Abs. 2 BO als Folge der systematischen Auslegung als absolutes Erfordernis aufzufassen, das heisst es gibt keine Ausnahme von der Regel, wonach auf dem betreffenden Areal Neubauten erst nach Erlass eines Bebauungsplans erstellt werden dürfen.

4. f/aa) Bei der historischen Auslegung wird die Entstehungsgeschichte der Norm zur Ermittlung ihres Sinngehalts herangezogen. Nachfolgend ist somit ausführlich auf die Entstehungsgeschichte von § 53 BO einzugehen.

– Am Anfang stand ein Entwicklungskonzept, welches der Stadtrat von Zug am 9. Mai 2006 im Sinne einer Strategie für die räumliche Entwicklung der Stadt Zug verabschiedet hat. Im Entwicklungskonzept, welches als erstes Etappenziel auf dem Weg zur Revision der Ortsplanung bezeichnet wurde, wurden fünf so genannte Perlen definiert, für deren Entwicklung spezielle Lösungen vorbehalten wurden. Aus Ziff. 15 des Entwicklungskonzepts ergibt sich Folgendes: A. Die Perlen sind repräsentative Orte für spezielle Nutzungen mit hohen Anforderungen an die städtebauliche und architektonische Gestaltung reserviert. Ihre Entwicklung unterliegt einem hohen öffentlichen Interesse. B. Die Areale «Oeschwiese», Rötelberg, Zurlaubenhof, Salesianum und Meisenberg werden aufgrund ihrer einmaligen Lage im Landschaftsraum und/oder der bestehenden Bebauung von hoher Qualität Zonen mit speziellen Vorschriften oder Zonen des öffentlichen Interesses zugewiesen. Wo erforderlich werden sie mit einer Bebauungsplanpflicht überlagert. C. Die Kompetenz zur Entwicklung der Perlen liegt beim Stadtrat und beim Grossen Gemeinderat. Die Entwicklung der Gebiete erfolgt in enger Zusammenarbeit mit den Grundeigentümern.

– Am 19. Juni 2007 reichte der Stadtrat von Zug der Baudirektion die Ortsplanungsrevision zur Vorprüfung ein. Aus dem mitgelieferten Planungsbericht nach Art. 47 RPV, welchen die Planteam S AG für die Stadt Zug erarbeitete, ergibt sich, dass für die Perlen der Entwicklung spezielle Lösungen vorbehalten seien. Aufgrund ihrer speziellen Lagen im Stadtraum würden für sie Nutzungen von hohem öffentlichem Interesse reserviert (Vorprüfungsbericht nach Art. 47 RPV, Ziff. 5.2.4). Das Gebiet St. Karl, das im Entwicklungskonzept als Perle ausgewiesen sei, werde von der Zone W2b in die Zone BsV (Bauzone mit speziellen Vorschriften) umgezont. Die Bauzonen mit speziellen Vorschriften würden den Perlen der Entwicklung im Entwicklungskonzept entsprechen. Es bestehe, wie bei allen Bauzonen mit speziellen Vorschriften, Bebauungsplanpflicht. Im Entwurf der Bauordnung vom 19. Juni 2007 sind die Bauzonen mit speziellen Vorschriften für Gebiete mit besonderer Nutzung in § 44 aufgeführt. Hier wurde folgende Regelung vorgesehen:
  1 Die Bauzonen mit speziellen Vorschriften für Gebiete mit besonderer Nutzung unterliegen einem gewichtigen öffentlichen Interesse.
  2 Bei der Gestaltung müssen hohe städtebauliche und architektonische Anforderungen sowie ein besonders sorgfältiger Umgang mit der Umgebung, der Landschaft und den kulturellen Werten erfüllt werden. Die Entwicklung ist nur im Rahmen eines Bebauungsplanes über das ganze Areal möglich.
  3 Die Bauzonen mit speziellen Vorschriften für Gebiete mit besonderer Nutzung werden der Lärmschutz-Empfindlichkeitsstufe III zugewiesen.

– Im Vorprüfungsbericht vom 31. Oktober 2007 hat die Baudirektion des Kantons Zug zu § 44 wie folgt Stellung genommen: «Gemäss Planungsbericht entsprechen diese Bauzonen den «Perlen» im Entwicklungsleitbild, und die Zuweisung zur Bauzone mit speziellen Vorschriften setzt eine entsprechende Forderung des Entwicklungsleitbildes um. Angesichts des hohen öffentlichen Interesses müsste aber erwartet werden, dass in den Vorschriften gewisse Ziele und Rahmenbedingungen für die Entwicklung analog der Bauzone mit speziellen Vorschriften Lüssi (§ 43 Abs. 2) oder den Zweckbestimmungen der Ortsbildschutzzonen (§ 51 bis 58) formuliert werden. Um der hohen Qualität und dem entsprechenden öffentlichen Interesse gerecht zu werden, empfehlen wir, bei den Bauzonen mit speziellen Vorschriften für die einzelnen Gebiete differenzierte

Zweckbestimmungen wie Dichte, Nutzung zu formulieren.» Weiter beanstandete die Baudirektion, dass die Bauzone mit speziellen Vorschriften für Gebiete mit besonderer Nutzung im Zonenplan nicht ersichtlich sei. Sie unterscheide sich nicht von den Bauzonen mit speziellen Vorschriften. Die einzelnen Zonen könnten nur mit dem unverbindlichen Entwicklungskonzept eruiert werden. Der Zonenplan wurde mit dem Vorbehalt versehen, dass diese Zonen im Zonenplan speziell darzustellen seien (Vorprüfungsbericht Baudirektion, Ziff. 6.3.30, S. 40).

– Im Rahmen der ersten Lesung zur Revision der Richt- und Nutzungsplanung in der Stadt Zug schreibt der Stadtrat Zug in seinem Bericht vom 29. Januar 2008 zu Händen des Grossen Gemeinderats, für die Perlen der Entwicklung gemäss Entwicklungskonzept, für die Quartierentwicklung Guthirt und den Spezialfall Schönegg würden Bauzonen mit speziellen Vorschriften mit entsprechenden Nutzungsbestimmungen ausgeschieden. Wie bei allen Bauzonen mit speziellen Vorschriften bestehe Bebauungsplanpflicht.

– Aus den Abstimmungsunterlagen zur Urnenabstimmung vom 27. September 2009 betreffend die Ortsplanung Zug ergibt sich unter dem Titel «Wichtige Zonierungen im Überblick», dass eine Erweiterung der Bauzonen mit speziellen Vorschriften (BsV) mit den Gebieten Zurlaubenhof, Salesianum, Meisenberg sowie mit den Arealen Oesch, Stierenmarkt, dem alten Kantonsspital und dem südlichen Teil des V-Zug-Areals erfolgt sei. Mit dieser Zonierung würden Bestimmungen für spezielle Nutzungen geschaffen. Über die Bebauungsplanpflicht würden die angestrebte Qualität und das Mitspracherecht der Bevölkerung gewährleistet bleiben.

4. f/bb) Führt man sich die auf das Jahr 2006 zurückzuführende Entstehungsgeschichte der Sonderbauzonenvorschrift Salesianum (§ 53 BO) vor Augen, so ist zu sehen, wie alle beteiligten Instanzen bestrebt waren, den jeweils besonderen Charakter der als «Perlen» definierten Gebiete mit baurechtlichen Mitteln zu bewahren, ohne sich dabei jedoch einer baulichen Weiterentwicklung zu verschliessen. Klar wird auch, dass sowohl der Regierungsrat wie auch die Planungsbehörden der Stadt Zug und der Stadtrat Zug das öffentliche Interesse am Erhalt dieser als repräsentativ bezeichneten Orte als besonders gewichtig einstuften und sie sich in ihren Überlegungen nicht nur auf die Bauten an sich beschränkten, sondern dabei auch in hohem Masse auf die Umgebung achteten, in welche die Bauten eingebettet waren. Bereits im Entwurf zur Bauordnung vom 19. Juni 2007 war vorgesehen, spezielle Bauzonen für die «Perlen» zu schaffen, in denen ein besonders sorgfältiger Umgang mit der Umgebung, der Landschaft und den kulturellen Werten vorgeschrieben und nicht zuletzt auch mit Blick auf diese Qualitätsvorgaben eine Bebauungsplanpflicht eingeführt wurde. Auf Empfehlung der kantonalen Baudirektion fanden sodann differenzierte Bestimmungen Eingang in die Bauordnung (vgl. § 49 BO «Lüssi», § 51 BO «Zurlaubenhof», § 53 BO «Salesianum», § 54 BO «Meisenberg»). Der Stadtrat Zug schloss sich somit der Ansicht der kantonalen Baudirektion an, wonach sich eine gesonderte Behandlung jeder einzelnen «Perle» mit unterschiedlichen Zweckbestimmungen in der Bauordnung aufgrund des hohen öffentlichen Interesses an der baulichen Entwicklung an diesen sensiblen Orten und auch aus Qualitätsüberlegungen aufdrängte. Ein Vergleich der jeweiligen speziellen Zonenvorschriften erhellt, dass bei allen «Perlen» eine Bebauungsplanpflicht bei Neubauten verankert wurde. Auch ist bei allen diesen Gebieten gesetzlich verankert, dass das jeweilige Areal in seinem Charakter und Erscheinungsbild zu erhalten ist. Speziell beim Salesianum ist im Vergleich zu den anderen «Perlen» hingegen die Nutzungsbestimmung im ersten Absatz (Nutzung für Schulen, Kultur und Wohnen). Eine weitere charakteristische Bestimmung ist sodann das Erfordernis in § 53 Abs. 2 Satz 2 BO, wonach bei Erneuerungen und Änderungen bei bestehenden Bauten Auflagen der Denkmalpflege zu befolgen sind. Schliesslich findet sich nur beim Salesianum die Bestimmung, dass bei Neu- und Erweiterungsbauten die Grundmasse der Nutzungszone W2b gelten müssen (§ 53 Abs. 2 Satz 4 BO).

4. f/cc) Im historischen Gesamtzusammenhang erklärt sich somit das Erfordernis, wonach die Bauherrschaft auf dem Salesianum-Areal zunächst einen Bebauungsplan zu erarbeiten hat, in erster Linie mit dem Interesse des Gesetzgebers an einer qualitativ hochwertigen Architektur, welche sich in der sensiblen Gegend überdurchschnittlich gut in die Umgebung einordnet, dabei das Erscheinungsbild des

bestehenden Ensembles schont und den Charakter des gesamten Areals nicht verändert. Wie zudem aus den Erläuterungen des Stadtrats in der Broschüre zur Urnenabstimmung über die neue Bauordnung der Stadt Zug im September 2009 hervorgeht, diente das Institut des Bebauungsplans den Behörden in zweiter Linie dazu, Neubauten auf dem betreffenden Areal eine erhöhte demokratische Legitimation zu verleihen. Umgekehrt liefert der Rückblick auf die zuvor zitierten massgebenden Dokumente zur Entstehungsgeschichte der Sonderbauzonenvorschrift in § 53 BO nirgends einen Hinweis darauf, dass die involvierten Behörden die Verankerung der Bebauungsplanpflicht in der Bestimmung von § 53 Abs. 2 BO entscheidend auch deshalb anstrebten, weil sie auf dem Areal Salesianum Bauprojekte ermöglichen wollten, um von den ordentlichen kantonalen und gemeindlichen Bauvorschriften der Zone W2b abweichen zu können. Schon gar nicht ist ersichtlich, dass ihnen dabei Projekte vor Augen standen, die in einer derart ausgeprägten Weise von der Grundordnung abweichen würden wie vorliegend.

4. f/dd) Der Regierungsrat bringt im Rahmen einer historischen Argumentation vor, die Materialien liessen keinen anderen Schluss zu, als dass die Grundordnung W2b lediglich Ausgangspunkt sei, an dem sich der Bebauungsplan Salesianum prüfen lassen müsse. Im Planungsbericht nach Art. 47 RPV vom 19. Juni 2009 [recte: 19. Juni 2007] zur Ortsplanungsrevision werde in Ziffer 4.1 die «innere Verdichtung» als Ziel der Stadt Zug erklärt. Der Bebauungsplan werde dort als Planungsinstrument zur Sicherung «quartierspezifischer Verdichtungspotentiale» grösserer Gebiete ausdrücklich genannt. Mit einer Fläche von 20’238 m2 gehöre das Salesianum-Areal zweifellos zu den Gebieten, bei denen die Stadt Zug eine Verdichtung mittels Bebauungsplan angestrebt hätte. Dazu ist Folgendes zu sagen: Abgesehen davon, dass dieser letzte Satz lediglich eine Behauptung darstellt, die sich jedenfalls anhand der zuvor angeführten Planungsunterlagen nicht belegen lässt, übergeht der Regierungsrat in seiner Argumentation den Umstand, dass im von ihm angeführten Dokument die Planer an anderer Stelle ausdrücklich geschrieben haben, dass es bei den «Perlen der Entwicklung» nicht primär um eine dichte Nutzung gehe, sondern um den Erhalt der bestehenden Nutzung, respektive um eine der Lage entsprechende Weiterentwicklung. Dies bedeute in Bezug auf die «Perlen» zwar einen höheren Ausbaugrad und einen höheren Wohnanteil, insgesamt aber eine geringere Ausnützungsziffer (Vorprüfungsbericht nach Art. 47 RPV, S. 30). Im Anhang zu diesem Bericht ist sodann ersichtlich, dass die Planer das Fassungsvermögen der unbebauten Zonen für das Jahr 2020 gesondert nach Nutzungszonen berechneten. Dabei wurde pro Zone auch von einem realistischen Ausbaugrad ausgegangen. Auffallend ist nun, dass für die Bauzonen mit speziellen Vorschriften (BsV), wozu auch das Areal Salesianum gehört, der tiefste Ausbaugrad vorgesehen wurde, nämlich 75 %, während bei den anderen Zonen Ausbaugrade zwischen 80 % und 90 % erwartet wurden. Ebenfalls interessant ist, dass die Planer davon ausgingen, dass bei den BsV-Zonen im Gegensatz zu den übrigen Wohnzonen kein zusätzlicher Ausbaugrad durch Arealbebauungen realisiert werden würde (Vorprüfungsbericht nach Art. 47 RPV, Tabelle T 5, Zeilen 44 und 45). Im angeführten Bericht aus dem Jahr 2007 ging man in Bezug auf die als «Perlen der Entwicklung» identifizierten Gebiete also im Gegensatz zur Ansicht des Regierungsrats offenbar von einer anderen, fast wäre man geneigt zu sagen, von einer diametral entgegengesetzten baulichen Entwicklung aus. Jedenfalls enthält der Bericht, in welchem der Stadtrat Zug gemäss Vorwort die laufende Ortsplanungsrevision dokumentierte (Vorprüfungsbericht nach Art. 47 RPV, S. 1), nirgends eine Passage, welche die im angefochtenen Entscheid vom Regierungsrat vertretene Ansicht in Bezug auf das Areal Salesianum stützen würde.

4. f/ee) Im Rahmen einer historischen Auslegung ist zusammenfassend zum Schluss zu kommen, dass der Gesetzgeber mit der Einführung der Bebauungsplanpflicht in § 53 BO in erster Linie das Ziel verfolgte, auf dem Areal Salesianum qualitativ hochwertige Architektur zu ermöglichen und der Bevölkerung Mitspracherechte einzuräumen. Dass aufgrund eines Bebauungsplans in der Folge auch von den in § 53 Abs. 2 Satz 4 BO als anwendbar erklärten Grundmassen der Zone W2b abgewichen werden könnte, war im Gesetzgebungsprozess zwischen 2006 und 2009 dagegen kein Thema. Feststellen lässt sich aber, dass im Jahr 2007, zu Beginn des Planungsprozesses, allgemein davon ausgegangen wurde, dass die Ausnützung auf dem Areal Salesianum, wie auch in den übrigen damals als «Perlen der Entwicklung» bezeichneten Gebiete «Lüssi», «Zurlaubenhof» und «Meisenberg» eher tief sein soll, was heisst, dass eine dichte Nutzung dort nicht beabsichtigt war.

4. g) Ausgangspunkt für eine teleologische Auslegung, das heisst für eine Auslegung, bei der nach Sinn und Zweck der Regelung gefragt wird, ist der erste Satz von § 53 Abs. 2 BO. Dieser enthält, wie bereits festgestellt, eine absolut formulierte programmatische Zielvorgabe, an der die nachfolgenden Regelungen zu messen sind. Aufgrund dieses ersten Satzes wird deutlich, dass der Schutzgedanke das zentrale Element der gesamten Bestimmung ist. Dieser Schutzgedanke bezieht sich nicht nur auf die bestehenden historischen Bauten, sondern auf das gesamte Areal Salesianum. Wäre es anders, würde sich der erste Satz von § 53 Abs. 2 BO nämlich klarerweise lediglich auf die erhaltenswürdige Gebäudegruppe beziehen. Die nachfolgenden Bestimmungen lassen sich im Lichte dieses Schutzgedankens sodann allesamt als Mittel zum Zweck auffassen. Auffallend dabei ist, dass Neubauten auf dem Areal zwar möglich sein sollen, dass der Gesetzgeber im Lichte des anzustrebenden Ziels diese Möglichkeit aber bewusst beschränkt, etwa mit dem Einordnungsgebot und dem Verweis auf die Grundmasse der Zone W2b. Die Bebauungsplanpflicht erscheint unter diesem Blickwinkel somit ebenfalls als Sicherungsmassnahme, welche im Dienste dieser Baueinschränkung steht. In den Vordergrund rücken somit die in Erwägung 3. a/cc) aufgeführten im öffentlichen Interesse liegenden Vorteile, welche sich bei einem Bauvorhaben auf der Grundlage eines Bebauungsplans realisieren lassen, worauf hier verwiesen werden kann. Derjenige Vorteil des Bebauungsplans, der in hohem Masse im privaten Interesse eines Bauwilligen liegt, nämlich die Möglichkeit von der Grundordnung abweichen und damit insbesondere eine höhere Ausnützung auf dem Grundstück realisieren zu können, tritt im Lichte des im ersten Satz der Bestimmung enthaltenen Schutzgedankens jedoch klar in den Hintergrund. Die Beschwerdeführer haben in diesem Zusammenhang zu Recht angeführt, dass es geradezu widersinnig wäre, wenn man das vom Gesetzgeber postulierte Schutzbedürfnis des gesamten Areals über einen Bebauungsplan beliebig unterlaufen könnte und die planerisch und demokratisch abgestützte sowie gleichzeitig austarierte Grundordnung im betreffenden Gebiet ihres Sinngehalts entleeren könnte. Anhand dieser Überlegungen wird klar, dass den als massgeblich bezeichneten Grundmassen der Zone W2b kein Richtliniencharakter zukommen kann, wie vom Regierungsrat im angefochtenen Entscheid vorgetragen wurde. Die Grundmasse der Zone W2b sind nach Sinn und Zweck der gesamten Bestimmung als zwingend einzuhaltende Eckwerte zu verstehen, was die Beschwerdeführer ebenfalls richtig erkannt haben. Ebenfalls ist anhand dieser Betrachtungen zum Schluss zu kommen, dass die Bebauungsplanpflicht als ein absolut geltendes Erfordernis zu betrachten ist; denn nur mit einem Bebauungsplan lassen sich die zahlreichen im öffentlichen Interesse liegenden Vorteile bei einer Neuüberbauung auf dem Areal Salesianum realisieren. Nur dann besteht Gewähr, dass der Charakter und das Erscheinungsbild des Grundstücks erhalten bleiben.

4. h/aa) Es ist nunmehr auf weitere Rügen einzugehen, mit denen die Beschwerdegegner diese Auslegung von § 53 Abs. 2 BO in Frage gestellt haben. Der Stadtrat Zug bringt vor, die Materialien zur Teilrevision der Ortsplanung Zug würden die von den Beschwerdeführern vertretene Auslegung von § 53 BO nicht stützen. Aus gesetzestechnischer Sicht hätte man für jede Zone mit speziellen Vorschriften die Nutzungsmasse separat bestimmen können. Dies habe der Gesetzgeber jedoch als nicht sinnvoll erachtet. Es habe nahe gelegen, auf bereits bestehende Regelungen zu verweisen. Deshalb sei für die Zone mit speziellen Vorschriften Salesianum die Grundnutzung der Zone W2b definiert worden. Ein Verbot, von dieser Zone mittels Bebauungsplan abzuweichen, sei mit dieser Festlegung nicht erlassen worden. Vielmehr sei so die Ausgangslage für künftige Abweichungen mittels Bebauungsplan klar geworden. Im Übrigen sei die von den Beschwerdeführern vertretene Auffassung gar nicht Gegenstand der politischen Diskussion gewesen. Der Regierungsrat entgegnet in diesem Zusammenhang, wenn der Gesetzgeber die Auslegung im Sinne der Beschwerdeführer gewollt hätte, hätte er dies mit folgendem Wortlaut der Norm klarstellen können: «Es gelten die Grundmasse der Zone W2b, die zwingend einzuhalten sind auch bei Erlass eines Bebauungsplans». Auf der anderen Seite habe der Gesetzgeber auch nicht das Gegenteil gesagt, zum Beispiel mit folgender Formulierung: «Mit einem Bebauungsplan darf von den Grundmassen der Zone W2b abgewichen werden.» Der Grosse Gemeinderat habe mit seinem Entscheid zum Bebauungsplan Salesianum vom 22. März 2011 und damit in Auslegung von § 53 Abs. 2 BO klargestellt, dass mit einem Bebauungsplan von den Grundmassen der Zone W2b abgewichen werden dürfe. Die Stimmberechtigten hätten an der Urnenabstimmung vom 27. November 2011 diese Auslegung bestätigt. Aus den Akten der Vorprüfung der Baudirektion vom 23. November 2009 ergebe sich nichts anderes. Diese Vorprüfung habe sich vorwiegend auf den Bebauungsplan vom 29. Mai 2009

bezogen, als der heutige § 53 BO noch nicht in Kraft gewesen sei. Die prüfende Baudirektion habe dabei aber den heute geltenden Paragraphen erwähnt, vollständig zitiert und darauf hingewiesen, dass der Genehmigung die neue Ortsplanung zu Grunde gelegt werde, falls diese zum Zeitpunkt der definitiven Genehmigung rechtskräftig sei. In Kenntnis dieser Umstände habe die Baudirektion aber nicht darauf hingewiesen, dass unter dem Regime von § 53 BO ein Abweichen von den Grundmassen der Zone W2b nicht zulässig sei. Die damalige Vorprüfung habe lediglich verlangt, dass die geplanten Bauten «zu reduzieren» seien. Die Vorprüfung habe damit eine Vertrauensgrundlage in dem Sinne gebildet, dass mit dem Bebauungsplan Salesianum von den in § 53 BO erwähnten Grundmassen abgewichen werden könne.

4. h/bb) Im Lichte der zuvor ausführlich durchgeführten Auslegung von § 53 BO erweisen sich diese Vorbringen allesamt als nicht stichhaltig. Es kann in diesem Zusammenhang insbesondere auf die systematische Auslegung verwiesen werden. Wäre es tatsächlich so gewesen, wie der Stadtrat Zug vorbringt, dass der Gesetzgeber gewissermassen der Einfachheit halber integral auf eine Grundordnung verweisen wollte, um nachher auch Klarheit bezüglich der Ausgangslage für Bebauungspläne zu schaffen, so lässt sich kaum erklären, warum der Gesetzgeber in gewissen Sonderbauzonen, in denen Bebauungsplanpflicht besteht, auf diesen Verweis verzichtet hat. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber kein ausdrückliches Verbot erlassen hat, um mittels Bebauungsplan von einer Grundnutzung abweichen zu können, heisst entgegen den Meinungen von Stadt- und Regierungsrat ausserdem noch lange nicht, dass dem historischen Gesetzgeber nicht auch ein derartiges Verbot vor Augen stand. Die Entstehungsgeschichte der Norm, wie sie hiervor ausgebreitet wurde, lässt diesen (gegenteiligen) Schluss jedenfalls als viel naheliegender erscheinen. Mit Blick auf das hohe öffentliche Interesse, Charakter und Erscheinungsbild des Areals zu erhalten, wie dieses mit der absolut formulierten programmatischen Zielvorgabe im ersten Satz von § 53 Abs. 2 BO unmissverständlich zum Ausdruck gebracht wurde, deutet vieles darauf hin, dass der Gesetzgeber damals eine ausdrückliche Verbotsregelung im Zusammenhang mit der Bebauungsplanpflicht schlicht für überflüssig hielt. Es war angesichts der Umstände für die Beteiligten bereits hinreichend klar, dass der Verweis auf die Grundmasse der Zone W2b im vorangehenden Satz genau das beabsichtigte Verbot beinhaltete. Dies erklärt denn auch, warum die Frage, ob auf dem Areal Salesianum dereinst von den Grundmassen der Zone W2b abgewichen werden darf oder nicht, im anschliessenden politischen Meinungsbildungsprozess gar kein Thema war, wie der Stadtrat Zug festgestellt hat. Nicht gefolgt werden kann nach dem Gesagten der Ansicht des Regierungsrats, wonach der Grosse Gemeinderat – und im Anschluss daran auch die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger der Stadt Zug – die von Regierungs- und Stadtrat favorisierte Auslegung von § 53 Abs. 2 BO bestätigt hätten. Eine Bestätigung durch diese Instanzen war damals gar nicht möglich, da, wie aus den Akten hervorgeht, eine mögliche unterschiedliche Auslegung dieses Paragraphen gar nicht Gegenstand der politischen Debatte war. Es bestand diesbezüglich gar kein Problembewusstsein. Schliesslich ändern auch die Ausführungen des Regierungsrats zum Vorprüfungsverfahren im Jahr 2009 nichts an dieser Betrachtungsweise. Wie aus dem entsprechenden Dokument (Beilage 4 der Beschwerdeführer im Vorverfahren) hervorgeht, erfolgte die gesamte Vorprüfung ausdrücklich auf der Grundlage der Bauordnung 1994. Die von der Baudirektion angeführte noch nicht in Kraft stehende Regelung wurde dagegen im einleitenden mit «Ausgangslage» überschriebenen Teil wiedergegeben. Diese Wiedergabe erfolgte sachlich, das heisst ohne weitergehende Interpretation. Schon gar nicht lässt sich den entsprechenden Passagen entnehmen, dass die Baudirektion den massgebenden Paragraphen in die eine oder andere Richtung ausgelegt hätte, wie dies der Regierungsrat zu suggerieren scheint. Der Hinweis auf die sich möglicherweise ändernde Rechtslage auf Seite 3 in der Vorprüfung, ist nichts weiter als ein Vorbehalt. Die Behörde stellte damit klar, dass die Vorprüfung aufgrund der unsicheren Rechtslage vom Empfänger nicht zum Nennwert genommen werden durfte. Angesichts dieser Ausgangslage lässt sich die Ansicht des Regierungsrats, wonach die Baudirektion mit ihrer provisorischen Vorprüfung im Jahr 2009 eine Vertrauensgrundlage hinsichtlich der Auslegung von damals noch gar nicht in Kraft stehenden Bauordnungsbestimmungen gebildet habe, nicht nachvollziehen.

4. i) Eine Auslegung von § 53 Abs. 2 BO und insbesondere seines vierten Satzes führt somit bei allen vier bekannten Auslegungsmethoden zum gleichen Resultat. Aufgrund dieser Bestimmung muss bei

Neubauten in der Sonderbauzone Salesianum ein Bebauungsplan erlassen werden, in dem nicht von den Grundmassen der Zone W2b abgewichen werden darf. Indem der Regierungsrat im angefochtenen Entscheid einen Bebauungsplan gestützt hat, der ein Projekt ermöglicht, das in mehreren Punkten ganz erheblich, zum Teil massiv, von den Grundmassen der Zone W2b abweicht, hat er Recht verletzt. Die Auslegung der Bestimmung von § 53 Abs. 2 BO hat des Weiteren ergeben, dass in erster Linie der Schutz des Erscheinungsbilds und des Charakters des Grundstücks Nr. 1487 angestrebt wurde. Neubauten haben somit auf den aktuell überwiegend ländlichen Charakter des Grundstücks Rücksicht zu nehmen. Indem der Regierungsrat einen Bebauungsplan mit einer Zweckbestimmung gutgeheissen hat, welcher der programmatischen Zielvorgabe in § 53 Abs. 2 Satz 1 BO widerspricht, hat er ebenfalls Recht verletzt.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 10. Juni 2013 V 2012 / 106

Art. 21 und Art. 27 RPG, § 35 PBG
Regeste:

Art. 21 und Art. 27 RPG, § 35 PBG – Verbindlichkeit und Anpassung von Nutzungsplänen verschiedener Art (Zonen-, Sondernutzungspläne etc.). Sicherung der nachfolgenden Planung mittels einer Planungszone, wobei bei deren Erlass die Voraussetzungen für die sachgerechte Anpassung des Nutzungsplanes an aktuelle Bedürfnisse bereits gegeben sein müssen. Kriterien sind dies: erheblich veränderte Verhältnisse seit der letzten Planung sowie zusätzlich Notwendigkeit der Anpassung. Zu berücksichtigen sind dabei Alter und Art des Planes, dessen Aussagedichte oder Realisierungsstand, Art der Änderungsgründe und Auswirkungen auf die Nutzungsmöglichkeiten der betroffenen Eigentümer. Es ist eine Abwägung des öffentlichen Interesses an der Änderung gegenüber dem privaten Interesse an Planbeständigkeit, Schutz des Vertrauens und der Eigentumsgarantie vorzunehmen.

Aus dem Sachverhalt:

A. Am 2. Februar 2011 beschloss der Gemeinderat Unterägeri mit Bezug auf das Gebiet Schönwart / Oberacher was folgt:

«1. Es wird für das Gebiet Schönwart / Oberacher, Umfang gemäss Plan, eine Planungszone gemäss Art. 27 RPG i.V.m. § 35 PBG erlassen. Im Gebiet der Planungszone besteht ein generelles Bauverbot.

2. Bestehende rechtmässige Bauten und Anlagen im Gebiet Schönwart / Oberacher dürfen im Rahmen der Bestandesgarantie erneuert, teilweise geändert und massvoll erweitert oder wiederaufgebaut werden. Neubauten sind nicht zulässig, dies mit Ausnahme von Kleinbauten, welche mit einem Revers (Verzicht auf Entschädigung bei einer allfälligen Beseitigung) bewilligt werden können.

3. Diese Planungszone gilt bis zu deren Aufhebung, längstens aber für fünf Jahre. Diese Frist kann um höchstens zwei Jahre verlängert werden (§ 35 Abs. 2 PBG).»

Der Beschluss wurde in der Folge vom 11. Februar 2011 bis zum 14. März 2011 öffentlich aufgelegt. Gegen diesen Beschluss liess die X AG am 11. März 2011 Einsprache einreichen, welche vom Gemeinderat mit Einspracheentscheid vom 14. Juni 2011 abgewiesen wurde. Dagegen liess die X AG am 4. Juli 2011 beim Regierungsrat Beschwerde einreichen und beantragen, der Beschluss des Gemeinderates sei aufzuheben und die Planungszone sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen nicht zu bestätigen. Mit Beschluss vom 13. Dezember 2011 wies der Regierungsrat die Beschwerde ab, soweit er darauf eintrat. Zur Begründung führte der Regierungsrat im Wesentlichen aus, mit den Vorschriften von Art. 27 RPG und § 35 PBG sei eine hinreichende gesetzliche Grundlage für den Erlass einer Planungszone gegeben. Im Rahmen der im Jahr 2008 abgeschlossenen Gesamtrevision der Ortsplanung sei es im Gebiet Schönwart/Oberacher zu Neueinzonungen gekommen. In den gleichzeitig beschlossenen Richtplänen Siedlung und Landschaft sei festgehalten worden, dass in diesem und weiteren explizit bezeichneten Gebieten die Bebauungen besondere Rücksicht auf die exponierte

landschaftliche Lage nehmen müssten. Trotzdem habe der Gemeinderat keine höheren gestalterischen Anforderungen in die Bauordnung aufgenommen. Nur drei Jahre nach Inkrafttreten der Ortsplanungsrevision könne der Gemeinderat nicht bereits die allgemeinverbindlich geregelten gestalterischen Vorschriften für dieses Gebiet wieder ändern. Viel wesentlicher sei aber die Feinerschliessung für das Siedlungserweiterungsgebiet Schönwart, welches im kommunalen Verkehrsrichtplan ab dem Höhenweg planlich festgelegt worden sei. Nachdem die Bemühungen der X AG für eine den Vorstellungen der Ortsplanungsrevision entsprechende gemeinsame Erschliessung des gesamten Baugebietes gescheitert seien, diese und eine weitere Bauherrschaft daraufhin Baugesuche mit einer separaten Erschliessung ihrer Parzellen ab dem Höhenweg eingereicht hätten, sei der Gemeinderat zum Handeln gezwungen worden, da an der gemeinsamen Erschliessung ein öffentliches Interesse bestehe. Die Voraussetzungen von Art. 21 Abs. 2 RPG, namentlich eine erhebliche Veränderung der Verhältnisse, müssten noch nicht im Zeitpunkt des Erlasses der Planungszone, sondern erst beim Erlass des Sondernutzungsplanes, namentlich des Strassen- oder sogar Bebauungsplanes, gegeben sein. Die manifestierte Bauabsicht der X AG mit der nicht verkehrsrichtplankonformen Erschliessung genüge als Grundlage. Verlangt werde aber eine gefestigte Planungsabsicht der Behörde, womit die bestehende Ordnung geändert werden solle. An die Konkretisierung sei hingegen kein hoher Massstab anzulegen. Sollten sich die betroffenen Grundeigentümer über die verkehrsrichtplankonforme Erschliessung einigen können, werde man über die Aufhebung der Planungszone diskutieren können, da es letztlich unerheblich sei, wie man schliesslich zur gemeinsamen Erschliessung gelange. Die Planungszone mit der Geltungsdauer von 5 Jahren stelle keinen unzulässigen Eingriff in die Eigentums-, Handels- oder Gewerbefreiheit dar. Eine Bausperre als vorgeschlagene Alternative mache keinen Sinn, da diese nur ein einzelnes Grundstück betreffe. Mit dem Erlass der Planungszone werde verhindert, dass andere Grundeigentümer im fraglichen Gebiet Zeit und Energie für die Ausarbeitung von Baugesuchen investierten, welche ihrerseits dann auch mit Bausperren belegt werden müssten. Die Planungszone verfüge über eine gesetzliche Grundlage, liege im öffentlichen Interesse und sei verhältnismässig.

Gegen diesen Beschluss liess die X AG am 16. Januar 2012 Beschwerde einreichen und beantragen, der Beschluss des Regierungsrates und die Planungszone seien unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners aufzuheben. Zur Begründung wurde – kurz zusammengefasst – ausgeführt, dass mit dem Erlass der streitigen Planungszone nur zwei Jahre seit der Inkraftsetzung der Ortsplanungsrevision der Grundsatz der Planbeständigkeit von Art. 21 Abs. 2 RPG verletzt werde. Entgegen der Ansicht des Regierungsrates müssten sich bereits bei Erlass der Planungszone die Verhältnisse erheblich verändert haben und nicht erst beim späteren Erlass des Sondernutzungsplanes. Die Verhältnisse der bei der letzten Ortplanungsrevision neu eingezonten Grundstücke seien bekannt gewesen und in die planerischen Überlegungen einbezogen worden. Je neuer die Nutzungsplanung sei, desto bedeutsamer sei der Grundsatz der Planbeständigkeit. Die Bauabsichten der X AG und anderer bauwilliger Personen stellten keine erheblichen Veränderungen dar; das Vertrauen der X AG in die Bebauungsmöglichkeiten sei als gewichtig einzustufen. Des Weiteren bestehe kein öffentliches, und schon gar kein besonders qualifiziertes, Interesse an der Sicherung der richtplankonformen Erschliessung sowie der gestalterisch guten Einpassung der Bebauung ins Ortsbild. Eine Pflicht zum gemeinsamen Anschluss aller Parzellen im fraglichen Gebiet über einen genau definierten Anschlusspunkt – sofern dies wirklich beabsichtigt gewesen wäre – hätte Eingang in die Nutzungsplanung finden müssen (z. B. in Form einer Bebauungsplanpflicht). Die gestalterischen Vorstellungen und die Zweckmässigkeit der Erschliessung könne der Gemeinderat im Baubewilligungsverfahren einbringen und prüfen. Es liege zudem keine einigermassen verfestigte und begründete Planungsabsicht der Gemeinde vor. Der Gemeinderat habe beispielsweise zwei Jahre benötigt, bis er nur den Entwurf eines Leitbilds zur Planungszone Schönwart/Oberacher präsentiert habe. Er strebe primär eine privatrechtliche Einigung unter den Grundeigentümern an. Er habe die Planungszone quasi auf Vorrat erlassen. Angesichts des bisherigen Verhaltens des Gemeinderates bestehe keine Gewähr, dass dieser die maximale Geltungsdauer einer Planungszone von sieben Jahren nicht ausschöpfe. Auch sei die Verhältnismässigkeit der Anordnung nicht gegeben.

Nach Beschwerdeeingang versuchten die Parteien, eine gütliche Einigung betreffend die gestalterischen

Anforderungen und Erschliessung (unter Einbezug eines von der Planungszone ebenfalls betroffenen Eigentümers des GS Nr. 001, der zurzeit aber noch keine Bauabsichten hegt) zu treffen. Da diesem Vorhaben kein Erfolg beschieden war, wurde das Beschwerdeverfahren fortgeführt.

Aus den Erwägungen:

1. (. . .)

2. Vorerst ist zu prüfen, ob die vom Gemeinderat Unterägeri am 2. Februar 2011 beschlossene Planungszone Schönwart/Oberacher zwecks Planung und Sicherung der (auch richtplankonformen) Erschliessung gegen den Grundsatz der Planbeständigkeit gemäss Art. 21 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG, SR 700) verstösst. Nicht mehr Gegenstand ist in diesem Verfahren, ob mit dieser Planungszone auch noch höhere Anforderungen in Bezug auf die Einordnung und Gestaltung hätten gesichert werden können. Für diesen Bereich erachtete der Regierungsrat die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Planungszone als nicht gegeben. Die diesbezüglichen Ausführungen unter Ziff. 19 in der Beschwerdeantwort des Gemeinderats Unterägeri, wonach es ihm entgegen der Erwägungen im regierungsrätlichen Entscheid nach wie vor möglich sei, die (gestalterischen) Bauvorschriften anzupassen oder zu konkretisieren und dies mittels der Planungszone sicherzustellen, gehen fehl. Da der Beschwerdegegner 1 seinerseits den Entscheid des Regierungsrates nicht angefochten hat und das Zuger Verwaltungsrechtspflegegesetz keine Anschlussbeschwerde kennt, muss er sich den Entscheid des Regierungsrates entgegenhalten lassen.

3.

a) Gemäss Art. 21 RPG sind Nutzungspläne für jedermann verbindlich. Haben sich die Verhältnisse erheblich verändert, so werden sie überprüft und nötigenfalls angepasst. Da Planung ein arbeits-, kosten- und zeitintensiver Prozess ist, bedarf es unter Umständen eines Instrumentes, das sichert, dass die künftige Planung nicht gefährdet bzw. die Entscheidungsfreiheit der Planungsträger nicht eingeschränkt wird. Zu diesem Zweck kann die Behörde, sofern Nutzungspläne angepasst werden müssen oder noch keine vorliegen, für genau bezeichnete Gebiete Planungszonen bestimmen. Innerhalb der Planungszone darf nichts unternommen werden, was die Nutzungsplanung erschweren könnte (Art. 27 Abs. 1 RPG). Planungszonen dürfen für längstens fünf Jahre bestimmt werden; das kantonale Recht kann eine Verlängerung vorsehen (Art. 27 Abs. 2 RPG). Im Kanton Zug wird die Sicherung von Planungen im 5. Abschnitt des Planungs- und Baugesetzes vom 26. November 1998 (PBG, BGS 721.11) geregelt. Nebst der Anordnung einer Bausperre (§ 33) und eines Baulinienraumes (§ 34) steht als Sicherungsinstrument die Planungszone zur Verfügung, welche von der zuständigen Behörde im Sinne des RPG beschlossen werden kann (§ 35 Abs. 1). Planungszonen werden mit ihrer öffentlichen Auflage wirksam. Die zuständige Behörde bemisst sie auf längstens fünf Jahre, wobei die Geltungsdauer um höchstens zwei Jahre verlängert werden kann (§ 35 Abs. 2).

b) Artikel 21 RPG gilt für alle Arten von Nutzungsplänen, d.h. neben den Zonenplänen hat er auch Geltung für die verschiedenen Sondernutzungspläne (Waldmann / Hänni, Handkommentar RPG, 2006, Art. 21 N 3 mit Verweisen). Die Verbindlichkeit entsteht mit dem Eintritt der Gültigkeit des Nutzungsplanes, d.h. zu dem Zeitpunkt, in dem dieser von der kantonalen Behörde im Sinne von Art. 26 RPG genehmigt worden ist und damit formell rechtskräftig wird. Nutzungspläne müssen regelmässig überprüft und angepasst werden, denn Raumplanung im Allgemeinen und Nutzungsplanung im Besonderen ist eine permanente Aufgabe, die Veränderungen der Verhältnisse und neue Erkenntnisse zu berücksichtigen hat. Planung ist nur dann sachgerecht, wenn sie nötigenfalls mit der Wirklichkeit in Übereinstimmung gebracht wird. Die Eigentumsgarantie steht einer Überprüfung und Anpassung der Nutzungsplanung nicht entgegen. Sie vermittelt dem Eigentümer keine Garantie, dass sein Land dauernd in der Nutzungszone verbleibt, der es einmal zugewiesen worden ist. Der Überprüfung und Anpassung von Nutzungsplänen können aber öffentliche und private Interessen entgegenstehen. Aus der Sicht der Rechtssicherheit ist zu beachten, dass die Nutzungspläne ihren Zweck der Schaffung einer grundeigentümerverbindlichen und

parzellenscharfen Nutzungszone nur erfüllen können, wenn sie eine gewisse Beständigkeit aufweisen (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 21 N 12 mit Verweis auf BGE 123 I 182 f.). Nutzungspläne werden von der Einwohnergemeindeversammlung in einem formellen Verfahren gemäss §§ 39 ff. PBG erlassen und sollen volle Wirkung entfalten. Entsprechend müssen sie längere Zeit in Kraft bleiben. Die ständige Überprüfung und die jederzeitige vorbehaltlose Änderung von Nutzungsplänen stehen im Widerspruch zum Grundsatz der Planbeständigkeit. Gegen eine jederzeitige Abänderung von Nutzungsplänen kann auch der Grundsatz des Vertrauensschutzes angerufen werden. Ohne besondere Zusicherung des zur Planänderung zuständigen Organs kann sich ein Betroffener aber nicht auf einen rechtsgültigen Zonenplan verlassen, und hat nachträgliche Planänderungen hinzunehmen. Wenn das zuständige Organ hinsichtlich der Geltungsdauer des Planes keine speziellen Zusicherungen abgegeben hat, so kann sich der Grundeigentümer doch in jedem Falle auf das – mit dem Prinzip von Treu und Glauben verwandte, aber keine besondere Vertrauenssituation voraussetzende – Gebot der Rechtssicherheit berufen, welches verlangt, dass Zonenpläne eine gewisse Beständigkeit aufweisen und daher nur aus gewichtigen Gründen geändert werden. Es handelt sich dann um eine Frage der Interessenabwägung, welche nicht nur unter dem Gesichtswinkel von Treu und Glauben, sondern unter jenem der Eigentumsgarantie zu prüfen ist (BGE 102 Ia 331 ff. Erw. 3d).

c) Artikel 21 Abs. 2 RPG trägt dem Spannungsfeld der sich widerstreitenden Interessen Rechnung: Einerseits hält er fest, dass Nutzungspläne revidiert werden können, damit Planung und Wirklichkeit bei Bedarf in Übereinstimmung gebracht werden können. Andererseits verlangt er für die Änderung von Plänen, dass sich die Verhältnisse erheblich geändert haben, was wiederum dem Grundsatz der Planbeständigkeit Rechnung trägt (BGE vom 21. September 2005, 1A.125/2005 Erw. 4.1). Für den Erlass einer Planungszone, welche ein Instrument zur Sicherung der nachfolgenden Planung darstellt, wird daher vorausgesetzt, dass sich neue Verhältnisse ergeben haben. Inwieweit diese neuen Verhältnisse eine Anpassung der Nutzungsordnung verlangen, kann beim Erlass der Planungszone noch nicht feststehen, denn diese Frage ist erst Gegenstand der Prüfung im eigentlichen Nutzungsplanverfahren. Insofern kann dem Gebot der Rechtssicherheit beim Erlass einer Planungszone zum vornherein nur beschränkte Bedeutung zukommen. Allerdings gilt auch hier, dass ein Zonenplan seinen Zweck nur erfüllen kann, wenn er eine gewisse Beständigkeit aufweist. Dies bedingt, dass das Interesse an der Beständigkeit der Planung bei der allgemeinen Interessenabwägung vor dem Erlass der Planungszone berücksichtigt wird. Eine Planungszone steht aber dann mit der Rechtssicherheit im Widerspruch, wenn schon eine blosse Überprüfung der bisherigen Zonenordnung so gut wie ausgeschlossen werden muss, weil die Nutzungsvorschriften eben erst den bestehenden Verhältnissen angepasst wurden oder sich seit deren Erlass keinerlei Änderungen ergeben haben, die sich für die Raumplanung als erheblich erweisen könnten (vgl. Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 27 N 24 mit Verweisen).

Für die Frage, ob die Veränderung der Verhältnisse erheblich ist und damit ein öffentliches Interesse an einer Planänderung besteht, bedarf es nach der Praxis des Bundesgerichts einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung unter anderem der Geltungsdauer des anzupassenden Zonenplans, seines Inhalts, des Ausmasses der beabsichtigten Änderung und deren Begründung (vgl. BGE 128 I 190 ff. Erw. 4.2).

aa) Als erheblich veränderte Verhältnisse, deren Änderung eine Plananpassung rechtfertigen, kommen sowohl tatsächliche (wie z. B. Bevölkerungswachstum, Wirtschaftsentwicklung, Bedrohung eines Landschaftsbildes oder eines Lebensraumes, neue Erschliessungsverhältnisse) als auch rechtliche Umstände (wie Anpassung des Planungs- und Umweltrechts, Revision der Richtplanung, ergangene Rechtsprechung) in Frage (Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 21 N 15 mit verschiedenen Verweisen). Damit man von einer erheblichen Veränderung sprechen kann, müssen die tatsächlichen oder rechtlichen Umstände, die damals der Planung zugrunde gelegen haben, zu einem wesentlichen Teil weggefallen sein. Andererseits können sich auch aus der Entstehung neuer Bedürfnisse erheblich veränderte Umstände ergeben. An den Voraussetzungen für eine Planänderung fehlt es aber, wenn die Verhältnisse bei der früheren Planfestsetzung schon bekannt waren und somit bereits in die planerischen Entscheidungen eingeflossen sind. Das Vorliegen von erheblich veränderten Verhältnissen wurde nach

der Praxis des Bundesgerichts in folgenden Fällen bejaht (zitiert nach Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 21 N 17): Beim Erlass des alten Zonenplans war die Gefährdung der Brutplätze des Eisvogels durch eine Überbauung nicht bekannt, ebenso wenig waren die Biotop-Bestimmungen des NHG in Kraft (BGE 118 Ib 495); der Erlass eines Massnahmenplans bzw. die Revision eines bestehenden Massnahmenplans zur Reduktion einer übermässigen Luftbelastung kann eine Planänderung rechtfertigen (BGE 119 Ib 485); Anpassung der Nutzungspläne an die Entwicklung des Flugplatzes Lugano-Agno (BGE 125 II 685); der Verlust der strassenmässigen Erschliessung einer Industriezone und die Verlagerung des Schwerverkehrs in ein anderes Quartier ergeben neue Verhältnisse, die eine Anpassung der kommunalen Erschliessungsplanung rechtfertigen (BGE 127 I 108); die Intensivierung der Lärmbelastung wegen einer markanten Zunahme des Strassenverkehrs stellt eine erhebliche Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse dar (BGE vom 7. April 2005, 1P.37/2005); erheblicher Nachfragedruck nach weiterem Bauland (BGE 111 II 328).

bb) Auch wenn sich die Verhältnisse erheblich geändert haben, sind die Nutungspläne nur «nötigenfalls» anzupassen. Im Rahmen der Prüfung dieser Frage hat eine Interessenabwägung stattzufinden, bei der zu prüfen ist, ob das durch die wesentlich veränderten Verhältnisse begründete öffentliche Interesse an einer Änderung des Nutzungsplanes die entgegenstehenden Interessen an der Beständigkeit des bestehenden Nutzungsplanes zu überwiegen vermag. Für Nutzungspläne, die unter der Herrschaft des RPG entstanden sind, gilt die Vermutung der Rechtmässigkeit. Bei der Abwägung der Gründe, welche für eine Planänderung sprechen, sind nach der Praxis des Bundesgerichts (zitiert bei Waldmann/Hänni, a.a.O., Art. 21 N 20) folgende Kriterien von Bedeutung:

– Alter der Nutzungspläne: Je neuer ein Plan ist, desto mehr darf mit seiner Beständigkeit gerechnet werden und desto schwieriger wird die Widerlegung der Vermutung seiner Gültigkeit. Andererseits sind Zonenpläne in der Regel nach 15 Jahren (Art. 15 lit. b RPG) zu überarbeiten. Bei der Berechnung der Dauer des Bestandes einer Nutzungsplanung ist – wie bereits erwähnt – auf den Zeitpunkt der Genehmigung durch die kantonale Behörde abzustellen und nicht auf den gemeindlichen Beschluss über die Ortsplanung. Eine gewandelte Einstellung der Planungsorgane hinsichtlich der Wünschbarkeit einer bestimmten Nutzung kann für sich allein eine Änderung nach wenigen Jahren nicht rechtfertigen. Je näher aber die Revision der Nutzungsplanung der Frist von 15 Jahren kommt, desto eher dürfen geänderte Anschauungen und Absichten berücksichtigt werden. Sind die Gründe für eine Anpassung gewichtig genug, so ist eine Anpassung auch vorher zulässig. Im Fall von Plänen, die erst seit 1–2 Jahren in Kraft sind, braucht es ganz besondere Gründe (BGE 128 I 190 ff. Erw. 4.2: (. . .) «dans des circonstances exceptionelles (. . .). Im Entscheid BGE 1P.489/2001 Erw. 4b führte das Bundesgericht diesbezüglich aus: «Die Änderung eines derart jungen Zonenplanes ist nach der (. . .) dargelegten Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt von Art. 21 Abs. 2 RPG nur zulässig, wenn sich dieser im Nachhinein als krass fehlerhaft herausstellen würde oder sich die rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse in der kurzen Zeit so einschneidend verändert hätten, dass sich eine rasche Anpassung geradezu aufdrängte».

– Art der für die Änderung geltend gemachten Gründe: Die Abgrenzung zwischen erheblichen und unerheblichen Veränderungen ist im Sinne einer Interessenabwägung vorzunehmen. Als gewichtige Gründe gelten: Revision des Umweltrechts, die zwingend nach einer parzellenscharfen Abgrenzung verlangt; Revision des Richtplans; Planungsgrundsätze nach Art. 3 RPG, deren Beachtung nach einer neuen zonenrechtlichen Ordnung verlangt; Korrektur von Planungsfehlern; Entscheide eines oberen Gerichts, welches das bisherige Planungskonzept, das der Nutzungsplanung zugrunde lag, für ungültig erklärte.

– Auswirkungen der Planänderung auf die Nutzungsmöglichkeiten des Eigentümers: Je einschneidender sich die Änderung auswirkt, desto gewichtiger müssen die dafür sprechenden Gründe sein.

– Als Kriterien gelten auch die Art des Nutzungsplanes, seine Aussagedichte und der Stand der Realisierung.

4. Gestützt auf die dem Verwaltungsgericht vorliegenden Akten ergibt sich folgender Sachverhalt:

a) Die strittige Planungszone Schönwart/Oberacher betrifft verschiedene Grundstücke südlich des Höhenweges. Fast die Hälfte des vom Perimeter erfassten Gebietes im Westen steht im Gesamteigentum der Teilerbengemeinschaft Z (GS Nr. 001 mit einer Fläche von 20'726 m2). Direkt anschliessend folgen östlich das GS Nr. 004 mit einer Fläche von 1'924 m2 sowie das GS Nr. 002 mit einer Fläche von 3'351 m2, welche sich im Alleineigentum der Beschwerdeführerin befinden. Diese beiden Grundstücke bilden ein Rechteck und grenzen direkt an den Höhenweg. Im Rahmen der letzten Ortsplanungsrevision aus dem Jahr 2008 wurde dieser Hang südlich des Höhenwegs neu in die Wohnzone W1b eingezont. Der Zonenplan trat am 1. Januar 2009 in Kraft. Gemäss dem gemeindlichen Richtplan 2008, Siedlung und Landschaft, ebenfalls in Kraft seit dem 1. Januar 2009, handelt es sich um ein Gebiet, an welches erhöhte gestalterische Anforderungen gestellt werden. Im dazugehörigen Text (vgl. Rpt. 01) wird verlangt, dass die Bebauung in diesen Gebieten Rücksicht auf die exponierte landschaftliche Lage nimmt, sich natürlich in die landschaftliche Topographie einfügt und auf exponierte Untergeschosse, Stützmauern und Aufschüttungen verzichtet. Die Gestaltung der Bauten ist zurückhaltend und ordnet sich in der Formensprache, Farbe und Materialwahl der Landschaft unter. Der in der gleichen Zeit in Kraft getretene Richtplan Verkehr 2008 setzt den Anschlusspunkt für die neue Erschliessung im fraglichen Einzugsgebiet ab Höhenweg in der nordwestlichen Ecke des Grundstückes Nr. 001 an.

b) Im März 2009 reichte die Beschwerdeführerin bei der Gemeinde eine Bauanfrage für eine projektierte Arealbebauung ein. Die Baukommission stellte fest, dass das Projekt bezüglich Erscheinung, Volumetrie, Erschliessung, Zufahrt etc. den gestalterischen Vorgaben entspreche. Die Hangerschliessung sei bezogen auf den betroffenen Hangteilbereich gut geplant, die angrenzenden Bereiche müssten aber punkto Strassenführung ebenfalls vertiefter betrachtet werden. Für eine definitive Beurteilung der Arealbebauung habe die gesamte Hangerschliessung konzeptionell gelöst zu sein. Am 14. August 2009 reichte die Beschwerdeführerin beim Bauamt der Gemeinde Unterägeri einen Bericht zur Planung Erschliessung Schönwart ein, in welchem eine Erschliessung für das Gebiet Schönwart/Oberacher vorgeschlagen wurde. Die Erschliessung basierte auf einem von einem Ingenieurbüro im Mai 2005 verfassten Vorprojekt und sah eine gemeinsame Lösung für die von der späteren Planungszone erfassten Grundstücke vor. Dieser Bericht wurde von allen vom Perimeterbereich betroffenen Eigentümern unterschrieben. Dieselben Eigentümer unterzeichneten Mitte August 2009 auch einen Quartiergestaltungsplan, der nebst der Erschliessung auch die Anordnung der Häuser, Fuss- und Velowege, Freiräume, Bepflanzungsvorstellungen etc. beinhaltete. Der Beschwerdegegner 1 stimmte dem Erschliessungsvorschlag im Oktober 2009 in grundsätzlicher Weise zu und forderte die Beschwerdeführerin unter anderem auf, die erforderlichen Rechte und Dienstbarkeiten zwischen den Eigentümern zu sichern. Die Beschwerdeführerin versuchte daraufhin verschiedentlich, aber ohne Erfolg, mit der Eigentümerin des GS Nr. 001 als der in der Erschliessungsfrage massgebenden Grundbesitzerin die von der Gemeinde geforderten Vereinbarungen zu treffen.

Im Januar 2010 reichte die Beschwerdeführerin beim Gemeinderat eine Anfrage ein, ob eine eigene, provisorische Erschliessung nur gerade ihrer Parzellen mittels eines Autoliftes möglich sei. Laut Gemeinderatsprotokoll vom 10. März 2010 hielt dieser das Projekt für technisch machbar, er habe aber die Einzonung veranlasst, da er in guten Treuen geglaubt habe, dass eine gemeinsame Erschliessung des ganzen Hanges gesichert sei. Der Gemeinderat werde daher das Gespräch mit der Teilerbengemeinschaft Z suchen. Daraufhin fragte der Gemeinderat die Teilerbengemeinschaft Z am 26. März 2010 an, wie sich diese das weitere Vorgehen vorstelle. In seinem Schreiben an diese führte er aus, dass er die Einzonung aufgrund des von allen Eigentümern vorgeschlagenen und unterzeichneten Erschliessungskonzeptes vorgenommen habe. Er erwarte nun ein gemeinsames Vorgehen der involvierten Parteien, ansonsten er sich veranlasst sehe, selber die nötigen Schritte einzuleiten. Am gleichen Tag teilte er der Beschwerdeführerin seine Haltung zur Erschliessung mit, forderte diese aber ebenfalls zum gemeinsamen Vorgehen auf unter der Ankündigung, dass er sonst selber aktiv werde. Im Juli 2010 teilte die Bauabteilung der Gemeinde Unterägeri mittels Mail der Beschwerdeführerin sinngemäss mit, dass der Gemeinderat sich mit den Vor- und Nachteilen einer Erschliessung der GS Nrn. 004, 002, 003 und 007

(Projekte der Beschwerdeführerin und der Y AG) ab Höhenweg mittels gedeckter Rampe/Tunnel auseinandergesetzt habe, nicht zu einem abschliessenden Ergebnis gekommen sei, die Bauherrschaften aber diese Variante noch weiter konkretisieren sollten. Im August 2010 orientierte der Gemeinderat wiederum die Teilerbengemeinschaft Z, dass die Eigentümer der GS Nrn. 002 und 004 eine direkte Erschliessung ihrer Parzellen ohne Einbezug des GS Nr. 001 planten. Er gehe nun davon aus, dass die Teilerbengemeinschaft damit einverstanden sei.

Am 4. Oktober 2010 reichte die Beschwerdeführerin ein Baugesuch für eine Arealbebauung ein. Sie plante den Bau von acht Einfamilienhäusern mit Tiefgarage mit Erschliessung auf ihren eigenen Grundstücken. Gleichzeitig reichte auch die Y AG ein Baugesuch für drei Terrassenhäuser mit total neun Wohnungen inklusive Tiefgarage auf dem GS Nr. 003 ein. Geplant war eine gemeinsame Erschliessung mit dem Projekt der Beschwerdeführerin über eine Tunnelanlage. Am 10. Dezember 2010 beschloss der Gemeinderat zusammen mit der Baukommission, dass für die Durchsetzung der vom Gemeinderat gewünschten Erschliessung eine Planungszone zu erlassen und gleichzeitig ein Erschliessungsplan auszuarbeiten sei. Zudem solle ein visuelles Leitbild erarbeitet werden.

In der Sitzung vom 2. Februar 2011 beschloss der Gemeinderat die Planungszone. Zur Begründung führte er aus, dass die von der Beschwerdeführerin geplante Erschliessung kompliziert und aufwändig sei, welche sich nicht mit dem bestehenden Quartier und Landschaftsbild vertrage. Zudem stelle der Richtplan gegenüber den schon erhöhten Vorschriften für Arealbebauungen nochmals höhere Anforderungen an die besonders gute Gestaltung. Das eingereichte Bauprojekt genüge diesen Voraussetzungen nicht. Angesichts der überwiegenden öffentlichen Interessen an der richtplankonformen Sicherung der Erschliessung der exponierten Hanglage sowie der gestalterisch guten Einpassung einer Bebauung werde daher die Planungszone erlassen. Sofern binnen vernünftiger Frist keine privatrechtlich bindende Lösung gefunden werden könne, sei eine Sondernutzungsplanung als Strassen-, Bebauungs- oder allenfalls Erschliessungsplanung einzuleiten.

Am 12. November 2011 legte der Gemeinderat den Entwurf eines Leitbildes vor, worin er die Rahmenbedingungen für die Bebauung des Gebietes Schönwart / Oberacher aufzeigte. Das Erschliessungskonzept folgte dabei dem Vorschlag, wie ihn die von der Planungszone betroffenen Eigentümer im August 2009 vorgelegt hatten, nämlich ab Höhenweg unter Einbezug des GS Nr. 001. Darin wurde gefordert, dass die Vorgaben der Arealbebauungsvorschriften zu beachten seien, auch wenn der Bonus nicht in Anspruch genommen werde. Zur Veranschaulichung der gewünschten Architektur wurden Bilder von beispielhaften Einzelbauten am Hang beigefügt sowie ein Plan über die mögliche Platzierung der einzelnen Bauten. Als Massnahme zur Durchsetzung des Leitbildes wurde auf die Verständigungsbereitschaft der Grundeigentümer gesetzt; allenfalls sei der Erlass eines Quartiergestaltungsplanes, d.h. eines Planes mit Richtplancharakter, oder dann der Erlass eines Sondernutzungsplanes in Erwägung zu ziehen.

c) Am 15. Januar 2013 liess die Beschwerdeführerin im verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Einverständnis mit dem Gemeinderat Unterägeri um Fristerstreckung für ihre abschliessende Stellungnahme ersuchen, da sich möglicherweise eine gütliche Einigung betreffend die gestalterischen Anforderungen und die Erschliessung im fraglichen Gebiet ergebe. Die betroffene Grundeigentümerin biete offenbar unter gewissen Bedingungen Hand zu einer privatrechtlichen Erschliessung. Mit Schreiben vom 25. Januar 2013 bestätigte der Beschwerdegegner zuhanden der Beschwerdeführerin, dass ihr vorliegendes Projekt mit den erhöhten gestalterischen Anforderungen weitgehend, vorbehältlich kleinerer Änderungen und Ergänzungen, den baulichen Grundanforderungen entspreche. Er bestätigte im Weiteren die Aufhebung der Planungszone und die gleichzeitige Einleitung der Erschliessungsplanung, sofern bis Ende Februar 2013 keine gütliche Einigung mit den Grundeigentümern betreffend Erschliessung möglich sei. Des Weitern habe er die Weiterplanung der Strasse durch GeoZug für eine mögliche Erschliessungsplanung in Auftrag gegeben. Am 28. Februar 2013 wurde das Verwaltungsgericht seitens der Gemeinde informiert, dass sich eine Lösung für die Einigung abzeichne. Mit Brief vom 14. März 2013 an die Teilerbengemeinschaft Z hielt der Gemeinderat unter anderem fest, dass die optimale

Erschliessung des Baugebietes Schönwart über den Höhenweg erfolge. Er könnte aber prinzipiell auch einer Erschliessung des südlichen Teilgebietes über die Schönwartstrasse zustimmen, wobei diesbezüglich noch einige Punkte im Detail geklärt werden müssten. Am 16. April 2013 reichte die Beschwerdeführerin dem Gemeinderat einen Plansatz für die beabsichtigte Arealbebauung auf GS Nrn. 002/004 ein, demgemäss die Erschliessung entsprechend den Vorgaben des Leitbildes geplant ist. Mit Schreiben vom 15. Mai 2013 informierte der Gemeinderat alle involvierten Personen, dass er die notwendigen Abklärungen bezüglich der Erschliessungsvarianten beim Kanton in Auftrag gegeben habe. Deren Ergebnisse würden im Laufe des Sommers erwartet, weshalb Ende der Sommerferien der definitive Entscheid bezüglich Planungszone resp. Erschliessungsvariante gefällt werden könne. Mittels Mail vom 22. August 2013 orientierte der Beschwerdegegner das Gericht über die Ergebnisse der Variantenprüfung. Es habe sich – zusammengefasst – ergeben, dass unter Berücksichtigung verschiedener Aspekte einzig die Lösung, welche bereits mit dem Einzonungsgesuch im August 2004 unterbreitet worden sei, weiter zu bearbeiten sei. Die anderen Varianten seien mutmasslich nicht bewilligungsfähig. Der Teilerbengemeinschaft Z und den anderen beteiligten privaten Bauherrschaften werde nun bis 27. September 2013 Frist gesetzt, ein entsprechendes Gesuch für das Strassenprojekt einzureichen und aufzuzeigen, wie das GS Nr. 007 und der südöstliche Teil von GS Nr. 003 künftig erschlossen würden. Damit solle die Erschliessung der GS Nrn. 004, 002 und 003 gesichert werden. Sofern diese Frist kommentarlos und ungenutzt verstreiche, werde der Gemeinderat den Strassenplan im ordentlichen Verfahren erarbeiten und öffentlich auflegen lassen.

5. Die Würdigung des vorliegenden Sachverhaltes ergibt, dass die Voraussetzungen für den Erlass einer Planungszone im Zusammenhang mit der Sicherung der Erschliessung klar nicht gegeben sind. Zuzustimmen ist zwar, dass solche Zonen grundsätzlich auch nur für Sondernutzungspläne erlassen werden dürfen, damit die Planungs- und Entscheidungsfreiheit der zuständigen Behörden gewährleistet werden kann. In jedem Fall verlangt aber der Gesetzgeber schon für die Festsetzung der Planungszone im Hinblick auf die beabsichtigte Änderung bzw. den Neuerlass der (Sonder-)Nutzungsordnung, dass sich die Verhältnisse seit der letzten rechtskräftigen Ordnung erheblich verändert haben. Insofern irrt sich der Regierungsrat mit seiner Annahme, dass solche Veränderungen erst bei Erlass der Sondernutzungsplanung gegeben sein müssten. Die Gesetzesbestimmungen des RPG zum Zeitpunkt sind dazu unmissverständlich und lassen die vom Regierungsrat vorgenommene Auslegung nicht zu.

a) Vorliegend ersuchten offenbar die Grundeigentümer des Gebietes Schönwart / Oberacher unter Beilage eines Vorprojektes für eine mögliche Erschliessung aus dem Jahr 2005 die Gemeinde um Einzonung des Hanges unterhalb des Höhenwegs. Dieses Begehren wurde von der Gemeinde aufgenommen und anlässlich der Ortsplanungsrevision 2008 den Stimmbürgern ohne Vorbehalte zur Annahme empfohlen. Zum Gebiet Schönwart /Oberacher im Besonderen führte der Gemeinderat in der Abstimmungsbeilage aus, dass mit der neuen Einzonung direkte Fusswege vorgesehen und die Grundeigentümer bereit seien, ihre Grundstücke zu bebauen und ihre Verantwortung für eine hohe Qualität der Gestaltung der Bauten wahrzunehmen. Aus diesen Ausführungen lässt sich schliessen, dass der Gemeinderat bei seiner Empfehlung für die Einzonung tatsächlich diejenige Erschliessung als vernünftig und zweckmässig erachtete, die Ergebnis des Vorprojektes war und die er im Nachgang an die Einzonung bis heute auch favorisierte. Diese Annahme bestätigt sich in der Tatsache, dass im ebenfalls am 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Richtplan Verkehr der Anschlusspunkt für die Erschliessung des Hanges zwar nicht am punktgenauen, aber ungefähr am selben Ort wie im Vorprojekt platziert ist. Weder zur Zeit des laufenden Ortsplanungsrevisionsverfahrens noch im Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Ortsplanung war aber die vom Gemeinderat erwünschte Erschliessung in irgendeiner Art rechtlich verbindlich gesichert, was der Beschwerdegegner klar wusste und entsprechend zu diesem Zeitpunkt in seine Planung hätte einbeziehen müssen. Aus den Erläuterungen zur Abstimmung geht hervor, dass dem Gemeinderat die besondere Sensibilität dieses exponierten Südhanges in hohem Mass bewusst war. Trotzdem hat er ohne die Planungsmittel, die ihm zur Sicherung seiner Vorstellungen über die zukünftige Bebauung zur Verfügung gestanden hätten (Auflage eines Bebauungsplans etc.) die Einzonung ohne Einschränkung befürwortet. Im Gegenteil überliess er es von Anfang an den Grundeigentümern, die notwendigen Erschliessungsmassnahmen nach den gemeindlichen Vorstellungen zu realisieren. Zwar bekundeten die

involvierten Grundeigentümer acht Monate nach Inkrafttreten der neuen Ortsplanung noch die Absicht, eine gemeinsame Feinerschliessung zu vereinbaren, doch zeigte sich sehr bald, dass der massgebende Grundeigentümer kein Interesse mehr daran hatte. Trotzdem überantwortete der Beschwerdegegner weiterhin der Beschwerdeführerin die Aufgabe, die Erschliessung nach den Vorstellungen der Gemeinde auf privatrechtlicher Basis zu bewerkstelligen, dies im Wissen, dass der private Bauherr gar keine Handhabe hatte, einen privatrechtlichen Vertrag zu erzwingen.

Unter diesen Umständen kann man nicht davon ausgehen, dass bei Einreichen des Baugesuches im Oktober 2010, also keine zwei Jahre nach Inkraftsetzung der neuen Bau- und Zonenordnung, erheblich veränderte Verhältnisse vorgelegen hätten, die eine Planungszone gerechtfertigt hätten. Allein der Wille, zonenkonform zu bauen, kann jedenfalls kurz nach Erlass der geltenden Ordnung die Zulässigkeit einer Planungszone nicht begründen, wurde doch mit der uneingeschränkten und vorbehaltlosen Zuweisung des Gebietes in die Wohnzone eben gerade dessen Bebauung beabsichtigt. Die Erwägung des Regierungsrates, mit der manifestierten Bauabsicht des Baugesuchstellers – der zudem um Bewilligung einer provisorischen Erschliessung ersuchte – hätten sich veränderte Verhältnisse ergeben, erscheint in diesem Zusammenhang nur schwer nachvollziehbar. Tatsächlich hat es der Beschwerdegegner unterlassen oder versäumt, seine bereits bei der Revision der Ortsplanung bekannten und erwünschten besonderen Anforderungen für die Bebauung des einzuzonenden Gebietes planerisch zu sichern. Es geht nicht an, dass eine Gemeinde erst dann, wenn ein Bauwilliger gestützt auf die geltenden Normen ein Bauvorhaben realisieren will, dieses auf lange Zeit mittels einer Planungszone blockiert, weil die erst gerade revidierte Planung in Teilbereichen unzulänglich war. Hier kommt noch hinzu, dass der Gemeinderat selbst nach Erlass dieser Zone die nötigen Schritte zur Feinerschliessung nicht beförderlich einleitete, sondern weiterhin auf die einvernehmlichen Vereinbarungen der privaten Grundeigentümer hoffte. Auch der Verweis, die Feinerschliessung richtplankonform umsetzen zu müssen, vermag die Zulässigkeit der Planungszone nicht zu begründen. Zum einen setzt der Richtplan Verkehr wohl den Anschlusspunkt für den gesamten Südhang ab Höhenweg. Dieser lässt sich selbst nach Ansicht der Gemeinde nicht punktgenau realisieren, sagt aber letztlich auch nichts aus über die Feinerschliessung des gesamten Hanges. Im Juli 2010 ermutigte der Beschwerdegegner die Beschwerdeführerin gar, eine eigene und direkte Erschliessung ihres Bauvorhabens vertieft zu planen und zog auch eine Feinerschliessung von Süden via die Schönwartstrasse in Betracht, wie er dies gegenüber der Teilerbengemeinschaft Z als Eigentümerin des grössten Grundstückes Nr. 001 äusserte.

b) Da schon die Voraussetzung der erheblich veränderten Verhältnisse nicht vorliegt, brauchen die weiteren Voraussetzungen an sich nicht geprüft zu werden. Immerhin ist hier festzustellen, dass eine Planungszone auch bei Annahme von deren Zulässigkeit zeitlich nur so lange dauern darf, als eine zügig vorangetriebene Revision oder Neuplanung dies erfordert. Das Gesetz legt die ordentliche Geltungsdauer auf fünf Jahre mit der Möglichkeit der Verlängerung um zwei weitere Jahre fest. Diese gesetzliche Höchstfrist darf aber in Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht unbegründet ausgeschöpft werden, sondern nur, wenn die sachliche Notwendigkeit dafür gegeben ist. Selbst wenn im konkreten Fall eine Planungszone zwecks Erlass eines Erschliessungsplanes gerechtfertigt gewesen wäre, was nach obigen Ausführungen zwar nicht der Fall ist, müsste deren Zulässigkeit spätestens dann verneint werden, wenn die öffentliche Hand keine Bereitschaft zeigt, selber ernsthafte Planungsschritte einzuleiten. Trotz des sogar seit dem 1. Januar 2012 in Kraft getretenen § 32a PBG, worin die Gemeinden explizit zur zeitgerechten Erschliessung der Bauzonen verpflichtet werden, überliess es der Beschwerdegegner weiterhin – und bis heute – dem privaten Beschwerdeführer, zusammen mit den anderen Grundeigentümern die Planvorstellungen der Gemeinde zu sichern und er begnügte sich seit dem Jahr 2010 (also noch vor Erlass der Planungszone!) mit der Ankündigung, er werde dann selber einmal aktiv.

6.

a) Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass der Grundsatz der Planbeständigkeit mit dem Erlass der Planungszone klar verletzt wurde. Es lagen keine gegenüber der Ortsplanung von 2008, diese rechtskräftig ab 1. Januar 2009, erheblich veränderten Verhältnisse vor. Der Beschwerdegegner hat es

unterlassen, die bereits bei der Ortsplanung bestehenden räumlichen Vorstellungen mit den ihm zur Verfügung stehenden Planungsmitteln zu sichern. Auch das im Grundsatz schützenswerte öffentliche Interesse an einer sorgfältigen und schonenden Erschliessung dieser exponierten Hanglage rechtfertigt vorliegend die einschneidende Massnahme der Planungszone nicht, womit der private Bauwillige auf längere Zeit am – zonenkonformen – Bauen gehindert wird, hätte sich dieser Anspruch doch auf andere Arten, wie dies der Gemeinderat ab und zu auch signalisierte, realisieren lassen. Schliesslich muss sich der Beschwerdegegner insbesondere auch den Vorwurf gefallen lassen, dass er trotz Erlass der Planungszone, und entgegen seiner gesetzlichen Erschliessungspflicht, selber keine konkreten Planungsschritte an die Hand nahm, sich mit seinen Planungswünschen und -vorstellungen begnügte und im Übrigen auf die einvernehmlichen Abmachungen der betroffenen Grundeigentümer vertraute. Die Ausführungen des Regierungsrates, dass unbeachtlich sei, wie man schlussendlich zur gemeinsamen Erschliessung gelange, treffen in dieser Kürze nicht zu. Selbstverständlich ist ein einverständliches Handeln der involvierten Personen von Vorteil, doch entbindet dies den Gemeinderat nicht von seinen eigenen Pflichten zum Handeln.

b) Die Interpretation des Regierungsrates von Art. 21 RPG, wonach bei Erlass der Planungszone keine erheblich veränderten Verhältnisse vorliegen müssten, steht in Widerspruch zum eindeutigen Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen und der einlässlichen Rechtsprechung. Es fehlt auch eine Auseinandersetzung mit dem Grundsatz der Planbeständigkeit und dem daraus fliessenden Anrecht der privaten Bauherrschaft, ein zonenkonformes Bauvorhaben zu realisieren. Dies führt zum Schluss, dass der Regierungsrat mit seinem Beschluss klares Recht verletzt hat, weshalb die Beschwerde gutgeheissen werden muss.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 24. September 2013 V 2012 9

Art. 22 Abs. 2 lit. a und b des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG, SR 700)
Regeste:

Art. 22 Abs. 2 lit. a und b des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG, SR 700) – Eine Baubewilligung darf nur erteilt werden, wenn das Baugrundstück in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht hinreichend erschlossen ist. Eine Baubewilligung darf nicht erteilt werden, wenn durch das Bauvorhaben eine bestehende hinreichende Erschliessung einer rückwärtigen Liegenschaft behindert bzw. zerstört wird (Erw. 2). Mit Auflagen in einer Baubewilligung kann der Dienstbarkeitsberechtigte eines Fuss- und Fahrwegrechtes nicht zur Verlegung dieser Rechte verpflichtet werden. Eine solche Verlegung gegen den Willen des Berechtigten kann nur in einem Zivilverfahren erreicht werden (Erw. 3 und 4).

Aus dem Sachverhalt:

Am 25. Oktober 2010 reichten A. und B. K. bei der Gemeinde L. ein Gesuch für den Abbruch und Neubau eines Wohnhauses auf dem Grundstück GS Nr. 002 an der (. . .)strasse in L. ein. Das Gesuch wurde in der Folge im Amtsblatt ausgeschrieben. Am 15. November 2010 liess X. Y. gegen das Bauvorhaben Einsprache einreichen und beantragen, das Gesuch sei in der vorliegenden Form nicht zu genehmigen. Mit Beschluss vom 3. Februar 2011 erteilte der Gemeinderat L. die Baubewilligung und verwies die Einsprache auf den Zivilweg. Gegen diesen Entscheid des Gemeinderates liess X. Y. am 25. Februar 2011 beim Regierungsrat Verwaltungsbeschwerde einreichen und beantragen, der Beschluss des Gemeinderates betreffend Verweisung der Einsprache auf den Zivilweg sei ebenso aufzuheben wie die Baubewilligung. Eventualiter sei das Beschwerdeverfahren zu sistieren und der Bauherrschaft Frist anzusetzen, um einen Dienstbarkeitsvertrag beizubringen, in welchem eine allfällige Verlegung des bestehenden Wegrechts zu Gunsten des Grundstücks GS Nr. 001 und zu Lasten des Grundstücks GS Nr. 002 rechtsverbindlich geregelt sei. Mit Beschluss vom 6. Dezember 2011 hiess der Regierungsrat die Beschwerde insofern teilweise gut, als er die Baubewilligung der Gemeinde L. mit der folgenden Auflage

ergänzte:

«Die Bauherrschaft von GS Nr. 002 wird auf ihrer Zusage behaftet, dass bei der geplanten Neuüberbauung von GS 002 die Zufahrt zum GS Nr. 001 über die neue Wegverbindung stets gewährleistet ist und diese von der Eigentümerin und den Besucherinnen und Besuchern des GS 001 benutzt werden darf. Der Dienstbarkeitsvertrag über die Einräumung des Fuss- und Fahrwegrechts auf der neuen Wegverbindung zu Gunsten von GS 001 und zu Lasten von GS 002 muss innert 4 Monaten seit Rechtskraft des Beschwerdeentscheides des Regierungsrates zwischen den Parteien abgeschlossen werden. Kommt der Dienstbarkeitsvertrag nicht zustande, so wird der Gemeinderat L. in Anwendung von § 32 c PBG dafür sorgen, dass die Mitbenutzung der neuen Wegverbindung durch die Eigentümerin des GS 001 gewährleistet wird.»

Gegen diesen Entscheid liess X. Y. am 10. Januar 2012 Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen und beantragen, der Beschluss des Regierungsrates und die Beschlüsse des Gemeinderates L. seien unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Bauherrschaft und der Vorinstanz aufzuheben und das Baugesuch abzuweisen. Zur Begründung ihrer Anträge lässt sie unter anderem ausführen, sie habe sich mit einem Kaufvertrag aus dem Jahre 1980 das Fuss- und Fahrwegrecht zu ihrer Liegenschaft GS 001 über das Grundstück GS 002 mittels Begründung einer Grunddienstbarkeit sichern lassen. Die belastete Fläche auf dem GS 002 sei aus der beiliegenden Plankopie ersichtlich. Die Bauherrschaft wünsche nun eine Verlegung dieses Wegrechts an den östlichen Rand des Grundstücks GS 002. Bereits im März 2010 habe sie die Bauherrschaft darauf aufmerksam gemacht, dass sie aus verschiedenen privatrechtlichen Gründen zu einer Verlegung des Fuss- und Fahrwegrechts keine Hand bieten würde, wenn damit eine Beeinträchtigung ihrer Aussicht ab dem GS 001 verbunden sein sollte.

Mit Vernehmlassung vom 6. Februar 2012 lässt die Bauherrschaft die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen beantragen. Mit Vernehmlassung vom 7. Februar 2012 beantragt die Baudirektion im Auftrag des Regierungsrates, die Beschwerde sei unter Kostenfolgen abzuweisen. Mit Vernehmlassung vom 13. Februar 2012 beantragt auch der Gemeinderat L. die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin.

Aus den Erwägungen:

2.

a) Die Erteilung einer Baubewilligung setzt voraus, dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen und dass das Land erschlossen ist (Art. 22 Abs. 2 lit. a und b des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, RPG, SR 700). Land ist erschlossen, wenn die für die betreffende Nutzung hinreichende Zufahrt besteht und die erforderlichen Wasser-, Energie- sowie Abwasserleitungen so nahe heranführen, dass ein Anschluss ohne erheblichen Aufwand möglich ist (Art. 19 Abs. 1 RPG). In Art. 5 des Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetzes vom 4. Oktober 1974, WEG; SR 843) wird die Erschliessungspflicht geregelt. Diese Bestimmungen ergänzen die allgemeinen Erschliessungsvorschriften gemäss Art. 19 RPG für den Bereich des Wohnungsbaus. Die Erschliessungsanforderungen sind in diesen Vorschriften mit unbestimmten Rechtsbegriffen umschrieben, die nach dem Sinn und Zweck der Bestimmungen und deren Stellung im Gesetz und im Rechtssystem auszulegen sind. Die einzelnen Anforderungen ergeben sich im Detail hauptsächlich erst aus dem kantonalen und gemeindlichen Recht und der kantonalen Gerichts- und Verwaltungspraxis, die sich am bundesrechtlichen Rahmen zu orientieren haben. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Zufahrt ein Baugrundstück hinreichend erschliesst, steht den kantonalen und kommunalen Behörden ein erheblicher Ermessensspielraum zu, in den die Gerichte nicht ohne Not eingreifen sollten.

b) (. . .)

c) Die Zufahrt zu einem Bauvorhaben muss nicht nur in tatsächlicher Hinsicht genügen, sondern sie muss

spätestens auf den Zeitpunkt der Fertigstellung des fraglichen Bauvorhabens auch rechtlich gesichert sein. Die rechtliche Sicherung umfasst den Nachweis, dass die Bauherrschaft über ausreichende Benützungsrechte an einer Zufahrt verfügt oder dass ihr für den Ausbau die nötigen dinglichen Rechte zustehen. Der Nachweis kann durch Eigentum, Dienstbarkeit oder aber durch einfache schriftliche Zustimmung des berechtigten Eigentümers geleistet werden (Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. A., S. 592). Wird eine Zufahrt privatrechtlich geregelt, so muss durch diese Regelung die dauernde und jederzeitige bestimmungsgemässe Benützung der Zufahrt gesichert sein. Ob die zivilrechtliche Ordnung diesem öffentlich-rechtlichen Erfordernis genügt, hat die Baubewilligungsbehörde bei der Prüfung des Baugesuchs zu entscheiden. Zu beachten ist dabei aber, dass die Baubewilligungsbehörde gemäss § 29 der Vollziehungsverordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 16. November 1999 (V PBG, BGS 721.111) das Baugesuch grundsätzlich nur auf die Übereinstimmung mit den Vorschriften des öffentlichen Rechts zu überprüfen hat. Sie entscheidet nicht über zivilrechtliche Verhältnisse. Im Baubewilligungsverfahren wird nur abgeklärt, ob einem Bauvorhaben keine öffentlich-rechtlichen Bestimmungen, namentlich keine aus dem Planungs-, Bau- und Umweltschutzrecht entgegenstehen. Demgegenüber obliegt die Prüfung der Übereinstimmung mit privatrechtlichen Vorschriften und privaten Vereinbarungen dem zivilrechtlichen Verfahren. Dies gilt z. B. für Grunddienstbarkeiten (Fuss- und Fahrwegrechte). Öffentlich-rechtliche Angelegenheiten sind von den Verwaltungsbehörden zu entscheiden, während privatrechtliche Ansprüche vor den Zivilgerichten geltend zu machen sind. Gleichwohl haben Verwaltungsbehörden in gewissen Schranken die Befugnis, vorfrageweise auch privatrechtliche Fragen zu beurteilen. Sie sind hierzu aber nicht verpflichtet. Im Sinne einer klaren Kompetenzausscheidung zwischen den zuständigen Organen ist bei der Entscheidung über zivilrechtliche Vorfragen eher Zurückhaltung zu üben. So darf der Entscheid über den Inhalt einer Dienstbarkeit für einen privatrechtlich geordneten Zugang zu einem Grundstück von der Baubewilligungsbehörde als Vorfrage nur entschieden werden, wenn dieser Inhalt leicht feststellbar ist und die Interpretation des Dienstbarkeitsvertrages ein unzweifelhaftes Resultat ergibt. Setzt z. B. die Beurteilung der zivilrechtlichen Vorfrage Beweismassnahmen voraus, muss die formell zuständige Instanz entscheiden.

3. Eine Baubewilligung darf nur erteilt werden, wenn das Baugrundstück genügend erschlossen ist. Dies ist dann der Fall, wenn für die betreffende Nutzung eine hinreichende Zufahrt besteht und die erforderlichen Wasser-, Energie- sowie Abwasserleitungen so nahe heranführen, dass ein Anschluss ohne erheblichen Aufwand möglich ist. Die Planung und der Bau von Erschliessungsanlagen sind mit Ausnahme der Hauszufahrt und des Hausanschlusses Aufgabe der Gemeinde. Die unmittelbare Hauszufahrt und die Hausanschlüsse hingegen sind Bestandteil des Bauvorhabens, dem sie dienen sollen. Sie sind daher in den Projektplänen gemäss § 27 Abs. 1 lit. b V PBG darzustellen und werden mit dem Bauvorhaben bewilligt. Braucht es für die Erstellung eines Gebäudes einer besonderen Zufahrt, so ist vom Gemeinderat eine spezielle Baustellenerschliessung zu bewilligen. Zu beachten ist weiter, dass die Erschliessungsanlagen von benachbarten Grundstücken aufeinander abzustimmen sind und nötigenfalls gemeinsam erstellt werden müssen. Auf jeden Fall muss gewährleistet sein, dass bei der Überbauung eines Grundstücks der erforderliche Raum für die zweckmässige Erschliessung von hinterliegenden Parzellen offen bleibt (vgl. hierzu Zaugg/Ludwig, a.a.O., Art. 7/8 N 4 f.).

a) Es wird von keiner Seite in Zweifel gezogen, dass das eigentliche Baugrundstück GS Nr. 002 genügend erschlossen ist. Das Grundstück grenzt auf einer Länge von mehr als 30 Metern an die (. . .)strasse, die sich im Eigentum der Gemeinde L. befindet. Die Garage und die beiden Besucherparkplätze können direkt von der (. . .)strasse her befahren werden. Ebenfalls ist der Anschluss an die Wasser- und Stromversorgung sichergestellt, ebenso die Abwasserentsorgung. Kehrricht- und Sanitätsfahrzeuge können bis unmittelbar an das Baugrundstück heranfahren. Hierzu erübrigen sich weitere Ausführungen.

b) Mit dem Bau des geplanten Wohnhauses würde die bisherige Strasse zum Grundstück GS Nr. 001 der Beschwerdeführerin nicht mehr benutzbar sein. Die Beschwerdeführerin macht nun geltend, damit sei ihr Grundstück nicht mehr hinreichend erschlossen, weshalb das Baugesuch von A. und B. K. nicht bewilligt werden dürfe. Zu prüfen ist daher zuerst, wie das Grundstück der Beschwerdeführerin bisher erschlossen

ist. Der Augenschein, die aufgelegten Akten und die Angaben im Zugmap ergeben, dass sich das Grundstück GS Nr. 001 mit dem 1982 erbauten Einfamilienhaus der Beschwerdeführerin, Assek. Nr. 000, in einer Distanz ca. 35 Meter und einer Höhendifferenz von 15 Metern oberhalb der (. . .)strasse befindet. Das Grundstück ist insgesamt 1'091 m2 gross, wovon 90 m2 der Fläche das Wohnhaus betreffen. Von der verbleibenden Fläche sind 989 m2 als Gartenanlage und 12 m2 als übrige befestigte Fläche ausgewiesen. Auf dem Grundstück selber befindet sich weder ein genügend grosser Abstellplatz für einen Personenwagen noch eine Wendemöglichkeit. Zum Grundstück der Beschwerdeführerin führt direkt ab der (. . .)strasse quer über das Baugrundstück eine befestigte Strasse, die zwischen drei und fünf Metern breit ist und gemäss den Angaben in den Akten ein Gefälle von 24 % aufweist. Weil man nicht wenden kann, fährt man entweder rückwärts bis zur Grundstücksgrenze hoch und dann vorwärts wieder hinunter oder umgekehrt. Unbestritten wurde festgestellt, dass die Zufahrt vorwiegend für Personen- und Materialtransport (Behinderte, Kinder, Möbel, Gerätschaften usw.), verwendet wird und dass die Fahrzeuge dann jeweils durch die Beschwerdeführerin und ihre Familie in der Garage, die sich direkt an der (. . .)strasse befindet, parkiert werden. Mit dem Tankwagen kann nur ein Teil der Strasse befahren werden. Wegen des zu engen Kurvenradius kann dieser nur bis auf die Höhe des Wohnhauses auf dem GS Nr. 001 fahren. Der Augenschein hat weiter ergeben, dass die Beschwerdeführerin Eigentümerin des direkt an der (. . .)strasse liegenden Grundstücks GS Nr. 0011 ist, welches mit einer Garage (20 m2 gross) und einem Vorplatz (22 m2) bebaut ist. Von dieser Garage führt eine von der Beschwerdeführerin und der damaligen Eigentümerin des GS Nr. 001 gemeinsam erstellte und bezahlte, ca. 20 m lange Stiege und ein knapp 15 Meter langer befestigter Weg direkt zu der Liegenschaft der Beschwerdeführerin. Wegen ihrer Steilheit dürfte die Treppe für Personen- und Materialtransporte weniger geeignet sein.

c) Seit 1980 bzw. 1999 verfügt die Beschwerdeführerin auf dem Grundstück GS Nr. 002 unbestrittenermassen über ein Fuss- und Fahrwegrecht. Die Behörden haben offenbar im Rahmen der seinerzeitigen Baubewilligung die Zufahrt und die Treppe als hinreichende Erschliessung qualifiziert. Obwohl das Gericht Zweifel hat, ob es sich bei dieser Erschliessung wegen des grossen Gefälles und der fehlenden Wende- und Parkierungsmöglichkeiten auf dem Grundstück der Beschwerdeführerin um eine «hinreichende Erschliessung» handelt, sollen in diesem Verfahren die Feststellungen der Vorinstanzen, das Grundstück sei hinreichend über das GS Nr. 002 erschlossen, nicht in Zweifel gezogen werden. Eine solche Überprüfung würde dem Gericht zwar zustehen, da wir es hier mit unbestimmten Gesetzesbegriffen zu tun haben, deren Überprüfung Rechtskontrolle darstellt. Das Gericht greift bei der Überprüfung von unbestimmten Gesetzesbegriffen aber nicht unnötig in eine vertretbare Auslegung dieser Begriffe durch die Vorinstanzen ein und geht daher davon aus, dass das Grundstück der Beschwerdeführerin seit dem Bau des Einfamilienhauses im Jahr 1982 hinreichend erschlossen war. Zu prüfen ist weiter, ob es Gegenstand dieses öffentlich-rechtlichen Verfahrens sein kann, zu überprüfen, ob und wie diese Erschliessung allenfalls innerhalb des Baugrundstücks verlegt werden könnte.

4. Der Regierungsrat hat in seinem Beschluss die Baubewilligung mit der Auflage verbunden, die Bauherrschaft des GS 002 werde auf ihrer Zusage behaftet, dass bei der geplanten Neuüberbauung von GS 002 die Zufahrt zum GS 001 über die neue Wegverbindung stets gewährleistet sei und dass diese von der Eigentümerin und den Besucherinnen und Besuchern des GS 001 benutzt werden dürfe. Der Dienstbarkeitsvertrag über die Einräumung des Fuss- und Fahrwegrechts auf der neuen Wegverbindung zu Gunsten von GS 001 und zu Lasten von GS 002 müsse innert vier Monaten seit Rechtskraft des Beschwerdeentscheides des Regierungsrates zwischen den Parteien abgeschlossen werden, ansonsten der Gemeinderat L. in Anwendung von § 32c PBG dafür zu sorgen habe, dass die Mitbenutzung der neuen Wegverbindung durch die Eigentümerin des GS 001 gewährleistet sei. Zur Begründung führt der Regierungsrat aus, eine neue Wegverbindung von der (. . .)strasse über das Baugrundstück zum Grundstück der Beschwerdeführerin sei in den bewilligungspflichtigen Planunterlagen zwar vorgesehen und es liege auch eine schriftliche Zusage der Bauherrschaft vor, dass die Beschwerdeführerin die neue Wegstrecke benützen dürfe. Aus der Baubewilligung lasse sich jedoch keine Baupflicht ableiten, sondern vorerst nur die blosse Erlaubnis für den Bau auch der Erschliessungsstrasse. Es fehle aber ein Dienstbarkeitsvertrag, in dem sich die Parteien die notwendigen Rechte zur Benutzung der neuen Wegverbindung einräumen würden. Dieser Mangel könne verhältnisgerecht mit einer Auflage in der vom

Gemeinderat erteilten Baubewilligung behoben werden. Mit der Auflage sei zunächst sicherzustellen, dass die Beschwerdeführerin die neue Wegverbindung zu ihrer Liegenschaft jederzeit benutzen dürfe. Ferner solle innert einer bestimmten Frist der Dienstbarkeitsvertrag über die Einräumung des Fuss- und Fahrwegrechts zwischen den Parteien abgeschlossen werden. Im Folgenden ist noch zu prüfen, ob diese Auflage zu Recht erfolgt ist oder nicht.

a) Baubewilligungen dürfen mit Nebenbestimmungen versehen werden, wenn die Bewilligung verweigert werden könnte, falls sie ohne Auflagen oder Bedingungen erlassen werden müsste. Auf diese Weise dient die Verbindung einer Verfügung mit einer Nebenbestimmung dem Verhältnismässigkeitsprinzip, d.h. eine Bewilligung wird nicht verweigert, sondern es wird stattdessen die mildere Massnahme-Erteilung der Bewilligung mit Nebenbestimmungen angeordnet, sofern dies das Gesetzmässigkeitsprinzip zulässt (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, N 902). Das PBG verweist in § 46b ausdrücklich auf die Möglichkeit, Baubewilligungen mit Bedingungen und Auflagen zu versehen. Eine Auflage verpflichtet den Gesuchsteller zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen, z. B. zum Errichten von Parkplätzen auf seinem Grund (Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Auflage, Zürich 2011, S. 349). Die Nichterfüllung einer Auflage wirkt sich nicht auf den Bestand des Entscheides aus. Von der blossen Empfehlung unterscheidet sich die Auflage aber dadurch, dass sie erzwungen werden kann. Eine Bedingung macht hingegen die Rechtswirksamkeit einer Baubewilligung von einem künftigen Ereignis abhängig. Wird z. B. eine Baubewilligung unter der Bedingung erteilt, dass das Grundstück erschlossen wird, darf mit dem Bauvorhaben erst begonnen werden, wenn die Erschliessung tatsächlich und rechtlich gesichert ist.

b) Die Auflage des Regierungsrates verpflichtet die Bauherrschaft zu zweierlei: einerseits wird sie bei der Zusage behaftet, bei der geplanten Neuüberbauung des GS Nr. 002 die Zufahrt zum GS Nr. 001 über die neue Wegverbindung zu gewährleisten, so dass diese von den Eigentümern des GS Nr. 001 benutzt werden kann. Des Weiteren werden die Bauherrschaft und die Eigentümer des GS Nr. 001 verpflichtet, innert vier Monaten seit Rechtskraft des Beschlusses des Regierungsrates einen Dienstbarkeitsvertrag über die Einräumung eines Fuss- und Fahrwegrechts auf der neuen Streckenverbindung abzuschliessen. Diese Auflage erweist sich in zweierlei Hinsicht als problematisch: Einerseits auferlegt sie der Bauherrschaft eine Pflicht, welcher diese auch ohne Auflage nachkommen wird bzw. muss. Mit der Baubewilligung stellen die Behörden nämlich fest, dass dem Bauvorhaben keine bau- und planungsrechtlichen Bestimmungen entgegenstehen. Es besteht zwar keine Baupflicht. Beginnt jedoch der Eigentümer von einer Baubewilligung Gebrauch zu machen, so hat er das bewilligte Bauvorhaben in seiner Gesamtheit zu vollenden, d.h. wenn die Bauherrschaft den Abbruch und Neubau des Wohnhauses auf dem GS Nr. 002 in Angriff nimmt, ist sie auch verpflichtet die neue Zufahrtsstrasse zum Grundstück der Beschwerdeführer zu erstellen, denn diese ist Bestandteil des Bauprojekts und der Baubewilligung. Dass die bewilligte neue Zufahrt zum GS Nr. 001 den Plänen entsprechend erstellt wird, kann im Rahmen der Baukontrollen unschwer festgestellt und nötigenfalls – falls das Bauvorhaben nicht plan und bewilligungskonform erstellt würde – von den Baubehörden erzwungen werden. Insoweit wäre keine Auflage erforderlich gewesen, zumal die Bauherrschaft zu keiner Zeit irgendwelche Zweifel daran gelassen hat, dass sie bereit wäre, die Zufahrtsstrasse gemäss den bewilligten Plänen zu erstellen. Insofern der Regierungsrat die Bauherrschaft weiter verpflichtet, mit der Beschwerdeführerin einen Dienstbarkeitsvertrag über die Einräumung eines Fuss- und Fahrwegrechts auf der neuen Wegverbindung zu vereinbaren, so ist diese Auflage sicher für die Bauherrschaft verbindlich.

Mit einer solchen Auflage kann aber die Beschwerdeführerin als Dienstbarkeitsberechtigte nicht zum Einverständnis zu einer Verlegung ihres Fuss- und Fahrwegrechts verpflichtet werden. Eine solche Verlegung muss im Streitfall auf dem Zivilweg – via Friedensrichter und Kantonsgericht – entschieden werden. Mit einer Auflage in einem Baubewilligungsentscheid können Dritte nicht zur Änderung eines bestehenden Dienstbarkeitsvertrags über ein Fuss- und Fahrwegrecht verpflichtet werden. Dies ist nur gestützt auf Art. 742 ZGB und in einem Verfahren vor den zivilen Gerichtsinstanzen möglich.

c) Die vom Regierungsrat vorgesehene Auflage beinhaltet weiter den Auftrag an den Gemeinderat L., in

Anwendung von § 32c PBG dafür besorgt zu sein, dass die Mitbenutzung der neuen Wegverbindung durch die Eigentümerin des GS Nr. 001 gewährleistet werde, wenn der Dienstbarkeitsvertrag nicht zustande kommen sollte. Gemäss § 32c Abs. 1 PBG verpflichtet der Gemeinderat die Eigentümerinnen und Eigentümer von bestehenden privaten Erschliessungsanlagen, die Mitbenutzung und den Ausbau durch Dritte gegen volle Entschädigung zu dulden, sofern dies zumutbar ist und eine zweckmässige technische Lösung vorliegt. Können sich die Beteiligten nicht einigen, enteignet der Gemeinderat die erforderlichen Rechte (§ 32c Abs. 2 PBG). Auf Begehren der Beteiligten oder des Gemeinderates wird die Entschädigung von der Schätzungskommission festgesetzt. Diese entscheidet auch über strittige Unterhaltsreglungen (§ 32c Abs. 3 PBG). Aus den Materialien zu dieser Gesetzesbestimmung vom 30. Juni 2011, die seit dem 1. Januar 2012 in Kraft ist, ergibt sich, dass man mit den Regeln von § 32 ff. PBG die Erschliessung der Bauzonen durch die Gemeinden vereinfachen wollte. Im Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 10. August 2010 (KRV 13'500, S. 4) wird festgestellt, dass die Erschliessung der Bauzonen durch die Gemeinden im Allgemeinen recht gut funktioniere, aber es gebe Lücken. Früher sei die Erschliessung der Bauzonen von den Gemeinden oft den Bauwilligen überlassen worden und die Erschliessungsanlagen seien auch im Eigentum von Privaten geblieben. So gebe es heute zahlreiche Anlagen der Grob- und Feinerschliessung, die Privaten gehörten und die nicht öffentlich seien. In solchen Fällen würden gelegentlich Probleme auftreten, wenn ein Bauwilliger z. B. nicht über die notwendigen Rechte für die Benützung einer Privatstrasse verfüge. Diesen Problemen solle mit der vorliegenden Gesetzesrevision Abhilfe geschaffen werden. Die Gemeinden würden die Möglichkeit erhalten, Eigentümerinnen und Eigentümer von bestehenden Erschliessungsanlagen zu verpflichten, diese Anlagen gegen Entschädigung zur Mitbenutzung durch Dritte freizugeben (KRV, S. 10).

d) Paragraph 32c PBG regelt gemäss seinem klaren Wortlaut nicht den hier zu beurteilenden Sachverhalt, sondern kann nur zur Anwendung kommen, wenn eine private Erschliessungsanlage bereits besteht, die von Dritten für die Erschliessung eines Grundstücks mitbenützt und allenfalls ausgebaut werden soll. Die Erschliessung, welche gemäss den Auflagen des Regierungsrates mitbenutzt werden soll, ist hier aber nicht bestehend, sondern muss nach Rechtskraft der Baubewilligung erst erstellt werden. Die Bestimmung von § 32c PBG verfolgt auch einen anderen Zweck. Mit dieser Bestimmung will man private Eigentümerinnen und Eigentümer von bestehenden Erschliessungsanlagen dazu zwingen, ihre bestehenden privaten Erschliessungsanlagen Dritten zur Mitbenutzung zur Verfügung zu stellen. Im vorliegenden Fall ist die Bauherrschaft aber auch ohne Zwang bereit, dem GS Nr. 001 die neue geplante Erschliessung zur Verfügung zu stellen. Auch die Androhung der Enteignung für den Fall, dass nicht innert vier Monaten seit Rechtskraft des regierungsrätlichen Beschlusses ein entsprechender Dienstbarkeitsvertrag zustande komme, geht an den «falschen» Adressaten. Enteignet wird nämlich die Bauherrschaft, die ohnehin bereit ist, ihr Land für die erforderliche Erschliessung zur Verfügung zu stellen. Nach der Absicht des regierungsrätlichen Entscheides müsste eigentlich das Fuss- und Fahrwegrecht auf dem GS Nr. 002, welches bereits zugunsten der Beschwerdeführerin im Grundbuch eingetragen ist, enteignet werden. Der Regierungsrat versucht auf dem Weg der Enteignung zu erreichen, dass die Beschwerdeführerin einer Verlegung ihres bestehenden Fuss- und Fahrwegrechts auf den östlichen Teil des Baugrundstücks zustimmt. Eine solche Zustimmung ist aber gegen den Willen der Beschwerdeführerin nur auf dem Zivilweg und nicht in einem Baubewilligungsverfahren zu erreichen. Probleme ergäben sich auch aus der Tatsache, dass im Fall einer Enteignung, die Gemeinde L. Eigentümerin des enteigneten Landstreifens würde, denn bei der Enteignung ist der Übergang des Eigentums auf den Enteigner eines der wesentlichen Merkmale (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 2070). Eine Enteignung zugunsten Dritter oder die Übertragung des Enteignungsrechts an Dritte ist nur dann zulässig, wenn diese das Enteignungsrecht zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben benötigen.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass mit der Auflage gemäss Ziff. 1 des regierungsrätlichen Entscheides die hinreichende Erschliessung des Grundstücks der Beschwerdeführerin nicht erreicht werden kann. Das Baugrundstück gilt aber zu dem Zeitpunkt als hinreichend erschlossen, in dem die Bauherrschaft und die Beschwerdeführerin mit einem neuen Dienstbarkeitsvertrag die Verschiebung der Erschliessung des GS Nr. 001 auf die östliche Grenze des Baugrundstücks (wie es im Baugesuch vorgesehen ist), vereinbart haben, oder wenn ein rechtskräftiges Zivilurteil feststellt, dass die entsprechende Erschliessung auch

gegen den Willen der Dienstbarkeitsberechtigten verlegt werden darf. Nachdem das Bauvorhaben – abgesehen von der Frage der Erschliessung – nicht beanstandet wurde, rechtfertigt es sich nicht, die Baubewilligung ganz aufzuheben. Es wäre verfahrensökonomisch unsinnig, nach einer allfälligen Lösung der Erschliessungsfrage für das Nachbargrundstück das Baubewilligungsverfahren nochmals von Anfang an zu durchlaufen, nachdem nur noch diese einzelne Frage zu klären ist. Die Baubewilligung ist aber dahingehend mit einer Bedingung zu versehen, als von ihr erst Gebrauch gemacht werden darf, wenn ein neuer Dienstbarkeitsvertrag oder ein rechtskräftiges Zivilurteil vorliegt, womit die Verlegung der Erschliessung des GS Nr. 001 an die im Baugesuch vorgesehene Stelle ermöglicht bzw. erlaubt würde.

(. . .)

Urteil vom 27. März 2013 V 2012 / 5

1.1.3 Steuerrecht
§ 24 StG und Art. 26 DBG
Regeste:

§ 24 StG und Art. 26 DBG – Berufskosten können nur in Abzug gebracht werden, wenn sie mit der gegenwärtigen Berufsausübung in einem unmittelbaren Zusammenhang stehen. Auch Umschulungs- und Weiterbildungskosten können nur dann von den steuerbaren Einkünften in Abzug gebracht werden, wenn sie einen direkten Zusammenhang mit der in der entsprechenden Steuerperiode ausgeübten Erwerbstätigkeit und den entsprechenden Einkünften haben (Erw. 2b–f).

Aus dem Sachverhalt:

A. Am 14. Juli 2010 reichten A. und B.C. die Steuerklärung für das Jahr 2009 ein, und machten unter dem Titel «Berufsauslagen bei unselbständiger Erwerbstätigkeit» bei der Ehefrau einen Betrag von Fr. 10’026.– zum Abzug geltend. Auf dem Zusatzblatt 2009 K führten sie unter der Ziff. 4.1 die folgenden Auslagen für Weiterbildung und Umschulung von B.C. auf: IAC Zürich Fr. 5’630.–, Reisekosten Zug Zürich (32x) Fr. 883.– und Verpflegung (28x) Fr. 420.–, insgesamt Fr. 6’933.–. Am 12. Juni 2012 eröffnete die Steuerverwaltung des Kantons Zug gegenüber A. und B.C. die Veranlagung für die Kantons- und Gemeindesteuern 2009 mit einem steuerbaren Einkommen von Fr. xxx.– und bei der direkten Bundessteuer mit einem steuerbaren Gesamteinkommen von Fr. xxx.–. Bei den Berufsauslagen der Ehefrau wurde nur ein Pauschalbetrag von Fr. 2’000.– zum Abzug zugelassen. Gegen diese Veranlagungen reichten die Steuerpflichtigen am 12. Juli 2012 Einsprache ein und verlangten die Anerkennung der Kosten für die Fortbildung zur Feldenkraislehrerin im Betrag von Fr. 6’933.– als Weiterbildungskosten. Mit Einspracheentscheid vom 29. November 2012 wies die Rechtsmittelkommission der Steuerverwaltung die Einsprache ab.

B. Gegen diesen Einspracheentscheid reichten A. und B.C. am 28. Dezember 2012 beim Verwaltungsgericht Rekurs ein und beantragten, es sei der Betrag von Fr. 6’933.– als Weiterbildungskosten nach § 25 Abs. 1 lit. d StG bzw. Art. 26 Abs. 1 lit. d DBG zuzulassen und entsprechend das steuerbare Einkommen auf Fr. xxx.– bei den Kantons- und Gemeindesteuern und bei Fr. xxx.– bei den direkten Bundessteuern zuzulassen. Zur Begründung ihrer Anträge führen sie aus, B.C. habe nach Abschluss der Handelsschule die Ausbildung zur Krankenschwester absolviert (. . .). Weil ihr die Gesundheitsförderung stets ein grosses Anliegen gewesen sei, die sie auch in die Ausbildung der BetagtenpflegerInnen habe einbringen können, habe sie sich für eine Fortbildung zur Bewegungspädagogin nach Feldenkrais entschieden. Ziel dieser Methode sei es, die Gesundheit der Menschen zu fördern, so dass Krankheiten, respektive körperliche Unausgeglichenheiten vermieden werden könnten. Die Bewegungspädagogik nach Feldenkrais verbinde Elemente der klassischen Schulmedizin (Kinästhetik) mit der Hilfe zur Selbsthilfe (also dem pädagogischen Ansatz) und reihe sich damit nahtlos in ihre bisherige Karriere ein. Während der letzten Jahre habe sie auch als

Teilzeitangestellte (mit sehr flexibler Arbeitszeit) bei der A.B. Treuhand GmbH gearbeitet (. . .).

C. Mit Vernehmlassung vom 30. Januar 2013 beantragt die Steuerverwaltung des Kantons Zug die Abweisung des Rekurses unter Kostenfolgen zu Lasten der Rekurrenten.

Aus den Erwägungen:

2. (. . .)

a) Rechtsgrundlage für die Beurteilung der Abzugsfähigkeit von Weiterbildungskosten bilden § 24 f. StG, § 10 der Verordnung zum Steuergesetz vom 30. Januar 2001 (V StG, BGS 632.11), Art. 26 DBG und die Verordnung über den Abzug von Berufskosten der unselbständigen Erwerbstätigkeit bei der direkten Bundessteuer (Berufskostenverordnung) vom 10. Februar 1993 (SR 642.118.1).

(. . .)

b) Aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmungen ergibt sich, dass nur Berufskosten abgezogen werden können, die mit der gegenwärtigen Berufsausübung in einem unmittelbaren Zusammenhang stehen. Auch Umschulungs- und Weiterbildungskosten können nur dann von den steuerbaren Einkünften in Abzug gebracht werden, wenn sie einen direkten Zusammenhang mit der in der entsprechenden Steuerperiode ausgeübten Erwerbstätigkeit und den entsprechenden Einkünften haben. Die Abziehbarkeit von Aufwendungen setzt voraus, dass ein qualifiziert enger Konnex zwischen den getätigten Ausgaben und den erzielten Einkünfte vorliegt. Der Abzug von Gewinnungskosten setzt neben dem sachlichen auch einen zeitlichen Zusammenhang voraus. Bei der Berücksichtigung und Festsetzung von Gewinnungskosten ist grundsätzlich das Periodizitätsprinzip zu beachten (Bruno Knüsel, in: Martin Zweifel/Peter Athanas, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2a, Art. 26 DBG N 6). Das Periodizitätsprinzip bedeutet, dass die Gewinnungskosten nach der Rechtsprechung grundsätzlich nur dann abzugsfähig sind, wenn ihnen in derselben Steuerperiode ein damit zusammenhängendes Einkommen der steuerpflichtigen Person gegenübersteht. Eine Berücksichtigung findet nicht statt, wenn die entsprechenden Einkünfte erst in einer späteren Periode zufliessen (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, 2. A., Zürich 2009, Art. 26 N 65 mit vielen Verweisen).

c) Jede berufliche Tätigkeit erfordert in der Regel eine dauernde Weiterentwicklung des dafür nötigen Wissens. Die Kosten für diese Weiterbildung stellen deshalb durch berufliche Tätigkeit verursachte und auch notwendige Kosten dar. Sie sind deshalb steuerlich zu berücksichtigen und weitherzig auszulegen. Die abzugsfähigen Kosten sind nach geltendem Recht und aktueller Praxis in zweierlei Hinsicht von nicht abzugsfähigen Schulungskosten abzugrenzen: Zum einen stellt die Ausbildung eine Investition dar, deren Aufwand nicht vom laufenden Einkommen abgezogen werden kann. Zur Unterscheidung zwischen Aus- und Weiterbildung wird auf den Zusammenhang mit der aktuellen Tätigkeit verwiesen. Die zweite Abgrenzung bezieht sich auf den zeitlichen Zusammenhang zwischen Kosten und damit bewirktem Einkommen. Wer aus irgendeinem Grund die Erwerbstätigkeit unterbricht und später wieder aufnehmen will, kommt häufig nicht darum herum, zusätzliches Wissen zu erwerben oder früher erworbenes wieder aufzufrischen. Derartigen Kosten für den Wiedereinstieg steht meistens während der gleichen Bemessungsperiode (noch) kein Erwerbseinkommen gegenüber, weshalb ein Abzug als Gewinnungskosten entfällt (Knüsel Bruno, a.a.O., N 9).

d) Für den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt ergibt sich Folgendes: Den sachlichen Zusammenhang zwischen der bisherigen Ausbildung der Rekurrentin und der Weiterbildung zur Feldenkraispädagogin erachtet das Gericht als gegeben. Die Rekurrentin ist ausgebildete Krankenschwester und hat sich in der Folge zur Lehrerin für Gesundheits- und Krankenpflege sowie zur Erwachsenenbildnerin weitergebildet. Nach einer Lehrtätigkeit an der Schule K. arbeitete sie als Leiterin Aus- und Weiterbildung in einer Seniorenresidenz in L.. In ihrer Weiterbildung hat sich die Rekurrentin zur Feldenkrais-Pädagogin ausbilden lassen. Die nach ihrem Begründer benannte Feldenkrais-Methode

orientiert sich am Prinzip des organischen Lernens, eines somatischen Bewegungslernens, und ist damit im Feld der Körpertherapien angesiedelt. Die Feldenkrais-Methode differenziert sich in zwei eng miteinander in Verbindung stehenden, jedoch unabhängig voneinander praktizierbare Techniken namens Bewusstheit durch Bewegung und Funktionale Integration. Während es sich bei der erstgenannten um einen vorrangig verbal angeleiteten Gruppenunterricht handelt, liegt der Fokus der funktionalen Integration auf der nonverbalen, vorwiegend körperlichen Interaktion im Rahmen einer Einzelarbeit zwischen Lehrer und Schüler (vgl. hierzu die Ausführungen im Internet unter Wikipedia). Die Rekurrenten weisen zu Recht darauf hin, dass die Feldenkraispädagogik im Wesentlichen auf den Kenntnissen des menschlichen Körper basiere und den pädagogischen Erfahrungen zur Vermittlung. Dies entspricht weitgehend der Grundausbildung der Rekurrentin und ihren bisherigen Weiterbildungen.

e) Der ebenfalls verlangte zeitliche Zusammenhang zwischen dem Einkommen der Rekurrentin und den Berufsauslagen ist nicht gegeben. Aus den Steuerakten ergibt sich, dass die Rekurrentin 2006 noch während sechs Monaten für die Seniorenresidenz in L. (30 %) und in geringem Mass für den Verband Curaviva und das Kompetenzzentrum für Qualifikationsverfahren Luzern gearbeitet hat. Für die A.C. GmbH war sie zu 10 % tätig. Im Jahre 2007 hat sie nur noch für die A.C. GmbH und das Kompetenzzentrum für Qualitätsverfahren Luzern gearbeitet. In den Jahren 2008 und 2009 arbeitete sie ausschliesslich in einem Pensum von 25 bzw. 20 % für die A.C. GmbH. Auch nach Abschluss der Weiterbildung im Jahr 2009 hat sie die Tätigkeit als Feldenkrais-Pädagogin offenbar nicht aufgenommen, sondern arbeitete auch 2010 und 2011 weiterhin in einem Pensum von 20 % für die Firma ihres Ehemannes. Ein Erwerbseinkommen aus der Tätigkeit als Feldenkraispädagogin wurde nicht deklariert, d.h. eine entsprechende Tätigkeit ist offenbar auch nicht aufgenommen worden.

f) Grundsätzlich sind nach dem Gesetzeswortlaut, der im Regelfall für die Auslegung des Gesetzes wegleitend ist, nur solche Weiter- und Ausbildungskosten abzugsfähig, die mit der gegenwärtigen Berufsausübung einen unmittelbaren Zusammenhang haben. Nach dem Sinn und Zweck der Bestimmung könnte man sich zwar fragen, ob Aus- und Weiterbildungskosten in Ausnahmefällen nicht auch im Folgejahr in Abzug gebracht werden könnten. Unabdingbar wäre hierfür aber, dass die neu erworbenen beruflichen Fähigkeiten nach Abschluss der Ausbildung auch im Hinblick auf eine Einkommenserzielung angewandt würden. Wird keine entsprechende Tätigkeit aufgenommen, so kommt ein Abzug der Aus- und Weiterbildungskosten unter keinem Titel in Frage. Hier hilft auch der Hinweis der Rekurrenten nicht weiter, die Kosten für die Aus- und Weiterbildung hätten gemäss den Angaben der Steuerverwaltung ohne weiteres beim Arbeitgeber steuerlich geltend gemacht werden können. Sollte die Steuerverwaltung eine solche Auskunft gegeben haben – was von ihr bestritten wird – so wäre sie nämlich unrichtig, denn auch der Arbeitgeber darf nur geschäfts- und berufsmässig begründete Kosten in Abzug bringen. Eine solche geschäftsmässige Begründetheit ist nur solange zu bejahen, als ein sachlicher Zusammenhang zwischen einer Aufgabe und dem Geschäftsbetrieb besteht (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O., Art. 27 N 4). Der Geschäftszweck der A.C. GmbH ist wie folgt umschrieben: «Erbringung von Beratungsleistungen, insbesondere im Steuer- und Finanzbereich sowie Durchführung von Wirtschaftsprüfungen; kann sich an anderen Unternehmen beteiligen, andere Unternehmen erwerben oder erworbene Unternehmen verkaufen, Darlehen aufnehmen und gewähren, Garantien und Sicherheiten stellen, Immaterialgüterrechte erwerben, verwalten und verwerten sowie Liegenschaften mieten, erwerben, verwalten und veräussern». Offensichtlich besteht zwischen diesem Geschäftszweck und der Aus- und Weiterbildung der Rekurrentin kein sachlicher Zusammenhang, so dass die Kosten auch nicht vom Arbeitgeber hätten zum Abzug geltend gemacht werden können.

(. . .)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Mai 2013 A 2013 / 1

§ 33 Abs. 1 Ziff. 4 StG und Art. 35 Abs. 1 lit. b DBG
Regeste:

§ 33 Abs. 1 Ziff. 4 StG und Art. 35 Abs. 1 lit. b DBG – Ein Unterstützungsabzug kann nur gewährt werden, wenn der Steuerpflichtige nachweist, ob, in welcher Höhe und an wen er Unterstützungsleistungen erbracht hat. Ebenfalls nachzuweisen ist, ob und in welchem Ausmass die unterstützte Person erwerbsunfähig ist (Erw. 2). Bei Geldzahlungen ins Ausland sind grundsätzlich Post- und Bankbelege vorzulegen (Quittungen über Barzahlungen genügen nicht). Im vorliegenden Fall sind die Zahlungen an die angeblich in Thailand unterstützten Personen in keiner Weise nachgewiesen (Erw. 3).

Aus dem Sachverhalt:

In der Steuererklärung vom 30. Dezember 2010 machte A.B. Abzüge in Form von Unterstützungsbeiträgen im Betrag von Fr. 33'000.– bei der Kantons- und Gemeindesteuer und von Fr. 61'000.– bei der direkten Bundessteuer geltend. Auf dem Zusatzblatt 2009 K führte er unter der Ziff. IV zehn unterstützungsbedürftige, vermögenslose, von ihm unterhaltene Personen auf, denen er im Jahr 2009 je Fr. 6'100.– habe zukommen lassen. Am 19. März 2012 eröffnete die Steuerverwaltung des Kantons Zug die Veranlagung für die Kantons- und Gemeindesteuer und die direkte Bundessteuer 2009 und setzte die steuerbaren Einkünfte bei den Kantons- und Gemeindesteuern auf Fr. xxx.– und bei der direkten Bundessteuer auf Fr. xxx.– fest. Bei den Unterstützungsabzügen akzeptierte sie bei den Kantons- und Gemeindesteuern nur einen Betrag von Fr. 3'300.– und bei der direkten Bundessteuer einen solchen von Fr. 6'100.– für X.Y.. Gegen diese Veranlagung reichte A.B. am 17. April 2012 Einsprache ein und verlangte, die Abzüge für die unterstützten Personen seien im deklarierten Umfang zuzulassen. Mit Schreiben vom 24. September 2012 ersuchte die Steuerverwaltung A.B. um ergänzende Angaben und Unterlagen. Am 28. Dezember 2012 reichte er ergänzende Angaben und Unterlagen ein. Mit Entscheid vom 11. März 2013 wies die Steuerverwaltung die Einsprache ab.

Gegen diesen Einspracheentscheid reichte A.B. am 10. April 2013 beim Verwaltungsgericht Rekurs ein und beantragte, der Unterstützungsabzug sei für die folgenden Personen jeweils in vollem Umfang von Fr. 3'300.– bei der Kantons- und Gemeindesteuer und von Fr. 6'600.– beim Bund zuzulassen: für C.Y., die schulpflichtige Nichte seines Partners, E.Y., die schulpflichtige Nichte seines Partners, G.Y., die schulpflichtige Nichte seines Partners, I.Y., den schulpflichtigen Neffen seines Partners, K.Y., die erwerbsunfähige und mittellose Mutter seines Partners, L.Y., die Schwester seines Partners, M.Y., den Bruder seines Partners, N.Y., den erwerbsunfähigen und mittellosen Bruder seines Partners und O.Y., die Schwägerin seines Partners. Zur Begründung seiner Anträge führte er unter anderem aus, bei den unterstützten Personen handle es sich um thailändische Familienangehörige und unmittelbare Familienangehörige seines Partners, mit dem er seit 2010 in eingetragener Partnerschaft lebe. Die Unterstützungsbedürftigkeit sei bei den unmündigen Kindern, die nicht für sich selber aufkommen könnten, ebenso gegeben wie bei der Grossmutter, die wegen Gebrechlichkeit und aus Altersschwäche nicht erwerbsfähig sei. Die Eltern der unmündigen Kinder könnten aufgrund der gegebenen ökonomischen Verhältnisse vor Ort nur äusserst beschränkt für ihren Lebensunterhalt aufkommen. Die von der Steuerverwaltung geforderten Belege könnten aufgrund der besonderen Umstände nicht im verlangten Detaillierungsgrad vorgelegt werden. In Thailand könnten für minderjährige Kinder de facto keine Gelder auf ein Konto mit ihrem Namen überwiesen werden, weil die Banken keine Kinderkonten eröffnen würden. Dasselbe gelte für Überweisungen über Western Union oder Moneygram. Die Ablehnungsbegründung beschränke sich ausschliesslich auf formaljuristische Argumente und würdige die völlig anderen Umstände eines aussereuropäischen Entwicklungslandes und dessen rudimentäre Infrastruktur überhaupt nicht mehr. Alle unterstützten Personen seien direkte Familienangehörige seines Lebenspartners.

Mit Vernehmlassung vom 23. April 2013 beantragt die Rechtsmittelkommission der Steuerverwaltung die Abweisung des Rekurses unter Kostenfolgen zu Lasten des Rekurrenten (. . .).

Aus den Erwägungen:

1. (. . .)

2. Gemäss § 33 Abs. 1 Ziff. 4 StG i.V.m. § 45 StG kann unter dem Titel «Sozialabzüge» für erwerbsunfähige oder beschränkt erwerbsfähige Personen, an deren Unterhalt die steuerpflichtige Person einen Beitrag in der Höhe von mindestens Fr. 3'300.– leistet, ein Unterstützungsabzug in dieser Höhe von Reineinkommen in Abzug gebracht werden. Gemäss Art. 35 Abs. 1 lit. b und Art. 213 Abs. 1 lit. b DBG i.V.m. Art. 7 lit. b der Verordnung vom 4. März 1996 über die kalte Progression (VKP, SR 642.119.2) können Fr. 6'100.– für jede erwerbsunfähige oder beschränkt erwerbsfähige Person, zu deren Unterhalt die steuerpflichtige Person mindestens in der Höhe des Abzugs beiträgt, vom Einkommen in Abzug gebracht werden.

a) Einen Unterstützungsabzug kann die steuerpflichtige Person in Anspruch nehmen, wenn sie Personen unterstützt, deren Erwerbsfähigkeit eingeschränkt ist oder die erwerbsunfähig sind. Wo die unterstütze Person lebt, ist unerheblich, d.h. Unterstützungsleistungen sind auch dann abzugsfähig, wenn die unterstützte Person im Ausland lebt. Der Unterstützungsabzug ist – ungeachtet des Umfangs der geleisteten Unterstützung – auf einen einheitlichen Betrag festzusetzen. Voraussetzung ist, dass dieser Betrag mindestens der Höhe des gesetzlichen Unterstützungsabzuges von Fr. 3'300.– bei der Kantons- und Gemeindesteuer und Fr. 6'100.– bei der direkten Bundessteuer entspricht. Erreicht die Unterstützung diese Beträge nicht, entfällt der Unterstützungsabzug vollständig. Der Abzug wird in diesem Fall nicht im Ausmass der unterstützten Beiträge gewährt. Als Unterstützungsbeiträge gelten unentgeltliche Leistungen an bedürftige Personen zur Bestreitung ihres minimalen Lebensunterhalts. Die Unterstützung kann auf gesetzlichen Vorschriften, auf vertraglicher Abmachung oder auf freiwilliger Basis erfolgen (vgl. hierzu Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, 2. A., Zürich 2009, Art. 213 N 58 ff.).

b) Ob, in welcher Höhe und an wen ein Steuerpflichtiger Unterstützungsleistungen erbracht hat, ist von ihm nachzuweisen. Gemäss § 127 StG und Art. 126 Abs. 1 und 2 DBG muss der Steuerpflichtige nämlich alles tun, um eine vollständige und richtige Veranlagung zu ermöglichen. Er muss auf Verlangen der Veranlagungsbehörde insbesondere mündlich und schriftlich Auskunft erteilen, Geschäftsbücher, Belege oder weitere Bescheinigungen sowie Urkunden über den Geschäftsverkehr vorlegen. Das Gesetz überbindet dem Steuerpflichtigen die Pflicht, alles zu tun, damit die Veranlagungsbehörde den für seine gesetzmässige Veranlagung massgebenden Sachverhalt feststellen kann. Unter die vorzulegenden Beweismittel fallen Dispositionsurkunden, d.h. Urkunden, die Rechtshandlungen wie Verträge und Vereinbarungen betreffen, sowie Zeugnisurkunden wie Rechnungen, Quittungen, Bank- und Postcheckauszüge. Vorlagepflichtig sind aber nicht nur Urkunden, die sich auf den «Geschäftsverkehr» des Steuerpflichtigen beziehen, sondern auch Urkunden, die in anderer Beziehung zur beweismässigen Abklärung des für die Veranlagung des Steuerpflichtigen massgebenden Sacherhalts notwendig sind. Dazu gehören z. B. Bestätigungen und Quittungen, die Auskunft über den Verwendungszweck geben können. Diese Auskunftspflicht muss verhältnismässig sein, d.h. die verlangten Auskünfte müssen für die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts geeignet und notwendig und für den Steuerpflichtigen zumutbar sein (BGE vom 11. Juli 2003, 2A.4/2003, Erw. 2.2). Der Pflicht des Steuerpflichtigen, über streitige Tatsachen Beweise beizubringen, entspricht auf Seiten der Steuerbehörde die Pflicht, die angebotenen Beweise abzunehmen, soweit sie zur Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts geeignet sind. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs räumt dem Steuerpflichtigen einen Anspruch auf Beweisabnahme ein. Der Anspruch besteht aber nur, sofern die Tatsachen, über die Beweis zu führen ist, rechtserheblich sind und das Beweismaterial nicht von vorneherein als ungeeignet und nicht beweisbildend erscheint. Die Behörden sind auch nur verpflichtet, gesetzlich zulässige Beweismittel abzunehmen (BGE vom 19. August 1996, in StE 1997, B 92.51 Erw. 3b).

c) Zu beachten sind weiter die allgemeinen Regeln der Beweislastverteilung. Nach Art. 123 Abs. 1 DBG und § 124 StG haben die Veranlagungsbehörden zusammen mit der steuerpflichtigen Person die für eine vollständige und richtige Besteuerung massgebenden tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse festzustellen. Dabei gilt die Grundregel, dass die Veranlagungsbehörde die steuerbegründenden und -erhöhenden Tatsachen nachzuweisen hat, die steuerpflichtige Person dagegen jene Tatsachen, welche die Steuerschuld mindern oder aufheben (Richner / Frei / Kaufmann/Meuter, a.a.O., Art. 123 N 77). Bezogen auf den Nachweis einer geleisteten Unterstützung ist Folgendes zu beachten: Wird eine

Unterstützungsleistung nicht in der Minimalhöhe von Fr. 3’300.– bzw. Fr. 6’100.– hinreichend nachgewiesen, so ist der Abzug zu verweigern. Vom Steuerpflichtigen ist zu verlangen, dass er von der unterstützten Person eine Bestätigung über Art, Zeitpunkt und Höhe der erfolgten Unterstützungen sowie auf Verlangen auch Zahlungsbelege vorweist. Bei Geldzahlungen ins Ausland sind grundsätzlich Post- und Bankbelege vorzulegen, da hier besonders strenge Anforderungen an den Nachweis verlangt werden. Aus den Post- und Bankbelegen müssen sowohl die leistende Person wie auch die jeweiligen Empfänger klar ersichtlich sein. Quittungen über Barzahlungen an Empfänger mit steuerrechtlichem Wohnsitz im Ausland werden grundsätzlich nicht als Beweismittel für Unterstützungsleistungen akzeptiert. Für solche Zahlungen hat die steuerpflichtige Person die Belege für Post- und Banküberweisungen beizubringen (Richner / Frei / Kaufmann/Meuter, a.a.O., Art. 213 N 57). In der Praxis werden nur nachgewiesene Geldüberweisungen an die unterstützte Person im Ausland sowie amtliche Ausweise betreffend die Vermögensverhältnisse sowie die Erwerbsunfähigkeit bzw. die beschränkte Erwerbsfähigkeit anerkannt (Ivo P. Baumgartner, in: Martin Zweifel / Peter Athanas, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2a, Art. 35 N 26a).

3. Die gesetzlichen Regeln und die Hinweise aus Lehre und Rechtsprechung sind nun auf den vorliegenden Fall anzuwenden. Dabei ergibt sich Folgendes:

a) In seiner Steuererklärung für das Jahr 2009 hat der Rekurrent unter der Ziff. 24.6 Unterstützungsbeiträge von Fr. 33’000.– bei den Kantons- und Gemeindesteuern und Fr. 61’000.– bei den direkten Bundessteuern zum Abzug geltend gemacht. Im Zusatzblatt 2009 K führt er zehn unterstützungsbedürftige, vermögenslose, von ihm unterhaltene Personen mit Wohnsitz in Z. Thailand, auf, denen er je Fr. 6’100.– überwiesen habe. Der Steuererklärung beigelegt wurde ebenfalls ein Auszug von drei Bankkonten. Gemäss den Angaben auf diesen Konten wurden während des Jahres 2009 verschiedentlich Zahlungen an X.Y., den Partner des Rekurrenten, und an diesen persönlich geleistet. Im Veranlagungsentscheid stellte die Steuerverwaltung bezüglich des Unterstützungsabzuges unter anderem fest, Zahlungsempfänger sei jeweils X.Y. gewesen. Weitere Zahlungsempfänger seien nicht nachgewiesen. Ebenfalls fehle der Nachweis der Unterstützungsbedürftigkeit. Nach Eingang der Einsprache teilte die Steuerverwaltung dem Rekurrenten mit, dass man für eine ordnungsgemässe Beurteilung der Einsprache die folgenden Angaben benötige: Identitätsnachweis sämtlicher unterstützter Personen inkl. Angabe von Adresse und Wohnort, Belege für die objektive Unterstützungsbedürftigkeit der erwachsenen Personen, detaillierte Aufstellung darüber, welche Personen mit den einzelnen Zahlungen unterstützt worden seien, Angaben über den Zweck der Zahlungen 1.5, 1.6, 2.1 und 2.11 gemäss Anhang, schriftliche Bestätigungen sämtlicher erwachsener Personen, dass sie die Unterstützungsleistungen erhalten und zum vorgesehenen Zweck verwendet haben, und Nachweis, dass Erwachsenen aufgrund fehlenden Vermögens und regelmässigen Einkommens in Thailand keine Kontoführung gewährt werde. In der Folge reichte der Rekurrent Kopien von Identitätskarten ein, nämlich jene von X.Y. und vier anderen Empfängern. Bezüglich der vier Kinder führte er aus, von diesen würden keine Ausweiskopien vorliegen, da sich deren Dokumente bei einem der getrennt lebenden Eltern- oder Grosselternteile befinden würden. Auch im Rekursverfahren wurden keine weiteren Beweismittel eingereicht.

b) Aus den oben erwähnten Bankkonten ergibt sich, dass im Jahr 2009 ab diesen Konten insgesamt ein Betrag von Fr. 67’070.– an X.Y. und in drei Fällen an den Rekurrenten selbst (diese mit den Hinweisen «Übertrag» am 8.01.09, «School Tuition» am 6.03.09 und «Summerschool Commercial College» am 20.04.09) ausbezahlt wurde. Neun Überweisungen im Betrag von total Fr. 25’750.– sind mit den folgenden Vermerken versehen: «Living costs Y. family, Unterhalt Y. Familie, Family support Y. und hospital and medical bill K.Y.». Neun Überweisungen im Betrag von Fr. 15’170.– betreffen die Schulausbildung von X.Y.: «School excursion, Summer turn school, College tuition, School nat and bung, Summer school, Summer school tuition, Study cost, School uniform, Tuition bung, School tuition and living cost». Fünf Überweisungen im Betrag von Fr. 26’150.– sind nicht näher bezeichnet (Fees [Gebühren], Übertrag, Living cost nat and bung). Aus diesen Unterlagen ergibt sich, dass der eingetragene Partner des Rekurrenten, X.Y., von diesem im Jahr 2009 grosszügig unterstützt wurde. Entsprechend hat die Steuerverwaltung für diesen einen Unterstützungsabzug in der gesetzlich zugelassenen Höhe akzeptiert.

Aus diesen Unterlagen ergibt sich aber nicht, dass die übrigen Mitglieder der Familie Y. einzeln in einem bestimmten Ausmass unterstützt worden wären. Trotz Aufforderung durch die Steuerverwaltung war es dem Rekurrenten nicht möglich, eine Aufstellung über die einzelnen Zahlungen an die jeweiligen Familienmitglieder beizubringen. Wenn er hierzu ausführt, dass das Geld von seinem Lebenspartner in den gemeinsamen Geldtopf der Familie weitergeleitet worden sei, so hat das Gericht grundsätzlich keinen Anlass, an diesen Ausführungen zu zweifeln. Diese Feststellung ist aber durch keinerlei Quittungen, Bestätigungen oder Beweismittel irgendwelcher Art belegt. Bestätigungen und Belege hätten man in diesem Fall umso mehr erwarten können, als es sich bei dem pro Person maximal möglichen Unterstützungsabzug von Fr. 6'100.– in thailändischer Währung um einen Betrag von über 190'000 Baht (Quelle: Währungsrechner www.oanda.com, per 31. Dezember 2009) handelt, der weit über dem thailändischen durchschnittlichen Jahresbruttolohn für das Jahr 2009 liegt, der sich bei 104'328 Baht befand (Quelle: German Trade & Invest 2012, Wirtschaftsdaten kompakt: Thailand).

c) Bei den geltend gemachten Unterstützungsleistungen handelt es sich um steuermindernde Tatsachen, bei denen der Rekurrent die objektive Beweislast bzw. im Fall fehlenden Nachweises die Folgen der Beweislosigkeit trägt. Nach der strengen Praxis der Steuerbehörden für den Nachweis von solchen Leistungen müssen Bank- oder Postbelege vorgelegt werden, aus denen sowohl die leistende Person wie auch der Empfänger und die geleistete Summe klar ersichtlich sind. Können solche Belege nicht beigebracht werden, so muss vom Steuerpflichtigen zumindest erwartet werden, dass er eine Quittung des Empfängers beibringt, aus der sich ergibt, dass dieser den Unterstützungsbeitrag aus der Schweiz erhalten hat. Wie die Steuerverwaltung zu Recht feststellt, geht aus den vorgelegten Bankauszügen nicht einmal hervor, dass überhaupt Zahlungen an die einzelnen Verwandten des Lebenspartners des Rekurrenten geleistet wurden, nachdem dieser offenbar die ihm zur Verfügung gestellten Leistungen in einen «Familientopf» eingebracht hat. Streng genommen ist auch nicht nachgewiesen, dass es sich bei den neun behaupteten Leistungsempfängern um Angehörige des Lebenspartners des Rekurrenten handelt. Neben den offenen Fragen bezüglich der Empfänger und der Beträge, die den einzelnen Personen ausgerichtet wurden, ist auch die Frage offen, ob die unterstützten Personen überhaupt unterstützungsberechtigt waren. Dies ist nur der Fall, wenn der Unterstützungsempfänger erwerbsunfähig oder beschränkt erwerbsfähig ist. Eine Erwerbsunfähigkeit liegt vor, soweit aus Gründen, welche bei der Person selber liegen, so namentlich körperliche oder geistige Gebrechen, gar keine Erwerbstätigkeit ausgeübt werden kann. Die Gründe für eine beschränkte Erwerbsfähigkeit können auch in persönlichen oder wirtschaftlichen Gegebenheiten begründet sein. Die Erwerbsunfähigkeit bzw. die beschränkte Erwerbsfähigkeit muss zu einer Unterstützungsbedürftigkeit führen, d.h. die betroffene Person muss aus objektiven Gründen längerfristig nicht oder nicht mehr in der Lage sein, für ihren Lebensunterhalt aufzukommen. Während die Unterstützungsbedürftigkeit bei der Grossmutter K.Y. vermutet werden darf, gibt es keine Belege dafür, dass die Eltern der unmündigen Kinder ebenfalls erwerbsunfähig wären. Allgemeine Hinweise auf fehlende Schulausbildung, Arbeitserfahrung und die hohe Arbeitslosigkeit reichen als Nachweis nicht aus, denn der Beweis der Unterstützungsbedürftigkeit ist bezogen auf jeden einzelnen Leistungsempfänger zu erbringen. Sind die Eltern nicht unterstützungsbedürftig, so sind es auch die Kinder nicht, denn deren Unterstützungsbedürftigkeit beurteilt sich danach, ob ihre Eltern in der Lage sind, ihren Unterhaltspflichten nachzukommen oder nicht.

d) Zusammenfassend ergibt sich, dass nur der Nachweis erbracht wurde, dass der Rekurrent im Jahr 2009 ab drei verschiedenen Konten einen Gesamtbetrag von Fr. 67'070.– an seinen Lebenspartner (und sich selber) überwiesen hat. Aus den Kontoauszügen ergibt sich, dass Fr. 15'170.– für die Schulausbildung des Lebenspartners bestimmt waren. Ein Gesamtbetrag von Fr. 25'750.– war gemäss den jeweiligen Vermerken für den Unterhalt der Familie Y. vorgesehen. Es bestehen keine Belege oder Quittungen dafür, ob dieser Betrag effektiv für den Unterhalt der Familie verwendet wurde, und welche Personen dabei in den Genuss der entsprechenden Unterstützungsleistungen gekommen sind. Für den Betrag von Fr. 26'150.– ergibt sich aus den Vermerken nicht einmal, zu welchen Zwecken sie verwendet wurden. Trotz entsprechender Hinweise und Fristansetzung durch die Steuerverwaltung ist es dem Rekurrenten nicht gelungen darzulegen und zu beweisen, an wen Unterstützungsleistungen in welcher Höhe ausgerichtet wurden. Ebenfalls konnte nicht belegt werden, dass die neun Leistungsempfänger, für

welche ein Unterstützungsabzug im Rekurs geltend gemacht wurde, überhaupt unterstützungsbedürftig sind. Die allgemeinen Hinweise auf die wirtschaftliche Situation in den ländlichen Gebieten Thailands reichen zur Begründung nicht aus. Zu beachten ist schliesslich Folgendes: Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass die Beträge, die in den Kontoauszügen mit dem Vermerk «Unterstützung Familie Y.» tatsächlich zu gleichen Teilen an die Mitglieder der Familie ausgerichtet worden seien und dass bei allen die Unterstützungsbedürftigkeit geben wäre, so wären die zum Abzug berechtigenden Minimalbeträge sowohl bei der Kantons- und Gemeindesteuer wie auch bei der direkten Bundessteuer nicht erreicht. Die Steuerbehörden dürfen im internationalen Verhältnis an den Nachweis der von einem Steuerpflichtigen erbrachten Unterstützungsleistungen hohe Anforderungen stellen. Sie dürfen insbesondere plausible Beweise dafür verlangen, dass die entsprechenden Beträge dem bedürftigen Empfänger zugeflossen sind. Blosse Zollbelege über die Einfuhr des Geldes oder blosse Bankbelege für eine Überweisung an eine Drittperson im Ausland genügen nicht. Es ist dem Steuerpflichtigen unter diesen Umständen zuzumuten, zumindest eine schriftliche Bestätigung (Quittung) des Empfängers beizubringen oder durch behördliche Bestätigung nachzuweisen, dass der Empfänger den Unterstützungsbeitrag aus der Schweiz erhalten hat. Solche Nachweise hat der Rekurrent nicht erbracht, weshalb sich die Verweigerung der Unterstützungsabzüge als rechtens erweist.

e) Abschliessend macht der Rekurrent geltend, die Steuerverwaltung habe in früheren Jahren die Abzüge nach ordnungsgemässer Beurteilung ohne weitere Nachfrage in vollem Umfang gewährt. Für die Beurteilung des Jahres 2009 verlange sie nun Angaben und Unterlagen, die zum grossen Teil schlichtweg nicht erbracht werden könnten. Aus der Anerkennung von Abzügen in früheren Steuerperioden kann nicht abgeleitet werden, dass diese Abzüge auch künftig wieder gleich beurteilt würden. Aus dem Umstand, dass eine frühere Steuerdeklaration genehmigt wurde, kann für verschiedene in die Deklaration eingeflossene Sachverhalte nicht abgeleitet werden, darin liege eine Zusicherung der Veranlagungsbehörde, die jeweiligen Sachverhalte auch künftig gleich zu würdigen (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, 2. Auflage, Zürich 2006, VB zu §§ 119 - 131 N 62). Dies bedeutet, dass es der Veranlagungsbehörde zusteht, in einer neuen Steuerperiode einen geltend gemachten Abzug anders zu beurteilen als in den Vorperioden. Dies trifft auch hier zu. Im Übrigen hält die Steuerverwaltung in ihrer Vernehmlassung fest, dass bereits in den Steuerjahren 2007 und 2008 die Abzüge nicht mehr anerkannt und eine dagegen erhobene Einsprache abgewiesen wurde (. . .).

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Mai 2013 A 2013 / 8

§ 195 Abs. 2 StG
Regeste:

§ 195 Abs. 2 StG – Bestimmung des Verkehrswertes gemäss § 195 Abs. 2 StG durch ein vom Gericht angeordnetes Gutachten (Erw. 2). – Gerichtsgutachten unterliegen der freien Beweiswürdigung durch das Gericht. Ist ein Gutachten nicht vollständig und widerspruchsfrei begründet und/oder stützt es sich auf blosse Behauptungen, die für Aussenstehende nicht nachvollziehbar sind, darf das Gericht vom Ergebnis des Gutachtens abweichen. Wenn ein Gutachten z. B. Handänderungen zum Vergleich beizieht, bei denen die Grundstücksfläche und die Lage des Grundstücks nicht bekannt sind, so sind diese Handänderungen bzw. die entsprechenden Verkaufspreise für die Bestimmung des Verkehrswertes so gut wie wertlos (Erw. 3).

Aus dem Sachverhalt:

A. Mit Kaufvertrag vom 16. November 2006 verkauften A. und B.C. ihr Ferienhaus an der Hauptstrasse in L. zum Preis von Fr. 1’150’000.– an die D. GmbH in Baar. Am 23. Mai 2007 reichten die Verkäufer bei der Grundstückgewinnsteuer-Kommission L. (im Folgenden als Kommission bezeichnet) die Steuererklärung für die Grundstückgewinnsteuer ein und deklarierten einen Grundstückgewinn von Fr. 152’749.–. Vom Kaufserlös von Fr. 1’150’000.– brachten sie Anlagekosten von insgesamt Fr. 997’251.– in Abzug. Den

Verkehrswert vor zwanzig Jahren setzten sie mit Fr. 919’000.– ein. Mit Veranlagungsentscheid vom 14. Juni 2007 setzte die Kommission den Grundstückgewinn auf Fr. 415’421.35 fest. Als Verkehrswert vor 20 Jahren ging sie von einem Betrag von Fr. 729’378.– aus. Gegen diese Veranlagungsverfügung liessen A. und B.C. am 3. Juli 2007 Einsprache einreichen und beantragen, der Grundstückgewinn sei auf Fr. 152’700.–, eventualiter auf Fr. 189’200.– festzusetzen. Bezüglich des Verkehrswertes vor 20 Jahren hielten die Einsprecher an den Fr. 919’000.– fest. Mit Entscheid vom 5. September 2007 wies die Kommission die Einsprache ab und hielt an ihrer Einschätzung fest. Gegen diesen Einspracheentscheid liessen A. und B.C. am 10. Oktober 2007 beim Verwaltungsgericht Rekurs einreichen und beantragen, der Grundstückgewinn sei auf Fr. 189’200.– festzusetzen und die Steuer beim minimalen Steuersatz von 10 % auf Fr. 18’920.–, eventualiter sei die Grundstückgewinnsteuer vom Verwaltungsgericht nach Einholung eines Gutachtens über den Verkehrswert vor 20 Jahren einzuholen, subeventualiter sei die Angelegenheit an die Kommission zur Vornahme unterlassener Abklärungen, zur Offenlegung des eigenen Standpunkts und der Gewährung des rechtlichen Gehörs zurückzuweisen. Mit Urteil vom 31. Oktober 2008 hiess das Verwaltungsgericht den Rekurs insofern gut, als es die Sache zur Abklärung und Neuentscheidung im Sinne der Erwägungen an die Kommission zurückwies. Das Gericht stellte im Wesentlichen fest, der Einspracheentscheid sei sowohl bezüglich der geltend gemachten wertvermehrenden Aufwendungen wie auch bezüglich des Land- und Gebäudewertes vor 20 Jahren ungenügend begründet. Mit neuem Einspracheentscheid vom 16. Juni 2010 setzte die Kommission den Grundstückgewinn erneut auf Fr. 415’421.35 fest. Sie ging dabei wieder von einem Verkehrswert vor 20 Jahren im Betrag von Fr. 729’378.– aus.

Gegen diesen Einspracheentscheid liessen A. und B.C. am 12. Juli 2010 erneut Rekurs einreichen und beantragen, der Grundstückgewinn sei auf Fr. 189’200.– festzusetzen und die Steuer auf den Minimalsteuersatz von 10 %, d.h. auf Fr. 18’920.–, eventualiter sei die Grundstückgewinnsteuer vom Verwaltungsgericht nach Einholung eines Gutachtens über den Verkehrswert vor 20 Jahren festzusetzen (. . .). Am 8. September 2010 reichte die Kommission ihre Vernehmlassung ein. Zur Frage des Verkehrswerts vor 20 Jahren führte sie aus, man halte an der Darstellung vom 12. Dezember 2007 fest.

Am 1. September 2011 beauftragte das Verwaltungsgericht X. Y. mit der Erstellung eines Gerichtsgutachtens. Dieses Gutachten wurde am 7. Juli 2012 erstattet. Darin schätzte der Gutachter den Landwert ohne Bauten bezogen auf das Jahr 1986 mit Fr. 320.– pro Quadratmeter und den Verkehrswert der Gebäude auf Fr. 448’000.–. Die Parteien erhielten in der Folge Gelegenheit, zum Ergebnis der Begutachtung Stellung zu nehmen.

Mit Schreiben vom 15. Oktober 2012 wurde die Kommission vom Gericht aufgefordert, zu den Vergleichsgeschäften aus den Jahren 1982 bis 1986 die Parzellennummern, die Parzellengrössen, den Kaufpreis, den Verkäufer, den Käufer und die Zonenzugehörigkeit anzugeben. Die entsprechenden Angaben reichte die Kommission am 15. November 2012 ein. Die Rekurrenten erhielten in der Folge nochmals Gelegenheit zur Stellungnahme, wovon sie mit Eingabe vom 26. November 2012 Gebrauch machten. Auf die entsprechenden Ausführungen ist in den Erwägungen einzutreten.

Aus den Erwägungen:

1. (. . .)

2. Gemäss § 189 Abs. 1 StG unterliegen der Grundstückgewinnsteuer Gewinne, die aus der Veräusserung von Grundstücken des Privatvermögens oder von Anteilen an solchen erzielt werden. Steuerobjekt ist der Grundstückgewinn. Der Grundstückgewinn ist gemäss § 193 Abs. 1 StG der Betrag, um welchen der Erlös die Anlagekosten (Erwerbspreis und anrechenbare Aufwendungen sowie der bei der Überführung ins Privatvermögen besteuerte Gewinn) übersteigt. Als Erwerbspreis gilt der Kaufpreis mit allen weiteren Leistungen der erwerbenden Person. Liegt die massgebende Handänderung mehr als 20 Jahre zurück, kann die steuerpflichtige Person anstelle des Erwerbspreises den Verkehrswert des Grundstückes vor 20 Jahren in Anrechnung bringen (§ 195 Abs. 2 StG in der bis zum 31. Dezember 2006 gültigen Fassung).

a) Der Verkehrswert eines Grundstücks ist nach objektiven Grundsätzen zu ermitteln und entspricht dem Preis, der für das Grundstück nach dessen rechtlichen Gegebenheiten und dessen tatsächlichen Eigenschaften im gewöhnlichen Geschäftsverkehr am fraglichen Bewertungsstichtag (hier: 16. November 1986) zu erzielen gewesen wäre. Als gewöhnlicher Geschäftsverkehr wird der Handel am freien Markt bezeichnet, bei dem sich der Preis nach marktwirtschaftlichen Gegebenheiten auf der Grundlage von Angebot und Nachfrage bildet und bei dem jeder Vertragspartner ohne Zwang und ohne Not, sondern freiwillig und in Wahrung seiner Interessen zu handeln in der Lage ist (Richner / Frei / Kaufmann / Meuter, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, 2. A., Zürich 2006, § 220 N 123 f.). Der Verkehrswert kann nicht mit dem bezahlten Preis gleichgesetzt werden, denn der Preis eines Grundstücks muss nicht seinem Wert entsprechen. Es ist grundsätzlich untauglich, aus einem erzielten heutigen Verkaufserlös auf einen ebenso hohen Verkehrswert vor 20 Jahren mittels Abdiskontierung schliessen zu wollen. Der Verkehrswert kann auch nicht durch Rechtsgeschäfte bestimmt werden, die durch ausserordentliche Umstände zustande gekommen sind (wie z. B. Notverkäufe, Zwangsvollstreckung, Spekulationskäufe). Bei Grundstücken bestimmt der Markt am Ort der gelegenen Sache den Verkehrswert. Der Bewertungsstichtag ist massgebend für die Beantwortung aller relevanten Fragen, d.h. auf diesen Zeitpunkt ist eine Momentaufnahme vorzunehmen. So ist der Zustand des Grundstücks in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht massgebend wie auch allfällige Indexzahlen (Baukostenindex, Gebäudeversicherungswerte, Mietpreisindex etc.). Auch der Hypothekarzinssatz, die bau- und mietrechtlichen Rahmenbedingungen, das allgemeine wirtschaftliche Umfeld sowie die Infrastruktur am Bewertungsstichtag sind festzulegen (Richner / Frei / Kaufmann / Meuter, a.a.O., § 220 N 126 ff.).

b) Der Verkehrswert ist aufgrund von Schätzungen zu ermitteln. Die Verkehrswertschätzung hat dabei nach jenen Überlegungen zu erfolgen, die der Liegenschaftshandel üblicherweise anstellt bzw. vor 20 Jahren angestellt hätte. Dabei sind nicht nur Überlegungen der Immobilienwirtschaft, sondern auch solche des Kreditgewerbes zu berücksichtigen. Da der Verkehrswert auf dem Weg der Schätzung zu ermitteln ist, ergeben sich zwangsläufig Unschärfen. Bei aller Sorgfalt bleibt eine Schätzung eine Schätzung, deren Ergebnis sich nicht mathematisch beweisen lässt. Schätzen mehrere Personen dasselbe Grundstück, so ergeben sich zwingend Abweichungen. Abweichungen bis zu 10 % werden dabei als normal erachtet. Der geschätzte Verkehrswert bewegt sich immer in einer gewissen Bandbreite. Diese Einsicht hat zur Folge, dass der schätzungsweise ermittelte Verkehrswert nicht auf Franken und Rappen anzugeben ist (wird doch damit eine nicht vorhandene mathematische Genauigkeit vorgegaukelt). Bei unüberbauten Grundstücken ist einzig der Landwert (Bodenwert) zu ermitteln. Bei der Verkehrswertschätzung von überbauten Grundstücken wird in der Regel sowohl der Realwert, der sich aus dem Landwert, dem Bauwert und den Nebenkosten (Erschliessung, Vorbereitungs- und Umgebungsarbeiten) zusammengesetzt, als auch der Ertragswert berücksichtigt. Bei Wohnliegenschaften, die aufgrund ihrer Gestaltung in erster Linie der Eigennutzung dienen, kommt dem Realwert ausschlaggebende Bedeutung zu, weshalb kein Ertragswert berücksichtigt wird (Richner / Frei / Kaufmann / Meuter, a.a.O., § 220 N 137 ff.).

c) Zeigt sich in einem Verfahren, dass der Verkehrswert nicht ohne Weiteres zuverlässig ermittelt werden kann, kann die Rekursbehörde eine Schätzung durch einen Sachverständigen veranlassen. Bei der Bestellung des Gutachters sind die Bestimmungen von § 14 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 1. April 1976 (VRG, BGS 162.1) und ergänzend die Bestimmungen von Art. 183 ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO, SR 272) zu beachten. Als Beweismittel unterliegt das Gutachten der freien Beweiswürdigung durch das Gericht. Angesichts der Funktion des Gutachtens, dem Gericht fachspezifische Informationen zu liefern, über welches dieses nicht (zumindest nicht in ausreichendem Mass) verfügt, kann sich die Prüfung der Rechtsmittelinstanz darauf beschränken, ob das Gutachten auf zutreffenden Rechtsgrundlagen beruht, ob es vollständig, klar und gehörig begründet und widerspruchsfrei ist und ob der Gutachter hinreichende Sachkenntnis und die nötige Unbefangenheit bewiesen hat. Die Rechtsmittelinstanz braucht sich aber – unter Vorbehalt grober Irrtümer oder Rechenfehler – mit den Einwänden gegen einzelne Faktoren einer Schätzung grundsätzlich nicht zu befassen. Gutachten sollen keine blossen Behauptungen aufstellen; sie sollen vielmehr Wege und Kriterien aufzeigen, die für Aussenstehende das Ergebnis nachvollziehbar machen. Bei der

Verkehrswertschätzung eines Grundstücks oder einer Liegenschaft sind das Aufzeigen der wertbildenden Faktoren und eine eingehende Begründung von grosser Bedeutung. Werden vom Gutachter Vergleichspreise herbeigezogen, so muss das rechtliche Gehör des Steuerpflichtigen beachtet werden, d.h. er muss sich zu den vom Sachverständigen erhobenen Vergleichspreisen äussern können. Hierzu muss dem Steuerpflichtigen regelmässig eine Liste mit Vergleichshandänderungen mit den bezahlten Preisen und mit einem Ortsplan und der damals gültigen Bauordnung (inklusive Zonenplan) vorgelegt werden. Um die Vergleichstauglichkeit überprüfen zu können, müssen auch die Parteien der Vergleichshandänderungen genannt werden. Nur so kann geprüft werden, ob aussergewöhnliche oder persönliche Verhältnisse den Preis beeinflusst haben.

3. Am 1. September 2011 beauftragte das Gericht X.Y., Schätzungsexperte SEK-SVIT, mit der Erstellung eines Gerichtsgutachtens. Gefragt wurde gesondert nach dem Verkehrswert des Grundstücks im Jahre 1986 und nach dem Verkehrswert der Gebäude (Ferienhaus und Gartenhalle). In seinem Gutachten vom 7. Juli 2012 kam X.Y. zum Schluss, dass der Landwert Fr. 247’040.– betragen habe, was einem Quadratmeterpreis von Fr. 320.– entspricht. Den Verkehrswert der Gebäude schätzte er auf Fr. 448’000.–.

a) Der Landwert wurde vom Gutachter mit Fr. 320.– pro Quadratmeter bewertet. In seinem Kommentar zu diesem Wert erklärte der Gutachter, speziell seien die Informationen aus den Handänderungen gemäss Beilage 1 bewertet worden. Die Bewertung sei nur für das Bauland unabhängig von der Baute erfolgt. Bei der Marktwertbeurteilung seien speziell die trennenden Unterschiede bezüglich Lage (Sicht, Sonne, Nachbarschaft), Nutzung (Ausnützung, Form, Erschliessung) und Immissionen (Strassenverkehr) berücksichtigt worden. Die Analysen Kaufpreis 2006 (Beilage 2) und die Schätzung «Z» (Beilage 3) würden lediglich der Plausibilisierung des aufgrund von Vergleichen und der Marktentwicklung geschätzten Wertes dienen. Die in Beilage 1 aufgeführten 16 Handänderungen sind für eine Beurteilung durch das Gericht in der vom Gutachter verwendeten Weise bedauerlicherweise so gut wie wertlos, da sie den jeweiligen Grundstücken nicht zugeordnet werden können. Auf Ersuchen des Gerichts lieferte die Kommission mit Eingabe vom 15. November 2012 zu einigen der im Gutachten erwähnten Handänderungen nähere Angaben bezüglich Parzellennummer, Parzellengrösse und Zonenzugehörigkeit. Von diesen Angaben sind jedoch nur zehn verwertbar (die übrigen Handänderungen können nicht beurteilt bzw. überprüft werden, weil entweder die Grundstücksnummern falsch sind bzw. nicht mehr existieren (Nrn. 3 und 13), es sich um Strassenparzellen handelt (Nr. 6), das Grundstück mehr als einen Kilometer von der fraglichen Parzelle entfernt ist (Nr. 4) oder die Kommission keine näheren Angaben über die Parzellennummer, die Fläche und den Kaufpreis machen kann (Nrn. 2, 14 und 15)). Die Rekurrenten erhielten Gelegenheit, zu diesen Unterlagen Stellung zu nehmen, wovon sie mit Eingabe vom 26. November 2012 Gebrauch machten.

b) Das Gericht sieht sich daher veranlasst, aufgrund der jetzt zuverlässigeren Angaben, den Landwert selber festzusetzen: Auszugehen ist bei der Beurteilung des Landwertes davon, dass wir es hier mit einem perfekt rechteckigen Grundstück von 772 m2, das ca. 22 m breit und 35 m lang ist, zu tun haben. Das Grundstück befindet sich direkt an der Hauptstrasse und damit auch direkt am See mit optimaler Besonnung (direkte Südexposition) und unverbaubarer Aussicht auf den See und die umliegenden Berge. Es befand sich 1986 in der Zone W2, in der eine Ausnützung von 0.35 und der Bau von zweigeschossigen Bauten möglich waren. Als einziger Negativpunkt ist der relativ starke Durchgangsverkehr auf der Hauptstrasse zu erwähnen. In unmittelbarer Nähe befindet sich das Grundstück GS Nr. 01, für welches 1982 schon ein Kaufpreis von Fr. 452.– pro Quadratmeter bezahlt wurde. Das GS Nr. 01 ist 757 m2 gross, in einer Distanz zum GS Nr. 00 von 160 m Luftlinie und ca. 30 Höhenmeter weiter hangwärts gelegen. Rechnet man den Preis von 1982 mit Hilfe des Landesindexes der Konsumentenpreise, des Miet- und Baukostenindexes auf das Jahr 1986 um, so liegt der geschätzte Kaufpreis für 1986 bei ca. Fr. 525.–/m2. Es ist grundsätzlich nicht einzusehen, warum dieser Betrag wegen der leicht erhöhten Lage nicht zum Vergleich beigezogen werden sollte, zumal das Grundstück Nr. 01 mit 757 m2 fast gleich gross ist wie das Grundstück GS Nr. 00. Ebenfalls in unmittelbarer Nähe finden sich die beiden Grundstücke GS Nrn. 02 und 03. Diese sind mit 1’218 m2 und 1’207 m2 ca. eineinhalbmal so gross und befinden sich ca. 400 m weiter westlich – von der Hauptstrasse aus gesehen – in der zweiten Bautiefe und sind mit je drei

Reiheneinfamilienhäusern bebaut. Zudem grenzen sie auf der Nordseite noch an die (. . .)strasse. Im Jahr 1983 bzw. 1984 wurde der Quadratmeterpreis mit Fr. 304.– bzw. Fr. 307.– gehandelt, was indexangepasst für 1986 etwa Fr. 330.– entspricht. Die Vergleichsgeschäfte 7, 9, 11, 12 und 16 betreffen Grundstücke, die sich im Gebiet S. in einer anderen Geländekammer befinden. Hinzu kommt, dass wir es mit einer anderen Zone (Landhauszone L2B) und mit einer anderen Ausnützung (0.25) zu tun haben. Diese Grundstücke bzw. die entsprechenden Verkaufspreise eignen sich daher nicht für einen direkten Vergleich. Das Vergleichsgeschäft Nr. 04 befindet sich zwar in unmittelbarer Nähe des Grundstückes GS Nr. 00. Es ist allerdings mit 1'953 m2 fast zweieinhalbmal so gross wie die Einfamilienhausparzelle der Rekurrenten und eignet sich damit auch nur bedingt zum Vergleich (entsprechend ist es zwischenzeitlich auch mit einem 7-Familien-Terrassenhaus überbaut worden). Der im Jahr 1985 bezahlte Quadratmeterpreis von Fr. 159.– ist mit indexierten Fr. 164.– zu berücksichtigen. Das Vergleichsgrundstück Nr. 4 liegt im Ortszentrum und ist von der Lage, Aussicht und Seenähe nicht mit dem GS Nr. 00 zu vergleichen.

c) Das Gericht erachtet die Grundstückspreise der Handänderungen 1, 5, 8 und 10 als sachgerecht und zum Vergleich geeignet. Der Verkauf Nr. 1, GS Nr. 01, zum indexierten Preis von Fr. 525.–/m2, betraf ein Grundstück in unmittelbarer Nähe und mit nahezu gleichem Flächenmass. Die etwas erhöhte Lage dürfte allerdings den Kaufpreis positiv beeinflusst haben. Die beiden Grundstücke GS Nrn. 02 und 03 befinden sich in ähnlicher Lage am See, sind allerdings durch eine erste Bautiefe und die Hauptstrasse ca. 30 Meter vom See getrennt, während der Abstand des GS Nr. 00 zum See nur 10 Meter beträgt. Des Weiteren ist auf der Nordseite der Verkehr auf der (. . .)strasse zu berücksichtigen. Hier dürfte der indexierte Preis von Fr. 330.– wohl etwas tiefer zu werten sein als der Preis des Grundstücks der Rekurrenten. Der Preis für das GS Nr. 04 ist mit Fr. 164.– zu tief, als dass man ihn unbesehen und gleichwertig in den Vergleich miteinbeziehen dürfte. Nimmt man den Durchschnitt der ersten drei Grundstückspreise, so ergibt sich ein Betrag von ca. Fr. 390.–, was bezogen auf die gesamte Grundstücksfläche des GS Nr. 17 einem Betrag von Fr. 301'080.– entspricht. Berücksichtigt man auch den Grundstückspreis des GS Nr. 04, so ergibt sich ein Preis von Fr. 337.–/m2, der aber aus der Sicht des Gerichts zu tief wäre. Zu diesem Schluss kommt das Gericht auch darum, weil die Landverkäufe im Bereich der (. . .)strasse sich zwar in erhöhter Lage und in einer anderen Geländekammer abgespielt haben, aber doch nicht mehr als zwischen 170 und 230 Meter entfernt sind. Hier wurden in den Jahren 1983, 1984 und 1987 immerhin schon Quadratmeterpreise von Fr. 500.–, Fr. 540.– und Fr. 650.– bezahlt, was einem indexierten Durchschnittsbetrag von Fr. 587.– entspricht. In Würdigung dieser Preise ist der Betrag von Fr. 390.–/m2 als angemessen zu beurteilen.

d) Der vom Gutachter festgelegte Landwert ist nicht genügend und nicht nachvollziehbar begründet, so dass das Gericht seinen Entscheid nicht darauf abstellen darf. Dies hängt in erster Linie damit zusammen, dass dem Gutachter gemäss Beilage 1 zum Gutachten ungenügende Grundlagen zur Verfügung standen. Es waren ihm zwar die Grundstücksflächen zum Teil bekannt, nicht aber die Lage der Vergleichsgrundstücke. Die unter der Rubrik «Grundstücke» aufgeführten Nummern haben keinen Bezug zu den übrigen Angaben und stellen keine Parzellennummern dar. Von 16 Vergleichsgeschäften fehlen zudem bei 10 Geschäften die Flächenangaben. In der Form, in welcher die Handänderungen vom Gutachter als Beurteilungsgrundlagen aufgeführt und angewandt wurden, sind diese so gut wie wertlos. Jedenfalls kann nicht auf den Durchschnittspreis dieser 16 Handänderungen von Fr. 320.– abgestellt werden. Der von der Kommission gewählte Landwert von Fr. 300.–/m2 erweist sich nach Meinung des Gerichts als deutlich zu tief. Es kann auch nicht angehen, einen Landverkauf im Ortszentrum aus dem Jahr 1983 zu interpolieren und auf das sich in ausgezeichneter, unverbaubarer Lage befindliche GS Nr. 00 anzuwenden. Der Landwert ist mit Fr. 390.–/m2 der Situation auf dem Immobilienmarkt im Jahr 1986 angemessen. Daraus ergibt sich insgesamt ein Landwert von Fr. 301'080.–.

Urteil vom 30. Januar 2013 A 2010 / 17

1.1.4 Sozialversicherung

Art. 9 Abs. 1 IVG i.V.m. Art. 23bis Abs. 3 IVV
Regeste:

Art. 9 Abs. 1 IVG i.V.m. Art. 23bis Abs. 3 IVV – Die Schulung im Ausland stellt in casu einen beachtlichen Grund im Sinne von Art. 23bis Abs. 3 IVV für die Durchführung von medizinischen Massnahmen im Ausland dar (Erw. 4.3.2).

Aus dem Sachverhalt:

Bei C., geboren (. . .) 1996, wurde im Alter von knapp sechs Jahren Asperger Autismus (Geburtsgebrechen Ziffer 405: «frühkindlicher Autismus») diagnostiziert. Die IV-Stelle des Kantons Zug sprach ihr in der Folge unter anderem medizinische Massnahmen und Sonderschulmassnahmen zu. Im Sommer 2011 wechselte C. an die Privatschule T. Mit zwei separaten Verfügungen vom 16. November 2011 erteilte die IV-Stelle C. zur Behandlung des Geburtsgebrechens Kostengutsprache für medizinische Massnahmen vom 1. Dezember 2011 bis 30. April 2016 und für ambulante Psychotherapie vom 7. Juni 2011 bis 30. Juni 2013. Mit Schreiben vom 9. April 2013 wandten sich die Eltern von C. an die IV-Stelle und teilten mit, ihre Tochter besuche seit Oktober 2012 die Schule V.S.(nachfolgend V.S.) in den USA. Sie benötige auch dort weiterhin Psychotherapie, weshalb die IV-Stelle um Übernahme der Kosten ersucht werde. Die IV-Stelle wies das Leistungsbegehren nach Rücksprache mit dem Regionalen Ärztlichen Dienst (RAD) Zentralschweiz und dem Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) mit Vorbescheid vom 17. Mai 2013 sowie Verfügung vom 2. Juli 2013 ab, da die Voraussetzungen für eine Kostenübernehme für Behandlungen im Ausland (Art. 23bis IVV) nicht erfüllt seien.

Gegen diese Verfügung liess C., gesetzlich vertreten durch ihre Eltern, mit Eingabe vom 20. August 2013 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben und beantragen, die Verfügung sei aufzuheben und es sei das Gesuch um Kostengutsprache für medizinische Massnahmen im Ausland gutzuheissen, eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Beschwerdegegnerin zurück zu weisen.

Aus den Erwägungen:

(. . .)

3. Gemäss Art. 13 Abs. 1 IVG haben Versicherte bis zum vollendeten 20. Altersjahr Anspruch auf die zur Behandlung von Geburtsgebrechen notwendigen medizinischen Massnahmen. Medizinische Massnahmen umfassen zum einen die Behandlungen, die vom Arzt selbst oder auf seine Anordnung durch medizinische Hilfspersonen in Anstalts- und Hauspflege vorgenommen werden, mit Ausnahme von logopädischen und psychomotorischen Therapien, und zum andern die Abgabe der vom Arzt verordneten Arzneien (Art. 14 Abs. 1 IVG). Artikel 9 Abs. 1 IVG bestimmt, dass Eingliederungsmassnahmen – zu denen auch die medizinischen Massnahmen im Sinne von Art. 12 ff. IVG gehören – in der Schweiz, ausnahmsweise auch im Ausland, gewährt werden. Artikel 23bis der Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (IVV, SR 831.201) konkretisiert Art. 9 Abs. 1 IVG, indem er die Voraussetzungen für die Gewährung von Eingliederungsmassnahmen im Ausland näher umschreibt. So übernimmt die IV die Kosten einer einfachen und zweckmässigen Durchführung im Ausland in Fällen, in denen sich die Durchführung einer Eingliederungsmassnahme in der Schweiz – insbesondere wegen Fehlens der erforderlichen Institutionen oder Fachpersonen – als unmöglich erweist (Art. 23bis Abs. 1 IVV), oder wenn es sich um notfallmässig im Ausland durchgeführte medizinische Massnahmen handelt (Art. 23bis Abs. 2 IVV). Artikel 23bis Abs. 3 IVV statuiert zudem eine Kostenvergütungspflicht der IV bis zum Umfang, in welchem die Leistungen in der Schweiz zu erbringen gewesen wären, wenn eine Eingliederungsmassnahme aus anderen beachtlichen Gründen im Ausland durchgeführt wird.

(. . .)

4.2 (. . .) Fraglich und nachfolgend eingehender zu prüfen ist aber, ob im vorliegenden Fall «beachtliche Gründe» im Sinne von Abs. 3 des Art. 23bis IVV vorliegen, welche die Übernahme der Kosten für Massnahmen im Ausland bis zu dem Umfang, in welchem solche Leistungen in der Schweiz zu erbringen gewesen wären, gebieten:

4.3

4.3.1 Das EVG führte in BGE 110 V 99 Erw. 1 aus, die Voraussetzungen des Art. 23bis Abs. 2 IVV (nunmehr Abs. 3) würden offensichtlich weniger weit gehen als diejenigen von Abs. 1. Dies ergebe sich schon allein aus dem Wortlaut der beiden Bestimmungen und stehe zudem im Einklang damit, dass die Leistungen nach Abs. 2 weniger umfassend seien als diejenigen nach Abs. 1. Die Anforderungen an das Vorliegen beachtlicher Gründe dürften nicht überspannt werden, da ansonsten die Abgrenzung zu den Voraussetzungen des Abs. 1 schwierig würde. Sodann habe der Bundesrat mit Abs. 2 bewusst eine neue Leistungsmöglichkeit eingeführt, welche nicht toter Buchstabe bleiben dürfe. Im Weiteren sei eine enge Auslegung auch deshalb nicht gerechtfertigt, weil die Invalidenversicherung mit dieser neuen Leistungsmöglichkeit ja nicht stärker belastet werde, als wenn die Massnahme in der Schweiz durchgeführt würde. Schliesslich könne es sich auch nicht darum handeln, die Invalidenversicherung zu entlasten aus dem einzigen Grunde, dass sich der Versicherte aus beachtlichen Gründen im Ausland habe behandeln lassen. In später ergangenen höchstrichterlichen Entscheiden ist nachzulesen, dass beachtliche Gründe, obgleich Abs. 2 (nunmehr Abs. 3) nicht eng auszulegen sei, lediglich solche von erheblichem Gewicht sein könnten, weil sonst nicht nur Abs. 1 von Art. 23bis IVV bedeutungslos, sondern auch Art. 9 Abs. 1 IVG unterlaufen würde, wonach Eingliederungsmassnahmen (nur) «ausnahmsweise» im Ausland zu gewähren seien (vgl. etwa Urteile des EVG I_281/2000 vom 13. Februar 2001 Erw. 1 und I_120/2004 vom 16. Mai 2006 Erw. 4.1). Beachtliche Gründe liegen etwa dann vor, wenn eine besonders seltene Krankheit vorliegt, mit welcher in der Schweiz tätige Spezialisten noch kaum konfrontiert worden sind und deren Behandlung eine genaue Diagnose erfordert oder die einer besonders komplizierten Behandlung bedarf, was vom EVG beispielsweise im Zusammenhang mit einer seltenen und besonders komplexen Form von Epilepsie bei einem kleinen Kind anerkannt wurde (Urteile des EVG I_161/2002 vom 28. November 2002, I_281/2000 vom 13. Februar 2001 und I_740/1999 vom 21. Juli 2000). Sodann können beachtliche Gründe vorliegen, wenn die vorangegangen, im Inland verfügbaren Therapien erfolglos waren, oder wenn ein durch die nachhaltige Empfehlung der behandelnden Ärzte geschaffenes alleiniges Vertrauen in die neue, im Inland nicht verfügbare Therapieform geschaffen wurde (Urteil des EVG I_120/2004 vom 16. Mai 2006 Erw. 4.2.1, vgl. auch die Urteile I_601/2006 vom 12. März 2008 Erw. 5.5.3 und 8C_800/ 2009 vom 1. Juni 2010 Erw. 2.2.2; Bucher, a.a.O., Rz. 294 ff.). Im Entscheid vom 1. September 2011 i.S. X gegen die IV-Stelle des Kantons Freiburg (Beschwerde 605 2009–329), in dem es um die Leistungspflicht der IV für die operative Behandlung einer Hypospadie in Deutschland ging, warf der Sozialversicherungsgerichtshof des Kantonsgerichts Freiburg neben der Verunsicherung der Eltern des minderjährigen Patienten aufgrund ärztlicher Erläuterungen und der grösseren Erfahrung der Ärzte im Ausland auch das Vorbringen der Eltern, wonach die Betreuung der beiden anderen Kinder während der Dauer des Spitalaufenthalts in Deutschland durch Familienangehörige in Deutschland gewährleistet sei, in die Waagschale und ging unter den gesamten Umstanden von beachtlichen Gründen für die Auslandbehandlung im Sinne von Art. 23bis Abs. 3 AHVV aus (SVR 2012 IV Nr. 37). Im Kreisschreiben des Bundesamts für Sozialversicherungen über die medizinischen Eingliederungsmassnahmen der Invalidenversicherung (KSME), gültig ab 1. März 2012, wird – neben den oben genannten, in erster Linie medizinischen Gründen – auch ein längerer Geschäfts- oder Sprachaufenthalt im Ausland als beachtlicher Grund für die Durchführung medizinischer Massnahmen im Ausland genannt (Rz. 1239 KSME).

4.3.2 Im Fall der Beschwerdeführerin geht aus den Akten hervor, dass sie ab August 2011 das 9. Schuljahr an der Privatschule T. besuchte und dort auch gerne im Schuljahr 2012/2013 das 10. Schuljahr absolviert hätte. Am 10. Juli 2012 erfuhren die Eltern der Beschwerdeführerin vom Rektor der Privatschule T. per E-Mail, dass ihre Tochter im folgenden Schuljahr nicht mehr an der Privatschule T. unterrichtet werden könne, da die Schule nicht im Stande sei, ihr Verhalten «angemessen zu quittieren und zu begleiten, und damit auch eine aktive Förderung von ihr zu gewährleisten». Gleichzeitig machte der Rektor den Eltern das Angebot, ihre Tochter nach den Sommerferien während einer Übergangszeit bis maximal Ende September 2012 wieder an der Privatschule T. aufzunehmen. Dass es für die Eltern der Beschwerdeführerin – wie von diesen vor Verwaltungsgericht vorgebracht – während den Sommerferien schwierig oder sogar unmöglich war, eine Alternative in der Schweiz zu finden, ist durchaus plausibel. Es darf aber davon ausgegangen werden, dass spätestens bis Ende September 2012 eine angemessene

Schulungsmöglichkeit in der Schweiz hätte gefunden werden können. Wie das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) in der Stellungnahme vom 13. Mai 2013 festhielt, gibt es auch in der Schweiz eine spezielle, integrative Förderung für Minderjährige mit Asperger Autismus. Die Eltern der Beschwerdeführerin zogen indes die Besichtigung der V.S. in den USA während der Sommerferien 2012 vor und erachteten diese Schule als für ihre Tochter geeignet. Seit Oktober 2012 besucht die Beschwerdeführerin nun die V.S. Es besteht kein Anlass, am Vorbringen der Eltern, wonach ihre Tochter an dieser Schule optimal geschult und gefördert werde, zu zweifeln. Angesichts der Tatsache, dass die Eltern der Beschwerdeführerin im Sommer 2012 unter erheblichem Zeitdruck standen, dass mit der Weiterführung der Schulung an der V.S. ein Schulwechsel während des Schuljahrs verhindert werden konnte und dass es sich bei der V.S. offenbar um eine Schule handelt, die sich – unter anderem – auf die Schulung von Kindern mit Asperger Autismus spezialisiert hat, erscheint die Entscheidung der Eltern der Beschwerdeführerin, ihre Tochter in diese Schule zu geben, als verständlich und nachvollziehbar. Dies sahen offenbar auch der Rektor und der Schulpräsident der Schule U. so, teilten diese den Eltern der Beschwerdeführerin doch mit Schreiben vom 27. Februar 2013 mit, angesichts der speziellen Situation und der Schulung in einer spezialisierten Schule in den USA beteilige sich die Gemeinde in dem Betrag an den Schulungskosten, welcher für das 10. Schuljahr an der Privatschule T. bezahlt worden wäre. Ob nun für die Schulung im Ausland ein «beachtlicher Grund» im Sinne von Art. 23bis Abs. 3 IVV vorliegt, kann dahingestellt bleiben, denn der «beachtliche Grund» muss nicht etwa für den Auslandaufenthalt an sich, sondern für die Durchführung der medizinischen Massnahme im Ausland gegeben sein, was in casu gerade aufgrund des Schulbesuchs im Ausland und der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin während ihres Auslandaufenthalts auf eine psychotherapeutische Begleitung angewiesen ist, zu bejahen ist. Aus welchen Gründen der vorliegende Fall anders als etwa derjenige eines längeren Geschäfts- oder Sprachaufenthalts im Ausland (Rz. 1239 KSME) zu behandeln wäre, ist nicht ersichtlich, zumal der Entscheid der Eltern der Beschwerdeführerin, diese in die V.S. zu geben, angesichts der gesamten Umstände begreiflich ist. Vor dem Hintergrund von Rz. 1239 KSME ist die Empfehlung des BSV vom 13. Mai 2013 im Übrigen nicht einleuchtend, geht es doch vorliegend nicht um die Übernahme der Schulungskosten, sondern lediglich der während des Auslandaufenthalts anfallenden Behandlungskosten. Anzufügen bleibt, dass der Invalidenversicherung aufgrund der Behandlung im Ausland keine Mehrkosten entstehen. Sie hat die Kosten maximal bis zum Umfang zu vergüten, in welchem solche Leistungen in der Schweiz zu erbringen gewesen wären. Zur Prüfung der Frage, in welchem Umfang die Kosten von der IV zu übernehmen sind, und zum Neuentscheid über das Kostengutsprachegesuch der Beschwerdeführerin ist die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

(. . .)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 14. November 2013 S 2013 106

Art. 21 IVG, Art. 2 HVI
Regeste:

Art. 21 IVG, Art. 2 HVI – Die Teilnahme am Schwimmunterricht wird durch eine für gewisse Lichtverhältnisse etwas zu dunkle Schwimmbrille weder verunmöglicht noch erheblich erschwert; somit erweist sich eine zweite Schwimmbrille mit etwas helleren Gläsern als im Lichte des Grundsatzes der einfachen und zweckmässigen Hilfsmittelversorgung nicht indiziert (Erw. 5.4). Die IV-Stelle verletzte kein Recht, wenn sie den Anspruch auf Kostengutsprache für eine weitere Schwimmbrille mit Kantenfilter für die Benutzung bei weniger hellen Lichtverhältnissen im Hallenbad ablehnte, da dies mit dem Gebot der Einfachheit und Zweckmässigkeit nicht vereinbar ist, zumal es keinen Anspruch auf die im Einzelfall bestmögliche Hilfsmittelversorgung gibt (Erw. 6).

Aus dem Sachverhalt:

Der Versicherte, N., Jahrgang 2001, leidet gemäss Anmeldung zum Leistungsbezug vom 16. Oktober 2001 seit seiner Geburt an einer Weitsichtigkeit und hat seit Oktober 2001, d.h. seit dem Alter von sechs

Monaten eine Brille. Gemäss Mitteilung der IV-Stelle Zug vom 19. März 2002 ist vom Geburtsgebrechen 427 – Strabismus und Mikrostrabismus concomitans monolateralis, wenn eine Amblyopie von 0,2 oder weniger (mit Korrektur) vorliegt – auszugehen und es wurden ihm bereits im Herbst 2001 medizinische Massnahmen zuerkannt. Zwischen November 2002 und Juli 2012 gewährte die Invalidenversicherung dem Versicherten unter anderem die heilpädagogische Früherziehung, eine Entschädigung wegen leichter Hilflosigkeit, Kostengutsprache für Kontaktlinsen mit Kontrastfilter und für Aufbewahrungsflüssigkeiten und Pflegemittel, die leihweise Abgabe eines Lese- und Schreibsystems und eines Abspiel- und Diktiergerätes sowie Kostengutsprache für weitere medizinische Massnahmen. Ausserdem übernahm sie die Kosten für je eine Brille mit Kantenfiltergläsern für den Innen- und Aussenbereich sowie für eine Schwimmbrille mit Kantenfiltergläsern für den Aussenbereich. Schliesslich wurde ein Gesuch um Kostengutsprache für eine weitere Schwimmbrille mit Kantenfiltergläsern mit Verfügung vom 11. Januar 2013 abgelehnt.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 14. Januar 2013 beantragte I. als Mutter des Versicherten die Gewährung der Kostengutsprache für die Schwimmbrille mit Kantenfiltergläsern für den Innenbereich.

Aus den Erwägungen:

(. . .)

3. (. . .)

3.1 Nach Art. 8 Abs. 1 IVG haben Invalide oder von einer Invalidität bedrohte Versicherte 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, wobei die gesamte noch zu erwartende Arbeitsdauer zu berücksichtigen ist. Nach Massgabe von Art. 13 (medizinische Massnahmen) und Art. 21 IVG (Hilfsmittel) besteht der Anspruch auf Leistungen unabhängig von der Möglichkeit einer Eingliederung ins Erwerbsleben oder in den Aufgabenbereich (Art. 8 Abs. 2 IVG). Absatz 3 von Art. 8 IVG regelt sodann die Eingliederungsmassnahmen und unter lit. d die Abgabe von Hilfsmitteln. Nach Art. 21 IVG hat ein Versicherter im Rahmen einer vom Bundesrat aufzustellenden Liste Anspruch auf jene Hilfsmittel, deren er für die Ausübung der Erwerbstätigkeit oder der Tätigkeit im Aufgabenbereich, zur Erhaltung oder Verbesserung der Erwerbsfähigkeit, für die Schulung, die Aus- und Weiterbildung oder zum Zwecke der funktionellen Angewöhnung bedarf (Art. 21 Abs. 1 Satz 1 IVG). Hat ein Versicherter infolge seiner Invalidität für die Fortbewegung, für die Herstellung des Kontaktes mit der Umwelt oder für die Selbstsorge Bedarf auf kostspielige Geräte, besteht im Rahmen der vom Bundesrat aufzustellenden Liste ohne Rücksicht auf die Erwerbsfähigkeit Anspruch auf ein Hilfsmittel (Art. 21 Abs. 2 IVG). Der Bundesrat kann nähere Vorschriften erlassen (Art. 21 Abs. 4 IVG). Die Befugnis zur Aufstellung der Hilfsmittelliste und zum Erlass ergänzender Vorschriften im Sinne von Art. 21 Abs. 4 IVG hat er in Art. 14 der Verordnung über die Invalidenversicherung (IVV) allerdings an das Eidgenössische Departement des Innern übertragen und dieses erliess die Verordnung über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung (HVI) vom 29. November 1976 mit der anhangweise aufgeführten Hilfsmittelliste. (. . .)

Nach Art. 2 Abs. 4 HVI besteht ein Anspruch auf Hilfsmittel nur in einfacher und zweckmässiger Ausführung (vgl. auch: Art. 21 Abs. 3 IVG), wobei sich dieser auch auf das Zubehör und die invaliditätsbedingten Anpassungen erstreckt. Hilfsmittel müssen überdies bestimmt und geeignet sein, dem gesundheitlich beeinträchtigten Versicherten in wesentlichem Umfange zur Erreichung eines der gesetzlich anerkannten Ziele zu verhelfen. Somit hat der Versicherte in der Regel nur Anspruch auf die dem Zweck angemessenen, notwendigen Massnahmen, nicht aber auf die nach den gegebenen Umständen bestmöglichen Vorkehren, will das Gesetz die Eingliederung doch nur soweit sicherstellen, als diese im Einzelfall notwendig, aber auch genügend ist. Ferner muss der voraussichtliche Erfolg der Massnahme in einem vernünftigen Verhältnis zu ihren Kosten stehen (vgl. BGE 122 V 212 Erw. 2c).

3.3 Nach dem Kreisschreiben über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung(KHMI) Rz.

1001 ist die Auflistung der Hilfsmittel in der Liste im Anhang der HVI abschliessend, wobei es im Einzelfall zu prüfen ist, ob die Aufzählung der einzelnen Hilfsmittel innerhalb einer Hilfsmittelkategorie ebenfalls abschliessend oder bloss beispielhaft ist. Hinsichtlich Hilfsmittelanspruch gilt die Invalidität als eingetreten, wenn der Gesundheitsschaden objektiv erstmals die Versorgung notwendig macht und das Hilfsmittel ein Eingliederungsziel nach Art. 21 IVG (vgl. Erw. 3.1) erfüllt. Eine vorübergehende Behinderung schliesst die Hilfsmittelabgabe aus. Es muss prinzipiell eine voraussehbare Verwendungsdauer von mindestens einem Jahr angenommen werden können (KHMI Rz. 1002). Sodann werden die Hilfsmittel in einfacher und zweckmässiger Ausführung abgegeben. Es kommen nur Hilfsmittel mit optimalem Preis-Leistungsverhältnis in Betracht. Die versicherte Person hat keinen Anspruch auf die im Einzelfall bestmögliche Versorgung (KHMI Rz. 1004). Hinsichtlich der Brillen- bzw. Kontaktlinsenversorgung wird in KHMI Rz. 2069 ausgeführt, dass solche im Zusammenhang mit medizinischen Massnahmen nach Art. 12 IVG abgegeben werden, wenn der Erfolg der medizinischen Massnahme nur mit der Brille, den Kontaktlinsen gewährleistet ist, selbst wenn die Brille, die Kontaktlinsen schon vor einer entsprechenden Operation notwendig waren. Wird eine Brille aufgrund des Geburtsgebrechens Gg 419 abgegeben, gilt sie als Hilfsmittel, in allen übrigen Fällen nach Art. 13 IVG als Behandlungsgerät. Die Abgabe aller optischen Hilfsmittel erfolgt nach augenärztlicher Verordnung, die sich gegebenenfalls über die Notwendigkeit teurer Glasqualitäten oder getönter Gläser auszusprechen hat. Spezialgläser wie Gleitsichtgläser, phototrope Gläser und so weiter sind von der IV nur bei entsprechender medizinischer Notwendigkeit und auf augenärztliche Verordnung zu übernehmen (KHMI Rz. 2070). Brillen und Kontaktlinsen sind grundsätzlich nur in einem Exemplar – also keine Ersatzbrille – abzugeben. Hingegen können sie bei Versicherten, die ohne Brille weitgehend hilflos sind, in doppelter Ausführung abgegeben werden. Dies ist beispielsweise bei Vorliegen eines unkorrigierten Visus von beidseits weniger als 0,2 oder bei Kataraktoperationen ohne Linsenimplantation der Fall (KHMI Rz. 2071). Die Kostenübernahme umfasst jeweils Brillengläser, -gestelle und Montage (KHMI Rz. 2072). Spezielle Filtergläser inklusive Gestell können auf ärztliche Verordnung abgegeben werden. Als geeignet gelten medizinische Filtergläser, wenn ein praktischer Versuch eines Low-Vision-Trainers oder einer Beratungsstelle für Sehbehinderte gezeigt hat, dass mit den entsprechenden Filtergläsern die Mobilität wesentlich verbessert wird (KHMI Rz. 2128).

4. (. . .)

4.1 Fakt ist, dass der Beschwerdeführer schwer sehbehindert ist, dass er im Rahmen des integrativen Schulmodells zusammen mit nicht behinderten Kindern am obligatorischen Schwimmunterricht im Innen- wie im Aussenbecken – teilnimmt, dass er im Sinne der Hilfsmittelversorgung von der IV bereits mit einer «gewöhnlichen» Brille mit Kantenfilter, einer Sonnenbrille mit Kantenfilter, einer Schwimmbrille mit dunklem Kantenfilter sowie mit zwei Kontaktlinsen mit Kantenfilter ausgestattet worden ist, schliesslich dass er aufgrund seiner Sehbehinderung stark licht- und blendempfindlich ist und demzufolge je nach Helligkeit einer anderen «Tönung» der Gläser bedürfte, um optimal zu sehen. Streitig ist, ob eine zusätzliche Schwimmbrille mit hellem Kantenfilter für das Schwimmen im Innenbereich von den gesetzlich statuierten Eingliederungszielen nach Art. 21 IVG gedeckt ist resp. ob sie den Prinzipien der Einfachheit und Zweckmässigkeit entspricht. (. . .)

(. . .)

5.1 Unter Bezugnahme auf Erwägung 3.3, dort insbesondere auf die formellen Vorgaben des Kreisschreibens KHMI in Rz. 2070, ist zunächst festzustellen, dass es in casu jedenfalls weder an einer fachärztlichen Verordnung noch an einer ausdrücklichen Empfehlung einer Low-Vision-Trainerin mangelt. Mithin würde sich vorliegend jedenfalls eine Verneinung des Hilfsmittelanspruchs ausschliesslich aus formellen Gründen verbieten. Damit ist indes nicht gesagt, dass der Hilfsmittelanspruch in casu aus materiellen Gründen zu bejahen ist.

5.2 In materieller Hinsicht ist unter Verweis auf Art. 21 Abs. 1 IVG (vgl. auch Erw. 3.1) zu prüfen, welche der vom Gesetz abschliessend enumerierten Eingliederungsbereiche betroffen sind, um welche Eingliederungsziele es sich handeln könnte. Dabei ist zweifelsohne festzuhalten, dass das Hilfsmittel einer

Schwimmbrille im Falle des Beschwerdeführers weder die Erwerbstätigkeit, die Tätigkeit in einem Aufgabenbereich, die Erhaltung oder Verbesserung der Erwerbstätigkeit, die Aus- und Weiterbildung noch die sogenannte funktionelle Angewöhnung tangiert (vgl. hierzu: Ulrich Meyer, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG, Zürich 2010, S. 217 ff). Tangiert sein könnte indes der Eingliederungsbereich der Schulung. Unter Schulung im Sinne von Art. 21 Abs. 1 IVG fallen nämlich sämtliche Formen schulischer Bildung im Rahmen der Erfüllung der obligatorischen Schulpflicht, sei es in einer öffentlichen, in einer privaten Schule oder in einer behinderungsspezifischen Sonderschule im Sinne des kantonalen Schulrechts. Da der Schwimmunterricht jedenfalls an der Schule des Beschwerdeführers obligatorisch, somit Teil der schulischen Bildung im Rahmen der Erfüllung der obligatorischen Schulpflicht ist, würde die Abgabe einer Schwimmbrille dem Eingliederungsziel entsprechen, so erst dadurch die Teilnahme am Schwimmunterricht ermöglicht oder erheblich erleichtert würde. Nachdem der Beschwerdeführer allerdings bereits eine erste Schwimmbrille zulasten der Invalidenversicherung zugesprochen erhielt und jedenfalls der Schutz der hochempfindlichen Augen gegen das oft als aggressiv empfundene Chlorwasser schon dadurch gewährleistet wird resp. da der Umstand, dass die bereits vorhandene Schwimmbrille das künstliche Licht in der Schwimmhalle etwas stark absorbiert – mit der Folge, dass der Beschwerdeführer, je nach den Lichtverhältnissen im Hallenbad, eventuell noch etwas schlechter sieht –, nach Ansicht des Gerichts seine Teilnahme am Schwimmunterricht weder verunmöglicht noch zusätzlich erheblich erschwert, zumal ohnehin nicht für alle möglichen Lichtverhältnisse vorgesorgt werden kann, erscheint es als eher zweifelhaft, ob eine zweite, zusätzliche Schwimmbrille wirklich im Sinne von Gesetz und Praxis mit dem Eingliederungsziel Schulung zu rechtfertigen wäre. Dabei darf auch nicht vergessen werden, dass dem Schwimmen im gesamten Stoffplan kein allzu grosses Gewicht zukommen dürfte. Soweit die IV-Stelle im Rahmen der Duplik festhielt, die schulische Integration Behinderter könne nicht dazu führen, neue Hilfsmittelansprüche zu generieren bzw. die gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen ausser Kraft zu setzen, ist ihr überdies ebenfalls zuzustimmen.

(. . .)

5.4 Unter dem Aspekt der Notwendigkeit ist unter Verweis auf Erw. 3 ff., insbesondere Erw. 3.3, in Erinnerung zu rufen, dass im Grundsatz nur Anspruch auf ein Hilfsmittel in einer Ausführung besteht und dass es dementsprechend grundsätzlich keinen Anspruch auf ein Ersatzobjekt, eine Ersatzbrille bzw. Ersatzschwimmbrille gibt, schliesslich dass in casu bereits eine Schwimmbrille mit Kantenfilter zulasten der IV abgegeben wurde, wenn auch mit etwas dunkleren Gläsern. Zum Gebot der Einfachheit und Zweckmässigkeit ist, unter nochmaligem Verweis auf Erwägung 3.3, auf Art. 21 Abs. 3 IVG bzw. auf Art. 2 Abs. 4 HVI, sodann noch einmal zu verinnerlichen, dass es keinen Anspruch auf die im Einzelfall bestmögliche Hilfsmittelversorgung gibt, sondern dass die Versorgung immer einfach und zweckmässig sein soll. Davon ausgehend, dass der Schutz vor der schädlichen Chloreinwirkung – wie obig schon angesprochen – bereits durch die vorhandene Schwimmbrille gewährleistet wird und dass eine für gewisse Lichtverhältnisse vielleicht etwas zu dunkle Schwimmbrille weder die Teilnahme am Schwimmunterricht verunmöglicht noch diese erheblich erschwert, erweist sich eine zweite Schwimmbrille mit etwas helleren Gläsern als im Lichte des Grundsatzes der einfachen und zweckmässigen Hilfsmittelversorgung nicht indiziert. Zwar ist die Zweckmässigkeit der beantragten Schwimmbrille nicht grundsätzlich in Abrede zu stellen, hingegen steht die Ausstattung mit mehreren Schwimmbrillen, um den wechselnden Lichtverhältnissen im Hallenbad immer gerecht werden zu können, mit dem Gebot der Einfachheit sicherlich nicht in Einklang. Diesbezüglich ist sodann auch die gesamte, zulasten der IV bereits erfolgte «Brillenversorgung» in Betracht zu ziehen – und auch die übrigen, bereits gewährten Hilfsmittel sind nicht völlig ausser Acht zu lassen – und noch einmal zu bedenken, dass der Beschwerdeführer nebst einer «normalen» Brille mit Spezialgläsern, einer Sonnenbrille mit Spezialgläsern, einem Paar Kontaktlinsen aus Spezialmaterial bereits eine erste Schwimmbrille mit Kantenfilter zugesprochen erhielt. Nach dem Gesagten und eingedenk der nicht unerheblichen Kosten der gesamten Brillenversorgung zulasten der IV sowie der Tatsache, dass der Schwimmunterricht – wie bereits angesprochen – nur einen geringen Teil der schulischen Bildung abdeckt – ein oder zwei Lektionen pro Woche – und für das spätere Fortkommen kaum entscheidend sein dürfte, erwiese sich die Zusprache einer weiteren Schwimmbrille zulasten der IV sogar als eher luxuriös und folglich mit dem mehrfach

zitierten Gebot der Einfachheit und Zweckmässigkeit klar nicht mehr vereinbar. Mit der Beschwerdegegnerin ist alsdann zu bedenken, dass es für den Beschwerdeführer noch viele andere Sportarten gibt, welche von der Frage der Schwimmbrillen-Versorgung nicht tangiert werden. Zuzustimmen ist letzterer schliesslich auch, wenn diese ausführt, die altersmässige Veränderung des Sehvermögens, die altersmässige Veränderung des medizinischen Gesundheitszustandes würde nicht für die Versorgung mit einer Zweitschwimmbrille, sondern für eine neue Erstschwimmbrille sprechen.

6. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die IV-Stelle kein Recht verletzte, wenn sie den Anspruch auf Kostengutsprache für eine weitere Schwimmbrille mit Kantenfilter für die Benutzung bei weniger hellen Lichtverhältnissen im Hallenbad ablehnte, da dies mit dem Gebot der Einfachheit und Zweckmässigkeit nicht vereinbar ist, zumal es keinen Anspruch auf die im Einzelfall bestmögliche Hilfsmittelversorgung gibt. Zu bedenken ist überdies, dass eher ungenaue Rechtsbegriffe wie «Einfachheit und Zweckmässigkeit» stets einen gewissen Raum für das Ermessen offen lassen, ein Gericht nicht ohne Not in das Ermessen der Verwaltung eingreifen sollte. Da das Gebot der Einfachheit und Zweckmässigkeit bei der Hilfsmittelversorgung auf einer gesetzlichen Grundlage basiert und die Hilfsmittelversorgung aller Behinderten gleichermassen einschränkt, kann im Vorgehen der Beschwerdegegnerin auch keine Diskriminierung gesehen werden, auch wenn die an sich gewünschte sportliche Entfaltung des Beschwerdeführers dadurch jedenfalls für den Wassersport etwas limitiert wird. Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist vollumfänglich abzuweisen.

(. . .)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 21. März 2013 S 2013 5

Art. 25 AHVG i.V.m. Art. 49bis und Art. 49ter AHVV
Regeste:

Art. 25 AHVG i.V.m. Art. 49bis und Art. 49ter AHVV – Ein Praktikum, welches weder für die Zulassung zu einer Ausbildung gesetzlich oder reglementarisch vorausgesetzt oder faktisch notwendig ist, noch für den Ausbildungsabschluss verlangt wird, kann nicht als Ausbildung im Sinne von Art. 49bis AHVV qualifiziert werden (Erw. 4.2).

Aus dem Sachverhalt:

M. bezog eine Waisenrente. Sie schloss im Juni 2012 die gymnasiale Schulausbildung mit der Maturität ab. Die Mutter von M., R., reichte der Ausgleichskasse Ende September 2012 eine Praktikumsvereinbarung ein. Demgemäss sollte M. ab August 2012 bis spätestens Ende November 2012 bei Radio A. ein maximal dreimonatiges Praktikum absolvieren. Die Vereinbarung sah kein Entgelt vor, hielt als Ziel der Praktikantin sinngemäss fest, diese wolle ihrem Berufswunsch Journalistin entsprechend und im Hinblick auf ein entsprechendes Studium einen Einblick in die Medienwelt bekommen, aber auch ihre Motivation und Fähigkeit überprüfen. Als Ziel des Radios wurde erwähnt, der Praktikantin solle die Mitarbeit bei der Produktion von Beiträgen und Sendungen bzw. bei Projektarbeiten gewährt werden. Geregelt wurden sodann die Arbeitszeiten, die Einsatzfelder wie auch weitere, für Praktikumsstellen übliche Vertragspunkte. Mit Schreiben vom 7. November 2012 teilte die Ausgleichskasse R. mit, die Abklärungen hätten ergeben, dass M. keinen Anspruch auf Waisenrente mehr habe. Mit Verfügung vom 21. Dezember 2012 und Einspracheentscheid vom 15. Februar 2013 lehnte die Ausgleichskasse den Rentenanspruch von M. für die Zeit ab 30. Juni 2012 ab.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 8. April 2013 liess M., vertreten durch ihre Mutter R., sinngemäss beantragen, Verfügung und Einspracheentscheid seien aufzuheben und ihr sei für die Zeit des fraglichen dreimonatigen Praktikums die Waisenrente auszubezahlen.

Aus den Erwägungen:

(. . .)

2.

2.1 Kinder, deren Vater oder Mutter gestorben ist, haben Anspruch auf eine Waisenrente (Art. 25 Abs. 1 AHVG). Der Anspruch entsteht am ersten Tag des dem Tode des Vaters oder der Mutter folgenden Monats. Er erlischt mit der Vollendung des 18. Altersjahres oder mit dem Tod der Waise (Art. 25 Abs. 4 AHVG). Für Kinder, die noch in Ausbildung sind, dauert der Rentenanspruch bis zu deren Abschluss, längstens aber bis zum vollendeten 25. Altersjahr. Der Bundesrat kann festlegen, was als Ausbildung gilt (Art. 25 Abs. 5 AHVG). In Ausbildung ist ein Kind, wenn es sich auf der Grundlage eines ordnungsgemässen, rechtlich oder zumindest faktisch anerkannten Bildungsganges systematisch und zeitlich überwiegend entweder auf einen Berufsabschluss vorbereitet oder sich eine Allgemeinausbildung erwirbt, die Grundlage bildet für den Erwerb verschiedener Berufe. Als in Ausbildung gilt ein Kind auch, wenn es Brückenangebote wahrnimmt wie Motivationssemester oder Vorlehren sowie Au-pair- und Sprachaufenthalte, sofern sie einen Anteil Schulunterricht enthalten. Nicht als in Ausbildung gilt ein Kind, wenn es ein durchschnittliches monatliches Erwerbseinkommen erzielt, das höher ist als die maximale volle Altersrente der AHV (Art. 49bis Abs. 1 bis 3 der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVV, SR 831.101]). Mit einem Berufs- oder Schulabschluss ist die Ausbildung beendet (Art. 49ter Abs. 1 AHVV). Sie gilt auch als beendet, wenn sie abgebrochen oder unterbrochen wird oder wenn ein Anspruch auf eine Invalidenrente entsteht (Abs. 2). Nicht als Unterbrechung im Sinne von Absatz 2 gelten die folgenden Zeiten, sofern die Ausbildung unmittelbar danach fortgesetzt wird: a) übliche unterrichtsfreie Zeiten und Ferien von längstens 4 Monaten; b) Militär- oder Zivildienst von längstens 5 Monaten; c) gesundheits- oder schwangerschaftsbedingte Unterbrüche von längstens 12 Monaten (Abs. 3).

2.2

2.2.1 Die Wegleitung über die Renten in der Eidgenössischen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (RWL), Stand 1. Januar 2012, hält zum Rentenanspruch von Waisen in Ausbildung über das obig Ausgeführte hinaus das Folgende fest: Hinsichtlich Anerkennung eines Praktikums als Ausbildung wird in den Randziffern 3361 und 3361.1 noch einmal ausgeführt, dass ein Praktikum nur dann als Ausbildung anerkannt wird, wenn es gesetzlich oder reglementarisch für die Zulassung zu einem Bildungsgang oder zu einer Prüfung vorausgesetzt ist oder zum Erwerb eines Diploms oder eines Berufsabschlusses verlangt wird (Rz. 3361). Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, kann es trotzdem als Ausbildung anerkannt werden, wenn vom Betrieb schriftlich zugesichert wird, dass das Kind bei Eignung nach Abschluss des Praktikums eine Lehrstelle im Betrieb erhält und das Praktikum höchstens ein Jahr dauert (Rz 3361.1). Weiter wird festgehalten, dass der Schulbesuch während des Praktikums nicht verlangt wird. Übt das Kind die praktische Tätigkeit allerdings nur aus, um sich dabei Branchenkenntnisse und Fertigkeiten anzueignen, um die Anstellungschancen zu verbessern oder die Berufswahl zu treffen, liegt keine Ausbildung vor. So hat das Bundesgericht im Falle eines Praktikums in einer Filmproduktionsfirma gegen eine Ausbildung entschieden (Rz. 3362). Bei Brückenangeboten zwischen der Schulzeit und der Anschlusslösung, einem Motivationssemester oder einer berufsorientierten Vorlehre, liegt eine Ausbildung vor, wenn ein Schulanteil von mindestens acht Lektionen pro Woche Bestandteil dieser Zwischenlösung ist (Rz. 3363). Kinder, deren Bruttoerwerbseinkommen über dem Betrag der maximalen vollen Altersrente liegt, erhalten keine Waisen- bzw. Kinderrente (Rz. 3366). (. . .) Schliesslich wird in den Randziffern 3368 und 3369 ausgeführt, dass Abbruch und Unterbruch einer Ausbildung grundsätzlich einer Beendigung gleichkämen. Übliche Ferien und unterrichtsfreie Zeiten von längstens vier Monaten gelten nur dann als Ausbildungszeit, wenn sie zwischen zwei Ausbildungsphasen liegen, das heisst, die Ausbildung muss unmittelbar daran fortgesetzt werden. (. . .)

(. . .)

2.3

2.3.1 Der gesetzliche Begriff der Ausbildung kann verstanden werden im Sinne der beruflichen Ausbildung; andererseits geht es um Ausbildung aber auch dort, wo entweder von vornherein kein spezieller Berufsabschluss beabsichtigt und nur die Ausübung des betreffenden Berufes angestrebt wird oder wo es sich um eine Ausbildung handelt, die vorerst nicht einem speziellen Beruf dient. Unter allen Umständen ist eine systematische Vorbereitung auf eines der genannten Ziele hin erforderlich, und zwar auf der Grundlage eines ordnungsgemässen, rechtlich oder zumindest faktisch anerkannten (üblichen) Lehrganges. In allen Fällen muss sich sodann die strittige Vorkehr in dem von der Rechtsprechung umschriebenen Masse auf die Erwerbseinkünfte auswirken. Eine systematische Ausbildung verlangt, dass die betreffende Person die Ausbildung mit dem ihr objektiv zumutbaren Einsatz betreibt, um sie innert nützlicher Frist erfolgreich hinter sich zu bringen. Dabei setzt die Ausbildung den Willen voraus, einem im Voraus festgelegten Programm zu folgen, und die Absicht, dieses zu Ende zu führen. (. . .)

Ein Praktikum schliesslich gilt nicht nur dann als Ausbildung, wenn es reglementarisch vorgeschrieben ist, sondern auch dann, wenn seine Absolvierung im Sinne einer branchenüblichen Praxis für die Vergabe einer Lehrstelle vorausgesetzt wird (Verwaltungsgericht des Kantons Bern: BVR 2012 281, IV 200.2011.708). Nicht als Ausbildung zählt ein Praktikum hingegen, wenn es zwar wertvolle Branchenkenntnisse und Fertigkeiten vermittelt, die für eine spätere Tätigkeit in der betreffenden Branche unentbehrlich sind, wenn es aber an einem systematischen, strukturierten Lehrgang fehlt (9C_223/2008 Erw. 1.2). (. . .)

(. . .)

3.

3.1 Fest steht in casu, dass die Beschwerdeführerin bis Ende Juni 2012 die Kantonsschule in Zug besuchte, dass sie diese im Juni 2012 mit der Maturität abschloss und dass ihr ab 1. Juli 2012 die Ausrichtung der Waisenrente nach Art. 25 AHVG verwehrt wurde. Fest steht sodann, dass sie – im Hinblick auf die allfällige Studienwahl und den Berufswunsch einer Journalistin – in den Monaten August bis Oktober ein dreimonatiges Praktikum bei Radio A. absolvierte, dass sie ab November 2012 als Flight Attendant arbeitete bzw. arbeitet und dass sie einen Studienbeginn auf Herbst 2013, eventuell Herbst 2014 ins Auge fasst. Streitig ist, ob sie für die Zeit des Praktikums bei Radio A. Anspruch auf die Waisenrente hat, konkret ob das fragliche Praktikum als Ausbildung im Sinne von Gesetz und Praxis zu werten ist oder nicht.

(. . .)

4.1 Beurteilend ist vorliegend noch einmal daran zu erinnern, dass die Beschwerdeführerin ihre gymnasiale Ausbildung Ende Juni 2012 mit der Matura abschloss und im Herbst 2012 nicht umgehend ein Studium, sondern im Gegenteil eine Erwerbstätigkeit als Flight Attendant aufnahm. Damit wurde die Ausbildung – vorbehältlich der Qualifikation des Praktikums bei Radio A. als Ausbildung – für mehr als ein Jahr unterbrochen und galt mit der Matura als vorerst beendet. Das Praktikum bei Radio A. kann sodann nicht als Brückenangebot im Sinne von Art. 49bis Abs. 2 AHVV resp. im Sinne von Art. 12 des Berufsbildungsgesetzes (BBG, 412.10) i.V.m. Art. 7 der Berufsbildungsverordnung (BBV, SR 412.101) – Angebote der Volksschulträger oder Berufsbildungsämter am Ende der obligatorischen Schulzeit wie das sogenannte Berufsvorbereitungsjahr, das «10. Schuljahr» oder die Vorlehre (vgl. hierzu: Kieser/Reichmuth, Praxiskommentar FamZG, Zürich/St. Gallen 2010, Art. 3 Rz. 57) – qualifiziert werden, zumal es an der anschliessenden Weiterführung der Ausbildung mangelt und diesbezüglich insbesondere auch ein Anteil an eigentlichem Schulunterricht verlangt wäre. Die Kurse, die der Beschwerdeführerin im Rahmen des Praktikums bei Radio A. geboten wurden, können jedenfalls nicht als Schulunterricht im klassischen Sinne qualifiziert werden. Dies wurde indes auch nicht behauptet. Ob die während des Praktikums gewährten 14 ganztags- und sieben stundenweisen Kurse der quantitativen Anforderung von acht Wochenstunden Schulunterricht gerecht würden, kann demzufolge offenbleiben. Ohnehin wurden die drei Monate bei Radio A. von allen Beteiligten als Praktikum bezeichnet, so dass in der Folge einzig zu

prüfen ist, ob dieses Praktikum im Sinne von Gesetz und Praxis als Ausbildung qualifiziert werden kann. Nach der bundesgerichtlichen Praxis und im Lichte zur Wegleitung RWL, soweit diese durch ebendiese Praxis bestätigt wird, gilt ein Praktikum, abgesehen vom Kriterium der Bezahlung, das hier nicht zu beachten ist, grundsätzlich dann als Ausbildung, wenn es gesetzlich oder reglementarisch für die Zulassung zu einem Bildungsgang oder zu einer Prüfung vorausgesetzt resp. zum Erwerb eines Diploms oder eines Berufsabschlusses verlangt wird, sowie wenn die branchenübliche Praxis für die Vergabe einer Lehrstelle bzw. eines Ausbildungsplatzes ein solches voraussetzt. Für die Anerkennung eines Praktikums als Ausbildung nicht entscheidend ist hingegen, ob im Anschluss an das Praktikum im selben Betrieb oder in einem anderen Betrieb eine Lehre bzw. eine Ausbildung angetreten wird, sondern einzig, ob das Praktikum für die Ausbildung faktisch notwendig ist. Steht ein Praktikum indes nicht im obig skizzierten Ausbildungskontext und vermittelt es dem «Kind» zwar wertvolle Branchenkenntnisse und Fertigkeiten, die für eine spätere Tätigkeit in der betreffenden Brache unentbehrlich sind bzw. seine Anstellungschancen verbessern oder für die richtige Berufswahl hilfreich sind, so liegt nach der höchstrichterlichen Praxis keine Ausbildung vor. Das Praktikum der Beschwerdeführerin bei Radio A. ist bzw. war unbestrittenermassen weder Voraussetzung für die Zulassung zu einem Bildungsgang oder zu einer Prüfung, noch für den Erwerb eines Diploms oder eines Berufsabschlusses verlangt. Auch bestand keine im Hinblick auf eine angestrebte Ausbildung faktische Notwendigkeit für dieses Praktikum. Jedenfalls wird die Zulassung zu universitären Ausbildungsgängen in Richtung Journalistik nicht von entsprechenden Praktika abhängig gemacht und die Beschwerdeführerin behauptete denn auch zu keiner Zeit, das Praktikum für die Zulassung zur Ausbildung bei einem bestimmten Medium, einer bestimmten Zeitung oder einem bestimmten Radio- oder Fernsehsender zu benötigen. Aus ihren Angaben geht vielmehr unzweideutig hervor, dass sie das Praktikum absolvieren wollte, weil sie hinsichtlich Berufswahl noch unsicher war und entsprechend einen konkreten Einblick in die Branche erhalten wollte. Dass sie dadurch wichtige Branchenkenntnisse und Fertigkeiten erlernen, ihre späteren Anstellungschancen erhöhen und für die definitive Berufswahl die notwendigen Einblicke erlangen konnte, führt jedenfalls nicht dazu, das fragliche Praktikum entgegen Lehre und Praxis als Ausbildung zu qualifizieren. Daran ändern weder der Umstand, dass das Praktikum bei Radio A. jedenfalls nach den Akten zu schliessen den Eindruck eines durchaus systematischen und strukturierten Lehrgangs vermittelt, noch die Tatsache, dass die Familie der Beschwerdeführerin auf die Rentenleistungen angewiesen war, irgend etwas.

(. . .)

4.2 Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Praktikum der Beschwerdeführerin weder für die Zulassung zu einer Ausbildung gesetzlich oder reglementarisch vorausgesetzt oder faktisch notwendig war, noch dass es für den Ausbildungsabschluss verlangt war. Vielmehr verhalf es ihr «lediglich» zu einem umfassenden Einblick in die Medienwelt, welcher ihr, sollte sie demnächst wirklich ein entsprechendes Studium beginnen wollen, sicherlich von Nutzen sein wird. Zur Qualifikation des Praktikums als Ausbildung im Sinne von Art. 49bis AHVV genügt dies im Lichte der Praxis allerdings ganz klar nicht. (. . .)

Nach dem Gesagten erweisen sich Verfügung und Einspracheentscheid als korrekt, die Beschwerde entsprechend als unbegründet, so dass sie abzuweisen ist.

(. . .)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 13. Juni 2013 S 2013 39

Art. 25 lit. c FamZG i.V.m. Art. 52 AHVG
Regeste:

Art. 25 lit. c FamZG i.V.m. Art. 52 AHVG – Neben der Beitrags- und Abrechnungspflicht sind auch andere Anwendungsfälle von Art. 52 AHVG denkbar. (Erw. 3.1.1). Handelt der Arbeitgeber als Zahlstelle, qualifiziert er sich im Bereich des Familienzulagengesetzes zweifellos als an der «Durchführung der Sozialversicherung beteiligte Person» im Sinne von Art. 31 Abs. 2 ATSG und unterliegt demnach der

Meldepflicht. Bei der Auszahlung der Familienzulagen handelt es sich um eine den Arbeitgebern übertragene Aufgabe. Dies rechtfertigt und gebietet es, die Beachtung bestimmter Vorschriften im Zusammenhang mit der Aufgabe (Auszahlung der Zulagen) unter die Haftungsnorm von Art. 25 lit. c FamZG i.V.m. Art. 52 AHVG zu stellen (Erw. 3.1.2).

Nahm der Arbeitgeber den Inhalt der an ihn adressierten Leistungsentscheide nicht zur Kenntnis und unterliess er in der Folge aufgrund der Unkenntnis seiner Meldepflicht die Meldung des Krankentaggeldbezugs durch einen seiner Angestellten, verletzte er seine Meldepflicht in grobfahrlässiger Weise (Erw. 3.5.4).

Aus dem Sachverhalt:

Unter der Firma E. ist im Handelsregister des Kantons Zug ein Einzelunternehmen eingetragen. P. ist Inhaber der E. Am 10. März 2009 meldete sich M., Mitarbeiter der E., bei der Familienausgleichskasse F. (nachfolgend: F.), welcher die E. angeschlossen ist, zum Bezug von Familienzulagen für seine drei minderjährigen Kinder an. Mit Verfügung vom 7. April 2009 sprach die F. M. für seine drei Kinder Familienzulagen in der Höhe von je Fr. 300.– pro Monat zu. Am 5. März 2012 wurde der F. der Austritt von M. aus dem Betrieb von P. per 29. Februar 2012 gemeldet. Mit Verfügung vom 31. Mai 2012 forderte die F. von M. zu viel bezahlte Familienzulagen in der Höhe von insgesamt Fr. 11’700.– zurück. Begründend führte die F. in der Rückforderungsverfügung aus, M. sei seit einem am 25. September 2010 erlittenen Hirnschlag arbeitsunfähig gewesen. Nach Ablauf von drei Monaten seit Eintritt der Arbeitsunfähigkeit, d.h. ab 1. Januar 2011, habe deshalb kein Anspruch auf Familienzulagen mehr bestanden. Am 21., 25. bzw. 26. Juni 2012 schlossen M. und die F. sowie M. und die E. eine Zahlungsvereinbarung ab, wonach M. der F. den Betrag von Fr. 11’700.– an zu viel bezahlten Familienzulagen und die E. M. den Betrag Fr. 6’344.15 an zu viel abgezogenen Sozialversicherungsbeiträgen schulde. Zur Tilgung dieser beiden Schulden wurde vereinbart, dass der F. der Betrag von Fr. 6’344.15 durch die E. und der Betrag von Fr. 5’355.85 durch M. bezahlt werde. Die E. überwies den Betrag von Fr. 6’344.15 an die F. Für den restlichen rückerstattungspflichtigen Betrag von Fr. 5’355.85 stellte M. ein Erlassgesuch, welches durch die F. mit Verfügung vom 25. Juli 2012 bewilligt wurde. In der Folge wandte sich die F. mit Schadenersatzverfügung vom 19. Dezember 2012 an die E. und verpflichtete diese, der Kasse einen Schadenersatz in der Höhe von Fr. 5’355.85 zu bezahlen. Eine gegen diese Verfügung am 24. Januar 2013 durch die E. erhobene Einsprache wies die F. mit Einspracheentscheid vom 13. Februar 2013 ab.

Gegen diesen Einspracheentscheid liess die E. bzw. deren Inhaber P. mit Eingabe vom 20. März 2013 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben und beantragen, es sei die Schadenersatzverfügung der Beschwerdegegnerin vom 19. Dezember 2012 aufzuheben.

Aus den Erwägungen:

(. . .)

3. Unbestritten ist im vorliegenden Fall, dass der Mitarbeiter des Beschwerdeführers M. für seine drei Kinder Anspruch auf Kinderzulagen in der Höhe von insgesamt Fr. 900.– pro Monat hatte, M. am 25. September 2010 einen Hirnschlag erlitten hatte und seither arbeitsunfähig ist, M. gemäss Art. 10 FamZV nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit noch während den Monaten September, Oktober, November und Dezember 2010 Anspruch auf Familienzulagen hatte und der Anspruch ab Januar 2011 weggefallen ist. Nicht streitig ist auch, dass M. bis und mit Januar 2012 Kinderzulagen in der Höhe von monatlich Fr. 900.– ausbezahlt worden sind, und dass die Beschwerdegegnerin die zu viel ausbezahlten Zulagen in der Höhe von Fr. 11’700.– gestützt auf Art. 25 Abs. 1 ATSG zu Recht mit Verfügung vom 31. Mai 2012 von M. zurückgefordert hat. Hierzu ist anzumerken, dass der Arbeitnehmer – nicht der Arbeitgeber – rückerstattungspflichtig ist, da der Arbeitgeber lediglich als Zahlstelle auftritt und namentlich nicht zur Verrechnung zu viel ausbezahlter Zulagen mit künftigem Lohnansprüchen des Arbeitnehmers verpflichtet werden kann (Ueli Kieser/ Marco Reichmuth, Bundesgesetz über die Familienzulagen, Praxiskommentar,

Zürich/ St. Gallen 2010, Art. 25 N 27). Ein Teil der Forderung (Fr. 6'344.15) wurde in der Folge beglichen, während die Beschwerdegegnerin für den Restbetrag (Fr. 5'355.85) ein Erlassgesuch von M. bewilligt hatte. Der vorliegende Rechtsstreit dreht sich um die Frage, ob der Beschwerdeführer als ehemaliger Arbeitsgeber von M. für die dadurch erlittene Vermögenseinbusse der Beschwerdegegnerin schadenersatzpflichtig wird.

3.1

3.1.1 Gemäss Art. 25 lit. c FamZG gilt für die Haftung der Arbeitgeber Art. 52 AHVG sinngemäss. Artikel 52 Abs. 1 AHVG sieht eine Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers gegenüber der Versicherung bei Zufügung eines Schadens durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften vor. Neben dem Arbeitgeber kommen subsidiär auch dessen Organe für die Haftung nach Art. 52 AHVG in Frage (BGE 96 V 124 Erw. 3). Die zuständige Ausgleichskasse macht den Schadenersatz durch Erlass einer Verfügung geltend (Art. 52 Abs. 4 AHVG). Primärer Anwendungsfall der Haftungsbestimmung von Art. 25 lit. c FamZG i.V.m. Art. 52 AHVG ist die Nichtbezahlung der FAK-Beiträge durch den Arbeitgeber an die Ausgleichskasse. Kommt der Arbeitgeber dieser Pflicht nicht nach und entsteht der Ausgleichskasse im Falle seiner Zahlungsunfähigkeit ein Schaden, so bietet Art. 25 lit. c FamZG i.V.m. Art. 52 AHVG eine bundesrechtliche Grundlage für Schadenersatzansprüche. Allerdings beschränkt Art. 52 AHVG eine allfällige Arbeitgeber- oder Organhaftung – seinem Wortlaut nach – nicht auf diesen Anwendungsfall. Vielmehr spricht Art. 52 AHVG ganz allgemein von «Schaden» und «Vorschriften», worauf der Schaden zurückzuführen ist bzw. welche Vorschriften vom Arbeitgeber oder seinen Organen verletzt worden sind, wird im Gesetzestext nicht konkretisiert. Auch die systematische Einordnung von Art. 52 AHVG lässt den Schluss, dass sich Art. 52 AHVG lediglich auf die Abrechnungs- und Beitragspflicht des Arbeitgebers bezieht, nicht zu. Artikel 52 AHVG befindet sich im vierten Abschnitt («Die Organisation») des ersten Teils des AHVG, unter Punkt B «Die Arbeitgeber», welcher lediglich die Art. 51 und 52 umfasst. Artikel 51 Abs. 1 und 3 AHVG befasst sich mit den Aufgaben der Arbeitgeber und erwähnt dabei namentlich den Abzug der Arbeitgeberbeiträge vom Lohn, die Überprüfung der von den Arbeitnehmern in der Anmeldung zum Bezug eines Versicherungsausweises gemachten Angaben, und die periodische Abrechnung über die abgezogenen und die selbst geschuldeten Beiträge sowie die ausbezahlten Renten und Hilflosenentschädigungen. Diese Systematik lässt den Schluss, dass sich der darauf folgende Art. 52 AHVG nur auf eine Art von Schäden bzw. Vorschriften – d.h. im Zusammenhang mit der Beitrags- und Abrechnungsflicht entstandene Schäden – bezieht, nicht zu. Namentlich erwähnt Art. 51 AHVG – neben der Beitrags- und Abrechnungspflicht – auch die Überprüfungspflicht des Arbeitsgebers. Ob sich Art. 52 AHVG nur auf Vorschriften im Zusammenhang mit den in Art. 51 AHVG erwähnten Aufgaben des Arbeitgebers bzw. weitere gestützt auf Art. 51 Abs. 4 AHVG den Arbeitgebern übertragene Aufgaben bezieht, oder ob auch die Verletzung von Vorschriften, welche nicht im Zusammenhang mit den in Art. 51 AHVG erwähnten Aufgaben stehen zu einer Schadenersatzpflicht des Arbeitsgebers führen können, ist – wie in Erw. 3.1.2 noch darzulegen bleibt - für die Beurteilung des vorliegenden Falles nicht entscheidend und kann dahingestellt bleiben. Anzumerken ist jedenfalls, dass sich Punkt B generell auf «Die Arbeitgeber» bezieht, und nicht etwa auf die «Aufgaben der Arbeitgeber». Artikel 52 AHVG nimmt weder ausdrücklich noch implizit auf die in Art. 51 AHVG erwähnten Aufgaben Bezug.

Zusammenfassend führt die grammatikalische und systematische Auslegung von Art. 52 AHVG zum Schluss, dass neben der Beitrags- und Abrechnungspflicht durchaus auch andere Anwendungsfälle dieser Haftungsbestimmung denkbar sind. Auch das Bundesgericht bezeichnet die Beitragspflicht des Arbeitgebers – beispielsweise in BGE 123 V 168 Erw. 2a – lediglich als Hauptanwendungsfall von Art. 52 AHVG, nicht aber als einziger Anwendungsfall.

3.1.2 In der Botschaft des Bundesrates zum AHVG vom 24. Mai 1946 ist u.a. Folgendes nachzulesen (BBl 1946 II 365, S. 448 und 540):

«Der Ausgleich in den einzelnen Betrieben vollzieht sich in der Weise, dass der Arbeitgeber einerseits die Arbeitnehmerbeiträge vom Lohn abzieht, den Arbeitgeberbeitrag sowie gegebenenfalls den von ihm als

Selbständigerwerbender geschuldeten Beitrag hinzulegt, und andererseits aus diesen Mitteln die Renten an die ehemaligen Arbeitnehmer beziehungsweise deren Hinterlassene sowie gegebenenfalls an sich selbst auszahlt. Allfällige Überschüsse der Beiträge über die Renten hat er der Ausgleichskasse abzuliefern. Übersteigen umgekehrt die ausbezahlten Renten die bezogenen Beiträge, so wird dem Arbeitgeber die Differenz von der Ausgleichskasse vergütet.

Dem Ausgleich in den einzelnen Betrieben kommt erhebliche Bedeutung zu, wird doch der Grossteil der Beiträge und Renten hier zur Verrechnung gelangen. Die Arbeitgeber übernehmen somit eine wichtige Aufgabe und entlasten den eigentlichen Verwaltungsapparat in bedeutendem Masse. Die Wichtigkeit dieser Aufgabe bedingt, dass den Arbeitgebern eine gewisse Verantwortlichkeit auferlegt werden muss. Der Gesetzesentwurf sieht dementsprechend vor, dass die Arbeitgeber Schäden, die sie durch vorsätzliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften verschulden, zu ersetzen haben.

(. . .)

Solche Schäden können beispielsweise entstehen, wenn ein Arbeitgeber die Beiträge nicht vorschriftsgemäss vom ausbezahlten Lohn abzieht oder abgezogenen Beiträge nicht der Ausgleichskasse abliefert.»

Der Bundesrat brachte im Botschaftstext den Sinn und Zweck der Arbeitgeberhaftung nach Art. 52 AHVG klar zum Ausdruck: Die Übertragung wichtiger Aufgaben im Bereich der Beitragszahlung und Rentenauszahlung (sog. Ausgleich) an den Arbeitgeber entlastet zwar den Verwaltungsapparat, stellt aber auf der anderen Seite für die Ausgleichskasse ein gewisses Risiko dar, welches durch eine entsprechende Haftungsvorschrift aufzufangen ist. Der Botschaftstext erwähnt in diesem Zusammenhang ausdrücklich die Funktion, welche den Arbeitgebern (auch) bei der Auszahlung der Renten an ehemalige Arbeitnehmer bzw. deren Hinterlassene zukam. Heute werden die AHV-Renten grösstenteils direkt durch die Ausgleichskasse ausbezahlt. Im Bereich des FamZG fungiert der Arbeitgeber indes weiterhin als Zahlstelle; die Familienzulagen werden den anspruchsberechtigten Arbeitnehmern in der Regel durch den Arbeitgeber ausbezahlt (Art. 15 Abs. 2 FamZG). Handelt der Arbeitgeber als Zahlstelle, qualifiziert er sich im Bereich des Familienzulagengesetzes zweifellos als an der «Durchführung der Sozialversicherung beteiligte Person» im Sinne von Art. 31 Abs. 2 ATSG (vgl. hierzu unten Erw. 3.3). Bei der Auszahlung der Familienzulagen handelt es sich um eine den Arbeitgebern übertragene Aufgabe. Dies rechtfertigt und gebietet es, die Beachtung bestimmter Vorschriften im Zusammenhang mit der Aufgabe (Auszahlung der Zulagen) unter die Haftungsnorm von Art. 25 lit. c FamZG i.V.m. Art. 52 AHVG zu stellen. Es ist im Bereich des FamZG – auch unter Bezugnahme auf den zitierten Botschaftstext – nicht ersichtlich, weshalb lediglich die Verletzung der Abrechnungs- und Beitragspflicht, nicht aber die Verletzung einer im Zusammenhang mit der Auszahlung der Familienzulagen – eine dem Arbeitgeber übertragene Aufgabe – bestehende Meldepflicht von der Haftungsnorm erfasst sein sollte. Marco Reichmuth ging in seiner Dissertation aus dem Jahr 2008 zur Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG zwar davon aus, dass sich die Haftungsnorm von Art. 52 AHVG auf Beitragsforderungen beschränkt (Marco Reichmuth, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, Zürich/ Basel/ Genf 2008, Rz. 62), führt dann aber im Praxiskommentar zum Bundesgesetz über die Familienzulagen aus, besondere Fragen würden sich stellen, wenn die Familienausgleichskasse eine Rückerstattungsforderung gemäss Art. 25 Abs. 1 ATSG gegenüber dem Arbeitnehmer nicht durchsetzen könne und der Arbeitgeber die ungerechtfertigte Ausrichtung von Zulagen durch vorsätzliche oder grobfahrlässige Verletzung seiner Pflichten mitverschuldet habe. Dies sei namentlich dann der Fall, wenn er anspruchsbeeinflussende Mitteilungen seiner Arbeitnehmer nicht an die Familienausgleichskasse weiterleite, oder wenn er selber solche Tatsachen feststelle, sie aber der Familienausgleichskasse nicht melde. In diesen Fällen sei ein aus Art. 25 lit. c FamZG i.V.m. Art. 52 AHVG abgeleiteter Schadenersatzanspruch der Familienausgleichskasse gegenüber dem Arbeitgeber nicht ausgeschlossen (Ueli Kieser/ Marco Reichmuth, a.a.O., Art. 25 N 29 und Art. 1 N 76; Christian Heinrich Schaeppi, Der Anspruch auf Kinderzulagen unter besonderer Berücksichtigung der sanktgallischen Gesetzgebung, Diss. 1974, S. 361). Nach Auffassung des Gerichts rechtfertigt sich die Prüfung eines Schadenersatzanspruchs

der Familienausgleichskasse gemäss Art. 25 lit. c FamZG i.V.m. Art. 52 AHVG jedenfalls dann, wenn die Aufgabe der Auszahlung der Zulagen dem Arbeitgeber übertragen worden ist (was gemäss Art. 15. Abs. 2 FamZG in der Regel der Fall ist), da diesen in solchen Fällen in gewisser Weise eine erhöhte Aufmerksamkeit und Sorgfaltspflicht bezüglich der Meldung anspruchsverändernder Tatsachen trifft. Ob im vorliegenden Fall ein Schadenersatzanspruch gegeben ist, gilt es demnach nachfolgend anhand der Haftungsvoraussetzungen gemäss Art. 52 AHVG zu prüfen.

(. . .)

3.3

3.3.1 Eine haftungsbegründende Widerrechtlichkeit liegt vor, wenn der Arbeitgeber «Vorschriften» missachtet (Art. 52 Abs. 1 AHVG). Dieser Begriff wird vom Gesetzgeber weit gefasst. Ob die schuldhafte Missachtung von Vorschriften auf einem Tun beruht oder – wo der Arbeitgeber zu einem Handeln verpflichtet ist – auf einem Unterlassen, macht keinen Unterschied. Im Vordergrund steht die Verletzung der Beitragspflicht der Arbeitgeber gemäss Art. 14 Abs. 1 AHVG bzw. – in familienzulagerechtlichen Fällen – gemäss kantonalem Ausführungsrecht zum FamZG. Allerdings sind auch andere Fallkonstellationen denkbar, auch der Verstoss gegen Bestimmungen anderer Erlasse oder gegen Weisungen kann zur Haftung des Arbeitgebers für daraus entstandenen Schaden führen (vgl. Marco Reichmuth, a.a.O., Rz. 504 ff.). Namentlich ist nach dem in Erw. 3.1 Gesagten denkbar, dass ein Verstoss gegen die mit Art. 1 FamZG als auf Familienzulagen anwendbar erklärten Bestimmungen des ATSG - bei gegebenen Haftungsvoraussetzungen - zu einem Schadenersatzanspruch der Familienausgleichskasse gegenüber dem Arbeitgeber führt. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, der Beschwerdeführer habe seine Meldepflicht nicht wahrgenommen, und sieht darin eine haftungsbegründende Widerrechtlichkeit gemäss Art. 52 Abs. 1 AHVG.

3.3.2 Erhält eine an der Durchführung der Sozialversicherung beteiligte Person oder Stelle Kenntnis davon, dass sich die für die Leistung massgebenden Verhältnisse geändert haben, so ist dies dem Versicherungsträger zu melden (Art. 31 Abs. 2 ATSG). Es ist davon auszugehen, dass der Arbeitgeber als «an der Durchführung der Sozialversicherung beteiligte Person oder Stelle» gilt. In dieser Eigenschaft trifft ihn gestützt auf Art. 31 Abs. 2 ATSG eine generelle Meldepflicht (vgl. Ueli Kieser/ Marco Reichmuth, a.a.O., Art. 1 N 76 und Art. 17 N 68 und 77). Gemäss Art. 17 Abs. 2 lit. f FamZG regeln die Kantone namentlich die Aufgaben und Pflichten der Arbeitgeber. Paragraph 7 des Zuger Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über die Familienzulagen (EG FamZG, BGS 844.4) beauftragt die dem Gesetz unterstellten Arbeitgeber namentlich mit der Meldung der AHV-pflichtigen Löhne, der Entrichtung der Beiträge und Auszahlung der Familienzulagen an die Berechtigten, sowie mit der Eröffnung der Leistungsentscheide an die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Die Meldepflicht gemäss Art. 31 Abs. 2 ATSG bezüglich Veränderung der für die Leistung massgebenden Verhältnisse wird demnach im Zuger Ausführungsrecht nicht weiter konkretisiert.

3.3.3 Beim Eintritt einer lang andauernden Arbeitsunfähigkeit eines Kinderzulagen beziehenden Arbeitnehmers handelt es sich zweifellos um eine Veränderung der für die Leistung massgebenden Verhältnisse, da der Anspruch auf Kinderzulagen in diesem Fall nach Ablauf des laufenden sowie der drei darauf folgenden Monate erlischt (Art. 10 Abs. 1 FamZV). Ob gestützt auf Art. 31 Abs. 2 ATSG eine Meldepflicht besteht, beurteilt sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls. Massgebend ist die Umschreibung der Aufmerksamkeit, welche der als meldepflichtig betrachteten Person oder Stelle – vorliegend dem Arbeitgeber – zumutbar ist. Dabei ist etwa auf die Fähigkeiten und den Bildungsstand der betreffenden Person abzustellen. Von Bedeutung ist insoweit, dass die betreffende Person in unzweideutiger Form auf konkrete Meldepflichten hingewiesen wird. Sodann kann sich die Meldepflicht nur auf Sachverhaltsänderungen beziehen, um welche die betreffende Person sowohl bezüglich ihres Vorliegens als auch hinsichtlich der Auswirkungen auf den Leistungsanspruch weiss bzw. wissen müsste (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich/ Basel/ Genf 2009, Art. 31 N 11). Im vorliegenden Fall verpflichteten sich M. wie auch der Beschwerdeführer in der «Anmeldung Familienzulagen für

Arbeitnehmende», «umgehend alle Änderungen der Familienverhältnisse, die den Zulagenanspruch beeinflussen können, dem Arbeitgebenden bzw. der Ausgleichskasse mitzuteilen» . Im Zulagenentscheid der Beschwerdegegnerin vom 7. April 2009, welcher an den Beschwerdeführer adressiert und von diesem M. zu eröffnen war (§ 7 Abs. 2 EG FamZG), wurden sowohl der Beschwerdeführer als auch M. auf ihre Meldepflicht bezüglich Tatsachen, welche den Anspruch auf Familienzulagen beeinflussen können, hingewiesen. Der Bezug eines Kranken- oder Unfalltaggeldes wird dabei im Zulagenentscheid als Beispiel ausdrücklich erwähnt. Die Tatsache, dass die Formulierung im Zulagenentscheid bezüglich der Meldepflicht des Arbeitgebers – welcher zu einer raschen Meldung gehalten ist – anders gewählt wurde als jene bezüglich des Leistungsempfängers – welcher zu einer sofortigen Meldung verpflichtet ist – ändert nichts am Bestehen einer Meldepflicht auch des Arbeitgebers; wer zu etwas gehalten ist, bekommt ein bestimmtes Verhalten auferlegt, ist mit anderen Worten dazu verpflichtet. Die anspruchsverändernde Veränderung der Verhältnisse, von welcher der Beschwerdeführer zweifellos Kenntnis hatte, hätte demnach durch diesen der Beschwerdegegnerin gemeldet werden müssen. Tat er dies während mehr als einem Jahr nicht, hat er gegen seine Meldepflicht (Art. 31 Abs. 2 ATSG) verstossen. Nachdem der Beschwerdeführer zudem im Zulagenentscheid ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht worden war, dass der Bezug eines Kranken- oder Unfalltaggeldes den Anspruch auf Zulagen beeinflussen kann, kann er sich auch nicht mit seinem angeblichen diesbezüglichen Nichtwissen von der Meldepflicht entlasten. Der Beschwerdeführer hat gegen die in Art. 31 Abs. 2 ATSG statuierte Meldepflicht verstossen, womit eine haftungsbegründende Widerrechtlichkeit vorliegt.

3.4 Es stellt sich die Frage, ob der Beschwerdegegnerin aufgrund der Missachtung der Meldepflicht durch den Beschwerdeführer ein Schaden entstanden ist. Nach dem Gesagten liegt der primäre Anwendungsfall der Arbeitgeberhaftung nach Art. 52 AHVG in der Nichtbezahlung der Beiträge. In diesem Fall liegt der Schaden in den entgangenen Arbeitgeberbeiträgen (vgl. SVR 2001 AHV Nr. 6 Erw. 2b), den Verwaltungskostenbeiträgen, den Mahn- und Betreibungskosten (BGE 121 III 382 Erw. 3), den Verzugszinsen auf rückständigen Beiträgen (BGE 119 V 78) und schliesslich in besonderen Fällen den Kosten für die Arbeitgeberkontrolle (Urteil des EVG vom 5. September 2002 [H 331/01]). Im vorliegenden Fall liegt der geltend gemachte Schaden nicht in nicht bezahlten Arbeitgeberbeiträgen, sondern in einem Teil der – aufgrund der Meldepflichtverletzung – zu viel ausbezahlten Kinderzulagen. Nachdem diese aufgrund des von der Beschwerdegegnerin gutgeheissenen Erlassgesuchs beim M. nicht mehr eingebracht werden können, ist dieser ein Schaden in der Höhe von Fr. 5’355.85 (Fr. 11’700.– abzüglich des durch die Beschwerdeführerin beglichenen Teils in der Höhe von Fr. 6’344.15) entstanden. Inwiefern die Beschwerdegegnerin durch ihr Verhalten selbst zu diesem Schaden beitragen hat, ist unter dem Titel des adäquaten Kausalzusammenhangs zu prüfen.

3.5

3.5.1 Artikel 52 AHVG statuiert eine Verschuldenshaftung nach öffentlichem Recht. Dabei gilt die Schadenersatzpflicht als begründet, wenn nicht Umstände gegeben sind, welche das fehlerhafte Verhalten des Arbeitgebers als gerechtfertigt erscheinen lassen oder sein Verschulden ausschliessen. Die geschädigte Kasse darf davon ausgehen, dass eine schuldhafte Verletzung von Vorschriften vorliegt, wenn der Arbeitgeber keine Anhaltspunkte für die Rechtmässigkeit seines Handelns oder seine Schuldlosigkeit nennen kann (Urteil des EVG vom 25. Juni 2004 [H 230/03] Erw. 4.2). Dabei ist es grundsätzlich Sache des Ersatzpflichtigen, im Rahmen der ihm obliegenden Mitwirkungspflicht die Rechtfertigungs- und Exkulpationsgründe zu nennen (Urteil des EVG vom 4. Dezember 2003 [H 173/03] Erw. 4.3.1 f.).

3.5.2 Mit Absicht handelt, wer mit Wissen und Willen handelt. Grobfahrlässig handelt, wer das ausser Acht lässt, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter den gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen. Das Mass der zu verlangenden Sorgfalt ist dabei abzustufen entsprechend der Sorgfaltspflicht, die in den kaufmännischen Belangen jener Arbeitgeberkategorie, der der Betreffende angehört, üblicherweise erwartet werden kann und muss (BGE 96 V 124, 114 V 78 und 129 V 11). Dies bedeutet nicht, dass der Sorgfaltsmassstab etwa von der Rechtsform oder Branche der

Gesellschaft oder des Berufes des in die Pflicht genommenen Organs abhängt; massgebend ist vielmehr die rechtliche Organisation des Arbeitgebers. In diesem Sinne bedeutet «Arbeitgeberkategorie» beispielsweise «Mitglied der obersten Führungsebene» (Marco Reichmuth, a.a.O., Rz. 549).

3.5.3 Bezüglich der Haftung der Organe einer Aktiengesellschaft für nicht bezahlte Beiträge hat das Bundesgericht eine reichhaltige Rechtsprechung entwickelt. Demnach sind an die Sorgfaltspflicht der Organe einer Aktiengesellschaft grundsätzlich strenge Anforderungen zu stellen (BGE 108 V 199 Erw. 3a, 103 V 120 Erw. 6), wobei die entsprechende Pflicht eines Verwaltungsratspräsidenten einer grossen Gesellschaft anders ausgestaltet ist als diejenige bei einem Verwaltungsrat, der faktisch das einzige ausführende Organ einer Gesellschaft ist und dem bekannt ist oder bekannt sein müsste, dass die Abrechnungspflicht möglicherweise mangelhaft erfüllt wurde (BGE 108 V 199 Erw. 3a). Was sich für die Haftung der Organe der Aktiengesellschaft sagen lässt, lässt sich, wie bereits angesprochen, auch für die Haftung der Organe der GmbH sagen, gelten nach Art. 827 OR für die Verantwortlichkeit der bei der Gesellschaftsgründung beteiligten und der mit der Geschäftsführung und der Kontrolle betrauten Personen sowie für die Liquidatoren doch die Bestimmungen des Aktienrechts (vgl. Thomas Nussbaumer, Das Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG, S. 104, in: Aktuelle Fragen aus dem Beitragsrecht der AHV, St. Gallen 1998).

Nach der Praxis des EVG wird von Grobfahrlässigkeit unter anderem gesprochen, wenn ein Verwaltungsrat seine Pflichten verkennt, indem er erklärt, er habe die Geschäftsführung völlig einem anderen Mitglied des Verwaltungsrates anvertraut (ZAK 1992 S. 255), wenn ein Verwaltungsrat trotz Kenntnis von ausstehenden Beitragszahlungen nichts unternimmt (ZAK 1989 S. 104 f.), wenn der Präsident des Verwaltungsrates trotz Kenntnis offenkundig gewordener Verluste von bedrohlichem Ausmass keine Auskünfte über die Ablieferung der Beiträge einholt, keine Weisungen erteilt und keine Kontrollen veranlasst (ZAK 1989 S. 109 f.) oder wenn der Verwaltungsratspräsident seiner Pflicht nicht nachkommt, sich zu erkundigen, ob und wie viel AHV-Beiträge bezahlt werden müssten und entsprechend dafür zu sorgen, dass mit den Löhnen auch die Beiträge bezahlt werden (BGE 109 V 86 Erw. 6).

Bei einer Aktiengesellschaft geht das EVG davon aus, dass alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle beschäftigten Personen sowohl der Gesellschaft wie auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern gegenüber für den Schaden verantwortlich sind, den sie durch absichtliche oder grobfahrlässige Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten verursachen (BGE 114 V 213 f. Erw. 3). Bei einem kleinen Unternehmen mit einfacher Verwaltungsstruktur muss vom einzigen Verwaltungsrat der AG, der als solcher die Verwaltung als einzige Person in Organstellung besorgt, der Überblick über alle wesentlichen Belange selbst dann verlangt werden, wenn gewisse Befugnisse von aussenstehenden Personen wahrgenommen werden. Dieser kann mit der Delegation von Funktionen an Dritte nicht zugleich auch seine Verantwortung als einziges Verwaltungsorgan weiter delegieren (BGE 108 V 203 f. Erw. 3b). Zwar kann sich der nicht geschäftsführende Verwaltungsrat bei befugter Delegation (Art. 754 Abs. 2 OR) auf die Überprüfung der Tätigkeit der Geschäftsleitung und des Geschäftsganges beschränken. Gleichwohl ist zu verlangen, dass er sich laufend über den Geschäftsgang informiert, Rapporte verlangt, sie sorgfältig studiert, nötigenfalls ergänzende Auskünfte einzieht und Irrtümer aufzuklären versucht (SVR 2001 AHV Nr. 15 S. 52 Erw. 6 mit Hinweisen; vgl. auch: BGE 126 V 237 Erw. 4 und AHI 2002 172 f. Erw. 3).

3.5.4 Im vorliegenden Fall ist nicht die Sorgfaltspflicht eines Organs einer Aktiengesellschaft, sondern diejenige eines Einzelunternehmers zu prüfen. Analog zum einzigen Verwaltungsrat eines kleinen Unternehmens mit einfacher Verwaltungsstruktur, muss auch vom Einzelunternehmer der jederzeitige Überblick über alle wesentlichen Belange verlangt werden. Dies nicht nur mit Blick auf den Geschäftsgang seines Unternehmens, sondern auch mit Blick auf andere Fragen wie beispielsweise steuerliche oder personalrechtliche Belange. Das Unternehmen des Beschwerdeführers wurde am 8. Oktober 1980 ins Handelsregister des Kantons Zug eingetragen. Seit August 2002 besteht es als Einzelunternehmen unter der Firma E. P. agierte seit der Gründung des Unternehmens als Inhaber. Gemäss den im Recht liegenden AHV-Lohnbescheinigungen waren im Jahr 2009 32, im Jahr 2010 35 Mitarbeiter angestellt. Bei

dieser Grösse kann vom langjährigen Inhaber erwartet werden, dass er sich – spätestens bei Eintritt eines langdauernden Krankheitsfalls – über die Grundzüge des Sozialversicherungsrechts informiert bzw. zumindest die monatliche Bezahlung der Kinderzulagen in Frage stellt und die nötigen Abklärungen trifft. Vorliegend wird dem Beschwerdeführer aber nicht vorgeworfen, er habe dies nicht getan, sondern einzig und allein, er habe die Beschwerdegegnerin trotz ausdrücklichem Hinweis auf dem Zulagenentscheid nicht über den Krankentaggeldbezug M.s informiert. Dabei ist zu bemerken, dass M. unter den Mitarbeitern des Beschwerdeführers nicht der einzige Bezüger von Kinderzulagen ist, allein in der Lohnbescheinigung für das Jahr 2010 werden 7 Leistungsbezüger aufgeführt. Der Beschwerdeführer hat für jeden dieser Bezüger einen Leistungsentscheid mit dem Hinweis auf seine Meldepflicht erhalten. Nahm der Beschwerdeführer den Inhalt dieser an ihn adressierten Leistungsentscheide - und namentlich die «Wichtigen Hinweise», welche u.a. seine Meldepflicht betreffen - nicht zur Kenntnis und unterliess er in der Folge einzig und allein aufgrund der Unkenntnis seiner Meldepflicht die Meldung des Krankentaggeldbezugs durch einen seiner Angestellten, verletzte er seine Meldepflicht in grobfahrlässiger Weise. Dies umso mehr, als es sich im vorliegenden Fall nicht etwa um eine kurze Zeitspanne handelt, sondern die Beschwerdegegnerin nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit M.s im September 2010 erst im Januar 2012, mithin 16 Monate später, über die Arbeitsunfähigkeit bzw. den Krankentaggeldbezug in Kenntnis gesetzt wurde.

3.6

3.6.1 Unter Verweis auf die obigen Erwägungen ist festzuhalten, dass in casu ein Schaden und ein rechtswidriges und schuldhaftes Unterlassen bejaht werden müssen. Zwischen dem eingetretenen Schaden und dem pflichtwidrigen Verhalten des Arbeitgebers muss zudem ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Nach ständiger Praxis gilt ein Ereignis als adäquate Ursache eines Erfolgs, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen. Den hypothetischen Einwand, der Schaden hätte auch bei pflichtgemässem Verhalten nicht abgewendet werden können, lässt die neuere Bundesgerichtspraxis nicht gelten und verlangt, es müsse mit Gewissheit oder jedenfalls hoher Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden, dass ein Schaden ohnehin eingetreten wäre (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 19. Januar 2006 [H 94/05] Erw. 5.2). Im vorliegenden Fall wären die Familienzulagen, hätte der Beschwerdeführer seine Meldepflicht nicht verletzt, durch die Beschwerdegegnerin ab Januar 2011 mit grösster Wahrscheinlichkeit nicht mehr ausbezahlt worden. Demzufolge ist das Unterlassen des Beschwerdeführers für den entstandenen Schaden kausal. Es stellt sich indessen die Frage, ob bzw. inwieweit die Beschwerdegegnerin durch ihr eigenes Verhalten ein Mit- bzw. Selbstverschulden am Schaden trifft, aufgrund dessen der Kausalzusammenhang unterbrochen worden ist. Nach den allgemeinen haftpflichtrechtlichen Grundsätzen kann schweres Selbstverschulden der geschädigten Person aufgrund der konkreten Umstände so intensiv erscheinen, dass es das Verhalten der präsumptiv haftpflichtigen Person als völlig nebensächlich erscheinen lässt und es damit nicht mehr gerechtfertigt wäre, diesem noch rechtliche Wirkung beizumessen. Ist dies nicht der Fall oder handelt es sich bloss um ein mittelschwer oder leicht schuldhaftes Verhalten der geschädigten Person, das jedoch ebenfalls eine adäquate Teilursache sein muss, so kann dieser Umstand zu einer Reduktion des Schadenersatzes im Sinne von Art. 44 Abs. 1 OR führen (Christoph Müller, Rz. 39 zu Art. 41, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/ Basel/ Genf 2007). Was die Pflicht zur Beitragsabrechnung und -zahlung bzw. ein allfälliger, aus einer Pflichtverletzung fliessender Schadenersatzanspruch betrifft, vermag ein Mit- bzw. Selbstverschulden der Ausgleichskasse den Kausalzusammenhang nicht zu unterbrechen. Diese Abweichung von den allgemeinen haftpflichtrechtlichen Grundsätzen wird damit begründet, dass das Mit- bzw. Selbstverschulden ohne Einfluss auf die Verpflichtung des Arbeitgebers, für die Beitragsabrechnung und -zahlung besorgt zu sein, ist. Allerdings kann die Schadenersatzschuld des Arbeitgebers herabgesetzt werden, wenn und soweit eine grobe Pflichtverletzung der Verwaltung die für Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens kausal gewesen ist. Diese Frage wird nach höchstrichterlicher Praxis im Zusammenhang mit dem Verschulden behandelt (Marco Reichmuth, a.a.O., Rz. 791).

3.6.2 Nachfolgend ist das Verhalten der Beschwerdegegnerin – die Bewilligung des Erlassgesuchs von M. – unter dem Aspekt des Mit- bzw. Selbstverschuldens zu prüfen:

a) Gemäss Art. 25 Abs. 1 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt. In verfahrensrechtlicher Hinsicht hat der Sozialversicherer zunächst über den Umfang der Rückforderung eine Verfügung zu erlassen, wobei er auf die Möglichkeit des Erlasses hinweist (Art. 3 Abs. 1 und 2 der Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 11. September 2002 [ATSV, SR 830.11]). Auf schriftliches Gesuch hin - welches spätestens 30 Tage nach Eintritt der Rechtskraft der Rückforderungsverfügung einzureichen ist - entscheidet der Versicherungsträger mit einer separaten Verfügung über den allfälligen Erlass der Rückforderung (Art. 4 Abs. 4 und 5 ATSV). Gemäss Art. 5 Abs. 1 ATSV liegt eine grosse Härte im Sinne von Art. 25 Abs. 1 ATSG vor, wenn die vom Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 6. Oktober 2006 (ELG, SR 831.30) anerkannten Ausgaben und die zusätzlichen Ausgaben nach Art. 5 Abs. 4 ATSV die nach ELG anrechenbaren Einnahmen übersteigen. Massgebend für die Beurteilung, ob eine grosse Härte vorliegt, ist der Zeitpunkt, in welchem über die Rückforderung rechtskräftig entschieden worden ist (Art. 4 Abs. 2 ATSV). Weitere Besonderheiten werden in Art. 5 Abs. 2 bis 4 ATSV geregelt.

b) Die Rückforderungsverfügung der Beschwerdegegnerin datiert vom 31. Mai 2012. Wurde sie noch gleichentags versandt, ist sie frühestens am 2. Juli 2012 in Rechtskraft erwachsen. Die 30-tägige Frist für die Einreichung eines Erlassgesuchs (Art. 4 Abs. 4 ATSV) ist mit der Eingabe vom 9. Juli 2012 gewahrt worden. Sodann führte die Beschwerdegegnerin in der Verfügung vom 25. Juli 2012 aus, M. habe seinen guten Glauben beim fortdauernden Bezug der Familienzulagen für seine drei Kinder dargelegt; sie habe keinen Anlass, daran zu zweifeln. Wie der Beschwerdeführer ausführt, richtete dieser die Krankentaggelder wie Lohnzahlungen aus, zog Sozialversicherungsbeträge ab und stellte die entsprechenden Lohnabrechnungen zu. Bei dieser Sachlage kann nicht beanstandet werden, dass die Beschwerdegegnerin am guten Glauben von M. nicht zweifelte. Sodann ergibt eine summarische Prüfung der Ausgaben- und Einnahmenpositionen in der Verfügung vom 25. Juli 2012, dass die Rückzahlung für den Beschwerdeführer eine grosse finanzielle Härte darstellen würde. Inwiefern diese Berechnung fehlerhaft sein soll, wird vom Beschwerdeführer nicht dargelegt und ist auch nicht ersichtlich. Zu Recht hat die Beschwerdegegnerin die Hilflosenentschädigung von monatlich Fr. 1’160.– bei den Einnahmen nicht berücksichtigt (Art. 11 Abs. 3 lit. d ELG). Bei Ausgaben, welche die Einnahmen um monatlich mehr als Fr. 1’500.– übersteigen, musste die Beschwerdegegnerin die grosse Härte bejahen. Angesichts der gesetzlich und verordnungsmässig präzise umschriebenen Voraussetzungen eines Erlasses, welche im vorliegenden Fall nach dem Gesagten zweifellos erfüllt sind, lag es entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht im Ermessen der Beschwerdegegnerin, den Erlass der Rückforderung zu gewähren. Es kann ihr kein Mit- oder Selbstverschulden zur Last gelegt werden, woraus aber nicht ohne Weiteres zu schliessen ist, dass der Beschwerdegegnerin – hätte ihr tatsächlich Ermessen zugestanden und hätte sie dabei zu Gunsten des Leistungsbezügers entschieden – ein Mitverschulden zur Last gelegt werden könnte. Auf diese Frage ist bei der vorliegenden Sachlage nicht weiter einzugehen.

c) Anzufügen bleibt, dass die am 21., 25. bzw. 26. Juni 2012 zwischen M. und dem Beschwerdeführer sowie M. und der Beschwerdegegnerin abgeschlossene Zahlungsvereinbarung dem Erlassgesuch von M. und dessen Gutheissung durch die Beschwerdegegnerin nicht entgegen stand. Die Vereinbarung ist unter Vorbehalt der Rechtskraft der Rückforderungsverfügung vom 31. Mai 2012 abgeschlossen worden, was sich unmissverständlich aus Ziffer 3 lit. a der Vereinbarung ergibt, wonach die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer den Betrag von Fr. 6’344.15 «nach Rechtskraft der Rückforderungsverfügung separat in Rechnung stellen» wird. Um einen Rechtsmittelverzicht M.s handelte es sich bei der Zahlungsvereinbarung jedenfalls nicht. Im Übrigen hat M. die Rückforderungsverfügung der Beschwerdegegnerin vom 31. Mai 2012 ohnehin nicht angefochten; deren Rechtmässigkeit wurde von M. nie in Frage gestellt. Vielmehr hat er – nachdem die Rückforderungsverfügung in Rechtskraft erwachsen war – ein Erlassgesuch gestellt. Dieses Recht stand ihm auch nach Abschluss der Zahlungsvereinbarung, welche in erster Linie die Bezahlung eines Teils der Schuld durch den Beschwerdeführer regelte, zu. Es ist nicht ersichtlich, weshalb M. durch Abschluss der Zahlungsvereinbarung auf das Stellen eines Erlassgesuchs verzichtet haben soll. Bei dieser Sachlage kann dahingestellt bleiben, ob ein solcher

Verzicht überhaupt rechtsgültig wäre. Anzumerken bleibt, dass auch der Beschwerdeführer durch den Abschluss der Zahlungsvereinbarung und das anschliessende Erlassgesuchs M.s nicht zu Schaden gekommen ist - im Gegenteil. Er schuldete M. ohnehin Fr. 6'344.15 an zu viel abgezogenen Sozialversicherungsbeiträgen; ohne Abschluss der Zahlungsvereinbarung wäre die Schadenersatzforderung sogar noch höher ausgefallen.

3.7 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall sämtliche Voraussetzungen der Arbeitgeberhaftung in Sinne von Art. 25 lit. c FamZG i.V.m. Art. 52 AHVG erfüllt sind. Die Schadenersatzforderung der Beschwerdegegnerin in der Höhe von Fr. 5'355.85 ist demnach zu schützen. Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

(. . .)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 4. Juli 2013 S 2013 34

Art. 35 Abs. 1 IVG i.V.m. Art. 25 Abs. 5 AHVG und Art. 49bis AHVV
Regeste:

Art. 35 Abs. 1 IVG i.V.m. Art. 25 Abs. 5 AHVG und Art. 49bis AHVV – Anspruch auf Kinderrente für Kinder in Ausbildung: Die Anerkennung eines Praktikums als Ausbildung im Sinne von Art. 49bis Abs. 1 AHVV hängt nicht davon ab, ob im Anschluss an das Praktikum im selben Betrieb oder in einem anderen Betrieb auch eine Lehrstelle angetreten werden kann, sondern ob das Praktikum für die Ausbildung faktisch notwendig ist.

Aus dem Sachverhalt:

Der 1956 geborene S. bezog eine Invalidenrente und eine Kinderrente für seine 1994 geborene Tochter A. Im Mai 2012 wurde A. 18 Jahre alt, weshalb die Invalidenversicherung S. aufforderte, eine Ausbildungsbestätigung der Tochter einzureichen, damit die Kinderrente weiterhin ausbezahlt werden könne. Am 18. April 2012 reichte S. u.a. einen Arbeitsvertrag des Vereins V. vom 27. Januar 2011 ein, wonach A. ab dem 24. August 2011 eine Praktikumsstelle bis Ende Schuljahr 2011/2012 angetreten habe und stellte damit implizit den Antrag auf eine Wiederausrichtung der Kinderrente ab dem Juni 2012. Mit Verfügungen vom 1. Februar 2013 forderte die IV-Stelle des Kantons Zug die zu viel ausbezahlten Kinderrenten seit Juni 2012 (Folgemonat ab Vollendung des 18. Altersjahres) in der Höhe von zweimal Fr. 592.– (Juni, Juli 2012) bzw. Fr. 3'557.– (August 2012 bis Januar 2013) zurück, da A. nicht mehr in Ausbildung sei und der Anspruch auf die Kinderrente somit seit Juni 2012 nicht mehr bestanden habe.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 6. März 2013 liess S. beantragen, die angefochtenen Verfügungen vom 1. Februar 2013 seien ersatzlos aufzuheben. Sein Anspruch auf Kinderrenten sei auch zwischen Juni 2012 und Januar 2013 ausgewiesen, da Berufspraktika im Bereich der Kinderbetreuung zur Ausbildung im Sinne von Art. 25 Abs. 5 AHVG gehörten.

Aus den Erwägungen:

(. . .)

4.1 Männer und Frauen, denen eine Invalidenrente zusteht, haben in Anwendung von Art. 35 Abs. 1 IVG für jedes Kind, das im Fall ihres Todes eine Waisenrente der Alters- und Hinterlassenenversicherung beanspruchen könnte, Anspruch auf eine Kinderrente. Anspruch auf eine Waisenrente haben nach Art. 25 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) Kinder, deren Vater oder Mutter gestorben ist. Der Anspruch auf die Waisenrente entsteht gemäss Art. 25 Abs. 4 AHVG am ersten Tag des dem Tode des Vaters oder der Mutter folgenden Monats. Er erlischt mit der Vollendung des 18. Altersjahrs oder mit dem Tod der Waise. Für Kinder, die noch in Ausbildung sind, dauert der

Rentenanspruch nach Art. 25 Abs. 5 AHVG bis zu deren Abschluss, längstens aber bis zum vollendeten 25. Altersjahr. Der Bundesrat kann festlegen, was als Ausbildung gilt.

4.2 Der Bundesrat hat von seiner Kompetenz, festzulegen, was als Ausbildung gilt, per 1. Januar 2011 Gebrauch gemacht. In Art. 49bis Abs. 1 der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV) hat er bestimmt, dass ein Kind nunmehr in Ausbildung ist, wenn es sich auf der Grundlage eines ordnungsgemässen, rechtlich oder zumindest faktisch anerkannten Bildungsganges systematisch und zeitlich überwiegend entweder auf einen Berufsabschluss vorbereitet oder sich eine Allgemeinausbildung erwirbt, die Grundlage bildet für den Erwerb verschiedener Berufe. Nach der Praxis gelten Personen als in Ausbildung begriffen, die während einer bestimmten Zeit Schulen und Kurse (auch im Hinblick auf die Allgemeinbildung) besuchen oder der beruflichen Ausbildung obliegen. Unter beruflicher Ausbildung ist jede Tätigkeit zu verstehen, welche die systematische Vorbereitung auf eine künftige Erwerbstätigkeit zum Ziel hat und während welcher die betroffene Person – mit Rücksicht auf den vorherrschenden Ausbildungscharakter – ein wesentlich geringeres Erwerbseinkommen erzielt, als ein Erwerbstätiger mit abgeschlossener Berufsbildung orts- und branchenüblich erzielen würde (Lehrlingslohn, Entschädigung für Volontariate; vgl. Wegleitung des Bundesamtes für Sozialversicherungen [SV] über die Renten in der Eidgenössischen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung [RWL], Stand: 1. Januar 2012 Rz. 3358 ff.). Das Arbeitsentgelt gilt dann als wesentlich geringer als dasjenige einer voll ausgebildeten Person, wenn es nach Abzug der besonderen Ausbildungskosten um mehr als 25 % unter dem ortsüblichen Anfangslohn für voll ausgebildete Erwerbstätige der entsprechenden Branche liegt (vgl. BGE 108 V 54 ff.; 109 V 104 Erw. 1a). Ausbildungen sind insbesondere anerkannte Berufslehren und Studiengänge an Hochschulen, an deren Ende ein Diplom erworben wird. Von einer Ausbildung kann aber auch gesprochen werden, wenn «kein spezieller Berufsabschluss beabsichtigt oder nur die Ausübung des betreffenden Berufes angestrebt wird» (vgl. BGE 108 V 54 Erw. 1c). Nicht als in Ausbildung begriffen gelten dagegen Personen, die zur Hauptsache dem Erwerb nachgehen und nur nebenbei Schulen oder Kurse besuchen, wie auch Studierende, die neben dem Studium durch eine Erwerbstätigkeit überwiegend beansprucht sind.

4.3 Per 1. Januar 2012 hat das BSV Randziffer 3361 seiner RWL revidiert bzw. diese mit Rz. 3361.1 ergänzt. Gemäss Rz. 3361 RWL wird ein Praktikum als Ausbildung anerkannt, wenn es gesetzlich oder reglementarisch für die Zulassung zu einem Bildungsgang oder zu einer Prüfung vorausgesetzt ist, oder zum Erwerb eines Diploms oder eines Berufsabschlusses verlangt wird. Ist dies nicht der Fall, wird eine Praktikum trotzdem als Ausbildung anerkannt, wenn vom Betrieb schriftlich zugesichert wird, dass das Kind bei Eignung nach Abschluss des Praktikums eine Lehrstelle im betreffenden Betrieb erhält und das Praktikum im betreffenden Betrieb höchstens ein Jahr dauert (Rz. 3361.1 RWL). Nicht verlangt wird, dass das Kind während eines Praktikums schulischen Unterricht besucht. Übt das Kind jedoch nur eine praktische Tätigkeit aus, um sich dabei einige Branchenkenntnisse und Fertigkeiten anzueignen, um die Anstellungschancen bei schwieriger Beschäftigungssituation zu verbessern oder um eine Berufswahl zu treffen, liegt keine Ausbildung mehr vor (Bsp.: Praktikum in einer Filmproduktionsfirma wurde nicht als Ausbildung anerkannt, vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichts 9C_223/2008 vom 1. April 2008 und RWL Rz. 3362).

4.4 Verwaltungsweisungen richten sich an die Durchführungsstellen und sind für das Sozialversicherungsgericht grundsätzlich 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 (BGE 133 V 587 Erw. 6.1, 133 V 257 Erw. 3.2 mit vielen weiteren Hinweisen).

5. Nach dem Gesagten ist vorab zu entscheiden, ob sich die Tochter des Beschwerdeführers seit Juni 2012 in Ausbildung im Sinne von Art. 25 Abs. 5 AHVG befindet.

Die IV-Stelle macht geltend, das absolvierte Praktikum sei keine Voraussetzung für einen Lehrvertrag im Bereich Betreuung, zudem liege keine Zusicherung für eine darauffolgende Lehrstelle bei erfolgreichem Abschluss vor. Der Beschwerdeführer führt seinerseits aus, dass das Praktikum für seine Tochter faktisch notwendig sei, um überhaupt eine Lehrstelle in der Kinderbetreuung zu erhalten, weshalb es als Ausbildung zu qualifizieren sei.

5.1 Die 18-jährige A. absolvierte vom 1. August 2011 bis Ende Schuljahr 2011/2012 (red. Anmerkung: August 2012) beim Verein V. ein Praktikum als Kleinkinderzieherin im ca. 50-60 %-Pensum (11-25,5 Stunden pro Woche). Der Monatslohn richtete sich nach dem Ansatz für Kleinkinderzieherin-Praktikantin, d.h. bei einer 100 %-Anstellung Fr. 800.– monatlich. Den Lohnabrechnungen vom Dezember 2011 und Januar 2012 ist zu entnehmen, dass A. Fr. 408.20 bzw. Fr. 409.55 netto verdiente. Seit dem 1. September 2012 (bis 31. Juli 2013) absolvierte A. ein zweites Praktikum in der Kinderkrippe K. GmbH im 100 %-Pensum und bei einem Monatsgehalt von Fr. 600.– brutto.

5.2 Die Verordnung des Bundesamtes für Berufsbildung und Technologie (BBT) über die berufliche Grundbildung Fachfrau oder Fachmann Betreuung (kurz VO Grundbildung Betreuung genannt) vom 16. Juni 2005 regelt die Grundbildung, welche verschiedene Ausrichtungen haben kann. Artikel 2 Abs. 1 lit. c VO Grundbildung Betreuung erwähnt die Fachrichtung Kinderbetreuung. Nach Art. 3 Abs. 1 dauert die berufliche Grundbildung drei Jahre. Der Beginn richtet sich nach dem Schuljahr der zuständigen Berufsfachschule (Art. 3 Abs. 2 VO Grundbildung Betreuung). Artikel 3 Abs. 3 bestimmt sodann, dass die berufliche Grundbildung um einen Drittel verkürzt werden kann für Lernende, die a) das 22. Altersjahr vollendet haben und b) über eine mindestens zweijährige Praxis in Form einer Anstellung von mindestens 60 % im Berufsfeld Betreuung verfügen. Eine Bestimmung, die Praktika von ein oder zwei Jahren als Voraussetzung für den Ausbildungsbeginn verlangen würde, kennt die Verordnung indes nicht. Eine entsprechende Pflicht zum Absolvieren von Praktika vor Ausbildungsbeginn kann auch den Bestimmungen über die Ziele der Ausbildung und die Anforderungen an eine Fachperson Betreuung nicht entnommen werden (vgl. Art. 5-7 VO Grundbildung Betreuung).

Damit besteht gemäss oben zitierter Verordnung eine Praktikumspflicht als Voraussetzung für den Beginn der von A. angestrebten Berufslehre nicht. Soweit die Verordnung überhaupt von einem zweijährigen Praktikum spricht, passiert dies in einem völlig anderen Zusammenhang. In Art. 3 Abs. 3 der Verordnung wird ausgeführt, dass sich die Grundbildungsdauer von drei Jahren um einen Drittel verkürzen werde, wenn der resp. die Lernende, kumulativ, das Mindestalter von 22 Jahren erreicht und mindestens zwei Jahre Praxis in Form einer Anstellung von mindestens 60 % im Berufsumfeld Betreuung gesammelt habe. Aus dieser Bestimmung lässt sich jedenfalls keine Praktikumspflicht ableiten. Dass eine gesetzliche oder reglementarische Vorschrift für eine Praktikumspflicht bestehe, wird denn vom Beschwerdeführer auch nicht behauptet.

5.3 Bleibt zu prüfen, ob das Praktikum der Tochter des Beschwerdeführers trotzdem als Ausbildung im Sinne von Art. 49bis Abs. 1 AHVV zu qualifizieren ist, weil es – wie der Beschwerdeführer geltend macht – faktisch notwendig ist. Gemäss Rz. 3361.1 RWL (vgl. Erw. 4.3 hiervor) wird ein faktisch notwendiges Praktikum nur dann als Ausbildung anerkannt, wenn vom Betrieb schriftlich zugesichert wird, dass das Kind bei Eignung nach Abschluss des Praktikums eine Lehrstelle im betreffenden Betrieb erhält.

5.3.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, seine Tochter A. würde gerne die Berufslehre zur Fachfrau Kinderbetreuung absolvieren. Von Kinderkrippen bzw. Kindertagesstätten würden indes nur Bewerber/innen als Lehrlinge aufgenommen werden, die bereits ein oder mehrere sogenannten Berufspraktika absolviert hätten. Tatsache sei also, dass faktisch eine Lehrstelle nicht zu finden sei, wenn nicht zuvor ein oder mehrere Praktika absolviert worden seien.

5.3.2 Wie die Beschwerdegegnerin zwar korrekt feststellt, ist den vorliegenden Akten weder vom Verein V. noch von der K. GmbH eine Zusicherung, wonach A. bei Eignung nach Abschluss des Praktikums eine Lehrstelle im Betrieb erhalte, zu entnehmen. Dass aber allein deswegen die seit Juni 2012 von A.

absolvierten Praktika nicht als Ausbildung im Sinne von Art. 49bis Abs. 1 AHVV anerkannt werden können, ist gestützt auf den neusten Entscheid des Bundesgerichts vom 10. April 2013 (8C_90/2013) nicht korrekt. Das Bundesgericht hat darin festgehalten, dass in der Praxis die Umsetzung von Rz. 3361.1 RWL durch die Verknüpfung von Praktikum und Lehrstelle erheblich erschwert oder gar verunmöglicht würde, weil die Ausbildungsbetriebe nur über eine begrenzte Anzahl von Lehrstellen verfügen, und deshalb Praktikum und Lehre oft nicht am selben Ort absolviert werden können. Weitere Schwierigkeiten in der Erfüllung von Rz. 3361.1 RWL könnte es zudem bezüglich des Zeitpunkts, eine entsprechende Bestätigung eines Lehrbetriebes zu erhalten, geben, da bei einem einjährigen Praktikum eine Lehrstellenzusage eher an dessen Ende zu erwarten sei. Abgesehen davon, dass die Verknüpfung zwischen Praktikum und Lehrstelle im gleichen Betrieb als Voraussetzung für die Qualifikation einer Ausbildung nicht praktikabel ist, erfüllt sie auch das Ziel der Ausbildungszulagen, welche in erster Linie der beruflichen Ausbildung von Jugendlichen dienen soll, nicht. Der Begriff der Ausbildung in diesem Zusammenhang muss deshalb weit verstanden werden. Die Anerkennung eines Praktikums als Ausbildung im Sinne von Art. 49bis Abs. 1 AHVV hängt somit nicht davon ab, ob im Anschluss an das Praktikum im selben Betrieb oder in einem anderen Betrieb auch eine Lehrstelle angetreten werden kann, sondern ob das Praktikum für die Ausbildung faktisch notwendig ist (vgl. 8C_90/2013, Erw. 5.2 f. und dortiger Hinweis auf Kieser/Reichmuth, Bundesgesetz über die Familienzulagen, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2010, N. 38 zu Art. 3 FamZG).

5.3.3 Auch wenn die Tendenz potenzieller Lehrbetriebe, jungen Lehrinteressierten nicht direkt einen Lehrvertrag anzubieten, sondern von diesen zunächst ein Praktikum zu verlangen, als bildungspolitisch bedenklich erscheinen mag – so das Bundesgericht in einem seiner neusten Entscheide (vgl. Urteil vom 7. März 2013, 8C_682/2012, Erw. 4.3) – so ist es offenbar heute Tatsache, dass Kinderkrippen bzw. Kindertagesstätten nur Bewerberinnen und Bewerber als Lehrlinge aufnehmen, die bereits ein oder mehrere Berufspraktika absolviert haben (vgl. dazu auch Urteil des Bundesgerichts vom 10. April 2013, 8C_90/2013, Erw. 4.1). Das BSV hat in diesem Zusammenhang ausgeführt, dass es nicht Aufgabe der Invalidenversicherung sein könne, dieser Tendenz auf Kosten der Versicherten entgegenzuwirken. Zweck der Kinderrente der Invalidenversicherung für volljährige Kinder sei – wie jener der Waisenrenten der AHV für volljährige Waisen – die Förderung der beruflichen Ausbildung. Das volljährige Kind eines invaliden Elternteils solle durch die Invalidität seines Vaters oder seiner Mutter in seinem beruflichen Weiterkommen nicht behindert werden. Würde ein Anspruch bei einem bloss faktisch notwendigen Praktikum aus rein bildungspolitischen Überlegungen verneint, so hätte dies eventuell zur Folge, dass ein solches Kind die von ihm gewünschte Ausbildung nicht antreten könnte. Das Kind wäre dann gezwungen, eine Lehrstelle in einem Beruf zu suchen, welcher weniger seinen Fähigkeiten und Neigungen entspricht, was dann aber letztlich dem Zweck der Kinderrente zuwiderlaufen würde (vgl. Urteil vom 7. März 2013, 8C_682/2012, Erw. 4.3).

Damit dient ein Praktikum bei der Ausbildung Kinderbetreuung nicht nur der Erhöhung der Anstellungschancen (vgl. obige Erw. 4.3 in fine), sondern es handelt sich eindeutig um eine faktische Notwendigkeit.

5.3.4 Nicht jedes Praktikum soll aber automatisch im Sinne einer Ausbildung verstanden werden, sondern nur dann, wenn mit dem Antritt eines Praktikums tatsächlich die Absicht besteht, die angestrebte Ausbildung zu realisieren. Mit dem bereits im Verein V. absolvierten Praktikum vom 1. August 2011 bis Ende Schuljahr 2011/2012 und dem weiteren eingegangenen einjährigen Praktikum (1. September 2012 bis 31. Juli 2013) bei der Kinderkrippe K. GmbH ist die ernsthafte Absicht der Tochter des Beschwerdeführers, diese Ausbildung zu realisieren, bereits ausgewiesen (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts vom 10. April 2013, 8C_90/2013, Erw. 5.3).

5.4 Zusammengefasst ist festzuhalten, dass ein Praktikum bei der Ausbildung zur Fachfrau Kinderbetreuung faktisch notwendig ist und diese Ausbildung von der Tochter des Beschwerdeführers ganz offensichtlich angestrebt wurde, so dass die beiden absolvierten Praktika als Ausbildung im Sinne von Art. 49bis Abs. 1 AHVV zu qualifizieren sind bzw. dass sich die Tochter des Beschwerdeführers seit

dem 1. Juni 2012 in Ausbildung gemäss Art. 25 Abs. 5 AHVG befindet. Demnach hat der Beschwerdeführer ab dem 1. Juni 2012 Anspruch auf Ausrichtung der Kinderrente für seine Tochter A., und die Verfügungen vom 1. Februar 2013 betreffend die Rückforderung der zu viel ausbezahlten Kinderrenten für die Monate Juni 2012 bis 31. Januar 2013 in der Höhe von zweimal Fr. 592.– bzw. Fr. 3’557.– sind aufzuheben. Die Beschwerde erweist sich damit als begründet und ist vollumfänglich gutzuheissen.

(. . .)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 29. August 2013 S 2013 26

Art. 50c Abs. 1 und Art. 50g AHVV
Regeste:

Art. 50c Abs. 1 und Art. 50g AHVV – Wurde eine Ehe durch Scheidung oder Ungültigerklärung aufgelöst, so können die Ehegatten gemeinsam oder jeder für sich die Vornahme der Einkommensteilung verlangen. Bezieht ein Ehegatte bereits eine Rente, so ist das Verfahren auf Einkommensteilung von Amtes wegen von der Ausgleichskasse durchzuführen(Erw. 2.3). Die Vorschriften über die Berechnung der Renten der Alters- und Hintelassenenversicherung stellten indes zwingendes Recht dar. Folglich wird die Teilung der Einkommen und Gutschriften nach Eintritt des Versicherungsfalls bei der Rentenberechnung auf jeden Fall, also unabhängig von einer Anmeldung der Beteiligten, von Amtes wegen vorgenommen(Erw. 2.4).

Aus dem Sachverhalt:

Der Versicherte, F., Jahrgang 1946, bezog ab Erreichen des ordentlichen Pensionsalters eine AHV-Altersrente, zuletzt im monatlichen Betrage von Fr. 2’190.–. Mit rechtskräftigem Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 9. Juli 2012 wurde seine Ehe mit D., Jahrgang 1953, geschieden. Am 26. Juli 2012 erfolgte eine entsprechende Meldung der AHV-Zweigstelle und in der Folge wurden beide Ex-Ehegatten von der Ausgleichskasse des Kantons Zug aufgefordert, das Formular für die Einkommensteilung einzureichen. Am 21. August 2012 beantragte D. entsprechend die Durchführung der Einkommensteilung im Scheidungsfalle. Da die Ausgleichskasse diese Teilung gestützt auf Art. 50g AHVV ohnedies von Amtes wegen hätte durchführen müssen, wartete sie die Einreichung des Formulars durch den Versicherten nicht ab, sondern errechnete dessen AHV-Rente in der Folge neu. Mit Verfügung vom 18. Oktober 2012 wurde dem Versicherten mitgeteilt, auf der Basis der Rentenskala 44 bzw. einem durchschnittlichen Jahreseinkommen von Fr. 52’896.– betrage seine Vollrente ab 1. August 2012 Fr. 1’912.– monatlich. Die in den Monaten August bis Oktober 2012 zu viel ausgerichteten Rentenbeträge würden mit der November-Rente 2012 verrechnet. Die dagegen durch F. erhobene Einsprache wies die Ausgleichskasse Zug mit Entscheid vom 2. April 2013 ab.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 2. Mai 2013 beantragte F. sinngemäss die Überprüfung und allfällige Anpassung der Rentenberechnung. Zur Begründung machte er geltend, nur seine Ex-Ehefrau sei mit einem Fragebogen bedient worden und er wisse nicht, was diese der Kasse angegeben habe. Trotz mehrmaliger Reklamation habe er nicht Stellung nehmen können. Seine Nachfrage per Mail sei nie beantwortet worden. Zudem lebe sein Sohn noch immer bei ihm.

Aus den Erwägungen:

2.3 Wurde eine Ehe durch Scheidung oder Ungültigerklärung aufgelöst, so können die Ehegatten gemeinsam oder jeder für sich die Vornahme der Einkommensteilung verlangen. Vorbehalten bleibt Art. 50g (Art. 50c Abs. 1 AHVV). Wird das Gesuch um Vornahme der Einkommensteilung nur durch einen Ehegatten eingereicht, so stellt die auftraggebende Ausgleichskasse dem andern Ehegatten eine Mitteilung über das Gesuch zu und fordert diesen auf, am Verfahren teilzunehmen. Bei Verzicht auf Teilnahme oder Unzustellbarkeit der Mitteilung erhält nur der Antrag stellende Ehegatte die Übersicht über

die individuellen Konten (Art. 50f AHVV). Bezieht ein Ehegatte bereits eine Rente, so ist das Verfahren auf Einkommensteilung von Amtes wegen von der Ausgleichskasse durchzuführen, welche die Rente ausrichtet (Art. 50g AHVV).

2.4 Im Entscheid 9C_518/2008 vom 29. August 2008 hielt das Bundesgericht in Erwägung 2.2 sinngemäss fest, der Einwand, einer der Ehegatten habe das Einkommenssplitting nie beantragt, sei unbehelflich. Zwar werde das Splitting im Ehescheidungsverfahren zunächst nicht von Amtes wegen vorgenommen, sondern setze eine Anmeldung eines oder beider ehemaliger Gatten voraus. Die Vorschriften über die Berechnung der Renten der Alters- und Hintelassenenversicherung stellten indes – abgesehen von Art. 52f Abs. 2bis AHVV, wo es um die Anrechnung von Erziehungsgutschriften bei geschiedenen oder unverheirateten Eltern gehe, die die elterliche Sorge gemeinsam ausübten – zwingendes Recht dar. Folglich werde die Teilung der Einkommen und Gutschriften nach Eintritt des Versicherungsfalls bei der Rentenberechnung auf jeden Fall, also unabhängig von einer Anmeldung der Beteiligten, von Amtes wegen vorgenommen (zitierter Entscheid mit vielen weiteren Hinweisen auf Judikatur und Lehre).

(. . .)

3. Fest steht in casu, dass der Beschwerdeführer seit Juli 2011 eine AHV-Vollrente, basierend auf der Rentenskala 44, bezieht und dass seine Ehe mit D. am 9. Juli 2012 rechtskräftig geschieden wurde. Streitig ist, ob die Vorgehensweise der Ausgleichskasse Zug, welche gestützt Auf Art. 50g AHVV die Einkommensteilung von Amtes wegen vornehmen musste, wenngleich nur ein Antrag der geschiedenen Ehefrau vorlag, korrekt war. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, glaubt, dass der Umstand, dass sein Sohn bei ihm wohne, entsprechend berücksichtigt werden müsse und beanstandete, jedenfalls im Einspracheverfahren, die Berechnung der Rentenauszahlung per November 2012.

(. . .)

4.1 Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör. Sie müssen nicht angehört werden vor Verfügungen, die durch Einsprache anfechtbar sind (Art. 42 ATSG). Soweit der Beschwerdeführer sinngemäss rügt, man habe kein Formular von ihm verlangt und ihm vor Verfügungserlass auch keinen Einblick in das von der Ehefrau ausgefüllte Formular gewährt, ist ihm zunächst unter Verweis auf Erwägung 2.3 bzw. auf Art. 50g AHVV sowie auf die in Erwägung 2.4 zitierte Judikatur entgegenzuhalten, dass der Umstand, dass er – und nur er – zum Zeitpunkt der Scheidung bereits Rentenbezüger war, die Ausgleichskasse verpflichtete, die fragliche Einkommensteilung bzw. die Rentenneuberechnung auf den Folgemonat des Erlasses des in Rechtskraft erwachsenen Scheidungsurteils von Amtes wegen durchzuführen. Sie war folglich weder auf ein Formular von ihm noch auf eines seiner Ex-Frau angewiesen. Soweit die Verfügung am 18. Oktober 2012 ohne vorgängige Gehörsgewährung erlassen wurde, ist sodann auf den eingangs zitierten Art. 42 ATSG zu verweisen. Demgemäss müssen Versicherte vor Verfügungserlass nicht angehört werden, wenn ihnen das Einspracherecht zusteht. Dies ist bzw. war vorliegend der Fall und der Beschwerdeführer machte denn auch Gebrauch davon, was impliziert, dass die Verfügung jedenfalls insoweit ausreichend begründet worden war, als er diese auch anzufechten in der Lage war. Für das eher schnelle Vorgehen der Ausgleichskasse gibt es sodann auch beachtenswerte sachliche Gründe. Mit der Kasse ist nämlich festzustellen, dass es Sinn macht, Rentensenkungen so schnell wie möglich durchzusetzen, um höhere Rückforderungen bzw. noch komplexere Verrechnungen zu vermeiden. Im Vorgehen der Ausgleichskasse ist nach dem Gesagten grundsätzlich keine Verletzung des rechtlichen Gehörs zu sehen.

4.2 Soweit der Beschwerdeführer die Berücksichtigung des Umstands, dass er seinen Sohn beherberge, verlangt, ist ihm entgegenzuhalten, dass der Gesetzgeber im Hinblick auf die elterliche Erziehungs- und Fürsorgepflicht die sogenannten Erziehungsgutschriften nach Art. 29sexies Abs. 1 AHVG regelte. Darüber hinaus hat der Umstand, dass jemand Kinder hat und für diese allenfalls auch im Erwachsenenalter aufkommt bzw. aufkommen muss, keinen Einfluss auf die Rentenberechnung. (. . .)

(. . .)

4.3 Zwar gilt im Bereich des Sozialversicherungsrechts die Untersuchungsmaxime. Artikel 61 lit. c ATSG betont indes auch die Mitwirkungspflicht der Parteien im kantonalen Gerichtsverfahren. Letztere besteht in der Begründungs- und der Rügepflicht. Sie ist im Einzelfall zu beurteilen (vgl. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2009, Art. 61 Rz. 67). Da der Beschwerdeführer vorliegend weder die ermittelten Erziehungsgutschriften, das aufgrund des anwendbaren Aufrechnungsfaktors eruierte Einkommenstotal bzw. das folglich eruierte durchschnittliche Jahreseinkommen, aber auch den Aufrechnungsfaktor selbst in keiner Weise in Abrede stellte oder auch nur in Zweifel zog, sodann auch die Berechnung nach der Rentenskala 44 nicht beanstandete, die Rentenberechnung als solche somit nicht als fehlerhaft rügte, sind auch hierzu nach dem in dieser Erwägung einleitend Gesagten weitere Ausführungen obsolet.

(. . .)

4.5 Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Rentenneuberechnung für den Beschwerdeführer gesetzes- sowie verordnungskonform erfolgte und dass auch das Vorgehen der Kasse nicht zu beanstanden ist. Damit erweisen sich die Verfügung vom 18. Oktober 2012 und der Einspracheentscheid vom 2. April 2013 als korrekt, die Beschwerde entsprechend als unbegründet, weshalb sie vollumfänglich abzuweisen ist.

(. . .)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 13. Juni 2013 S 2013 54

Art. 87 Abs. 2 und 3 IVV
Regeste:

Art. 87 Abs. 2 und 3 IVV – Gemäss Art. 87 Abs. 3 IVV wird eine neue Anmeldung nur geprüft, wenn die Voraussetzungen nach Abs. 2 dieser Bestimmung erfüllt sind. Danach ist im Revisionsgesuch glaubhaft zu machen, dass sich der Grad der Invalidität oder der Hilflosigkeit oder die Höhe des invaliditätsbedingten Betreuungsaufwandes der versicherten Person in einer für den Anspruch erheblichen Weise geändert hat (Erw. 3.1). Nach Eingang einer Neuanmeldung ist die Verwaltung zunächst zur Prüfung verpflichtet, ob die Vorbringen der versicherten Person überhaupt glaubhaft sind; verneint sie dies, so erledigt sie das Gesuch ohne weitere Abklärungen durch Nichteintreten (Erw. 3.2). Einzig aufgrund des Verlusts einer Arbeitsstelle ist eine anspruchserhebliche Veränderung nicht glaubhaft gemacht, auch wenn dieser – bei gleichbleibenden Befunden – auf (ärztlich attestierte) Arbeitsunfähigkeiten zurück zu führen ist (Erw. 6.1).

Aus dem Sachverhalt:

Der Versicherte V., geboren am 15. November 1978, ist gelernter Maschinenmechaniker. Am 8. August 2001 rutschte er beim Versuch, eine grosse Schraube in einer verdrehten Stellung von Körper und Handgelenk anzuziehen, mit dem Schlüssel aus. Es kam zu einer TFCC-Läsion rechts kombiniert mit einem ulnocarpalen ligamentären Schaden; in der Folge wurde der Beschwerdeführer mehrfach operiert. Am 19. August 2002 meldete sich V. bei der IV-Stelle des Kantons Zug zum Bezug von Leistungen (Berufsberatung/ Umschulung auf eine neue Tätigkeit) der Invalidenversicherung an. Die IV-Stelle sprach V. im Januar und Oktober 2004 Kostengutsprache für einen Vorkurs und ein Praktikum im Hinblick auf die Umschulung zum Sozialarbeiter bzw. Sozialpädagogen zu. Während des Praktikums verstärkten sich die Handgelenks-/ Armbeschwerden, weshalb die berufliche Massnahme per 10. Oktober 2004 abgebrochen wurde. Mit Verfügung vom 12. Dezember 2005 erteilte die IV-Stelle V. schliesslich Kostengutsprache für die Vollzeitumschulung zum Techniker HF, Fachrichtung Maschinentechnik. Am 28. Mai 2008 erwarb V. das Diplom zum «Dipl. Techniker HF Fachrichtung Maschinentechnik». Am 20. August 2008 teilte die IV-Berufsberaterin V. mit, er werde in der neuen Tätigkeit als voll arbeitsfähig betrachtet. Das IV-Dossier

werde deshalb geschlossen. Ab dem 1. Mai 2009 war V. bei der M. AG als Techniker HF Konstruktion tätig, wobei dieses Arbeitsverhältnis per Ende November 2009 aufgelöst wurde. Am 2. März 2010 liess V. der IV-Stelle mitteilen, die Umschulung habe nicht den erwünschten Erfolg gebracht. Es stelle sich die Frage, ob durch eine weitere Umschulung die Arbeitsmarktfähigkeit verbessert werden könne. Die IV-Stelle wies das Leistungsbegehren von V. mit Verfügung vom 9. September 2010 ab.

Am 5. Mai 2012 meldete sich V. bei der IV-Stelle des Kantons Zug erneut zum Bezug von IV-Leistungen für Erwachsene (Umschulung auf eine neue Tätigkeit/Rente) an. Die IV-Stelle verfügte am 27. September 2012, auf das neue Leistungsbegehren werde nicht eingetreten. Mit Eingabe vom 2. November 2012 liess V., vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. L., gegen die Verfügung der IV-Stelle vom 27. September 2012 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben und beantragen, die Verfügung sei aufzuheben und die Streitsache sei zur materiellen Prüfung an die Vorinstanz zurück zu weisen.

Aus den Erwägungen:

(. . .)

3. (. . .)

3.1 Wurde eine Rente oder eine Hilflosenentschädigung wegen eines zu geringen Invaliditätsgrades oder wegen fehlender Hilflosigkeit verweigert, so wird nach Art. 87 Abs. 3 der Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (IVV, SR 831.201) eine neue Anmeldung nur geprüft, wenn die Voraussetzungen gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung erfüllt sind. Danach ist im Revisionsgesuch glaubhaft zu machen, dass sich der Grad der Invalidität oder der Hilflosigkeit oder die Höhe des invaliditätsbedingten Betreuungsaufwandes der versicherten Person in einer für den Anspruch erheblichen Weise geändert hat.

3.2 Nach Eingang einer Neuanmeldung ist die Verwaltung zunächst zur Prüfung verpflichtet, ob die Vorbringen der versicherten Person überhaupt glaubhaft sind; verneint sie dies, so erledigt sie das Gesuch ohne weitere Abklärungen durch Nichteintreten. Dabei wird sie unter anderem zu berücksichtigen haben, ob die frühere Verfügung nur kurze oder schon längere Zeit zurückliegt, und dementsprechend an die Glaubhaftmachung höhere oder weniger hohe Anforderungen stellen (ZAK 1966 S. 279, vgl. auch BGE 130 V 64 Erw. 5.2, 71 Erw. 2.2 mit Hinweisen). Insofern steht ihr ein gewisser Beurteilungsspielraum zu, den das Gericht grundsätzlich zu respektieren hat.

3.3 Glaubhaftmachen im Sinne des Art. 87 Abs. 2 IVV erfordert nicht den Beweis nach dem im Sozialversicherungsrecht üblichen Grad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (BGE 125 V 193 Erw. 2, 119 V 7 Erw. 3c/aa, je mit Hinweisen). Die Beweisanforderungen sind vielmehr herabgesetzt (Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 272), indem nicht im Sinne eines «vollen Beweises» (ZAK 1971 S. 525 Erw. 2) die Überzeugung der Verwaltung begründet zu werden braucht, dass seit der letzten rechtskräftigen Entscheidung tatsächlich eine relevante Änderung eingetreten ist. Vielmehr genügt es, dass für den geltend gemachten rechtserheblichen Sachumstand wenigstens gewisse Anhaltspunkte bestehen, auch wenn durchaus noch mit der Möglichkeit zu rechnen ist, bei eingehender Abklärung werde sich die behauptete Sachverhaltsänderung nicht erstellen lassen (BGE 130 V 64 Erw. 5.2, 71 Erw. 2.2 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 133 V 108 Erw. 5.2). Dabei spielt der Untersuchungsgrundsatz, wonach die Verwaltung und das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen haben, nicht in gleichem Mass. Wird in der Neuanmeldung kein Eintretenstatbestand glaubhaft gemacht, sondern bloss auf ergänzende Beweismittel hingewiesen, die noch beigebracht würden oder von der Verwaltung beizuziehen seien, so ist der versicherten Peron nach höchstrichterlicher Rechtsprechung eine angemessene Frist zur Einreichung der Beweismittel anzusetzen und ihr gleichzeitig anzudrohen, dass ansonsten gegebenenfalls auf Nichteintreten zu erkennen sei. Ergeht nach Einhaltung dieses formellen Vorgehens eine Nichteintretensverfügung, so legen die Gerichte ihrer beschwerdeweisen Überprüfung den Sachverhalt

zugrunde, wie er sich der Verwaltung darbot (BGE 130 V 64 Erw. 5.2.5). Somit kommt der versicherten Person, welche die Überprüfung des Rentenanspruchs mittels Neuanmeldung beantragt, ausnahmsweise eine Beweisführungslast zu (vgl. BGE 130 V 64 Erw. 5.2.5). Das Gericht hat neue, erst während des Beschwerdeverfahrens beigebrachte Beweismittel grundsätzlich auch dann nicht zu berücksichtigen, wenn sie geeignet sind, die Beurteilung im massgeblichen Zeitpunkt des Verfügungserlasses zu beeinflussen. Nur diejenigen Beweismittel, welche die versicherte Person der Verwaltung erst nach Ablauf der angesetzten Frist eingereicht hat, welche die Verwaltung aber ungeachtet dieser Verspätung in die Beurteilung der Eintretensfrage einbezogen hat, sind auch im Gerichtsverfahren zu beachten (vgl. Urteil des EVG in Sachen F. vom 10. Februar 2005, I 619/04, Erw. 2.2).

3.4 Die Regeln über die Prüfungspflichten der Verwaltung und des Gerichts hinsichtlich des Eintretens auf eine Neuanmeldung nach vorausgegangener rechtskräftiger Ablehnung gelten analog, wenn Eingliederungsleistungen strittig sind (BGE 130 V 64 Erw. 2, mit Hinweis auf BGE 109 V 119 Erw. 3a).

(. . .)

4.2 Streitig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegnerin auf die Neuanmeldung des Beschwerdeführers am 27. September 2012 zu Recht Nichteintreten verfügt hat. Prozessthema bildet die Frage, ob glaubhaft im Sinne von Art. 87 Abs. 3 IVV ist, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse in für den Anspruch auf Rente und/oder Massnahmen beruflicher Art erheblicher Weise geändert haben. In zeitlicher Hinsicht ist mit Blick auf den Verlauf des Verwaltungsverfahrens mit der Vorinstanz der Zeitraum zwischen dem 9. September 2010 (ablehnende Verfügung über berufliche Massnahmen) und dem 27. September 2012 (strittige Nichteintretensverfügung) massgeblich.

(. . .)

6. (. . .)

6.1 Der Beschwerdeführer bringt in seinen Eingaben an das Verwaltungsgericht nicht explizit vor, sein physischer Gesundheitszustand habe sich seit der letzten Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 9. September 2010 wesentlich verschlechtert. Von einer wesentlichen Veränderung ist auch aufgrund der aktenkundigen Arztberichte nicht auszugehen: Bereits vor Erlass der Verfügung vom 9. September 2010, bei der Untersuchung durch Dr. F. vom 15. Juli 2009, war der Beschwerdeführer der Ansicht, er könne sich die damals ausgeführte Tätigkeit als Techniker HF auf Dauer nicht vorstellen. Gegenüber Dr. O. gab er bei der kreisärztlichen Untersuchung vom 18. März 2010 an, er komme in diesem Berufsfeld nicht weiter, da er bei dieser Tätigkeit mit beiden Händen ein Gerät (Joystick und Computermaus) bedienen müsse. Bereits damals waren die verschiedenen involvierten Ärzte der Ansicht, dass die Tätigkeit als Techniker HF aus medizinisch-theoretischer Sicht zumutbar sei. Besonders ins Auge fällt auch der Bericht der beiden Berufs- und Laufbahnberater B. und C. vom 18. Mai bzw. 22. Juni 2010, in welchem auf alternative Beschäftigungen im weiten Feld der Maschinenbautechnik hingewiesen wird. Doktor O. hielt im Bericht vom 14. Juni 2011 bei gleichen Befunden am früher Gesagten fest und sah die bisherigen Anstellungen als Techniker HF aus medizinischer Sicht nicht als ungeeignet. Gerade bei der letzten Arbeitsstelle habe es sich um eine abwechslungsreiche, höchstens als leicht bis mittelschwer einzustufende Tätigkeit gehandelt, weshalb ihm der Grund des Scheiterns unklar sei. Aus dem Bericht von Dr. G. vom 23. Mai 2012 geht keine wesentliche Verschlechterung des Gesundheitszustands hervor. Es ist auch nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin RAD-Arzt Dr. S. als Internisten mit der Beurteilung der Frage, ob aufgrund von eingereichten Unterlagen eine Veränderung glaubhaft ist oder nicht, betraute. Hierzu bedarf es nicht zwingend eines Orthopäden. Die durch Dr. G. gestellten Diagnosen und seine Beurteilung geben jedenfalls keinen Anlass dazu, an der Beurteilung von Dr. S. zu zweifeln.

Es ist entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers auch nicht zu beanstanden, dass Dr. S einen Vergleich mit dem Bericht von Dr. O. vom 14. Juni 2011 – in dem bereits eine Gelenkspaltverschmälerung festgestellt worden war – anstellte, denn Dr. O. hielt in diesem Bericht ausdrücklich fest, dass an der

bisherigen Beurteilung (vom 18. März 2010) festzuhalten sei. Sodann ging offenbar auch die Kreisärztin der Suva, welcher Dr. G. im Mai 2012 ebenfalls einen Bericht einreichte, in einem nicht aktenkundigen Bericht von einem unveränderten Zumutbarkeitsprofil und keinen gravierenden Veränderungen aus. Doktor G. ist in seinem Bericht der Ansicht, dass der Beschwerdeführer seine rechte Hand bei der Tätigkeit als Diplomtechniker HF überbeansprucht, ohne dass seine Diagnosen oder Befunde Anhaltspunkte für eine wesentliche Verschlechterung geben. Bei dieser Sachlage ging die Vorinstanz zu Recht von einer anderen Beurteilung desselben Sachverhalts aus. Eine Veränderung des medizinischen Sachverhalts im Vergleich zur am 9. September 2010 gegebenen Situation ist damit nicht glaubhaft gemacht. Dies wird vom Beschwerdeführer vor Verwaltungsgericht denn auch nicht explizit bestritten; dieser behauptet vielmehr, er habe durch die Tatsache, dass er eine weitere Stelle verloren habe, veränderte Verhältnisse glaubhaft gemacht. Dem kann indes nicht gefolgt werden, denn nach dem Gesagten ist das Anforderungsprofil weiterhin dasselbe wie noch vor Erlass der letzten leistungsabweisenden Verfügung. Doktor O. hielt im Bericht 14. Juni 2011 sogar ausdrücklich fest, es habe sich bei dieser Tätigkeit um eine abwechslungsreiche, als leicht bis mittelschwer einzustufende Tätigkeit gehandelt, welche aus medizinischer Sicht geeignet gewesen wäre. Die Beschwerdegegnerin war nicht verpflichtet, bei der letzten Arbeitgeberin einen Bericht über die Gründe der Entlassung einzuholen. Dass der Beschwerdeführer womöglich auch diese Stelle aufgrund der von ihm geltend gemachten Beschwerden am rechten Arm bzw. an der rechten Hand verloren hat, ändert nichts an der Tatsache, dass ihm die Tätigkeit aus objektiver, medizinisch-theoretischer Sicht zumutbar gewesen wäre. Einzig aufgrund des Verlusts einer weiteren Stelle ist eine anspruchserhebliche Veränderung jedenfalls nicht glaubhaft gemacht, auch wenn dieser – bei gleichbleibenden Befunden – auf (ärztlich attestierte) Arbeitsunfähigkeiten zurück zu führen ist.

(. . .)

6.3 Zusammenfassend erweist sich der Nichteintretensentscheid der Beschwerdegegnerin als rechtens, weshalb die Beschwerde in diesem Punkt abzuweisen ist. Sollte der Beschwerdeführer glaubhaft machen können, dass sich sein physischer oder psychischer Gesundheitszustand wesentlichen verschlechtert hat, steht es ihm frei, bei der Beschwerdegegnerin zu einem späteren Zeitpunkt eine erneute, ausreichend substantiierte Neuanmeldung einzureichen.

(. . .)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. September 2013 S 2012 152

1.1.5 Gewässerrecht

Art. 41c Abs. 1 der Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 (GSchV, SR 814.201)
Regeste:

Art. 41c Abs. 1 der Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 (GSchV, SR 814.201) – Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung für die Erstellung eines Gebäudes im Gewässerraum. Im vorliegenden Fall stehen einer Ausnahmebewilligung überwiegende öffentlichen Interessen entgegen, da für die Erstellung eines Pavillons ausserhalb des Gewässerraumes geeignete Alternativstandorte zur Verfügung stehen (Erw. 2 und 3).

Aus dem Sachverhalt:

Am 4. Januar 2012 reichte die Abteilung Immobilien des Finanzdepartements der Stadt Zug ein Gesuch für den Neubau eines Modulpavillons auf dem GS Nr. 1500 an der Brunnenmattstrasse in Oberwil ein. Gegen das Bauvorhaben reichten mehrere Nachbarn Einsprache ein. Mit Verfügung vom 18. Juni 2012 erteilte das Amt für Raumplanung (ARP) eine Ausnahmebewilligung für die Unterschreitung des Gewässerabstandes. Mit Beschluss vom 28. August 2012 erteilte der Stadtrat von Zug die Bewilligung für

den Neubau des Modulpavillons und wies die Einsprachen ab. Gleichzeitig eröffnete er die Verfügung des Amtes für Raumplanung vom 18. Juni 2012.

Gegen diesen Beschluss liessen vier Nachbarn am 20. September 2012 beim Regierungsrat Verwaltungsbeschwerde einreichen und beantragen, der Beschluss des Stadtrates vom 28. August 2012 und damit die Baubewilligung seien unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Stadt Zug aufzuheben. Zur Begründung lassen sie unter anderem ausführen, es sei unbestritten, dass die bewilligte Anlage im öffentlichen Interesse stehe. Dieses öffentliche Interesse beziehe sich jedoch nicht darauf, dass die bewilligte Baute und Anlage beim Gewässer, geschweige denn mit Unterschreitung des Gewässerabstandes erstellt werden solle. Das Areal beim Schulhaus sei so gross, dass die bewilligte Baute auf der Nordseite des Areals erstellt werden könne, ohne dass der Gewässerraum zum Brunnenbach verletzt werde und trotzdem das öffentliche Interesse erfüllt werden könne. Am 27. September 2012 überwies die Baudirektion des Kantons Zug in Vertretung des Regierungsrates die Beschwerde im Sinne von § 7 VRG und mit Verweis auf § 61 Abs. 1 Ziff. 1 VRG zur Beurteilung an das Verwaltungsgericht.

Aus den Erwägungen:

2. a) (. . .)

b) Im Gewässerraum dürfen nur standortgebundene, im öffentlichen Interesse liegende Anlagen wie Fuss- und Wanderwege, Flusskraftwerke oder Brücken erstellt werden. In dicht überbauten Gebieten kann die Behörde für zonenkonforme Anlagen Ausnahmen bewilligen, soweit keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (Art. 41c Abs. 1 GSchV). Rechtmässig erstellte und bestimmungsgemäss nutzbare Anlagen im Gewässerraum sind in ihrem Bestand grundsätzlich geschützt (Art. 41c Abs. 2 GSchV). Im Kanton Zug führt das Gesetz über die Gewässer vom 25. November 1999 (GewG, BGS 731.1) unter anderen das Gewässerschutzgesetz des Bundes ein. Das Gesetz regelt in § 6 Abs. 1 unter dem Marginale «Ausnahmen», dass die zuständigen Behörden Ausnahmen gewähren können, falls die Einhaltung der Vorschriften des Gesetzes samt seinen Ausführungsbestimmungen zu einer offensichtlich unzweckmässigen Lösung führen oder eine unbillige Härte bedeuten würde. Aus der entsprechenden Verordnung zum Gesetz über die Gewässer vom 17. April 2000 (V GewG, BGS 731.11) ergibt sich, wie bereits erwähnt, dass das Amt für Raumplanung über die Bewilligung von Unterschreitungen des Gewässerabstandes entscheidet.

c) Das Baugrundstück GS Nr. 1500 befindet sich gemäss dem Zonenplan der Stadt Zug in der Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen (OeIB), welche zusätzlich von einer Ortsbildschutzzone überlagert wird. In der Zone OeIB sind gemäss § 26 des Planungs- und Baugesetzes vom 26. November 1998 (PBG, BGS 721.11) und § 55 der Bauordnung der Stadt Zug öffentliche Bauten und Anlagen zulässig. Als öffentlich gelten Bauten und Anlagen, die überwiegend öffentlich-rechtlichen Körperschaften dienen. Aus dem Baugesuch ergibt sich, dass es sich bei dem Bauvorhaben um den Neubau eines Modulpavillons durch die Stadt Zug handelt, mit dem das ausserschulische Betreuungsangebot in Oberwil gemäss dem Gesetz über die familienergänzenden Betreuungsangebote vom 29. September 2005 (BGS 213.4) erweitert werden soll. Zu den entsprechenden Angeboten gehören unter anderen der Mittagstisch und die Randzeitenbetreuung von Kindern. Gemäss dem Gesamtbericht über die Schulraumplanung, Auszug Oberwil, vom 15. Juni 2011 des Planungsbüros Daniel Stoffel braucht es für die Jahre ab 2015 zwei Räume für den Mittagstisch, zwei Rückzugsräume und zwei Betreuungszimmer. Weiter ist in dem Bericht festgehalten, dass die vorhandenen Räume für das ausserschulische Betreuungsangebot nicht zu genügen vermöchten und dass zukünftig mit zusätzlichem Raum- und Flächenbedarf zu rechnen sei. Eine Aufnahme des Ist-Zustandes der Leiterin Kind Jugend Familie der Stadt Zug vom 29. April 2013 ergibt zudem, dass bereits heute Wartelisten für den Mittag und die Nachmittagsbetreuung bestehen. Eine Anlage, die diese Bedürfnisse abdeckt, dient von ihrem Zweck her zweifelsfrei überwiegend einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft. Solche Bauten und Anlagen gehören in eine Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen. Damit steht zweifelsfrei fest, dass der Bau eines solchen Pavillons auf

dem GS Nr. 1500 zonenkonform ist.

d) Zu prüfen ist weiter, ob sich das Bauvorhaben in dicht besiedeltem Gebiet befindet. Das Grundstück GS Nr. 1500 liegt im Ortskern von Oberwil. Auf der Ostseite wird es eingerahmt von der Brunnenmattstrasse und auf der Nordseite von der Tellenmattstrasse. Die südliche Begrenzung bildet auf der ganzen Länge von ca. 120 m der Brunnenbach. Auf dem Grundstück befinden sich bereits ein Schulhaus aus dem Jahr 1912 und ein Mehrzweckgebäude mit Turnhalle. Der Brunnenbach befindet sich im Bereich des Baugrundstücks in dicht überbautem Gebiet im Sinne von Art. 41c GSchV. Auf seiner Südseite liegt einerseits die Liegenschaft der Söhne der Beschwerdeführer 1, dann aber auch auf einer Länge von mehr als 40 m ein Schulgebäude aus dem Jahr 1998. Schliesslich liegt direkt am Brunnenbach und an der Artherstrasse, die das GS Nr. 1500 auf der Westseite begrenzt, ein 3-Familienhaus. Auf der Nordseite des Baches liegen die bereits erwähnten Gebäude auf dem GS Nr. 1500 (Schulhaus und Mehrzweckhalle), sowie östlicher der Brunnenmattstrasse das 2-Familienhaus des Beschwerdeführers 3 (Baujahr 2006) und ein Einfamilienhaus aus dem Jahr 1989. Unbebaut ist eigentlich nur der Teil des GS Nr. 1500, auf dem der Pavillon zu stehen kommen soll, sowie südlich des Brunnenbaches und östlich der Brunnenmattstrasse das der Einwohnergemeinde Zug gehörende GS Nr. 2199, welches 3’843 m2 gross ist und von den Beschwerdeführern als möglicher Alternativstandort propagiert wird. Zu Recht geht das Amt für Raumplanung im angefochtenen Entscheid davon aus, dass der Brunnenbach hier durch dicht überbautes Gebiet fliesst. Damit sind zwei Voraussetzungen für die Bewilligung einer Baute im Gewässerraum erfüllt. Das geplante Gebäude ist in der Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen zonenkonform und es befindet sich in sog. dicht überbautem Gebiet. Zu prüfen ist daher weiter, ob einer Ausnahmebewilligung keine überwiegenden Interessen entgegenstehen.

3. Gesetzlich vorgeschriebene und umfassende Interessenabwägungen finden sich im Bau- und Planungsrecht an verschiedenen Stellen, wenn es um die Frage der Zulässigkeit von Ausnahmebewilligungen geht (so z. B. in Art. 24 lit. b RPG). Im Rahmen der Interessenabwägung sind dabei alle für und/oder gegen ein Bauvorhaben sprechenden privaten und öffentlichen Interessen gegeneinander abzuwägen. Lenkender Massstab sind dabei die Ziele und Grundsätze der Raumplanung gemäss Art. 1 und 3 RPG. Der Grundsatz der umfassenden Interessenabwägung verlangt, dass nicht der erstbeste Standort und die erstbeste Ausführungsart gewählt wird, sondern dass nach Alternativen gesucht wird, mit denen die Auswirkungen auf die Umwelt so weit begrenzt werden können, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist (vgl. hierzu Waldmann/Hänni, Handkommentar RPG, 2006, Art. 24 N 21 ff. mit Verweis auf BGE 118 Ib 23).

a) In der angefochtenen Verfügung des Amtes für Raumplanung wird mit Bezug auf die öffentlichen Interessen an einem Standort innerhalb des Gewässerraumes ausgeführt, der Pavillon sei auf einen Standort in direkter Nachbarschaft zum Schulhaus angewiesen. Dabei sollten die übrigen Aussenanlagen des Schulhauses möglichst wenig tangiert und die Minimalabmessungen des nördlich angrenzenden Schülerfussballfeldes gewahrt werden. Das Bauvorhaben tangiere die denkmalpflegerischen Belange nicht, da in der Umgebung bereits viele Bauten aus neuerer Zeit stehen würden. Es wirke sich auch nicht nachteilig auf den Hochwasserschutz aus, da der Brunnenbach kürzlich hochwassertechnisch saniert worden sei. Das Bauvorhaben tangiere auch die ökologische Vernetzungsfunktion des Baches nicht. In seiner Vernehmlassung führt das Amt für Raumplanung zusätzlich aus, bei einer Realisierung am vorgeschlagenen Standort könne der bestehende Sportplatz mit geringen Einschränkungen weiter genutzt werden.

b) Bezüglich des Standorts führt der Stadtrat aus, man habe den Pavillon so plaziert, dass das Feld nach wie vor als Fussballplatz genutzt werden könne. Würde man den Gewässerraum beachten, so müsste die Wiese entsprechend verkleinert werden und wäre für Kinderfussball nicht mehr geeignet. Beim Standort auf der Nordseite der Wiese würde es Probleme mit dem Strassenabstand geben. Dieser Standort wäre zudem ungünstig für die Fensterfront der Turnhalle (Belichtung). Auch das Spielfeld würde nicht mehr die erforderlichen 40 Meter Länge aufweisen. Das Amt für Raumplanung führt hierzu aus, bei der Positionierung des Pavillons an der Nordseite des Areals würde der Schulsportplatz stärker zerschnitten

und kaum mehr benutzbar. Zudem käme der Pavillon direkt vor die Turnhalle zu liegen, was sich nicht nur negativ auf die Belichtung des Gebäudes auswirke, sondern auch den vorgeschriebenen Gebäudeabstand zwischen den beiden Gebäuden verletze. Schliesslich sei auch die Erschliessung des Pavillons am Brunnenbach einfacher und günstiger. Dort könne das Gebäude auf ebener Fläche positioniert und die bestehende Fussgängerverbindung genutzt werden. Auf der Nordseite des Areals bestehe an der Tellenmattstrasse ein beträchtliches Gefälle. Hier dürfte eine Erschliessung mit dem Bau von grösseren Treppenanlagen und Rampen verbunden sein. Auch das in diesem Bereich bestehende Gehölz müsste entfernt werden. Gerade weil es sich beim Bauvorhaben um eine temporäre Ergänzungsbaute handle, seien grössere Eingriffe in die Umgebung unzweckmässig. Ein Standort auf der oberen Wiese wäre wiederum mit dem Gewässerabstand konfrontiert. Zudem müsste man die Wiese zerschneiden, weil sie länglich und schmal sei. Auch die Zugänglichkeit wäre erschwert. Schliesslich machen sowohl der Stadtrat wie auch das Amt für Raumplanung geltend, der sich in einem Abstand von 1.50 m zum Brunnenbach befindliche Ballfangzaun solle aus dem Gewässerraum verlegt werden. Weiter wird auch darauf hingewiesen, dass die Einhaltung des Gewässerabstandes zu einer unbilligen Härte führen würde, wenn das im öffentlichen Interesse liegende Bauvorhaben nicht am fraglichen Ort erstellt werden könnte.

c) Die von den Parteien aufgelegten Akten, die Rechtsschriften und der Augenschein haben Folgendes ergeben: Der umstrittene Pavillon, mit dem eine Grundfläche von ca. 372 m2 überbaut wird, ist auf seiner Südseite gegen den Brunnenbach hin 30.38 m lang und gegen die Brunnenmattstrasse hin 18.61 m lang. Der rechtwinklig angeordnete zweigeschossige Baukörper weist eine Gebäudebreite von 9.39 m auf und besteht aus 26 Modulteilen. Er soll der ausserschulischen Kinderbetreuung dienen, verfügt über Aufenthalts- und Büroräume sowie über eine Küche. Das Essen soll angeliefert und anschliessend in der Küche aufbereitet werden. Gegen den Brunnenbach hin befindet sich praktisch der ganze Baukörper mit Ausnahme der Südwestecke im Gewässerraum. An der «schmalsten» Stelle beträgt der Abstand 6 Meter. Der grösste Abstand beträgt knapp 11 Meter. Im Bereich der Treppe des Nebeneingangs auf der Südseite beträgt der Abstand nur 4.50 Meter. Nach Meinung des Gerichts wäre es ohne weiteres möglich, das Bauvorhaben um die erforderlichen vier Meter gegen Norden zu verschieben. Denn einerseits könnte damit der Gewässerraum respektiert werden und andererseits wäre immer noch ein Fussballfeld der Grösse von 40 m Länge und 20 m Breite realisierbar. Im Übrigen ist die Länge des Fussballfeldes keine fixe Grösse, haben Kinderfussballfelder doch sehr variable Ausmasse. Gemäss den entsprechenden Richtlinien des Schweizerischen Fussballverbandes (Richtlinien für die Erstellung von Fussballanlagen, Ausgabe 2008, Quelle: www.football.ch) variiert die Grösse der Spielfelder sehr stark. Während für den Junioren D-Fussball (7 Spieler, 11/12jährig) eine Grösse von maximal 64 x 40 m vorgeschrieben ist, ist eine minimale Grösse von 50 x 35 m erlaubt. Bei den Junioren E (7 Spieler, 9/10jährig) sollte die Grösse des Feldes zwischen 50 x 35 m bzw. 45 x 30 m liegen. Bei den Junioren F (5 Spieler, 7/8jährig) liegt die Grösse des Spielfeldes bei 35 x 25 m bzw. minimal 30 x 20 m. Die Vorgaben des Fussballverbandes können hier ohnehin nur für die Junioren F eingehalten werden.

d) Nach Meinung des Gerichts gibt es auch keine schlagenden Argumente, die gegen eine Verschiebung des Pavillons auf die Nordseite des Grundstücks in den Bereich der Abzweigung der Brunnenmattstrasse/Tellenmattstrasse sprechen würden. Auch bei Beachtung des Strassenabstandes von 4 m gemäss § 17 Abs. 1 lit. b des Gesetzes über Strassen und Wege vom 30. Mai 1996 (GSW, BGS 751.14) liesse sich der Pavillon dort plazieren. Gegenüber der Turnhalle könnte ein Abstand von 5 m eingehalten werden, wobei der Einwohnergemeinde Zug auch ein gänzlicher Verzicht auf den Grenzabstand – unter Beachtung feuerpolizeilicher Vorschriften – zumutbar wäre. Die Länge des Fussballfeldes würde sich um lediglich 3 m verringern. Was die Belichtung der ca. 30 m langen Turnhalle betrifft, so wird diese nur auf einer Länge von 9 Metern etwas eingeschränkt. Bedenkt man, dass die Hauptbelichtung ohnehin nicht in erster Linie über die Ostseite, sondern über die Glasfront auf der Westseite erfolgt, so kann diese Einschränkung vernachlässigt werden. Der Augenschein hat auch ergeben, dass die Niveauunterschiede zwischen der angrenzenden Tellenmattstrasse und dem Baugrundstück nicht so gross sind, dass bei einer Verlegung des Pavillons auf die Nordseite grössere Treppenanlagen oder Rampen erforderlich wären. Eine Verschiebung der Anlage auf die Nordseite wäre jedenfalls keine unzweckmässige Lösung oder gar eine unbillige Härte.

e) Eine unzweckmässige Lösung oder eine unbillige Härte wäre es auch nicht, wenn man den Pavillon auf dem Grundstück GS Nr. 2199 erstellen würde. Das Grundstück, welches ebenfalls in der Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen liegt, ist bis zu 80 m lang und bis zu 60 m breit. Auch bei Beachtung der Baulinie von 8 m gegenüber der Brunnenmattstrasse und des Gewässerraumes von 10 m gegenüber dem Brunnenbach bliebe mehr als genug Platz für die Plazierung des geplanten Pavillons. Das Grundstück befindet sich ebenfalls in nächster Nähe der Schul-anlagen (der Abstand beträgt nicht mehr als 100 m) und vom Baugrundstück ist es nur durch die Brunnenmattstrasse getrennt, die als Zufahrtstrasse (siehe Anhang des gemeindlichen Strassenreglements) nicht besonders stark befahren ist. Auch die Erschliessung wäre ohne grössere Umstände möglich, weil sich das Grundstück im Bereich der Brunnenmattstrasse praktisch auf dem Strassenniveau befindet.

f) Zusammenfassend wird Folgendes festgestellt: Gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c RPG sind See- und Flussufer grundsätzlich freizuhalten. Im Gewässerraum dürfen grundsätzlich keine Bauten und Anlagen – auch nicht solche die öffentlichen Zwecken dienen – errichtet werden, wenn sich ergibt, dass diese ebenso gut an anderer Stelle erstellt werden können. Auch wenn der Bedarf an zusätzlichen Räumen für die Freizeitbetreuung ausgewiesen ist, so ist doch ein Standort ausserhalb des Gewässerraumes zu suchen. Sowohl ein Standort auf der Südseite des Platzes unter Beachtung des Gewässerraumes wie auch ein Standort auf der Nordseite sind möglich. Am idealsten wäre es aber, den provisorischen Pavillon auf dem direkt gegenüber liegenden GS Nr. 2199 zu plazieren. Über den bevorzugten Standort zu entscheiden ist aber Sache des Stadtrates von Zug und nicht Sache des Verwaltungsgerichts.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. Juni 2013 V 2012 / 126

1.1.6 Submissionsrecht

§ 26 lit. i der Submissionsverordnung vom 20. September 2005 (SubV, BGS 721.53)
Regeste:

§ 26 lit. i der Submissionsverordnung vom 20. September 2005 (SubV, BGS 721.53) – Ein Anbieter, der das Hauptangebot nicht vollständig und ohne jede Veränderung von Text und Ausmass ausfüllt und der bei allen Eventual- bzw. per-Positionen keine Einheitspreise einsetzt, wird zu Recht vom Verfahren ausgeschlossen (Erw. 4). Ebenfalls ein Ausschlussgrund ist die Abänderung der Gültigkeitsdauer des Angebots. Akteneinsicht und Verletzung des rechtlichen Gehörs? (Erw. 5)

Aus dem Sachverhalt:

A. Am 29. Oktober 2012 reichte die A AG im Rahmen eines Einladungsverfahrens bei der Gemeindeverwaltung B ein Angebot für die Sanitäranlagen, BKP 250, für die Überbauung C mit einer Eingabesumme von Fr. 385’500.– ein. Mit Verfügung vom 7. November 2012 schloss die Vergabebehörde die A AG vom Submissionsverfahren aus. Zur Begründung des Ausschlusses führten sie aus, die Positionen 254.0 (Kaltwasser) und 254.1 (Warmwasser und Zirkulation) würden nicht der Ausschreibung entsprechen. Der Einsatz von nichtrostendem Stahl (1.4401) sei unterlassen worden. Bei der diesbezüglichen Offerte würden die Kosten für die Mehr- und/oder Minderkosten der Versorgungsleitungen sowie der zwingend erforderlichen Brandschutzisolation für die Feuerlöschleitungen fehlen. Weiter wird darauf hingewiesen, dass nachträgliche Änderungen des Angebots ebenso unzulässig seien wie nachträgliche Verhandlungen.

B. Gegen diese Verfügung liess die A AG am 19. November 2012 beim Verwaltungsgericht Beschwerde einreichen und beantragen, die Ausschlussverfügung sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerinnen vollumfänglich aufzuheben. In prozessualer Hinsicht wird beantragt, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Beschwerdeführerin Akteneinsicht zu gewähren.

C. Mit Vernehmlassung vom 3. Dezember 2012 lässt die Vergabebehörde beantragen, die Beschwerde sei unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin abzuweisen.

Aus den Erwägungen:

4. Gegenstand des Verfahrens ist die Frage, ob die Beschwerdeführerin zu Recht oder zu Unrecht vom Verfahren ausgeschlossen worden ist.

a) Gemäss § 26 lit. i der Submissionsverordnung vom 20. September 2005 (SubV, BGS 721.53) kann eine Anbieterin oder ein Anbieter vom Verfahren ausgeschlossen werden, wenn sie oder er wesentliche Formerfordernisse verletzt hat, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, fehlende Unterschrift, Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um eine nicht abschliessend gehaltene Generalklausel in Kombination mit einem Beispielkatalog von Ausschlussgründen. Die Vergabebehörden sind verpflichtet, bei gegebenen Voraussetzungen einen Anbieter bzw. dessen Angebot vom Submissionsverfahren auszuschliessen. Sie sind aber auch verpflichtet, auf geringfügige Formfehler hinzuweisen und zu deren Beseitigung beizutragen. Dieser Möglichkeit des Einholens von zusätzlichen Informationen sind jedoch wegen der für das Vergabeverfahren wichtigen Grundsätze der Gleichbehandlung der Anbieter, der unparteiischen Vergabe sowie der Sicherstellung der Transparenz enge Grenzen gesetzt. Das gilt auch dann, wenn dadurch ein günstiges Angebot nicht berücksichtigt werden kann (Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 267, mit Verweis auf einen Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich, VB 2006.00131, Erw. 5.3.3). Zu beachten ist weiter, dass den Formvorschriften im Submissionsrecht ein hoher Stellenwert zukommt. Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorschriften der Ausschreibung und den entsprechenden Unterlagen nicht entspricht, verletzt das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter und ist daher grundsätzlich auszuschliessen. Vorbehalten bleibt aber das Verbot des überspitzten Formalismus (vgl. hierzu Art. 29 BV). Es steht aber nicht jede prozessuale Formstrenge mit dem verfassungsmässigen Verbot des überspitzten Formalismus im Widerspruch, sondern nur diejenige, die durch kein schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt ist. Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit muss ein Ausschlussgrund eine gewisse Schwere aufweisen. Dies bedeutet umgekehrt, dass ein Verhalten mit Bagatellcharakter in der Regel keinen Ausschluss rechtfertigt. Ein Anbieter, der mit seinem Angebot Formvorschriften verletzt, die mit dem Zweck aufgestellt wurden, die Angebote nachvollzieh- und vergleichbar zu machen, muss aber vom Verfahren ausgeschlossen werden.

b) In Ziff. 221 der Ausschreibungsunterlagen ist festgehalten, dass das Hauptangebot ohne Veränderung von Text und Ausmass vollständig ausgefüllt, unterzeichnet und termingerecht einzureichen sei. Bezüglich der Eingabeform wird in Ziff. 231 der Ausschreibungsunterlagen festgehalten, dass das Angebot, einschliesslich «Erklärung/Bestätigung» und «Unternehmerblatt» auf dem von der Auftraggeberin abgegebenen Original in Papierform schriftlich, vollständig und termingerecht der Gemeindeverwaltung B in einem verschlossenen Couvert einzureichen sei. In Ziff. 270 sind die Ausschlussgründe aufgeführt. Dort ist festgehalten, dass derjenige vom Verfahren ausgeschlossen werde, der nicht die Originalofferte in Papierform einreiche (270.11). Ebenfalls ausgeschlossen werde derjenige, der ein unvollständiges Angebot einreiche (z. B. ohne «Erklärung/Bestätigung», ohne «Unternehmerblatt», ohne rechtsgültige Unterschrift, (oder) wenn Einheitspreise fehlen (270.12)). Ebenfalls ausgeschlossen werde gemäss Ziff. 270.13 derjenige, der die Originalausschreibungsunterlagen inhaltlich verändert habe (z. B. Änderungen, Ergänzungen, Streichungen jeglicher Art). Auf Seite 18 der Ausschreibungsunterlagen wird nochmals darauf hingewiesen, dass das Submissionsformular unverändert, mit allen verlangten Angaben, Daten und Preisen ausgefüllt einzureichen sei.

c) Das Hauptangebot der Beschwerdeführerin vom 26. Oktober 2012 besteht einerseits aus den Originalausschreibungsunterlagen der Vergabebehörden und andererseits aus verschiedenen Separatausdrucken, welche die Beschwerdeführerin selber erstellt und mit den Originalunterlagen kombiniert hat. Betrachtet man die einzelnen Teile des Angebots, so fällt auf, dass die Originalausschreibungsunterlagen nicht oder nur teilweise ausgefüllt sind. Als Beispiel sei auf die das

Haus D betreffenden Seiten hinzuweisen. Auf den Seiten 38–84 der Originalunterlagen sind in den meisten BKP Positionen die Einheitspreise nicht aufgeführt. Für die BKP 2511 (Montage Sanitärapparate) wird im Devis der Vergabebehörde ein Betrag von Fr. 4'648.- eingesetzt. Im Separatausdruck findet sich für die gleiche Position der Betrag von Fr. 11'619.40. Für die BKP 2521 (Total Montage Waschautomaten) werden im Devis Fr. 784.– ausgewiesen, im Separatdruck der Beschwerdeführerin Fr. 1'959.–. Für die BKP 2522 (Lieferung spez. Anlage) sind im Devis der Vergabebehörde Fr. 3'734.– ausgewiesen, im Separatdruck Fr. 0.–. (. . .) Die unterschiedlichen Preise zwischen Devis und Separatausruck können für die viele Baukostenpositionen weitere weitergeführt werden (. . .) .

d) Bereits die Ergebnisse für das Haus D zeigen, wie schwierig es für die Vergabebehörden ist, im vorliegenden Fall das Angebot der Beschwerdeführerin mit den anderen Angeboten zu vergleichen. In den Originalunterlagen sind zwar gewisse Total-Positionen ausgefüllt, jedoch fehlen Detailpreise weitgehend. Besonders schwierig wird es, wenn man die Preise nur mit Hilfe von Mutmassungen bezüglich Rabatte nachvollziehen kann und auch auf diese Weise nicht in allen Fällen zu einem plausiblen Resultat gelangt. Mit ihrem «Separatausdruck» verstösst die Beschwerdeführerin in vielerlei Hinsicht gegen die in den Ausschreibungsunterlagen geforderte Eingabeform. Das Angebot wurde nicht im Original ausgefüllt, denn auf den Originalunterlagen fehlen die Einheitspreise, was von den Vergabebehörden ausdrücklich als Ausschlussgrund bezeichnet wurde. Deutlich wird von den Vergabebehörden verlangt, dass das Submissionsformular unverändert, mit allen verlangten Angaben, Daten und Preisen ausgefüllt einzureichen sei. Es würde in der Tat von der Vergabebehörde einen unverhältnismässigen Aufwand verlangen, wenn sie die Preisangaben der Anbieterinnen und Anbieter in den verschiedenen Unterlagen «zusammensuchen» müsste. Im Angebot der Beschwerdeführerin ist weiter zu beanstanden, dass verschiedentlich Einheitspreise in ihrem Separatausdruck von Hand nachgetragen wurden. Diese Handeinträge wurden jedoch bei der Addition der Einheitspreise und damit auch bei den jeweiligen BKP-Totalbeträgen, welche inkl. Rabatte ins Devis übertragen wurden, nicht berücksichtigt. Allein bei der das Haus K betreffenden Kostenaufstellung ergibt dies einen Betrag von fast Fr. 7'700.– Diese Beträge hat die Beschwerdeführerin zwar mittels Handeintrag ausgewiesen, jedoch nicht in ihren Gesamtbetrag miteinbezogen.

e) Die Frage, ob die Beschwerdeführerin bei ihrem Angebot unter der Kategorie Nr. 2540.260 (Rohre und Formstücke für Pressverbindungen) nicht rostenden Stahl (1.4401) oder das Produkt JRG Sanipex MT berücksichtigt hat, kann letztlich offenbleiben. Im Verzeichnis der Fabrikate bei Änderungen (Ausschreibungsunterlagen S. 83) hatten die Anbieterinnen und Anbieter – nach BKP, Mat. Nr., Fabrikat sowie Mehr-/Minderpreis aufgegliedert – anzugeben, ob ihre vorgeschlagenen Fabrikate von den Fabrikaten gemäss Auszug abweichen würden. Hierzu führte die Beschwerdeführerin auf S. 83 der Originalunterlagen unter Bezugnahme auf die Seite 46 des Devis bei der BKP 254.0 aus, dass sie als neues Fabrikat JRG Sanipex MT anbiete. Statt der verlangten Auskünfte über den Mehr-/Minderpreis brutto exkl. MwSt führte sie an: «dito bessere Qualität». Ohne klaren Hinweis darauf, welche preislichen Auswirkungen dieser Wechsel des Fabrikats haben würde, ist dieser so gut wie wertlos und führt höchstens zu Unklarheiten. Man weiss in der Tat nicht, welches Fabrikat die Beschwerdeführerin nur vorschlägt und welches sie gerechnet hat, nachdem die entsprechenden Angaben im OriginalDevis fehlen. Mit Bezug auf die Klärung der Frage, ob die Beschwerdeführerin nun nicht rostenden Stahl oder Sanipex offeriert hat, ist ihr Angebot zumindest als unklar zu bezeichnen. Hätten die Vergabebehörden hierüber Klarheit gewünscht, so hätten sie zusätzliche Informationen von der Beschwerdeführerin einholen müssen, was jedoch unzulässig gewesen wäre.

f) Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerin darauf verzichtet hat, die Detailpositionen der Ausschreibungsunterlagen auszufüllen, und dafür zum Teil einen eigenen Separatausdruck verwendet hat. Dieser Separatausdruck ist einerseits nicht vollständig und enthält andererseits Handeintragungen, welche bei der Addition der jeweiligen Kosten für die einzelnen BKP nicht berücksichtigt wurden. Der Übertrag in die originalen Ausschreibungsunterlagen erfolgte in Form von Beträgen, bei denen zum Teil schon die Rabatte eingetragen waren, ohne aber diese Rabatte in allen Positionen korrekt auszuweisen oder zu berechnen. Das Angebot der Beschwerdeführerin entspricht klar

nicht den Vorgaben der Ausschreibung, welche unmissverständlich verlangt hatten, dass das Hauptangebot vollständig und ohne jede Veränderung von Text und Ausmass ausgefüllt, unterzeichnet und termingerecht einzureichen sei. Ausdrücklich war auch verlangt worden, bei allen Eventual- bzw. per-Positionen die Einheitspreise einzusetzen. Dies hat die Beschwerdeführerin beim Hauptangebot offensichtlich nicht getan und damit einen Ausschlussgrund im Sinne von Ziff. 270.12 der Ausschreibungsunterlagen gesetzt. Mit ihrem Separatausdruck hat sie auch die Originalausschreibungsunterlagen inhaltlich verändert, was ebenfalls als Ausschlussgrund zu betrachten ist. Die Beschwerdegegnerinnen lassen zutreffend feststellen, dass das Angebot der Beschwerdeführerin wegen fehlender Systematik, Übersichtlichkeit und Nachvollziehbarkeit auch für eine Fachperson unzumutbar gewesen sei. Auf alle Fälle entspricht das Angebot der Beschwerdeführerin nicht den Originalausschreibungsunterlagen. Dies erstaunt insofern, als die Forderung nach Eingabe des Originalangebots nicht nur in den Ausschreibungsunterlagen klar festgelegt wurde, sondern die Parteien mit der Einladung zur Offertstellung auch nochmals ausdrücklich darauf hingewiesen wurden, das Angebot mit Einzelpreisen zu versehen. Zu beachten ist schliesslich, dass das Angebot der Beschwerdeführerin auch noch aus einem anderen Grund hätte ausgeschlossen werden müssen. Gemäss den klaren Vorgaben auf S. 1 der Ausschreibungsunterlagen wurde für die Gültigkeit des Angebots eine Frist von sechs Monaten ab Einreichung des Angebots vorgeschrieben (Stichtag: Offertöffnung), d.h. das Angebot hätte bis mindestens zum 29. April 2013 Gültigkeit haben müssen. Sinn dieser Dauer der Verbindlichkeit der Angebote ist dabei, dass bei der Festsetzung der Bindungsfrist die Möglichkeit der Anfechtung des Zuschlags und die dadurch bedingte Verzögerung des Verfahrens einzurechnen ist. Die Beschwerdeführerin ihrerseits hat nun unter Ziff. D.7.1 ihres Angebots zwar einen Festpreis bis zum 31. Dezember 2013 bestätigt, jedoch erklärt sie ausdrücklich, dass ihr Angebot nur drei Monate gültig sei. Diese Verbindlichkeit für nur drei Monate wurde von Seiten der Beschwerdeführerin für alle Angebotspositionen wiederholt. Damit hat sie zusätzlich eine weitere wesentliche Grundlage des Vergabeverfahrens nicht beachtet bzw. für sich abgeändert. Auch die Abänderung der Gültigkeitsdauer des Angebots ist an sich ein Ausschlussgrund.

5. Die Beschwerdeführerin wirft den Vergabebehörden weiter vor, sie hätten in verschiedener Hinsicht das rechtliche Gehör verletzt. Einmal erklärt sie, wenn sie vor dem Erlass der Ausschlussverfügung angehört worden wäre, so hätten sich allfällige Missverständnisse aus dem Wege räumen lassen. Womöglich wäre es gar nicht zu einem Ausschluss gekommen. In ihrer Replik lässt sie weiter geltend machen, das rechtliche Gehör sei auch dadurch verletzt, dass die Begründung der Vergabebehörden unzutreffend sei und nicht den Anforderungen entspreche, welche aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV abgeleitet würden. Im Übrigen falle eine Heilung der Verletzung des rechtlichen Gehörs ausser Betracht, weil sich daraus eine unzulässige Verkürzung des Instanzenzuges ergeben würde. Die Ausschlussverfügung sei schon aus diesem Grund aufzuheben. Ebenfalls verlangt die Beschwerdeführerin Einsicht in die Angebote der übrigen Anbieterinnen und Anbieter.

a) Vorerst ist die Frage der Akteneinsicht zu klären: Das Recht auf Akteneinsicht ist ein Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör, dessen Grundlage sich in Art. 29 Abs. 2 BV und in § 15 VRG findet. Die Einsicht in die für das Verfahren wesentlichen Unterlagen ist Voraussetzung dafür, dass die Beteiligten ihre Parteirechte wahrnehmen, insbesondere Beweisanträge stellen und sich zu den rechtserheblichen Punkten äussern können. Die Akteneinsicht im Submissionsverfahren vor den Vergabebehörden und im submissionsrechtlichen Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht richtet sich nach dem § 16 VRG. Gemäss § 16 Abs. 1 VRG haben die Parteien Anspruch auf Einsicht in die Akten, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Im Submissionsverfahren wird die Vertraulichkeit der eingereichten Offerten durch Art. 11 lit. g IVöB und § 17 Abs. 1 SubV garantiert. Die jeweiligen Angebote der Mitbewerber geniessen den Schutz als Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse. Der unterlegene Bewerber hat grundsätzlich nur Anspruch auf Bekanntgabe jener Elemente, die von Gesetzes wegen zur Begründung des Zuschlags angeführt werden müssen. Diese Regelung kann nicht durch das blosse Einlegen eines Rechtsmittels umgangen werden, weshalb die unmittelbar durch die Verfassung gewährleisteten Minimalgarantien für das besonders geartete Verfahren der Submission auch im Rechtsmittelstadium regelmässig keinen Anspruch auf Einsicht in die Offertunterlagen von

Konkurrenten gewähren (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 28. September 2011, VB 2011.00361 mit Verweis auf BGE vom 2. März 2000, 2P.274/1999, Erw. 2c/aa). Im vorliegenden Fall haben die Vergabebehörden das Angebot der Beschwerdeführerin ausgeschlossen, weil sie die originalen Offertunterlagen einerseits abgeändert und andererseits nicht den Vorgaben entsprechend ausgefüllt hat. Es ist unter diesen Umständen nicht einzusehen, aus welchen Gründen sie Einblick in die Angebote der anderen Anbieterinnen und Anbieter erhalten müsste. Dies wäre allenfalls dann erforderlich, wenn Grund zu der Annahme bestehen würde, dass diese den Anforderungen gemäss Ausschreibungsunterlagen ebenfalls nicht entsprechen würden. Für eine solche Annahme fehlen jedoch jede Anhaltspunkte. Die Einsicht in die Angebote und damit in die Kalkulationsgrund-lagen der Mitbewerberinnen und Mitbewerber würde der Beschwerdeführerin im Hinblick auf andere Vergaben und Offerten einen unzulässigen Vorteil verschaffen. Die gewünschte Akteneinsicht kann somit nicht gewährt werden.

b) Die Frage, ob dem betroffenen Anbieter vor dem Ausschluss seines Angebots das rechtliche Gehör zu gewähren ist, kann nicht für jeden Fall gleich beantwortet werden. Unter Umständen ist die Vergabebehörde verpflichtet, im Sinne einer Gewährung des rechtlichen Gehörs auf geringfügige Formfehler hinzuweisen und zu deren Beseitigung beizutragen, weil sich ein Ausschluss vom Verfahren nur bei wesentlichen Mängeln eines Angebots rechtfertigt. Grundsätzlich sind aber dem weiteren Einholen von fehlenden Angaben zur Behebung von Mängeln eines Angebots wegen der für das Submissionsverfahren wichtigen Grundsätze der Gleichbehandlung aller Anbietenden, der unparteiischen Vergabe sowie der Sicherstellung der Transparenz des Vergabeverfahrens Grenzen gesetzt. Weist ein Angebot klare Fehler auf und würde deren Behebung grössere Abänderungen des ursprünglichen Angebots mit sich bringen, so erweist sich ein zu diesem Zweck gewährtes rechtliches Gehör sogar als vergaberechtswidrig. Als Beispiele für die Notwendigkeit einer Rückfrage gelten die fehlende Unterschrift, das versehentliche Nichteinreichen von im Angebot erwähnten Beilagen oder die Aufklärung über Unklarheiten, die sich aus widersprüchlichen Ausschreibungsunterlagen ergeben können (vgl. hierzu Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O. Rz. 263 ff.). Im vorliegenden Fall geht es jedoch nicht um irgendwelche nebensächlichen Formalien, denn die Beschwerdeführerin hat nicht nur die Originalunterlagen zum grösseren Teil nicht in verlangter Weise ausgefüllt, sondern zusätzlich noch einen Separatausdruck in das Angebot verarbeitet, und zudem eine verkürzte Geltungsdauer ihres Angebots festgelegt. Unter diesen Umständen waren die Vergabebehörden nicht gehalten, zu diesen Fehlern vor dem Ausschluss das rechtliche Gehör zu gewähren.

c) Was die ungenügende Begründung der Ausschlussverfügung betrifft, so ist auf die gesetzlichen Regelungen von Art. 11 lit. h IVöB und § 36 SubV zu verweisen. Gemäss § 36 Abs. 2 SubV sind die Verfügungen summarisch zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Die IVöB verlangt eine kurze Begründung. Auf Gesuch hin gibt die Auftraggeberin oder der Auftraggeber den nicht berücksichtigten Anbieterinnen und Anbietern insbesondere bekannt: a) das angewendete Vergabeverfahren; b) den Namen der berücksichtigten Anbieterin oder des berücksichtigten Anbieters; c) den Preis des berücksichtigten Angebots; d) die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung; e) die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots. Die Kurzbegründung gemäss § 36 Abs. 2 SubV und die erst auf ausdrückliches Verlangen hin zu erteilenden Auskünfte machen nach dem Willen des Gesetzgebers zusammen die genügende Begründung im Sinne von § 29 Abs. 2 BV aus. Weiter ist zu beachten, dass eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs im Submissionsverfahren auch im Rahmen eines doppelten Schriftenwechsels geheilt werden könnte, weil dem Verwaltungsgericht hier die volle Überprüfungsbefugnis zukommt. In der angefochtenen Ausschlussverfügung haben die Vergabebehörden summarisch dargelegt, aus welchen Gründen die Beschwerdeführerin vom Verfahren ausgeschlossen wurde. In ihren Rechtsschriften haben die Vergabebehörden diese Gründe nochmals detailliert dargelegt und die Beschwerdeführerin konnte dazu Stellung nehmen. Es liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs wegen ungenügender Begründung vor.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. März 2013 V 2012 / 150

1.1.7 Politische Rechte – Abstimmungserläuterungen

§ 62 VRG, Art. 34 Abs. 1 BV, § 25 WAG, Richtlinien für die Ausgestaltung der amtlichen Abstimmungserläuterungen

Regeste:

§ 62 VRG, Art. 34 Abs. 1 BV, § 25 WAG – Vom Erfordernis des aktuellen Interesses gemäss § 62 VRG kann abgesehen werden, wenn sich die mit der Beschwerde aufgeworfene Frage jederzeit und unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnte, und an ihrer Beantwortung wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht und eine rechtzeitige gerichtliche Prüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre (Erw. 1b).

Der Regierungsrat auf kantonaler und der Gemeinderat auf kommunaler Ebene sind verpflichtet, der Auffassung einer wesentlichen Minderheit in schriftlichen Abstimmungserläuterungen Platz einzuräumen (Erw. 2). Eine Partei, die einen Gemeinderats- und einen Kantonsratssitz inne hat, ist eine wesentliche Minderheit im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen (Erw. 3). Einer wesentlichen Minderheit ist es zuzumuten, dass sie sich rechtzeitig konstituiert und ihre abweichende Auffasung gegenüber den Behörden rechtzeitig zu erkennen gibt (Erw. 4).

Aus dem Sachverhalt:

Am 10. April 2012 reichten die «Alternative – die Grünen Baar» und die Baarer Mitglieder der NoGolf@HausenKappelBaar.ch beim Regierungsrat des Kantons Zug eine Abstimmungsbeschwerde ein und beantragten, der Entscheid des Gemeinderates Baar vom 5. April 2012 betreffend Ablehnung der Publikation einer Stellungnahme des gegnerischen Abstimmungskomitees in der Abstimmungsbroschüre zur Teilrevision der Nutzungsplanung sowie der Sondernutzungsplanung im Zusammenhang mit dem Golfpark Zugersee (Abstimmung vom 17. Juni 2012) sei aufzuheben (Antrag 1) und der Gemeinderat Baar sei zu verpflichten, dem gegnerischen Abstimmungskomitee eine Seite der Abstimmungsbroschüre zur Darlegung seines Standpunktes zur Verfügung zu stellen (Antrag 2). Weiter wurde unter anderem beantragt, der Gemeinderat Baar sei gestützt auf § 17 VRG anzuweisen, mit der Fertigstellung der Abstimmungsbroschüre bis zum Entscheid in der Hauptsache zuzuwarten. Mit Beschluss vom 23. Oktober 2012 hiess der Regierungsrat im Wesentlichen die Anträge 1 und 2 der Verwaltungsbeschwerde vom 10. April 2012 gut. Auf die Erhebung von Kosten wurde verzichtet und es wurde keine Parteientschädigung zugesprochen.

Gegen diesen Regierungsratsbeschluss reichte der Gemeinderat Baar am 21. November 2012 Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein und beantragte, Ziff. 1 des Entscheides des Regierungsrates sei aufzuheben und die beiden Anträge 1 und 2 der Beschwerde vom 10. April 2012 seien vollumfänglich abzuweisen. Zur Begründung führt der Gemeinderat unter anderem aus, er wolle vom Verwaltungsgericht geklärt wissen, ob es die vom Regierungsrat gemachte Auslegung der relevanten Bestimmungen im Gesetz über die Wahlen (§ 25), in der Verordnung zum Wahl- und Abstimmungsgesetz (§ 27) und in den Richtlinien für die Ausgestaltung der amtlichen Abstimmungserläuterungen teile. Der Gemeinderat sei nach wie vor der Überzeugung, sich an diese Bestimmungen gehalten zu haben. Die Richtlinien würden einen klaren Unterschied zwischen normalen Vorlagen (Ziff. I.3) und Abstimmungen über Initiativen und Referenden (Ziff. I.4) machen. Lediglich bei Volksabstimmungen über Initiativen und Referenden würden die Argumente des Urheberkomitees in der Regel unverändert in die Abstimmungserläuterungen aufgenommen. Hier stehe fest, wer das Urheberkomitee sei. Im Gegensatz dazu sei der Ausdruck «wesentliche Minderheiten» nicht greifbar. Weiter führt der Gemeinderat aus, wenn das Verwaltungsgericht im Grundsatz den Entscheid des Regierungsrates stützen sollte, dass nicht nur Urheberkomitees, sondern auch weiteren Gegnern grundsätzlich eine Seite in den Abstimmungserläuterungen zur Verfügung zu stellen sei, so sei auf jeden Fall zu klären, ob vorliegend eine wesentliche Minderheit vorliege und wann überhaupt von einer wesentlichen Minderheit auszugehen sei bzw. wie durch die Gemeinde zu klären sei, ob es sich um eine wesentliche Minderheit handle. Wenn

privaten Komitees eine Seite zur Verfügung gestellt werden müsse, so stelle sich auch die Frage, ob nicht auch den Befürwortern eine Seite eingeräumt werden müsse, um wieder von «Waffengleichheit» ausgehen zu können, zumal der Gemeinderat ja ausgewogen zu informieren habe. Es gehe dem Gemeinderat explizit darum, die konkrete Situation, wie sie im April 2012 bestanden habe, beurteilt zu sehen, nämlich unter Einbezug des nach seiner Auffassung massgeblichen zeitlichen Aspektes.

Aus den Erwägungen:

(. . .)

b) Der Regierungsrat weist in seiner Vernehmlassung einleitend darauf hin, dass alle Gemeinden des Bezirkes Affoltern am Albis am 25. November 2012 die Richtplanänderung abgelehnt hätten, welche für die Realisierung des Golfplatzes erforderlich gewesen wäre. Dieses Abstimmungsergebnis habe zur Folge, dass der Golfplatz nicht in der geplanten Form realisiert werden könne. Damit entfalle auch in der Gemeinde Baar eine Abstimmung zum vorgesehenen Projekt. Es stelle sich daher die Frage, ob auf die Beschwerde einzutreten sei, weil ein schutzwürdiges Interesse an der Änderung des Entscheides des Regierungsrates nicht mehr bestehe. Ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Erlasses ist grundsätzlich nur gegeben, wenn das Interesse praktisch und aktuell ist. Es fehlt an einem aktuellen und praktischen Interesse an der Beschwerde, wenn der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt des gerichtlichen Entscheides keine Rechtswirkungen mehr entfaltet. Da es in der Gemeinde Baar aufgrund des Ergebnisses der oben erwähnten Abstimmung im Bezirk Affoltern nicht mehr zu einer Abstimmung über die Änderung des Zonenplanes und der Bauordnung betreffend das Projekt «Golfpark Zugersee» kommen wird, fällt an sich das aktuelle Interesse an der Behandlung der vorliegenden Beschwerde dahin. Die Beschwerde müsste eigentlich als gegenstandslos vom Geschäftsverzeichnis des Verwaltungsgerichts abgeschrieben werden (hätte das aktuelle Interesse bereits im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung gefehlt, dürfte auf diese nicht eingetreten werden). Vom Erfordernis des aktuellen Interesses kann aber nach der bundesgerichtlichen Praxis abgesehen werden, wenn sich die mit der Beschwerde aufgeworfene Frage jederzeit und unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnte, an ihrer Beantwortung wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht und eine rechtzeitige bundesgerichtliche Prüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre (vgl. Urteil 1C_127/ 2010 vom 20. Dezember 2010 Erw. 3.1, BGE 131 II 670 Erw. 1.2; 127 I 164 Erw. 1a; Urteil 1C_541/2009 vom 7. Juli 2010 Erw. 1, mit weitern Hinweisen). Hat die Rechtsmittelinstanz einen solchen Sachverhalt zu beurteilen, so beurteilt sie – unter Ausserachtlassung der zufälligen Modalitäten des obsolet gewordenen Falles – die streitigen Grundsatzfragen, wobei sich der Klärungsbedarf aber aufgrund der individuellen, potentiell wiederholbaren Situation des Beschwerdeführers bestimmt (BGE 127 I 164 Erw. 1a und Erw. 6a; Urteile 2.P.34/ 1993 vom 28. Januar 1994, Erw. 5f., publ. in: ZBl 95/1994 S. 300, und 2A.258/2000 vom 27. Oktober 2000, Erw. 2b und c). Die mit der vorliegenden Beschwerde aufgeworfenen Fragen können sich jederzeit unter ähnlichen Bedingungen wieder stellen und es besteht an ihrer Beantwortung nicht nur für den Gemeinderat Baar, sondern auch für alle anderen Gemeinden ein offensichtliches öffentliches Interesse. Hinzu kommt, dass es im Einzelfall kaum je einmal möglich sein wird, dass eine zeitgerechte rechtskräftige Beurteilung der Streitfrage durch alle Instanzen (Regierungsrat, Verwaltungsgericht und Bundesgericht) erfolgt. In diesem Sinn ist daher auf die vorliegende Beschwerde des Gemeinderates Baar einzutreten.

2. Gemäss Art. 34 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) sind die politischen Rechte gewährleistet. Die Garantie der politischen Rechte schützt die freie Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe (Art. 34 Abs. 2 BV). Diese in der Verfassung als Grundrecht verankerte Abstimmungsfreiheit gibt den Stimmberechtigten Anspruch darauf, dass kein Abstimmungsergebnis anerkannt wird, das nicht den freien Willen der Stimmberechtigten zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt. Es soll garantiert werden, dass jeder Stimmberechtigte seinen Entscheid gestützt auf einen möglichst freien und umfassenden Prozess der Meinungsbildung treffen und entsprechend mit seiner Stimme zum Ausdruck bringen kann (BGE 139 I 2 Erw. 6.2). Die Abstimmungsfreiheit gewährleistet die für den demokratischen Prozess und die Legitimität direktdemokratischer Entscheidungen

erforderliche Offenheit der Auseinandersetzung (BGE 135 I 292 Erw. 2 mit zahlreichen Hinweisen). Das Ergebnis eines Urnenganges kann unter anderem durch eine unzulässige behördliche Beeinflussung der Willensbildung der Stimmberechtigten im Vorfeld von Urnengängen verfälscht werden. Solche Verfälschungen können sich beispielsweise aus amtlichen Abstimmungserläuterungen ergeben.

a) Nach der bundesgerichtlichen Praxis sind behördliche Abstimmungserläuterungen, in denen eine Vorlage erklärt und zur Annahme oder Ablehnung empfohlen wird, unter dem Gesichtswinkel der Abstimmungsfreiheit zulässig. Die Behörden sind im Grundsatz nicht zur Neutralität verpflichtet und dürfen Abstimmungsempfehlungen abgeben, solange diese das Prinzip der Sachlichkeit nicht verletzen. Eine solche Verletzung liegt z. B. vor, wenn eine Behörde über den Zweck und die Tragweite einer Vorlage falsch informiert. Dem Erfordernis der Objektivität genügen Abstimmungserläuterungen, wenn die Aussagen wohlabgewogen sind und beachtliche Gründe dafür sprechen, wenn sie ein umfassendes Bild der Vorlage mit ihren Vor- und Nachteilen abgeben und den Stimmberechtigten eine Beurteilung ermöglichen oder wenn sie trotz einer gewissen Überspitzung nicht unwahr und unsachlich bzw. lediglich ungenau und unvollständig sind. Eine Behörde muss sich nicht mit jeder Einzelheit einer Vorlage befassen und nicht alle denkbaren Einwendungen, welche gegen die Vorlage erhoben werden könnten, erwähnen. Im Sinne einer gewissen Vollständigkeit verbietet das Gebot der Sachlichkeit indessen, in den Abstimmungserläuterungen für den Entscheid des Stimmbürgers wichtige Elemente zu unterdrücken, für die Meinungsbildung bedeutende Gegebenheiten zu verschweigen oder Argumente von gegnerischen Referendums- oder Initiativkomitees falsch wiederzugeben (BGE 138 I 61 Erw. 6.2 mit vielen Hinweisen). Bis zu einem gewissen Grad sind Überspitzungen zulässig, jedoch ist ganz allgemein eine gewisse Zurückhaltung im Ton angebracht. Grundsätzlich ist aber bei den Abstimmungserläuterungen eher von einem strengen Massstab auszugehen, d.h. diese müssen ausgewogen sein und ein umfassendes Bild einer Vorlage mit ihren Vor- und Nachteilen ermöglichen (Andrea Töndury, Möglichkeiten und Grenzen staatlicher Kommunikation im Vorfeld von Volksabstimmungen, ZBl 7/2011, 341 ff., 362). Weiter ist das Kriterium der Transparenz zu beachten, welches eine verdeckte behördliche Einflussnahme auf den Willensbildungsprozess verbietet. Gerade die Herkunft einer Information ist für die freie Willensbildung der Stimmberechtigten von unerlässlicher Bedeutung.

b) Neben den verfassungsrechtlichen Vorgaben sind auch die Vorgaben des kantonalen Rechts zu beachten. Auf der kantonalen Gesetzesstufe ist das Gesetz über die Wahlen und Abstimmungen vom 28. September 2006 (Wahl- und Abstimmungsgesetz, WAG, BGS 131.1) zu beachten. Dieses bestimmt in § 1 Abs. 1 seinen Geltungsbereich, indem ausgeführt wird, dass das Gesetz für alle Wahlen und Abstimmungen im Kanton und in den Gemeinden gelte, soweit sie an der Urne durchgeführt würden. In den §§ 24 ff. WAG finden sich die besonderen Regeln, die bei Abstimmungen zu beachten sind. Paragraph 24 WAG bestimmt, dass Volksabstimmungen im Kanton vom Regierungsrat, in den Gemeinden vom Gemeinderat, angeordnet werden. Sie sind acht Wochen vor dem Abstimmungstag durch die Staatskanzlei bzw. den Gemeinderat im Amtsblatt auszuschreiben. Paragraph 25 WAG enthält ausdrückliche gesetzliche Vorgaben für die Abstimmungserläuterungen:

«§ 25 Amtliche Abstimmungserläuterungen

1 Den Abstimmungsunterlagen ist eine kurze und sachliche Erläuterung der Vorlage beizulegen, die auch die Auffassung wesentlicher Minderheiten zum Ausdruck bringt. Bei Abstimmungen über Initiativen und Referenden sind die Argumente des Urheberkomitees angemessen zu berücksichtigen.»

Aus den Materialien zum WAG ergeben sich kaum Anhaltspunkte zur Auslegung von § 25 WAG. Im Bericht und Antrag des Regierungsrates (KRV 11641, 13) wird lediglich festgehalten, dass Abstimmungsvorlagen den Stimmberechtigten mit einer Erläuterung zugestellt würden. Diese seien kurz und sachlich zu halten. Ausserdem seien die Auffassungen wesentlicher Minderheiten zum Ausdruck zu bringen und bei Abstimmungen über Initiative und Referendumsvorlagen seien die Argumente des Urheberkomitees angemessen zu berücksichtigen. Eine ähnliche Vorschrift finde sich in Art. 11 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die politischen Rechte vom 17. Dezember 1976 (BRP, SR 161.1). Im Bericht und

Antrag der vorberatenden Kommission vom 20. März 2006 (KRV 11999, 17) hält diese fest, dass sie die Formulierung im regierungsrätlichen Entwurf für ausgewogen erachte. Bei der Formulierung der Abstimmungserläuterungen komme den Behörden ein erhebliches Ermessen zu. Sie hätten durchaus die Möglichkeit, bei komplizierten Vorlagen – etwa bei Zonenplanänderungen – den Stimmberechtigten eine kurze Erläuterung abzugeben und zusätzliche Informationen z. B. auf dem Internet oder zur Einsicht auf der Gemeindekanzlei zur Verfügung zu stellen. Auch eine sog. Kurzfassung müsse aber alle erheblichen Angaben zur Vorlage enthalten; dazu würden auch die Argumente wesentlicher Minderheiten gehören. Entscheidend sei, dass die Abstimmungs-erläuterungen in jedem Fall eine umfassende Meinungsbildung ermöglichen würden.

c) Die systematische und die grammatikalische Auslegung des Gesetzestextes von § 25 WAG sprechen dafür, dass es sich bei Satz 1 um den Grundsatz und bei Satz 2 um eine Zusatzregelung für Abstimmungen über Initiativen und Referenden handelt. Der systematische Aufbau der Bestimmung zeigt mit der erforderlichen Klarheit, dass Abstimmungsunterlagen in jedem Fall eine kurze und sachliche Erläuterung enthalten müssen, die auch die Auffassung wesentlicher Minderheiten zum Ausdruck bringt. Satz 2 regelt dann noch eine Besonderheit für Abstimmungen über Initiativen und Referenden, bei denen in jedem Fall auch die Argumente des Urheberkomitees angemessen zu berücksichtigen sind. Daneben müssen aber auch in diesem Fall noch die Auffassungen wesentlicher Minderheiten zum Ausdruck kommen, denn es steht keineswegs fest, dass der Regierungsrat oder der Gemeinderat in jedem Fall eine andere Meinung vertreten als ein Initiativ- oder Referendumskomitee. Selbst wenn man aber – entgegen der Meinung des Gerichts – davon ausgehen würde, dass gestützt auf § 25 Satz 2 WAG nur bei Abstimmungen und Referenden die Meinung wesentlicher Minderheiten berücksichtigt werden müsste, so ergäbe sich hier eine Diskrepanz zu Art. 34 Abs. 2 BV und der entsprechenden bundesgerichtlichen Praxis. Diese Praxis verlangt nämlich, dass die Abstimmungsunterlagen in allen Fällen, d.h. nicht nur bei Urnenabstimmungen, sondern auch bei einer «blossen» Gemeindeversammlung die Garantie der freien und unverfälschten Willensbildung und das Gebot der Sachlichkeit zu wahren haben (BGE 139 I 2 Erw. 6.3). Bei allen Arten von Abstimmungen, in deren Vorfeld die zuständige Behörde, sei es der Regierungsrat oder ein Gemeinderat, Abstimmungserläuterungen verfasst, sind die Regeln von § 25 Abs. 1 WAG zu beachten und entsprechend die Auffassungen wesentlicher Minderheiten zu berücksichtigen.

d) Gestützt auf die §§ 25 und 72 WAG hat der Regierungsrat am 26. Februar 2008 Richtlinien für die Ausgestaltung der amtlichen Abstimmungserläuterungen erlassen (BGS 131.7). In § 1 der Richtlinien finden sich detaillierte Regeln, wie Abstimmungserläuterungen zu verfassen sind, wenn Kantonsratsvorlagen der Volksabstimmung unterliegen. Darunter findet sich auch der Hinweis, dass das Ergebnis der Verhandlungen im Kantonsrat in den Erläuterungen enthalten sein muss, darin eingeschlossen die Argumente wesentlicher Minderheiten (lit. c). Auch die Richtlinien enthalten besondere Grundsätze, die im Fall von Volksabstimmungen über Initiativen und Referenden zu beachten sind (§ 1 Abs. 4). Diese Richtlinien gelten gemäss § 27 der Verordnung zum Wahl- und Abstimmungsgesetz vom 29. April 2008 (WAV, BGS 131.2) sinngemäss auch für die Gemeinden. Nachdem die Richtlinien ausdrücklich auf § 25 WAG Bezug nehmen, müssen die Gemeinden beim Verfassen von Abstimmungserläuterungen Sinn und Zweck von § 25 WAG beachten. Sinn und Zweck von § 25 WAG ist es, dass im Abstimmungskampf alle Argumente mit gleichen Chancen geäussert, verbreitet und diskutiert werden und dass Vor- und Nachteile abgewogen werden können, bevor ein Entscheid gefasst wird. Entscheidungsrelevante Informationen müssen unbedingt Eingang in die behördlichen Informationen finden. Daraus folgt, dass die Erläuterungen den Stimmberechtigten eine eigene Beurteilung ermöglichen müssen. Die Abstimmungserläuterungen müssen in diesem Sinn dem Grundsatz der Chancengleichheit genügen. Dies gilt gestützt auf Art. 34 Abs. 2 BV für alle Abstimmungserläuterungen, seien es nun solche des Bundes, des Kantons oder der Gemeinden, solche für eine Volksabstimmung, die obligatorisch vom Gesetz verlangt wird, oder solche, die infolge einer Initiative oder eines Referendums notwendig werden. Der Grundsatz der Chancengleichheit als Ausfluss der Wahl- und Abstimmungsfreiheit ist bei allen Abstimmungen und auf allen Stufen zu beachten (vgl. hierzu Eva Maria Belser/Bernhard Waldmann, Grundrechte II, Zürich 2012, S. 374). Es besteht kein Zweifel, dass die Regelung betreffend

Berücksichtigung der Meinung von wesentlichen Minderheiten in allen Abstimmungserläuterungen und auf allen Stufen des schweizerischen Staatssystems zu beachten ist.

3. Umstritten ist zwischen den Parteien, was unter dem Begriff einer «wesentlichen Minderheit» zu verstehen ist. Sowohl Art. 11 Abs. 2 BPR wie auch § 25 WAG und die Richtlinien sprechen von wesentlichen Minderheiten, deren Auffassung in den Abstimmungs-erläuterungen zum Ausdruck gebracht werden müsse.

a) Die Wahl- und Abstimmungsfreiheit vermittelt einen Anspruch darauf, in den Abstimmungserläuterungen in sachlicher Weise auch über den Standpunkt der «Opposition» informiert zu werden. Mit «Opposition» sind in diesem Zusammenhang jene politischen Akteure gemeint, welche im politischen Verfahren die Gegenposition zu den Behörden einnehmen. Bei Abstimmungen über Initiativen und Referenden ist in der Regel klar, wer die Gegenposition zu den Behörden einnimmt. Weniger klar ist die Situation bei obligatorischen Referenden, da in diesem Fall grundsätzlich keine Gruppierung vorhanden ist, welche in formeller Art und Weise dazu legitimiert ist, den Gegenstandpunkt gegenüber den Behörden zu vertreten. Falls sich ein gegnerisches Abstimmungskomitee gebildet hat, so wird dieses in der Praxis am ehesten fähig sein, die gegen die Vorlage sprechenden Gründe glaubhaft darzulegen. Andernfalls ist auf die im Parlament und in der Presse geäusserten Einwände einer Vorlage zurückzugreifen (Michel Besson, Behördliche Informationen vor Volksabstimmungen, Diss. Bern 2003, S. 256 mit Verweis auf Stephan Widmer, Wahl- und Abstimmungsfreiheit, Zürich 1959, S. 268).

b) Das Gesetz spricht von einer «wesentlichen» Minderheit. Bei Einzelpersonen, auch bei mehreren, kann man nicht von einer wesentlichen Minderheit sprechen. Die wesentliche Minderheit muss in organisierter Form in Erscheinung treten, sei es als politische Partei, als Interessengemeinschaft oder als gegnerisches Abstimmungskomitee. Der Regierungsrat führt in seiner Vernehmlassung diesbezüglich aus, eine Minderheit sei immer dann «wesentlich», wenn sie als Gruppierung regelmässig und aktiv am politischen Leben der Gemeinde teilnehme, öffentlich in Erscheinung trete und als eine – neben anderen – führende politische Kraft von der politisch interessierten Bevölkerung wahrgenommen werde. In der Regel nehme eine «wesentliche Minderheit» zu allen bedeutenden, die Gemeinde beschäftigenden Themen in den Medien, an der Gemeindeversammlung oder an den Urnengängen Stellung. Eine wesentliche Minderheit könne auch eine befristete ad-hoc-Gruppierung zu einem einzelnen Thema sein, sofern sie sich dazu öffentlich äussere und mindestens einige Prozente der Bevölkerung hinter sich wisse. «Unwesentlich» sei eine Minderheit, deren Meinung mutmasslich nur von wenigen Personen in der Gemeinde mitgetragen werde. Dieser Definition kann sich das Gericht im Wesentlichen anschliessen. Zu verlangen ist aber, dass sich eine «wesentliche Minderheit» mit ihrer abweichenden Meinung im Vorfeld einer Abstimmung klar und zeitgerecht zu erkennen gibt.

c) Das Gericht ist klar der Meinung, dass es sich bei den «Alternativen – die Grünen Baar» um eine politische Kraft handelt, die von ihrer personellen Grösse und ihrem politischen Gewicht her über einen erheblichen Einfluss auf das politische Leben der Gemeinde Baar verfügt. Der Regierungsrat weist zu Recht darauf hin, dass die Alternativen – die Grünen mit einer Vertreterin im Gemeinderat und einem Vertreter im Kantonsrat auch über den erforderlichen Rückhalt im Stimmvolk verfügen und einen erheblichen Anteil an Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern vertreten. Zudem setzen sie sich gemäss ihren Statuten für eine nach-haltige Entwicklung und für den Schutz der Mitwelt ein (Art. 2). Das Gericht ist auch der Meinung, dass die Interessengemeinschaft IG NoGolf@Hausen-KappelBaar als ad-hoc-Gruppierung die Vorausset-zungen für die Anerkennung als «wesentliche Minderheit» erfüllt hätte. Die IG NoGolf, welche offiziell am 14. März 2012 gegründet wurde, hatte zum Zweck, sich gegen den geplanten Golfpark Zuger-see einzusetzen, den Widerstand in der Region zu koordinieren, die Öffentlichkeit zu orientieren, Abklärungen und Gutachten bei Fachstellen zu veranlassen und bei Behörden zu intervenieren. Den vier Einzelpersonen, welche als Beschwerdeführer im Verfahren vor dem Regierungsrat auftraten, ist zwar zu Recht die Legitimation zur Einreichung der Verwaltungsbeschwerde als Stimmberechtigte zuerkannt worden. Als Einzelpersonen wären sie allerdings keine «wesentliche Minderheit» im Sinne von § 25 WAG gewesen, der in den Abstimmungserläuterungen Platz für die

Publikation ihrer Auffassung hätte eingeräumt werden müssen.

d) Das Gericht sieht bewusst davon ab, den Begriff der «wesentlichen» Minderheit näher festzulegen. Es sind theoretisch dermassen viele Konstellationen denkbar, dass es juristisch unseriös wäre, zu versuchen, diese zum Vorneherein zu definieren. Es ist tatsächlich so, wie der Gemeinderat befürchtet, dass die zuständige Behörde in jedem Einzelfall bestimmen muss, ob sich eine wesentliche Minderheit gemeldet hat oder nicht. Ebenso muss der Gemeinderat das Risiko abwägen, ob bei einer Verneinung des Vorliegens einer wesentlichen Minderheit der Beschwerdeweg beschritten und damit allenfalls die Abstimmung blockiert würde. Als Richtschnur mag Folgendes gelten: Eine politische Partei, die in einer Gemeinde aktiv und in den politischen Gremien vertreten ist, muss auf jeden Fall als «wesentliche Minderheit» qualifiziert werden. Das Gleiche gilt für ad-hoc-Gruppierungen, die sich als Interessengemeinschaften in der Form einer einfachen Gesellschaft für oder gegen einen Abstimmungsgegenstand positioniert und engagiert haben (im Fall der IG NoGolf@HausenKappelBaar handelte es sich immerhin um ca. 150 Personen). Auch sie wären als «wesentliche Minderheit» zu betrachten, der die Möglichkeit einzuräumen wäre, ihre Auffassung in den Abstimmungserläuterungen darzulegen. Ebenso klar ist für das Gericht aber, dass Einzelpersonen (auch mehrere) für sich unter keinem Titel «reklamieren» können, ihre Meinung müsste als «Auffassung einer wesentlichen Minderheit» publiziert werden.

e) Die Auffassung, mit dem Begriff der «wesentlichen Minderheit» seien Minderheiten innerhalb einer Behörde oder innerhalb einer Kommission gemeint, teilt das Gericht nicht. Die Minderheit innerhalb des Gemeinderates als Kollegialbehörde darf schon wegen des Kollegialitätsprinzips offiziell keine abweichende Meinung vertreten und abweichende Kommissionsmeinungen finden ihren Ausdruck in der Regel in einer Minderheitsmeinung, die sich im Kommissionsbericht niederschlägt. Der Regierungsrat stellt in seiner Vernehmlassung zu Recht fest, § 25 WAG stehe nicht für Minderheitsmeinungen innerhalb einer Behörde zur Verfügung, sondern wolle den freien und unverfälschten Willen der Stimmberechtigten sicherstellen. Wenn mit der «Auffassung wesentlicher Minderheiten» die Meinung einer Minderheit innerhalb einer Behörde gemeint wäre, so wären ja im Fall einer einhelligen Meinung z. B. des Gemeinderates, gar keine abweichenden Meinungen in die Abstimmungserläuterungen aufzunehmen. Dies ist nicht der Sinn der gesetzlichen Bestimmung. Dabei wird in keiner Art und Weise angezweifelt, dass der Gemeinderat seiner Pflicht zur sachlichen Erläuterung nicht nachgekommen wäre. Der Gemeinderat hätte zweifellos die positiven und negativen Aspekte der Vorlage aufgezeigt und auch gewichtige Gegenargumente und Bedenken der Gegner in die Erläuterungen aufgenommen. Dies genügt aber im Lichte von Art. 34 Abs. 2 BV und § 25 WAG nicht, um den Schutz der Minderheitsmeinung zu garantieren. Es ist nicht Sache der Behörde, die Auffassung einer wesentlichen Minderheit zu formulieren.

f) Der Regierungsrat stellt sich weiter auf den Standpunkt, es wäre Sache des Gemeinderates gewesen, dafür zu sorgen, dass alle bundes- und kantonalrechtlichen Voraussetzungen bei einer gemeindlichen Urnenwahl erfüllt würden. Dies erfordere ein proaktives Verhalten des Gemeinderates. Eine solche Pflicht sei zwar nicht ausdrücklich in einem Gesetz vorgesehen, sondern leite sich aus der Sorgfalt der Behörden bei der Umsetzung abstimmungs-rechtlicher Grundsätze ab. Dieser Auffassung schliesst sich das Gericht insofern nicht an, als es nicht Aufgabe der Behörden ist, gleichsam aktiv nach «Minderheiten» zu forschen, welche allenfalls bereit wären, ihre Auffassung in den Abstimmungserläuterungen wiederzugeben. Formiert sich im Verlauf der «Vorbereitungen» eines Urnenganges eine für die Behörden bei der gebührenden Sorgfalt rechtzeitig erkennbare Gegnerschaft, so ist dieser die Möglichkeit zu geben, ihre abweichende Auffassung in den Abstimmungsunterlagen wiederzugeben. Auf die Suche nach möglichen Gegnern muss sich eine Behörde aber nicht begeben. In diesem Zusammenhang sei auf den Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 16. September 2013 (V 2013/125) hingewiesen, bei dem es um die Abstimmung über das künftige Wahlverfahren ging. Hier hatte der Regierungsrat auf die Berücksichtigung von abweichenden Minderheitsmeinungen verzichtet, obwohl bekannt war, dass es eine erhebliche kantonsrätliche Opposition gegen die Vorlage gab. Das Gericht stellte in seinem Entscheid fest, es sei für den Regierungsrat schon schwierig gewesen, zu definieren, wer der «wesentlichen Minderheit» angehören und wer diese allenfalls vertreten bzw. entsprechende Stellungnahmen abgeben könnte.

Dieser Grundsatz gilt auch für das vorliegende Verfahren. Die Auffassung einer «wesentlichen Minderheit» muss dann berücksichtigt werden, wenn die Minderheit und ihre abweichende Auffassung zeitgerecht erkennbar sind. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die verantwortliche Behörde mit verspäteten Eingaben zeitlich unter Druck gesetzt und allenfalls sogar der Abstimmungstermin verschoben werden muss.

4. Zu prüfen bleibt weiter, ob sich die Alternativen – die Grünen Baar mit ihrer Forderung nach Publikationen ihrer «Minderheitsauffassung» rechtzeitig an den Gemeinderat gewandt haben oder nicht.

a) Um beurteilen zu können, ob sich die Alternativen – die Grünen Baar rechtzeitig mit ihrem Anliegen nach Publikation ihrer Auffassung an den Gemeinderat Baar gewandt haben, ist kurz die Vorgeschichte der für den 17. Juni 2012 vorgesehenen Abstimmung darzulegen: Am 28. Januar 2004 wurde vom Kantonsrat der kantonale Richtplan beschlossen. Darin wurde für das Gebiet der Gemeinde Baar der Neubau eines Golfplatzes festgesetzt. Am 1. Dezember 2010 wurden die Zonenplanänderung und die Änderung der Bauordnung durch den Gemeinderat verabschiedet und die Unterlagen der Baudirektion als Entwurf im Sinne von § 39 PBG zur Vorprüfung überwiesen. Am 24. Februar 2011 fand eine Informationsveranstaltung der Initianten des Golfparks statt. Am 1. April 2011 legte das Amt für Umweltschutz seine Beurteilung des Umweltverträglichkeitsberichts vor und stellte fest, dass die Errichtung des Golfparks den bunderechtlichen und kantonalrechtlichen Vorschriften über den Umweltschutz entspreche. Am 28. April 2011 erstattete die Baudirektion den Bericht über die Vorprüfung und Ergänzung der Bauordnung. Sie hielt dabei fest, die Genehmigung der Zonenplanänderung und die Ergänzung der Bauordnung könne in Aussicht gestellt werden, sofern die Vorbehalte erfüllt würden. Vom 25. November bis zum 27. Dezember 2011 wurden die Änderungen des Zonenplans und der Bauordnung im Sinne von § 39 Abs. 2 PBG öffentlich aufgelegt. Beigelegt waren gemäss der Publikation im Amtsblatt der Umweltverträglichkeitsbericht vom 9. November 2010, der Erläuterungsbericht zur Zonenplanänderung vom 2. November 2011, der Beschluss des Gemeinderates vom 1. Dezember 2010, der Vorprüfungsbericht der Baudirektion, die Beurteilung der UVP durch das Amt für Umweltschutz und der Beschluss des Gemeinderates vom 16. November 2011. Innert der Auflage gingen drei Einwendungen ein, wovon schliesslich zwei in den Abstimmungsunterlagen aufgeführt wurden. Eine dritte Einwendung wurde zurückgezogen. Am 26. Dezember 2011 nahmen die Zuger Umweltverbände zur Zonenplanänderung und zur Änderung der Bauordnung Stellung und erklärten, im Rahmen der öffentlichen Auflage zur Zonenplanänderung würden sie nur eine Einsprache einreichen, wenn gesetzliche Voraussetzungen verletzt seien oder die Umweltverträglichkeit insgesamt in Frage gestellt wäre. Man habe jedoch keine entsprechenden Anhaltspunkte gefunden. Man sei zum Schluss gekommen, dass das Golfplatzprojekt in der jetzigen Form die Anforderungen an die Umweltverträglichkeit erfülle.

b) Am 1. März 2012 reichte die IG NoGolf@HausenKappelBaar bei den Gemeinden Hausen, Kappel und Affoltern am Albis Einwendungen gegen die Festlegung einer Erholungszone G (Golf) und einer entsprechenden Bestimmung in der Bauordnung ein. Am 7. März 2012 erschien in der Zuger Zeitung ein Portrait von Andreas Lustenberger, in dem dieser unter anderem erklärte, dass die Alternativen – die Grünen Baar die Zonenplanänderung bekämpfen würden. Am 14. März 2012 wurde der Verein No-Golf@HausenKappelBaar gegründet. Ebenfalls am 14. März 2012 äusserte sich Kantonsrätin Anna Lustenberger in einem Leserbrief zu der Abstimmung über die Zweitwohnungen und über die bevorstehende Abstimmung über den Golfplatz, wobei sie sich fragte, ob man wirklich unser Land, unsere Heimat weiter verbauen und verspielen wolle. Am 31. März 2012 beschloss die Jahresversammlung der Alternativen – die Grünen Baar nach einer Begehung des Areals des geplanten Golfparks einstimmig, die Zonenplanänderung abzulehnen. Am 1. April 2012 wurde eine entsprechende Medienmitteilung verfasst. Am 4. April 2012 informierte Hanspeter Uster den Gemeindepräsidenten von Baar darüber, dass ein Brief der Alternativen – die Grünen Baar an den Gemeinderat unterwegs sei mit dem Ersuchen, in der Abstimmungsbroschüre den gegnerischen Standpunkt darlegen zu können. Am 5. April 2012 teilte der Gemeindeschreiber Hanspeter Uster per Email mit, nach geführter Diskussion habe der Gemeinderat entschieden, diesen Wunsch abzulehnen. Abklärungen bei der Direktion des Innern hätten ergeben, dass es rechtlich sehr heikel sei, in einer gemeindlichen Vorlage Stimmung für oder gegen ein Projekt zu

machen. Ebenfalls mit Email vom 5. April 2012 teilte Hanspeter Uster dem Gemeindeschreiber mit, dass man die Meinung des Gemeinderates nicht teile. Man verlange, dass der Gemeinderat den Antrag nochmals prüfe. Man plane andernfalls die Einreichung einer Abstimmungsbeschwerde.

c) Würdigt man diesen zeitlichen Ablauf, so ergibt sich, dass sich die Alternativen – die Grünen Baar mit ihrem Anliegen sehr viel Zeit gelassen haben. Seit 2004 wussten politisch interessierte Personen und Vereinigungen in Baar, dass im Bereich der drei Gemeinden Baar, Kappel und Hausen die Errichtung eines Golfplatzes vom Richtplan her möglich war. Im Jahr 2009 unternahmen die Initianten erstmals konkrete Schritte und legten ein Projekt vor, worüber an verschiedenen privaten Veranstaltungen informiert wurde (unter anderem in Baar im Februar 2011). Am 25. November 2011 wurden die Stimmberechtigten von Baar offiziell über alle rechtlichen Grundlagen der geplanten Änderung des Zonenplanes und der Bauordnung informiert und hatten während eines Monats Zeit, in sämtliche relevanten Unterlagen Einsicht zu nehmen. Ebenfalls wurde ihnen Gelegenheit geboten, Einwendungen vorzubringen. Von Seiten der Alternativen – die Grünen Baar gingen keine Einwendungen ein und es wurden auch keine kritischen Verlautbarungen bekannt gemacht. Im März 2012 wurde die IG NoGolf@HausenKappelBaar gegründet, der auch die vier Einzelpersonen angehörten, welche neben der Partei Beschwerde beim Regierungsrat geführt hatten. Die erwähnte Interessengemeinschaft reichte im März 2012 bei mehreren Zürcher Gemeinden Einwendungen gegen das Golfprojekt ein, Einwendungen, die weit über bloss politische Anliegen hinausgingen und verschiedene Verstösse gegen das Raumplanungs- und Umweltrecht anprangerten. Im Verlaufe des Monats März 2012 finden sich erstmals in Leserbriefen und Zeitungsartikeln Hinweise darauf, dass sich möglicherweise auch die Alternativen – die Grünen Baar gegen das Golfprojekt wenden könnten. Schliesslich wurde am 31. März 2012 durch die Partei ein entsprechender Beschluss gefasst. Eine mündliche Information des Gemeinderates Baar erfolgte via eine Bemerkung von Hanspeter Uster gegenüber dem Gemeindepräsidenten am 4. April 2012.

d) Bis zum 4. April 2012 hatte der Gemeinderat Baar keine Kenntnis davon, dass die Alternativen – die Grünen Baar beabsichtigten, das Golfprojekt zu bekämpfen. Vielmehr durfte er aus ihrer fehlenden Teilnahme am Planauflageverfahren und aus der grundsätzlich positiven Stellungnahme der Zuger Umweltverbände schliessen, dass gegen das Projekt offiziell keine Gegnerschaft aus ökologisch orientierten Kreisen bestehen würde. Gemäss Ablaufplan des Gemeinderates für die Urnenabstimmung vom 17. Juni 2012 mussten die Vorlage und die Stimmzettel bis zum 4. April 2012 vorliegen. Die Publikation der Abstimmungen war in Anwendung von § 24 WAG für den 20. April 2012 vorgesehen, das «Gut zum Druck» für den 25. April 2012. Zu beachten ist auch, dass die Ostertage in die Zeit vom 6. bis zum 9. April 2012 fielen und dass ab dem 14. April 2012 Frühlingsferien waren. Es soll nicht bestritten werden, dass es den Alternativen – die Grünen möglich gewesen wäre, innert weniger Tage ihre Auffassung zu Papier zu bringen. Dem Gemeinderat hätte aber auch noch Zeit übrig bleiben sollen, um zu prüfen, ob die Stellungnahme ehrverletzende, offensichtlich wahrheitswidrige oder bezüglich Umfangs nicht den Vorgaben entsprechende Darstellungen enthalten hätte. Nach Meinung des Gerichts kommt eine Anfrage für die Berücksichtigung einer Minderheitsmeinung in den Abstimmungserläuterungen am letzten Tag vor der Drucklegung zu spät, als dass sie noch berücksichtigt werden müsste. Würde man der Auffassung folgen, dass die Abgabe der Minderheitsmeinung am 4. oder 5. April 2012 noch zulässig gewesen wäre, so nähme man in Kauf, dass der von der Gemeinde mehrere Monate vor der Abstimmung erstellte Zeitplan, der mit der Druckerei, der Versandorganisation und allen involvierten internen Amtsstellen abgesprochen und koordiniert wurde und der die gesetzlichen Rahmenbedingungen beachten muss, nicht eingehalten werden könnte. Unter Umständen müsste die Abstimmung verschoben werden. Auch wenn im vorliegenden Fall keinerlei Hinweise dafür bestehen, dass mit der zeitlich zu knappen Ankündigung der Minderheitsmeinung das Ziel verfolgt wurde, den Abstimmungstermin zu verschieben, so würde nach der vom Regierungsrat vertretenen Auffassung die entsprechende Gefahr durchaus bestehen. Wie wichtig die Publikation der Minderheitsmeinung für die demokratische Willensbildung auch ist, so darf sie andererseits nicht dazu führen, dass ein Abstimmungstermin wegen einer zu knappen «Ankündigung» der Minderheitsmeinung verschoben werden muss.

e) Zusammenfassend ist Folgendes festzustellen: Es ist unbestritten, dass die Bestimmungen von Art. 34

Abs. 2 BV und § 25 WAG bei allen Abstimmungen und auf allen Stufen (Bund, Kanton und Gemeinde) zu beachten sind, bei denen den Stimmberechtigten Abstimmungserläuterungen zugestellt werden. Dies bedeutet für den vorliegenden Fall, dass der Gemeinderat grundsätzlich verpflichtet gewesen wäre, der Auffassung einer wesentlichen Minderheit in den Abstimmungserläuterungen Platz einzuräumen. Für das Gericht steht ebenfalls unzweifelhaft fest, dass es sich bei den Alternativen – die Grünen Baar als Partei mit einer Vertretung im Gemeinderat und im Kantonsrat um eine sog. «wesentliche Minderheit» im Sinne des Gesetzes gehandelt hat, deren Meinung in den Abstimmungserläuterungen hätte berücksichtigt werden müssen. Auch die Interessengemeinschaft NoGolf@HausenKappelBaar hätte – im Gegensatz zu den vier Einzelbeschwerdeführerinnen und Beschwerdeführern im Verwaltungsbeschwerdeverfahren – als wesentliche Minderheit anerkannt werden können. Im konkreten Fall sind aber die Alternativen – die Grünen Baar mit ihrem Anliegen nach Meinung des Gerichts zu spät an den Gemeinderat herangetreten. Einer wesentlichen Minderheit ist zuzumuten, dass sie sich rechtzeitig konstituiert und auch gegenüber den Behörden als solche zu erkennen gibt. Es erstaunt, dass sich die Alternativen – die Grünen im Rahmen der Planauflage nicht mit Einwendungen gemeldet haben, zumal die Berechtigung dazu gemäss § 39 Abs. 3 PBG weder personell noch inhaltlich beschränkt ist. Auch wenn das Planauflageverfahren im Rahmen der Zonenplanung eine andere Zielsetzung hat als die abstimmungsrechtliche Minderheitenregelung, so kann man auch in diesem Verfahren eine Minderheitsmeinung publik machen, zumal der Gemeinderat sogar verpflichtet ist, Einwendungen von Dritten und allfällige Vorbehalte der Baudirektion in den Abstimmungserläuterungen bekannt zu machen. Es ist dem Gemeinderat bei der Feststellung zuzustimmen, dass er – angesichts der fehlenden Opposition und der Zustimmung der Umweltverbände im Rahmen der Planauflage – bis zum 4. April 2012 davon ausgehen durfte, dass gegen das Projekt keine wesentliche Gegnerschaft bestehen würde. Das Gericht teilt die Auffassung des Regierungsrates nicht, dass vom Gemeinderat erwartet werden dürfe, dass er proaktiv auf irgendwelche Vereinigungen oder Interessengruppen zugehe, sei es, dass er mögliche Gegner direkt kontaktiert oder sogar irgendwelche Eingabefristen im Amtsblatt oder in einem anderen offiziellen Publikationsorgan angekündigt werden. Der Gemeinderat wehrt sich auch zu Recht gegen die Andeutung, dass nötigenfalls der Druck einer Abstimmungsvorlage unter Umständen gestoppt und die Abstimmung verschoben werden müsste, wenn eine wesentliche Minderheit zu spät wahrgenommen würde. Eine derartige Praxis würde den Gemeinderat handlungsunfähig machen und tatsächlich zum Spielball politischer Taktik werden lassen. Die Berücksichtigung einer wesentlichen Minderheit bedingt, dass sich diese rechtzeitig beim Gemeinderat bemerkbar macht und ihre Anliegen vorbringt. Ein proaktives Handeln des Gemeinderats kann nur dann verlangt werden, wenn sich aus der «Vorgeschichte» einer Vorlage Anhaltspunkte dafür ergeben, dass eine «wesentliche Minderheit» besteht, die sich gegen ein Projekt zu wenden beabsichtigt. Fehlen solche Anhaltspunkte, darf sich der Gemeinderat auf die Fristen in seinem Ablaufplan verlassen und berufen.

5. Das Gericht erachtet es nicht als seine Aufgabe, irgendwelche Fristen festzulegen, innert derer sich «wesentliche Minderheiten» im Regelfall bei der für die Publikation der Abstimmungserläuterungen zuständigen Behörde zu melden haben. Die Frist dürfte ohnehin von Abstimmung zu Abstimmung verschieden sein, wobei der jeweiligen Behörde ein erheblicher Ermessensspielraum zukommt. Dabei ist zu beachten, dass die unrichtige Handhabung des Ermessens vom Verwaltungsgericht nicht überprüft werden kann. Wenn der Regierungsrat die Ankündigung der Minderheitsmeinung am letzten Tag vor der Erteilung des Druckauftrages als fristgerecht erachtet, so teilt das Gericht diese Auffassung nicht. Wir befinden uns hier aber in einem Ermessensbereich, dessen Anwendung das Gericht nicht überprüfen darf. Festzuhalten gilt es aber trotzdem, dass es nicht sein darf, dass eine Partei mit der Bekanntgabe ihrer abweichenden Meinung bis zu dem Tag zuwartet, an dem eine Behörde die Abstimmungserläuterungen an die Druckerei zustellen will. Hier hätten sich die Einzelbeschwerdeführer, welche alle entweder Mitglieder des co-Präsidiums bzw. der Kerngruppe der IG NoGolf@HausenKappelBaar waren, bewusst sein müssen, dass sie ihre abweichende Meinung auch gegenüber dem Gemeinderat Baar sofort deutlich zu machen hätten. Hierfür genügen Leserbriefe und Meinungsäusserungen von Einzelpersonen im Rahmen eines Zeitungsportraits nicht. Hierfür ist eine direkte Kontaktaufnahme und Information zu verlangen. Der Gemeinderat Baar seinerseits muss sich den Vorwurf gefallen lassen, dass er sich nicht von Anfang auf den Standpunkt gestellt hat, die Ankündigung der Minderheitsmeinung erfolge verspätet,

sondern sich vorerst in Form eines Emails des Gemeindeschreibers – gestützt auf welche Informationen auch immer – auf den falschen Standpunkt gestellt hat, im Rahmen von gemeindlichen Abstimmungserläuterungen müssten abweichende Minderheitsauffassungen nicht publiziert werden. Diese Auffassung war auf jeden Fall unzutreffend. Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde daher als unbegründet und muss abgewiesen werden. Weil das Gericht die Auffassung des Regierungsrates nicht in allen Punkten teilt, erfolgt die Abweisung der Beschwerde im Sinne der Erwägungen (. . .) .

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. November 2013 V 2012 / 151

1.1.8 Opferhilfe

Art. 1 und 13 f. OHG – Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten vom 23. März 2007 (OHG, SR 312.5)
Regeste:

Art. 1 und 13 f. OHG – Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten vom 23. März 2007 (OHG, SR 312.5) – Die auf das Opferhilfegesetz gestützte Leistungspflicht des Staates ist subsidiär gegenüber der Leistungspflicht Dritter (Erw. 2). Im vorliegenden Fall besteht kein Anspruch auf Opferhilfe, weil die Beschwerdeführerin durch die behauptete Straftat in ihrer körperlichen, psychischen oder sexuellen Integrität nicht unmittelbar beeinrächtigt worden ist (Erw. 3).

Aus dem Sachverhalt:

A. Am «11. Dezember 2013» reichte A.M. bei der Sicherheitsdirektion des Kantons Zug als Opferhilfestelle ein Gesuch um Kostengutsprache nach Opferhilfegesetz für eine Notunterkunft ein. Unter der Ziff. II. Angaben zur Straftat (genauer Tathergang) wurde ausgeführt, die Straftat habe sich bis zum 10.1.2013 im Notzimmer der Gemeinde C. ereignet. Die Straftat wurde wie folgt beschrieben:

«Frau A.M. trat gestern notfallmässig durch Vermittlung des Sozialdienstes im Haus für Frauen in C. ein und macht folgende Aussagen zu ihrer Situation: Sie lebe seit Ende Oktober 2012 in einem Notzimmer der Gemeinde C. zusammen mit sieben Männern, mit welchen sie die gemeinsamen Räume wie Küche, Toiletten und Duschen teilen müsse. Mit einem Mitbewohner, Herr X.Y., habe sie dann eine Affäre angefangen. Sehr schnell habe sie dann festgestellt, dass der Mann sehr eifersüchtig sei. Er habe ihr verboten, mit den anderen Männern zu sprechen und habe angefangen, sie zu kontrollieren. Wegen seiner Eifersucht habe er die anderen Männer angegriffen. Vor einiger Zeit habe er ihre Zimmertüre eingeschlagen und habe sie schlagen wollen. In der Nacht auf gestern sei Herr Y. mit einem Küchenmesser auf sie losgegangen und habe sie erstechen wollen. Ein anderer Mitbewohner sei dazu gekommen und hätte den Täter ablenken und von seiner Tat abhalten können. Herr Y. habe sich dann etwas beruhigt, sei aber weiterhin mit dem Messer in der Küche herumgelaufen, so dass sie die Küche mindestens eine halbe Stunde nicht habe verlassen können. Dann habe sie sich in ihrem Zimmer eingeschlossen und am Vormittag habe sie sich an Frau Z. vom Sozialdienst gewandt. Frau Z. habe ihr geraten, bei der Polizei eine Anzeige zu erstatten. Am Nachmittag sei sie dann von der Polizei befragt worden und habe Herrn Y. wegen Drohung, Nötigung und Hausfriedensbruch angezeigt. Weil sie sich in ihrem Notzimmer nicht mehr sicher fühle und befürchtet habe, dass der Mann sie erneut angreifen werde, habe ihr Frau Z. vom Sozialdienst den Eintritt in das Frauenhaus vermittelt (. . .)».

Die Gesuchstellerin beantragte für den Zeitraum vom 10. bis zum 30. Januar 2013 die Erteilung einer Kostengutsprache für die Notunterkunft im Betrag von Fr. 3’150.–. Die Sicherheitsdirektion stellte bei der Zuger Polizei in der Folge ein Gesuch um Akteneinsicht betreffend die Vorfälle in C.. Am 16. Januar 2013 wurden der Sicherheitsdirektion die folgenden Akten zur Verfügung gestellt: Protokoll über die polizeiliche Einvernahme der beschuldigten Person vom 11. Januar 2013, Protokoll über die polizeiliche Einvernahme des Opfers als Auskunftsperson vom 10. Januar 2013 sowie zwei noch nicht fertig gestellte Rapporte vom 16. Januar 2013 mit einer fotografischen Aufnahme der fraglichen Zimmertüre. Mit Verfügung vom

25. Januar 2013 wies die Sicherheitsdirektion als kantonale Opferhilfestelle das Gesuch von A.B. um Kostengutsprache für die ausserhäusliche Unterbringung im Rahmen der Soforthilfe ab. Zur Begründung wurde unter anderem ausgeführt, Anspruch auf finanzielle Soforthilfe nach Art. 5 i.V. mit Art. 13 OHG hätten nur Personen, die durch die Straftat selber in eine Situation geraten seien, in welcher sie auf sofortige Unterstützung dringend angewiesen seien. Sinn und Zweck der Unterbringung in einer Notunterkunft sei es, dem Opfer Schutz vor gewaltausübenden Personen zu bieten, wenn keine polizeiliche Wegweisung möglich oder sinnvoll sei. Zur Bedrohungssituation werde im Gesuch ausgeführt, dass die Gesuchstellerin befürchte, dass ihr X.Y. etwas antun könnte. Ausser diesem subjektiven Gefühl der Gesuchstellerin würden jedoch keine objektiven Anzeichen einer konkreten Bedrohungssituation vorliegen, welche die Unterbringung der Gesuchstellerin in einer Notunterkunft aus opferhilferechtlicher Sicht dringend notwendig erscheinen liessen. Überdies sei gegenüber X.Y. ein Hausverbot ausgesprochen worden, so dass die Gesuchstellerin bei ihrer Rückkehr nicht mehr auf ihn treffen würde. Andere Gründe, welche ihren Aufenthalt an der M.strasse als nicht optimal erscheinen lassen würden (z. B. die Tatsache, dass sie als einzige Frau mit mehreren Männern Küche, Toilette und Dusche teilen müsse), seien nicht die direkte Folge einer Straftat und würden folglich nicht zu einem Anspruch nach Opferhilfegesetz führen. Zusammenfassend müsse man festhalten, dass keine opferhilferechtlich relevante Straftat vorliege, welche die Gesuchstellerin derart in ihrer psychischen Integrität beeinträchtigt hätte, dass ein Anspruch auf finanzielle Soforthilfe gestützt auf Art. 5 i.V. mit Art. 13 OHG entstehen würde.

B. Gegen diese Verfügung reichte A.B. am 1. Februar 2013 beim Verwaltungsgericht Beschwerde ein. Mit Schreiben vom 4. Februar 2013 teilte das Gericht A.B. mit, dass ihre Beschwerdeschrift zum Teil Stellen mit ungehörigem Inhalt und zum Teil ehrverletzenden Partien enthalte. Die Eingabe wurde an die Beschwerdeführerin mit der Aufforderung zurückgesandt, bis zum 15. Februar 2013 eine überarbeitete Beschwerdeschrift einzureichen. Am 7. Februar 2013 reichte A. B. eine abgeänderte Beschwerdeschrift ein.

C. Mit Vernehmlassung vom 8. März 2013 beantragt die Sicherheitsdirektion die Abweisung der Beschwerde (. . .). Das Gericht zog in der Folge antragsgemäss die Akten der Staatsanwaltschaft bei.

Aus den Erwägungen:

2. Die Beschwerdeführerin hat am 11. Januar 2013, eingegangen bei der Sicherheitsdirektion am 14. Januar 2013, ein Gesuch um Kostengutsprache für eine Notunterkunft eingereicht.

a) Gemäss Art. 1 Abs. 1 OHG hat jede Person, die durch eine Straftat in ihrer körperlichen, psychischen oder sexuellen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist (Opfer), Anspruch auf Unterstützung nach diesem Gesetz. Die Opferhilfe umfasst: a) Beratung und Soforthilfe, b) längerfristige Hilfe der Beratungsstellen, c) Kostenbeiträge für längerfristige Hilfe Dritter, d) Entschädigung, e) Genugtuung und f) Befreiung von Verfahrenskosten. Leistungen der Opferhilfe werden nur gewährt, wenn der Täter oder die Täterin oder eine andere verpflichtete Institution keine oder keine genügende Leistung erbringt (Art. 4 Abs. 1 OHG). Die Beratungsstellen leisten dem Opfer gemäss Art. 14 Abs. 1 OHG sofort Hilfe für die dringendsten Bedürfnisse, die als Folge der Straftat entstehen (Soforthilfe). Die Leistungen umfassen die angemessene medizinische, psychologische, soziale, materielle und juristische Hilfe in der Schweiz, die als Folge der Straftat notwendig geworden ist. Die Beratungsstellen besorgen dem Opfer und seinen Angehörigen bei Bedarf eine Notunterkunft (Art. 14 OHG). Mit der Erwähnung der Notunterkunft wird eine spezielle Leistungsart, die an sich zu der Kategorie der materiellen und sozialen Leistungen gehört, im Gesetz ausdrücklich erwähnt. Diese Bestimmung fand im Entwurf des Bundesrates Aufnahme, um damit einen parlamentarischen Vorstoss erledigen zu können. Mit diesem Vorstoss wurde die Schaffung von Voraussetzungen für die finanzielle Unterstützung von Frauenhäusern in der Schweiz gefordert. Die Vermittlung einer solchen Unterkunft ist namentlich bei Beziehungsdelikten nötig. Die ausdrückliche Erwähnung dieser speziellen Leistung kann nur bezwecken, sie im Bundesrecht festzuschreiben, um die gleichmässige Praxis für alle Opfer mit einem entsprechenden Bedarf zu garantieren (Zehntner, OHG-Kommentar 2009, Art. 14 Rz 2). Ziel der Unterbringung in einer Notunterkunft ist es, dem Opfer Schutz vor

der gewaltausübenden Person zu gewähren, wenn gegenüber Letzterer keine polizeiliche Wegweisung möglich ist.

b) Von der Beratungsstelle sind nur Leistungen zu erbringen, zu vermitteln oder zu bezahlen, die als Folge einer Straftat notwendig geworden sind. Gefordert wird somit ein kausaler Zusammenhang zwischen der Straftat und dem Bedarf an der beanspruchten Leistung. Die zu erbringende Leistung muss des Weiteren einer Notwendigkeit entsprechen. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn das Opfer eine den gleichen Zweck erfüllende Leistung von einem Dritten beanspruchen kann, was dem Subsidiaritätsprinzip gemäss Art. 4 OHG entspricht. Der Grundsatz der Subsidiarität bedeutet, dass die staatlichen Entschädigungsleistungen in der Rangordnung an unterster Stelle stehen und die Leistungspflicht des Staates hinter allen anderen Ansprüchen zurücktritt. Nur dann, wenn kein Zahlungspflichtiger zur Deckung des Schadens verpflichtet ist oder dazu verpflichtete Dritte keine genügenden Leistungen erbringen, muss letztlich der Staat dem Opfer finanzielle Leistungen ausrichten (vgl. hierzu Gomm, Kommentar zum OHG, Art. 4 Rz 1).

3. Weiter ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin überhaupt durch eine Straftat im Sinne von Art. 1 OHG in ihrer körperlichen, psychischen oder sexuellen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist.

a) In der Opferhilfe ist stets vom Resultat einer Straftat auf Seiten des Opfers und nicht vom Täterwillen auszugehen. Von Bedeutung ist somit, was eine Tat auf Seiten des Opfers bewirkt hat. In Art. 1 OHG wird dafür der Begriff «Beeinträchtigung» verwendet. Unter Beeinträchtigung der massgeblichen Integrität der betroffenen Person versteht man eine Verschlechterung ihres körperlichen oder psychischen Zustandes oder eine Verletzung ihrer sexuellen Unversehrtheit. Es genügt aber nicht jede geringfügige Beeinträchtigung des psychischen Wohlbefindens. Nicht jede banale oder kurzfristig vorübergehende Beeinträchtigung der Integrität gibt Anlass zur Anerkennung der Opferqualität. Es bedarf vielmehr einer gewissen Intensität dieser Beeinträchtigung, welche nicht lediglich in einem kurzen Angstzustand zum Zeitpunkt der Tat, in einem Schrecken, Ärger oder einer Unannehmlichkeit bestehen darf. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss die Beeinträchtigung von einem gewissen Gewicht sein, d.h. Bagatelldelikte, wie z. B. Tätlichkeiten, die nur eine unerhebliche Beeinträchtigung bewirken, sind vom Anwendungsbereich des Opferhilfegesetzes ausgenommen (Zehntner, Kommentar zum OHG, Art. 1 Rz 39 ff.).

b) In ihrem Gesuch vom 11. Januar 2013 führt die Beschwerdeführerin aus, X.Y. sei am Abend des 9. Januar 2013 mit einem Küchenmesser auf sie losgegangen und habe sie erstechen wollen. Ein anderer Mitbewohner habe ihn von seiner Tat abhalten können. Anschliessend sei er mit dem Messer in der Küche umhergelaufen, so dass sie die Küche mindestens eine halbe Stunde nicht habe verlassen können. Am 8. Januar 2013, 01.30 Uhr, habe er ihre Zimmertüre eingeschlagen und sie geschlagen. Die Beschwerdeführerin hat gegen X.Y. einen Strafantrag wegen Drohung, Hausfriedensbruch und Nötigung eingereicht. Aus der polizeilichen Einvernahme der Beschwerdeführerin vom 10. Januar 2013 zum Vorfall 8. Januar 2013 ergibt sich, dass X.Y. gegen ihren Willen die Türe geöffnet und in ihr Zimmer gekommen sei. Er sei zu ihrem Bett gekommen und habe seine Faust erhoben und ihr gesagt, dass sie eine Hure sei. Weiter erklärte sie, dass zwischen ihr und X.Y. eine Liebesbeziehung bestanden habe, welche sie beendet habe. Zum Vorfall vom 9. Januar 2013 erklärte sie bei der polizeilichen Einvernahme, nach einer Unterhaltung in der Küche sei X.Y. aggressiv und wütend geworden, habe ein Messer aus der Küchenschublade genommen und habe sich mit dem Messer in der Hand gegen sie umgedreht. Sie sei dann hinter den Stuhl eines Bekannten gesprungen, der sich auch in der Küche aufgehalten habe. Während rund 20 Minuten habe ihr X.Y. mit dem Messer den Weg aus der Küche versperrt.

c) X.Y. erklärte bei der polizeilichen Einvernahme, er sei nie ohne den Willen der Beschwerdeführerin in deren Zimmer gegangen. Zum Vorfall mit dem Messer erklärte er, er habe ein Messer aus der Schublade genommen, habe aber die Beschwerdeführerin damit nicht bedroht. Sie hätte die Küche jederzeit verlassen können. Der ebenfalls an der M.strasse wohnhafte F.G., der beim Vorfall mit dem Messer anwesend war, erklärte bei der polizeilichen Einvernahme, er sei in der Küche anwesend gewesen, als die

Beschwerdeführerin und X.Y. in die Küche gekommen seien und sich verbal gestritten hätten. X.Y. habe plötzlich die Küchenschublade geöffnet und ein Messer in die rechte Hand genommen. Er habe das Messer aber auf niemanden gerichtet, weder auf ihn noch auf die Beschwerdeführerin. Es habe vielmehr nach einer Warnung ausgeschaut, um sich einen gewissen Respekt zu verschaffen. Er habe das Messer nur kurze Zeit in der Hand gehalten und es anschliessend in seinen Hosengurt gesteckt.

d) Zur Bedrohungssituation ergibt sich aus den Akten, dass sich die Beschwerdeführerin im Notzimmer nicht mehr sicher fühle und befürchte, dass der Mann sie erneut angreife. Sie befinde sich in einem aufgeregten, verängstigten Zustand und brauche dringend Schutz und Unterstützung der Herberge für Frauen. Solange der Täter dort wohne, sei eine Rückkehr in ihr Notzimmer nicht zumutbar. Die Sicherheitsdirektion führt diesbezüglich aus, ausser dem subjektiven Gefühl der Beschwerdeführerin würden keine objektiven Anzeichen einer konkreten Bedrohungssituation vorliegen, welche eine Unterbringung der Beschwerdeführerin in einer Notunterkunft aus opferhilferechtlicher Sicht dringend notwendig erscheinen liessen. Dieser Beurteilung schliesst sich das Gericht an. Zu beachten ist in erster Linie, dass die Beschwerdeführerin und X.Y. über Monate hinweg ein Liebespaar waren und sich persönlich sehr gut kannten. Auch wenn das unerlaubte Betreten des Zimmers der Beschwerdeführerin durch X.Y. und das Androhen von Schlägen von einer vorübergehenden Eindrücklichkeit sein können und wenn die Drohgebärden mit einem Messer einen Menschen in seiner psychischen Integrität im Moment erheblich beeinträchtigen können, so ist doch angesichts der Schilderung des Vorfalls durch den unbeteiligten Dritten davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin nicht direkt mit dem Messer bedroht wurde. Es dürfte sich somit um einen kurzzeitigen Angstzustand gehandelt haben, der wohl nicht zu einer dauernden erheblichen Beeinträchtigung der psychischen Integrität der Beschwerdeführerin geführt hat.

e) Zu beachten ist in der ganzen Angelegenheit auch Folgendes: Zu dem Zeitpunkt, als die Beschwerdeführerin ihr Gesuch um Kostengutsprache nach OHG für eine Notunterkunft eingereicht hat, wussten die Verantwortlichen des Sozialdienstes der Gemeinde C., welche die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit dem Gesuch beraten haben, und damit auch die Beschwerdeführerin, dass die Gemeinde C. gegenüber X.Y. das Notzimmer gekündigt hatte (vgl. hierzu Kündigung vom 11. Januar 2013). Ebenfalls wurde ihm unter Verweis auf die Strafnorm von Art. 186 StGB ein Hausverbot für die Liegenschaft M.strasse in C. erteilt. Von beiden Dokumenten nahm X.Y. noch am gleichen Tag Kenntnis. Damit konnte die Beschwerdeführerin bereits im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung davon ausgehen, dass sie aus Angst vor dem «Täter» die Notunterkunft nicht mehr würde verlassen müssen. Im Übrigen verfügte X. Y. bereits schon vorher über ein Zimmer bei seinem Arbeitgeber, dem Restaurant L. in K.. Die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin seit Ende Oktober 2012 mit sieben Männern in der Notunterkunft die gemeinsamen Räume wie Küche, Dusche und WC teilen musste, ist als eher ungünstig zu bezeichnen, spielt aber bei der Beurteilung der vorliegenden Beschwerde keine Rolle, denn dieses Faktum steht nicht in einem kausalen Zusammenhang mit den Vorfällen vom 8. und 9. Januar 2013 und ist daher opferhilferechtlich nicht relevant.

f) Zusammengefasst muss Folgendes festgestellt werden: Bei den Vorfällen vom 8. und 9. Januar 2013 handelt es sich nicht um opferhilferechtlich relevante Straftaten, welche die Beschwerdeführerin in ihrer physischen und/oder psychischen Integrität dermassen erschüttert hätten, dass sie Anspruch auf finanzielle Soforthilfe für eine Notunterkunft gehabt hätte. Ein Anspruch auf finanzielle Soforthilfe für die Notunterkunft besteht auch aus anderen Gründen nicht. Aus dem Aktenstück Nr. 24 der Sicherheitsdirektion ergibt sich, dass das Haus für die Frauen im Zeitpunkt des Eintritts der Beschwerdeführerin in ihre Institution beim Sozialdienst der Gemeinde C. für die gesamte Aufenthaltsdauer ein Gesuch um Kostenübernahmegarantie eingereicht hat. Das Gesuch ist gemäss den Angaben des Hauses für Frauen bereits beurteilt worden und der Sozialdienst der Gemeinde C. haben die Übernahme der Kosten für die gesamte Aufenthaltsdauer bestätigt (. . .). Die Unterbringungskosten im Haus für Frauen sind von Dritten – und zwar nicht unter dem Titel Sozialhilfe – übernommen worden und könnten auch deshalb nicht als Soforthilfe im Sinne von Art. 13 f. OHG übernommen werden, da hierfür die gesetzlichen Voraussetzungen gemäss OHG nicht erfüllt sind.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 11. April 2013 V 2013 15

1.1.9 Erwachsenenschutzrecht / Fürsorgerische Unterbringung
Art. 426 Abs. 1 ZGB und Art. 439 ZGB
Regeste:

Art. 426 Abs. 1 ZGB und Art. 439 ZGB – Die Unterzeichnung eines sogenannten Freiwilligenscheins innerhalb der Beschwerdefrist und vor Einreichung einer allfälligen Beschwerde ist als Rechtsmittelverzicht zu betrachten.

Aus dem Sachverhalt:

A wurde am 13. Februar 2013 von Dr. med. B mittels ärztlicher fürsorgerischer Unterbringung zwangsweise in die Psychiatrische Klinik C eingewiesen, wo er am 14. Februar 2013 den sogenannten Freiwilligenschein unterzeichnete. Mit Schreiben vom 18. Februar 2013 wandte sich A an das Verwaltungsgericht und ersuchte um Entlassung aus der Klinik.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Art. 426 Abs. 1 ZGB in der seit 1. Januar 2013 geltenden Fassung darf eine Person, die an einer psychischen Störung oder an geistiger Behinderung leidet oder schwer verwahrlost ist, in einer geeigneten Einrichtung untergebracht werden, wenn die nötige Behandlung oder Betreuung nicht anders erfolgen kann. Zuständig für die Unterbringung ist grundsätzlich die Erwachsenenschutzbehörde, wobei eine Unterbringung im Kanton Zug auch durch Fachärzte der Psychiatrie – und bei Gefahr in Verzug durch jede Arztperson, die eine Bewilligung zur Berufsausübung besitzt – angeordnet werden kann und in diesem Fall höchstens sechs Wochen andauern darf (Art. 428 Abs. 1 und 429 Abs. 1 ZGB i.V.m. § 51 des Einführungsgesetzes zum ZGB, EG ZGB, in der ab 1. Januar 2013 geltenden Fassung; BGS 211.1). Über die Entlassung entscheidet im Falle einer ärztlichen Unterbringung die Einrichtung (Art. 429 Abs. 3 ZGB i.V.m. § 52 Abs. 1 EG ZGB). Bei ärztlich angeordneter Unterbringung kann die betroffene oder eine ihr nahestehende Person gemäss Art. 439 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB das zuständige Gericht anrufen. Die Frist zur Anrufung des Gerichts beträgt zehn Tage seit Mitteilung des Entscheids (Art. 439 Abs. 2 ZGB). Gemäss § 58 Abs. 1 lit. b EG ZGB beurteilt das Verwaltungsgericht Beschwerden gegen eine ärztlich angeordnete Unterbringung. Örtlich zuständig für die Beurteilung ist das Verwaltungsgericht, wenn die betroffene Person Wohnsitz im Kanton Zug hat oder wenn die Massnahme von einer Arztperson oder Einrichtung im Kanton Zug angeordnet wurde und die betroffene Person sich im Kanton Zug aufhält (§ 58 Abs. 2 EG ZGB). Auf das Verfahren vor Verwaltungsgericht ist, unter Vorbehalt abweichender Bestimmungen des EG ZGB und des Bundesrechts, das Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 1. April 1976, VRG, anwendbar.

2. Am 13. Februar 2013 wurde der Beschwerdeführer in die Psychiatrische Klinik C eingewiesen und am 14. Februar 2013 unterzeichnete er den sogenannten Freiwilligenschein, in dem er sich vorbehaltlos damit einverstanden erklärte, zur Behandlung in der Klinik zu bleiben. Es fragt sich damit, ob trotz Unterzeichnung des Freiwilligenscheins gleichwohl noch innerhalb der Beschwerdefrist Beschwerde erhoben werden kann. Dies ist zu verneinen. Es ist nämlich zu beachten, dass die Unterzeichnung eines Freiwilligenscheins innerhalb der Beschwerdefrist und vor Einreichung einer allfälligen Beschwerde als Rechtsmittelverzicht zu betrachten ist. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann der Verzicht auf ein Rechtsmittel nach Erhalt der begründeten Verfügung grundsätzlich gültig ergehen. Der Rechtsmittelverzicht ist auch nicht frei widerrufbar. Ein Widerruf ist jedoch zulässig, wenn nachgewiesen wird, dass er unter Willensmängeln, insbesondere aufgrund irreführender Angaben der Behörde, zustande gekommen ist. Haben die Parteien auf eine Anfechtung gültig verzichtet, erwächst der Entscheid in formelle Rechtskraft (Urteil des Bundesgerichts vom 23. Mai 2006, U 304/04, Erw. 2.2 mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer erklärte sich bedingungs- und vorbehaltlos mit dem Verbleib und der Behandlung in der Klinik einverstanden und auch in seiner Eingabe vom 18. Februar 2013, die er noch innerhalb der

ursprünglichen Beschwerdefrist der Post übergeben hat, macht er weder explizit noch sinngemäss geltend, dass sein Rechtsmittelverzicht unter Willensmängeln zustande gekommen sei. Unter diesen Umständen kann auf die Eingabe vom 18. Februar 2013 nicht als Beschwerde eingetreten werden. Da die Voraussetzungen für ein Nichteintreten auf die Beschwerde offensichtlich erfüllt sind, kann die Beurteilung gemäss § 20 Abs. 3 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichts vom 14. Januar 1977 (GO; BGS 162.11) durch die Einzelrichterin erfolgen.

Der Beschwerdeführer wird abschliessend darauf hingewiesen, dass er berechtigt ist, ein Entlassungsgesuch an die Klinikleitung zu richten (Art. 426 Abs. 4 i.V.m. Art. 429 Abs. 3 ZGB). Nach einer allfälligen Abweisung eines solchen Entlassungsgesuchs könnte wiederum das Verwaltungsgericht angerufen werden (vgl. Art. 439 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB).

3. Gemäss § 57 Abs. 2 EG ZGB sind im Bereich der fürsorgerischen Unterbringung keine Kosten zu erheben, weshalb im vorliegenden Fall keine Gerichtskosten aufzuerlegen sind.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 20. Februar 2013 F 2013 12

Art. 426 ff. ZGB
Regeste:

Art. 426 ff. ZGB – Voraussetzungen, unter denen die Anordnung und Aufrechterhaltung einer fürsorgerischen Unterbringung zulässig ist.

Aus dem Sachverhalt:

A wurde am 22. November 2013 vom Notfallpsychiater Dr. med. B mit fürsorgerischer Unterbringung in die Psychiatrische Klinik F eingewiesen. Gegen diese Einweisung beschwerte sich A mit Schreiben vom 25. November 2013 beim Verwaltungsgericht und verlangte seine sofortige Entlassung. Am 4. Dezember 2013 wurde der Beschwerdeführer von der fürsorgerechtlichen Kammer in der Klinik persönlich angehört. An dieser Anhörung nahmen seitens der Klinik Dr. med. C und der behandelnde Psychologe lic. phil. D sowie als Sachverständiger der Psychiater Dr. med. E teil, der im Anschluss an die Befragung sein Gutachten mündlich erstattete. Nach der Verhandlung und Beratung wurde der Urteilsspruch mündlich eröffnet und kurz begründet.

Aus den Erwägungen:

1. Gegen eine ärztlich angeordnete Unterbringung kann die betroffene oder eine ihr nahestehende Person innert zehn Tagen seit Mitteilung des Entscheids schriftlich das Gericht anrufen (Art. 439 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB in der seit 1. Januar 2013 geltenden Fassung). Zuständiges Gericht für die Beurteilung von Beschwerden in den Fällen von Art. 439 ZGB ist gemäss der per 1. Januar 2013 geltenden Fassung von § 58 Abs. 1 lit. b des Einführungsgesetzes zum ZGB (EG ZGB, BGS 211.1) das Verwaltungsgericht. Örtlich zuständig ist das Verwaltungsgericht, wenn die betroffene Person Wohnsitz im Kanton Zug hat oder wenn die Massnahme von einer Arztperson oder Einrichtung im Kanton Zug angeordnet wurde und die betroffene Person sich im Kanton Zug aufhält (§ 58 Abs. 2 EG ZGB). Der Beschwerdeführer wohnt im Kanton Zug, weshalb die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts gegeben und die fristgerecht eingereichte und den minimalen formellen Anforderungen genügende Beschwerde (Art. 439 Abs. 1 i.V.m. Art. 450e Abs. 1 ZGB) zu prüfen ist.

2. Eine Person, die an einer psychischen Störung oder an geistiger Behinderung leidet oder schwer verwahrlost ist, darf in einer geeigneten Einrichtung untergebracht werden, wenn die nötige Behandlung oder Betreuung nicht anders erfolgen kann (Art. 426 Abs. 1 ZGB in der seit 1. Januar 2013 geltenden Fassung). Die Belastung und der Schutz von Angehörigen und Dritten sind zu berücksichtigen (Art. 426 Abs. 2 ZGB). Die betroffene Person wird entlassen, sobald die Voraussetzungen für die Unterbringung

nicht mehr erfüllt sind; über die Entlassung entscheidet die Einrichtung (Art. 426 Abs. 3 und Art. 429 Abs. 3 ZGB). Die ärztliche Unterbringung fällt spätestens nach sechs Wochen dahin, sofern nicht ein vollstreckbarer Unterbringungsentscheid der Erwachsenenschutzbehörde vorliegt (Art. 429 Abs. 2 ZGB i.V.m. § 51 Abs. 3 EG ZGB). Hat die betroffene Person gegen eine fürsorgerische Unterbringung Beschwerde erhoben, hört sie die gerichtliche Beschwerdeinstanz in der Regel als Kollegium an (Art. 450e Abs. 4 Satz 1 ZGB) und entscheidet in der Regel innert fünf Arbeitstagen seit Eingang der Beschwerde (Art. 450e Abs. 5 ZGB). Bei psychischen Störungen muss zudem gestützt auf das Gutachten einer sachverständigen Person entschieden werden (Art. 450e Abs. 3 ZGB).

Das Gesetz nennt als Voraussetzung für eine fürsorgerische Unterbringung das Vorliegen eines Schwächezustandes, der eine Behandlung oder Betreuung notwendig macht, die nicht anders als durch den Entzug der Freiheit erbracht werden kann. Die Voraussetzungen bedingen sich gegenseitig und sind nur in ihrem Zusammenhang verständlich. Der Schwächezustand allein vermag eine FU nie zu rechtfertigen, sondern immer nur zusammen mit der Notwendigkeit einer Behandlung oder Betreuung. Schliesslich werden die Voraussetzungen auch mit Blick auf die Rechtsfolge weiter eingeschränkt. Die freiheitsbeschränkende Unterbringung ist selbst bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen nur gesetzeskonform, wenn der Zweck nicht mit einer milderen Massnahme erreicht werden kann. Insofern gilt das Verhältnismässigkeitsprinzip. Zudem muss die Unterbringung für den angestrebten Zweck tauglich sein. Die Zulässigkeit der fürsorgerischen Unterbringung lässt sich deshalb immer nur mit Bezug auf die Einweisung in eine bestimmte Einrichtung beurteilen; insofern stellt der Begriff der geeigneten Einrichtung eine weitere Einschränkung dar (Geiser/Etzensberger, Basler Kommentar Erwachsenenschutz, Art. 426 N 7). Ziel der fürsorgerischen Unterbringung ist es, die betroffene Person in die Selbständigkeit zu führen, ihre Eigenverantwortung zu stärken und ein menschenwürdiges Dasein zu ermöglichen. Lässt sich der Schwächezustand beseitigen oder mindestens abschwächen, ist mit der fürsorgerischen Unterbringung dafür zu sorgen, dass die betroffene Person wieder aus der Einrichtung entlassen werden und ihr Leben nach ihren eigenen Vorstellungen, Neigungen und Fähigkeiten selber gestalten und organisieren kann (Geiser/Etzensberger, a.a.O., vor Art. 426-439 N 14). Die FU dient in jedem Fall dem Schutz der betroffenen Person. Voraussetzung ist deshalb immer, dass der Betroffene eines besonderen Schutzes bedarf, der eben nur mit einer Freiheitsentziehung erbracht werden kann; diese muss die persönliche Fürsorge sicherstellen (Geiser/Etzensberger, a.a.O., Art. 426 N 8). Schliesslich gilt für die FU der Grundsatz der Verhältnismässigkeit; sie stellt einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit der betroffenen Person dar und ist deshalb nur zulässig, wenn keine leichteren Massnahmen der betroffenen Person einen genügenden Schutz gewähren, mit dieser Massnahme hingegen ein solcher voraussichtlich erreicht werden kann. Als verhältnismässig erscheint eine FU nur, wenn mit ihr das angestrebte Ziel – in erster Linie die Wiedererlangung der Selbständigkeit und der Eigenverantwortung – überhaupt erreicht werden kann. Die Vor- und Nachteile, welche eine FU der betroffenen Person bringt, sind gegeneinander abzuwägen. Interessen der Umgebung und der Öffentlichkeit haben insoweit zurückzutreten. Die Belastung für die Umgebung ist nur mitzuberücksichtigen (Geiser Etzensberger, a.a.O., Art. 426 N 22 ff.).

3. Eine fürsorgerische Unterbringung oder Zurückbehaltung ist nur dann zulässig, wenn bei der betroffenen Person einer der in Art. 426 Abs. 1 ZGB aufgeführten Schwächezustände vorliegt. Zudem muss wegen dieses Schwächezustands ein Fürsorgebedarf hinsichtlich Behandlung und/oder Betreuung bestehen, was anhand der konkreten Gefahr für die Gesundheit oder das Leben der betroffenen Person bzw. von Dritten, die besteht, wenn die Behandlung der psychischen Störung bzw. die Betreuung unterbleibt, zu beurteilen ist. Danach ist in rechtlicher Hinsicht zu beurteilen, ob und wenn ja warum eine Behandlung einer festgestellten geistigen Störung bzw. eine Betreuung «nötig» ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 17. April 2013, 5A_254/2013 Erw. 2.2).

(. . .)

3.3 Gestützt auf die Vorgeschichte und die ärztlichen Angaben besteht kein Zweifel daran, dass der Beschwerdeführer an einer schweren psychischen Störung leidet. Im Vordergrund steht dabei eine Erkrankung aus dem schizophrenen Formenkreis, aller Wahrscheinlichkeit nach eine paranoide

Schizophrenie; auch eine drogeninduzierte Psychose ist differentialdiagnostisch ebenfalls noch möglich. Dass derzeit die Diagnose noch nicht exakt und abschliessend gestellt werden kann, ist nicht entscheidend. Massgebend ist vielmehr, dass bei beiden möglichen Diagnosen in jedem Fall eine schwerwiegende psychische Störung und damit ein Schwächezustand im Sinne von Art. 426 Abs. 1 ZGB vorliegt. Damit ist die erste Voraussetzung für eine fürsorgerische Unterbringung erfüllt.

3.4 Zu prüfen ist im Weiteren, ob die beim Beschwerdeführer bestehende psychische Störung eine Behandlung und/oder eine Betreuung nötig macht, was unter anderem anhand des Fremd- und/oder Selbstgefährdungspotentials zu beurteilen ist.

3.4.1 Bei der Beurteilung der Selbstgefährdung stellt sich einerseits die Frage nach einer allfälligen Suizidgefahr. Andererseits ist auch danach zu fragen, ob die Gesundheitsschädigung bedrohliche Ausmasse annimmt, ob Anzeichen für ein Fortschreiten der Erkrankung bestehen, ob der Betroffene daran ist, in seiner Lebensgestaltung, seinem Verhalten in seiner Umgebung, seiner persönlichen Hygiene und seiner Gesamtverfassung in einen Zustand von Selbstdestruktion zu geraten, der der Menschenwürde nicht mehr entspricht (vgl. hierzu R. Furger, Unterbringung Jugendlicher und Erwachsener im Sinne der FFE aus psychiatrischer Sicht, ZVW 38, 41 ff.).

3.4.1.1 Das Vorliegen von akuter Suizidalität wird sowohl vom behandelnden Klinikarzt wie auch vom gerichtlichen Gutachter verneint. Die Äusserung des Beschwerdeführers bei der Einweisung, man solle ihn erschiessen, wertet Dr. E als Ausdruck seiner Verzweiflungssituation. Aus seiner Sicht sei er erneut bei der Polizei denunziert und dann festgenommen worden; aus Erfahrung habe er gewusst, was nun auf ihn zukomme. Solche Äusserungen bei Jugendlichen seien auch nicht unbedingt zum vollen Nennwert zu nehmen. Weder in der Vorgeschichte, den Akten noch aus den Gesprächen gebe es konkrete Hinweise auf Suizidalität. Der Beschwerdeführer selber erklärte an der Anhörung, dass er sich nicht mehr gut an diese Äusserung erinnern könne; er wisse nur noch, dass er sehr in Rage, wütend und frustriert gewesen sei, weil seine Schwester ohne triftigen Grund die Polizei angerufen habe und diese auch tatsächlich gekommen sei.

3.4.1.2 Eine Selbstgefährdung im weiteren Sinne ist aus ärztlicher Sicht darin zu erblicken, dass der Beschwerdeführer im Falle einer baldigen Entlassung die Medikamente kurz- bis mittelfristig absetzen und seinen Cannabiskonsum wieder aufnehmen würde, was zu einer erneuten Verschlechterung des Gesundheitszustandes führen würde. Nach Ansicht von Dr. E besteht beim Beschwerdeführer grosse Chronifizierungs- und Verwahrlosungsgefahr. Es seien ausgeprägte Negativsymptome feststellbar; der Beschwerdeführer habe keine Energie, könne sich nicht strukturieren und organisieren, habe ab Mitte Monat kein Geld mehr und könne sich dann auch nicht mehr selber ernähren. Der Beschwerdeführer erklärte seinen Geldmangel ab Mitte Monat mit angeblich hohen Fixkosten, räumte aber auch ein, dass er einen Teil des Geldes, das er vom Sozialamt erhalte, für seinen Cannabiskonsum ausgebe; den Cannabiskonsum habe er nun aber vor rund zwei bis drei Wochen aufgegeben und er wolle auch weiterhin auf das Kiffen verzichten.

3.4.1.3 Eine akute und erhebliche Suizidalität besteht beim Beschwerdeführer gestützt auf die ärztlichen Angaben weder im Klinikrahmen noch im Falle einer baldigen Entlassung. Im Falle einer baldigen Entlassung in die alten Verhältnisse ist hingegen mit einer erheblichen und akuten Selbstgefährdung in einem weiteren Sinne zu rechnen. Einerseits wird der Beschwerdeführer nach ärztlicher Einschätzung kurz- bis mittelfristig die Medikamente wieder absetzen, was auch nach der letzten Klinikentlassung am 13. August 2013 geschehen ist. Dies wird innert kurzer Frist zu einer erneuten Verschlechterung seines Gesundheitszustandes und einer weiteren Chronifizierung seiner psychischen Störung führen. Trotz all seiner Beteuerungen, nicht mehr kiffen zu wollen, ist über kurz oder lang wieder mit Cannabiskonsum zu rechnen, was die psychotische Symptomatik erneut triggern bzw. auslösen könnte. Mit der Verschlechterung des Gesundheitszustandes droht dem Beschwerdeführer auch die Verwahrlosung, da er offenbar nicht in der Lage ist, die Unterstützungsleistungen des Sozialamtes gezielt für seinen Lebensunterhalt einzusetzen. Wenn ihm Mitte Monat das Geld ausgeht, hat er nichts mehr zu essen und

er muss sich an seine Familie wenden, um nicht zu hungern. Ohne Unterstützung der Mutter und der Familie, mit der es immer wieder zu erheblichen Streitigkeiten mit Sachbeschädigungen gekommen ist, wird der Beschwerdeführer nicht in der Lage sein, sich Essen zu beschaffen. Es droht ihm auch die Stigmatisierung, da er in seinem Umfeld als psychisch kranker junger Mann wahrgenommen wird, was seine private und berufliche Zukunft erheblich beeinträchtigen dürfte. Die Selbstgefährdung in diesem weiteren Sinne ist daher als erheblich und unmittelbar drohend zu qualifizieren.

3.4.2 Bei der Beurteilung der Fremdgefährdung geht es nicht nur um die Gefahr für Leib und Leben von Drittpersonen, sondern ebenso sehr auch um elementare Gefährdungen des Wohlbefindens und der seelischen Gesundheit anderer. Neben der eigentlichen Fremdgefährdung ist auch die Drittgefährdung im Sinne der Belastung der Umgebung durch den Betroffenen mitzuberücksichtigen, auch wenn eine solche Belastung für sich allein nicht für eine Einweisung oder eine Rückbehaltung ausreichen kann (Spirig, Zürcher Kommentar, N 336 ff. zu altArt. 397a ZGB). Die fürsorgerische Unterbringung dient dem Schutz der betroffenen Person, nicht ihrer Umgebung; entsprechend ist die Fremdgefährdung weder eine Unterbringungsvoraussetzung noch für eine Unterbringung ausreichend (Geiser/Etzensberger, a.a.O., N 41 zu Art. 426 ZGB mit Hinweisen). Das geltende Recht hält im Gegensatz zum früheren ausdrücklich fest, dass nicht nur die Belastung sondern auch der Schutz Angehöriger und Dritter zu berücksichtigen ist (Geiser/Etzensberger, a.a.O., N 42 zu Art. 426 ZGB).

3.4.2.1 Der behandelnde Klinikarzt Dr. C sieht keine Fremdgefährdung gegenüber Personen; die Aggressivität richte sich vielmehr regelmässig gegen Sachen im Rahmen von starker Anspannung. Nach Ansicht von Dr. E ist eine Fremdaggression gegen Personen nicht auszuschliessen, wenn es zu Erregungszuständen komme. Die Aggressionen hätten sich bisher gegen Gegenstände und nicht gegen Menschen gerichtet; das sei natürlich keine Garantie, dass das auch so bleibe. Die Belastung für sein soziales Umfeld wird von beiden Ärzten als erheblich eingeschätzt.

3.4.2.2 In Berücksichtigung der Vorgeschichte und der ärztlichen Angaben ist fremdaggressives Verhalten, das sich gegen Personen richtet, nicht unmittelbar zu befürchten, kann aber angesichts der wiederholten Sachbeschädigungen auch nicht ganz ausgeschlossen werden, wenn der Beschwerdeführer wieder in Rage geraten sollte und er sich in diesem Zustand nicht mehr unter Kontrolle halten könnte. Die Belastung, die er für sein Umfeld darstellt, ist als erheblich und schwerwiegend zu qualifizieren. Die Familie, insbesondere die Mutter, sorgen sich offensichtlich sehr um den Beschwerdeführer; es kommt aber wegen seiner psychischen Erkrankung immer wieder zu heftigen Auseinandersetzungen mit Sachbeschädigungen, bei denen es hauptsächlich um Geld geht. Die Mutter hat sich nach der letzten Auseinandersetzung, die zur aktuellen Einweisung geführt hat, offenbar aus nachvollziehbaren Gründen veranlasst gesehen, sich vorerst zurückzuziehen.

3.4.3 Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass das beim Beschwerdeführer bestehende Selbst- und Fremdgefährdungspotential im Falle einer baldigen Entlassung als erheblich und unmittelbar drohend zu beurteilen ist. Sein Zustand wird sich deutlich verschlechtern, sobald er die Medikamente absetzt und den Cannabiskonsum wieder aufnimmt, was innert weniger Tage oder Wochen zu erwarten sein dürfte. Damit gefährdet er sich selbst und ist auch für seine nächste familiäre Umgebung eine unzumutbare Belastung.

3.5 Die psychische Erkrankung des Beschwerdeführers, bei der es sich nach übereinstimmender ärztlicher Ansicht sehr wahrscheinlich um eine paranoide Schizophrenie handelt, wird in erster Linie mit Neuroleptika behandelt, wozu der Beschwerdeführer im Klinikrahmen auch die nötige Compliance zeigt. Die Einstellung der Medikamente ist allerdings noch nicht abgeschlossen, da beim Beschwerdeführer höhere Dosierungen als üblich eingesetzt werden müssen, um eine entsprechende Wirkung zu erzielen; dies hat sich im Rahmen des letzten Klinikaufenthalts herauskristallisiert. Während des Klinikaufenthalts ist auch am ehesten eine Cannabisabstinenz einzuhalten, die der Beschwerdeführer nach eigenen Angaben bereits zwei oder drei Wochen vor Klinikeintritt – wohl aus Geldmangel – begonnen hat. Der Behandlungs- und Betreuungsbedarf ist damit ausgewiesen und auch notwendig.

4. Unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit ist schliesslich zu prüfen, ob dem Beschwerdeführer die nötige persönliche Fürsorge im Zusammenhang mit seiner Erkrankung auch anders als im Rahmen eines stationären Anstaltsaufenthalts erwiesen werden könnte, beispielsweise durch eine ambulante Psychotherapie bzw. eine ambulante Abgabe von Medikamenten. Bei der Beurteilung dieser Frage sind die folgenden Kriterien in die Entscheidung miteinzubeziehen: Krankheitseinsicht, Bereitschaft, in eine medizinische Behandlung einzuwilligen, soziale Begleitumstände (Wohnung, Arbeit, Beziehungsnetz) und die Folgen einer sofortigen Entlassung in medizinischer und sozialer Hinsicht. Diese sind gegeneinander abzuwägen. Ob die fürsorgerische Unterbringung aufrecht erhalten bleiben soll, beurteilt sich anhand der Lage der betroffenen Person im Zeitpunkt des jeweiligen Entscheides.

4.1 Der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers hat sich in den rund zwei Wochen seit Klinikeintritt bereits deutlich verbessert. Er ermüdet gemäss Dr. E im Gespräch aber noch relativ schnell; er verlangsame dann spürbar, habe Mühe sich zu konzentrieren und die hintergründige Wahnthematik komme dann offen zum Vorschein. Er sei immer noch in einer abklingenden Akutphase und medikamentös noch nicht fertig eingestellt. Hinsichtlich der Psychose bestehe keine Krankheitseinsicht und somit konsequenterweise auch keine Behandlungsmotivation. Auch Dr. C erachtet die Krankheitseinsicht nur bezüglich der depressiven Komponente, nicht aber bezüglich der psychotischen Symptomatik als gegeben und bezweifelt, dass die bisher in der Klinik gezeigte Behandlungsbereitschaft im ambulanten Rahmen recht schnell abnehmen würde. Auch die Bereitschaft, auf den Konsum von Cannabis ganz zu verzichten, erachten beide Ärzte als wenig nachhaltig und auf Dauer auch nicht als erfolgversprechend. Nach der Entlassung im ersten Beschwerdeverfahren (Anm. im August 2013) hat der Beschwerdeführer nach rund einer Woche die Tagesklinik trotz anders lautenden Versprechens überhaupt nicht mehr aufgesucht, ist nur unregelmässig zum behandelnden ambulanten Psychiater gegangen und hat die verschriebenen Medikamente nach einiger Zeit abgesetzt, da es ihm mit den Medikamenten nicht mehr wirklich gut gegangen sei. Auch die Beteuerungen des Beschwerdeführers im Rahmen der Anhörung vermögen insgesamt nichts daran zu ändern, dass es ihm offensichtlich an Krankheitseinsicht fehlt und bei ihm auch keine ernsthafte glaubwürdige Behandlungsbereitschaft vorhanden ist.

4.2 Die sozialen Begleitumstände sind derzeit sehr ungünstig. Der 24 Jahre alte Beschwerdeführer wohnt vom Sozialamt unterstützt allein in einem kleinen Studio, wo er keine Tagesstruktur hat, spät aufsteht und spät zu Bett geht und den Tag vorwiegend mit Fernsehen verbringt. Der Beschwerdeführer hat keine Arbeitsstelle und sein Lebensunterhalt wird – soweit bekannt – vom Sozialamt finanziert. Nach eigenen Angaben ist derzeit eine Anmeldung bei der IV hängig. Seine Hobbies Skateboarden und Snowboarden kann sich der Beschwerdeführer nicht leisten, da ihm das Geld jeweils Mitte Monat – wohl auch wegen des Kaufs von Cannabis — ausgeht und er dann auch kein Essen mehr für sich kaufen kann, weshalb er zum Essen zur Mutter gehen muss, wo es immer wieder zu heftigen Auseinandersetzungen kommt. Auch sonst geht er offenbar aus finanziellen Gründen kaum ausser Haus und hat neben der Familie auch keine anderen engeren sozialen Kontakte, sodass auch bereits deutlich ein sozialer Rückzug feststellbar ist. Das Verhältnis zur Familie und insbesondere zur Mutter ist aktuell erheblich belastet. Die Mutter, die bei der Anhörung im letzten Beschwerdeverfahren noch teilgenommen hatte, hat sich mittlerweile offenbar etwas zurückgezogen und ist für eine professionelle Betreuung ihres Sohnes. Die Familie scheint denn auch mit der Situation zunehmend überfordert und erheblich belastet zu sein. Das Beziehungsnetz, das aktuell zur Verfügung steht, ist derzeit nicht ausreichend tragfähig für eine ambulante Betreuung und Behandlung der schweren Erkrankung des Beschwerdeführers.

4.3 Klinikarzt Dr. C äusserte die Ansicht, dass ein stationärer Aufenthalt gegen den Willen des Patienten grundsätzlich nicht mehr notwendig sei unter der Voraussetzung, dass man ein gutes Netz für den ambulanten Rahmen aufbaue; für die Planung und Organisation eines solchen guten ambulanten Netzes – mit Spitex, klarer Nachsorge usw. – bräuchte man ein paar Tage, mindestens aber eine Woche Zeit. Wenn er sofort und ohne dieses Netz entlassen würde, würde es wahrscheinlich schief gehen. Doktor E betrachtete die von Klinikarzt Dr. C genannte eine Woche zum Aufbau eines ambulanten Netzes als äusserst ambitiös; seiner Ansicht nach wären dafür mindestens zwei bis drei Wochen einzusetzen, vorausgesetzt der Beschwerdeführer kooperiere weiterhin und nehme die Medikamente ein. In dieser Zeit

müssten die Wohnsituation und die Betreuung beim Wohnen geprüft werden; die Vernetzung mit den sozialen Institutionen und die Finanzen müssten neu aufgegleist werden und man sollte mit der IV Kontakt aufnehmen und allenfalls die KESB einschalten. Es seien aber grosse Zweifel angebracht, ob eine ambulante Behandlung wirklich gelinge, da der Beschwerdeführer hinsichtlich der Psychose keine Krankheitseinsicht und somit konsequenterweise auch keine Behandlungsmotivation habe. Voraussetzung für eine Entlassung in ein ambulantes Setting wären idealerweise Krankheitseinsicht und Behandlungsbereitschaft; sicherlich müsste man ihn aber auch vom sozialen Betreuungsnetzwerk her intensiver versorgen. Er müsste regelmässig betreut sein und eine Tagesstruktur haben. Der Versuch mit der Tagesklinik sei nach der Entlassung am 13. August 2013 bereits nach einer Woche gescheitert. Im Falle einer sofortigen Entlassung sei damit zu rechnen, dass der Beschwerdeführer innerhalb einiger Tage oder Wochen wieder sein altes Leben weiterführen werde.

4.4 In Würdigung der Akten, der Vorgeschichte und der ärztlichen Angaben ist eine Entlassung in ambulante Betreuung und Behandlung derzeit noch nicht möglich, denn der Beschwerdeführer würde mangels Krankheitseinsicht und Behandlungsbereitschaft innert weniger Tage oder Wochen mit hoher Wahrscheinlichkeit die Medikamente absetzen, den Cannabiskonsum wieder aufnehmen und – wenn überhaupt – nur noch unregelmässig Therapiesitzungen besuchen; der Verlauf würde wohl ähnlich ausfallen wie bei der letzten Entlassung in die alten Verhältnisse am 13. August 2013. Damit würde kurz- und mittelfristig die noch nicht voll remittierte Psychose wieder aufflammen mit erheblicher Selbst- und Fremdgefährdung; weitere Klinikeinweisungen wären die Folge. Eine Entlassung in die alten Verhältnisse würde zudem sein soziales Umfeld offenkundig überfordern und darf diesem derzeit auch nicht zugemutet werden. Die persönliche Fürsorge kann dem Beschwerdeführer jedenfalls im heutigen Zeitpunkt noch nicht ausserhalb des stationären Klinikrahmens erwiesen werden, weshalb eine Entlassung in die alten Verhältnisse und in ambulante Behandlung und Betreuung noch nicht realisiert werden kann.

5. Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass der Beschwerdeführer an einer gravierenden psychischen Störung und damit an einem der in Art. 426 Abs. 1 ZGB erwähnten Schwächezustände leidet, deren Behandlung wegen des erheblichen und akuten Selbst- und Fremdgefährdungspotentials dringend notwendig ist. Eine ambulante Behandlung und Betreuung kommt dabei wegen der mangelnden Krankheitseinsicht und der nicht ernsthaften Behandlungsbereitschaft wie auch wegen der insgesamt ungünstigen Lebensumstände des Beschwerdeführers derzeit noch nicht in Frage. Die Einweisung in die Klinik, die im Sinne von Art. 426 Abs. 1 ZGB in jeder Hinsicht geeignet ist, ist daher zu Recht erfolgt und die weitere Zurückbehaltung ist auch im Urteilszeitpunkt angesichts der zu erwartenden gravierenden Folgen einer vorzeitigen Entlassung rechtens und verhältnismässig. Die Beschwerde erweist sich mithin als unbegründet und muss abgewiesen werden.

Die ärztliche Unterbringung ist grundsätzlich bis maximal sechs Wochen gültig. In dieser Zeit bleibt die Psychiatrische Klinik F für eine allfällige Entlassung zuständig (Art. 429 Abs. 3 ZGB). Muss die Unterbringung über sechs Wochen hinaus weitergeführt werden, hat die Klinik rechtzeitig, d.h. spätestens acht Tage vor Ablauf der sechswöchigen Frist, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zu informieren und einen behördlichen Entscheid über die Fortführung der Unterbringung zu beantragen (§ 53 EG ZGB).

6. Das Verfahren ist kostenlos (§ 57 Abs. 2 EG ZGB), weshalb vorliegend keine Gerichtskosten zu erheben sind. Eine Parteientschädigung ist dem vollumfänglich unterliegenden und ohnehin nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer nicht zuzusprechen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 4. Dezember 2013 F 2013 60

1.2 Zivilrecht

1.2.1 Obligationenrecht

Art. 685b f. OR
Regeste:

Art. 685b f. OR – Der Erwerber vinkulierter, nicht kotierter Namenaktien ist nicht aktivlegitimiert zur Klage auf Eintragung im Aktienbuch.

Aus den Erwägungen:

4. Der Kläger verlangt mit seinem zweiten Rechtsbegehren, die Beklagte 2 sei zu verpflichten, ihn als Eigentümer von 41'667 Namenaktien anzuerkennen und im Aktienbuch einzutragen. (. . .)

Unbestritten ist, dass X.Y. dem Kläger am 24. April 2009 41'667 voll liberierte Namenaktien der Beklagten 2 abgetreten hat. Weiter ist unbestritten, dass der Kläger mit E-Mail vom 7. Mai 2009 die Beklagte 2 um Eintragung ins Aktienbuch ersuchte und diese mit Schreiben vom 31. Juli 2009 mitteilte, dass der Verwaltungsrat das Gesuch abgelehnt habe und die Gesellschaft dem Veräusserer aber die Übernahme dieser Aktien zum wirklichen Wert gemäss separatem Schreiben anbiete. Die Ablehnung des Eintragungsgesuchs wurde im Schreiben vom 31. Juli 2009 mit Verweis auf Art. 5 der Statuten begründet. Weitere Ausführungen wurden dazu nicht gemacht. Artikel 5 der Statuten der Beklagten 2 hält Folgendes fest: «Die Übertagung von Aktien bedarf der Bewilligung der Gesellschaft. Die Bewilligung kann ohne Angabe von Gründen verweigert werden, sofern der Verwaltungsrat beschliesst, die Aktien (für Rechnung der Gesellschaft, bestimmter Aktionäre oder Dritter) zum wirklichen Wert im Zeitpunkt des Gesuchs zu übernehmen [Abs. 1]. Die Bewilligung kann ferner verweigert werden, wenn der Erwerber nicht eine Erklärung abgibt, dass er die Aktien im eigenen Namen und auf eigene Rechnung erwirbt [Abs. 2]. Sie kann überdies aus wichtigem Grund verweigert werden. Als wichtige Gründe gelten (i) die Ausübung einer die Gesellschaft direkt oder indirekt konkurrierenden Tätigkeit durch den Erwerber; (ii) das Fehlen von Fähigkeiten des Erwerbers, die im Hinblick auf den Gesellschaftszweck notwendig sind; (iii) die Gefährdung der Gesellschaft als wirtschaftlich selbständiges Unternehmen [Abs. 3]. Beim Erwerb von Aktien kraft Güter- oder Erbrecht oder Zwangsvollstreckung kann das Gesuch um Eintragung ins Aktienbuch nur abgelehnt werden, sofern dem Erwerber die Aktien zum wirklichen Wert abgekauft werden [Abs. 4]».

Umstritten ist, ob der Kläger als Erwerber der Aktien zur Klage auf Eintragung im Aktienbuch aktivlegitimiert ist. (. . .) Wie nachfolgend auszuführen ist, ist der Kläger nicht aktivlegitimiert, die Eintragung im Aktienbuch zu verlangen. (. . .)

4.1 Die Namenaktien sind, wenn nicht Gesetz oder Statuten es anders bestimmen, ohne Beschränkung übertragbar (Art. 684 Abs. 1 OR). Neben vorliegend nicht relevanten gesetzlichen Beschränkungen der Übertragbarkeit können die Statuten bestimmen, dass Namenaktien nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden dürfen (Art. 685 f. OR). Die Voraussetzungen der Ablehnung zur Übertragung nicht kotierter Namenaktien werden in Art. 685b OR geregelt, diejenigen kotierter Namenaktien in Art. 685d OR. Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei den Aktien der Beklagten 2 um nicht kotierte Namenaktien, deren Übertragbarkeit gemäss Art. 5 der Statuten beschränkt ist. In dem mit der Marginale «Wirkung» bezeichneten Art. 685c OR wird sodann Folgendes festgehalten: Solange eine erforderliche Zustimmung zur Übertragung von Aktien nicht erteilt wird, verbleiben das Eigentum an den Aktien und alle damit verknüpften Rechte beim Veräusserer (Abs. 1). Beim Erwerb von Aktien durch Erbgang, Erbteilung, eheliches Güterrecht oder Zwangsvollstreckung gehen das Eigentum und die Vermögensrechte sogleich, die Mitwirkungsrechte erst mit Zustimmung der Gesellschaft auf den Erwerber über (Abs. 2). Lehnt die Gesellschaft das Gesuch um Zustimmung innert dreier Monate nach Erhalt nicht oder zu Unrecht ab, so gilt die Zustimmung als erteilt (Abs. 3). In der Literatur sind die Meinungen geteilt, ob das Recht, die Ablehnung eines Anerkennungsgesuchs anzufechten, im Falle nicht kotierter Namenaktien, die aufgrund eines Rechtsgeschäfts übertragen werden sollten, neben dem Veräusserer auch dem Erwerber zusteht. Ein Teil der Lehre gesteht dem Erwerber die Aktivlegitimation zu, weil das gesetzliche Ankaufsrecht der Gesellschaft zufolge von Art. 685b Abs. 1 OR in jeden Kaufvertrag über vinkulierte, nicht kotierte Namenaktien eingreife (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Basel 2009, N 206 f. zu § 6; Messerli, Die Verweigerung der Zustimmung zur Übertragung vinkulierter Namenaktien gemäss Art. 685b revOR – verfahrensrechtliche Aspekte, in: SJZ 1993 Nr. 14, S. 243 f.; Jäggi/Druey/von Greyerz, Wertpapierrecht,

Basel 1985, S. 113). Die Mehrheit der Lehre ist dagegen der Auffassung, dass der Erwerber vinkulierter, nicht kotierter Namenaktien mangels Zustimmung zur Aktienübertragung nicht Aktionär geworden sei und daher nicht gegen die Gesellschaft klagen könne (Forstmoser/ Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, N 131 zu § 44; Oertle/du Pasquier, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2012, N 12 zu Art. 685a OR; Kunz, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2001, N 53 zu § 11; ders., Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, Zürich 1997, S. 26). Das Bundesgericht hat die Frage unter dem alten Aktienrecht vom 1936 ausdrücklich offen gelassen (BGE 76 II 51 E. 4, S. 69). Seither hat es sich – soweit ersichtlich – zu dieser Frage nicht explizit geäussert. Das Kantonsgericht Graubünden hat in einem Urteil vom 19. März 2001 die Aktivlegitimation des Erwerbers gestützt auf Art. 685c Abs. 3 OR bejaht, weil dieser ein rechtlich geschütztes Interesse habe, die zu Unrecht erfolgte Ablehnung anzufechten (Urteil Nr. ZF 00 88, in: PKG 2001 Nr. 4, E. 2).

4.2 Der zweiten Lehrmeinung ist der Vorzug zu geben. Es besteht keine gesetzliche Grundlage dafür, dass der abgelehnte Erwerber gegen die Gesellschaft auf Eintragung klagen kann. Der Anspruch auf Eintragung im Aktienbuch steht dem Aktionär zu und ist mit der Aktionärseigenschaft verbunden (BGE 76 II 51 E. 4, S. 67). Im Gegensatz zum alten Aktienrecht und zum Erwerb vinkulierter, nicht kotierter Namenaktien durch Erbgang, Erbteilung, Güterrecht und Zwangsvollstreckung sowie auch im Falle kotierter Namenaktien (vgl. Art. 685c Abs. 2 und Art. 685f Abs. 1 OR) wird der Erwerber trotz Übertragung, aber ohne Zustimmung der Gesellschaft nicht Eigentümer der Aktien (Art. 685c Abs. 1 OR). Damit statuiert Art. 685c Abs. 1 OR eine Ausnahme zu den allgemeinen Prinzipien des Wertpapierrechts (Meier-Hayoz/von der Crone, Wertpapierrecht, Bern 2000, N 35 ff. zu § 19) und beseitigt die unter dem alten Aktienrecht bestehende Spaltung, wonach zwar das Eigentum bei Übertragung der Aktie auf den Erwerber überging, während die verbleibenden Mitgliedschaftsreche wie das Dividendenrecht bis zur erfolgten Zustimmung losgelöst vom Titel beim Veräusserer verblieben (vgl. Messerli, a.a.O., S. 243 mit Hinweisen). Die Ablehnung durch die Gesellschaft betrifft daher unmittelbar den Veräusserer als Aktionär in seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung; den Erwerber hingegen nur mittelbar. Dieser hat denn auch bloss einen obligatorischen Anspruch gegen den Veräusserer. Obwohl die Gesellschaft bei der Eintragung im Aktienbuch mitwirken muss (vgl. Art. 967 Abs. 3 OR; Verfügungsgeschäft), ist diese nicht Partei des Aktienkaufvertrages (Verpflichtungsgeschäft). Die Klage auf Eintragung stützt sich nicht auf Vertrag, sondern auf Gesellschaftsrecht (vgl. Art. 155 lit. f IPRG), weshalb die Minderheitenmeinung von Böckli und Messerli abzulehnen ist. Selbst Böckli anerkennt, dass der abgelehnte Erwerber «eigentlich als Nichtaktionär keine Klage gegen die Gesellschaft hätte» (Böckli, a.a.O., N 207 zu § 6). Praktikabilitätsgründe bei der Anfechtung eines Eintragungsgesuchs vermögen die fehlende gesetzliche Grundlage nicht zu ersetzen. Ebenso wenig überzeugt die Auffassung des Kantonsgerichts Graubünden, weil Art. 685c Abs. 3 OR nur die Rechtsfolge eines Eintragungsgesuchs regelt, nicht aber unter welchen Voraussetzungen die Zustimmung verweigert werden kann (Art. 685b OR).

Darüber hinaus ist die unterschiedliche Beurteilung der Aktivlegitimation des abgelehnten Erwerbers von kotierten und nicht kotierten vinkulierten Namenaktien auch aus einem weiteren Grund gerechtfertigt (vgl. Art. 685f Abs. 4 OR; Oertle/du Pasquier, a.a.O., N 11 zu Art. 685f OR). Das Interesse des Erwerbers von Aktien einer Publikumsgesellschaft zielt nämlich in der Mehrheit der Fälle auf die Dividendenberechtigung ab und nicht wie bei personalistisch ausgestalteten Aktiengesellschaften ohne Kotierung auf Mitsprache und Einflussnahme (vgl. Meier-Hayoz/von der Crone, a.a.O., N 38 zu § 19). Da die Aktien auf einem öffentlichen Markt (Haupt- oder Nebenbörse) gehandelt werden und der Erwerber mit der Übertragung bzw. im Falle eines ausserbörslichen Erwerbs mit dem Anerkennungsgesuch Eigentümer und «Aktionär ohne Stimmrecht» (vgl. Art. 685f Abs. 3 OR) geworden ist, hat er grundsätzlich einen Anspruch als Aktionär anerkannt zu werden. Daher muss er zur raschen Durchsetzung gegen die Gesellschaft berechtigt sein. Weiter ist die – allerdings unter dem alten Aktienrecht aufgestellte – Begründung von Jäggi/Druey/von Greyerz (a.a.O., S. 113) abzulehnen. Der Verweis auf BGE 76 II 51 ist falsch, weil das Bundesgericht in diesem Entscheid, wie bereits festgehalten, die Frage der Aktivlegitimation des Erwerbers gerade nicht beurteilt hat. Schliesslich ist auch das Urteil des Bundesgerichts (4C.242/2001) vom 5. März 2003 vorliegend nicht einschlägig, wonach die Klage des Erwerbers auf Eintragung ins Aktienbuch geschützt wurde. Erstens wurde in diesem Urteil zur Aktivlegitimation des Erwerbers nichts

ausgeführt. Zweitens ist der Sachverhalt nicht vergleichbar, weil es sich um einen Fall handelte, in dem die Muttergesellschaft mit der Tochtergesellschaft fusionierte und so Aktien erworben hatte. Dabei erfolgte die Aktienübertragung jedoch – nicht wie vorliegend – gestützt auf Art. 685b Abs. 4 und Art. 685c Abs. 2 OR (Oertle/du Pasquier, a.a.O., N 9a zu Art. 685b OR mit Hinweisen). Mit der Übertragung der Aktien ging das Eigentum also sogleich auf die Erwerberin über.

Folglich ist die Klage gegen die Beklagte 2 mangels Aktivlegitimation des Klägers abzuweisen.

Urteil des Kantonsgerichts, 3. Abteilung, vom 24. Januar 2013 (A3 2009 108)

1.2.2 Urheberrecht

Art. 35 URG
Regeste:

Art. 35 URG – Wer im Handel erhältliche Ton- oder Tonbildträger zum Zweck der Sendung, der Weitersendung, des öffentlichen Empfangs oder der Aufführung verwendet, schuldet den ausübenden Künstlern hierfür gemäss Art. 35 Abs. 1 URG eine Vergütung. Nach Art. 35 Abs. 3 URG können die Vergütungsansprüche nur von zugelassen Verwertungsgesellschaften (Art. 40 ff. URG) geltend gemacht werden. Die Verwertungsgesellschaften sind somit kraft ihrer gesetzlichen Monopolstellung aktivlegitimiert, sämtliche den jeweiligen Künstlern zustehenden Vergütungen in eigenem Namen geltend zu machen, unbekümmert darum, ob ihnen die Künstler ihre Ansprüche abgetreten haben oder nicht. Die Ansprüche aus einer begangenen Urheberrechtsverletzung nach Art. 62 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 41 ff. OR stehen ebenfalls den Verwertungsgesellschaften zu (E. 3, 4). Untere Limite für die Schadensberechnung ist dabei derjenige Betrag, den die Verwertungsgesellschaft bei erlaubtem Gebrauch des Werks als Vergütung hätte beanspruchen können (E. 4). Lässt sich eine Partei durch einen bei ihr selbst angestellten Rechtsanwalt vertreten, wird ihr eine Umtriebsentschädigung zugesprochen, wobei der Anwaltstarif als Richtlinie herangezogen und den besonderen Gegebenheiten durch eine entsprechende Reduktion Rechnung getragen wird (E. 8).

Aus den Erwägungen:

3. Vorab stellt sich die Frage der Aktivlegitimation der Klägerin, welche sich nach materiellem Recht bestimmt und von Amtes wegen zu prüfen ist (iura novit curia; vgl. BGE 136 III 365 E. 2.1; 130 III 550 E. 2).

3.1 Werke der Musik und andere akustische Werke sind urheberrechtlich geschützt, sofern sie einen individuellen Charakter aufweisen (Art. 2 Abs. 2 lit. b URG). Der Urheber eines Werks hat das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und gegebenenfalls wie sein Werk verwendet wird, worunter insbesondere die öffentliche Aufführung des Werks zählt (Art. 10 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c URG). Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts verwaltet die Klägerin gestützt auf ihre Mitglieder- und Gegenseitigkeitsverträge praktisch das gesamte Weltrepertoire der nicht-theatralischen Musik (BGE 107 II 57 E.1). Es ist unbestritten, dass die von der Beklagten aufgeführte Musik zu dem von der Klägerin verwalteten Weltrepertoire gehört. Bei der Klägerin ist daher als Inhaberin der entsprechenden Rechte die Erlaubnis für die öffentliche Aufführung der verwalteten Musik einzuholen und es ist ihr gemäss Art. 46 URG die in den anwendbaren Tarifen vorgesehene Entschädigung zu leisten.

3.2 Von den Urheberrechten zu unterscheiden sind die verwandten Schutzrechte gemäss Art. 33 ff. URG. Wer im Handel erhältliche Ton- oder Tonbildträger zum Zweck der Sendung, der Weitersendung, des öffentlichen Empfangs oder der Aufführung verwendet, schuldet den ausübenden Künstlern hierfür gemäss Art. 35 Abs. 1 URG eine Vergütung. Gemäss Art. 35 Abs. 3 URG können Vergütungsansprüche jedoch nur von zugelassen Verwertungsgesellschaften (Art. 40 ff. URG) geltend gemacht werden. Das Gesetz sieht mithin zwingend die kollektive Verwertung dieser Ansprüche vor. Eine individuelle Geltendmachung durch die Künstler ist ausgeschlossen. Die Verwertungsgesellschaften sind also kraft

ihrer gesetzlichen Monopolstellung aktivlegitimiert, sämtliche den jeweiligen Künstlern zustehenden Vergütungen gemäss Art. 35 Abs. 1 URG in eigenem Namen geltend zu machen, unbekümmert darum, ob ihnen die Künstler ihre Ansprüche abgetreten haben oder nicht (vgl. BGE 124 III 489 E. 2a und b). Die Verwertungsgesellschaften unterliegen dabei der Tarifpflicht (Art. 46 Abs. 1 URG). Für die verwandten Schutzrechte ist die SWISSPERFORM, Gesellschaft für Leistungsschutzrechte, mit Sitz in Zürich zuständig. Die Klägerin ist jedoch berechtigt, den Anspruch auf Entschädigung geltend zu machen, da sie nach Art. 47 Abs. 1 URG i.V.m. 13 Abs. 1 des vorliegend für die öffentliche Aufführung urheberrechtlich geschützter Musik massgeblichen, gemeinsam mit der SWISSPERFORM aufgestellten gemeinsamen Tarifs H als deren Zahlstelle fungiert. Die Klägerin kann mithin die der SWISSPERFORM geschuldeten Vergütungen im eigenen Namen geltend machen.

3.3 Demzufolge ist die Aktivlegitimation der Klägerin sowohl in Bezug auf die Geltendmachung der Urheberrechte als auch der verwandten Schutzrechte zu bejahen.

4. Es ist unbestritten, dass die Beklagte im Zeitraum vom 1. November 2009 bis zum 31. August 2012 im X.-Klub in Basel diverse Anlässe veranstaltet hat, an denen zu Tanz und Unterhaltung urheberrechtlich geschützte Musik ab Tonträgern abgespielt und an Live-Konzerten aufgeführt wurde. Eine Erlaubnis für diese öffentlichen Musikaufführungen holte die Beklagte jedoch trotz Hinweisen der Klägerin nicht ein. Aus der damit begangenen Urheberrechtsverletzung stehen der Klägerin Ansprüche nach Art. 62 Abs. 2 URG i.V.m. Art. 41 ff. OR zu. Untere Limite für die Schadensberechnung muss dabei derjenige Betrag sein, den die Klägerin bei erlaubtem Gebrauch des Werks als Vergütung hätte beanspruchen können. Wer Urheberrechte verletzt, soll schliesslich nicht bessergestellt werden als derjenige, der eine entsprechende Erlaubnis für die Werknutzung einholt und somit nicht widerrechtlich handelt (Urteil des Obergerichts Zürich vom 1. Februar 2008, in: sic! 2008, S. 630). Ebenso ist die Klägerin – wie bereits erwähnt – berechtigt, den aus der Verwendung von Tonträgern entstandenen (gesetzlichen) Vergütungsanspruch für die ausübenden Künstler nach Art. 35 Abs. 1 URG geltend zu machen.

5.1 Die öffentlichen Musikaufführungen im X.-Klub stellen eine Musikverwendung zu Tanz und Unterhaltung im Gastgewerbe dar. Die Bedingungen für solche urheberrechtlich geschützten Musikaufführungen ergeben sich aus dem von der eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (ESchK) genehmigten gemeinsamen Tarif H 2006 (GT H 2006; Musikaufführungen zu Tanz und Unterhaltung im Gastgewerbe), der vom 1. Januar 2006 bis 31. Dezember 2011 gültig war, und dem gemeinsamen Tarif H 2012 (GT H 2012; Musikaufführungen zu Tanz und Unterhaltung im Gastgewerbe), der vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Dezember 2012 gültig ist. Diese Tarife sind für die Gerichte verbindlich (Art. 59 Abs. 3 URG). Der GT H richtet sich an Inhaber und Pächter von Gastgewerbebetrieben (Ziff. 1 GT H) und bezieht sich auf Musikaufführungen zu Tanz und Unterhaltung im Gastgewerbe (Ziff. 3 GT H). Gemäss Ziff. 22 GT H müssen der Klägerin musikalische Veranstaltungen innerhalb von 10 Tagen seit Durchführung gemeldet werden. Gleichzeitig muss der Veranstalter der Klägerin die Berechnungsgrundlagen für die Entschädigung bekannt geben. Werden die Angaben oder Belege auch nach einer schriftlichen Mahnung nicht innert Nachfrist eingereicht, so kann die Klägerin nach Ziff. 24 GT H die Angaben schätzen und gestützt darauf Rechnung stellen. Bei der Berechnung der Vergütung für Aufführungen mit Musik ab Tonträgern wird gemäss Ziff. 14 GT H auf die Summe aus der Höhe des Eintrittspreises und des Preises für das billigste (gebräuchliche) alkoholische Getränk sowie auf die Anzahl der an einem Tag anwesenden Personen abgestellt. Hinzu kommt die Mehrwertsteuer (Ziff. 17 GT H). Schliesslich ist die Vergütung in Anwendung von Ziff. 20 GT H zu verdoppeln, wenn die Musik ohne die Erlaubnis der Klägerin verwendet wird.

5.2 In der Rechnungsperiode 1. November 2009 bis 31. Dezember 2009 haben unbestrittenermassen je acht entschädigungspflichtige Anlässe an Freitagen und Samstagen stattgefunden. Ebenso wenig bestreitet die Beklagte, dass in der Rechnungsperiode vom 1. Januar 2010 bis 31. Dezember 2010 sowie in dieser vom 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2011 je 52 entschädigungspflichtige Anlässe an Freitagen und Samstagen durchgeführt wurden. Schliesslich bestreitet sie auch nicht, dass in der

Abrechnungsperiode vom 1. Januar 2012 bis 31. August 2012 je ein Musikanlass an einem Dienstag, Mittwoch und Sonntag, 16 Anlässe an Donnerstagen, elf an Freitagen und 28 an Samstagen stattgefunden haben. Die Klägerin forderte daher die Beklagte mehrmals auf, diese Anlässe anzumelden und die hierfür notwendigen Angaben zu machen. Mangels Reaktion der Beklagten schätzte die Klägerin die entsprechende Entschädigung für die Musiknutzung in den Jahren 2009 und 2010 und stellte diese der Beklagten am 24. November 2010 in Rechnung. Gestützt auf die im Fragebogen der Beklagten nachträglich gemachten Angaben errechnete die Klägerin die Entschädigung für die Jahre 2009 und 2010 neu und stellte der Beklagten am 8. April 2011 zusätzlich die Musiknutzung für das Jahr 2011 in Rechnung. In der Folge wurde jedoch unbestrittenermassen keine der gestellten Rechnungen beglichen.

5.3 Für die Berechnung der geforderten Entschädigung im Umfange von CHF 28'724.60 geht die Klägerin zusammengefasst von den folgenden Angaben bzw. Grundlagen aus:

(. . .)

5.4 Diese klägerische Berechnung der Entschädigung ist unbestritten geblieben. Die Klägerin hat den Forderungsbetrag gemäss Ziff. 20 GT H zu Recht verdoppelt, da zu keinem Zeitpunkt eine Bewilligung der Klägerin zur Aufführung der fraglichen Musikwerke vorlag. Die Berechnung für die Jahre 2009, 2010 und 2011 erfolgten gestützt auf die Angaben im Fragebogen der Beklagten vom 12. Januar 2011. Für das Jahr 2012 liegen jedoch der Klägerin für die Berechnung der Vergütung der Musiknutzung keine Angaben vor. Nach Ziff. 24 GT H ist die Klägerin berechtigt, die relevanten Angaben zu schätzen und gestützt darauf Rechnung zu stellen. Die Schätzung für das Jahr 2012 wird durch Informationen, die auf den Internetseiten (. . .) veröffentlicht wurden und an denen sich die Klägerin orientierte, untermauert. Es ist daher ohne Weiteres auf die Berechnung der Klägerin abzustellen.

6. Nebst dem Forderungsbetrag von CHF 28'724.60 macht die Klägerin Schadenszinsen geltend. Der Zinsenlauf beginnt bei Forderungen aus unerlaubten Handlungen vom Zeitpunkt an, in welchem sich das schädigende Ereignis finanziell ausgewirkt hat (BGE 122 III 53 E. 4a), vorliegend also mit Datum der jeweiligen unerlaubten Musiknutzung. Die Zinshöhe ist in Anlehnung an Art. 73 Abs. 1 OR auf 5 % festzusetzen. Die vorliegend in Frage stehenden, unerlaubten Musiknutzungen betreffend die Forderung von CHF 1'629.40 erfolgten vom 1. November 2009 bis zum 31. Dezember 2009, diejenigen betreffend die Forderung von CHF 10'588.60 vom 1. Januar bis zum 31. Dezember 2010, diejenigen betreffend die Forderung von CHF 10'604.70 vom 1. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2011 sowie diejenigen betreffend die Forderung von CHF 5'901.90 vom 1. Januar bis zum 31. August 2012. Daher ist der Klägerin – wie von ihr gefordert – auf den Betrag von CHF 1'629.40 Zins zu 5 % seit dem 31. Dezember 2009, auf den Betrag von CHF 10'588.60 Zins zu 5% seit dem 31. Dezember 2010, auf den Betrag von CHF 10'604.70 Zins zu 5 % seit dem 31. Dezember 2011 und auf den Betrag von CHF 5'901.90 Zins zu 5 % seit dem 31. August 2012 zuzusprechen.

(. . .)

8. Bei diesem Ausgang ist die Entscheidgebühr für das gerichtliche Verfahren der Beklagten aufzuerlegen, und diese ist zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr richtet sich dabei nach § 11 Abs. 1 KoV OG. Wird eine Partei – wie vorliegend – durch einen bei ihr selbst angestellten Rechtsanwalt vertreten, bemisst sich die Parteientschädigung nicht ohne Weiteres nach der Verordnung über den Anwaltstarif (AnwT), regelt doch diese nach einhelliger Ansicht ihrem Zwecke nach einzig die berufsmässige Parteivertretung durch einen freiberuflich, d.h. selbständig tätigen patentierten Rechtsanwalt (ZR 2007 Nr. 78 E. III/2/a m.w.H.). Ihr wird allerdings eine Umtriebsentschädigung ex aequo et bono zugesprochen (vgl. Suter/von Holzen, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 95 N 42), wobei der Anwaltstarif als Richtlinie herangezogen und den besonderen Gegebenheiten durch eine entsprechende Reduktion Rechnung getragen wird (vgl. GVP 1991/92, S. 211 f.). Es rechtfertigt sich im vorliegenden Fall, die nach dem Anwaltstarif berechnete

Parteientschädigung (§ 3 Abs. 1 AnwT) um einen Drittel zu reduzieren (vgl. auch Suter/von Holzen, a.a.O., Art. 95 N 42 m.w.H.). Der Klägerin ist mithin eine Parteientschädigung von CHF 2'500.– zuzusprechen.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 20. Februar 2013

1.2.3 Verfahrensrecht

Art. 276 Abs. 3 ZPO
Regeste:

Art. 276 Abs. 3 ZPO – Ist vor der Rechtsmittelinstanz ein Verfahren über die Scheidungsfolgen hängig, so ist diese gemäss Art. 276 Abs. 3 ZPO für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zuständig.

Aus den Erwägungen:

Gestützt darauf, dass

– die Gesuchsgegnerin am 4. April 2005 das Scheidungsverfahren am Kantonsgericht Zug anhängig machte;

– mit Verfügung vom 2. Dezember 2010 vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 137 ZGB in Bezug auf Kinderbelange und Unterhalt getroffen wurden;

– am 9. November 2012 das Scheidungsurteil am Kantonsgericht Zug ergangen ist;

– der Gesuchsteller gegen dieses Urteil am 12. Dezember 2012 Berufung einreichte, wobei der Scheidungspunkt unangefochten blieb, weshalb die Scheidung in Rechtskraft erwachsen ist und nur mehr über die Scheidungsfolgen zu entscheiden ist;

– der Gesuchsteller mit Eingabe vom 24. Januar 2013 beim Kantonsgericht Zug ein Gesuch um Massnahmen gemäss Art. 276 ZPO (Abänderung Unterhalt) einreichte;

– Art. 276 Abs. 3 ZPO im Hinblick auf die Teilrechtskraft des Scheidungsurteils bestimmt, dass das (obere) Gericht vorsorgliche Massnahmen auch anordnen (oder ändern) kann, wenn die Ehe zwar rechtskräftig geschieden ist, das Verfahren über die Scheidungsfolgen aber andauert (Annette Dolge, in: Brunner / Gasser / Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO] Kommentar, Zürich / St. Gallen 2011, N 20 zu Art. 276 ZPO);

– folglich die Rechtsmittelinstanz für die Änderung oder Aufhebung von vorsorglichen Massnahmen nach Einreichung eines Rechtsmittels in der Hauptsache zuständig ist (BGE 5A_705/2011; Thomas Sprecher, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 10 zu Art. 268 ZPO);

– die sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts Zug vorliegend nicht gegeben ist;

– es damit an einer Prozessvoraussetzung fehlt (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO), weshalb auf das Gesuch nicht einzutreten ist (Art. 59 Abs. 1 ZPO);

– (. . .),

ergeht folgender Entscheid

1. Auf das Gesuch wird mangels sachlicher Zuständigkeit nicht eingetreten.

2. (. . .)
3. (. . .)
4. (. . .)

Kantonsgericht Zug, Einzelrichterin, 28. Januar 2013

1.2.4 Aktienrecht

Art. 697h aOR
Regeste:

Art. 697h aOR – Gestützt auf Art. 697h Abs. 2 aOR müssen Aktiengesellschaften den Gläubigern, die ein schutzwürdiges Interesse nachweisen, Einsicht in die Jahresrechnung, die Konzernrechnung und die Revisionsberichte gewähren. Ein Gläubiger, der gestützt auf Art. 697h Abs. 1 aOR gegenüber einer Gesellschaft Einsicht verlangt, hat sowohl seine Gläubigerstellung als auch ein schutzwürdiges Interesse nachzuweisen. Es reicht nicht aus, die Anspruchsvoraussetzungen bloss glaubhaft zu machen. Der Beweis gilt als erbracht, wenn die Voraussetzungen mit hoher Wahrscheinlichkeit vorliegen.

Aus den Erwägungen:

2. Wie der Gesuchsteller zutreffend ausführt, hat das Parlament am 23. Dezember 2011 das neu gefasste Recht der kaufmännischen Buchführung und Rechnungslegung verabschiedet, welches am 1. Januar 2013 in Kraft trat. Dadurch wurde der hier interessierende Art. 697h aOR durch Art. 958e OR ersetzt. Da die neuen Bestimmungen allerdings erstmals Anwendung für das Geschäftsjahr finden, das zwei Jahre nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung beginnt (Art. 2 Abs. 1 der Übergangsbestimmungen des Bundesgesetzes über die Änderung des OR [Rechnungslegungsrecht]), ist Art. 697h aOR vorliegend nach wie vor massgebend. Gemäss dessen Abs. 1 ist eine Aktiengesellschaft verpflichtet, die Jahresrechnung und die Konzernrechnung nach Abnahme durch die Generalversammlung mit den Revisionsberichten offenzulegen, wenn sie Anleihensobligationen ausstehend hat oder die Aktien der Gesellschaft an einer Börse kotiert sind. Die übrigen Aktiengesellschaften unterliegen keiner besonderen Offenlegungspflicht. Nach Abs. 2 von Art. 697h aOR müssen sie jedoch den Gläubigern, die ein schutzwürdiges Interesse nachweisen, Einsicht in die Jahresrechnung, die Konzernrechnung und die Revisionsberichte gewähren. Die Einsicht vollzieht sich am Sitz der Gesellschaft. Eine Aushändigung der Unterlagen kann der Gläubiger nicht verlangen. Weigert sich die Gesellschaft, dem Gesuch nachzukommen, so entscheidet der Richter am Sitz der Gesellschaft (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/ Basel/Genf 2009, § 12 N 222). Der Gesuchsteller, der gegenüber einer Gesellschaft Einsicht verlangt, die den Kapitalmarkt nicht in Anspruch nimmt, hat mithin grundsätzlich sowohl seine Gläubigerstellung als auch ein schutzwürdiges Interesse nachzuweisen. Da dem Entscheid über das Einsichtsrecht, auch wenn er im summarischen Verfahren erfolgt, materielle Rechtskraft zukommt, reicht es nicht aus, die Anspruchsvoraussetzungen bloss glaubhaft zu machen (BGE 120 II 352 E. 2b S. 355). Dennoch gilt es zu beachten, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten (vgl. BGE 130 III 321 E. 3.2 S. 324; 128 III 271 E. 2b/aa S. 275), weshalb der Gesuchsteller seine Gläubigerstellung nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht strikte zu beweisen hat, sondern der Beweis als erbracht gilt, wenn diese mit hoher Wahrscheinlichkeit ausgewiesen ist. Andernfalls könnte die Gesellschaft die Durchsetzung des Einsichtsrechts einfach durch Bestreitung der Forderung des gesuchstellenden Gläubigers verhindern (BGE 137 III 255 E. 4.1.2 S. 275 mit weiteren Hinweisen). Dieses Beweismass gilt nach der Rechtsprechung grundsätzlich auch mit Bezug auf das schutzwürdige Interesse (Urteil des Bundesgerichts 4C.129/2004 vom 6. Juli 2004 E. 4.2.1; 4C.222/1994 vom 1. Dezember 1994 E. 4a, in: SJ 1995 S. 306 f.).

3. Die Vorinstanz erachtete die Gläubigereigenschaft des Gesuchstellers als gegeben. Es sei unbestritten, dass die Parteien in einem Vertragsverhältnis gestanden seien. Aus diesem Vertrag mache der Gesuchsteller eine Forderung von CHF 201’246.55 gegenüber der Gesuchsgegnerin geltend. Diese

Forderung habe der Gesuchsteller beim Kantonsgericht Zug eingeklagt, werde aber von der Gesuchsgegnerin vollumfänglich bestritten. Ob und gegebenenfalls in welcher Höhe die klägerische Forderung tatsächlich ausgewiesen sei, könne im summarischen Verfahren nicht geklärt werden. Diese Frage werde vielmehr im Zivilprozess A3 2012 54 beantwortet werden. Immerhin sei aber erstellt, dass der Gesuchsteller für die Gesuchsgegnerin entgeltliche Leistungen erbracht habe. Zudem habe die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller einen (nicht unterzeichneten) Vorschlag zur Schuldenregelung unterbreitet, gemäss welchem die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller CHF 185'595.90 schulden solle und sie ihm eine Summe von CHF 40'000.– per Saldo aller Ansprüche offeriere. Ob der Rechtsvertreters des Gesuchstellers mit der Einreichung dieses Dokuments gegen die Standesregeln verstossen habe, wie dies die Gesuchsgegnerin behaupte, sei nicht im vorliegenden Verfahren zu entscheiden und ändere vor allem nichts daran, dass die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller tatsächlich eine solche Offerte unterbreitet habe. Aufgrund dieser Sachlage sei die Gläubigereigenschaft des Gesuchstellers im Sinne von Art. 697h Abs. 2 aOR nachgewiesen.

3.1 Dagegen wendet die Gesuchsgegnerin ein, die Vorinstanz habe die Gläubigerstellung einzig gestützt auf GS-Beilage 6 bejaht. Dabei habe die Vorinstanz nicht berücksichtigt, dass die Gesuchsgegnerin die Forderung des Gesuchstellers immer bestritten habe, dass GS-Beilage 6 keine Schuldanerkennung enthalte und überdies nicht unterschrieben sei. Ebenfalls unberücksichtigt geblieben sei sodann die unbestrittene Akonto-Zahlung von CHF 65'000.–. Der Gesuchsteller müsste als «mit hoher Wahrscheinlichkeit» nachweisen, dass er der Gesuchsgegnerin entgeltliche Leistungen im Gegenwert von mehr als CHF 65'000.– erbracht habe. Dies gelinge ihm bei Weitem nicht. Die Vorinstanz habe aufgrund des Gesagten die Gläubigerstellung des Gesuchstellers zu Unrecht bejaht und damit das Recht verletzt (vgl. Art. 310 lit. a ZPO).

3.2 Die von der Gesuchsgegnerin unbestrittenermassen geleisteten Akonto-Zahlungen im Betrag von total CHF 65'000.– erfolgten offenbar in den Jahren 2010 und 2011. Wenn die Gesuchsgegnerin nun sinngemäss geltend macht, damit seien die getätigten Aufwendungen des Gesuchstellers bereits abgegolten, kann dem nicht gefolgt werden. Vielmehr hat die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller am 30. März 2012 eine (nicht unterzeichneten) Vereinbarung betreffend Schuldenregelung unterbreitet, gemäss welcher sie Letzterem CHF 185'595.90 schulden soll. Dabei offerierte die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller CHF 40'000.– per Saldo aller Ansprüche. Im Gegenzug hätte der Gesuchsteller auf den Restbetrag verzichten müssen, was er jedoch mit Schreiben vom 5. April 2012 abgelehnt hat. Somit ist mit hoher Wahrscheinlichkeit erstellt, dass die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller nebst den bereits getätigten Akonto-Zahlungen einen weiteren Betrag schuldet, ansonsten sie dem Gesuchsteller keine solche Offerte unterbreitet hätte. Dass die Vereinbarung betreffend Schuldenregelung nicht unterzeichnet ist, spielt dabei keine Rolle. Aus den Akten ergibt sich zudem, dass die Forderung des Gesuchstellers erst am 8. Mai 2012 bestritten worden ist (GS-Beilage 13), also nachdem der Gesuchsteller das Angebot der Gesuchsgegnerin ausgeschlagen hatte. Aufgrund dieser Sachlage ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die Gläubigereigenschaft des Gesuchstellers im Sinne von Art. 697h Abs. 2 aOR nachgewiesen ist.

4. Zu prüfen bleibt also, ob der Gesuchsteller auch ein schutzwürdiges Interesse nachgewiesen hat. Dabei genügt es, wie erwähnt, dass dieses Interesse in hohem Masse glaubhaft gemacht ist.

4.1 Wann ein vom Gesuchsteller geltend gemachtes Interesse als schutzwürdig zu betrachten ist, kann nicht abschliessend umschrieben werden. Vielmehr ist unter Berücksichtigung der Umstände zu entscheiden, ob eine Interessenlage vorliegt, die eine Einsichtnahme des Gläubigers in die – ansonsten vertraulichen – Unterlagen im konkreten Fall rechtfertigt. Nicht ausreichend ist zunächst ein allgemeines Interesse, das sich aus dem blossen Umstand der Gläubigereigenschaft ergibt, zumal Art. 697h Abs. 2 aOR mit dem Nachweis des schutzwürdigen Interesses ausdrücklich eine zusätzliche Voraussetzung vorsieht. Der Gesuchsteller hat vielmehr konkret aufzuzeigen, wozu ihm die durch die beantragte Einsicht gewonnene Information dienen soll. Nicht schützenswert wäre etwa eine Einsichtnahme lediglich zur Befriedigung der Neugierde, zur Kenntnisnahme von Geschäftsgeheimnissen (soweit dies aufgrund des

beschränkten Umfangs der Einsicht überhaupt denkbar ist) oder zur Auskundschaftung von Konkurrenzverhältnissen. Demgegenüber liegt ein berechtigtes Einsichtsinteresse vor, wenn die Forderung gefährdet erscheint, also nicht fristgerecht beglichen wird, oder wenn andere Anzeichen vorliegen, die auf finanzielle Schwierigkeiten hindeuten (Botschaft vom 23. Februar 1983 über die Revision des Aktienrechts, BBl 1983 912; zit. Urteil 4C.129/2004 E. 4.2.1). Dabei muss der gesuchstellende Gläubiger nicht etwa Zahlungsschwierigkeiten der Gesellschaft, geschweige denn die Uneinbringlichkeit seiner Forderung beweisen, ansonsten das Einsichtsrecht nach Art. 697h Abs. 2 aOR, das letztlich dem Gläubiger dient, regelmässig zu spät greifen und damit seinen Zweck verfehlen würde. Vielmehr muss ausreichen, wenn er konkrete Umstände nachweist, die sein Informationsbedürfnis in objektiver Hinsicht als schutzwürdig erscheinen lassen. Dazu sollte es genügen, wenn die auf konkreten Anzeichen beruhenden Zweifel des Gläubigers an der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft als begründet zu erachten sind und sich nur durch die Einsicht in Jahresrechnung bzw. Konzernrechnung und Revisionsberichte (gegebenenfalls) beseitigen lassen. Bei der Beurteilung des schützenswerten Interesses an der Einsichtnahme sind demnach keine allzu strengen Massstäbe anzuwenden (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 913). Als schutzwürdig zu betrachten ist die Einsichtnahme auch regelmässig nach Einleitung eines nicht offensichtlich aussichtslosen Forderungsprozesses gegen die Gesellschaft (Botschaft, a.a.O., S. 913; zit. Urteil 4C.129/2004 E. 4.2.1; Weber, in: Basler Kommentar OR II, 4. A., Basel 2012, Art. 697h N 7) oder bereits nachdem konkrete Schritte im Hinblick auf eine Klageeinreichung unternommen worden sind (Urteil des Bundesgerichts 4C.244/1995 vom 17. November 1995 E. 3c). Auch wenn solche Umstände keine Schlüsse hinsichtlich der Einbringlichkeit der Forderung zulassen, ist die Einsichtnahme unmittelbar auf die Beurteilung der finanziellen Verhältnisse der Schuldnerin gerichtet und erlaubt dem klagenden Gläubiger die Abschätzung des Kostenrisikos. Dem Gläubiger kann ein schützenswertes Interesse daran, zunächst die Zahlungsfähigkeit der schuldnerischen Gesellschaft zu prüfen, bevor er allenfalls weitere Mittel für die Durchsetzung seiner Forderung aufwendet, kaum abgesprochen werden. Auch bei einer solchen Konstellation bedarf es jedoch einer Interessenabwägung im konkreten Fall. Bei einer blossen Bagatellforderung etwa wird ein schützenswertes Interesse an einer vorhergehenden Einsichtnahme tendenziell eher zu bezweifeln sein (vgl. Peter V. Kunz, Transparenz für den Gläubiger der Aktiengesellschaft, SJZ 99/2003 S. 59 f.). Ebenso wenig würde die Einleitung eines Prozesses mit dem blossen Zweck, Einsicht in die Geschäftsunterlagen des Prozessgegners zu erlangen, einen Einsichtsanspruch begründen (BGE 137 III 255 E. 4.1.3 S. 259).

4.2 Die Vorinstanz erachtete das schutzwürdige Interesse des Gesuchstellers zu Recht als gegeben. Angesichts der Kosten, die beim bereits eingeleiteten Forderungsprozess anfallen, der sich möglicherweise über mehrere Instanzen hinziehen kann, hat der Gesuchsteller ein legitimes Interesse daran, abschätzen zu können, ob er im Fall des Obsiegens überhaupt mit der Befriedigung seiner Forderung rechnen kann. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, welche darauf hindeuten könnten, der Forderungsprozess des Gesuchstellers sei aussichtslos. Die Gesuchsgegnerin hat zudem keine Umstände aufgezeigt, aus denen auf eine zweckwidrige Einsicht in die nach Art. 697h Abs. 2 aOR vorgesehenen Unterlagen zu schliessen wäre.

4.3 Der Gesuchsteller hat mithin sowohl seine Gläubigerstellung als auch ein schutzwürdiges Interesse nachgewiesen, weshalb ihm gemäss Art. 697h Abs. 2 aOR grundsätzlich Einsicht in die Jahresrechnung und die Revisionsberichte zu gewähren ist.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 21. August 2013

Art. 731b OR
Regeste:

Art. 731b OR – Das Gericht hat bei der Behebung von Organisationsmängeln gemäss Art. 731b OR im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips einen grossen Handlungsspielraum. So kann es unter anderem die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation anordnen. Auch in der darauf folgenden Phase der Liquidation ist das Gericht befugt, dem Liquidator Weisungen zu erteilen, wenn dieser seine

gesetzlichen Pflichten verletzt, d.h. die Liquidation nicht ordentlich durchgeführt wird und deshalb Aktionärs- und Gesellschaftsinteressen gefährdet oder verletzt werden könnten.

Aus dem Sachverhalt:

Der Einzelrichter am Kantonsgericht Zug ordnete gestützt auf Art. 731b OR über die X. AG die ordentliche Liquidation an und setzte eine Liquidatorin ein. Zu deren Kompetenzen hielt der Einzelrichter Folgendes fest: «Vorliegend ist die Liquidatorin anzuweisen, die Liquidation der Gesuchsgegnerin (X. AG) und alle dafür notwendigen Handlungen auszuführen und in diesem Zusammenhang insbesondere auch allfällige Ersatzansprüche der Gesuchsgegnerin der Tochtergesellschaft gegenüber bzw. von dieser Dritten gegenüber abzuklären und allenfalls einzufordern sowie den Verkauf der Tochtergesellschaft sowie weiterer Vermögenswerte der Gesuchsgegnerin vorzunehmen. Es werden der Liquidatorin dafür alle nötigen Kompetenzen eingeräumt. Die Art und Weise, wie die Liquidatorin im Einzelnen vorzugehen hat, ist indessen nicht festzulegen, sondern bleibt in deren Ermessen.» Die Aktien der X. AG in Liquidation stehen je zur Hälfte im Eigentum von A. und H. Das einzige wesentliche Aktivum der X. AG ist ihre Beteiligung an der Tochtergesellschaft Y. Ltd. Hauptsächlicher Vermögenswert der Tochtergesellschaft ist ein streitiger Anspruch gegenüber der Z. S.A. Die Liquidatorin ordnete die Auktion der Aktien der Tochtergesellschaft an. Zu dieser Auktion lud sie A. und H. sowie die Z. S.A. als Bieter ein. Auf Gesuch von A. hin verbot der Einzelrichter der Liquidatorin, eine Auktion der Aktien der Tochtergesellschaft durchzuführen. Dagegen reichte H. als Nebenintervenient Berufung ein.

Aus den Erwägungen:

2.3 Gemäss Art. 731b OR kann ein Aktionär, ein Gläubiger oder der Handelsregisterführer dem Richter beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, falls der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe fehlt oder eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt ist (Abs. 1 Ingress). Der Richter kann insbesondere der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen, binnen derer der rechtmässige Zustand wieder herzustellen ist (Abs. 1 Ziff. 1), das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen (Abs. 1 Ziff. 2) oder die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen (Abs. 1 Ziff. 3). Das Bundesgericht hat sich in BGE 138 III 294 (bestätigt in BGE 138 III 407) eingehend mit dieser Norm auseinandergesetzt und dazu u.a. Folgendes festgehalten:

2.3.1 Mit den Bestimmungen von Art. 731b OR hat der Gesetzgeber eine einheitliche Ordnung für die Behebung und Sanktionierung organisatorischer Mängel innerhalb einer Gesellschaft geschaffen. Die Bestimmung erfasst diejenigen Fälle, in denen eine zwingende gesetzliche Vorgabe hinsichtlich der Organisation der Gesellschaft nicht oder nicht mehr eingehalten wird. Sie bezieht sich sowohl auf das Fehlen als auch die nicht rechtsgenügende Zusammensetzung obligatorischer Gesellschaftsorgane. Die Behebung von Organisationsmängeln steht im Interesse eines funktionierenden Rechtsverkehrs und kann die Interessen von Anspruchsgruppen («Stakeholder») berühren, die sich am Verfahren nach Art. 731b OR nicht beteiligen (Arbeitnehmer, Gläubiger, Aktionäre). Aufgrund der Interessen Dritter sowie der Öffentlichkeit ist der Richter an spezifizierte Anträge der Parteien nicht gebunden. Das im Summarium durchzuführende Organisationsmängelverfahren ist mithin vom Offizialgrundsatz beherrscht (Art. 58 Abs. 2 ZPO): Die Parteien haben keine Verfügungsbefugnis über den Streitgegenstand und können sich namentlich auch nicht vergleichen (BGE 138 III 294 E. 3.1.2 und 3.1.3, S. 297 f., mit weiteren Hinweisen).

2.3.2 Bei den in den Ziffern 1-3 von Art. 731b Abs. 1 OR genannten Massnahmen zur Behebung des Organisationsmangels handelt es sich um einen exemplifikativen, nicht abschliessenden Katalog. Mit Art. 731b Abs. 1 OR wollte der Gesetzgeber dem Richter ähnlich wie bei der Auflösungsklage gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR einen hinreichenden Handlungsspielraum gewähren, um eine mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalles angemessene Massnahme treffen zu können. Der Richter ist bei der Ausübung dieses Handlungsspielraums freilich nicht ungebunden: Es gilt wie im Verfahren nach Art. 736 Ziff. 4 OR das Verhältnismässigkeitsprinzip. Die Auflösung nach Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR stellt eine

ultima ratio dar, also das letztmögliche Mittel, das erst zur Anwendung gelangt, wenn sich mildere Mittel nicht als sachgerecht bzw. zielführend erweisen (BGE 138 III 294 E. 3.1.4, S. 298 f., mit weiteren Hinweisen).

2.3.3 Besteht im Aktionariat einer Gesellschaft eine Pattsituation bzw. Blockade (sog. «Deadlock»), kann dies dazu führen, dass obligatorische Gesellschaftsorgane nicht (mehr) bestellt werden können. Zur Behebung eines solchen Organisationsmangels, der auf einer Pattsituation im Aktionariat zurückgeht, stellt die Ernennung des fehlenden Organs gemäss Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR die grundsätzlich angemessene Massnahme dar. Dies gilt selbst dann, wenn anzunehmen ist, dass sich die Aktionäre auch in der Zukunft nicht zu gemeinsamem Handeln durchringen können und die Pattsituation die Gesellschaft auf Dauer funktionsunfähig macht. Auch unter solchen Umständen ist die Auflösung der Gesellschaft nicht die einzige Lösung, um den «Deadlock» zu beheben. Gestützt auf Art. 731b OR bzw. Art. 736 Ziff. 4 OR kann das Gericht nämlich Massnahmen anordnen, die für die Gesellschaft und die weiteren Anspruchsgruppen des Unternehmens weniger einschneidend sind als eine Auflösung und anschliessende Liquidation. Bei einer blockierten Zweimanngesellschaft ist etwa an eine Übernahme der Aktien des einen Aktionärs durch den anderen im Rahmen einer richterlich angeordneten Versteigerung zu denken. Mit einer solchen oder ähnlichen Massnahme kann der Beibehaltung des Fortführungswerts der Gesellschaft («going concern value») im richterlichen Urteilsdispositiv selbst Rechnung getragen werden (BGE 138 III 294 E. 3.1.5, S. 299, und E.3.3.3, S. 303 f., je mit weiteren Hinweisen).

2.4 Aufgrund dieser Erwägungen des Bundesgerichts steht – entgegen der Auffassung des Nebenintervenienten – fest, dass das Gericht bei der Behebung von Organisationsmängeln gemäss Art. 731b OR im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips einen grossen Handlungsspielraum hat und es namentlich auch eine Versteigerung von Aktien anordnen kann. Dies muss offenkundig auch dann gelten, wenn das Gericht – wie vorliegend – in einem Verfahren gemäss Art. 731b OR die ordentliche Liquidation der Gesellschaft anordnet.

Im vorliegenden Fall geht es im Kern allerdings nicht (mehr) um einen Organisationsmangel (der bereits mit der Anordnung der Liquidation und der Einsetzung einer Liquidatorin behoben wurde), sondern um die Liquidation an sich, d.h. die Verwertung der Aktiven und die Verteilung des durch die Verwertung erzielten Vermögens der Gesuchsgegnerin (Art. 743 und 745 OR). Es ist indessen nicht einzusehen, weshalb dem Gericht nicht auch in dieser Phase die Kompetenz zukommen sollte, dem Liquidator Weisungen zu erteilen. Eine solche Kompetenz scheint zwar insofern als problematisch, als sie zu Eingriffen in die Geschäftstätigkeit des Liquidators führen kann. Dessen Aktionsfreiheit wird aber dann nicht beschränkt, solange die an den Liquidator gerichteten Weisungen nicht über das hinausgehen, was er nach Gesetz und Rechtsprechung ohnehin zu tun hat (vgl. BGE 112 II 1 E. 7.b, S. 12 f.). Ferner ist zu beachten, dass gemäss Art. 741 Abs. 2 OR der Richter (auf Antrag eines Aktionärs) auch Liquidatoren abberufen und andere ernennen kann, sofern wichtige Gründe vorliegen. Diese Bestimmung bezweckt zwar in erster Linie den Schutz der Minderheitsinteressen. Als wichtiger Grund ist aber allgemein jeder Umstand zu betrachten, der nach objektiver Wertung darauf schliessen lässt, dass die Liquidation nicht ordentlich durchgeführt wird und deshalb Aktionärs- und Gesellschaftsinteressen gefährdet oder verletzt werden könnten (Pra 96/2007 Nr. 80 [BGE 132 III 758] E. 3.3, mit weiteren Hinweisen; Stäubli, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. A., Basel 2012, N 9 zu Art. 740/741 OR). Wenn aber das Gericht befugt ist, Liquidatoren abzuberufen, und es dabei zu prüfen hat, ob die Liquidation mit Rücksicht auf die Aktionärs- und Gesellschaftsinteressen ordentlich durchgeführt wird, muss es (a maiore ad minus) auch im Verfahren gemäss Art. 731b OR die weniger weitgehende Kompetenz haben, dem Liquidator Weisungen zu erteilen, wenn dieser seine gesetzlichen Pflichten verletzt, d.h. die Liquidation nicht ordentlich durchgeführt wird und deshalb Aktionärs- und Gesellschaftsinteressen gefährdet oder verletzt werden könnten. Dies muss vorliegend umso mehr gelten, als auch die Generalversammlung in die Tätigkeit der Liquidatoren eingreifen und ihnen namentlich die freihändige Verwertung von Aktiven verbieten kann (Art. 743 Abs. 4 OR und hinten E. 4).

Obergericht, II. Zivilabteilung, 4. Februar 2013

1.2.5 Wettbewerbsrecht

Art. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG
Regeste:

Art. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG – Die Generalklausel von Art. 2 UWG erfasst auch Rufschädigungen des Mitbewerbers, soweit die Spezialvorschriften nicht eingreifen. Beim Tatbestand von Art. 3 lit. a UWG geht es um die Herabsetzung oder Anschwärzung eines Konkurrenten. Dabei ist die herabsetzende Äusserung nur dann unlauter, wenn sie alternativ entweder unrichtig, irreführend oder unnötig verletzend ist. Somit kann auch eine richtige Äusserung unlauter sein, wenn sie entweder irreführend oder unnötig verletzend ist.

Aus dem Sachverhalt:

Die E. GmbH betreibt unter dem Domainname www.xy.ch ein Internetportal für Gesellschaftsgründungen. Die X.CH AG betreibt ebenfalls ein Onlinegründungsprotal unter dem Domainname www.x.ch. Auf dieser Website schaltete die X.CH AG Blog-Publikationen unter dem Titel «Strafanzeige gegen xy.ch eingereicht» und in englischer Sprache unter dem Titel «Complaint filed against xy.ch» auf. In der Folge gelangte die E. GmbH mit einem Gesuch an das Obergericht des Kantons Zug und beantragte gestützt auf das Lauterkeitsrecht, es sei der Gesuchsgegnerin die Onlinepublikation (Blog) mit dem Titel «Strafanzeige gegen xy.ch eingereicht» und die Onlinepublikation (Blog) mit dem Titel «Complaint filed against xy.ch» auf der Website www.x.ch zu verbieten und diese zu verpflichten, die betreffenden Onlinepublikationen von der Website sofort zu entfernen. Überdies sei der Gesuchsgegnerin die Veröffentlichung bzw. Weiterverbreitung von Inhalten jener Onlinepublikationen auf irgendeine Weise und in jeder anderen Sprache zu untersagen. Weiter seien Drittbetreiber von Websites anzuweisen, den Link zu den Onlinepublikationen der Gesuchsgegnerin auf deren Websites unverzüglich zu entfernen.

Aus den Erwägungen:

4. Die Gesuchstellerin macht geltend, die Gesuchsgegnerin verstosse gegen das Lauterkeitsrecht, indem sie auf ihrer Website den inkriminierten Blog mit dem Titel Strafanzeige gegen (. . .) in deutscher und englischer Sprache aufgeschaltet und überdies die Publikation so umgesetzt habe, dass Internetbesucher bei der Onlinesuche via Suchmaschinen von Google und von Bing nach dem Suchbegriff (. . .) vom Besuch der Website der Gesuchstellerin abgehalten würden. Sie macht geltend, der Inhalt der Publikation müsse unter den gegebenen Umständen im Sinne von Art. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG als unlauter qualifiziert werden.

4.1 Gemäss Art. 2 UWG ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst, unlauter und widerrechtlich. Unlauter handelt nach Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG insbesondere, wer andere, ihre Waren, Werke, Leistungen, deren Preise oder ihre Geschäftsverhältnisse durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserungen herabsetzt. Zur Klage berechtigt ist u.a. gemäss Art. 9 UWG, wer durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird.

4.2 Die Generalklausel von Art. 2 UWG erfasst auch Rufschädigungen des Mitbewerbers, soweit die Spezialvorschriften nicht eingreifen (Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum UWG, Basel/Genf/München 2001, Art. 2 N 131). Beim Tatbestand von Art. 3 lit. a UWG geht es um die Herabsetzung oder Anschwärzung eines Konkurrenten. Die Bestimmung dient dem Schutz der Geschäftsehre und der Reputation des Gewerbetreibenden vor Verletzungen durch wettbewerbsbezogene Äusserungen. Wie das UWG allgemein die wirtschaftliche Persönlichkeit nicht gegen jeden Angriff schützt, geht es auch bei der Herabsetzung nur um die Sanktionierung unfairer Wettbewerbspraktiken (Baudenbacher, a.a.O., Art. 3 lit. a N 3). Herabsetzen in diesem Sinne ist das

negative Einwirken auf das Bild eines Wettbewerbers, das im Wettbewerb als relevant anzusehen ist. Es kommt also darauf an, wie die übrigen Mitbewerber oder Abnehmer das negative Urteil, die herabsetzende Äusserung verstehen und mit der Wettbewerbsstellung des Adressaten in Verbindung bringen (Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb, 2.A., Bern 2002, S. 63 f. Rz 5.04).

4.3 Dass der inkriminierte Blog der Gesuchsgegnerin das Tatbestandselement der Herabsetzung gemäss Art. 3 lit. a UWG erfüllt, kann nicht zweifelhaft sein. Der Vorwurf strafbaren Verhaltens, konkret der Vorwurf strafbarer Verstösse gegen das Lauterkeitsrecht, setzt den Mitkonkurrenten herab (SMI 1995, 422; SMI 1995, 430). Seine Geschäftsehre und sein Ruf werden dabei negativ tangiert. Beim durchschnittlichen, potentiellen Kunden werden dadurch zumindest Zweifel an der Seriosität der Gesuchstellerin und an der Güte ihrer Dienstleistungen hervorgerufen. Wenn auch der Vorwurf eines Verbrechens oder Vergehens gegenüber einem Mitbewerber regelmässig wettbewerbsrelevant sein dürfte, impliziert das jedoch seine Unlauterkeit noch nicht (Spitz, in: Jung/Spitz [Hrsg.], Handkommentar UWG, Bern 2010, Art. 3 lit. a N 56). Die Herabsetzung an sich ist nicht bereits unlauter (Pedrazzini, a.a.O., S. 65 Rz 5.12). Eine gemäss Art. 3 lit. a UWG herabsetzende Äusserung kann nur dann unlauter sein, wenn sie alternativ entweder unrichtig, irreführend oder unnötig verletzend ist. Daraus erhellt u.a., dass namentlich auch eine richtige, (wahre) Äusserung unlauter sein kann, nämlich dann, wenn sie entweder irreführend oder unnötig verletzend ist (Spitz, a.a.O., Art. 3 lit a N 34; Pedrazzini, a.a.O., S. 65 Rz 5.11).

4.3.1 Die Äusserungen im inkriminierten Blog sind als solche nicht unwahr. Es entspricht den Tatsachen, dass gegen die Gesuchstellerin wegen der ihr vorgeworfenen UWG-Verstösse eine Strafanzeige bei der Zuger Staatsanwaltschaft eingereicht worden ist. Diese Betrachtungsweise greift aber zu kurz. Wäre sie richtig, könnte auf diese Weise jemand selbst bei einem klar unbegründeten Verdacht und wider besseren Wissens einer Straftat bezichtigt werden, ohne gegen das lauterkeitsrechtliche Wahrheitsgebot von Art. 3 lit. a UWG zu verstossen. Das kann aber nicht richtig sein. Es stellt sich daher die Frage, ob die Vorwürfe in der Strafklage denn auch zu Recht erhoben worden sind, d.h. ob sie zutreffend, wahr sind. Nun ist das aber gerade Gegenstand der Strafuntersuchung. Für den Durchschnittsleser wird allerdings auch nicht behauptet, dass diese Verstösse wahr seien, sondern es ist jedermann klar, dass es sich dabei eben um Vorwürfe handelt, von deren Wahrheit bestenfalls die Anzeigeerstatterin überzeugt ist, die aber von den Strafverfolgungsbehörden erst abgeklärt werden müssen. Es wird gegenüber dem unbefangenen Durchschnittsadressaten zum Ausdruck gebracht, dass die Anzeigeerstatterin die Vorwürfe für berechtigt, also wahr hält, dass aber erst eine strafrechtliche Untersuchung darüber Gewissheit bringen kann. Mit anderen Worten entnimmt der durchschnittliche Leser dieses Blogs im Wesentlichen, dass die Gesuchstellerin verdächtigt wird, in strafbarer Weise gegen das Lauterkeitsrecht verstossen zu haben, und dass deswegen eine Anzeige eingereicht und bei der Staatsanwaltschaft Zug entsprechend ein Strafverfahren angehoben worden ist. Entscheidend ist nämlich der Sinn, den der Adressat der entsprechenden Äusserung in guten Treuen beilegen darf, wobei die Gesamtheit der Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen ist (Pedrazzini, a.a.O., S. 68 RZ 5.18 mit Hinweis auf BGE 90 IV 43). Die Äusserungen sind insofern mit einem gemischten Werturteil oder der Kundgabe einer Rechtsauffassung vergleichbar. Einer Richtigkeitsprüfung zugänglich ist aber nur der herauszuschälende Tatsachenkern eines Werturteils (Spitz, a.a.O., Art. 3 lit. a N 27). Dasselbe ist zu sagen mit Bezug auf die rechtliche Würdigung richtig dargestellter Sachverhalte (BGE 93 II 350 E. 2, S. 342). Meinungsäusserungen, Kommentare und Werturteile sind zulässig, sofern sie auf Grund des Sachverhalts, auf den sie sich beziehen, als vertretbar erscheinen (BGE 126 III 305 E. 4.bb). Es muss also im vorliegenden Zusammenhang ausreichen, dass die Gesuchsgegnerin genügend Anhaltspunkte für einen hinreichenden Verdacht hatte, um eine Strafanzeige einreichen zu dürfen. Diesfalls würde im inkriminierten Blog keine Unwahrheit geäussert. Ob die Gesuchsgegnerin im Zeitpunkt der Einreichung der Strafanzeige über genügend Anhaltspunkte in tatsächlicher Hinsicht verfügte, dass die Einreichung einer Strafanzeige als vertretbar erschien, ist aufgrund der nachvollziehbaren Begründung der Nichtanhandnahmeverfügung vom 5. April 2013 der Staatsanwaltschaft Zug zumindest fraglich, mag hier letztlich aber dahingestellt bleiben. Nachdem die in Frage stehende Strafanzeige von der Staatsanwaltschaft nicht an die Hand genommen worden ist, ist der Blog als solcher heute insofern unwahr oder zumindest irreführend, als er - wahrheitswidrig - glauben machen will, die Strafuntersuchung sei noch pendent und die

Staatsanwaltschaft habe sich noch nicht entschieden, ob sie die Sache weiterverfolgen (Anklage erheben oder allenfalls einen Strafbefehl erlassen) wolle. Die Verbreitung des Vorwurfs bzw. des Verdachts, die Gesuchstellerin habe sich des unlauteren Wettbewerbs schuldig gemacht, ist - nachdem nun feststeht, dass dies nicht zutrifft - ihrerseits unlauter (vgl. ZR 1967 Nr. 32).

4.3.2 Hingegen wäre der Blog wohl nicht als irreführend zu bezeichnen, weil sein Text mit der Abbildung des symbolischen Sitzungshammers des Richters illustriert ist, wie die Gesuchstellerin meint. Damit wird für den unbefangenen Durchschnittsadressaten nicht insinuiert, es sei bereits ein Richterspruch über die fraglichen Deliktsvorwürfe im Text des Blogs gefallen. Vielmehr wird mit dieser Symbolik lediglich in allgemeiner Weise der Bezug zur offiziellen, d.h. behördlichen Strafverfolgung hergestellt, bei welcher Behörde die Sache ja auch tatsächlich zur Abklärung eingereicht worden ist.

4.3.3 Im Übrigen müsste der inkriminierte Blog aber wohl auch als unnötig verletzend qualifiziert werden. Das bei wahren Äusserungen de facto gleichsam als Auffangtatbestand zu bezeichnende Unlauterkeitsmerkmal des unnötig verletzenden Charakters ist Ausdruck des Verhältnismässigkeitsgebots (Spitz, a.a.O., Art. 3 lit. a N 40; Streuli-Youssef, Unlautere Werbe- und Verkaufsmethoden, in: SIWR V/1, Lauterkeitsrecht, 2.A., Basel 1998, 124 f.). Es ist nicht nur zu prüfen, ob die Mittel, derer sich der Urheber bedient, sondern auch die Ziele, die er verfolgt, schutzwürdig sind, wobei damit ein gewisses Ermessen verbunden ist (BGE 126 III 305 E. 4a m.w.H.). Unnötig verletzend kann beispielsweise eine werbliche Kritik einerseits durch ihren unerlaubten Inhalt, anderseits durch ihren unerlaubten Zweck sein (Hans-Georg Schmid, Die Bezugnahme in der Werbung nach dem BG gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986, Diss. St. Gallen 1988, S. 223). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt als unnötig verletzend, wenn die Äusserung angesichts des Sachverhalts, der damit beschrieben bzw. bewertet werden soll, weit über das Ziel hinausschiesst, völlig sachfremd bzw. unsachlich, mithin unhaltbar ist (sic! 2008, 450; Urteil 4C.342/2005, E.2.3 vom 11.1.2006 m.w.H.). Eine unnötige Verletzung wird auch in Fällen angenommen, in denen eine Äusserung ohne begründete Veranlassung und vorwiegend in der Absicht getätigt wird, jemand anderen schlecht zu machen. Pointiert abwertende Äusserungen wie z. B. «Betrüger», «Schwindler» oder «Bauernfänger» sind jedoch dann zulässig, wenn sie das tatsächliche Verhalten der kritisierten Person widerspiegeln (Spitz, a.a.O., Art. 3 lit. b N 40 mit Hinweis BGer. 4A.82/2007 in sic! 2008, 450 E. 3.4). Die Gesuchsgegnerin macht geltend, sie habe ein berechtigtes Interesse daran, potentielle Kunden darüber zu informieren, dass zwischen ihr und den Betreibern des Onlinegründungsportals der Gesuchstellerin keinerlei Verbindung bestehe. Dem kann durchaus zugestimmt werden. Hierfür ist aber keineswegs notwendig, die Gesuchstellerin öffentlich des strafbaren unlauteren Wettbewerbs zu bezichtigen, zumal keine tragfähigen Anhaltspunkte für einen solchen Verdacht bestehen, wie die Nichtanhandnahmeverfügung vom 5. April 2013 der Staatsanwaltschaft Zug überzeugend klar macht. Wenn die Gesuchsgegnerin die an sich legitime Publikumsinformation der Abgrenzung zur Gesuchstellerin mit dem unhaltbaren Vorwurf verknüpft, die Ähnlichkeit der beiden Onlinegründungsplattformen stamme daher, dass die Gesuchstellerin die Plattform der Gesuchsgegnerin in strafrechtlicher Weise quasi kopiert habe, ist das unzulässig. Insofern erscheint die Äusserung im Blog als sachfremd bzw. unsachlich.

4.4 Nach dem Gesagten ist der Verfügungsanspruch im Sinne einer Hauptsachenprognose zu bejahen.

5. Auch der Verfügungsgrund ist vorliegend gegeben. In der Tat besteht die Gefahr, dass potentielle Kunden durch den Blog der Gesuchsgegnerin abgehalten werden, eine beabsichtigte Gründung nicht bei der Gesuchstellerin durchzuführen und deren Dienste in Anspruch zu nehmen. Damit entstehen der Gesuchstellerin zum einen finanzielle Einbussen, die sie - wenn überhaupt - nur sehr schwer beweisen kann. Mit Recht macht die Gesuchstellerin zum andern auch die Gefahr einer Rufschädigung geltend. Das Vorliegen von direkt auf die Geltung eines Mitbewerbers gerichteten Wettbewerbsverstössen, wie Anschwärzungen, Herabsetzungen, impliziert ohne weiteres eine Rufschädigung und diese stellt einen nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil dar (Michael Leupold, Die Nachteilsprognose als Voraussetzung des vorsorglichen Rechtsschutzes, in: sic! 2000, 271 f.; Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Zürich/St. Gallen 2010, Art. 261 N 4). Auch die zeitliche

Dringlichkeit ist ohne weiteres gegeben, vergrössern sich doch die nachteiligen Folgen für die Gesuchstellerin je länger der inkriminierte Blog aufgeschaltet ist. Der Gesuchstellerin ist nicht zuzumuten, diese während der nicht unerheblichen Dauer eines ordentlichen Prozesses einfach hinzunehmen. Und schliesslich überwiegen die voraussichtlichen Nachteile der Gesuchstellerin bei Nichterlass der beantragten vorsorglichen Massnahmen diejenigen der Gesuchsgegnerin bei Erlass dieser Massnahmen offensichtlich (vgl. Michael Leupold, a.a.O., S. 272). Es ist nicht ersichtlich, inwiefern Letztere einen erheblichen Nachteil erleiden könnte, wenn sie nicht auf die Strafanzeige hinweisen darf. Immerhin ist es ihr nicht verwehrt, darauf hinzuweisen, dass sie mit der Gesuchstellerin in keiner Weise verbunden ist.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 17. April 2013

1.3 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

1.3.1 Beschwerdeverfahren

Art. 33 Abs. 4 SchKG
Regeste:

Art. 33 Abs. 4 SchKG – Das Gesuch um Wiederherstellung der Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlags wird nicht im Rahmen des vom Grundsatz der Kostenlosigkeit beherrschten Beschwerdeverfahrens gemäss Art. 17 f. SchKG behandelt, weshalb die Inanspruchnahme der Aufsichtsbehörde Kostenfolgen gemäss Art. 1 Abs. 2 GebV SchKG nach sich zieht.

Aus den Erwägungen:

Gestützt darauf, dass

- die Gesuchstellerin am 18. April 2013 bei der II. Beschwerdeabteilung des Obergerichts um Wiederherstellung der versäumten Rechtsvorschlagsfrist in der Betreibung Nr. ___ des Betreibungsamtes Baar nachsuchte;

- die Aufsichtsbehörde gemäss Art. 33 Abs. 4 SchKG um Wiederherstellung der Frist ersucht werden kann, wenn jemand durch ein unverschuldetes Hindernis davon abgehalten worden ist, innert Frist zu handeln;
- das geltend gemachte Hindernis dabei absolut unverschuldet sein muss, mithin eine objektive Unmöglichkeit, höhere Gewalt, eine unverschuldete persönliche Unmöglichkeit oder ein entschuldbares Fristversäumnis vorausgesetzt ist (Nordmann, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. A., Basel 2010, Art. 33 SchKG N 10);
- die Gesuchstellerin geltend macht, da die ersten zwei Rechnungen Nrn. 72317 und 72318 der Betreibungsgläubigerin an die A.___ in B.___ (DE) gerichtet gewesen seien und die Rechnung Nr. 72321 (Betreibungsforderung) an sie gegangen sei, habe sie zunächst klären müssen, ob sie die richtige Ansprechpartnerin sei, was aufgrund der anstehenden Feiertage über Ostern etwas länger gedauert habe, weshalb die Frist für den Rechtsvorschlag verpasst worden sei;
- es sich dabei nicht um ein unverschuldetes Hindernis im Sinne von Art. 33 Abs. 4 SchKG handelt, sondern die Säumnis vielmehr auf einer mangelhaften internen Organisation der Gesuchstellerin beruht, was die Letztere zu vertreten hat;
- das vorliegende Gesuch daher unbegründet ist, weshalb es abzuweisen ist;
- das Gesuch um Wiederherstellung der Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlags nicht im Rahmen des vom Grundsatz der Kostenlosigkeit beherrschten Beschwerdeverfahrens gemäss Art. 17 f. SchKG behandelt wird, weshalb die Inanspruchnahme der Aufsichtsbehörde Kostenfolgen gemäss Art. 1 Abs. 2 GebV SchKG nach sich zieht (BlSchK 77 Nr. 4);
- der Gesuchstellerin für das vorliegenden Verfahren daher Kosten aufzuerlegen sind, sie die Betreibungsgläubigerin, die nicht zur Vernehmlassung eingeladen worden war, mangels Umtrieben hingegen nicht zu entschädigen hat,

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 2. Mai 2013

1.3.2 Summarisches Verfahren
Art. 231 und 256 SchKG
Regeste:

Art. 231, Art. 256 SchKG – Im summarischen Konkursverfahren hat das Konkursamt nur beim freihändigen Verkauf von Vermögensgegenständen von bedeutendem Wert und von Grundstücken den Gläubigern vorher Gelegenheit zu geben, höhere Angebote zu machen. Ist dies nicht der Fall und wird gleichwohl ein Steigerungsverfahren durchgeführt, ist bei diesem Verfahren das Gleichbehandlungsgebot zu wahren.

Aus den Erwägungen:

3.1 Im vorliegenden Fall ordnete der Konkursrichter auf Antrag des Konkursamtes das summarische Konkursverfahren an. Dieses wird grundsätzlich nach den Vorschriften über das ordentliche Verfahren durchgeführt. Als Ausnahme sieht Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG indes vor, dass das Konkursamt nach Ablauf der Eingabefrist die Verwertung durchführt; dabei berücksichtigt es allerdings wiederum die in Art. 256 Abs. 2–4 SchKG aufgestellten Grundsätze des ordentlichen Verfahrens, wobei es die Interessen der Gläubiger bestmöglich zu wahren hat.

3.2 Nach Art. 256 Abs. 3 SchKG dürfen Vermögensgegenstände von bedeutendem Wert und Grundstücke nur freihändig verkauft werden, wenn die Gläubiger vorher Gelegenheit erhalten haben, höhere Angebote zu machen. Wann ein Gegenstand unter die Rubrik Vermögensgegenstände von bedeutendem Wert fällt, ist vom Einzelfall abhängig. Als Anhaltspunkt wird jedoch sowohl in Literatur als auch vom Bundesgericht von einem mindestens fünf-, eher sechs- oder siebenstelligen Betrag bzw. einem Inventarwert über CHF 50’000.– gesprochen (Urs Lustenberger, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. A., Basel 2010, Art. 231 N 36). Im vorliegenden Konkursverfahren hat das Konkursamt noch kein Inventar erstellt und damit die vier Fahrzeuge noch nicht bewertet. Das Konkursamt ist aber auf das Angebot des Beschwerdeführers 2 zum Kauf dieser Fahrzeuge für CHF 45’000.– eingegangen. Es darf daher angenommen werden, dass das Konkursamt diesen Fahrzeugen nicht einen höheren Inventarwert zugemessen hat. Hinzu kommt, dass nach der zitierten Lehre und Rechtsprechung jeder einzelne Vermögenswert, d.h. jedes Fahrzeug einen Inventarwert von über CHF 50’000.– aufweisen müsste, damit das Konkursamt verpflichtet gewesen wäre, vor einem Freihandverkauf den Gläubigern Gelegenheit zur Einreichung eines höheren Angebots zu machen. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass das Konkursamt im vorliegenden Fall davon abgesehen und einzig ein Steigerungsverfahren zwischen dem Beschwerdeführer 2 und der A. SA zur freihändigen Verwertung der vier Fahrzeuge durchgeführt hat. Allerdings sind in einem solchen Verfahren ebenfalls die Grundsätze von Art. 256 Abs. 3 SchKG zu beachten. Namentlich ist den Kaufinteressenten das Recht zum höheren Angebot einzuräumen.

3.3 Ist dies erfolgt, steht es im Ermessen des Konkursamtes, ob es ein steigerungsähnliches Verfahren durchführen und die übrigen Interessenten vom Eingang eines höheren Angebotes informieren will, um diese ihrerseits zu einem besseren Gebot zu bewegen. Nimmt das Konkursamt nach fristgemässem Eingang eines höheren Angebots mit den bisherigen Interessenten Kontakt auf, um sie zur Erhöhung ihrer Gebote zu veranlassen, so stellt sich die Frage, ob bei Eingang eines solchen noch besseren Angebots, den Berechtigten erneut das Recht zum höheren Angebot zusteht. Dies ist zu verneinen. Die Berechtigten haben keine Garantie, dass ihre höheren Angebote nicht noch überboten werden. Zweck dieses Instituts ist eine Gleichbehandlung der zum höheren Angebot berechtigten Personen. Diesem Zweck ist Genüge getan, wenn das Recht einmal gewährt wird. Damit ist die Gleichbehandlung verwirklicht (vgl. Franco Lorandi, Der Freihandverkauf im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Bern/Stuttgart/Wien 1994, S. 336 f.).

3.4 Auch wenn das Konkursamt nicht verpflichtet ist, nach fristgemässem Eingang eines höheren Angebots die übrigen Interessenten darüber zu informieren, um sie zur Erhöhung ihrer Gebote zu veranlassen, trifft das Konkursamt gleichwohl die Pflicht, die Berechtigten gleich zu behandeln. Vorliegend hat das Konkursamt nach Eingang der Offerte der A. SA vom 20. März 2013 über CHF 55'000.– den beiden Kaufinteressenten die Möglichkeit eingeräumt, ihre Offerten bis zum 28. März 2013, 12:00 Uhr, zu erhöhen. Nachdem der Beschwerdeführer 2 am 27. März 2013 sein Angebot auf CHF 57'000.– erhöht hatte, informierte das Konkursamt die Kaufinteressenten über dieses Angebot. Dazu wäre das Konkursamt nach dem oben Ausgeführten nicht verpflichtet gewesen. Indem es dies gleichwohl tat, ermöglichte es so der A. SA, ihre Offerte bis zum Ablauf der Frist vom 28. März 2013, 12:00 Uhr zu verbessern. Davon machte die A. SA denn auch Gebrauch und offerierte mit Faxschreiben, das am 28. März 2013 um 10:58 Uhr beim Konkursamt eintraf, für die vier Fahrzeuge CHF 58'500.–. Dieses Angebot machte das Konkursamt dem Beschwerdeführer 2 indes nicht bekannt. Auch wenn die verbleibende Zeit bis zum Fristablauf sehr knapp war, wäre es noch möglich gewesen, den Beschwerdeführer 2 über diese Offerte zu informieren. Indem das Konkursamt dies unterliess, nahm es dem Beschwerdeführer 2 zum Vornherein die Möglichkeit, auf dieses Angebot zu reagieren. Das Konkursamt verletzte damit das Gleichbehandlungsgebot. Allerdings ist es – wie Franco Lorandi ausführt (a.a.O., S. 337) – aus verfahrensökonomischen Gründen unsinnig, nach einem besseren Gebot den Berechtigten noch einmal das Recht einzuräumen, höhere Angebote zu unterbreiten, womit nachträglich wiederum noch bessere Offerten eintreffen könnten. Dies zeigt aber, dass die vom Konkursamt gewählte Vorgehensweise nicht zielführend ist. Beabsichtigt das Konkursamt die freihändige Veräusserung von Gegenständen im Rahmen eines Steigerungsverfahrens durchzuführen, um einen möglichst hohen Erlös zu erreichen, erweist sich das gewählte schriftliche Verfahren als unzulänglich. Vielmehr hat das Konkursamt in einem solchen Falle einen Steigerungstermin festzusetzen, an dem die Kaufinteressenten sich gegenseitig überbieten können und das höchste Angebot den Zuschlag erhält. Damit wird auch das Gleichbehandlungsgebot gewahrt.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 6. Juni 2013 (eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil 5A_461/2013 vom 13. August 2013 ab)

1.3.3 Verwertungsverfahren

Art. 132 SchKG, Art. 10 VVAG
Regeste:

Art. 132 SchKG, Art. 10 VVAG – Vorgehen bei der Verwertung von Vermögensbestandteilen anderer Art gemäss Art. 132 Abs. 1 SchKG.

Aus den Erwägungen:

1.1 Nach Art. 132 Abs. 1 SchKG ersucht der Betreibungsbeamte die Aufsichtsbehörde um Bestimmung des Verfahrens, wenn Vermögensbestandteile anderer Art zu verwerten sind, wie eine Nutzniessung oder ein Anteil an einer unverteilten Erbschaft, an einer Gemeinderschaft, an Gesellschaftsgut oder an einem andern gemeinschaftlichen Vermögen. Die Aufsichtsbehörde kann nach Anhörung der Beteiligten die Versteigerung anordnen oder die Verwertung einem Verwalter übertragen oder eine andere Vorkehrung treffen (Art. 132 Abs. 3 SchKG).

1.2 Die Einzelheiten betreffend die Verwertung von Gesamthandanteilen sind dabei in der VVAG geregelt. Diese Verordnung sieht präziser definierte Massnahmen vor, welche die gemäss Art. 132 Abs. 3 SchKG der Aufsichtsbehörde zuerkannte Kompetenz einschränken (BGE 135 III 179 E. 2.1 = Pra 99 Nr. 42 E. 2.1).

Gelingt eine gütliche Verständigung nicht, so fordert nach Art. 10 Abs. 1 VVAG das Betreibungsamt oder die Behörde, welche die Einigungsverhandlungen leitet, die pfändenden Gläubiger, den Schuldner und die

Mitanteilhaber auf, ihre Anträge über die weiteren Verwertungsmassnahmen innert zehn Tagen zu stellen, und übermittelt nach Ablauf dieser Frist die sämtlichen Betreibungsakten der für das Verfahren nach Art. 132 SchKG zuständigen Aufsichtsbehörde. Diese kann nochmals Einigungsverhandlungen anordnen.

Die Aufsichtsbehörde verfügt unter möglichster Berücksichtigung der Anträge der Beteiligten, ob das gepfändete Anteilsrecht als solches versteigert oder ob die Auflösung der Gemeinschaft und Liquidation des Gemeinschaftsvermögens nach den für die betreffende Gemeinschaft geltenden Vorschriften herbeigeführt werden soll (Art. 10 Abs. 2 VVAG).

Die Versteigerung soll in der Regel nur dann angeordnet werden, wenn der Wert des Anteilsrechts gestützt auf die im Pfändungsverfahren oder beim Einigungsversuch gemachten Erhebungen annähernd bestimmt werden kann. Die Aufsichtsbehörde ist berechtigt, über diesen Wert neue Erhebungen, insbesondere die Inventarisierung des Gemeinschaftsvermögens, anzuordnen (Art. 10 Abs. 3 VVAG).

Den Gläubigern, welche die Auflösung der Gemeinschaft verlangen, ist eine Frist zur Vorschussleistung anzusetzen mit der Androhung, es werde andernfalls das Anteilsrecht als solches versteigert (Art. 10 Abs. 4 VVAG).

1.3 Die Kompetenz der Aufsichtsbehörde beschränkt sich demnach auf die Bestimmung des Verwertungsmodus'. Zudem kann die Aufsichtsbehörde nur entweder die Auflösung der Gemeinschaft und deren Liquidation verfügen (unter Ansetzung einer Frist für die Leistung eines entsprechenden Kostenvorschusses und Androhung der Anteilsversteigerung bei Nicht-Leistung) oder die Versteigerung des Anteils am Gemeinschaftsvermögen anordnen; dabei handelt es sich um einen freien Ermessensentscheid. Vor ihrem Entscheid gemäss Art. 10 Abs. 2 VVAG hat die Aufsichtsbehörde gemäss Art. 132 SchKG die Beteiligten anzuhören. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung schliesst diese Anhörungspflicht nicht die Verpflichtung zur nochmaligen Vorladung der Betroffenen ein, sondern nur diejenige zur Mitberücksichtigung ihrer Anträge nach Möglichkeit (BGE 87 III 106 E. 2 = Pra 1962 Nr. 63 E. 2). Die erneute Einholung einer Meinungsäusserung der Beteiligten ist allerdings dann unerlässlich, wenn die Aufsichtsbehörde auf Antrag des Betreibungsamtes ihren Entscheid über die Verwertungsart in Wiedererwägung zieht (BGE 96 III 10 E. 4 i.f.; zum Ganzen: Rutz/Roth, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. A., Basel 2010, Art. 132 SchKG N 19 - 21).

1.4 Gemäss Art. 10 Abs. 3 VVAG ist die Versteigerung des Anteilsrechts in der Regel nur dann anzuordnen, wenn dessen Wert annähernd bestimmt werden kann. Sinn dieser Vorschrift ist es, einer Verschleuderung des Anteilsrechtes vorzubeugen. Gemäss BGE 80 III 117 E. 1 ist der Wert eines Anteilsrechts nicht annähernd bestimmbar, wenn zwischen dem Schuldner und den Mitanteilinhabern im Rahmen des Gesamthandverhältnisses Forderungen strittig sind (Rutz/Roth, a.a.O., Art. 132 SchKG N 27). In einem solchen Falle ist regelmässig die Liquidation der Gesamthandgemeinschaft anzuordnen. Handelt es sich um eine Erbengemeinschaft, so hat das Betreibungsamt die Vornahme der Teilung unter Mitwirkung der nach Art. 609 ZGB zuständigen Behörde zu verlangen (Art. 12 Satz 2 VVAG).

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 27. Juni 2013

1.4 Rechtspflege

1.4.1 Zivilrechtspflege

Art. 5 ZPO
Regeste:

Art. 5 ZPO – Domainnamen als solche sind kein Gegenstand geistigen Eigentums im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO. Für ein aus dem Namensrecht abgeleiteten Anspruch wäre eine Zuständigkeit i.S. von Art. 5 ZPO nur gegeben, soweit aus dem selben Sachverhalt gleichzeitig auch eine Streitigkeit gemäss

Art. 5 lit. a–d vorläge.

Aus den Erwägungen:

1. Die Gesuchstellerinnen stützen ihr Gesuch ausdrücklich und ausschliesslich auf Namens- und Lauterkeitsrecht (namentlich auf Art. 29 Abs. 2 ZGB sowie Art. 3 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 9 Abs. 1 UWG). Sie verweisen für die sachliche und funktionelle Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ausdrücklich auf Art. 5 Abs. 1 lit. a, c und d ZPO bzw. auf § 19 Abs. 1 lit. a GOG.

1.1 Gemäss Art. 5 Abs. 1 ZPO bezeichnet das kantonale Recht das Gericht, welches als einzige kantonale Instanz zuständig ist (a.) für Streitigkeiten im Zusammenhang mit geistigem Eigentum einschliesslich der Streitigkeiten betreffend Nichtigkeit, Inhaberschaft, Lizenzierung, Übertragung und Verletzung solcher Rechte, (c.) für Streitigkeiten über den Gebrauch einer Firma und (d.) für Streitigkeiten nach dem Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 über den unlauteren Wettbewerb (UWG), sofern der Streitwert mehr als 30'000 Franken beträgt oder sofern der Bund sein Klagerecht ausübt. Nach § 19 Abs. 1 lit. a GOG i.V.m. § 5 Abs. 2 der Geschäftsordnung des Obergerichts ist die II. Zivilabteilung des Obergerichts die einzige kantonale Instanz nach Art. 5 ZPO. Über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen nach Art. 5 Abs. 2 ZPO entscheidet gemäss § 23 Abs. 3 GOG der Abteilungspräsident als Einzelrichter.

1.2.1 Soweit die Gesuchstellerinnen im vorliegenden Fall eine «Streitigkeit im Zusammenhang mit geistigem Eigentum» erblicken und die obergerichtliche Zuständigkeit dementsprechend aus Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO herleiten wollen, ist das rechtsirrtümlich. Die in Frage stehenden Domainnamen als solche sind kein Gegenstand geistigen Eigentums im Sinne dieser Prozessbestimmung, stellen m.a.W. kein vom Gesetzgeber anerkanntes Immaterialgut dar (vgl. Buri, in: SIWR, Bd. III/2, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2005, S. 346 f.). Zum geistigen Eigentum zählen die immateriellen Güter, welche die Merkmale eines absoluten Rechts aufweisen, d.h. an denen ihrem Inhaber Verfügungs- und Abwehrrechte zustehen, die mit jenen des Eigentümers einer Sache vergleichbar sind. Dazu gehören das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (URG), der Schutz von Topographien von Halbleitererzeugnissen (ToG) sowie die verschiedenen Formen des gewerblichen Rechtsschutzes, d.h. der Marken (MSchG), Designs (DesG) und Pflanzenzüchtungen (Sortenschutzgesetz) (Berger, Berner Kommentar ZPO, 2012, Bd. I, Art. 5 N 6; vgl. auch Vock / Nater, Basler Kommentar ZPO, 2. Aufl. 2013, Art. 5 N 4; Wey, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger [Hrsg.], Kommentar ZPO, 2. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2013, Art. 5 N 10 f.). Diese Rechte sind alle durch Spezialgesetze näher umschrieben und absolut geschützt (Härtsch, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, SHK, Bern 2010, Art. 5 N 3). Das trifft auf Domainnamen als solche nicht zu. Namentlich begründet etwa die Registrierung einer Domain bei der Registrierungsstelle SWITCH für die Top-Level-Domains «.ch» und «.li» keinerlei Abwehrrechte gegenüber Dritten. Der Schutz der Domainnamen erfolgt indirekt über andere Rechtsinstitute, namentlich das Marken-, Firmen-, Namensrecht oder das Lauterkeitsrecht (Buri, a.a.O., S. 375 ff.). Dementsprechend gehört auch etwa das sog. Know-how nicht zu den Immaterialgütern i.S. von Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO, obschon auch dieses – wie gewerbliche Schutzrechte – Gegenstand eines Lizenzvertrages sein kann (Berger, a.a.O. Art. 5 zu N 6; a.M. Härtsch, a.a.O., N 4).

1.2.2 Soweit sich die Gesuchstellerinnen auf lauterkeitsrechtliche Ansprüche berufen, ist der nach Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO vorausgesetzte Streitwert von 30'000 Franken im vorliegenden Fall aufgrund der eigenen Angaben der Gesuchstellerinnen nicht erreicht. Dementsprechend ist der Einzelrichter der II. Zivilabteilung des Obergerichts sachlich und funktionell nicht zuständig, über den vorliegend geltend gemachten Anspruch aus UWG zu befinden.

1.2.3 Die Gesuchstellerinnen erwähnen zwar auch lit. c von Art. 5 Abs. 1 ZPO als zuständigkeitsbegründende Norm. Sie stützen sich aber für ihre behaupteten Ansprüche nicht auf Firmenrecht, sondern ausschliesslich auf Namens- und Lauterkeitsrecht. Sie legen namentlich mit keinem Wort dar und es ist auch sonst nicht ersichtlich, inwiefern die Gesuchsgegnerin die in Frage stehenden, von den Gesuchstellerinnen beanspruchten Domainnamen firmenmässig, d.h. mit Namensfunktion

(Firma, ausländischer Handelsname, Geschäftsbezeichnung oder Enseigne) gebrauchen (vgl. Urteil Bundesgericht 4C.169/2005 vom 5. September 2005; Hilti, in: SIWR, Bd. III/2, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2005, S. 69). Dementsprechend lässt sich die obergerichtliche Zuständigkeit auch nicht auf diese Bestimmung stützten.

1.2.4 Für den aus dem Namensrecht abgeleiteten Anspruch wäre schliesslich eine Zuständigkeit i.S. von Art. 5 ZPO nur gegeben, soweit aus dem selben Sachverhalt gleichzeitig auch eine Streitigkeit gemäss Art. 5 lit. a–d vorläge. Namentlich im Lauterkeitsrecht ist die einzige kantonale Instanz bei gegebenem Sachzusammenhang auch für Sach- und Rechtsfragen zuständig, die einen sachlichen Zusammenhang aufweisen (Alexander Brunner, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], ZPO Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 5 N 21). An einem solchen Zusammenhang fehlt es aber im vorliegenden Fall offenkundig, weshalb die sachliche Zuständigkeit des Obergerichts auch insofern entfällt.

1.3 Mangelt es aber nach dem Gesagten an der sachlichen Zuständigkeit des Obergerichts als einzige kantonale Instanz gemäss Art. 5 Abs. 1 ZPO, kann auf das Gesuch nicht eingetreten werden.

Obergericht, II. Zivilabteilung, Einzelrichter, 13. Dezember 2013

Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG, Art. III-V New Yorker Übereinkommen
Regeste:

Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK – Verletzung des rechtlichen Gehörs (E. 2); Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG, Art. III – V New Yorker Übereinkommen – Schiedsspruch als Arrestgrund (E 3 ff.)

Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können, unabhängig von der Entscheidrelevanz der Eingaben. Damit das Replikrecht wahrgenommen werden kann, hat das Gericht der Partei genügend Zeit einzuräumen (E 2.1 f.). Kann eine Partei das Replikrecht nicht wahrnehmen, liegt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Diese Verletzung kann geheilt werden, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann (E 2.3).

Der Schiedsspruch eines Schiedsgerichts, das seinen Sitz nicht in einem Vertragsstaat des Lugano Übereinkommens hat, eignet sich grundsätzlich als Arrestgrund im Sinne von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG, auch wenn er nicht vorgängig selbständig vollstreckbar erklärt worden ist bzw. im Rahmen des Arrestverfahrens nicht vollstreckbar erklärt werden kann (E. 3). Der Arrest kann daher bewilligt werden, falls der Arrestgläubiger glaubhaft machen kann, dass der Schiedsspruch in der Schweiz nach den massgebenden Normen anerkannt und vollstreckt werden kann (E. 4 ff.)

Aus den Erwägungen:

2.1 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts umfasst der in Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankerte Anspruch auf rechtliches Gehör das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können, unabhängig von der Entscheidrelevanz der Eingaben. Nach der Zustellung der Vernehmlassung ist der Partei eine gewisse Zeit zur Wahrnehmung des Replikrechts zu belassen, bevor der Entscheid gefällt wird (Urteil BGer 1B.407/2012 vom 21. September 2012 E 2.1 f.). Das Bundesgericht nahm im zitierten Entscheid dabei Bezug auf frühere Fälle, in welchen es Fristen von zwei, sieben und acht Tagen, die einer Partei nach Zustellung der Vernehmlassung für die Replik zur Verfügung standen, als ungenügend erachtete. Ferner verwies es auf einen früheren Entscheid, gemäss welchem in einer etwas allgemeineren Formulierung festgehalten wurde, dass jedenfalls vor Ablauf von zehn Tagen nicht, hingegen nach 20 Tagen von einem

Verzicht auf das Replikrecht ausgegangen werden dürfe (Urteil BGer 1B.407/2012 vom 21. September 2012 E. 2.2 mit Hinweisen).

2.2 Im vorliegenden Fall stellte der Arrestrichter der Beschwerdeführer die unaufgefordert eingereichte Replik der Beschwerdeführerin vom 22. November 2012 am Donnerstag, 29. November 2012 zur Kenntnisnahme zu und erliess bereits am Montag, 3. Dezember 2012 den Arresteinspracheentscheid. Die Frist zur Einreichung einer unaufgeforderten Stellungnahme war damit zu kurz bemessen, unabhängig davon, dass es sich beim Arresteinspracheverfahren um ein summarisches Verfahren handelt, das rasch durchzuführen ist. Es liegt demnach eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

2.3 Diese Verletzung kann im vorliegenden Beschwerdeverfahren indes geheilt werden:

– Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise geheilt werden, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus - im Sinne einer Heilung des Mangels - selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an eine beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2)

– Die Beschwerdeführerin konnte ihren Standpunkt im Arrestgesuch sowie in der Vernehmlassung zur Arresteinsprache umfassend darlegen und hat davon ausgiebig Gebrauch gemacht. So umfasst das Arrestgesuch 25 Seiten und die Vernehmlassung zur Arresteinsprache 56 Seiten. Unter diesen Umständen erweist es sich nicht als besonders gravierend, dass die Beschwerdeführerin zur unaufgefordert eingereichten Stellungnahme der Beschwerdegegnerin zur Arresteinspracheantwort keine Stellung nehmen konnte. Bezeichnenderweise legt die Beschwerdeführerin in der Beschwerde denn auch nicht konkret dar, zu welchen Ausführungen der Beschwerdegegnerin eine Entgegnung ihres Erachtens erforderlich gewesen wäre und inwiefern sie einen Nachteil erlitten hat, dass sie dazu nicht in der Lage war. Ist die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz somit nicht besonders schwerwiegend, besteht nach dem Bundesgericht die Möglichkeit der Heilung im Rechtsmittelverfahren, sofern die Rechtsmittelinstanz mit umfassender Kognition ausgestattet ist

– Nach Art. 320 ZPO kann mit der Beschwerde die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) sowie die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts (lit. b) geltend gemacht werden. Die II. Beschwerdeabteilung verfügt damit in Rechtsfragen über umfassende Kognition, wogegen hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellung eine beschränkte Kognition besteht. Letzteres steht einer Heilung des rechtlichen Gehörs im Beschwerdeverfahren indes nicht entgegen. Die Beschwerdeführerin rügt mit ihrer Beschwerde einzig eine unrichtige Rechtsanwendung und erhebt keine Sachverhaltsrügen. Die Beschwerdeabteilung kann die Beschwerde damit umfassend beurteilen, womit der Beschwerdeführerin kein Nachteil entsteht. Die Heilung der Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz ist damit im Beschwerdeverfahren möglich (vgl. BGE 133 I 100 E 4.9). Der Eventualantrag auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur erneuten Entscheidung nach Einholung einer Stellungnahme der Beschwerdeführerin zur Vernehmlassung der Beschwerdegegnerin zur Arresteinspracheantwort ist damit abzuweisen.

3. Nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG kann der Gläubiger für eine fällige Forderung, soweit diese nicht durch ein Pfand gedeckt ist, Vermögensstücke des Schuldners, die sich in der Schweiz befinden, mit Arrest belegen lassen, wenn der Gläubiger gegen den Schuldner einen definitiven Rechtsöffnungstitel besitzt. Der Arrestrichter kam im angefochtenen Entscheid zum Schluss, dass sich der von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegte Schiedsspruch des Internationalen Schiedsgerichts bei der Industrie- und Handelskammer der Republik Kasachstan (nachfolgend: ISG IHK) vom 11. April 2012

grundsätzlich als Arrestgrund im Sinne von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG eignet, auch wenn er nicht vorgängig selbständig vollstreckbar erklärt worden ist bzw. im Rahmen des Arrestverfahrens nicht vollstreckbar erklärt werden kann. Dieser Auffassung ist zuzustimmen, weshalb zur Begründung auf die zutreffenden Erwägungen im vorinstanzlichen Entscheid (Ziff. 7) verwiesen werden kann. Wie der Arrestrichter weiter zutreffend festhielt, kann der Arrest daher bewilligt werden, falls die Beschwerdeführerin glaubhaft machen kann, dass der Schiedsspruch in der Schweiz nach den massgebenden Normen anerkannt und vollstreckt werden kann. Dies ist umstritten.

4.1 Nach Art. III Satz 1 des Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 (New Yorker Übereinkommen; NYÜ), dem sowohl die Schweiz als auch Kasachstan beigetreten sind, erkennt jeder Vertragsstaat Schiedssprüche als wirksam an und lässt sie nach den Verfahrensvorschriften des Hoheitsgebietes, in dem der Schiedsspruch geltend gemacht wird, zur Vollstreckung zu, sofern die in den folgenden Artikeln festgelegten Voraussetzungen gegeben sind.

4.2 Die in Art. IV NYÜ erwähnten Voraussetzungen zur Anerkennung und Vollstreckung des vorgelegten Schiedsspruchs (Urschrift oder beglaubigte Abschrift des Schiedsspruchs, Urschrift oder beglaubigte Abschrift der Schiedsvereinbarung, beglaubigte Übersetzungen dieser Schriftstücke) sind unstrittig gegeben.

4.3 Nach Ansicht der Vorinstanz liegen jedoch Anerkennungsverweigerungsgründe gemäss Art. V Ziff. 1 NYÜ vor. Sie hielt fest, das ISG IHK sei aufgrund der Lückenhaftigkeit der im Kaufvertrag vom 5. August 2008 enthaltenen Schiedsklausel ohne entsprechende Einigung der Parteien und ohne Bezeichnung durch das nach gescheiterten Einigungsverhandlungen von einer Partei angerufene zuständige staatliche Gericht für die Beurteilung des zwischen den Parteien entstanden Vertragsstreits mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht zuständig. Es sei daher glaubhaft, dass dem Schiedsspruch vom 11. April 2012 im Falle eines ausdrücklichen Gesuchs um Vollstreckbarerklärung in Anwendung von Art. V Ziff. 1 lit. a NYÜ die Anerkennung in der Schweiz versagt werden müsse. Weiter erkannte der Arrestrichter, dass das ISG IHK das rechtliche Gehör der Beschwerdegegnerin verletzt habe. Damit sei auch der Anerkennungsverweigerungsgrund gemäss Art. V Ziff. 1 lit. b NYÜ glaubhaft gemacht. Beides wird von der Beschwerdeführerin bestritten.

5.1 Nach Art. V Ziff. 1 lit. a NYÜ darf die Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruches auf Antrag der Partei, gegen die er geltend gemacht wird, nur versagt werden, wenn diese Partei der zuständigen Behörde des Landes, in dem die Anerkennung und Vollstreckung nachgesucht wird, den Beweis erbringt, dass die Parteien, die eine Vereinbarung im Sinne von Art. II NYÜ geschlossen haben, nach dem Recht, das für sie persönlich massgebend ist, in irgendeiner Hinsicht hierzu nicht fähig waren, oder dass die Vereinbarung nach dem Recht, dem die Parteien sie unterstellt haben, oder, falls die Parteien hierüber nichts bestimmt haben, nach dem Recht des Landes, in dem der Schiedsspruch ergangen ist, ungültig ist.

5.2 In der in Ziffer 10 des Kaufvertrags vom 5. August 2008 abgeschlossenen Schiedsvereinbarung bestimmten die Parteien als Schiedsgericht das «Schiedsgericht der Republik Kasachstan», das gemäss ihrer übereinstimmenden Darstellung bereits zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht mehr existierte. Allerdings besteht Einigkeit zwischen den Parteien darüber, dass ungeachtet dieses Umstandes Streitigkeiten der Parteien aus dem Kaufvertrag vom 5. August 2008 einem Schiedsgericht in Kasachstan vorzulegen sind. Selbst die Beschwerdegegnerin, welche die Zuständigkeit des von der Beschwerdeführerin angerufenen ISG IHK bestreitet, hielt im Arresteinspracheverfahren in ihrer Eingabe vom 22. November 2012 fest, sie würde sich in keiner Weise dem Versuch widersetzen, in schiedsfreundlicher Auslegung der unwirksamen Klausel ein Schiedsgericht zu finden, dem die Streitigkeit in Kasachstan un-terbreitet werden könne (act. 10 Ziff. 23 im Verfahren . . .). Diesen Standpunkt hielt sie auch im Beschwerdeverfahren aufrecht (act. 5 Ziff. 32). Demgemäss besteht ein übereinstimmender Wille der Parteien, dass Streitigkeiten aus dem Kaufvertrag vom 5. August 2008 von einem Schiedsgericht in Kasachstan zu entscheiden sind. Die an sich ungültige Schiedsklausel kann damit gleichwohl

rechtswirksam werden, falls das kasachische Recht eine Möglichkeit vorsieht, das Schiedsverfahren in Gang zu bringen, und entsprechend verfahren worden ist.

5.3 Dem Schiedsspruch des ISG IHK vom 11. April 2012 kann entnommen werden, dass der Präsident der Industrie- und Handelskammer der Republik Kasachstan auf entsprechenden Antrag der Beschwerdeführerin vom 8. Februar 2012 am 13. Februar 2012 in Anwendung von Art. IV des Europäischen Übereinkommens über die Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit (EÜIH) das ISG IHK für die oben erwähnte Streitigkeit bestimmt und sich das ISG IHK gestützt darauf als zuständig erklärt hat.

5.4 Der Arrestrichter erachtete es als unzulässig, die Schiedsklausel mit der in Art. IV EÜIH vorgesehenen Regelung zu ergänzen. Er führte aus, es gehe nicht an, ohne Ergründung dessen, welche Regelung die Parteien getroffen hätten, wenn ihnen die Nichtexistenz des von ihnen bezeichneten Schiedsgerichts bewusst gewesen wäre, die Schiedsklausel einfach mit Gesetzesrecht zu ergänzen, welches auf das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien mangels Ratifizierung des EÜIH durch die Schweiz nicht einmal subsidiär anwendbar wäre. Falls diese von der Beschwerdeführerin kritisierte Schlussfolgerung zuträfe, wäre nicht dargetan, dass das kasachische Recht eine Möglichkeit vorsieht, das Schiedsverfahren in Gang zu bringen, womit die Schiedsklausel nicht geheilt werden könnte. Doch selbst wenn die Bestimmung des für die Parteien massgebenden Schiedsgerichts entgegen der Ansicht des Arrestrichters nach den Regeln des EÜIH zulässig wäre, wäre der Anerkennungsverweigerungsgrund gemäss Art. V Abs. 1 lit. a NYÜ glaubhaft gemacht, wie bereits die Vorinstanz ausgeführt hat.

5.5 Das ISG IHK hielt im Beschluss vom 11. April 2012 fest, aus der Schiedsklausel im Kaufvertrag vom 5. August 2008 ergebe sich, dass sich die Parteien auf ein ständiges Schiedsgericht mit Sitz in Kasachstan geeinigt hätten. Dieser Ansicht kann gefolgt werden. Allerdings sieht Art. IV Abs. 5 EÜIH Folgendes vor: Haben die Parteien vereinbart, die Regelung ihrer Streitigkeiten einem ständigen Schiedsgericht zu unterwerfen, ohne dass sie das ständige Schiedsgericht bestimmt haben, und einigen sie sich nicht über die Bestimmung des Schiedsgerichts, so kann der Kläger diese Bestimmung gemäss dem in Art. IV Abs. 3 EÜIH vorgesehenen Verfahren (Bezeichnung durch den Präsidenten der Handelskammer am Schiedsort oder am gewöhnlichen Aufenthalt oder Sitz der beklagten Partei) beantragen. Voraussetzung dafür, dass der Präsident einer Handelskammer das Schiedsgericht bestimmen kann, ist mithin ein vorgängiger erfolgloser Einigungsversuch der Parteien. Einen solchen Versuch hat die Beschwerdeführerin jedoch nicht nachgewiesen. Vielmehr hat der Präsident der Industrie- und Handelskammer der Republik Kasachstan das ISG IHK laut dem Schiedsspruch vom 11. April 2012 gestützt auf den Antrag der Beschwerdeführerin vom 8. Februar 2012 am 13. Februar 2012 ohne Weiterungen bestimmt. Desgleichen hat das ISG IHK für die Begründung seiner Zuständigkeit keinen solchen Nachweis verlangt.

5.6.1 Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, sie habe bereits vor Einleitung des Schiedsverfahrens mit der Beschwerdegegnerin kommuniziert und versucht, eine einverständliche Lösung zu finden. Auf ihr diesbezügliches Schreiben vom 16. Dezember 2011 habe die Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 20. Januar 2012 reagiert. Bereits mit diesem Schreiben, in welchem sich die Beschwerdegegnerin mittels Vorschieben einer Reihe von unhaltbaren, teilweise ehrenrührigen Vorwürfen ihren Vertragspflichten zu entziehen versucht habe, sei mehr als deutlich geworden, dass sie sich jeglicher Kooperation und auch einem Schlichtungs- bzw. Einigungsverfahren verweigern würde. Eine einverständliche Lösung sei angesichts dieser Verweigerungstaktik schlichtwegs unrealistisch gewesen, was die nachfolgende Korrespondenz und der weitere Gang des Schiedsverfahrens deutlich bestätigten.

5.6.2 Diese Ausführungen überzeugen nicht. Im Schreiben vom 16. Dezember 2011 forderte die Beschwerdeführerin die Beschwerdegegnerin im Wesentlichen auf, die ausstehende Summe von USD 31’407’201.70 bis zum 10. Januar 2012 zu begleichen, andernfalls die in Übereinstimmung mit dem schweizerischen Zivilrecht nötigen Schritte zur Durchsetzung der Forderung ergriffen würden (act. 1/10 f. im Verfahren . . .). Ein Vorschlag zur Unterbreitung der Sache an ein kasachisches Schiedsgericht wurde damit nicht gemacht. Vielmehr hat die Beschwerdeführerin offenbar nach der ablehnenden Reaktion der

Beschwerdegegnerin vom 20. Januar 2012, welche die geltend gemachte Forderung bestritten und eine Gegenforderung gestellt hat (act. 1/12 im Verfahren . . .), am 8. Februar 2012 den Präsidenten der Industrie- und Handelskammer der Republik Kasachstan angerufen zur Bezeichnung eines Schiedsgerichts, ohne die Beschwerdegegnerin darüber zu informieren. Nachdem die Beschwerdeführerin keinen Versuch gemacht hat, sich mit der Beschwerdegegnerin zur Erledigung der Vertragsstreitigkeiten auf ein kasachisches Schiedsgericht zu einigen, kann sie auch nichts daraus ableiten, dass die Beschwerdegegnerin ihre Aufforderung vom 16. Dezember 2011 sowie ihre weiteren Mahnungen zur Begleichung des geltend gemachten Ausstandes abgelehnt und – wie sie sich ausdrückt – unkooperativ verhalten hat.

5.7 Damit bleibt es dabei, dass der von der Beschwerdeführerin angerufene Präsident der In-dustrie- und Handelskammer der Republik Kasachstan das ISG IHK ohne vorgängigen Einigungsversuch der Parteien und ohne die Beschwerdegegnerin überhaupt zu konsultieren bestimmt hat und sich das fragliche Schiedsgericht im Schiedsspruch ohne Weiterungen für zuständig erklärt hat. Diese Vorgehensweise verletzt das von den vorerwähnten Instanzen angerufene EÜIH. Das Schiedsgericht erklärte sich damit unter Verletzung der kasachischen Verfahrensvorschriften als zuständig. Dies führt dazu, dass die mangelhafte Schiedsklausel im Vertrag vom 5. August 2008 nicht geheilt werden konnte, womit der Anerkennungsverweigerungsgrund gemäss Art. V Abs. 1 lit. a NYÜ glaubhaft gemacht ist.

5.8 Dem Arrestrichter ist sodann beizupflichten, dass es der Beschwerdegegnerin nicht schadet, im Schiedsverfahren die Einrede der Unzuständigkeit des angerufenen Schiedsgerichts unterlassen zu haben. Anders wäre nur zu entscheiden, wenn sich die Beschwerdegegnerin vorbehaltlos auf das Schiedsverfahren eingelassen oder darauf verzichtet hätte, einen Vorentscheid über die Zuständigkeit im Sitzstaat mit der Rüge anzufechten, das Schiedsgericht habe sich zu Unrecht für zuständig gehalten (Bernhard Berger/Franz Kellerhals, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006, N 1892). Beides trifft indes nicht zu. Die Beschwerdegegnerin liess sich nicht auf das Schiedsverfahren ein und das ISG IHK erliess keinen anfechtbaren Vorentscheid über seine Zuständigkeit. Überdies hat die Beschwerdegegnerin den Schiedsspruch des ISG IHK angefochten und dessen Zuständigkeit bestritten. Demgemäss kann die Beschwerdegegnerin nicht nur im Exequaturverfahren, sondern auch im vorliegenden Arrestverfahren, in welchem glaubhaft gemacht werden muss, dass der Schiedsspruch in der Schweiz anerkannt und vollstreckt werden kann, vortragen, dass sich das ISG IHK aufgrund einer unwirksamen Schiedsabrede, deren Mangel nicht geheilt wurde, für zuständig erklärt hat.

5.9 Zutreffend sind schliesslich die Ausführungen der Vorinstanz, wonach auch im Exequaturverfahren noch eingewendet werden kann, die Schiedsvereinbarung sei ungültig; das Schiedsgericht sei mithin nicht zuständig, weshalb ein Anerkennungsverweigerungsgrund vorliege (vgl. dazu E. 8.2.4 des angefochtenen Entscheids sowie Berger/Kellerhals, a.a.O., N 607 f.).

6.1 Ist somit der Anerkennungsverweigerungsgrund gemäss Art. V Abs. 1 lit. a NYÜ glaubhaft gemacht, kann offen gelassen werden, ob auch der von der Vorinstanz angenommene Anerkennungsverweigerungsgrund gemäss Art. V Abs. 1 lit. b NYÜ glaubhaft ist. Der Beschwerdeführerin ist es damit nicht gelungen, glaubhaft zu machen, dass der Schiedsspruch des ISG IHK vom 11. April 2012 in der Schweiz anerkannt und vollstreckt werden kann. Damit liegt für die geltend gemachte Arrestforderung kein definitiver Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG vor. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass der Arrestrichter mit Entscheid vom 3. Dezember 2012 in Gutheissung der Arresteinsprache den Arrestbefehl (. . .) vom 7. September 2012 aufgehoben hat. Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 7. Februar 2013

Art. 56 und 247 Abs. 2 ZPO
Regeste:

Art. 56 ZPO, Art. 247 Abs. 2 ZPO – Arbeitsvertrag (eingeschränkte Untersuchungsmaxime). Die gerichtliche Fragepflicht gilt grundsätzlich nur bei nicht anwaltlich vertretenen Parteien.

Aus den Erwägungen:

2.1.3 Gemäss Art. 247 Abs. 2 ZPO stellt das Gericht in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.– den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Es gilt die eingeschränkte Untersuchungsmaxime (vgl. etwa Sutter-Somm/von Arx, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N 71 zu Art. 55 ZPO). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts befreit die (eingeschränkte) Untersuchungsmaxime die Parteien nicht davon, an der Sammlung des Prozessstoffes aktiv mitzuwirken. Sie haben dem Richter das in Betracht fallende Tatsachenmaterial zu unterbreiten und die Beweismittel zu nennen. Der Richter hat jedoch durch Befragung der Parteien nachzuprüfen, ob ihre Vorbringen und Beweisangebote vollständig sind, sofern er sachliche Gründe hat, an der Vollständigkeit zu zweifeln. Diese Fragepflicht gilt jedoch grundsätzlich nur bei nicht anwaltlich vertretenen Parteien (vgl. Urteil 4C.395/2005 vom 1. März 2006 E. 4.3; Sutter-Somm/von Arx, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N 38 ff. zu Art. 56 ZPO). Auch gemäss Art. 153 Abs. 1 ZPO gilt, dass die einfache Untersuchungsmaxime die Parteien nicht davon befreit, die abzunehmenden Beweise zu bezeichnen (vgl. Hasenböhler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N 6a zu Art. 153 ZPO).

2.1.4 Die Beschwerdeführerin war im vorinstanzlichen Verfahren seit 15. März 2013 – mithin auch an der Parteibefragung vom 21. März 2013 – anwaltlich vertreten. Wie soeben in Erw. 2.1.3 dargelegt, musste der Einzelrichter daher nicht durch Befragung der Parteien nachprüfen, ob ihre Vorbringen und Beweisangebote vollständig sind. Dementsprechend war der Einzelrichter nicht verpflichtet, den Geschäftsführer der Beschwerdeführerin aufzufordern, die an der Parteibefragung in Aussicht gestellten Unterlagen beizubringen. Eine Verletzung der Untersuchungsmaxime durch das vorinstanzliche Gericht ist demnach zu verneinen. Ebenso wenig liegt eine Verletzung von Art. 52 ZPO (Handeln nach Treu und Glauben) vor. Im Zivilprozess steht beim Handeln nach Treu und Glauben das Verbot des Rechtsmissbrauchs im Vordergrund (vgl. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N 20 zu Art. 52 ZPO). Von einem Rechtsmissbrauch kann vorliegend offensichtlich nicht die Rede sein.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 5. September 2013

Art. 95 Abs. 3 ZPO
Regeste:

Art. 95 Abs. 3 ZPO – Eine nicht berufsmässig vertretene Partei hat nur in begründeten Fällen Anspruch auf eine angemessene Umtriebsentschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO). Unter Umständen kann sich eine Umtriebsentschädigung aus Billigkeitsüberlegungen rechtfertigen. Solche Umstände waren im vorliegenden Fall nicht gegeben.

Aus den Erwägungen:

7.3 Gemäss Art. 95 Abs. 3 ZPO gilt als Parteientschädigung: der Ersatz notwendiger Auslagen (lit. a.); die Kosten einer berufsmässigen Vertretung (lit. b); in begründeten Fällen: eine angemessene Umtriebsentschädigung, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist (lit. c).

7.3.1 Als notwendige Auslagen im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO gelten beispielsweise Reisespesen, Fernmeldedienstleistungen, Versandkosten, Übersetzungskosten und notwendige Auslagen für die Beweisbeschaffung. Gemeint sind prozessual notwendige Auslagen, die spezifisch für den betreffenden Prozess anfallen (vgl. Suter/von Holzen, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich/Basel/ Genf 2013, N 31 zu Art. 95 ZPO). Solche Auslagen macht die Klägerin nicht geltend. Unbestritten ist ferner, dass sie nicht im Sinne von Art. 68

Abs. 2 ZPO berufsmässig vertreten ist. Sie hat daher nur dann Anspruch auf eine angemessene Umtriebsentschädigung, wenn ein begründeter Fall im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO vorliegt. Die Botschaft zur ZPO sieht den begründeten Fall für eine solche Umtriebsentschädigung in erster Linie im Verdienstausfall einer selbständig erwerbenden Person, die den Prozess selber führt; sie soll durch die Umtriebsentschädigung einen gewissen Ausgleich erhalten. Letzteres ist nicht selbstverständlich, da für die in eigener Prozesssache aufgewendete Zeit grundsätzlich keine Entschädigung beansprucht werden kann (vgl. Suter/von Holzen, a.a.O., N 40 f zu Art. 95 ZPO; Sterchi, Berner Kommentar, Bern 2012, N 15 ff. zu Art. 95 ZPO, der zu Recht darauf hinweist, dass nicht einzusehen ist, weshalb ausschliesslich Parteien, die nicht berufsmässig vertreten sind, in den Genuss einer Entschädigung für die eigene Zeitversäumnis kommen sollen; Staehelin/Staehelin/Groli¬mund, Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, § 16 N 19; Urwyler, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, N 26 zu Art. 95 ZPO; Schmid, in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, Basel 2010, N 36 zu Art. 95 ZPO; Urteil des Bundesgerichts 4A_355/2013 vom 22. Oktober 2013 E. 4.2, mit weiteren Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung; a.M. Rüegg, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 21 zu Art. 95 ZPO).

7.3.2 An der Hauptverhandlung vor dem Einzelrichter erklärte die Klägerin einzig, sie habe für das vorliegende Verfahren sicherlich 30 Stunden aufgewendet, was bei einem Stundenlohn von CHF 50.–, den sie bei der Beklagten erhalten hätte, eine Parteientschädigung von CHF 1’500.– ergebe. Dass sie effektiv einen Verdienstausfall erlitten habe, machte sie demnach nicht geltend, womit die primäre Voraussetzung für die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung nicht erfüllt ist. Eine solche lässt sich unter Umständen aber auch aus Billigkeitsüberlegungen rechtfertigen. So kann einer nicht berufsmässig vertretenen Partei ausnahmsweise dann eine Entschädigung zugesprochen werden, wenn es sich um eine komplizierte Sache (allenfalls mit hohem Streitwert) handelt, wenn der getätigte Aufwand erheblich ist und zwischen dem Aufwand und dem Ergebnis der Interessenwahrung ein vernünftiges Verhältnis besteht (vgl. Sterchi, a.a.O., N 16 zu Art. 95 ZPO; Urwyler, a.a.O., N 26 zu Art. 95 ZPO, mit Hinweisen). Solche Umstände sind vorliegend nicht gegeben. Die Klägerin erstellte im vorinstanzlichen Verfahren lediglich eine einfache, materiell auf zwei Seiten beschränkte Klageschrift und nahm in der Folge einzig noch an Parteibefragung und Hauptverhandlung teil, die gemäss Protokoll eine Stunde dauerte. Von einem erheblichen Aufwand kann mithin nicht die Rede sein.

(. . .)

7.4 (. . .) Dementsprechend ist der Klägerin keine Umtriebsentschädigung zuzusprechen. (. . .)

Obergericht, I. Zivilabteilung, 17. Dezember 2013

Art. 114 lit.c und 308 Abs. 2 ZPO
Regeste:

Art. 114 lit. c ZPO, Art. 308 Abs. 2 ZPO – Bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis werden bis zu einem Streitwert von CHF 30’000.– keine Gerichtskosten gesprochen (Art. 114 lit. c ZPO). Neu bestimmt sich der Streitwert im Berufungsverfahren nach den zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren (Art. 308 Abs. 2 ZPO), weshalb in bestimmten Fällen das Berufungsverfahren kostenlos sein kann, selbst wenn im erstinstanzlichen Verfahren Gerichtskosten erhoben wurden.

Aus den Erwägungen:

6.1 Bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis werden bis zu einem Streitwert von CHF 30’000.– keine Gerichtskosten gesprochen (Art. 114 lit. c ZPO). Vor Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung bemass sich der Streitwert gemäss Art. 343 Abs. 2 aOR «nach der eingeklagten Forderung». Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts war unter der «eingeklagten Forderung» der vor erster Instanz gestellte Anspruch zu verstehen. Veränderungen im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens wie zum

Beispiel die teilweise Anerkennung oder eine Herabsetzung der Forderung waren nicht zu berücksichtigen. Auch von den Rechtsmittelinstanzen war das in Art. 343 Abs. 2 und 3 aOR vorgesehene besondere Verfahren nur dann einzuhalten, wenn die ursprünglich eingeklagte Forderung die Streitwertgrenze nicht überstieg (BGE 115 II 30 E. 5b; BGE 110 II 359 E. a). Neu bestimmt sich der Streitwert im Berufungsverfahren aber nach den zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Vorliegend beträgt der Streitwert somit CHF 23'451.–, der in Anwendung von Art. 114 lit. c ZPO ein kostenloses Verfahren zur Folge hat (vgl. Sterchi, Berner Kommentar, Art. 114 ZPO N. 10; Urwyler, in: Brunner/Gasser/Schwander, DIKE-Komm-ZPO, Art. 114 ZPO N. 7).

Obergericht, I. Zivilabteilung, 5. März 2013

Art. 119 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 28 Abs. 2 lit. l GOG
Regeste:

Art. 119 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 28 Abs. 2 lit. l GOG – Für Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege vor und nach Eintritt der Rechtshängigkeit ist der Einzelrichter am Kantonsgericht Zug sachlich zuständig.

Aus den Erwägungen:

2.3 Im vorliegenden Fall stellte der Beschwerdeführer in den beiden Klagen an das Friedensrichteramt X. neben dem Gesuch um Ansetzung einer Schlichtungsverhandlung ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege. Im Kanton Zug ist für Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege vor und nach Eintritt der Rechtshängigkeit der Einzelrichter am Kantonsgericht Zug sachlich zuständig (vgl. Art. 119 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 28 Abs. 2 lit. l GOG). Der Beschwerdeführer hätte daher seine Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege nicht beim Friedensrichteramt X., sondern beim Einzelrichter am Kantonsgericht Zug einreichen müssen. Ist das Gericht sachlich unzuständig, tritt es auf die Klage nicht ein; es fällt kein Sachurteil. Eine Überweisung der Streitsache ans zuständige Gericht ist nicht vorgesehen (vgl. Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 119 ZPO N 13; Wey, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 4 ZPO N 6). Das Friedensrichteramt war daher vorliegend nicht verpflichtet, die Gesuche des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege an den Einzelrichter am Kantonsgericht Zug zu überweisen. Indes hätte es dem Beschwerdeführer die Frist zur Leistung der Kostenvorschüsse abnehmen und ihm gleichzeitig Frist zur Einreichung der Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege beim (sachlich) zuständigen Einzelrichter am Kantonsgericht Zug ansetzen müssen. Bei dieser Sachlage sind die angefochtenen Kostenvorschussverfügungen des Friedensrichteramtes X. (Nr. . . . und Nr. . . .) in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben, und die Sache ist zwecks Abnahme der Frist zur Leistung der Kostenvorschüsse unter gleichzeitiger Ansetzung einer Frist zur Einreichung der Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege beim (sachlich) zuständigen Einzelrichter am Kantonsgericht Zug zurückzuweisen.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 24. September 2013

Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO
Regeste:

Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO – Ein prozessleitender Entscheid gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO ist nur mit Beschwerde anfechtbar, wenn der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil rechtlicher Natur ist.

Aus den Erwägungen:

1. Für den beim Kantonsgericht anhängigen Haftpflichtprozess, der vor dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) am 1. Januar 2011 eingeleitet worden war, ist die Zivilprozessordnung für den Kanton Zug (ZPO ZG) anwendbar (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Dagegen ist das

vorliegende Beschwerdeverfahren nach den Regeln der Schweizerischen Zivilprozessordnung abzuwickeln (Art. 405 Abs. 1 ZPO, Urteil Bundesgericht 5A_9/2012 vom 30. April 2012).

2. Mit Beschwerde anfechtbar sind nach Art. 319 ZPO nicht berufungsfähige erstinstanzliche Endentscheide, Zwischenentscheide und Entscheide über vorsorgliche Massnahmen (lit. a), andere erstinstanzliche Entscheide und prozessleitende Verfügungen in den vom Gesetz bestimmten Fällen (lit. b Ziff. 1) oder wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (lit b Ziff. 2) sowie Fälle von Rechtsverzögerung (lit. c).

3.1 Die Verfügung vom 4. April 2013, mit welcher die Anträge der Beschwerdeführerin auf Einholung von Obergutachten bzw. der Unterbreitung von Ergänzungsfragen abgewiesen wurden und zur Hauptverhandlung vorgeladen wurde, stellt eine prozessleitende Verfügung dar. Dabei handelt es sich indes nicht um einen Entscheid, der nach den ausdrücklichen Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung mit Beschwerde anfechtbar ist (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO; vgl. Sterchi, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II, Bern 2012, Art. 319 ZPO N 7 ff.; Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 319 ZPO N 12). Gegen die Verfügung vom 4. April 2013 kann damit nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO nur Beschwerde erhoben werden, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

3.2 In der Lehre ist umstritten, ob der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil rechtlicher Natur sein muss oder ob es ausreicht, wenn der drohende Nachteil tatsächlicher Natur ist (drohender Nachteil muss rechtlicher Natur sein: Sterchi, a.a.O., Art. 319 ZPO N 12; Spühler, in: Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 319 ZPO N 7; drohender Nachteil tatsächlicher Natur ist ausreichend: Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., Art. 319 ZPO N 15; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, § 26 N 31a; Blickenstorfer, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 319 N. 39; Reich, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010, Art. 319 ZPO N 9). Das Bundesgericht hat sich zu dieser Frage, soweit ersichtlich, noch nicht geäussert. Vielmehr hat es einzig festgehalten, dass die Beschwerde gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO immer dann gegeben ist, wenn die Anfechtung ans Bundesgericht nach Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG möglich ist, d.h. die Anfechtung eines Vor- oder Zwischenentscheids, der einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil rechtlicher Natur bewirken könnte (BGE 137 III 380 ff.).

3.3 Der Auffassung, wonach ein prozessleitender Entscheid gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO nur angefochten werden kann, wenn der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil rechtlicher Natur ist, ist der Vorzug zu geben. Vorausgesetzt ist demnach, dass sich der Nachteil auch mit einem späteren günstigen Entscheid nicht oder nicht gänzlich beseitigen lässt (vgl. BGE 137 III 380 ff. E. 1.2.1). Das Bundesgericht verfügt damit über die gleiche Kognition wie die Beschwerdeinstanz. So wird sichergestellt, dass ein Entscheid der Beschwerdeinstanz in aller Regel beim Bundesgericht anfechtbar ist, was der Rechtssicherheit dient. Entscheidend kommt sodann hinzu, dass mit dieser restriktiven Haltung das erstinstanzliche Verfahren nicht unnötig verzögert werden kann und sich die Beschwerdeinstanz nicht mit Verfahrensfragen zu befassen hat, die ohnehin auf anderem Weg korrigiert werden können. Schliesslich wird vermieden, dass die Beschwerdeinstanz über Sachverhalte entscheidet, deren Beurteilung eigentlich dem erkennenden Richter vorbehalten ist.

3.4 Dies trifft genau für den vorliegenden Fall zu, in welchem der Referent der 2. Abteilung des Kantonsgerichts die Anträge der Beschwerdeführerin auf die Einholung von Oberexpertisen, eventualiter Ergänzung der Gutachten vom 7. Januar 2013 abgewiesen hat. Die Beschwerdeführerin kann nach diesem Entscheid ihre Beweisantäge an der auf die Vorfragen gemäss Verfügung vom 4. Mai 2012 beschränkten Hauptverhandlung wiederholen. Alsdann hat das Kollegialgericht darüber zu befinden (vgl. § 94 Abs. 3, § 97 und § 100 ZPO ZG). Demgemäss besteht kein Anlass, dass sich die Beschwerdeabteilung mit dieser Frage befasst. Sie würde damit ohne Not in den vorinstanzlichen

Verfahrensgang eingreifen und ihre Kompetenzen überschreiten, zumal sie nicht berufen ist, über die Abnahme von Beweisen zu entscheiden. Dieser Entscheid muss dem erstinstanzlichen Gericht vorbehalten bleiben. Angesichts dieser Rechtslage ist nebst dem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil rechtlicher Natur auch der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil tatsächlicher Natur zu verneinen. Insbesondere kann nicht gesagt werden, dass mit der Aufhebung der angefochtenen Verfügung ein bedeutender Aufwand vermieden werden kann.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 29. Oktober 2013

Art. 759 Abs. 2 OR
Regeste:

Art. 759 Abs. 2 OR – Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts trägt der Kläger, der im Verantwortlichkeitsprozess gemäss Art. 759 Abs. 2 OR mehrere Beteiligte für den Gesamtschaden gemeinsam einklagt, das Kosten- und Entschädigungsrisiko nur gegenüber einer Gegenpartei und nicht gegenüber jedem Beklagten, sofern nicht mehrere beklagte Organe intern in einem Interessenkonflikt stehen und es einem Anwalt standesrechtlich untersagt ist, alle Beklagten gemeinsam zu vertreten. Das Bundesgericht verfolgte mit dieser Rechtsprechung das Ziel, das Kostenrisiko der Klägerschaft nach oben zu begrenzen. Daraus kann allerdings nicht geschlossen werden, dass beim unterliegenden Kläger bloss ein Bruchteil der einfachen Parteientschädigung anfällt, wenn lediglich eine Person eingeklagt wurde. Die einfache Parteientschädigung ist unabhängig davon geschuldet, ob sich auf der Beklagtenseite eine Person befindet oder ob mehrere sich nicht in einem Interessenkonflikt befindliche Personen belangt wurden. Dieser Grundsatz ist auch bei der Sicherstellung der Parteientschädigung zu beachten.

Aus den Erwägungen:

5.1 Nach Art. 320 ZPO kann mit der Beschwerde die unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes (lit. b) geltend gemacht werden.

5.2 Der Beschwerdeführer 1 rügt eine unrichtige Rechtsanwendung. Die Rechtsanwendung der ersten Instanz ist umfassend zu überprüfen. Es ist dabei unerheblich, ob Bundesrecht oder kantonales Recht falsch angewendet worden ist oder ob es sich dabei um einen verfahrens- oder materiell-rechtlichen Fehler der ersten Instanz handelt. Wird unrichtige Rechtsanwendung gerügt, ist darin auch jene der Unangemessenheit enthalten. Sowohl das materielle Privatrecht als auch das Prozessrecht gibt den Gerichten viel Ermessen. Bei der Angemessenheitskontrolle hat sich die Rechtsmittelinstanz allerdings Zurückhaltung aufzuerlegen (Kurt Blickenstorfer, in: Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 320 ZPO N 4 u. Art. 310 ZPO N 4 f.).

6.1 Gemäss Art. 759 Abs. 2 OR kann der Kläger mehrere Beteiligte gemeinsam für den Gesamt-schaden einklagen und verlangen, dass der Richter im gleichen Verfahren die Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten festsetzt. Das Bundesgericht hat diese Bestimmung im Lichte der Materialien und der Systematik in dem Sinn ausgelegt, dass der Kläger, der mehrere Verantwortliche für den Gesamtschaden gemeinsam einklagt, das Kosten- und Entschädigungsrisiko nur gegenüber einer Gegenpartei trägt und nicht gegenüber jedem Beklagten (BGE 122 III 324 E. 7b S. 326 mit Hinweisen). Die Kostenverteilung nach Art. 759 Abs. 2 OR in diesem Sinne gilt indes nicht apodiktisch und ist nur für das erstinstanzliche Verfahren zwingend. Ausserdem ist die bundesrechtliche Verfahrensvorschrift nicht dahingehend zu verstehen, dass der erstinstanzliche Richter die Kosten und Entschädigungen ohne jeglichen Ermessensspielraum auferlegen muss, sondern den Umständen des Einzelfalls durchaus Rechnung tragen darf (BGE 125 II 138 E. 2c; Urteil 4C.155/1998 vom 15. Oktober 1998 E. 4c, in: SJ 1999 I S. 349). In BGE 125 III 138 präzisierte das Bundesgericht, dass der in BGE 122 III 324 ff. aufgestellte Grundsatz dann nicht befriedige, wenn mehrere beklagte Organe intern in einem Interessenkonflikt stünden und es einem Anwalt standesrechtlich untersagt sei, alle Beklagten gemeinsam zu vertreten, weil sie sich gegenseitig belasteten. In diesen Fällen rechtfertige es sich, den beklagten Streitgenossen je eine

Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. zum Ganzen Urteile Bundesgericht 4A_410/2011 vom 11. Juli 2012 E. 12.2 und 4A_267/2008 vom 8. Dezember 2008 E. 7.1; ferner Urteil Bundesgericht 4C.160/2001 vom 18. Dezember 2001 E. 3b).

6.2 Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Entschädigungsfolgen in Verantwortlichkeitsprozessen im Falle des Unterliegens der Klägerschaft ist bei diesen Verfahren zweifellos auch bei der Festsetzung der Sicherstellung der Parteientschädigung zugunsten der Beklagtschaft zu berücksichtigen. Das Bundesgericht verfolgte mit dieser Rechtsprechung das Ziel, das Kostenrisiko der Klägerschaft nach oben zu begrenzen. Auch bei einer Mehrheit der Beklagten, die nicht in einem Interessenkonflikt stehen, ist die Klägerschaft nur zu einer einfachen Parteientschädigung zu verpflichten. Daraus kann allerdings nicht geschlossen werden, dass beim unterliegenden Kläger bloss ein Bruchteil der einfachen Parteientschädigung anfällt, wenn lediglich eine Person eingeklagt wurde. Die einfache Parteientschädigung ist unabhängig davon geschuldet, ob sich auf der Beklagtenseite eine Person befindet oder ob mehrere sich nicht in einem Interessenkonflikt befindliche Personen belangt wurden. Dieser Grundsatz ist auch bei der Sicherstellung der Parteientschädigung zu beachten. Ist der Kläger in einem Verantwortlichkeitsprozess mit einer Mehrheit von Beklagten nur einem einzigen Beklagten gegenüber sicherstellungspflichtig, ist mithin ein Betrag in der Höhe einer einfachen Parteientschädigung sicherzustellen und nicht bloss ein Bruchteil davon. Dieser Betrag kann nicht reduziert werden, sondern fällt stets an, unabhängig davon, für wie viele sich nicht in einem Interessenkonflikt befindliche Beklagte die Parteientschädigung sicherzustellen ist. Im vorliegenden Fall kann der Beschwerdeführer 1 somit nichts zu seinen Gunsten daraus ableiten, dass ihn das Kantonsgericht einzig dazu verpflichtet hat, die Parteientschädigung des Beschwerdegegners 2 sicherzustellen und mit Bezug auf den Beschwerdegegner 1 von einer solchen Anordnung absah. Demgemäss ist entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers 1 bei der Sicherstellung der Parteientschädigung des Beschwerdegegners 2 auch davon abzusehen, die einfache Parteientschädigung zu halbieren und aufgrund des so ermittelten Grundhonorars Zuschläge oder Kürzungen vorzunehmen. Vielmehr ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz aufgrund des Streitwertes von CHF 1’159’077.– gestützt auf § 3 Abs. 1 AnwT das Grundhonorar auf CHF 32’990.– festzusetzen.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 28. März 2013

1.4.2 Strafrechtspflege

Art. 197 Abs. 1, 382 Abs. 1 und 393 Abs. 1 lit. a StPO
Regeste:

Art. 197 Abs. 1, Art. 382 Abs. 1, Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO – Hausdurchsuchung und Entsiegelungsverfahren.

Das Beschwerdeverfahren steht nicht zur Verfügung für die Anfechtung der Hausdurchsuchung und der damit verbundenen Sicherstellung von Unterlagen, falls vom Beschuldigten geltend gemacht wird, die Voraussetzungen zur Hausdurchsuchung und zur Beschlagnahme der an der Hausdurchsuchung sichergestellten Gegenstände seien nicht erfüllt. Vielmehr sind diese Fragen im Entsiegelungsverfahren zu klären, sofern der Beschuldigte ein Siegelungsgesuch gestellt hat (E. 1–2).

Der juristische Laie ist bei der Hausdurchsuchung darüber in Kenntnis zu setzen, dass nach erfolgter Siegelung (und auf allfälliges Entsiegelungsgesuch der Untersuchungsbehörde hin) der Entsiegelungsrichter über die Zulässigkeit der Durchsuchung entscheidet, und dass der Betroffene mangels sofortigen Siegelungsgesuches den genannten Rechtsschutz verwirkt bzw. mit der Durchsuchung rechnen muss. Falls eine solche rechtzeitige Information seitens der Untersuchungsbehörde versäumt wurde, muss dem betroffenen Laien grundsätzlich das Recht zustehen, die Siegelung auch noch nachträglich zu verlangen (E. 3).

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 197 Abs. 1 StPO können Zwangsmassnahmen – wozu die Hausdurchsuchung zählt – nur ergriffen werden, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind (lit. a), ein hinreichender Tatverdacht vorliegt (lit. b), die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können (lit. c) und die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahmen rechtfertigt (lit. d).

2.1 Nach Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO ist die Beschwerde zulässig gegen die Verfügungen und die Verfahrenshandlungen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Übertretungsstrafbehörden. Die Hausdurchsuchung ist eine Verfahrenshandlung im Sinne von Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO der Polizei oder der Staatsanwaltschaft und unterliegt als solche grundsätzlich der Beschwerde nach Art. 393 ff. StPO (Keller, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 244 StGB N 14). Art. 382 StPO, der mit Ausnahme der Staatsanwaltschaft die Rechtsmittellegitimation für alle anderen Parteien regelt, sieht in Abs. 1 allerdings vor, dass ein rechtlich geschütztes Interesse (sog. Beschwer) an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids vorliegen muss. Die Betroffenheit muss in der Regel eine aktuelle sein. Vorbehalten bleiben Fälle, in denen es nie zu einer Beurteilung käme (Ziegler, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2011, Art. 382 StGB N 2). Es stellt sich daher die Frage, ob beim Beschuldigten, der die Zulässigkeit der in seinen Räumlichkeiten erfolgten Hausdurchsuchung bestreitet und die Siegelung der sichergestellten Unterlagen verlangt hat, ein aktuelles Rechtschutzinteresse gegeben ist, nachdem gemäss Art. 248 StPO im Entsiegelungsverfahren über die Zulässigkeit der Beschlagnahme der sichergestellten Unterlagen zu befinden ist.

2.2 Nach dem Bundesgericht (Urteil vom 26. März 2012, 1B_117/2012 E. 3.2 f.) ist die Siegelung ein besonderes Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gegen Durchsuchungen, das (in seinem Anwendungsbereich) anderen Rechtsbehelfen vorgeht bzw. diese ausschliesst. Dementsprechend verweist Art. 264 Abs. 3 StPO auf die Vorschriften über die Siegelung, soweit eine berechtigte Person geltend macht, eine Beschlagnahme sei wegen eines Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrechts oder aus anderen Gründen nicht zulässig, d.h. Einwände gemäss Art. 248 Abs. 1 StPO erhebt. Fraglich ist jedoch, was «andere Gründe» im Sinne von Art. 248 Abs. 1 StPO und Art. 264 Abs. 3 StPO sind. Unstreitig ist, dass das Zwangsmassnahmengericht im Entsiegelungsverfahren prüfen muss, ob die allgemeinen Voraussetzungen für eine Durchsuchung gegeben sind, namentlich ob ein konkreter Tatverdacht vorliegt. Auch ist es verpflichtet, die Untersuchungsrelevanz der zur Beweissicherung beschlagnahmten und versiegelten Dokumente und Dateien zu prüfen. Dann aber muss es dem Berechtigten auch gestattet werden, entsprechende Einwände im Entsiegelungsverfahren zu erheben, und deshalb eine Siegelung der Dokumente und Dateien zu verlangen. Aus prozessökonomischen Gründen und zur Vermeidung von Doppelspurigkeiten und Abgrenzungsproblemen erscheint es sinnvoll, den Anwendungsbereich des Siegelungsverfahrens weit zu fassen und sämtliche Einwände gegen die Durchsuchung im Entsiegelungsverfahren zu prüfen, sofern es dem Berechtigten im Ergebnis darum geht, die Einsichtnahme der Staatsanwaltschaft in die sichergestellten Unterlagen und deren Verwertung zu verhindern. In allen diesen Fällen gewährleistet das Siegelungsverfahren einen adäquaten Rechtsschutz und eine schnelle Klärung der Rechtslage.

Das Bundesgericht gelangte daher im fraglichen Entscheid zum Schluss, dass im Beschwerdeverfahren gegen die Anordnung der Durchsuchung der sichergestellten Datenträger der vom Beschwerdeführer vorgebrachte Einwand an sich nicht hätte beurteilt werden sollen, sondern es Aufgabe des Zwangsmassnahmengerichts gewesen wäre, darüber im Entsiegelungsverfahren zu entscheiden.

2.3 Daraus folgt, dass das Beschwerdeverfahren auch nicht zur Verfügung steht für die Anfechtung der Hausdurchsuchung und der damit verbundenen Sicherstellung von Unterlagen, falls vom Beschuldigten geltend gemacht wird, die Voraussetzungen zur Hausdurchsuchung und zur Beschlagnahme der an der Hausdurchsuchung sichergestellten Gegenstände seien nicht erfüllt. Vielmehr sind diese Fragen im Entsiegelungsverfahren zu klären, sofern der Beschuldigte ein Siegelungsgesuch gestellt hat.

2.4.1 Diese Schlussfolgerung steht auch im Einklang mit einem weiteren Entscheid des Bundesgerichts (Urteil vom 22. August 2012, 1B_310/2012 E. 2). Gemäss diesem Entscheid liegt es in der Natur der Sache, dass Zwangsmassnahmen – hier zwei Hausdurchsuchungsbefehle – stets nur im Nachhinein gerichtlich überprüft werden können, weil die Betroffenen erst mit dem Vollzug von ihrer Existenz Kenntnis erlangen und die Eingriffe zunächst zu erdulden haben. Demgegenüber steht den Betroffenen im weiteren Verfahren voller gerichtlicher Rechtsschutz zu. Belegen die Strafbehörden wie hier im Sinn einer provisorischen Zwangsmassnahme zur Beweissicherung Gegenstände und Unterlagen mit Beschlag, können sie deren Siegelung verlangen (Art. 248 Abs. 1 StPO). Findet sich die Strafbehörde damit nicht ab, kann sie beim Zwangsmassnahmengericht deren Entsiegelung verlangen (Art. 248 Abs. 2 und 3 lit. a StPO). In diesem Entsiegelungsverfahren können die Betroffenen auch die Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchungsbefehle bestreiten, da es jedenfalls in der Regel unzulässig wäre, rechtswidrig erlangte Beweismittel ins Strafverfahren einzuführen (vgl. Art. 139–141 StPO). Sind die Beschwerdeführer somit befugt, die Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchungen in den (zurzeit sistierten) Entsiegelungsverfahren zu bestreiten, droht ihnen offensichtlich kein nicht wieder gutzumachender Nachtteil rechtlicher Natur, wenn sich das Bundesgericht nicht bereits vor deren Durchführung mit dieser Frage befasst. Die Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG für ein Eintreten auf die Beschwerde sind nicht erfüllt.

2.4.2 Angesichts dessen, dass einem Beschuldigten, der die Rechtsmässigkeit einer Hausdurchsuchung und die dabei erfolgte Sicherstellung von Unterlagen bestreitet, gemäss den Ausführungen des Bundesgerichts im Siegelungsverfahren voller gerichtlicher Rechtsschutz zusteht, fehlt es für eine Beschwerde nicht nur an einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG. Vielmehr ist der Beschuldigte in diesem Fall mangels eines aktuellen Rechtschutzinteresses gemäss Art. 382 Abs. 1 StPO auch nicht befugt, die von der Staatsanwaltschaft angeordnete Hausdurchsuchung und Sicherstellung der Unterlagen bei der Beschwerdeabteilung des Obergerichts anzufechten. Auf eine solche Beschwerde kann daher nicht eingetreten werden.

3.1 Im vorliegenden Fall bestreitet der Beschwerdeführer die Zulässigkeit der Hausdurchsuchung und der Beschlagnahme der sichergestellten Gegenstände. Dafür steht nach dem Ausgeführten das Entsiegelungsverfahren zur Verfügung. Indes hat der Beschwerdeführer an der Hausdurchsuchung vom 29. August 2012 gemäss dem Durchsuchungs- und Untersuchungsprotokoll auf eine Siegelung der sichergestellten Gegenstände verzichtet, nachdem er von der Staatsanwältin auf dieses Recht aufmerksam gemacht worden war. Es stellt sich daher die Frage, ob die am folgenden Tag von seinem Rechtsvertreter verlangte Siegelung als verspätet zurückzuweisen ist und die vom Beschwerdeführer in der Beschwerde geltend gemachten Rügen gleichwohl in diesem Verfahren zu behandeln sind.

3.2 Im Bundesgerichtsentscheid vom 6. November 2012 (1B_309/2012 E. 5.3 f.) befasste sich das Bundesgericht mit der Frage, inwiefern nach erfolgter Hausdurchsuchung und Sicherstellung von Unterlagen noch eine Siegelung derselben verlangt werden kann. Gemäss dem Bundesgericht sieht das Gesetz nicht vor, dass der betroffene Inhaber von Gegenständen und Aufzeichnungen, der bei einer Hausdurchsuchung und Sicherstellung Geheimnisschutzrechte geltend machen will, ein förmliches Siegelungsgesuch stellen müsste. Die Siegelung hat zu erfolgen, wenn der Betroffene Geheimnisrechte geltend macht, die seiner Ansicht nach einer Durchsuchung entgegenstehen. Damit ein betroffener juristischer Laie aber den gesetzlichen Rechtsschutz überhaupt wahrnehmen kann, muss er darüber ausreichend und rechtzeitig informiert worden sein. Das bedeutet, dass die Untersuchungsbehörde, wenn sie Gegenstände und Aufzeichnungen vorläufig sicherstellt, den betroffenen Laien anlässlich der Hausdurchsuchung darüber zu informieren hat, dass er, falls er Geheimnisrechte geltend machen möchte, die einer Durchsuchung bzw. Beschlagnahme von vorläufig sichergestellten Gegenständen und Aufzeichnungen entgegenstehen könnten, deren Siegelung verlangen kann. Diese Information kann mit der Befragung des Betroffenen über den Inhalt der sichergestellten Dokumente und Datenträger (welche gemäss Art. 247 Abs. 1 StPO vor deren Durchsuchung zu erfolgen hat) verbunden werden. Ebenso ist der Laie darüber in Kenntnis zu setzen, dass nach erfolgter Siegelung (und auf allfälliges Entsiegelungsgesuch der Untersuchungsbehörde hin) der Entsiegelungsrichter über die Zulässigkeit der

Durchsuchung entscheidet, und dass der Betroffene mangels sofortigen Siegelungsgesuches den genannten Rechtsschutz verwirkt bzw. mit der Durchsuchung rechnen muss. Falls eine solche rechtzeitige Information seitens der Untersuchungsbehörde versäumt wurde, muss dem betroffenen Laien grundsätzlich das Recht zustehen, die Siegelung auch noch nachträglich zu verlangen.

3.3.1 Gemäss dem an der Hausdurchsuchung erstellten Durchsuchungs- und Untersuchungsprotokoll erklärte die Staatsanwältin dem Beschwerdeführer die Siegelung, worauf er auf eine solche verzichtet habe. Auch wenn daraus zu schliessen ist, dass der Beschwerdeführer über die Möglichkeit einer Siegelung der sichergestellten Unterlagen informiert worden war, ist mangels eines entsprechenden Protokollvermerks unklar, ob der Beschwerdeführer auch darauf hingewiesen wurde, dass er mangels eines sofortigen Siegelungsgesuchs diesen Rechtsschutz verliert. Ohne entsprechenden Nachweis darf dies nicht zulasten des Beschwerdeführers angenommen werden. Es schadet ihm daher nicht, dass er das Siegelungsgesuch nicht sofort an der Hausdurchsuchung gestellt hat, sondern einen Tag später durch seinen Rechtsvertreter stellen liess.

3.3.2 Hinzu kommt, dass die Staatsanwaltschaft dem Beschwerdeführer nach Eingang des Siegelungsgesuchs vom 30. August 2012 am 31. August 2012 die Siegelung der sichergestellten Unterlagen bestätigt hat. Im Widerspruch dazu stellte sie in ihrem Entsiegelungsgesuch vom 12. September 2012 an das Zwangsmassnahmengericht im Hauptstandpunkt den Antrag, es sei festzustellen, dass das Siegelungsgesuch des Beschwerdeführers zu spät eingegangen sei. Falls das Siegelungsgesuch vom 30. August 2012 nach der Auffassung der Staatsan-waltschaft verspätet war, hätte sie dem Beschwerdeführer nicht am 31. August 2012 vorbehaltlos die Siegelung der sichergestellten Unterlagen bestätigen dürfen. Vielmehr hätte die Staatsanwaltschaft bereits damals das Siegelungsgesuch als verspätet zurückweisen müssen.

3.4 Demgemäss bleibt es dabei, dass über die Zulässigkeit der Hausdurchsuchung und der Beschlagnahme der sichergestellten Unterlagen im Entsiegelungsverfahren zu entscheiden ist und das Beschwerdeverfahren hierfür nicht zur Verfügung steht.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 28. März 2013

1.4.3 Anwaltsrecht

§ 14 Abs. 1 lit. e und Abs. 4 EG BGFA, Art. 321 Ziff. 1 StGB, Art. 13 BGFA
Regeste:

§ 14 Abs. 1 lit. e und Abs. 4 EG BGFA, Art. 321 Ziff. 1 StGB, Art. 13 BGFA – Befürchtet der Anwalt, seinem Klienten, der ihm das Mandat entzogen hat, drohe durch den angekündigten Rückzug der eingereichten Klagen und Rechtsmittel der Vermögenszerfall, kann er wider den Willen des ehemaligen Klienten nicht von der Aufsichtsbehörde vom Anwaltsgeheimnis entbunden werden, um bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde die Einleitung von Erwachsenenschutzmassnahmen gegen seinen ehemaligen Klienten zu beantragen.

Aus den Erwägungen:

1. Nach § 14 Abs. 1 lit. e EG BGFA ist die Aufsichtskommission zuständig für die Entbindung der Rechtsanwälte vom Berufsgeheimnis. Diese Befugnis hat die Aufsichtskommission gestützt auf § 14 Abs. 4 EG BGFA an den Präsidenten der Aufsichtskommission delegiert. Demgemäss ist der Präsident für die Behandlung des vorliegenden Entbindungsgesuchs zuständig.

2. Gemäss Art. 321 Ziff. 1 StGB ist es Rechtsanwälten untersagt, ein Geheimnis zu offenbaren, das ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden ist oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben. In Übereinstimmung damit verpflichtet Art. 13 BGFA die Rechtsanwälte zur Wahrung des

Berufsgeheimnisses. Die Preisgabe eines Berufsgeheimnisses ist jedoch zulässig aufgrund einer Einwilligung des Berechtigten oder einer auf Gesuch des Geheimnisträgers erteilten schriftlichen Bewilligung der Aufsichtsbehörde (Art. 321 Ziff. 2 StGB). Bei der Frage der Entbindung von der Geheimhaltungspflicht ist in der Regel eine Abwägung der Interessen des Anwaltes einerseits und des Klienten andererseits vorzunehmen. Da weder das Strafgesetzbuch noch das BGFA näher umschreiben, wann die Aufsichtsbehörde die Ermächtigung erteilen darf, ist diese gehalten, aufgrund einer Güterabwägung ihren Entscheid zu fällen (vgl. Felix Wolffers, Der Rechtsanwalt in der Schweiz, Bern 1986, S. 140; Nater/Zindel, in: Fellmann/Zindel [Hrsg.], Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2011, Art. 13 BGFA N 137). Das Anwaltsgeheimnis hat dabei einen hohen Stellenwert und grundsätzlich Vorrang vor anderen Interessen. Das Gesagte ist aber keinesfalls eine Faustregel. Eine allgemeingültige Regel, welche Interessen insbesondere den Vorzug geniessen, existiert nicht. Der Entscheid ist vielmehr immer unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu fällen. Das Interesse an der Geheimhaltung muss objektiv bewertet werden. Wie gross es ist, hängt in erster Linie davon ab, was offenbart werden soll. Zu beachten ist dabei, ob die Offenbarung den Klienten irgendwie schädigt oder beeinträchtigt (Verfügung des Präsidenten der Aufsichtskommission vom 8. Mai 2003 [AP 2003/13]; Giovanni Andrea Testa, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, Zürich 2001, S. 151, mit Hinweisen auf die Literatur und Rechtsprechung; vgl. ferner BJM 1997 S. 53 ff.).

2.1 Die Gesuchsteller führen aus, indem der Gesuchsgegner der X. aufgrund der vollständigen Unterwerfung Vermögenswerte in Millionenhöhe übertragen habe und er aufgrund seines Alters nicht mehr in der Lage sei, eine Erwerbstätigkeit anzutreten, drohe der Gesuchsgegner früher oder später der öffentlichen Hand zur Last zu fallen. Es bestehe daher ein persönliches und ein gewichtiges öffentliches Interesse, die im Streit liegenden Liegenschaftswerte für den Gesuchsgegner zu sichern. Ein allfälliger Rückzug der anhängig gemachten Rechtsmittel und Klagen durch den nicht mehr anwaltlich vertretenen Gesuchsgegner würde im Zustand der Urteilsunfähigkeit erfolgen, weshalb die Gesuchsteller vom Anwaltsgeheimnis entbunden werden müssten, damit sie die Erwachsenenschutzbehörde über das Vorgefallene orientieren könnten. Die Gesuchsteller machen demnach kein eigenes Interesse an der Aufhebung des Anwaltsgeheimnisses geltend. Vielmehr berufen sich auf das öffentliche Interesse, einen Fürsorgefall zu verhindern.

2.2 Im Schreiben vom 4. Dezember 2012, mit welchem der Gesuchsgegner den Gesuchstellern das Mandat mit sofortiger Wirkung entzog, erinnerte er die Letzteren an die anwaltliche Schweigepflicht. Auch im vorliegenden Verfahren erklärte sich der Gesuchsgegner mit einer Entbindung vom Anwaltsgeheimnis nicht einverstanden. Eine Entbindung vom Anwaltsgeheimnis kommt daher nur in Frage, falls das geltend gemachte öffentliche Interesse das Interesse des Gesuchsgegners an der Geheimhaltung überwiegt. Die Interessenabwägung ist dabei im Rahmen der geltenden Rechtsordnung vorzunehmen. Es ist angezeigt, die Frage, ob die zuständige kantonale Erwachsenenschutzbehörde über den geltend gemachten drohenden Vermögenszerfall des Gesuchsgegners informiert werden kann, anhand des am 1. Januar 2013 in Kraft getretenen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht zu entscheiden (Art. 14 SchlT ZGB).

2.2.1 Nach Art. 443 Abs. 1 ZGB kann jede Person der Erwachsenenschutzbehörde Meldung erstatten, wenn eine Person hilfsbedürftig erscheint. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen über das Berufsgeheimnis. Das Melderecht ist damit auf Personen beschränkt, die nicht an ein Berufsgeheimnis gebunden sind. Dagegen besteht ein Melderecht für Personen, die dem Berufsgeheimnis unterstehen, in Übereinstimmung mit Art. 321 Ziff. 2 StGB einzig dann, falls die Entbindung vom Anwaltsgeheimnis durch den Geheimnisherrn erfolgt ist oder die Ge-suchsteller von der Aufsichtsbehörde (Präsident der Aufsichtskommission bzw. Obergericht; § 12 Abs. 1 u. § 14 Abs. 4 EG BGFA) vom Anwaltsgeheimnis entbunden worden sind. Nachdem sich der Gesuchsgegner gegen eine Entbindung der Gesuchsteller vom Anwaltsgeheim¬nis ausgesprochen hat, muss, wie bereits erwähnt, in Abwägung der verschiedenen Interessen entschieden werden, ob eine Entbindung vorzunehmen ist.

2.2.2 Richtschnur für die Interessenabwägung bei der Entbindung vom Anwaltsgeheimnis ist Art. 453

ZGB. Nach dieser Bestimmung arbeiten die Erwachsenenschutzbehörde, die betroffenen Stellen und die Polizei zusammen, wenn die ernsthafte Gefahr besteht, dass eine hilfsbedürftige Person sich selbst gefährdet oder ein Verbrechen oder Vergehen begeht, mit dem sie jemanden körperlich, seelisch oder materiell schwer schädigt (Abs. 1). Personen, die dem Amts- oder Berufsgeheimnis unterstehen, sind in einem solchen Fall berechtigt, der Erwachsenenschutzbehörde Mitteilung zu machen (Abs. 2).

2.2.3 Die Zusammenarbeit und die Befreiung vom Berufs- und Amtsgeheimnis nach Art. 453 ZGB setzt neben der Verhältnismässigkeit eine besondere Gefährdung voraus. Diese muss ernsthaft sein. «Ernsthaft» ist eine Gefahr, wenn ihr Eintritt eine hohe Wahrscheinlichkeit aufweist. Inhaltlich umschreibt das Gesetz den Gefährdungstatbestand mit zwei Varianten. Die eine bezieht sich auf eine Selbstgefährdung der hilfsbedürftigen Person, die andere auf eine Drittgefährdung. Welcher Art die Selbstgefährdung sein muss, umschreiben der deutsche und der italienische Gesetzestext nicht näher. Demgegenüber präzisiert der französische Text, dass sich die Selbstgefährdung auf «sa vie ou son intégrité corporelle» beziehen muss. Ausser Betracht fallen damit von vornherein Gefährdungen des Vermögens (Thomas Geiser, in: Geiser/Reusser [Hrsg.], Basler Kommentar, Erwachsenenschutz, Basel 2012, Art. 453 ZGB N 13 f.). Nach dieser Bestimmung ist damit eine Zusammenarbeit zwischen der Erwachsenenschutzbehörde und den zuständigen Stellen, die an ein Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden sind, bei einer Vermögensgefährdung einer hilfsbedürftigen Person ausgeschlossen. Insbesondere besteht kein Recht dieser Stellen, der Erwachsenenschutzbehörde darüber Meldung zu erstatten. Der Gesetzgeber hat demnach den Schutz der Privatsphäre höher gewichtet als allfällige finanzielle Interessen der hilfsbedürftigen Person oder des Staates, der im Fürsorgefall unterstützungspflichtig wird.

2.3 Diese gesetzlich vorgenommene Interessenabwägung bei Stellen, die dem Amts- oder Berufsgeheimnis unterliegen, ist auch im vorliegenden Fall massgebend. Mit ihren Schilderungen haben die Gesuchsteller zwar glaubhaft dargetan, dass sich der Gesuchsteller mit einem allfälligen Rückzug der eingelegten Rechtmittel und Klagen selber schwer finanziell schädigt. Der geltend gemachte drohende Vermögenszerfall rechtfertigt indes nicht eine Entbindung vom Anwaltsgeheimnis zur Benachrichtigung der Erwachsenenschutzbehörde. Der Schutz der Privatsphäre des Gesuchsgegners, der eine Entbindung vom Anwaltsgeheimnis ablehnt, hat Vorrang vor dem öffentlichen Interesse zur Vermeidung eines Fürsorgefalls. Das Gesuch um Entbindung vom Anwaltsgeheimnis ist daher abzuweisen.

Präsident über die Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte, 2. April 2013