

Inhaltsverzeichnis

A

Gerichtspraxis	5
I	
Staats- und Verwaltungsrecht	6
1 Verfahrensrecht	6
2 Politische Rechte, Bürgerrecht und Polizei	15
3 Denkmalschutz	53
4 Bau- und Planungsrecht	71
5 Ausländerrecht und Bewilligungsgesetz	83
6 Sozialhilfe und Arbeitsmarktrecht	104
7 Steuerrecht	116
8 Sozialversicherung	128
9 Kindes- und Erwachsenenschutzrecht	199
II	
Zivilrecht	211
1 Aktienrecht	211
2 Familienrecht	219
3 Wettbewerbsrecht	234
III	
Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	247
1 Beschwerdeverfahren	247
IV	
Strafrecht	248
1 Strafzumessung	248
V	
Rechtspflege	258
1 Stimmrecht	258
2 Strafrechtspflege	274
3 Zivilrechtspflege	280
B	
Stichwortverzeichnis	311

A

Gerichtspraxis

I. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Verfahrensrecht

1.1 Art. 9 BV. § 17 Abs. 1 GG. §§ 19 Abs. 1 Ziff. 3, 43 Abs. 1 VRG

Regeste:

Art. 9 BV. § 17 Abs. 1 GG. §§ 19 Abs. 1 Ziff. 3, 43 Abs. 1 VRG – Aus einer fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung darf einer Partei grundsätzlich kein Nachteil erwachsen. Die Berufung auf Vertrauensschutz steht unter dem Vorbehalt einer groben prozessualen Unsorgfalt. In Anbetracht der Umstände (keine Angaben über Rechtsmittel und Rechtsmittelfrist in der Rechtsmittelbelehrung, keine juristische Kenntnisse, unbekanntes Zustellungsdatum) kann auf eine nach 70 Tagen erhobene Beschwerde noch eingetreten werden.

Aus dem Sachverhalt:

V.X. erwarb im Frühjahr 2011 das Bürgerrecht der Gemeinde Oberägeri und beantragte am 30. Juni 2011 die Einbürgerung als Korporationsbürger von Oberägeri. Die Korporation wies das Gesuch mit Schreiben vom 26. August 2011 ab, während der Regierungsrat die von ihm erhobene Verwaltungsbeschwerde mit Beschluss vom 5. März 2013 guthiess. Gegen diesen Entscheid liess die Korporation Oberägeri Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen. Sie brachte vor, die Vorinstanz sei zu grosszügig gewesen, indem sie auf die nach 70 Tagen erhobene Beschwerde eingetreten sei.

Aus den Erwägungen:

(...)

Zunächst ist auf den formellen Einwand der Beschwerdeführerin einzugehen, dass der Regierungsrat gar nicht auf die Verwaltungsbeschwerde vom 6. November 2011 hätte eintreten dürfen, da diese erst 70 Tage nach dem Ergehen des angefochtenen Entscheids vom 26. August 2011 und damit offensichtlich lange nach Ablauf der 30-tägigen Beschwerdefrist gemäss § 43 Abs. 1 VRG eingereicht worden sei. Damit rügt sie eine falsche Anwendung der objektiven Prozessvoraussetzungen (vgl. Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. Zürich 2013, Rz. 697). Das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen ist von Amtes wegen zu prüfen. Hat die Vorinstanz das Fehlen einer Eintretensvoraussetzung übersehen und ist deshalb mangels Prozessvoraussetzung zu Unrecht auf das Rechtsmittel eingetreten, so ist der Entscheid aufzuheben (BGE 128 V 89 E. 2a).

a) Aus den Akten ergibt sich, dass der das Gesuch ablehnende Entscheid der Beschwerdeführerin vom 26. August 2011 unter dem Hinweis «Rechtsmittel» lediglich fol-

genden Hinweis enthielt: «Gemäss Gesetz über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden (Gemeindegesezt) § 17 Abs. 1 (Rechtsschutz) kann der Beschluss des Korporationsrates beim Regierungsrat angefochten werden». Welches Rechtsmittel zu ergreifen und innerhalb welcher Frist dieses einzureichen wäre, wurde nicht genannt. Auch wurde der Entscheid nicht per Einschreiben verschickt und auch sonst ist nicht nachgewiesen, zu welchem Zeitpunkt der Entscheid dem Gesuchsteller eröffnet worden ist.

b) Die bundesgerichtliche Rechtsprechung leitet aus Art. 9 BV (Schutz vor Willkür und Wahrung von Treu und Glauben) ein Recht auf Vertrauensschutz ab, das unter anderem beinhaltet, dass falsche Auskünfte von Behörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung des Rechtssuchenden gebieten. Ein wichtiger Anwendungsfall dieses verfassungsmässigen Rechts besteht darin, dass einer Partei aus einer fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung grundsätzlich kein Nachteil erwachsen darf, worauf sich Gesuchsteller und Vorinstanz berufen. Die Berufung auf Vertrauensschutz steht unter dem Vorbehalt einer groben prozessualen Unsorgfalt der betroffenen Partei. Rechtssuchende geniessen mit anderen Worten diesen Vertrauensschutz nicht, wenn sie bzw. ihr Rechtsvertreter den Mangel allein schon durch Konsultierung der massgeblichen Verfahrensbestimmung hätten erkennen können (BGE 129 II 125 E. 3.3). Wann einer Prozesspartei, die sich auf eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung verlassen hat, eine solche als grob zu wertende Unsorgfalt vorzuwerfen ist, beurteilt sich nach den konkreten Umständen und nach ihren Rechtskenntnissen (BGE 135 III 374 E. 1.2.2.2). Diesbezüglich ist vorliegend festzustellen, dass der Gesuchsteller selbst aus der Konsultation des im angefochtenen Entscheid angegebenen § 17 Abs. 1 des Gemeindegeseztes, wonach Gemeindeversammlungsbeschlüsse, Beschlüsse des Grossen Gemeinderates und des Gemeinderates beim Regierungsrat angefochten werden können (Abs. 1) und für das Verfahren die Vorschriften des Verwaltungsrechtspflegegesetzes gelten (Abs. 3), offensichtlich weder das konkret zur Verfügung stehende Rechtsmittel noch die Frist für ein solches unmittelbar ersehen konnte. Zwar werden in Absatz 3 des Gesetzesparagrafen die Vorschriften des Verwaltungsrechtspflegegesetzes als anwendbar erklärt. Dabei handelt es sich aber lediglich um einen allgemeinen Verweis auf ein anderes Gesetz. Wie der Regierungsrat zu Recht festhält, ist es einem juristischen Laien nicht zuzumuten, dass er anhand dieser allgemeinen Angaben selber das schliesslich auf seinen Fall zutreffende verwaltungsverfahrensrechtliche Rechtsmittel und die dazugehörige Frist durch Konsultation unterschiedlicher Rechtserlasse herausfindet. Es gibt es im konkreten Fall keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesuchsteller diesbezüglich über hinreichende Rechtskenntnisse verfügte. Auch wenn der Gesuchsteller aufgrund seiner Ausbildung als Ingenieur-Agronom und als selbständiger Unternehmer wie auch als Inhaber von Exekutivämtern in der Gemeinde Oberägeri in verwaltungsrechtlichen Dingen nicht gerade als unbedarfter Laie gelten kann, muss er doch als juristischer Laie angesehen werden, abgesehen von der nicht verständlichen Praxis des Bürgerrates. Zwar hatte er bereits einmal für

seine Töchter ein Gesuch um Aufnahme in die Korporation Oberägeri gestellt, das ebenfalls abgelehnt worden war, doch fehlte im ablehnenden Entscheid der Korporation Oberägeri vom 13. Januar 2011 eine Rechtsmittelbelehrung sogar vollständig, so dass dem Gesuchsteller nicht etwa aus jenem Verfahren Frist oder Rechtsmittel bekannt sein konnten.

c) Allerdings wird aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben auch von einem juristischen Laien erwartet, sich innerhalb einer angemessenen Frist über die Anfechtungsmöglichkeit bei der zuständigen Behörde zu erkundigen, da allgemein bekannt ist, dass Entscheide in Rechtskraft erwachsen, wenn sie nicht angefochten werden. Der Gesuchsteller ist zudem im Ablehnungsschreiben explizit auf die Anfechtbarkeit des Entscheids hingewiesen worden. Führt auch eine fehlerhafte Eröffnung in der Regel nicht einfach zur Nichtigkeit der Verfügung, sondern soll der Verfügungsadressat daraus lediglich keinerlei Nachteile erleiden, ergibt sich Folgendes: Die Beschwerde des Gesuchstellers an den Regierungsrat ist am 7. November 2011 erhoben worden. Weil die Korporation zusätzlich nicht nachweisen kann, wann die angefochtene Verfügung vom 26. August 2011 versandt und beim Gesuchsteller eingetroffen ist und dies auch anderweitig nicht feststellbar ist, kann der Zeitraum zwischen Empfang und Beschwerdeerhebung nicht bestimmt werden. Geht man davon aus, dass es für einen Beschwerdeführer aufgrund seiner Sorgfaltspflicht zumutbar ist, sich spätestens am letzten Tag einer Rechtsmittelfrist bei seinem Rechtsvertreter zu erkundigen, ob ein Entscheid auch diesem oder nur ihm persönlich zugestellt worden ist (vgl. ARV 2002 S. 66 mit Hinweis auf Urteil des EVG vom 13. Februar 2001, C 168/00), und in einem solchen Fall für den Rechtsvertreter, falls der Entscheid fälschlicherweise nicht an ihn zugestellt worden ist, die Frist zur Einreichung einer allfälligen Beschwerde ab dem letzten Tag der ursprünglichen Beschwerdefrist zu laufen beginnt (vgl. Urteil EVG vom 6. August 2002, I 598/01, E. 2.2; Urteil EVG vom 6. Mai 2003, I 565/02, E. 3.1), muss für die vorliegend zu beurteilende Konstellation Folgendes gelten: Hätte sich der Gesuchsteller innerhalb einer Frist von 30 Tagen über die ihm offen stehenden Anfechtungsmöglichkeiten erkundigt, wobei die Abklärungen durchaus auch eine gewisse Zeit hätten in Anspruch nehmen können, wäre ihm nach diesen Abklärungen zusätzlich die gesetzlich vorgesehene Rechtsmittelfrist zur Beschwerdeeinreichung zugestehen gewesen (vgl. dazu auch Lorenz Kneubühler, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 38 N 12). Dieser Zeitspanne entspricht aber ungefähr die hier erfolgte Beschwerdeerhebung 70 Tage nach dem Datum des Entscheids. In Anbetracht der Umstände (fehlende Angaben über Rechtsmittel und Rechtsmittelfrist in der Rechtsmittelbelehrung, keine juristische Kenntnisse des Gesuchstellers, unbekanntes Zustellungsdatum) ist im Zweifel auf die Darstellung des Empfängers abzustellen, da die verfügende Behörde die materielle Beweislast hinsichtlich der Zustellung eines Entscheids sowie ihres Zeitpunkts trägt (BGE 129 I 8 E. 2.2; BGE

124 V 400 E. 2a; Urteil des Bundesgerichts vom 14. September 2011, 5D_88/ 2011, E. 3).

d) Aufgrund des Gesagten und unter Würdigung der Gesamtumstände ist somit nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz von einer noch rechtzeitig erhobenen Beschwerde ausgegangen ist. Diese Betrachtung rechtfertigt sich umso mehr, als der Korpurationsrat mit der aus zwei seiner Verfügungen ersichtlichen ungesetzlichen Praxis (Pflicht zur Rechtsmittelbelehrung gemäss § 19 Abs. 1 Ziff. 3 VRG) für die entstandenen Unklarheiten die Verantwortung trägt. Wenn er anführt, dass ein neues Gesuch ohnehin sogleich wieder möglich und zu behandeln wäre, so läge in diesem Fall der von der Korporation verneinte Nachteil aber gerade darin, dass der Gesuchsteller mit seiner Beschwerde zunächst nicht durchdringen und nicht nur allenfalls den Verlust vermögensmässiger Ansprüche (rückwirkende Zusprechung des Nutzens ab Gesuchstellung) hinnehmen müsste, sondern auf ein neues Verfahren und damit auf erneuten Aufwand verwiesen würde. Dies würde sich auch als verfahrensökonomischer Leerlauf erweisen. Der Regierungsrat ist deshalb zu Recht auf die Beschwerde eingetreten.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. März 2014, V 2013/53

Siehe auch das Präjudiz zum materiell-rechtlichen Gehalt dieses Falles, unter Politische Rechte, Bürgerrecht und Polizei¹.

1.2 § 61 Abs. 1 Ziff. 2 bzw. Abs. 2, 67 VRG. §§ 3, 33 Abs. 1, 37a GG, § 9 Abs. 1, 13 und 29 f. SHG

Regeste:

§ 61 Abs. 1 Ziff. 2 bzw. Abs. 2, 67 VRG. §§ 3, 33 Abs. 1, 37a GG, § 9 Abs. 1, 13 und 29 f. SHG – Die Ermahnung durch den Regierungsrat als mildeste aufsichtsrechtliche Massnahme beeinträchtigt nicht ein rechtsschutzbedürftiges Interesse der Gemeinde, weshalb diese dagegen nicht beschwerdelegitimiert ist. Das Verwaltungsgericht darf die gesetzlich verankerte Rechtsaufsicht des Regierungsrates bei der Umsetzung des Sozialhilfegesetzes wie auch die Verbandsaufsicht über die Gemeinden nicht selber im Sinne einer Oberaufsichtsbehörde beurteilen. Da das VRG die Möglichkeit einer sog. Anschlussbeschwerde grundsätzlich nicht kennt, muss ein Betroffener, der mit einem Entscheid nicht einverstanden ist, selbständig innert Frist Beschwerde führen. Es reicht nicht, innert der Vernehmlassungsfrist Beschwerdeanträge zu stellen.

Aus dem Sachverhalt:

¹ Siehe Seite 22

Der Stadtrat von Zug verpflichtete das Ehepaar XY., den Sozialen Diensten der Stadt Zug die erhaltene Sozialhilfe zurückzuerstatten. Der Regierungsrat wies die vom Ehepaar dagegen erhobene Beschwerde ab und ermahnte den Stadtrat, Abhilfe gemäss den Erwägungen zu schaffen. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragte der Stadtrat, die Ermahnung sei aufzuheben. Bezüglich der Legitimation führte er an, dass die ausgesprochene Ermahnung geeignet sei, den guten Ruf des Stadtrates zu beeinträchtigen und die Ratsmitglieder in deren Persönlichkeit zu verletzen. Schliesslich könnte der Entscheid in einem späteren Verantwortlichkeitsverfahren gegen die Stadt präjudizierlich wirken. Das Ehepaar seinerseits beantragte in seiner Vernehmlassung die vollumfängliche Aufhebung des Stadtratsbeschlusses betreffend seine Rückerstattungsverpflichtung.

Aus den Erwägungen:

1. Gegen Verwaltungsentscheide des Regierungsrates ist die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zulässig, soweit die Gesetzgebung den Weiterzug nicht ausnahmsweise ausschliesst (§ 61 Abs. 1 Ziff. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 1. April 1976, VRG, BGS 162.1). Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann jede Rechtsverletzung gerügt werden (§ 63 Abs. 1 VRG). Als solche gelten die Nichtanwendung und die unrichtige Anwendung eines Rechtssatzes (§ 63 Abs. 1 Ziff. 1 VRG), die unrichtige rechtliche Beurteilung einer Tatsache (§ 63 Abs. 1 Ziff. 2 VRG), der Missbrauch oder die Überschreitung des Ermessens (§ 63 Abs. 1 Ziff. 3 VRG), die Verletzung einer wesentlichen Form- oder Verfahrensvorschrift (§ 63 Abs. 1 Ziff. 4 VRG) und Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung (§ 63 Abs. 1 Ziff. 5 VRG). In den Fällen, in denen Beschwerde gegen Verwaltungsentscheide des Regierungsrates geführt wird, kann die unrichtige Handhabung des Ermessens nicht gerügt werden (§ 63 Abs. 3 VRG e contr. i.V.m. § 61 Abs. 1 Ziff. 2 VRG).

Bevor eine Beschwerde einer materiellen Prüfung unterzogen werden kann, hat das Gericht von Amtes wegen zu prüfen, ob auf das Rechtsmittel eingetreten werden kann (§ 67 VRG). Vorliegend richten sich die beiden Beschwerden gegen einen Beschluss des Regierungsrates vom 17. Dezember 2013. Ausschlussgründe für den Weiterzug an das Verwaltungsgericht sind keine gegeben. Zu den vom Gesetz vorausgesetzten Prozessvoraussetzungen gehören namentlich ein taugliches Anfechtungsobjekt, eine frist- und formgerechte Rechtsmittelvorkehr, die Zuständigkeit der Rechtsmittelinstanz, die Legitimation und die Beschwer (vgl. zum Ganzen Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 71 ff.). Im Folgenden sind die gesetzlichen Eintretensvoraussetzungen zu prüfen.

2. a) Was die unbestrittenermassen rechtzeitig erhobene Beschwerde des Stadtrates betrifft, so ist festzustellen, dass Anfechtungsgegenstand der Regierungsratsbeschluss vom 17. Dezember 2013 bildet, mit dem dieser einerseits den stadträtlichen Entscheid in der Sache vollumfänglich bestätigte, anderseits in Kapitel II., Ziffer 4,

3. Abschnitt, als Aufsichtsbehörde gegen den Stadtrat eine förmliche Ermahnung im Sinne von § 37a GG aussprach. Er ermahnte im Dispositiv dazu, Abhilfe gemäss Kapitel II. Ziff. 4 der Erwägungen zu schaffen. In der betreffenden Erwägung hielt er fest, der Stadtrat habe in Zukunft die Betroffenen vor der Einholung von Auskünften bei Dritten zu orientieren, es sei denn es würden besondere Gründe vorliegen, die ein solches Vorgehen verunmöglichen würden.

b) Es fragt sich, ob die angefochtene Ermahnung der kantonalen Aufsichtsbehörde gegenüber dem Stadtrat betreffend eine verfahrensrechtliche Frage bei der Anwendung des kantonalen Sozialhilfegesetzes überhaupt angefochten werden kann. Der betreffende Regierungsratsentscheid als solcher stellt gemäss § 61 Abs. 1 Ziff. 2 VRG an sich zweifellos ein taugliches Anfechtungsobjekt dar. Die Frage ist denn auch im Zusammenhang mit der Frage des Rechtsschutzbedürfnisses zu beurteilen. Insofern verschränken sich die Fragestellungen für die beiden Prozessvoraussetzungen. Denn gemäss der analog heranzuziehenden bundesgerichtlichen Praxis zu verwaltungsinternen Instruktionen, die nicht unmittelbar Rechte und Pflichten der Rechtsunterworfenen begründen (BGE 136 I 323, 329, E. 4.4), muss bei aufsichtsrechtlichen Weisungen jedenfalls in Fällen einer Beeinträchtigung von rechtssatzmässig zugesicherten Ansprüchen eine Anfechtungsmöglichkeit bestehen und darum die Legitimation bzw. ein anfechtbarer Entscheid bejaht werden (vgl. z. B. Urteil des Bundesgerichts 2C_752/2012 vom 19. November 2012, E. 2.2.2). Ob der Stadtrat vorliegend zur Beschwerde legitimiert ist, was der Regierungsrat bestreitet, bemisst sich aufgrund der anwendbaren Legitimationsbestimmungen. Die Legitimation zur Erhebung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde steht den Gemeinderäten gemäss § 62 Abs. 2 VRG zur Wahrung öffentlicher Interessen zu. Im Weiteren kann ein Gemeinwesen durch einen Entscheid auch selber, d.h. gleich oder ähnlich wie ein Privater, im Sinne von § 62 Abs. 1 VRG in schutzwürdigen Interessen besonders berührt und darum beschwerdelegitimiert sein (vgl. auch zu Art. 89 BGG Bernhard Waldmann, Basler Komm., Art. 89 N 37). Hierzu ist das Folgende zu erwägen.

c) Gemäss § 33 Abs. 1 des Gemeindegesetzes vom 4. September 1980 (GG, BGS 171.1) steht dem Regierungsrat die Aufsicht des Kantons über die Gemeinden zu. Stellt der Regierungsrat einen Missstand in der Gemeindeverwaltung oder eine Vernachlässigung öffentlicher Aufgaben fest, stehen ihm die in den §§ 37a – 39 genannten aufsichtsrechtlichen Mittel zur Verfügung (§ 37 Abs. 1 GG). Ein Missstand in der Gemeindeverwaltung oder die Vernachlässigung öffentlicher Aufgaben liegt namentlich bei der Verletzung von klarem materiellem Recht, der Missachtung wesentlicher Verfahrensgrundsätze oder der Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen vor (§ 37 Abs. 2). Der Regierungsrat ordnet nötigenfalls eine Untersuchung an und teilt seinen Beschluss dem Gemeinderat mit. Nach Abschluss der Untersuchung erhalten die betroffenen Gemeindeorgane, in jedem Falle der Gemeinderat, Gelegenheit, sich zum Ergebnis der Untersuchung zu äussern (§ 38 GG). Gemäss dem später zusätzlich eingefügten § 37a GG mahnt der Regierungsrat, falls die Voraus-

setzungen gemäss § 37 erfüllt sind, den Gemeinderat, Abhilfe zu schaffen. Weiter kann der Regierungsrat gemäss Art. 39 Abs. 1 GG nach fruchtloser Mahnung oder nach Abschluss der Untersuchung, in dringenden oder offenkundigen Fällen ohne Verzug, die folgenden Massnahmen treffen: 1. Aufhebung von Beschlüssen, Entscheiden oder Wahlen der Gemeindeorgane; 2. Erteilung verbindlicher Weisungen an die Gemeindeorgane; 3. ersatzweiser Erlass von Beschlüssen, Reglementen, Entscheiden und ersatzweise Durchführung von Wahlen; 4. Suspendierung von Gemeindeorganen im Amt; 5. in besonders schweren Fällen Übertragung der Gemeindeverwaltung an einen Sachwalter.

Die Gemeinden sind bei der Erfüllung ihrer Aufgaben an Verfassung und Gesetzgebung gebunden. Der Kanton hat zu überprüfen, ob die Gemeindetätigkeit rechtmässig erfolgt. Was den tatsächlichen Umfang der in § 3 GG garantierten, durch das Gesetz umschriebenen Gemeindeautonomie betrifft, so ist diese je nach dem Aufgabengebiet unterschiedlich weit, je in Abhängigkeit vom übergeordneten Recht und begrenzt durch die verfassungsmässig garantierten Individualrechte (vgl. H.R. Thalman, Komm. zum Zürcher Gemeindegesetz, 3. A. 2000, § 14 N. 1.5). Autonom ist eine Gemeinde in einem Sachbereich, wenn das kantonale Recht diesen nicht abschliessend ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt (BGE 129 I 290 E. 2.1). Bei dem von der Ermahnung erfassten Rechtsgebiet geht es um die Anwendung des kantonalen Sozialhilfegesetzes. Die Sozialhilfe ist zwar in erster Linie Sache der Einwohner- und Bürgergemeinden (§ 9 Abs. 1 des Sozialhilfegesetzes vom 16. Dezember 1982, SHG, BGS 861.4), jedoch regelt das kantonale Gesetz die gesetzlichen Rechte und Pflichten der Gemeinden und der Unterstützungsbedürftigen sowie das Verfahren sehr detailliert. Ausdrücklich obliegen die Aufsicht und Koordination (§ 13 SHG) wie auch Überwachungs- und Entscheidungsaufgaben (vgl. § 30 SHG) der kantonalen Direktion des Innern. Weiter regelt der Regierungsrat die Voraussetzungen und den Umfang der Unterstützung und den Vermögensverzehr (§ 29 SHG). Es ergibt sich daraus, dass bei der Anwendung des kantonalen Sozialhilfegesetzes weder der Gemeinde eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit zuerkannt werden kann noch diese Materie ihrer Natur nach in wesentlichen Teilen Gegenstand kommunaler Selbstbestimmung darstellt (vgl. dazu BGE 135 I 43, 45 f.).

d) Allgemein gilt, dass ein Erlass oder Widerruf eines Verwaltungsaktes durch die Aufsichtsbehörde der allfälligen Anfechtung durch die dazu Befugten mittels der ordentlichen verwaltungsrechtlichen Rechtsmittel unterliegt (vgl. Imboden/Rhinow, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1976, Band II, Nr. 145 B IV). Vorliegend erfolgte durch den Regierungsrat lediglich eine Ermahnung und Anweisung an die Adresse des Stadtrates, wobei er nicht nur gestützt auf die ihm gemäss §§ 4 und 33 Abs. 1 GG obliegende allgemeine (Verbands-)Aufsicht des Kantons über die Gemeinden, sondern aufgrund der ihm bzw. einer seiner Direktionen direkt aus dem Sozial-

hilfegesetz zukommenden aufsichtsrechtlichen Aufgaben und Verantwortlichkeiten handelte. Dem Regierungsrat muss es in diesem Bereich zustehen, allgemeine Weisungen an die Gemeinden zu erteilen bzw. im Einzelfall, jedenfalls nachträglich, eine einzelne Weisung an eine Gemeinde auszusprechen (vgl. Tobias Jaag, Die Gemeindeaufsicht im Kanton Zürich, ZBI 1993, 529 ff., 534 f.). Die gestützt auf das §§ 13 und 29 f. SHG und Art. 37a und Art. 39 Abs. 1 Ziff. 2 GG ergangene Ermahnung und Anweisung durch die Aufsichtsinstanz betreffend Einzelheiten des Abklärungsverfahrens bei der Gewährung von Sozialhilfe können durch die Gemeinde aufgrund der ihr in diesem Bereich zustehenden geringen Autonomie und Handlungsfähigkeit nicht gestützt auf tangierte eigene oder öffentliche Interessen angefochten werden (vgl. etwa VPB 1978, Nr. 93; Rhinow/ Krähenmann, Schweiz. Verwaltungsrechtssprechung, Ergänzungsband, 1990, Nr. 145 B III; vgl. dazu Waldmann, Art. 89 N 56). Im Weiteren ist das Gemeinwesen mitsamt der Amtsträger aber – unter analoger Heranziehung der Regelung im Bundesrecht (Art. 89 Abs. 1 BGG) – auch nicht etwa gleich oder ähnlich wie ein Privater oder in hoheitlichen Befugnissen und Aufgaben berührt durch die vom Stadtrat geltend gemachte, ungewisse Möglichkeit eines allfälligen Staatshaftungsbegehrens als Folge der angefochtenen Anordnung (BGE 133 II 400, 406 f.). Ebenso wenig zu bejahen ist eine Betroffenheit des Gemeinwesens in wichtigen öffentlichen Interessen, soweit es um das – allgemeine – Interesse an der richtigen Rechtsanwendung oder der Aufhebung eines desavouierenden Entscheids geht (vgl. BGE 136 II 383, 386 f.; vgl. auch Waldmann, BGG-Kommentar, 2. A. Basel 2011, Art. 89 N 42). Dies muss insbesondere im Bereich der Sozialhilfe bzw. der Modalitäten ihrer Ausrichtung gelten, die vom kantonalen Gesetz umfassend geregelt und gerade nicht im Sinne der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung den Gemeinden zur ganz oder teilweise eigenständigen Regelung überlassen sind (anders zu entscheiden wäre wohl bei einer Weisung über die Grundsatfrage des Unterstützungswohnsitzes, wo die Gemeinde als Erbringerin von Fürsorgeleistungen in ihren schutzwürdigen eigenen hoheitlichen Interessen in qualifizierter Weise betroffen wäre, vgl. BGE 136 V 346, 350). Hier geht es also vereinfacht gesagt lediglich um die richtige Auslegung des kantonalen Rechts, ohne dass öffentliche Interessen oder gar die Gemeindeautonomie betroffen oder eine mit der Betroffenheit eines Privaten vergleichbare Beschwer vorläge. Demzufolge ist mit dem Regierungsrat festzustellen, dass die Ermahnung als mildeste aufsichtsrechtliche Massnahme hier nicht ein rechtsschutzbedürftiges Interesse der Gemeinde beeinträchtigt.

e) Das Verwaltungsgericht als Beschwerde-, nicht aber Aufsichtsinstanz gegenüber dem Regierungsrat darf dessen gesetzlich verankerte Rechtsaufsicht über die Gemeinde bei der Umsetzung des Sozialhilfegesetzes wie auch die Verbandsaufsicht über die Gemeinden aber nicht selber im Sinne einer Oberaufsichtsbehörde beurteilen (vgl. H.R. Thalman, § 149 N 4.). Es hat lediglich auf Beschwerde dazu Legitimierter vom Regierungsrat getroffene Verwaltungsentscheide im Sinne von § 61 Abs. 1 Ziff. 2

bzw. Abs. 2 VRG zu überprüfen. Demzufolge kann auf die Beschwerde des Stadtrates nicht eingetreten werden.

(...)

3. a) Was den von den Beschwerdegegnern X.Y. in ihrer Vernehmlassung gemachten Antrag auf vollumfängliche Aufhebung des Stadtratsbeschlusses vom 13. August 2013 betreffend ihre Rückerstattungsverpflichtung betrifft, so ist dieser selbständige Beschwerdeantrag ganz offensichtlich verspätet eingereicht worden. Dies macht die Stadt Zug zu Recht geltend und ist von Amtes wegen zu berücksichtigen. Der Regierungsratsbeschluss vom 17. Dezember 2013 wurde am 3. Januar 2014 mit eingeschriebener Post an die Parteien versandt. Gemäss den eigenen Angaben von X.Y. wurde ihnen der Entscheid am Montag, 6. Januar 2014 (Dreikönigstag), zugestellt, womit die dreissigtägige Beschwerdefrist gemäss § 64 VRG für sie am 5. Februar 2014 abgelaufen ist. Ihr eigenständiger Beschwerdeantrag erfolgte aber erst mit der Vernehmlassung vom 25. Februar 2014. Nachdem das VRG wie auch das Bundesrecht (vgl. Art. 102 BGG) die Möglichkeit einer sog. Anschlussbeschwerde grundsätzlich nicht kennt, muss ein Betroffener, der mit der sich für ihn aus einem Entscheid ergebenden Rechtsstellung nicht einverstanden ist, selbständig innert Frist Beschwerde führen. Es reicht nicht, innert der ihm auf die Beschwerde des Beschwerdegegners hin angesetzten Vernehmlassungsfrist seinerseits Beschwerdeanträge zu stellen. Er kann dann höchstens noch die Abweisung der von der Gegenpartei bzw. der verfügenden Instanz erhobenen Beschwerde verlangen. Dies musste X.Y. in der Sache umso mehr klar sein, als sie der ihnen bereits am 31. Januar 2014 zwecks Gelegenheit zur Vernehmlassung zugestellten Beschwerde des Stadtrates klar entnehmen konnten, dass dieser einzig die Aufhebung der Ermahnung durch den Regierungsrat verlangte, gerade aber nicht des übrigen Teils des Regierungsratsentscheids, der ihre Pflicht zur vollständigen Rückerstattung der bezogenen Sozialhilfe vollumfänglich bestätigte. Nicht nachvollziehbar ist ihre vorgebrachte Überlegung, dass es wegen der aus ihrer Sicht zu Recht ergangenen Ermahnung des Stadtrates «widersinnig und kontraproduktiv» gewesen wäre, gegen diese Entscheide des Regierungsrates Beschwerde einzureichen. Vielmehr bestätigen Sie damit, bewusst gegen den Entscheid des Regierungsrates, wonach sie die bezogene Sozialhilfe zurückzuerstatten haben, keine Beschwerde erhoben zu haben. Ein Fristwiederherstellungsgrund im Sinne von § 11 Abs. 3 VRG ist weder geltend gemacht worden noch ersichtlich. Auf den von X.Y. erst in der Vernehmlassung gleichsam als Anschlussbeschwerde formulierten Antrag auf Aufhebung des Stadtratsbeschlusses und damit sinngemäss des Regierungsratsentscheides kann daher aufgrund der klaren gesetzlichen Regelung nicht eingetreten werden.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. Juni 2014, V 2014/9

Vgl. aus demselben Urteil auch die materiellen Ausführungen zur Sozialhilfe, unter Sozialhilfe und Arbeitsmarktrecht¹

2. Politische Rechte, Bürgerrecht und Polizei

2.1 Art. 4 und 5 Konkordat Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen, § 1 der kantonalen VO zum Konkordat

Regeste:

Art. 4 und 5 Konkordat Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen, § 1 der kantonalen VO zum Konkordat – Einer Person, die sich anlässlich von Sportveranstaltungen nachweislich an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beteiligt, kann der Aufenthalt in einem genau umschriebenen Gebiet im Umfeld von Sportveranstaltungen (Rayon) zu bestimmten Zeiten verboten werden. Eine zu enge Auslegung des Begriffs «Umgebung» würde dem Ziel der Gewaltprävention entgegenstehen. Die gegenseitige Anerkennung von Stadionverboten zwischen Fussball- und Eishockeyverbänden stellt keine hinreichende Begründung für die Ausweitung des Rayonverbots auf Fussballspiele dar.

Aus dem Sachverhalt:

X. wurde mit unangefochten gebliebenem Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Zug vom 4. Juli 2013 der Zuwiderhandlung gegen Art. 15 Abs. 5 i.V.m. Art. 37 Ziff. 1 des Sprengstoffgesetzes (SR 941.41) sowie der Übertretung von § 20 des Polizeistrafgesetzes (BGS 311.1) schuldig gesprochen und mit einer Geldstrafe von 15 Tagessätzen zu Fr. 120.– und einer Busse von Fr. 700.– bestraft, wobei der Vollzug der Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren aufgeschoben wurde. Der Beschwerdeführer hatte nach dem Besuch des Eishockeyspiels EVZ gegen SC Bern im Eisstadion der Bossard Arena am 31. März 2013 um ca. 01.25 Uhr am Zählerweg 3 in Zug eine Handlichtfackel gezündet und diese dann, als ihn die Polizei kontrollieren wollte, fallen gelassen und war davongerannt. Mit Schreiben vom 12. August 2013 an die EVZ Sport AG empfahl die Zuger Polizei gestützt auf Art. 10 des Schweizer Konkordats über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen vom 15. November 2007 (BGS 511.3, nachfolgend: Konkordat), ein gesamtschweizerisches Stadionverbot auszusprechen. Die Vereinsführung der EVZ Sport AG kam der Empfehlung der Zuger Polizei nach und sprach gegen diesen ab dem 22. September 2013 bis voraussichtlich 21. September 2017 – vorbehaltlich der Erfüllung aller Auflagen und der Einhaltung des Stadionverbots – ein gesamtschweizerisches Stadionverbot aus. Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs sprach die Zuger Polizei gegenüber X. mit Verfügung vom 23. September 2013 gestützt auf Art. 4 und 5 des Konkordats sowie § 1 der kantonalen Verordnung zur Ausführung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der in-

¹ Siehe Seite 110

neren Sicherheit (recte: kantonale Verordnung zum Konkordat vom 15. November 2007 über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen) vom 23. Juni 2009 (BGS 512.25) für den Zeitraum vom 4. November 2013 bis 15. September 2014 ein Rayonverbot für die Rayons Zug Bahnhof und Zug Sportanlage Herti während den Eishockeyspielen der National League A und B, der Regio League, Freundschaftsspielen mit Beteiligung der National League A und/ oder B oder der Regio League, und Länderspielen (Ziff. 2 der Verfügung), sowie während Fussballspielen der Axpo Super League und Challenge League, der 1. Liga, Cupspielen mit Beteiligung der Axpo Super League und/ oder der Challenge League oder der 1. Liga, Freundschaftsspielen mit Beteiligung der Axpo Super League und/ oder der Challenge League oder der 1. Liga sowie Länderspielen aus (Ziff. 3).

Aus den Erwägungen:

1. Die vorliegend angefochtene Verfügung der Zuger Polizei vom 23. September 2013 betrifft ein Rayonverbot im Sinne von Art. 4 des Konkordats über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen vom 15. November 2007 (BGS 511.3, nachfolgend: Konkordat). Gemäss § 2 der Verordnung zum Konkordat vom 15. November 2007 über Massnahmen gegen Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen (BGS 512.25, nachfolgend: Verordnung zum Konkordat) ist das Verwaltungsgericht zuständig für die richterliche Überprüfung der Rechtmässigkeit des Rayonverbots gemäss Art. 4 des Konkordats. Die Beschwerdefrist beträgt 10 Tage (§ 3 Abs. 1 lit. a der Verordnung zum Konkordat). Die Verfügung vom 23. September 2013 wurde dem Beschwerdeführer frühestens am 24. September 2013 zugestellt. Dieser reichte am 2. Oktober 2013 (Datum der Postaufgabe) und damit noch innerhalb der 10-Tagefrist Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein. Sodann erfüllt die Beschwerdeschrift die formellen Voraussetzungen gemäss § 44 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG, BGS 162.1). Sämtliche Prozessvoraussetzungen sind erfüllt, weshalb auf die Beschwerde einzutreten ist.

Gemäss Art. 12 des Konkordats kommt der Beschwerde grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zu, es sei denn, der Zweck der Massnahme werde nicht gefährdet und das Gericht gewähre die aufschiebende Wirkung in einem Zwischenentscheid ausdrücklich. Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer die Gewährung der aufschiebenden Wirkung nicht beantragt.

2. Einer Person, die sich anlässlich von Sportveranstaltungen nachweislich an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beteiligt, kann der Aufenthalt in einem genau umschriebenen Gebiet im Umfeld von Sportveranstaltungen (Rayon) zu bestimmten Zeiten verboten werden. Die zuständige kantonale Behörde bestimmt den Umfang der einzelnen Rayons (Art. 4 Abs. 1 des Konkordats). Das Rayonverbot kann längstens für die Dauer eines Jahres verfügt werden (Art. 4 Abs. 2 des Konkordats). Das Verbot kann von den Behörden des Kantons verfügt werden, in dem die betrof-

fene Person wohnt oder in dem sie an der Gewalttätigkeit beteiligt war. Die Behörde des Kantons, in dem die Gewalttätigkeit geschah, hat dabei Vorrang (Art. 4 Satz 1 und 2 des Konkordats). Gemäss Art. 5 Abs. 1 des Konkordats sind in der Verfügung über das Rayonverbot die Geltungsdauer und der Geltungsbereich des Verbots festzulegen. Der Verfügung ist ein Plan beizulegen, der die vom Verbot erfassten Orte und die zugehörigen Rayons genau bezeichnet. Im Kanton Zug ist gemäss § 1 Abs. 1 lit. a der Verordnung zum Konkordat die Polizei zuständig für die Anordnung des Rayonverbots, wobei sie auch den Umfang des Rayons bestimmt (§ 1 Abs. 2 1. Teilsatz der Verordnung).

3.

3.1 Zur Anordnung eines Rayonverbots bedarf es demnach einer anlässlich einer Sportveranstaltung ausgeübten Gewalttätigkeit. Gemäss Art. 2 Abs. 2 des Konkordats gilt – nebst den in Art. 2 Abs. 1 enumerierten Straftatbeständen – auch die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit durch das Mitführen oder Verwenden von Waffen, Sprengmitteln, Schiesspulver oder pyrotechnischen Gegenständen an Sportstätten, in deren Umgebung sowie auf dem An- und Rückreiseweg als gewalttätiges Verhalten im Sinne des Konkordats. Als Nachweis für gewalttätiges Verhalten gelten entsprechende Gerichtsurteile oder polizeiliche Anzeigen, glaubwürdige Aussagen oder Bildaufnahmen der Polizei, der Zollverwaltung, des Sicherheitspersonals oder der Sportverbände und -vereine – wobei solche Aussagen schriftlich festzuhalten und zu unterzeichnen sind –, Stadionverbote der Sportverbände oder -vereine, oder Meldungen einer zuständigen ausländischen Behörde (Art. 3 des Konkordats).

3.2 Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, durch das Anzünden einer Handlichtfackel am 31. März 2013 um ca. 01.25 Uhr eine in Art. 2 Abs. 2 des Konkordats explizit umschriebene Gewalttätigkeit begangen zu haben. Dies ist mit den Akten der Beschwerdegegnerin – namentlich dem Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Zug vom 4. Juli 2013 und dem durch die Vereinsführung des EVZ am 22. September 2013 ausgesprochenen, gesamtschweizerischen Stadionverbot – denn auch in rechtsgenügender Weise nachgewiesen. Der Beschwerdeführer behauptet lediglich, die Gewalttätigkeit habe nicht anlässlich einer Sportveranstaltung stattgefunden; es bestehe weder ein zeitlicher noch ein örtlicher Zusammenhang zwischen dem gewalttätigen Verhalten und dem Eishockeyspiel EVZ – SC Bern vom 30. März 2013. Dieses beschwerdeführerische Vorbringen gilt es nachfolgend zu prüfen:

4.

4.1 In der Botschaft des Bundesrates vom 17. August 2005 zur Änderung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 21. März 1997 (BWIS, SR 120) wird im Zusammenhang mit dem mittlerweile durch Art. 4 des Konkordats abgelösten Art. 24b (Rayonverbot) ausgeführt, der Bezug der Gewalttätigkeit zu einer bestimmten Sportveranstaltung werde durch die zeitliche und the-

matische Nähe zum Ereignis hergestellt. Die Fanverantwortlichen der Sportclubs und die lokalen Polizeioorganisationen würden die militanten Personen kennen und seien bei den Spielen, die als risikoreich eingeschätzt würden, vor Ort. Ihnen komme bei der Beurteilung von Ausschreitungen und der Identifizierung der Beteiligten eine Schlüsselrolle zu (BBl 2005 5626). Zur Frage des räumlichen Zusammenhangs zwischen Gewalttätigkeit und Sportveranstaltung lässt sich der Botschaft nichts entnehmen. Allerdings steckt Art. 2 Abs. 2 des Konkordats den äusseren Rahmen dafür ab, was noch zu einer Sportveranstaltung zu zählen ist: Nämlich die Sportstätte selbst, deren Umgebung sowie der An- und Rückreiseweg. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hatte im Urteil VB.2011.00465 vom 8. September 2011 zu beurteilen, ob von einem FCZ-Fan nach einem in Emmenbrücke LU ausgetragenen Fussballspiel (Spielende: 19.30 Uhr) sowie nach der Rückreise im Extrazug an den Hauptbahnhof Zürich (Ankunft: 21.11 Uhr) auf dem – gemeinsam mit ca. 80 bis 100 weiteren FCZ-Fans zurückgelegten – Weg stadtauswärts zu einer Party verübte Gewalttätigkeiten (Festnahme: 22.15 Uhr) noch in einem räumlichen Zusammenhang zur Sportveranstaltung stehen. Das Gericht verneinte dies mit der Begründung, die Sportveranstaltung habe für den Fan spätestens am Hauptbahnhof Zürich als Ziel seiner Rückreise vom Fussballspiel geendet. Die Party habe keinen Bezug zum Fussballspiel in Emmenbrücke gehabt; es sei dabei in erster Linie um den Abschluss der «Hinrunde» sowie die Versteigerung von Fan-Artikeln für die Stehplatzspendekasse gegangen (Erw. 4.2 des zit. Urteils).

4.2 Mit Bericht der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) vom 2. Februar 2012 wurde den Kantonen – in Reaktion auf die nach der EURO 2008 wieder angestiegenen Zahlen gewalttätiger Ausschreitungen anlässlich von Sportveranstaltungen – ein revidiertes Konkordat vorgelegt. Von den Änderungen betroffen ist namentlich auch Art. 2 Abs. 1 des Konkordats. Während nach dem bisherigen Konkordat lediglich die Gewalt anlässlich von Sportveranstaltungen frühzeitig erkannt und bekämpft werden sollte, gehört nach Art. 2 Abs. 1 des revidierten Konkordats auch das Verhalten im Vorfeld und im Nachgang einer Sportveranstaltung zu den Verhaltensweisen, die Massnahmen im Sinne des Konkordats nach sich ziehen können. Dazu wird im Bericht der KKJPD ausgeführt, in der bisherigen Umschreibung in Art. 2 Abs. 1 des Konkordats sei zu präzisieren, dass als gewalttätiges Verhalten auch Straftaten zählen würden, die im Vorfeld oder im Nachgang zu einer Sportveranstaltung begangen würden, sofern die Tat einen Zusammenhang mit der Anhängerschaft der betreffenden Person aufweise. Die zeitliche und thematische Nähe zur Sportveranstaltung solle auch dann noch als gegeben erachtet werden, wenn Fangruppen beispielsweise nach der Rückreise von einem Spiel Personen angreifen oder Sachbeschädigungen begehen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich sei im Urteil VB.2011.00465 vom 8. September 2011 aufgrund der heutigen Formulierung zum gegenteiligen Schluss gekommen, was insofern problematisch sei, als viele Gewalttätigkeiten nicht anlässlich der Spiele oder auf den Reisewegen, sondern nach einer frühen Anreise in den Innen-

städten der Spielorte oder nach der Rückkehr von den Spielen begangen würden (S. 17 des Berichts, abrufbar auf www.kkjpd.ch, konsultiert am 28. Januar 2014). Das Bundesgericht beurteilte die revidierte Bestimmung im Urteil 1C_176/ 2013 und 1C_684/ 2013 vom 7. Januar 2014 als Verfassungs- und EMRK-konform. Es führte aus, auch mit der neuen Formulierung von Art. 2 des Konkordats komme in Verbindung mit dem unverändert geltenden Art. 1 des Konkordats – Grundsatz der Gewaltprävention – klar zum Ausdruck, dass der Bezug zu einer Sportveranstaltung dann als gegeben erachtet werden solle, wenn eine zeitliche und thematische Nähe zur Veranstaltung bestehe und die Tat einen Zusammenhang mit der Anhängerschaft zu einer der beteiligten Mannschaften aufweise. Es stehe ausser Frage, dass ein gewisser Zeitraum von einigen Stunden vor und nach den Spielen abgedeckt werden müsse, um das Ziel der Gewaltprävention zu erreichen. Zudem dürfe der räumliche Anwendungsbereich nicht zu eng gefasst werden, da sich die der Sportveranstaltung bzw. deren Besuchern zuzurechnenden Gewalttaten oft nicht nur im Stadion oder in dessen unmittelbarer Umgebung ereignen würden, sondern in einem weiteren Umkreis wie z. B. in den Innenstädten oder auf den Reisewegen. Bei der Auslegung des ergänzten Einleitungssatzes von Art. 2 Abs. 1 des Konkordats sei aber auch zu beachten, dass Art. 2 Abs. 2 des Konkordats, der nicht geändert worden sei, den Anwendungsbereich bei bestimmten Arten der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit nach wie vor auf die Sportstätten, deren Umgebung sowie den An- und Rückreiseweg beschränke. Diese Beschränkung müsse auch bei der Anwendung von Art. 2 Abs. 1 des geänderten Konkordats in örtlicher und zeitlicher Hinsicht berücksichtigt werden. Im Rahmen der Anwendung des Konkordats werde darauf zu achten sein, dass nur solches gewalttätiges Verhalten zu Massnahmen führe, das einen konkreten Zusammenhang mit der Sportveranstaltung und der Anhängerschaft bei einer der Mannschaften aufweise. Der Hinweis der Parteien auf das erwähnte Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts zeige auf, dass ein Bedürfnis für eine gewisse Ausweitung des zeitlichen und räumlichen Anwendungsbereichs bestehen könne. Die zuständigen Behörden und Gerichte seien bei der Anwendung des Konkordats in der Lage, die von den Beschwerdeführern befürchtete unerwünschte Ausdehnung auf Handlungen, die nicht mehr der Sportveranstaltung und den daran interessierten Anhängern zugeordnet werden könnten, zu vermeiden (Erw. 7.2 des zit. Urteils).

4.3 Die Zuger Stimmberechtigten stimmten dem Beitritt zum geänderten Konkordat in der Referendumsabstimmung vom 22. September 2013 mit einem Ja-Anteil von knapp 81% zu. Das geänderte Konkordat ist im Kanton Zug derzeit noch nicht in Kraft. Allerdings erfährt der vorliegend im Zentrum stehende Art. 2 Abs. 2 des Konkordats, welcher den Anwendungsbereich für die Verwendung von pyrotechnischen Gegenständen explizit auf Sportstätten, deren Umgebung sowie den An- und Rückreiseweg beschränkt, in der revidierten Fassung auch keine Änderung. Immerhin darf den Ausführungen der KKJPD und des Bundesgerichts bei der Auslegung der Bestimmung insoweit Rechnung getragen werden, als es bei diesen in erster

Linie um Präzisierungen des geltenden Konkordats geht. Es stechen vor allem die Hervorhebung des Ziels der Gewaltprävention (Art. 1 des Konkordats) sowie der Hinweis, dass eine zu enge Fassung des räumlichen Anwendungsbereichs der Erreichung dieses Ziels entgegenstehe, ins Auge. Sodann betont das Bundesgericht die Wichtigkeit der zuständigen lokalen Behörden und Gerichte bei der Beurteilung der Zuordnung von gewalttätigen Ausschreitungen zu einer Sportveranstaltung. Inwieweit der räumliche Anwendungsbereich des Konkordats mit der Revision indes beispielsweise auf Innenstädte der Spielorte ausgedehnt werden wird, ist angesichts der unveränderten Formulierung von Art. 2 Abs. 2 des Konkordats fraglich.

5.

5.1 Im vorliegenden Fall lässt sich den Akten zum Zusammenhang des Verhaltens des Beschwerdeführers zum Eishockeyspiel EVZ–SC Bern vom 30. März 2013 vorab aus zeitlicher Sicht entnehmen, dass die Gewalttätigkeit am 31. März 2013 um ca. 01.25 Uhr am Zählerweg 3 in Zug stattgefunden hat. Das Eishockeyspiel EVZ–SC Bern begann um 20.15 Uhr und endete nach glaubwürdiger Angabe der Beschwerdegegnerin um ca. 22.30 Uhr mit einer Niederlage des EVZ. Demnach liegen zwischen dem Matchende und dem Ereignis ca. 3 Stunden; ein zeitlicher Zusammenhang kann somit ohne Weiteres bejaht werden, zumal auch für das Bundesgericht nach dem Dargelegten ausser Frage steht, dass ein gewisser Zeitraum von einigen Stunden vor und nach den Spielen abgedeckt werden müsse, um das (in Art. 1 des Konkordats formulierte) Ziel der Gewaltprävention zu erreichen. Artikel 2 Abs. 2 des Konkordats erfasst im Übrigen auch die An- und Heimreise; auch aus diesem Grund steht fest, dass jedenfalls in den unter diesen Absatz fallenden Fällen – und nach Inkrafttreten der Änderungen explizit auch bei den unter Abs. 1 genannten Gewalttätigkeiten – der zeitliche Rahmen nicht eng zu fassen ist. Der zeitliche Zusammenhang zwischen dem Vorfall und dem Eishockeyspiel vom 30. März 2013 ist gegeben.

5.2 Der Vorfall ereignete sich am Zählerweg 3 in Zug, welcher sich im Rayon «Bahnhof Zug», in unmittelbarer Nähe zum Rayon «Sportanlagen Herti», in ca. 500m Entfernung (Fussweg) von der Bossard Arena, Richtung Bahnhof Zug, befindet. Bei einer Distanz von 500m ist der räumliche Bezug zur Sportveranstaltung in der Bossard Arena gegeben, zumal sich die Fangruppen nach den Eishockeyspielen erfahrungsgemäss Richtung Bahnhof bewegen. Eine zu enge Auslegung des Begriffs «Umgebung» – Artikel 2 Abs. 2 des Konkordats spricht nicht etwa von «unmittelbarer Umgebung» – würde dem Ziel der Gewaltprävention entgegenstehen. Nachdem sich der Vorfall in der Umgebung des Stadions ereignete und der räumliche Bezug schon aus diesem Grund gegeben ist, kann dahingestellt bleiben, ob sich der Beschwerdeführer im Zeitpunkt des Vorfalls (auch) auf dem Rückreiseweg von der Sportveranstaltung befand.

5.3 Im Weiteren geht aus dem Polizeirapport vom 18. April 2013 hervor, dass die Stim-

mung rund um das Stadium nach der Niederlage des EVZ aufgeheizt war, mehrere Fanggruppierungen in Richtung Bahnhof Zug marschierten und es dort bis in die frühen Morgenstunden zu Tötlichkeiten und Sachbeschädigungen gekommen ist. Die Polizisten A und B kontrollierten in diesem Zusammenhang den Fanabmarsch und die Gegend rund um die Bossard Arena und den Bahnhof Zug, und konnten den Beschwerdeführer in einer grösseren Gruppe von EVZ-Fans beim Entzünden einer Handlichtfackel und beim Schwenken der Fackel über dem Kopf beobachten. Aufgrund dieser Schilderungen im Polizeirapport kann nicht ernsthaft in Frage gestellt werden, dass der Vorfall in einem thematischen Zusammenhang zum Eishockeyspiel vom 30. März 2013 bzw. zu den anschliessenden, stundenlang anhaltenden Gewalttätigkeiten sowie zur Anhängerschaft des Beschwerdeführers beim EVZ stand.

5.4 Zusammenfassend steht die Verwendung der Handlichtfackel in einem zeitlichen, räumlichen und thematischen Zusammenhang zum Eishockeyspiel EVZ-SC Bern vom 30. März 2013. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers sind die grundsätzlichen Voraussetzungen des Rayonverbots im vorliegenden Fall gegeben. Die Modalitäten des Verbots – die Geltungsdauer (1 Jahr), der örtliche Geltungsbereich (Rayons «Sportanlagen Herti» und «Bahnhof Zug») und die in Ziff. 2 und 3 der angefochtenen Verfügung bezeichneten, vom Rayonverbot erfassten Spiele – werden vom Beschwerdeführer nicht explizit beanstandet. Diesbezüglich stellt sich dem Gericht die Frage, ob der Miteinbezug von Fussballspielen (Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung) zur Vorbeugung gewalttätigen Verhaltens geeignet und notwendig ist. Die Ausweitung auf Fussballspiele wurde von der Beschwerdegegnerin in der angefochtenen Verfügung nicht weiter begründet. Aus den Akten ergeben sich zudem keinerlei Hinweise dafür, dass der Beschwerdeführer einer Fussball-Fanggruppierung angehört, geschweige denn dafür, dass er sich in der Vergangenheit anlässlich von Fussballspielen auffällig verhalten hat. Dies wurde von der Beschwerdegegnerin in ihrer Stellungnahme vom 13. März 2014 denn auch nicht behauptet. Vielmehr begründet die Beschwerdegegnerin den Miteinbezug von Fussballspielen mit der örtlichen Nähe der Austragungsorte von Eishockey- und Fussballspielen bzw. damit, dass sowohl Eishockey- als auch Fussballspiele im Rayon «Sportanlagen Herti» ausgetragen würden und deshalb bei Nicht-Miteinbezug von Fussballspielen die Gefahr bestehen würde, dass sich Gewalttätigkeiten (vorübergehend) auf Fussballspiele verlagern könnten. Diese Begründung ist indes nicht nachvollziehbar, ist es dem Beschwerdeführer doch bereits mit einem Rayonverbot bei Eishockeyspielen verwehrt, den Rayon «Sportanlagen Herti» zu betreten und allfällige gleichzeitig stattfindende Fussballspiele zu besuchen. Auch die gegenseitige Anerkennung von Stadionverboten zwischen Fussball- und Eishockeyverbänden stellt im vorliegenden Fall keine hinreichende Begründung für die Ausweitung des Rayonverbots auf Fussballspiele dar. Anders als ein privatrechtlich ausgesprochenes Stadionverbot stellt ein amtlich verfügtes Rayonverbot im vorliegenden zeitlichen und räumlichen Ausmass ein nicht unerheblicher Eingriff in die verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundrechte auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und Versammlungsfrei-

heit (Art. 22 BV) dar. Aus diesem Grund erweist sich der Miteinbezug von Fussballspielen (Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung) im vorliegenden Fall, in dem keine Hinweise darauf bestehen, dass der Beschwerdeführer überhaupt einer Fussball-Fanggruppierung angehört oder anlässlich von Fussballspielen gewalttätig werden könnte, als unverhältnismässig. Das diesbezügliche Rayonverbot ist weder geeignet noch notwendig, um Gewalt anlässlich von Fussballspielen zu verhindern. Sollte sich in Zukunft zeigen, dass der Beschwerdeführer auch bei Fussballspielen Gewaltpotential aufweist, wird die Beschwerdegegnerin den Erlass eines diesbezüglichen Rayonverbots zu prüfen haben.

5.5 Was die Polizeirapporte vom 23. Dezember 2013 und 8. Januar 2014 wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen betrifft, ist anzufügen, dass diese allfällige strafrechtliche Konsequenzen der Missachtung des Rayonverbots betreffen. Ob – wie vom Beschwerdeführer behauptet – eine Abmachung zwischen dem Präsidenten des EVZ und dem Vorsteher der Sicherheitsdirektion getroffen worden ist, wird allenfalls im Strafverfahren zu prüfen sein. Im vorliegenden Verwaltungsgerichtsverfahren ist lediglich die Rechtmässigkeit der Anordnung des Rayonverbots zu überprüfen. Fest steht jedenfalls, dass dem Vorsteher der Sicherheitsdirektion nicht die Kompetenz zukommt, das von der Beschwerdegegnerin rechtmässig verfügte Rayonverbot in Eigenregie mittels mündlicher Abmachung mit dem Präsidenten des EVZ wieder aufzuheben.

6. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde in dem Sinne als teilweise begründet, als dass Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung vom 23. September 2013 aufzuheben ist. Im Übrigen ist die Beschwerde unbegründet und abzuweisen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 31. März 2014, V 2013 / 141

2.2 Art. 37 Abs. 2 und Art. 39 BV; § 5 Abs. 1 und § 73 KV; Art. 160 Abs. 1 und Art. 161 ZGB; § 33 und § 37 GG

Regeste:

Art. 37 Abs. 2 und Art. 39 BV; § 5 Abs. 1 und § 73 KV; Art. 160 Abs. 1 und Art. 161 ZGB; § 33 und § 37 GG – Statuten der Korporation Oberägeri. – Die Regelung, die den Einkauf des Ehegatten einer Korporationsbürgerin, der keinen Familiennamen der Korporationsgeschlechter trägt, ausschliesst, stellt einen Verstoss gegen das Gleichheitsgebot von Art. 8 BV dar. Die Korporation ist als öffentlich-rechtliche Körperschaft an die Grundrechte gebunden.

Aus dem Sachverhalt:

V.X. ist der Ehemann von W.X., geb. Y., die das Korporationsbürgerrecht der Korporation Oberägeri besitzt. Er erwarb im Frühjahr 2011 das Bürgerrecht der Gemeinde

Oberägeri und beantragte die Einbürgerung als Korporationsbürger von Oberägeri. Die Korporation wies das Gesuch mit der Begründung ab, dass der Gesuchsteller kein Korporationsgeschlecht im Namen trage, weshalb ein Einkauf in das Korporationsrecht nicht möglich sei. Der Regierungsrat des Kantons Zug hiess die von V.X. erhobene Verwaltungsbeschwerde mit Beschluss vom 5. März 2013 gut und erkannte, dass V.X. das Korporationsrecht rückwirkend auf den 30. Juni 2011 zustehe, sobald er die vom Korporationsrat festgelegte Einkaufsgebühr bezahlt habe. Die Korporation wurde angewiesen, ihre Statuten im Sinne der Erwägungen verfassungskonform und unter Berücksichtigung des neuen Namens- und Bürgerrechts zu revidieren und der Direktion des Innern zur Genehmigung einzureichen. Weiter wurde die Korporation angewiesen, ihre Praxis betreffend die Aufnahme neuer Gesuchsteller und Gesuchstellerinnen bereits vor dem Erlass revidierter Statuten derart anzupassen, dass im Innenverhältnis der Korporation die Korporationsbürgerinnen und -bürger gleich behandelt würden. Gegen diesen Entscheid liess die Korporation Oberägeri am 5. April 2013 Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. a) Gemäss den Statuten der Korporation Oberägeri vom 15. April 1988 bzw. 26. April 1996 ist die Korporation eine Genossenschaft, welche durch die Teilhaber und Teilhaberinnen am Korporationsgut gebildet wird (§ 1, Rechtsform). Gemäss § 2, Genossenrecht, sind Korporationsgenossen Bürgerinnen und Bürger der Gemeinde Oberägeri, die infolge Geburt, Abstammung oder Adoption den Familiennamen eines der nachgeführten 15 Korporationsgeschlechter tragen: Besmer, Blattmann, Häusler, Heinrich, Henggeler, Hotz, Iten, Lander, Letter, Meier, Merz, Müller, Nussbaumer, Rogenmoser, Schönmann. Gemäss § 2, Namensänderung infolge Heirat oder Namenswahl, behalten Personen, die durch Geburt, Abstammung, Adoption oder das Zugrecht von Unterägeri Korporationsgenossen sind, das Genossenrecht, auch wenn sie durch Heirat oder Namenswahl (Art 30 und 160, Abs. 2, ZGB) nicht mehr einem Korporationsgeschlecht angehören. Gemäss § 3, Einkauf, gilt, dass wer nach der Heirat mit einem Korporationsbürger oder einer -bürgerin den Familiennamen eines Oberägerer Korporationsgeschlechtes in seinem Namen trägt und das Bürgerrecht von Oberägeri besitzt, das Genossenrecht durch Einkauf gegen eine Gebühr, die vom Korporationsrat festgelegt wird, erwerben kann. Personen, die den Namen eines Korporationsgeschlechtes mit der Heirat erlangen und sich in das Genossenrecht eingekauft haben, behalten das Genossenrecht, auch wenn sie durch Namenswahl bei der Scheidung (Art. 149, Abs. 2, ZGB) nicht mehr einem Korporationsgeschlecht angehören, bis zu einer Wiederverheiratung mit einer nicht der Korporation Oberägeri angehörenden Person. Gemäss § 3, Vererbung, ist eine Vererbung des Genossenrechtes durch Personen, die nicht durch Geburt, Abstammung, Adoption oder das Zugrecht von Unterägeri Korporationsbürger geworden sind, oder

durch Personen, die durch einen Rechtsakt einen anderen Namen als den eines Korporationsgeschlechtes erlangt haben, ausgeschlossen. In § 5, Hinfall des Genossenrechtes, wird festgelegt, dass mit dem Verlust des Bürgerrechtes der Gemeinde Oberägeri, mit der Ausübung des Zugrechtes in die Korporation Unterägeri oder mit der Annahme eines Familiennamens, welcher nicht zu den 15 Korporationsgeschlechtern bzw. den zugsberechtigten Geschlechtern zählt, das Genossenrecht hinfällig wird, unter Vorbehalt §§ 2 und 3 dieser Statuten.

b) Der Gesuchsteller ist mit der Korporationsbürgerin W.X-Y. verheiratet, die nach der Heirat den Namen des Gesuchstellers annahm. Da der Name X. kein Korporationsgeschlecht ist, kann der Gesuchsteller trotz dem Bürgerrecht von Oberägeri und der Heirat mit einer Korporationsbürgerin nach dem Wortlaut der Statuten (§ 3, Einkauf) der Korporation Oberägeri nicht Korporationsbürger werden. Im Streit liegt die Frage, ob die Statutenbestimmungen der Korporation in Berücksichtigung von Art. 37 BV (Bürgerrechte) mit dem Gleichbehandlungsgebot nach Art. 8 BV und § 5 der Verfassung des Kantons Zug vom 31. Januar 1894 (KV; BGS 111.1) vereinbar sind. Demzufolge ist vorweg die sich aus der Anwendung der Statutenbestimmungen ergebende Rechtslage in ihren wesentlichen Zügen darzustellen.

c) (...)

d) Mit dem Inkrafttreten der neuen Art. 160 Abs. 1 und Art. 161 ZGB auf den 1. Januar 2013 wirkt sich die Eheschliessung nicht mehr auf den Namen und das Bürgerrecht der Eheschliessenden aus. Jeder Ehegatte behält seinen Namen und sein Bürgerrecht (Art. 160 Abs. 1 und Art. 161 ZGB). Die Brautleute können anlässlich der Eheschliessung erklären, dass sie den Ledignamen der Braut oder des Bräutigams als gemeinsamen Familiennamen tragen wollen (Art. 160 Abs. 2 ZGB). Artikel 30 Abs. 1 ZGB sieht vor, dass die Regierung des Wohnsitzkantons einer Person die Änderung des Namens bewilligen kann, wenn achtenswerte Gründe vorliegen. Behalten die Brautleute ihren Namen, so bestimmen sie, welchen ihrer Ledignamen ihre Kinder tragen sollen (Art. 160 Abs. 3 ZGB). Tragen die Eltern einen gemeinsamen Familiennamen, so erhält das Kind diesen Namen (Art. 270 Abs. 3 ZGB). Nach Art. 270a Abs. 1 ZGB erhält das Kind, wenn die Eltern nicht miteinander verheiratet sind, den Ledignamen der Mutter. Gemäss Art. 271 Abs. 1 ZGB erhält das Kind das Kantons- und Gemeindebürgerrecht des Elternteils, dessen Namen es trägt.

Demzufolge stellt sich die Streitfrage nach neuem Recht nun vor allem solcherart, ob einem Teil der Korporationsbürgerinnen und -bürger zugemutet werden darf, ihren Familiennamen nach den Vorgaben der Statuten wählen zu müssen, damit die allenfalls erwünschte Weitergabe des Korporationsbürgerrechtes an den Ehegatten des Korporationsbürgers sowie an die gemeinsamen Kinder ermöglicht wird. Ein unverheirateter Korporationsbürger kann das Genossenrecht nicht weitergeben.

4. (...)

b) An das Bürgerrecht des Kantons und der Gemeinde werden selten spezifische Rechtsfolgen geknüpft und Art. 37 Abs. 2 und Art. 39 BV setzen solchen Regelungen enge Schranken (vgl. Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, N 1312). Gemäss Art. 37 Abs. 2 BV darf niemand wegen seiner Bürgerrechte bevorzugt oder benachteiligt werden. Dies heisst, dass die Kantone und Gemeinden in ihrem Gebiet niedergelassene Bürger aus andern Kantonen und Gemeinden nicht aufgrund ihres Bürgerrechts anders behandeln dürfen als die eigenen; eine Ungleichbehandlung gestützt auf den Wohnsitz oder andere mit Art. 8 BV vereinbare Kriterien ist hingegen zulässig (vgl. Botschaft zur BV, BBl 1997 I 222 f.; Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl. 2005, S. 229 f. Rz. 797 ff.). Gemäss dem Verfassungstext ausgenommen sind zudem Vorschriften über die politischen Rechte in den Bürgergemeinden und Korporationen sowie über die Beteiligung an deren Vermögen, es sei denn, die kantonale Gesetzgebung sehe etwas anderes vor. Auf Antrag der Kantone wurde diese bereits in der Bundesverfassung von 1874 bestehende Ausnahmeregelung anlässlich der Revision der Bundesverfassung beibehalten, um die Vorrechte der genannten Körperschaften zu wahren. Sie dürfen damit ihre eigenen Mitglieder in den genannten Bereichen gegenüber Dritten bevorzugen (Botschaft, a.a.O.). Innerhalb der Korporation gilt demgegenüber das Gleichbehandlungsgebot im Rahmen von Art. 8 BV (vgl. BGE 132 I 68 S. 71 f., 79).

c) Zunächst ergibt sich aus den dargelegten Konsequenzen der Rechtsanwendung im Einzelfall offensichtlich, dass die in den Korporationsstatuten statuierten Regelungen über den Erwerb des Genossenrechts zu Ungleichbehandlungen innerhalb der Korporation bzw. im Verhältnis der Korporationsbürgerinnen und -bürger untereinander führen. Diesbezüglich führen sie nicht nur zu einer Ungleichbehandlung zwischen den Geschlechtern, sondern auch zu einer Ungleichbehandlung je unter den weiblichen Mitgliedern und einer solchen unter den männlichen Mitgliedern, wobei insbesondere auch die jeweiligen Nachkommen im Verhältnis untereinander davon betroffen sind. Die vom Gesuchsteller gerügte Ungleichheit ist entgegen der von der Korporation auch vor Gericht wieder vertretenen, rein formalistischen Betrachtungsweise im Kern offensichtlich gerade keine solche in dem von Art. 37 Abs. 2 BV vorbehaltenen Verhältnis zwischen Korporationsbürgern und -bürgerinnen einerseits und Nichtkorporationsbürgern und -bürgerinnen andererseits. Von einer «Vermengung» von Innen- und Aussenverhältnis durch Gesuchsteller und Vornstanz kann dabei keine Rede sein. Vielmehr handelt es sich um eine Ungleichbehandlung hinsichtlich der den Korporationsbürgern und -bürgerinnen im Verhältnis untereinander und damit intern zuerkannten oder ihnen eben nicht zugestandenem Weitergabe ihres Korporationsbürgerrechts. Um ihre Rechtsstellung geht es bei der Beurteilung der hier umstrittenen Fragestellung, während Aussenstehende, die weder Bürger der Gemeinde Oberägeri sind noch einen der 15 Korporationsgeschlechternamen

tragen und keinen familiären Bezug zu einem Korporationsbürger oder einer Korporationsbürgerin aufweisen, gestützt auf § 2 der Statuten offensichtlich keinen Anspruch auf das Korporationsbürgerrecht erheben können und dies hier gar nicht im Streite liegt. Die in Frage stehende Ungleichbehandlung wird daher durch Art. 37 Abs. 2 BV nicht abgedeckt und diese Verfassungsbestimmung ist insoweit nicht einschlägig (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_208/2012 vom 27. September 2012, E. 3.4.1.; BGE 132 I 68 E. 3, S. 71 ff.). Der Beschwerdeführerin kann demnach insoweit nicht gefolgt werden, als sie die Ansicht vertritt, ihre verfassungsmässig garantierte Autonomie (Art. 37 Abs. 2 zweiter Satz BV; § 73 KV) verbiete eine Überprüfung ihrer Zugehörigkeitskriterien anhand des Gleichheitsgebotes von Art. 8 BV, worauf deshalb im Folgenden einzugehen ist. Die entsprechenden Ausführungen der Korporation und ihre darauf gestützten Schlussfolgerungen können darum nicht gehört werden.

5. a) Die Korporationsgemeinden des Kantons Zug stellen öffentlich-rechtliche Körperschaften (§ 73 KV) und eine Art verselbständigtetes Gemeindevermögen dar. Die Verwaltung eines Vermögens kann, wenn dieses öffentlichen Interessen zu dienen hat, zu den öffentlichen Aufgaben gerechnet werden. Auch vom Zweck her lässt sich die Zuordnung zum öffentlichen Recht ohne weiteres rechtfertigen. Somit leiten die Korporationsgemeinden, die gemäss Kantonsverfassung eine der vier Gemeindearten darstellen (§ 73 KV) und im Gemeindegesetz vom 4. September 1980 (BGS 171.1) näher ausgestaltet sind, ihren Bestand aus dem öffentlichen Recht ab und sind sie durch das kantonale Recht öffentlich-rechtlich ausgestaltet. Als öffentlich-rechtliche Körperschaften haben sie an der staatlichen Hoheitssphäre teil und sind sie an die Grundrechte der Verfassung gebunden (vgl. zur Korporationsgemeinde Zug BGE 117 Ia 107 S. 112 f.). (...)

b) Gemäss Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101, BV) und § 5 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Zug vom 31. Januar 1894 (BGS 111.1, KV) sind alle Menschen bzw. alle Bürgerinnen und Bürger vor dem Gesetze gleich. Gemäss diesem selbständigen verfassungsmässigen Recht ist in allgemeiner Weise Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Jede Ungleichbehandlung ist durch sachliche Gründe zu rechtfertigen. Dies ist der Fall, soweit die massgebenden tatsächlichen Verhältnisse, die einer Regelung oder einem Entscheid zugrunde liegen, auch aus verfassungsrechtlicher Sicht verschieden sind. Die hierfür notwendige Wertung richtet sich nach der herrschenden Rechtsauffassung bzw. der herrschenden Wertanschauung. Gemäss Art. 8 Abs. 2 BV darf niemand diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung. Auf diese Weise soll Angehörigen bestimmter gesellschaftlicher Gruppen ein spezifisch-

er Schutz gewährt werden (vgl. BGE 126 II 377 E. 6a S. 392 mit Hinweisen). Wie allgemein anerkannt ist, kann mitunter die Diskriminierung Folge einer gesetzlichen Regelung sein, die keine offensichtliche Benachteiligung von besonders geschützten Gruppen enthält, hingegen in der praktischen Anwendung zu einer unzulässigen Schlechterstellung führt. So kann gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung beispielsweise eine besoldungsmässige Diskriminierung vorliegen, weil eine formal geschlechtsneutrale Regelung überwiegend Angehörige des einen Geschlechts trifft und Lohnunterschiede entstehen, die nicht sachbezogen in der Arbeit begründet sind. Es kann also die geschlechtsspezifische Identifizierung einer beruflichen Tätigkeit zur Tatbestandsvoraussetzung einer Geschlechtsdiskriminierung werden. Sie grenzt den Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV vom allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV ab (BGE 132 I 68, 74, mit Hinweisen).

c) Die Statuten der Korporation Oberägeri wirken sich, obgleich formal geschlechtsneutral ausgestaltet, durch ihre Anknüpfung an die bundesrechtlich geregelten Voraussetzungen zur Erlangung des Familiennamens und des Bürgerrechts – wie oben in einzelnen Ausprägungen dargelegt – in verschiedener Hinsicht diskriminierend aus. Dies ist zunächst überwiegend zu Lasten der weiblichen Korporationsbürgerinnen der Fall, da sie in der Regel, d.h. wenn sie verheiratet sind und nicht nach altem Recht gestützt auf die Anerkennung «achtenswerter Gründe» im Sinne von aArt. 30 Abs. 2 ZGB ihren Namen behalten bzw. diesen nun gestützt auf Art. 160 Abs. 2 ZGB zum Familiennamen gemacht haben, die Mitgliedschaft in der Korporation nicht an ihren Gatten (vermittels Einkaufs) und ebensowenig mittels Geburt an ihre Nachkommen weitergeben können. Wie oben festgestellt, ergibt sich weitergehend aber auch eine Ungleichbehandlung unter den nicht verheirateten weiblichen und männlichen Mitgliedern der Korporation und sogar je unter den weiblichen und den männlichen Korporationsgenossen. Und nicht zuletzt werden ganz offensichtlich die ehelichen gegenüber den nichtehelichen Nachkommen der Korporationsbürgerinnen sowie die nichtehelichen Nachkommen von Genossinnen und Genossen untereinander diskriminiert.

d) Wie das Bundesgericht im bereits erwähnten Zuger Entscheid BGE 117 Ia 107 S. 114 f. ebenfalls festgestellt hat, ist es unter dem Gesichtswinkel der Rechtsgleichheit grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass eine zugerische Korporation die Aufnahme in das Genossenrecht auf die Nachkommen und die Ehegatten von Korporationsmitgliedern beschränken will. Vom Zweck der Korporation her, nämlich das Stammgut zu verwalten und aus dessen Ertrag das Nutzentreffnis an die Berechtigten auszurichten, stellt die Mitgliedschaft weitgehend ein Vermögensrecht dar. Für die Nachfolge in ein vermögensrechtliches Verhältnis kann ohne weiteres auf die verwandtschaftliche Beziehung bzw. die Ehe abgestellt werden, dies in Analogie zum schweizerischen Erbrecht.

Was die Tauglichkeit der Namensführung als sachgemässes Kriterium für die Korpo-

rationszugehörigkeit betrifft, so hat bzw. hatte in der Vergangenheit zwar die Ungleichbehandlung der Ehegatten bezüglich der Namensführung im Zusammenhang mit der Heirat ihre Rechtfertigung im öffentlichen Interesse an einem (teilweise) einheitlichen Namen in der Familie und dessen Ordnungsfunktion. Es ist aber schon lange und nicht erst seit der Anpassung des schweizerischen Namensrechtes fragwürdig, welche Bedeutung dieses Interesse im Zusammenhang mit der Korporationszugehörigkeit haben soll. Wurde auch noch beim Erlass des neuen Eherechts von 1998 nämlich auf eine formal geschlechtsneutrale und damit formal rechtsgleiche Regelung der Namensführung zugunsten der Namenskontinuität verzichtet, so hat das Bundesgericht schon im Entscheid von 1991 die Frage aufgeworfen, welche Bedeutung dieses Interesse im Zusammenhang mit der Korporationszugehörigkeit haben sollte (BGE 117 Ia 107 S. 115). Mit den höchstrichterlichen Ausführungen in jenem Urteil und in BGE 132 I 68 ist heute festzustellen, dass trotz grossem Verständnis und auch Achtung für die Geschichte und die traditionsbewusste Haltung der Beschwerdeführerin keine öffentlichen Interessen ersichtlich sind, die nach den heutigen grundrechtlichen Massstäben einen derart schweren Eingriff in die Persönlichkeit der davon vor allem betroffenen weiblichen Mitglieder der Korporation rechtfertigen könnten. Ein nicht weniger schwerer Eingriff ergibt sich aber auch, wenn es darum geht, von den Ehegatten der Korporationsbürgerinnen, so im Falle des Gesuchstellers, eine Namensänderung zu verlangen, damit er und – ganz besonders – die gemeinsamen Kinder das Korporationsbürgerrecht erwerben bzw. weitertragen können.

Entscheidend ist, dass von der umstrittenen Regelung her zwar ein inhaltlicher Konnex zwischen der vom Zivilstand des Korporationsbürgers bzw. der Korporationsbürgerin abhängenden Regelung von Namens- und Bürgerrecht und der (teilweisen) Ungleichbehandlung gegeben ist, das Bundesrecht die Voraussetzungen der Mitgliedschaft in der Korporation aber nicht umschreibt. Damit besteht mit den Worten des Bundesgerichts für die Beschwerdeführerin keine – von den Gerichten zu respektierende – Notwendigkeit, auf die früheren und die heutigen, sich teilweise noch immer geschlechtsdiskriminierend auswirkenden Regelungen des bundesrechtlichen Namensrechts zurückzugreifen. Wie erwähnt ist damit der Anrufung von Art. 190 BV der Boden entzogen (BGE 132 I 68 S. 80).

e) Während das Bundesgericht im Fall der Zuger Korporation im Jahr 1991 noch erwo, dass auch gegen die Verknüpfung mit dem Bürgerrecht der Ortsgemeinde aufgrund der engen Verbindung unter den beiden Gemeinden nichts einzuwenden sei, obgleich das Bürgerrecht für die Weitergabe von Vermögensrechten in aller Regel ohne Bedeutung sei (BGE 117 Ia 107 S. 114 f.), so hielt es im Entscheid betreffend die Genossame Lachen im Jahr 2006 fest, dass es im früheren Entscheid das diskriminierende Element, dass verheiratete Frauen das Bürgerrecht nicht an ihre Nachkommen weitergeben können, nicht erörtert habe. Tatsächlich führe aber auch die bundesrechtlich nicht zwingende Verknüpfung der Abstammung mit dem Bürger-

recht im Falle der Korporationsbürgerinnen zu deren Diskriminierung und sei damit verfassungsrechtlich nicht haltbar (BGE 132 I 68, S. 81).

6. Ist somit nach heutiger Wertanschauung zu beurteilen, ob der Zivilstand und die Namenswahl von Vater oder Mutter bzw. die in einer Ehe oder nicht in einer Ehe erfolgende Geburt der Nachkommen sowie das Bürgerrecht der Ortsgemeinde taugliche Kriterien für eine Ungleichbehandlung darstellen, so müssen diese Fragen verneint werden. Zu der klarerweise diskriminierenden Verknüpfung mit dem Namens- und Bürgerrecht ist wie schon angesprochen zu erwägen, dass das Korporationsbürgerrecht qualitativ von demjenigen in der Bürgergemeinde zu unterscheiden ist (Frigo, S. 33) und insbesondere nicht Vorstufe zum Gemeindegemeindebürgerrecht in der Bürgergemeinde ist, und dass nicht einmal in jeder zugerischen Korporationsgemeinde jeder Korporationsbürger das Bürgerrecht der Gemeinde besitzen muss, in deren Territorium sie sich befindet (z. B. kann in der Korporation Blickensdorf jeder Schweizerbürger auch ohne Baarer Bürgerrecht Korporationsbürger werden, vgl. Frigo, S. 31). Jedenfalls muss die Schlussfolgerung gezogen werden, dass die Abstammung letztlich das einzig massgebliche Kriterium darstellen kann, wobei dieses durch die moderne Führung des Zivilstandsregisters leicht, insbesondere unabhängig vom Bürgerrecht und vom Familiennamen festgestellt werden kann. Tatsächlich entfällt das Korporationsbürgerrecht schon bisher nicht beim Verlust des Namens durch Heirat (§ 2 Abs. 2 der Korporationsstatuten). Abgesehen davon, dass gar keine Verpflichtung zur Einräumung einer Einkaufsmöglichkeit in die Korporation anzunehmen ist, können sich die Korporationen nach Überzeugung des Gerichts zum Beispiel immerhin vorbehalten, dass der Einkauf in das Korporationsbürgerrecht – der Gesuchsteller würde diese Voraussetzung erfüllen – zumindest beim Stellen des Gesuchs oder überhaupt für die ganze Dauer der Mitgliedschaft den Wohnsitz in der Ortsgemeinde voraussetzt, während die Vererbung des Korporationsbürgerrechts bzw. der Erwerb durch Abstammung im Unterschied dazu unabhängig davon zu erfolgen hat. Damit würde wohl schon eine wirkungsvolle Einschränkung der von der Beschwerdeführerin befürchteten zu grossen Ausweitung des Kreises der Korporationsbürger erreicht. Wie das Bundesgericht weiter erwogen hat, wäre auch ein Abweisungsgrund rechtens, wonach niemand in mehreren Korporationen (wohl des gleichen Kantons) Mitglied sein dürfte. Mittels der Verwendung sachgerechter Kriterien kann also auch weiterhin gewährleistet werden, dass die Beschwerdeführerin als gesunde, eigenständige gemeindliche Institution ihre wirtschaftlich und gesellschaftlich wertvollen Zwecke verfolgen kann. Zumindest ist ihr Weiterbestand, wie das Bundesgericht erklärte, durch eine verfassungskonforme Ausgestaltung der Statuten nicht in Frage gestellt (BGE 132 I 68, S. 80).

Das Verwaltungsgericht hat Verständnis für das Bestreben der Beschwerdeführerin wie überhaupt aller zugerischen Korporationen, möglichst viel von ihrer historischen Substanz und Tradition zu erhalten, ohne dass daraus aber Diskriminierungen entstehen bzw. bestehen bleiben dürfen. Dass damit eine gewisse, mehr oder weniger

starke Öffnung der Korporationen einhergeht, muss angesichts der Errungenschaft des heutigen Rechtsstaates und der betroffenen Rechtsgüter hingenommen werden.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. März 2014, V 2013/53

Siehe auch das Präjudiz zum formell-rechtlichen Gehalt dieses Falles unter Verfahrensrecht¹.

2.3 §§ 39 Abs. 1a und 67 Abs. 2 WAG; Verordnung zum Wahl- und Abstimmungsgesetz vom 29. April 2008 (WAV)

Regeste:

§§ 39 Abs. 1a und 67 Abs. 2 WAG; Verordnung zum Wahl- und Abstimmungsgesetz vom 29. April 2008 (WAV) – Wer Mängel bei den Wahl- oder Abstimmungsunterlagen rügen will, die er schon vor dem Wahl- oder Abstimmungstag entdeckt, darf mit der Beschwerdeeinreichung nicht bis nach dem Wahl- oder Abstimmungstag zuwarten. Soweit sich eine Beschwerde jedoch gegen die Ermittlung des Ergebnisses richtet, kann eine solche von der Sache her erst nachträglich erhoben werden (Erw. 2). Die Wahlunterlagen für die Wahl des Regierungsrates vom 4. Oktober 2014 haben nicht in allen Punkten den Vorgaben des WAG und der WAV entsprochen. Mit der Ungültigerklärung von fast 10 % der Stimmen wurde zudem auch der verfassungsmässige Grundsatz verletzt, dass kein Wahlergebnis anerkannt werden darf, das nicht den freien Willen der Stimmbürger zuverlässig zum Ausdruck bringt (Erw. 5 f.).

Aus dem Sachverhalt:

Am 5. Oktober 2014 fanden im Kanton Zug erstmals Majorzwahlen für den Regierungsrat statt. Aus dem Protokoll der Wahlergebnisse für die Regierungsratswahl ergibt sich, dass insgesamt 30'817 Wahlzettel eingegangen sind. Von diesen wurden 2'897 als ungültig qualifiziert, d.h. es wurden 9.4 % der eingegangenen Stimmen für ungültig befunden. Gegen dieses Wahlergebnis gingen zwei Beschwerden ein, die vom Regierungsrat zur direkten Beurteilung an das Verwaltungsgericht überwiesen wurden. Eine Gruppe von fünf Beschwerdeführern verlangte, es sei die Ungültigkeit der vorgedruckten «Wahlvorschläge» Nr. 01 bis 10 aufzuheben und diese «Wahlvorschläge» für gültig zu erklären und die entsprechenden Stimmen zum Gesamtergebnis hinzuzuzählen. Ein einzelner Beschwerdeführer beantragte, die Wahl sei aufzuheben und neu anzusetzen.

Aus den Erwägungen:

¹ Siehe Seite 6

(...)

2. a) Die Wahlbeschwerden sind am 10. bzw. am 15. Oktober 2014 (Poststempel), d.h. innerhalb der ab dem Wahltag vom 5. Oktober 2014 laufenden 20-tägigen Beschwerdefrist gemäss § 67 Abs. 2 WAG und von daher formal fristgerecht eingereicht worden. Allerdings stellt sich in diesem Fall bezüglich der von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzung der Fristwahrung die Frage, ob die Beschwerde auch in Berücksichtigung der in § 67 Abs. 2 WAG getroffenen Differenzierung nach dem Zeitpunkt der Entdeckung des gerügten Mangels rechtzeitig erhoben worden ist. Die Bestimmung schreibt nämlich vor, dass die Beschwerde innert zehn Tagen seit der Entdeckung des Beschwerdegrundes einzureichen ist, falls dies vor dem Abstimmungstag der Fall ist. Diese Frist verlängert sich bis zum 20. Tag nach dem Abstimmungstag, falls sie am Abstimmungstag noch nicht abgelaufen ist. Dieser Fristbestimmung entspricht, dass gemäss § 69 Abs. 1 WAG der Regierungsrat, falls er auf Beschwerde hin oder von Amtes wegen Unregelmässigkeiten feststellt, wenn möglich schon vor Schluss des Abstimmungs- und Wahlverfahrens die notwendigen Verfügungen zur Behebung der Mängel trifft. Darauf ist im Folgenden einzugehen.

b) Das Stimmmaterial ist so rechtzeitig zu versenden, dass es für Abstimmungen in der viertletzten Woche vor dem Abstimmungstag und für Wahlen spätestens in der drittletzten Woche vor dem Wahltag bei den Stimmberechtigten eintrifft (§ 8 Abs. 3 WAG). Ohne Durchführung eines Beweisverfahrens über den genauen Zeitpunkt der postalischen Zustellung der Wahlunterlagen an die Stimmberechtigten – gemäss der Direktion des Innern war das Wahlmaterial am 19. September 2014 bei allen Wahlberechtigten zugestellt gewesen – ist davon auszugehen, dass die Wahlunterlagen so früh zugestellt worden sind, dass es den Beschwerdeführern zeitlich möglich und zumutbar gewesen wäre, gegen eine für sie allenfalls sofort erkennbare rechtswidrige Gestaltung der Wahlunterlagen noch innert der zehntägigen Frist vor dem Wahltag Beschwerde zu führen. Entscheidend für die Bejahung oder Verneinung der Fristwahrung durch die Beschwerdeführer ist somit die Frage, ob der von den Beschwerdeführern jeweils gerügte Mangel solcher Art ist, dass er von ihnen gemäss Gesetz innert 10 Tagen nach dessen Entdeckung bzw. Zustellung und damit schon vor dem Wahltermin hätte bemerkt und beschwerdeweise geltend gemacht werden müssen.

Was den Sinn der entsprechenden gesetzlichen Regelung und der höchstrichterlichen Praxis dazu betrifft, so soll sichergestellt werden, dass Mängel hinsichtlich von Vorbereitungshandlungen im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen sofort und vor Durchführung des Urnenganges gerügt werden. Diese Praxis bezweckt, dass Mängel möglichst noch vor der Wahl oder Abstimmung behoben werden können und der Urnengang allenfalls nicht wiederholt zu werden braucht. Unterlässt dies der Stimmberechtigte, so verwirkt er im Grundsatz das Recht zur Anfechtung der Wahl oder Abstimmung. Es wäre mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht verein-

bar, wenn ein Mangel vorerst widerspruchlos hingenommen wird und hinterher die Wahl oder Abstimmung, soweit deren Ergebnis nicht den Erwartungen entspricht, wegen eben dieses Mangels angefochten wird. Grundsätzlich gelten diese Grundsätze allein für das bundesgerichtliche Verfahren gemäss Art. 82 lit. c BGG (Bundesgerichtsurteil 1C_217/2008 vom 3. Dezember 2008, E. 1.2 mit vielen Hinweisen) und sind die Kantone in ihrer Regelung frei. Es entspricht aber auch der von den Zuger Behörden geübten Praxis, dass Mängel in der Vorbereitung eines Urngangs sofort gerügt werden müssen (vgl. RRB vom 25. April 1995, GVP 1995/96, 116 ff.).

Das Verwaltungsgericht hält unter Bestätigung dieser Praxis dafür, dass in Berücksichtigung der vom Gesetz vorgesehenen kurzen Anfechtungsfristen an die Erkennbarkeit der beanstandeten Mängel und die Substanziierung der Beschwerden keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen (vgl. dazu allgemein Bundesgerichtsurteil 1C_62/2012 vom 18. April 2012, E. 3 mit Hinweisen). Hierauf ist bezüglich der beiden Beschwerden im Folgenden je einzeln einzugehen.

c) Zuerst ist zu der von den Beschwerdeführern 1 - 5 erhobenen Beschwerde Folgendes festzustellen:

Die Würdigung von deren Beschwerdevorbringen ergibt, dass die Beschwerdeführer nicht nur die von ihnen als gesetzwidrig erachtete Ausgestaltung der bei der Wahl verwendeten Wahlunterlagen bzw. -zettel rügen, was an sich vor dem Wahltermin hätte beschwerdeweise geltend gemacht werden können, sondern ausdrücklich auch die von ihnen als gesetzwidrig bzw. überspitzt formalistisch bezeichnete Auszählung der eingereichten Wahlzettel. Dabei beziehen sie sich auf die Widersprüche zwischen den gesetzlichen Bestimmungen und dem an die Wählerinnen und Wähler abgegebenen Wahlmaterial, insbesondere aber auf die sich aus dem Gesetz ergebenden Interpretationsspielräume, welche die Regierung bei der Auszählung der Stimmen aber nicht genutzt habe (vgl. anschliessend die materiell-rechtlichen Erwägungen 4 ff.). Angefochten ist mithin überhaupt die Art und Weise der Ermittlung des Wahlergebnisses. In Anbetracht der vor der Wahl geführten öffentlichen Diskussion darüber, wie das neuartige Verfahren mit all seinen von den Behörden und den Parteien erkannten Unsicherheitsfaktoren bei den Bürgerinnen und Bürgern ankommen und funktionieren werde, hing angesichts der vom Verwaltungsgericht im Folgenden bestätigten Widersprüche zwischen den Wahlunterlagen und den gesetzlichen Vorgaben tatsächlich viel von der schliesslich angewendeten Auszählungspraxis ab. Zumindest durften dies die Beschwerdeführer so einschätzen. So stand denn auch die Regierung aufgrund des Wechsels im Wahlrechtsmodus bei der Ermittlung des Wahlergebnisses in einer besonderen Pflicht, über deren gesetzmässige Erfüllung erst nach Vorliegen der Wahlergebnisse abschliessend geurteilt werden konnte. Ohnehin kam eine nachträgliche Änderung der Wahlunterlagen selbst im Falle einer vor der Wahl erhobenen Beschwerde offensichtlich nicht mehr in Frage, und eine infolge des Bekanntwerdens einer Wahlbeschwerde eventuell noch breitere öf-

fentliche Diskussion über das Wahlprozedere hätte auch nicht mit Sicherheit mehr Klarheit bewirkt. Tatsächlich wurde auch so schon von den Behörden wie den von ihnen noch extra dazu aufgeforderten politischen Parteien ein grosser Informationseinsatz geleistet. Von einem treuwidrigen, nicht schützenswerten, weil eventuell einzig parteipolitisch motivierten Hinauszögern der Beschwerde durch die Beschwerdeführer kann unter diesen Voraussetzungen nicht die Rede sein.

Für das Gericht steht fest, dass über die Verfassungs- und Gesetzmässigkeit des im Kanton Zug neu eingeführten Wahlprozederes für die Majorwahl der Exekutiven überhaupt erst nach der Kenntnis der Wahlergebnisse abschliessend geurteilt werden konnte. Demgemäss kann auch über die Erhebung einer Beschwerde mit den von den Beschwerdeführern vorgebrachten Anträgen erst im Nachgang zum Wahlgang entschieden werden. Dies gilt vorliegend insbesondere in Berücksichtigung der aus den Wahlen resultierenden, von niemandem – bestimmt auch nicht von den Beschwerdeführern – erwarteten ausserordentlich hohen Prozentsätze an ungültigen Stimmen, die sogar nationales Erstaunen auslösten. Diese bewegten sich in den einzelnen Gemeinden zwischen 1.4 % (Neuheim) und 21.8 % (Unterägeri) und erreichten kantonal die Ziffer von 9.4 %, im Vergleich zu 0.7 % bei den letzten Regierungsratswahlen vor vier Jahren. Erst angesichts dieser Ergebnisse war die Erhebung einer Beschwerde zu erwarten. Und in Berücksichtigung dieser Zahlen – mehr als 13 mal mehr ungültige Wahlzettel als vier Jahre zuvor – muss aus Sicht des Gerichts nach der Wahl beschwerdeweise die vollständige Überprüfung des von der Regierung zu verantwortenden Verfahrens verlangt werden können. Es käme mangels eines Beschwerdewegs sonst alternativ nur die ungenügende Möglichkeit einer Aufsichtsbeschwerde an den Kantonsrat in Frage. Mit einer so massiven Auswirkung der auf den ersten Blick – und damit vor den Wahlen – nicht schon so klar erkennbaren Mängel der Wahlunterlagen bzw. Widersprüche zur gesetzlichen Regelung musste vor der Durchführung der Wahlen nicht gerechnet werden, auch von den Beschwerdeführern nicht. Es kann ihnen deshalb nicht vorgeworfen werden, nicht schon vor dem Wahlgang Beschwerde geführt zu haben. Vielmehr hätte allenfalls von der Regierung angesichts der sich am Wahltag offenbarenden Sachlage erwogen werden können, ob die infolge der häufigen Verwendung der vorgedruckten «Wahlvorschläge» so zahlreichen ungültigen Stimmen in grosszügigerer Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen eventuell als gültig anzurechnen seien. Die Beschwerdeführer fühlten sich letztlich erst durch das von der Regierung hingenommene Resultat mit einem Anteil von 9.4 % ungültigen Stimmen in ihren politischen Rechten beschwert.

So wie das Bundesgericht im bereits erwähnten Fall (1C_217/2008 vom 3. Dezember 2008, E. 1.2) das kantonale Eintreten auf eine Wahlbeschwerde mit der Argumentation schützte, dass der die Zählweise der leeren und ungültigen Wahlzettel und damit die Ermittlung des Wahlergebnisses beanstandende Beschwerdeführer davon überhaupt erst nach Bekanntwerden der Resultate Kenntnis erhalten habe und insoweit die Beschwerdefrist durch seine erst nach dem Wahltag eingereichte

Beschwerde eingehalten habe, tritt das Verwaltungsgericht auf die erste Beschwerde von (...) ein. Gestützt auf den in diesem Urteil erstellten Sachverhalt erachtet das Gericht vorliegend die allgemeine gesetzliche Frist für erst nach dem Wahltag erhobene Beschwerden als anwendbar. Diese ist unbestrittenermassen klar eingehalten worden.

d) Zur Beschwerde des Beschwerdeführers 6 ist in differenzierter Würdigung seiner Vorbringen Folgendes zu erwägen:

Der Beschwerdeführer macht zum Einen geltend, dass die Wähler und Wählerinnen durch die Ausgestaltung der Wahlunterlagen mit den zum Gebrauch als Wahlzettel einladenden Seiten 2 und 3 der Wahlunterlagen mit der Bezeichnung «Beiblatt Wahlvorschläge» getäuscht und dadurch dazu veranlasst worden seien, letztere unverändert oder verändert als Wahlzettel zu verwenden, was ihre Stimmen habe ungültig werden lassen. Die Berücksichtigung der für die Wahl verwendeten Blätter mit den Wahlvorschlägen würde aber im Vergleich dazu die Wähler und Wählerinnen, die in der Verwirrung «andere Fehler» gemacht oder deshalb nicht gewählt hätten, in ihrem Anspruch auf Gleichbehandlung verletzen. Hinsichtlich dieser Rügen ist unter Verweis auf die unmittelbar vorangegangenen Ausführungen zur Beschwerde der Beschwerdeführer 1-5 und ohne weitere Ausführungen auch für diese Beschwerde die fristgerechte Erhebung zu bejahen.

Anders sieht es bezüglich der weiteren Rügen aus. Der Beschwerdeführer macht nämlich in seiner Beschwerde weiter geltend, dass die Ausgestaltung der «Wahlzettel» [recte wohl Wahlvorschläge] insofern in klarer Weise § 39 Abs. 1a WAG verletze, als die Kandidaten und Kandidatinnen nicht auf einem einzelnen, eigenständigen Beiblatt, sondern auf zwei durch Perforation trennbaren Seiten der Wahlunterlagen aufgeführt worden seien. Dass viele Wähler und Wählerinnen die Seiten 2 und 3 der Wahlunterlagen separat als Wahlzettel verwendet hätten, zeige, dass diese nicht als einheitliches Beiblatt wahrgenommen worden seien, sondern als zwei Wahlvorschläge, was eine Benachteiligung der neu Kandidierenden gegenüber den bisherigen bewirkt habe. Auch habe Seite 2 mit sieben bisherigen Kandidierenden attraktiver gewirkt als Seite 3 mit bloss drei neu Kandidierenden. Dies verletze die Gleichheit der Wahl und somit § 5 Abs. 1 i.V.m. § 27 der Kantonsverfassung sowie Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 34 Abs. 2 BV. Darum könne die Wahl nicht dadurch geheilt werden, dass die vorgedruckten Wahlvorschläge als gültige Wahlzettel gezählt würden. Dies würde sogar eine Verstärkung der Ungleichbehandlung der neu Kandidierenden bewirken, auch weil auf dem Blatt mit den bisherigen Regierungsräten keine freie Linien vorhanden gewesen seien, auf denen andere Kandidaten hätten «panaschiert» werden können. Die Kandidaten hätten zudem diesen vorgedruckten Wahlvorschlägen «niemals» zugestimmt. Diese nachträglich doch anzurechnen, verstiesse gegen Treu und Glauben. Hinsichtlich dieser Rügen kommt das Gericht zum Schluss, dass sie ohne weiteres bereits ab dem Erhalt der Wahlunterlagen hätten geltend gemacht

werden können und müssen, und dass dies auch ohne weiteres zumutbar war. Denn dass die neu Kandidierenden aufgrund der Gestaltung der Wahlunterlagen gegenüber den bisherigen Regierungsräten benachteiligt worden sein sollen, wäre sofort ersichtlich und darum innert Frist noch vor der Wahl zu rügen gewesen. Insbesondere ergibt sich diesbezüglich auch nachträglich, d.h. in Berücksichtigung der bei der Wahl aufgetretenen ausserordentlich hohen Quote an ungültigen Stimmen, keine andere Würdigung. Somit ist die Beschwerdefrist hinsichtlich dieser Rügen klar nicht eingehalten worden und auf diese im Folgenden nicht einzutreten. Selbst wenn aber auch auf diese Anträge eingetreten werden könnte, würde er damit nicht durchdringen (vgl. dazu hinten Erwägung 8b).

(...)

5. Im Folgenden sind die gesetzlichen Bestimmungen darzulegen, die bei der Vorbereitung und Durchführung der Regierungsratswahlen vom 5. Oktober 2014 zu beachten waren. Ebenfalls ist auf sachbezogene Äusserungen zu verweisen, die im Rahmen der Revision des WAG betreffend Gestaltung der Wahlzettel im Jahr 2013 gemacht wurden.

a) Im 3. Titel des WAG finden sich die Regeln über die kantonalen Wahlen. Paragraph 39 Abs. 1a WAG (in der seit dem 1. Januar 2014 gültigen Fassung) lautet wie folgt:

«Bei Majorzwahlen wird pro Wahl ein einziger leerer Wahlzettel erstellt, der so viele leere Linien enthält, wie Personen in die betreffende Behörde zu wählen sind. Diesem Wahlzettel wird ein Beiblatt zur Information beigelegt, auf dem zuerst alle kandidierenden Amtsinhaberinnen und Amtsinhaber und danach alle neu Kandidierenden in alphabetischer Reihenfolge der Nachnamen aufgeführt sind. Das Beiblatt enthält Nach- und Vornamen, Jahrgang, Berufsbezeichnung, Wohnadresse, gegebenenfalls den Zusatz «bisher» sowie eine allfällige Partei oder Gruppierung, die den Wahlvorschlag eingereicht hat»

Die Regeln über das Stimmmaterial finden sich in § 8 Abs. 1 – 3 WAG:

«¹Das Stimmmaterial besteht aus dem Stimmrechtsausweis, der Abstimmungsvorlage mit Erläuterung, den Wahl- oder Stimmzetteln und dem verschliessbaren Stimmzettelkuvert. Es wird den Stimmberechtigten in einem Kuvert zugestellt, das als Rücksendekuvert für die briefliche Stimmabgabe verwendet werden kann.

²Bei Wahlen erhalten die Stimmberechtigten in jedem Fall auch einen leeren Wahlzettel.

³Das Stimmmaterial ist so rechtzeitig zu versenden, dass es für Abstimmungen in der viertletzten Woche vor dem Abstimmungstag und für Wahlen spätestens in der drittletzten Woche vor dem Wahltag bei den Stimmberechtigten eintrifft» (...)

Die Regeln über die Ungültigkeit der Stimm- und Wahlzettel finden sich in § 19 WAG:

«¹Stimm- und Wahlzettel sind ungültig, wenn sie

- a) nicht amtlich sind;
- b) nicht im Sinne von § 11 Abs. 1 oder von § 15 Abs. 3 und 4 gekennzeichnet sind;
- c) anders als handschriftlich ausgefüllt oder geändert wurden;
- d) den Willen der stimmberechtigten Person nicht eindeutig erkennen lassen;
- e) ehrverletzende Äusserungen oder offensichtliche Kennzeichnungen enthalten.

²Wahlzettel sind ausserdem ungültig, wenn sie keinen gültigen Kandidatennamen enthalten».

b) Die WAV enthält weitere, zum Teil sehr detaillierte Anweisungen bezüglich des Wahl- und Abstimmungsverfahrens. So bestimmt § 22 WAV unter dem Marginale «Stimm- und Wahlzettel» Folgendes:

«¹Die Stimm- und Wahlzettel haben den Wahl- oder Abstimmungskreis, den Gegenstand der Wahl oder Abstimmung und das Datum des Hauptabstimmungstages zu bezeichnen.

²Im übrigen sind sie so zu gestalten, dass die sachgerechte Willensäusserung gewährleistet ist».

Der § 46 WAV enthält die Regeln über die Gestaltung der Wahlzettel:

«¹Auf allen Wahlzetteln ist die Zahl der zu vergebenden Mandate anzugeben.

²Sofern nicht für alle Mandate Wahlvorschläge vorliegen, ist die entsprechende Zahl leerer Linien zu drucken.

³Der leere Wahlzettel enthält eine Linie für die Listenbezeichnung und so viele leere Linien für die Kandidatennamen, als Mandate zu besetzen sind.

⁴Finden gleichzeitig Wahlen verschiedener Behörden statt, so sind für jede Behörde getrennte Wahlzettel unterschiedlicher Farbe zu drucken.»

In § 47 finden sich die Regeln über den Wahlzettelbogen:

«¹Für alle Wahlen werden amtliche Wahlzettelbogen gedruckt.

²Der Wahlzettelbogen enthält, durch Perforation voneinander getrennt, eine amtliche Wegleitung für die Stimmabgabe, für jede Liste einen separaten Wahlzettel sowie einen leeren Wahlzettel.»

c) Im Jahr 2013 wurde das Gesetz über die Wahlen und Abstimmungen bezüglich der Gestaltung von Wahlzetteln bei Majorzwahlen geändert. Was ursprünglich als unabhängig von der Frage der Majorzwahl geplante Gesetzesänderung vorgesehen war, erhielt nach der Abstimmung vom 9. Juni 2009 (Ja zur Personenwahl) eine erhöhte Bedeutung und Dringlichkeit. Aus dem Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 29. Juni 2013 (Kantonsratsvorlage Nr. 2218.1) ergibt sich, dass ein einziger Wahlzettel pro Majorzwahl benutzt werden solle. Dieser enthalte so viele leere Lin-

ien wie Sitze zu vergeben seien. Dem Wahlzettel werde ein Informations-Blatt beige-fügt, auf dem zuerst alle bisherigen Amtsinhaberinnen und Amtsinhaber, die wieder kandidieren, und danach die neuen Kandidierenden je in alphabetischer Reihen-folge aufgeführt würden. Die Stimmberechtigten würden die Kandidierenden, die sie wählen wollten, handschriftlich auf dem leeren Wahlzettel eintragen und zwar maximal so viele, wie Sitze für die Behörde zu vergeben seien. Aus dem Bericht der vorberatenden Kommission vom 14. März 2013 (KRV Nr. 2218.3), welche sich mit 14:0 Stimmen für Eintreten aussprach, geht hervor, dass das vom Regierungsrat vorgeschlagene Modell nach Meinung der Kommission der Personenwahl am besten gerecht werde. Durch die Abgabe einer leeren Liste müssten sich die Stimmberechtigten eingehender mit der Wahl befassen. Ein Kommissionsmitglied habe darauf aufmerk-sam gemacht, dass ältere Stimmberechtigte nicht benachteiligt werden dürften und das Informationsblatt entsprechend auszugestalten sei. Die Gestaltung des Beiblattes sei auch entscheidend, damit zwischen den Kandidierenden faire Bedingungen geschaffen werden könnten. In der Detailberatung zu § 39 Abs. 1a WAG beschloss die vorberatende Kommission, dem Vorschlag des Regierungsrates zu folgen. Dieser sah vor, dem leeren Wahlzettel ein Informationsblatt beizulegen, auf dem zuerst die bisherigen und anschliessend die neuen Kandidierenden je in alphabetischer Rei-henfolge aufgeführt würden. Ein alternativer Antrag sah die Aufführung aller Kandi-dierenden in alphabetischer Reihenfolge ohne Trennung von bisherigen und neuen Kandidierenden vor. Der regierungsrätliche Antrag obsiegte mit 13:1 Stimmen. Weiter ergibt sich aus dem Bericht der Kommission, dass die Gefahr angesprochen wurde, dass das Beiblatt zusammen mit dem Wahlzettel abgegeben werde oder das Beiblatt gar als «Wahlzettel» benutzt werde. Deshalb sei bei der Ausgestaltung des Beiblattes unbedingt darauf zu achten, dass sich das Informationsblatt deutlich vom Wahlzettel abhebe (z. B. andere Farbe, anderes Format, klare grafische Darstellung).

d) Im Rahmen der Beratung der Gesetzesänderung im Kantonsrat (Protokoll der 1. Lesung vom 27. Juni 2013, Traktandum Nr. 6) wurde die Gestaltung der Wahlzettel nochmals thematisiert. Der Kommissionpräsident Heini Schmid erklärte, die Kom-mission unterstütze den Vorschlag des Regierungsrates, bei Majorzwahlen künftig nicht mehr vorgedruckte Wahlzettel mit den Namen der Kandidierenden und mit Listenbezeichnungen zu verwenden, sondern einen einzigen Wahlzettel mit leeren Linien, ergänzt durch ein Informationsblatt mit allen Kandidierenden. Der Vertreter der SP-Fraktion, Alois Gössi, erklärte, das Wichtigste sei, dass es zwei Zettel geben werde: ein vorgedrucktes Beiblatt mit dem Namen, dem Vornamen und weiteren Angaben zu allen Kandidierenden zu Informationszwecken sowie ein leeres Wahlblatt, das es dann für die Wahl auszufüllen gelte. Die Direktorin des Innern, Regierungsrätin Manuela Weichelt-Picard, erklärte seitens des Regierungsrates, diesem sei es wichtig, dass neu den Stimmberechtigten ein einziger Wahlzettel mit fünf oder sieben leeren Linien – je nach Gremium – zusammen mit einem Informationsblatt zugestellt werde. Dies habe sich in anderen Kantonen, etwa im Kanton Aargau oder im Kanton Solothurn,

bereits bewährt. Auf dem Beiblatt würden die Wählenden die Kandidierenden im Überblick, einheitlich und aussagekräftig dargestellt, finden.

e) Im Rahmen der 2. Lesung vom 29. August 2013 gab es keine Voten mehr und die Gesetzesänderung wurde vom Kantonsrat mit 65:0 Stimmen genehmigt.

6. Im Folgenden ist nun zu prüfen, ob die den Stimmberechtigten zugestellten Wahlunterlagen für die Wahl des Regierungsrates vom 5. Oktober 2014 den Bestimmungen des WAG und der WAV entsprochen haben. Weiter ist zu klären, ob sie auch dem Willen des Gesetzgebers entsprechend ausgestaltet wurden. Weiter wird zu prüfen sein, ob mit der Ungültigerklärung von 2'897 Wahlzetteln, was 9.4 % der total eingegangenen Wahlzettel entspricht, nicht der verfassungsmässig geschützte Grundsatz verletzt wurde, dass kein Wahlergebnis anerkannt werden darf, das nicht den freien Willen der Stimmbürger zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt. Dabei wird zu beachten sein, dass zu diesem Verfassungsgrundsatz auch die sorgfältige und ordnungsgemässe Ermittlung des Wahlergebnisses gehört.

a) Die Wahlunterlagen für die Regierungsratswahlen vom 5. Oktober 2014 entsprechen nicht in allen Punkten den Bestimmungen des WAG und der WAV sowie den Intentionen des Gesetzgebers.

aa) Paragraph 39 Abs. 1a WAG verlangt, dass bei Majorzwahlen pro Wahl ein einziger leerer Wahlzettel erstellt wird. Diesem Wahlzettel wird ein Beiblatt zur Information «beigelegt», auf dem – verkürzt ausgedrückt – die Kandidierenden aufgeführt sind. Die Gesetzesbestimmung spricht von «beilegen», was bedeutet, dass das Informations-Beiblatt «beizulegen» und nicht «anzuheften» oder als einheitlicher Bogen mit Perforation abzugeben ist. Vom sprachlich klaren Wortlaut einer Bestimmung (grammatikalische Auslegung) darf man nur abweichen, wenn triftige Gründe bestehen, dass er nicht den rechtlichen wahren Sinn der Vorschrift ausdrückt (Tschanen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 25 N 3). Hier lässt die grammatikalische Auslegung entgegen der Meinung der Direktion des Innern keinen Spielraum. Das «Beiblatt», welches «dem Wahlzettel zur Information» beizulegen ist, darf nicht mit diesem verbunden werden, selbst wenn es durch Perforation leicht abgetrennt werden kann.

bb) Soweit sich die Direktion des Innern auf die historische Auslegung beruft und geltend macht, der vorberatenden Kommission, dem Regierungsrat, der Staatskanzlei und ihr selber hätten die Wahlzettelmodelle anderer Kantone vorgelegen und die vorberatende Kommission und der Kantonsrat seien diesen Modellen gefolgt, so ist die Feststellung nicht in allen Punkten zutreffend. Es soll nicht in Frage gestellt werden, dass der vorberatenden Kommission dieses Modell vorgestellt wurde, doch gerade sie hat auf die Gefahr aufmerksam gemacht, welche sich daraus ergeben könnte, wenn das Beiblatt zusammen mit dem Wahlzettel abgegeben oder das Beiblatt

gar als Wahlzettel benutzt würde. Die Kommission hat in ihrem Bericht sogar ausdrücklich verlangt, dass unbedingt darauf geachtet werden müsse, dass sich das Informationsblatt deutlich vom Wahlzettel abhebe. Dem Kantonsrat wurden diese Modelle (in Papierform) – soweit aus den Vorlagen ersichtlich – nicht vorgelegt. Im Bericht und Antrag des Regierungsrates (KRV 2218.1, S. 5) wurde unter 4. aufgeführt: «Modell: Wahlanmeldeverfahren, Beiblatt und einen einzigen leeren Wahlzettel (SO, AG, ZH)» und weiter ausgeführt, es erfolge ein Wahlanmeldeverfahren und auf einem Informations-Beiblatt würden alle angemeldeten Kandidierenden mit Parteizugehörigkeit und bei Amtierenden mit dem Vermerk «bisher» aufgeführt. Auf Seite 9 wird zudem explizit als Nachteil des Modells 4 ausgeführt, dass die Stimmberechtigten nicht den Wahlzettel, sondern das Beiblatt als Wahlzettel verwenden würden, was zur Ungültigkeit führe.

cc) Aus den entsprechenden Voten im Rahmen der ersten Lesung im Kantonsrat ist zu entnehmen, dass dort jeweils von einem ergänzenden Informationsblatt oder sogar von «zwei Zetteln» die Rede war. Auch der Kommissionspräsident erklärte vor der Schlussabstimmung nochmals, dass hier nicht vom Wahlzettel, sondern vom Beiblatt die Rede sei. Der Kantonsrat dürfte daher bei der Legiferierung von § 39 Abs. 1a WAG eher von einem Wahlzettel und einem separaten Beiblatt mit den Wahlvorschlägen ausgegangen sein.

dd) Diese Gesetzesinterpretation entspricht auch der Definition des «Wahlzettelbogens» von § 47 WAV, die sich im 9. Titel der WAV «Besondere Bestimmungen über die Wahlen» befindet. In dieser Bestimmung wird festgelegt, dass für alle Wahlen amtliche Wahlzettelbogen gedruckt werden (Abs. 1). Gemäss § 47 Abs. 2 WAV enthält der Wahlzettelbogen, durch Perforation voneinander getrennt, eine amtliche Wegleitung für die Stimmabgabe, für jede Liste einen separaten Wahlzettel sowie einen leeren Wahlzettel. Weitere Angaben darf er gemäss § 47 WAV nicht enthalten. Gemäss § 47 WAV dürfen sich also auf dem Wahlzettelbogen keine Wahlvorschläge befinden. Die Direktion des Innern wendet hiergegen ein, diese Norm sei ausschliesslich für die Proporzahlen geschaffen. Für die Majorzwahlen habe sie keine Bedeutung, weil diese durch die Änderung des WAG betreffend Gestaltung der Wahlzettel von 2013 abschliessend geregelt seien und die Gesetzesänderung ohnehin als spätere und hierarchisch höhere Norm zu qualifizieren sei. Die Feststellung ist insofern zutreffend, als sich die Norm bereits seit dem 29. April 2008 in der Wahlverordnung findet. Damit war sie sicher in erster Linie auf die Proporzahlen ausgerichtet. Allerdings gab es auch schon 2008 für einzelne Behörden Majorzwahlen. Zudem befindet sich § 47 im 9. Titel der WAV, der die Überschrift «Besondere Bestimmungen über Wahlen» trägt und auch Regeln enthält, die bei den Majorzwahlen zu beachten sind. Sicher sind daher die Bestimmungen über die Wahlzettelbogen zumindest analog anwendbar.

ee) Der hier zur Diskussion stehende «Wahlzettelbogen» besteht aus vier Teilzetteln,

die durch Perforation voneinander getrennt sind. Links befindet sich der mit «Wahlanleitung Majorz» beschriftete Teilzettel, in der Mitte links befindet sich das «Beiblatt Wahlvorschläge» mit den sieben bisherigen Mitgliedern des Regierungsrates, in der Mitte rechts das «Beiblatt Wahlvorschläge» mit den drei neuen Kandidierenden und schliesslich auf der rechten Seite der «Wahlzettel Regierungsrat» mit sieben freien Linien. Orientiert man sich an den Vorgaben von § 39 Abs. 1a WAG und § 47 WAV, so hätten sich nur der Zettel links «Wahlanleitung Majorz» und der Zettel rechts «Wahlzettel Regierungsrat» auf dem Wahlzettelbogen befinden dürfen. Die beiden Wahlvorschläge hätten sich nach den gesetzlichen Bestimmungen nicht auf dem Wahlzettelbogen befinden dürfen.

b) Aus Sicht des Gerichts erweist es sich als besonders heikel, dass sich die Wahlanleitung, der Wahlzettel und das «Beiblatt Wahlvorschläge» bzw. die zwei Beiblätter mit den Wahlvorschlägen nicht nur auf dem gleichen Wahlzettelbogen befinden, sondern auch optisch als Einheit daherkommen. Alle vier Zettel sind in der gleichen Grösse und der gleichen blauen Farbe gehalten, drei von vier Zetteln sind in gleicher Schriftgrösse mit «Wahl des Regierungsrates vom 5. Oktober 2014» betitelt, wobei die Einzeltitel der vier Zettel rechts oben in deutlich kleinerer Schrift gehalten sind. Es erstaunt unter diesen Umständen nicht, dass sich eine grössere Anzahl von Stimmberechtigten dazu «verleiten» liess, statt des Wahlzettels eines der beiden «Beiblätter Wahlvorschläge» zu verwenden und dieses statt des Wahlzettels in die Urne zu legen. Dass man sich dieser «Verwechslungsgefahr» auf Seiten der Behörden bewusst war, ergibt sich aus den schon erwähnten Ausführungen im Bericht und Antrag der vorberatenden Kommission zur Änderung des Wahlgesetzes bezüglich Gestaltung der Wahlzettel (siehe oben), wo verlangt wurde, dass sich das Informationsblatt bezüglich Farbe, Format, Grafik deutlich vom Wahlzettel abheben müsse. Auch der Regierungsrat hat in seinem oben erwähnten Bericht und Antrag auf S. 9 auf die Gefahr hingewiesen, dass die Stimmberechtigten das Beiblatt statt des Wahlzettels verwenden könnten.

c) In der «Wahlanleitung Majorz» und in der beigelegten Broschüre wird in aller Klarheit und Deutlichkeit umschrieben, was der Stimmberechtigte vorzukehren habe, um gültig zu wählen. Wer diese Wahlanleitung aufmerksam durchgelesen hat, der konnte ohne weiteres den Wahlzettel abtrennen und diesen handschriftlich und damit gültig ausfüllen. Es ist Aufgabe jedes Stimmberechtigten, seiner Funktion als rechtsstaatliches Organ mit der gebührenden Sorgfalt nachzukommen. Offensichtlich haben es aber ca. 10 % der Stimmberechtigten nicht geschafft, dieser Aufgabe gerecht zu werden. Es muss in diesem Zusammenhang – neben der gesetzlichen, optischen und grafischen Problematik der Wahlzettelbogen – aber noch auf ein weiteres wichtiges Faktum hingewiesen werden: Am gleichen Tag fanden im Kanton Zug neben den Regierungsratswahlen auch die Wahlen in die Gemeinderäte und in den Kantonsrat sowie die Wahlen in den Grossen Gemeinderat der Stadt Zug statt. Während die Gemeinderatswahlen ebenfalls im Majorzverfahren

durchgeführt wurden, erfolgten die Kantonsratswahlen nach dem Proporzverfahren. Im Proporzverfahren enthält der Wahlzettelbogen neben der amtlichen Wegleitung für die Stimmabgabe für jede Liste einen separaten Wahlzettel sowie einen leeren Wahlzettel. Für die Kantonsratswahlen und die Wahlen in den Grossen Gemeinderat der Stadt Zug stand also dem Stimmberechtigten ein korrekter Wahlzettelbogen zur Verfügung, der dem Wahlzettelbogen für die Wahl des Regierungsrates vom Aufbau und der grafischen Gestaltung her weitgehend ähnlich sah. Nur die Farbe war anders. Dass viele Stimmberechtigte unter diesen Umständen durch den nicht in allen Punkten gesetzeskonformen und klaren Wahlzettelbogen für die Wahl des Regierungsrates irritiert und irregeleitet wurden, ist durchaus nachvollziehbar. Weiter darf auch nicht vergessen werden, dass es die Stimmbürger im Kanton Zug erstmal seit 1894 mit einer Majorzwahl für den Regierungsrat zu tun hatten. Man könnte nun einerseits argumentieren, diese Tatsache hätte die Stimmberechtigten gerade zu Vorsicht mahnen und veranlassen müssen, die Wahlanleitung besonders sorgfältig zu lesen. Das ist aber offenbar nicht bei allen geschehen, denn immerhin fast 10% der Wählerinnen und Wähler sahen sich wohl durch den vertrauenswürdig und optisch sehr gut gestalteten Wahlzettelbogen in der ihnen bis anhin vertrauten Vorgehensweise bestärkt, wonach sie auch bei den Regierungsratswahlen ihre Stimme in der gewohnten Art und Weise würden abgeben können, nämlich durch Abgabe einer handschriftlich veränderten oder unveränderten vorgedruckten Liste.

d) Es ist müssig, darüber zu spekulieren, aus welchen Gründen die einzelnen Stimmberechtigten statt des handschriftlich auszufüllenden Wahlzettels einen der Wahlvorschläge in die Urne gelegt haben. Auffallend ist aber, dass in den Gemeinden, in denen neben den Regierungsrats- auch Gemeinderatswahlen stattgefunden haben, der Anteil der ungültigen Stimmen deutlich geringer ausgefallen ist. In den beiden Gemeinden (Unterägeri und Hünenberg), in denen keine Gemeinderatswahlen stattgefunden haben (hier fanden sog. stille Wahlen statt), lag der Anteil an ungültigen Stimmen mit 21.8 bzw. 11 % mit Abstand am höchsten. Nimmt man die Resultate der Gemeinderatswahlen der übrigen Gemeinden (gemäss den im Internet publizierten offiziellen Wahlprotokollen), so ergibt sich, dass hier durchschnittlich der Anteil der ungültigen Stimmen bezogen auf die eingegangenen Wahlzettel mit 3 % deutlich geringer ausgefallen ist als bei den Regierungsratswahlen, wo er bei 8 % lag (immer unter Ausklammerung der Ergebnisse in Hünenberg und Unterägeri). Auffallend ist hier auch, dass die Gemeinden, bei denen der Wahlzettelbogen für den Gemeinderat zwar weitgehend identisch mit dem Wahlzettelbogen für die Regierungsratswahlen daherkam, nur der Wahlzettel allein aber ohne weiteres abgetrennt werden konnte, eine sehr geringe Zahl von ungültigen Stimmen aufwiesen (so z. die Gemeinde Cham, wo bei den Gemeinderatswahlen nur 0.8 % der Stimmen ungültig waren).

e) Man muss sich weiter die Frage stellen, ob die fast 10 % der Stimmberechtigten, welche die vorgedruckten Wahlvorschläge ins Stimmkuvert gelegt haben, damit ihren Wählerwillen nicht klar und unverfälscht zum Ausdruck gebracht haben. Eine solche

Äusserung des Wählerwillens, welche grundsätzlich unter dem verfassungsrechtlichen Schutz von Art. 34 Abs. 2 BV steht, darf man nicht leichthin für ungültig erklären, denn auch diese Wählerinnen und Wähler haben ihren Wählerwillen an sich klar kundgetan. Nun ist aber die Formvorschrift, dass die Wahlzettel im Majorzverfahren handschriftlich auszufüllen sind, nicht bloss ein überspitzter Formalismus. Mit der Pflicht zum handschriftlichen Ausfüllen der Wahlzettel wollte der Gesetzgeber den Charakter der Wahlen in die Exekutive als Persönlichkeitswahlen erkennbar machen. Und nicht zuletzt soll der sogenannte Stimmenfang verhindert werden, dass Wahlzettel planmässig eingesammelt, ausgefüllt oder geändert werden (ein Vorgehen, welches übrigens gemäss Art. 282bis des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 [StGB] mit Busse bestraft wird). Letzteres dürfte aber im vorliegenden Fall mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht die Ursache für das «Einlegen» der vorgedruckten Wahlzettel gewesen sein. Ursache dürfte vielmehr die verfängliche Gestaltung des Wahlzettelbogens kombiniert mit der Unachtsamkeit der Stimmberechtigten und dem Faktum der gleichzeitig stattfindenden Proporzahlen gewesen sein. Die Ungültigerklärung kann aber auch nicht mit Auswertungsproblemen begründet werden, denn es bereitet keine auszählungstechnischen Probleme, die als «Wahlzettel» eingereichten Wahlvorschläge auswertungsmässig zu erfassen, unabhängig davon, ob diese in unveränderter oder handschriftlich veränderter Form eingereicht wurden. In § 53 WAG finden sich die Regeln, welche bei der Bereinigung und Auswertung von Wahlzetteln zu beachten sind. Diese Regeln gelten auch für vorgedruckte Wahlzettel. Damit kann auch unter diesem Aspekt ohne weiteres dem Verfassungsgrundsatz der sorgfältigen und ordnungsgemässen Ermittlung des Wählerwillens nachgelebt werden.

f) Das Gericht ist sich durchaus der grossen Bemühungen der Staatskanzlei bewusst, welche diese im Vorfeld der Wahlen unternommen hat, damit die Wählerinnen und Wähler ihre Stimme gültig abgeben würden. Unglücklicherweise wurde aber genau der Wahlzettelbogen, der eigentlich selbsterklärend sein muss, in einer Art und Weise gestaltet, die Verwechslungen möglich machte. Es stellt sich daher die Frage, ob es dem Regierungsrat möglich gewesen wäre, mit gestalterischen Mitteln oder mit Hilfe bestimmter Texte sicherzustellen, dass möglichst viele Wählerinnen und Wähler den Wahlzettel für die Wahl verwenden würden und nicht irrtümlicherweise das Informationsblatt bzw. die beiden Informationsblätter (...).

g) Ohne belehrend zu wirken, will das Gericht auf Folgendes hinweisen:

Wenn man die Ungültigkeit eines Wahlzettels für den Fall verfügt, dass dieser Wahlzettel nicht von Hand ausgefüllt wird und wenn man das statt dessen unverändert oder handschriftlich veränderte «Beiblatt Wahlvorschläge» als Wahlzettel ebenfalls für ungültig erklärt, so muss man bei der Erstellung der Wahlunterlagen sehr präzise dafür sorgen, dass der Wahlzettel einerseits und das Informations-Beiblatt mit den Wahlvorschlägen andererseits deutlich als solche gekennzeichnet werden und sich

deutlich voneinander unterscheiden. Unbedingt wäre z. B. eine andere Farbe, ein anderes Format, ein anderes Design, eine andere Schriftart oder die Aufschrift «Muster», «kein Wahlzettel», «Specimen» zu verwenden. Und fettgedruckt sollte in grösseren Buchstaben auf dem Beiblatt stehen, dass dieses nicht als Wahlzettel verwendet werden darf.

7. Die Beschwerdeführer 1–5 beantragen, es sei die Ungültigkeit der vorgedruckten Wahlvorschläge aufzuheben, und auch diese Wahlzettel seien für gültig zu erklären. Sie seien deshalb zum Gesamtergebn der Regierungsratswahlen hinzuzuzählen. Für den Fall, dass das Gericht zum Schluss kommen sollte, dass aufgrund der unzulänglichen Abstimmungsunterlagen die Wähler getäuscht, wesentliche Verfahrensbestimmungen nicht eingehalten und der Volkswille nicht richtig eruiert worden sei, sei eine Neuwahl unvermeidlich.

a) Das Verwaltungsgericht hat im Verfahren betreffend die Wahl des Regierungsrates gewisse Mängel festgestellt. Das bedeutet aber nicht, dass deswegen der Urnengang als solcher ganz aufgehoben und wiederholt werden müsste. Vielmehr ist das Auszählen der für ungültig erklärten Wahlzettel zu verlangen, soweit es sich dabei um die anstelle des leeren Wahlzettels eingereichten «Wahlvorschläge» handelt (alle aus anderen Gründen für ungültig erklärten Wahlzettel dürfen bei dieser «Nachzählung» selbstredend nicht berücksichtigt werden). Zu beachten ist aber, dass die festgestellten Mängel bei der Gestaltung des Wahlzettelbogens nur dann relevant sind, wenn eine Auswirkung auf das Wahlergebnis im Bereich des Möglichen liegt.

b) Aus dem Protokoll der Wahlergebnisse für die Regierungsratswahl im Kanton Zug vom 5. Oktober 2014 ergibt sich, dass die Differenz zwischen dem an sechster Stelle platzierten Regierungsrat und dem an achter Stelle liegenden und nicht mehr gewählten Kandidaten 2'257 Stimmen beträgt. Die an siebenter Stelle liegende Regierungsrätin hat auf den achtplatzierten Kandidaten jedoch nur einen Vorsprung von 205 Stimmen, so dass es theoretisch denkbar ist, dass es mit den nachträglich zu berücksichtigenden Stimmen zu einer Änderung des Wahlergebnisses kommt. Unter diesen Umständen kann das für die direkte Demokratie unabdingbare Vertrauen in die Richtigkeit der Ergebnisermittlung der Wahl nur mit der nachträglichen Berücksichtigung der am 5. Oktober 2014 für ungültig erklärten Stimmen gewahrt werden. Der Anspruch auf das Nachzählen dieser Stimmen geht dem Interesse am Festhalten eines einmal veröffentlichten Wahlergebnisses vor. Aus diesem Grund kommt das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass die Beschwerde gutzuheissen und der Regierungsrat anzuweisen ist, die oben erwähnten, bislang für ungültig erklärten Stimmen zu berücksichtigen und – in Berücksichtigung dieser Stimmen – das neue Wahlergebnis zu eruieren (...).

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 23. Oktober 2014 V 2014/132+140

2.4 § 52c Abs. 3 WAG

Regeste:

§ 52c Abs. 3 WAG – Die Regel von § 52c Abs. 3 WAF, wonach eine Listen-
gruppe nur an der Sitzverteilung teilnimmt, wenn ihre Listen wenigstens in einem
Wahlkreis mindestens 5% aller Parteistimmen des betreffenden Wahlkreises
oder im gesamten Kanton mindestens 3% aller Parteistimmen erhält, ist nicht
verfassungswidrig.

Aus dem Sachverhalt:

Am 5. Oktober 2014 fanden im Kanton Zug erstmals Gesamterneuerungswahlen
des Kantonsrates nach der doppeltproportionalen Methode «Doppelter Pukelsheim»
statt. Bei der Sitzverteilung kam ebenfalls erstmals die gesetzlichen Sperrklauseln
des revidierte § 52c Abs. 3 WAG zur Anwendung. Gegen das Wahlergebnis reich-
ten die Piratenpartei Zentralschweiz und zwei Stimmberechtigte beim Regierungsrat
Beschwerde ein und beantragten, die Quoren von § 52c Abs. 3 WAG seien nicht
anzuwenden, eventuell sei festzustellen, dass diese vor der Bundesverfassung und
dem Völkerrecht nicht standhalten würden. Mit Beschluss vom 21. Oktober 2014
trat der Regierungsrat auf die Beschwerde nicht ein. Gegen diesen Beschluss rei-
chten die Piratenpartei Zentralschweiz und die beiden Stimmberechtigten am
27. Oktober 2014 beim Verwaltungsgericht Beschwerde ein und beantragten unter
anderem, die Wahl des Kantonsrates sei aufzuheben und neu anzusetzen, wobei
das direkte Quorum nicht anzuwenden sei, eventualiter sei festzustellen, dass die
Regelung von § 52c Abs. 3 WAG vor Bundesrecht und Völkerrecht nicht standhalte.

Aus den Erwägungen:

(...)

4. 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).

a) Nach der Praxis des Bundesgerichts (BGE 140 I 107 ff. Erw. 3.1) gibt die in Art. 34
Abs. 2 BV verankerte Wahl- und Abstimmungsfreiheit 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. Die Wahl- und Abstimmungsfrei-
heit gewährleistet die für den demokratischen Prozess und die Legitimität direk-
tdemokratischer Entscheidungen erforderliche Offenheit der Auseinandersetzung

(Erw. 3.1. mit Verweis auf BGE 139 I 195 Erw. 2 und viele andere). Der Verfassungsgrundsatz der Wahl- und Abstimmungsfreiheit dient der Konkretisierung der politischen Gleichheit, die mit der Rechtsgleichheit von Art. 8 Abs. 1 BV eng verknüpft ist. Als Bestandteil der Wahl- und Abstimmungsfreiheit kommt dem Gleichheitsgebot für die politischen Rechte besondere Bedeutung zu, denn aus der Rechtsgleichheit und der politischen Gleichberechtigung im Speziellen folgt die Wahlrechtsgleichheit. Diese verlangt, dass allen Stimmen bei der Zählung nicht nur derselbe Wert, sondern auch derselbe Erfolg zukommt (das Bundesgericht spricht von «Erfolgswertgleichheit», BGE 131 I 79 Erw. 3.1). Das Bundesgericht hält fest, dass alle Stimmen in gleicher Weise zum Wahlergebnis beitragen, und möglichst alle Stimmen bei der Mandatsverteilung zu berücksichtigen sind. Die Zahl der gewichtslosen Stimmen sei auf ein Minimum zu begrenzen. Die Erfolgswertgleichheit erfasse damit nicht nur den Anspruch auf Verwertung der Stimme, sondern bedinge auch eine innerhalb des gesamten Wahlgebietes gleiche Verwirklichung des Erfolgswerts. Damit habe sie wahlkreisübergreifende Wirkung (BGE 131 I 79 mit Hinweis auf BGE 129 I 185 Erw. 7.2).

b) Gemäss Art. 39 Abs. 1 BV regelt der Bund die Ausübung der politischen Rechte in den eidgenössischen, die Kantone regeln sie in kantonalen und kommunalen Angelegenheiten. Die Kantone sind in der Ausgestaltung ihres politischen Systems und des Wahlverfahrens weitgehend frei. Diese Zuständigkeit wird von den Kantonen im Rahmen der bundesverfassungsrechtlichen Garantien von Art. 34 BV sowie nach den Mindestanforderungen gemäss Art. 51 Abs. 1 BV ausgeübt (BGE 136 I 352 Erw. 2). Mit Bezug auf das von den Kantonen gewählte Wahlsystem genügen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowohl das Mehrheits- wie auch das Verhältniswahlrecht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Entscheidet sich ein Kanton für das Verhältniswahlrecht, erlangen die Garantien von Art. 34 Abs. 2 BV, wonach kein Wahlergebnis anerkannt werden soll, das nicht den freien Willen der Wählenden zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt, besondere Bedeutung. Insbesondere ist der Grundsatz der Erfolgswertgleichheit zu berücksichtigen, denn ein Proporzverfahren zeichnet sich dadurch aus, dass es den verschiedenen Gruppierungen eine Vertretung ermöglicht, die weitgehend ihrem Wähleranteil entspricht (BGE 129 I 185 Erw. 7.3). Wird in einer Mehrzahl von Wahlkreisen gewählt, hängt die Realisierung des Verhältniswahlrechts unter anderem von der Grösse der Wahlkreise und damit zusammenhängend vom natürlichen Quorum ab. Je mehr Mandate einem Wahlkreis zustehen, desto tiefer ist das natürliche Quorum, d.h. der Stimmenanteil, den eine Liste benötigt, um bei einer ersten Sitzverteilung einen Sitz zu erhalten. Ein tiefes natürliches Quorum trägt dazu bei, dass alle massgeblichen politischen Kräfte im Parlament Einsitz nehmen können. Stehen hingegen einem Wahlkreis nur wenige Mandate zu, kann dies dazu führen, dass die Parteistärke im Parlament ungenau abgebildet wird. Kleinere Wahlkreise bzw. hohe natürliche Quoren können zur Folge haben, dass nicht bloss unbedeutende Splittergruppen, sondern auch Minderheitsparteien mit einem gefestigten Rückhalt in der Bevölkerung

von der Mandatsverteilung gänzlich ausgeschlossen bleiben (BGE 140 I 107 ff. mit Verweis auf BGE 136 I 352).

c) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 140 I 107 Erw. 3.2) sind natürliche und auch direkte gesetzliche Quoren, welche eine Limite von 10 % übersteigen, grundsätzlich unzulässig, wobei dieser Wert als Zielgrösse zu betrachten ist. Ausnahmsweise können Gründe überkommener Gebietsorganisation proporzfremde Elemente und damit ein Abweichen vom Verhältniswahlrecht rechtfertigen. Es kann sich dabei um historische, föderalistische, kulturelle, sprachliche oder religiöse Gründe handeln, welche kleine Wahlkreise als eigene Identitäten und als «Sonderfall» erscheinen lassen und ihnen – auf Kosten des Proporz – im Sinne eines Minderheitenschutzes einen Vertretungsanspruch einräumen. Hierfür braucht es nach der Praxis des Bundesgerichts aber ausreichende sachliche Gründe. Je grösser die Abweichungen vom Proporzverfahren und von der Erfolgswertgleichheit, desto gewichtiger müssen sich die rechtfertigenden Gründe erweisen (BGE 136 I 352). Ein direktes gesetzliches Quorum von 12.4 % erachtet das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung als mit der verfassungsrechtlich garantierten Wahlrechtsgleichheit nicht mehr vereinbar, wohl aber ein solches von 6.6 % (BGE 131 I 74 ff. Erw. 5.3) und auch noch ein solches von 10 %. In einem im ZBI 1994, S. 479 ff. publizierten Entscheid wurde ein natürliches Quorum von 20 % als verfassungswidrig, ein solches von 9.1 % noch als verfassungsmässig betrachtet. Natürliche Quoren von 20 % bzw. 16.6 % wurden auch in BGE 129 I 185 als verfassungswidrig bezeichnet. In BGE 131 I 74 ff. Erw. 5.4 hält das Bundesgericht fest: Direkte Quoren, die eine grosse Zersplitterung der im Parlament einsitzenden politischen Kräfte verhindern sollen, und natürliche Quoren, die sich aus der Einteilung der Wahlkreise ergeben und deren Vertretung im Parlament sicherstellen, dienen zwar unterschiedlichen Zwecken, haben indessen die gleiche Wirkung, indem sie, je nach ihrer Höhe, mehr oder weniger Wähler von einer Vertretung im Parlament ausschliessen. Um der Rechtssicherheit willen ist, gestützt auf die angeführte Rechtsprechung, festzulegen, dass die Überschreitung einer Limite von 10 % in beiden Fällen mit einem Verhältniswahlrecht grundsätzlich nicht zu vereinbaren ist. Für natürliche Quoren, die Folge der bestehenden Gebietseinteilung sind und vielfach aus beachtlichen (historischen) Gründen erheblich davon abweichen, ist dieser Wert nicht als absolute Grenze, sondern als Zielwert zu verstehen, der jedenfalls bei einer Neuordnung des Wahlsystems möglichst angestrebt werden muss, auch wenn er, soweit nach wie vor ein ausgewiesenes Bedürfnis an der Beibehaltung proporzfremder Elemente besteht, nicht vollumfänglich erreicht wird. Für Sperrklauseln dagegen, die schon bei einer Grösse von weit unter 10 % die gewünschte Wirkung entfalten und deren Festsetzung immer ein willkürliches Element in sich trägt, ist diese Limite die absolute Obergrenze, sind doch kaum sachliche Gründe denkbar, die eine Annäherung an diesen Wert, geschweige denn seine Überschreitung, rechtfertigen könnten. Unter diesen Grundsätzen ist nun die Regelung im Kanton Zug, die von den Beschwerdeführern angefochten wird, zu prüfen.

5. Gemäss § 38 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Zug vom 31. Januar 1894 (KV, BGS 111.1) richten sich die Gesamterneuerungswahlen des Kantonsrates nach dem Grundsatz des proportionalen Wahlverfahrens. Wahlkreise sind die Einwohnergemeinden. Die Zahl der Kantonsratssitze der Wahlkreise wird durch einfachen Kantonsratsbeschluss nach Massgabe der nachgeführten Bevölkerungsstatistik (im Vorjahr veröffentlichte Zahlen des Bundes der ständigen Wohnbevölkerung) festgelegt. Jedem Wahlkreis werden mindestens zwei Sitze zugeteilt (§ 38 Abs. 3 KV). Die Zuteilung der Sitze aufgrund der Stimmenzahlen erfolgt zuerst an die Parteien und politischen Gruppierungen entsprechend deren Wählerstärke im Kanton. Danach werden die Sitze der Parteien und politischen Gruppierungen auf die Wahlkreise nach Massgabe ihrer Sitzzahl gemäss Abs. 3 zugeteilt (doppeltproportionales Zuteilungsverfahren). Diese Verfassungsänderung, welcher das Stimmvolk am 22. September 2013 mit grosser Mehrheit zustimmte, hatte eine bewegte Vorgeschichte:

a) Mit Urteil vom 20. Dezember 2010 hielt das Bundesgericht fest, dass die bisherige Zuteilung der Kantonsratsmandate auf die Gemeinden des Kantons Zug für die Kantonsratswahlen verfassungswidrig sei. In der Folge beantragte der Regierungsrat dem Parlament mit Bericht und Antrag vom 10. Juli 2012 den Übergang zum sog. System des doppelten Pukelsheim. Der Kantonsrat folgte diesem Antrag am 31. Januar 2013 in erster Lesung. Im Rahmen der 2. Lesung vom 2. Mai 2013 beschloss der Kantonsrat – entgegen dem Antrag des Regierungsrates – dem Volk am 22. September 2013 zwei Varianten zum Entscheid vorzulegen: Dem «Zuger Doppelproporz» sollte ein explizites Verbot ebendieses Wahlsystems wie auch ein Verbot von Wahlkreisverbänden gegenübergestellt werden. Gegen diesen Beschluss wurde beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben, die vom Bundesgericht am 10. Juli 2013 gutgeheissen wurde. Am 22. September 2013 stimmte das Zuger Stimmvolk ausschliesslich über die Vorlage des Regierungsrates ab. Mit über 80 % der Stimmen entschied es sich für das doppeltproportionale Zuteilungsverfahren.

b) Zusammen mit der Kantonsverfassung wurde auch das WAG revidiert. Unter Ziff. 4.4.1 «Direktes Quorum (Wahlsperkklausel)» schlug der Regierungsrat in seinem Bericht und Antrag vom 10. Juli 2012 (KRV 2170.1, S. 10 f.) dem Kantonsrat vor, auf die Einführung eines direkten Quorums zu verzichten. Das System des doppelten Pukelsheim kenne in seiner reinen Ausgestaltung keine Wahlkreissperkklausel. Im Kanton Zug würde dies bedeuten, dass vielmehr jeder Partei, die rund 1/80 der Stimmen erhalte, ein Sitz garantiert werde. Ohne direktes Quorum werde somit der Wille der Wählerschaft weit möglichst widerspiegelt. Diese Überlegung spreche grundsätzlich gegen die Einführung eines Quorums, denn bei jeglicher Art von Quoren würden gewisse Stimmen ohne jede Wirkung bleiben. Auf der anderen Seite bestehe beim Verzicht auf ein direktes Quorum ein gewisses Risiko der Zersplitterung der politischen Kräfteverhältnisse und damit auch ein gewisses Risiko der Einschränkung der Handlungsfreiheit des Kantonsrates. Aus dem Bericht und Antrag der vorbera-

tenden Kommission vom 8. November 2012 (KRV 2170.5) ergibt sich, dass diese sich für ein Mindestquorum von 5 % in einem Wahlkreis oder 3 % im Kanton entschied und beschloss, dem § 52c einen entsprechenden Absatz beizufügen. Die Kommission machte geltend, es werde keine Zersplitterung in Kleinstgruppen gewünscht, die sich nur für Singularinteressen einsetzen würden. Als Beispiel wurde eine Gruppierung genannt, welche die «Spange Cham» verhindern möchte und aufgrund dieser örtlichen Ausgangslage versuche, sich politisch zu manifestieren. Im Kantonsrat sei erst ab fünf Vertreterinnen oder Vertretern einer Parteieinsitz in eine Kommission möglich. Grundsätzlich solle aber im Parlamentsbetrieb eine effiziente Mitwirkungskultur garantiert werden. Die Kommission sei der Ansicht, dass dem Kanton nicht gedient sei, wenn einige Kantonsratsmitglieder, die je einer einzelnen Gruppierung angehörten, während Jahren im Kantonsrat Einsitz nehmen würden, jedoch mangels Fraktionsstärke in keiner Kommission mitwirken würden. Die vorberatende Kommission verwies schliesslich auf die gesetzlichen Lösungen im Kanton Aargau und im Kanton Zürich.

c) Bei der Beratung im Kantonsrat (Protokoll der 41. Sitzung des Kantonsrats vom 31. Januar 2013) erklärte der Präsident der vorberatenden Kommission, im Gegensatz zum Regierungsrat erachte man die Gefahr der politischen Zersplitterung als gegeben. Ohne Quorum brauche es nur einen Achtzigstel der Stimmen des ganzen Kantons, um im Parlament mit einem Sitz vertreten zu sein, da für die Mandatzuteilung neu nicht mehr die Gemeinde, sondern der ganze Kanton massgebend sei. Insbesondere für Gruppierungen, die in jeder Gemeinde ein paar Stimmen zusammenkratzen könnten, sei es viel leichter, einen Sitz zu ergattern. Man wolle aber nicht, dass sich der Kantonsrat am Ende aus einem Sammelsurium von Splittergruppen zusammensetze, welche an keiner Kommissionssitzung mehr teilnehmen könnten, weil diese sehr oft monothematischen Gruppierungen keine Fraktionsstärke aufweisen würden. Indem entweder das eine oder das andere Quorum erfüllt werden könne, schlage man die für die kleinen Parteien liberalste Lösungsmöglichkeit vor. Die Kommission wolle einen handlungsfähigen Kantonsrat. Sie wolle aber auch das Entstehen neuer politischer Gruppierungen nicht unnötig erschweren. Die Direktorin des Innern beantragte seitens des Regierungsrates, den Antrag der vorberatenden Kommission abzulehnen, da die mit dem neuen Sitzzuteilungssystem erzielte Stimmwert- und Erfolgswertgleichheit mit der vorgeschlagenen Sperrklausel wieder geschmälert werde. Bei den letzten Kantonsratswahlen hätten sämtliche Parteien, die mindestens eine Kandidatin bzw. einen Kandidaten in den Kantonsrat hätten einziehen lassen können, einen Wähleranteil von 5 % erreicht, weshalb von der Gefahr einer Parteizersplitterung keine Rede sein könne. Das neue Sitzzuteilungsverfahren zeichne sich dadurch aus, dass jede Partei möglichst genau nach ihrem Wähleranteil im Kantonsrat vertreten sei und jede Stimme im Kanton gleich viel zähle. Mit der Einführung von Wahlsperrklauseln würden diese Vorteile beeinträchtigt, da Stimmen für Gruppierungen, welche die Wahlsperrklausel nicht erreichten, wertlos bleiben würden. Bezüglich der beiden Kantone, welche eine

Wahlsperkklausel kennen würden, sei festzuhalten, dass diese viele grössere Parlamente hätten und daher das natürliche Quorum für die Erlangung eines Sitzes klar unter 1 % liege. In beiden Kantonen sei daher die Gefahr der Zersplitterung um einiges grösser als im Kanton Zug. In Kenntnis dieser Voten stimmte der Kantonsrat der Einführung eines gesetzlichen Quorums von 5 % pro Wahlkreis bzw. von 3 % bezogen auf den ganzen Kanton im Verhältnis von 60 zu 40 % zu. Hierbei handelt es sich um einen demokratisch legitimierten Entscheid, der nicht leichtthin umgestossen werden sollte.

d) Wie bereits erwähnt gibt es auch in anderen Kantonen, welche ihre Parlamente nach dem System des doppeltproportionalen Zuteilungsverfahrens wählen, Sperrklauseln. Gemäss § 61 Abs. 2 Satz 2 der Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 kann für die Wahl des Grosses Rates und des Verfassungsrates durch Gesetz ein Quorum festgelegt werden. Gemäss § 13 Abs. 2 des Gesetzes über die Wahl des Grossen Rates des Kantons Aargau vom 8. März 1988, in der Fassung vom 7. Juni 2011, in Kraft seit dem 1. Mai 2012, nimmt eine Listengruppe an der Sitzverteilung nur teil, wenn ihre Listen wenigstens in einem Bezirk mindestens 5 % aller Parteistimmen des betreffenden Bezirks erhalten oder wenn sie eine Wahlzahl erreicht, die gesamtkantonal einem Wähleranteil von mindestens 3 % entspricht. Im Kanton Zürich muss ebenfalls ein gesetzliches Quorum erreicht werden. Gemäss § 102 Abs. 3 des Gesetzes über die politischen Rechte vom 1. September 2003, in der Fassung vom 17. November 2003, in Kraft seit dem 1. Januar 2005, nimmt eine Listengruppe an der Sitzverteilung nur teil, wenn wenigstens eine ihrer Listen mindestens 5 % aller Parteistimmen des betreffenden Wahlkreises erhalten hat. Die Gemeindeordnung der Stadt Zürich vom 26. April 1970 enthält in § 23 Abs. 4 ebenfalls eine Sperrklausel von 5 %, wobei die Stimmberechtigten der Stadt Zürich am 4. September 2011 eine Herabsetzung der Sperrklausel auf 2 % abgelehnt haben.

6. Beim gesetzlichen Quorum handelt es sich um einen Eingriff in die von Art. 34 BV garantierten politischen Rechte. Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, müssen durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sein und müssen verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 1–3 BV).

a) Artikel 36 Abs. 1 BV verlangt für jede Einschränkung eines Grundrechts eine gesetzliche Grundlage. Das Erfordernis des Rechtssatzes, d.h. einer generell-abstrakten Norm, gewährleistet die Rechtsgleichheit und die Rechtssicherheit. Mit der Bestimmung von § 52c Abs. 3 WAG hat das angefochtene gesetzliche Quorum eine klare Grundlage in einem formellen Gesetz.

b) Weiter muss die Einschränkung von Grundrechten durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sein. Als öffentliche Interessen gelten vor allem der Schutz von Leben und Gesundheit der Menschen, der Schutz der Rechtsordnung und viele andere (siehe die Zusammenstellung bei Rainer J. Schweizer, St. Galler Kommentar zur

BV, 3. Auflage, N 32 zu Art. 36). Es bestehen aber auch nicht zu unterschätzende Interessen der Behörden und der staatlichen Verwaltung, z. B. besondere Geheimhaltungsinteressen oder der Schutz der Funktionsfähigkeit der Behörden (Schweizer, a.a.O. mit verschiedenen Verweisen). Ob und inwieweit diese Interessen einen Eingriff rechtfertigen, ist im Hinblick auf das infrage stehende Grundrecht für jeden Einzelfall zu beurteilen.

aa) Mit einem gesetzlichen Quorum soll eine Parteienzersplitterung bzw. eine zu grosse Zersplitterung der im Parlament sitzenden politischen Kräfte verhindert werden. Mit einem Quorum kann sichergestellt werden, dass sich ein politisches Interesse mit einem sichtbaren Gewicht formiert hat und hinter einem Sitz steht. Ohne Quorum besteht die Gefahr, dass Kleinstgruppierungen ohne Fraktionszugehörigkeit ihre fehlende Vertretung in den Kommissionen durch eine hohe Zahl von parlamentarischen Vorstössen zu kompensieren versuchen, was den Parlamentsbetrieb behindern würde. Das Quorum soll auch die Bildung stabiler Mehrheiten sicherstellen und politische Blockierungen verhindern, welche die wirksame Erfüllung öffentlicher Aufgaben erschweren. Mit dem Quorum sollen unbedeutende Splittergruppen – im Gegensatz zu Minderheitsparteien mit gefestigtem Hintergrund – ausgeschlossen werden. Auch nach der Auffassung des Bundesgerichts darf mit direkten Quoren verhindert werden, dass sich die in einem Parlament einsitzenden Kräfte aufsplintern und damit die Funktionsfähigkeit des Parlaments beeinträchtigen.

bb) Was die Beschwerdeführer dagegen vorbringen, überzeugt nicht in allen Punkten. Richtig ist, dass nach § 24 Abs. 4 der Geschäftsordnung des Kantonsrates vom 28. August 2014 (GO, KR, BGS 141.1) auch Ratsmitglieder in die Kommissionen wählbar sind, die keiner Fraktion angehören. Allerdings wird eine solche Wahl ausdrücklich nur möglich sein, wenn eine Fraktion freiwillig auf ein ihr zustehendes Mandat verzichtet, denn Kommissionen sollen gemäss § 24 Abs. 2 GO KR proportional zur Anzahl der Sitze im Parlament besetzt werden, d.h. es besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Einsitznahme in eine Kommission für Einzelpersonen. Was den Beitritt einer Einzelperson zu einer Fraktion betrifft, so ist ein solcher möglich, wenn die Fraktion einem solchen zustimmt, was aber nur der Fall sein dürfte, wenn die entsprechenden politischen Ansichten weitgehend übereinstimmen. Dass es Beispiele dafür gibt, dass Einzelkämpfer im Parlament sich erfolgreich einer Fraktion anschliessen können und in der Lage sind mitzuarbeiten, soll nicht bestritten werden. Es kann aber im Ergebnis nicht darüber hinwegtäuschen, dass es gerade Mitglieder von kleinen Splittergruppen wegen ihrer bisweilen radikaleren Ideen schwer haben, sich anderen Fraktionen anzuschliessen bzw. in diese zu integrieren, bzw. von diesen überhaupt aufgenommen zu werden.

c) Die Einschränkung der politischen Rechte muss nach Art. 36 Abs. 3 BV auch verhältnismässig sein. Ein Grundrechtseingriff muss zur Erreichung des öffentlichen Zwecks geeignet und erforderlich sein. Geeignet ist ein Eingriff, wenn durch die

entsprechende staatliche Handlung das öffentliche Interesse auch tatsächlich wahrgenommen werden kann. Sind mehrere staatliche Massnahmen denkbar, mit denen der verfolgte Zweck erreicht werden kann, so verlangt das Element der Erforderlichkeit, dass auf schwerer wiegende Massnahmen verzichtet wird. Schliesslich muss sich der Eingriffszweck im Verhältnis zur Eingriffswirkung im konkreten Fall bewähren (vgl. hierzu Schweizer, a.a.O., N 37 ff. zu Art. 36 BV). Die Beschwerdeführer werfen dem Regierungsrat diesbezüglich vor, er habe mit keinem Wort die Schwere des Eingriffs im Verhältnis zum zu erreichenden Ziel abgewogen. Zur Frage der Verhältnismässigkeit ist zu sagen, dass das Quorum nach zugerischem Recht weit unter der vom Bundesgericht festgelegten absoluten Limite von 10% liegt. Zudem erlauben es unterschiedlich hohe Quoren auf Gemeinde- und Kantonebene (5% in den einzelnen Gemeinden und 3% für das ganze Kantonsgebiet) einer politischen Gruppierung, die nur in einzelnen Gemeinden aktiv ist, allenfalls Sitze im Kantonsrat zu erringen. Sofern nämlich eine Partei in einer Gemeinde 5% aller Parteistimmen erreicht, zählen bei der Oberzuteilung auch die Stimmen dieser Listengruppe aus den Wahlkreisen, in denen das Quorum nicht erreicht wurde. Es trifft keineswegs zu, dass die gesetzliche Regelung von § 52c Abs. 3 WAG einer Partei dauerhaft die Möglichkeit nimmt, mit ihren politischen Überzeugungen übereinstimmende Vertreter in den Kantonsrat zu wählen und zu gleichen Bedingungen wie andere Kandidaten anzutreten. Ein gesetzliches Quorum von 3% ist offensichtlich geeignet, eine Aufspaltung der Kräfte im Parlament zu verhindern und damit zu erreichen, dass die Funktionsfähigkeit des Kantonsrats nicht beeinträchtigt wird. Die Festlegung der Grenze für das Kantonsquorum bei 3% scheint dem Gericht auch unter dem folgenden Aspekt angemessen: Mit Ausnahme der Beschwerdeführerin 1 lagen alle Parteien deutlich über dem Kantonsquorum (an zweitletzter Stelle lag die grünliberale Partei mit 6.041% der Stimmen). Daraus kann gefolgert werden, dass es für Gruppierungen, die in den meisten Gemeinden des Kantons zur Wahl antreten, nicht besonders schwierig zu sein scheint, das Quorum von 3% deutlich zu übersteigen. Hier kann auch noch auf das Ergebnis der Kantonsratswahlen von 2010 hingewiesen werden, wo – zwar noch nach dem alten Wahlsystem – mit Ausnahme von zwei parteilosen Bewerbern alle Parteien zumindest vier Sitze erreicht hätten, wenn schon damals nach den heutigen Regeln mit einem gesetzlichen Quorum gewählt worden wäre.

d) Zusammenfassend ergibt sich Folgendes: Mit einem Wahlkreisquorum von 5% und einem Kantonsquorum von 3% liegt die Sperrklausel von § 52c Abs. 3 WAG weit unter der vom Bundesgericht in langjähriger Praxis festgelegten Limite von 10%. Weiter ist unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit zu beachten, dass – sofern eine Gruppierung im Kanton Zug in einem Wahlkreis mehr als 5% der Listenstimmen erhält – bei der Oberzuteilung auch die Stimmen zählen, welche in anderen Wahlkreisen für diese Listengruppe abgegeben wurden. Schliesslich garantiert das neue Zuger Proporzwahlverfahren nach dem sogenannten doppelten Pukelsheim im Vergleich zu vielen anderen Kantonen – in denen zum Teil auch für die Leg-

islative noch das Majorzwahlverfahren gilt – eine sehr weitgehende Verwirklichung der Erfolgswertgleichheit. Unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit ist auch zu beachten, dass die Beschwerdeführerin 1 mit 0.476% der Listenstimmen weit unter dem Stimmenanteil lag, der ihr ohne Quorum einen Sitz im Kantonsrat verschafft hätte (die Grenze für ein Mandat liegt bei insgesamt 80 Kantonsratssitzen bei etwa 1.25%). Der Grund hierfür liegt wohl weniger im Faktum eines gesetzlichen Quorums, sondern vielmehr darin, dass sich die Beschwerdeführerin als bis anhin weitgehend unbekannte Gruppierung erstmals an den Kantonsratswahlen beteiligt hat und nur in drei von elf Gemeinden zur Wahl angetreten ist.

e) Die Zahl der gewichtslosen Stimmen wird mit der zugerischen Lösung auf ein Minimum begrenzt. Unter dem Kantonsquorum von 3% könnten ohne Quorum höchstens zwei Sitze erreicht werden, für die ca. 2.5% der Listenstimmen erforderlich wären. Wer mehr als 3% der Listenstimmen erreicht, liegt bald im Bereich von mutmasslich drei Sitzen (...). Es ist (...) (auch) nicht zu sehen, wie § 52c Abs. 3 WAG die Bundesverfassung oder den UNO-Pakt II (Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, abgeschlossen am 16. Dezember 1966, für die Schweiz in Kraft getreten am 18. September 1992) in unzulässiger Weise verletzen soll (gerade nach Art. 25 des UNO-Paktes II verletzen nicht alle, sondern nur unangemessene Einschränkungen das freie Stimm- und Wahlrecht). Die zugerische Lösung fügt sich auch aus föderalistischer Optik gut in die gesetzlichen Regelungen der umliegenden Kantone Aargau und Zürich ein, welche im Verlauf der letzten zehn Jahre ebenfalls das Wahlsystem des sogenannten doppelten Pukelsheim eingeführt haben und die auch ein gesetzliches Quorum zur Vermeidung der Zersplitterung des Kantonsparlaments durch viele Kleinparteien kennen. Ebenfalls nicht unerwähnt bleiben soll, dass in unserem nördlichen Nachbarland, der Bundesrepublik Deutschland, sowohl auf Bundes- wie auf Länderebene ein Quorum von 5% gilt. Wird dieses nicht erreicht, so besteht kein Anspruch auf Sitze im Bundestag oder in den Länderparlamenten.

f) Dass es sich beim 3%-Quorum auf Kantonsebene im WAG nicht um eine ungewöhnliche gesetzliche Sondernorm handelt, zeigt auch ein Hinweis auf § 30 Abs. 1 lit. k des Steuergesetzes vom 25. Mai 2000 (StG, BGS 632.1). Gemäss dieser seit dem 1. Januar 2012 in Kraft stehenden Bestimmung können Mitgliederbeiträge und Zuwendungen an politische Parteien bis zu einem Gesamtbetrag von Fr. 20'000.– vom steuerbaren Einkommen in Abzug gebracht werden, wenn diese im Register nach Art. 76a des Bundesgesetzes über die politischen Rechte vom 17. Dezember 1976 eingetragen sind, wenn sie in einem kantonalen Parlament vertreten sind oder wenn sie in einem Kanton bei den letzten Wahlen des kantonalen Parlaments mindestens 3% der Stimmen erreicht haben. Das Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Januar 1990 (DBG, SR 642.11) enthält eine wörtlich identische Regelung, wobei der Höchstbetrag auf Fr. 10'100.– festgelegt ist. Die beiden erwähnten gesetzlichen Regelungen basieren auf Art. 9 Abs. 2 lit. I des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinde vom

14. Dezember 1990 (StHG, SR 642.14). Diese Formulierung erlaubt eine rechtsgleiche Anwendung in allen Kantonen und wurde so gewählt, dass in Kantonen, welche über eine hohe Sperrklausel für den Einzug ins Parlament verfügen, auch Parteien berücksichtigt werden können, die zwar nicht den Einzug ins Parlament geschafft haben, aber doch über eine gewisse Wählerschaft verfügen (vgl. hierzu den Bericht der staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 16. Juni 2008, BBl. 2008, 7463 ff.).

7. Insgesamt ergibt sich, dass die Beschwerde abgewiesen werden muss, soweit darauf eingetreten werden kann.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 13. November 2013 V 2014 / 145

Eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 9. Dezember 2014 abgewiesen.

3. Denkmalschutz

3.1 § 25 DMSG

Regeste:

§ 25 DMSG – Die Voraussetzungen des sehr hohen wissenschaftlichen, kulturellen oder heimatkundlichen Werts des Denkmals sind nicht erfüllt, wenn nur ein kleiner Teil eines Gebäudes an sich schutzwürdig ist. Die Unterschutzstellung wäre unter diesen Umständen unverhältnismässig.

Aus dem Sachverhalt:

A. A.B. ist Alleineigentümer der Liegenschaft GS Nr. 000, Vorstadt 00, Zug. Mit Schreiben vom 10. März 2011 liess er beim Amt für Denkmalpflege und Archäologie das Gesuch stellen, sein Gebäude sei aus dem Inventar der schützenswerten Denkmäler zu entlassen bzw. – sofern dies aus Sicht des Amtes (noch) nicht in Frage käme – sei das formelle Unterschutzstellungsverfahren einzuleiten, damit er verbindliche Grundlagen für sein weiteres Vorgehen bekomme. Mit Beschluss vom 30. Oktober 2012 stellte der Regierungsrat das Wohnhaus als Baudenkmal von regionaler Bedeutung unter kantonalen Schutz.

B. Gegen diesen Beschluss liess A.B. am 5. Dezember 2012 beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Beschwerde einreichen und dessen Aufhebung beantragen. Zudem stellte er die Anträge, dass das Wohnhaus mit Laden aus dem Inventar der schützenswerten Denkmäler zu entlassen sei; eventuell sei der Regierungsrat anzuweisen, das Gebäude aus diesem Inventar zu entlassen. Eventualiter sei die Sache zur Neu beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Am 7. Januar 2014

verzichtete der Stadtrat Zug auf eine Vernehmlassung und verwies stattdessen auf seine Stellungnahme vom 29. November 2011 zuhanden des Amtes für Denkmalpflege und Archäologie, mit welchem er eine Un-terschutzstellung ablehnte. Mit Stellungnahme vom 25. Januar 2013 beantragte die Direktion des Innern in Vertretung des Regierungsrates die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolgen zulasten des Beschwerdeführers.

C. Am 19. März 2013 führte das Verwaltungsgericht mit den Betroffenen einen Augenschein durch. In diesem Zusammenhang ergab sich, dass die Beurteilung der Qualität der baulichen Substanz des Gebäudes das Einholen einer Expertise erfordert. Der Beschwerdeführer und der Beschwerdegegner nannten übereinstimmend dipl. Bauing. ETH/SIA L.M. als Experten, weshalb dieser mit der Erstellung des Gutachtens beauftragt wurde. Das Gutachten wurde am 15. Juli 2013 erstattet. Die Parteien erhielten Gelegenheit, sich zu den Schlussfolgerungen des Gutachtens zu äussern.

Aus den Erwägungen:

1. a) (...)

b. A.B. ist Eigentümer der Liegenschaft GS Nr. 000 an der Vorstadt. Die ganze Liegenschaft, welche ungefähr die Form eines um 90° nach links gedrehten Buchstaben L hat, umfasst 500 m². Das Wohn- und Geschäftshaus Assek. Nr. 486a hat eine Grundfläche von 108 m². Die gegen die Strasse bzw. den See gerichtete Hauptfassade ist rund 6,4 m breit. Die Parzellengrenze im Süden misst rund 39 m. Auf dem Grundstück befindet sich anschliessend an das Haus im Osten ein Schopf, Assek. Nr. 486b, mit einer Grundfläche von 35 m². Der Rest ist Gartenanlage (168 m²) bzw. übrige befestigte Fläche (189 m²). Das Gebäude Vorstadt 00 ist Teil einer Zeile, welche heute aus 16 einzelnen Gebäuden besteht. Die Zeile wird durch die Einfahrt der Schmidgasse in die Vorstadt zwischen den Häusern Nr. 18 und 20 unterbrochen. Die drei Häuser Nr. 2, 4 und 6 wurden im Jahr 1993 (vormals standen dort nur zwei Häuser), Nr. 8 ebenfalls im Jahr 1993, Nr. 10 im 1992 und Nr. 12 im Jahr 1980 erstellt. Das Haus Nr. 20 wurde 1977 erbaut. Das letzte Haus der Zeile, Nr. 32, wurde im Jahr 1996 neu gebaut. Drei von vier sogenannten Kopfbauten sind somit Neubauten. Alle noch bestehenden alten Häuser Nr. 14, 16, 18, 22, 24, 26, 30 wie auch das hier strittige Haus Nr. 28 (Wohnhaus mit Laden) sind als schützenswerte Liegenschaften inventarisiert. Keines befindet sich im Verzeichnis der geschützten Denkmäler (Stand 27. November 2013). Diese Liegenschaften liegen gemäss geltendem Zonenplan der Stadt Zug in der Kernzone, diese überlagert von einer Ortsbildschutzzone. Hingegen wird dieses Gebiet nicht mehr vom Altstadtperimeter erfasst. Die Vorstadtzeile ist im Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz als Baugruppe von nationaler Bedeutung (ISOS) enthalten.

Mit Beschluss vom 30. Oktober 2012 stellte der Regierungsrat das Wohnhaus mit

Fischhandlung, Assek. Nr. 486a, als Baudenkmal von regionaler Bedeutung unter Schutz. Der Schutzzumfang betrifft den Standort des Gebäudes, seine äussere Erscheinung und die historische Bausubstanz im Sinne der Erwägungen. Im Laufe des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens wurden die geschützten Teile präzisiert. Demgemäss stehen die gegen den See gerichtete Fassade sowie die beiden «Frontzimmer» des ersten und zweiten Obergeschosses unter Schutz. Die seeseitigen Zimmer sollen im Grundriss und in der Höhe erhalten bleiben, nicht aber in ihrer Innenausstattung. Der mittlere sowie der hintere Teil dürfen nach der Meinung des Regierungsrates einem neuen Anbau weichen.

2. a) Das Gesetz über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz vom 26. April 1990 (Denkmalschutzgesetz, DMSG, BGS 423.11) löste das Gesetz über den Schutz historischer Baudenkmäler vom 27. Februar 1964 ab. Nach dem damaligen Gesetz galten gemäss § 2 als schutzwürdige Baudenkmäler Werke, die einen besonderen wissenschaftlichen, künstlerischen, historischen oder heimatkundlichen Wert aufwiesen, wie Bürger- und Bauernhäuser, Speicher sowie andere Gebäude oder Gebäudeteile (§ 2 Abs. 1 lit. b). Im nun geltenden Gesetz hält § 2 Abs. 1 fest, dass Denkmäler unter anderem Einzelbauten sowie in einer engen Beziehung hiezu stehende bewegliche Objekte sind, die einen sehr hohen wissenschaftlichen, kulturellen oder heimatkundlichen Wert aufweisen. Je nach ihrem Wert sind Denkmäler und Kulturgüter von nationaler, regionaler oder lokaler Bedeutung (§ 2 Abs. 3 DMSG). Objekte, deren Schutz erwogen wird, sind im Inventar der schützenswerten Denkmäler festzuhalten (§ 5 DMSG). Objekte, an deren Erhaltung ein sehr hohes öffentliches Interesse besteht, werden unter kantonalen Schutz gestellt und in das Verzeichnis der geschützten Denkmäler eingetragen. Paragraph 25 Abs. 1 DMSG regelt die Unterschutzstellung: Demnach entscheidet der Regierungsrat über die Unterschutzstellung. Er beschliesst sie, wenn a) das Denkmal von sehr hohem wissenschaftlichen, kulturellen oder heimatkundlichen Wert ist; b) das öffentliche Interesse an dessen Erhaltung allfällige entgegenstehende Privatinteressen überwiegt; c) die Massnahme verhältnismässig ist; d) die dem Gemeinwesen entstehenden Kosten auch auf Dauer tragbar sind. Das öffentliche Interesse verlangt, dass ein Baudenkmal aus anderen Objekten herausragt (vgl. Walter Engeler, Das Baudenkmal im schweizerischen Recht, Zürich/St. Gallen 2008, S. 48 f., 205 f.).

Aus den Materialien zum Denkmalschutzgesetz aus dem Jahr 1989 ist nicht zu entnehmen, was unter den unbestimmten Rechtsbegriffen «wissenschaftlicher, kultureller und heimatkundlicher Wert» zu verstehen ist. Auch die Revision vom 28. August 2008 brachte diesbezüglich keine Klärung. Die in § 25 Abs. 1 lit. a DMSG aufgeführten Rechtsbegriffe haben im Jahr 2008 insofern eine Veränderung bzw. Verschärfung erfahren, als jetzt ein Denkmal von sehr hohem wissenschaftlichen, kulturellen oder heimatkundlichen Wert sein muss, damit es unter Denkmalschutz gestellt werden darf. Bei diesen Qualifikationen handelt es sich jeweils um unbestimmte Rechtsbegriffe. Davon spricht man, wenn eine gesetzliche Bestimmung die

Voraussetzungen einer Rechtsfolge in offener unbestimmter Weise umschreibt. Jede offen formulierte Norm räumt einen gewissen Ermessensspielraum ein. Die Ausübung des Ermessens kann jedoch im Verwaltungsgerichtsverfahren dann nicht überprüft werden, wenn Entscheide des Regierungsrates zu überprüfen sind. Auch bei der Überprüfung der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen ist nach herrschender Lehre und Rechtsprechung eine gewisse Zurückhaltung durch eine gerichtliche Instanz angezeigt. Auch das Bundesgericht übt in diesen Fällen Zurückhaltung und billigt den Verwaltungsbehörden einen gewissen Beurteilungsspielraum zu, wenn der Entscheid besonderes Fachwissen oder Vertrautheit mit den tatsächlichen Verhältnissen voraussetzt und soweit die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt wurden (BGE 135 II 384, Erw. 2.2.2). Das Bundesgericht hat mehrfach festgehalten (vgl. BGE vom 23. Februar 2011, 1C_555/2010, Erw. 2.1; BGE vom 15. März 2010, 1C_543/2009, Erw. 2.3), dass «bei der Prüfung der Frage, ob ein Objekt Schutz verdient, eine sachliche, auf wissenschaftliche Kriterien abgestützte Gesamtbeurteilung Platz zu greifen hat, welche den kulturellen, geschichtlichen, künstlerischen und städtebaulichen Zusammenhang eines Bauwerks berücksichtigt. Eine Baute soll als Zeuge und Ausdruck einer historischen, gesellschaftlichen, wissenschaftlichen und technischen Situation erhalten bleiben. Da Denkmalschutzmassnahmen oftmals mit schwerwiegenden Eigentumseingriffen verbunden sind, dürfen sie aber nicht lediglich im Interesse eines begrenzten Kreises von Fachleuten erlassen werden. Sie müssen breiter abgestützt sein und von einem grösseren Teil der Bevölkerung befürwortet werden, um Anspruch auf eine gewisse Allgemeingültigkeit erheben zu können. Schliesslich gilt auch für Denkmalschutzmassnahmen der Grundsatz der Verhältnismässigkeit.» Verhältnismässigkeit bedeutet, dass der Eingriff in das Grundrecht des Privaten für das Erreichen des im öffentlichen Interesse liegenden Zieles geeignet, notwendig und für den Betroffenen zumutbar ist. Dabei ist aber festzuhalten, dass rein finanzielle Interessen bei ausgewiesener Schutzbedürftigkeit für sich genommen nicht ausschlaggebend sein können (BGE vom 23. Februar 2011, 1C_555/2010, Erw. 2.4, mit Verweisen).

b) Die Vorstadtzeile ist als Baugruppe im ISOS aufgenommen. Das Erhaltungsziel wird mit der obersten Kategorie A definiert (ISOS Zug, Gemeinde Zug, Kanton Zug, 2. Fassung 03.2000, S. 254). In den Erläuterungen (S. 266) wird ausgeführt, dass «nördlich des Postplatzes die nach dem Ufereinbruch noch verbliebene Häuserzeile die mittelalterliche Seefront über etwa 100 Meter Länge fortsetzt. In der Substanz gehen die drei- bis viergeschossigen Bauten auf das 16. Jahrhundert zurück, ihre heutige Gestalt prägen mehrheitlich klassizistische Fenster (in den Obergeschossen) sowie neue Laden- und Restaurantbauten im Erdgeschoss. Die Neubauten an den Enden der Zeile passen sich in der Gliederung den Altbauten an.» Bundesinventare wie das ISOS sind auch bei der Erfüllung von kantonalen und kommunalen Aufgaben von Bedeutung. Ihrer Natur nach kommen sie Sachplänen und Konzepten im Sinne von Art. 13 RPG (SR 700) gleich. Auf diese Weise finden sie Eingang in die konkrete

Nutzungsplanung und sind daher von den zuständigen Behörden bei ihrer Planung zu berücksichtigen (vgl. BGE 135 II 209 Erw. 2.1). In Nachachtung dieses Stufenprinzips in der raumwirksamen Planung befindet sich die Vorstadt folgerichtig in einer städtischen Ortsbildschutzzone. Zweck und Auswirkung dieser Zone sind in § 61 der Bauordnung der Stadt Zug vom 7. April 2009 (BO) konkretisiert. Demgemäss bezwecken die Ortsbildschutzzonen den Erhalt und die Weiterentwicklung des jeweiligen Orts- und Quartierbildes sowie der jeweiligen charakteristischen Baustruktur (...).

c) In Würdigung dieser gesetzlichen Regelungen kann vorab festgestellt werden, dass die Anliegen des Ortsbildschutzes und des Denkmalschutzes sich in gewissen Teilen überlagern, aber jedenfalls nicht gleichzusetzen sind (...).

4. a) Das Haus Vorstadt 00 ist in drei Schichten gegliedert: die seeseitigen Frontzimmer, der mittlere Gebäudeteil sowie die rückwärtigen, gegen Osten gelegenen Räume. Vor circa 80 Jahren wurde das Haus um eine dritte Etage aufgestockt, weshalb der Dachgiebel ungefähr die gleiche Höhe wie die beiden Nachbarhäuser aufweist. Das Haus dient als Einfamilienhaus. Die bestehende hausinterne Erschliessung lässt nicht zu, dass es in verschiedene Wohnungen unterteilt werden kann. Unbestrittenermassen ist noch historische Bausubstanz vorhanden: Bestehende Holzstrukturen im Kern des Hauses stammen gemäss den dendrochronologischen Messungen aus den Jahren zwischen 1670 und 1675. Der Beschwerdeführer bestreitet nebst den für eine Unterschutzstellung geforderten Werten und dem überwiegenden öffentlichen Interesse insbesondere die Verhältnismässigkeit und Zumutbarkeit der Anordnung. Die bestehende Substanz des Hauses lasse eine vertretbare Sanierung nicht zu.

b) Zur Klärung des Zustandes der baulichen Substanz wurde dipl. Bauing. ETH/SIA L. M. mit der Erstellung eines Gerichtsgutachtens beauftragt. Er zog seinerseits mit Zustimmung des Gerichts noch einige Spezialisten (Fachleute für Heizung / Sanitär / elektrische Installationen / Zimmerei) bei. Am 15. Juli 2013 erstattete er das Gutachten. Die Schlüsse daraus lauten wie folgt:

- Zur baulichen Substanz des Gebäudes im Allgemeinen führte er aus, dass die Holzstrukturen der oberen Geschosse aus Fichte bestünden und – soweit sichtbar – gesund seien. Allerdings seien wegen möglicher Schädigung der Fassade die Balkenköpfe nicht freigelegt worden. Die bestehenden Tragstrukturen genügten zwar den heutigen Anforderungen und Normen bezüglich Tragfähigkeit. Es sei aber zu berücksichtigen, dass alle Decken nicht schallisoliert seien. Müsste eine solche eingebracht werden, müssten die Tragelemente verstärkt werden. Zudem würden die Raumhöhen von heute 1.90 m bis 2.09 m noch mehr reduziert werden. Die Decken hätten alle eine Neigung von mehreren Zentimetern zur Westfassade. Diese Einsenkungen seien wahrscheinlich Folge der Aufstockung von

1938/39. Der Baugrund bestehe aus locker gelagerten Sanden, vermischt mit Seekreide und erreiche erst in einer Tiefe von etwa 10 m eine leicht erhöhte Festigkeit. Eine Nachbesserung der Schallisolation der Decken und Innenwände, die nur mit Gewicht zu erreichen sei, würde weitere Setzungen hervorrufen mit zu erwartender Beeinflussung auf die Nachbarliegenschaften. Das Haus befinde sich heute in einem labilen Gleichgewicht zwischen Erdwiderstand und Hausgewicht. Das Haus sei nicht isoliert.

- Zur Frage nach der baulichen Substanz der Grundkonstruktion, die mutmasslich im 17. Jahrhundert erstellt wurde, äusserte er ergänzend, dass nach Beurteilung des beigezogenen Zimmermeisters eine der beiden Deckenbalken gesägt sei, was als Bearbeitungsmethode ab dem 19. Jahrhundert angewandt worden sei. Die Stärke der Decken betrage im Erdgeschoss ca. 20 cm, im 1. OG 18 cm und im 2. OG 26 cm. Die seeseitigen Räume in den beiden Geschossen beständen aus einer Stube von 3.75 x 4.8 m und einer mit einer dünnen Holzwand abgetrennten Nebenstube von 2.35 m Breite. 1969 sei der Laden erneuert worden und die zwei Fenster zur Strasse zu einem zusammengefasst worden. Die Fassade sei mit einem Stahlträger mit Zwischenabstützung abgefangen worden. Die mit Fliesen belegten Wände und Boden seien rissfrei, weshalb die Setzungen vor dieser Erneuerung hätten aufgetreten sein müssen. Da eine Tragwand weggefallen sei, hätten die Deckenbalken im Bereich des Kachelofens im Obergeschoss verstärkt werden müssen. Die dahinter liegenden Keller- und Nebenräume seien im Originalzustand.
- Zum Zustand der Substanz der Auf- und Ausbauten des Jahres 1938/39 hält das Gutachten fest, dass diese das 3. OG mit ostseitigem Balkon, Estrich, Dachgebälk mit Ziegeleindeckung umfassten. Es sei eine neue Treppenanlage gebaut worden. Auf eine Trennung der beiden Wohnungen sei verzichtet worden. Die daraus sich ergebenden Störungen und die fehlende Schallisolation hätten dazu geführt, dass die obere Wohnung nach etlichen Versuchen nicht mehr vermietet worden sei. Die Geschwister Speck bewohnten nur das 1. und 2. OG. Eine Wärmeisolation fehle überall. Die Tragstrukturen seien genügend dimensioniert und in gutem Zustand. Die Raumhöhen entsprächen den heutigen Erfordernissen; die Räume seien aber nie erneuert worden und ständen leer.
- Die Feststellung des Regierungsrates, dass sich «die vorliegende Gebäudesubstanz grundsätzlich in gutem Zustand befinde», könne in statischer Hinsicht bejaht werden mit der Einschränkung, dass der Zustand der Balken im Fassadenbereich nicht bekannt sei. Zudem sei festzustellen, dass eine Wärmeisolation total fehle, dass in allen Geschossen die seeseitigen Böden geneigt seien, dass die Böden beim Begehen z.T. spürbar vibrierten und dass Strominstallationen und Heizung erneuerungsbedürftig seien. Zur vom Regierungsrat vorgebrachten Faustregel, dass eine Unterschutzstellung verhältnismässig sei, solange die künftige Ausnützung der Baute und die Anpassung an moderne Raumausnützung-

bedürfnisse nicht schlechterdings verunmöglicht sei, sei anzumerken, dass eine Anpassung an heutige Bedürfnisse eine thermische Isolation der Fassaden und des Dachbereichs, eine Schallisolation in den Decken und Innenwänden und damit eine Vergrösserung der Decken- und Wandstärken erfordere. Das führe zur Verkleinerung der Räume und insbesondere der Raumhöhen, die damit unter 2.0 m liegen würden. Diese Reduktion der Raumhöhen entspreche nicht den heutigen Vorschriften und Massstäben, weshalb die Decken ab dem 1. OG anzuheben wären. Dies hätte aber Auswirkungen auf die geschützte Fassade, da die Fenster auch zu verschieben wären. Auch der Dachstuhl könne nicht auf heutiger Höhe gehalten werden. Die Treppenanlage wäre neu zu gestalten, damit eine Trennung der beiden Wohnungen erreicht werden könne, und die Treppentritte nicht von unregelmässiger Höhe wären.

- Die Frage, ob das Objekt so saniert werden könne, dass damit anschliessend auch ein kostendeckender Mietzins erzielt werden könne, verneinte der Gutachter. Erfahrungsgemäss seien Umbauten im gleichen baulichen Umfang teurer als Neubauten. Hier komme erschwerend und enorm verteuern dazu, dass sich die Baute auf miserablen Baugrund befinde. Mit der Sanierung müsste eine genügende Schallisolation erzielt werden, was nur mit einem Mehrgewicht der Decken zu erreichen wäre. Das hätte zur Folge, dass die Baute neu fundiert (Pfähle mit entsprechenden Betonriegeln) werden müsste. Die Raumhöhen würden dann nur noch 1.8 bis 2.0 m betragen. Wie weit durch die Neufundation der neuzeitliche Laden abgebrochen werden und neu gebaut werden müsste, könne aktuell wegen der nicht zulässigen Sondierungen nicht festgestellt werden. Pläne seien zudem weder bei Eigentümer noch beim Architekten auffindbar.
- Sofern das Gebäude im heutigen Zustand mit allen erschwerenden Umständen für die Bewohner belassen werde, sei eine Sanierung des Fundamentes / Tragkonstruktion / Statik nicht nötig.

(...)

5. (...)

c) Der Denkmalschutz hat die Zielsetzung, ein Objekt langfristig erhalten zu können. Das Gutachten hat aufgezeigt, dass das Haus für den Eigentümer und seine Schwester, welche in diesem Haus aufgewachsen sind, durchaus bewohnbar ist, dass aber der heutige Zustand weder den zeitgemässen Wohnansprüchen eines Dritten genügt noch in baulicher Hinsicht unter allen Aspekten (Lärmschutz nach aussen und hausintern, Wärmeschutz, Heizungstechnik, elektrische und sanitäre Installationen etc.) eine nachhaltige Zukunft hat. Die im Detail beschriebenen Raumverhältnisse und der Zustand lassen diesen Schluss ohne weiteres nachvollziehen. Um das Haus langfristig bewohnbar zu erhalten, wird eine tiefgreifende Sanierung nicht zu umgehen sein. Der Gutachter hat plausibel dargelegt, dass die Substanz und die Tragkonstruktion zwar so lange genügen, als das Haus im unveränderten Zustand

bleibt. Sobald es aber wegen der in Zukunft fraglos notwendigen Sanierungsmaßnahmen stärker belastet wird, muss es angesichts der bisherigen Absenkung und des labilen Baugrundes stabilisiert werden, wozu massive und kostenintensive Eingriffe nötig werden. Unbestrittenermassen kann das Haus nur sinnvoll in einzelne Wohnungen unterteilt werden, wenn die Erschliessung neu konzipiert wird. Dies dürfte mit ein Grund sein, dass der Regierungsrat auch «nur» die seeseitige Unterschutzstellung (vier Zimmer und Fassade) verfügt hat. Abgesehen von der alten Holzkonstruktion des Gebäudes bieten diese vier Zimmer allerdings nichts, was aus denkmalpflegerischen Überlegungen erhaltenswürdig ist. Die Decken-, Wand- und Bodenbeläge sind nicht schützenswert. Die Räume sind sehr klein, sind auch ohne Isolationsschicht äusserst niedrig und senken sich gegen Westen ab. Der vom Beschwerdegegner vorgeschlagene Weg, den seeseitigen Teil zu belassen, die zweite und dritte Schicht umzubauen oder neu zu erstellen, hätte entweder die Folge, dass die Wohnebenen massiv verschoben würden oder – sofern die Decke des 1. OG nach oben versetzt würde – bei unveränderter Fassade die Fenster im 2. OG zu tief angeordnet wären. Zusammenfassend kann in Würdigung des Gutachtens festgestellt werden, dass nur mit einer umfassenden Sanierung die längerfristige Zukunft des Hauses gesichert werden kann. Unwidersprochen ist auch geblieben, dass die notwendige und zweckmässige Sanierung nicht bei Aufrechterhaltung der gegebenen Zustände kostendeckend realisiert werden könnte. Dieser Ansicht stimmt im Übrigen auch mit der Meinung des Stadtrates Zug überein. Unbestritten ist aber, dass angesichts der heutigen technischen Möglichkeiten eine Sanierung des Gebäudes im vom Regierungsrat verfügten Umfang technisch möglich ist.

6. Die Verhältnismässigkeit und Zumutbarkeit einer Unterschutzstellung kann umso eher bejaht werden, umso höher die Schutzwürdigkeit eines Objektes zu gewichten ist. Verlangt wird, dass ein Objekt unter den anderen recht eigentlich herausragt und von bedeutendem kulturellen Wert ist (vgl. W. Engeler, a.a.O., S. 205). Ein Gegenstand der Vergangenheit mit besonderem Zeugnischarakter wird durch das erkennende Betrachten der Gesellschaft zum Denkmal (vgl. Eidgenössische Kommission für Denkmalpflege, Leitsätze zur Denkmalpflege in der Schweiz, 1. Aufl., Zürich, S. 13). Das öffentliche Interesse und nicht bloss das Interesse der interessierten Fachkreise muss das allfällige private Interesse überwiegen. Es ist daher im Folgenden zu prüfen, ob die Schutzwürdigkeit in dem Masse beim Haus Vorstadt 28 gegeben ist, welche die Unterschutzstellung rechtfertigt.

a) Paragraph 25 Abs. 1 lit. a DMSG definiert ein Denkmal als Objekt von sehr hohem wissenschaftlichem, kulturellem oder heimatkundlichem Wert. Diese Wertqualifikationen können nicht messerscharf unterschieden werden, sie überlagern sich und die schützenswerten Faktoren können verschiedenen Kategorien zugordnet werden. Die Werte müssen nicht kumulativ erfüllt werden. Sollte aber doch nur eine Wertkategorie bejaht werden können, muss dieses in einem herausragenden Masse gegeben sein.

a/aa Der Beschwerdegegner hält fest, dass ein Gebäude dann schutzwürdig sei, soweit noch ein relevanter Teil der historischen Bausubstanz vorhanden sei und in zumutbarer Weise erhalten werden könne. Er begründet hier den wissenschaftlichen Wert mit der Tatsache, dass an der Vorstadt nur noch wenig historische Substanz vorhanden sei, weshalb die verbliebene Substanz für die Erforschung der mittelalterlichen und neuzeitlichen Baugeschichte so bedeutend sei. Diese Substanz sei Träger verschiedener Informationen zur Stadtgeschichte, Handwerkertradition, Materialkunde, Bautechnik, Sozialgeschichte usw. Vorliegend stammt die Holzkonstruktion aus dem 17. Jahrhundert. Nach Ansicht des Regierungsrates beschränkt sich der schützenswerte Umfang im Wesentlichen nur auf diese Grundkonstruktion mit der dadurch gegebenen Grundfläche und Höhe der vier seeseitigen Zimmer sowie auf die Fassade, wobei auch nur gerade das 1. und 2. OG mit ihren Fenstereinteilungen eine ältere Geschichte aufweisen. Die Böden und Decken sind einfach ausgestattet und nicht erhaltenswert. Damit ist insgesamt nur ein sehr geringer Anteil überhaupt noch vorhanden, der über die Geschichte des Hauses Rechenschaft abgeben könnte. Der Regierungsrat begnügt sich denn auch mit allgemein gehaltenen Begründungen, die in dieser Art für jedes zu schützende Denkmal gelten. Er unterlässt es konkret darzutun, welche Erkenntnisse sich im Besonderen aus der zu erhaltenden Grundkonstruktion ergeben oder erst von späteren Generationen gewonnen werden können, die nicht schon in ausgeprägter und umfassender Weise an anderer Stelle erhoben und erhalten wurden. Er führt auch nicht aus, inwiefern der zu schützende Hausteil noch Forschungsobjekt ist bzw. welche Informationen noch weiterer Abklärungen bedürfen. Allein der Verweis auf das (hohe) Alter einer Baute kann nicht allein als Begründung für eine Unterschutzstellung genügen, dürfte nach dieser Argumentationsweise letztlich nichts mehr verändert oder zerstört werden, da jeder Bauschritt eines Hauses Zeuge seiner Zeit ist.

a/bb Der kulturelle Wert wird mit der geschichtlichen, der architektonisch-typologischen und der Standortbedeutung des Denkmals begründet. Namentlich mit dem über dem Sockelgeschoss zweigeschossigen Ständerbau und mit der typischen Raumeinteilung in drei Schichten habe das Haus einen hohen architektonisch-typologischen Wert. Inwiefern diese Architektur beim Haus Vorstadt 28 in besonderer Weise, gegenüber anderen Bauten in herausragender Art das sogenannte typische Zugerische noch zeigt, erschliesst sich aus der Begründung nicht. In diesem Zusammenhang darf berücksichtigt werden, dass die hervorgehobene dreischichtige Raumeinteilung nach Darstellung des Stadtrates in der Altstadt in viel umfassenderer Weise noch erhalten ist (und bleibt). Da selbst der Beschwerdegegner aus Gründen der Zumutbarkeit von einem Schutz des gesamten Gebäudes abgesehen hat, damit der mittleren und hinteren Gebäudeschicht nicht eine zwingende oder zumindest zweckmässige Schutzwürdigkeit zuerkennt, kann dieses Element nicht in rechtlich genügender Weise für die Unterschutzstellung der verbleibenden Gebäudeschicht erhalten. Für die Schutzwürdigkeit der Fassade im Erdgeschoss, welche im Jahr 1969 wesentlich verändert wurde, fehlt jegliche Begründung. Soweit der Beschw-

erdegegner für den Erhalt der Fassade im 3. OG die Bedeutung der Zuger Architekten Dagobert Keiser/Richard Bacher erwähnt, die für die Aufstockung des Hauses verantwortlich gewesen seien, ist dem entgegenzuhalten, dass in der Stadt Zug bedeutendere Werke dieser beiden Architekten Zeugnis ihrer Arbeit ablegen (z. B. Theater-Casino, Neustadt-Schulhaus u.a.m.). Der Innenraum des 3. OG weist aber nach übereinstimmenden Parteiaussagen keine schützenswerten Qualitäten auf. Dass hier der Regierungsrat im Zusammenhang mit der Aufstockung von bedeutenden architektonischen Spuren spricht, erscheint in dieser hohen Bewertung als nicht nachvollziehbar.

a/cc Der heimatkundliche Wert betrifft die identitätsstiftende Bedeutung eines Bauwerkes. Ein Objekt aus vergangener Zeit wird durch menschliches Erkennen und Interpretieren zum Denkmal (vgl. Leitsätze EKD, a.a.O., S. 15). Identitätsstiftend ist die Augenfälligkeit der Position. Ein Abbruch würde als Verlust der eigenen Identität und Geschichtlichkeit empfunden. Es fragt sich, ob das Haus Vorstadt 28 diesen hohen Anspruch zu erfüllen vermag. Der Beschwerdegegner sieht dieses Haus als Objekt der Erinnerung an die Vorstadtkatastrophe. Beim Uferabbruch sei es unmittelbar an der Kante stehen geblieben, während die gegenüberliegenden Bauten im See versunken seien, weshalb ihm als Zeitzeuge der Vorstadtbebauung des 17. Jahrhunderts, zusammen mit den anderen Gebäuden der Vorstadt, eine ausserordentliche Bedeutung zukomme. Dass der Uferabbruch ein historisch bedeutsames Ereignis in der Zuger Stadtgeschichte darstellt, bedarf keiner Erläuterung. Der Beschwerdegegner wendet hingegen zu Recht ein, dass sich aus einem einzelnen Haus keine vertieften Erkenntnisse der Katastrophe ableiten lassen. Der Beschwerdegegner hat nicht vorgebracht und es ist aus den Akten, namentlich aus dem Gutachten, nicht ersichtlich, dass als Folge des Uferabbruches irgendwelche massgebliche bauliche Massnahmen am hier strittigen Objekt getätigt worden sind, die noch Zeugnis von der Katastrophe ablegen. Tatsächlich lässt sich in der noch bestehenden Zeile nichts ablesen, was auf die Katastrophe noch hinweisen könnte. Die seeseitige Aufschüttung (Rössliwiese) mit der grosszügigen Quaianlage lässt heute im Gegenteil nicht mehr erkennen, dass sich früher an diesem Ort noch weitere Häuser befanden oder wo die damalige Uferlinie verlief. Es lässt sich nicht ablesen, ob die Frontseiten der Vorstadtzeile sich nur gegen die Strasse mit gegenüberliegenden Häusern oder – wie heute – allein gegen den See wandten. Fraglos hat das Ensemble der Vorstadt einen hohen heimatkundlichen und identitätsstiftenden Wert in dem Sinn, als sich die Architektur des Ganzen für die Öffentlichkeit als Fortsetzung der alten Stadt präsentiert. Ob hingegen die Gesellschaft das drittletzte Haus in der Zeile und vor rund 80 Jahren aufgestockte Gebäude als historisches, kulturell bedeutendes Mahnmal für den Uferabbruch wahrnimmt – und genau diese Wahrnehmung wäre nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung für eine Unterschutzstellung zu fordern – erscheint immerhin so zweifelhaft, dass sich damit die (sehr) hohe identitätsstiftende Wirkung gerade dieses Hauses nicht mehr bejahen lässt.

b) Die Würdigung der vom Beschwerdegegner dargelegten Gründe für die teilweise Unterschutzstellung des Hauses Vorstadt 28 ergibt, dass schützenswerte Faktoren durchaus gegeben sind, diese aber weder einzeln noch zusammengenommen die Werte im Sinne von § 25 Abs. 1 lit. a DMSG im geforderten sehr hohen Mass erfüllen. Zwar ist zuzugeben, dass die graduellen Abstufungen der Werteanforderungen des DMSG für die Beurteilung der Schutzwürdigkeit eines Objektes kaum justizierbar sind. Die Bewertungen lassen sich nur bis zu einem gewissen Punkt objektivieren. Immerhin muss aber verlangt werden, dass eine Unterschutzstellung im Einzelfall die konkreten und spezifisch herausragenden Kriterien benennt und sich nicht in der Hauptsache mit allgemein gültigen Kernsätzen begnügt. Soweit der Beschwerdegegner beispielsweise fordert, die Authentizität des Denkmals, d.h. seine Existenz in seiner möglichst vollständig überlieferten Materie mit all ihren Zeitspuren, sei Voraussetzung dafür, dass auch spätere Generationen seine Vielschichtigkeit erkennen und interpretieren könnten (vgl. Erw. C lit. c des RRB, wörtlich so auch die Leitsätze der EKD, a.a.O., S. 13), ist nicht einzusehen, wie im vorliegenden Fall ein solcher Anspruch eingelöst werden kann, wenn im Wesentlichen nur ein einziger Faktor von physisch relativ geringem Ausmass (hier die alte Holzstruktur) erhalten bleiben muss.

War im Gesetz von 1964 noch ein «besonderer» Wert gefordert, verlangt das DMSG einen «hohen» resp. seit der Revision von 2008 einen «sehr hohen» Wert der zu berücksichtigenden Kriterien. Worin die Unterschiede dieser verwendeten Adjektive liegen, lässt sich nicht eindeutig definieren. Die Begriffe sind so unbestimmt, dass eine scharf getrennte Zuordnung nicht vorgenommen werden kann. Festgestellt werden kann nur, dass das Besondere, höher Bewertete, Herausragende eines Objektes eines Schutzes würdig ist. Festgestellt werden kann auch, dass mit der Revision die Voraussetzungen für die Unterschutzstellung generell verschärft werden sollten. In diesem Sinn muss verlangt werden, dass ein Objekt eine gewisse Einzigartigkeit aufweist, dessen Verlust von nachhaltiger Bedeutung wäre und Erkenntnisse und Forschungen der nachfolgenden Generation verunmöglichen oder erschweren würde. Vorliegend ist festzustellen, dass schon unter dem alten geltenden Gesetz die Kriterien für die Unterschutzstellung weitgehend ähnlich formuliert waren. Trotzdem wurde in der Vorstadt davon abgesehen. Insgesamt sieben Bauten, in welchen mutmasslich auch noch historische Bausubstanz vorhanden gewesen ist, konnten gänzlich abgebrochen werden. Selbst im Jahr 1996 konnte noch das nördlichste Gebäude, welches als so genannte Kopfbaute das Bild einer Strassenzeile damals wie heute massgeblich prägt, neu erstellt werden. Bei dieser Sachlage ist das Argument des Beschwerdeführers, dass hier das Gebot der Rechtsgleichheit geritzt wird, nicht von der Hand zu weisen. Dieses Argument braucht hier aber nicht vertieft behandelt zu werden, da der Regierungsrat zu Unrecht das Vorliegen der Voraussetzungen von § 25 Abs. 1 lit. a DMSG bejaht hat.

7. Ist die Schutzwürdigkeit in rechtlicher Hinsicht zu verneinen, ergibt sich, dass

die Unterschutzstellung zu Unrecht erfolgte. Damit erübrigt sich die Prüfung der Zumutbarkeit der Massnahme für den betroffenen Eigentümer. Selbst wenn aber von einer gewissen Schutzwürdigkeit ausgegangen würde, müsste die Verhältnismässigkeit der Anordnung verneint werden. Nur ein geringer Teil des Gebäudes ist von der Unterschutzstellung betroffen. Diese durchaus achtbaren kulturellen und wissenschaftlichen Faktoren sind in der Altstadt in jeder Hinsicht (Bausubstanz / Architektur) in weitaus stärkerem Umfang für die Öffentlichkeit, insbesondere auch für die Fachwelt, erhalten. Eine für den langfristigen Erhalt des Hauses notwendige Sanierung des seeseitigen Teils wäre mit grossem Aufwand verbunden. Auch wenn das öffentliche Interesse, historische Objekte für die Nachwelt zu erhalten, nicht gering geschätzt werden darf, muss in Würdigung aller Aspekte festgestellt werden, dass hier das private Interesse an einer tragbaren Nutzung der Liegenschaft klar überwiegt. Insofern ist auch die Verhältnismässigkeit der Unterschutzstellung im Sinne von § 25 Abs. 1 lit. c DMSG nicht gegeben. Es erweist sich somit, dass der Regierungsrat mit der Unterschutzstellung eine Rechtsverletzung begangen hat, weshalb sein Entscheid aufgehoben wird. Damit kann auch der Antrag des Beschwerdeführers, das Gebäude Assek. Nr. 486a sei aus dem Inventar der schützenswerten Denkmäler, wo es als Wohnhaus mit Laden verzeichnet ist, gutgeheissen werden. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen (...).

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 31. März 2014 V 2012 / 160

3.2 § 31 DMSG

Regeste:

§ 31 DMSG – Voraussetzungen, unter denen eine Unterschutzstellungsverfügung in Wiedererwägung gezogen werden kann.

Aus dem Sachverhalt:

A. Am 10. Mai 1988 anerkannte der Regierungsrat des Kantons Zug das im Jahr 1521 erbaute Haus Unter Altstadt XX in Zug als schutzwürdiges Baudenkmal von lokaler Bedeutung und stellte es unter kantonalem Schutz. Am 14. September 2011 liess A.B. beim Regierungsrat beantragen, sein Wohnhaus sei mit Ausnahme der gotischen Ostfassade aus dem kantonalen Denkmalschutz zu entlassen. Am 5. Juni 2013 wies die Direktion des Innern (DI) das Gesuch ab, soweit sie darauf eintrat. Dagegen liess A.B. am 2. Juli 2013 eine Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat einreichen. Am 18. März 2014 wies dieser die Beschwerde ab und führte dabei unter anderem an, die Unterschutzstellung des Hauses würde sich sowohl im Zeitpunkt des Regierungsratsbeschlusses vom 10. Mai 1988 als auch gegenwärtig als rechtlich begründet und als verhältnismässig erweisen. Es bestehe ein sehr hohes öffentliches Interesse an einer Beibehaltung der Unterschutzstellung, das die privaten Interessen des Beschwerdeführers überwiege.

B. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 22. April 2014 lässt A.B. beantragen, der Beschluss des Regierungsrats des Kantons Zug sei aufzuheben und es sei seinem Gesuch um Teilentlassung des Hauses aus dem Denkmalschutz zu entsprechen.

Aus den Erwägungen:

1. (...)

2. (...)

3. (...)

4. Der Beschwerdeführer argumentiert vor Verwaltungsgericht, der Regierungsrat habe einen Entscheid geschützt, in dem die Vorinstanz nicht materiell auf sein Gesuch eingetreten sei. Dies könne er nicht hinnehmen. Die Behauptung, er müsse sich auf die Unterschutzstellungsverfügung vom 10. Mai 1988 behaften lassen, widerspreche klarem Bundesrecht. Singgemäss macht der Beschwerdeführer damit eine formelle Rechtsverweigerung und eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend.

a) Das Verbot der formellen Rechtsverweigerung bzw. Rechtsverzögerung wird verletzt, wenn eine Gerichts- oder Verwaltungsbehörde untätig bleibt oder das gebotene Handeln über Gebühr hinauszögert, obschon sie zum Tätigwerden verpflichtet wäre (BGE 135 I 6 E. 2.1; 124 V 130 E. 4). Eine Rechtsverweigerung ist aber nur dann möglich, wenn ein Anspruch der Privaten auf Behandlung ihrer Begehren besteht. Eine Pflicht zum Eintreten auf ein Wiedererwägungsgesuch besteht nur in Ausnahmefällen (Häfelin / Müller / Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich / St. Gallen 2010, Rz. 1657). Eine um Wiedererwägung gebetene Behörde ist grundsätzlich nicht gehalten, sich mit einem Wiedererwägungsgesuch zu befassen, weil dieses als Rechtsbehelf keinen Anspruch auf Prüfung und Beurteilung vermittelt, es sei denn die Pflicht zur Behandlung sei gesetzlich vorgesehen oder ergebe sich aus einer ständigen Verwaltungspraxis (BGE 120 Ib 42 E. 2b). Ein Anspruch auf Wiedererwägung besteht ausnahmsweise unter Voraussetzungen, welche Rechtsprechung und Lehre aus dem Verbot der formellen Rechtsverweigerung und dem Anspruch auf rechtliches Gehör abgeleitet haben. Danach ist eine Behörde gehalten, sich mit einem Wiedererwägungsgesuch zu befassen, wenn die Umstände sich seit dem ersten Entscheid wesentlich geändert haben – dazu kann auch eine Änderung des objektiven Rechts zählen –, oder wenn der Gesuchsteller erhebliche Tatsachen oder Beweismittel namhaft macht, die ihm im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen für ihn unmöglich war oder dazu keine Veranlassung bestand (BGE 124 II 1 E. 3a; 136 II 177 E. 2.1). Bei Wiedererwägungsgesuchen muss die Behörde in einem ersten Schritt prüfen, ob die Voraussetzungen für ein Zurückkommen auf einen formell rechtskräftigen Entscheid erfüllt sind. Nur

wenn dies zu bejahen ist, tritt die Behörde auf das Gesuch ein und behandelt es in einem zweiten Schritt materiell. Bei dieser Prüfung geht es dann um die Frage, ob der rechtskräftige Entscheid fehlerhaft oder fehlerhaft geworden ist und das Interesse an der Korrektur dieses Fehlers gegenüber dem Interesse an der Rechtssicherheit und dem Vertrauensschutz überwiegt (Häfelin / Müller / Uhlmann, a.a.O., Rz. 1042 – 1045; BGER 2C_574/2012 vom 19. Februar 2013, E. 2.2).

b) Der Gesetzgeber hat in § 31 DMSG vorgesehen, unter welchen Voraussetzungen der einmal verfügte Denkmalschutz wieder ganz oder teilweise rückgängig gemacht werden kann, bzw. unter welchen Bedingungen eine Unterschutzstellungsverfügung in Wiedererwägung gezogen werden kann. Demzufolge kann ein Eigentümer oder die Standortgemeinde eines geschützten Denkmals die Änderung oder Aufhebung des Schutzes bei der DI beantragen und geltend machen, der Schutz sei nicht länger begründet (§ 31 Abs. 1 DMSG). Weiter kann der Regierungsrat ein Denkmal aus dem Verzeichnis streichen oder den Umfang des Schutzes neu umschreiben, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse dies verlangt oder wichtige Gründe der Unterschutzstellung nicht mehr gegeben sind (§ 31 Abs. 2 DMSG). Die Bestimmung von § 31 DMSG ist mit Blick auf die zuvor dargelegten Grundsätze zur Wiedererwägung von Verfügungen so zu verstehen, dass ein betroffener Eigentümer jederzeit ein Wiedererwägungsgesuch stellen kann. Dabei liegt es in einem ersten Schritt am Gesuchsteller die Tatsachen und Beweismittel zu nennen, die ein Zurückkommen auf die einmal verfügte Unterschutzstellung rechtfertigen. Insofern verfügt ein Gesuchsteller über eine Mitwirkungspflicht. Der Beschwerdeführer irrt somit mit seiner Ansicht, dass die Verwaltungs- und Justizbehörden in seinem Fall den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären haben und sich die Entscheidungsunterlagen beschaffen müssen. Erst wenn der Gesuchsteller im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht glaubhaft dargelegt hat, dass es wichtige Gründe gibt, die ein Rückkommen auf die Unterschutzstellung rechtfertigen könnten, hat die Behörde auf das Gesuch einzutreten. Soweit sie das Gesuch dann materiell behandelt, hat sie das Untersuchungsprinzip zu beachten. Der Beschwerdeführer hat in seinem Gesuch vom 14. September 2011 argumentiert, die Rechtsgrundlage für den Regierungsrat, um auf alte Unterschutzstellungsbeschlüsse zurückzukommen, sei § 25 Abs. 1 lit. c DMSG. Nach dem Gesagten ging der Beschwerdeführer mit dieser Ansicht fehl; denn die Rechtsgrundlage für Wiedererwägungsgesuche ist § 31 DMSG. Die DI hat sich in der Verfügung vom 5. Juni 2013 also zu Recht nicht mit diesem Argument des Beschwerdeführers auseinandergesetzt.

c) Der Beschwerdeführer hat vor Verwaltungsgericht und den Vorinstanzen den Unterschutzstellungsentscheid vom 10. Mai 1988 in grundsätzlicher Art in Zweifel gezogen und vorgebracht, damit sei unverhältnismässig in sein Privateigentum eingegriffen worden, die Unterschutzstellung sei damals ohne genauere Prüfung der massgeblichen Kriterien erfolgt und der Schutzzumfang seines Wohnhauses sei nie richtig festgestellt worden. Dem ist entgegenzuhalten, dass diese Rügen im Rahmen eines

Rechtsmittelverfahrens nach Erlass der Unterschutzstellungsverfügung vor rund 26 Jahren hätten vorgetragen werden müssen. Heute erfolgen diese Rügen verspätet, weshalb es richtig ist, dass sich die Vorinstanzen im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht damit befassen haben. Eine Rechtsverweigerung bzw. eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist darin nicht zu sehen. Nebenbei bemerkt, sind auch keine besonders schweren Mängel an der Unterschutzstellungsverfügung vom 10. Mai 1988 erkennbar, die es rechtfertigen würden, diese heute im Sinne der Evidenztheorie für nichtig zu erklären (zur Evidenztheorie: BGE 133 II 366 E. 3.2).

d/aa) Der Beschwerdeführer argumentiert, mit Inkrafttreten des DMSG habe sich eine neue Rechtslage ergeben. Paragraph 41 Abs. 1 DMSG hält aber fest, dass die nach dem Gesetz über den Schutz historischer Baudenkmäler vom 27. Februar 1964 unter Schutz gestellten Denkmäler nach dem vorliegenden Gesetz geschützt bleiben. Die Materialien zum DMSG ergeben, dass mit dieser Bestimmung Rechtssicherheit einerseits für die Eigentümer von bisherigen denkmalgeschützten Objekten andererseits aber auch für die Öffentlichkeit geschaffen werden sollte. Der Regierungsrat argumentierte in seinem Bericht und Antrag zum DMSG nämlich, dass sich an den Zielen der Denkmalpflege auch unter dem neuen Gesetz nichts Wesentliches ändern werde. Denkmalpflege sei nichts grundlegend Neues. Es finde zwar ein Wandel der Anschauungen statt, doch könnte die Praxis dem an sich auch ohne Gesetzesänderung Rechnung tragen (Regierungsratsvorlage Nr. 6564, Bericht und Antrag vom 4. April 1989, S. 7). Im Einklang mit dieser Aussage stellte der Regierungsrat mit Blick auf die fragliche Übergangsbestimmung fest, die bisherigen Verzeichnisse würden ihre Bedeutung beibehalten und seien Ausgangspunkt für die Fortführung nach dem neuen Gesetz (ebenda, S. 19). Diese Ansicht blieb in der Debatte im Kantonsrat unbestritten (Kantonsratsprotokolle vom 26. Oktober 1989, vormittags, Ziff. 740, S. 1261 – 1272 und vom 26. April 1990, vormittags, Ziff. 863, S. 1478 – 1485), womit die fragliche Bestimmung unverändert, d.h. wie vom Regierungsrat vorgeschlagen, ins Gesetz gelangte. Gestützt auf diese Ausführungen ist somit dem Regierungsrat in der Ansicht beizupflichten, dass die Ablösung des Gesetzes über den Schutz historischer Baudenkmäler durch das DMSG tatsächlich keine Änderung der Rechtslage darstellte und daher kein Anspruch auf eine erneute Überprüfung der Unterschutzstellungsvoraussetzungen gestützt auf diese Gesetzesänderung existiert.

d/bb) Der Beschwerdeführer argumentiert weiter, mit der 2009 erfolgten Verschärfung des DMSG habe sich die Rechtslage geändert. Die Gesetzesänderung vom 28. August 2008 im Rahmen des DMSG, welche am 1. Januar 2009 in Kraft trat, betraf im Wesentlichen die Definition des Denkmalbegriffs (in § 2 DMSG) und damit verbunden eine leichte Verschärfung der Unterschutzstellungskriterien. War für eine Unterschutzstellung zuvor gefordert, dass ein Denkmal von besonderem wissenschaftlichem, kulturellem oder heimatkundlichem Wert zu sein hatte (§ 25 Abs. 1 lit. a DMSG alt, in: GS 23, 551), müssen Objekte heute einen sehr hohen wissenschaftlichen, kul-

turellen oder heimatkundlichen Wert aufweisen, um als schutzwürdig gelten zu können (§ 25 Abs. 1 lit. a DMSG neu). Wie dem Antrag und Bericht des Regierungsrates zu dieser Gesetzesänderung entnommen werden kann, erwartete man sich von dieser Verschärfung der Unterschutzstellungskriterien in erster Linie einen Rückgang bei den Unterschutzstellungen bei Bauten ausserhalb der Bauzone (Vorlage 1629.1, Laufnr. 12598 vom 22. Januar 2008, S. 6). Aus diesem Bericht geht auch hervor, dass die Gesetzesänderung die bisher unter Schutz gestellten Objekte nicht betraf. So enthalten die damals abgeänderten Bestimmungen in § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1, § 12 Abs. 1, § 14 Abs. 1 und § 25 Abs. lit. a DMSG (vgl. Änderungstabelle am Schluss von BGS 423.11) keine Rückwirkungsklausel, und § 41 Abs. 1 DMSG blieb von der Gesetzesänderung gänzlich unberührt. Dem Regierungsrat ist daher darin Recht zu geben, dass sich gestützt auf die Gesetzesänderung vom 28. August 2008 kein Anspruch auf eine Neubeurteilung eines vor 1991 unter Schutz gestellten Hauses herleiten lässt. Damit ergibt sich zusammenfassend, dass die Unterschutzstellungsverfügung vom 10. Mai 1988 auch unter dem neuen Recht materiell rechtskräftig bleibt (vgl. zur materiellen Rechtskraft von Verfügungen: Häfelin / Müller / Uhlmann, a.a.O., Rz. 992). Es war richtig, dass die DI in der Verfügung vom 5. Juni 2013 sich nicht mit den Argumenten des Beschwerdeführers zum neuen DMSG befasste. Eine Rechtsverweigerung bzw. eine Verletzung des rechtlichen Gehörs seitens der DI bzw. des Regierungsrats ist nicht zu sehen.

e) Im Gesuch vom 14. September 2011 argumentierte der Beschwerdeführer, neuere Denkmalschutzgesetze wie zum Beispiel dasjenige des Kantons Bern würden ausdrücklich zwischen äusserem Bestand und inneren Bauteilen unterscheiden. Sie würden die Schutzwürdigkeit einzelner Bauteile differenzieren. Unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit sei somit auf den Unterschutzstellungsentscheid zurückzukommen, da nur die gotische Ostfassade und nicht die unscheinbare Seefassade und der renovationsbedürftige Innenraum schützenswert seien. Der Beschwerdeführer scheint mit diesem Argument sagen zu wollen, seit der Unterschutzstellung seines Hauses im Jahre 1988 habe sich die allgemeine Auffassung im Bereich Denkmalschutz wesentlich geändert, was ihm einen Anspruch auf Behandlung seines Wiedererwägungsgesuchs verleihe. Es ist zu prüfen, wie es sich damit verhält.

e/aa) Was die gesetzliche Grundlage betrifft, so stellt der Beschwerdeführer im Gesuch vom 14. September 2011 gleich selber fest, dass das neue Zuger Gesetz keine Differenzierungen zwischen äusserem Bestand und inneren Bauteilen vornimmt, wie das von ihm angeführte Beispiel aus dem Kanton Bern. Was er indessen übersieht, ist der Umstand, dass die von der Zuger Gesetzgebung abweichende Denkmalschutzgesetzgebung eines anderen Kantons nicht als wichtiger Grund im Sinne von § 31 Abs. 2 DMSG gelten kann. Ein Eintretensanspruch zur Behandlung eines Wiedererwägungsgesuchs lässt sich mit diesem Vorbringen jedenfalls nicht rechtsgenügend begründen.

e/bb) Die DI hat in ihrer Verfügung vom 5. Juni 2013 in diesem Zusammenhang dagegen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung verwiesen, der zu entnehmen sei, dass die Tendenz im Denkmalschutz in eine ganz andere Richtung gehe als vom Beschwerdeführer behauptet. In der Tat hat das Bundesgericht schon 1994 in einem Entscheid betreffend die Unterschutzstellung des badischen Bahnhofs in Basel festgehalten: «Wo es um die Frage geht, in welchem Umfang ein Objekt geschützt werden soll, ist in Übereinstimmung mit den Ausführungen der Eidgenössischen Kommission für Denkmalpflege (EKD) zu beachten, dass ein Bauwerk nach den praktizierten Grundsätzen der Denkmalpflege grundsätzlich als Ganzes betrachtet wird, zu dem auch weniger bedeutungsvolle Räume gehören können. Der Schutz einzelner Bauteile ohne Rücksicht auf das Zusammenwirken von Innerem und Äusserem entspricht den heutigen Auffassungen über den Denkmalschutz nicht mehr» (BGE 120 Ia 270 E. 4b, Bestätigung der Rechtsprechung des sog. «Odeon»-Entscheids BGE 109 Ia 257 E. 5a). An dieser Auffassung hat sich bis heute offensichtlich nichts geändert. Die vom Bundesgericht zitierte EKD ist nämlich die Fachkommission des Bundes für Denkmalpflege, Archäologie und Ortsbildschutz, welche mit der von ihr herausgegebenen Schrift «Leitsätze zur Denkmalpflege in der Schweiz» eine «unité de doctrine» für den Umgang mit dem baulichen Erbe in der Schweiz entwickelt hat. In der aktuell geltenden Fassung dieser Leitsätze hält die EKD unter anderem fest: «Die Authentizität des Denkmals, d.h. die Existenz des Denkmals in seiner möglichst vollständig überlieferten Materie mit all ihren Zeitspuren, ist Voraussetzung dafür, dass heutige, aber auch spätere Generationen seine Vielschichtigkeit erkennen und interpretieren können. (...) Nur wenn das Denkmal in seiner als historisch bedeutsam bewerteten Materialität, seiner Substanz, nicht geschmälert wird, kann es als Ausdruck bestimmter historischer Umstände interpretiert und diese Interpretation überprüft werden. Wird dem Objekt die überlieferte Substanz genommen, verliert es seine Denkmaleigenschaft unwiederbringlich. (...) Ein schlechter Erhaltungszustand beeinträchtigt die Denkmaleigenschaft nicht. Der geschichtliche Zeugniswert des Denkmals kann selbst durch einen Ersatz von hoher gestalterischer Qualität nicht aufgewogen werden» (EKD [Hg.]: Leitsätze zur Denkmalpflege in der Schweiz, Zürich 2007, Leitsätze 1.3 und 1.4, S. 13 f.). Es ist also bei weitem nicht so, dass sich die allgemeine Auffassung im Bereich Denkmalschutz in eine Richtung verändert hätte, wonach einzelne, als besonders wertvoll erachtete Teile eines Gebäudes unter Denkmalschutz zu stellen seien, während andere ohne weiteres aus dem Denkmalschutz entlassen werden könnten. Ein derartiges Vorgehen würde der von der EKD entwickelten «unité de doctrine» jedenfalls diametral widersprechen. Nach dem Gesagten hat sich die DI in der Verfügung vom 5. Juni 2013 somit zu Recht nicht vertieft mit der Frage befasst, ob die vom Beschwerdeführer angeführten inneren und äusseren Gebäudeteile unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips aus denkmalpflegerischer Sicht keinen Schutz verdienen, weil sie «unscheinbar» (Seefassade) oder «renovationsbedürftig» (Innenraum) seien, wie vom Beschwerdeführer behauptet. Der Regierungsrat ist im angefochtenen Entscheid der Argumentation der DI gefolgt (...), was, gestützt auf die obigen Ausführungen, keine Rechtsverletzung darstellt. Im Übrigen hat der Beschwerdeführer der Ansicht

nie widersprochen, dass die Innenräume im ersten Obergeschoss repräsentativ ausgestattet wurden (...). Vor Verwaltungsgericht räumt er des Weiteren erstmals ein, dass er auch die Wandmalerei im seeseitigen Zimmer, die 1948 entdeckt wurde, als schützenswert erachte (...).

f) (...)

5. a) In der Verfügung vom 5. Juni 2013 trat die DI indessen in einem Punkt auf das Gesuch vom 14. September 2011 ein. Sie argumentierte, der Beschwerdeführer berufe sich auf veränderte Nutzungsbedürfnisse und mache damit ein erhöhtes privates Interesse geltend. Die privaten Interessen kämen im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zur Anwendung und würden bei den Unterschutzstellungsvoraussetzungen gemäss § 25 Abs. 1 lit. b und c DMSG eine Rolle spielen (...). In der Folge führte die DI die Verhältnismässigkeitsprüfung durch und kam dabei zum Schluss, dass dem Wunsch des Beschwerdeführers nach drei Kleinwohnungen aus denkmalpflegerischer Sicht nichts im Wege stehe. Die Unterschutzstellung würde sich unter diesem Aspekt immer noch als verhältnismässig erweisen. Betreffend die gewünschten Balkonbauten auf der Seeseite machte die DI darauf aufmerksam, dass diese mit dem Altstadtreglement der Stadt Zug vom 11. Januar 1983 nicht vereinbar seien. Sogar wenn das Haus vollständig aus dem Denkmalschutz entlassen würde, wären Balkonbauten aufgrund des Altstadtreglements nicht bewilligungsfähig. Dies habe das Verwaltungsgericht im Jahre 2007 rechtskräftig entschieden.

b) In der Verwaltungsbeschwerde vom 2. Juli 2013 geht der Beschwerdeführer nicht auf diese Erwägungen der DI ein. An einer Stelle schreibt er sogar ausdrücklich, es gehe im vorliegenden Verfahren nicht um die Balkonfrage (...). Damit ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer die Argumentation der ersten Instanz in diesem Punkt akzeptiert hat. Der Regierungsrat hat im angefochtenen Entscheid gleichwohl erneut erwogen, dass auf die veränderten Nutzungsbedürfnisse der Beschwerdeführer Rücksicht genommen werden könne und verwies dabei auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung in BGE 120 Ia 270 E. 6b und E. 6c (...). Doch auch vor Verwaltungsgericht setzt sich der Beschwerdeführer nicht mit diesen Argumenten auseinander, womit sie als unangefochten zu betrachten sind und sich weitere Erörterungen zu diesem Punkt erübrigen.

6. (...)

7. [Abweisung der Beschwerde]

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. August 2014 V 2014 / 53

4. Bau- und Planungsrecht

4.1 § 22 RPG, § 44 PBG, § 4 V PBG

Regeste:

§ 22 RPG, § 44 PBG, § 4 V PBG – Das vorübergehende Stationieren von Booten auf einer am See gelegenen Wiese gilt nicht als bewilligungspflichtiges Bauvorhaben. Die Bewilligung für einen gesteigerten Gemeindegebrauch ist zu Recht erteilt worden.

Aus dem Sachverhalt:

A. Am 1. Juni 2012 erteilte das Departement für Soziales, Umwelt und Sicherheit (SUS) der Stadt Zug der Messe Zug AG die Bewilligung zur Benützung des öffentlichen Grundes im Hafensareal für die Messeeinrichtungen während der vom 20. bis 28. Oktober 2012 dauernden Zuger Messe. Gleichzeitig wurde der Messe Zug AG bewilligt, u.a. einen Streifen des westlichen Teils des in der Zone «Öffentliches Interesse für Bauten und Anlagen» liegenden Grundstücks Nr. 000 für die provisorische Bootsstationierung zu nutzen, da auf dem Trockenliegeplatz – wo die Boote normalerweise stationiert sind – während der Messe die Festzelte standen. Gemäss Ziff. 10 der Bedingungen und Auflagen waren die Boote spätestens am 17. November 2012 wieder von den Zwischenlagerflächen zu entfernen. Gegen diesen Beschluss liessen A. B. und C. B. am 15. Oktober 2012 beim Regierungsrat Beschwerde einreichen und beantragen, es sei in Aufhebung des angefochtenen Beschlusses die Stationierung von Fahrzeugen aller Art auf der Parzelle seeseitig des Grundstücks GS Nr. xxx zu untersagen und es sei der Beschwerdegegnerin zu befehlen, dieses Areal zu räumen. Eventualiter sei die Beschwerdegegnerin anzuweisen, für die Umnutzung des Grundstücks ein ordentliches Baubewilligungsverfahren durchführen zu lassen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Stadtrats. Der Regierungsrat hiess die Beschwerde mit Beschluss vom 4. Juni 2013 teilweise gut und wies den Stadtrat bzw. das SUS der Stadt Zug an, das zu Gunsten von Grundstück Nr. xxx und zu Lasten von Grundstück Nr. 000 bestehende Fusswegrecht zukünftig mit einer Auflage in der Bewilligung für die provisorische Bootsstationierung in der Schilfmatt zu berücksichtigen. Das Fusswegrecht sei zusätzlich im jeweils der Bewilligung beigelegten Plan einzuzichnen. Im Übrigen wies der Regierungsrat die Beschwerde ab.

B. Gegen diesen Regierungsratsbeschluss vom 4. Juni 2013 liessen A. B. und C. B. am 9. Juli 2013 beim Verwaltungsgericht Beschwerde einreichen und beantragen, es sei, unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses des Stadtrates von Zug und teilweiser Aufhebung desjenigen des Regierungsrates von Zug, die Stationierung von Fahrzeugen aller Art auf der Parzelle seeseitig ihres Grundstücks zu untersagen und es sei der Beschwerdegegnerin gegebenenfalls zu befehlen, dieses Areal zu räumen. Eventualiter sei die Beschwerdegegnerin anzuweisen, für die Umnutzung dieses

Grundstückes ein ordentliches Baubewilligungsverfahren durchführen zu lassen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für alle Instanzen zu Lasten der Beschwerdegegenerin.

Der Regierungsrat und der Stadtrat beantragten die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführer. Den Parteien wurden die jeweiligen Vernehmlassungen gegenseitig zur Kenntnisnahme zugestellt. In der Folge gingen keine weiteren Eingaben ein.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Beschwerdegegenstand ist die Frage, ob die vorübergehende Stationierung der Boote auf der (...)wiese baubewilligungspflichtig ist, wie dies von den Beschwerdeführern behauptet wird. Die Beschwerdegegner stellen sich auf den Standpunkt, eine Baubewilligung sei nicht erforderlich und die vorübergehende Lagerung sei als bewilligungspflichtiger gesteigerter Gemeingebrauch zu qualifizieren.

3.1 Gemäss Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG, SR 700) dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Die Bewilligungspflicht erstreckt sich auf «mindestens jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellung über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sei es, dass sie den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen» (BGE 120 Ib 379 Erw. 3c). Massgebend ist nach der Praxis des Bundesgerichts, ob mit der fraglichen baulichen Massnahme nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht. Das Bundesgericht hat die Bewilligungspflicht namentlich bejaht für Fahrnisbauten, welche über nicht unerhebliche Zeiträume ortsfest verwendet werden, wie z. B. Wohnwagen, Buden und Baracken, Beton-Aufbereitungsanlagen, eine Brechanlage für einen Recycling-Betrieb, ein zwei Meter hoher Drahtgitterzaun, ein Holzfass für Jugendliche, Sonnenkollektoren auf 8m², Scheinwerfer zur Beleuchtung des Pilatus, oder eine Sammelstelle und Sortieranlage für Bauschutt (Peter Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5. Auflage, Bern 2008, S. 302 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Die bewilligungspflichtigen Vorgänge werden in Art. 22 Abs. 1 RPG mit «Errichten» und «Ändern» bezeichnet. Neben baulichen Änderungen können auch Zweckänderungen bestehender Bauten und Anlagen unter die Baubewilligungspflicht fallen, sofern sie geeignet sind, örtlich fassbare Auswirkungen auf die Nutzungsordnung zu zeitigen. Dies ist dann der Fall, wenn solche Zweckänderungen die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen. Dabei ist

es unerheblich, ob mit der Zweckänderung bauliche Massnahmen verbunden sind oder nicht. Eine ohne bauliche Vorkehren auskommende Zweckänderung ist nur dann von der Baubewilligungspflicht ausgenommen, wenn auch der neue Verwendungszweck der in der fraglichen Zone zuzulassenden Nutzung entspricht oder sich die Änderung hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf Umwelt und Planung als ausgesprochen geringfügig erweist (Bernhard Waldmann/ Peter Hänni, Kommentar Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 22 N 17 mit Verweis auf BGE 113 Ib 223).

3.2 Artikel 22 Abs. 1 RPG ist eine Minimalvorschrift und unmittelbar anwendbar. Den Kantonen bleibt es vorbehalten, über den bundesrechtlichen Mindeststandard hinauszugehen und weitere Vorgänge der Bewilligungspflicht zu unterstellen. Andererseits dürfen sie Kleinstbauten und -anlagen von der Baubewilligungspflicht ausnehmen, sofern sie keine nennenswerten Einflüsse auf Raum, Erschliessung und Umwelt bewirken. Die Kantone dürfen jedoch nicht von der Bewilligungspflicht befreien, was nach Art. 22 Abs. 1 RPG einer Bewilligung bedarf (Aldo Zaugg/ Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 3. Auflage, Bern 2007, Art. 1 N 10). Gemäss § 44 Abs. 1 Satz 1 des zugerischen Planungs- und Baugesetzes vom 26. November 1998 (PBG, BGS 721.11) bedarf einer Bewilligung der zuständigen Gemeindebehörde, wer Bauten und Anlagen erstellen, ändern oder anders nutzen will. Geringfügige Bauvorhaben, welche die nachbarlichen und die öffentlichen Interessen nicht erheblich berühren, sind der zuständigen Gemeindebehörde mit einer Bauanzeige zu melden (§ 44 Abs. 2 Satz 1 PBG). Paragraph 4 Abs. 1 der Verordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 16. November 1999 (V PBG, BGS 721.111) enthält eine Definition, was unter Bauten und Anlagen im Allgemeinen zu verstehen ist. Demnach sind Bauten und Anlagen künstlich geschaffene und auf Dauer angelegte Einrichtungen, die den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen. Namentlich sind es unter oder über dem Boden errichtete Gebäude und Anlagen aller Art, einschliesslich An-, Um- und Aufbauten, Keller, Strassen, Parkplätze, Mauern und Terrainveränderungen und dergleichen. Ferner sind es Fahrnisbauten und provisorische Bauten (§ 4 Abs. 2 V PBG).

3.3 Paragraph 67 Abs. 1 der Bauordnung der Stadt Zug vom 7. April 2009 (BO Zug) konkretisiert die bewilligungspflichtigen Bauten, Anlagen und baulichen Vorkehren und hält fest, dass Neu-, Um-, An- und Aufbauten, Tiefbauten, der Abbruch von Gebäuden sowie wesentliche Aussenrenovationen und Reklamevorrichtungen (lit. a); bestimmte Terrainveränderungen (lit. b); bestimmte Stützmauern mit Hinterfüllung und bei Abgrabungen (lit. c); Terrainveränderungen, Stützmauern und Einfriedungen entlang von Strassen und Wegen (lit. d); Nutzungsänderungen (lit. e); das Erstellen von Strassen, Plätzen, Parkplätzen und Zufahrten (lit. f); und andere bauliche Vorkehren, die das Orts- und Landschaftsbild beeinflussen, wie Lagerplätze, Antennen, Wohnwagen ausserhalb der öffentlichen Zeltplätze usw. (lit. g) der Baubewilligungspflicht unterliegen.

4.

4.1 Die vorliegend in Frage stehenden Boote sind rechtlich analog zu Fahrnisbauten zu behandeln. Einzelne Fahrnisbauten können nach § 44 Abs. 2 Satz 1 PBG etwa dann von der Bewilligungspflicht ausgenommen sein, wenn sie als geringfügige Bauvorhaben zu qualifizieren sind. Dies ist vorliegend nicht der Fall, da es sich um eine grössere Menge von Booten handelt, die – zwar nur vorübergehend – auf der (...)wiese gelagert werden sollen. Um ein «geringfügiges Bauvorhaben» im Sinne des zitierten Paragraphen handelt es sich dabei nicht. Aus der in Erw. 3.1 zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 22 Abs. 1 PGB erhellt, dass bei Fahrnisbauten die Erheblichkeit des Zeitraums, über den die Fahrnisbaute ortsfest verwendet wird, für das Bestehen einer Bewilligungspflicht von ausschlaggebender Bedeutung ist. Die zugerische V PBG hält dementsprechend ausdrücklich fest, dass nur auf Dauer angelegte Einrichtungen der Bewilligungspflicht unterliegen (§ 4 Abs. 1 V PBG). Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine vorübergehende Lagerung der Boote auf dem westlichen Teil von Grundstück Nr. 000. Die Zuger Messe dauert jeweils 9 Tage, im Jahr 2012 fand sie vom 20. bis 28. Oktober 2012 statt. Gemäss Bewilligung vom 1. Juni 2012 mussten die Boote bis spätestens am 17. November 2012 wieder von den Zwischenlagerflächen entfernt werden. Unklar ist, ab welchem Zeitpunkt die Zwischenlagerflächen von der Messeveranstalterin benutzt werden. Nach Angaben des Beschwerdegegners 2 hat die vorübergehende Bootslagerung im Jahr 2012 zwei bis drei Wochen vor der Zuger Messe begonnen, was nachvollziehbar ist, zumal der Aufbau am Bootstrockenliegeplatz erst ab dem 27. September 2012 – ebenfalls ca. drei Wochen vor der Zuger Messe – bewilligt worden war. Insgesamt waren die Boote somit während ca. zwei Monaten am ausserordentlichen Standort gelagert. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegner bei dieser Dauer nicht von einem erheblichen Zeitraum bzw. einer auf Dauer angelegten Einrichtung ausgingen und eine Baubewilligungspflicht verneinten. Um sicherzustellen, dass die vorübergehende Bootslagerung jeweils möglichst kurz gehalten wird und die Erheblichkeitsgrenze nicht überschreitet, ist aber künftig nicht nur das Ende, sondern auch der Beginn der vorübergehenden Lagerung ausdrücklich in der Bewilligung festzuhalten. Die Behauptung des Beschwerdeführers, wonach die «Umnutzung» im Jahre 2012 für mehr als fünf Monate bewilligt worden war, entbehrt jeglicher Grundlage. Jedenfalls ist eine derart lange Dauer weder der Bewilligung vom 1. Juni 2012 noch jener vom 2. Oktober 2012 zu entnehmen (wie lange die Boote im Jahr 2012 tatsächlich auf der Schilfmattwiese gelagert waren, entzieht sich der Kenntnis des Gerichts).

4.2 Dem bleibt anzufügen, dass die provisorische Bootslagerung auch keine bewilligungspflichtige Umnutzung bzw. Nutzungsänderung Sinne von § 67 Abs. 1 lit. e BO Zug darstellt, wie dies vom Beschwerdeführer vertreten wird. Auch eine Nutzungsänderung unterliegt nur dann der Bewilligungspflicht, wenn sie von dauerhaftem Bestand ist. Dies trifft nach dem Gesagten im vorliegenden Fall nicht zu. Aus demselben Grund kann auch nicht etwa von einer «Umwidmung» des in der «Zone des

öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen» – einer Bauzone – gelegenen Areals gesprochen werden. Im Übrigen dient die vorübergehende Verwendung des Areals zur Stationierung der Boote während der Zuger Messe dem Gemeinwohl und entspricht damit der in der «Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen» zugelassenen Nutzung (vgl. § 18 Abs. 1 lit. a und § 26 Abs. 1 PBG; § 55 BO Zug), wie nachfolgend noch darzulegen bleibt.

4.3 Zusammenfassend ist nicht zu beanstanden, dass der Beschwerdegegner 1 die vorübergehende Nutzung des westlichen Teils des Grundstücks Nr. 000 zur Lagerung von leichten Booten während der Zuger Messe nicht der Baubewilligungspflicht unterstellt hat. Zu Recht wurde die Nutzung aber aufgrund ihrer Intensität als gesteigerter Gemeingebrauch qualifiziert. Der gesteigerte Gemeingebrauch des öffentlichen Grundes unterliegt der polizeilichen Bewilligung. Nachfolgend gilt noch zu prüfen, ob im vorliegenden Fall die polizeiliche Bewilligung zu Recht erteilt worden ist.

5.

5.1 Die Bewilligungspflicht für gesteigerten Gemeingebrauch steht der Exekutive grundsätzlich schon auf Grund ihrer Verfügungsgewalt über die öffentlichen Sachen zu (vgl. Ulrich Häfelin/ Georg Müller/ Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/ St. Gallen 2010, Rz. 2403 f.). In den relevanten Gesetzen auf Kantons- und Gemeindeebene findet sich zudem eine ausreichende gesetzliche Grundlage, was im vorliegenden Verfahren – an welchem der Veranstalter nicht direkt beteiligt ist – nicht in Abrede gestellt wird: Gemäss § 59 Abs. 1 Ziff. 3 des Gesetzes über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden vom 4. September 1980 (Gemeindengesetz, GG, BGS 171.1) obliegt der Einwohnergemeinde unter Vorbehalt der Regelungen in anderen Erlassen, namentlich im Polizeirecht, die Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung sowie die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit. Paragraph 20 des Gesetzes über die Organisation der Polizei vom 30. November 2006 (Polizei-Organisationsgesetz, BGS 512.2) sieht zudem für Anlässe auf öffentlichem oder privatem Grund, wenn erhebliche Sicherheitsprobleme zu erwarten sind, das Treffen einer Vereinbarung zwischen Veranstaltenden und der Polizei bzw. die Bewilligungspflicht vor. In der Gemeinde Zug ist für die zeitlich beschränkte Nutzung von Strassen, Plätzen und öffentlichen Grünanlagen für Veranstaltungen die Polizeiabteilung zuständig (Regelung der Kompetenzen bei Benützung öffentlichen Grundes oder städtischer Liegenschaften vom 19. Dezember 1989). Nachfolgend ist zu prüfen, ob dem Veranstalter die Bewilligungserteilung zur vorübergehenden Bootslagerung auf der Schilfmattwiese hätte verweigert werden müssen, wie dies von den Beschwerdeführern behauptet wird. Bei der gerichtlichen Überprüfung dieser Frage ist zu berücksichtigen, dass den kommunalen Behörden beim Entscheid darüber, ob, wem und in welchem Umfang eine bestimmte Nutzung zu bewilligen ist, über einen gewissen Ermessensspielraum verfügen (Ulrich Häfelin/ Georg Müller/ Felix Uhlmann, a.a.O., Rz. 2405).

5.2 Der Regierungsrat weist in Erw. 4b) des angefochtenen Beschlusses zutreffend darauf hin, dass an der Durchführung der Zuger Messe ein grosses öffentliches Interesse bestehe, da es sich um einen wichtigen gesellschaftlichen Anlass handelt und dieser für die ausstellenden Unternehmen und den Kanton Zug von grosser Bedeutung ist. Nachdem die vorübergehende Lagerung der Boote auf dem fraglichen Areal direkt durch die Durchführung der Zuger Messe bedingt ist, besteht auch an ihr ein gewichtiges öffentliches Interesse. Das fragliche Areal liegt in unmittelbarer Nähe zum Hafen, weshalb nicht von einer erheblichen, zusätzlichen ästhetischen Beeinträchtigung durch die Zwischenlagerung der Boote auszugehen ist. Auch darf ohne weiteres angenommen werden, dass die Wasservögel – auf der Schilfmattwiese selber oder an alternativen Orten – nach wie vor genügend Platz zum Grasens haben. Der Fussweg ist gemäss Plan vom 1. Oktober 2012 von der Bootslagerung nicht beeinträchtigt. Was das Fusswegrecht des Beschwerdeführers betrifft, hat der Regierungsrat ausdrücklich dessen Berücksichtigung mittels Auflage und Einzeichnung im der Bewilligung jeweils beigelegten Plan verlangt und insofern die Beschwerde gutgeheissen; auch dieses steht der grundsätzlichen Bewilligung der Zwischenlagerung der Boote nicht entgegen. Sodann ist gegen die vorübergehende Stationierung der Boote auf der Schilfmattwiese auch aus ökologischer Sicht grundsätzlich nichts einzuwenden, zumal Motoren mit Treibstoff- oder Ölverlust gemäss Betriebsreglement für den Bootshafen Zug (Hafenordnung) vom 31. März 1999 unverzüglich zu entfernen sind. Auch Schäden an der Wiese, den Bäumen oder am Haus des Beschwerdeführers sind nicht zu erwarten; konkrete Schäden werden vom Beschwerdeführer denn auch nicht bezeichnet. Gemäss Bewilligung darf die Wiese nicht mit Zugfahrzeugen befahren werden; die Durchsetzung dieser Auflage obliegt der Bewilligungsbehörde. Sodann versteht sich von selbst, dass die Boote so zu lagern sind, dass keine Personen oder Sachen gefährdet werden. Eine leichte Beeinträchtigung akustischer Natur bei Wind durch vereinzelte Boote mit Segelmasten und daran befestigten Seilen darf den Hafenanwohnern während einer beschränkten Dauer zugemutet werden, zumal sich das Grundstück des Beschwerdeführers nicht viel mehr als 100 Meter vom Hafen entfernt befindet.

5.3 Zusammenfassend stehen dem gewichtigen öffentlichen Interesse an der Durchführung der Zuger Messe im Hafensareal und der damit verbundenen vorübergehenden Stationierung kleiner Boote auf der (...)wiese keine überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen gegenüber. Der Stadtrat hat mit der Erteilung der Bewilligung den ihm zustehenden Ermessensspielraum nicht verletzt. Vielmehr handelt es sich bei der Zwischenlagerung der Boote im fraglichen Areal um eine zweckmässige Lösung des sich aufgrund der Zuger Messe stellenden Platzproblems. Zu Recht hat die Stadt Zug hierfür eine Bewilligung erteilt. Ein Wegtransport der Boote auf einen weiter entfernten Platz ist nicht erforderlich, zumal sich an einem anderen Standort ähnliche Probleme stellen würden. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten ist.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 6. September 2013 V 2013 / 92

Eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 27. August 2014 abgewiesen (1C_790/2013)

4.2 § 30d Abs. 1 V PBG

Regeste:

§ 30d Abs. 1 V PBG – Die Baubewilligungsbehörden prüfen Baugesuche auf ihre Übereinstimmung mit den Vorschriften des öffentlichen Rechts. Über zivilrechtliche Vorfragen entscheiden sie nur selbständig, wenn die zivilrechtliche Vorfrage leicht zu beantworten ist und die Beurteilung ein unzweifelhaftes Resultat ergibt (Erw. 2). Ein Näherbaurecht, dessen Umfang sich ohne jeden Zweifel bereits aus dem Grundbucheintrag ergibt, ist bei der Beurteilung eines Baugesuchs durch die Baubewilligungsbehörden zu berücksichtigen (Erw. 3).

Aus dem Sachverhalt:

Am 5. Dezember 2012 reichten A. und B. C. ein Baugesuch für den Abbruch des bestehenden und für den Bau eines neuen Mehrfamilienhauses mit Autoeinstellhalle ein. Gegen dieses Baugesuch liessen unter anderen D. und E. F. Einsprache einreichen und beantragen, das Baugesuch sei nicht zu bewilligen und die Bauherrschaft sei zur Abklärung des beanspruchten Näherbaurechts und der Unterschreitung des Gebäudeabstandes an den Zivilrichter zu verweisen. Mit Beschluss vom 14. Mai 2013 erteilte der Stadtrat die Baubewilligung und wies gleichzeitig die Einsprachen ab. Gegen diesen Entscheid liessen D. und E. F. am 6. Juni 2013 beim Regierungsrat Beschwerde einreichen und beantragen, die Baubewilligung sei unter Kosten und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdegegner aufzuheben. Die Bauherrschaft, der Stadtrat und der Regierungsrat beantragen die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführer.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist die Frage, ob und inwieweit die Baubewilligungsbehörde in einem Baubewilligungsverfahren zivilrechtliche Fragen zu entscheiden hat. Weiter ist zu klären, welche zivilrechtlichen Fragen bei der Beurteilung des vorliegenden Baubewilligungsverfahrens allenfalls zu entscheiden sind.

a) Die Baubewilligung ist eine Polizeierlaubnis, mit der festgestellt wird, dass der

Verwirklichung eines Bauvorhabens keine öffentlich-rechtlichen Hindernisse, namentlich keine solchen aus dem Planungs-, Bau- und Umweltschutzrecht, entgegenstehen. Im zugerischen Recht ist dieser Grundsatz in § 30d Abs. 1 der Verordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 16. November 1999 (V PBG, BGS 721.111, in der Fassung vom 1. Juli 2012) festgehalten. Gemäss dieser Bestimmung prüft die Baubehörde das Baugesuch auf die Übereinstimmung mit den Vorschriften des öffentlichen Rechts. Sie entscheidet nicht über zivilrechtliche Verhältnisse. Trotz dieser Ordnungsvorschrift sind die Verwaltungsbehörden in gewissen Schranken aber befugt, zivilrechtliche Vorfragen selbständig zu entscheiden, nämlich dann wenn die Vorfrage leicht zu beantworten ist und die Beurteilung ein unzweifelhaftes Resultat ergibt. Dabei ist jeweils zwischen dem Gebot der Rechtssicherheit und der Rechtseinheit einerseits und dem Grundsatz der Gewaltentrennung andererseits sorgfältig abzuwägen. Im Interesse einer klaren Kompetenzausscheidung zwischen den zuständigen Organen ist bei der Entscheidung von zivilrechtlichen Vorfragen Zurückhaltung zu üben. So darf etwa der Entscheid über den Inhalt einer Dienstbarkeit von der Baubewilligungsbehörde als Vorfrage nur dann getroffen werden, wenn dieser leicht feststellbar ist und die Interpretation des Dienstbarkeitsvertrages ein unzweifelhaftes Resultat ergibt (BGE vom 30. August 2010, 1C_237/2010, Erw. 2.4.2). Setzt die Beurteilung der Vorfrage jedoch umfangreiche Beweissmassnahmen voraus, so muss darüber die formell zuständige Instanz entscheiden (Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, Band I, S. 255 mit Verweis auf Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, § 1 N 32). Die Baubewilligung ist gegebenenfalls zu verweigern, bis sich die Bauherrschaft – nötigenfalls mit Hilfe des Zivilrichters – einen hinreichenden Ausweis über die behauptete Berechtigung verschafft hat.

b) Im vorliegenden Verfahren geht es um den Bestand eines Näherbaurechts. Das Baugrundstück GS Nr. 1951 befindet sich gemäss dem Zonenplan 2009 der Stadt Zug in der Bauzone W2B. In der Zone W2B beträgt der grosse Grenzabstand gemäss § 36 der Bauordnung vom 7. April 2009 (BO) 8 Meter, der kleine 5 Meter. Aus den Baugesuchsunterlagen (Situationsplan vom 5. Dezember 2012) ergibt sich, dass der Grenzabstand des Bauvorhabens gegenüber der Westgrenze des Grundstücks GS Nr. 1937 der Beschwerdeführer an der schmalsten Stelle nur 3.35 m beträgt. Damit steht fest, dass durch das hier zu beurteilende Bauvorhaben die Bestimmungen über den Grenzabstand, der auf der Südostseite als sog. kleiner Grenzabstand mindestens 5 m betragen sollte, verletzt sind. Der Gebäudeabstand, der gemäss § 10 Abs. 1 V PBG der Summe der Grenzabstände entspricht und entsprechend 13 m betragen sollte, ist mit 8.01 m ebenfalls nicht eingehalten. Die Bauherrschaft sieht ihre Berechtigung für die Unterschreitung des Grenz- und Gebäudeabstandes in einem Näherbaurecht, welches im Grundbuch zu Lasten des Grundstückes GS Nr. 1937 eingetragen sei. Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob ein Näherbaurecht besteht und ob es sich bei diesem um ein generelles oder ein projektbezogenes Näherbaurecht handelt, und welche Rolle der Grundbucheintrag spielt. Die entscheidende Frage

ist schliesslich, ob die entsprechende Interpretation des als Grunddienstbarkeit im Grundbuch eingetragenen Näherbaurechts ein unzweifelhaftes und klares Resultat ergibt, welches auch in einem öffentlich-rechtlichen Baubewilligungsverfahren ohne umfangreiche Beweissmassnahmen überprüft werden kann.

3. Für die Beurteilung des hier umstrittenen Näherbaurechts ist kurz auf den Gegenstand, die Errichtung und den Inhalt von Dienstbarkeiten einzugehen.

a) Artikel 730 Abs. 1 ZGB (in der seit dem 1. Januar 2012 gültigen Fassung) bestimmt unter dem Marginal «Gegenstand», dass ein Grundstück zum Vorteil eines andern Grundstücks in der Weise belastet werden kann, dass sein Eigentümer sich bestimmte Eingriffe des Eigentümers des anderen Grundstücks gefallen lassen muss oder zu dessen Gunsten nach gewissen Richtungen sein Eigentumsrecht nicht ausüben darf. Zur Errichtung einer Grunddienstbarkeit bedarf es der Eintragung in das Grundbuch (Art. 731 Abs. 1 ZGB). Das Rechtsgeschäft über die Errichtung einer Grunddienstbarkeit bedarf zu seiner Gültigkeit zudem der öffentlichen Beurkundung (Art. 732 Abs. 1 ZGB). Die Grunddienstbarkeit ist als subjektives, beschränktes dingliches Recht ausgestaltet, durch welches der Eigentümer des herrschenden Grundstücks in das Eigentumsrecht des Eigentümers des dienenden Grundstücks eingreifen darf. An der Grunddienstbarkeit berechtigt ist eine Person, allerdings eine durch ihr Eigentum am berechtigten Grundstück definierte Person. Aufgrund ihrer dinglichen Ausgestaltung wirkt die Grunddienstbarkeit grundsätzlich gegenüber jedermann. Zur Duldung oder Unterlassung ist der Eigentümer des belasteten Grundstücks verpflichtet, da ja nur der Eigentümer in seinen Eigentumsrechten beschränkt werden kann. Ohne Übertragung des Eigentums am belasteten Grundstück ist eine «Schuldübernahme» ausgeschlossen. Im Zuge der Eigentumsübertragung werden hingegen die aus der Grunddienstbarkeit fliessenden Pflichten auch ohne Zustimmung des Berechtigten übertragen (BSK ZGB II-Etienne Petitpierre, Art. 730 N 1 ff.).

b) Soweit sich Rechte und Pflichten aus dem Eintrag deutlich ergeben, ist dieser für den Inhalt der Dienstbarkeit massgebend (Art. 738 Abs. 1 ZGB). Im Rahmen des Eintrags kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit aus ihrem Erwerbsgrund oder aus der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist (Art. 738 Abs. 2 ZGB). Artikel 738 bestimmt als Auslegungsnorm die Reihenfolge der für die Auslegung der eingetragenen Grunddienstbarkeiten massgebenden Kriterien: nämlich erstens Grundbucheintrag, zweitens Erwerbsgrund und drittens die Art der längeren gutgläubigen Ausübung. Den Umfang einer Grunddienstbarkeit zu bestimmen erhält immer dann Bedeutung, wenn der belastete Eigentümer sich durch die Ausübung des Berechtigten über Gebühr eingeschränkt fühlt. Massgebend ist in erster Linie der Wortlaut des Grundbucheintrags. Wenn sich Rechte und Pflichten aus diesem Wortlaut deutlich ergeben, so ist dieser uneingeschränkt massgebend. Im Gegensatz zum Grundbucheintrag, der in Stichworten eine Umschreibung der Grunddienstbarkeit abgibt, enthält der Bestel-

lungsakt in der Regel eine wesentlich umfassendere Umschreibung der Dienstbarkeit. Der Bestellsungsakt ist gemäss Gesetzeswortlaut ein öffentlich beurkundeter Dienstbarkeitsvertrag. Der Inhalt des Vertrages bestimmt sich nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien. Nur wenn dieser wirkliche Willen der Parteien unbewiesen ist, ist der Vertrag nach dem Vertrauensgrundsatz auszulegen. Bei der Auslegung des Dienstbarkeitsvertrages können gegenüber Dritten, die an der Errichtung der Dienstbarkeit nicht beteiligt waren und im Vertrauen auf das Grundbuch die dinglichen Rechte erworben haben, individuelle persönliche Umstände und Motive nicht berücksichtigt werden, die für die Willensbildung der ursprünglichen Vertragsparteien bestimmend waren, aus dem Dienstbarkeitsvertrag aber nicht hervorgehen und für einen unbeteiligten Dritten normalerweise auch nicht erkennbar sind. Der Beizug der gutgläubigen Ausübung als Auslegungshilfe ist trotz der missverständlichen Formulierung nicht als Kann-Vorschrift zu verstehen (Petitpierre, a.a.O., Art. 738 N 1 ff.).

c) Die Zustimmung zu einem Näherbaurecht kann auch nur projektbezogen erteilt werden. Von einem solchen Näherbaurecht spricht man, wenn der belastete Nachbar seine Zustimmung an ein genau definiertes Bauvorhaben knüpft und damit sicherstellen will, dass nur solche Bauten und Anlagen im Abstandsbereich erstellt werden, wie sie geplant und bewilligt wurden. Regelmässig werden deshalb einem projektbezogenen Näherbaurecht von beiden Nachbarn unterzeichnete Baupläne beigefügt oder es wird im Grundbuch auf Baupläne verwiesen. Davon zu unterscheiden ist das generelle, im Grundbuch eingetragene Näherbaurecht, womit sich der jeweilige Eigentümer des Nachbargrundstücks verpflichtet, Gebäude im Abstandsbereich im Voraus und generell zu dulden. Wollen die Nachbarn eine längerfristige und gegenseitige Sicherung ihrer Rechte erreichen, so drängt sich die Eintragung einer entsprechenden Dienstbarkeit im Grundbuch auf. Dienstbarkeiten wirken dinglich, d.h. sie binden nicht nur die aktuellen, sondern auch die künftigen Eigentümer (Fritzsche/Bösch/Wipf, a.a.O., S. 864 f.).

d) Bei den vom Stadtrat Zug eingereichten Akten befindet sich ein Grundbuchauszug für das Grundstück Nr. 1951 vom 30. November 2012 (act. Nr. 12). Aus dem Grundbuchauszug ergibt sich, dass das Grundstück der einfachen Gesellschaft A. und B. C. gehört, welche dieses 1999 und 2008 erworben haben. Die Eigentümer sind auch die Baugesuchsteller des vorliegenden Verfahrens. Aus dem Grundbuchauszug ergibt sich weiter, dass 31 Dienstbarkeiten/Grundlasten aufgeführt sind. Gegenüber dem Nachbargrundstück GS Nr. 1937 sind fünf Dienstbarkeiten bzw. Grundlasten aufgeführt, nämlich zu Lasten des GS Nr. 1951 ein Leitungsrecht und ein Näherbaurecht. Zugunsten des GS Nr. 1951 und zu Lasten des GS Nr. 1937 sind das hier zur Diskussion stehende Näherbaurecht vom 28. Januar 1953, eine Baubeschränkung und ein Grenzpfanzrecht vom 16. Mai 2008 aufgeführt. Aus dem Grundbuchauszug ergibt sich somit, dass ein Näherbaurecht besteht. Wie dieses aber näher ausgestaltet ist, ergibt sich aus dem Grundbuchauszug nicht mit der erforderlichen Klarheit,

weshalb der Bestellsungsakt beizuziehen ist. Bestellsungsakt ist der am 10. Januar 1953 öffentlich beurkundete Kaufvertrag zwischen X. Y. als Verkäufer und Y. Z. als Käuferin. Dieser Kaufvertrag wurde am 28. Januar 1953 in das Grundbuch der Stadtgemeinde Zug eingetragen. Gegenstand des Kaufvertrages waren zwei Landstücke, 1'444 m² gross, GBP Nr. 1951, und 1'720 m², GBP Nr. 1943, beide gelegen in der Müllestrasse in Zug. Weiter heisst es unter dem Titel I. Gegenstand des Kaufvertrages: «Die definitive Vermessung und Vermarkung dieser Parzellen, die von G.B.P. No. 1937 abgetrennt werden, wird durch den Grundbuchgeometer nach durchgeführtem Ausbau der Quartierstrasse vorgenommen. Ein allfälliges Mehr- oder Mindermass hat auf den Kaufpreis keinen weitem Einfluss». In der Ziff. II «Kaufbedingungen» ist weiter festgehalten: «Der Verkäufer räumt der Käuferin das Recht ein, auf G.B.P. No. 1951 bei der östlichen Parzellengrenze bei der Überbauung nur einen Grenzabstand von 2 m einzuhalten, was im Grundbuch z.L. von G.B.P. No. 1937 als Näherbaurecht einzutragen ist.» Aus diesem Eintrag ergibt sich für das Gericht ohne jeden Zweifel, dass die Bauherrschaft als Eigentümerin des GS Nr. 1951 gegenüber dem Grundstück GS Nr. 1937, an dem die Beschwerdeführer Miteigentümer sind, ein klares Näherbaurecht hat. Dieses bezieht sich auf die östliche Parzellengrenze und erlaubt es ihr, distanzmässig bis auf 2 Meter an die Grenze des GS Nr. 1672 heran zu bauen. Die Angaben im Grundbucheintrag und im zugrunde gelegten öffentlich beurkundeten Kaufvertrag sind so klar, dass sich auch in einem Baubewilligungsverfahren die Behörde darauf verlassen durfte.

e) Selbst wenn man davon ausgehen müsste, dass der Wortlaut des Grundbucheintrags und des zugrunde liegenden Kaufvertrags missverständlich wäre, so ergäbe ein Blick auf die bisherige Ausübung des Näherbaurechts, dass sich die Bauherrschaft in gutem Glauben auf dessen Bestand verlassen durfte. Im Jahr 2007 reichte die Meier AG ein Gesuch für die Überbauung des GS Nr. 1937 ein. Gegen dieses Baugesuch reichten A. und B.C. Einsprache ein und wiesen unter anderem darauf hin, dass das zu bebauende Grundstück mit einem Näherbaurecht zugunsten ihres Grundstücks auf 2 Meter belastet sei. Schon jetzt sei im südlichen Bereich der Gebäudeabstand unterschritten. Wenn das Näherbaurecht von ihnen einmal in Anspruch genommen würde, verringere sich der Gebäudeabstand auf der ganzen Länge des Grundstücks GS Nr. 1951 auf lediglich 8 Meter. Mit Schreiben vom 14. Januar 2008 teilte der Rechtsvertreter der Meier AG den Einsprechern mit, an der Einspracheverhandlung habe er ihnen die Zustellung eines Vertragsentwurfs für ein Näherbaurecht in Aussicht gestellt. Er habe die Unterlagen nochmals gründlich studiert und sei der Meinung, dass ein neuer Dienstbarkeitsvertrag nicht erforderlich sei. Ihre Rechte seien mit der Dienstbarkeit, die im Kaufvertrag vom 10. Januar 1953 begründet worden sei, vollumfänglich gewahrt. Mit dieser Dienstbarkeit sei bekanntlich zu der Parzelle der Einsprecher und zu Lasten des heutigen Baugrundstücks ein Näherbaurecht bis auf 2 m an die gemeinsame Grenze eingeräumt worden. Dieses Näherbaurecht habe selbstverständlich weiterhin Bestand und werde mit dem projektierten Mehrfamilienhaus der Meier AG keiner Weise geschmälert. Gemäss der

ausdrücklichen Vorschrift in § 22 Abs. 2 BO 1994 könne nicht nur der Grenzabstand, sondern auch der Gebäudeabstand gegenüber Gebäuden auf dem Nachbargrundstück unterschritten werden, sofern der Nachbar schriftlich zustimme. Mit dem Dienstbarkeitsvertrag aus dem Jahr 1953 liege diese schriftliche Zustimmung vor und diese könne den Einsprechern nicht einseitig entzogen werden. Aus diesem Schreiben ergibt sich, dass die Rechtsvorgängerin der heutigen Beschwerdeführer der Bauherrschaft vor etwas mehr als sechs Jahren den Bestand des Näherbaurechts auch noch ausdrücklich zugesichert hat (was allerdings bei der Beantwortung der Frage nach dem Bestand des Näherbaurechts wegen der Klarheit des Grundbucheintrags und des zugrunde liegenden Kaufvertrags nicht mehr von entscheidender Bedeutung ist). Auch diese Zusicherung müssen sich die Beschwerdeführer heute entgegenhalten lassen.

(...)

g) Aus dem Grundbucheintrag vom 28. Januar 1953, dem zugrunde liegenden Kaufvertrag vom 10. Januar 1953 und dem bisherigen Verhalten der Eigentümer des GS Nr. 1937 ergibt sich klar und eindeutig, dass wir es hier mit einem generellen Näherbaurecht zu tun haben, welches den Baugesuchtellern erlaubt, gegenüber der östlichen Parzellengrenze nur einen Grenzabstand von 2 m einzuhalten. Falls X.Y. und Y. Z. im Januar 1953 tatsächlich das Näherbaurecht nur für ein bestimmtes Projekt hätten vereinbaren wollen, so hätten sie im Kaufvertrag auf dieses Projekt und auf die entsprechenden Baupläne verweisen müssen. Dies haben sie offensichtlich unterlassen, und damit einer generellen dinglichen Wirkung des Näherbaurechts den Vorzug gegeben. Das entsprechende Näherbaurecht bindet daher alle künftigen Eigentümer des GS Nr. 1937. Dieses im Grundbuch eingetragene und klar ausgewiesene Näherbaurecht gilt gleichsam als schriftliche Zustimmung zur Unterschreitung des Grenzabstandes.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 29. April 2014 V 2013 / 140

5. Ausländerrecht und Bewilligungsgesetz

5.1 Art. 9 BV. Art. 23 ZGB. Art. 2 BewG. Art. 3 Abs. 2 DBG, § 3 Abs. 2 StG

Regeste:

Art. 9 BV. Art. 23 ZGB. Art. 2 BewG. Art. 3 Abs. 2 DBG, § 3 Abs. 2 StG – Personen im Ausland bedürfen für den Erwerb von Grundstücken keiner Bewilligung, wenn das Grundstück dem Erwerber als natürlicher Person als Hauptwohnung am Ort seines rechtmässigen und tatsächlichen Wohnsitzes dient. Dem Gesuchsteller muss der gesetzlich erforderliche schweizerische Wohnsitz auch nach seinem Wohnorts- bzw. Wohnsitzwechsel aus einem anderen schweizerischen Kanton nach Zug weiterhin zugebilligt werden. Dies aufgrund des Vertrauensgrundsatzes und der ausreichend erstellten Nachweise und Umstände im Sinne der konkret zu prüfenden «Gesamtheit der Lebensumstände einer Person».

Aus dem Sachverhalt:

Mit Verfügung vom 21. Dezember 2012 stellte die Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zug fest, dass der Grundstückserwerb durch X.Y. nicht bewilligungspflichtig sei, da die Eigentumswohnung dem Gesuchsteller als Hauptwohnung diene. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 25. Januar 2013 beantragte die Direktion des Innern des Kantons Zug, diese Verfügung sei aufzuheben. Zur Begründung wurde im Wesentlichen geltend gemacht, dass die Ausführungen seitens des Gesuchstellers zur Wohnsitznahme in der Stadtgemeinde Zug nach den vorliegenden Akten und Nachweisen blosse Parteibehauptungen darstellten. Der Nachweis des tatsächlichen Wohnsitzes im Kanton Zug sei nicht erbracht worden.

Aus den Erwägungen:

2. a) Personen im Ausland bedürfen für den Erwerb von Grundstücken einer Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde (Art. 2 Abs. 1 BewG). Als Erwerb eines Grundstückes gilt gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. a BewG der Erwerb des Eigentums, eines Baurechts, eines Wohnrechts oder der Nutzniessung an einem Grundstück. Keiner Bewilligung bedarf der Erwerb nach Art. 2 Abs. 2 BewG, wenn: das Grundstück als ständige Betriebsstätte eines Handels-, Fabrikations- oder eines anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes, eines Handwerksbetriebes oder eines freien Berufes dient (lit. a); das Grundstück dem Erwerber als natürlicher Person als Hauptwohnung am Ort seines rechtmässigen und tatsächlichen Wohnsitzes dient (lit. b); oder eine – hier nicht gegebene – Ausnahme nach Art. 7 vorliegt (lit. c). Als Personen im Ausland gelten: a. Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft oder der Europäischen Freihandelsassoziation, die ihren rechtmässigen und tatsächlichen Wohnsitz nicht in der Schweiz haben; abis. Staatsangehörige anderer ausländischer Staaten, die nicht das Recht haben, sich

in der Schweiz niederzulassen. Gemäss Art. 5 Abs. 1 der Verordnung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewV, SR 211.412.411) bestimmt sich der Wohnsitz, der zum bewilligungsfreien Erwerb einer Hauptwohnung berechtigt (Art. 2 Abs. 2 Bst. b BewG), nach den Artikeln 23, 24 Absatz 1, 25 und 26 ZGB. Die Rechtmässigkeit des Wohnsitzes setzt ausserdem die gültige Aufenthaltsbewilligung zur Wohnsitznahme (Art. 33 AuG) oder eine andere entsprechende Berechtigung voraus (Art. 5 Abs. 2 BewV).

(...)

3. d) Aus den Akten ergibt sich, dass der Gesuchsteller seit seiner Einreise am (...) 2004 in die Schweiz ununterbrochen über die Aufenthaltsbewilligung B verfügt. Bevor er 2010 seinen Wohnsitz in den Kanton Zug verlegt und hierher umgezogen ist, hat er gemäss der von ihm eingereichten Wohnsitzbescheinigung im Kanton K. gewohnt. Er konnte gemäss Grundbucheintrag am (...) 2004 – bewilligungsfrei – eine Eigentumswohnung an der Strasse in der Stadt S. erwerben. Die Aufenthaltsbewilligung B ist letztmals am (...) 2012 von der zuständigen Behörde des Kantons Zug ausgestellt worden. Es liegt eine Wohnsitzbescheinigung der Einwohnerkontrolle der Stadt Zug vom (...) 2012 vor. Aktenkundig ist der am (...) 2010 abgeschlossene und bis (...) 2012 gültig gewesene Mietvertrag über die Wohnung an der Strasse in Zug. Der Gesuchsteller konnte die im Zeitpunkt des Kaufs noch nicht fertig gestellte Wohnung in Zug im (...) 2012 beziehen.

e) Die Steuerbehörde des Kantons Zug hat gemäss Schreiben vom 20. Dezember 2012 bestätigt, dass der Gesuchsteller im Kanton Zug für die Belange der direkten Bundessteuer und der Zuger Staats- und Gemeindesteuern unbeschränkt steuerpflichtig ist und nach Aufwand besteuert wird. Gemäss den Darlegungen des Gesuchstellers ist er infolge seiner Geschäftstätigkeit auch in Russland nach wie vor steuerpflichtig.

f) Der Gesuchsteller hat im Verfahren betreffend Feststellung der Nichtbewilligungspflicht ausgeführt, dass er derzeit (...) v.a. in Russland geschäftstätig ist und dass seine Ehefrau teilweise in (...), teilweise in Zug lebt. Ihre beiden Kinder sind volljährig. Die Abnahme der gekauften Wohnung in Zug habe am (...) 2012 in Anwesenheit seiner Ehefrau stattgefunden, wobei sich diese um die die Innenarchitektur dieser Wohnung gekümmert habe. Die Ehegattin sei zu diesem Zweck während der Bauabschlussarbeiten und der Einrichtungsphase mehrere Male vor Ort gewesen. Der Gesuchsteller plant, «so oft es sein voller Terminkalender erlaubt» und «wenn möglich zusammen mit seiner Ehefrau» in seiner Zuger Wohnung zu weilen.

g) In geschäftlicher Hinsicht besteht die Beziehung des Gesuchstellers zur Schweiz und zum Kanton Zug gemäss seinen Angaben durch seine Mitgliedschaft und seine Funktionen in international operierenden Unternehmensgruppen, namentlich als (...).

Nach wie vor in Zug tätig ist die (...). Hinzugekommen sind in Zug (...) weitere Unternehmen (...). Geltend gemacht wird vom Gesuchsteller, dass er aufgrund dieser Geschäftstätigkeit auch persönliche Kontakte zu ortsansässigen Mitarbeitenden der G. Gruppe und zu Exponenten (...), wie namentlich (...), habe.

(...)

4. a) In rechtlicher Hinsicht ist zunächst festzuhalten, dass für den zivilrechtlichen Begriff des Wohnsitzes im Wesentlichen Art. 23 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210) massgeblich ist (BGE 136 II 405 E. 4.1 S. 408). Der Wohnsitz einer Person befindet sich demzufolge an dem Ort, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält. Um diesen Ort zu ermitteln, ist zu prüfen, wo die betreffende Person ihren persönlichen und beruflichen, d.h. faktischen Lebensmittelpunkt hat (BGE 136 II 405 E. 4.3 S. 409 f.). Der faktische Mittelpunkt der Lebensinteressen bestimmt sich nach der Gesamtheit der objektiven, äusseren Umstände, aus denen sich diese Interessen erkennen lassen, nicht nach den bloss erklärten Wünschen der steuerpflichtigen Person (BGE 113 Ia 465 E. 3 S. 466). Es gelten die Grundsätze der Notwendigkeit und der Ausschliesslichkeit (Einheitlichkeit) des Wohnsitzes, d.h. jede Person muss einen rechtlichen Wohnsitz haben (Art. 24 ZGB) und sie hat ausschliesslich einen Wohnsitz (Art. 23 Abs. 1 ZGB; vgl. Daniel Staehelin, Basler Komm., ZGB I, 4. A. 2010, Art. 23 N 2).

b) Wenn das öffentliche Recht Rechtsfolgen an den Wohnsitz knüpft, so bestimmt es diesen Begriff grundsätzlich autonom. So definieren z. B. das Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG, SR 642.11) und das Steuergesetz des Kantons Zug vom 25. Mai 2000 (StG; BGS 632.1) den steuerrechtlichen Wohnsitz selbständig ohne generellen Verweis auf das ZGB. Dennoch ist schon aufgrund der wortwörtlich gleichen Formulierung im Gesetz (Art. 3 Abs. 2 DBG, § 3 Abs. 2 StG) davon auszugehen, dass in der Regel der steuerrechtliche Wohnsitz mit dem zivilrechtlichen Wohnsitz übereinstimmt, hingegen im Einzelfall im Sinne der steuerrechtlichen Erfordernisse abweichende Gewichtungen dieser Merkmale möglich sind (Bauer-Balmelli / Omlin, Komm. Schweiz. Steuerrecht, Bd. I/2a, DBG, Art. 1-82, 2. A. Basel 2008, Art. 3 N 3 f.). Insbesondere fällt eine bloss affektive Bevorzugung des einen oder anderen Ortes nicht ins Gewicht und bestimmt sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen typischerweise nach dem gewöhnlichen Aufenthalt und der Wohnsituation, der persönlichen und familiären Situation, der gesellschaftlichen Situation und den wirtschaftlichen Gegebenheiten bzw. der Arbeitssituation (vgl. Martin Arnold, Der steuerrechtliche Wohnsitz natürlicher Personen im interkant. Verhältnis nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ASA 68/2000, 452). Die sich aus den familiären Bindungen ergebenden persönlichen Beziehungen werden im Allgemeinen als stärker erachtet als jene, die sich aus der beruflichen Tätigkeit ergeben (vgl. BGE 121 I 14 E. 4a S. 15). Das Bundesgericht misst bei der Bestimmung des steuerrechtlichen Wohnsitzes den wirtschaftlichen

Gegebenheiten jedoch ein etwas grösseres Gewicht bei als bei der Festsetzung des zivilrechtlichen Wohnsitzes, wobei bei Verheirateten den persönlichen Beziehungen zwischen den Ehegatten die bedeutendere Rolle zukommt als den Beziehungen zum Arbeitsort (M. Arnold, S. 453, unter Hinweis auf BGE 121 I 14 E. 4a S. 16). «Zumindest» bei der Begründung des steuerrechtlichen Wohnsitzes hat sich die natürliche Person auch tatsächlich in der Schweiz aufzuhalten, während ein ununterbrochener Aufenthalt nicht erforderlich ist (Bauer-Balmelli /Omlin, Art. 3 N 4).

Zieht man das interkantonale Steuerrecht und die bezügliche Lehre und Gerichtspraxis bei, so ergibt sich, dass dieses in drei Fällen vom zivilrechtlichen Wohnsitzbegriff abweicht, nämlich erstens, dass der faktische und nicht der fiktive Wohnsitz massgebend ist, dass in bestimmten Fällen ein alternierender Wohnsitz angenommen wird und dass bei der Bestimmung des Hauptsteuerdomizils den wirtschaftlichen Beziehungen zu einem Ort unter Umständen mehr Gewicht beigemessen wird als den familiären Beziehungen (vgl. Zweifel/Hunziker, in: Zweifel / Beusch / Mäusli-Allenspach [Hrsg.], Komm. zum Interkantonalen Steuerrecht, Basel 2011, § 6 N 11 ff.). Insbesondere bleibt eine vorübergehende Unterbrechung des tatsächlichen Aufenthalts in der Regel ohne steuerliche Auswirkungen, selbst bis zu zwei Jahren, wobei entscheidend ist, dass trotz Unterbrechung des Aufenthalts der Wille anhält, den bisherigen Lebensmittelpunkt beizubehalten (vgl. Bundesgerichtsentscheid vom 30. September 1967, in: ASA 1989/90, S. 392, betr. Mitarbeiter des IKRK, kommentiert in Zweifel/Hunziker, § 6 N 16). Manifestiert wird im Weiteren die Absicht dauernden Verbleibens beispielsweise durch die Ausstattung einer gemieteten Wohnung mit eigenen Möbeln und den Aufenthalt in der Wohnung während eines grossen Teils des Jahres (Urteil des Bundesgerichts vom 1. März 2007, 2P.203/2006) und nicht zuletzt durch den Kauf einer Wohnung oder eines Hauses (Urteil des Bundesgerichts vom 17. März 2003, 2P.182/182/2002, kommentiert in Zweifel/Hunziker, § 6 N 18).

c) Auch im BewG wird mit der Statuierung des «rechtmässigen und tatsächlichen Wohnsitzes» wie im Steuerrecht (vgl. Art. 3 DBG und § 3 StG) zur Bestimmung des Wohnsitzes primär und damit hilfsweise der zivilrechtliche Wohnsitzbegriff verwendet. In Art. 5 Abs. 1 BewV erfolgt der direkte Verweis auf die Art. 23, 24 Absatz 1, 25 und 26 ZGB (vgl. Eugen Bucher, Berner Kommentar, Band 1, 2. Abt. 1. Teilband, Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB, Bern 1976, Vorbemerkungen vor Art. 22-26 Rz. 53). Der zivilrechtliche – wie der steuerliche – Wohnsitz ist nicht frei wählbar. Mit dem grundsätzlich zwar zivilrechtlichen Wohnsitzbegriff im Steuerrecht sind wie erwähnt gewisse Modifikationen verbunden (Blumenstein/Locher, System des schweiz. Steuerrechts, 6. A., Zürich 2002, § 5 IV 1a) und es stellt sich die Frage, ob aufgrund der daran geknüpften Rechtsfolgen auch beim BewG in einem gewissen Masse eine funktionalisierende Auslegung angezeigt ist. Auch wenn damit die betroffenen Interessen gebührend berücksichtigt werden können, ist aber im Interesse der Rechtssicherheit so weit möglich an der Einheitlichkeit

des zivilrechtlichen Wohnsitzes (Art. 23 Abs. 2 ZGB) festzuhalten (D. Staehelin, Art. 23 N 3). Es geht letztlich um die Frage des Verhältnisses des Zivilrechts zum anwendbaren, auf dieses Bezug nehmenden, öffentlichen Recht. Beim Steuerrecht erachtet das Bundesgericht mitunter die «formell-juristische zivilrechtliche Betrachtungsweise» als «der Natur der Sache nach» nicht massgebend, so etwa in Doppelbesteuerungsfällen (vgl. dazu Thomas Koller, *Privatrecht und Steuerrecht*, Bern 1993, S. 302 ff., 304). Im Steuerrecht betrifft diese Fragestellung im Wesentlichen die Steuerumgehungsproblematik bzw. sog. Durchgriffsfälle (vgl. Koller, a.a.O. *passim* und z. B. S. 379). Bezüglich der hier zu beurteilenden Fragestellung kann daraus immerhin geschlossen werden, dass der zivilrechtliche Begriff des Wohnsitzes stets sachgerecht zu verwenden ist und jedenfalls kein «Abhängigkeitsverhältnis» des öffentlichen Rechts zum Zivilrecht besteht. Entscheidend ist, dass keine grundlegenden privatrechtlichen Ordnungsintentionen unterlaufen werden, weniger die Begriffe als die Grundwerte des Zivilrechts zu respektieren sind und entscheidend nicht die Form ist, sondern der Inhalt eines Rechtsgeschäfts (vgl. Koller, a.a.O. S. 447 f.). Es gilt beim BewG eine «relativ formelle Betrachtungsweise» (Mühlebach / Geissman, Art. 9 N 18 f.).

(...)

8. b) Zunächst ist für das Gericht ausländerrechtlich davon auszugehen, dass schon eine Aufenthaltsbewilligung B die Wohnsitznahme in der Schweiz voraussetzt. Diesbezüglich steht aber fest, dass der Gesuchsteller seit 2004 in S. eine Wohnung im Eigentum hält und die ganze Zeit eine Aufenthaltsbewilligung B zugesprochen erhalten hatte. Hinzu kommt, dass im Ausländerrecht z. B. der Grundsatz gilt, dass die Behörde beim Entscheid über eine Bewilligungsverlängerung kraft Bundesrechts über weniger Ermessensspielraum als bei der erstmaligen Erteilung verfügt, auch wenn aus der bisherigen Anwesenheit bzw. der früheren Bewilligungserteilung kein Anspruch auf Verlängerung abgeleitet werden kann (vgl. Spescha / Thür / Zünd / Bolzli, *Migrationsrecht*, 3. Aufl. Zürich 2012, Art. 33 N 7). Somit kann für die hier zu würdigende bewilligungsrechtliche Anspruchsgrundlage gesagt werden, dass der ursprüngliche «Aufenthaltszweck» mit zunehmender Aufenthaltsdauer insofern eher an Gewicht verlieren muss, als er mit Ausnahme neuer, d.h. veränderter Indizien nicht mehr grundsätzlich in Frage gestellt werden darf. Umgekehrt formuliert dürfen an die Bejahung der weiteren Verankerung des Wohnsitzes in der Schweiz kraft Bundesrechts nicht mehr die gleich hohen Anforderungen gestellt werden (vgl. a.a.O.). Offensichtlich befindet sich der Lebensmittelpunkt des Gesuchstellers schon seit vielen Jahren unangefochten in der Schweiz, was vom Amt für Migration des Kantons Zug mit der Ausstellung bzw. Verlängerung der ursprünglich im Kanton K. erteilten Aufenthaltsbewilligung B am (...) 2012 nach pflichtgemässer Prüfung bestätigt wurde.

c) Weiter ist in diesem Zusammenhang festzustellen, dass die Tatsache des be-

willigungsfreien Grundstückserwerbs im Kanton K. vor mittlerweile zehn Jahren und die an den Gesuchsteller erteilte und wiederholt verlängerte Aufenthaltsbewilligung durch die Behörden der Kantone K. und Zug sehr wohl im Sinne eines Vertrauensstatbestandes als vertrauensbildendes behördliches Verhalten zu würdigen sind. Das im öffentlichen Recht grundlegende Prinzip von Treu und Glauben verleiht dem Bürger in Form des sog. Vertrauensschutzes einen Anspruch auf Schutz seines berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Weiter verbietet es als Verbot widersprüchlichen Verhaltens und als Verbot des Rechtsmissbrauchs sowohl den staatlichen Behörden wie auch dem Bürger, sich in ihren öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen widersprüchlich oder rechtsmissbräuchlich zu verhalten (vgl. dazu Häfelin / Müller / Uhlmann, Rz. 622 f.). Zwar entbanden bzw. entbinden die früheren Bewilligungen die Zuger Behörden keineswegs von ihrer eigenen Prüfungspflicht, insbesondere hinsichtlich zwischenzeitlich geänderter Verhältnisse, doch die von der DI angerufene strengere Bundesgerichtspraxis und die «konkretisierten» Weisungen des Bundesamts für Justiz dürfen in seinem Fall eines blossen Kantonswechsels nicht zu einer grundsätzlichen Infragestellung bislang bundesrechtlich bewilligter Verhältnisse und damit zu einer Rücknahme bzw. einem Widerruf der bereits erfolgten, bald zehnjährigen Bewilligung führen. Denn dies wäre hier im Ergebnis offensichtlich gerade der Fall. Ohnehin lassen sich die Fälle der von der DI angeführten neueren Bundesgerichtspraxis (vgl. die Entscheide 2C_27 /2010 vom 24. Juli 2010 und 2A.704/ 2004 vom 25. Mai 2005) mit den Verhältnissen des Gesuchstellers mit seiner langjährigen geschäftlichen Verankerung in der Schweiz und den damit verbundenen regelmässigen persönlichen Aufhalten und den beiden angemessenen und persönlich eingerichteten Wohnungen in S. und nun in Zug nicht vergleichen. Der Gesuchsteller erwirkte bislang in der Schweiz vom Kanton K. eine Aufenthaltsbewilligung B, die Feststellung der vollen Steuerpflicht und den Entscheid der Nichtbewilligungspflicht infolge Hauptwohnsitzes in S., und im Kanton Zug anschliessend ebenfalls eine Aufenthaltsbewilligung B und die Feststellung der vollen Steuerpflicht. Beim Kanton K. handelt es sich zudem um einen Kanton mit zweifellos vergleichbarer Sensibilität hinsichtlich der «Ausverkaufs»- bzw. Überfremdungsproblematik und mit vergleichbarer internationaler Offenheit gerade hinsichtlich von Personen, die dem Werkplatz Schweiz letztlich viel zu geben in der Lage und bereit sind. Beide Kantone sind in der Schweiz nicht für eine zu lasche oder gar rechtswidrige Praxis im bewilligungsrechtlichen Umgang mit Ausländern bekannt. Zwar liegt eine rechtsungleiche Behandlung nur vor, wenn die nämliche Behörde gleichartige Fälle unterschiedlich behandelt (Häfelin / Müller / Uhlmann, Rz. 508). Indessen muss bei einer Rücknahme oder einem Widerruf von bundesrechtlich begründeten Verfügungen der Rechtssicherheit auch bei der Beurteilung durch verschiedene Kantone, d.h. im bundesstaatlichen Verhältnis, gegenüber der richtigen Durchführung des objektiven Rechts eine entsprechend hohe Bedeutung zukommen. Im Ergebnis dürfte eine Praxisänderung sich – abgesehen von überwiegenden öffentlichen Interessen – vor allem nicht rückwirkend, d.h. zu Lasten der Rechtssicherheit auswirken. Vorliegend sprechen konkret keine gewichtigen Gründe zu Gunsten

einer solchen «Praxisänderung» (vgl. Häfelin / Müller / Uhlmann, Rz. 513, mit Hinweisen). Vielmehr ist für den Gesuchsteller insofern eine Vertrauensgrundlage entstanden, als das Verhalten der Behörden des Kantons K. in Anwendung von Bundesrecht für ihn und seine persönlichen und geschäftlichen Dispositionen zweifellos konkrete, sehr bedeutsame Erwartungen und Vorkehrungen ausgelöst hat. So hat der Gesuchsteller gestützt auf sein legitimes Vertrauen in behördliches Verhalten in der Schweiz mit dem getätigten Wohnsitzwechsel nach Zug und der Neuausrichtung seiner privaten Verhältnisse auch bereits nicht unerhebliche Dispositionen getätigt, die ohne Nachteil nicht wieder rückgängig gemacht werden können. Zudem werden die von den Merkblättern des Bundes und des Kantons verlangten Voraussetzungen gemäss BewG durch ihn im Wesentlichen wie schon bisher in hohem Masse erfüllt und dürfen nicht nachträglich relativiert werden, so wenig von ihm der Nachweis verlangt werden kann, an keinem anderen Ort im Ausland Wohnsitz zu haben. Aus Sicht des angewendeten Bundesrechts würden sich die Zuger Behörden eines widersprüchlichen Verhaltens schuldig machen, wenn sie neu die Bewilligungspflicht bejahen würden. Es geht nicht (mehr) um den im Merkblatt der DI vom 18. September 2012 zur Umsetzung des BewG, Ziff. 3, erwähnten Nachweis der Abmeldung «im Ausland» bzw. den Nachweis, dass im Heimatstaat tatsächlich «die Zelte abgebrochen wurden» (vgl. oben E. 2c). Auch das Bundesamt für Justiz wird dies bei seiner Würdigung der Sachlage in Kenntnis der konkreten Umstände des Gesuchstellers und der Akten ohne Zweifel in Betracht ziehen.

d) Wenn der Gesuchsteller geltend machen lässt, die DI sei jedenfalls auf ihrer Anerkennung zu behaften, dass er den Nachweis des Wohnsitzes im Kanton K. gegenüber den dortigen Behörden erbracht habe, womit gemäss Art. 24 Abs. 1 ZGB bei einer Verneinung des Wohnsitzes in Zug doch der bisherige Wohnsitz des Gesuchstellers in S. Bestand hätte, so zeigt dies mit aller Deutlichkeit auf, dass es in seinem konkreten Fall tatsächlich nicht mehr um die üblicherweise sich stellende Frage gehen kann, ob er seinen Wohnsitz nun im Ausland oder in der Schweiz habe. In S. hat er Wohnsitz und Wohneigentum gehabt und sich von dort korrekt abgemeldet, um in Zug unter unveränderten Verhältnissen und Bedingungen weiterhin schweizerischen Wohnsitz zu beanspruchen. Er zieht nicht aus dem Ausland nach Zug und stellt das Gesuch um bewilligungsfreien Eigentumserwerb. Es wäre auch rechtspolitisch in der Tat unerträglich, wenn die Zuger Behörden die persönliche Rechtsposition des in der Schweiz persönlich wie industriell bereits seit Jahren stark verwurzelten Globetrotters sozusagen «ab ovo», d.h. wie bei einem frisch aus dem Ausland zuziehenden Ausländer, in Frage stellen würden. Bei ihm ist weder von einem «Neuankömmling» auszugehen – wie erwähnt billigt ihm selbst die DI eine «bessere Position» als anderen Ausländern zu –, noch fällt er aufgrund seiner Vorgeschichte als aktiver Investor in der Schweiz mit dem Erwerb einer einzelnen Wohnung in Zug unter einen der vom Gesetzgeber durch das BewG erfassten Tatbestände eines zu verhindernden Ausverkaufs der Heimat. Seine Wohnung in S. will er zudem wieder veräussern, sobald der bewilligungsfreie Erwerb der Woh-

nung in Zug rechtskräftig ist. Immerhin ist der DI in Berücksichtigung ihrer wichtigen gesetzlichen Aufgabe zuzubilligen, dass sie sich zur Beschwerde genötigt gefühlt habe, da sie nach ihrer Einschätzung nicht von Anfang an über vollständige Akten verfügte.

9. b) Abgesehen davon, dass vorliegend unter dem Gesichtspunkt des BewG die Fragestellung verfehlt ist, ob der Gesuchsteller und seine Gattin den Eindruck erweckten, sie hätten subjektiv die Absicht, ihren Lebensmittelpunkt gleichsam aus dem Ausland bzw. aus Russland nach Zug «zu verlegen», nachdem sie bereits jahrelang unangefochtenen Wohnsitz in S. gehabt haben, legt der Gesuchsteller aber glaubwürdig dar, dass dies der Fall ist. Dass sich die beiden Ehepartner seit je bedingt durch die intensive geschäftliche Reisetätigkeit des Gesuchstellers nicht viel sehen können, ist nachvollziehbar, da die offenkundigen weltweiten geschäftlichen Aktivitäten dies bedingen. Der Gesuchsteller verbringt nach seinen Angaben einen grossen Teil seiner Zeit und sogar der Nächte in firmeneigenen Flugzeugen. Dass die Ehefrau in diesen Zeiten oft und gerne bei ihren Kindern und Enkeln weilt und mit diesen z. B. Ferien auf Yachten verbringt, schliesst den Wohnsitz in der Schweiz bzw. in Zug wie vorher in S. nicht aus. Sein Fall kann nicht mit den Verhältnissen der meisten anderen ausländischen Gesuchsteller verglichen werden. In je mehr Orten, Ländern und Kontinenten jemand wegen seiner Arbeitstätigkeit ständig unterwegs ist und zu tun hat, umso mehr Bedeutung erhält umgekehrt der ganz persönliche Ort, den er für sich und seine Gattin als Wohnsitz und damit als Rückzugsort bestimmt und einrichtet, auch wenn er an diesen – zunächst – eher selten zurückkehren kann. Genau zu diesem Zweck hat sich der Gesuchsteller aber schon vor bald 10 Jahren für die Schweiz und nunmehr für Zug entschieden. Persönliche Beziehungen, insbesondere Freundschaften können von einer Persönlichkeit wie dem Gesuchsteller nur schon aufgrund der fehlenden Zeit kaum schnell an einem neuen Wohnort oder gar in Vereinen geknüpft werden, zumal er aus begrifflichen Gründen darauf angewiesen ist, quasi inkognito wohnen zu müssen. Auch an keinem anderen Ort der Welt vermag eine Persönlichkeit wie der Gesuchsteller die im Normalfall nach schweizerischem Recht für einen Wohnsitz sprechenden persönlichen Kontakte wie z. B. Vereinsmitgliedschaften zu pflegen. Hingegen ist bekannt, dass er in Oberwil, wo er ursprünglich eine Wohnung zu erwerben beabsichtigte, als direkte Unterstützung einen Sportklub unterstützt. Der Gesuchsteller ist also gewillt, seine Verbundenheit mit Zug und der direkten Nachbarschaft auch nach aussen, wenn auch diskret, zu manifestieren. Dass er in Zug und Umgebung Freunde wie die Herren D., E. und F. in unmittelbarer Nähe weiss und mit diesen im Rahmen der Möglichkeiten Kontakte pflegt, ist naheliegend. Unbestreitbar intensive Kontakte pflegt der Gesuchsteller in Zug und Umgebung in geschäftlicher Hinsicht, nachdem drei zu seiner G.-Gruppe gehörende Gesellschaften in Zug domiziliert sind, was eine gewisse regelmässige physische Präsenz am Wohnort und dessen Umgebung mit sich bringt. Wie der Gesuchsteller ausführt, hat er an den anderen Orten seiner geschäftlichen Tätigkeit rund um den Globus erst recht keine Zeit, einen

Lebensmittelpunkt zu begründen oder mehr als geschäftliche Bekanntschaften mit «Geschäftsfreunden» zu pflegen. Ja, es mag – mit Verlaub gesagt – durchaus sein, dass eine Persönlichkeit wie der Gesuchsteller eher einsam ist und privat kaum Freundschaften pflegen kann, wofür es keines besonders weiten Vorstellungsvermögens bedarf. Auch dies muss bei der Würdigung der konkreten Lebensverhältnisse berücksichtigt werden, was in einem Rechtsstaat genauso zu der von der DI angerufenen Untersuchungspflicht und zum Anspruch auf rechtliches Gehör gehört. Und schon gar nicht vermag die DI einen anderen Lebensmittelpunkt des Gesuchstellers darzutun. Wie der Gesuchsteller bestätigt, ist er in Zug über einen ISDN-Anschluss mit Telefon (VOIP), FAX und Internet erreichbar, wobei die Telefonnummer aus begrifflichen Gründen geheim bleiben muss. Ebenso wenig kann sein Briefkasten angeschrieben werden, damit er vor Belästigungen geschützt ist. Dass eine Persönlichkeit von seinem Format das Haus mittels des bei den Akten liegenden «Housekeeping and Maintenance-Agreements» jederzeit und aufwändig für sich und seine Gattin vollumfänglich wohnbereit hält, beweist, dass es sich keinesfalls um ein Pseudodomizil handeln kann. Vom Gesuchsteller belegt werden auch die Kontakte seiner Gattin mit der Innenarchitektin, die das Ziel hatten, eine den persönlichen Wünschen und Bedürfnissen entsprechende Wohnung mit typischen persönlichen Effekten wie Bildern und Kunstgegenständen einzurichten. Belegt sind das selber eingelöste Auto in Zug, und ebenso ist der Gesuchsteller bei der Zuger Ausgleichskasse abrechnungspflichtig und gemäss den Aktenbelegen krankenversichert. Belegt sind weiter die Strom- und Wasserrechnungen der WZ Energie AG und wie erwähnt die Steuerpflicht. Einen Lebensmittelpunkt bei seinen Kindern – in (...) oder in Russland – hat er nicht und es kann von ihm nicht verlangt werden, dies zu beweisen. Der Gesuchsteller führt zweifellos ein nicht nur von Freunden, sondern auch von seinen Kindern weitgehend losgelöstes Privatleben. Auch sie werden ihn eher weniger als mehr sehen. Gelegentliche Besuche bei den Kindern und Enkeln oder die wohl kaum häufig möglichen gemeinsamen Ferienaufenthalte begründen keinen Wohnsitz. Einem Ausländer gerade wegen der für ihn typischen Lebensumstände bei der Anwendung des BewG die Beibehaltung eines bisher anerkannten Wohnsitzes in der Schweiz verweigern zu wollen und ihn im Ergebnis an seine Heimat oder gar an die Wohnsitze seiner irgendwo mit eigenen Familien wohnenden Kinder zu «verweisen», entspräche sicher nicht der Absicht des Gesetzgebers, der mit dem BewG ganz andere Fälle im Visier hatte. Dass die Ehefrau gemeinsam mit dem Gesuchsteller ihren Wohnsitz bzw. Lebensmittelpunkt in die Schweiz verlegt hat, schliesst nicht aus, dass sie ihre Kinder und Enkelkinder oft besucht, zumal ihr Gatte aus den bekannten Gründen auch selber nur selten bei ihr «zu Hause» sein kann. Dies kann er immerhin eher hier in der Schweiz als unterwegs in der ganzen Welt. Ob, wie und wann der Gesuchsteller bei seiner beruflichen Betätigung im Ausland in Hotels, bei Geschäftsfreunden, in Mietobjekten oder ihm gehörenden Wohnungen oder Häusern übernachtet, mit oder ohne seine Gattin, fällt unter diesen Umständen schon gar nicht ins Gewicht und bedarf – entgegen der Anträge der DI – auch keiner weiteren Untersuchungen durch die Bewilligungsbehörde. Würde man diese besonderen Umstände verkennen, könnte und dürfte einem global tätigen Manager und

Unternehmer seines Kalibers kaum irgendwo überhaupt ein – auch steuerrechtlich relevanter – Wohnsitz zuerkannt werden. Darum muss in Fällen wie demjenigen des Gesuchstellers bei der Wohnsitzbestimmung im Zusammenhang mit dem BewG der – hier offensichtlich nicht gegebenen – Missbrauchsgefahr das Hauptaugenmerk zukommen.

10. c) Aus Sicht des Gerichts ist festzustellen, dass sich der Gesuchsteller seit 2004 rechtmässig in der Schweiz aufhält und über Wohneigentum verfügt. Wie er zu Recht geltend macht, erfolgt der Erwerb eines Grundstückes in der Schweiz durch Ausländer in der Regel zeitnah zu ihrer Einreise. In jenen Fällen liegt der Verdacht tatsächlich nahe, dass die Wohnsitznahme ausschliesslich im Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb stehen könnte. Dass der Gesuchsteller schon bald zehn Jahre in der Schweiz wohnt, unterscheidet ihn offensichtlich von solchen Fällen. Überhaupt kann nicht ernsthaft erwogen werden, er wolle in der Schweiz Grundeigentum zu spekulativen oder anderen Zwecken erwerben, was im Sinne des Gesetzgebers zum Schutze der Schweiz vor Überfremdung zu verhindern ist und wofür sich die DI – wie auch die VD – entsprechend der gesetzlichen Pflicht einsetzt. Der Gesuchsteller tritt mit seinen internationalen Beteiligungsfirmen auch in der Schweiz als Investor auf und schafft hier nicht zuletzt Arbeitsplätze oder trägt zu deren Erhaltung bei (...). Er will mit der Wohnsitznahme in Zug wie schon in S. offensichtlich in dem Land, in dem er sich geschäftlich längst aktiv engagiert, eine mit dieser geschäftlichen Verankerung korrespondierende, feste persönliche Basis einrichten, d.h. einen rechtlich klar deklarierten «Wohnsitz» in einer angemessenen Eigentumswohnung bekennen.

Ist die «Gesamtheit der Lebensumstände einer Person» (BGE 119 III 54) für die Wohnsitzfrage zu berücksichtigen, ist es völlig unabdingbar, dass die individuellen und allenfalls speziellen Lebensumstände einer Person – wie die VD zu Recht vorbringt – konkret und damit im zeitgemässen Kontext gewürdigt werden. Zu Recht weist die DI selbst darauf hin, dass ein abschliessender Katalog von Wohnsitznachweisen gar nicht aufgestellt werden könne und dass für den Beweis des Wohnsitzes auch gemäss Wegleitung mehrere der dort erwähnten Nachweise erbracht werden müssten, wobei ein tatsächlicher Wohnsitz in der Schweiz auch beim Vorliegen mehrerer der genannten Nachweise zu verneinen sein könne. Die kantonale Bewilligungsbehörde ist im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes wie des rechtlichen Gehörs also verpflichtet, die tatsächliche und schon länger dauernde Anwesenheit des Gesuchstellers, die Absichten und die konkreten Lebensumstände von ihm und seiner Familie umfassend zu überprüfen und die Fakten nach realistischen Gesichtspunkten zu bewerten und zu würdigen, wozu auch das begründete Vertrauen zählt.

Wie der von der DI mehrfach zitierte Kommentar von Eugen Bucher festhält, handelt es sich beim Wohnsitz um einen generellen Zuordnungsbegriff, weshalb es der Auslegung der speziellen Zuordnungsnorm bedarf (Eugen Bucher, Vorbemerkungen vor Art. 22-26 Rz. 16 f.). Infolgedessen kann die Bestimmung des Wohnsitzes

gar nicht losgelöst vom Verwendungszusammenhang erfolgen. Beispielsweise modifiziert die spezielle steuerrechtliche Zuordnungsnorm die zivilrechtlichen Regeln insofern, als der Wohnsitz einzig im Sinne eines effektiven Lebensmittelpunktes zu verstehen ist (Eugen Bucher, Art. 24 ZGB Rz. 7). Unter dem Aspekt des BewG ist insbesondere von Bedeutung, dass es ungeachtet der modernen, veränderten Kommunikationsmöglichkeiten jedenfalls keinen bloss «formellen» bzw. «Papierwohnsitz» geben kann, d.h. erforderlich ist eine tatsächliche Wohnsitznahme im Sinne des Zivilrechts (vgl. Urs Mühlebach / Hanspeter Geissmann, Lex F., Kommentar zum BG über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Brugg/Baden 1986, S. 199). Zudem soll die Wohnsitzzuordnung eine verhältnismässig stabile sein (Eugen Bucher, Art. 23 Rz. 52). Erwähnenswert ist hier zudem, dass ein Ausländer mit einer Aufenthaltsbewilligung im Sinne von Art. 33 AuG – die ihrerseits letztlich auch nur ein einzelnes, allerdings starkes Indiz für den zivilrechtlichen Wohnsitz darstellt – gemäss Art. 20 Abs. 1 lit. a IPRG (BG über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987, SR 291) üblicherweise Wohnsitz in der Schweiz sogar hat, wenn seine Frau und seine Kinder im Heimatland wohnen (D. Staehelin, Art. 23 N 17 mit Hinweisen). Entscheidend ist, dass das BewG nebst anderen Zielsetzungen seit je die Überfremdung des einheimischen Bodens verhindern will durch Personen, die keinen ausreichend engen, glaub- und schutzwürdigen Bezug zum Land haben. In den Revisionen seit 1997 wurde zudem überhaupt eine allmähliche Liberalisierung des schweizerischen Bodenmarktes verfolgt. Kernstück des letzten Revisions schritts mit der am 1. Oktober 1997 in Kraft getretenen Revision stellte die Einschränkung der bislang generellen Bewilligungspflicht dar, nämlich durch die Ausnahmen der Betriebsstätten-Grundstücke und der Hauptwohnungen (vgl. dazu P.A. Henggeler, Grundstückserwerb und Grundstücksveräusserung durch Ausländer, S. 242 f., in: Weigell / Brand / Safarik, Investitions- und Steuerstandort Schweiz, 2. A. München 2007). (...)

(...)

11. Wie die VD im Weiteren richtigerweise ausführt, ist die Lehre geteilter Ansicht hinsichtlich der Frage, ob der Wohnsitz in der Schweiz im Zeitpunkt des Erwerbs tatsächlich gegeben sein muss. Gemäss Bundesrichter Felix Schöbi, (in: Das Abkommen über die Freizügigkeit und der Erwerb von Grundstücken, Basel 2001, S. 421) läuft das Erfordernis eines Wohnsitzes in der Schweiz im Zeitpunkt des Erwerbes darauf hinaus, vom Ausländer zu verlangen, dass er zuerst eine Wohnung miete, was nicht gerechtfertigt wäre. Es kann somit sogar für einen Ausländer, der noch nicht Wohnsitz in der Schweiz hat, aber durch den Kauf eines Grundstücks in der Schweiz einen Wohnsitz zu begründen beabsichtigt, die Nichtbewilligungspflicht festgestellt werden. Auch gestützt darauf kann sich der Gesuchsteller im Gegensatz zu den meisten vom BewG normalerweise erfassten Ausländern aber auf eine weitaus gefestigtere Position berufen, was von der Bewilligungsbehörde gebührend zu berücksichtigen ist. Gegen die behördliche Untersuchungspflicht verstösst schliesslich die

als oberflächlich zu bezeichnende Betrachtungsweise der DI, wonach das Engagement des Gesuchstellers, der sich zwar zumindest sporadisch hier aufhalte, keine Verlegung des Wohnsitzes in die Schweiz bzw. in den Kanton Zug «erfordere». Ob ein Wohnsitz in der Schweiz für die gesuchstellende Person geradezu «erforderlich» sei, ist unbeachtlich und geht die untersuchenden Behörden nichts an. Und weitere Abklärungen wie z. B. der Nachweis von Heizkostenabrechnungen usw. wären – wie die VD zu Recht geltend macht – schon fast «Gesinnungsschnüffelei».

Im vorliegenden Fall des sehr vermögenden Gesuchstellers kann offensichtlich nicht ernsthaft der Verdacht gehegt werden, es gehe diesem darum, bewilligungsfrei zu einer Eigentumswohnung in Zug im Sinne einer Investitionsmöglichkeit (vgl. die oben zitierte, aktuelle Medienmitteilung des Bundesrats vom 13. November 2013) zu gelangen, über die er in der Folge bei einem späteren erneuten Wechsel des Wohnsitzes frei und wenn möglich spekulativ verfügen könnte. Der VD ist auch zu folgen, wenn sie davor warnt, dass solcherart jede Person im Ausland dem Generalverdacht ausgesetzt werden solle, sie versuche einen Wohnsitz zu erschleichen. Eine solche Vorverurteilung, aber auch eine Errichtung solcher Hürden für an der Schweiz, ihrer Wirtschaft und der Schaffung von Arbeitsplätzen interessierte Ausländer ist nicht im Sinn des Bewilligungsgesetzes. Der gleiche Gesetzgeber hat z. B. im Ausländerrecht mit Bestimmungen wie Art. 23 Abs. 3 lit. a AuG Investorinnen und Investoren sowie Unternehmerinnen und Unternehmer, die Arbeitsplätze erhalten oder neue schaffen, im Zusammenhang mit der Zulassung zu einem Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit explizit begünstigen wollen.

12. a) Wie die Überprüfung zeigt, muss dem Gesuchsteller der schweizerische Wohnsitz auch nach seinem Wohnorts- bzw. Wohnsitzwechsel von S. nach Zug weiterhin ohne weiteres zugebilligt werden. Dies wird durch die ausreichend erstellten Nachweise und Umstände mit genügender Klarheit belegt und entspricht auch dem schutzwürdigen Vertrauen des Gesuchstellers als Folge des bewilligungsfreien Erwerbs von Wohneigentum in S. im Jahr 2004. Wie sich damit erweist, kann der VD aber auch keine Vernachlässigung ihrer Untersuchungspflicht vorgeworfen werden. Die Beschwerde erweist sich somit vollumfänglich als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013 V 2013/13

5.2 Art. 62 lit. b und 96 Abs. 1 AuG**Regeste:**

Art. 62 lit. b und 96 Abs. 1 AuG – Die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren wegen versuchter vorsätzlicher Tötung gilt ohne weiteres als längerfristige Freiheitsstrafe im Sinne des Gesetzes. Wegen der Schwere des Delikts und des Verschuldens des Ausländers ist im vorliegenden Fall eine Rücksichtnahme auf die Trennung der Ehegatten nicht möglich. Im vorliegenden Fall überwiegen die öffentlichen Interessen an der Wegweisung die privaten Interessen des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau an dessen Verbleib in der Schweiz (Erw. 3).

Aus dem Sachverhalt:

X. Y., irakischer Staatsangehöriger, reiste im Jahre 1998 in die Schweiz ein und stellte erfolglos ein Asylgesuch. Nach einer längeren Sistierung der Ausreise für abgewiesene irakische Asylbewerber ordnete das Bundesamt für Migration im November 2005 wiedererwägungsweise die vorläufige Aufnahme an. Im Juli 2006 heiratete X.Y. die Schweizer Bürgerin M. B., worauf ihm eine Aufenthaltsbewilligung erteilt wurde. Am 3. November 2011 verurteilte das Obergericht des Kantons Zug wegen versuchter vorsätzlicher Tötung zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren. Mit Verfügung vom 27. August 2012 verlängerte das Amt für Migration des Kantons Zug die Aufenthaltsbewilligung von X. Y. nicht mehr und wies ihn aus der Schweiz weg. Eine dagegen erhobene Beschwerde wies der Regierungsrat mit Beschluss vom 9. Juli 2013 ab. Gegen diesen Beschluss liessen X. Y. und M. Y. Beschwerde einreichen und beantragen, der Beschluss sei aufzuheben; X. Y. sei die Aufenthaltsbewilligung zu belassen; den Beschwerdeführenden sei die unentgeltliche Rechtspflege für das vorinstanzliche und das vorliegende Verfahren zu bewilligen und es sei ihnen in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Anwalt beizugeben; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Vorliegend ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer aufgrund der rechtskräftigen Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren den Widerrufsgrund von Art. 62 lit. b AuG erfüllt. Bestritten wird von den Beschwerdeführenden, dass der Beschwerdeführer den zusätzlichen Widerrufsgrund nach Art. 62 lit. c AuG, der bei erheblichen oder wiederholten Störungen oder Gefährdungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit sowie bei Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit vorliegt, ebenfalls erfüllt. Wie oben in Erw. 2b) erwähnt, ist die Grundvoraussetzung eines Bewilligungswiderrufs das Vorliegen eines Widerrufsgrundes. Damit Art. 62

lit. b AuG ein solcher Widerrufgrund vorliegend unbestrittenermassen gegeben ist, kann offen bleiben, ob der Beschwerdeführer mit seinem Verhalten allenfalls auch einen zweiten Widerrufgrund gesetzt hat. Gerügt wird von den Beschwerdeführenden zudem, die Vorinstanz habe ihrem Entscheid eine erheblich unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhaltes zu Grunde gelegt (§ 63 Abs. 2 VRG) und damit in formell-rechtlicher Hinsicht die bundesrechtlichen Anforderungen an die Begründungspflicht sowie den Gehörsanspruch zum Nachteil des Beschwerdeführers im Sinne von § 15 VRG verletzt: Hätte die Vorinstanz die von den Beschwerdeführenden geschilderte Rückkehrsituation, die besonderen Umstände der Beziehung des Beschwerdeführers zur Beschwerdeführerin und die gesundheitliche und berufliche Situation der Beschwerdeführerin in die Interessenabwägung miteinbezogen, hätte sie zu einem anderen Ergebnis der Verhältnismässigkeitsprüfung kommen müssen. Des weiteren halte der angeordnete Widerruf der Aufenthaltsbewilligung nicht vor Art. 8 Ziff. 1 EMRK stand. Gesamthaft betrachtet ergebe die Interessenabwägung, dass das öffentliche Interesse an der Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz hinter sein privates Interesse am Verbleib zurücktreten müsse (...).

a) (...)

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann Art. 8 Ziff. 1 EMRK nur angerufen werden, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahme zur Trennung von Familienmitgliedern führt. Die Norm begründet kein absolutes Recht auf Aufenthalt in einem Konventionsstaat in dem Sinn, dass dieser verpflichtet wäre, Nicht-Staatsangehörigen die Einreise, die Aufenthaltsbewilligung oder Aufenthaltsverlängerung vorbehaltlos zu gewähren bzw. die von Ehepaaren getroffene Wahl des gemeinsamen Wohnsitzes zu respektieren (BGE 137 I 247 Erw. 4.1; 135 I 143 Erw. 2.1; 130 II 281 Erw. 3; 126 II 377 Erw. 2b/cc; Urteil des EGMR Gezginci gegen Schweiz vom 9. Dezember 2010 [16327/05], §§ 54 ff.). Hat eine ausländische Person nahe Verwandte in der Schweiz, primär die Kernfamilie (BGE 135 I 143 Erw. 1.3.2), ist die familiäre Beziehung zu diesen intakt und wird die Beziehung tatsächlich gelebt, kann es das in Art. 8 Ziff. 1 EMRK garantierte Recht auf Achtung des Familienlebens verletzen, wenn ihr die Anwesenheit in der Schweiz untersagt wird. Die sich hier aufhaltende nahe verwandte Person muss dabei über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügen, was der Fall ist, wenn sie das Schweizer Bürgerrecht oder eine Niederlassungsbewilligung bzw. eine Aufenthaltsbewilligung besitzt, die ihrerseits auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruht (BGE 135 I 143 f. Erw. 1.3.1; 130 II 281 Erw. 3.1 mit Hinweisen). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann sich die schweizerische Ehefrau eines Ausländers nur dann auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK berufen, wenn die Beziehung zu ihrem Ehemann tatsächlich gelebt wird und es ihr nicht zuzumuten ist, ihrem Ehemann ins Ausland zu folgen (BGE 109 Ib 183). Dabei beurteilt sich die Frage der Zumutbarkeit der Ausreise nicht nach den persönlichen Wünschen der Betroffenen, sondern ist unter Berücksichtigung ihrer persönlichen Verhältnisse und aller Umstände objektiv zu beurteilen (BGE 110 Ib 201 Erw. 2.a).

b) Die Beschwerdeführerin ist Schweizer Bürgerin und somit im Besitz eines gefestigten Anwesenheitsrechts in der Schweiz. Die eheliche Beziehung der Beschwerdeführenden scheint, trotz der durch den Gefängnisaufenthalt des Beschwerdeführers verursachten Trennung der Ehegatten, intakt zu sein. Die sich nach eigenen Angaben innig liebenden Beschwerdeführenden halten die eheliche Beziehung heute übereinstimmend als tragfähig. Gemäss diesen Aussagen kann davon ausgegangen werden, dass zwischen den Beschwerdeführenden eine tatsächlich gelebte Ehe besteht. Die weitere Frage, ob es der Beschwerdeführerin objektiv zuzumuten ist, ihrem Ehemann ins Ausland, aller Voraussicht nach in den Irak, nachzufolgen, ist nicht einfach zu beantworten. Es ist mit den Beschwerdeführenden davon auszugehen, dass sie im Irak über kein Beziehungsnetz verfügt und – auch wegen der fehlenden Sprachkenntnisse – vollständig von ihrem Ehemann und dessen Familie abhängig wäre. Zudem ist nicht abschätzbar, ob sie von der Familie des Ehemannes aufgenommen oder als europäische Christin eher ausgegrenzt würde. Sicher würden die Kontakte zu ihrem verwandtschaftlichen und freundschaftlichen Beziehungsnetz durch die Ausreise in den Irak erschwert, da diese Kontakte mit Hilfe des Telefons, des Internets und mit sporadischen Besuchen in der Schweiz aufrechterhalten werden müssten. Ebenfalls ist zu beachten, dass die Beschwerdeführerin wegen Invalidität zu 100 % erwerbsunfähig ist und ihren Lebensunterhalt mit einer IV-Rente sowie mit Ergänzungsleistungen bestreitet. Als Argument, das gegen die Zumutbarkeit der Nachreise der Beschwerdeführerin spricht, wird von ihrem Rechtsvertreter vorgebracht, dass sie bei einem Wegzug ins Ausland keinen Anspruch auf die Ergänzungsleistungen zur Invalidenrente mehr hätte (...). Die Beschwerdeführerin würde zwar bei einem Wegzug in den Irak zwar den Anspruch auf Ergänzungsleistungen verlieren, wäre aber in Bezug auf die Invalidenrente immer noch anspruchsberechtigt. Aufgrund des Mehrwerts der Invalidenrente im Irak wären die verlustig gegangenen Ergänzungsleistungen jedoch wieder kompensiert. Bei der objektiven Zumutbarkeitssprüfung ist auch die aktuelle Lage im Irak zu betrachten. Das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) schätzt die Lage im Irak (am 3. Oktober 2013) wie folgt ein: «Die Lage bleibt unübersichtlich. Die Sicherheit ist nicht gewährleistet; das Risiko von Entführungen und Terroranschlägen ist hoch. (...) Von Reisen in den Irak wird abgeraten. Eine Ausnahme bildet die teilautonome Region Kurdistan (Provinzen Dohuk, Erbil, Suleimanieh). Die Region ist sicherer als die übrigen Landesteile. Je nach Entwicklung der Lage im übrigen Irak kann sich aber auch die Lage in Kurdistan ändern. Anschläge können nicht ausgeschlossen werden. Reisen nach Kurdistan sind unter Beachtung folgender Vorsichtsmassnahmen möglich: Die An- und Abreise erfolgt auf dem Luftweg. Sie lassen sich von einer ortskundigen Person begleiten und klären mit ihr die Sicherheitslage vorgängig ab. Sie halten sich an die Anweisungen der lokalen Behörden. Sie meiden die Grenzgebiete zu Iran und der Türkei, wo gelegentlich Stellungen von kurdischen Rebellen bombardiert werden. Ausserdem besteht die Gefahr von Minen und Blindgängern. Sie informieren die Schweizerische Botschaft in Amman über Ihren Aufenthalt und teilen ihr folgende Angaben mit: Reiseplan sowie Kontaktadressen im Irak und in der

Schweiz.» In Anbetracht der gesamten Umstände darf man der Beschwerdeführerin nicht zumuten, mit ihrem Mann in den Irak ziehen zu müssen.

c) Aus dem Umstand, dass der Beschwerdeführerin die Ausreise in den Irak nicht zuzumuten ist, können die Eheleute Y. aber noch keinen Anspruch auf Gewährung einer Aufenthaltsbewilligung für X. Y. ableiten. Eine solche Unzumutbarkeit bedeutet lediglich, dass die Sache nunmehr unter dem Gesichtswinkel von Art. 8 Ziff. 2 EMRK geprüft wird. Eine Aufenthaltsbewilligung ist erst zu gewähren, wenn die in Art. 8 Ziff. 2 EMRK vorgesehene Rechtsgüterabwägung zugunsten des privaten Interesses der Beschwerdeführer am Aufenthalt in der Schweiz ausschlägt. Eine Wegweisung des ausländischen Ehemannes kann somit unter dem Gesichtswinkel von Art. 8 EMRK und Art. 13 BV auch dann in Frage kommen, wenn der schweizerischen Ehefrau die Ausreise nicht zuzumuten ist. Die Unzumutbarkeit der Ausreise für das anwesenheitsberechtigte Familienmitglied ist eine Voraussetzung dafür, dass überhaupt eine Rechtsgüterabwägung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK erfolgt (BGE 110 Ib 201 Erw. 3.a). Artikel 8 Ziff. 2 EMRK sieht Einschränkungen vor, die weitgehend den Eingriffsvoraussetzungen von Art. 36 BV entsprechen (BGE 135 I 143 Erw. 2.1; 126 II 425 Erw. 5a). Demgemäss ist ein Eingriff in das von Art. 8 Ziff. 1 EMRK geschützte Recht auf Familienleben statthaft, wenn er gesetzlich vorgesehen ist und eine Massnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung oder zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und Moral sowie der Rechte und Freiheiten Anderer notwendig erscheint (...). Bei der Interessenabwägung im Rahmen von Art. 8 Ziff. 2 EMRK sind die Schwere des begangenen Delikts, der seit der Tat vergangene Zeitraum, das Verhalten des Ausländers während dieser Periode, die Auswirkungen auf die primär betroffene Person sowie deren familiäre Situation zu berücksichtigen. Zudem sind die Dauer der ehelichen Beziehung und weitere Gesichtspunkte relevant, welche Rückschlüsse auf deren Intensität zulassen (Geburt und Alter allfälliger Kinder, Kenntnis der Tatsache, dass die Beziehung wegen der Straftat unter Umständen nicht in der Schweiz gelebt werden kann). Von Bedeutung sind auch die Nachteile, welche dem Ehepartner oder den Kindern erwachsen würden, müssten sie dem Betroffenen in dessen Heimat folgen (BGE 135 II 377 Erw. 4.3 mit Hinweisen; Urteil 2C_778/2011 vom 24. Februar 2012 Erw. 3.3, mit Hinweisen). Artikel 13 BV verschafft in diesem Bereich dem Beschwerdeführer keine über Art. 8 EMRK hinausgehenden Ansprüche. Es gilt im Folgenden auf die der Interessenabwägung zugrundeliegenden Kriterien einzugehen.

d) Mit den im zehnten Kapitel «Beendigung des Aufenthalts» des AuG normierten Bestimmungen wurde vom Schweizer Gesetzgeber die gesetzliche Grundlage für allfällige Eingriffe in das durch Art. 8 EMRK und Art. 13 BV geschützte Recht auf Familienleben geschaffen. Bezüglich der Schwere des vom Beschwerdeführer am 22. Januar 2010 begangenen Delikts (versuchte vorsätzliche Tötung) lässt sich dem

Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 3. November 2011 Folgendes entnehmen: «Im Ergebnis steht somit fest, dass der Beschuldigte mit der Messerattacke auf [das Opfer] eine sehr schwerwiegende Sorgfaltspflichtverletzung begangen und ein hohes Tötungsrisiko geschaffen hat. Zur Tat wurde er hauptsächlich aus Wut getrieben, wobei auch die Äusserung «ich werde dich jetzt töten» oder ähnlich grundsätzlich ernst zu nehmen ist. Die einzelnen Stichbewegungen führte der Beschuldigte unkontrolliert und mit mittlerer bis grosser Wucht aus. Der angerichtete Körperschaden von fünf Stichwunden im Oberkörper seines Gegners genügte dem Beschuldigten schliesslich nicht und er setzte diesem, wenn auch über eine nicht allzu lange Distanz, nach, bevor er sein Unterfangen aufgab. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte bei der Ausführung der Tathandlung die Tötung von [dem Opfer] zumindest für möglich hielt und sich dennoch dazu entschloss zu handeln, weil er den Tod seines Opfers für den Fall seines Eintritts in Kauf nahm bzw. sich mit ihm abfand. (...) Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass zwar gewisse Anhaltspunkte bestehen, dass der Beschuldigte mit direktem Vorsatz handelte. Es verbleiben jedoch bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel daran, dass der Beschuldigte die Tötung von [dem Opfer] unbedingt anstrebte. In dubio pro reo ist daher davon auszugehen, dass der Beschuldigte die Tötung von [dem Opfer] bei seiner Messerattacke bloss in Kauf nahm bzw. mit Eventualvorsatz handelte. Das Tatverschulden des Beschuldigten ist als erheblich zu qualifizieren. Er hat mit einem Messer fünf Mal auf den Oberkörper und den Unterarm von [dem Opfer] eingestochen. Die Stichbewegungen führte er mit mittlerer, evtl. sogar grosser Wucht, enthemmt und unkontrolliert sowie in einem dynamischen Bewegungsablauf aus. (...) Die Vorinstanz hat sodann zu Recht auf die bemerkenswerte Hartnäckigkeit hingewiesen, mit welcher der Beschuldigte sein Vorhaben verfolgte, indem er sich einerseits von seinen Kollegen nicht aufhalten liess und diese mit unrichtigen Angaben über den Grund täuschte, weshalb er [dem Opfer] folgen wollte, und andererseits das Opfer weiter verfolgte, als dieses flüchtete. Beweggrund für die Messerattacke war eine vorgängige wechselseitige tätliche Auseinandersetzung zwischen dem Beschuldigten und [dem Opfer], in deren Verlauf [das Opfer] den Beschuldigten mit einem Faustschlag an der Nase verletzte. Darüber geriet der Beschuldigte in Wut. Insofern hat das Opfer zur tatauflösenden Situation beigetragen. (...) von einer Notwehrsituation kann in der Tat nicht die Rede sein.» Die (eventual)vorsätzliche Tötung, wenn auch versucht, ist zweifellos eines der schwersten Delikte gegen Leib und Leben und das Obergericht qualifizierte das Tatverschulden des Beschwerdeführers als erheblich. Um dieses «erheblich» einzustufen zu können, ist von folgender Reihenfolge der Verschuldensabstufungen auszugehen: sehr leicht, leicht, nicht mehr leicht, erheblich, mittelschwer, recht schwer, schwer, sehr schwer. Das erhebliche Verschulden befindet sich also ungefähr in der Mitte der Verschuldensabstufungen.

e) Seit der begangenen Tat am 22. Januar 2010 sind nun ca. drei Jahre und acht Monate vergangen. Am 25. Januar 2010 meldete sich der Beschwerdeführer frei-

willig bei der Zuger Polizei, wurde umgehend festgenommen und befand sich bis zum 27. August 2010 in der Strafanstalt Zug. Seither befindet er sich in der Strafanstalt Bostadel und arbeitet in der Kartonage. Gemäss dem Bericht der Konkordatischen Fachkommission zur Beurteilung der Gemeingefährlichkeit von Straftätern (KoFako) vom 14. November 2012 sei eine vertiefte Tataufarbeitung bisher nicht möglich gewesen. Der Beschwerdeführer habe einige Sachverhalte nach wie vor anders geschildert und fühlte sich zu Unrecht bestraft. Er gebe an, dass das Opfer von ihm und seiner Frau finanziell entschädigt worden sei. Weiter führt die KoFako in diesem Bericht aus, die Tat habe sich aus einer bisher einmaligen spezifischen Konfliktsituation heraus entwickelt. Aus den vorliegenden Berichten ergäben sich keine Hinweise, dass er immer wieder in ähnliche Konfliktsituationen gerate, in denen er dann mit delinquentem Verhalten reagiere. Gemäss Therapiebericht der Strafanstalt Bostadel vom 23. Juli 2012 habe bisher noch keine Tataufarbeitung stattgefunden. Laut vorliegenden Berichten habe er bis zur Schlusseinvernahme seine rechtskräftig festgestellte Täterschaft geleugnet. Danach habe er zu Protokoll gegeben, dass er der Meinung sei, mit einem Mobiltelefon auf sein Opfer eingeschlagen zu haben. Des Weiteren habe er seine angebliche Angetrunkenheit in den Vordergrund und in Abrede gestellt, dem Opfer in feindlicher Absicht gefolgt zu sein. Die finanzielle Entschädigung des Opfers durch X. Y. sei aufgrund des vorliegenden kulturellen Kontextes erfolgt und beabsichtige, weitere Schwierigkeiten (z. B. Blutrache) nach der Freilassung von X. Y. zu verhindern. Ob dieser Abgeltung ein ernsthaftes Bedauern oder Reue zugrunde liege, sei fraglich. Insgesamt habe noch keine tiefgreifende und nachhaltige Auseinandersetzung mit der Anlasstat stattgefunden. Am 14. Dezember 2011 habe sich X. Y. freiwillig beim Psychologischen Dienst wegen Schwierigkeiten in der Alltagsbewältigung, Schlafstörungen und der angeblich erhöhten Schmerzmedikation gemeldet. Nach Abklärungen des Psychologischen Dienstes habe er am 5. Januar 2012 die 14-tägliche stattfindende Therapie aufgenommen. Insgesamt hätten im Berichtszeitraum 15 Therapiesitzungen stattgefunden. Es handle sich hierbei um eine stützende Therapie. Die KoFako werte es als günstig, dass X. Y. freiwillig eine Therapie besuche. Es sei nach ihrer Ansicht angezeigt, dass auch deliktorientierte Elemente in die Therapie aufgenommen würden. Laut Führungsbericht der Strafanstalt Bostadel vom 24. Mai 2012 habe er regelmässig Kontakt zum Sozialdienst. Er trete freundlich und angepasst auf, wobei er zum Teil durch seine komplizierte Art auffalle. Dem Sicherheitsdienst sei er nie negativ aufgefallen und er habe bisher nie disziplinarisch belangt werden müssen. Es lägen keine Hinweise auf einen Suchtmittelkonsum vor. Nach Ansicht der KoFako könne ihm ein guter Vollzugsverlauf attestiert werden. Als Risikofaktor für die Begehung einer Straftat wie die der Anlasstat erachte sie das Vorliegen einer ähnlichen Provokationsslage wie zum Tatzeitpunkt. Allerdings schätze die KoFako die Wahrscheinlichkeit, dass X. Y. erneut in eine solche Konfliktsituation gerate und mit übermässiger Gewaltanwendung reagiere, als eher gering ein. Nach ihrer Ansicht sei die Gewährung von Urlauben und Aussenarbeit legalprognostisch vertretbar. Gestützt auf diesen Bericht konnte der Beschwerdeführer per 1. Februar 2013 einen Platz in der Aussenarbeit der Strafanstalt Bostadel erhalten, wo er als (Hilfs-)Maler beschäftigt sei. Am

11./ 12. Mai 2013 konnte der Beschwerdeführer seinen ersten Beziehungs-Urlaub beziehen und sei klaglos und rechtzeitig in den Vollzug zurückgekehrt. Dem Abschlussbericht vom 28. Juni 2013 des Psychologischen Dienstes der Strafanstalt Bostadel ist zu entnehmen, dass die bis zur letzten Berichterstattung vom 23. Juli 2012 durchgeführte stützende Therapie in eine deliktorientierte Therapie umgewandelt worden sei. Das übergeordnete Ziel der Therapie liege neu in der Reduktion der Rückfallgefahr für neue einschlägige Delikte. Die Therapien fänden seit August 2012 wöchentlich statt. Während dieser Sitzungen sei deutlich geworden, dass er inzwischen grundsätzlich die Verantwortung für seine Tat übernehme. Nachdem X. Y. die Aussenarbeit bewilligt worden sei, habe er seinen ursprünglichen Arbeitsplatz verlassen und neu in der Ablaugerei arbeiten können. Dort sei schleichend ein Konflikt mit einem Mitgefangenen entstanden, wobei X. Y. den Referenten schon frühzeitig darüber informiert habe. Der Konflikt habe objektiv aufgrund fehlender überdauernder Überwachung nicht exakt rekonstruiert werden können, nach Aussagen X. Y. seien aber vom Mitgefangenen ähnliche Beleidigungen wie die zur Tatzeit gefallen. Er habe dann starke Wut verspürt, habe sich aber kontrollieren und die Gefühle abflachen lassen können. Auch hier habe eine ähnliche Dynamik wie bei seinem Anlassdelikt beobachtet werden können, wobei es ihm jedoch gelungen sei, die Kontrolle zu behalten und die stark negativ besetzten Gefühle auszuhalten. Neben den deliktorientierten und stützenden Elementen habe die Vor- und Nachbereitung der unbegleiteten Ausgänge viel Raum eingenommen. Beim zweiten Ausgang seien die im Vorfeld besprochenen möglichen Risikosituationen eingetroffen: Beim Spaziergang in Zug habe er wenige Tische von sich entfernt den Staatsanwalt und später einen bei der Einvernahme beteiligten Polizisten gesehen. Als seine Ehefrau und er sich wieder auf den Heimweg gemacht hätten, sei ihm sein Opfer begegnet. Zudem sei er am Tatort gewesen. Er habe keine Rachegeanken gegen die Justiz und mit seinem Opfer habe er die Angelegenheit ebenfalls geklärt, was er nun aufgrund der ausbleibenden negativen Emotionen beim Anblick für sich habe bestätigen können. Es habe im bisherigen Therapieverlauf ein Wissen um die generelle und in Ansätzen um die eigene Deliktdynamik erarbeitet werden können. Die Versetzung in das Arbeitsexternat könne zum jetzigen Zeitpunkt vom Referenten unterstützt werden. Aufgrund dieser Einschätzungen konnte der Beschwerdeführer ab dem 2. September 2013 in das Arbeitsexternat übertreten.

f) Bei der Interessenabwägung im Rahmen von Art. 8 Ziff. 2 EMRK sind im Weiteren die Auswirkungen einer Wegweisung auf die primär betroffene Person, also auf den Beschwerdeführer, sowie deren familiäre Situation zu berücksichtigen. Der Beschwerdeführer ist 37 Jahre alt und in guter körperlicher Verfassung (vgl. auch den Bericht des Psychologischen Dienstes der Strafanstalt Bostadel vom 18. Juni 2013: «Er berichtete körperliche Symptome kurz nach Beginn der Aussenarbeit. Medizinisch konnte jedoch trotz eingehender Abklärung keine Ursache gefunden werden (...)»). Der Beschwerdeführer kam im Alter von 22 Jahren als Asylsuchender in die Schweiz und lebt nunmehr seit 15 Jahren hier, wobei hiervon ca. drei Jahre und acht

Monate auf den Freiheitsentzug entfallen. Gemäss Aussagen des Rechtsvertreters verfügt der Beschwerdeführer über einen breiten Bekannten- und Freundeskreis, was auch durch Schreiben von acht Personen (die Ärztin und die Ehefrau nicht mitgezählt) belegt wird. Der Beschwerdeführer war in der Schweiz regelmässig im Baugewerbe erwerbstätig und hat sich gute Kenntnisse der deutschen Sprache angeeignet. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass er in seiner Heimat nach wie vor arbeits- und integrationsfähig wäre. Bezüglich des Aufbaus einer wirtschaftlichen Existenz ist mit der Sicherheitsdirektion davon auszugehen, dass dem Beschwerdeführer nach dem langen Strafvollzug und dem damit verbundenen Sperrbetrag auf dem Gefangenenkonto im Entlassungszeitpunkt ein nicht zu vernachlässigendes Startkapital zur Verfügung stehen wird, das ihm aufgrund des Mehrwerts im Heimatland den Aufbau einer Existenz zu sichern vermag, sei es als Taxifahrer mit einem eigenen Fahrzeug oder einem anderen Kleingewerbe, das nur mit einem solchen Startkapital aufgenommen werden kann. Zu dem ins Recht gelegten irakischen Gerichtsurteil (Strafgericht Al Soleimaneyah), wonach der Beschwerdeführer und sein Bruder im Irak zu «lebenslänglichen Zuchthausstrafen» wegen Begehen eines Sprengstoffdelikts verurteilt worden sind, ist auf die diesbezüglichen Ausführungen des Bundesamts für Flüchtlinge im Entscheid vom 26. September 2002 zu verweisen, wonach es sich bei den Dokumenten einerseits lediglich um Kopien handle und andererseits weder beim Gerichtsurteil noch beim Haftbefehl Echtheitsmerkmale erkennbar seien. Ausserdem seien solche Dokumente im Nordirak leicht käuflich und verfügten deshalb über einen geringen Beweiswert. Die Auswirkungen für die Beschwerdeführerin bei einer Nachreise in den Irak wurden oben in Erw. 3b) bereits thematisiert.

g) Bei der Interessenabwägung sind zudem die Dauer der ehelichen Beziehung und weitere Gesichtspunkte relevant, welche Rückschlüsse auf deren Intensität zulassen (Geburt und Alter allfälliger Kinder, Kenntnis der Tatsache, dass die Beziehung wegen der Straftat unter Umständen nicht in der Schweiz gelebt werden kann). Das Ehepaar Y. heiratete im Juli 2006. Da der Beschwerdeführer die versuchte vorsätzliche Tötung am 22. Januar 2010 beging, konnte die Beschwerdeführerin bei Eingehung der Beziehung mit dem Beschwerdeführer nicht wissen, dass dieser die Schweiz wahrscheinlich wird verlassen müssen. Der Ehebund hält demnach seit über sieben Jahren und konnte auch während des Freiheitsentzugs des Ehemanns aufrechterhalten werden. Die sich nach eigenen Angaben innig liebenden Beschwerdeführenden halten die eheliche Beziehung heute übereinstimmend als noch tragfähiger als vor dem Freiheitsentzug des Beschwerdeführers. Die Ehe ist bis anhin kinderlos geblieben. An dieser Stelle sei vollständigkeithalber noch erwähnt – was jedoch der Ehebeziehung der Beschwerdeführenden keineswegs die Ehrlichkeit und Innigkeit absprechen will –, dass der Beschwerdeführer schon Ende Juni 2005 – also ca. ein Jahr vor der Heirat mit der Beschwerdeführerin – anlässlich einer Befragung durch das AFM zu Protokoll gab, er wolle die Heirat mit einer im Kanton Luzern lebenden Ausländerin und er habe beim Zivilstandsamt in Ebikon die Heirat eingeleitet.

Den Namen der Frau wisse er nicht, er nenne sie immer nur «Schatz». Falls er eine Bewilligung bekomme, werde er in den Kanton Luzern umziehen. Sie habe keine Telefonnummer und ihre Adresse wisse er nicht. Sie trafen sich jeweils in der Pizzeria Känguru in Root. Auf die Frage, weshalb ihm die KLT Treuhand AG in Luzern ein Hausverbot für die Liegenschaft Oberdorf 26 in Root erteilt habe, gab der Beschwerdeführer zur Antwort, dass die Frau bevormundet sei, ihm dies aber nicht gesagt habe. Sie hätten die Heirat einleiten wollen, dies sei aber nicht gegangen, weil sie bevormundet sei.

h) Von Bedeutung sind auch die Nachteile, welche dem Ehepartner oder den Kindern erwachsen würden, müssten sie dem Betroffenen in dessen Heimat folgen. Die Ehe der Beschwerdeführenden blieb wie erwähnt kinderlos und auf die Nachteile, welche der Beschwerdeführerin erwachsen, wenn sie dem Beschwerdeführer in dessen Heimat folgen würde, ist oben bereits eingegangen worden. Nach Art. 96 AuG haben die zuständigen Behörden bei der Ermessensausübung die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie den Grad der Integration der Ausländerinnen und Ausländer zu berücksichtigen. Es kann gemäss den ins Recht gelegten Schreiben von Freunden und Bekannten davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer vor seinem Aufenthalt in der Strafanstalt beruflich und sozial in der Schweiz integriert war. Nach Ansicht des Gerichts ist dabei jedoch nicht von einer äusserst geglückten, sondern eher von einer im normalen Rahmen eines – bis zum Freiheitsentzug – ca. zwölfjährigen Aufenthalts entwickelten Integration auszugehen.

i) Unter Berücksichtigung aller genannten Gesichtspunkte, aber auch der Tatsache, dass in ausländerrechtlicher Hinsicht insbesondere bei Delikten gegen die körperliche Integrität selbst ein relativ geringes Rückfallrisiko nicht hingenommen werden muss (Urteil des Bundesgerichts 2C_1141/2012 vom 1. Mai 2013, Erw. 2.2 mit Hinweisen), ergibt sich, dass das öffentliche Interesse an der Fernhaltung des Beschwerdeführers von der Schweiz gegenüber dem geltend gemachten privaten Interesse als überwiegend bezeichnet werden muss. Die zweifellos schwierige Herausforderung für die Beschwerdeführenden, die Ehe nach der Wegweisung des Beschwerdeführers weiter zu leben, kann bei dieser Interessenabwägung nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Den Ausführungen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, der Beschwerdeführer habe seit dem begangenen Delikt keine weiteren Straftaten mehr begangen, ist entgegenzuhalten, dass sich der Beschwerdeführer seit dem begangenen Delikt weniger als drei Tage in Freiheit befunden hat und davon ausgegangen werden darf, dass er in der Untersuchungshaft und im Strafvollzug keine weiteren Straftaten mehr begeht. Zwar will der Beschwerdeführer seit der begonnenen deliktorientierten Therapie die volle Verantwortung für sein Fehlverhalten übernehmen. Dies genügt indessen vorliegend nicht, um die Gefahr eines Rückfalls bereits ausschliessen zu können und sein privates Interesse, wie auch das der Beschwerdeführerin, dem öffentlichen Schutz der Bevölkerung vor potenziell rückfallgefährdeten

ausländischen Straftätern aus Drittstaaten vorgehen zu lassen. Zusammenfassend ergibt sich aus den vorstehenden Erwägungen, dass der Widerruf der Aufenthaltsbewilligung recht- und verhältnismässig ist.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. November 2013 V 2013 / 115

Eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 31. Oktober 2014 (2C_30/2014) abgewiesen.

6. Sozialhilfe und Arbeitsmarktrecht

6.1 Art. 14 Abs. 1 AVG, Art. 37 lit. a, 39 Abs. 1 und 4 AVV

Regeste:

Art. 14 Abs. 1 AVG, Art. 37 lit. a, 39 Abs. 1 und 4 AVV – Personen, welche die Entscheidungen des Arbeitgebers in einem Personalverleihunternehmen bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sind keine « Arbeitnehmer » im Sinne von Art. 39 Abs. 1 AVV. Personalverleiher müssen eine Kautions hinterlegen. Die Alleineigentümerin eines Personalverleihunternehmens, die sich selber an Einsatzbetriebe verliehen hat, kann nach dem Konkurs ihrer Gesellschaft eigene Lohnforderungen nicht aus dieser Kautions befriedigen lassen.

Aus dem Sachverhalt:

A. Die Firma C. AG, Zug, erhielt im Dezember 2002 die Bewilligung für den Personalverleih. Sie hinterlegte in diesem Zusammenhang beim kantonalen Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) eine Kautions über Fr. 100'000.–. Diese hinterlegte Summe haftete gestützt auf Art. 14 Abs. 1 des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG) für Lohnansprüche aus dem Personalverleih. Im September 2013 wurde der Konkurs über die C. AG eröffnet. Nachdem das AWA den Aufruf publizierte, allfällige offene Lohnforderungen bis zum 15. Januar 2014 einzureichen, meldeten sich drei von der C. AG verliehene Mitarbeiter, darunter auch A.B. Das AWA stellte am 16. April 2014 fest, dass A.B. als Mitglied des Verwaltungsrates bzw. Direktorin der C. AG eingetragen sei. Auch sei sie die alleinige Geschäftsinhaberin. Ihre Lohnforderung sei damit nicht privilegiert. Das AWA verfügte, dass ihre Lohnforderung nicht aus der hinterlegten Kautions bezahlt werden könne.

B. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 16. Mai 2014 lässt A.B. beantragen, es seien ihr die eingereichten Lohnforderungen aus der hinterlegten Kautions zu bezahlen. Zur Begründung wird unter anderem ausgeführt, im Gesetz werde keine Unterscheidung zwischen angestelltem Firmeninhaber und Drittangestellten getroffen. Es sei dort nur von verliehenen Arbeitnehmern die Rede. Vorliegend sei sie,

die Beschwerdeführerin, in einem Verleihverhältnis bei externen Auftraggebern tätig gewesen.

C. Mit Vernehmlassung vom 7. Juli 2014 beantragt das AWA die Abweisung der Beschwerde. Ergänzend zur Begründung in der angefochtenen Verfügung wird u.a. ausgeführt, da zwischen der C. AG und der Beschwerdeführerin kein Unterordnungsverhältnis bestanden habe, soll sie nicht vom Schutzgedanken des AVG profitieren können. Auch in anderen Gesetzen bzw. Rechtsgebieten entfalle eine Privilegierung eines Mitarbeitenden, der gleichzeitig eine arbeitgeberähnliche Funktion ausübe.

Aus den Erwägungen:

1. (...)

2. (...)

3. Gemäss Art. 14 Abs. 1 AVG muss ein Verleiher zur Sicherung von Lohnansprüchen aus dem Personalverleih eine Kautionsleistung leisten. Gemäss Art. 37 lit. a der Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 16. Januar 1991 (AVV, SR 823.111) kann die Kautionsleistung als Bürgschaft oder Garantieerklärung einer Bank oder Versicherungsgesellschaft hinterlegt werden. Artikel 39 Abs. 1 AVV bestimmt, dass im Konkurs des Verleihers die Kautionsleistung der Befriedigung der Lohnforderungen der verliehenen Arbeitnehmer vorbehalten bleibt. Für die Verwertung von Kautionsleistungen ist in denjenigen Fällen, wo die Kautionsleistung in Form einer Bürgschaft einer Versicherungsanstalt geleistet wurde – wie hier – das kantonale Arbeitsamt zuständig (Art. 39 Abs. 4 AVV).

4. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie sei gleichzeitig Firmeninhaberin und Arbeitnehmerin des Personalverleihers C. AG gewesen. In ihrer Eigenschaft als Arbeitnehmerin sei sie an andere Firmen verliehen worden. In den Gesetzen sei nur ganz allgemein von verliehenen Arbeitnehmern die Rede, namentlich werde darin nicht unterschieden, ob es sich dabei um den Firmeninhaber oder um Dritte handle. Die Beschwerdeführerin rügt somit, der Beschwerdegegner habe im angefochtenen Entscheid den Begriff «Arbeitnehmer» in Art. 39 Abs. 1 AVV falsch ausgelegt.

a) Aufgrund einer Auslegung der Bestimmung in Art. 39 Abs. 1 AVV nach ihrem Wortlaut könnte man in der Tat zum Schluss kommen, dass damit alle Arbeitnehmer gemeint sind, die von einer Personalvermittlungsgesellschaft verliehen worden sind – ungeachtet ihrer hierarchischen Stellung bzw. eines vorhandenen Unterordnungsverhältnisses. Das Bundesgericht hat in konstanter Rechtsprechung festgehalten, dass Gesetzesbestimmungen zwar in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen sind und dass die rechtsanwendende Behörde an einen klaren Gesetzeswortlaut gebun-

den ist. Ist der Text indessen nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich von Sinn und Zweck sowie der dem Text zugrunde liegenden Wertung (BGE 139 V 66 E. 2.2). (...)

b) (...)

c) Es ist festzustellen, dass es auch im Anwendungsbereich vom AVG und AVV triftige Gründe für die Annahme gibt, dass der in Art. 39 Abs. 1 AVV verwendete Begriff «Arbeitnehmer» nicht ganz klar ist, d.h. dass nicht nur auf eine wörtliche Begriffsauslegung abgestellt werden kann. Es stellt sich somit die Frage, ob mit «Arbeitnehmer» einfach jede bei einem Personalverleiher angestellte und von ihm an Dritte verliehene Person gemeint ist oder ob analog wie im ArG, AVIG oder im SchKG die Regelung in Art. 39 Abs. 1 AVV nur bei bestimmten Arbeitnehmern anwendbar ist. Diese Frage ist nunmehr anhand verschiedener weiterer Auslegungselemente zu klären.

c/aa) Bei der historischen Auslegung wird die Entstehungsgeschichte der Norm zur Ermittlung ihres Sinngehalts herangezogen. Der Botschaft zu einem revidierten Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 27. November 1985 ist zu entnehmen, dass die Kautionsregelung in Art. 14 Abs. 1 AVG von Anfang an geplant war. Der Bundesrat argumentierte dabei mit einem Wesensmerkmal eines Personalverleihunternehmens. Dieses müsse von Beginn an relativ viele Arbeitnehmer anstellen, welche überdies häufig wechselten. Das zur Sicherung der Ansprüche der Belegschaft notwendige Kapital werde vom Personalverleiher aber nicht verlangt. Verfüge dieser nicht über einen Kapitalstock, müsse er die Löhne der Arbeitnehmer ständig mit Geldern aus zurückliegenden Einsätzen bezahlen. Trete in der Kette eine Verzögerung ein, könnten die Lohnansprüche der Arbeitnehmer erheblich gefährdet sein. Ein weiterer Grund für eine Kautionsbestimmung bestehe darin, dass sie einem unüberlegten Einstieg in das Verleihgeschäft vorbeuge. Zwar hätten Kritiker im Rahmen der Vernehmlassung vorgebracht, dass die Forderungen der Arbeitnehmer beim Konkurs des Verleihers bereits durch die im neuen Arbeitslosenversicherungsgesetz vorgesehene Insolvenzenschädigung gedeckt würden. Es sei jedoch stossend, das für die Branche typische erhöhte Risiko der Zahlungsunfähigkeit allein durch eine von den Sozialpartnern getragene Sozialversicherung zu decken (BBl 1985 50, S. 610 f.). Etwas weiter vorne äusserte sich der Bundesrat zum Grund der im Gesetz vorgesehenen Bewilligungspflicht, wie folgt: Die Vorlage habe in erster Linie den Schutz des im Personalverleih tätigen Arbeitnehmers im Auge, unabhängig davon, ob er als Regie- oder Temporärarbeiter unter dem Weisungsrecht eines Dritten Arbeit leisten müsse (BBl 1985 50, S. 609). Aufgrund dieser Argumentation ist davon auszugehen, dass dem Bundesrat mit Art. 14 Abs. 1 AVG eine sozialpolitisch motivierte Bestimmung vorschwebte. Er wollte verhindern, dass das dem Personalverleihgeschäft innewohnende erhöhte Betriebsrisiko übermässig auf die Ar-

beitnehmer des Personalverleihunternehmens und auf die Sozialversicherungsträger abgewälzt wird. Vieles spricht dafür, dass der Bundesrat dabei auf den Schutz von Arbeitnehmern abzielte, die über keine massgeblichen Entscheidungsbefugnisse bei ihrem Arbeitgeber verfügen, und den Schutz nicht auch auf Arbeitnehmer mit einer arbeitgeberähnlichen Stellung und mit massgeblichen Einflussmöglichkeiten auf den Geschäftsgang ausdehnen wollte. Angesichts der sozialpolitischen Motivation der Regelung wäre die zweite Variante sehr ungewöhnlich und somit erklärungsbedürftig gewesen. Der Umstand, dass der Bundesrat hierzu in der Botschaft keine Ausführungen machte, ist somit als Indiz dafür zu werten, dass ihm die erste Konstellation vorschwebte. (...) Der Bundesrat meinte aber immerhin ausdrücklich, dass es stossend wäre, wenn die Sozialpartner, d.h. die Allgemeinheit der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, im Konkursfall für das erhöhte Zahlungsunfähigkeitsrisiko in der Personalverleihbranche aufkommen müssten. Es ist wohl nicht falsch anzunehmen, dass es dem Bundesrat somit erst recht stossend vorgekommen wäre, wenn die in einem Verleihunternehmen angestellten Arbeitnehmer, die keinen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit haben, ihre Lohnansprüche im Konkursfall aus der hinterlegten Kautionspflicht nicht vollständig befriedigen können, weil der für den Geschäftsgang verantwortliche Unternehmer einen Teil dieser Kautionspflicht für sich beanspruchen kann. Die Kautionspflicht für Personalverleiher erwies sich in der parlamentarischen Debatte im Übrigen offenbar als mehrheitsfähig. Jedenfalls gelangte die vom Bundesrat vorgeschlagene Textvariante für Art. 14 AVG materiell nahezu unverändert ins Gesetz, wie ein Vergleich zwischen der in der Botschaft vorgeschlagenen Textvariante und dem definitiven Text in der Amtlichen Sammlung zeigt (BBl 1985 50, S. 647; AS 1991 I, S. 396). Namentlich war das Parlament auch mit dem gesetzgeberischen Konzept in Art. 14 Abs. 2 AVG einverstanden, wonach die Regelung der weiteren Einzelheiten an den Bundesrat delegiert wurde. Die Verordnung zum AVG trat gleichzeitig mit dem Gesetz am 1. Januar 1991 in Kraft, wobei die Kautionsverwertungsbestimmung in Art. 39 Abs. 1 AVV, welche den hier auszulegenden Begriff «Arbeitnehmer» enthält, seit diesem Datum nicht mehr geändert wurde. Nach dem Gesagten ist daher davon auszugehen, dass das Parlament die Überlegungen des Bundesrates mittrug. Der historische Gesetzgeber erachtete Art. 39 Abs. 1 AVV i.V.m. Art. 14 Abs. 1 AVG im Wesentlichen als sozialpolitisch motivierte Regelung, mit der die Lohnforderungen der von einem Personalverleihunternehmen verliehenen Arbeitnehmer besser geschützt werden sollten. Der historische Gesetzgeber hatte dabei aber die Lohnforderungen der Arbeitnehmer im Auge, die beim Personalverleiher über keinen unternehmerischen Einfluss verfügen. (...)

c/bb) Bei einer systematischen Auslegung wird der Sinngehalt einer Norm aus dem Zusammenhang, in dem die Norm steht, ermittelt. Von Interesse ist hier namentlich das Zusammenspiel von Art. 39 Abs. 1 AVV mit Art. 39 Abs. 2 AVV. Gemäss der letzterwähnten Bestimmung sind aus der Kautionspflicht Regressansprüche der Arbeitslosenversicherung erst dann zu befriedigen, wenn alle Lohnforderungen der verliehenen Arbeitnehmer erfüllt sind, die nicht durch die Insolvenzenschädigung der

Arbeitslosenversicherung gedeckt werden. Der Verordnungsgeber sieht bei der Verwertung der Kautions mit Blick auf Ansprüche, die sich aus dem Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG) ergeben, somit eine Kaskadenregelung vor: Zuerst hat im Konkursfall des Personalverleihers die Arbeitslosenversicherung die offenen Lohnforderungen der Arbeitnehmer über die Insolvenzenschädigung zu decken. Soweit danach noch immer berechnete Lohnforderungen der verliehenen Mitarbeiter bestehen, können diese auf die Kautions zurückgreifen. Wird die Kautions dabei nicht vollständig verwertet, lässt sich die Arbeitslosenversicherung ihre Regressansprüche aufgrund der geleisteten Insolvenzenschädigung (vgl. Art. 54 AVIG) aus der Kautions befriedigen. Damit weist die Kaskadenbestimmung in Art. 39 Abs. 2 AVV einen engen Konnex zum fünften Kapitel im AVIG auf, in dem es um die Insolvenzenschädigung geht. Wie bereits erwähnt, haben angestellte Betriebsinhaber wie auch Mitarbeiter, deren Stellung sich derjenigen des Betriebsinhabers annähert, aufgrund von Art. 51 Abs. 2 AVIG keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung, da sie von einer Insolvenz des Arbeitgebers nicht überrascht werden und keinen besonderen Lohnschutz benötigen (...). Es würde nun aber dem Kaskadensystem von Art. 39 Abs. 2 AVV und der Intention des AVIG diametral entgegenlaufen, wenn die in Art. 51 Abs. 2 AVIG genannten Personen aufgrund einer nur wörtlichen Auslegung von Art. 39 Abs. 1 AVV im Konkursfall des Verleihers ihre offenen Lohnforderungen dennoch privilegiert befriedigen könnten. Anhand des Normengefüges drängt sich vielmehr der gegenteilige Schluss auf: Im Konkursfall des Personalverleihers sollen die zur genannten Gruppe gehörenden Personen ihre ausstehenden Löhne im Vergleich zu den übrigen Mitarbeitern erst mit letzter Priorität erhalten. Eine systematische Auslegung ergibt somit, dass sich die Verwertung der Kautions wegen der in Art. 39 Abs. 2 AVV angelegten Kaskadenordnung widerspruchsfrei nur so durchführen lässt, wenn sie zuerst zu Gunsten der übrigen Mitarbeiter (d.h. der nicht unter Art. 51 Abs. 2 AVIG zu subsumierenden Mitarbeiter) und dann zu Gunsten der in die Ansprüche dieser Mitarbeiter eintretenden Arbeitslosenkasse erfolgt. Die Mitarbeiter im Sinne von Art. 51 Abs. 2 AVIG können hingegen nicht auf die Kautions zurückgreifen und müssen ihre Lohnforderungen im Konkursverfahren eingeben.

c/cc) Bei einer teleologischen Auslegung wird nach Sinn und Zweck der Regelung gefragt. Der Beschwerdegegner trägt in diesem Zusammenhang vor, das AVG sei als Arbeitnehmerschutzgesetz konzipiert worden, da es immer wieder vorgekommen sei, dass über Personalverleiher der Konkurs eröffnet worden sei und die Arbeitnehmer ihre Löhne nicht mehr erhalten hätten. Deshalb sei auch die Kautionspflicht eingeführt worden. Diese Ansicht ist zutreffend. Bereits anhand der historischen und systematischen Auslegung wurde klar, dass die Bestimmungen im AVG zum Personalverleihgeschäft in erster Linie den Schutz des Arbeitnehmers bezwecken und ausserdem einen qualitativen Minimalstandard in der Branche sicherstellen wollen. Der Sinn und Zweck der hier zu analysierenden Regelung in Art. 39 Abs. 1 AVV ist sogar ausgesprochen vom Gedanken getragen, dass die verliehenen Arbeitnehmer ihre Lohnansprüche im Konkursfall nicht verlieren sollen. Dieser Schutzgedanke

würde indessen unterlaufen, wenn verliehene Arbeitnehmer, die keinen Einfluss auf den Geschäftsgang des Personalverleihers haben, im Konkurs der Verleihfirma Teile ihres noch nicht ausbezahlten Lohnes nur deshalb nicht erhalten, weil der Firmeninhaber oder andere Personen im Betrieb mit einer arbeitgeberähnlichen Stellung ebenfalls auf diese Kautions zugreifen können.

Die Beschwerdeführerin entgegnet, bei der vom Beschwerdegegner vertretenen Gesetzesauslegung werde der Firmeninhaber dafür bestraft, wenn er seine eigenen Lohnansprüche hinten anstellt, um eine Firma retten zu können. Es kommt gewiss nicht selten vor, dass sich Firmeninhaber in einer schwierigen Geschäftsphase bewusst keinen Lohn auszahlen lassen, um einen Betrieb retten zu können. Die Beschwerdeführerin verkennt mit ihrer Argumentation aber, dass es nicht Sinn und Zweck von Art. 39 Abs. 1 AVV ist, ein Verhalten des Personalverleihers zu fördern, damit dieser den Konkurs seines Betriebes möglichst vermeidet, sondern dass diese Regelung die verliehenen Arbeitnehmer schützen soll, nachdem der Konkurs eingetreten ist.

c/dd) Damit ist zusammenfassend festzustellen, dass im Vergleich zu einer wörtlichen Auslegung von Art. 39 Abs. 1 AVV andere Auslegungsmethoden zu einem engeren Verständnis des Begriffes «Arbeitnehmer» führen. Da die fragliche Regelung den Schutz der verliehenen Arbeitnehmer im Konkurs des Personalverleihers bezweckt, sollen unter den in Art. 39 Abs. 1 AVV erwähnten «Arbeitnehmern» nur solche Personen verstanden werden, die auch wirklich schutzbedürftig sind. (...) Somit ist zum Schluss zu kommen, dass als «Arbeitnehmer» im Sinne von Art. 39 Abs. 1 AVV grundsätzlich beim Verleihunternehmen angestellte und von diesem vermittelte Personen gelten. Ausgenommen davon sind aber Personen, welche die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können. Dazu gehören Gesellschafter, finanziell am Betrieb beteiligte Personen, Mitglieder eines obersten Entscheidungsgremiums und die Ehegatten aller zuvor genannten Personen.

5. [Subsumtion: Die Beschwerdeführerin ist Alleineigentümerin der C. AG mit Einzelunterschriftsberechtigung. Seit Gründung der Gesellschaft ist sie als Direktorin bzw. einziges Mitglied des Verwaltungsrats im Handelsregister eingetragen. Unbestritten ist auch, dass sie vor Konkurseröffnung Angestellte der C. AG war und an Einsatzbetriebe verliehen wurde. Sie konnte zu jeder Zeit alleine sämtliche relevanten Entscheide in der Unternehmung treffen und über die Verwendung der Einnahmen aus dem Personalverleih bestimmen. Trotz Arbeitsvertrag hat zu keiner Zeit ein Unterordnungsverhältnis zu ihrer Arbeitgeberin bestanden.]

Die Beschwerdeführerin ist daher im Sinne von Art. 51 Abs. 2 AVIG sowohl als Gesellschafterin, als finanziell am Betrieb beteiligte Person und als Mitglied eines obersten Entscheidungsgremiums anzusehen, welche die Entscheidungen des Arbeitgebers mitbestimmt hat. Sie hat nach dem Konkurs der Gesellschaft keinen Anspruch auf Insolvenzenschädigung und nach dem in Erwägung 4 c/dd Gesagten

kann sie auch nicht vom Privileg profitieren, dass ihre Lohnforderungen durch eine Kautions im Sinne von Art. 39 Abs. 1 AVV i.V.m. Art. 14 Abs. 1 AVG gedeckt sind.

6. (...)

7. (...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. August 2014 V 2014 / 64

6.2 Art. 328 Abs. 1 ZGB. § 23 Abs. 3, 24 SHG. §§ 2, 4, 5 DSG, SKOS-Richtlinien

Regeste:

Art. 328 Abs. 1 ZGB. § 23 Abs. 3, 24 SHG. §§ 2, 4, 5 DSG, SKOS-Richtlinien – Pflicht zur vorangehenden Orientierung der Betroffenen bei der Einholung von Auskünften von Verwandten bei der Geltendmachung der Verwandtenunterstützung durch die Sozialhilfebehörde. Die Abklärung der Verwandtenunterstützung ist unter Umständen auch gegen den Willen der sozialhilfebedürftigen Person gerechtfertigt. Die Bekanntgabe der Tatsache des Bezugs von Sozialhilfeleistungen ist als eine Datenbearbeitung zu qualifizieren und unterliegt den Beschränkungen des kantonalen Datenschutzgesetzes. Ohne auf die Beschwerdeanträge eintreten zu können, äussert sich das Gericht zu deren Ausgewiesenheit.

Aus dem Sachverhalt:

Der Stadtrat von Zug verpflichtete das Ehepaar XY., die erhaltene Sozialhilfe zurückzuerstatten. Der Regierungsrat wies die vom Ehepaar dagegen erhobene Beschwerde ab und ermahnte den Stadtrat, Abhilfe gemäss den Erwägungen zu schaffen. Vor Verwaltungsgericht beantragte der Stadtrat, die Ermahnung sei aufzuheben, da die Abklärung der Verwandtenunterstützungspflicht es zwangsläufig mit sich bringe, dass die für die Unterstützung in Betracht fallenden Verwandten von den Sozialhilfebehörden kontaktiert werden müssten. Eine vorgängige Information der hilfsbedürftigen Person sei unter § 24 SHG nicht vorgeschrieben. Das Ehepaar seinerseits beantragte in seiner Vernehmlassung die vollumfängliche Aufhebung seiner Rückerstattungsverpflichtung.

Aus den Erwägungen:

2. e) (...) Demzufolge kann auf die Beschwerde des Stadtrates nicht eingetreten werden.

f) Immerhin kann in der Sache kurz Folgendes festgestellt werden:

Gemäss Art. 328 Abs. 1 ZGB hat, wer in günstigen Verhältnissen lebt, Verwandte in auf- und absteigender Linie zu unterstützen, die ohne diesen Beistand in Not geraten würden. Artikel 329 ZGB hält fest, dass der Anspruch auf Unterstützung gegen die Pflichtigen in der Reihenfolge ihrer Erbberechtigung geltend zu machen ist und auf die Leistung geht, die zum Lebensunterhalt des Bedürftigen erforderlich und den Verhältnissen des Pflichtigen angemessen ist (Abs. 1). Erscheint die Heranziehung eines Pflichtigen wegen besonderer Umstände als unbillig, so kann das Gericht die Unterstützungspflicht ermässigen oder aufheben (Abs. 2). Die Bestimmungen über die Unterhaltsklage des Kindes und über den Übergang seines Unterhaltsanspruches auf das Gemeinwesen finden entsprechende Anwendung (Abs. 3). Sobald also die Sozialhilfebehörde einen Berechtigten unterstützt, geht dessen Anspruch gegenüber dem nach Art. 329 ZGB Pflichtigen durch Subrogation von Gesetzes wegen auf die Behörde über (Art. 329 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 289 Abs. 2 ZGB). Dieser steht somit ein eigener Anspruch gegenüber den pflichtigen Personen zu. Allerdings darf die Sozialbehörde für die Verwandten nicht einen Verwandtenunterstützungsbeitrag mittels Verfügung festlegen (Art. 329 Abs. 3 ZGB in Verbindung mit Art. 279 Abs. 2 ZGB). Sie darf nur auf dem Verhandlungsweg in Zusammenarbeit mit den unterstützungspflichtigen Verwandten einen angemessenen und zumutbaren Verwandtenbeitrag aushandeln. Wenn die Verhandlungen zu keinem Resultat führen und die Verwandtenunterstützung strittig ist, so muss die Sozialbehörde eine Unterstützungsklage beim Zivilrichter einreichen. Wenn immer möglich sollte eine einvernehmliche Lösung getroffen werden. Denn es ist offensichtlich, dass aus dieser Rechtslage ein problematisches «Doppelmandat» der Sozialbehörde resultiert. Einerseits tritt sie den Bedürftigen gegenüber als Berater auf und versucht im Interesse einer konstruktiven Zusammenarbeit ihr Vertrauen zu gewinnen, andererseits muss sie unter Umständen gegen deren Willen als Inkassobeauftragte Geldansprüche geltend machen. Es leuchtet ein, dass dies geeignet ist, die Beziehung zwischen den Klienten und den Beratern zu belasten, ja ein konstruktives Zusammenarbeiten zu verunmöglichen. Es darf nicht sein, dass die Möglichkeit, dass die Behörde mit den Verwandten Kontakt aufnimmt, den Gang zum Sozialdienst erschweren könnte.

In der Sozialarbeit entspricht es allgemeinen Prinzipien, dass Daten so beschafft werden müssen, dass dies für die betroffene Person erkennbar ist. Ist die Einholung von Daten bei der betroffenen Person selbst nicht möglich oder unzweckmässig, so kann die Datenerhebung bei Dritten zulässig sein, wobei die Behörde zu berücksichtigen hat, welche Auswirkungen dadurch für die betroffene Person und ihre Familienangehörigen entstehen; unproblematisch ist die Datenerhebung bei Dritten in der Regel, wenn die Zustimmung der hilfeschuchenden Person vorliegt (Felix Wolfers, Grundriss des Sozialhilferechts, Bern 1993, S. 215). Erfolgreiche Sozialarbeit ist nur möglich, wenn zwischen hilfeschuchender Person und Behörde ein Vertrauensverhältnis besteht. Insbesondere ist die Datenweitergabe an Dritte grundsätzlich ausgeschlossen, ausser es liegt die Einwilligung der betroffenen Person vor

oder sie ist unvermeidlich, damit die Behörde gegen Privatpersonen Verwandtenunterstützungsansprüche geltend machen kann (Wolffers, S. 217).

Auch die Schweiz. Konferenz für Sozialhilfe (SKOS) hält in Anbetracht der Gefahr, dass die Geltendmachung der Verwandtenunterstützung schwere innerfamiliäre Konflikte auslösen und die daraus entstehende Belastung für die Klienten bei diesen Krisensituationen auslösen kann, in ihren Richtlinien (F. 4) fest: «Es ist sinnvoll, Beiträge von Verwandten aufgrund gegenseitiger Absprachen zu erzielen». Müssen die Auswirkungen auf die Hilfesuchenden und den Hilfsprozess mit bedacht werden, ergibt sich eindeutig die Verpflichtung der Behörde, vor einer konkreten Kontaktnahme mit den Verwandten von Unterstützungsberechtigten mit diesen selber das Vorgehen zu besprechen und sie wenn immer möglich aktiv in diesen heiklen Prozess miteinzubeziehen. Sie sollten die Möglichkeit erhalten, selber den ersten Schritt gegenüber ihren Verwandten zu unternehmen.

In diesem Sinne ist § 23 Abs. 3 SHG betreffend die Pflicht zur vorangehenden Orientierung der Betroffenen bei der Einholung von Auskünften Dritter als allgemeinere Regel auch für das Vorgehen bei der Geltendmachung der Verwandtenunterstützung nach § 24 SHG wegleitend, ohne dass sie in dieser Bestimmung explizit wiederholt würde. Diese Regel kann hinsichtlich Verwandter keineswegs als weniger wichtig angesehen werden als im Verhältnis zu den vom Stadtrat angeführten Beispielen des Arbeitgebers, Vermieters oder von Banken. Der Interpretation, dass sich der Gesetzgeber vom Gedanken hätte leiten lassen, dass es sich bei der Verwandtenunterstützung um eine familieninterne Angelegenheit handle und deshalb auf eine vorgängige behördliche Information verzichtet werden könne, kann erst recht nicht gefolgt werden. Dass die Verwandtenunterstützung in jedem Fall – unter Umständen auch gegen den Willen der sozialhilfebedürftigen Person – abgeklärt werden muss, trifft zweifellos zu. Aus dieser Duldungspflicht lässt sich aber nicht ableiten, dass aufgrund von Wortlaut und Sinn und Zweck von § 24 SHG unterstützungspflichtige Verwandte keine «Dritten» im Sinne von § 23 Abs. 3 SHG seien, sondern «direkt betroffene Parteien» im Verfahren betreffend Prüfung der Verwandtenunterstützung. Vielmehr sind die Verwandten im Verhältnis zum Sozialhilfebezügler als Dritte und nur im Verhältnis zur Behörde als Gegenparteien in einem allfälligen Zivilprozessverfahren zu betrachten. Der Stadtrat räumt in seiner Beschwerdeschrift denn auch selber ein, dass es «schon damals» Praxis der Sozialen Dienste gewesen sei, die Klienten vor der Geltendmachung der Verwandtenunterstützung noch einmal mündlich darüber zu orientieren, und dass der vorliegende Fall diesbezüglich ein Einzelfall gewesen sei. Dass die um Sozialhilfe Nachsuchenden bei der Anmeldung darauf hingewiesen worden sind, dass die Verwandtenunterstützungspflicht abgeklärt werde, und dass sie das entsprechende Formular am 9. Oktober 2013 unterzeichnet haben, ist klar abzugrenzen vom davon unabhängigen Vorgang der Abklärung und Durchsetzung der Verwandtenunterstützungspflicht.

Gemäss § 5 Abs. 1 des kantonalen Datenschutzgesetzes vom 28. September 2000 (DSG; BGS 157.1) dürfen Organe Daten bearbeiten, sofern (a) eine gesetzliche Grundlage dafür besteht oder (b) es für eine in einer gesetzlichen Grundlage umschriebene Aufgabe unentbehrlich ist oder (c) die betroffene Person im Einzelfall ausdrücklich eingewilligt hat oder ihre Einwilligung nach den Umständen offensichtlich vorausgesetzt werden kann. Personendaten bzw. Daten sind dabei alle Angaben, welche sich u.a. auf eine bestimmte oder bestimmbare natürliche oder juristische Person beziehen (§ 2 Bst. a DSG). Das Bearbeiten von Daten ist jeder Umgang mit Daten, namentlich solche zu erheben, zu beschaffen, aufzuzeichnen, zu sammeln, aufzubewahren, zu verwenden, umzuarbeiten, bekanntzugeben, auszutauschen, zusammenzuführen, zu archivieren und zu vernichten (§ 2 Bst. c DSG). Organe sind insbesondere Behörden oder Dienststellen, die für den Kanton oder die Gemeinden handeln (§ 2 Bst. i DSG). Die Bekanntgabe der Tatsache des Bezugs von Sozialhilfeleistungen ist klarerweise als eine Datenbearbeitung zu qualifizieren. Sie unterliegt deshalb den Beschränkungen des kantonalen Datenschutzgesetzes. Wie der Regierungsrat demnach zu Recht festhält, sind nach § 4 lit. b DSG Daten in der Regel bei der betroffenen Person zu beschaffen und stellt § 23 Abs. 3 SHG eine gesetzliche Ermächtigung dar, bei Verweigerung der Mitwirkung der Betroffenen Informationen auch direkt bei Dritten einzuholen. Während die hilfeschenden Personen «betroffene Personen» im Sinne von § 2 lit. f DSG sind, stellen die unterstützungspflichtigen Verwandten aber Dritte im Sinne von § 2 lit. k DSG («alle diejenigen, die weder betroffene Personen noch Organe sind») dar. Zutreffend ist im Lichte der obigen Ausführungen auch, dass der allgemeine Hinweis im Gesetz, dass eine Verwandtenunterstützungspflicht «geprüft» werde (§ 24 Abs. 1 SHG) und diese Information auch im Anmeldeformular enthalten ist, für sich genommen weder eine Rechtfertigung für eine Datenbekanntgabe im Sinne von § 2 lit. d i.V. mit § 5 Abs. 2 DSG darstellt, noch kann daraus eine Einwilligung der Betroffenen abgeleitet werden. Vielmehr ist festzustellen, dass die Orientierung von Verwandten über den Sozialhilfebezug vom Informationsgehalt her sehr einschneidend ist, so dass die Betroffenen schon aufgrund ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör vor einer solchen einschneidenden Orientierung zu Zeitpunkt, Adressatenkreis und Art der Information Gelegenheit haben müssen, Stellung zu nehmen. Der Regierungsrat hat vorliegend auf eine mangelhafte behördliche Organisation bzw. ein behördliches Organisationsversagen geschlossen, was ihn zur angefochtenen Ermahnung bewog. Dabei konnte er auf das unbestrittenermassen bewirkte, mehrjährige und tiefgreifende Zerwürfnis in der Verwandtschaft des Ehepaars X.Y. verweisen. Wie erwähnt, hat das Verwaltungsgericht die Ermahnung nicht zu überprüfen.

3. a) (...) Auf den vom Ehepaar X.Y. erst in der Vernehmlassung gleichsam als Anschlussbeschwerde formulierten Antrag auf Aufhebung des Stadtratsbeschlusses und damit sinngemäss des Regierungsratsentscheides kann aufgrund der klaren gesetzlichen Regelung nicht eingetreten werden.

b) Doch selbst wenn der Beschwerdeantrag von X.Y. rechtzeitig erhoben worden wäre, müsste ihre Beschwerde abgewiesen werden, was im Folgenden doch noch kurz dargelegt werden soll.

Der Stadtrat hatte in seinem Rückerstattungsentscheid vom 13. August 2013 u.a. erwogen, dass im Rahmen der Abklärung der Verwandtenunterstützung dem Sozialdienst bekannt geworden sei, dass die Klientin an einem Haus in V. beteiligt sei. Diese Tatsache sei dem Sozialdienst bei der ersten und zweiten Anmeldung zur Sozialhilfe nicht mitgeteilt oder schriftlich festgehalten worden. Auch nach Rückerstattung der bezogenen Sozialhilfe im Betrag von Fr. xxx verbleibe dem Ehepaar X.Y. gemäss der detaillierten Berechnung noch ausreichend Geld für die Zukunft bzw. den zu berücksichtigenden Ruhestand, ohne abermals sozialhilfebedürftig zu werden. So werde sich das Einkommen des Ehepaars nach der Pensionierung – bei einem Verzehr des verbleibenden Vermögens auf 20 Jahre gerechnet – zusammen mit der maximalen Ehepaarrente auf monatlich ca. Fr. yyy.– belaufen, womit sich zwar «nicht grosse Investitionen tätigen» liessen, doch sei «ein Leben im sozial gesicherten Rahmen» möglich.

Von X.Y. wird auch vor Gericht nicht bestritten, dass sie im Zeitraum von 1996 bis 1999 sowie von 2003 bis 2004 Sozialhilfe im zurückgeforderten Betrag von insgesamt Fr. xxx bezogen haben, was durch Schuldanererkennung belegt ist. Ebenso liegt eine von ihnen unterzeichnete Verjährungseinrede-Verzichtserklärung vor. Auch haben sie bestätigt, dass sie über die Rückerstattungspflicht und die Verwirkungsfristen bei der Anmeldung zur Sozialhilfe informiert wurden. Weder machen sie geltend, dass die Forderung verjährt wäre, noch dass die Stadt Zug grundsätzlich nicht zu einer Rückforderung berechtigt sei.

Vor Regierungsrat hatte das Ehepaar allgemein vorgebracht, die Berechnung des Stadtrates würde «keiner ernsthaften Plausibilisierungsprüfung» standhalten, indem Kaufkraftverlust, Wohnraumverteuerung, Steigung der Krankenkassenprämien und Erhöhung der Lebenserwartung in der angefochtenen Verfügung «nicht einmal ansatzweise erörtert oder in die Berechnung miteinbezogen» worden seien. Zudem bleibe ihr Sohn ausbildungsbedingt noch über zwei Jahre unterstützungsbedürftig und schliesslich werde sich das verbleibende Vermögen durch die Erhebung der Grundstückgewinnsteuer, gemäss provisorischer Berechnung der Steuerverwaltung V., abermals um Fr. zzy verringern. Diesbezüglich verwies der Regierungsrat im Beschluss vom 17. Dezember 2013 auf das anwendbare Kapitel E. 2.2 der von der SKOS herausgegebenen Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe (SKOS-Richtlinien). Demgemäss besteht grundsätzlich kein Anspruch darauf, Grundeigentum erhalten zu können. Namentlich sollten «Personen, die Liegenschaften besitzen, [...] nicht besser gestellt sein als Personen, die Vermögenswerte in Form von Sparkonten oder Wertschriften angelegt haben.» Die SKOS-Richtlinien wollen eine faktische Besserstellung – und folglich eine kaum zu rechtfertigende Ungleichbehandlung – verhin-

dem, indem der Umstand, ob Vermögenswerte in liquider oder in illiquider Form vorliegen, nicht berücksichtigt wird. Im vorliegenden Fall ist aber unstrittig, dass die Beschwerdeführerin bereits während des Unterstützungszeitraums Miteigentum an der Liegenschaft in V. gehabt hatte. Vor diesem Hintergrund hat der Regierungsrat es zu Recht als irritierend bezeichnet, dass die Beschwerdeführenden die Liegenschaft in V. bei ihrer Anmeldung zum Bezug von Sozialhilfe 2003 überhaupt nicht erwähnt hatten, obwohl sie dazu verpflichtet gewesen wären. Die Erklärung überzeugt nicht, dass die Liegenschaft «in der Steuerdeklaration des Jahres 1987 unter der Rubrik 'Liegenschaften ohne Nutzniessung' aufgeführt» worden sei.

Der Regierungsrat hat die Frage offen gelassen, ob sogar ein unrechtmässiger Bezug von Sozialhilfe vorgelegen habe. Offensichtlich haben X.Y. aber ihre Auskunfts- und Meldepflichten bei ihren Sozialhilfeanmeldungen verletzt (vgl. Kap. E. 3.2 der SKOS-Richtlinien). Zutreffend sind aber auch die übrigen Ausführungen des Regierungsrates, gemäss denen nach Kap. E. 3.1 der SKOS-Richtlinien Personen, die infolge eines erheblichen Vermögensanfalls keine Unterstützung mehr benötigen, ein angemessener Freibetrag zu belassen ist, wobei dieser bei Ehepaaren Fr. 40'000.– beträgt. Der den Beschwerdeführenden gemäss Berechnung verbleibende Betrag von Fr. xyx liegt folglich weit über dem Freibetrag, weshalb der Stadtrat zweifellos berechtigt ist, vom Ehepaar die gesamte Summe von Fr. xxx zurückzufordern.

c) Tatsächlich bringen X.Y. gegen ihre Rückerstattungspflicht vor Gericht nur noch vor, dass diese wegen der von ihnen erlittenen Persönlichkeitsverletzung «psychischer, moralischer und sozialer Werte» durch das Verhalten des Leiters der Sozialen Dienste der Stadt Zug nicht rechtmässig sei, wobei sie gestützt auf die Erkenntnisse des Regierungsrates Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche gegen die Sozialen Dienste erhoben hätten. (...)

Hierzu ist bei allem Verständnis für eine gewisse Verbitterung festzustellen, dass entgegen der Auffassung von X.Y. aus der allfälligen Verantwortung oder gar Verantwortlichkeit von Behördemitgliedern oder Beamten für erlittene Unbill und Schaden aufgrund von Verfahrensversäumnissen oder -fehlern keine Entlassung aus der gesetzlichen Rückerstattungspflicht oder gar eine Art Verrechnungsanspruch erwachsen kann. Das Gesetzmässigkeitsprinzip verbietet es, über die klare gesetzliche Regelung der Rückerstattungspflicht hinweg im Sinne einer Einzelfallgerechtigkeit zusätzliche, vom Gesetzgeber nicht vorgesehene Gesichtspunkte mit zu berücksichtigen. Immerhin weist der Stadtrat nicht zu Unrecht darauf hin, dass die Gesuchstellerin offensichtlich unvollständige Angaben über ihre Eigentumsansprüche gemacht hatte. Tatsächlich hätte bei einem pflichtgemässen Verhalten der Gesuchsteller die Verwandtenunterstützungspflicht wohl gar nicht geprüft werden müssen, da ja eine genügende Sicherheit bestand. Daran ändert auch nichts, dass der Gesuchsteller in einem Gespräch am 20. November 2003 mit der Sozialarbeiterin beteuert hatte,

dass es nicht seine Absicht gewesen sei, die Liegenschaft nicht zu deklarieren, sondern dass er dies bei der Anmeldung vergessen habe. Selbst wenn also auf die «Anschlussbeschwerde» eingetreten werden könnte, wäre nicht ersichtlich, inwiefern der vorinstanzliche Entscheid im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle (§ 63 Abs. 1 und 2 VRG) fehlerhaft sein sollte. X.Y. bringen auch in ihren beiden Eingaben an das Verwaltungsgericht keine Argumente vor, die an der Rechtmässigkeit des Regierungsratsentscheids zweifeln liessen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. Juni 2014 V 2014/9

Vgl. aus demselben Urteil auch die formellen Ausführungen, unter Verfahrensrecht¹

7. Steuerrecht

7.1 Art. 33 lit. a DBG; § 30 Abs. 1 lit a StG

Regeste:

Art. 33 lit. a DBG; § 30 Abs. 1 lit a StG – Bei einer an den Kreditgeber entrichteten Abstandszahlung für die vorzeitige Aufhebung einer Festhypothek handelt es sich im Regelfall nicht um abzugsfähige Schuldzinsen (Erw. 3).

Aus dem Sachverhalt:

A. Mit Veranlagungsverfügungen vom 22. März 2013 setzte die Steuerverwaltung des Kantons Zug das steuerbaren Einkommen des Ehepaares A. B. für die Steuerperiode 2010 bei den Kantons- und Gemeindesteuern auf Fr. 261'700.– und das steuerbare Vermögen auf Fr. 1'068'000.– fest. Bei der direkten Bundessteuer wurde das steuerbare Einkommen mit Fr. 294'500.– festgesetzt. Dabei nahm die Steuerverwaltung unter anderem eine Reduktion der deklarierten Schuldzinsen von Fr. 87'071.– auf Fr. 26'681.– vor, da die Rückzahlungskommissionen für die Auflösung zweier Festhypotheken bei der Zuger Kantonalbank ihrer Meinung nach nicht als Schuldzinsen abzugsfähig seien. Eine gegen diese Steuerveranlagungen erhobene Einsprache wurde mit Entscheid vom 9. Dezember 2013 abgewiesen.

B. Gegen diesen Einspracheentscheid erhob das Ehepaar A. B. am 4. Januar 2014 Rekurs und beantragte, die Strafzinsen im Betrag von insgesamt Fr. 60'390.– seien zum Abzug zuzulassen. Die Steuerverwaltung beantragte mit Vernehmlassung vom 4. Februar 2014 die Abweisung des Rekurses, soweit darauf einzutreten sei; unter Kostenfolge zu Lasten der Rekurrenten. Die Rekurrenten hielten in der Replik vom 6. März 2014 an den im Rekurs vom 6. Januar 2014 gestellten Anträgen fest und hielten ergänzend fest, die Liegenschaft X. sei vor der Veräusserung der Liegenschaft Y. erworben worden, weshalb zum Zeitpunkt des Erwerbs bzw. der Veräusserung bere-

¹ Siehe Seite 9

its bekannt gewesen sei, dass weiterhin eine Kapitalschuld bestehe, was gemäss § 30 Ziff. 1.6.3 des Zuger Steuerbuchs Voraussetzung für die Gewährung des Abzuges von Strafzinsen sei. Es sei ursprünglich geplant gewesen, die bestehende Hypothek auf die neue Liegenschaft zu übertragen, was auch im Interesse der Zuger Kantonalbank gewesen wäre und der gängigen Praxis entspreche. Allerdings hätten sie dann die günstigere Finanzierungsvariante gewählt. Da in ihrem Fall die Kapitalschuld weiterhin bestehe, könne nicht von einer Besserstellung im Vergleich zu jemandem, der seine Liegenschaft veräussere und erst zwei Jahre später durch eine neue Liegenschaft ersetze, gesprochen werden, denn in diesem Fall liege im Zeitpunkt der Veräusserung keine Kaptalschuld mehr vor. Vielmehr würden sie, die Rekurrenten, im Falle der Nichtgewährung des Strafzinsabzugs gegenüber demjenigen schlechter gestellt, der seine Liegenschaft veräussere, gleichzeitig eine neue Liegenschaft erwerbe, die bestehende Festhypothek auf die neue Liegenschaft übertrage, nach kurzer Zeit die übertragene Festhypothek mit Strafzinsen auflöse und diese als Schuldzinsen in Abzug bringe. Bezüglich der Liegenschaftsunterhaltskosten werde auf den Kommentar zu den Direkten Bundessteuern, N 9 zu Art. 32 (red. Anmerkung: Zwahlen, in: Zweifel / Athanas [Hrsg.], Kommentar zum DBG, I/2a, 2. Auflage, Art. 32 N 9) verwiesen, wonach für den Liegenschaftsunterhalt das Ist-Prinzip gelte. Entsprechend sei es möglich, Akontorechnungen steuerlich in Abzug zu bringen. Auch im Liegenschaftsformular zur Steuererklärung werde auf das Zahlungsdatum abgestellt.

Aus den Erwägungen:

(...)

3.1 Von den Einkünften werden gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. a DBG bzw. § 30 Abs. 1 lit. a StG u.a. die privaten Schuldzinsen im Umfang der nach den Art. 20, 20a und 21 DBG bzw. §§ 19, 19bis und 20 StG steuerbaren Vermögenserträge und weiterer 50'000 Franken abgezogen. Unter dem Begriff «Schuldzins» wird grundsätzlich diejenige Vergütung verstanden, die für die Gewährung oder Vorenthaltung einer Geldsumme oder eines Kapitals zu entrichten ist, sofern dieses Entgelt nach der Zeit und als Quote des Kapitals regelmässig in Prozenten berechnet wird (Locher, Kommentar zum DBG, I. Teil, Art. 33 N 3). Das Bestehen einer Kapitalschuld ist damit unabdingbare Voraussetzung für eine Zinsschuld (StE 1992 B 27.2 Nr. 12 und StE 1993 B 27.2 Nr. 14; Reich, in: Zweifel / Athanas [Hrsg.], Kommentar zum StHG, I/1, 2. Auflage, Art. 9 N 33). Mangels einer solchen stellt die an den Kreditgeber entrichtete Abstandszahlung für die vorzeitige Auflösung einer Festhypothek begrifflich keinen Schuldzins dar (Locher, a.a.O., Art. 33 N 3; Zigerlig / Jud, in: Zweifel / Athanas [Hrsg.], Kommentar zum DBG, I/2a, 2. Auflage, Art. 33 N 9a). Vielmehr dürfte es sich je nach konkreter Ausgestaltung um eine Konventionalstrafe gemäss Art. 160 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR, SR 220) oder

um Schadenersatz gemäss Art. 97 OR für die Nichterfüllung oder nicht richtige Erfüllung eines Vertrags handeln, wobei beides im Privatbereich steuerlich nicht abzugsfähig ist. Die Veranlagungspraxis in den Kantonen zeigt allerdings ein uneinheitliches Bild; zahlreiche Kantone lassen Vorfälligkeitsentschädigungen mit juristisch vertretbaren Überlegungen ganz oder teilweise, uneingeschränkt oder aber unter bestimmten Bedingungen steuerlich zum Abzug zu (Zigerlig / Jud, in: Zweifel / Athanas [Hrsg.], a.a.O., Art. 33 N 9a). Argumentiert wird damit, dass solche Entschädigungen aus wirtschaftlicher Betrachtungsweise Charakter von Finanzierungskosten in der Form von Schuldzinsvorauszahlungen aufweisen (vgl. etwa St. Galler Steuerbuch 45 Nr. 5; Luzerner Steuerbuch § 40 Nr. 1; Praxisfestlegung Steuerverwaltung Graubünden, StG 36a). Im Kanton Zug wird die steuerliche Behandlung einer Vorfälligkeitsentschädigung bzw. Rücktrittsprämie in § 30 Ziffer 20.1.6.3 des Steuerbuchs geregelt. Demnach können solche Entschädigungen dann abgezogen werden, wenn die Hypothekarschuld in mindestens gleicher Höhe weiterbesteht (Ablösekommission). Anderenfalls, d.h. wenn die ursprüngliche Hypothekarschuld wegen vorzeitiger Veräusserung der belasteten Liegenschaft oder aus anderen Gründen wegfällt, kann eine einmalige Zahlung (Auflösekommission) keine Zinsausgleichszahlung darstellen, da keine Kapitalschuld mehr als Voraussetzung der Zinsschuld besteht. Der einmaligen Zahlung kommt in diesem Fall Charakter einer Rücktrittsprämie zu, die nicht als Schuldzins zum Abzug zugelassen wird.

3.2 Die im Kanton Zug geltende, im Zuger Steuerbuch festgeschriebene Praxis trägt dem Finanzierungskosten-Charakter der Vorfälligkeitsentschädigung in jenen Fällen Rechnung, in denen die Hypothekarschuld – wenn auch mit veränderten, in der Regel günstigeren Konditionen – weiterbesteht. Dies macht Sinn, kann doch die Vorfälligkeitsentschädigung in diesen Fällen als Finanzierungsinstrument im Sinne einer Schuldzinsvorauszahlung mit Bezug auf dieselbe, nun unter günstigeren Bedingungen weiterbestehende Hypothekarschuld betrachtet werden. Wenn aber das Schuldverhältnis – wie vorliegend – wegfällt, hat die Vorfälligkeitsentschädigung in gewisser Weise (rückwirkend) Finanzierungscharakter mit Bezug auf die frühzeitig weggefallene Hypothekarschuld. In erster Linie kommt ihr aber die Funktion einer Konventionalstrafe bzw. eines Schadenersatzes zu. Es besteht kein Anlass, diese sachgerechte Praxis, welche dem jeweiligen Charakter der Vorfälligkeitsentschädigung Rechnung trägt, anzupassen.

3.3 Im vorliegenden Fall steht fest, dass die Rekurrenten frühzeitig aus den Schuldverhältnissen mit der Zuger Kantonalbank ausgestiegen sind. Auch ist unbestritten, dass die Rekurrenten gleichzeitig oder bereits vor dem Verkauf der Liegenschaft im X. die Liegenschaft Y. erworben haben und von der Liegenschaft im Y. in die neue, familienfreundlichere Liegenschaft Y. umgezogen sind. Die Grundstückgewinnsteuer-Kommission Oberägeri hat wie von den Rekurrenten mehrfach betont anerkannt, dass es sich bei der neuen Liegenschaft um eine Ersatzbeschaffung handelt und dementsprechend den Aufschub der Grundstückgewinnsteuer gewährt.

Dies ändert indes nichts an der Tatsache, dass die Hypothekarschulden bei der Zuger Kantonalbank aufgelöst worden sind, es sich mithin um sog. Auflösekommissionen handelt. Als solche sind diese nach der Zuger Praxis nicht als Finanzierungskosten bzw. Schuldzinsen von den Einkünften abziehbar. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Rekurrenten die Hypotheken der Zuger Kantonalbank auf die neue Liegenschaft hätten übertragen können, es aber wegen Zinersparnissen bevorzugten, die neue Liegenschaft mit Hilfe der Raiffeisenbank zu finanzieren: Um die Vorfälligkeitsentschädigung als Schuldzinsen abziehen zu können, bedarf es (auch nach dem Wortlaut von § 30 Ziffer 20.1.6.3 des Zuger Steuerbuchs) des Weiterbestandes derselben Hypothekarschuld und nicht etwa des Bestandes irgendeiner Hypothekarschuld. Die Vorfälligkeitsentschädigungen dienen nicht der Finanzierung der neuen Hypothek bei der Raiffeisenbank, sondern einzig und allein der Ablösung der alten Hypotheken bei der Zuger Kantonalbank. Die beiden Hypothekergeschäfte mit unterschiedlichen Parteien und belasteten Grundstücken sind unabhängig voneinander zu beurteilen. Es kann für die Zulassung des Abzugs nicht relevant sein, ob die neue Liegenschaft bereits vor, kurze Zeit nach oder aber mehrere Monate nach dem Verkauf der alten Liegenschaft erworben worden ist. Dies würde zu einer unsachgerechten Ungleichbehandlung zwischen den Steuerpflichtigen führen und wäre darüber hinaus auch kaum praktikabel. Soweit die Rekurrenten monieren, sie würden durch die Nichtgewährung des Abzugs schlechter gestellt als wenn sie die Hypothek auf die neue Liegenschaft übertragen und später aufgelöst hätten, ist zu sagen, dass grundsätzlich auch bei einem späteren vorzeitigen Wegfall der Hypothek eine nicht abzugsfähige Vorfälligkeitsentschädigung angefallen wäre. Insgesamt ist die Streichung der Vorfälligkeitsentschädigungen im Betrag von insgesamt Fr. 60'390.– durch die Steuerverwaltung nicht zu beanstanden. Der Rekurs erweist sich in diesem Punkt als unbegründet, weshalb er abzuweisen ist.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. Juni 2014 A 2014 / 2

7.2 Art. 140 Abs. 1 DBG, § 136 Abs. 1 StG

Regeste:

Art. 140 Abs. 1 DBG, § 136 Abs. 1 StG – Beschwerdefrist. Praxispräzisierung betreffend Zustellfiktion: Mitteilungen von Zuger Behörden, die mit eingeschriebener Postsendung zugestellt wurden und die nicht abgeholt worden sind, gelten am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste. Zur Ermittlung des letzten Tags der siebentägigen Abholfrist ist der Tag der versuchten Zustellung nicht mitzuzählen, das heisst die Frist beginnt am Tag nach der ersten erfolglosen Zustellung zu laufen.

Aus dem Sachverhalt:

A. Die Steuerverwaltung des Kantons Zug eröffnete dem Ehepaar X. am 8. November 2011 die Steuerveranlagung für die Kantons- und Gemeindesteuern 2010 sowie für die Direkte Bundessteuer 2010. Es handelte sich dabei um eine Ermessensveranlagung. Dagegen erhob das Ehepaar X. am 8. Dezember 2011 Einsprache bei der Rechtsmittelkommission der kantonalen Steuerverwaltung, welche die Einsprache 18. September 2013 abwies.

B. Mit Eingabe vom 28. Oktober 2013 gelangt das Ehepaar X. mit Steuerrekurs an das Verwaltungsgericht und stellt dabei den Antrag, die Einsprache zur Ermessensveranlagung 2010 sei gutzuheissen. Am 19. November 2013 beantragt die Rechtsmittelkommission unter anderem, auf den Rekurs sei nicht einzutreten, da die Rekurrenten verspätet an das Verwaltungsgericht gelangt seien. Die Rechtskommission beruft sich dabei auf eine Praxis des Verwaltungsgerichts zur so genannten Zustellfunktion.

Aus den Erwägungen:

1. (...)

2. Die Rekurrenten haben ihre erste Eingabe, mit der sie sich beim Verwaltungsgericht gegen den Einspracheentscheid erkennbar zur Wehr gesetzt hatten, am 28. Oktober 2013 der Post übergeben. Strittig ist zunächst, ob der vorliegende Rekurs damit fristgerecht eingereicht wurde. Wäre diese Frage zu verneinen, könnte nicht auf die Eingabe eingetreten werden.

a/aa) Wird eine Verfügung der Steuerbehörden mit eingeschriebener Post verschickt und wird der Adressat anlässlich einer versuchten Zustellung nicht angetroffen und daher eine Abholeinladung in seinen Briefkasten oder in sein Postfach gelegt, gilt die Sendung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, und zwar selbst dann, wenn die Post von sich aus eine längere Aufbewahrungs- oder Abholfrist gewährt hat und die Sendung erst am letzten Tag dieser Frist abgeholt wird (Zustellfiktion). Voraussetzung für diese Rechtsfolge ist, dass die Sendung von der betreffenden Person mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erwartet werden musste, was in der Regel während der Hängigkeit eines Verfahrens der Fall ist (Zweifel / Athanas [Hg.]: Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, Bd. I/2b, 2.A., Zürich 2008, Art. 116 Rz. 21, mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung, z. B. BGE 127 I 31 E. 2 a und b; 130 III 396 E. 1.2.3; BGer vom 23. März 2006, in StE [2006] B 93.6 Nr. 27 E. 3). Die von der Praxis festgelegte Zustellfiktion betrifft Fälle, in denen eine Sendung innerhalb der siebentägigen Abholfrist nicht abgeholt wurde. Die Frist bis zum Eintreten der Zustellfiktion wird nicht verlängert, wenn ein Abholen nach den anwendbaren Bestimmungen der Post auch noch länger möglich ist, etwa in Folge eines Zurückbehaltungsauftrags (BGE 123 III 492 E. 1, mit Hinweis). Auch andere Abmachungen mit der Post können den Eintritt der Zustellfik-

tion nicht hinausschieben (BGer 1P.264/2000 vom 30. August 2000 E. 2b). Die Zustellfiktion rechtfertigt sich, weil die an einem Verfahren Beteiligten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben dafür zu sorgen haben, dass behördliche Akte sie erreichen können. Diese Pflicht entsteht mithin als prozessuale Pflicht mit der Begründung eines Verfahrensverhältnisses und gilt insoweit, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss (vgl. GVP 2003, 333, Erw. 5).

a/bb) Für die Festlegung des Zeitpunkts der Zustellfiktion ist eine klare, einfache und vor allem einheitliche Regelung notwendig (BGE 123 III 492 E. 1). Dies ist auch für die verfügenden Behörden, allfällige Gegenparteien und die Rechtsmittelbehörden wichtig. Gerade weil die Post heute unternehmerische Freiheit geniesst und ihre Mitarbeiter nicht mehr wie Beamte direkt an die Grundsätze staatlichen Handelns gebunden sind, darf sich der Eintritt der Zustellfiktion nicht an kundenfreundlichen oder irrtümlichen Anpassungen der Abholfrist im Einzelfall orientieren (BGer 1P.264/2000 vom 30. August 2000 E. 2b). Bei der Beantwortung der Frage, ab wann nach einer erfolglosen erstmaligen Zustellung einer eingeschriebenen Sendung die Rechtsmittelfrist zu laufen beginnt, hat das Bundesgericht um die Jahrhundertwende aus Gründen der Rechtssicherheit eine Praxis entwickelt, welche vom Verwaltungsgericht in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung in konstanter Rechtsprechung übernommen wurde. Darauf hat die Rekursgegnerin korrekt hingewiesen. Demzufolge wird das Zustellungsdatum immer sieben Tage nach dem erfolglosen Zustellungsversuch fingiert. Dies gilt sogar auch dann, wenn der letzte Tag der siebentägigen Frist auf einen Samstag oder einen anerkannten Feiertag fällt. Der Zeitpunkt der Zustellfiktion ist auch immer erkennbar, da die sieben Tage mit dem erfolglosen Zustellversuch beginnen, dessen Datum auf der Abholeinladung erscheint (BGE 127 I 31 E. 2b). Die Rekursgegnerin verweist auf zwei nicht veröffentlichte Entscheide des Verwaltungsgerichts, in denen das Gericht die Ansicht vertreten hat, dass zur Ermittlung des letzten Tags der siebentägigen Abholfrist der Tag der versuchten Zustellung mitzuzählen sei. Es trifft zu, dass das Verwaltungsgericht in den beiden angeführten Entscheiden diese Meinung vertrat. Das Verwaltungsgericht entwickelte diesen Grundsatz in Ermangelung einer Regelung im VRG zu Beginn des 21. Jahrhunderts, d.h. zu einem Zeitpunkt, als es in der Schweiz noch kein landesweit vereinheitlichtes Zivil- und Strafprozessrecht gab. Seit dem 1. Januar 2011 sind sowohl die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO, SR 272) wie auch die eidgenössische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO, SR 312.0) in Kraft. Zu beachten ist auch, dass am 1. Januar 2007 das Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) in Kraft gesetzt wurde, welches unter anderem die Voraussetzungen für den Zugang zum höchsten Schweizer Gericht regelt. Seit dem 1. Januar 2007 gilt ebenfalls das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32), welches für das Verfahren vor dem allgemeinen Verwaltungsgericht des Bundes in Art. 37 VGG grundsätzlich auf das Bundesgesetz über das Verwal-

tungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) verweist. Alle diese erwähnten Verfahrensgesetze haben im Gegensatz zum Zuger VRG die Zustellfiktion gesetzlich geregelt. So enthalten sowohl das VwVG wie auch das BGG folgende Bestimmung: «Eine Mitteilung, die nur gegen Unterschrift des Adressaten oder einer anderen berechtigten Person überbracht wird, gilt spätestens am siebenten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt» (Art. 20 Abs. 2bis VwVG; Art. 44 Abs. 2 BGG). Gestützt auf die ZPO und die StPO gilt die Zustellung einer Mitteilung (Terminologie StPO) bzw. von Vorladungen, Verfügungen und Entscheidungen (Terminologie ZPO) bei einer eingeschriebenen Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, als erfolgt: «am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste» (Art. 85 Abs. 4 lit. a StPO; Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO). Es ist festzustellen, dass in allen gewichtigen nunmehr schweizweit vereinheitlichten Verfahrensgesetzen die Zustellung einer nicht abgeholt oder entgegengenommenen Sendung auf den siebten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellungsversuch fingiert wird. Aufgrund des klaren Wortlauts dieser Bestimmungen ist davon auszugehen, dass bei der Ermittlung des letzten Tages der siebentägigen Abholfrist nicht der Tag der erfolglosen Zustellung den Beginn des Fristenlaufs markiert, sondern erst der darauffolgende Tag. Auch das höchste Schweizer Gericht geht in seiner Rechtsprechung zu den erwähnten Bestimmungen davon aus, dass mit Blick auf die Zustellfiktion die siebentägige Abholfrist am Tag nach der ersten erfolglosen Zustellung zu laufen beginnt (vgl. BGer 6B_940/2013 vom 31. März 2014 E. 2.1.2 und E. 2.3 [zu Art. 85 Abs. 4 lit. a StPO]; BGer 5A_732/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 4.1 und 4.3 [zu Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO]; BGer 1C_402/2011 vom 2. Dezember 2011 E. 2.1 und 2.3 [indirekte Bestätigung der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts betreffend Art. 20 Abs. 2bis VwVG]). Aufgrund dieser eindeutigen Rechtsprechung lässt es sich mit Blick auf die Rechtssicherheit und das öffentliche Interesse an klaren, einfachen und einheitlichen Regelungen somit kaum mehr vertreten, dass das Verwaltungsgericht eine davon abweichende Praxis verfolgt. Somit ist festzuhalten, dass Mitteilungen von Zuger Behörden, die mit eingeschriebener Postsendung zugestellt wurden und die nicht abgeholt worden sind, am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt gelten, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste. Zur Ermittlung des letzten Tags der siebentägigen Abholfrist ist der Tag der versuchten Zustellung nicht mitzuzählen.

(...)

[Gestützt auf diese Überlegungen trat das Gericht auf den Rekurs ein, wies ihn dann aber ab.]

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. Juni 2014 A 2013 / 29

7.3 § 191 Abs. 1 lit. b StG**Regeste:**

§ 191 Abs. 1 lit. b StG – Anspruch auf Steueraufschub. Die kurzfristige Fremdvermietung von deutlich weniger als zwei Jahren schliesst die Annahme einer Ersatzbeschaffung nicht aus. Der Entscheid für eine vorübergehende Fremdvermietung muss durch aussenstehende Gründe wie fehlende Angebote, sofortiger Wegzug des Eigentümers aus beruflichen oder gesundheitlichen Gründen bedingt sein. Nach einer 21 Monate dauernden Fremdvermietung sind hier die Voraussetzungen aufgrund der besonderen familiären Situation erfüllt.

Aus dem Sachverhalt:

A. Mit Kaufvertrag vom 21. März 2013 verkauften A. und B. M. das Einfamilienhaus, GS Nr. 111 (inklusive der Nutzung am Parkplatz Nr. 45 in der Tiefgarage), in S. an X. Y. Z. zu einem Kaufpreis von Fr. 1'200'000.–. Bereits am 19. Februar 2013 hatten die Verkäufer bei der Grundstückgewinnsteuer-Kommission (im Folgenden als Kommission bezeichnet) um Aufschub der Grundstückgewinnsteuer ersucht. Mit Veranlagungsentscheid vom 16. Juli 2013 lehnte die Kommission das Gesuch um Steueraufschub ab und setzte den Grundstücksgewinn mit Fr. 286'274.– fest. Gegen diese Veranlagung reichten A. und B. M. am 13. August 2013 bei der Kommission Einsprache ein und ersuchten um eine nochmalige Prüfung des Gesuchs. Mit Einspracheentscheid vom 23. Oktober 2013 hielt die Kommission an ihrem Entscheid fest und wies das Gesuch erneut ab. Die Kommission führte zur Begründung aus, sie habe durchaus Verständnis für die tatsächlich spezielle Situation der Einsprecher. Es liege aber aufgrund des klaren Wortlauts und der bisherigen ständige Praxis nicht in der Kompetenz der Kommission, ohne klare Vorgaben im Einzelfall eigenständig eine Praxisänderung zu beschliessen, ansonsten die Grundsätze der rechtsgleichen Behandlung und der Rechtssicherheit tangiert würden.

B. Gegen diesen Einspracheentscheid liessen A. und B. M. am 15. November 2013 Rekurs einreichen und beantragen, der Einspracheentscheid sei aufzuheben und es sei den Rekurrenten der Aufschub der Grundstückgewinnsteuer zu gewähren, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Kommissio. Zur Frage der dauernden und ausschliesslichen Selbstnutzung lassen die Rekurrenten in der Begründung ausführen, Steueraufschub setze ausschliesslich selbstbewohntes Wohneigentum voraus. Sowohl die veräusserte Liegenschaft wie auch das Ersatzobjekt müssten vom Steuerpflichtigen selbst bewohnt sein. Die Kommission argumentiere im Einspracheentscheid, der von ihnen geltend gemachte Ermessensspielraum beziehe sich ausschliesslich auf die Zweijahresfrist für die Wiederinvestition, nicht jedoch auf die dauernde und ausschliessliche Selbstnutzung. Diese Sichtweise sei nicht zutreffend. Strittig sei vorliegend die Frage, ob die Wohnung trotz der kurzfristigen Vermietung «selbst bewohnt» worden sei. Diese Frage könne nur aufgrund eines

gewissen Ermessensspielraums beantwortet werden, und dieses Ermessen habe die Kommission im Rahmen der Veranlagung auszuüben.

C. Mit Vernehmlassung vom 29. Januar 2014 beantragt die Kommission die Bestätigung ihres Entscheides und die Abweisung des Rekurses unter entsprechender Kosten- und Entschädigungsfolge.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Der Grundstückgewinnsteuer unterliegen Gewinne, die aus der Veräusserung von Grundstücken des Privatvermögens oder von Anteilen an solchen erzielt werden (§ 189 Abs. 1 StG). Gemäss § 191 Abs. 1 lit. b StG besteht Anspruch auf Steueraufschub bei Handänderungen zum Zwecke der Ersatzbeschaffung von gleich genutzten Liegenschaften in der Schweiz infolge Veräusserung von dauernd und ausschliesslich selbst genutztem Wohneigentum am Wohnsitz der steuerpflichtigen Person, soweit der Veräusserungserlös in der Regel innert zwei Jahren vor oder nach der Handänderung zum Erwerb oder zum Bau einer gleich genutzten Ersatzliegenschaft in der Schweiz verwendet wird. Diese Formulierung des StG, welche durch die Änderung vom 30. März 2006 (Inkrafttreten am 1. Januar 2007) gegenüber der alten Fassung etwas flexibler gestaltet wurde, steht im Einklang mit Art. 12 Abs. 3 lit. e des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern vom 14. Dezember 1990 (StHG, SR 642.14). Gemäss dieser Bestimmung wird die Besteuerung aufgeschoben bei Veräusserung einer dauernd und ausschliesslich selbst genutzten Wohnliegenschaft (Einfamilienhaus oder Eigentumswohnung), soweit der dabei erzielte Erlös innert angemessener Frist zum Erwerb oder zum Bau einer gleich genutzten Ersatzliegenschaft in der Schweiz verwendet wird. Weder der Begriff «dauernd» noch der Begriff «ausschliesslich selbstbenutzt» wird im StHG näher definiert, d.h. es bleibt den Kantonen ein Ermessensspielraum, den sie auszufüllen haben (vgl. hierzu Bernhard Zwahlen, in: Zweifel/Athanas [Hg.], Kommentar zum Schweizer Steuerrecht I/1, 2. A., Zürich 2002, Art. 12 StHG N 75).

a) Voraussetzungen für die Anerkennung eines Steueraufschubes wegen Ersatzbeschaffung sind: Subjektidentität zwischen dem Eigentümer der Veräusserung und dem Eigentümer der Ersatzbeschaffung, Reinvestition des Veräusserungserlöses in das Ersatzobjekt, dauernde und ausschliessliche Selbstnutzung des veräusserten Eigenheims und des Ersatzobjekts, Ersatzbeschaffung innert angemessener Frist und Ersatzbeschaffung in der Schweiz. Aus dem Wortlaut von § 191 Abs. 1 lit. b StG ergibt sich klar, dass sich die Formulierung «(...), soweit der Veräusserungserlös in der Regel innert 2 Jahren vor oder nach der Handänderung zum Erwerb oder zum Bau einer gleichgenutzten Ersatzliegenschaft in der Schweiz verwendet wird», nur auf den Zeitpunkt der Wiederverwendung des Veräusserungserlöses bezieht

und nichts mit der Frage zu tun hat, ob die weitere Voraussetzung des «dauernd und ausschliesslich selbstgenutzten Wohneigentums am Wohnsitz der steuerpflichtigen Person» ebenfalls erfüllt ist. Zu beurteilen ist im vorliegenden Fall nur, ob vor der Veräusserung eine dauernde und ausschliessliche Selbstnutzung des 4 1/2-Zimmer-Reihenhauses durch die Eigentümer vorgelegen hat oder nicht.

b) Der Steueraufschub setzt – wie erwähnt – zunächst ein ausschliesslich selbstbewohntes Wohneigentum voraus, d.h. sowohl das bisherige Eigenheim wie auch das Ersatzobjekt müssen von der steuerpflichtigen Person (und/oder ihrer Familie) ausschliesslich selbstbewohnt gewesen sein. Verlangt wird ein eigenes tatsächliches Bewohnen durch die steuerpflichtige Person. Grundsätzlich muss das Eigenheim im Zeitpunkt der Handänderung bzw. in dem Zeitpunkt, in dem der Entschluss zur Ersatzbeschaffung gefasst wird, selbstbewohnt sein, d.h. die steuerpflichtige Person muss am fraglichen Ort ihren zivil- und steuerrechtlichen Wohnsitz gehabt haben (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter [Hg.], Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 3. A., Zürich 2013, § 216 N 331). Wird Grundeigentum fremdgenutzt und dient es demnach durch seinen Erlös als Anlagevermögen, so darf keine Selbstnutzung angenommen werden (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26. März 2007, Erw. 2.3.1, in: StE 2007, B 42.38 Nr. 31).

c) Beim Erfordernis, dass der Steuerpflichtige die veräusserte Liegenschaft als Eigenheim selber bewohnt haben muss, stellt sich die Frage, ob dieses auch erfüllt ist, wenn die Liegenschaft zwischen dem Auszug und der Veräusserung vermietet worden ist. Mit jeder Ersatzbeschaffung ist zwangsläufig immer ein Wohnsitzwechsel verbunden, wobei in der Regel der (neue) Wohnsitz im Ersatzobjekt dem (alten) Wohnsitz im veräusserten Objekt folgt. Von diesem üblichen Ablauf kann es aber auch Abweichungen geben, so dass die beiden Wohnsitze durch einen Drittwohnsitz «kurz» unterbrochen werden. Dies kann z. B. der Fall sein, wenn die steuerpflichtige Person ihr Eigenheim veräussert, ohne das Ersatzobjekt schon erworben zu haben bzw. dieses zwar schon im Eigentum der steuerpflichtigen Person steht, infolge Bau oder Umbau aber nicht bezogen werden kann. Ein Steueraufschub wegen Ersatzbeschaffung eines Eigenheims kann nach Lehre und Rechtsprechung dann nicht verwehrt werden, wenn die Zeitspanne zwischen Aufgabe der Selbstnutzung und der Handänderung im Verhältnis zur gesamten Besitzesdauer und für sich genommen massvoll oder – sofern darüber hinausgehend – durch besondere Gründe gerechtfertigt ist. Entscheidend ist, dass die Frist zwischen den Selbstnutzungen angemessen ist. Als angemessen gelten nach der Gerichtspraxis Fristen von z. B. 1 1/4 Jahre (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O., § 216 N 332); ein Jahr (Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau vom 29. Dezember 1994, Erw. 2 b, in: StE 1996, B 42.38 Nr. 15; und Urteil des Verwaltungsgerichts Bern, a.a.O., Erw. 2.3.1, in: StE 2007, B 42.38 Nr. 31). Sicher nicht mehr angemessen ist – ganz besondere Umstände vorbehalten – eine Vermietungsdauer von über zwei Jahren (BGer vom 21. August 2008, 2C_215/2008, Erw. 4.3). Verlangt wird jeweils, dass der Entscheid für eine

vorübergehende Fremdnutzung durch aussenstehende Gründe bedingt ist, z. B. fehlende Angebote trotz genügender Verkaufsbemühungen, sofortiger Wegzug des Eigentümers aus gesundheitlichen oder beruflichen Gründen. Dabei handelt es sich um in der Person des Steuerpflichtigen liegende Zwangsgründe, welche eine kurze Fremdvermietung erforderlich machen (ein Leerstand wird dabei der Fremdnutzung gleichgestellt). Liegt ein befristeter Mietvertrag vor, insbesondere bei bereits bekanntem Verkaufszeitpunkt, so gilt diese Fremdnutzung als kurzfristige Übergangsregelung. «Unbefristete Mietverträge ohne entsprechenden Vorbehalt auf den Verkauf hin sowie überjährige Mietverhältnisse verhindern in der Regel den Steueraufschub» (Urteil des Verwaltungsgerichts Bern, a.a.O., Erw. 2.3.1, in: StE 2007, B 42.38 Nr. 31). Liegen Mietverhältnisse von einem aber weniger als zwei Jahren vor, sind zusätzliche, subjektiv zwingende Gründe nachzuweisen. Solche können berufliche oder gesundheitliche Gründe sein, welche die Eigentümerin oder den Eigentümer zu einem sofortigen Auszug veranlassen, und zwar verbunden mit der Unmöglichkeit, auf einen früheren Zeitpunkt einen angemessenen Verkauf zu realisieren. Dauert die Vermietung mehr als zwei Jahre, kann ein Steueraufschub nur noch in Ausnahmefällen gewährt werden; im Regelfall soll die Fremdvermietung nicht länger als ein Jahr dauern, ansonsten der Steueraufschub – abgesehen von besonderen Gründen – nicht mehr gewährt werden kann (Urteil des Verwaltungsgerichts Bern, a.a.O., Erw. 2.3.1, in: StE 2007, B 42.38 Nr. 31).

3. Wendet man die in Erwägung 2 aufgeführten Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so ergibt sich Folgendes:

a) Am 28. November 2008 kauften A. und B. M. das 4 1/2-Zimmer-Reiheneinfamilienhaus mit Garten, GS Nr. 111, in S., zu einem Kaufpreis von Fr. 630'000.-. Am 5. Mai 2009 erwarben sie zusätzlich einen Einstellhallenplatz für Fr. 32'000.-. Am 26. August 2009 kam die Tochter E. zur Welt, und am 27. Juli 2011 folgten die Zwillinge F. G. Im Frühjahr 2011 entschlossen sich die Rekurrenten auf einen Zeitpunkt vor der Geburt der Zwillinge eine grössere Wohnung zu mieten und ihre «alte», zu kleine Wohnung vorläufig an Dritte zu vermieten. Aus diesem Grund wurde am 19. Mai 2011 mit R. und S. T. ein Mietvertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen (zu einem Mietzins von monatlich Fr. 3'490.-). Der Grund, warum sie sich nicht direkt um den Kauf eines Ersatzobjektes bemühten, war derjenige, dass man mit den Nachbarn an der Zugerstrasse 1 in S., einem älteren Ehepaar, nach einer Lösung in Form einer nachbarschaftlichen Erweiterung des Reiheneinfamilienhauses verhandelte. Am 19. November 2012 kauften A. und B. M. an der Meierstrasse 14 in S. ein Einfamilienhaus mit Doppelgarage für den Betrag von Fr. 1'730'000.- (Antrittstag mit Übergang von Nutzen und Schaden per 1. Dezember 2012). Bereits im Oktober 2012 und sehr intensiv ab Januar 2013 bemühten sich die Rekurrenten um den Verkauf des 4 1/2-Zimmer-Reiheneinfamilienhauses, welches per 21. März 2013 verkauft werden konnte. Unmittelbar nach dem Kauf der Ersatzliegenschaft wurde

der Mietvertrag mit R. und S. T. gekündigt. Diese bestätigten mit Schreiben vom 13. Dezember 2012 ihren Auszug aus dem Mietobjekt per 31. März 2013.

b) Zum Zeitpunkt, als die Rekurrenten am 1. Juli 2011 die Wohnung in S. an Dritte vermieteten, hatten sie diese vom 28. November 2008 bis zum 1. Juli 2011, d.h. während zwei Jahren und sieben Monaten als Familienwohnung selbst genutzt. Vom 1. Juli 2011 bis zum 31. März 2013, d.h. während insgesamt eines Jahres und neun Monaten wurde die Wohnung an Dritte vermietet und damit die Selbstnutzung aufgegeben. Rein vom Zeitablauf her befinden wir uns damit in einem Bereich, bei dem an sich nicht mehr von einer «kurzfristigen Fremdnutzung» gesprochen werden kann, welche die Gewährung des Ersatzbeschaffungsprivilegs noch rechtfertigen würde. Wir befinden uns mit einer solchen Fremdnutzung in zeitlichen Bereichen (fast zwei Jahre), welche es eigentlich nicht mehr zulassen, dass man – auch angesichts der heutigen Lehre und Rechtsprechung – noch von dauernd und ausschliesslich selbstgenutztem Wohneigentum sprechen kann. Es ist daher weiter zu prüfen, ob zusätzliche, subjektiv zwingende Gründe vorgelegen haben, welche die Eigentümer veranlasst haben, die selbst genutzte Wohnung rasch zu verlassen, und mit dem Verkauf der Wohnung etwas länger zuzuwarten.

c) Besonderheiten weist der vorliegende Fall insofern auf, als die Rekurrenten kurz nach dem Kauf des 4 1/2 Zimmer-Reiheneinfamilienhauses von einem zweimaligen Zuwachs ihrer Familie überrascht wurden, nachdem ihnen die Ärzte zuvor eine mutmassliche Kinderlosigkeit attestiert hatten. Als sich nach der Geburt der ersten Tochter auch noch die beiden Zwillinge ankündigten, waren die Rekurrenten mit einem erheblichen Platzproblem konfrontiert, welchem sie mit der Miete einer grösseren Wohnung begegneten. Dass sie sich nicht bereits im Sommer 2011 nach dem Kauf eines Ersatzobjekts umsahen, erklären sie nachvollziehbar dadurch, dass sie nach einer Lösung mit den Eigentümern der Nachbarliegenschaft suchten. Nachdem sich im Laufe des Jahres 2012 dann aber zeigte, dass die Lösung mit der Nachbarliegenschaft nicht realisiert werden konnte, machten sich die Rekurrenten umgehend an den Kauf einer Ersatzliegenschaft, was mit dem Kauf des Einfamilienhauses an der Meierstrasse 14 in S. gelang. Bereits im Oktober 2012 und vermehrt dann im Januar/Februar 2013 (diverse Anzeigen im Amtsblatt des Kantons Zug und bei Immoscout) bemühten sie sich intensiv um den Verkauf der alten Liegenschaft in S., was mit dem Verkauf im März 2013 denn auch rasch gelang. Bereits im Dezember 2012 kündigten sie den Mietvertrag mit dem Ehepaar R. und S.T. auf Ende März 2013. Damit sind nach der Meinung des Gerichts die Voraussetzungen erfüllt, damit hier ausnahmsweise – auch bei einer Fremdnutzung von 21 Monaten – noch die Voraussetzungen für einen Steueraufschub bejaht werden können. Das Gericht legt aber Wert auf die Feststellung, dass dies nicht der Regelfall ist. Der Regelfall ist es vielmehr, dass bei einer mehr als ein Jahr dauernden Fremdnutzung die Voraussetzungen von § 191 Abs. 1 lit. b StG (dauernd und ausschliesslich selbst

genutztes Wohneigentum) nicht mehr erfüllt sind, d.h. in einem solchen Fall fällt das Ersatzbeschaffungsprivileg üblicherweise dahin.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. März 2014 A 2013 / 32

8. Sozialversicherung

8.1 Art. 2 Abs. 5 AVE GAV FAR

Regeste:

Art. 2 Abs. 5 AVE GAV FAR – Die Unterstellung eines Betriebes unter den AVE GAV FAR bedeutet, dass grundsätzlich dessen ganzes Personal ebenfalls den Bestimmungen des AVE GAV FAR untersteht. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unterstehen auch Erdsondenbohrunternehmen dem AVE GAV FAR (Erw. 3.1). Aus diesem Grunde ist ein Erdsondenbohrunternehmen auch insbesondere für seine Mechaniker beitragspflichtig, zumal diese auch nicht als technisches Personal im Sinne von Art. 2 Abs. 5 AVE GAV FAR zu qualifizieren sind (Erw. 4 ff.). Die Beiträge sind im vorliegenden Fall ab dem 1. Januar 2011 geschuldet, weil ein in Rechtskraft erwachsenes Urteil des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zug die Beklagte bis zum 31. Dezember 2010 von der Beitragspflicht befreite (Erw. 5).

Aus dem Sachverhalt:

Der Schweizerische Baumeisterverband (SBV), die Gewerkschaften GBI bzw. UNIA und SYNA schlossen am 12. November 2002 – im Bestreben, der körperlichen Belastung der Arbeitnehmer im Bauhauptgewerbe Rechnung zu tragen, die damit verbundenen Beschwerden im Alter zu lindern und dem Baustellenpersonal eine finanziell tragbare Frühpensionierung zu ermöglichen – den Gesamtarbeitsvertrag für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR) ab. Mit Bundesratsbeschluss vom 5. Juni 2003 wurde dieser teilweise allgemeinverbindlich erklärt und trat am 1. Juli 2003 in Rechtskraft. Für die gemeinsame Durchführung des GAV FAR im Sinne des Art. 357b OR haben die Vertragsparteien die Stiftung für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (nachfolgend: Stiftung FAR) gegründet. Diese ist für den gesamten Vollzug des GAV zuständig und ist insbesondere berechtigt, die notwendigen Kontrollen gegenüber den Vertragsunterworfenen durchzuführen und namens der Vertragsparteien Betreibungen und Klagen zu erheben.

Ab Mai 2005 begann ein Rechtsstreit zwischen der Stiftung FAR und der Y. AG betreffend Beitragspflicht. Während die Stiftung FAR der Ansicht war, dass die Y. AG dem AVE GAV FAR unterstehe, bestritt die Y. AG dies. Da sich die Parteien nicht einigen konnten, reichte die Stiftung FAR am 15. Februar 2007 beim Verwaltungsgericht des Kantons Nidwalden Klage gegen die damals noch im Kanton Nidwalden domizilierte

Y. AG ein und beantragte, diese habe für jeden unter den persönlichen Geltungsbereich des AVE GAV FAR fallenden Mitarbeiter für den Zeitraum vom 19. April 2004 bis zum 31. Dezember 2010 Beiträge zu entrichten. Da die Y. AG in der Zwischenzeit ihren Sitz in den Kanton Zug verlegt hatte, überwies das Verwaltungsgericht des Kantons Nidwalden mit Urteil vom 2. April 2007 an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug.

Mit Urteil vom 27. Oktober 2011 wies das Verwaltungsgericht des Kantons Zug die Klage der Stiftung FAR ab. Begründend führte es zusammengefasst aus, dass die Bohrungen für Erdwärmesonden dem Betrieb der Y. AG das Gepräge gegeben hätten. Bei Erdwärmesondenbohrungen handle es sich gemäss den zuständigen Zuger Zivilgerichten nicht um das Bauhauptgewerbe und somit auch nicht um Tiefbauarbeiten gemäss Art. 2 Abs. 4 lit. a BRB AVE GAV FAR, was zur Abweisung der Klage geführt habe. Der Entscheid des Verwaltungsgerichtes Zug erwuchs in der Folge – abgesehen vom Kostenpunkt – unangefochten in Rechtskraft.

Mit Urteil vom 15. April 2013 (9C_975/2012, 9C_976/2012) entschied das Bundesgericht, dass Tätigkeiten im Bereich der Erdwärmesondenbohrungen dem Bereich Tiefbau anzurechnen und somit vom betrieblichen Geltungsbereich des BRB AVE GAV FAR bzw. des GAV FAR erfasst seien.

Mit Schreiben vom 22. Juli 2013 forderte die Stiftung FAR von der Y. AG gestützt auf den genannten Bundesgerichtsentscheid vom 15. April 2013 die FAR-Beiträge ab dem 1. Januar 2011 ein und teilte gleichzeitig mit, dass die Inkassostelle FAR Lohnsummenformulare senden werde. Die Y. AG antwortete mit Schreiben vom 24. Juli 2013 und argumentierte, sie sei aufgrund des Urteils des Zuger Verwaltungsgerichtes vom 27. Oktober 2011 nicht dem GAV FAR unterstellt. An ihren Standpunkten hielten die Parteien auch in weiteren Schreiben fest.

Am 30. Oktober 2013 reichte die Stiftung FAR beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Klage gegen die Y. AG ein, mit folgenden Anträgen: 1.) Es sei festzustellen, dass die Beklagte vollumfänglich dem Gesamtarbeitsvertrag für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR) untersteht. 2.) Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin folgende FAR-Beiträge zu bezahlen: 5.3% der AHV-pflichtigen Lohnsumme vom 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2011 jedes Mitarbeiters, der unter den persönlichen Geltungsbereich des BRB AVE GAV FAR fällt, nebst Zins zu 5% ab dem Folgejahr; 5% der AHV-pflichtigen Lohnsumme vom 1. Januar 2012 bis 31. Dezember 2013 jedes Mitarbeiters, der unter den persönlichen Geltungsbereich des BRB AVE GAV FAR fällt, nebst Zins zu 5% ab dem jeweiligen Folgejahr. 3.) Die Beklagte sei zu verpflichten, auch in Zukunft FAR-Beiträge abzurechnen. 4.) Es seien sämtliche AHV-Lohnsummenmeldungen seit dem 1. Januar 2011 zu edieren. 5.) Es sei die Klägerin zu berechtigen, ihre Forderung gestützt auf die beantragte

Edition der AHV-Lohnsummenmeldungen zu präzisieren. 6.) Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

Aus den Erwägungen:

(...)

3.

3.1 Mit – abgesehen vom Kostenpunkt – unangefochten in Rechtskraft erwachsenem Urteil vom 27. Oktober 2011 entschied das Verwaltungsgericht des Kantons Zug, dass die Y. AG für die Zeit bis zum 31. Dezember 2010 keine FAR-Beiträge zu entrichten habe bzw. dem Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (AVE GAV FAR) nicht unterstellt sei, weil es sich – gemäss den Urteilen der Zivilgerichte des Kantons Zug – bei Erdsondenbohr Tätigkeiten nicht um das Bauhauptgewerbe und damit auch nicht um Tiefbauarbeiten handle. In einem ähnlichen Fall entschied das Bundesgericht in der Folge jedoch mit Urteil vom 15. April 2013 (9C_975/2012 Erw. 4.3.5), dass Erdsondenbohr Tätigkeiten dem Bereich Tiefbau im Sinne von Art. 2 Abs. 4 lit. a AVE GAV FAR zuzurechnen und entsprechende Betriebe somit vom (betrieblichen) Geltungsbereich der allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV FAR erfasst seien.

3.2 Die Beklagte ist unbestrittenermassen nicht Mitglied beim SBV und fällt daher vertraglich nicht in den Geltungsbereich des GAV FAR. Sie hat sich diesem auch nicht im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GAV FAR angeschlossen. Die Geltung des GAV FAR für die Beklagte kann sich daher nur aus dem AVE GAV FAR ergeben (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 30. April 2010, 9C_1033/2009 Erw. 2.1).

(...)

4.

4.1 Die Unterstellung eines Betriebes unter den AVE GAV FAR bedeutet konkret, dass grundsätzlich alle ihre Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer – soweit sie nicht einem anderen, spezifischeren GAV unterstehen – ebenfalls den Bestimmungen des AVE GAV FAR unterliegen. Dies ist Ausfluss des Grundsatzes der Tarifeinheit (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 12. März 2001, 4C.350/2000 Erw. 3a). Ob das Personal eines unterstellten Betriebes ihre Arbeit in einer wohltemperierten Werkstatt oder auf einer Wind und Wetter ausgesetzten Baustelle verrichtet, ist für die Unterstellung daher irrelevant. Das Beachten solcher Gegebenheiten im Einzelfalle und die individuelle Abklärung einer jeden AVE GAV FAR Unterstellung wäre schlichtweg nicht umsetzbar, weswegen der Gesetzgeber eine pauschale Lösung gewählt hat. Weil diese pauschale Unterstellung aber zu weit gehen würde, sieht der AVE GAV FAR Ausnahmen vor, welche unter dem persönlichen Geltungsbereich aufgeführt

werden. Nachfolgend ist daher zu prüfen, welche Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen der Beklagten unter den persönlichen Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 5 AVE GAV FAR fallen und welche von der Unterstellung ausgenommen werden. Strittig ist vorliegend zum einen, ob die Mechaniker der Beklagten ebenfalls vom persönlichen Geltungsbereich umfasst sind, und zum andern, ob der Arbeitnehmer S., welcher zumindest teilweise auf den Baustellen tätig ist, vom persönlichen Geltungsbereich umfasst wird. Unstrittig sind hingegen die Unterstellung des reinen Baustellenpersonals sowie die Nicht-Unterstellung des leitenden und des Büropersonals.

4.2 Der persönliche Geltungsbereich ist in Art. 2 Abs. 5 AVE GAV FAR wie folgt geregelt: «Die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen gelten für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (unabhängig ihrer Entlohnungsart), die in den Betrieben nach Absatz 4 tätig sind, insbesondere für:

- a. Poliere und Werkmeister;
- b. Vorarbeiter;
- c. Berufsleute, wie Maurer, Strassenbauer, Pflästerer usw.;
- d. Bauarbeiter (mit oder ohne Fachkenntnisse);
- e. Spezialisten wie Maschinisten, Chauffeure, Magazinier und Isoleure sowie die Hilfskräfte;
- f. weitere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, sofern sie Hilfstätigkeiten in einem dem Geltungsbereich unterstellten Betrieb ausführen.

Die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstehen dem GAV FAR ab dem Zeitpunkt, ab dem sie AHV-pflichtig werden. Ausgenommen ist das leitende Personal, das technische und kaufmännische Personal sowie das Kantinen- und Reinigungspersonal eines unterstellten Betriebs.»

4.2.1 Abweichend von Art. 2 Abs. 5 lit. e AVE GAV FAR sieht Art. 3 Abs. 1 lit. e GAV FAR eine Geltung für Spezialisten wie Maschinisten, Chauffeure, Magazinier und Isoleure sowie die Hilfskräfte nur vor, «sofern sie auch dem Geltungsbereich des LMV unterstehen». Aufgrund dieser Diskrepanz legte das Bundesgericht in seinem Urteil vom 7. Dezember 2012 (9C_374/2012 Erw. 2.7.2 ff.) Art. 2 Abs. 5 lit. e AVE GAV FAR aus und kam dabei zum Schluss, dass die Allgemeinverbindlicherklärung eines GAV die Ausweitung seines Geltungsbereichs auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes (Art. 1 Abs. 1 AVEG) bezwecke. Nur in diesem Sinne könne die AVE über die Vorgaben des GAV hinausgehen; Verpflichtungen, die von den am GAV beteiligten Sozialpartnern nicht vorgesehen gewesen seien, seien der Allgemeinverbindlichkeit nicht zugänglich. Eine Erweiterung des im GAV FAR definierten persönlichen Geltungsbereichs falle ausserdem mit Blick auf Art. 2 Ziff. 1 AVEG ausser Betracht; dadurch würden denn auch keine Nachteile für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer vermieden werden können. Auch bei der Anwendung von Art. 2 Abs. 5 lit. e AVE GAV FAR sei daher

entscheidend, ob die darin genannten Berufsleute dem Geltungsbereich des LMV unterstehen würden.

4.2.2 Der betriebliche Geltungsbereich erstreckt sich gemäss Art. 2 Abs. 3 AVE LMV unter anderem auch auf den Tiefbau bzw. gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. a LMV auf den Tiefbau einschliesslich des Spezialtiefbaus. Die Beklagte wird mithin vom betrieblichen Anwendungsbereich des LMV erfasst. In den persönlichen Geltungsbereich fallen nach Art. 2 Abs. 4 AVE LMV sämtliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, ausgenommen Poliere und Werkmeister, technisches und administratives Personal sowie Kantinen- und Reinigungspersonal. Artikel 3 Abs. 2 LMV nennt die gleichen Ausnahmen, während in Art. 3 Abs. 1 LMV die Geltung in persönlicher Hinsicht festgelegt wird für (a) Vorarbeiter, (b) Berufsleute wie Maurer, Zimmerleute, Strassenbauer, Pflästerer und (c) Spezialisten wie Maschinisten, Chauffeure, Magaziner, Isoleure und Hilfskräfte, unter Vorbehalt allfälliger bestehender Gesamtarbeitsverträge mit anderen Arbeitnehmerorganisationen.

4.2.3 Sowohl bei Art. 3 Abs. 2 LMV als auch bei Art. 5 Abs. 2 lit. e AVE GAV FAR handelt es sich um nicht abschliessende Aufzählungen, in welchen die Mechaniker nicht explizit erwähnt werden. Das Bundesgericht hat diesbezüglich aber bereits festgehalten, dass mit dem Begriff «Spezialisten» absichtlich eine «pauschale Lösung» gewählt worden sei, um das kaum zu bewältigende Konfliktpotential im Zusammenhang mit individuellen Abgrenzungsfragen zu vermeiden (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 7. Dezember 2012, 9C_374/2012 Erw. 2.7.2.2). Insofern handelt es sich auch bei den zum unterstellten Betrieb gehörenden Mechanikern um Spezialisten im Sinne von Art. 3 Abs. 2 LMV und Art. 5 Abs. 2 lit. e AVE GAV FAR. Führt man sich vor Augen, dass selbst Chauffeure vom Geltungsbereich des LMV und des GAV FAR (explizit) umfasst werden, so liegt der Schluss nahe, dass eben auch andere Spezialisten wie vorliegend die Mechaniker von LMV und GAV FAR erfasst werden. Dem Gericht ist im Übrigen nicht bekannt, dass es einen spezifischen GAV für Mechaniker geben würde; dies wurde denn von der Beklagten auch gar nicht vorgebracht. Festzuhalten ist damit, dass auch die Mechaniker der Beklagten vom LMV und vom AVE GAV FAR erfasst werden.

4.3 Es verbleibt nun einzig zu prüfen, ob die als Spezialisten vom Geltungsbereich des AVE GAV FAR grundsätzlich erfassten Mechaniker in casu als «technisches Personal» zu qualifizieren und somit vom persönlichen Geltungsbereich ausgenommen sind oder nicht. Mangels einer näheren Beschreibung oder anderweitigen Grundlagen ist der Begriff «technisches Personal» (Art. 2 Abs. 5 dritter Satz AVE GAV FAR) auszulegen.

4.3.1 Für die Auslegung von Bestimmungen über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen gelten die allgemeinen Grundsätze der Gesetzesauslegung (BGE 127 III 318 Erw. 2a; Urteil des Bundesgerichts vom 8. Oktober 1997,

4C.93/1997 Erw. 3a, in: Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts [JAR] 1998 S. 282 ff.; je mit Hinweisen). Es besteht weder ein Grund für eine besonders restriktive noch für eine besonders weite Auslegung. Durch die Allgemeinverbindlicherklärung sollen die Arbeitsbedingungen der bei Aussenseitern angestellten Arbeitnehmer gesichert, die Sozial- und Arbeitsbedingungen als Faktor des Konkurrenzkampfes ausgeschlossen und dem Gesamtarbeitsvertrag zu grösserer Durchsetzungskraft verholfen werden (Urteile 9C_374/2012 vom 7. Dezember 2012 Erw. 2.3 und 4C.45/2002 vom 11. Juli 2002 Erw. 2.1.2). Die Auslegung des Gesetzes ist auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die von ihm erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten. Ausgangspunkt der Auslegung einer Norm bildet ihr Wortlaut. Vom daraus abgeleiteten Sinne ist jedoch abzuweichen, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass der Gesetzgeber diesen nicht gewollt haben kann (vgl. BGE 136 V 84 Erw. 4.3.2.1). Solche Gründe können sich insbesondere aus der Entstehungsgeschichte der Norm, aus ihrem Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben (BGE 135 IV 113 Erw. 2.4.2; 135 V 382 Erw. 11.4.1; 127 III 318 Erw. 2b). Zu beachten ist dabei unter anderem das Bedürfnis nach Rechtssicherheit. Wenn der Gesamtarbeitsvertrag seine Schutzfunktion erfüllen soll, muss es für die Parteien leicht erkennbar sein, ob sie ihm unterstehen oder nicht. Diesem Kriterium der leichten Erkennbarkeit einer GAV-Unterstellung kommt indes keine eigenständige Bedeutung zu; vielmehr ist sie im Zusammenhang mit den klassischen Elementen der Gesetzesauslegung zu berücksichtigen (Urteil 9C_975/2012 Erw. 4.3.4 vom 15. April 2013).

4.3.2 Über die Herkunft des Wortes «Technik» finden sich im Duden Angaben aus dem Neulateinischen und aus dem Griechischen. So steht zum Beispiel das griechische Wort «téchn» für Handwerk, Kunstwerk, Kunstfertigkeit und Wissenschaft. Weiter versteht man gemäss Duden unter Technik etwa die «Gesamtheit der Massnahmen, Einrichtungen und Verfahren, die dazu dienen, die Erkenntnisse der Naturwissenschaften für den Menschen praktisch nutzbar zu machen» oder eine «besondere, in bestimmter Weise festgelegte Art, Methode des Vorgehens, der Ausführung von etwas». Vorliegend ist dabei auf die erstere Umschreibung abzustellen, handelt es sich bei «Ausführung von etwas» doch um eine Beschreibung, die schlichtweg auf jeden Arbeitnehmer zutreffen würde. Die erstgenannte und in casu zu bevorzugende Umschreibung des Dudens hingegen setzt den Begriff Technik insbesondere in Zusammenhang mit Erkenntnissen aus den Naturwissenschaften. Im allgemeinen Sprachgebrauch bringt man Technik vor allem mit Technologie und Elektronik in Verbindung, was sich nicht vollständig mit der Umschreibung des Dudens deckt. Folglich kann – selbst mit der weniger weitgehenden Beschreibung – anhand des Wortlautes nicht klar definiert werden, welches Personal als «technisch» zu gelten hat und welches nicht. Der Begriff erweist sich mithin als zu weitgehend, als dass man anhand der grammatikalischen Auslegung zu einem klaren Ergebnis kommen könnte.

4.3.3 Um die fragliche Ausnahmeklausel teleologisch und historisch nachvollziehen zu können, ist die Präambel des GAV FAR heranzuziehen. Gemäss dieser ging es beim GAV FAR darum, «der körperlichen Belastung der Arbeitnehmer im Bauhauptgewerbe Rechnung zu tragen und die damit verbundenen Beschwerden im Alter zu lindern und dem Baustellenpersonal eine finanziell tragbare Früh pensionierung zu ermöglichen». Indem das Gesetz das technische Personal explizit nicht dem GAV FAR unterstellt, kann darauf geschlossen werden, dass das technische Personal einer (wesentlich) geringeren körperlichen Belastung ausgesetzt ist und es deswegen eine Früh pensionierung aus gesundheitlichen Gründen auch nicht nötig hat. Es muss sich somit um Tätigkeiten handeln, welche sich sowohl betreffend die körperliche Belastung als auch betreffend die allgemeinen Arbeitsbedingungen – man denke etwa an das Unfallrisiko – deutlich vom gewöhnlichen Baustellenpersonal unterscheiden. Das Bundesgericht hat andererseits aber auch schon festgehalten, dass das Ausmass der körperlichen Belastung einer bestimmten Arbeit alleine noch kein Kriterium für eine (Nicht-)Unterstellung sei (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 7. Dezember 2012, 9C_374/2012 Erw. 2.7.2.2). Auch die Tatsache, dass mit dem Wort «Spezialisten» in Art. 3 Abs. 1 lit. e GAV FAR eine pauschale Lösung getroffen wurde, weist darauf hin, dass das Ausmass der körperlichen Belastung alleine kein Kriterium für eine (Nicht-)Unterstellung sein kann. Im Übrigen findet sich die Ausnahmeklausel für das technische Personal auch im LMV, wobei die Auslegung auch dort gleich ausfallen würde. Mangels Unterstellung unter den LMV ist davon auszugehen, dass das technische Personal weniger schutzbedürftig ist und deswegen nicht auf Gesamtarbeitsverträge etc. angewiesen ist.

4.3.4 In systematischer Hinsicht ist festzuhalten, dass das technische Personal im selben Satz wie das leitende Personal und das kaufmännische Personal genannt wird. Im LMV wird es zusammen mit dem administrativen Personal genannt. Sowohl leitendes, kaufmännisches als auch administratives Personal arbeitet nicht handwerklich. Das leitende Personal ist zwar teilweise auf Baustellen anzutreffen (z. B. ein Bauführer), doch ist es dort nicht handwerklich – sondern vielmehr leitend, planerisch oder organisatorisch – tätig. Insofern unterscheidet es sich betreffend körperliche Belastung und Unfallrisiko nicht wesentlich vom kaufmännischen und administrativen Personal, welches grundsätzlich im Büro tätig ist. Das technische Personal muss folglich eine gewisse Ähnlichkeit zur Arbeitsweise bzw. der Arbeitsbelastung des leitenden, kaufmännischen und administrativen Personals aufweisen, wird es vom Gesetz doch an gleicher Stelle genannt. Daraus kann abgeleitet werden, dass das vom Gesetz genannte «technische Personal» ebenfalls nicht handwerklich tätig ist.

Das Kantinen- und Reinigungspersonal ist zwar gewissermassen auch handwerklich tätig, doch handelt es sich dabei um Berufe, welche mit dem Bauhauptgewerbe grundsätzlich nichts zu tun haben. Zumindest das Reinigungspersonal untersteht zudem einem eigenen GAV, sodass dessen Nennung in LMV und GAV FAR rein

deklaratorisch ist. Mithin liegt es in der Natur der Sache, dass sowohl das Kantinen- als auch das Reinigungspersonal nicht vom flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe umfasst werden. Daraus lässt sich für das vorliegende Verfahren indes nichts ableiten.

(...)

4.3.6 Im Übrigen kann die Beklagte aus ihrem Vorbringen, wonach eine GAV-Unterstellung leicht erkennbar sein müsse, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Diesbezüglich wurde bereits ausgeführt, dass dem Kriterium der leichten Erkennbarkeit keine eigene Bedeutung zukomme und sie im Zusammenhang mit den anderen Auslegungselementen zu berücksichtigen sei (vgl. oben Erw. 4.3.1; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 15. April 2013, 9C_975/2012 Erw. 4.3.4). Jedenfalls kann aus dem blossen Umstand, dass über die einen Betrieb prägende Tätigkeit und über die Frage, ob eine bestimmte Berufskategorie in den Geltungsbereich gemäss Art. 2 Abs. 5 AVE GAV FAR fällt, unterschiedliche Auffassungen vertreten werden können, nicht auf eine fehlende Unterstellung geschlossen werden. Dies gilt auch unter dem Aspekt der Rechtssicherheit: Einerseits liegen Abgrenzungsfragen in der Natur der Sache und andererseits hätte es ansonsten ein Beitragspflichtiger in der Hand, sich der Beitragspflicht allein mit deren entsprechend begründeten Bestreitung zu entziehen, was nicht Sinn und Zweck einer Allgemeinverbindlicherklärung gesamtarbeitsvertraglicher Bestimmungen (vgl. etwa Art. 110 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]; Art. 1 AVEG) sein kann. Im Übrigen war vorliegend zumindest die Möglichkeit einer AVE GAV FAR Unterstellung leicht erkennbar, sind doch grundsätzlich alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eines vom betrieblichen Geltungsbereich umfassten Betriebes FAR-beitragspflichtig (vgl. Erw. 4.1). Weiter argumentiert die Beklagte, dass die grammatikalische Auslegung gegen eine Unterstellung spreche, weil die ETH Zürich die Mechaniker explizit zum technischen Personal zähle und auch online Stellenbörsen unter dem Suchbegriff «technisches Personal» Mechanikerstellen angeben würden. Auch dieser Argumentation kann indes nicht gefolgt werden, hat sich doch bereits erwiesen (Erw. 4.3.2), dass die grammatikalische Auslegung in casu keine stichhaltigen Rückschlüsse zulässt, weil der Wortlaut zu weitgehend ist. Es erstaunt daher nicht, dass andere Institute oder Stellenbörsen den Begriff anders definieren. Dies jedoch ändert nichts an der Tatsache, dass vorliegend auf den Wortlaut alleine nicht abgestellt werden kann; vielmehr sind die weiteren Auslegungselemente zur weiteren Präzisierung des Begriffes heranzuziehen.

4.3.7 Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass es sich bei den Mechanikern der Beklagten nicht um «technisches Personal» im Sinne von Art. 2 Abs. 5 AVE GAV FAR handelt. Mithin werden auch die Mechaniker vom persönlichen Geltungsbereich der AVE GAV FAR umfasst und sie unterstehen folglich auch der FAR-Beitragspflicht.

(...)

5. Strittig ist weiter, ab welchem Datum die FAR-Beiträge zu entrichten sind. Die Beklagte führte aus, dass das Urteil des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zug erst im Jahr 2012 rechtskräftig geworden sei, weswegen die Beiträge nicht schon für das Jahr 2011 geschuldet sein können. Diese Behauptung ist insoweit richtigzustellen, als dass das kantonale Urteil – mit Ausnahme der Frage der Parteientschädigung – bereits im Jahr 2011 rechtskräftig geworden ist. Im Übrigen ist es so, dass nur die Beitragspflicht bis zum 31. Dezember 2010 Gegenstand des Entscheides vom 27. Oktober 2011 (S 2007 51) war. Demgegenüber richtet sich der zeitliche Geltungsbereich der AVE GAV FAR nach deren Art. 5. Danach erstreckte er sich vom 1. Juli 2003 bis 30. Juni 2008. Mit Bundesratsbeschlüssen vom 26. Oktober 2006 (BBl 2006 8865), 1. November 2007 (BBl 2007 7881) und 6. Dezember 2012 (BBl 2012 3076) wurde die Geltungsdauer ohne Unterbruch bis zum 31. Dezember 2016 verlängert. Der GAV FAR ist somit auch für die vorliegend relevante Zeitperiode noch in Kraft und anwendbar. In Anbetracht der Tatsache, dass der GAV FAR allgemeinverbindlich erklärt wurde, ihm gemäss Bundesgericht auch Betriebe wie derjenige der Beklagten unterliegen und die Beklagte die Unterstellung grundsätzlich anerkennt, ist erstellt, dass die Beklagte grundsätzlich schon seit jeher beitragspflichtig gewesen wäre. Der einzige Grund, weswegen die Beklagte bislang keine Beiträge entrichten musste, war das – mit Ausnahme der Frage der Parteientschädigung – unangefochten in Rechtskraft erwachsene Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 27. Oktober 2011 (S 2007 51). Das Urteil hatte die Zeitperiode ab dem 1. Januar 2011 jedoch nicht zum Gegenstand, sodass ab diesem Tag kein Urteil mehr vorliegt, welches die Beklagte von der Beitragspflicht befreien würde. Insofern ist ein Beginn der FAR-Beitragspflicht für die Beklagte per 1. Januar 2011 naheliegend. Die Beklagte bestreitet diesen Zeitpunkt denn auch lediglich pauschal bzw. überhaupt nicht (vgl. Stellungnahme des Rechtsvertreters der Beklagten vom 27. März 2014) und bringt somit keine stichhaltigen Gründe vor, weshalb für den Beginn der Unterstellung ein anderer Zeitpunkt herangezogen werden müsste. Im Übrigen kann die Beklagte nichts für sich ableiten, wenn sie die rückwirkende Einforderung der Beitragszahlungen für unzulässig hält. Die Beitragserhebung ist gestützt auf die gesetzeskonforme Publikation des AVE GAV FAR zulässig, sobald die entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Es handelt sich vorliegend ausserdem auch nicht um eine unzulässige Rückwirkung, geht es doch einzig darum, einen bestehenden Anspruch nachträglich durchzusetzen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 7. Dezember 2012, 9C_374/2012 Erw. 3.1.1). Festgehalten werden kann somit, dass die Beklagte während dem gesamten im vorliegenden Verfahren relevanten Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2012 dem AVE GAV FAR bzw. der FAR-Beitragspflicht unterstand und dies im Übrigen – unter Vorbehalt wesentlicher Veränderungen in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht – auch nach diesem Zeitpunkt tun wird.

6.

6.1 Nach dem Gesagten ist erstellt, dass die Beklagte ab dem 1. Januar 2011 FAR-beitragspflichtig ist. Vom persönlichen Geltungsbereich umfasst werden auch die Mechaniker der Beklagten, nicht jedoch S., welcher zum leitenden Personal zu zählen ist. Die Klägerin dringt somit mit ihren Anträgen, wonach die Beklagte für die Jahre 2011 und 2012 FAR-Beiträge für ihr Baustellenpersonal und die Mechaniker zu entrichten habe, grossmehrheitlich durch.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. August 2014 S 2013 153

8.2 Art. 4 ATSV; Art. 43 Abs. 1 ATSG

Regeste:

Art. 4 ATSV; Art. 43 Abs. 1 ATSG – Geleistete und rechtlich geschuldete Unterhaltsbeiträge an im Ausland lebende, unterhaltsberechtigte Ehepartner und Kinder sind bei der Beurteilung der « grossen Härte» als Voraussetzung des Erlasses einer Rückforderung zu berücksichtigen; Verletzung der Untersuchungs- und Abklärungspflicht durch die Verbandsausgleichskasse.

Aus dem Sachverhalt:

A. ist mazedonischer Staatsangehöriger und arbeitet bei der Y. AG in H. Er ist verheiratet und Vater der vier Kinder B. (geb. ... 1988), C. (geb. ... 1989), D. (geb. ... 1992) und E. (geb. ... 1994). Gestützt auf das bis 31. Dezember 2008 in Kraft gewesene kantonale Kinderzulagengesetz (KZG) bezog A. Kinder- bzw. Ausbildungszulagen. In Anwendung der am 1. Januar 2009 in Kraft getretenen neuen Regelungen nach dem Bundesgesetz über die Familienzulagen (FamZG, SR 836.2) teilte die Verbandsausgleichskasse X. A. jedoch mit Verfügung vom 19. Dezember 2011 mit, eine Überprüfung habe ergeben, dass ihm für die Zeitdauer vom 1. Januar 2009 bis 30. November 2011 Familienzulagen ohne eine Anspruchsgrundlage ausbezahlt worden seien. Die Kinder (...) befänden sich in Mazedonien und hätten gemäss Wegleitung zum Familienzulagengesetz, Rz. 322, keinen Anspruch. Gestützt auf Art. 25 ATSG werde er deshalb aufgefordert, die zuviel bezogenen Leistungen im Umfang von Fr. 40'950.– zurückzuerstatten. Vorbehalten bleibe die Stellung eines Erlassgesuches innert 30 Tagen.

Am 10. Januar 2012 stellte A. bei der Verbandsausgleichskasse X. ein Erlassgesuch und führte aus, er sei finanziell nicht in der Lage, die über die letzten Jahre ausbezahlten Fr. 40'950.– zurückzuerstatten. Die von der Ausgleichskasse genannten rechtlichen Änderungen seien ihm leider keineswegs bekannt gewesen. Er sei weder schriftlich noch mündlich von der Ausgleichskasse, vom Arbeitgeber oder

von Bekannten auf eine Änderung der gesetzlichen Grundlagen hingewiesen worden. Im Weiteren sei es so, dass eine Rückerstattung für ihn finanziell untragbar und daher unmöglich sei. Das Gegenteilige sei der Fall; er wäre weiterhin auf diese Unterstützung angewiesen. Neben dem Aufkommen für seinen Lebensunterhalt in der Schweiz sei er die alleinige finanzielle Quelle für seine vier sich noch in Ausbildung befindenden Kinder, wovon drei Kinder in auswärtigen Universitätsstädten wohnten und studierten sowie das jüngste Kind das Gymnasium besuche. Die Bestätigungen der Universitäten und Schulen habe er der Ausgleichskasse jährlich im Original mit Übersetzung zugesandt. Zudem komme er für seine Ehefrau und seine pflegebedürftigen Eltern in Mazedonien auf.

Mit «Erlassentscheid» vom 2. April 2012 erliess die Verbandsausgleichskasse X. dem Versicherten bei teilweise gegebener grosser Härte Fr. 6'111.25 der ursprünglichen Forderung, wies aber das Erlassgesuch für den Restbetrag von Fr. 34'838.75 ab. In der Rechtsmittelbelehrung wurde darauf hingewiesen, dass gegen diese Verfügung innert 30 Tagen seit der Zustellung schriftlich Beschwerde erhoben werden könne, welche beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich einzureichen sei.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 18. April 2012 wandte sich A. an das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich und beantragte sinngemäss, der Entscheid vom 2. April 2012 sei aufzuheben und es sei ihm auch die Rückforderung von Fr. 34'838.75 zu erlassen. Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich trat auf die Beschwerde mit Beschluss vom 27. April 2012 mangels örtlicher Zuständigkeit nicht ein und überwies die Akten nach Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug. Dieses eröffnete unter der Dossiernummer S 2013 19 ein Verfahren und forderte die Verbandsausgleichskasse X. zur Vernehmlassung auf.

Mit Vernehmlassung vom 12. März 2013 beantragte die Verbandsausgleichskasse X. sinngemäss die Abweisung der Beschwerde und führte begründend aus, nach Inkrafttreten des FamZG per 1. Januar 2009 sei die Rechtsgrundlage für den Export der Zulagen für in Mazedonien lebende Kinder weggefallen. Die Kinder befänden sich nachweislich in Mazedonien. Nach ihrer Auffassung sei der vom Beschwerdeführer beteuerte gute Glaube gegeben, weshalb dem Erlassgesuch auch teilweise habe entsprochen werden können. Die Rückforderung sei von Fr. 40'950.- auf den Betrag von Fr. 34'838.75 reduziert worden. Die Unterstützungspflicht gegenüber Verwandten in Mazedonien oder die Erwerbsfähigkeit derer sei in diesem Verfahren nicht zu prüfen. Die finanzielle Tragbarkeit bzw. Möglichkeit der effektiven Begleichung der Rückforderung sei ebenfalls nicht zu prüfen. Es sei lediglich auf die eingereichten Akten und die daraus resultierende Erlassberechnung abzustellen.

Mit Urteil S 2013 19 vom 19. März 2013 entschied der Einzelrichter der Sozialversicherungsrechtlichen Kammer des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug, auf die

Beschwerde werde mangels eines Anfechtungsobjekts nicht eingetreten, und die Eingabe vom 18. April 2012 werde zur Behandlung als Einsprache an die Verbandsausgleichskasse X. überwiesen. Begründend hielt der Einzelrichter fest, die Rückforderungsverfügung der Verbandsausgleichskasse X. vom 19. Dezember 2011 sei seitens A. nicht angefochten worden, sodass diese in Rechtskraft erwachsen sei. Hingegen habe A. am 10. Januar 2012 ein Erlassgesuch gestellt, welches die Verbandsausgleichskasse X. mit Verfügung vom 2. April 2012 teilweise gutgeheissen habe. Die Rechtsmittelbelehrung in dieser Entscheidung sei nicht nur in örtlicher, sondern auch in sachlicher Hinsicht falsch gewesen. Gemäss Art. 1 FamZG i.V.m. Art. 52 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG, SR 830.1) müsse zwingend ein Einspracheverfahren durchlaufen werden. Erst der Einspracheentscheid der Ausgleichskasse, nicht aber deren Verfügung, bilde Anfechtungsobjekt des erstinstanzlichen Beschwerdeverfahrens.

In der Folge erliess die Verbandsausgleichskasse X. am 19. April 2013 einen weiteren «Erlassentscheid», dessen Wortlaut – bis vermutlich auf die Rechtsmittelbelehrung (die Rückseite der Verfügung liegt nicht in den Akten) – mit jenem vom 2. April 2012 übereinstimmt. Eine dagegen am 8. Mai 2013 erhobene Einsprache wies die Verbandsausgleichskasse X. mit Einspracheentscheid vom 11. Juni 2013 ab. Begründend führte sie im Wesentlichen aus, die grosse Härte sei nur teilweise gegeben. Das diesbezügliche Ermittlungsblatt sei nach den Vorgaben von Art. 5 der Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 11. September 2002 (ATSV, SR 830.11) sowie des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 6. Oktober 2006 (ELG, SR 831.30) und der Ergänzungsleistungsverordnung vom 15. Januar 1971 (ELV, SR 831.301) erstellt worden. Dieses sei integrierter Bestandteil des Einspracheentscheides. In der Rechtsmittelbelehrung nannte die Ausgleichskasse als zuständige Rechtsmittelinstanz fälschlicherweise wiederum das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich.

Dieser Rechtsmittelbelehrung folgend, richtete sich A. mit Eingabe vom 1. Juli 2013 an das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich und beantragte den kompletten Erlass der Rückerstattungsforderung. (...). Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich trat mit Beschluss vom 9. August 2013 mangels örtlicher Zuständigkeit auf die Beschwerde nicht ein und überwies die Akten nach Eintritt der Rechtskraft an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug.

Aus den Erwägungen:

(...)

5.

5.1 Gemäss Art. 4 Abs. 1 ATSV wird die Rückerstattung unrechtmässig gewährter Leistungen, die in gutem Glauben empfangen wurden, bei Vorliegen einer grossen Härte ganz oder teilweise erlassen. Von einem gutgläubigen Bezug einer Sozialversicherungsleistung wird gesprochen, wenn das Bewusstsein über den unrechtmässigen Leistungsbezug fehlt, sofern dieses Fehlen nach objektiver Betrachtungsweise unter den gegebenen Umständen als entschuldbar erscheint. Rechtsunkenntnis stellt indes nicht à priori guten Glauben dar. Praxisgemäss ist mithin zu unterscheiden zwischen dem guten Glauben als fehlendem Unrechtsbewusstsein und der Frage, ob sich jemand unter den gegebenen Umständen auf den guten Glauben berufen kann oder ob er bei zumutbarer Aufmerksamkeit den bestehenden Rechtsmangel hätte erkennen sollen. Die Frage nach dem Unrechtsbewusstsein ist eine Tatfrage, während die Frage nach der gebotenen Aufmerksamkeit als frei überprüfbare Rechtsfrage gilt. Der gute Glaube ist zu vermuten und besteht folglich insbesondere dann, wenn sich die empfangende Person keiner groben Nachlässigkeit schuldig gemacht hat. Ein nur leicht schuldhafter Verstoss gegen die Meldepflicht spricht nach der Praxis nicht gegen den guten Glauben (vgl. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich/ Basel/ Genf 2009, Art. 25 Rz. 33 ff.; BGE 8C_375/ 2007 vom 28. September 2007 Erw. 1.2).

5.2 Die Beschwerdegegnerin stellt nicht in Frage, dass der Beschwerdeführer die seit dem 1. Januar 2009 zuviel ausbezahlten Leistungen in gutem Glauben empfangen hat. Die Darlegungen des Beschwerdeführers, wonach er nicht gewusst habe, dass die seit dem 1. Januar 2009 geltende gesetzliche Regelung keinen Leistungsexport nach Mazedonien mehr vorsehe, er weder von der Ausgleichskasse noch von seinem Arbeitgeber auf die Rechtsänderung aufmerksam gemacht worden sei, und er – im Gegenteil – jedes Jahr auf Aufforderung der Beschwerdegegnerin die entsprechenden Ausbildungs- bzw. Schulbestätigungen seiner Kinder in Mazedonien eingereicht habe, weshalb er davon ausgegangen sei, dass ihm die Zulagen für seine in Mazedonien lebenden Kinder zustehen, sind glaubwürdig. Es bestehen im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer wusste, die Leistungen für seine im Mazedonien lebenden Kinder zu Unrecht zu beziehen. Es kann somit ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass es sich um einen gutgläubigen Bezug von Leistungen handelt, zumal das Vorhandensein des guten Glaubens zu vermuten ist. Zu prüfen bleibt das Kriterium der «grossen Härte», welches die Beschwerdegegnerin im angefochtenen Einspracheentscheid nur als teilweise gegeben betrachtete.

6.

6.1 Gemäss Art. 5 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 anerkannten Einnahmen übersteigen. Weitere Besonderheiten werden in Art. 5 Abs. 2 und 3 ATSV festgelegt. Massgebend sind die wirtschaftlichen Verhältnisse, wie sie im Zeitpunkt vorliegen, in welchem über die Rückforderung rechtskräftig entschieden ist (vgl. Art. 4 Abs. 2 ATSV). Dies ist im vorliegenden Fall das Jahr 2012.

Für die Beurteilung der grossen Härte werden pauschalisierte Ansätze herangezogen, wie sie für die Berechnung von Ergänzungsleistungen gelten. Dabei wird als Mietzins bei zu Hause lebenden Personen der jeweilige Höchstbetrag nach Art. 10 Abs. 1 lit. b ELG angerechnet (Art. 5 Abs. 2 lit. a ATSV). Für die obligatorische Krankenpflegeversicherung wird bei allen Personen als Pauschalbetrag die höchste Prämie für die jeweilige Personenkategorie nach der jeweils gültigen Verordnung des EDI über die kantonalen und regionalen Durchschnittsprämien der Krankenpflegeversicherung für die Berechnung der Ergänzungsleistungen angerechnet (Art. 5 Abs. 2 lit. c ATSV). Sodann wird bei Alleinstehenden als zusätzliche Ausgabe ein Betrag von Fr. 8'000.–, bei Ehepaaren ein solcher von Fr. 12'000.– angerechnet (Art. 5 Abs. 4 lit. a und b ATSV).

6.2 Der Beschwerdeführer ist zwar verheiratet und Vater von vier Kindern, lebt indes nach eigenen Angaben alleine in der Schweiz. Seine Ehefrau und die Kinder leben in Mazedonien. Die Beschwerdegegnerin ist aus diesem Grund gestützt auf Art. 10 der Ergänzungsleistungsverordnung vom 15. Januar 1971 (ELV, SR 831.301), wonach Ehegatten oder andere Familienmitglieder, die sich längere Zeit im Ausland aufhalten, bei der Bemessung der Ergänzungsleistung ausser Betracht fallen, zu Recht von einer alleinstehenden Person ausgegangen. Bei der Anspruchsberechtigung sind demnach nur die persönlichen Einnahmen und Ausgaben des Beschwerdeführers zu berücksichtigen. Allerdings verkennt die Beschwerdegegnerin, dass auch geleistete familienrechtliche Unterhaltsbeiträge zu den persönlichen Ausgaben gehören (Art. 10 Abs. 3 lit. e ELG). Dies gilt – unabhängig von Art. 10 ELV – auch dann, wenn der unterhaltsberechtigter Ehepartner oder die Kinder im Ausland leben (vgl. Entscheid EL 2003/36 des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 12. Februar 2004, in diesem Punkt vom Bundesgericht mit Urteil P 12/04 vom 14. September 2005 bestätigt). Präzisierend hielt das Bundesgericht im Urteil P 12/04 vom 14. September 2005 fest, dass bei alleinigem Abstellen auf den Wortlaut von Art. 3b Abs. 3 lit. e aELG (heute Art. 10 Abs. 3 lit. e ELG) – als Ausgaben anerkannt werden «geleistete familienrechtliche Unterhaltsbeiträge – beliebige hohe Unterhaltskosten abzugsfähig wären, sofern sie nur effektiv erbracht worden seien. Getreu dem Gedanken der Unbeachtlichkeit eines Einkommensverzichts bei der EL-Berechnung müsse der Abzug von Ausgaben ausgeschlossen sein, welche die versicherte Person ohne Rechtspflicht oder zwingenden Rechtsgrund vornehme, denn der Abzug übersetzter Ausgaben habe eine missbräuchliche Ausrichtung von Ergänzungsleistungen zur Folge. Dies bedeute, dass der Abzug auf jene Beiträge beschränkt sein müsse, die in Erfüllung einer familienrechtlichen Pflicht geleistet würden. Freiwillig über diese Pflicht hinaus erbrachte Unterhaltsleistungen seien

nicht abzugsfähig (Erw. 4.1). In der Folge wies das Bundesgericht die Sache an die Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen zurück und wies diese an, weitere Abklärungen bezüglich des der in Bosnien lebenden Ehefrau des Ergänzungsleistungsbezügers zumutbaren Beitrags an die eheliche Gemeinschaft sowie des Beitrags des Ergänzungsleistungsbezügers zur Finanzierung eines angemessenen Lebensstandards in Bosnien anzustellen. Die Sozialversicherungsanstalt werde den anrechenbaren Betrag selbst zu ermitteln und hierbei zu berücksichtigen haben, dass die Ehefrau in einem Land mit erheblich niedrigerem Niveau der Lebenskosten wohne und der Betrag maximal den tatsächlich geleisteten Zahlungen entsprechen dürfe (Erw. 4.2 und 4.3; vgl. auch Carigiet/ Koch, Ergänzungsleistungen zur AHV/ IV, 2. Auflage, Zürich/ Basel/ Genf 2008, S. 144 f.).

6.3 Damit eine familienrechtliche Unterhaltszahlung im ergänzungsleistungsrechtlichen Sinne als Ausgabe anerkannt werden kann, muss sie entweder richterlich, behördlich oder vertraglich festgesetzt und betraglich konkretisiert worden sein. Die Auseinandersetzung über den Bestand und die Höhe der konkreten familienrechtlichen Unterhaltspflicht der versicherten Person muss also abgeschlossen sein (Carigiet/ Koch, a.a.O., S. 144). Im vorliegenden Fall, in dem der Beschwerdeführer alleine in der Schweiz lebt und nach eigenen Angaben für seine Ehefrau und die im massgeblichen Jahr (2012) 18 bis 24 Jahre alten, sich teilweise im Studium befindlichen Kinder in Mazedonien aufkommt, liegt kein Unterhaltsvertrag in den Akten. Allerdings ist nicht ernsthaft zu bezweifeln, dass der vierfache Familienvater zumindest gegenüber seinen vier sich noch in Ausbildung befindlichen Kindern unterhaltspflichtig ist (Art. 276 ZGB). Die ebenfalls in Mazedonien lebende Ehefrau geht offenbar keiner Erwerbstätigkeit nach. Sofern ihr die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nicht zugemutet werden kann, ist der Beschwerdeführer grundsätzlich auch ihr gegenüber unterhaltspflichtig (Art. 163 ZGB). Es rechtfertigt sich im vorliegenden Fall, in dem es nicht um Dauerleistungen nach ELG, sondern um die Beurteilung des Vorliegens einer grossen Härte im Sinne von Art. 4 Abs. 1 ATSV als Voraussetzung zum Erlass einer Rückerstattungsforderung geht, nicht, allein mit der Begründung, es liege kein Unterhaltsvertrag vor, die vom Beschwerdeführer geleisteten familienrechtlichen Unterhaltsbeiträge bei den anrechenbaren Ausgaben ausser Acht zu lassen. Dies umso weniger, als der Wortlaut von Art. 10 Abs. 3 lit. e ELG als anerkannte Ausgaben «geleistete» familienrechtliche Unterhaltsbeiträge nennt, wobei – wie in Erw. 6.2 dargelegt – die «geleisteten» familienrechtlichen Unterhaltsbeiträge lediglich die Obergrenze bilden und gegebenenfalls auf das tatsächlich Geschuldete zu reduzieren sind. Die Beschwerdegegnerin begründete die Nichtberücksichtigung der durch den Beschwerdeführer geleisteten familienrechtlichen Unterhaltsbeiträge denn auch nicht mit dem fehlenden Unterhaltsvertrag, sondern stellte sich auf den Standpunkt, die Ausgaben seien gestützt auf Art. 10 ELV nicht zu berücksichtigen, was nach dem in Erw. 6.2 Gesagten klarerweise nicht zutrifft.

6.4 Nachdem der Beschwerdeführer im Erlassgesuch ausdrücklich auf die von ihm

geleisteten Unterhaltsbeiträge hingewiesen hatte, die Beschwerdegegnerin diese aber unter Verweis auf Art. 10 ELV ausser Acht liess und weder abklärte, ob ein Unterhaltsvertrag vorhanden ist, noch wie viel der Beschwerdeführer tatsächlich monatlich für seine Frau und die Kinder bezahlt, und wie hoch seine Unterhaltspflicht (Art. 163 und 276 ZGB) ist bzw. ob er allenfalls über seine Pflicht hinausgehende Leistungen erbracht hat, hat sie die ihr obliegende Untersuchungs- und Abklärungspflicht (Art. 43 ATSG) verletzt. Die Sache ist aus diesem Grund zur ergänzenden Sachverhaltsabklärung und zum Neuentscheid an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Diese wird demnach abzuklären haben,

- ob ein Unterhaltsvertrag vorhanden ist,
- wie hoch die Zahlungen des Beschwerdeführers im Jahr 2012 tatsächlich waren,
- und ob der Beschwerdeführer allenfalls über seine Pflicht hinausgehende Leistungen erbracht hat, was (auch) von der Kaufkraft in Mazedonien sowie davon abhängt, ob die Ehefrau zumutbarerweise einen Beitrag an die eheliche Gemeinschaft leisten könnte.

(...)

7. Zusammenfassend erweist sich die vorliegende Beschwerde insoweit als begründet, als die Beschwerdegegnerin ihrer Abklärungspflicht nicht genügend nachgekommen ist. Die Beschwerde ist in dem Sinne gutzuheissen, dass der Einspracheentscheid vom 11. Juni 2013 aufzuheben ist und die Sache zur ergänzenden Sachverhaltsabklärung und zum Neuentscheid an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen ist.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. Februar 2014 S 2013 161

8.3 Art. 6 MVG

Regeste:

Art. 6 MVG – Der adäquate Kausalzusammenhang zwischen einem Knalltrauma und einem subjektiven Tinnitus (Rückfall/Spätfolge) beurteilt sich – sofern kein Schleudertrauma, eine äquivalente Verletzung der HWS oder ein Schädelhirntrauma vorliegt – nach der vom Bundesgericht mit BGE 115 V 133 entwickelten Methode (sogenannte Psycho-Praxis); Verneinung der Adäquanzen im konkreten Fall.

Aus dem Sachverhalt:

Beim Versicherten A., geboren (...) 1960, wurde nach einem Gefechtschiessen am 30. Juli 1980 in der RS durch Dr. med. B., Spezialarzt FMH für Ohren-, Nasen- und Halskrankheiten, ein Tinnitus rechts diagnostiziert. Nachdem der Tinnitus trotz Schiess-Dispens während der restlichen RS und Behandlung mit Trental 400 per-

sistierte, meldete Dr. B. A. am 6. Januar 1981 bei der Militärversicherung an. Die Militärversicherung anerkannte am 23. Januar 1981 ihre Leistungspflicht und wies A. an, sein Gehör künftig bei Schiessübungen mit einem Schalenschutzgerät zu schützen. Am 11. Oktober 2010 meldete sich A. erneut bei der Militärversicherung und teilte mit, die Beschwerden (verstärkte Ohrgeräusche und Schlafstörungen) hätten in den letzten zwei Jahren zugenommen, weshalb er sich untersuchen lassen wolle. Am 21. November 2011 erfolgte die formelle Anmeldung als Rückfall/Spätfolge. Gestützt auf eine Stellungnahme von Kreisarzt Dr. med. C., Facharzt für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates FMH, teilte die Militärversicherung A. mit Schreiben vom 29. Februar 2012 mit, es handle sich beim heutigen Tinnitus rechts mit überwiegender Wahrscheinlichkeit um eine Spätfolge des während des Dienstjahres 1980 erlittenen Knalltraumas. Demgegenüber handle es sich beim von der behandelnden Ärztin ebenfalls diagnostizierten Zähneknirschen (Bruxismus) mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht um eine Spätfolge des Knalltraumas. Daraufhin reichte A. am 5. Juni 2012 Rechnungen für im Zeitraum von Januar bis März 2012 erfolgte osteopathische Behandlungen ein, welche ihm von der behandelnden HNO-Ärztin verschrieben worden waren. Die Militärversicherung lehnte die Kostenübernahme für die Osteopathiebehandlungen mit Schreiben vom 11. Juni 2012 sowie Verfügung vom 30. Juli 2012 ab mit der Begründung, Osteopathiebehandlungen würden die vom Bundesamt für Gesundheit (BAG) geforderten Voraussetzungen der Wirtschaftlich-, Zweckmässig- und Wirksamkeit (WZW-Formel), welche auch für die Militärversicherung anwendbar sei, nicht erfüllen. Es handle sich nicht um eine Grundversicherungsleistung gemäss Krankenversicherungsgesetz. Aus diesem Grund könne die Militärversicherung die Kosten nicht übernehmen. Eine gegen die Verfügung vom 30. Juli 2012 erhobene Einsprache wies die SUVA, Abteilung Militärversicherung, mit Einspracheentscheid vom 2. Oktober 2013 ab (Dispositiv-Ziffer 1) und verfügte, die Haftung der Militärversicherung für den 2011 angemeldeten Tinnitus werde abgelehnt (Dispositiv-Ziffer 2) und die Kosten für die Osteopathiebehandlung würden nicht durch die Militärversicherung übernommen (Dispositiv-Ziffer 3). Begründend wird im Einspracheentscheid ausgeführt, Facharzt Prof. D. sei nach langjähriger Praxis und Gutachten zur Erkenntnis gelangt, dass die Evolution einer knalltraumatischen Gehörschädigung nicht wahrscheinlich sei. Ein solcher Gehörschaden nehme nach den Untersuchungen von Prof. D. in der Folgezeit nicht mehr zu. Eine spätere Verschlechterung des Gehörs werde daher nicht durch das Knalltrauma bewirkt, sondern beruhe ausschliesslich auf anderen Ursachen. Der nachträgliche Hörverlust sei somit keine Spätfolge des initialen Knalltraumas. Dies treffe auch vorliegend zu. (...). Selbst wenn aber eine Haftung vorläge, handle es sich bei der Osteopathiebehandlung, welche weder von einem Arzt noch von einem Chiropraktor vorgenommen worden sei, nicht um eine vom Gesetzgeber auf der vorgegebenen Liste der kostenpflichtigen Leistungen aufgeführte Leistung. Deshalb könne die Militärversicherung, welche sich wie die Krankenversicherer an dieser Liste zu orientieren habe, die Osteopathiebehandlung von A. nicht übernehmen.

Gegen diesen Einspracheentscheid erhob A. am 3. November 2013 (Datum der Postaufgabe) Verwaltungsgerichtsbeschwerde und beantragte, die am 29. Februar 2012 von der Militärversicherung anerkannte Haftung für die Folgen des Schiessunfalles von 1980 sei zu bestätigen und die 2010/ 2011 gemeldeten Beschwerden seien als Folgen des Schiessunfalls von 1980 anzuerkennen.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.

2.1 Gemäss Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Militärversicherung vom 19. Juni 1992 (MVG, SR 833.1) erstreckt sich die Militärversicherung auf jede Gesundheitsschädigung, die während des Dienstes in Erscheinung tritt und gemeldet oder sonstwie festgestellt wird. Nach Art. 5 Abs. 2 MVG haftet die Militärversicherung nicht, wenn sie den Beweis erbringt, dass die Gesundheitsschädigung sicher vordienstlich ist oder sicher nicht während des Dienstes verursacht werden konnte (lit. a.), und dass diese Gesundheitsschädigung sicher während des Dienstes weder verschlimmert noch in ihrem Ablauf beschleunigt worden ist (lit. b). Erbringt die Militärversicherung nur den nach Absatz 2 Buchstabe a geforderten Beweis, dagegen nicht denjenigen nach Absatz 2 Buchstabe b, so haftet sie für die Verschlimmerung der Gesundheitsschädigung (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 MVG). Der nach Absatz 2 Buchstabe b geforderte Beweis gilt auch für die Bemessung des versicherten Schadens (Art. 5 Abs. 3 letzter Satz MVG). Dies bedeutet, dass die Haftung der Militärversicherung erst dann erlischt, wenn auch die Verschlimmerung sicher behoben ist (BGE 105 V 225 Erw. 2).

2.2 Wird die Gesundheitsschädigung erst nach Schluss des Dienstes durch einen Arzt, Zahnarzt oder Chiropraktor festgestellt und bei der Militärversicherung angemeldet oder werden Spätfolgen oder Rückfälle geltend gemacht, so haftet die Militärversicherung nur, wenn die Gesundheitsschädigung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit während des Dienstes verursacht oder verschlimmert worden ist oder wenn es sich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit um Spätfolgen oder Rückfälle einer versicherten Gesundheitsschädigung handelt (Art. 6 MVG). Bei einem Rückfall handelt es sich um das Wiederaufflackern einer vermeintlich geheilten Krankheit, so dass es zu ärztlicher Behandlung, möglicherweise sogar zu (weiterer) Arbeitsunfähigkeit kommt; von Spätfolgen spricht man, wenn ein scheinbar geheiltes Leiden im Verlaufe längerer Zeit organische oder psychische Veränderungen bewirkt, die zu einem andersgearteten Krankheitsbild führen können. Auch Rückfälle und Spätfolgen schliessen somit begrifflich an ein bestehendes «Unfallereignis» an (BGE 123 V 137 Erw. 3a = Pra 1998 Nr. 30 S. 190 ff. = SVR 1998 MV Nr. 1; BGE 118 V 293 Erw. 2c; BGE 105 V 31 Erw. 1c).

2.3 Der Unterschied zwischen der Haftung gemäss Art. 5 MVG und Art. 6 MVG besteht darin, dass im ersten Fall der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem Einwirken während des Dienstes und der Gesundheitsschädigung vermutet wird und nur durch den gegenteiligen Sicherheitsbeweis ausgeschlossen werden kann, während im zweiten Fall das Vorliegen adäquat kausaler Folgen von Einwirkungen während des Dienstes mit dem im Sozialversicherungsrecht allgemein erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erwiesen sein muss (sog. Wahrscheinlichkeitsbeweis; BGE 111 V 370 Erw. 1b; BGE 105 V 225 Erw. 2).

2.4

2.4.1 Die Leistungspflicht des Militärversicherers für einen während des Dienstes erlittenen Unfall setzt einen natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und dem eingetretenen Schaden voraus (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_1040/ 2012 vom 15. März 2013 Erw. 2 mit Hinweisen). Ursachen im Sinne des natürlichen Kausalzusammenhangs sind alle Umstände, ohne deren Vorhandensein der eingetretene Erfolg nicht als eingetreten oder nicht als in der gleichen Weise beziehungsweise nicht zur gleichen Zeit eingetreten gedacht werden kann. Entsprechend dieser Umschreibung ist für die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs nicht erforderlich, dass ein Unfall die alleinige oder unmittelbare Ursache gesundheitlicher Störungen ist; es genügt, dass das schädigende Ereignis zusammen mit anderen Bedingungen die körperliche oder geistige Integrität der versicherten Person beeinträchtigt hat, der Unfall mit andern Worten nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch die eingetretene gesundheitliche Störung entfele (BGE 129 V 177 Erw. 3.1, 402 Erw. 4.3.1, 123 V 45 Erw. 2b, 119 V 335 Erw. 1, 118 V 286 Erw. 1b, je mit Hinweisen). Ob zwischen einem schädigenden Ereignis und einer gesundheitlichen Störung ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht, ist eine Tatfrage, worüber die Verwaltung beziehungsweise im Beschwerdefall das Gericht im Rahmen der ihm obliegenden Beweismwürdigung nach dem im Sozialversicherungsrecht üblichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu befinden hat. Die blosse Möglichkeit eines Zusammenhangs genügt für die Begründung eines Leistungsanspruches nicht (BGE 129 V 177 Erw. 3.1, 119 V 335 Erw. 1, 118 V 286 Erw. 1b, je mit Hinweisen). Als adäquate Ursache eines Erfolges hat ein Ereignis nach der Rechtsprechung dann zu gelten, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt dieses Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint (BGE 125 V 456 Erw. 5a, 123 V 98 Erw. 3d, 139 Erw. 3c, 122 V 415 Erw. 2a, 121 V 45 Erw. 3a mit Hinweisen; RKUV 1997 Nr. U 272 S. 172 Erw. 3a).

2.4.2 Um zu entscheiden, ob zwischen dem Unfall und einer psychischen Störung ein adäquater Kausalzusammenhang besteht, sind in der Militärversicherung dieselben Grundsätze anzuwenden, die von der Rechtsprechung im Unfallversicherungsbereich entwickelt worden sind. Im Sozialversicherungsrecht spielt die Adäquanz als

rechtliche Eingrenzung der sich aus dem natürlichen Kausalzusammenhang ergebenden Haftung des Militärversicherers im Bereich klar ausgewiesener organischer Unfallfolgen praktisch keine Rolle, da sich hier die adäquate weitgehend mit der natürlichen Kausalität deckt. Anders verhält es sich bei natürlich unfallkausalen, aber organisch nicht objektiv ausgewiesenen Beschwerden. Hier ist bei der Beurteilung der Adäquanz vom augenfälligen Geschehensablauf auszugehen, und es sind je nachdem weitere unfallbezogene Kriterien einzubeziehen. Nach der für psychische Fehlentwicklungen nach Unfall erarbeiteten sogenannten Psycho-Praxis werden diese Adäquanzkriterien unter Ausschluss psychischer Aspekte geprüft, während nach der bei Schleudertraumen und äquivalenten Verletzungen der HWS sowie Schädel-Hirntraumen anwendbaren sogenannten Schleudertrauma-Praxis auf eine Differenzierung zwischen physischen und psychischen Komponenten verzichtet wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_1040/2012 vom 15. März 2013 Erw. 2 mit Hinweisen).

2.4.3 Das Bundesgericht bereinigte die bisher zur Unfallkausalität des Tinnitus ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung in BGE 138 V 248. Es führte in Erw. 5.7.2 unter Hinweis auf die medizinische Lehre aus, dass zwischen sog. objektivem und subjektivem Tinnitus zu unterscheiden sei. Der objektive Tinnitus bezeichne ein Ohrgeräusch, welches aufgrund pathologisch-anatomischer Veränderungen entstehe und grundsätzlich auch für Aussenstehende – allenfalls mit technischen Hilfsmitteln – hörbar werde. Meist handle es sich um gefässreiche Missbildungen, Tumore oder um muskulär bedingte Schallgeräusche. Der subjektive Tinnitus werde einzig durch den Betroffenen gehört und stelle die weitaus häufigste Form dar. Unter Berücksichtigung der medizinischen Lehrmeinungen könne an der Annahme, subjektiver Tinnitus sei ein körperliches Leiden oder zumindest (zwingend) auf eine körperliche Ursache zurückzuführen, nicht festgehalten werden. Auch lasse sich nicht vom Schweregrad eines Tinnitus auf eine organische Unfallfolge als Ursache schliessen. Das schliesse zwar nicht aus, dass ein Tinnitus in einer organischen Unfallfolge begründet sein könne. Es bestehe aber keine Rechtfertigung, bei einem Tinnitus, welcher im Einzelfall nicht ausgewiesenermassen auf eine solche Unfallfolge zurückzuführen sei, auf das Erfordernis einer besonderen Adäquanzprüfung zu verzichten. Anders zu verfahren, würde kausalrechtlich einer sachlich und rechtlich nicht begründbaren Bevorteilung des Tinnitus gegenüber anderen organisch nicht objektiv ausgewiesenen Beschwerdebildern entsprechen (Erw. 5.10).

2.4.4 Demzufolge ist zur Beurteilung der Unfallkausalität eines Tinnitus – sofern nicht ein Schleudertrauma, eine äquivalente Verletzung der HWS oder ein Schädel-Hirntrauma vorliegt – die mit BGE 115 V 133 entwickelte Methode (sog. Psycho-Praxis) heranzuziehen (vgl. auch BGE 8C_498/2011 vom 3. Mai 2012 Erw. 6; BGE 8C_1040/2012 vom 15. März 2013 Erw. 4.2.1). Demnach ist zunächst zu ermitteln, ob der Unfall als leicht oder als schwer zu betrachten ist oder ob er dem mittleren Bereich angehört. Der adäquate Kausalzusammenhang zwischen Unfall und gesundheitlicher Beeinträchtigung ist bei leichten Unfällen in der Regel ohne

weiteres zu verneinen und bei schweren Unfällen ohne weiteres zu bejahen, wogegen sich die Frage, ob zwischen Unfall und Folgen ein adäquater Kausalzusammenhang besteht, bei Unfällen des mittleren Bereichs nicht aufgrund des Unfalles allein schlüssig beantworten lässt. Es sind daher weitere, objektiv erfassbare Umstände, welche unmittelbar mit dem Unfall im Zusammenhang stehen oder als direkte beziehungsweise indirekte Folgen davon erscheinen in eine Gesamtwürdigung einzubeziehen. Als wichtigste Kriterien sind zu nennen:

- besonders dramatische Begleitumstände oder besondere Eindrücklichkeit des Unfalls
- die Schwere oder besondere Art der erlittenen Verletzungen, insbesondere ihre erfahrungsgemässe Eignung, psychische Fehlentwicklungen auszulösen
- ungewöhnlich lange Dauer der ärztlichen Behandlung
- körperliche Dauerschmerzen
- ärztliche Fehlbehandlung, welche die Unfallfolgen erheblich verschlimmert
- schwieriger Heilungsverlauf und erhebliche Komplikationen
- Grad und Dauer der physisch bedingten Arbeitsunfähigkeit (BGE 115 V 133 Erw. 6c/aa):

Diese Kriterien werden unter Ausschluss psychischer Aspekte geprüft bzw. einzig die physischen Komponenten sind zu berücksichtigen (vgl. U 394/06 vom 19. Februar 2008 Erw. 2.1 und 6.1). Der Einbezug sämtlicher objektiver Kriterien in die Gesamtwürdigung ist nicht in jedem Fall erforderlich. Je nach den konkreten Umständen kann für die Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs ein einziges Kriterium genügen. Dies trifft einerseits dann zu, wenn es sich um einen Unfall handelt, welcher zu den schwereren Fällen im mittleren Bereich zu zählen oder sogar als Grenzfall zu einem schweren Unfall zu qualifizieren ist (vgl. RKUV 1999 Nr. U 346 S. 428; 1999 Nr. U 335 S. 207 ff.; 1999 Nr. U 330 S. 122 ff.; SVR 1996 UV Nr. 58). Andererseits kann im gesamten mittleren Bereich ein einziges Kriterium genügen, wenn es in besonders ausgeprägter Weise erfüllt ist, wie z. B. eine auffallend lange Dauer der physisch bedingten Arbeitsunfähigkeit infolge schwierigen Heilungsverlaufes. Kommt keinem Einzelkriterium besonderes beziehungsweise ausschlaggebendes Gewicht zu, so müssen mehrere unfallbezogene Kriterien herangezogen werden. Dies gilt umso mehr, je leichter der Unfall ist. Handelt es sich beispielsweise um einen Unfall im mittleren Bereich, der aber dem Grenzbereich zu den leichten Unfällen zuzuordnen ist, müssen die weiteren zu berücksichtigenden Kriterien in gehäufte oder auffallender Weise erfüllt sein, damit die Adäquanz bejaht werden kann. Diese Würdigung des

Unfalles zusammen mit den objektiven Kriterien führt zur Bejahung oder Verneinung der Adäquanz. Damit entfällt die Notwendigkeit, nach andern Ursachen zu forschen, die möglicherweise die psychisch bedingte Erwerbsunfähigkeit mitbegünstigt haben könnten (BGE 115 V 133 Erw. 6c/bb, vgl. auch BGE 120 V 352 Erw. 5b/aa; RKUV 2001 Nr. U 442 S. 544 ff.; Nr. U 449 S. 53 ff.; 1998 Nr. U 307 S. 448 ff.; 1996 Nr. U 256 S. 215 ff.; SVR 1999 UV Nr. 10 Erw. 2).

(...)

4. Die vorliegende Streitsache dreht sich demnach um die Frage, ob der im Jahr 2011 als Rückfall/Spätfolge angemeldete Tinnitus auf das im Jahr 1980 erlittene Knalltrauma zurückzuführen ist oder nicht. Nachdem vorliegend unzweifelhaft ein jahrelanges behandlungsfreies Intervall gegeben ist und die Militärversicherung seit spätestens 1981 (letztes in den Akten liegendes Dokument zum Knalltrauma vom 30. Juli 1980 datiert vom 23. Januar 1981) keine Leistungen erbracht hat, richtet sich die Leistungspflicht der Beschwerdegegnerin nach den Grundsätzen von Art. 6 MVG.

(...)

5. Fest steht in casu, dass es sich beim erstmals nach dem Knalltrauma im Jahr 1980 durch den Beschwerdeführer festgestellten Tinnitus um einen sog. subjektiven Tinnitus handelt; mithin kein organisches Korrelat vorliegt. Die Akten geben auch keinerlei Hinweise dafür, dass der Beschwerdeführer eine die Anwendung der sog. Schleudertrauma-Praxis rechtfertigende Verletzung – ein Schleudertrauma, eine äquivalente Verletzung der HWS oder ein Schädel-Hirntrauma – erlitten hat; der hier diagnostizierte Tinnitus allein vermag die Anwendung der Schleudertrauma-Praxis nicht zu rechtfertigen (BGE 8C_498/ 2011 vom 3. Mai 2012 Erw. 6.1). Der adäquate Kausalzusammenhang des Tinnitus zum im Jahr 1980 erlittenen Knalltrauma ist demzufolge nach der sog. Psycho-Praxis zu prüfen. Ergibt diese Prüfung, dass die Adäquanz zu verneinen ist, kann die Frage, ob ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht, offen bleiben.

5.1 Ausgangspunkt der Adäquanzbeurteilung bildet das (objektiv erfassbare) Unfallereignis. Massgebend für die Beurteilung der Unfallschwere ist der augenfällige Geschehensablauf mit den sich dabei entwickelnden Kräften (SVR 2010 UV Nr. 3 Erw. 9.1 und 2008 UV Nr. 8 Erw. 5.3.1), nicht aber – wie vom Beschwerdeführer irrümlicherweise angenommen – die für den Versicherten aufgrund des Unfalls vorhandenen (vorliegend akustischen) Beeinträchtigungen. Die Beschwerdegegnerin ging beim vom Beschwerdeführer im Jahr 1980 erlittenen Knalltrauma von einem mittelschweren Ereignis aus. Ob diese Einstufung zutreffend ist, oder ob es sich lediglich um ein banales bzw. leichtes oder um ein mittelschweres, im Grenzbereich zu den leichten Unfällen stehendes Ereignis handelte, spielt für den Ausgang

des vorliegenden Prozesses keine Rolle und kann deshalb offen gelassen werden: Wie noch aufzuzeigen bleibt, kam die Beschwerdegegnerin nämlich zu Recht zum Schluss, dass weder ein einzelnes Adäquanzkriterium in besonders ausgeprägter Weise gegeben ist noch die massgebenden Kriterien in gehäufte oder besonders auffallender Weise erfüllt sind.

5.2 Bei der Prüfung der Adäquanzkriterien nach der Psycho-Praxis sind nach dem Gesagten lediglich die physischen, nicht aber die objektiv nicht nachweisbaren Komponenten – wozu auch der subjektive Tinnitus gehört – zu berücksichtigen. Das Kriterium der besonders dramatischen Begleitumstände oder der besonderen Eindrücklichkeit des Unfalls ist vorliegend nicht gegeben. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ist auch bei diesem Punkt vom Ereignis selber auszugehen, und nicht etwa von den nach dem Unfall eingetretenen Beeinträchtigungen akustischer Natur. Die Kriterien der Schwere und besonderen Art der erlittenen Verletzungen sowie der ungewöhnlich langen Dauer der ärztlichen Behandlung können ohne weiteres verneint werden, da beim Beschwerdeführer keine somatisch begründbaren Beschwerden vorlagen. Körperliche Dauerschmerzen, eine ärztliche Fehlbehandlung oder ein schwieriger Heilungsverlauf/ erhebliche Komplikationen lagen nicht vor. Nachdem keine physische Beeinträchtigung vorlag, kann auch das Kriterium des Grades und der Dauer der physisch bedingten Arbeitsunfähigkeit ohne weiteres verneint werden. Zusammenfassend ist im vorliegenden Fall keines der Adäquanzkriterien gegeben. Die Beschwerdegegnerin hat den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem im Jahr 1980 erlittenen Knalltrauma und dem heute geltend gemachten Tinnitus zu Recht verneint. Bei diesem Ergebnis kann dahingestellt bleiben, ob es im vorliegenden Fall – entgegen der medizinischen Beurteilung von Dr. D. – tatsächlich auch am natürlichen Kausalzusammenhang fehlt, wie dies von der Beschwerdegegnerin im angefochtenen Einspracheentscheid behauptet wird. Da die Beschwerdegegnerin für die Osteopathiebehandlung bereits mangels adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen dem Einwirken während des Dienstes (Knalltrauma) und dem Tinnitus nicht aufzukommen hat, ist auf die Frage nach der Wirksamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmässigkeit dieser Behandlungsmethode bei Tinnitus nicht weiter einzugehen.

6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdegegnerin den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem im Jahr 1980 erlittenen Knalltrauma und dem am 21. November 2011 angemeldeten Tinnitus zu Recht verneint hat. Die Militärversicherung ist im Zusammenhang mit dem Tinnitus nicht leistungspflichtig. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 31. Januar 2014 S 2013 154

8.4 Art. 8 Abs. 1 lit. c und f AVIG; Art. 21 Abs. 1 AVIV; Art. 27 ATSG**Regeste:**

Art. 8 Abs. 1 lit. c und f AVIG; Art. 21 Abs. 1 AVIV; Art. 27 ATSG – Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt unter anderem auch voraus, dass die/der Versicherte in der Schweiz wohnt. Der Begriff des «Wohnens in der Schweiz» gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG ist im Sinne von sich «gewöhnlich aufhalten» zu verstehen. Für den «gewöhnlichen Aufenthalt» ist der tatsächliche Aufenthalt in der Schweiz und der Wille, diesen Aufenthalt aufrechtzuerhalten, massgebend; zusätzlich dazu muss sich der Schwerpunkt aller Beziehungen in der Schweiz befinden (Erw. 2.1.1 f.). Die Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Arbeitslosenentschädigung erfüllen auch Personen, deren Erwerbstätigkeit und/oder Arbeitsbemühungen teilweise im Ausland und teilweise in der Schweiz erfolgen. Die Vermittlungsfähigkeit gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG bedingt unter anderem, dass eine Anspruchsberechtigte oder ein Anspruchsberechtigter innert Tagesfrist von der zuständigen Amtsstelle erreicht werden kann (Erw. 4.2.2.3). Versicherte Personen haben zudem Anspruch auf Aufklärung und Beratung durch die zuständige Amtsstelle (Erw. 4.3).

Aus dem Sachverhalt:

Der Versicherte, Z., Jahrgang 1956, Informatiker bzw. Betriebsökonom HWV, meldete sich per 1. November 2011 zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung im Rahmen von 100 % an. Aufgrund einer Abgangsentschädigung wurde der Anspruch für die Zeit vom 1. November 2011 bis 26. Januar 2012 abgelehnt. In der Folge kamen im Januar/Februar 2012 bei der Arbeitslosenkasse Zweifel betreffend Wohnsitz, Lebensmittelpunkt und Verfügbarkeit des Versicherten auf, weil dieser Termine im RAV Zug aufgrund eines Aufenthalts in den USA nicht wahrnehmen konnte und immer wieder verschob. Das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) sah es aufgrund des Verhaltens des Versicherten sowie aufgrund von Informationen aus dem Internet mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als erstellt, dass Z. spätestens seit April 2012 in den USA arbeitete, dort stets seinen Lebensmittelpunkt hatte und zu keinem Zeitpunkt bereit war, seinen Lebensmittelpunkt in die Schweiz zu verschieben oder in der Schweiz ernsthaft eine Stelle anzutreten. Aus diesen Gründen entschied das AWA mit Verfügung vom 6. Dezember 2012, dass Z. ab 1. November 2011 (Anmeldedatum) nicht vermittlungsfähig ist bzw. war. Die dagegen erhobene Einsprache wies das AWA mit Einspracheentscheid vom 4. Dezember 2013 ab, stellte aber gleichzeitig fest, dass die Vermittlungsfähigkeit ab 1. Januar 2013 wieder besteht. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, die Auslandabwesenheiten des Versicherten im Jahr 2012 seien zwar mit Bewerbungsgesprächen, Assessments und Projektstätigkeiten bzw. als Wahrnehmung der ihm obliegenden Schadenminderungspflicht begründet worden, doch ergebe sich zusammen mit der im April 2012 in F. (USA) eingetragenen Unternehmung «X. LLC», über welche er ab

August 2012 Projektarbeiten abgerechnet habe, welche mit Sitzungen in den USA und London verbunden gewesen seien, ein anderes Bild. Diese persönliche auslandbezogene Ausrichtung habe zum einen gerade zur Folge gehabt, dass über mehrere Monate keine Beratungsgespräche beim RAV stattgefunden hätten und die Kontrollvorschriften nicht erfüllt worden seien. Die konkreten Umstände zeigten aber auch, dass die ursprünglich vereinbarte Erreichbarkeit wie auch die Rückkehr in die Schweiz innerhalb von 24 Stunden gerade nicht gegeben gewesen sei, wie beispielsweise der Termin vom 6. September 2012 zeige. Insofern bleibe auch nach Würdigung der Vorbringen in der Einsprache erstellt, dass der Versicherte sich im vorliegend zu prüfenden Zeitraum mehrheitlich nicht in der Schweiz aufgehalten habe und lediglich vorübergehend und zur Wahrnehmung von bestimmten Terminen in die Schweiz eingereist sei. Die Schlussfolgerung in der Verfügung vom 6. Dezember 2012, wonach der Versicherte nach dem Grundsatz der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nicht bereit und in der Lage gewesen sei, eine Stelle anzutreten, erweise sich daher als rechtmässig.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 17. Januar 2014 beantragte Z. sinngemäss, der Einspracheentscheid vom 4. Dezember 2013 sei aufzuheben, es sei eine Neuerteilung der Sache unter Einbezug der eingereichten Stellungnahmen, Einsprachen und vom AWA verlangten Aktendokumente vorzunehmen, es sei die Ablehnung des erzielten und ausgewiesenen Zwischenverdienstes für den Zeitraum August–November 2012 unter Angabe der entsprechenden Gesetzesgrundlagen zu begründen, es seien die Taggeldleistungen für das Jahr 2013 auszuzahlen und es seien nach Vorliegen des Urteils die Taggeldleistungen für das Jahr 2012 auszuzahlen.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.

2.1 Nach Art. 8 Abs. 1 AVIG hat Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wer a) ganz oder teilweise arbeitslos ist; b) einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat; c) in der Schweiz wohnt; d) die obligatorische Schulzeit zurückgelegt und weder das Rentenalter der AHV erreicht noch eine Altersrente der AHV bezieht; e) die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist; f) vermittlungsfähig ist und; g) die Kontrollpflichten erfüllt.

2.1.1 Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG setzt der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung somit unter anderem voraus, dass der Versicherte in der Schweiz wohnt. Der Begriff des Wohnens in der Schweiz ist nicht im Sinne des zivilrechtlichen Wohnsitzes (Art. 23 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]) zu verstehen, sondern setzt den gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz voraus; verlangt werden der tatsächliche Aufenthalt in der Schweiz und die

Absicht, diesen Aufenthalt während einer gewissen Zeit aufrechtzuerhalten und hier in dieser Zeit auch den Schwerpunkt der Lebensbeziehungen zu haben (BGE 125 V 465 Erw. 2a, 115 V 448 Erw. 1b). Daran hat das auf den 1. Januar 2003 in Kraft getretene ATSG nichts geändert, weil der in Art. 13 Abs. 1 ATSG umschriebene Wohnsitzbegriff auf die Arbeitslosenversicherung nicht Anwendung findet. Eine ausdrückliche Abweichung von Art. 13 ATSG sieht Art. 12 AVIG zwar lediglich für die in der Schweiz wohnenden Ausländer vor. Mangels eines gegenteiligen gesetzgeberischen Willens hat die bisherige Praxis jedoch auch im Rahmen der Anspruchsvoraussetzung von Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG weiterhin Geltung (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Basel 2007, S. 2233 Rz 181; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009, Rz 17 zu Art. 13; vgl. zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts vom 7. Dezember 2007, 8C_270/2007 Erw. 2.1).

2.1.2 Nach der Rechtsprechung setzt das Wohnen in der Schweiz im Sinne von Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG nicht einen ununterbrochenen tatsächlichen Aufenthalt im Inland voraus. Es genügt der gewöhnliche Aufenthalt in der Schweiz. Das Fortdauern des gewöhnlichen Aufenthalts in der Schweiz setzt aber unter anderem voraus, dass trotz Unterbrüchen des tatsächlichen Aufenthalts weiterhin eine enge Verbindung mit der hiesigen Arbeitswelt besteht (Urteile C 153/03 vom 22. September 2003 und C 183/99 vom 30. November 1999, wobei letzteres nicht veröffentlicht wurde). Im Urteil C 290/03 vom 6. März 2006 (SVR 2006 ALV Nr. 24 S. 82) stellte das Eidgenössische Versicherungsgericht (heute Bundesgericht) fest, dass die Anspruchsvoraussetzung des Wohnens in der Schweiz auch während eines durch die Ausübung einer Erwerbstätigkeit im Ausland bedingten Auslandsaufenthaltes erfüllt sein kann. Im konkreten Fall ging es um eine Versicherte, welche im Rahmen eines zunächst auf zwei Monate befristeten und später um wenige Wochen verlängerten Arbeitsverhältnisses als Schauspielerin für eine Film- und Fernsehproduktionsgesellschaft in Deutschland gearbeitet hatte. Im Hinblick darauf, dass die Versicherte während des vorübergehenden Auslandsaufenthaltes weiterhin auch in der Schweiz nach einer Stelle gesucht hatte und in Ermangelung von Anhaltspunkten dafür, dass der Aufenthalt in Deutschland anderen Zwecken als der Erlangung eines Zwischenverdienstes gedient hatte, ist das Gericht zum Schluss gelangt, dass die Versicherte den Schwerpunkt der Lebensbeziehungen während des fraglichen Zeitraums in der Schweiz hatte, zumal sie an den Wochenenden jeweils an ihren schweizerischen Wohnort zurückgekehrt war. Das Gericht erachtete die in Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG vorgesehene Voraussetzung des Wohnens in der Schweiz daher als erfüllt.

2.1.3 Artikel 15 AVIG regelt speziell die Vermittlungsfähigkeit. Als vermittlungsfähig gilt demgemäss, wer bereit, in der Lage und berechtigt ist, eine zumutbare Arbeit anzunehmen und an Eingliederungsmassnahmen teilzunehmen (Art. 15 Abs. 1 AVIG). Zur Vermittlungsfähigkeit gehört mithin nicht nur die Arbeitsfähigkeit im ob-

jektiven Sinne, sondern subjektiv auch die Bereitschaft, die Arbeitskraft entsprechend den persönlichen Verhältnissen während der üblichen Arbeitszeit auch einzusetzen. Dabei ist die Vermittlungsfähigkeit prospektiv, d.h. unter Würdigung der Verhältnisse, die bei Verfügungserlass galten, zu beurteilen. Die Vermittlungsfähigkeit schliesst graduelle Abstufungen aus. Hingegen sind deren Teilelemente (Bereitschaft, Möglichkeit und Berechtigung) aufgrund der persönlichen Umstände der versicherten Person zu bestimmen (Murer/Stauffer/Kupfer, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, vierte überarbeitete und aktualisierte Auflage, Zürich 2013, S. 9 f.).

2.1.4 Wesentliches Element der Vermittlungsbereitschaft ist nach dem Gesagten die Bereitschaft zur Annahme einer Arbeitnehmendentätigkeit. Die bloss verbal geäußerte Vermittlungsbereitschaft genügt nicht. Vielmehr muss sich die versicherte Person der öffentlichen Arbeitsvermittlung zur Verfügung stellen, jede zumutbare Arbeit annehmen, sich selbst intensiv um eine zumutbare Arbeit bemühen und an Eingliederungsmassnahmen teilnehmen. Die Vermittlungsbereitschaft muss auf die Suche und Annahme einer unselbständigen Erwerbstätigkeit im Rahmen des gewünschten Beschäftigungsgrades gerichtet sein. Die versicherte Person muss im Rahmen ihrer Schadenminderungspflicht auch bereit sein, zumutbare befristete Beschäftigungen oder auch Zwischenverdienste anzunehmen (vgl. AVIG-Praxis ALE B219 ff.).

2.1.5 Zur Vermittlungsfähigkeit zählt unter anderem auch die Arbeitsfähigkeit (in der Lage sein), worunter insbesondere die körperliche und geistige Leistungsfähigkeit sowie die örtliche und zeitliche Verfügbarkeit zu verstehen ist. Die versicherte Person muss in der Lage sein, ihre Arbeitskraft auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt zu verwerten (vgl. AVIG-Praxis ALE B222).

(...)

2.1.7 Der Versicherte, der Versicherungsleistungen beanspruchen will, muss gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. g AVIG die Kontrollvorschriften erfüllen. Das heisst, dass der Versicherte mit Unterstützung des zuständigen Arbeitsamtes alles Zumutbare unternehmen muss, um Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zu verkürzen. Insbesondere ist er verpflichtet, Arbeit zu suchen, nötigenfalls auch ausserhalb seines bisherigen Berufes. Seine Bemühungen muss er nachweisen können (vgl. Art. 17 Abs. 1 AVIG). Der Versicherte muss weiter sicherstellen, dass er in der Regel innert Tagesfrist von der zuständigen Amtsstelle erreicht werden kann, wobei die zuständige Amtsstelle zusammen mit dem Versicherten festlegt, wie dieser in der Regel innert Tagesfrist erreicht werden kann (vgl. Art. 21 Abs. 1 und Art. 22 Abs. 4 AVIV). Die zuständige Amtsstelle führt mit jeder versicherten Person in angemessenen Zeitabständen, jedoch mindestens alle zwei Monate, Beratungs- und Kontrollgespräche durch. Dabei werden die Vermittlungsfähigkeit und die Vermittlungsbereitschaft überprüft

(vgl. Art. 22 Abs. 2 AVIV). Der Versicherte hat im Übrigen monatlich ein Formular «Angaben der versicherten Person» einzureichen (vgl. Art. 23 Abs. 1 AVIV).

2.2 Gemäss Art. 27 ATSG sind die Versicherungsträger und Durchführungsorgane der einzelnen Sozialversicherungen verpflichtet, im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereiches die interessierten Personen über ihre Rechte und Pflichten aufzuklären (Abs. 1). Jede Person hat Anspruch auf grundsätzlich unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten. Dafür zuständig sind die Versicherungsträger, denen gegenüber die Rechte geltend zu machen oder die Pflichten zu erfüllen sind (Abs. 2). Gemäss der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (EVG; heute Bundesgericht) stipuliert Art. 27 Abs. 1 ATSG eine allgemeine und permanente Aufklärungspflicht der Versicherungsträger und Durchführungsorgane, die nicht erst auf persönliches Verlangen der interessierten Personen zu erfolgen hat, und hauptsächlich durch die Abgabe von Informationsbroschüren, Merkblättern und Wegleitungen erfüllt wird. Artikel 27 Abs. 2 ATSG beschlägt sodann ein individuelles Recht auf Beratung durch den zuständigen Versicherungsträger. Jede versicherte Person kann vom Versicherungsträger im konkreten Einzelfall eine unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten verlangen (BGE 131 V 472 Erw. 4.1 mit Hinweisen). Im erwähnten Entscheid BGE 131 V 472 hat das EVG weiter entschieden, dass es einer versicherten Person nicht zum Nachteil gereichen darf, wenn eine Auskunft entgegen gesetzlicher Vorschrift oder obwohl sie nach den im Einzelfall gegebenen Umständen geboten war unterbleibt. Eine ungenügende oder fehlende Wahrnehmung der Beratungspflicht gemäss Art. 27 Abs. 2 ATSG kommt einer falsch erteilten Auskunft des Versicherungsträgers gleich, welcher in Nachachtung des Vertrauensprinzips dafür einzustehen hat (BGE 131 V 472 Erw. 5 mit Hinweisen).

(...)

4.2.1 Vom 13. bis 22. März 2012 besuchte der Beschwerdeführer den Kurs «Arbeitsmarktstrategien für Führungskräfte K 131» in Zug. Danach befand sich der Beschwerdeführer gemäss den Akten zu folgenden Zeitpunkten im Ausland: vom 3. bis 11. April 2012 in den USA, vom 1. bis 5. Juni 2012 in den USA, vom 4. bis 17. Juli 2012 in den USA, vom 13. bis 24. August 2012 in den USA, vom 22. bis 29. September 2012 in den USA, vom 9. bis 12. Oktober 2012 in England und vom 22. November 2012 bis 3. Dezember 2012 wiederum in den USA. Festzuhalten ist diesbezüglich jedoch, dass nun – im Gegensatz zu den vorherigen Reiseaktivitäten des Beschwerdeführers – sämtliche Flüge ab Zürich erfolgten und auch wieder in die Schweiz zurückführten. Dies deutet darauf hin, dass der Beschwerdeführer seinen Wohnsitz und Lebensmittelpunkt zu diesem Zeitpunkt tatsächlich in die Schweiz verlegt hat. Bestätigt wird diese Vermutung dadurch, dass er im Jahr 2012 – ab dem Monat März – während zirka 250 Tagen und somit mehrheitlich in der Schweiz war. Zudem verbrachte der Beschwerdeführer gemäss eigener Angabe von April bis und mit Dezember 2012 nur 43 Werktage im Ausland. Wie der Beschwerdegegner

richtigerweise vorbringt, hat der Beschwerdeführer zwar keinerlei Beweise eingereicht, welche seinen ständigen Aufenthalt in der Schweiz belegen würden. Anhand der vom Beschwerdegegner vorgebrachten Internetquellen kann jedoch auch nicht darauf geschlossen werden, der Beschwerdeführer habe seinen Lebensmittelpunkt in den USA, zumal letzterer dies in seinen Stellungnahmen jeweils auch glaubhaft widerlegte. Zudem reichte der Beschwerdeführer Dokumente ein, welche die Vermietung seiner Liegenschaften in den USA bestätigten. Ebenfalls glaubhaft ist, dass der Beschwerdeführer die «X. LLC» mit Sitz in seiner Ferienwohnung in F. (USA) nur gründete, um sie als Referenz vorweisen zu können. Die Gründung erfolgte denn auch nur etwa einen Monat nach dem besuchten Seminar für Führungskräfte, weswegen glaubhaft ist, dass diese Gründung tatsächlich aufgrund eines Hinweises im genannten Kurs erfolgte. In der E-Mail vom 30. Mai 2012 führte der Beschwerdeführer auch aus, dass es seine Priorität sei, eine permanente Stelle in der Schweiz zu finden, womit auch die subjektive Komponente des Wohnens in der Schweiz erfüllt ist. Weiter ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer auch in den Monaten, in welchen er einen Zwischenverdienst erzielte, in der Schweiz nach Stellen gesucht hatte. Dies ergibt sich z. B. aus den persönlichen Arbeitsbemühungen für den Monat Oktober 2012 und auch aus den Aussagen des Beschwerdeführers, wonach er seine normalen Arbeitsbemühungen auch während dem Zwischenverdienst weiterführen werde. Die Formulare «Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen» für die Monate Juni, Juli, August und September 2012 fehlen jedoch in den Akten, da irrtümlicherweise diejenigen Formulare des Jahres 2013 eingereicht wurden. Weil die entsprechenden Arbeitsbemühungen seitens des Beschwerdegegners aber grundsätzlich nicht bemängelt wurden, kann davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer auch in diesen Monaten in der Schweiz nach Stellen gesucht hatte. In Würdigung der gesamten Umstände ist mithin festzustellen, dass der Beschwerdeführer zumindest ab dem 9. März 2012 die Anspruchsvoraussetzung des Wohnens in der Schweiz gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG erfüllt hat.

4.2.2 Als weitere Anspruchsvoraussetzung muss im relevanten Zeitraum vom 9. März bis zum 31. Dezember 2012 auch die Vermittlungsfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG) bejaht werden können. Der Beschwerdegegner verneinte die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers, weil dieser einerseits seinen Lebensmittelpunkt in der Schweiz nicht glaubhaft gemacht habe und weil er sich regelmässig im Ausland aufgehalten habe und deshalb die Gesprächstermine beim RAV ständig habe verschieben müssen. Insbesondere habe er den Termin vom 6. September 2012 verschoben, ohne dass er – gemäss seinen eigenen Angaben – im Ausland gewesen sei. Auch dem kurzfristigen Aufgebot für den 27. September 2012 habe der Beschwerdeführer keine Folge geleistet. Seine Auslandsaufenthalte habe er zudem in den Formularen «Angaben der versicherten Person» jeweils nicht deklariert. Der Beschwerdeführer hingegen bringt vor, er habe nur den Termin vom 30. Januar 2012 verpasst, wobei seine Entschuldigung in der Folge akzeptiert worden sei. Für die RAV-Aufgebote per 5. Juni 2012, 13. Juli 2012, 6. September 2012 und 3. Dezember

2012 habe er Verschiebungsgesuche gestellt, welche allesamt akzeptiert worden seien. Zudem hätte er jeweils keine kurzfristigen Ersatztermine erhalten, welche er z. B. in der jeweiligen Folgeweche hätte wahrnehmen können. Das per Brief versandte kurzfristige RAV Aufgebot für den Termin vom 27. September 2012 habe er nicht rechtzeitig erhalten, da er im Zwischenverdienst in den USA gewesen sei. Er habe jedoch im März [recte: Februar] 2012 mit dem RAV schriftlich vereinbart, dass er bei dringenden Angelegenheiten seitens des RAV/AWA per E-Mail oder Telefon kontaktiert werde. Ansonsten habe er B. stets über seine Bewerbungsaktivitäten, Zwischenverdienste etc. informiert.

4.2.2.1 Der Beschwerdegegner macht mit den vorgebrachten Argumenten im Wesentlichen eine Verletzung der Kontrollvorschriften geltend und schliesst daraus auf eine Vermittlungsunfähigkeit. Diesbezüglich ist jedoch festzuhalten, dass der Beschwerdeführer tatsächlich nur dem Termin vom 30. Januar 2012 unentschuldig ferngeblieben ist, was jedoch zu keinerlei Konsequenzen geführt hat, da das RAV die Entschuldigung bzw. die Erklärung des Beschwerdeführers akzeptiert hatte. Die Verschiebungsgesuche für die Termine vom 5. Juni 2012, 13. Juli 2012 und 3. Dezember 2012 erfolgten, weil der Beschwerdeführer aufgrund eines Zwischenverdienstes im Ausland weilte, was er B. vom RAV jeweils mitgeteilt hatte. B. akzeptierte die Verschiebungsgesuche jeweils, weswegen dem Beschwerdeführer nichts vorgeworfen werden kann. Im Akzept seitens des RAV liegt vielmehr eine Bewilligung des Gesuchs im Sinne von Art. 25 lit. d AVIV. Ferner weilte der Beschwerdeführer am 6. September 2012 zwar nicht im Ausland, doch ist den Akten immerhin zu entnehmen, dass er an diesem Tag im Rahmen des Zwischenverdienstes vier verrechenbare Arbeitsstunden leistete. Das Verschiebungsgesuch ist deswegen nachvollziehbar und es ist auch festzuhalten, dass der Beschwerdeführer nicht geschrieben hat, dass er sich am 6. September 2012 im Ausland befinden würde. Was das kurzfristige Aufgebot für den Gesprächstermin vom 27. September 2012 anbelangt, so ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer mit E-Mail vom 6. Februar 2012 darauf aufmerksam gemacht hat, dass er in dringenden Fällen per E-Mail oder Telefon erreichbar sei und so innert 24 Stunden einen Flug in die Schweiz buchen könne. B. vom RAV bestätigte den Erhalt dieses E-Mails und leitete es an den Rechtsdienst weiter. Mit dem genannten E-Mail-Verkehr zwischen dem Beschwerdeführer und B. vom RAV wurde somit im Sinne von Art. 22 Abs. 4 AVIV festgelegt, dass der Beschwerdeführer per E-Mail und per Telefon – nicht jedoch per Briefpost – innert Tagesfrist erreicht werden kann. Indem das RAV ein Aufgebot per Post versandt hat, hat es gegen diese Abmachung verstossen, weswegen dem Beschwerdeführer das Verpassen dieses Gespräches nicht vorgeworfen werden kann.

(...)

4.2.2.3 Im Übrigen wurde nicht vorgebracht und ist auch nicht ersichtlich, dass der Beschwerdeführer nicht im Sinne von Art. 15 Abs. 1 AVIG bereit gewesen wäre,

eine zumutbare Stelle anzunehmen. Fraglich ist hingegen, ob er dazu auch in der Lage gewesen wäre (vgl. ebenfalls Art. 15 Abs. 1 AVIG). Der Beschwerdeführer wäre aufgrund seiner Auslandsaufenthalte, über welche das RAV jeweils orientiert wurde, zwar wohl nicht in der Lage gewesen, innerhalb von 24 Stunden zu einem Termin beim RAV zu erscheinen, doch hätte er sicher problemlos im Sinne von Art. 21 AVIG innert Tagesfrist von der zuständigen Amtsstelle per E-Mail oder Telefon erreicht werden können. Das Gesetz sieht im Übrigen nicht vor, dass ein Versicherter innert Tagesfrist zu einem Gesprächstermin erscheinen können müsste. Es ist daher davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer auch in der Lage war, eine zumutbare Stelle anzunehmen, weswegen er insgesamt die Voraussetzungen von Art. 15 Abs. 1 AVIG erfüllt hat und somit als vermittlungsfähig zu gelten hat.

4.2.3 Festzuhalten ist weiter, dass die Vermittlungsfähigkeit auch bei der Ausübung einer unselbstständigen oder selbstständigen Zwischenverdiensttätigkeit grundsätzlich gegeben sein muss. Der Beschwerdeführer, der als Freelancer tätig war, hätte seinen Zwischenverdienst innert Kürze beenden und eine vom RAV vermittelte Arbeit aufnehmen können. Der Beschwerdeführer hat den Zwischenverdienst zwar über seine Firma X. LLC abgerechnet, doch hat er hierfür keinerlei Investitionen tätigen müssen und z. B. auch keinen Mietvertrag eingehen müssen. Zudem führte der Beschwerdeführer jeweils aus, dass er seinen persönlichen Arbeitsbemühungen auch während des Zwischenverdienstes weiter nachgehen werde und dass er hoffe, dass der Zwischenverdienst allenfalls zu einer Festanstellung führen könnte. Es steht daher ausser Frage, dass der Zwischenverdienst des Beschwerdeführers lediglich der Schadenminderung diene und der Beschwerdeführer damit auch Anspruch auf Anrechnung des erzielten Zwischenverdienstes hat (vgl. zum Ganzen: AVIG-Praxis ALE B234 ff.).

4.3 Zusammenfassend ist betreffend die Anspruchsvoraussetzungen gemäss Art. 8 AVIG somit festzuhalten, dass der Beschwerdeführer vom 9. März 2012 bis zum 31. Dezember 2012 sowohl in der Schweiz wohnte (Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG) als auch vermittlungsfähig war (Art. 8 Abs. 1 lit. f AVIG). Weiter erfolgten die Vorwürfe an den Beschwerdeführer mehrheitlich zu Unrecht, zumal dieser den Weisungen der zuständigen Amtsstellen Folge leistete bzw. letztere sämtliche Terminverschiebungen gestattete, ohne den Beschwerdeführer darauf hinzuweisen, dass diese Terminverschiebungen für ihn negative Konsequenzen haben können. Da der Beschwerdeführer im Übrigen seine Arbeitsbemühungen vorschriftsgemäss dokumentierte und sich im Rahmen von Zwischenverdiensten um Schadensminderung bemühte, ist ihm grundsätzlich kein Vorwurf zu machen. In Anbetracht der Tatsache, dass weder Gesetz noch Rechtsprechung noch Literatur für die in casu vorliegende Problematik betreffend globale Stellensuche konkrete Lösungen vorsehen, ist zwar nachzuvollziehen, dass die Beratung durch die Amtsstellen Schwierigkeiten bereitete. Dies darf dem Beschwerdeführer indes nicht zum Nachteil gereichen, hat er gemäss Art. 27 ATSG doch Anspruch auf Aufklärung und Beratung (vgl. auch Erw. 2.2). Trotz

der teilweise ungeklärten Rechtslage hätten die Stellen den Beschwerdeführer besser informieren und ihn bei Verfehlungen explizit abmahnen müssen. Ein vager Hinweis ist zwar durch B. in der E-Mail vom 3. Februar 2012 erfolgt («[...] ist es nicht ganz unproblematisch, dass Sie sich die Hälfte ihrer Zeit in den USA aufhalten [...]»), doch reicht dies natürlich nicht aus, um der Aufklärungspflicht nach Art. 27 ATSG Genüge zu tun. Vielmehr hätten in der Folge klare Vorgaben oder Hinweise erfolgen müssen, um den Beschwerdeführer zu einem bestimmten Verhalten zu bewegen. Ohne solche Aufforderungen durfte dieser weiterhin von seiner Anspruchsberechtigung und auch der Vermittlungsfähigkeit ausgehen. Eine entsprechende Anweisung ist schliesslich am 29. Januar 2013 erfolgt, als B. dem Beschwerdeführer per E-Mail mitteilte, dass er darauf zu achten habe, mindestens 50% seiner Bewerbungen in der Schweiz vorzunehmen. Solche konkreten Anweisungen betreffend die Auslandsaufenthalte, Zwischenverdienste und Bewerbungen fehlten jedoch in den Jahren 2011 und 2012 gänzlich, sodass dem Beschwerdeführer nicht vorgeworfen werden kann, er sei seinen elementaren Pflichten nicht nachgekommen bzw. er habe die Anspruchsvoraussetzungen nicht erfüllt.

5.

5.1 Damit steht fest, dass der Beschwerdeführer zumindest bis zum 8. März 2012 nicht in der Schweiz wohnte und damit bis zu diesem Zeitpunkt die Anspruchsvoraussetzung gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG nicht erfüllte. In der Folge jedoch ist in Würdigung der gesamten Akten davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer seinen Wohnsitz und seinen Lebensmittelpunkt ab dem 9. März 2012 in die Schweiz verlegt hat, weshalb er fortan Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG erfüllte. Weiter erfüllte er im Wesentlichen auch seine Kontrollpflichten und war er vermittlungsfähig, womit auch die weiteren Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 8 Abs. 1 AVIG für den Zeitraum vom 13. März 2012 bis zum 31. Dezember 2012 erfüllt waren. In Anbetracht der Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen ist im Übrigen auch nicht ersichtlich, weswegen dem Beschwerdeführer sein im August–November 2012 erzielter Zwischenverdienst nicht anzurechnen sein sollte. Die Verletzung der Kontrollpflichten betreffend das Formular «Angaben der versicherten Person» ist allenfalls mit Einstelltagen zu sanktionieren. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass der Beschwerdeführer nicht vermittlungsfähig gewesen wäre, so dürfte ihm dies aber nicht zum Nachteil gereichen, weil er durch die zuständigen Stellen nicht in ausreichendem Masse aufgeklärt und beraten worden ist. Die vorliegende Beschwerde ist damit in gewissen Punkten begründet, weswegen sie teilweise gutzuheissen ist.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 18. September 2014 S 2014 7

8.5 Art. 8 Abs. 1 und Art. 17 Abs. 1 IVG

Regeste:

Art. 8 Abs. 1 und Art. 17 Abs. 1 IVG – Kein Anspruch auf Umschulung zur Naturheilpraktikerin tibetische Heilkunde; das Erfordernis der Gleichwertigkeit verlangt insbesondere, dass bei Berufen mit tiefen Löhnen, neben den aktuellen Verdienstmöglichkeiten im Rahmen einer Prognose weitere Faktoren wie etwa die Lohnentwicklung mitberücksichtigt wird. Erweist sich ein dauerhaftes und mittelfristig leistungsrelevant ansteigendes Einkommen aus der Tätigkeit als Naturheilpraktikerin tibetische Heilkunde als nicht überwiegend wahrscheinlich, so fehlt es dem angestrebten Beruf an der wirtschaftlichen Verwertbarkeit und es ist ihm auch die Gleichwertigkeit im Vergleich zur bzw. zu den erlernten Tätigkeiten abzusprechen.

Aus dem Sachverhalt:

Die Versicherte W., Jahrgang 1984, diplomierte Pflegefachfrau im Bereich der Psychiatrie, meldete sich im September 2011 bei der IV-Stelle des Kantons Zug zur Früherfassung, im Oktober 2011 zum Leistungsbezug (berufliche Integration / Rente) an. Zur Begründung wurde auf eine Depression als Folge völliger Überlastung am Arbeitsplatz, verbunden mit schwerer Affektlabilität und starker Selbstwerteinbusse, verwiesen. In Erwerblicher Hinsicht den Akten zu entnehmen sind unter anderem ein «Certificat de Spécialisation en Maquillage Beauté», ausgestellt am 31. Juli 2000 in Paris, ein in Zürich und nach erfolgreichem Besuch des Instituts Minerva ausgefertigtes Bürofachdiplom VSH Vollzeitausbildung (Verband Schweizerischer Handelsschulen) vom 28. September 2001, ein «First Certificate in English», Grade B der University of Cambridge, ausgestellt im März 2001 in Zürich sowie das Diplom als «diplomierte Pflegefachfrau HF», ausgestellt am 22. Februar 2008 in der Berufsschule für Gesundheits- und Krankenpflege Südhalde, Zürich. Weiter enthalten die Akten Belege dafür, dass die Versicherte mehrere Weiterbildungen im Zusammenhang mit der Betreuung von Patienten der Psychiatrie absolvierte, dass ihre letzte ordentliche Arbeitsstelle im Wohnheim E. in S. war und dass sie ab Dezember 2010 zu 100% krankgeschrieben war. Gleichwohl konnte sie von Oktober 2011 bis April 2012 im Sinne eines Arbeitsversuchs ein befristetes Arbeitsverhältnis im Pensum von ca. 30 bzw. 40% im Sekretariat der reformierten Kirchgemeinde X bewältigen. Die IV-Stelle eröffnete ihr mit Mitteilung vom 27. Februar 2012, sie habe Anspruch auf Berufsberatung sowie Abklärung der beruflichen Eingliederungsmöglichkeiten. Infolge eines durch die IV-Stelle in Auftrag gegebenen psychiatrischen Gutachtens von Dr. I. vom 3. Juli 2012 und der Diagnose «Borderline-Störung» ergab sich, dass eine Rückkehr in den Beruf der Pflegefachfrau im Bereich Psychiatrie nicht mehr in Frage kommt. Mit Mitteilung vom 26. November 2012 wurde der Versicherten Kostengut-sprache für ein Aufbautraining, gleichzeitig die Kostenübernahme für eine berufliche Abklärung, alles in der IG-Arbeit, Berufsförderungskurs, gewährt und die Aus-

richtung eines Taggeldes verfügt. Nach weiteren Abklärungen durch die IV-Berufsberatung sowie nach einem psychiatrischen Konsilium durch RAD-Psychiater M. teilte die IV-Stelle der Versicherten mit Vorbescheid vom 12. Juni bzw. mit Verfügung vom 12. September 2013 mit, das Leistungsbegehren für eine Umschulung zur diplomierten Naturheilpraktikerin tibetische Heilkunde werde abgelehnt. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, da die Tätigkeit als Pflegerin im Bereich der Psychiatrie aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr als möglich erscheine, könnte der Anspruch auf Umschulung – bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen – grundsätzlich bejaht werden und aus medizinischer Sicht stehe dem neuen Berufswunsch auch nichts entgegen. Nicht zutreffend sei, dass der Versicherten aus medizinischer Sicht jede andere Tätigkeit im Pflegeberuf nicht mehr zuzumuten sei. Seitens der IV vertrete man die Meinung, dass die Versicherte als Pflegefachfrau DN II ausserhalb der Psychiatrie, aber auch in der Administration zu 100% arbeitsfähig wäre. Die IV könnte Kurse finanzieren, damit sich die Versicherte fachspezifisch qualifizieren könne. Man erachte nämlich auch die Möglichkeit, mit der Umschulung zur Naturheilpraktikerin tibetische Heilkunde ein den Anforderungen genügendes gleichwertiges Einkommen zu erzielen, als nicht gegeben. Es fehle folglich an der Wirtschaftlichkeit, aber auch an der Verhältnismässigkeit.

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 und die Voraussetzungen für den Anspruch auf die einzelnen Massnahmen erfüllt sind. Der Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen besteht unabhängig von der Ausübung einer Erwerbstätigkeit vor Eintritt der Invalidität. Bei der Festlegung der Massnahmen ist die gesamte noch zu erwartende Dauer des Erwerbslebens zu berücksichtigen (Art. 8 Abs. 1 bis IVG). Als Invalidität gilt die durch einen körperlichen oder geistigen Gesundheitsschaden als Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall verursachte, voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit (Art. 8 Abs. 1 ATSG).

3.2

3.2.1 Gemäss Art. 17 Abs. 1 IVG hat der Versicherte Anspruch auf Umschulung auf eine neue Erwerbstätigkeit, wenn die Umschulung infolge Invalidität notwendig ist und dadurch die Erwerbsfähigkeit voraussichtlich erhalten oder verbessert werden kann. Dabei handelt es sich um eine Naturalleistung – nur Ausnahmsweise um reine Geldleistungen –, die in der Regel nicht durch die Organe der IV er-

bracht wird. Die Leistungen sollen im Rahmen eines Eingliederungsplanes erfolgen, der prognostisch Gewähr bietet, dass die Wiedereingliederung erreicht wird. Erste Anspruchsvoraussetzung ist eine spezifische Invalidität, eine bleibende und für längere Zeit andauernde Erwerbseinbusse von ca. 20%. Diese Richtgrösse von 20% sah das Bundesgericht allerdings auch schon bei einem Invaliditätsgrad von 18.52% als erfüllt, wobei allfällige Soziallöhne bei der Feststellung der Erwerbseinbusse auszuklammern sind. Ein zwingender Zusammenhang zwischen Sonderschulung und Umschulung besteht nach dem geltenden Recht nicht. Sodann sind auch ungelernete grundsätzlich umschulungsberechtigt. Auch das Verschwinden eines Berufs kann – die übrigen Anspruchsvoraussetzungen vorausgesetzt – zur Umschulung führen. Zum Begriff der Umschulung hält die Praxis fest, Umschulung sei grundsätzlich die Summe der Eingliederungsmassnahmen berufsbildender Art, die notwendig und geeignet seien, um dem vor Eintritt der Invalidität bereits erwerbstätig gewesenen Versicherten eine seiner früheren Erwerbsmöglichkeit annähernd gleichwertige Tätigkeit zu vermitteln. Dabei bezieht sich der Begriff der «annähernden Gleichwertigkeit» nicht in erster Linie auf das Ausbildungsniveau als solches, sondern auf die nach erfolgter Eingliederung zu erwartenden Verdienstmöglichkeiten. Das Erfordernis der Gleichwertigkeit begrenzt den Umschulungsanspruch «nach oben», steht dem Anstreben eines bescheideneren beruflichen Ziels hingegen nicht entgegen. Jedenfalls ist es nicht Aufgabe der IV, einen behinderten Versicherten in eine bessere beruflich-erwerbliche Stellung zu führen, als er sie vorher innehatte. Die Ausnahme von dieser Regel ist dann gegeben, wenn Art und Schwere des Gesundheitsschadens bzw. deren beruflichen Auswirkungen so schwer wiegen, dass nur eine im Vergleich zur bisherigen Tätigkeit anspruchsvollere Ausbildung zu einer optimalen Verwertung der Arbeitsfähigkeit führt, allerdings auf einer höheren Berufsstufe. Primär entscheidend sind sodann die Verhältnisse im Zeitpunkt des Invaliditätseintritts. Gleichwohl ist der künftigen Einkommensentwicklung Beachtung zu schenken. Nebst dem Aspekt der Verdienstmöglichkeit ist auch der qualitative Stellenwert der beiden zu vergleichenden Berufe zu beachten. Denn die annähernde Gleichwertigkeit der Erwerbsmöglichkeiten in der alten und der neuen Tätigkeit auf weitere Sicht dürfte nur dann zu verwirklichen sein, wenn auch die beiden Ausbildungen einen einigermaßen vergleichbaren Wert aufweisen resp. wenn eine in etwa gleichwertige berufliche Weiterentwicklung gewährt wird. So kann beispielsweise die unqualifizierte Hilfsarbeit im Vergleich zum erlernten Beruf als Automonteur nicht als annähernd gleichwertig bezeichnet werden, obschon sich aus dem Einkommensvergleich eine Verdiensteinbusse ergibt, die klar unter der Erheblichkeitsschwelle von ca. 20% liegt. Entsprechend dürfen die grösseren konjunkturellen Risiken bei Hilfsarbeiten sowie die besseren erwerblichen Aussichten im angestammten Beruf namentlich bei jüngeren Versicherten mit einer beträchtlichen verbleibenden Arbeitsdauer nicht ausser Acht gelassen werden. Wie eingangs angesprochen, besteht in der Regel nur ein Anspruch auf die dem jeweiligen Eingliederungszweck angemessenen, notwendigen Massnahmen, nicht aber auf die nach den gegebenen Umständen bestmöglichen Vorkehrungen, ist doch Eingliederung nach dem Willen des Gesetzgebers nur so weit sicherzustellen, als dies im Einzelfall notwendig, aber

auch genügend ist (vgl. Ulrich Meyer, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG, 2. Auflage, Zürich 2010, S. 190 ff., mit weiteren Hinweisen).

3.2.2 Bejaht wurde der Umschulungsanspruch vom Radio- und Fernsehetelektiker zum Damencoiffeur; vom Maurer zum Maltherapeuten; vom kaufmännischen Angestellten zum Sozialarbeiter; vom gelernten, selbständigen Steinhauer zum bildenden Künstler im Rahmen der Schule für Gestaltung; vom Servicemonteure (Klima-, Lüftungs- und Kältetechnik) zum technischen Kaufmann; vom Flachmaler zum Kameramann; vom Landschaftsgärtner zum Orthopäden; vom Polier zum Naturheilpraktiker; vom Bäcker/ Konditor zum Konserven- und Tiefkühltechnologien und schliesslich vom Landwirt zum Agrotechniker. Demgegenüber verneinte das Bundesgericht den Anspruch auf Umschulung für einen Maurer, der Berufspilot werden wollte; für einen Maurer, der ein internationales Managementdiplom anstrebte; für eine in einer Tagesschule tätige, gelernte Nurse, die Matura und Studium absolvieren wollte; für einen als Magaziner tätigen, gelernten Maler mit einem Minderverdienst von 17%, der technischer Kaufmann werden wollte; für den Wechsel vom Primar- zum Sekundarlehrer; für den Maler, der mit 58 noch in einen kaufmännischen Beruf wechseln wollte; zu guter Letzt mangels aktueller oder unmittelbar drohender Invalidität für einen Landwirt, der lieber Heizungsmonteure sein wollte (vgl. Ulrich Meyer, a.a.O., S. 198 f.).

3.2.3 Im Entscheid BGE 122 V 77 Erw. 3 hielt das Bundesgericht im Falle einer an Depressionen leidenden Psychiatrieschwester, die sich zur Damenschneiderin umschulen lassen wollte, fest, verlangt werde, dass die Umschulung eine dem bisherigen Beruf annähernd gleichwertige Ausbildung gewähre. Entscheidend für die Gleichwertigkeit sei in erster Linie die zu erwartende Verdienstmöglichkeit. Führe die Umschulung den Versicherten zu einem (lohnmassig) bescheideneren Ziel, werde erwartet, dass der zu erwartende Teilerfolg (der Eingliederung) noch als genügend eingliederungswirksam bezeichnet werden könne. Die beabsichtigte Umschulung in einen minderbezahlten Beruf müsse folglich zu einer dauerhaften und wesentlichen Verbesserung der Erwerbsmöglichkeit führen. Was dies ziffernmässig bedeute, habe die Rechtsprechung noch nie entschieden. Während die Literatur verlange, dass die versicherte Person mindestens einen beachtlichen Teil der Unterhaltskosten aus dem erzielten Verdienst bestreiten können müsse, habe das Gericht im Entscheid 119 V 225 Erw. 5b ausgeführt, wenn das Einkommen den AHV-Mindestbeitrag für Nichterwerbstätige erreiche oder übersteige, sei rechtlich die Erheblichkeit erreicht. In casu könne die Frage offengelassen werden. Da die Versicherte im erlernten Beruf voll arbeitsunfähig sei, nach der Umschulung aber ein Einkommen von Fr. 37'000.– (im Vergleich zum früheren Verdienst von Fr. 62'800.–) erreichen und dieses den Rentenanspruch relevant verändern könne, sei die wesentliche Verbesserung vorliegend zu bejahen. In dem von der Beschwerdeführerin erwähnten Entscheid I 693/00 vom 7. Januar 2002 hielt das Bundesgericht im Falle einer psychisch angeschlagenen, zeitweilig suizidalen gelernten Hochbauzeichnerin, die die Matura nachholen und ein Medizinstudium beginnen wollte, in Bejahung des Umschulungsanspruchs

unter anderem fest, die Belastungsfähigkeit wachse vorliegend, je mehr eine Arbeit der hohen Begabung der Versicherten entspreche und eine Lebensperspektive biete. Im Lichte dieser überzeugenden Einschätzung des Psychotherapeuten erscheine es als glaubhaft, dass die gesundheitlich bedingte Inkonstanz im bisherigen Erwerbsleben auf eine berufliche Unter- und nicht Überforderung zurückzuführen sei und durch eine Beschäftigung in einem anspruchsvolleren Umfeld gemindert werden könnte. Dies gelte selbst dann, wenn die Versicherte nach Abschluss der Ausbildung nicht uneingeschränkt erwerbstätig sein könnte (I 693/00 Erw. 4a).

3.3

3.3.1 Gestützt auf Art. 64a Abs. 1 lit. b IVG in der aktuellen Fassung kann das BSV den mit der Durchführung der Versicherung betrauten Stellen Weisungen für den einheitlichen Vollzug im Allgemeinen und im Einzelfall erteilen. Verwaltungsweisungen richten sich an die Durchführungsstellen und sind für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung jedoch berücksichtigen, soweit sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Mithin weicht das Gericht nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen.

3.3.2 Das Kreisschreiben über die Eingliederungsmassnahmen beruflicher Art (KSBE), gültig ab 1. Januar 2013, handelt im 4. Teil die Umschulung ab, gibt in Rz. 4001 und 4002 den Begriff wieder und hält zum Aspekt der Gleichwertigkeit in Beachtung der Verdienstmöglichkeiten fest, damit hinreichend gewährleistet sei, dass sich das Erwerbseinkommen im neuen Beruf auf weitere Sicht ungefähr im gleichen Rahmen bewege wie im ursprünglichen, müssten im Allgemeinen auch die beiden Ausbildungen einen einigermaßen vergleichbaren Wert aufweisen (KSBE Rz. 4002). An anderer Stelle wird ausgeführt, die Angewöhnungs- und Einführungszeit in Beschäftigungsstätten, die voraussichtlich zu keiner wirtschaftlich ausreichend verwertbaren Arbeitsleistung führe, falle nicht unter die Umschulung nach Art. 17 IVG (KSBE Rz. 4008). Selbiges gilt für Massnahmen der sozialberuflichen Rehabilitation wie Gewöhnung an den Arbeitsprozess, Aufbau der Arbeitsmotivation, Stabilisierung der Persönlichkeit, Einüben der sozialen Grundelemente mit dem primären Ziel, die Eingliederungsfähigkeit wieder herzustellen (KSBE Rz. 4009). Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 17 IVG sind die drohende oder bereits eingetretene Invaldität, die die bisherige Tätigkeit verunmöglicht; das Bestehen einer Eingliederungsfähigkeit im Sinne der objektiven und subjektiven Möglichkeit, berufsbildende Massnahmen zu bestehen; und die Gleichwertigkeit der neuen Tätigkeit, die der Behinderung und den Fähigkeiten des Versicherten angepasst sein muss. Schliesslich muss die Ausbildung einfach und zweckmässig sein (KSBE Rz. 4010). Randziffer 4011 umschreibt den spezifischen Invalditätsgrad von ca. 20%. Gewährt eine Umschulung

für die erste Zeit nach Abschluss einen geringeren Verdienst, ist aber ein erhebliches Lohnwachstum zu erwarten, widerspricht dies dem Gebot der Gleichwertigkeit nicht (KSBE Rz. 4012). Sodann wird an anderer Stelle festgehalten, wenn eine versicherte Person bereits in zureichender und zumutbarer Weise eingegliedert sei bzw. die Möglichkeit bestehe, dass sie ohne zusätzliche Ausbildung vermittelt werden könne, bestehe kein Anspruch auf Umschulung (KSBE Rz. 4013). Im Zusammenhang mit dem Verhältnismässigkeitsgebot ist auch die noch zu erwartende Arbeitsdauer entsprechend zu berücksichtigen (KSBE Rz. 4014). Ein Anspruch auf Umschulung gewährt grundsätzlich nur die zur Eingliederung im Erwerbsleben unmittelbar erforderlichen, nicht die bestmöglichen Vorkehren (KSBE Rz. 4015). Die Umschulung muss geeignet sein, die Erwerbsfähigkeit – oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen – zu beeinflussen, so dass eine drohende Invalidität abgewendet bzw. eine bereits bestehende verbessert werden kann (KSBE Rz. 4016). Eine nur vorübergehende Berufsumstellung gibt keinen Anspruch auf Umschulung (KSBE Rz. 4017). Ist eine versicherte Person auf eine Tätigkeit umgeschult worden, die ihr längerfristig kein angemessenes Einkommen ermöglicht, wobei zusätzliche Massnahmen ein solches möglich machen, so besteht Anspruch auf diese zusätzlichen Massnahmen (KSBE Rz. 4018). Hat eine versicherte Person eine Umschulung auf eine Tätigkeit erhalten, die es auf dem Arbeitsmarkt praktisch nicht mehr gibt, kann sich der Anspruch auf eine weitere Umschulung ergeben (KSBE Rz. 4019). Wählt eine versicherte Person eine ausgefallene berufliche Ausbildung, die auf dem Stellenmarkt nur schwerlich zu einer Eingliederung führt, so hat sie das Risiko selber zu tragen und der Anspruch ist zu verneinen (KSBE Rz. 4020). Zu den Arten der Umschulung gehören: eine Ausbildung mit eidgenössischem Fähigkeitszeugnis, mit eidgenössischem Berufsattest oder eine Anlehre nach kantonalem Recht, der Besuch einer Maturitäts-, Fach- oder Hochschule, von Berufs- oder Fachkursen, die Vorbereitung auf eine eigentliche berufliche Massnahme, die Wiedereinschulung in den früheren Beruf, die Eingliederung oder Wiedereingliederung im Aufgabenbereich, oder die Vorbereitung auf eine Hilfsarbeit im ersten Arbeitsmarkt oder auf eine Tätigkeit in einer geschützten Werkstätte (KSBE Rz. 4021). Sodann erwähnt das Kreisschreiben die Ausbildungsdauer (KSBE Rz. 4022 f.), den Umfang der Leistungen, wobei grundsätzlich alle Kosten übernommen werden, die in direktem Zusammenhang mit der Umschulungsmassnahme stehen und den Kriterien der Einfachheit, Zweckmässigkeit und Gleichwertigkeit entsprechen (KSBE Rz. 4024 ff.) sowie die Kostentragung (KSBE Rz. 4028 ff.).

(...)

5. Diese Akten und Fakten sind nun nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu würdigen.

5.1

5.1.1 Zunächst ist die Frage zu beantworten, ob die Ausbildung zur Naturheilpraktik

tikerin tibetische Medizin für die Beschwerdeführerin als geeignet erscheint resp. ob sie mit den bisherigen Ausbildungen nicht bereits als ausreichend eingegliedert gelten dürfte. Diesbezüglich ist vorab zu prüfen, ob eine Tätigkeit im Pflegeberuf der Beschwerdeführerin überhaupt noch zuzumuten ist, auch wenn es sich dabei nicht um Psychiatriepflege handelt. Wie bereits mehrfach angesprochen, kommt eine Tätigkeit als Psychiatriepfleglerin für die Beschwerdeführerin nicht mehr in Frage. Die involvierten Ärzte sehen das Problem in der Persönlichkeitsstruktur der Beschwerdeführerin, welche an den letzten Stellen am Problem der Abgrenzung gegenüber den Patienten und dem Team gescheitert sei. Während Dr. I. das Abgrenzungsproblem nicht nur auf den Pflegeberuf reduziert sieht und deshalb zu einem gut strukturierten Arbeitsplatz ohne engen Kontakt zu Mitarbeitenden und Klienten rät, differenziert der behandelnde Psychiater, S., zwischen der wenig geeigneten Tätigkeit im Pflegeberuf generell und der ungeeigneten Tätigkeit im Beruf einer Psychiatriepfleglerin. Er erwähnt diesbezüglich, eine Pflegerin müsse doch immer wieder zwischen den Patienten, dem Team, den Ärzten und den Angehörigen vermitteln, was die Abgrenzungsfähigkeit der Beschwerdeführerin überfordere. Hingegen erachtet er – auch aufgrund der Abneigung der Beschwerdeführerin gegen die Schulmedizin – ihr Anforderungsprofil als für eine Tätigkeit in der Komplementärmedizin viel günstiger, da die Gefahr, sich in komplexen gruppensdynamischen Prozessen zu verlieren, viel kleiner sei. Während RAD-Psychiater M. von der Tätigkeit als Psychiatriepfleglerin ebenfalls abrät, für eine Tätigkeit im Bereich der Komplementärmedizin aber kaum Probleme sieht, allerdings darauf hinweist, dass die Beschwerdeführerin auch im Bürobereich einsetzbar sei, hält Allgemeinpraktiker E. vom RAD-Zentralschweiz auch die Tätigkeit einer Naturheilpraktikerin als nicht ideal, da die Beschwerdeführerin auch hier mit Patienten bzw. Kunden umzugehen habe und sich folglich auch hier Abgrenzungsprobleme stellten.

5.1.2 Dass eine Tätigkeit im Bereich der Psychiatriepflege für die Beschwerdeführerin nicht mehr in Frage komme, darin stimmen sämtliche Ärzte überein. Gegen die Tätigkeit als Pflegefachfrau ausserhalb der Psychiatrie spricht alsdann aber nicht mehr als gegen jede andere Tätigkeit in einem Team und verbunden mit der Möglichkeit, sich mit Vorgesetzten, Mitarbeitern und/ oder Klienten auseinandersetzen, sich gegen diese abgrenzen zu müssen. Entsprechende Probleme könnten sich in-des auch ausserhalb des Pflegebereichs, ausserhalb medizinischer Berufe ergeben, selbst im Bürobereich. Demzufolge birgt – jedenfalls ausserhalb der Psychiatrie – nicht der Beruf an sich, sondern das berufliche Umfeld, die Ausgestaltung des Arbeitsplatzes die Probleme, die die Beschwerdeführerin überfordern könnten. Allerdings wollte sich offensichtlich keiner der involvierten Ärzte insofern festlegen, als er erklärt hätte, für die Beschwerdeführerin komme nur eine selbständige Tätigkeit, alleine und ohne Mitarbeiter, in Frage. Dies bedacht, verlangen die gesundheitlichen Probleme, vorausgesetzt der Bereich der Psychiatrie bleibt tabu, keine gänzliche Abkehr vom Pflegeberuf oder von einer Tätigkeit in der Administration – letzteres wurde bis dato auch nicht geltend gemacht –, sondern vielmehr eine sehr sorgfältige Auswahl

des richtigen Arbeitsumfeldes. Entsprechend bieten die bereits absolvierten Ausbildungen zur diplomierten Pflegefachfrau Niveau II bzw. zur diplomierten Bürofachfrau an sich eine ausreichende Grundlage für eine Reintegration in den Arbeitsprozess, auch ohne Umschulung. Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin auch als Naturheilpraktikerin tibetische Heilkunde mit Klienten resp. Patienten Umgang pflegen muss, aus wirtschaftlichen Gründen überdies allenfalls nebenher einer Tätigkeit in einem Büro, in einem Gesundheitszentrum, einem Wellnesszentrum oder einer Gemeinschaftspraxis nachgehen müsste, dort aber auch in ein Team integriert werden müsste, lässt sodann annehmen, dass auch der ins Auge gefasste Beruf bzw. die in diesem Zusammenhang auszuübenden Tätigkeiten durchaus Konfliktpotential haben dürften, dass folglich wiederum Abgrenzungsprobleme auftreten könnten. Damit erweist sich auch die angestrebte Tätigkeit aus medizinischer Sicht, wie jedenfalls RAD-Arzt E. zu bedenken gab, als nicht völlig unproblematisch. Dass die Beschwerdeführerin für die neue Tätigkeit viel Motivation mitbringt, hingegen starke Vorbehalte gegen die Schulmedizin hegt, führt nicht zu einer anderen Sacheinschätzung.

5.2

5.2.1 Wie in Erwägung 3 ff. ausgeführt, ist Voraussetzung für den Anspruch auf Umschulung im Sinne von Art. 17 IVG eine drohende oder bereits eingetretene Invalidität, die die bisherige Tätigkeit verunmöglicht, das Bestehen einer Eingliederungsfähigkeit im Sinne der objektiven und subjektiven Möglichkeit, berufsbildende Massnahmen zu bestehen, sowie die Gleichwertigkeit der neuen Tätigkeit, die der Behinderung und den Fähigkeiten der versicherten Person angepasst sein sollte. Zum Aspekt der Gleichwertigkeit besagt die Verwaltungspraxis – die unter anderem im Kreisschreiben über die Eingliederungsmassnahmen (KSBE) zum Ausdruck kommt –, eine Gleichwertigkeit der angestrebten Tätigkeit dürfe auch dann bejaht werden, wenn die Umschulung für die erste Zeit nach Abschluss der Ausbildung zwar einen geringeren Verdienst gewähre, indes ein erhebliches Lohnwachstum zu erwarten sei. Wähle eine versicherte Person allerdings eine ausgefallene berufliche Ausbildung, die auf dem Stellenmarkt nur schwerlich zu einer Eingliederung führe, so habe sie dieses Risiko selber zu tragen, was zur Ablehnung der Umschulungsanspruchs führe. Im Falle der an Depressionen leidenden Psychiatrieschwester, die sich zur Damenschneiderin umschulen lassen wollte, bejahte das Bundesgericht eine noch genügende Eingliederungswirksamkeit. Zwar liege das als Schneiderin zu erwartende Anfangsgehalt mit Fr. 37'000.– deutlich unter dem früheren Gehalt von Fr. 62'800.–. Indes dürfe erwartet werden, dass sich das Gehalt in renten- bzw. leistungsrelevanter Weise verändern werde, weshalb, wie von Lehre und Praxis gefordert, vorliegend von einer dauerhaften und wesentlichen Verbesserung der Erwerbsmöglichkeit ausgegangen werden dürfe (BGE 122 V 77 Erw. 3).

5.2.2 Zwar könnte in Würdigung der Ausführungen unter Erwägung 5.1 die Frage aufgeworfen werden, ob vorliegend wirklich von einer drohenden oder bereits einge-

tretenen Invalidität gesprochen werden kann, zumal die erworbenen Berufsdiplome als Pflegefachfrau und für den Bürobereich nicht einfach nicht mehr verwertet werden können. Darauf ist angesichts dessen, dass die Beschwerdegegnerin einen grundsätzlichen Umschulungsanspruch vorbehaltlich der Anspruchsvoraussetzungen anerkennt, aber auch unter Verweis auf das obig Gesagte hier allerdings nicht näher einzutreten. Fakt ist indes, dass der Beschwerdeführerin die Eingliederungsfähigkeit nicht abgesprochen werden kann. Nicht abzusprechen ist ihr auch, dass der angestrebte Beruf ihren Interessen wie ihren Fähigkeiten durchaus entspricht. Ob er als ihrer Behinderung angepasst beurteilt werden kann, darf unter Verweis auf die abschliessenden Bemerkungen in Erwägung 5.1.2 ebenfalls offen gelassen werden. Zur Gleichwertigkeit ist nun aber insbesondere zu bedenken, dass der angestrebte Beruf aufgrund seiner Ausgefallenheit jedenfalls derzeit auf dem Arbeitsmarkt nicht nachgefragt ist, was die Beschwerdeführerin wohl zwingen wird, ihn als selbständig Erwerbende auszuüben, daneben aber, wie sie selbst der IV-Stelle gegenüber einräumte, einer zweiten Tätigkeit nachzugehen, um den Lebensunterhalt fristen zu können. Dass für den Beruf einer Naturheilpraktikerin für tibetische Heilkunde nach einem anfänglich sehr geringen Verdienst überwiegend wahrscheinlich ein erhebliches Einkommenswachstum zu erwarten ist, so dass schliesslich im Sinne von Lehre und Praxis von einer dauerhaften und wesentlichen Verbesserung der Erwerbsmöglichkeit gesprochen werden kann, lässt sich sicherlich nicht sagen und die Belege von Naturheilpraktikerin R. bieten hierfür auch keinen verwertbaren Beweis, zumal Frau R. in einer etwas anderen beruflichen Stellung steht, da sie neben der therapeutischen Tätigkeit auch noch in diesem Fach unterrichtet. Erweist sich ein dauerhaftes und mittelfristig leistungsrelevant ansteigendes Einkommen aus der Tätigkeit als Naturheilpraktikerin tibetische Heilkunde aber als nicht überwiegend wahrscheinlich, so fehlt es dem angestrebten Beruf an der wirtschaftlichen Verwertbarkeit und es ist ihm auch die Gleichwertigkeit im Vergleich zur bzw. zu den erlernten Tätigkeiten abzusprechen. Damit erweist sich die beantragte Umschulungsmassnahme als nicht wirtschaftlich. Zum Aspekt der Verhältnismässigkeit ist nach Ansicht des Gerichts überdies zu bedenken, dass nebst den Ausbildungskosten in der ungefähren Höhe von Fr. 36'000.- auch die Taggelderleistungen ins Gewicht fallen dürften und beim Vergleich mit den zu erwartenden erwerblichen Folgen entsprechend einzubeziehen sind, was auch gegen die Verhältnismässigkeit der beantragten Umschulung spricht.

6. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Beschwerdegegnerin den Anspruch der Beschwerdeführerin auf Umschulung zur Naturheilpraktikerin tibetische Heilkunde zu Recht ablehnte. Abgesehen davon, dass die gesundheitliche Situation in casu weniger eine Umschulung, als vielmehr eine sorgfältige Auswahl eines angemessenen, günstigen beruflichen Umfelds verlangt hätte, die Beschwerdegegnerin in diesem Zusammenhang überdies Unterstützung beispielsweise mit Kursen etc. in Aussicht gestellt hatte, erweist sich auch das Kriterium der Wirtschaftlichkeit der Umschulungsmassnahme vorliegend als nicht gegeben. Jedenfalls muss die wirtschaftliche

Verwertbarkeit des angestrebten Berufs als eher prekär qualifiziert werden und der neuen Tätigkeit ist entsprechend auch die von Lehre und Praxis geforderte Gleichwertigkeit klar abzuspochen. Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet und sie ist vollumfänglich abzuweisen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. Februar 2014 S 2013 140

8.6 Art. 13 Abs. 1 AVIG; Art. 29 GAV Personalverleih

Regeste:

Art. 13 Abs. 1 AVIG; Art. 29 GAV Personalverleih – Kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn die versicherte Person während der Rahmenfrist für die Beitragszeit nicht eine mindestens zwölfmonatige beitragspflichtige Beschäftigung nachweisen kann. Die durch eine Kollektivkrankentaggeldversicherung versicherte Lohnfortzahlung führt nicht zu einer Verlängerung des Arbeitsverhältnisses bei Erkrankung nach Kündigung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber, was dazu führt, dass der versicherten Person lediglich die Beschäftigungszeit während der Dauer des Arbeitsverhältnisses anzurechnen ist, obgleich die Lohnfortzahlungspflicht nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses andauert.

Aus dem Sachverhalt:

Der 1956 geborene L. ist gelernter Bauleiter, Maurerpolier und Bauführer. Während der Jahre 2012 und 2013 arbeitete L. temporär für verschiedene Firmen in seiner Berufsbranche, jeweils vermittelt von verschiedenen Stellenvermittlungsfirmen, so von der E. AG, A. AG, P. AG, J. AG, A. GmbH und zuletzt von der B. AG. Am 15. November 2013 wurde ihm von der B. AG per 22. November 2013 gekündigt, worauf er sich am 18. Februar 2014 beim regionalen Arbeitsvermittlungszentrum des Kantons Zug (RAV Zug) anmeldete. Am 25. Februar 2014 stellte L. bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Zug (ALK Zug) einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung. Mit Verfügung vom 28. März 2014 lehnte die ALK Zug die Anspruchsberechtigung auf Arbeitslosenentschädigung ab 18. Februar 2014 aufgrund Nichterfüllung der Beitragszeit gestützt auf Art. 8 Abs. 1 lit. e AVIG und Art. 13 Abs. 1 AVIG ab. Begründend wurde dargelegt, ihm könnten während der zweijährigen Rahmenfrist vom 18. Februar 2012 bis 17. Februar 2014 lediglich 11 Monate und 12,4 Tage als beitragspflichtige Beschäftigung angerechnet werden. Die dagegen erhobene Einsprache von L. wies die Arbeitslosenkasse des Kantons Zug mit Einspracheentscheid vom 29. April 2014 ab. Zur Begründung wurde im Wesentlichen auf die Verfügung vom 28. März 2014 verwiesen und ergänzend ausgeführt, im Rahmen des temporären Anstellungsverhältnisses bei der A. AG sei L. noch während der Probezeit am 12. Oktober 2012 per 19. Oktober 2012 gekündigt worden. In dieser Konstellation sei Art. 336c Abs. 2

OR anzuwenden, wonach während der Probezeit kein Kündigungsschutz bestehe. Infolge dessen habe die Krankmeldung von L. ab dem 16. Oktober 2012 keine Verlängerung der Kündigungsfrist auslösen können, womit die nachfolgende Lohnfortzahlung bis zum 24. November 2012 ausserhalb des Arbeitsverhältnisses erfolgt sei. Damit seien L. lediglich 23,8 Tage, d.h. die Beitragstage vom 20. September bis zum 12. Oktober 2012 anzurechnen (7 Arbeitstage im September 2012 und 10 Tage im Oktober 2012 = $17 \times 1,4 = 23,8$). Im Übrigen seien von den ab 18. Oktober 2012 geleisteten Lohnfortzahlungen keine Sozialversicherungsabzüge (= nichtpflichtige Lohnsumme) abgezogen worden.

Mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug vom 11. Mai 2014 beantragte L. sinngemäss die Aufhebung des Einspracheentscheids vom 29. April 2014 und er machte geltend, die Mindestbeitragszeit sei als erfüllt anzusehen.

Aus den Erwägungen:

(...)

4.2.3 Der Beschwerdeführer machte schon in seiner Einsprache wie auch im vorliegenden Verfahren geltend, das Arbeitsverhältnis habe sich aufgrund seiner Krankheit während der Kündigungsfrist bis zum 24. November 2012 verlängert, was u.a. mit der Arbeitgeberbescheinigung der A. AG vom 13. Dezember 2012 respektive dem darin aufgeführten AHV-pflichtigen Gesamtverdienst in der Höhe von Fr. 12'588.40 bestätigt werde, so dass er unter Anrechnung dieser Tage die notwendige Beitragszeit von mindestens 12 Monaten nachweisen könne und Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe.

5. Im Folgenden gilt es somit zu prüfen, ob das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers mit der A. AG per 19. Oktober 2012 geendet oder ob es sich, wie vom Beschwerdeführer behauptet, aufgrund seiner Krankheit während der Kündigungsfrist bzw. wegen der Lohnfortzahlung verlängert hat.

5.1 Dem Einsatzvertrag zwischen der A. AG und dem Beschwerdeführer vom 19. September 2012 kann entnommen werden, dass dieser zusammen mit dem Rahmenarbeitsvertrag, von welchem der temporäre Mitarbeiter ein Exemplar erhalten, gelesen und verstanden habe, den Arbeitsvertrag bilde. Die Einsatzfirma sei die V. AG und er werde als Polier-Tiefbau mit Beginn am 20. September 2012 eingesetzt. Poliere und Werkmeister seien nur «FAR»-unterstellt und es gebe für diese keine AVE (Allgemeinverbindlicherklärung). Die vorgesehene Einsatzdauer betrage maximal drei Monate. Der Vertrag sei innert sieben Tagen, jeweils von Freitag auf Freitag kündbar. Ab dem siebten Monat des ununterbrochenen Einsatzes betrage die Kündigungsfrist dann einen Monat (vgl. ALK-act. 6).

5.2 Mit Schreiben vom 19. September 2013 bestätigte die tempservice GAV Personalverleih, dass die A. AG dem Gesamtarbeitsvertrag (GAV) Personalverleih seit dessen Inkrafttreten am 1. Januar 2012 unterstellt sei (vgl. Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den Personalverleih vom 13. Dezember 2011). Die A. AG ist zudem Verbandsmitglied, womit sämtliche Artikel des GAV Personalverleih zur Geltung kommen (vgl. VwGer-act. 8).

5.3 Gemäss Art. 335b Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR; SR 220) kann das Arbeitsverhältnis während der Probezeit jederzeit mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen gekündigt werden; als Probezeit gilt der erste Monat eines Arbeitsverhältnisses. Absatz 2 dieser Bestimmung hält fest, dass durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag abweichende Vereinbarungen getroffen werden können; die Probezeit darf jedoch auf höchstens drei Monate verlängert werden. Gemäss Art. 10 Abs. 2 GAV Personalverleih gelten für Arbeitnehmende mit einem auf bestimmte Zeit lautenden Vertrag – wie hier im vorliegenden Fall – die ersten zwei Drittel als Probezeit, maximal aber drei Monate.

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses (mit Beginn am 20. September 2012) vom Freitag, 12. Oktober 2012 per Freitag, 19. Oktober 2012 ist damit korrekt bzw. nicht zur Unzeit erfolgt und blieb zu Recht vom Beschwerdeführer unbestritten. Damit endete das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers mit der A. AG am 19. Oktober 2012. Dass der Beschwerdeführer vom 16. bis 19. Oktober 2012 aufgrund einer Krankheit an der Arbeit verhindert war und ihm über den 19. Oktober 2012 hinaus bis am 24. November 2012 Lohn bezahlt wurde, ändert – wie in den folgenden Ausführungen gezeigt wird – nichts an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses per 19. Oktober 2012. Gemäss bundesgerichtliche Rechtsprechung wird nämlich bei Abschluss einer Kollektivtaggeldversicherung durch den Arbeitgeber davon ausgegangen, dass eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die darüber hinausgehende Lohnfortzahlungspflicht nicht hinausgeschoben wird. Anders verhält es sich, wenn keine Versicherung, sondern lediglich eine blosser Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin vereinbart ist. Weil es sich diesfalls um Lohn handelt, muss im Zweifelsfall angenommen werden, dass die Lohnfortzahlungspflicht den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses voraussetzt (vgl. Urteil 4C.315/2006 vom 10. Januar 2007, Erw. 3.1).

Im vorliegenden Fall handelt es sich bei der Lohnfortzahlung der A. AG ab dem 18. Oktober bis 24. November 2012 um eine durch eine Kollektivkrankentaggeldversicherung versicherte Lohnfortzahlung, und zwar ungeachtet dessen, dass in der Lohnabrechnung November 2012 für die Zeit vom 18. Oktober bis 14. November 2012 von «Lohnfortzahlung Krankheit» und erst ab dem 15. bis 24. November 2012 von «Krankentaggeld» die Rede ist (vgl. BF-act. 4 und 5). Gemäss Art. 29 Abs. 1 GAV Personalverleih war die A. AG nämlich verpflichtet, die dem GAV Personalverleih unterstellten Arbeitnehmenden kollektiv für ein Taggeld von 80 % des

wegen Krankheit ausfallenden, der normalen vertraglichen Arbeitszeit entsprechenden zuletzt bezahlten Lohnes zu versichern. Es darf gestützt auf die oben genannten Lohnabrechnungsblätter davon ausgegangen werden, dass die A. AG beim Abschluss der Kollektivtaggeldversicherung von dem in Art. 29 Abs. 2 lit. b GAV Personalverleih genannten möglichen Leistungsaufschub (aufgeschobenes Krankentaggeld) unter Einhaltung von zwei Karenztagen (Art. 29 Abs. 3 lit. b GAV Personalverleih) Gebrauch gemacht hat. Demnach muss nämlich der Betrieb während der Aufschubzeit (i.c. vermutlich einen Monat) 80 % des wegen Krankheit ausfallenden Lohnes selbst entrichten (im Gegenzug dafür fällt die Versicherungsprämie für den Betrieb wohl günstiger aus). Auch wenn also die A. AG diese Lohnfortzahlung selbst entrichtet hat, handelt es sich nicht um eine mit dem Beschwerdeführer vereinbarte blosser Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin, sondern ganz klar um eine im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (siehe oben) durch die Krankentaggeldversicherung versicherte Lohnzahlung. Damit vermochte die vorliegend über den 19. Oktober 2012 hinausgehende Lohnfortzahlung der A. AG die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht hinauszuschieben. Daran vermag letztlich auch die vom Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren eingereichte Arbeitgeberbestätigung der A. AG vom 13. Dezember 2012, in welcher in Ziffer 12 und 15 von Hand bzw. maschinengeschrieben das ursprüngliche Datum vom 19. Oktober 2012 auf den 24. November 2012 abgeändert wurde, nichts zu ändern, zumal nicht klar ist, ob diese Änderung vom Beschwerdeführer selber oder von der A. AG vorgenommen wurde.

Stand der Beschwerdeführer demnach ab dem 20. Oktober 2012 nicht mehr in einem Arbeitsverhältnis, kann ihm für die Zeit vom 20. Oktober bis 24. November 2012 auch keine Beitragszeit angerechnet werden.

(...)

5.4 Aufgrund des Gesagten ist festzuhalten, dass dem Beschwerdeführer aus dem Arbeitsverhältnis mit der A. AG lediglich die Beschäftigungszeit vom 20. September 2012 bis zum 19. Oktober 2012 – wie von der Beschwerdegegnerin mit ihrer Eingabe vom 25. August 2014 zu Recht korrigiert wurde (vgl. Erw. 3.2 und 4.2.2) – als Beitragszeit anzurechnen ist. Damit erweist sich auch die von der Beschwerdegegnerin berechnete Beitragszeit von insgesamt elf Monaten und 19,4 Tagen als rechtens.

5.5 Zusammenfassend liegt damit die vom Beschwerdeführer in der massgebenden Rahmenfrist insgesamt generierte Beitragszeit unter 12 Monaten, womit die Mindestbeitragszeit nicht erfüllt ist.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 23. Oktober 2014 S 2014 62

8.7 Art. 25 Abs. 1 KVG, Art. 26 KVG und Art. 32 Abs. 2 KVG; Art. 13d KLV

Regeste:

Art. 25 Abs. 1 KVG, Art. 26 KVG und Art. 32 Abs. 2 KVG; Art. 13d KLV – Liegt im Zeitpunkt der prospektiven Risikenbeurteilung nach der Durchführung einer konventionellen Chromosomenanalyse keine auffällige Karotypisierung (Abweichung vom normalen Chromosomensatz) vor, ist eine Leistungspflicht für eine zusätzliche Reihen-Hybridisierung unter dem Aspekt der Kriterien «Wirksamkeit, Zweckmässigkeit, Wirtschaftlichkeit» zu verneinen.

Aus dem Sachverhalt:

Die bei der X. Krankenkassen AG (in der Folge X. genannt) obligatorisch krankenpflegeversicherte A., Jahrgang 1979, war in der 10.+4-Woche schwanger als bei ihr im August 2012 eine Chorionzottenbiopsie durchgeführt wurde. Die Proben aus der Chorionzottenbiopsie wurden anschliessend u.a. einer molekulargenetischen Analyse – einer sogenannten Reihen-Hybridisierung – unterzogen. Mit Verfügung vom 25. April 2013 lehnte die X. die entsprechende Kostenübernahme dieser Reihen-Hybridisierung ab. Ihre Entscheidung begründete sie damit, gemäss Art. 12d KLV (Massnahmen zur frühzeitigen Erkennung von Krankheiten bei bestimmten Risikogruppen) sei eine genetische Untersuchung nur unter bestimmten Voraussetzungen eine Pflichtleistung der Krankenversicherer. Die verbreiterte Nackentransparenz falle nicht unter diese Bestimmungen. Ebenfalls sei diese genetische Untersuchung nicht bei den besonderen Leistungen bei Mutterschaft Art. 13 KLV aufgeführt.

Die dagegen erhobene Einsprache wies die X. mit Entscheid vom 8. November 2013 ab. Zur Begründung wurde im Wesentlichen dargelegt, die bei der Versicherten durchgeführte Reihen-Hybridisierung sei im Zeitpunkt der Vornahme (Befunddatum 16. August 2012) in der Analyseliste (AL) vom 1. Januar 2012 enthalten gewesen (vgl. Anhang 3 KLV Ziff. 2.2.1.3 Molekulare Zytogenetik, Position 2018.05): Reihen-Hybridisierung in situ oder genomisch, konstitutioneller Karyotyp oder maligne Hä-mopathien, pauschal für 8 oder mehr Sonden. In der Analyseliste seien die kassenpflichtigen Analysen abschliessend aufgezählt (K55/05). Nur die in Art. 12 KLV aufgeführten genetischen Tests zur Krankheitsfrüherkennung seien kassenpflichtig (K 92/04 = RKUV 2005 KV 316 31, 33 Erw. 3.1; Gebhard Eugster, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, 2010, Art. 25 Rz 43). Im Folgenden wurde auf verschiedene gesetzliche Bestimmungen wie Art. 25 Abs. 1, Art. 56 Abs. 1 und Art. 26 KVG i.V.m. Art. 12-12e KLV etc. hingewiesen und die Rechtslage wie folgt zusammengefasst: Die durchgeführten Analysen könnten aus zwei Gründen als Pflichtleistung gelten, nämlich einerseits als pränatal durchgeführte Analyse aus Proben einer Amniozentese oder Chorionbiopsie bei einer Schwangeren unter 35 Jahren mit einem

Risiko von 1:380 oder höher, dass beim Kind eine ausschliesslich genetisch bedingte Erkrankung bestehe, wobei der Analyse erst ein umfassendes und dokumentiertes Aufklärungs- und Beratungsgespräch vorangehen müsse und andererseits bei einer Risikoschwangerschaft, wenn die Untersuchung nach klinischem Ermessen und Art. 32 Abs. 1 KVG gerechtfertigt sei. Hingegen seien (in beiden Fällen) Analysen von der Kostenübernahme ausgeschlossen, bei denen schon zum Zeitpunkt der Anordnung feststehe, dass das Resultat keine medizinisch-therapeutische Konsequenzen habe. Die Versicherte mache das Vorliegen einer Risikoschwangerschaft (Schwangerschaftswoche 10+4, auffällige Nackentransparenz von 3,2 mm, auffälliges Ersttrimester Screening, Alter von 33 Jahren) geltend. Dazu sei festzuhalten, dass die Qualifikation der Schwangerschaft bei der Versicherten als Risikoschwangerschaft nicht fachärztlich bescheinigt sei. Dazu liege auch keine ärztliche Stellungnahme vor, die ein klinisches Ermessen begründe. Aus diesem Grund könne keine Leistungspflicht abgeleitet werden. Betreffend dem zweiten möglichen Grund, einem Risiko von 1:380 oder höher, dass beim Kind eine ausschliesslich genetisch bedingte Erkrankung bestehe, seien Angaben gemacht worden. Auf Anfrage des Vertrauensarztes der X. habe Dr. B. mit Schreiben vom 7. Januar 2013 ausgeführt, dass bei der 33-jährigen Schwangeren in der 10+4 Schwangerschaftswoche (SSW) eine verbreiterte Nackentransparenz von 3,2 mm diagnostiziert worden sei. Die konventionelle Karyotypisierung habe einen numerisch und grobstrukturell unauffälligen Karyotyp ergeben. Bei diesen Feten, so Dr. B., bestehe ein erhöhtes Risiko für genetische Syndrome, welche mit der konventionellen Karyotypisierung nicht diagnostiziert werden könnten. Das am häufigsten vorkommende Syndrom sei das Noonan-Syndrom, welches bei bis zu 40% aller Feten mit einer verbreiterten Nackentransparenz und unauffälligem konventionellem Karyotyp diagnostiziert werde. Weiter habe Dr. B. mitgeteilt, dass kein vollständiger Ersttrimestertest durchgeführt worden sei. Dieser gebe bei einer Nackentransparenz von 3,2 mm kaum zusätzliche Informationen. Aufgrund des Alters und der Nackenfalte habe im Zeitpunkt des Ultraschalls das Risiko für eine Trisomie 21 1:5 bestanden. Für die durchgeführten notwendigen Untersuchungen sei aber die Höhe der Nackenfalte entscheidend gewesen. Trotz Nachfrage habe Dr. B. keine weitere Stellungnahme abgegeben. Gemäss ihrem Vertrauensarzt Dr. K. werde empfohlen, dass neben dem Ausmass der Nackenfalte auch zusätzliche Ultraschallmarker vorhanden sein müssten. Ebenso habe Prof. P. vom Institut für medizinische Genetik der Universität Zürich erklärt, dass nur Fälle mit persistierender Nackentransparenz (NT), in denen eine Verlaufskontrolle notwendig sei, abgeklärt werden sollten. Ohne Verlaufskontrolle unter Ausschluss der anderen Differentialdiagnosen resp. bei isolierter NT, die nicht massiv sei (die Chance für einen harmlosen Zufallsbefund sei hoch), sei die Ablehnung gerechtfertigt. Solche Untersuchungen würden zudem oft im Rahmen einer Studie durchgeführt. Diese Verlaufskontrolle, welche eine persistierende NT nachgewiesen und die geforderten Zusatzbefunde dokumentiert hätte, liege hier nicht vor. Auch sei die NT mit 3,2 mm nicht so hoch, dass man von einer deutlich erhöhten NT sprechen könnte. Bevor also eine teure Genanalyse durchgeführt werde, sei als Ausfluss aus dem Wirtschaftlichkeitsprinzip eine Verlaufskontrolle mittels Ultraschall vorzunehmen,

um den Verdacht zu erhärten. Diese Verlaufskontrolle müsse dokumentiert werden (Art. 13 lit. d KLV) und liege hier nicht vor. Sie stehe solchen Tests nicht per se ablehnend gegenüber, habe hier aber trotz wiederholter Anfrage keine Angaben des behandelnden Arztes dazu erhalten, womit die Notwendigkeit des Tests nicht durch klinische Daten habe erhärtet werden können.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 4. Dezember 2013 beantragte A. sinngemäss, es sei der Einspracheentscheid vom 8. November 2013 aufzuheben und es sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, die Kosten für die Reihen-Hybridisierung von Fr. 2'800.- sowie die gemäss Art. 45 ATSG entstandenen Abklärungskosten zu übernehmen.

Aus den Erwägungen:

(...)

4.

4.1 Im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung haben die anerkannten Krankenkassen die Kosten für die Leistungen gemäss Art. 25–31 KVG nach Massgabe der in Art. 32–34 KVG festgelegten Voraussetzungen zu übernehmen (Art. 24 KVG). Die Leistungen gemäss Art. 25–31 KVG umfassen einerseits solche, die der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen (Art. 25 Abs. 1 KVG), wozu nach dem Leistungskatalog des Art. 25 Abs. 2 KVG auch die ärztlich verordneten Analysen gehören (Art. 25 Abs. 2 lit. b KVG). Andererseits übernimmt die obligatorische Krankenpflegeversicherung u.a. die Kosten für bestimmte Untersuchungen zur frühzeitigen Erkennung von Krankheiten sowie für vorsorgliche Massnahmen zugunsten von Versicherten, die in erhöhtem Masse gefährdet sind (Art. 26 Abs. 1 KVG). Dabei handelt es sich – dem Titel zu Art. 26 KVG entsprechend – um Massnahmen der medizinischen Prävention. Sie werden von einem Arzt oder einer Ärztin durchgeführt.

Die diagnostischen Massnahmen gemäss Art. 25 Abs. 1 KVG unterscheiden sich von den Untersuchungen zur Früherkennung von Krankheiten im Sinne von Art. 26 KVG dadurch, dass Erstere stets im Zusammenhang mit der Untersuchung oder Behandlung einer manifesten Erkrankung oder eines konkreten Krankheitsverdachts stehen. Für diagnostische Massnahmen besteht daher im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung eine Leistungspflicht nur dann, wenn das versicherte Risiko (Gesundheitsstörung) entweder bereits eingetreten ist oder mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit einzutreten droht. Demgegenüber haben präventive Massnahmen zur Früherkennung von Krankheiten zum Ziel, ein gesundheitliches Risiko aufzudecken, bevor es eintritt oder einzutreten droht. Sie sind deshalb von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung unabhängig vom Vorliegen einer Krankheit

oder eines Krankheitsverdachts zu übernehmen (Urteil des Bundesgerichts K 55/05 vom 24. Oktober 2005 Erw. 1.1).

4.2 Die Leistungen nach Art. 25–31 KVG müssen wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein. Die Wirksamkeit muss nach wissenschaftlichen Methoden nachgewiesen sein (Art. 32 Abs. 1 KVG). Die Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der Leistungen werden periodisch überprüft (Art. 32 Abs. 2 KVG). Rechtstechnisch sieht das KVG zur Verwirklichung der für das Leistungsrecht der obligatorischen Krankenpflegeversicherung fundamentalen Prinzipien der wissenschaftlich nachgewiesenen Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit ein Listensystem mit Positiv- und Negativlisten vor.

4.3 Gemäss Art. 52 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 KVG erlässt das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) nach Anhören der zuständigen Kommission und unter Berücksichtigung der Grundsätze der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit (Art. 32 Abs. 1 KVG) sowie des allgemein gültigen Ziels einer qualitativ hochstehenden und zweckmässigen gesundheitlichen Versorgung zu möglichst günstigen Kosten (Art. 43 Abs. 6 KVG) eine Liste der im Rahmen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu übernehmenden Analysen mit Tarif. Diese Liste gehört unter dem Titel Analysenliste als Anhang 3 zur Verordnung über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (KLV [SR 832.112.31]; Art. 28 Abs. 1 KLV) und wird in der Regel jährlich herausgegeben (Art. 60 der Verordnung über die Krankenversicherung, KVV [SR 832.102], in Verbindung mit Art. 28 Abs. 2 KLV). Bei der Analysenliste handelt es sich um eine Positivliste (Urteil des Bundesgerichts K 55/05 vom 24. Oktober 2005, Erw. 1.2.2). Gemeinsames Merkmal der im krankenversicherungsrechtlichen Listensystem vorgesehenen Positivlisten ist, dass ihnen verbindlicher und abschliessender Charakter zukommt, weil die Krankenversicherer gemäss Art. 34 Abs. 1 KVG keine anderen Kosten als diejenigen für Leistungen nach den Art. 25–33 KVG übernehmen dürfen. Diese gesetzliche Ordnung schliesst die Übernahme der Kosten von nicht auf einer Positivliste aufgeführten Leistungen grundsätzlich aus (Urteil des Bundesgerichts K 55/05 vom 24. Oktober 2005 Erw. 1.3 mit Hinweisen).

Die bei der Beschwerdeführerin durchgeführte Reihen-Hybridisierung war im Zeitpunkt der Vornahme (August 2012) in der AL enthalten (vgl. Anhang 3 KLV Ziff. 2.2.1.3 Molekulare Zytogenetik, Position 2018.05).

4.4 Die Leistungspflicht für diagnostische Massnahmen endet dort, wo die Therapie feststeht oder keine mehr möglich ist (Gebhard Eugster, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die Krankenversicherung [KVG], Zürich 2010, Art. 25 Rz 1). Diagnostische Massnahmen, die prognostisch beurteilt ohne therapeutische Konsequenzen für den Patienten sind, stellen grundsätzlich keine Pflichtleistungen dar, weil sie dadurch unwirtschaftlich sind (Geb-

hard Eugster, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Bd. XIV: Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Basel 2007, Rz 320). Dies wird ausdrücklich in den einleitenden Bemerkungen der hier anwendbaren Analysenliste vom 1. Januar 2012 festgehalten. Im Rahmen der Änderung per 1. Januar 2013 sind gestützt auf einen entsprechenden Vorschlag des Bundesamtes für Gesundheit vom 10. Juli 2012 in den einleitenden Bemerkungen zur Analysenliste nun positiv formulierte Bedingungen umschrieben worden, unter denen Analysen übernommen werden. Danach gilt Folgendes: «Die Diagnostik hat mit einer akzeptablen Wahrscheinlichkeit die Konsequenz, dass sie einen Entscheid über Notwendigkeit und Art einer medizinischen Behandlung oder eine richtungsgebende Änderung der bisher angewendeten medizinischen Behandlung oder eine richtungsgebende Änderung der notwendigen Untersuchungen (z. B. zur rechtzeitigen Verhütung, Erkennung oder Behandlung von typischerweise zu erwartenden Komplikationen) oder einen Verzicht auf weitere Untersuchungen von typischerweise zu erwartenden Krankheitsformen, Folgeerkrankungen oder Beschwerden zur Folge hat. Analysen, bei denen schon zum Zeitpunkt der Anordnung feststeht, dass das Resultat keine der oben erwähnten Konsequenzen hat, sind von der Kostenübernahme ausgeschlossen». Es spricht nichts dagegen, diese Umschreibung der Voraussetzungen für eine Vergütung von Analysen auch im vorliegenden Fall zur Beurteilung hinzuzuziehen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_1011/2012 vom 18. April 2013 Erw. 2.3.2).

(...)

8.3 (...)

Die Beschwerdegegnerin vertritt vorliegend den Standpunkt, dass sie die Kosten für diese Reihen-Hybridisierung in der Höhe von Fr. 2'800.– nicht zu übernehmen habe, habe dafür keine medizinische Indikation bestanden. Die Notwendigkeit des Tests habe durch klinische Daten nicht erhärtet werden können. Bevor eine teure Genanalyse durchgeführt werde, sei als Ausfluss des Wirtschaftlichkeitsprinzips eine Verlaufskontrolle mittels Ultraschall vorzunehmen, um den Verdacht zu erhärten. Die Beschwerdeführerin ist gestützt auf die Ausführungen von Prof. Dr. R. indessen der Ansicht, dass nicht nur die Chorionbiopsie sondern auch die Reihen-Hybridisierung unter Art. 13d KLV bzw. unter Leistungen in der Analysenliste auf welche der genannte Artikel verweise, falle. In beiden Fällen sei die Risikoschwangerschaft ausschlaggebend. In ihrem Fall habe gemäss Prof. Dr. R. nicht ausreichend Material für die Analyse zur Verfügung gestanden, weshalb die Reihen-Hybridisierung notwendig geworden sei.

8.4 Der Ansicht der Beschwerdeführerin, auch die Reihen-Hybridisierung falle unter Art. 13d KLV, kann grundsätzlich nicht gefolgt werden, hat doch die Versicherung gemäss Art. 13d KLV lediglich die dort aufgeführten beiden Kontrolluntersuchungen, namentlich die Amniozentese und die Chorionbiopsie, zu übernehmen. Soweit in Art. 13d KLV auf Laboranalysen gemäss Analysenliste (AL) (als Voraussetzung) ver-

wiesen wird, ist dies dahingehend zu verstehen, dass vor Durchführung einer dieser Massnahmen u.a. eine Laboranalyse, wie sie eben im synlab Zürich, Kilchberg am 27. Juli 2012 gemacht wurde (vgl. Erw. 6.2 hiervor; Bluttest für pränatale Risiko-Berechnung), vorliegt.

9. Wie den Akten und den Ausführungen in Erw. 8 oben zu entnehmen ist, können die bei der Biopsie entnommenen Chorionzotten im Labor verschiedenen Analysen unterzogen werden. Zwar figurieren die vom Institut für Medizinische Genetik durchgeführten Analysen allesamt auf der Analysenliste (Anhang 3 zur KLV) (vgl. Erw. 6.1 und 6.3 oben). Dass die Beschwerdegegnerin die erste Analyse vom 3. August 2012, d.h. die Kosten für die Chromosomenanalyse mit FISH-Analysen bezüglich Trisomie 21, 18, 13 und Monosomie X in der Höhe von Fr. 742.– übernommen hat, ist wie bereits ausgeführt (vgl. Erw. 6.2 oben: wäre eine Chorionbiopsie ohne weitere Untersuchung schliesslich sinnlos) nachvollziehbar, zumal sich eine solche Analyse kostenmässig im Rahmen hält. Ob die zweite Analyse, d.h. die hier strittige Reihen-Hybridisierung, denn auch von der Beschwerdegegnerin zu übernehmen ist, ist unter dem Aspekt der WZW-Kriterien zu prüfen. Bei dieser für die spezielle Anwendung der Analysenliste spezifischen Umsetzung der WZW-Kriterien ist von einer prospektiven Betrachtungsweise, einer Beurteilung ex ante auszugehen.

9.1 Dass eine Reihen-Hybridisierung im Falle einer Risikoschwangerschaft wirksam ist, wird von niemandem bestritten. Falsch ist sodann die Behauptung der Beschwerdegegnerin, dass die Beschwerdeführerin aus den Erkenntnissen der Genanalyse resp. einer Diagnose im vorliegenden Fall keine Konsequenz aufzeigen könne und dass die Analyse nicht auf einen bestimmten Zweck hin durchgeführt worden sei. Der Zweck einer Reihen-Hybridisierung ist natürlich der, mit grösstmöglicher Sicherheit zu erkennen, ob beim Ungeborenen eine chromosomale Aberration vorliegt oder nicht. Im Falle eines positiven Untersuchungsbefundes kann sich die Schwangere als Alternative zur Annahme des Kindes mit seiner Besonderheit für eine nachgeburtliche Freigabe des Kindes zur Adoption bzw. die nachgeburtliche Abgabe des Kindes in eine Pflegefamilie/ ein Heim oder für einen Schwangerschaftsabbruch entscheiden. Gestützt auf das Schreiben von Dr. I. vom 30. Juli 2012 muss davon ausgegangen werden, dass sich die Beschwerdeführerin bereits mit dem Gedanken eines allfälligen Schwangerschaftsabbruches auseinandergesetzt hatte, bat doch der Gynäkologe seine Kollegen an der Universitätsfrauenklinik Zürich bei einer bestätigten chromosomalen Aberration und aufgrund seiner Ferienabwesenheit um eine allfällige sogleich durchzuführende «Interruptio graviditatis».

9.2 Es stellt sich jedoch unweigerlich die Frage, ob denn mit dem Vorliegen des Ergebnisses aus der ersten Analysen vom 3. August 2012 (Chromosomenanalyse mit FISH-Analysen) der oben beschriebene Zweck nicht bereits erreicht und damit die Reihen-Hybridisierung gar nicht notwendig bzw. medizinisch nicht indiziert war.

9.2.1 Dem Bericht des Instituts für Medizinische Genetik vom 3. August 2012 (vgl. Erw. 6.3) ist zu entnehmen, dass aus der Chorionzottenbiopsie zu wenig Material vorgelegen habe, und der grösste Teil davon zudem mütterlich gewesen sei. Die trotzdem durchgeführte Kurzzeitkultur mit nur 10 Metaphasen habe einen männlichen Chromosomensatz ergeben, der auf dem angegebenen Bandniveau keine numerischen und grobstrukturellen Veränderungen angezeigt habe. Wegen der geringen Anzahl Metaphasen hätten sie auch eine FISH-Analyse durchgeführt und es habe sich dabei kein Hinweis auf eine Mosaik-Trisomie 21, 18, 13 und eine Mosaik-Monosomie X ergeben. Eine genauere Analyse bezüglich struktureller Aberrationen erfolge nach Langzeitkultur, worüber ein gesonderter Bericht erstellt werde. Wie dem zweiten Bericht vom 16. August 2012 indes zu entnehmen ist, wurde offensichtlich sogleich eine Reihen-Hybridisierung vorgenommen. Diese habe eine weitaus höhere Aussagekraft als eine konventionelle Chromosomenanalyse nach Langzeitkultur und erfasse unter anderem auch klassische Mikrodeletionssysteme.

9.2.2 Die Behauptung der Beschwerdeführerin, der Grund für die Reihen-Hybridisierung sei gewesen, dass zu wenig kindliches Material aus der Chorionbiopsie vorgelegen habe, kann nicht gehört werden. Aus den Berichten geht klar hervor, dass es lediglich um eine noch genauere Analyse ging. Hätte das Institut für Medizinische Genetik mit dem bei der Chorionbiopsie entnommenen Material keine aussagekräftigen Analysen durchführen können, was aus dem Bericht indes nicht hervorgeht, so hätte in vorgängiger Risikoabwägung und Besprechung mit der Schwangeren allenfalls eine erneute Chorionbiopsie mit mehr Materialentnahme stattfinden müssen. Allein aufgrund der Berichte des Instituts für Medizinische Genetik wird jedoch klar, dass der Zweck mittels der ersten konventionellen Chromosomenanalyse, d.h. die Feststellung, ob aufgrund der vorliegenden Risikoschwangerschaft (berechnetes Risiko aufgrund aller Daten $> 1:50$ für Trisomie 21) eine auffällige Karotypisierung (Abweichung vom normalen Chromosomensatz) vorliegt oder nicht, erreicht war. Ohne bei der Beschwerdeführerin bzw. deren behandelndem Arzt rückzufragen, hat das Institut für Medizinische Genetik eine Reihen-Hybridisierung, welche als aufwändigere und somit teurere Analyse noch ein genaueres Resultat zu ermitteln vermag, vorgenommen. Grund dafür gab es indes offensichtlich keinen, waren doch die Ergebnisse aus der konventionellen Chromosomenanalyse, die von der Krankenkasse im Zusammenhang mit der in Art. 13d KLV als Kontrolluntersuchung genannten Chorionbiopsie bei Vorliegen einer Risikoschwangerschaft übernommen wird, negativ. Fraglich ist auch, weshalb nicht zuerst die noch im Bericht vom 3. August 2012 angekündigte, konventionelle Chromosomenanalyse nach Langzeitkultur vorgenommen wurde.

Anders wäre allenfalls zu entscheiden, wenn die erste Analyse, d.h. die konventionelle Chromosomenanalyse, positiv ausgefallen wäre, mit anderen Worten die FISH-Analysen bezüglich Trisomie 18, 21 und 13 auffällig gewesen wären. Dass in diesem Falle weitere Abklärungen hätten vorgenommen werden wollen, ist aus

Sicht des behandelnden Arztes und vor allem einer Schwangeren nachvollziehbar. Aber auch in diesem Falle wäre eine Reihen-Hybridisierung unter Umständen nicht gerechtfertigt gewesen, hätte doch – wie von der Beschwerdegegnerin geltend gemacht – bis zum nächsten Ultraschall zugewartet und je nach Nackentransparenzmessung dannzumal weitere Schritte vorgenommen werden können. Dieser Frage ist jedoch nicht abschliessend zu klären, lag in casu – wie gesagt – ein negatives Resultat vor, so dass die Beschwerdeführerin bereits mit dem Resultat aus der konventionellen Chromosomenanalyse mit grosser Wahrscheinlichkeit davon ausgehen durfte, dass ihr Kind gesund sein würde. Die Beschwerdeführerin hätte sich allein schon mit diesem Abklärungsergebnis für die Fortführung der Schwangerschaft entscheiden können. Aus Sicht der Beschwerdeführerin ist es in casu indes durchaus nachvollziehbar, dass ihr die noch genauere Analyse der Reihen-Hybridisierung eine noch höhere Sicherheit – in ihrem Fall ein gesundes Kind zu bekommen – gab. Dass die Kosten für diese noch genauere Analyse im vorliegenden Fall von der Krankenversicherung zu tragen wäre, geht jedoch nicht an, war die Reihen-Hybridisierung nach Vorliegen der negativen Ergebnisse aus der konventionellen Chromosomenanalyse klar nicht indiziert, mithin in keiner Weise wirtschaftlich.

9.2.3 Soweit Prof. Dr. med. R. am 21. November 2013 die durchgeführte Reihen-Hybridisierung damit rechtfertigt, dass nach Vorliegen eines unauffälligen Resultats bei der konventionellen Chromosomenanalyse weiterhin ein erhöhtes Risiko für submikroskopische Chromosomenstörungen, welche nur mittels Reihen-Hybridisierung detektiert werden könnten, bestanden habe, ist dies aus Sicht einer medizinischen Genetikerin, die Analysen mit bestmöglicher Aussagekraft (und dies letztlich auch aus Sicht der Forschung) will, zwar durchaus verständlich, aus sozialversicherungsrechtlichen Überlegungen, wo es um rein zweckmässige und nicht optimale Ergebnisse geht, indes nicht opportun. Die vorliegend durchgeführte Reihen-Hybridisierung geht klar nicht auf Kosten der Krankenversicherung. Im vorliegenden Fall geht es Prof. Dr. med. R. offensichtlich auch darum, die von ihr – ohne mit der Beschwerdeführerin bzw. dem behandelnden Arzt Rücksprache genommen zu haben – durchgeführte, teure Reihen-Hybridisierung aus persönlichen Gründen zu rechtfertigen, was allenfalls auch die gegenteilige Meinung ihrer Kollegin Prof. Dr. med. P. erklärt. Und schliesslich bleibt festzustellen, dass ein Restrisiko, dass das Ungeborene trotz Kontrolluntersuchungen weitere Krankheiten haben könnte oder dass in den weiteren Schwangerschaftswochen etwas schief laufen könnte, bei jeder Schwangerschaft vorliegt und letztlich jede Schwangere selber zu tragen hat.

9.3 Nach dem Gesagten hat zusammenfassend mit der Beschwerdegegnerin als erstellt zu gelten, dass die Reihen-Hybridisierung im konkreten Einzelfall im Zeitpunkt der Durchführung aus prospektiver und objektiver Sicht nicht notwendig, d.h. medizinisch indiziert, und somit auch nicht wirtschaftlich im Sinne des Gesetzes war. Damit ist die erfolgte Leistungsverweigerung der Beschwerdegegnerin gesetzeskonform. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. Mai 2014 S 2013 179

8.8 Art. 32 Abs. 1 KVG

Regeste:

Art. 32 Abs. 1 KVG – Sind im Zeitpunkt der prospektiven Risikenbeurteilung hinsichtlich einer Kostengutsprache für eine Kniearthroskopie im ambulanten oder aber im stationären Rahmen keine besonderen gesundheitlichen Risiken bekannt, ist eine Spitalbedürftigkeit unter dem Aspekt der Kriterien «Wirksamkeit, Zweckmässigkeit, Wirtschaftlichkeit» zu verneinen.

Aus dem Sachverhalt:

I., Jahrgang 1946, litt unter einer Meniskusläsion rechts und sollte sich am 29. November 2012 und unter stationären Bedingungen in der Klinik Y. in N. einer Kniearthroskopie unterziehen. Im Rahmen der Klärung der Kostengutsprache durch die Krankenkasse X. (in der Folge X. genannt) wurde seitens der Versicherten und zur Begründung für den Akut-Spitalaufenthalt darauf hingewiesen, dass es sich bei ihr um eine Risikopatientin handle, dass sie unter Hypertonie leide, einen erhöhten BMI aufweise und auch bereits in fortgeschrittenem Alter sei. Der Vertrauensarzt der X. erachtete den stationären Aufenthalt für die Durchführung der Arthroskopie gleichwohl als nicht erforderlich und am 19. Dezember 2012 lehnte die X. die Übernahme der Kosten für den Spitalaufenthalt ab. Die am 8. Januar 2013 erfolgte und mit Schreiben des behandelnden Arztes, Dr. B., gleichentags begründete Einsprache, mit welcher darauf hingewiesen wurde, dass bereits 2009 eine Arthroskopie unter stationären Bedingungen habe erfolgen müssen, wurde mit Entscheid 25. Juli 2013 abgewiesen. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, die Indikation für eine Kniearthroskopie werde nicht in Abrede gestellt. Allerdings würden die medizinischen Unterlagen die Notwendigkeit eines stationären Aufenthalts bzw. eine Spitalbedürftigkeit nicht belegen. Auch die vorbestehenden Pathologien sprächen nicht für eine Spitalbedürftigkeit. Da die Arthroskopie auch ambulant hätte durchgeführt werden können, würden die Kosten für den stationären Aufenthalt im Betrage von Fr. 9'888.45 nicht übernommen.

Aus den Erwägungen:

(...)

3.

3.1 Die obligatorische Krankenversicherung übernimmt nach Art. 24 KVG die Kosten für die Leistungen gemäss den Artikeln 25 bis 31 KVG, und zwar nach Massgabe

der Bestimmungen von Art. 32 bis 34 KVG. Nach Art. 25 Abs. 1 KVG werden die Kosten für diejenigen Leistungen übernommen, die der Diagnose oder Behandlung einer Krankheit resp. ihrer Folgen dienen. Artikel 25 Abs. 2 lit. a KVG nennt als entsprechende Leistungen die Untersuchungen und Behandlungen, die ambulant, stationär oder in einem Pflegeheim durchgeführt werden sowie die Pflegeleistungen in einem Spital. Artikel 25 Abs. 2 lit. d KVG erwähnt Rehabilitationsmassnahmen und lit. e desselben Artikels hält fest, dass für den Aufenthalt im Spital der Standard der allgemeinen Abteilung ausschlaggebend sei. Artikel 32 Abs. 1 KVG besagt schliesslich, die Leistungen nach Art. 25 bis 31 KVG müssten wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich sein, wobei die Wirksamkeit nach wissenschaftlichen Methoden nachgewiesen sein müsse. Sodann müssten die Wirksamkeit, die Zweckmässigkeit und die Wirtschaftlichkeit der Leistungen periodisch überprüft werden.

3.2 Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit gehören zu den grundlegenden, kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen einer jeden Leistung. Sie stellen die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen dar. Zweck von Art. 32 KVG ist die Sicherstellung einer effizienten, qualitativ hochstehenden und zweckmässigen Gesundheitsversorgung zu möglichst günstigen Kosten. Die Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit muss nach dem Wissensstand zum Zeitpunkt der Therapie beurteilt werden, wobei den Ärzten ein gewisser Ermessensspielraum zusteht (Gebhard Eugster, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Zürich 2010, S. 198). Eine Leistung gilt als wirksam, wenn sie objektiv geeignet ist, auf den angestrebten medizinischen Nutzen hinzuwirken bzw. wenn sie den Verlauf einer Krankheit günstig beeinflusst. Der Begriff Wirksamkeit löst denjenigen der wissenschaftlichen Anerkennung ab, die nach schulmedizinischen Kriterien beurteilt wurde, und soll Raum auch für die Komplementärmedizin schaffen. Zum Nachweis der Wirksamkeit bzw. der Wirkung einer Behandlungsmethode reicht es nicht aus, diese retrospektiv und aufgrund der jeweiligen konkreten Behandlungsergebnisse zu beurteilen. Dies gilt auch für die nicht schulmedizinischen Behandlungsmethoden. Hingegen kann ein Wirksamkeitsnachweis auch mittels Statistik erbracht werden. Der Wirksamkeitsnachweis gilt in der klassischen universitären Medizin als erbracht, wenn die Behandlungsmethode für das in Frage stehende Behandlungsziel wissenschaftlich anerkannt ist, d.h. von Forschern und Praktikern auf breiter Basis akzeptiert wird. Dabei muss die Methode auf soliden, ausreichenden experimentellen Unterlagen beruhen. Die Wirkung der Therapie muss nach naturwissenschaftlichen Kriterien objektiv feststellbar, der Erfolg reproduzierbar und der Kausalzusammenhang zwischen dem therapeutischen Agens und seiner Wirkung ausgewiesen sein. Auch die Erfolgsdauer kann ein wesentlicher Wirksamkeitsfaktor sein. Für die Komplementärmedizin reicht der Nachweis der Wirksamkeit im Sinne der «effectiveness» aus. Sie muss indes in einer so hohen Anzahl von Behandlungsfällen feststellbar sein, dass sich die Ergebnisse nicht mehr durch die natürlichen Selbstheilungskräfte oder die Suggestivität der Behandlung (Placebo-Effekt) allein erklären lassen (Gebhard Eugster, a.a.O., S. 199 f.). Die Zweckmässigkeit setzt die Wirksamkeit voraus und

versteht sich als die angemessene Eignung im Einzelfall. Sie ist das Auswahlkriterium bei mehreren wirksamen Behandlungsalternativen. Zweckmässig ist jene Anwendung, welche gemessen am angestrebten Erfolg und unter Berücksichtigung der Risiken den besten diagnostischen oder therapeutischen Erfolg aufweist. Die Beurteilung der Zweckmässigkeit richtet sich grundsätzlich nach objektiven medizinischen Kriterien. Ist eine Indikation medizinisch ausgewiesen, ist sie auch zweckmässig. Fehlt die Indikation für eine Massnahme, kann nur der Verzicht darauf zweckmässig sein. Der Behandlungserfolg muss, prognostisch gesehen, mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein. Die Erfolgsaussichten müssen somit real, dürfen nicht ganz gering sein. Die Zweckmässigkeit und die Notwendigkeit einer Behandlung beurteilen sich prospektiv nach der begründeten Erwartung eines bestimmten Erfolges. Können sie ex ante bejaht werden, ist unbeachtlich, wenn sich die Behandlung ex post als unnötig, unzweckmässig oder erfolglos erwies. Andererseits vermag der Erfolg einer Behandlung eine Nichtpflichtleistung nicht in eine Pflichtleistung umzuwandeln (Gebhard Eugster, a.a.O., S. 200 f.). Die Wirtschaftlichkeit schliesslich setzt die Wirksamkeit und Zweckmässigkeit voraus. Sie ist das massgebliche Kriterium zur Auswahl unter den zweckmässigen Behandlungsalternativen. Wirtschaftlich ist bei vergleichbarem medizinischem Nutzen die kostengünstigere Alternative. Unnötige Massnahmen und solche, die durch weniger kostspielige ersetzt werden können, sind daher nicht kassenpflichtig. Eine vergleichsweise grössere medizinische Zweckmässigkeit kann aber auch die Übernahme einer teureren Applikation rechtfertigen. Das Wirtschaftlichkeitsgebot bezieht sich alsdann nicht nur auf Art und Umfang der durchzuführenden diagnostischen und therapeutischen Massnahmen, sondern auch auf die Behandlungsform, insbesondere die Frage, ob eine bestimmte Massnahme ambulant oder stationär durchzuführen sei und in welche Anstalt bzw. welche Abteilung eine versicherte Person vom medizinischen Standpunkt her gehört. Beim Kostenvergleich sind die Tarife massgebend bzw. es geht einzig um die Höhe der für die obligatorische Krankenpflegeversicherung anfallenden Kosten. Sodann muss der Kostenunterschied zwischen möglichen Alternativen deutlich sein. Wo es keine Alternativen gibt, ist das Verhältnis von Kosten und Nutzen zu ermitteln, wobei nur ein grobes Missverhältnis eine Leistungsverweigerung rechtfertigen kann (Gebhard Eugster, a.a.O., S. 201 ff.).

3.3 Zur Spitalbedürftigkeit hält die Lehre fest, der Anspruch auf stationäre Leistungen erfordere einen behandlungsbedürftigen Gesundheitsschaden, einen Aufenthalt in einem Spital und eine Spitalbedürftigkeit. Diese liege vor, wenn eine Behandlung wegen der apparativen oder personellen Anforderungen notwendigerweise in einem Spital zu erfolgen habe. Sie kann auch gegeben sein, wenn nach erfolgter ambulanter Behandlung nur noch eine Hospitalisation Erfolg verspricht, weil die ambulanten Therapiemöglichkeiten erschöpft sind. Spitalbedürftigkeit kann sodann vorliegen, wenn diagnostische Abklärungen Spitalbedingungen erfordern oder wenn die Behandlung wegen besonderer persönlicher Lebensumstände im Spital durchzuführen ist. Die unter dem alten KUVG noch übliche Formulierung, Spitalbedürftigkeit könne

bejaht werden, wenn der Krankheitszustand des Versicherten nicht unbedingt eine ärztliche Behandlung, sondern nur den Aufenthalt im Spitalmilieu erfordere, trifft aktuell nicht mehr zu, da Pflegeheime heute rechtlich nicht mehr zu den Spitälern zählen. Spitäler nach Art. 39 Abs. 1 KVG sind Akutspitäler oder Rehabilitationsskliniken für die medizinische Rehabilitation nach einer Akuterkrankung. Ob das Heilen oder das Pflegen im Vordergrund steht, ist neurechtlich mithin sehr wohl von Belang. Schliesslich ist die Dauer eines Spitalaufenthalts auf das erforderliche Mass zu beschränken, darf aber nicht zum Voraus fix begrenzt werden, sondern soll während des Aufenthalts laufend prospektiv kontrolliert werden. Dass eine stationäre Behandlung auf ärztlicher Einweisung beruht, reicht zur Bejahung der Spitalbedürftigkeit nicht aus. Schliesslich rechtfertigt der Heilungserfolg die nachträgliche Bejahung der nicht gegebenen Spitalbedürftigkeit nicht (Gebhard Eugster, a.a.O., S. 146 ff.).

3.4 Die Aufgaben der Vertrauensärztinnen und Vertrauensärzte sind in Art. 57 KVG umschrieben. In erster Linie geht es darum, dass sie den Krankenversicherern ihre Sachkunde, namentlich zur Kontrolle der Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit der Behandlung, zur Verfügung stellen. Dabei soll das therapeutische Ermessen des behandelnden Arztes respektiert werden. Indes soll der Vertrauensarzt die divergierenden Interessen der Versicherten, der Versicherer und der Leistungserbringer in vernünftiger Weise ausgleichen. Er selbst ist indes nicht berechtigt, verbindliche Kostengutsprachen zu gewähren, den behandelnden Ärzten Weisungen zu erteilen oder die Patienten selbst zu behandeln. Die vertrauensärztlichen Stellungnahmen haben Gutachterfunktion, sind für Richter und Versicherer aber nur unverbindliche Meinungsäusserungen bzw. Empfehlungen. In Schriftform abgegeben haben die Berichte den gleichen Beweiswert wie verwaltungsinterne Arztberichte und Gutachten eines öffentlichen UVG-Versicherers. Den Aktengutachten der Vertrauensärzte kommt voller Beweiswert zu, wenn der Gutachter aufgrund der Unterlagen mit ausreichenden, auf persönlichen Untersuchungen beruhenden ärztlichen Beurteilungen ein gesamthaft lückenloses Bild erhält. Die vertrauensärztliche Zustimmung zu einer Behandlung ist für den Versicherer nicht *conditio sine qua non*, sie stellt auch keine formelle Anspruchsvoraussetzung dar. Im Weiteren ist die Weisungsunabhängigkeit der Vertrauensärzte zu betonen. Vertrauensärzte sind weder Interessevertreter der Versicherer, der Versicherten noch der Leistungserbringer. Zum Schutze der Persönlichkeitsrechte des Versicherten soll ein Vertrauensarzt dem Versicherer, bzw. der Verwaltung schliesslich nur soviel an Informationen zukommen lassen, als für die Beurteilung des Leistungsanspruchs nötig ist (Gebhard Eugster, a.a.O., S. 400 bis 406, mit vielen weiteren Hinweisen).

(...)

5. In medizinischer Hinsicht ergibt sich aus den dem Gericht vorliegenden Akten das Folgende:

5.1 Das Ersuchen Dr. B., FMH für orthopädische Chirurgie, an die X. um Kostengutsprache erfolgte am 14. November 2012 auf einem A-6 Zettel und enthielt den Namen und die Versicherten-Nummer der Patientin, den Hinweis auf eine Meniskusläsion rechts, auf eine Kniearthroskopie rechts sowie die Bitte, Kostengutsprache für die OP vom 29. November 2012 zu erteilen (vgl. X.-Beil. Nr. 1). Diesem Zettel beigelegt war wahrscheinlich der Bericht der Uniklinik B. vom 12. November 2012, für diese Dr. med. P., Oberarzt, über die MRI-Untersuchung des rechten Knies. Beurteilend wird darin von einem kleinen radiären Riss in der Pars intermedia des medialen Meniskus, einem ausgedünnten Gelenksknorpel im medialen Kompartiment, von oberflächlichen Knorpeldefekten medialseitig caudal an der Trochlea femoris, von einem mittelschweren Knorpeldefekt am Patelladom, einem leicht degenerierten vorderen Kreuzband sowie einer leichten Reizung des medialen Kollateralbandes gesprochen (vgl. X.-Beil. Nr. 10 S. 03/03). Am 16. November 2012 deponierte die Klinik Y. in N. ein Kostengutsprache-Gesuch für einen stationären Aufenthalt, Eintrittsdatum 29. November 2012, für eine Kniearthroskopie rechts und wies darauf hin, dass die Patientin halbprivat versichert sei (vgl. X.-Beil. Nr. 3). Am 19. November 2012 gewährt die X. Kostengutsprache für eine ambulante Kniearthroskopie (vgl. X.-Beil. Nr. 5). Der von Dr. B. ausgefüllte «Fragebogen-Spitalaufenthalt» enthält die Diagnosen einer medialen Meniskusläsion bei Hinweis auf eine MRI-Kopie sowie multipler Nebendiagnosen bei Hinweis auf den Hausarztbericht, sodann als Begründung für den Akut-Spitalaufenthalt die Stichworte: Risikopatientin, Hypertonie, BMI erhöht, Alter (vgl. X.-Beil. Nr. 5 S. 03/07). Dem Hausarztbericht von Dr. E. vom 22. November 2012 sind die Diagnosen einer medialen Meniskusläsion rechts zur Operation, einer Hypertonie, einer rezidivierenden Refluxkrankheit, eines Hallux valgus rechts ausgeprägter als links, eines rezidivierenden Lumbovertebralsyndroms und einer Adipositas (BMI 30,5) zu entnehmen. Nach Wiedergabe der Befunde bzw. des Allgemeinstatus (vgl. Erw. 4.3.1 am Anfang) wird beurteilend bemerkt, die Patientin sei für den bevorstehenden Eingriff in Regionalanästhesie wie in Narkose uneingeschränkt operabel (vgl. X.-Beil. Nr. 5 S. 04 und 05/07). Am 27. November 2012 mailte Vertrauensarzt Dr. S. an die X., die vorliegenden Berichte mit Erwähnung der Komorbiditäten rechtfertigten einen stationären Aufenthalt nicht. Stunden später ergänzt er, die Operationsindikation als solche werde nicht in Abrede gestellt. Dass ein BMI von 30 und eine arterielle Hypertonie ein erhöhtes intra- oder postoperatives Risiko darstellen könnten, sei klar. Dieses Risiko werde durch einen stationären Aufenthalt nicht kleiner. Fest stehe, dass präoperativ bzw. primär ein stationärer Aufenthalt als nicht gerechtfertigt erscheine. Je nach Operationsverlauf könne sich ein solcher indes manifestieren (vgl. X.-Beil. Nr. 24). Mit Mail vom 29. November 2012 ergänzte Dr. S., Voraussetzung sei in casu, dass die Operation am Morgen erfolgen könne. Die Hospitalisationsindikation werde sich erst aufgrund des intra- oder postoperativen Verlaufs definitiv zeigen (vgl. X.-Beil. Nr. 25). Am 8. Januar 2013 führte Dr. B. unter anderem aus, er habe dem Vertrauensarzt zwar zu erklären versucht, worum es gehe, da dieser aber kein orthopädischer Chirurg sei, begreife er offenbar nicht, was bei einer Kniearthroskopie gemacht werde. Dann verwies er im Wesentlichen darauf, dass er bei derselben Patientin am 13. Febru-

ar 2009 in der Klinik Y. in N. eine stationäre Kniearthroskopie durchgeführt habe. Damals habe nicht nur ein Meniskus saniert, sondern auch ein Knorpelschaden mit Microfracturing behandelt und eine Redon-Drainage appliziert werden müssen, da es bei diesem Vorgehen zu Nachblutungen kommen müsse. Das aktuelle MRI zeige einen radiären Riss am medialen Meniskus, der stark schmerzhaft sei, sowie ein ausgedünnter Gelenkknorpel im medialen Kompartiment mit oberflächlichen Knorpeldefekten. Entsprechend seien überwiegend wahrscheinlich ein Microfracturing und anschliessend eine Redon-Drainage notwendig. Es sei für die 67-jährige (recte: 66-jährige) Patientin unzumutbar, die Klinik mit der Drainage zu verlassen. Das Risiko bestehe darin, dass man irgendwo hängenbleibe und das Redon entfernt werde. Dies könne zu weiteren Nachblutungen im Gelenk und zu einem erhöhten Infektrisiko, letzteres wiederum eventuell nachts zu einem Notfall führen. Vor diesem Hintergrund sei der Entscheid, die stationäre Behandlung abzulehnen, nicht sinnvoll. Zum Schluss äusserte Dr. B. noch einmal, der Vertrauensarzt sei offensichtlich kein orthopädischer Chirurg bzw. ihm fehle überwiegend wahrscheinlich der geforderte Sachverstand (vgl. X.-Beil. Nr. 10). Am 11. Februar 2013 wiederholte die Klinik Y. in N. ihr Kostengutsprache-Gesuch für eine stationär durchgeführte Kniearthroskopie rechts (vgl. X.-Beil. Nr. 12). Doktor S. teilte der Versicherung am 13. Februar 2013 per Mail mit, die Rücksprache bei einem Chefarzt einer grossen orthopädischen Klinik eines Kantonsspitals habe ergeben, dass die vorbestehenden Pathologien keinen stationären Aufenthalt rechtfertigten (vgl. X.-Beil. Nr. 27). Die Beschwerdegegnerin eröffnete Dr. B. am 18. Februar 2013, der Vertrauensarzt habe die Unterlagen noch einmal geprüft und komme nach Rücksprache mit einem Chefarzt einer grossen orthopädischen Klinik zum Schluss, die Kniearthroskopie unter stationären Bedingungen sei abzulehnen, da die vorbestehenden Pathologien einen stationären Aufenthalt nicht rechtfertigten. Entsprechend werde sie einen Einspracheentscheid erlassen (vgl. X.-Beil. Nr. 13). Am 20. Februar 2013 fragte Dr. B., was dem Chefarzt mitgeteilt worden sei, wer dieser Chefarzt sei und wie dieser argumentiere bzw. begründe (vgl. X.-Beil. Nr. 15). Der Operationsbericht vom 22. Februar 2013 hält fest, der geschädigte Meniskusanteil im Hinterhornbereich sei mit diversen Stanzen sukzessive abgetragen und der Randsaum mit dem Shaver geglättet worden. Auch die herabhängenden Knorpelfragmente seien geshavt worden. Anschliessend seien mit dem Micro-Fracturing-Instrumentarium in üblicher Art und Weise kleine Löcher am Condylus angebracht worden. Schliesslich seien das Gelenk gespült, die Inzisionen mit Einzelknopfnähten verschlossen und eine Redondrainage gesetzt worden. Für das Procedere wurde unter anderem auf eine Teilbelastung bis zu 20 kg resp. auf Gehstöcke für sechs Wochen verwiesen und ergänzend erklärt, die verzögerte Behandlungsmöglichkeit habe überwiegend wahrscheinlich zu einer Ausweitung des Meniskusrisses und zu vermehrter Knorpelschädigung geführt (vgl. X.-Beil. Nr. 15 S. 02 und 03/03). Mit Mail vom 5. März 2013 teilte Vertrauensarzt Dr. S. dem Operateur Dr. B. unter anderem mit, er habe im internen Forum der Vertrauensärzte die Frage gestellt, ob hier ein stationäres Setting zwingend indiziert sei. Er habe auf das Alter, den BMI und die gut eingestellte arterielle Hypertonie, auf die erstellten Diagnosen gemäss MRI und darauf, dass eventuell ein Microfrac-

turing mit anschliessender Redondrainage geplant sei, hingewiesen. Der Tenor der Antworten habe seine ablehnende Haltung gestützt. Doktor B. könne gerne mit Dr. D. in Winterthur Kontakt aufnehmen (vgl. X.-Beil. 16). Mit Schreiben vom 16. April 2013 wies die X. die Versicherte unter anderem darauf hin, die dem Vertrauensarzt vorgelegten Akten hätten keine medizinische Indikation für einen stationären Aufenthalt ergeben. Der orthopädische Chirurg, Dr. D. habe den Vertrauensarzt in dieser Auffassung bestätigt. Sodann wurde ergänzt, mittlerweile seien viele Eingriffe, die früher stationär erfolgt seien, dem medizinischen Fortschritt zufolge, ambulant durchführbar. Dazu gehöre auch die Kniearthroskopie (vgl. X.-Beil. Nr. 18). Mit Schreiben vom 6. Mai 2013 äusserte Dr. B., Dr. S. habe einen Fehlentscheid getroffen. Auch könne man nicht auf Dr. D. abstellen. Dieser sei in der Orthopädengesellschaft ein Aussenseiter, der sich mit unwissenschaftlich fundierten Behauptungen einen Ruf geschaffen habe und zufolge fachlicher Inkompetenz aus der Expertengruppe «Knie und Kniechirurgie» der Orthopäden-Gesellschaft ausgeschieden sei. Dass ein solcher Pseudoexperte eine Krankenkasse fachtechnisch unterstütze, sei für alle orthopädischen Chirurgen nicht nachvollziehbar. Er empfehle der X. dringend, einen besseren Experten zu suchen (vgl. X.-Beil. Nr. 29).

5.2 Vertrauensarzt Dr. S. startete am 12. Februar 2013 im Internet, konkret im Forum der Schweizerischen Gesellschaft der Vertrauensärzte eine Anfrage (vgl. Erw. 5.1) und erhielt etliche Antworten. 14 Antworten sind in den Akten, anonym, wiedergegeben. Von den elf Wortmeldungen, die direkt oder indirekt zur konkreten Indikation einer stationären Behandlung Stellung nehmen, sprechen sich neun mehr oder weniger deutlich gegen die stationäre Behandlung in casu aus. Zur Begründung wird einmal gesagt, wenn alle möglichen Komplikationen bereits als gegeben angerechnet werden müssten, müsste sogar jede Gastroskopie stationär durchgeführt werden. Zudem sei auch ein Redon ohne weiteres ambulant handelbar. Sodann äussert jemand, Meniskektomien, Teilsynovektomien, Gelenkskörperentfernungen, Microfracturing etc. würden in der Regel ambulant, Kreuzbänderoperationen stationär durchgeführt. Nur bei sehr alten Patienten könnten ausnahmsweise wegen der Nachbetreuung stationär bleiben. Andernorts wird erklärt, bei unter 75-jährigen Patienten komme eine stationäre Behandlung nicht in Frage und Redons sollten nicht länger als sechs Stunden getragen werden, könnten folglich gleichentags entfernt werden. Eine weitere Stimme sieht keine Indikation für eine Redoneinlage, verweist auf das Journal of Bone and Joint-Surgery, nach welchem in den USA 99 % aller Kniearthroskopien ambulant erfolgen würden und zitiert das Sozialversicherungsgericht Zürich, demgemäss Kniearthroskopien ambulant und stationär als wirksam und zweckmässig gelten würden, so dass das Kriterium der Wirtschaftlichkeit für die kostengünstigere Variante spreche. Wiederum andernorts wird erläutert, bei einer 67-jährigen (recte: 66-jährigen) Patientin mit BMI 30 sei ein Microfracturing einem einfachen Knorpeldebridement nicht überlegen. Das Microfracturing sei vorliegend nicht indiziert, vielmehr kontraindiziert. Er, der Antwortende, habe in 27 Jahren über 10'000 ambulante arthroskopische Eingriffe gemacht und nie ein Redon gelegt. Das

sei selbst bei Patienten unter Aspirin cardio oder unter Thromboseprophylaxe nicht notwendig. Mehrere Personen weisen auf die finanziellen Anreize einer stationären Behandlung hin und sprechen von einem Trauerspiel, spätestens seit der Einführung der Fallpauschalen. Zwei Stimmen sehen eine ambulante Behandlung bei intraartikulärem Redon als zu riskant. Zwar könne auch ein Hausarzt ein Redon entfernen. Es gebe aber multifaktorielle Risiken, wie zum Beispiel die Fehlmanipulation durch den Patienten (vgl. X.-Beweismittelverzeichnis Beilage 1). Mit Schreiben vom 2. Oktober 2013 äusserte Vertrauensarzt Dr. D., FMH für orthopädische Chirurgie, seine Äusserungen basierten auf seiner 28-jährigen Erfahrung mit eigenem Praxisoperationssaal. Seit Ende 1985 habe er jährlich 350 bis 400 ambulante arthroskopische Eingriffe im Kniegelenk durchgeführt. Mittlerweise seien es über 10'000. Anfänglich habe es einige wenige stationär durchgeführte Eingriffe gegeben, seit 10 Jahren aber keine mehr. Er habe auch viele mit dem vorliegenden Fall vergleichbare Fälle erlebt. Er habe nie ein Redon gelegt, zumal neuere Studien dessen Nutzen widerlegt hätten. Dass die Indikation zur Redoneinlage vor allem gestellt werde, um eine stationäre Behandlung zu begründen, sei bekannt. Doktor D. verwies sodann auf das obig bereits angesprochene amerikanische Chirurgen-Journal sowie auf einen nicht näher umschriebenen Gerichtsentscheid. Zum konkreten Fall führte Dr. D. aus, das Microfracturing sei keine anerkannte Indikation für die operative Behandlung einer Arthrose. Diese Methode sei ursprünglich bei jüngeren Patienten mit engumschriebenen, tiefen Knorpelschädigungen nach Unfällen als indiziert anerkannt worden. Allerdings liege nach der Literatur auch für diese Patienten kein Nutznachweis vor. Diese Methode nun auf eine 66-jährige Patientin mit BMI 30 und offensichtlich unvollständiger chondraler Abnützung zu übertragen, sei nicht nachvollziehbar. Dass das gleiche Vorgehen bei der gleichen Patientin drei Jahre zuvor bereits einmal praktiziert worden sei, spreche nicht dafür, dass es sich um eine notwendige medizinische Begleitmassnahme handle. Nach seiner Erfahrung würde ein Knorpeldebridement alleine ausreichen. Zum Schluss äusserte sich Dr. D. zu den Finanzierungsanreizen und fasste seine Auffassung noch einmal zusammen (vgl. X.-Beweismittelverzeichnis Beilage 2). Am 17. Oktober 2013 mailte Dr. Z. an Dr. S., die Expertengruppe Knie sei neu strukturiert worden. Bedingung für die Mitgliedschaft sei neu, dass man mindestens 70 % der Tätigkeit mit Kniechirurgie verbringe. Aus diesem Grunde seien etliche Mitglieder ausgeschieden. Allerdings sei niemand zufolge Inkompetenz ausgeschlossen worden (vgl. X.-Beweismittelverzeichnis Beilage 3).

5.3 Die Akten der Beschwerdeführerin enthalten ein Schreiben vom 2. Oktober 2013 von Dr. B. an den RA der I. Dessen Inhalt fand fast wörtlich Eingang in die Rechtsschriften des Anwalts, so dass es nicht separat wiedergegeben werden muss.

6. Diese Akten und Fakten sind nun nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu würdigen.

6.1 Die Beschwerdeführerin zweifelt an der Beweiskraft der Feststellungen des Vertrauensarztes der Beschwerdegegnerin und lässt zwei Bundesgerichtsentscheide aus dem Unfallversicherungsbereich zitieren, in welchen es unter anderem darum ging, ob für die Zuspache bzw. die Verweigerung von Leistungen auf verwaltungsinterne Arztberichte abgestellt werden könne (BGE 122 V 157 und 135 V 465). Das Bundesgericht hielt in beiden Entscheiden fest, dass es keinen Anspruch auf externe Begutachtung gebe, dass eine solche indes anzuordnen sei, wenn auch nur geringe Zweifel an der Zuverlässigkeit und Schlüssigkeit der versicherungsinternen ärztlichen Feststellungen bestünden. Die Frage stellt sich nun, ob diese Praxis vorliegend von Belang ist, auch wenn feststeht, dass schriftliche vertrauensärztliche Berichte grundsätzlich den verwaltungsinternen Arztberichten in anderen Sozialversicherungsbereichen gleichgestellt sind (vgl. Erw. 3.4). Zu beachten ist, dass es bei den ärztlichen Beurteilungen im IV- und UV-Bereich um Befunderhebung, um das Stellen von Diagnosen sowie um die Einschätzung der trotz Beeinträchtigung noch verbleibenden Leistungsfähigkeit geht, was in der Regel mit einer persönlichen Untersuchung verbunden ist. Demgegenüber hat der Vertrauensarzt einer Krankenkasse im Normalfall keine Befunde zu erheben und keine eigenen Diagnosen zu stellen. Vielmehr hat er lediglich aufgrund der vorliegenden Berichte zu prüfen, ob die Kriterien der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit nach Art. 32 Abs. 1 KVG im Einzelfall und hinsichtlich der beantragten Leistung zu bejahen sind. Da vorliegend Wirksamkeit und Zweckmässigkeit einer Kniearthroskopie – sei es ambulant oder stationär – nicht in Frage stehen, geht es nur noch um das Kriterium der Wirtschaftlichkeit bzw. konkret der Spitalbedürftigkeit im Zusammenhang mit der fraglichen Kniearthroskopie. Der Vertrauensarzt musste mithin zuhanden der Beschwerdegegnerin einzig entscheiden, ob die zur Begründung des stationären Aufenthalts angeführten Gründe ausreichen, um einen solchen bewilligen zu können. Konkret musste er beurteilen, ob die angesprochenen Komplikationsrisiken ex ante beurteilt dergestalt wahrscheinlich seien, dass eine Hospitalisation zum voraus als notwendig beurteilt werden müsse. Unter Beizug eines entsprechenden Facharztes nahm der Vertrauensarzt der Beschwerdegegnerin diese Beurteilung vor, was nicht zu beanstanden ist. Dass er sich im Übrigen im Forum der Vertrauensärzte rückversichern wollte, ob diese Meinung geteilt werde, ist ebenfalls nicht zu beanstanden, kann den fraglichen Forumsantworten auch keine eigenständige Bedeutung zuerkannt werden. Immerhin bringen diese Antworten zum Ausdruck, dass auch andere Ansichten als jene des Operateurs in casu vertreten werden, vertreten werden können und letzteres ist denn auch unbestritten. Dass die vom Vertrauensarzt geäusserte, von der Beschwerdegegnerin vertretene Auffassung nicht mit jener des Operateurs Dr. B. korrespondiert, lässt nach Ansicht des Gerichts noch keine Zweifel an deren Zuverlässigkeit und Schlüssigkeit aufkommen. Andernfalls müssten solche Zweifel ja bei jeder Meinungsdivergenz zwischen einem Vertrauensarzt und einem behandelnden Arzt bzw. bei jeder Leistungsablehnung – insbesondere ohne Untersuchung der versicherten Person – bejaht werden mit der Folge, dass in all diesen Fällen externe Begutachtungen in Auftrag zu geben wären. Diese Haltung findet in Lehre und Rechtsprechung keine Stütze.

6.2 Für das Gericht entbehrt der Vorwurf Dr. B.s an die Adresse von Dr. D., dieser sei völlig inkompetent, jeglicher Grundlage, zumal eine andere Meinung nicht immer auf Unkenntnis oder Unfähigkeit schliessen lässt. Nachdem der Vorwurf Dr. B.s, der von der Versicherung beigezogene Dr. D. sei zufolge Inkompetenz aus der Expertengruppe Knie und Kniechirurgie ausgeschlossen worden, durch die Einwände der Beschwerdegegnerin und durch das Zeugnis von Dr. Z. offensichtlich entkräftet werden konnte, hat das Gericht keine Veranlassung, dem weiter nachzugehen. Sodann sieht sich das Gericht auch nicht gehalten, der Motivation Dr. B. und der Klinik Y. in N., für ein Kostengutsprache-Gesuch für einen stationären Aufenthalt weiter nachzuforschen oder sich über die Folgen der Einführung des KVG im Jahre 1994 bzw. der Kostenpauschalen vor Jahresfrist auszulassen. Soweit beide Parteien die Anrufung des Strafrichters ansprachen, ist dies bedauerlich. Das Gericht sah eine Rückweisung der Rechtsschriften zur Verbesserung infolge von Ungehörigkeiten jedenfalls als nicht angezeigt.

6.3

6.3.1 Würdigend ist alsdann in Erinnerung zu rufen, dass die Krankenpflegeversicherung die Kostengutsprachen stets ex ante, d.h. aus prospektiver Sicht zu beurteilen hat. Ob die beabsichtigte Massnahme den WZW-Kriterien (Wirksamkeit / Zweckmässigkeit / Wirtschaftlichkeit) gemäss Art. 32 Abs. 1 KVG entspricht, ist somit aufgrund der im Beurteilungszeitpunkt bekannten, medizinisch erstellten Situation zu entscheiden. Konkret gelten die Wirksamkeit und die Zweckmässigkeit der geplanten Kniearthroskopie als erstellt. Streitig ist die Wirtschaftlichkeit im Zusammenhang mit dem Antrag auf stationäre Behandlung. Mithin ist, wie in unter anderem Erwägung 3.3 ausgeführt, die Spitalbedürftigkeit zu beurteilen und es ist zu entscheiden, ob aufgrund der persönlichen Situation der Versicherten Risiken bekannt sind, die nach einer Behandlung im stationären Rahmen verlangen bzw. die gegen eine Behandlung in der Tagesklinik sprechen. Nach Ansicht des Gerichts bedeutet die Tatsache, dass die WZW-Kriterien aufgrund der medizinisch erstellten Situation im Beurteilungszeitpunkt zu entscheiden sind, dass nicht jede irgendwie mögliche intra- oder postoperative Komplikation als bereits gegeben anzunehmen ist, wenn sich aus den Akten hierfür keine konkreten Hinweise auf ein effektiv erhöhtes Risiko ergeben. Sodann darf nicht vergessen werden, dass überraschend auftretende intra- oder postoperative Komplikationen selbstverständlich zu beachten sind und im Rahmen einer sekundären (ex-post) Beurteilung durchaus zur Gewährung einer nachträglichen Kostengutsprache für einen stationären Aufenthalt führen können.

6.3.2 Vorab ist alsdann festzustellen, dass die Behauptung, die Beschwerdeführerin sei eine Risikopatientin, für sich alleine nichts besagt und auch keinerlei Massnahmen irgendwelcher Art indiziert. Soweit die Beschwerdeführerin unter einer arteriellen Hypertonie leidet, ist unter Verweis auf Hausarzt Dr. E. festzuhalten, dass diese als medikamentös gut eingestellt gilt, was schliesslich auch von keiner Seite

bestritten wurde. Wie dem Allgemeinstatus des Hausarztes weiter entnommen werden kann, gibt es bei der Beschwerdeführerin überdies keinerlei Hinweise auf eine irgendwie geartete Herzerkrankung, auf eine Durchblutungsstörung oder auf irgendwelche Insuffizienzen des Herzkreislaufsystems. Die entsprechenden Abklärungen – zum Beispiel das EKG des Hausarztes – fielen jedenfalls unauffällig aus. Dieser erachtete denn auch jede Art von Kniearthroskopie – unter Narkose oder Regionalanästhesie – als problemlos bewältigbar. Zu beachten ist überdies, dass Operateur Dr. B. in seinen späteren Eingaben nicht mehr näher auf die Hypertonie als besonderes Risiko einging. Mit Urteil vom 22. Dezember 2011 (S 2011 71) hatte das Verwaltungsgericht im Falle eines 81-jährigen Patienten mit medikamentös gut eingestellter arterieller Hypertonie die Spitalbedürftigkeit ebenfalls abgelehnt. Nach dem Gesagten und im Lichte der Praxis indiziert die medikamentös gut eingestellte Hypertonie folglich auch vorliegend keine Spitalbedürftigkeit. Auch ein erhöhter BMI führt für sich allein nicht zu einem erhöhten Komplikationsrisiko und der Operateur erklärte denn auch in keiner Weise, worin das durch den erhöhten BMI begründete spezielle Risiko bestehen könnte. Unter Verweis auf die im Forum geäusserten Ansichten sowie unter nochmaligen Hinweis auf das Urteil S 2011 71 des Zuger Verwaltungsgerichts ist zu guter Letzt festzuhalten, dass auch das Alter von 66 Jahren kein speziell erhöhtes Risiko für eine Kniearthroskopie darstellt.

Zu der im Einspracheverfahren nachgelieferten Begründung, der stationäre Aufenthalt werde erforderlich, weil aus medizinischer Sicht ein Microfracturing und anschliessend eine Redondrainage angezeigt seien und dies bedinge den Verbleib in der Klinik über Nacht, ist das Folgende zu bedenken. Ob das Microfracturing und die anschliessende Redondrainage überhaupt als medizinisch indiziert gelten, kann nach Ansicht des Gerichts offen bleiben. Immerhin ergibt sich aus den eingeholten Meinungen, dass man eine Knochenstrukturschädigung im Microbereich durch Anbohren jedenfalls bei einer über 60-jährigen Patientin mit Übergewicht, mithin im Falle einer Person mit stärker belasteten, älteren Knochen nicht nur als nicht indiziert, sondern auch als kontraindiziert betrachten könnte und dass mindestens für diese Gruppe von Patientinnen – im Lichte der WZW-Kriterien (vgl. Erw. 3.2) – auch ein Knorpeldebridement als ausreichend bezeichnet werden könnte. Sodann gibt es offenbar fachkundige Ärzte, die das Microfracturing als kleinen Eingriff ansehen, welcher stets ambulant durchgeführt werden könne. Auch erachten nicht alle Fachärzte das Setzen eines Redons als notwendige Konsequenz eines Microfracturing. Weiter gilt als unbestritten, dass auch Hausärzte ein Redon entfernen können und dass ein solches einer Entlassung nicht entgegensteht. Entscheidend ist nach Ansicht des Gerichts aber insbesondere, dass Redondrainagen nicht zu lange belassen werden sollten, eine Feststellung der Beschwerdegegnerin, die von Seiten der Beschwerdeführerschaft nicht in Abrede gestellt wurde. Findet der Termin für die fragliche Kniearthroskopie am früheren Vormittag statt – OP-Termine sind grundsätzlich verhandelbar –, kann eine Redondrainage jedenfalls am gleichen Tag wieder entfernt werden und die behauptete Indikation für den Verbleib über

Nacht entfällt. Zu diesem Vorhalt äusserte sich die Beschwerdeführerin ebenfalls zu keiner Zeit. Mithin blieb unbestritten dass eine Redondrainage bei Operationstermin am frühen Morgen einer «Entlassung» gleichentags im Regelfalle nicht entgegenstehe. Vor diesem Hintergrund ist die vom Vertrauensarzt der Beschwerdegegnerin ex ante vorgenommene, prospektive Beurteilung des Komplikationsrisikos für die Beschwerdeführerin, implizit die Ablehnung der Akut-Spitalbedürftigkeit nicht zu beanstanden. Dass der Operateur Dr. B. 2009 – beim linken Knie der Beschwerdeführerin – bereits einmal so verfuhr und dass die Kosten damals von der Krankenkasse übernommen wurden, führt nicht zu einer anderen Beurteilung, zumal auch vorbestehende resp. früher bestandene Pathologien die Spitalbedürftigkeit nicht zu begründen vermögen. Für die vorliegende Entscheidung ohne Relevanz ist sodann auch, dass die Beschwerdeführerin und ihr Mann seit Jahrzehnten bei der X. versichert sind. Zu den Vorwürfen an den Vertrauensarzt ist schliesslich noch einmal auf Erw. 6.1 zu verweisen. Zu guter Letzt ist festzustellen, dass auch die multiplen Bestreitungen – dass der Vertrauens-arzt die in den Akten erwähnten Unterlagen wirklich gesehen, im Forum die richtigen Fragen gestellt, die Antworten richtig wiedergegeben habe bzw. dass in den USA 99 % der Kniearthroskopien ambulant durchgeführt würden – in keiner Weise zielführend sind, folglich hier nicht eingehender zu erörtern sind.

6.4 Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Beschwerdegegnerin vorliegend aufgrund der prospektiven Betrachtungsweise zum Beurteilungszeitpunkt, d.h. im Zeitpunkt der Kostengutsprache nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu Recht eine Spitalbedürftigkeit ablehnte, mithin die Wirtschaftlichkeit der beantragten Kniearthroskopie im stationären Rahmen verneinte. Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet und sie ist abzuweisen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. Februar 2014 S 2013 117

8.9 Art. 43^{quater} Abs. 3 AHVG, Art. 66^{ter} AHVV, HVA Ziff. 5.56

Regeste:

Art. 43^{quater} Abs. 3 AHVG, Art. 66^{ter} AHVV, HVA Ziff. 5.56 – Wenn Hinweise auf eine krankheits- resp. genetisch bedingte Alopezie vorliegen, kann nicht entgegengehalten werden, die Haartracht lichte sich altersbedingt, weshalb der Anspruch auf Kostengutsprache für eine Perücke zu bejahen ist, sofern das äussere Erscheinungsbild der versicherten Person durch den Haarverlust beeinträchtigt ist.

Aus dem Sachverhalt:

Die Versicherte, E., Jahrgang 1931, meldete sich am 13. März 2013 bei der Ausgleichskasse des Kantons Zug zum Bezug eines Hilfsmittels der AHV an. Konkret beantragte sie eine Perücke. Zur Begründung verwies sie auf ihren behandelnden Arzt, Dr. M., sowie darauf, dass ihre äussere Erscheinung durch das fehlende Haar beeinträchtigt werde. Die Akten enthalten sodann eine Rechnung von «X» bzw. von F., eidg. dipl. Coiffure, für eine Damenperücke «Queens Luxury» aus synthetischem Haar zum Preis von Fr. 1'780.–. Ersichtlich ist sodann, dass Dr. M. zu einer Beurteilung eingeladen resp. dass das Aktendossier schliesslich dem regionalen ärztlichen Dienst (RAD) Zentralschweiz, für diesen Dr. S., Facharzt FMH für Innere Medizin, vorgelegt wurde. Mit Verfügung vom 1. Mai 2013 wurde das Leistungsbegehren abgewiesen. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, der Haa-rausfall der Versicherten sei nicht gesundheits-, sondern vielmehr altersbedingt.

Die dagegen am 15. Mai 2013 erhobene Einsprache wurde mit Entscheid vom 30. Juli 2013 abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.

2.1 Der Bundesrat bestimmt, unter welchen Voraussetzungen Bezügerinnen und Bezüger von Altersrenten oder Ergänzungsleistungen mit Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz, die für die Fortbewegung, für die Herstellung des Kontakts oder für die Selbstsorge kostspieliger Geräte bedürfen, Anspruch auf Hilfsmittel haben (Art. 43quater Abs. 1 AHVG). Sodann bestimmt er den Anspruch auf Hilfsmittel für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit oder der Tätigkeit im Aufgabenbereich (Art. 43quater Abs. 2 AHVG) und bezeichnet schliesslich die Hilfsmittel, welche die Versicherung abgibt oder an welche sie einen Kostenbeitrag gewährt. Auch regelt er das Verfahren und bestimmt, welche Vorschriften des IVG anwendbar sind (Art. 43quater Abs. 3 AHVG). In Art. 66ter der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947 (AHVV, SR 831.101) wird die entsprechende Rechtsetzungskompetenz dem Departement des Innern übertragen und festgestellt, dass Art. 14bis und 14ter der Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (IVV, SR 831.201; Beschaffung und Vergütung der Hilfsmittel resp. Einschränkung der Austauschbefugnis) sinngemäss gelten. Für die Geltendmachung des Anspruchs verweist Art. 67 Abs. 1ter AHVV auf Art. 66 IVV. Der Anspruch wird in der Verordnung über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Altersversicherung vom 28. August 1978 (HVA, SR 831.135.1) weiter präzisiert. So hält Art. 2 Abs. 1 HVA fest, dass Rentenbezüger, die für die Tätigkeit im Aufgabenbereich, für die Fortbewegung, für die Herstellung des Kontakts mit der Umwelt oder für die Selbstsorge auf Hilfsmittel angewiesen seien, auf die in der Liste im Anhang aufgeführten Leistungen Anspruch hätten, wobei die Liste Art und Umfang der Leistungen

abschliessend regle. Artikel 4 HVA hält sodann sinngemäss fest, wer bei Entstehen des Anspruchs auf eine Altersrente Hilfsmittel oder Ersatzleistungen nach den Artikeln 21 und 21bis des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG, SR 831.20) erhalten habe, dem bleibe der Anspruch auf diese Leistungen in Art und Umfang bestehen, solange die massgebenden Voraussetzungen erfüllt seien und soweit die vorliegende Verordnung nichts anderes bestimme. Weiter wird in Art. 6 HVA festgehalten, dass sich das Verfahren nach Art. 65 bis 79bis IVV richte und dass die IV-Stelle auch den Anspruch prüfe und die Mitteilung im formlosen Verfahren nach Art. 51 ATSG verfertige, während die Ausgleichskasse am Sitz der IV-Stelle für den Erlass einer allfälligen Verfügung zuständig sei. Im Anhang zur HVA findet sich die Hilfsmittelliste nach AHVG, welche unter Ziff. 5, konkret in Ziff. 5.56 Perücken thematisiert. Diesbezüglich wird im Sinne einer Anspruchsvoraussetzung ergänzend ausgeführt, eine Leistungspflicht bestehe, falls die äussere Erscheinung der Versicherten durch den fehlenden Haarschmuck beeinträchtigt sei. Die Kostenbeteiligung betrage pro Kalenderjahr indes höchstens Fr. 1'000.-. Demgegenüber hält der Anhang zur Verordnung über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung vom 29. November 1976 (HVI, SR 831.232.51) unter Ziff. 5.06 fest, der jährliche Höchstbetrag liege bei Fr. 1'500.-.

2.2

2.2.1 Dem Kreisschreiben über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Altersversicherung (KSHA), gültig ab Januar 2013, ist unter Randziffer 2007 zu entnehmen, anspruchsberechtigt seien jene Versicherte, deren äusseres Erscheinungsbild beeinträchtigt sei. Versicherte, deren Haartracht sich altersbedingt lichte, seien von diesem Anspruch ausgeschlossen. Randziffer 2008 bestimmt überdies, der Betrag der Versicherung dürfe pro Kalenderjahr Fr. 1'000.- nicht übersteigen. Im Jahre der erstmaligen Anschaffung könne der Betrag ebenfalls voll ausgeschöpft werden. Es erfolge keine Einschränkung pro-rata.

2.2.2 Dem Kreisschreiben über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung (KHMI), Stand 1. Januar 2014, ist unter Randziffer 2035 zu entnehmen, Versicherte hätten Anspruch auf Perücken, wenn die Haare als Folge eines akuten Gesundheitsschadens oder dessen Behandlung, z. B. durch Bestrahlung oder Chemotherapie, ausgefallen seien. Randziffer 2036 besagt, der Höchstbetrag für die Anschaffung (einschliesslich Anpassung, Färben, Frisieren, Reinigen und allfälliger Reparaturkosten) betrage pro Kalenderjahr Fr. 1'500.-. Im Jahr der ersten Abgabe könne der Höchstbetrag voll abgegeben werden (keine pro-rata-Einschränkung).

2.3. Sodann ist festzustellen, dass es zum Thema Perücken-Versorgung nach der HVA, d.h. für Betroffene im AHV-Alter, keine wirklich aussagekräftige Judikatur gibt, während sich zur Problematik der Perücken-Versorgung über die Invalidenversicherung jedenfalls ein Paar Entscheide des Bundesgerichts finden lassen.

3. Fest steht vorliegend, dass die Versicherte an einer Alopecia leidet, dass sie Anspruch auf eine Perücke zu Lasten der Altersversicherung geltend macht und dass letztere diesen Anspruch verneint. Streitig ist, ob die Alopecia gesundheits- oder altersbedingt ist. Aus den Akten ergibt sich dazu, was folgt:

3.1 Im Nachgang an die Anmeldung zum Leistungsbezug zog die Ausgleichskasse bzw. die IV-Stelle einen Arztbericht von Dr. M., FMH für Allgemeinmedizin, vom 12. April 2013 bei. Demgemäss leidet die Versicherte an einer hormonell bedingten starken Alopezie, progredient (9/12), einer Hypothyreose sowie an einer hypertroph-obstruktiven Kardiopathie bei Status nach Aortenklappenersatz. Der progrediente Haarausfall sei durch lokale Massnahmen und Medikamente nicht wirksam zu stoppen. Die Alopezie sei diffus progredient mit deutlichen Kahlstellen im Kopfhaar. Prognostisch wird in Bezug auf die Alopezie sowie insbesondere die Hypothyreose festgehalten, diese würde(n) bereits seit längerem behandelt (S. 7 f. der AK-Akten).

3.2 RAD-Arzt Dr. med. S., Facharzt FMH für Innere Medizin, hält am 18. April 2013 fest, Dr. M. berichte über eine therapieresistente, hormonell bedingte, diffus progrediente Alopezie mit deutlichen Kahlstellen. Nebenbefundlich werde eine Hypothyreose erwähnt, die aber behandelbar sei. Der Schilderung des Arztes könne wohl eine Beeinträchtigung des äusseren Erscheinungsbildes entnommen werden, hingegen fehlten Hinweise für eine in diesem Zusammenhang stehende, akute Erkrankung, sodass anzunehmen sei, dass es sich um eine altersbedingte Lichtung der Haartracht handle. Nach Widergabe von KSHA Rz. 2007 wird geschlussfolgert, die Voraussetzungen für die Vergütung der Perücke durch die IV seien nicht gegeben (S. 9 der AK-Akten).

3.3 Doktor med. I., Dermatologie und Venerologie FMH, berichtet am 19. August 2013 zuhander der AHV/ IV und hält die Diagnose einer androgenetischen Alopezie mix pattern typ Ludwig II und Hamilton-Norwood IV fest. Sodann wird ausgeführt, die Patientin leide seit Jahren unter einem progredienten frontoparietalen Haarverlust, der im Alltag nicht mehr durch die bleibenden Haare versteckt werden könne. In der Familienanamnese sei eine androgenetische Alopezie bei der Mutter und der Schwester der Patientin wie bei den beiden Söhnen bekannt. Zum Untersuchungszeitpunkt habe eine frontoparietal betonte Alopezie ohne Vernarbung mit dermatoskopisch Anisotrichose (Miniaturisierung der Haare) imponiert. Für einen Hirtismus (männliches Verteilmuster der Terminal- oder Langhaare) gebe es keine Anhaltspunkte. Aufgrund der Anamnese und Klinik handle es sich vorliegend um eine androgenetische Alopezie mit pattern typ Stadium II nach Ludwig und Stadium IV nach Hamilton-Norwood, d.h. ein durch Androgene realisiertes Hervortreten des genetisch determinierten charakteristischen Ausprägungsmusters des Haarkleids bei der Frau. Die androgenetische Alopezie sei bei Frauen von den gleichen Faktoren abhängig wie bei Männern; genetische Veranlagung und Androgene. In den Wechseljahren finde dann eine Hormonumstellung statt, die die androgenetische Alopezie weiter akzen-

tuieren. Die Östrogenspiegel würden sinken, die Androgene dagegen relativ rasch ansteigen. Bei vielen Frauen mache diese Hormonumstellung schliesslich die Neigung zu androgenetischer Alopezie sichtbar. Die Versicherte fühle sich durch ihre stark sichtbare Alopezie kosmetisch sehr beeinträchtigt. Sie, Dr. I., bitte deshalb um Übernahme der Kosten für die Perücke (S. 17 der AK-Akten).

(...)

4. Diese Akten und Fakten sind nun nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu würdigen.

4.1 Beurteilend ist zunächst daran zu erinnern, dass es vorliegend um eine erstmalige Hilfsmittelabgabe nach den Bestimmungen des AHVG bzw. der HVA, nicht aber um die Hilfsmittelabgabe nach den Regeln des IVG bzw. der HVI geht. Entsprechend ist der Wortlaut der jeweiligen Regelungen einer genaueren Betrachtung zu unterziehen. Während im Anhang zur HVI in Ziff. 5.06 einzig auf den jährlichen Höchstbetrag für die Entschädigung (Fr. 1'500.- pro Kalenderjahr) hingewiesen wird; erwähnt Ziff. 5.56 im Anhang zur HVA überdies, Anspruchsvoraussetzung sei, dass die äussere Erscheinung durch den fehlenden Haarschmuck beeinträchtigt sei. Sodann wird aber auch in der Bestimmung im Anhang der HVA auf den dort geltenden Höchstbetrag pro Kalenderjahr (Fr. 1'000.-) verwiesen. Trotz dieser Unterschiede ist allerdings festzustellen, dass der genaue Wortlaut der jeweiligen Hilfsmittelverordnungen für die Rechtsanwendung nicht sonderlich hilfreich erscheint. Etwas aussagekräftiger erweisen sich dagegen die jeweiligen Kreisschreiben. Führt das KHMI zum Anspruch auf eine Perücke nach den Bestimmungen der Invalidenversicherung aus, Voraussetzung sei, dass die Haare als Folge eines akuten Gesundheitsschadens oder dessen Behandlung, z. B. durch Bestrahlung oder Chemotherapie, ausgefallen seien, hält die KSHA zum Perückenanspruch nur aber immerhin fest, Voraussetzung sei, dass das äussere Erscheinungsbild der versicherten Person durch den Haarverlust beeinträchtigt sei und die Haartracht sich nicht altersbedingt lichte.

4.2 Soweit RAD-Arzt Dr. S. die Leistungspflicht der AHV in erster Linie in Abrede stellte, weil vorliegend ein Zusammenhang mit einer akuten Erkrankung durch nichts belegt werden könne, fällt auf, dass er argumentierte, als ob es in casu um eine Leistungspflicht nach den Bestimmungen des IVG und in Übereinstimmung mit dem Kreisschreiben KHMI ginge. Soweit er in seinem Fazit schliesslich ausführte, die Voraussetzungen für eine Vergütung der Perücke durch die IV seien nicht gegeben, indiziert dies noch einmal, dass er die medizinischen Unterlagen auf die Erfüllung der Voraussetzungen nach Rz. 5.06 des Anhangs zur HVI überprüfte, nicht aber der Kriterien nach Rz. 5.56 des Anhangs zur HVA. Wie die obigen Ausführungen verdeutlichen, verlangt der Ordnungsgeber den Kausalzusammenhang zu einer akuten Krankheit oder deren Behandlung zwar im Zusammenhang mit der Perückenversorgung nach HVI, nicht aber im Zusammenhang mit der Perückenversorgung

nach HVA. Der Umstand allein, dass ein lediglich altersbedingter Haarausfall nicht zu einer Perücke zulasten der Altersversicherung berechtigt, lässt sodann nicht eo ipso auf das Erfordernis des Kausalzusammenhangs mit einer akuten Erkrankung und/ oder deren Behandlung schliessen. Auch die Tatsache, dass der Gesetzgeber wie der Verordnungsgeber im Zusammenhang mit der Hilfsmittelversorgung für AHV-Rentenberechtigte immer wieder Querverweise auf das IVG statuierten und für das Verfahren auf die entsprechenden IV-rechtlichen Bestimmungen verwiesen, schliesslich die IV-Stellen mit der entsprechenden Abklärungspflicht beauftragten, impliziert nicht, dass es bezüglich der Anspruchsvoraussetzungen keine Unterschiede geben kann bzw. dass die IV-rechtlichen Anspruchsvoraussetzungen zusätzlich zu denen im AHV-Recht stets miterfüllt sein müssen. Vielmehr kann nach Ansicht des Gerichts auch eine genetische Ursache eines Haarverlusts einen Anspruch auf eine Perücke begründen, wenn nicht anzunehmen ist, dass das Alter alleinige oder zumindest überwiegende Ursache des Problems ist; dies jedenfalls dann, wenn der Haarverlust das äussere Erscheinungsbild der versicherten Person beeinträchtigt. Über die Erheblichkeit der Beeinträchtigung des Erscheinungsbildes schweigt sich der Verordnungsgeber aus, so dass hier nicht allzu hohe Anforderungen zu stellen sind. Es ist denn auch nicht Sache des kantonalen Versicherungsgerichts, neue Kriterien für die Anspruchsvoraussetzung einzuführen. Damit ergibt sich aber vorerst, dass vorliegend jedenfalls nicht auf die Beurteilung von RAD-Arzt Dr. S. abgestellt werden kann. Es bleibt zu prüfen, ob die Berichte von Dr. M. und insbesondere von Dr. I. darauf schliessen lassen, dass nicht das Alter, sondern eine andere Ursache den vorliegend zu beurteilenden Haarausfall hauptsächlich verursachte.

4.3

4.3.1 Soweit Dr. M. im Zusammenhang mit der diagnostizierten androgenetischen Alopezie insbesondere hormonelle Probleme ansprach und überdies erklärte, das Problem sei im September 2012 manifest geworden, könnte allenfalls geschlussfolgert werden, die Alopezie sei vorliegend erst im Alter aufgetreten, folglich altersbedingt. Allerdings ergibt sich aus Dr. M. Bericht nicht, wie lange die Beschwerdeführerin bereits bei ihm in Behandlung ist resp. ob die «späte Entdeckung» des Problems nicht daher rühren könnte, dass die Beschwerdeführerin ihn diesbezüglich vorgängig nie speziell konsultiert hatte. Zu bedenken ist überdies, dass Dr. M. an anderer Stelle in etwas kryptischer Weise von «progredienter Alopezie hormonell bedingt und Hypothyreose => bereits länger behandelt!» sprach, sich mithin zur Dauer der «Erkrankung» nicht wirklich schlüssig äusserte. Auf eine längere Krankheitsdauer hin deutet schliesslich die Behauptung der Beschwerdeführerin, sie habe schon im Alter von 65 Jahren übermässigen Haarausfall festgestellt und über längere Zeit Medikamente, Biotin Forte, eingenommen. Zum Kriterium Erkrankung als Ursache für die Alopezie – obschon jedenfalls nicht explizit ein Kriterium nach HVA – ist sodann zu bedenken, dass diversen medizinischen Online-Lexika entnommen werden kann, dass eine Hypothyreose, eine krankhafte Schilddrüsenunterfunktion, sehr wohl Ursache für eine Alopezie sein könne. Dass die Hypothyreose gut behan-

delbar ist, impliziert nicht, dass mit dieser Behandlung auch die Alopezie behandelt bzw. kuriert werden kann. Als Zwischenergebnis ist entsprechend festzustellen, dass es sich vorliegend verbietet, aus den dürftigen Angaben Dr. M., die aber immerhin den Hinweis auf eine Erkrankung enthalten, die nach medizinischer Kenntnis zu Alopezie führen kann, auf eine ausschliesslich oder überwiegend altersbedingte Alopezie zu schliessen.

4.3.2 Frau Dr. I. – deren im Einspracheverfahren eingereichten Bericht die Ausgleichskasse völlig ignorierte – diagnostizierte eine androgenetische Alopezie mix pattern vom Typ II nach Ludwig bzw. Typ IV nach Hamilton-Norwood und führte aufgrund der Anamnese aus, die Versicherte leide seit Jahren unter einem progredienten, frontoparietalen Haarverlust. Sodann sei familienanamnestisch eine androgenetische Alopezie bei der Mutter, bei der Schwester wie auch bei den Söhnen der Versicherten erstellt. Für die androgenetische Alopezie seien, so Dr. I. weiter, die genetische Veranlagung resp. die Androgene verantwortlich. Schliesslich verdeutlichte sie, dass die Hormonumstellung in den Wechseljahren nicht die Ursache der Erkrankung sei, sondern diese weiter akzentuieren könne. Die Ausführungen von Dr. I. lassen erkennen, dass das Alter für die Entwicklung der nun beklagten Alopezie der Beschwerdeführerin wohl nicht völlig bedeutungslos war, dass die Ursache der «Erkrankung» aber anderweitig bedingt, die Ätiologie andernorts zu suchen ist.

4.3.3 Würdigend ist sodann festzustellen, dass die Beschwerdeführerin an einer behandelbaren Stoffwechselerkrankung leidet, welche bekanntlich zu verschiedenen Symptomen, unter anderem zu Haarausfall führen kann, und dass sie hinsichtlich Alopezie genetisch vorbelastet ist, ergab die Familienanamnese doch, dass nicht nur ihre Söhne, sondern bereits ihre Schwester und noch früher ihre Mutter unter demselben Problem leiden bzw. litten. Soweit die Beschwerdeführerin überdies ausführte, sie habe schon im Alter von 65 Jahren einen übermässigen Haarverlust zu beklagen gehabt, ist dies nicht in Zweifel zu ziehen, wenn gleich ein eigentlicher Beweis hierfür – wie für alle anamnestischen Angaben – fehlt, es ist für die nunmalige Beurteilung indes auch nicht von primärer Bedeutung. Fakt ist nämlich, dass nach dem Gesagten und insbesondere gestützt auf die Beurteilungen der Dres. M. und I. vorliegend nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit primär von einer krankheits- resp. genetisch bedingten Alopezie auszugehen ist. Sodann erlauben die bei den Akten liegenden Fotografien den Schluss, dass der Haarverlust das äussere Erscheinungsbild der Beschwerdeführerin – einer ansonsten gepflegte ältere Frau – tatsächlich beeinträchtigt, und dies in erheblicher Weise. Dass die Kopfbehaarung bei der Mehrheit der Menschen im höheren Alter etwas lichter wird, dass Haare mit zunehmendem Alter entsprechend dünner werden, dass das Alter die Ausprägung der Kopfbehaarung bzw. allenfalls einer Glatze mithin mitbestimmen kann, kann nach Ansicht des Gericht allerdings nicht dazu führen, in casu und unbesehen der medizinisch erstellten Fakten das Alter als die alleinige oder mindestens überwiegende Ursache für die diagnostizierte Alopezie zu qualifizieren.

So zu entscheiden hiesse, Personen im Rentenalter jeglichen Anspruch auf eine Perücke nach den Bestimmungen des AHVG bzw. der HVA generell abzusprechen, was sicherlich nicht Sinn und Zweck von HVA Anhang Ziff. 5.56 ist resp. sein kann. Jedenfalls würde die separate Regelung des Perückenanspruchs in der HVA dadurch weitgehend zum toten Buchstaben.

4.4 Zusammenfassend ist festzustellen, dass vorliegend nicht überwiegend wahrscheinlich von einer ausschliesslichen oder überwiegenden altersbedingten, sondern vielmehr von einer überwiegenden genetisch- bzw. krankheitsbedingten Verursachung der diagnostizierten androgenetischen Alopezie auszugehen ist. Auch steht ausser Frage, dass das Erscheinungsbild der Beschwerdeführerin durch den Haarverlust beeinträchtigt wird. Entsprechend sind die Anspruchsvoraussetzungen für eine verordnungsgemässe Kostenbeteiligung an der Perücke erfüllt. Demzufolge ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, der Beschwerdeführerin die verordnungsmässigen Leistungen für eine Perücke gestützt auf HVA Anhang Ziff. 5.56 zu gewähren. Damit erweist sich die Beschwerde als begründet und sie ist entsprechend gutzuheissen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 12. Juni 2014 S 2014 53

9. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht

9.1 Art. 315 Abs. 1 ZGB und Art. 314 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 442 Abs. 5 ZGB

Regeste:

Art. 315 Abs. 1 ZGB und Art. 314 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 442 Abs. 5 ZGB – Für die Errichtung und die Führung von Kinderschutzmassnahmen ist die Schutzbehörde am Wohnsitz des Kindes zuständig. Bei Wohnsitzwechsel eines Elternteils, für dessen Kind eine Massnahme besteht, darf die bisherige Behörde die Massnahme erst dann an die neu zuständige Behörde übertragen, wenn nichts mehr vorzukehren ist und die Massnahme unverändert weitergeführt werden kann. Dabei geht die Massnahme erst mit der Übernahme durch die neu zuständige Behörde auf diese über.

Aus dem Sachverhalt:

A ist der gemeinsame Sohn der miteinander verheirateten und seit dem 1. Mai 2013 in Trennung lebenden B und C. Die Kindseltern trafen eine Vereinbarung betreffend die Haushaltsaufhebung, welche das Kantonsgericht des Kantons Zug am 30. August 2013 genehmigte. Es stellte A unter die Obhut seiner Mutter und hielt fest, dass sich die Eltern im direkten Gespräch über die Gestaltung des gegenseitigen Anspruchs von A und seines Vaters auf angemessenen persönlichen Verkehr

einigen sollten. Komme keine Einigung zustande, werde der Vater berechtigt und verpflichtet, A an von den Eltern noch festzulegenden fünf Tagen und danach wöchentlich jeden Samstag von 9 bis 17 Uhr zu oder mit sich auf Besuch zu nehmen. In der Folge kam es bei der Ausübung des Besuchsrechts immer wieder zu Konflikten zwischen den Eltern. Am 3. Juli 2013 machte C eine Gefährdungsmeldung an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) des Kantons Zug und führte unter anderem aus, A werde von seinem Vater geschlagen. Am 1. September 2013 und somit noch während der laufenden Abklärungen verlegten C und A ihren Wohnsitz nach Y (ZH). Mit Entscheid vom 10. Dezember 2013 errichtete die KESB Zug für A eine Besuchsrechts- und Erziehungsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB.

Aus den Erwägungen:

(...)

1.1 Nach Art. 315 Abs. 1 ZGB ist die Kindesschutzbehörde am Wohnsitz des Kindes für die Errichtung und Führung von Kindesschutzmassnahmen zuständig. Wechselt der Elternteil, für dessen Kind eine Massnahme besteht, seinen Wohnsitz, so übernimmt die Behörde am neuen Wohnsitz die Massnahme ohne Verzug, sofern keine wichtigen Gründe dagegen sprechen (Art. 314 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 442 Abs. 5 ZGB). Bis zur Übertragung an die Behörden am neuen Ort bleibt die bisherige Zuständigkeit bestehen. Entsprechend ist auch dort ein Verfahren um Abänderung der Massnahme anhängig zu machen (Geiser, Basler Kommentar ZGB I, Basel 2010, Art. 377 N 8). Die bisherige Behörde hat während der Führung und bis zur Übertragung der Massnahme alles Erforderliche vorzunehmen. Sie darf die Massnahme erst dann an die neu zuständige Behörde übertragen, wenn nichts mehr vorzukehren ist und die Massnahme unverändert weitergeführt werden kann. Dabei geht die Massnahme erst mit deren Übernahme durch die neu zuständige Behörde auf diese über (Urteil des Bundesgerichts vom 16. Oktober 2002, 5C.200/2002, Erw. 2.2).

1.2 In Absprache mit der an und für sich neu zuständigen KESB X errichtete die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Kantons Zug am 10. Dezember 2013 für A eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB. Des Weiteren bat die KESB X die Zuger KESB am 19. Dezember 2013, bis zum Abschluss des Strafverfahrens weiterhin die Beistandschaft für A zu führen und die weiteren nötigen Schritte betreffend die Besuchsrechtsregelung einzuleiten, womit die Zuger KESB einverstanden war und den angefochtenen Entscheid vom 11. März 2014 erliess. Aus diesem Grund ist das Verwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde örtlich und sachlich zuständig, obwohl das betroffene Kind A seinen gesetzlichen Wohnsitz mittlerweile in Y (ZH) hat. (...)

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. August 2014 F 2014 22

9.2 Art. 360 ff. ZGB

Regeste:

Art. 360 ff. ZGB – Gültigkeit eines Vorsorgeauftrags. Ist der Vorsorgeauftraggeber volljährig und umfasst der Vorsorgeauftrag einen Bereich, in welchem die Handlungsfähigkeit nicht durch eine behördliche Massnahme beschränkt wird, ist beim Vorsorgeauftrag letztlich die Frage nach der Urteilsfähigkeit von zentraler Bedeutung.

Aus dem Sachverhalt:

A beauftragte seine Ehefrau B mit öffentlich beurkundetem Vorsorgeauftrag vom 26. April 2013, ihn im Falle amtlich festgestellter Urteilsunfähigkeit in verschiedenen Angelegenheiten zu vertreten. Nachdem Sohn C aus erster Ehe von A wegen Zweifeln an der Gültigkeit des Vorsorgeauftrags im Sommer 2013 an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Kantons Zug (KESB) gelangt war, führte die KESB verschiedene Abklärungen, darunter auch medizinische, durch und stellte mit Entscheid vom 27. Mai 2014 die Ungültigkeit des Vorsorgeauftrags fest, da A im massgebenden Zeitpunkt, d.h. im April 2013, nicht mehr in rechtsgenügendem Masse urteilsfähig gewesen sei. Gegen diesen Entscheid beschwerten sich A und B mit Eingabe vom 27. Juni 2014 beim Verwaltungsgericht und beantragten im Wesentlichen die Feststellung der Gültigkeit des Vorsorgeauftrags.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Ein zentrales Revisionsanliegen des per 1. Januar 2013 in Kraft getretenen neuen Erwachsenenschutzrechts ist die Förderung des Selbstbestimmungsrechts in der Form der eigenen Vorsorge (Daniel Rosch, Kurzkomentar ZGB, Vorbemerkungen zu Art. 360–456 N 9), beispielsweise in der Form eines Vorsorgeauftrags. Nach Art. 360 Abs. 1 ZGB kann eine handlungsfähige Person eine natürliche oder juristische Person beauftragen, im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit die Personensorge oder die Vermögenssorge zu übernehmen oder sie im Rechtsverkehr zu vertreten. Sie muss die Aufgaben, die sie der beauftragten Person übertragen will, umschreiben und kann Weisungen für die Erfüllung der Aufgaben erteilen (Abs. 2). Sie kann für den Fall, dass die beauftragte Person für die Aufgaben nicht geeignet ist, den Auftrag nicht annimmt oder ihn kündigt, Ersatzverfügungen treffen (Abs. 3). Durch den Vorsorgeauftrag gemäss Art. 360 ff. ZGB wird ein Instrument ins Gesetz aufgenommen, welches es einer Person erlaubt, mit Blick auf den Fall schwindender Urteilsfähigkeit selber eine natürliche oder juristische Person zu bestimmen, welche die Person-

en- oder Vermögenssorge oder die Rechtsvertretung übernehmen soll. Damit wird die Selbstbestimmung pro futuro der jetzt noch handlungsfähigen Person gestärkt, was einem Ziel des neuen Erwachsenenschutzrechts entspricht. Das Selbstbestimmungsrecht kann durch den Vorsorgeauftrag über die Zeit der Urteilsunfähigkeit hinaus gewahrt werden (Alexandra Rumo-Jungo, Basler Kommentar, Erwachsenenschutz, Basel 2012, Art. 360 N 9). Der Vorsorgeauftrag enthält Dispositionen des Auftraggebers für den Fall seiner Urteilsunfähigkeit. Die Wirksamkeit des Vorsorgeauftrags setzt demnach den Eintritt der Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers voraus. Es handelt sich hierbei um eine suspensive Bedingung (Rumo-Jungo, Basler Kommentar, a.a.O., Art. 360 N 30). Der (gültige) Vorsorgeauftrag wird gemäss Art. 360 Abs. 1 ZGB von einer handlungsfähigen Person errichtet. Diese Person muss folglich im Zeitpunkt der Errichtung volljährig und urteilsfähig (Art. 13, 14 und 16 ZGB) sein und darf nicht unter umfassender Beistandschaft stehen (Art. 17 und Art. 398 Abs. 3 ZGB; vgl. auch Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 28. Juni 2006, Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht, BBl 2006 7025). Ist auch nur eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt, so kann ein Vorsorgeauftrag nicht gültig errichtet werden (Rumo-Jungo, Basler Kommentar, a.a.O., Art. 360 N 20). In formeller Hinsicht ist zu beachten, dass der Vorsorgeauftrag gemäss Art. 361 Abs. 1 ZGB eigenhändig zu errichten oder öffentlich zu beurkunden ist. Der eigenhändige Vorsorgeauftrag ist von der auftraggebenden Person von Anfang bis Ende von Hand niederzuschreiben, zu datieren und zu unterzeichnen (Art. 361 Abs. 2 ZGB). Das Zivilstandsamt trägt auf Antrag die Tatsache, dass eine Person einen Vorsorgeauftrag errichtet hat, und den Hinterlegungsort in die zentrale Datenbank ein. Der Bundesrat erlässt die nötigen Bestimmungen, namentlich über den Zugang zu den Daten (Art. 361 Abs. 3 ZGB).

Erfährt die Erwachsenenschutzbehörde, dass eine Person urteilsunfähig geworden ist, und ist ihr nicht bekannt, ob ein Vorsorgeauftrag vorliegt, so erkundigt sie sich beim Zivilstandsamt (Art. 363 Abs. 1 ZGB). Liegt ein Vorsorgeauftrag vor, so prüft die Erwachsenenschutzbehörde, ob dieser gültig errichtet worden ist (Art. 363 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB); die Voraussetzungen für seine Wirksamkeit eingetreten sind (Ziff. 2); die beauftragte Person für ihre Aufgaben geeignet ist; und (Ziff. 3) weitere Massnahmen des Erwachsenenschutzes erforderlich sind (Ziff. 4). Nimmt die beauftragte Person den Vorsorgeauftrag an, so weist die Behörde sie auf ihre Pflichten nach den Bestimmungen des Obligationenrechts über den Auftrag hin und händigt ihr eine Urkunde aus, die ihre Befugnisse wiedergibt (Art. 363 Abs. 3 ZGB). Die Gültigkeitsprüfung nach Art. 363 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB ist insofern konstitutiv, als die Gültigkeits- und Wirksamkeitsvoraussetzungen zu prüfen und festzustellen sind, was nur durch die Beschwerdegegnerin rechtsverbindlich erfolgen kann. Das Prüfungsprogramm mündet in eine Feststellungsverfügung. Das ändert nichts daran, dass die Wirksamkeit des gültigen Vorsorgeauftrags als einseitiges Rechtsgeschäft nicht von der behördlichen Feststellung abhängt, sondern ex lege eintritt, sobald die erforderlichen Voraussetzungen gegeben sind (namentlich die Suspensivbedingung der Urteil-

sunfähigkeit des Auftraggebers eingetreten ist). Stehen Gültigkeit, Wirksamkeit und Geeignetheit des Beauftragten fest und nimmt dieser den Auftrag an, erlässt die Beschwerdegegnerin einen Validierungsentscheid (Rumo-Jungo, Basler Kommentar, a.a.O., Art. 363 N 1a f. und Art. 360 N 31). Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdegegnerin den im Vorsorgeauftrag geäusserten Willen und damit den Selbstbestimmungsanspruch der betroffenen Person möglichst umfassend zu respektieren hat und dem Vorsorgeauftrag die Wirksamkeit nicht ohne triftige Gründe verweigern und stattdessen eine behördliche Massnahmen anordnen darf (Rosch, a.a.O., Art. 360 N 3).

3. Ist der Vorsorgeauftraggeber volljährig und umfasst der Vorsorgeauftrag einen Bereich, in welchem die Handlungsfähigkeit nicht durch eine behördliche Massnahme beschränkt wird, ist beim Vorsorgeauftrag letztlich die Frage nach der Urteilsfähigkeit von zentraler Bedeutung (Carmen Ladina Widmer Blum, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Luzern 2010, S. 274).

3.1 Gemäss Art. 16 ZGB ist jede Person im Sinne dieses Gesetzes urteilsfähig, der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln. Die Urteilsfähigkeit ist die Fähigkeit einer Person, sich ein akkurates Urteil über die Zustände und Geschehnisse um sich herum zu bilden und entsprechend zu handeln. Nach der massgeblichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung umfasst der Begriff der Urteilsfähigkeit zwei Elemente. Zum einen enthält er eine verstandesmässige, intellektuelle Komponente, d.h. die Fähigkeit, einen eigenen Willen zu bilden, und somit die Fähigkeit, Sinn, Zweckmässigkeit und Wirkung einer bestimmten Handlung zu erkennen. Zum anderen verlangt das Bundesgericht ein Willens- bzw. Charakterelement, nämlich die Fähigkeit, gemäss der vernünftigen Erkenntnis nach seinem freien Willen zu handeln und allfälliger fremder Willensbeeinflussung in normaler Weise Widerstand zu leisten (Urteil des Bundesgerichts vom 30. Juni 2006, 5C.257/2003 Erw. 4.2; BGE 124 III 5 Erw. 1a; BGE 127 I 6 Erw. 7b/aa; vgl. auch Sandra Hotz, Kurzkommentar ZGB, Art. 16 N 1).

3.2 Die Urteilsfähigkeit ist relativ. Ihr Vorliegen ist jeweils im Einzelfall und mit Bezug auf die in Frage stehende Handlung zu beurteilen (BGE 134 II 235 Erw. 4.3.2). Für die konkrete Rechtshandlung kann die Urteilsfähigkeit aber nur gegeben oder nicht gegeben sein; auf keinen Fall kann sie teilweise gegeben sein (Frank Petermann, Urteilsfähigkeit, Zürich/St. Gallen, 2008, N 140; Widmer Blum, a.a.O., S. 38). Die Urteilsfähigkeit muss mithin im Zeitpunkt der Auftragserteilung vorliegen. Der Umstand, dass die Urteilsfähigkeit womöglich vorher oder nachher eingeschränkt oder aufgehoben war, ist nicht relevant (Rumo-Jungo, Basler Kommentar, a.a.O., Art. 360 N 22). Weil es nur auf die Urteilsfähigkeit im Moment der Vornahme der Rechtshandlung ankommt, ist diese auch dann gültig, wenn sie eine grundsätzlich urteilsun-

fähige Person in einem luziden Augenblick vorgenommen hat (Stephan Wolf und Anna Lea Setz, Handlungsfähigkeit, insbesondere Urteilsfähigkeit, sowie ihre Prüfung durch den Notar, in: Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson, herausgegeben von Stephan Wolf, Bern 2012, S. 43). Vorliegend ist nach der Tragweite des Vorsorgeauftrags, die von den allgemeinen Lebensumständen der Person abhängt, und der Komplexität der delegierten Aufgabe zu differenzieren. Der Auftraggeber muss in jedem Fall im Zeitpunkt der Auftragserteilung die Einsicht in die Komplexität der möglichen Rechtsgeschäfte und deren Tragweite haben (Ernst Langenegger, Kurzkommentar ZGB, Art. 360 N 14; Rumo-Jungo, Basler Kommentar, a.a.O., Art. 360 N 22). Die verfügende Person muss somit im Moment des Erstellens fähig sein, die Tragweite des Geschäfts zu erkennen und seine inhaltliche Bedeutung, seine Wirkungen sowie seine Zeitverhältnisse zu erfassen (Widmer Blum, a.a.O., S. 274).

4. (...) Umstritten und zu prüfen ist im vorliegenden Verfahren einzig die Gültigkeit des Vorsorgeauftrags i.S. von Art. 363 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB.

Nach Langenegger umfasst die Gültigkeitsprüfung nach Art. 363 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB folgende Punkte: 1. Liegt ein Originaldokument vor und sind die Formvorschriften nach Art. 361 ZGB eingehalten? 2. War die auftraggebende Person im Zeitpunkt der Errichtung des Vorsorgeauftrags handlungsfähig, d.h. volljährig, nicht einer umfassenden Beistandschaft unterstellt und urteilsfähig? 3. Sind die inhaltlichen Minimalanforderungen an einen Vorsorgeauftrag erfüllt und steht dieser als Ganzes in Übereinstimmung mit der Rechtsordnung? Wenn alle diese Fragen bejaht werden können, liegt ein gültiger Vorsorgeauftrag vor (Langenegger, a.a.O., Art. 363 N 6). Der Vorsorgeauftrag liegt dem Gericht im Original vor und die Formvorschriften nach Art. 361 Abs. 1 ZGB sind angesichts der am 26. April 2013 erfolgten öffentlichen Beurkundung als erfüllt zu betrachten (BG-act. 1.37). Das Gleiche gilt für die Kriterien betreffend Erfüllung inhaltlicher Minimalanforderungen und Übereinstimmung mit der Rechtsordnung. Der Beschwerdeführer beauftragte nämlich im Vorsorgeauftrag seine – vorliegend auch als Beschwerdeführerin auftretende – Ehefrau B, ihn im Falle amtlich festgestellter Urteilsunfähigkeit in allen nachfolgend aufgelisteten Angelegenheiten zu vertreten. Dieser Vorsorgeauftrag ersetze allfällige frühere Aufträge und bezwecke insbesondere die Vermeidung einer rechtlich angeordneten Betreuung. (...) Mit dieser detaillierten Aufzählung der konkreten Aufgaben sind die inhaltlichen Minimalanforderungen nach Art. 360 Abs. 2 ZGB an einen Vorsorgeauftrag erfüllt. Schliesslich ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdegegnerin auch nicht geltend gemacht, inwiefern der Vorsorgeauftrag einen Verstoß gegen die Rechtsordnung beinhalten sollte. Zum Zeitpunkt der Errichtung des Vorsorgeauftrags war der Beschwerdeführer volljährig und stand nicht unter einer umfassenden Beistandschaft. Umstritten und zu prüfen bleibt somit im vorliegenden Verfahren einzig die Handlungsfähigkeit bzw. insbesondere die Urteilsfähigkeit des Beschwerdeführers im erwähnten Zeitpunkt. (...)

(...)

7. Abschliessend bleibt festzuhalten, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Errichtung des Vorsorgeauftrags, d.h. am 26. April 2013, sowohl betreffend die Person der Vorsorgebeauftragten bzw. der beiden Ersatzvorsorgebeauftragten als auch betreffend die Komplexität der zu delegierenden Aufgaben urteilsfähig gewesen ist und sich somit der Tragweite des Geschäfts, seiner inhaltlichen Bedeutung, seiner Wirkungen und seiner Zeitverhältnisse bewusst gewesen ist. Der Vorsorgeauftrag wurde mithin i.S. von Art. 363 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB gültig errichtet. Des Weiteren sind die Voraussetzungen für seine Wirksamkeit i.S. von Art. 363 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB eingetreten und aus den Akten ergeben sich keine Hinweise darauf, dass die Vorsorgebeauftragte bzw. die beiden Ersatzvorsorgebeauftragten nicht i.S. von Art. 363 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB als für ihre Aufgaben geeignet zu betrachten wären; auch die KESB selber machte diesbezüglich keine konkreten Vorbehalte. In Bezug auf diese Thematik begnügte sie sich nämlich auf Ausführungen allgemeiner Natur. Nachdem aber seit Beginn des bei ihr hängigen Verfahrens weniger die inhaltlichen Bestimmungen des Vorsorgeauftrags als die damit betrauten Personen Gegenstand der Kritik waren, hätte erwartet werden dürfen, dass sich die KESB zur Eignung der beauftragten Personen materiell geäussert hätte. Ein weiteres Indiz für die Gültigkeit des Vorsorgeauftrags ist schliesslich der Umstand, dass dieser vom 26. April 2013 datiert und somit als zeitnah zu qualifizieren ist. Die Beschwerde ist daher insofern gutzuheissen, als die Gültigkeit und Wirksamkeit des Vorsorgeauftrags festzustellen und auch die Geeignetheit der Vorsorgebeauftragten bzw. der beiden Ersatzvorsorgebeauftragten für ihre Aufgaben zu bejahen ist. Die KESB hat abzuklären, ob die Vorsorgebeauftragte bzw. allenfalls die Ersatzvorsorgebeauftragten den Auftrag annehmen. Ausserdem hat die KESB zu prüfen, ob der Vorsorgeauftrag zur Interessenwahrung des Beschwerdeführers genügt oder ob ergänzend (nach wie vor) erwachsenenschutzrechtliche Massnahmen notwendig sind. Angesichts des Ausgangs des Verfahrens erübrigt sich die Durchführung der von den Beschwerdeführern beantragten Zeugenbefragung.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 13. November 2014 F 2014 30

9.3 Art. 439 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB i.V.m. § 58 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 EG ZGB

Regeste:

Art. 439 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB i.V.m. § 58 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 EG ZGB – Fürsorgereische Unterbringung. Örtliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts in casu bejaht.

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). Die Beschwerdeführerin hat ihren gesetzlichen Wohnsitz in D SZ. Sie hält sich aber seit März 2014 im Wohnheim C bzw. aktuell in der Klinik E und damit im Kanton Zug auf und wurde zudem von einem Arzt im Kanton Zug in die Klinik eingewiesen, 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.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 8. September 2014 F 2014 42

9.4 Art. 439 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB i.V.m. § 58 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 EG ZGB; § 20 Abs. 3 GO

Regeste:

Art. 439 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB i.V.m. § 58 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 EG ZGB; § 20 Abs. 3 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichts – Fürsorgerische Unterbringung. Örtliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts in casu verneint. Voraussetzungen für die Erledigung des Verfahrens in Einzelrichterkompetenz erfüllt.

Aus den Erwägungen:

1. Das Verwaltungsgericht beurteilt unter anderem Beschwerden gegen eine ärztlich angeordnete Unterbringung und gegen die Zurückbehaltung durch die Einrichtung (Art. 439 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB in der seit 1. Januar 2013 geltenden Fassung i.V.m. § 58 Abs. 1 lit. b des Einführungsgesetzes zum ZGB, EG ZGB, in der ab 1. Januar 2013 geltenden Fassung; BGS 211.1). Zur Beschwerde berechtigt ist die betroffene oder eine ihr nahestehende Person (Art. 439 Abs. 1 ZGB). Die Frist zur Anrufung des Gerichts beträgt zehn Tage seit Mitteilung des Entscheids (Art. 439 Abs. 2 Satz 1 ZGB). 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.

Die Beschwerdeführerin wohnt in Y (ZH) und die ärztliche Unterbringung wurde weder von einer Arztperson noch einer Einrichtung im Kanton Zug, sondern von einer Chefärztin bzw. einem Chefarzt des Universitätsspitals F angeordnet, weshalb das Verwaltungsgericht des Kantons Zug in Nachachtung von § 58 Abs. 2 EG ZGB mangels örtlicher Zuständigkeit nicht auf die Beschwerde eintreten kann. Ausserdem sind die Voraussetzungen für ein Nichteintreten auf die Beschwerde offensichtlich erfüllt, weshalb die Beurteilung gemäss § 20 Abs. 3 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichts vom 14. Januar 1977 (GO; BGS 162.11) durch die Einzelrichterin erfolgen kann.

Da die Beschwerdeführerin in Y (ZH) wohnt, ist die vorliegende Beschwerde gemäss § 7 VRG an die für Y zuständige Rechtsmittelinstanz, d.h. an das Bezirksgericht Y, weiterzuleiten (s. dazu das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. April 2013, PA130012-O/U).

Einzelrichterurteil des Verwaltungsgerichts vom 27. Juni 2014 F 2014 29

9.5 Art. 450e Abs. 5 ZGB; Art. 29 BV

Regeste:

Art. 450e Abs. 5 ZGB; Art. 29 BV – Hat die betroffene Person gegen eine fürsorgliche Unterbringung Beschwerde erhoben, entscheidet die gerichtliche Beschwerdeinstanz in der Regel innert fünf Arbeitstagen seit Eingang der Beschwerde (Art. 450e Abs. 5 ZGB). Die betroffene Person hat im Sinne des rechtlichen Gehörs das Recht auf eine Anhörung in einer ihr verständlichen Sprache, nicht aber auf eine solche in ihrer Muttersprache (Art. 29 Abs. 2 BV).

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Hat die betroffene Person gegen eine fürsorgliche Unterbringung Beschwerde erhoben, hört sie die gerichtliche Beschwerdeinstanz in der Regel als Kollegium an (Art. 450e Abs. 4 Satz 1 ZGB) und entscheidet ebenfalls 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).

Der Beschwerdeführer hat eine profunde Anhörung seiner Person verhindert, indem er zunächst zwar erklärte, er verstehe den Englisch und Arabisch sprechenden Dolmetscher, dann aber unvermittelt auf einem Dolmetscher seiner somalischen Muttersprache bestand. Dabei geriet er immer mehr in Rage – insbesondere auch wegen der bei der Ermahnung des Dolmetschers zur richtigen Übersetzung angedrohten Freiheitsstrafe, die er auf sich selber bezog – und schliesslich verliess er die Anhörung. Anschliessend wurde in Abwesenheit des Beschwerdeführers Klinikarzt Dr. C befragt und der gerichtliche Gutachter Dr. D erstattete sein Gutachten mündlich. Mit seinem Verhalten hat es der Beschwerdeführer dem Gericht verunmöglicht, innert fünf Arbeitstagen seit Eingang der Beschwerde zu entscheiden, da es in Berücksichtigung des rechtlichen Gehörs notwendig wurde, das Protokoll mit dem Sachverständigengutachten zu erstellen und dieses vor dem Entscheid dem Beschwerdeführer zu einer allfälligen Stellungnahme zukommen zu lassen. Eine Wiederholung der Anhörung hingegen ist nicht erforderlich. Einerseits hat der Beschwerdeführer zwar das Recht, dass die Anhörung in einer für ihn verständlichen Sprache geführt bzw. übersetzt wird, nicht aber, dass dies in seiner Muttersprache zu geschehen hat (s. dazu insbesondere BGE 118 Ia 462 zu aArt. 4 BV bzw. Art. 29 BV; vgl. dazu auch Art. 5 und 6 EMRK). Den Akten lässt sich mehrfach entnehmen, dass der seit 2007 in der Schweiz weilende Beschwerdeführer sehr wohl Englisch versteht und sich in dieser Sprache durchaus gewählt auszudrücken vermag. Mit der angebotenen Übersetzung auf Englisch (bzw. auch Arabisch) war dem Recht des Beschwerdeführers, der Verhandlung in einer ihm verständlichen Sprache folgen zu können, jedenfalls ausreichend Genüge getan. Andererseits ist eine Wiederholung der Anhörung auch deshalb nicht erforderlich, weil das Gericht in den rund zehn Minuten, in denen der Beschwerdeführer an der Anhörung teilnahm, sehr wohl in der Lage war, sich einen Eindruck von ihm zu verschaffen, und er sich auch klar dahingehend äussern konnte, dass er nicht bereit sei, auch nur eine Sekunde länger in der Klinik zu bleiben.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 31. Januar 2014 F 2014 7

9.6 Art. 580 ff. ZGB

Regeste:

Art. 580 ff. ZGB – Öffentliches Inventar. Beistandsentschädigungen und Gebühren für Amtshandlungen im Kindes- und Erwachsenenschutz sind als öffentlich-rechtliche Forderungen zu betrachten und deren unterlassene Anmeldung im öffentlichen Inventar bewirkt keine Befreiung der Erben.

Aus dem Sachverhalt:

Für A bestand eine altrechtliche kombinierte Vertretungs- und Verwaltungsbeistand-

schaft. Nach seinem Tod am 28. September 2013 traten die beiden Söhne B und C die Erbschaft unter öffentlichem Inventar an. Mit Entscheid vom 1. April 2014 genehmigte die KESB den Schlussbericht und die Schlussrechnung der Beiständigen und setzte Fr. 400.– als Entschädigung für die Mandatsführung für die Dauer vom 1. Januar bis 28. September 2013 zulasten des Nachlassvermögens fest. Ebenfalls zulasten des Nachlassvermögens erhob die KESB eine Entscheidungsgebühr in der Höhe von Fr. 410.–. B erhob am 24. April 2014 Beschwerde beim Verwaltungsgericht und wies unter anderem darauf hin, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Forderungen der KESB nicht im Zuge des öffentlichen Inventars eingereicht worden seien. Da er die Erbschaft gemäss öffentlichem Inventar vom 17. Dezember 2013 angenommen habe, müsse er nachträglich eingereichte Forderungen nicht begleichen.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Die Erbschaft wurde gemäss Erbenbescheinigung vom 15. Januar 2014 unter öffentlichem Inventar angetreten.

3.1 Beim öffentlichen Inventar im Sinne von Art. 580 ff. ZGB handelt es sich um ein Verzeichnis über die Aktiven und Passiven einer Erbschaft (Daniel Abt, in: Peter Breitschmid/Alexandra Rumo-Jungo, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 580 ZGB N 1). Jeder Erbe, der die Erbschaft ausschlagen kann, ist berechtigt, innert eines Monats ein öffentliches Inventar zu verlangen (Art. 580 Abs. 1 und 2 ZGB). Die zuständige Behörde vollzieht anschliessend einen Rechnungsruf, in welchem Gläubiger und Schuldner aufgerufen werden, ihre Forderungen und Schulden anzumelden (Art. 582 Abs. 1 ZGB). Nach Abschluss des Inventars können die Erben die Erbschaft ausschlagen, die amtliche Liquidation verlangen oder die Erbschaft unter öffentlichem Inventar antreten (Art. 588 Abs. 1 ZGB). Übernimmt ein Erbe die Erbschaft unter öffentlichem Inventar, so gehen die im Inventar verzeichneten Schulden und Vermögenswerte des Erblassers auf den Erben über (Art. 589 Abs. 1 ZGB). Für diese Schulden haftet der Erbe sowohl mit der Erbschaft als auch mit seinem eigenen Vermögen (Art. 589 Abs. 3 ZGB). Gläubigern, deren Forderungen nicht in das Inventar aufgenommen wurden, weil sie deren Anmeldung versäumt haben, sind die Erben weder persönlich noch mit der Erbschaft haftbar. Haben Gläubiger die Anmeldung der Forderung ohne eigene Schuld unterlassen, haftet der Erbe, soweit er aus der Erbschaft bereichert ist (Art. 590 Abs. 1 und 2 ZGB).

In diesem Zusammenhang ist auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu verweisen, wonach keine Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass die Vorschriften der Art. 589 und 590 ZGB generell auch öffentlich-rechtliche Forderungen betreffen würden (BGE 102 Ia 483 Erw. 5c). Es müsse nämlich beachtet werden, dass das ZGB die zivil-

rechtlichen Verhältnisse regle und dass die zivilrechtlichen Normen dem Betroffenen auch in anderen Bereichen keinen abschliessenden Überblick über die Rechtsslage verschaffen würden. Er müsse stets beachten, ob daneben öffentlich-rechtliche Verpflichtungen und Beschränkungen bestünden (Erw. 6b/aa). Die Art. 589 und 590 ZGB würden gemäss dem Ziel und Zweck des ZGB ausschliesslich zivilrechtliche Verpflichtungen betreffen (Erw. 6b/cc). Die Regelung, ob und unter welchen Bedingungen öffentlich-rechtliche Forderungen auf Erben übergehen bzw. insbesondere ob diese Forderungen in ein öffentliches Inventar anzumelden sind, um ein Untergehen beim Tod des Erblassers zu verhindern, bleibt somit dem öffentlichen Recht vorbehalten. So schliesst das öffentliche Recht die Art. 589 und 590 ZGB entweder ausdrücklich aus, behält diese vor oder schweigt sich darüber aus (Kurt Wissmann, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 589 N 5). Ein Beispiel für einen ausdrücklichen Vorbehalt ist Art. 43 der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947 (AHVV), der zwar die solidarische Haftung der Erben für die vom Erblasser zu seinen Lebzeiten geschuldeten AHV-Beiträge vorsieht, jedoch neben Art. 566 ZGB (Ausschlagung) und Art. 593 ZGB (amtliche Liquidation) auch Art. 589 ZGB ausdrücklich vorbehält. Dies hat zur Folge, dass eine unterlassene Anmeldung einer AHV-Forderung im öffentlichen Inventar die Erben befreit. Schweigt sich das öffentliche Recht dagegen aus, so kommen die Art. 589 und Art. 590 ZGB nicht zur Anwendung und die Erben haften auch für die im Inventar nicht angemeldeten öffentlich-rechtlichen Forderungen an den Erblasser. Das Inventar gibt den Erben somit nur über den Status betreffend privatrechtlicher Verhältnisse zuverlässig Auskunft (Wissmann, a.a.O., Art. 589 N 6).

3.1.1 Beistände haben Anspruch auf eine angemessene Entschädigung und auf Ersatz der notwendigen Spesen aus dem Vermögen der betroffenen Person. Bei Berufsbeiständen fällt diese Entschädigung an den Arbeitgeber (Art. 404 Abs. 1 ZGB). Paragraph 47 Abs. 3 EG ZGB wiederholt die gleichen Bestimmungen aus dem ZGB (Abs. 1) und delegiert den Erlass einer Gebührenordnung über die Entschädigung und den Spesenersatz an den Regierungsrat. In Wahrnehmung seiner Kompetenz erliess der Regierungsrat die Verordnung über Entschädigung und Spesenersatz bei Beistandschaften und Vormundschaften vom 18. Dezember 2012 (VESBV, BGS 213.52). Paragraph 4 VESBV regelt die pauschale Entschädigung, währenddem die Entschädigung nach Zeitaufwand Gegenstand von § 5 VESBV ist. Dabei handelt es sich um die Entschädigung der Kosten, die dem Staat durch die Organisation der Dienstleistung entstehen (Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7051). Die Entschädigungen der Beistände sind somit ohne weiteres als öffentlich-rechtliche Forderungen zu betrachten. Da sich im Zusammenhang mit der Beistandsentschädigung weder den massgebenden Rechtsnormen noch der entsprechenden Rechtsprechung ein Vorbehalt bzw. die Anwendbarkeit von Art. 589 und 590 ZGB entnehmen lässt, kommen die erwähnten Artikel nicht

zur Anwendung und die unterlassene Anmeldung der erwähnten Entschädigung im öffentlichen Inventar bewirkt keine Befreiung der Erben.

3.1.2 Gemäss § 57 Abs. 1 EG ZGB richten sich die Gebühren für Amtshandlungen im Kindes- und Erwachsenenschutz unter Vorbehalt von Abs. 2 und 3 nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz und dem Verwaltungsgebührentarif. Nach Abs. 3 kann in begründeten Fällen auf die Kostenerhebung verzichtet werden. Paragraf 4 Abs. 1 Ziff. 38 des Verwaltungsgebührentarifs sieht für Amtshandlungen «anderer kantonalen Behörden und Amtsstellen» für andere Verwaltungsentscheide, Bewilligungen, Genehmigungen, Kontrollen und Dienstleistungen aller Art Gebühren zwischen Fr. 50.– und Fr. 2400.– vor. Bei Gebühren handelt es sich um ein Entgelt für Amtshandlungen oder für die Benützung einer öffentlichen Einrichtung und soll die Kosten, welche dem Gemeinwesen dadurch entstanden sind, ganz oder teilweise decken (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 2626). Gebühren sind als öffentlich-rechtliche Forderung zu betrachten. Da sich im Zusammenhang mit der Festlegung der Beistandsentschädigung weder den massgebenden Rechtsnormen noch der entsprechenden Rechtsprechung ein Vorbehalt bzw. die Anwendbarkeit von Art. 589 und 590 ZGB entnehmen lässt, kommen die erwähnten Artikel nicht zur Anwendung und die unterlassene Anmeldung der erwähnten Gebühr im öffentlichen Inventar bewirkt keine Befreiung der Erben.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. August 2014 F 2014 24

II. Zivilrecht

1. Aktienrecht

1.1 Art. 697b OR

Regeste:

Art. 697b – Die gerichtliche Anordnung einer Sonderprüfung setzt unter anderem voraus, dass diese dem Aktionär weitere Kenntnisse verschaffen könnte, welche ihm die Ausübung seiner Aktionärsrechte oder die Beurteilung von Prozesschancen erst möglich machen würden. Dies ist vom gesuchstellenden Aktionär glaubhaft zu machen. Zu einem bereits bekannten Sachverhalt bedarf es keiner Einsetzung eines Sonderprüfers.

Aus dem Sachverhalt:

A. ist Aktionär der Z. Holding AG und war vom 28. Mai 2008 bis 16. Dezember 2013 Mitglied des Verwaltungsrates, wobei ihm von Oktober 2008 bis April 2010

das Präsidium oblag. Zudem war er von August 2008 bis November 2013 Mitglied bzw. von Januar 2009 bis März 2011 Präsident des Verwaltungsrates der – von der Z. Holding AG beherrschten – ZB AG. Nachdem B. Mitte Juli 2013 als Verwaltungsratspräsident der ZB AG zurückgetreten ist, war A. bis zu seinem Austritt im November 2013 alleiniger Verwaltungsrat der ZB AG. Am 4. November 2013 beauftragte er – als einziger Verwaltungsrat der ZB AG – die R. AG mit einer stichprobenweisen Überprüfung, ob die von B. veranlassten Mittelabflüsse geschäftsmässig begründet sind. Mit Schreiben vom 22. November 2013 wurde A. aufgefordert, alle Handlungen und Geschäftstätigkeiten für und namens der ZB AG einzustellen. An der ausserordentlichen Generalversammlung vom 16. Dezember 2013 wurde A. aus dem Verwaltungsrat der Z. Holding AG abberufen. Dieser stellte darauf dem Verwaltungsratspräsidenten diverse Fragen, u.a. in Bezug auf Mittelabflüsse zugunsten von B. und der D. GmbH. Nachdem der Verwaltungsratspräsident nicht sämtliche Fragen beantwortet hatte, beantragte A. die Einsetzung eines Sonderprüfers. Dieser Antrag wurde von der Generalversammlung abgelehnt. Darauf gelangte A. an das Obergericht und beantragt die gerichtliche Einsetzung eines Sonderprüfers bei der Z. Holding AG.

Aus den Erwägungen:

(...)

4. Im Folgenden ist demnach zu prüfen, ob auch die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind, nämlich ob die verlangte Sonderprüfung zur Ausübung der Aktionärsrechte des Gesuchstellers erforderlich ist (Art. 697a Abs. 1 OR) und vom Gesuchsteller glaubhaft gemacht worden ist, dass Organe der Gesuchsgegnerin Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben (Art. 697b Abs. 2 OR). Das Erforderlichkeitskriterium ist sodann nur erfüllt, wenn das bei jeder Klage vorausgesetzte aktuelle Rechtsschutzinteresse vorliegt; die Sonderprüfung ist mithin nur zuzulassen, wenn die Aktionäre bei vernünftiger Betrachtung Anlass haben konnten, an der Vollständigkeit oder an der Richtigkeit der vom Verwaltungsrat erteilten Auskünfte bzw. an der Rechtfertigung der allfälligen Auskunftsverweigerung zu zweifeln (BGE 123 III 261 E. 3a S. 266; Weber, Basler Kommentar, OR II, 4. A., Basel 2012, Art. 697a N 25; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, S. 2267 f. N 42).

(...)

4.2 Die Sonderprüfung ist – wie das Auskunfts- und Einsichtsrecht der Aktionäre (Art. 697 OR) – ein Mittel, das den Aktionären Zugang zu Informationen über Angelegenheiten der Gesellschaft verschaffen soll, damit diese ihre Kontrollrechte über den Geschäftsgang ausüben können. Mit diesem Mittel der Informationsbeschaffung soll den Aktionären ermöglicht werden, in hinreichender Kenntnis der Sach-

lage darüber zu entscheiden, ob und wie sie von ihren Aktionärsrechten Gebrauch machen wollen (vgl. Forstmoser/Meyer-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, S. 402 N 8; Casutt, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1991, S. 21 Rz. 13). Ziel der Sonderprüfung ist es, die Aktionäre in die Lage zu versetzen, einen gesellschaftsinternen Vorgang korrekt beurteilen zu können; der Sonderprüfungsbericht soll für den Aktionär Grundlage für allfällige Entscheide über die Rechtsausübung (z. B. Verantwortlichkeitsklage, Rückerstattungsklage) bilden. Das Begehren um Sonderprüfung setzt somit – wie bereits erwähnt – ein aktuelles Rechtsschutzinteresse des Gesuchstellers voraus. An der Erforderlichkeit einer Sonderprüfung fehlt es insbesondere, wenn die Sachverhalte, die abgeklärt werden sollen, tatsächlich nicht mehr im Dunkeln liegen (Bühler, Informationspflichten des Unternehmers im Gesellschafts- und Börsenrecht, Bern/Stuttgart/Wien 2003, S. 75). Es besteht kein hinreichendes Rechtsschutzinteresse, mit einer Sonderprüfung Fragen abklären zu lassen, die bereits geklärt sind. Es wäre sinnlos, eine Sonderprüfung durchzuführen, die den Aktionären keine neuen Perspektiven eröffnen kann (BGE 123 III 261 mit Hinweis auf Casutt, a.a.O., S. 41 Rz. 12).

Das Vorliegen der Voraussetzungen einer Sonderprüfung ist glaubhaft zu machen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Glaubhaftmachen sowohl Tat- wie Rechtsfragen betrifft. In tatsächlicher Hinsicht sind bestimmte Handlungen oder Unterlassungen von Gründern oder Organen und der damit zusammenhängende Schaden glaubhaft zu machen. Das Gericht darf weder blosser Behauptungen genügen lassen noch einen stringenten Beweis verlangen. Es hat vielmehr in wertender Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen die von den Gesuchstellern behaupteten Verdachtsmomente auf ihre Wahrscheinlichkeit hin zu prüfen. Dasselbe gilt in Bezug auf die sich stellenden Rechtsfragen, namentlich jene im Zusammenhang mit den behaupteten Pflichtverletzungen von Organen oder Gründern. Auch hier hat das Gericht die Frage nach dem rechts- oder statutenwidrigen Verhalten und damit nach der Verantwortlichkeit nicht abschliessend zu beantworten, sondern es darf sich mit einer summarischen Prüfung begnügen (BGE 120 II 393 E. 4c S. 397 f.).

4.3.1 Der Gesuchsteller verlangt eine Sonderprüfung zur Abklärung von Mittelabflüssen zulasten der Gesuchsgegnerin sowie der von ihr beherrschten ZB AG und ZB GmbH in den Jahren 2012 und 2013 zugunsten der Familie B. und der D. GmbH. Von Mai 2008 bis zu seiner Abberufung am 16. Dezember 2013 war der Gesuchsteller Mitglied des Verwaltungsrates der Gesuchsgegnerin, zeitweise auch Verwaltungsratspräsident. Zudem gehörte er von August 2008 bis November 2013 dem Verwaltungsrat der ZB AG an, welchem er von Januar 2009 bis März 2011 als Präsident vorstand. Dem Verwaltungsrat obliegt u.a. die Finanzkontrolle sowie die Oberaufsicht über die Geschäftsführung, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen (Art. 716a OR). Zur Wahrnehmung dieser unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben hat jedes Mitglied ein Auskunft-

srecht über alle Angelegenheiten der Gesellschaft (Art. 715a OR). Der Verwaltungsrat muss sich um seine umfassende Information kümmern (Böckli, a.a.O., S. 1605 N 167). Das Informationsrecht eines Mitglieds des Verwaltungsrates einer Obergesellschaft im Konzern bezieht sich grundsätzlich auch auf relevante Tatsachen in den Untergesellschaften (vgl. Böckli, a.a.O., S. 1609 N 182), hier somit auch auf die ZB GmbH. Zwar setzt die Sonderprüfung nicht voraus, dass ein Aktionär, der selbst dem Verwaltungsrat angehört, das ihm in dieser Funktion zustehende umfassende Recht auf Auskunft und Einsicht gemäss Art. 715a OR vorgängig ausgeübt hat (BGE 133 III 133 E. 3.3 S. 138). Zur Erlangung der betreffenden Informationen war dies hier ohnehin gar nicht nötig. Denn in der Zeit von Mitte Juli 2013 bis zu seinem Austritt im November 2013 war der Gesuchsteller sogar alleiniger Verwaltungsrat der ZB AG und fungierte als deren Geschäftsführer. Somit war er allein für die Geschäfte sowie für die Finanzkontrolle verantwortlich, weshalb ihm uneingeschränkt sämtliche Unterlagen der Gesellschaft vorlagen, ohne überhaupt ein entsprechendes Auskunftsbegehren im Sinne von Art. 715a OR stellen zu müssen. Verfügt der Aktionär, welcher mittels Sonderprüfung bestimmte Abklärungen verlangt, aus seiner bisherigen Tätigkeit als Verwaltungsrat bereits über die entsprechenden Informationen, vermag ihm die verlangte Sonderprüfung keine neuen Perspektiven zu eröffnen; es besteht mithin kein schutzwürdiges Interesse an der Sonderprüfung.

4.3.2 Dass der Gesuchsteller tatsächlich stark in die finanziellen Belange der Gesuchsgegnerin und der ZB AG involviert war, zeigt sich unter anderem daran, dass er die Vollständigkeitserklärung sowie die Jahresrechnungen 2010 und 2011 der beiden Gesellschaften unterzeichnet hat. Er verfügte in Bezug auf die Bankkonti über eine Zeichnungsberechtigung und war Ansprechperson der Bank. Weiter hatte er die Kompetenz, für die Bankkonti der Gesuchsgegnerin und der ZB AG Zeichnungs- und Zugriffsberechtigungen zu erteilen. Aus dem eingereichten Login-Protokoll für den Zeitraum April 2012 bis November 2013 ist ersichtlich, dass der Gesuchsteller stets Zugang zum Geschäftskonto bei der (...) hatte und diesen rege nutzte. Sein Einwand, wonach das Login-Protokoll auch Zugriffe auf sein Privatkonto bei der (...) zeigen soll, ist nicht glaubhaft. Der Gesuchsgegnerin ist beizupflichten, dass ihr die Bank aufgrund des Bankgeheimnisses kaum Daten betreffend das Privatkonto des Gesuchstellers ausgehändigt hat. So oder anders hatte der Gesuchsteller jedenfalls unbestritten Zugang zu den Konti der ZB AG. Es mag zutreffen, dass durch Zugriff auf das Internetbanking nicht in jedem Fall ohne Weiteres erkannt werden kann, aus welchem Grund eine Zahlung erfolgt ist. Immerhin lässt sich aber entnehmen, an wen und in welcher Höhe eine Zahlung ausgerichtet wurde (z. B. Kreditkarteninstitut, Fluggesellschaft, usw.), woraus Rückschlüsse auf den Zahlungsgrund gemacht werden können, zumal dem Gesuchsteller weitere Informationen zur Verfügung standen und er als Verwaltungsrat in die Geschäftstätigkeit involviert war.

Die Gesuchsgegnerin vermochte auch aufzuzeigen, dass der Gesuchsteller Einblick in die finanziellen Belange der ZB GmbH, Tochtergesellschaft der ZB AG, hatte und

ihm Kontroll- und Entscheidungskompetenzen zukamen. So oblag ihm die Freigabe von Zahlungen der ZB GmbH. Weiter war er in die Budgetplanung der ZB GmbH für das Jahr 2013 involviert. Sodann wurde ihm der provisorische Abschluss per 30. Juni 2013 der ZB AG und ZB GmbH übermittelt. Der Gesuchsteller konnte als Ökonom ohne Weiteres erkennen, dass die budgetierten Reisekosten/Spesen von CHF 24'000.– schon in der ersten Hälfte des Geschäftsjahres 2013 mit CHF 115'169.³⁹ bei Weitem überschritten wurden. Die Höhe der von B verursachten Auslagen konnte der Gesuchsteller unter anderem den Kreditkartenabrechnungen entnehmen, welche auch an ihn weitergeleitet wurden.

4.3.3 Aufgrund der hiervor dargelegten Gegebenheiten ist davon auszugehen, dass der Gesuchsteller Einblick in die finanziellen Belange der Gesuchsgegnerin wie auch der ZB AG und ZB GmbH hatte. Insbesondere hatte er auch Kenntnis von den hohen Auslagen für Reisen und mithin von den durch B. – vor dem Zerwürfnis ein enger Freund des Gesuchstellers – generierten Aufwendungen. Er konnte denn auch der R. AG zur Durchführung der Überprüfung der Mittelabflüsse umfangreiche Unterlagen zur Verfügung stellen, unter anderem Kreditkartenabrechnungen, aus welchen die Bezüge von B. ersichtlich waren. Wenn er in diesem Zusammenhang geltend macht, die R AG habe die Unterlagen nur zum Teil von ihm, im Übrigen aber direkt von der Revisionsgesellschaft erhalten, ändert das letztlich nichts. Der Gesuchsteller hatte jedenfalls auch Kenntnis von der Reisetätigkeit von B. in den Jahren 2012 und 2013. Diverse Reisen buchte der Gesuchsteller sogar selber und nahm daran teil.

4.3.4 Im Übrigen bestätigt der vom Gesuchsteller veranlasste Bericht der R. AG vom 18. November 2013 seinen Verdacht, dass B private Auslagen von der ZB AG bezahlen liess. Zwar wird darin der Vorbehalt angebracht, dass aufgrund fehlender Rechnungsbelege nicht abschliessend beurteilt werden könne, ob die Mittelabflüsse geschäftsmässig begründet waren oder nicht. Indes kann diese Abklärung durch eine Sonderprüfung nicht nachgeholt werden. Denn eine solche dient nicht der Beurteilung, inwiefern die von der Gesellschaft getragenen Auslagen von B. geschäftsbedingt waren sowie ob und wie diese zu der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft im Verhältnis standen. Die Sonderprüfung ist darauf ausgerichtet, konkrete Tatsachen zu ermitteln. Sie darf nicht auf eine rechtliche Beurteilung, ein Werturteil oder auf eine Prüfung der Opportunität abzielen (BGE 138 III 252 E. 3.1 S. 257; vgl. Weber, Basler Kommentar OR II, 4 A., 2012, Art. 697a N 17). Gemäss den Erwägungen hiervor müsste dem Gesuchsteller diese Beurteilung als langjähriges Mitglied des Verwaltungsrates der Gesuchsgegnerin sowie der ZB AG und als Ökonom ohnehin selber möglich sein. Aus seinen Ausführungen, wonach er B. in freundschaftlicher Weise auf den Weg der kaufmännischen Vernunft zu führen versucht habe, erhellt denn auch, dass er die von B. verursachten Auslagen als unverhältnismässig einschätzte. Diese Auffassung teilt die R. AG und hält in ihrem Bericht fest, dass die Reisekosten angesichts der angespannten Vermögenslage der ZB AG besonders hoch erscheinen.

4.4 Nach dem Gesagten ist zusammenfassend nicht glaubhaft, dass die beantragte Sonderprüfung dem Gesuchsteller überhaupt neue Perspektiven zu eröffnen vermag. Er hatte – als Mitglied des Verwaltungsrates bzw. als Verwaltungsratspräsident – Einsicht in die relevanten Gesellschaftsunterlagen. Überdies wurde sein gehegter Verdacht in Bezug auf die von Familie B verursachten Auslagen bereits mit dem Bericht der R. AG vom 18. November 2013 weitgehend bestätigt. Der Gesuchsteller vermag nicht glaubhaft zu machen, dass ihm die Sonderprüfung weitere Kenntnisse verschaffen könnte, welche ihm die Ausübung seiner Aktionärsrechte oder die Beurteilung von Prozesschancen erst möglich machen würden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_129/2013 vom 20. Juni 2013 E. 5.1). Zu einem Sachverhalt, den der Gesuchsteller bereits kennt, bedarf es keiner Einsetzung eines Sonderprüfers (Urteil des Bundesgerichts 4A_359/2007 vom 26. November 2007 E. 3.1; vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., S. 405 RN 30). Der Ansicht des Gesuchstellers, wonach nicht relevant sei, welche Informationen er als Verwaltungsrat gehabt habe, da mit der Sonderprüfung gefestigtes und beweisverwertbares Wissen beschafft werden soll, kann nicht uneingeschränkt gefolgt werden. Die Sonderprüfung ist wie das Auskunfts- und das Einsichtsrecht der Aktionäre ein Mittel, das den Aktionären Zugang zu Informationen über Angelegenheiten der Gesellschaft verschaffen soll. Sie soll dem Informationsdefizit abhelfen, das dadurch entsteht, dass die Minderheitsaktionäre kaum Möglichkeiten haben, an Interna der Gesellschaft heranzukommen (BGE 123 III 261 E. 2 S. 263 f.; BGE 133 III 133 E. 3.3 S. 137). Dem Aktionär eröffnen sich verbesserte Prozesschancen, indem die Untersuchungsergebnisse des Sonderprüfungsverfahrens für die Substanziierung eines eventuellen Klagebegehrens verwendet werden können (Horber, Die Informationsrechte des Aktionärs, Zürich 1995, Rz. 1076). Die Sonderprüfung dient indes nicht dazu, prozessual verwertbare Beweismittel im Hinblick auf ein Gerichtsverfahren zu beschaffen, zumal die Offenlegung ohnehin nicht direkt gegenüber dem antragsstellenden Aktionär, sondern dem Sonderprüfer gegenüber erfolgt (vgl. Horber, a.a.O., Rz. 1080). Zur Erlangung von Beweisen stehen der klagenden Partei andere Rechtsinstitute zu Verfügung, insbesondere die vorsorgliche Beweisabnahme (Art. 158 ZPO; BGE 138 III 76 E. 2.4.2 S. 81). Im Rahmen eines bereits hängigen Verfahrens können zudem entsprechende Beweisanträge gestellt werden.

Auf das Gesuch ist mithin mangels Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 22. Oktober 2014

1.2 Art. 731b OR

Regeste:

Art. 731b Abs. 1 OR – Bei einem Organisationsmangel kann der Richter der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist ansetzen, binnen deren der rechtmässige Zustand herzustellen ist (Ziff. 1), das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen (Ziff. 2) oder die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen (Ziff. 3). Nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip soll das Gericht die drastische Massnahme der Auflösung gemäss Ziff.3 erst anordnen, wenn die milderen Massnahmen gemäss Ziff. 1 und 2 nicht genügen oder erfolglos geblieben sind.

Aus den Erwägungen:

1. Die Gesuchsgegnerin bestreitet zu Recht nicht, dass der vom Handelsregisteramt monierte Organisationsmangel bestanden und sie diesen während des vorinstanzlichen Verfahrens nicht behoben hatte. Sie behauptet nun aber, im Laufe des vorliegenden Berufungsverfahrens eine neue Revisionsstelle gewählt und beim Handelsregister des Kantons Zug zur Eintragung angemeldet zu haben. Indes hat sie dafür bis heute keinen genügenden Beweis vorgelegt. Sie hat zwar – nach Ablauf der ihr hierfür angesetzten Frist – eine Kopie der Anmeldung für das Handelsregisteramt des Kantons Zug vom 15. September 2014 eingereicht. Dieser kann allerdings lediglich entnommen werden, dass sie eine neue Revisionsstelle (ohne Angabe ihres Namens) anmelde. Damit vermag sie aber den ihr obliegenden Nachweis nicht zu erbringen. Das Handelsregisteramt des Kantons Zug erklärt in seiner Vernehmlassung vom 8. Oktober 2014 denn auch, dass die Annahmeerklärung der Revisionsstelle fehle und die Gesuchsgegnerin bis heute weder diese Annahmeerklärung eingereicht noch den entsprechenden Vorschuss für die Eintragung geleistet habe. Ein Blick in das Handelsregister des Kantons Zug zeigt, dass bis heute die Eintragung einer neuen Revisionsstelle unterblieben ist. Damit steht aber fest, dass der Organisationsmangel im Sinne von Art. 731b Abs. 1 OR auch während der Dauer des vorliegenden Berufungsverfahrens nicht behoben worden ist, sondern nach wie vor besteht.

2. Fehlt der Gesellschaft eines der vorgeschriebenen Organe oder ist eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt, so kann gemäss Art. 731b Abs. 1 OR ein Aktionär, ein Gläubiger oder der Handelsregisterführer dem Richter beantragen, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Diese Massnahmen können insbesondere darin bestehen, der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung eine Frist anzusetzen, binnen deren der rechtmässige Zustand herzustellen ist (Ziff. 1), das fehlende Organ oder einen Sachwalter zu ernennen (Ziff. 2) oder die Gesellschaft aufzulösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anzuordnen (Ziff. 3).

2.1 Aktiengesellschaften haben ihre Jahresrechnung durch eine Revisionsstelle ordentlich (Art. 727 OR) oder gegebenenfalls eingeschränkt (Art. 727a OR) prüfen zu lassen. Nach Art. 727a Abs. 2 OR kann mit Zustimmung sämtlicher Aktionäre auf eine eingeschränkte Revision verzichtet werden, wenn die Gesellschaft im Jahresdurchschnitt nicht mehr als zehn Vollstellen hat (sog. «Opting-Out»).

2.2 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 (BGE 138 III 166 E 3.9 S. 172 f.) ist mithin vom Officialgrundsatz beherrscht (Art. 85 Abs. 2 ZPO): Die Parteien haben keine Verfügungsbefugnis über den Streitgegenstand und können sich namentlich nicht vergleichen (BGE 138 III 294 mit Hinweisen auf die Literatur). 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 (BGE 136 III 369). Der Gesetzgeber wollte dem Richter einen hinreichenden Handlungsspielraum gewähren, um eine mit Blick auf die konkreten Umstände des Einzelfalles angemessene Massnahme treffen zu können. Die in Art. 731b Abs. 1 OR genannten Massnahmen stehen in einem Stufenverhältnis. Das Gericht soll die drastische Massnahme der Auflösung gemäss Ziff. 3 erst anordnen, wenn die milderen Massnahmen gemäss Ziff. 1 und 2 nicht genügen oder erfolglos geblieben sind. Es gilt mithin das Verhältnismässigkeitsprinzip. Nur wenn sich mildere Mittel nicht als sachgerecht bzw. zielführend erweisen, kommt als ultima ratio die Auflösung der Gesellschaft zur Anwendung. Dies ist etwa der Fall, wenn Verfügungen nicht zustellbar sind oder wenn sich die Gesellschaft in keiner Art und Weise vernehmen lässt (BGE 138 III 294 E. 3.1.4 mit weiteren Hinweisen). Fehlt der Gesellschaft die Revisionsstelle und wurde der Mangel innert richterlich angesetzter Frist nicht behoben, ist nach dem Gesagten die Ernennung des fehlenden Organs grundsätzlich die angemessene Massnahme zur Beseitigung des Organisationsmangels (vgl. BGE 138 III 294 E. 3.3.1 S. 302; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 N 492). Denn gegenüber der Anordnung der Auflösung der Gesellschaft und deren Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs stellt die Ernennung des fehlenden Organs das mildere Mittel dar. In der Lehre wird daher zutreffend vertreten, dass es dem Gericht regelmässig als verhältnismässig und den verfolgten Zielen angemessen erscheinen wird, der Ernennung einer Revisionsstelle gegenüber der Anordnung der Auflösung und der Liquidation der Gesellschaft nach den Vorschriften über den Konkurs den Vorzug zu geben (Urteil des Bundesgerichts 4A_411/2012 vom 22. November 2012).

2.3 Wie sich aus der Darstellung des Sachverhaltes ergibt, wurde der Gesuchsgegnerin mehrfach die Frist zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes auf

ihr eigenes Begehren hin erstreckt. Auch im Berufungsverfahren wurde ihr erneut eine 20-tägige Frist eingeräumt, um den Organisationsmangel zu beheben. Sie liess diese Frist – angeblich irrtümlich – unbenützt verstreichen. Aber selbst nach Ablauf dieser Frist behob sie den Mangel entgegen ihrer Darstellung bis heute offenbar nicht. Obschon ihr durch Zustellung der Berufungsantwort des Handelsregisteramtes klar vor Augen geführt wurde, dass zur Eintragung der angeblich gewählten Revisionsstelle deren Annahmeerklärung sowie die Leistung eines Kostenvorschusses vorausgesetzt sind, unternahm sie offenbar wiederum nichts und liess die Zügel schleifen. Ein solch trölerisches Verhalten ist rechtsmissbräuchlich und verdient keinen Rechtsschutz. Es ist daher auch nicht angezeigt, die mildere Massnahme zu ergreifen und der Gesuchsgegnerin eine Revisionsstelle durch den Richter zu bestellen. Es bleibt demnach bei der Auflösung der Gesellschaft und der Anordnung ihrer konkursamtlichen Liquidation.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 29. Oktober 2014

2. Familienrecht

2.1 Art. 172 ff. ZGB

Regeste:

Art. 172 ff. ZGB – Wird während eines Eheschutzverfahrens das Scheidungsverfahren hängig gemacht und in diesem die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen in Bezug auf die künftigen Verhältnisse beantragt, ist die Zuständigkeit des Eheschutzgerichts diesbezüglich grundsätzlich nicht mehr gegeben.

Aus dem Sachverhalt:

Während der Rechtshängigkeit eines Verfahrens um Erlass von Eheschutzmassnahmen gemäss Art. 172 ff. ZGB zwischen A. und B. machte A. beim Bezirksgericht Affoltern das Scheidungsverfahren hängig und beantragte die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen in Bezug auf die Obhut. In der Folge schrieb die zuständige Einzelrichterin des Kantonsgerichts Zug das Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit ab. Dagegen reichte B. Berufung beim Obergericht ein.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Das Eheschutzgericht ist zuständig für Massnahmen bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung, für die Zeit danach ist das Scheidungsgericht zuständig (BGE 101 II 1 bestätigt in BGE 129 III 60 E. 3 = Pra 92 [2003] Nr. 102). Eheschutzmassnahmen sind indes auch nach der Einleitung des Scheidungsverfahrens wirk-

sam, bis sie vom Scheidungsgericht im Rahmen vorsorglicher Massnahmen abgeändert werden (BGE 129 III 60 E. 4.2). Wird während der Dauer des Eheschutzverfahrens der Scheidungsprozess anhängig gemacht, wird ersteres nicht einfach gegenstandslos. Der Eheschutzrichter bleibt für Massnahmen bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung zuständig, und zwar auch dann, wenn erst nach diesem Zeitpunkt darüber entschieden werden kann (BGE 129 III 60 E. 2 f. = Pra 2003 Nr. 102). Demnach ist nicht von Belang, ob über die Eheschutzmassnahmen aufgrund der Zeit, welche die Behandlung des Dossiers in Anspruch nimmt, vor oder nach der Rechtshängigkeit der Scheidungsklage entschieden wurde, sofern es keinen Zuständigkeitskonflikt gibt (BGE 138 III 646 E. 3.3.2 = Pra 102 [2013] Nr. 34).

2.1 Die VorrichterIn stellte fest, dass im Eheschutzverfahren vor Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens noch kein rechtskräftiger Entscheid über die Obhut zuteilung ergangen sei. Weiter führte sie aus, dass die Zuteilung der Obhut nur für die Zukunft erfolgen könne (mit Hinweis auf Six, Eheschutz, Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 1.65). Aus den Ausführungen der VorrichterIn erhellt, dass es hier nicht um die Regelung der Verhältnisse für einen Zeitraum während des Getrenntlebens vor der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens geht, sondern um die Zuteilung der Obhut pro futuro, nachdem die Ehescheidung bereits anhängig gemacht wurde. Gestützt darauf erklärte sich die Vorinstanz diesbezüglich als nicht mehr zuständig (BGE 101 II 1 bestätigt in BGE 129 III 60 E. 3). Dieser Auffassung ist beizupflichten. Die Gesuchstellerin hat im Scheidungsverfahren vor dem Bezirksgericht Affoltern die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen in Bezug auf die Obhut beantragt, wodurch ein Kompetenzkonflikt zwischen dem zugerischen Eheschutz- und dem zürcherischen Scheidungsgericht entstand. Bei dieser Ausgangslage ist die Zuständigkeit des Eheschutzgerichts nicht mehr gegeben (BGE 138 III 646 E. 3.3.2 = Pra 102 [2013] Nr. 34; Engler in: SJZ, 110 [2014] Nr.5, S. 127). Entgegen der Auffassung des Gesuchsgegners wurde der Zuständigkeitskonflikt nicht aufgelöst, indem die Gesuchstellerin die Vorinstanz zum Erlass eines Entscheids in der Sache aufgefordert hat, nachdem sich das Bezirksgericht Affoltern für die Beurteilung der Obhut zuteilung im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen als unzuständig erachtet bzw. das entsprechende Massnahmeverfahren im Hinblick auf einen möglichen Kompetenzkonflikt sistiert hatte. Werden im Scheidungsverfahren vorsorgliche Massnahmen zur Regelung des Getrenntlebens in Bezug auf die Zeit nach der Hängigkeit des Scheidungsverfahrens beantragt, über welche das Eheschutzgericht noch nicht rechtskräftig entschieden hat, bleibt für eine Zuständigkeit des Eheschutzrichters kein Raum mehr. Die Berufung erweist sich diesbezüglich als unbegründet.

2.2 Die Gesuchstellerin vertritt die Auffassung, der erstinstanzliche Abschreibungsbeschluss wegen Gegenstandslosigkeit sei auch im Falle der Bestätigung der Unzuständigkeit des Kantonsgerichts Zug aufzuheben. Da die örtliche und sachliche Zuständigkeit Prozessvoraussetzungen seien, hätte deren Fehlen zu einem Nichteintretensentscheid führen müssen.

Dem kann nicht gefolgt werden. Bis zum Zeitpunkt, in welchem das Ehescheidungsverfahren und das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen anhängig gemacht wurden, war das Eheschutzgericht zuständig und hatte folglich auf das Gesuch um Eheschutzmassnahmen einzutreten. Fällt eine Prozessvoraussetzung erst im Verlaufe des Verfahrens weg, wird das Verfahren als gegenstandslos erklärt (vgl. BGE 111 Ib 182 E. 2a S. 185; Kriech in: Brunner/Gasser/Schwander, ZPO Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 242 N 3 und 5; Killias, Berner Kommentar ZPO, 2012, Art. 242 N 10; a.M. Zürcher in: Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 60 N 28). So oder anders kommt dem Prozessurteil aber ohnehin keine anspruchsbezogene materielle Rechtskraft zu (Zürcher, a.a.O., Art. 60 N 29; Killias, a.a.O., Art. 242 N 22). Aus der Formulierung im Dispositiv des angefochtenen Entscheids, wonach das Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben werde, erwächst den Parteien kein Nachteil.

3. Im Eventualantrag verlangt die Gesuchstellerin sodann die Überweisung an das Bezirksgericht Affoltern. Weder die Zivilprozessordnung noch das kantonale Recht sehen die Überweisung des Prozesses bei Fehlen einer Prozessvoraussetzung vor (vgl. Müller in: Brunner/Gasser/Schwander, ZPO Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 59 N 38). Demnach besteht keine entsprechende Rechtsgrundlage. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Prozessüberweisung ist daher abzuweisen.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 30. April 2014

2.2 Art. 176 Abs. 3 ZGB

Regeste:

Art. 176 Abs. 3 ZGB – Das Eheschutzgericht hat zu entscheiden, auf welchen Elternteil die Obhut, welche eben auch das Bestimmungsrecht über den Aufenthaltsort der Kinder mitumfasst, zu übertragen ist, wenn sich diese uneinig sind bzw. nicht selbst die Belassung der gemeinsamen Obhut beantragen. Das Eheschutzgericht hat sodann auch darüber zu befinden, ob demjenigen Elternteil, auf den die Obhut übertragen wird, allenfalls eine auf Art. 307 ZGB gestützte Weisung betreffend Wegzug ins Ausland zu erteilen ist.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.1.1 Ist die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes begründet und haben die Ehegatten unmündige Kinder, so trifft gemäss Art. 176 Abs. 3 ZGB das Eheschutzgericht nach den Bestimmungen über die Wirkung des Kindesverhältnisses (Art. 273 ff.

ZGB) die nötigen Massnahmen. Nach Art. 297 Abs. 2 ZGB kann das Gericht bei der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts die elterliche Sorge einem Elternteil allein zuteilen. In aller Regel wird jedoch im Rahmen des Eheschutzverfahrens oder vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens lediglich die Obhut einem Ehegatten allein übertragen (in maiore minus). Der Grund liegt darin, dass die endgültige Gestaltung der Elternrechte dem Scheidungsurteil vorbehalten bleiben soll (Vetterli, in: Schwenzer [Hrsg.], FamKomm, Scheidung, Bd. I, 2. A., Bern 2011, Art. 176 N 1 mit Hinweis auf BGE 111 II 223). Wenn die Zuteilung der Obhut an einen Elternteil als genügend erscheint, um das Kindeswohl zu garantieren, besteht kein Grund an der gemeinsamen elterlichen Sorge etwas zu ändern (Urteil des Bundesgerichts 5A_69/2011 vom 27. Februar 2012; Schwenzer, Basler Kommentar ZGB, Bd. I, 4. A., 2010, Art. 297 N 6). Der Gesetzestext schliesst – als Kann-Vorschrift – nicht aus, die elterliche Sorge beiden Ehegatten gemeinsam zu belassen. Oberste Richtschnur ist und bleibt dabei das Kindeswohl. Für den Fall der Scheidung, wo der Haushalt nicht nur vorübergehend, sondern dauerhaft aufgehoben wird, verlangt das Gesetz neben der Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl ausdrücklich einen gemeinsamen Antrag der Eltern, damit ihnen die elterliche Sorge gemeinsam überlassen werden kann (Art. 133 Abs. 3 ZGB). Das Fehlen eines gemeinsamen Antrags bzw. die damit dokumentierte mangelnde Kooperationsfähigkeit oder Kooperationswilligkeit wird quasi vom Gesetzgeber als von vornherein nicht mit dem Kindeswohl vereinbar angesehen. Auch wenn es für den Bereich des Eheschutzes keine vergleichbare gesetzliche Regelung gibt, muss dies auch im Eheschutz gelten, zumindest in jenen Fällen, wo die Aufhebung des Haushaltes nicht bloss von kurzer Dauer ist. Entgegen der Auffassung von Jann Six (Eheschutz, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 33 Rz 2.07) erachtet es die Gerichtspraxis denn auch grundsätzlich als zulässig, in einem Eheschutzverfahren die Obhut beiden Ehegatten zu belassen oder von diesen alternierend ausüben zu lassen. Aber auch hier ist – neben anderen Voraussetzungen – immer ein gemeinsamer Antrag beider Ehegatten zwingendes Erfordernis für die Belassung der gemeinsamen Obhut (Urteil des Bundesgerichts 5A_69/2011 vom 27. Februar 2012; 5A_645/2008 vom 27. August 2009 E. 6; ZR 103/2004 Nr. 25; Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar zum ZGB, 1997, Art. 176 N 83 ff.; AJP 2003, S. 665; Vetterli, a.a.O., Art. 176 N 6).

2.1.2 In Lehre und Rechtsprechung wird teilweise in Anlehnung an die Marginalie zu Art. 310 ZGB zwischen Obhutsrecht (*droit de garde*) und faktischer Obhut (*garde de fait*) unterschieden (vgl. M. Stettler, *Garde de fait et droit de garde*, in: RDT 2002, S. 236 ff.). Danach besteht die Obhut aus zwei Seiten, nämlich einer rechtlichen und einer faktischen. Die rechtliche Obhut ist (wie die faktische) Bestandteil der elterlichen Sorge. Sie besteht in der Befugnis, den Aufenthaltsort des Kindes sowie die Art und Weise seiner Unterbringung zu bestimmen. Die faktische Obhut äussert sich in der täglichen Sorge um das Kind und umfasst die für die laufende Betreuung und Erziehung des Kindes notwendigen Rechte und Pflichten der mit der Obhut betrauten Person (Bräm/Hasenböhler, a.a.O., Art. 176 N 81B). Der Träger des Ob-

hutsrechts ist in der Regel auch für die tägliche Betreuung, Pflege und Erziehung des Kindes verantwortlich; ihm kommt also regelmässig auch die faktische Obhut (garde de fait) zu (Vetterli, a.a.O., Art. 176 N 3).

Das Bundesgericht hat eine solche Differenzierung der Obhut in einem Entscheid vom 2. November 2001 (BGE 128 III 9 E. 4a) ebenfalls getroffen und näher erläutert. In diesem Entscheid ging es allerdings um die Frage der Zuteilung der Obhut an einen Pflegeelternteil (Grossmutter des Kindes), dem die Vormundschaftsbehörde das Kind anvertraut hatte, nachdem sie der Mutter des Kindes als alleinigen Inhaberin der elterlichen Sorge, die Obhut mit deren Einverständnis entzogen hatte. Es führte im Einzelnen aus, die Obhut sei ein Bestandteil der elterlichen Sorge. Sie bestehe in der Zuständigkeit, den Aufenthaltsort des Kindes und die Art der Betreuung zu bestimmen. Der Inhaber der elterlichen Sorge könne somit das Kind einem Dritten anvertrauen, es wieder zurückholen, dessen Beziehungen überwachen und seine Erziehung bestimmen. Wenn jedoch der Gefährdung des Kindes nicht anders begegnet werden könne, so habe die Vormundschaftsbehörde es nach Art. 310 Abs. 1 ZGB den Eltern oder, wenn es sich bei Dritten befinde, diesen wegzunehmen und in angemessener Weise unterzubringen. Wenn das Kind nicht vom anderen Elternteil aufgenommen werden könne, werde es Dritten anvertraut, welche die tatsächliche Obhut (garde de fait) erhielten und somit seine Pflegeeltern im Sinne von Art. 294 und Art. 300 ZGB würden. Diese Kindesschutzmassnahme bewirke, dass die Obhut von den Eltern an die Vormundschaftsbehörde übergehe, die somit den Aufenthaltsort des Kindes bestimme und auch seine Betreuung festlege. Die Aufhebung der Obhut habe keinerlei Einfluss auf die elterliche Sorge, die weiterhin bei den Eltern bleibe. Diesen werde lediglich ein Teil davon weggenommen, nämlich das Recht, über den Aufenthaltsort des minderjährigen Kindes zu bestimmen. Die tatsächliche Obhut bestehe darin, dem Minderjährigen alles zu geben, was er im Alltag für seine harmonische Entwicklung benötige. Das Bundesgericht hat mithin diese Zuteilung der Obhut – soweit ersichtlich – einzig im Zusammenhang mit dem Entzug der elterlichen Obhut und deren Übertragung auf die Vormundschaftsbehörde thematisiert, nicht aber wenn es um die Zuteilung der Obhut an einen Elternteil geht.

In einem neueren Urteil vom 1. Juni 2010 (BGE 136 III 353) hat es im Gegenteil ausdrücklich festgehalten, dass der Elternteil, dem das Kind anvertraut sei (faktische Obhut), auch Inhaber des Obhutsrechts in dem Sinne sei, dass er gegen den Willen des anderen Elternteils mit dem Kind ins Ausland ziehen könne. Diese Berechtigung könne jedoch durch das Verbot des Rechtsmissbrauchs gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB beschränkt werden. Ein Rechtsmissbrauch werde beispielsweise dann bejaht, wenn der Wegzug einzig dazu diene, die persönliche Beziehung des Kindes zum anderen Elternteil zu gefährden. Werde die Obhut auf einen Elternteil übertragen, verbleibe dem Inhaber der elterlichen «Restsorge» im Wesentlichen (zusätzlich zum Besuchsrecht) ein Mitentscheidungsrecht bei zentralen Fragen der Lebenspla-

nung des Kindes. Dabei sei, im Sinne von Grundsatzentscheidungen, an Fragen der Namensgebung, an die allgemeine berufliche Ausbildung, die Wahl der religiösen Erziehung, an medizinische Eingriffe und andere einschneidende bzw. das Leben des Kindes prägende Weichenstellungen wie beispielsweise die Ausübung von Hochleistungssport zu denken. Zwar habe der Wegzug in ein anderes Land selbstverständlich auch Auswirkungen auf die schulische Situation des Kindes. Der Mitinhaber der elterlichen Sorge müsse dies jedoch insoweit hinnehmen, als die Einschulung an einem neuen Ort unmittelbare Folge des Aufenthaltsbestimmungsrechts des obhutsberechtigten Elternteils sei. Im Weiteren hat das Bundesgericht im genannten Urteil ausgeführt, dem obhutsberechtigten Elternteil könne mit einer auf Art. 307 ZGB gestützten Weisung untersagt werden, das Kind ausser Landes zu bringen. Eine solche Weisung komme jedoch nur in Frage, wenn das Wohl des Kindes durch einen Umzug ins Ausland ernsthaft gefährdet würde, wobei anfängliche Integrations- und/oder sprachliche Schwierigkeiten in aller Regel keine ernsthafte Gefährdung des Kindeswohls begründen würden. Auch der blosser Tatbestand der Einschulung an einem neuen Ort sei für sich genommen kein Hinderungsgrund. Es treffe zwar zu, dass die Besuchsrechtsausübung bei grösserer Distanz zunehmend erschwert würde, dies sei indessen für sich alleine kein Grund, dem getrennten und allein obhutsberechtigten Ehegatten den Wegzug ins Ausland zu verbieten.

2.1.3 Für die Zuteilung der Obhut an einen Elternteil gelten grundsätzlich die gleichen Kriterien wie im Scheidungsfall. Allerdings kommt hier dem Grundsatz der Beziehungs- und Erlebniskontinuität herausragende Bedeutung zu, ohne dass bereits umfassend zu prüfen ist, welcher Elternteil dem Kind auf Dauer stabileren Halt verschaffen kann (Schwenzer, a.a.O., Art. 297 N 7). Nach der Rechtsprechung hat das Wohl des Kindes Vorrang vor allen anderen Überlegungen, insbesondere vor den Wünschen der Eltern. Vorab muss deren Erziehungsfähigkeit geklärt werden. Ist sie bei beiden Elternteilen gegeben, sind vor allem Kleinkinder und grundschulpflichtige Kinder demjenigen Elternteil zuzuteilen, der die Möglichkeit hat und dazu bereit ist, sie persönlich zu betreuen. Erfüllen beide Elternteile diese Voraussetzung ungefähr in gleicher Weise, kann die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Schliesslich ist – je nach Alter der Kinder – ihrem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen. Diesen Kriterien lassen sich die weiteren Gesichtspunkte zuordnen, so die Bereitschaft eines Elternteils, mit dem anderen in Kinderbelangen zusammenzuarbeiten, oder die Forderung, dass eine Zuteilung der Obhut von einer persönlichen Bindung und echter Zuneigung getragen sein sollte (BGE 115 II 206 E. 4a S. 209; 115 II 317 E. 2 und 3 S. 319 ff.; 117 II 353 E. 3 S. 354 f.; BGer. 5A_798/2009 vom 4. März 2010 E. 5.3; 5A_22/2010 vom 7. Juni 2010 E. 3.1).

2.2 Die Vorinstanz bejahte zunächst die Erziehungsfähigkeit beider Parteien, was von diesen auch nicht in Frage gestellt wird. Was die Fähigkeit und Möglichkeit zur persönlichen Betreuung angeht, kam die Eheschutzrichterin zum Schluss, dass der Gesuchstellerin die Betreuungsfähigkeit «im Rahmen der derzeit gelebten Be-

treuungsregelung und unter Berücksichtigung ihrer Erwerbstätigkeit im Umfang von 80%)» zuerkannt werden könne. Auch dem Gesuchsgegner billigte sie die Betreuungsfähigkeit und -möglichkeit im bisher gelebten Umfang zu (jedes zweite Wochenende von Freitag nach Schulschluss bis Dienstagmorgen Schulbeginn). Unter diesen Umständen mass sie der Stabilität und Kontinuität die ausschlaggebende Bedeutung für die Obhut zuteilung bei. Derjenige Elternteil, bei dem künftig mit weniger einschneidenden Veränderungen für das Kind zu rechnen sei, erhalte in diesem Falle den Vorzug, so die Vorinstanz. Da die Gesuchstellerin aber klar zum Ausdruck brachte, dass sie mit den Kindern nach Deutschland ziehen wolle, die Vorinstanz in einem solchen Umzug aber eine für die Kinder unnötige und ihrem Wohle abträgliche Verunsicherung erblickte, wollte sie der Gesuchstellerin das Aufenthaltsbestimmungsrecht über die Kinder offenbar nicht zugestehen. Die Vorinstanz wog dabei die Interessen der Gesuchstellerin für einen Umzug nach Frankfurt mit denjenigen der Kinder für ein Verbleiben in der gewohnten Umgebung in der Schweiz in der Nähe ihres Vaters gegeneinander ab und kam zum Schluss, dass die Gesuchstellerin keine stichhaltigen Gründe geltend machen könne, die es rechtfertigen würden, die Kinder diesen Ängsten auszusetzen. Auf der anderen Seite befand sie aber offenbar, dass die persönliche Betreuung durch die Mutter und der Aufenthalt der Kinder bei ihr dem Kindesinteresse besser gerecht werde, als das bei einer Zuteilung an den Vater der Fall wäre, nachdem dieser die Obhut für sich ja ebenfalls beanspruchte, falls die Gesuchstellerin den Aufenthaltsort nicht in Baar beibehalte. Diesen Widerstreit versuchte die Vorinstanz dadurch zu lösen, dass sie die Obhut in eine faktische und eine rechtliche Seite auftrennte und nur erstere der Gesuchstellerin übertrug, während die rechtliche Obhut den Parteien gemeinsam verbleiben sollte.

2.2.1 Im Einzelnen führte die Vorinstanz zusammengefasst dazu aus, die bisherigen Lebensumstände eines Kindes sollten nicht ohne Grund verändert werden. A. und B. seien beide in der Schweiz geboren, würden nichts anderes kennen als die Schweiz und hätten die (...) Tagesschule seit jeher besucht. Dieses vertraute Umfeld sei ihr Fixpunkt, welcher ihnen Stabilität und Geborgenheit vermittele. Hierbei sei auf die Kinderanhörung von A. verwiesen, welche angebe, dass es ihr sowohl in Baar als auch an der Schule sehr gut gefalle. Sie habe nette Lehrer und viele gute Freundinnen, weshalb sie gerne zur Schule gehe. Auch wenn die derzeit drei besten Freundinnen von A. die (...) Tagesschule im Sommer 2013 verlassen würden, verkörpere die Schule das gewohnte Netzwerk, welches A. und B. von Beginn an gekannt hätten und in dem sie sich aufgehoben fühlten. Auch dass die Kinder nach Ansicht der Gesuchstellerin eine anfällige Gesundheit hätten, spreche dafür, die Kinder nicht mit unnötigen Veränderungen – wie einem Umzug nach Deutschland – zu belasten. Die von der Gesuchstellerin geltend gemachte Bereicherung durch den in Deutschland vorhandenen grösseren Familien-/Freundeskreis, welcher für einen Umzug nach Deutschland spreche, sei aufgrund der Tatsache, dass die Hauptbezugspersonen der Kinder ihre Eltern seien und daher

der ungehinderte Kontakt zu beiden Elternteilen im Zentrum stehe, als sekundär zu betrachten. Insofern habe die Gesuchstellerin für einen Umzug nach Deutschland keine stichhaltigen Gründe aufzuzeigen vermocht. Es sei zwar nachvollziehbar, dass die Gesuchstellerin den Wunsch hege, nach Deutschland zu ziehen. Die Verwirklichung dieses Wunsches müsse aber zugunsten des Wohls der Kinder in den Hintergrund treten. Es komme hinzu, dass die Annahme des Bundesgerichts in seinem Urteil vom 1. Juni 2010, wonach die Obhutszuteilung im Eheschutzverfahren allgemein nicht nur die faktische Obhut umfasse, sondern auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht, im Gesetz keine Stütze finde. Gemäss Art. 176 Abs. 3 ZGB treffe das Gericht bei der Regelung des Getrenntlebens lediglich die «nötigen» Massnahmen bezüglich der minderjährigen Kinder. Gingen die Eltern auseinander, so erscheine es nur nötig, bis zur eigentlichen Regelung des Sorgerechts zu klären, wo sich das Kind künftig aufhalten werde, nicht aber, wer darüber allein bestimmen könne. Es sei nämlich nicht einzusehen, weshalb im bloss summarischen Eheschutzverfahren – bevor über die Zuteilung der elterlichen Sorge überhaupt entschieden werde – bereits ein Kernelement der elterlichen Sorge, nämlich das Aufenthaltsbestimmungsrecht, ausgegliedert und einem Elternteil allein zugewiesen werden solle. Da die rechtliche Obhut einen Teilgehalt der elterlichen Sorge darstelle, welche die Eltern bis zur Scheidung i.d.R. noch gemeinsam innehätten, müsse im Eheschutzverfahren folglich nur die faktische, nicht aber bereits die rechtliche Obhut zugewiesen werden. Aus der Zuteilung der rechtlichen Obhut im Eheschutzverfahren würden sich überdies weitere Unstimmigkeiten ergeben. Gemäss Bundesgericht verbleibe dem Inhaber der «ausgehönten» elterlichen «Restsorge» im Wesentlichen ein Mitentscheidungsrecht bei zentralen Fragen der Lebensplanung des Kindes, worunter beispielsweise die Ausübung von Hochleistungssport oder der Wechsel von einer öffentlichen in eine Privatschule gehöre. Zum einen erscheine u.a. fragwürdig, inwiefern es sich bei der Ausübung von Hochleistungssport – im Vergleich zur Verlegung des Wohnsitzes ins Ausland und der damit einhergehenden Beeinträchtigung der Beziehung des Kindes zum zurückbleibenden Elternteil – um eine prägende Weichenstellung handle. Zum anderen sei kaum nachvollziehbar, dass die sorgeberechtigten Eltern zwar gemeinsam darüber entschieden, ob ihr Kind eine staatliche oder eine Privatschule besuche, ob die fragliche Schule jedoch in Bern, New York, Islamabad, Peking oder Timbuktu liege, dagegen von demjenigen Elternteil alleine entschieden werden könne, dem die Obhut zugewiesen worden sei. Nicht zuletzt sei für die Obhutszuweisung im Eheschutzverfahren i.d.R. neben den Eigenbetreuungsmöglichkeiten vor allem die Kontinuität und Stabilität der Verhältnisse massgebend. In diesem Zusammenhang erscheine es widersprüchlich, dass das Eheschutzgericht einem Ehegatten beispielsweise die Obhut zuweise, da er der Geeigneter sei, die Kontinuität und Stabilität der Verhältnisse aufrecht zu erhalten, ihm mit der Obhutszuweisung jedoch gleichzeitig das Recht zuspreche, mit dem Kind ins Ausland zu ziehen. Schliesslich erscheine die Zuteilung der rechtlichen Obhut im Eheschutzverfahren auch mit Blick auf die bevorstehende Änderung des Zivilgesetzbuches bezüglich der elterlichen Sorge problematisch. Der neue Art. 301a ZGB (sogenannter Zügelartikel) kläre das Verhältnis zwischen elterlicher Sorge und

dem Recht zur Bestimmung des Aufenthaltsortes. Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge würden gemeinsam darüber entscheiden, wo und zusammen mit wem das Kind lebe. Anders als heute sei es dem Eheschutzgericht damit verwehrt, den Eltern die gemeinsame elterliche Sorge zu belassen und gleichzeitig das Recht, über den künftigen Aufenthaltsort des Kindes zu befinden, einem Elternteil allein zu überlassen. Vor dem Hintergrund, dass bereits heute bei der Scheidung zunehmend die geteilte elterliche Sorge belassen werde und mit Blick auf die hängige Revision des ZGB, müsse das Belassen der rechtlichen Obhut bei beiden Eltern grundsätzlich zulässig sein. Unter Würdigung der gesamten Umstände sei es daher angezeigt, die Kinder A und B für die Dauer des Getrennlebens unter der rechtlichen Obhut beider Parteien zu belassen, wobei sie unter die faktische Obhut der Gesuchstellerin zu stellen seien.

2.2.2 (...)

2.3 Auch wenn man mit der Vorinstanz davon ausgehen wollte, dass eine Aufspaltung der Obhut in eine rechtliche und eine faktische Seite und eine entsprechende unterschiedliche Zuteilung im Eheschutzverfahren an sich gesetzlich zulässig sei, darf nicht übersehen werden, dass nach den vorstehenden Ausführungen eine Zuteilung bzw. Belassung der gemeinsamen Obhut – und damit auch nur des Obhutsrechts im Sinne der vorstehenden Unterscheidung – zwingend einen gemeinsamen Antrag der Ehepartner voraussetzt (vgl. Erw. 2.1 hiervor). Daran mangelt es aber im vorliegenden Fall. Schon aus diesem Grunde ist eine Zuteilung bloss der faktischen Obhut an die Gesuchstellerin nicht zulässig, da entsprechend die rechtliche Obhut bei beiden Ehepartnern gemeinsam verbliebe, ohne dass das vorausgesetzte Einverständnis beider Parteien vorläge. Nachdem die Frage des Aufenthalts der Kinder bereits im vorliegenden Eheschutzverfahren zum Thema gemacht wurde und zwischen den Parteien strittig war, muss darüber aber entschieden werden. Indem die Vorinstanz lediglich über die Zuteilung der faktischen Obhut befunden und diese der Gesuchstellerin alleine übertragen hat, entschied sie eben über die zwischen den Parteien herrschende Streitfrage nicht, wo der Aufenthaltsort der Kinder sein soll, wenn sich die Eltern darüber nicht einigen können. Der Gesuchstellerin ist deshalb insofern beizupflichten, dass die Zuteilung bzw. Belassung des Obhutsrechts und damit des Aufenthaltsbestimmungsrechts für die Kinder bei beiden Elternteilen im Ergebnis auf einen Nichtentscheid hinausläuft. Faktisch hat zwar dieser Entscheid (bzw. Nichtentscheid) zur Folge, dass die Gesuchstellerin mit den Kindern nicht nach Deutschland ziehen darf, da der Gesuchsgegner damit nicht einverstanden ist. Dass dieses Ergebnis von der Vorinstanz letztlich – wie aus ihren Erwägungen ohne weiteres hervorgeht – als richtig erachtet wird und insofern auch gewollt war, ändert nichts daran, dass die rechtliche Begründung dafür nicht haltbar ist. Das Eheschutzgericht hat zu entscheiden, auf welchen Elternteil die Obhut, welche eben auch das Bestimmungsrecht über den Aufenthaltsort der Kinder mitumfasst, zu übertragen ist, wenn sich diese uneinig sind bzw. nicht selbst die Belassung der gemeinsamen Obhut

beantragen. Insofern ist denn auch BGE 128 III 9 nicht einschlägig, verblieb doch die rechtliche Obhut in jenem Fall gerade bei der Vormundschaftsbehörde, die eben alleine über den Aufenthaltsort bestimmt. Das Eheschutzgericht hat sodann auch darüber zu befinden, ob demjenigen Elternteil, auf den die Obhut übertragen wird, allenfalls eine auf Art. 307 ZGB gestützte Weisung betreffend Wegzug ins Ausland zu erteilen ist. Eine solche Weisung ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung jedoch nur im Rahmen des Rechtsmissbrauchsverbots oder für den Fall zulässig, dass das Wohl des Kindes durch einen Umzug ins Ausland ernsthaft gefährdet würde (vgl. BGE 136 III 353). Auch wenn nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein Umzug ins Ausland grundsätzlich keine Kindeswohlgefährdung darstellen soll, kann im konkreten Fall unter Umständen gleichwohl eine ernstliche Gefährdung des Kindeswohls vorliegen, namentlich wenn die faktische Erschwerung oder gar Verunmöglichung des bisherigen Besuchsrechts des nicht obhutsberechtigten Elternteils, das in seinem Umfang und seiner Ausgestaltung für die Kinder und ihre Beziehung zu diesem Elternteil bedeutsam ist, nicht vermieden werden kann. Und schliesslich wies schon die Vorinstanz zu Recht auf die bereits beschlossene Änderung der diesbezüglichen Gesetzeslage durch die neue Bestimmung von Artikel 301a ZGB hin, die nun definitiv Mitte dieses Jahres in Kraft tritt (Medienmitteilung des EJPD vom 29. November 2013).

Auch die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich befasste sich in einem kürzlich ergangenen Entscheid vom 21. August 2013 (Geschäfts-Nr.: LY130010-O/U) mit der Bedeutung dieser Änderung und ihrer möglichen Auswirkung auf die Rechtsprechung zum geltenden Recht. Sie kam dabei mit interessanten Überlegungen zum Schluss, dass ein Umzug des obhutsberechtigten Elternteils ins Ausland grundsätzlich geeignet sei, das Kindeswohl zu gefährden. Nach dem neuen, Mitte des laufenden Jahres in Kraft tretenden Artikel 301a ZGB ist das Recht zur Bestimmung des Aufenthaltsortes der Kinder neu zwingend Teil der elterlichen Sorge. Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge entscheiden damit auch gemeinsam darüber, wo und zusammen mit welchem Elternteil das Kind lebt. Damit wird es dem Eheschutz- bzw. Massnahmegesetz künftig verwehrt sein, den Eltern die gemeinsame elterliche Sorge zu belassen und gleichzeitig einem Elternteil allein das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu überlassen. Können sich die Eltern nicht einigen, so liegt es am Gericht bzw. an der Kindesschutzbehörde, zu entscheiden. Der Entscheid hat sich dabei vorrangig am Wohl des Kindes zu orientieren. In diesem Sinne kann einem Elternteil der Wegzug erlaubt werden, allenfalls unter Neuregelung der Betreuung und des persönlichen Verkehrs. Denkbar ist aber auch, dass das Gericht einen Wegzug verbietet. Speziell geregelt ist der Fall, dass ein Elternteil seinen Aufenthaltsort ins Ausland verlegen will. Anders als bei einem Wohnsitzwechsel innerhalb der Schweiz setzt ein Wegzug ins Ausland immer, d.h. auch wenn der Vorgang keine erheblichen Auswirkungen auf die Wahrnehmung der elterlichen Sorge hat, das Einverständnis des andern Elternteils oder eine gerichtliche/behördliche Bewilligung voraus. Dahinter steht die Erkenntnis, dass ein Wegzug ins Ausland regelmässig zur Be-

gründung einer ausländischen Jurisdiktion führt. Entsprechend schwieriger gestaltet sich in diesen Fällen die spätere Durchsetzung einer in der Schweiz getroffenen Regelung der elterlichen Sorge (Botschaft des Bundesrates vom 16. November 2011, BBl 2011 9077, 9107 f.). Da bisher eine gesetzliche Regelung zum Inhalt der Obhut fehlte und dieser Inhalt daher durch die (höchstrichterliche) Rechtsprechung näher definiert wurde, erblickt das Zürcher Obergericht gemäss dem zitierten Entscheid (LY130010-O/U vom 21. August 2013) keine unzulässige Vorwirkung des neuen Rechts, wenn die gesetzgeberische Wertung des neuen Rechts bereits heute im Rahmen der Auslegung des geltenden Rechts berücksichtigt wird. Entsprechend hält es dafür, dass ein Umzug des obhutsberechtigten Elternteils ins Ausland grundsätzlich geeignet ist, das Kindeswohl zu gefährden.

Die Vorinstanz hat nun weder über die Zuteilung der (umfassenden) Obhut an einen Elternteil noch über eine allfällige Weisung i.S. von Art. 307 ZGB befunden (auch wenn gewisse Erwägungen in diese Richtung weisen), weshalb die Sache zur Entscheidung an sie zurückzuweisen ist. Dabei wird sie durchaus auch die rechtlichen Überlegungen des Zürcher Obergerichts im vorzitierten Entscheid in seine Erwägungen einbeziehen dürfen. Würde das Obergericht im Berufungsverfahren direkt entscheiden, ginge den Parteien eine Instanz verloren. Es kommt hinzu, dass der Vorinstanz ein nicht unerheblicher Ermessensspielraum zukommt, zumal sie sich von den Parteien und namentlich von deren Tochter A. einen persönlichen Eindruck verschaffen konnte.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 7. Januar 2014

2.3 Art. 274 Abs. 2 ZGB

Regeste:

Art. 274 Abs. 2 ZGB – Wird das Wohl des Kindes durch den persönlichen Verkehr gefährdet, üben die Eltern ihn pflichtwidrig aus, haben sie sich nicht ernsthaft um das Kind gekümmert oder liegen andere wichtige Gründe vor, so kann ihnen das Recht auf persönlichen Verkehr verweigert oder entzogen werden. Der vollständige Entzug des Rechts auf persönlichen Verkehr bildet indes die «ultima ratio». Können die nachteiligen Auswirkungen durch eine besondere Ausgestaltung des Besuchsrechts in Grenzen gehalten werden, so verbieten das Persönlichkeitsrecht des besuchsberechtigten Elternteils, der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, aber auch der Sinn und Zweck des persönlichen Verkehrs dessen gänzliche Unterbindung.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.3 Eltern, denen die persönliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das unmündige Kind haben gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr (Art. 271 Abs. 1 ZGB). Das Recht steht den Betroffenen um ihrer Persönlichkeit willen zu. Als sogenanntes «Pflichtrecht» dient es freilich in erster Linie dem Interesse des Kindes. Oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des Besuchsrechts ist daher das Kindeswohl, welches anhand der Umstände des konkreten Einzelfalles zu beurteilen ist; allfällige Interessen der Eltern haben zurückzustehen. Bei der Festsetzung des Besuchsrechts geht es nicht darum, einen gerechten Interessenausgleich zwischen den Eltern zu finden, sondern den elterlichen Kontakt mit dem Kind in dessen Interesse zu regeln. Es ist allgemein anerkannt, dass aufgrund des schicksalhaften Eltern-Kind-Verhältnisses die Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen sehr wichtig und von hohem Wert ist und bei der Identitätsfindung des Kindes eine entscheidende Rolle spielen kann (zum Ganzen BGE 122 III 404 ff. E. 3a m.w.H.; auch BGE 130 III 585 ff. E. 2.1; Bächler/Wirz, in: Schwenzer [Hrsg.], FamKomm Scheidung Bd. I, 2. A., Bern 2011, N 21 zu Art. 273 ZGB).

Wird das Wohl des Kindes durch den persönlichen Verkehr gefährdet, üben die Eltern ihn pflichtwidrig aus, haben sie sich nicht ernsthaft um das Kind gekümmert oder liegen andere wichtige Gründe vor, so kann ihnen das Recht auf persönlichen Verkehr nach Art. 274 Abs. 2 ZGB verweigert oder entzogen werden. Gefährdet ist das Wohl des Kindes, wenn seine ungestörte körperliche, seelische oder sittliche Entfaltung durch ein auch nur begrenztes Zusammensein mit dem nicht obhutberechtigten Elternteil bedroht ist. Dabei fallen Vernachlässigung, physische und psychische Misshandlung, insbesondere sexueller Missbrauch des Kindes, in Betracht. Erforderlich ist sodann, dass dieser Bedrohung nicht durch geeignete andere Massnahmen begegnet werden kann. Dies folgt aus dem Gebot der Verhältnismässigkeit, dem die Verweigerung oder Entziehung des persönlichen Verkehrs als Kindesschutzmassnahme unterliegen. Der vollständige Entzug des Rechts auf persönlichen Verkehr bildet daher die «ultima ratio» und darf im Interesse des Kindes nur angeordnet werden, wenn die nachteiligen Auswirkungen des persönlichen Verkehrs sich nicht in für das Kind vertretbaren Grenzen halten lassen (Urteil des Bundesgerichts 5A_331/2009 vom 6. Juli 2009 E. 2.2.1). Können die nachteiligen Auswirkungen durch eine besondere Ausgestaltung des Besuchsrechts in Grenzen gehalten werden, so verbieten das Persönlichkeitsrecht des besuchsberechtigten Elternteils, der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, aber auch der Sinn und Zweck des persönlichen Verkehrs dessen gänzliche Unterbindung (BGE 122 III 404 E. 3 S. 407 f.). Zur Aufhebung des persönlichen Verkehrs genügt es deshalb nicht, dass dieser das Kindeswohl gefährdet. Zusätzlich ist erforderlich, dass der Gefährdung nicht durch eine besondere Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs begegnet werden kann (Urteil des Obergerichts LU vom 22. Mai 2002, E. 3.1, Fall-Nr. 22 02 42). Zur Begrenzung der Gefährdung des Kindeswohls in derartigen Situationen kommt etwa das sog. begleitete Besuchsrecht, also die Anwesenheit einer Drittperson, als Kindesschutzmassnahme in Betracht. Ein begleitetes Besuchsrecht kann sich auch dann

aufdrängen, wenn zwischen dem nicht obhutsberechtigten Elternteil und dem Kind eine Entfremdung stattgefunden hat. In diesem Fall soll diese Massnahme nicht der Überwachung, sondern der Förderung der bis anhin noch nicht in Gang gekommenen Beziehung dienen (BGE 122 III 404 E. 4.bb S. 411; Urteil des Obergerichts LU vom 22. Mai 2002, E. 3.1, Fall-Nr. 22 02 42).

In prozessualer Hinsicht ist zu beachten, dass das Gericht den Sachverhalt gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO von Amtes wegen zu erforschen hat. Es gilt mithin die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime, was indessen eine antizipierte Beweiswürdigung i.S. der willkürfreien Ablehnung untauglicher oder überflüssiger Beweisanträge nicht ausschliesst (vgl. Steck, Basler Kommentar zur ZPO, 2. A., 2013, Art. 296 N 17).

2.3.1 Der erstinstanzliche Richter stützte sich bei seiner Entscheid in Bezug auf das Besuchs- und Ferienrecht insbesondere auf die Aussagen der Kinder an der Anhörung vom 13. August 2013, wonach sie keinen Kontakt zum Gesuchsgegner wünschen (Vi act. 17).

Nach Art. 133 Abs. 2 ZGB ist bei der Regelung des persönlichen Verkehrs auf die Meinung des Kindes, soweit tunlich, d.h. entsprechend seinem Alter, seiner Reife und den übrigen wichtigen Umständen, Rücksicht zu nehmen (vgl. Art. 12 der UNO-Konvention über die Rechte des Kindes). Es kann aber nicht darum gehen, dem Kind die Verantwortung für die Regelung des Besuchsrechts zu übertragen (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 19 zu Art. 133 ZGB; Urteil des Obergerichts LU vom 22. Mai 2002, E. 3.1, Fall-Nr. 22 02 42). Inwiefern der Meinung des betroffenen Kindes bei der Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs zwischen ihm und dem nicht obhutsberechtigten Elternteil Rechnung zu tragen ist, bestimmt sich vor allem nach dessen Alter. Das Bundesgericht erachtet erst zehn bzw. acht Jahre alte Kinder als nicht in der Lage, die Tragweite ihres Entscheides zu erkennen. Bei einer ablehnenden Haltung eines Kindes ab ca. 13 Jahren ist kein gerichtliches Besuchsrecht anzuordnen (Urteil des Bundesgerichts 5C.298/2006 vom 21. Februar 2007). Der vollständige Ausschluss des Besuchsrechts ist aber auch dann regelmässig ausgeschlossen. Vielmehr rechtfertigt es sich in solchen Fällen die Anordnung eines minimalen Besuchsrechts (Six, Eheschutz, Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 2.23). Nach Praxis des Bundesgerichts darf das Besuchsrecht nicht allein vom Willen des Kindes abhängen (Büchler/Wirz, a.a.O., N 28 zu Art. 273 ZGB; Urteil des Bundesgerichts 5A_331/2009 vom 6. Juli 2009 E. 2.2.3).

Die beiden Töchter sind erst 11 und 9 Jahre alt. Ihre Meinung soll zwar beachtet werden. Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen darf aber aufgrund ihres Alters nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die Kinder die Tragweite ihres Entscheides überhaupt erkennen konnten. So oder anders stellt eine

Abwehrhaltung des Kindes gegen den nicht obhutsberechtigten Elternteil allein noch keine Gefährdung des Kindeswohls dar, welche eine gänzliche Verweigerung eines Besuchsrechts rechtfertigen würde. Das Wohl des Kindes ist nicht nur aus seiner subjektiven Sicht mit Blick auf sein momentanes Befinden zu beurteilen, sondern auch objektiv und mit Blick auf seine künftige Entwicklung (Urteil des Bundesgerichts 5C.170/2001 vom 31. August 2001 E. 5/a/aa, in: FamPra.ch 2002 S. 389). Anderes kann in engen Grenzen allenfalls bei älteren urteilsfähigen und bald mündigen Kindern gelten (Urteil des Bundesgerichts 5C.250/2005 vom 3. Januar 2006 E. 3.2.1, in: Fam-Pra.ch 2006 S. 751). Dass Kinder in der neuen Situation Mühe haben, mit dem anderen Elternteil den Kontakt zu behalten oder wiederherzustellen, erscheint – abhängig von den Modalitäten des Auseinanderlebens der Eltern und der Art und Weise, wie der obhutsberechtigte Elternteil die Kinder begleitet – nicht aussergewöhnlich (Urteil des Bundesgerichts 5A_341/2008 vom 23. Dezember 2008 E. 4.3). Dies vermag eine Verweigerung eines Besuchs- und Ferienrechts indes nicht zu rechtfertigen. In der Regel entspricht es gerade nicht dem Wohl des Kindes, wenn jeglicher Kontakt zwischen ihm und dem nicht obhutsberechtigten Elternteil unter dem Vorwand verhindert wird, das Kind selbst suche den Kontakt nicht (Urteil des Bundesgerichts 5A_341/2008 vom 23. Dezember 2008 E. 4.3). Für die weitere Persönlichkeitsentwicklung der Kinder ist es förderlich, wenn sie weiterhin zu beiden Elternteilen Kontakt pflegen können. Entsprechend ist aufgrund der ablehnenden Haltung der Kinder gegenüber dem Gesuchsgegner zwar kein gerichtliches Besuchsrecht anzuordnen. Die Anordnung eines minimalen Besuchsrechts erscheint aber aufgrund der schicksalhaften Eltern-Kind-Beziehung grundsätzlich zumutbar (Büchler/Wirz, a.a.O., N 28 zu Art. 273 ZGB; Urteil des Bundesgerichts 5C.298/2006 vom 21. Februar 2007 E. 2.3).

2.3.2 Sodann begründete der erstinstanzliche Richter die Verweigerung eines Besuchs- und Ferienrechts mit fehlenden Bemühungen seitens des Gesuchsgegners zur Kontaktaufnahme mit den Kindern seit der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes. Der Vorrichter erachtete es nicht als glaubhaft, dass der Gesuchsgegner überhaupt Versuche unternommen hat, mit den Kindern in Kontakt zu treten. Dieser Würdigung sind immerhin die Aussagen der Töchter entgegenzuhalten, wonach sie zum Geburtstag eine Karte erhalten hätten. Sohn Y gab an, dass er vom Gesuchsgegner einige E-Mails erhalten habe. An der Parteibefragung führte der Gesuchsgegner aus, dass er versucht habe, den Kontakt mit den Kindern per Telefon, E-Mail und Skype aufrechtzuerhalten. Die Gesuchstellerin habe aber diese Kontakte systematisch blockiert. Diese Darstellung wurde von der Gesuchstellerin nicht substantiiert bestritten. Es erscheint daher glaubhaft, dass der Gesuchsgegner gewisse Bemühungen zur Kontaktaufnahme mit den Kindern unternommen hat. Diesbezüglich hat er die Einvernahme von Zeugen beantragt. Dem erstinstanzlichen Richter ist zwar grundsätzlich beizupflichten, dass Zeugenbefragungen in einem Summarverfahren eher die Ausnahme darstellen. Aufgrund der in Kinderbelangen herrschenden Untersuchungsmaxime wäre die Anhörung einschlägiger Zeugen aber durchaus

möglich gewesen, zumal das Gericht die näheren Umstände konkret abzuklären hat, damit im Einzelfall eine angemessene Regelung getroffen werden kann (Six, a.a.O., Rz. 2.15; BGE 131 III 209 E. 5 S. 212).

Letztlich braucht jedoch nicht abschliessend geklärt werden, ob der Gesuchsgegner hinreichende Bemühungen zur Kontaktaufnahme mit den Kindern seit der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes unternommen hat. Denn selbst wenn er sich bisher nicht ernsthaft um die Kinder gekümmert hätte, würde dies die Verweigerung oder die Entziehung des persönlichen Verkehrs nur rechtfertigen, wenn diese Verhaltensweise das Kindeswohl tatsächlich beeinträchtigt hätte (BGE 118 II 21). Die Bestimmung von Art. 274 Abs. 2 ZGB bezweckt den Schutz des Kindes und nicht die Bestrafung eines Ehegatten (Six, a.a.O., Rz. 2.19). Zu Recht weist der Gesuchsgegner darauf hin, dass die Vorinstanz nicht substantiiert dargetan habe, inwiefern das Kindeswohl bei der Gewährung eines Besuchs- und Ferienrechts konkret gefährdet wäre. Der erstinstanzliche Richter erachtete zwar als glaubhaft, dass es zu Gewaltvorfällen gekommen sei. Dass sich diese aber gegen die Kinder gerichtet hätten, wurde seitens der Gesuchstellerin weder behauptet noch hat die Vorinstanz derartige Vorfälle festgestellt. Gewaltvorfälle sind grundsätzlich nur insoweit geeignet, das Besuchsrecht auszuschliessen oder einzuschränken, als diese sich gegen das Kind gerichtet haben (Six, a.a.O., Rz. 2.19). Aus dem Umstand, dass ein Ehegatte Opfer von häuslicher Gewalt geworden ist oder Gewaltdrohungen gegen ihn ausgesprochen worden sind, darf noch nicht geschlossen werden, das Besuchsrecht sei deshalb mit dem Kindeswohl nicht vereinbar (Six, a.a.O., Rz. 2.22). Es ist nochmals festzuhalten, dass eine Gefährdung im Hinblick auf die vollständige Aufhebung des persönlichen Verkehrs angesichts dessen Bedeutung für das Kind wie für die Eltern nicht leichthin anzunehmen ist (BGE 127 III 295 E. 4a m.w.H.). Da eine konkrete Gefährdung des Kindeswohls im angefochtenen Entscheid nicht festgestellt wurde und sich eine solche auch aus den vorliegenden Akten nicht ergibt, war ein völliger Verzicht auf ein Besuchsrecht nicht gerechtfertigt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_331/2009 vom 6. Juli 2009 E. 2.2.4). Es wird dabei nicht verkannt, dass die Zusammenführung mit dem Gesuchsgegner im Rahmen eines Besuchsrechts für die Kinder – zumindest anfänglich – aufgrund des seit längerer Zeit fehlenden Kontaktes belastend sein wird. Dies ist aber nicht ungewöhnlich und soll nicht zu einer Verweigerung des Besuchsrechts führen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_341/2008 vom 23. Dezember 2008 E. 4.3). Darüber hinaus hätte die Vorinstanz prüfen müssen, ob dieser Belastung der Kinder nicht durch geeignete andere Massnahmen hätte begegnet werden können, etwa durch ein begleitetes Besuchsrecht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_331/2009 vom 6. Juli 2009 E. 2.2.1).

Obergericht, II. Zivilabteilung, 7. Mai 2014

3. Wettbewerbsrecht

3.1 Art. 3 lit. d und 2 UWG

Regeste:

Art. 3 lit. d und 2 UWG – Art. 3 lit. d und 2 UWG statuieren kein generelles Verbot der Nachahmung. Stehen keine patent-, urheber- oder modellrechtlichen Schutzansprüche entgegen, ist die Nachahmung fremder Erzeugnisse daher grundsätzlich erlaubt. Wer jedoch Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen, handelt gemäss Art. 3 lit. d UWG (und Art. 2 UWG) unlauter. Von einem Verstoß gegen das Gebot des lautereren Wettbewerbes kann indes erst die Rede sein, wenn der Nachahmer wettbewerbsverfälschende Mittel einsetzt.

Aus dem Sachverhalt:

Die X. GmbH vertreibt unter der Marke «Z» Snowboardsocken, welche auch in den Filialen der Y. AG angeboten werden. Daneben verkauft die Y. AG unter ihren Eigenmarken «A» und «B» eigene Ski-/Snowboardsocken. Mit Schreiben vom 21. Dezember 2012 gelangte die X. GmbH an die Y. AG und verlangte die Einstellung des Imports, Vertriebs und Verkaufs des Sockenmodells «A». Die Y. AG weigerte sich, die betreffenden Produkte aus dem Verkauf zu nehmen. In der Folge reichte die X. GmbH Klage beim Obergericht ein und beantragte insbesondere, der Y. AG sei zu verbieten, die Socken «A» und «B» in der Schweiz anzubieten, zu vertreiben, zu verkaufen oder sonst wie in Verkehr zu bringen, zu bewerben oder in die Schweiz zu importieren.

Aus den Erwägungen:

(...)

5.1 Die Klägerin stützt ihre Anträge einzig auf das Lauterkeitsrecht und nicht auf spezialgesetzliche Schutzrechte wie Patent-, Marken- oder Designschutz. Stehen keine patent-, urheber- oder modellrechtlichen Schutzansprüche entgegen, ist die Nachahmung fremder Erzeugnisse grundsätzlich erlaubt. Aus der Bestimmung von Art. 3 lit. d UWG (und Art. 2 UWG) lässt sich kein generelles Verbot der Nachahmung ableiten. Wer jedoch Massnahmen trifft, die geeignet sind, Verwechslungen mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen herbeizuführen, handelt gemäss Art. 3 lit. d UWG (und Art. 2 UWG) unlauter. Von einem Verstoß gegen das Gebot des lautereren Wettbewerbes kann indes erst die Rede sein, wenn ein Wettbewerbsteilnehmer eine fremde geistige Leistung in einer Art und Weise verwendet, die mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht mehr

zu vereinbaren ist (BGE 116 II 471 E. 3a S. 472, 474). Die grundsätzlich bestehende Nachahmungsfreiheit kann durch das UWG nämlich nur dann relativiert werden, wenn der Nachahmer wettbewerbsverfälschende Mittel einsetzt. Sie darf nicht dazu eingeschränkt werden, um einen direkten Imitationsschutz von Arbeitsergebnissen zu schaffen (Jecklin, Leistungsschutz im UWG?, Bern 2003, S. 143). In diesem Sinne fallen unter den Tatbestand von Art. 3 lit. d UWG sämtliche Verhaltensweisen der Schaffung einer Verwechslungsgefahr mit den Waren, Werken, Leistungen oder dem Geschäftsbetrieb eines anderen, bei denen das Publikum durch die Schaffung der Verwechslungsgefahr irregeführt wird, insbesondere um den Ruf der Wettbewerber auszubeuten. Die Verwechselbarkeit kann dabei darin bestehen, dass die Ware eines Konkurrenten wegen ihrer äusseren Ausstattung – d.h. die äussere Form, die Aufmachung wie Farbe und dergleichen von Ware und Verpackung (Gubler, Der Ausstattungsschutz nach UWG, Bern 1991, S. 36; BGE 93 II 272 E. 6. S. 280 f.; BGE 90 IV 168 E. 2. S. 172) – für das bereits auf dem Markt befindliche Erzeugnis eines anderen gehalten werden kann. Indessen ist keine direkte warenbezogene Verwechselbarkeit erforderlich. Sie kann auch bloss eine mittelbare oder indirekte sein, indem beim Publikum der Eindruck erweckt wird, die verwechselbar gekennzeichneten oder ausgestatteten Waren stammten aus Betrieben, die wirtschaftlich eng verbunden seien. Die Gefahr der Verwechslung mit ähnlich gekennzeichneten Produkten ist anhand der tatsächlichen Warenpräsentation in gesamter Würdigung aller Umstände in Betracht zu ziehen, die für den durchschnittlich aufmerksamen Käufer die Individualisierung der gekennzeichneten Produkte mitprägen. Entscheidend ist der Eindruck, den die Ausstattung für die Abnehmerkreise in ihrer gesamten Erscheinung entfaltet (vgl. BGE 135 III 446 E. 6.2 S. 451). Das Risiko von Verwechslungen ist umso grösser, je näher sich die Waren sind, für welche die in Frage stehenden Zeichen gebraucht werden. Wenn zwei Zeichen für identische Waren-gattungen verwendet werden, ist bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr ein besonders strenger Massstab anzulegen. Zu beachten ist zudem, dass bei Spezialprodukten, deren Absatz auf einen mehr oder weniger geschlossenen Kreis von Berufsleuten beschränkt ist, mit einer höheren Aufmerksamkeit und einem höheren Unterscheidungsvermögen der Konsumenten zu rechnen ist als bei Massenartikeln des täglichen Bedarfs (BGE 135 III 446 E. 6.1 S. 450 f. mit weiteren Hinweisen). Wo genau die erlaubte Verwendung fremder geistiger Leistungen aufhört und die unlautere Irreführung des Konsumenten oder die schmarotzerische Ausbeutung des Mitbewerbers beginnt, lässt sich nicht generell bestimmen, sondern ist in Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles und aufgrund einer Interessenabwägung zu entscheiden (BGE 116 II 471 E. 3a S. 474).

5.2 Die Schaffung einer Verwechslungsgefahr ist wettbewerbsrechtlich nur relevant, sofern die nachgeahmte Ausstattung Kennzeichnungskraft besitzt, indem sie vom Publikum als Herkunftshinweis verstanden wird. Mithin setzt der Schutz einer Ausstattung nach Art. 3 lit. d UWG vor der Schaffung einer Verwechslungsgefahr voraus, dass ihr Kennzeichnungskraft zukommt, sei es originär, indem sie dank ihrer

Originalität von Anfang an auf einen bestimmten Hersteller hinweist, sei es derivativ, indem sie als nicht originelle Ausstattung diese individualisierende Eigenschaft infolge ihrer Durchsetzung im Verkehr erlangt hat (BGE 135 III 446 E. 6.2 S. 451 mit Hinweisen auf Recht-sprechung und Literatur).

6. Im Rahmen des Ausstattungsschutzes ist demnach vorab zu prüfen, ob die Ausstattung als Ganzes, d.h. mit allen ihren Gestaltungselementen gleich einem Zeichen schutzfähig ist. Nur wenn der Ausstattung Kennzeichnungskraft zukommt, ist in einem weiteren Schritt zu erörtern, ob diese mit derjenigen eines Konkurrenten verwechselbar ist (vgl. BGE 135 III 446 E. 6.2 S. 451). Grundsätzlich darf nämlich jeder seiner Ware jene Form geben, die sie am gefälligsten und damit am besten verkäuflich macht. Anders verhält es sich indes, wenn eine Ware eine bestimmte Form oder Ausstattung nur deshalb erhalten hat, damit sie von gleichen oder ähnlichen Erzeugnissen anderen Ursprungs unterschieden werden kann. Unter dieser Voraussetzung ist die Form nicht ästhetisch bedingt, sondern bloss äussere Zutat zur Kennzeichnung der Ware und darf daher von anderen Herstellern nicht nachgemacht werden (BGE 104 II 322 E. 5a S. 332). Diese Kennzeichnungskraft der Ausstattung kann sich aus ihrer Originalität oder ihrer Verkehrsdurchsetzung ergeben. Die Nachahmung ist demnach erlaubt, wenn sie nicht zu Verwechslungen mit den Waren des Konkurrenten führen, weil die Ausgestaltung der Ware dem kaufenden Publikum über die Herkunft nichts sagt.

Originär kennzeichnungskräftig ist eine Ausstattung, wenn sie bestimmt und geeignet ist, die Ware aufgrund ihrer Originalität von gleichen oder gleichartigen Erzeugnissen anderen Ursprungs zu unterscheiden (BGE 135 III 446 E. 6.3.1 mit Hinweis auf BGE 116 II 365 E. 3b, 108 II 69 E. 2b, 90 IV 168 E. 2). Die im Markenrecht hinsichtlich der Kennzeichnungskraft eines Zeichens geltenden Grundsätze sind in gleicher Weise auch im Wettbewerbsrecht anwendbar (BGE 90 IV 168 E. 2 in fine; David/Jacobs, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2005, S. 72 Rz 225; Pedrazzini/Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb UWG, 2. A., Bern 2002, S. 97 Rz 5.119). Für die Originalität als Voraussetzung des Schutzes einer Ausstattung ist verlangt, dass sie infolge ihrer eigenartigen und einprägsamen Gestaltung eine charakteristische, individualisierende Wirkung entfaltet. Dies erfordert, dass sie sich insgesamt durch eine besondere Gestaltung von gewöhnlichen oder gebräuchlichen Ausstattungen für gleichartige Waren oder Dienstleistungen deutlich unterscheidet, namentlich indem sich die verwendeten Schrift- und Bildelemente insgesamt von einer gewöhnlichen blossen Sachbezeichnung deutlich abheben oder sich die Verpackungsform oder Verpackungsart deutlich von derjenigen unterscheidet, die gemeinhin für gleichartige Waren verwendet wird und bloss dem natürlichen Bedürfnis entspricht, wie diese in Verkehr gebracht oder aufbewahrt werden. Regelmässig kennzeichnungskräftig sind vom Gewohnten abweichende Fantasieverpackungen – im Gegensatz zu rein funktionell bedingten Verpackungen – sowie ganze Etiketten, Signete, die namentlich geschaffen werden, um die damit versehenen Produkte und

Dienstleistungen von andern zu unterscheiden und den Abnehmer zu veranlassen, sich beim nächsten Erwerb daran zu erinnern (David/Jacobs, a.a.O., S. 72 Rz 225). Vorausgesetzt ist allerdings, dass sich ihre Elemente nicht in rein beschreibenden Angaben wie Sachbezeichnungen, Beschaffenheitsangaben oder Herkunftsbezeichnungen oder in elementaren Zeichen, auf deren freie Verwendung der Verkehr im Hinblick auf die in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen angewiesen ist, erschöpfen (BGE 135 III 446 E. 6.3.1 S. 452; vgl. zum Ganzen David/Jacobs, a.a.O., Rz 225).

Eine Ausstattung kann in den beteiligten Verkehrskreisen auch dann die Wirkung eines Hinweises auf einen bestimmten Hersteller haben, obschon sie an sich nichts Neues oder Originelles darstellt. So hat eine Ausstattung Verkehrsgeltung erlangt, wenn sie geeignet ist, als Hinweis auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Betrieb zu wirken (sog. derivative Kennzeichnungskraft; Gubler, a.a.O., S. 59 f.). Von Verkehrsgeltung kann demzufolge nur die Rede sein, wenn der Vertrieb eines Erzeugnisses wegen seiner täuschenden Ähnlichkeit mit einem bereits bestehenden andern Erzeugnis derselben Art eine Irreführung der Käuferschaft zu veranlassen vermag, und zwar in dem Sinne, dass sich ein nicht unerheblicher Teil der beteiligten Verkehrskreise daran gewöhnt hat, die Ware des ersten Herstellers mit einer bestimmten – und zwar immer derselben – Herkunftsstätte in Verbindung zu bringen (BGE 83 II 154 E. 4a S. 160 f.; BGE 70 II 112; BGE 69 II 297). Die Verkehrsdurchsetzung ist von der klagenden Partei zu beweisen.

6.1 (...)

6.2 Die betreffenden «Z-Socks» bietet die Klägerin in den Farbvariationen Z41 Grey/Blue und Z46 Grey Melange/Anthracite an. In der Gestaltung unterscheiden sich die beiden klägerischen Sockenmodelle – bis auf die Farbe der Fläche im Bereich der Wade und des Fussrückens – nicht. Beide Modelle weisen im vorderen Bereich des Sockenschafts eine hellgraue Fläche auf, welche mit zwei regelmässigen Rundungen in die blaue bzw. anthrazite Fläche im Bereich der Wade greift. Diese Strukturen heben sich farblich vom dunklen Hintergrund der Socken ab und erinnern an Schienbein- bzw. Wadenpolster. Die Andeutung von Schienbein- und Wadenschonern bei Sportsocken ist grundsätzlich nicht besonders originell, sondern naheliegend. Es soll in diesem Bereich des Beines, wo beim Snowboard- oder Skifahren Druckstellen oder Reibungsirritationen entstehen können, ein besonderer Schutz angedeutet werden. Die entsprechenden Flächen der Socken der Klägerin sind an den betreffenden Stellen denn auch zum Schutz anders, dichter gestrickt. Die gestalterische Hervorhebung von Flächen des Sockenschafts im Bereich des Schienbeins und der Wade ist denn auch recht häufig anzutreffen, wie die Beklagte mit den eingereichten Auszügen aus Webseiten diverser Onlineshops belegt hat. Jedoch unterscheidet sich die konkrete Gestaltung der Schienbein- und Wadenpolster der verschiedenen Hersteller hinsichtlich der Form und Farbe. Viele Socken weisen zwar eine durch

Linien abgegrenzte Fläche im Bereich des Schienbeins oder der Wade auf, ohne dass sich diese Flächen aber farblich vom Hintergrund abheben. Weiter finden sich häufig Socken mit nur zwei Farben. Demgegenüber heben sich die Schienbeinpolster der Socken der Klägerin als hellgrau ausgefüllte Flächen deutlich vom Hintergrund der Socken ab. Beim Sockenmodell Grey/Blue hebt sich überdies auch das Wadenpolster in blau vom dunklen Hintergrund der Socke ab. Die Wadenpolster weisen vier vertikal verlaufende, dunkle Streifen in gleichem Abstand zueinander auf und werden durch zwei mäandrierende, ebenfalls dunkle Streifen nach aussen hin abgeschlossen, wodurch sie gleichzeitig als Trennlinie die Begrenzung zum Schienbeinpolster bilden. Sie weisen drei runde Ausbuchtungen auf, welche parallel zum Schienbeinpolster verlaufen. Dadurch entsteht der Eindruck eines wellenartigen Ineinandergreifens von Schienbein- und Wadenpolster. Bei der Gestaltung der betreffenden Sockenmodelle der Klägerin wurden jeweils drei Farben verwendet, wobei sich die hellgraue Fläche am Schienbein mit den zwei runden Ausbuchtungen am deutlichsten vom dunklen Hintergrund des Sockenschafts abhebt. Die Beklagte gesteht selber ein, dass es auf dem Schweizer Markt bislang keine exakt identische Produktgestaltung gab. Durch die auffällige Gestaltung des Sockenschafts, welche den Gesamteindruck der Socken massgeblich bestimmt, fallen die beiden Sockenmodelle Z41 Grey/Blue und Z46 Grey Melange/Anthracite auf und unterscheiden sich von der Ausstattung der Konkurrenzprodukte. Der Sockenschaft mit den farblich deutlich hervorgehobenen, wellenartig ineinandergreifenden Schienbein- und Wadenpolster kann gut wiedererkannt werden und ist einprägsam.

Im Vergleich zum Sockenschaft ist der Fussbereich beider Sockenmodelle der Klägerin auffällig dunkel gehalten. Die hellgraue Farbe, durch welche sich insbesondere das Schienbeinpolster vom Hintergrund der Socken abhebt, findet sich im Fussbereich nicht mehr. Auf dem Fussrücken wird einzig die Farbe der Wadenpolster des jeweiligen Sockenmodells in einer kleinen Fläche wieder aufgenommen. Vom dunkeln Fussteil der Sockenmodelle hebt sich einzig die weisse Aufschrift in Grossbuchstaben «SNOWBOARD» mit vorangestelltem Hinweis «L» bzw. «R» auf dem Fussrücken deutlich ab und springt ins Auge. Für diese Aufschrift wurde ein helles Weiss verwendet. Diese Farbe findet sich – bis auf die eingestickte Angabe der Grösse im vorderen Bereich des Fussteils – bei beiden Sockenmodellen anderswo nirgends. Es mag zutreffend, dass der Begriff «Snowboard» grundsätzlich nur beschreibend ist und auch andere Sockenmodelle Aufschriften tragen. Im Gesamteindruck erscheint der im Vergleich zum Sockenschaft dunkel gehaltene Fussteil der Socken mit der hellen, hervorstechenden und mithin dominanten Aufschrift «SNOWBOARD» sowie der zehenseitigen Ergänzung «L» bzw. «R» am Aussenrist dennoch originell und einprägsam. Insgesamt kommt der Gestaltung der beiden Sockenmodelle der Klägerin Z41 Grey/Blue und Z46 Grey Melange/Anthracite im Schaft- und Fussteil durch die erwähnten prägenden Elemente demnach eine individualisierende Wirkung zu; mithin ist die Kennzeichnungskraft zu bejahen.

7. Kommt der Ausstattung der Produkte der Klägerin gemäss den vorstehenden Erwägungen Kennzeichnungskraft zu, so ist im Weiteren zu prüfen, ob die von der Klägerin behauptete Verwechslungsgefahr zwischen den streitgegenständlichen Ausstattungen besteht.

7.1 Wie bereits erwähnt, bietet die Klägerin die betreffenden «Z-Socks» in den Farbvariationen Grey/Blue und Grey Melange/Anthracite an. Nach den vorstehenden Ausführungen kommt den auffallenden hellgrauen Schienbeinpolster, welche wellenartig in die blauen bzw. anthraziten Wadenpolster greifen, sowie dem dunkel gehaltenen Fussteil mit der hervorstechenden Aufschrift «SNOWBOARD» Kennzeichnungskraft zu. Die von der Beklagten verkauften Socken der Eigenmarken «A» und «B» weisen ebenfalls eine farbliche Hervorhebung in der Form eines wellenartig ineinandergreifenden Schienbein- und Wadenpolsters auf. Während das Schienbeinpolster der Socken der Klägerin nur zwei bzw. das Wadenpolster drei Ausbuchtungen aufweist, verhält es sich bei den Socken der Beklagten umgekehrt; drei Ausbuchtungen des angedeuteten Schienbeinpolsters und zwei des Wadenpolsters. Dieser Unterschied sticht aber – insbesondere auch aufgrund derselben Farbgebung – nicht stark hervor. Unterschiede in Einzelheiten sind grundsätzlich ohnehin nicht relevant, sondern einzig der Gesamteindruck, den die Vergleichsgegenstände in der Erinnerung des Durchschnittskäufers hinterlassen (BGE 103 II 211 E. 2. S. 214; BGE 90 II 51 E. 5. S. 56). Vor diesem Hintergrund fallen auch die von der Beklagten weiter aufgeführten Unterschiede nicht ins Gewicht. So ist die Abweichung der Hintergrundfarbe des Sockenschafts unerheblich und nur im direkten Vergleich der Produkte zu erkennen. Entscheidend ist jedoch nicht das gleichzeitige Vergleichen, sondern das Erinnerungsbild (BGE 116 II 365 E. 4a S. 370). Ob der elastische Bund am knieseitigen Ende nun ca. 6 cm oder ca. 9 cm hoch ist, lässt sich wiederum nur bei genauer Betrachtung im direkten Vergleich erkennen und geht bei einer Gesamtbetrachtung des Produktes unter. Der von der Beklagten erwähnte Schriftzug «Z-Socks» am knieseitigen Ende der Socken der Klägerin ist sehr unauffällig und hebt sich – bis auf das in Orange angedeutete kleine «Z» – kaum vom Hintergrund ab. Im Fussbereich unterscheiden sich die angebotenen Socken der Parteien hingegen deutlich. So ist dieser Bereich bei den Socken der Marken «A» und «B» viel heller gehalten als bei den betreffenden «Z-Socks» der Klägerin. Dabei fällt das weisse Gitterdesign auf, welches fast den ganzen Fussteil der Socke – bis auf die Zehen, Ferse und einen kleinen Bereich auf dem Fussrücken – umschliesst. Im Gegensatz zur dominanten Aufschrift «SNOWBOARD» auf dem Fussteil der «Z-Socks», hebt sich der Schriftzug «SKI + SNOWBOARD» auf dem Fussrücken der Socken der Beklagten kaum vom Hintergrund ab. Vom dunkelfarbigen Fussteil der betreffenden «Z-Socks» mit dem auffällig hervorstechenden Schriftzug bleibt ein anderer Eindruck in der Erinnerung haften als vom überwiegend weiss gehaltenen Fussteil der Sockenmodelle der Beklagten. Mithin grenzen sich die Sockenmodelle «A» und «B» von den betreffenden Modellen der Klägerin durch die auffällig andere Gestaltung des Fussteils hinreichend ab.

7.2 Sodann erachtet die Beklagte eine Verwechslungsgefahr der betreffenden Produkte der Parteien auch aufgrund der unterscheidungskräftigen Verpackung als ausgeschlossen. Die Klägerin hält dagegen, die Verpackung werde nach dem Kauf entfernt. Daher habe der Konsument im Zeitpunkt, in welchem er die Socken tatsächlich nutze, keinen Hinweis mehr auf den Hersteller des Produktes.

7.2.1 Aus den obigen Erwägungen Ziffer 5.1 erhellt, dass die Beurteilung der Gefahr einer Verwechslung nicht isoliert durch einen Vergleich der Gestaltung der betreffenden Produkte vorzunehmen ist, sondern anhand der tatsächlichen Warenpräsentation in Würdigung aller Umstände. Die Frage der Verwechselbarkeit der betreffenden Waren beurteilt sich somit nach dem Gesamteindruck, den ihre äussere Aufmachung auf die breite Käuferschicht macht (BGE 90 IV 168 E. 3 S. 173). Zur gesamten äusseren Aufmachung gehört auch die Verpackung der Ware (BGE 103 II 211 E. 3a S. 216). So kann der nachahmende Konkurrent durch eine deutlich abweichende Bezeichnung und Verpackung dem Eindruck vorbeugen, seine Ware stamme vom gleichen Hersteller (vgl. BGE 108 II 327 E. 5a S. 332 f.).

7.2.2 Dem Gericht wurden die betreffenden Produkte von der Klägerin unverpackt vorgelegt. In der Klageschrift findet sich immerhin ein Foto von verpackten Socken beider Parteien in den Verkaufsregalen der Beklagten, so wie sie den Konsumenten präsentiert werden. Die Klägerin behauptet nicht, dass die Socken der Käuferschaft auch unverpackt zum Kauf angeboten würden und davon ist denn auch beim betreffenden Produkt nicht auszugehen. Ein Auspacken der Socken vor dem Kaufentscheid würde vom Verkäufer wohl nicht toleriert. Zur Beurteilung der Verwechslungsgefahr anhand der tatsächlichen Warenpräsentation muss daher auf die in der Klageschrift abgedruckte Farbfotografie abgestellt werden, obschon darauf nicht «Z-Socks Snowboard», sondern Skisocken der Marke «Z-Socks» zu sehen sind. Sollten die streitgegenständlichen «Z-Socks Snowboard» im Verkaufsregel anders daherkommen, was die Klägerin nicht geltend macht, so ginge dies zu ihren Lasten als der beweisbelasteten Partei (Art. 8 ZGB).

Aus einem Vergleich der Präsentation der Produkte in den Verkaufsregalen ergeben sich offensichtliche Unterschiede: Während die Klägerin eine die Ware fast gänzlich umschliessende Verpackung in Rechteckform verwendet, werden die Socken «A» und «B» durch ein schlichtes Band mit dem entsprechenden Markenaufdruck zusammengehalten. Die Vorderseite der Verpackung der «Z-Socks» zeigt eine schematische Darstellung der Socken, welche mit einer Beschreibung versehen ist. Damit wird offenbar auf die funktionellen Eigenschaften des Produkts hingewiesen. Eine derartige Hervorhebung besonderer Eigenschaften findet sich auf der unscheinbaren Verpackung der Beklagten nicht. Insgesamt vermittelt die Verpackung der «Z-Socks» den Eindruck eines aufwändigeren Produktes. Das Aussehen der «Z-Socks» bleibt der Käuferschaft aufgrund der umschliessenden Verpackung weitgehend verborgen. Zudem ist auf der Verpackung der Klägerin die Marke «Z-Socks» unüberse-

hbar aufgedruckt. Bei Konsumgütern des täglichen Bedarfs, wozu das Bundesgericht auch Modeartikel zählt, kommt der Namensangabe besonderes Gewicht zu, weil der Konsument im Allgemeinen zwischen den verschiedenen Produkten sehr wohl zu unterscheiden weiss. Entsprechend ist eine unterscheidungskräftige Markenangabe ausschlaggebend (BGE 105 II 301 E. 4a. S. 301; BGE 116 II 365 E. 4c S. 371). Aufgrund der dargelegten Umstände erscheint eine direkte Verwechslung der betreffenden Socken beim Kaufentscheid bzw. beim Griff in das Verkaufsregal auch aufgrund der unterschiedlichen Verpackung ausgeschlossen.

Aus dem Verweis auf den sog. «Limmi-Entscheid» des Bundesgerichts (4C.169/2004 vom 8. September 2004) kann die Klägerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Dort ging es um zwei ähnlich aussehende Zitronenflaschen, die beim oberflächlichen Betrachter ein einheitliches Bild hinterlassen. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass eine Etikette nicht in jedem Fall geeignet sei, eine ansonsten zu bejahende Verwechslungsgefahr zu beseitigen. Nur wenn damit beim durchschnittlich aufmerksamen Käufer der Eindruck beseitigt werden könne, es handle sich um das von ihm gesuchte Produkt, vermöge dieses Mittel der Verwechslungsgefahr vorzubeugen. Durch eine Etikette werde der durch eine Form geprägte Eindruck nicht ohne weiteres verändert, selbst wenn sie anders dimensioniert oder gar zusätzlich angebracht sei. Es könne insbesondere auch bei Lebensmitteln nicht ohne weiteres angenommen werden, der durchschnittlich aufmerksame Käufer orientiere sich durch die Lektüre der Anschriften. Ihm bekannte Produkte werde er vielmehr anhand der Ausstattung wählen, ohne sich durch die Konsultation einer Etikette zwingend zu vergewissern, dass er nicht ein Konkurrenzprodukt gewählt habe (Urteil des Bundesgerichts 4C.169/2004 vom 8. September 2004 E. 2.4). Das Bundesgericht stellte somit darauf ab, ob mit der Etikette eine Verwechslung der im Übrigen ähnlichen Ausstattung der Produkte beim Kauf derselben verhindert werden kann. Im hier zu beurteilenden Fall präsentieren sich die Produkte im Verkaufsregal jedoch eben gerade nicht verwechselbar ähnlich, so dass der Käufer die Produkte erst durch die Lektüre der Anschriften unterscheiden könnte. So heben sich die Verpackungen der betreffenden Socken in Form, Ausmass und Farbe auf den ersten Blick deutlich voneinander ab.

7.2.3 Aufgrund der augenfälligen Unterschiede in der Präsentation der Produkte im Verkaufsregal besteht auch keine mittelbare Verwechslungsgefahr im Sinne der Entstehung eines falschen Eindrucks, dass zwischen den Herstellern der Produkte eine enge wirtschaftliche oder vertragliche Beziehung bestehen würde. Die deutlich aufwändigere Verpackung der «Z-Socks» lässt auf ein anderes, hochwertigeres Produkt schliessen. Die ähnliche Gestaltung der Socken in Bereich des Schaftes ist bei einer Betrachtung der verpackten Produkte im Regal aufgrund der fast gänzlich umschliessenden Verpackung der «Z-Socks» kaum zu erkennen. Die schematische Darstellung auf der Verpackung zeigt die konkrete Gestaltung der Socken (Farbe und Muster) nicht, sondern stellt die funktionellen Eigenschaften des Produkts in

den Vordergrund. Zudem tragen beide Verpackungen eine Markenaufschrift. Die Klägerin führt unbestritten aus, dass die registrierten Eigenmarken «A» und «B» von der Beklagten für eine Vielzahl von Bekleidungsstücken im tiefen Preissegment beansprucht werde. Entsprechend dürften «A» und «B» als Eigenmarken der Beklagten für günstige Bekleidung allenfalls eine gewisse Bekanntheit geniessen. So oder anders ergeben sich dem Konsumenten beim Kaufentscheid vor dem Regal aufgrund der Warenpräsentation keine Anhaltspunkte für eine enge wirtschaftliche oder vertragliche Beziehung zwischen den Parteien. Damit fehlt es auch an einer mittelbaren Verwechslungsgefahr. Lediglich die Platzierung der Produkte nebeneinander in den Verkaufsregalen reicht hier aufgrund der gesamten Umstände, insbesondere der sehr unterschiedlichen Verpackung, zur Herbeiführung von Verwechslungen nicht aus. Mithin wird damit – entgegen der Auffassung der Klägerin – auch nicht suggeriert, die Produkte der Beklagten würden einen gleichwertigen Ersatz für die «Z-Socks» darstellen. Hätte die Beklagte dies angestrebt, so wäre insbesondere eine aufwändigere, hochwertigere Verpackung unabdingbar gewesen, welche ebenfalls auf bestimmte funktionelle Eigenschaften der verpackten Socken hinweisen würde.

7.2.4 Die Klägerin führt in Bezug auf die Verpackung grundsätzlich treffend aus, dass diese vor dem Gebrauch der Socken entfernt werde und nach der ersten Benützung des Produktes somit nicht mehr vorhanden sei. Hingegen vermag nicht zu überzeugen, dass die Konsumenten allfällige negative Erfahrungen mit den Socken der Beklagten fälschlicherweise auf die angeblich beinahe identisch gestalteten Produkte der Klägerin projizieren könnten. Der Käufer wird ein Produkt, mit welchem er negative Erfahrungen gemacht hat, künftig meiden wollen. Dies erfordert, dass er das betreffende Produkt im Verkaufsregal identifiziert. Mithin wird er beim Griff in das Regal eine höhere Aufmerksamkeit walten lassen. Findet der Käufer die Socken der Beklagten im Regal vor, deren Verpackung lediglich aus einem Band mit einem Aufdruck der Marke besteht und einen Blick auf das Design der Socken erlaubt, wird er diese zweifellos wiedererkennen und nicht mit den Socken der Klägerin verwechseln. Wie vorstehend bereits ausgeführt, sind diese von der Packung fast gänzlich umschlossen und lassen die konkrete Gestaltung kaum erkennen. Entsprechend kann der Käufer die «Z-Socks» faktisch nicht mit dem in Erinnerung verbliebenen Bild der Socken der Beklagten vergleichen. Zudem würde er sich auch daran erinnern, dass die Socken der Beklagte – anders als die «Z-Socks» – im Doppelpack verkauft wurden. Dies nota bene zu einem erheblich tieferen Preis – nämlich weniger als die Hälfte – als ein Paar «Z-Socks». Neben der Qualität und der Eigenschaften eines Produktes ist offenkundig auch der Preis beim Kaufentscheid bestimmend.

7.3 Gemäss den vorstehenden Ausführungen fehlt es zusammenfassend an der vorausgesetzten Gefahr einer Verwechslung beim Kauf der betreffenden Produkte. Im Gesamteindruck unterscheiden sich die betreffenden Sockenmodelle der Parteien insbesondere aufgrund der unterschiedlichen Gestaltung des Fussbereichs. Zudem

ist eine direkte Verwechslung der Socken auch durch die völlig unterschiedliche Verpackung ausgeschlossen. Gleichzeitig wird damit auch dem Eindruck vorgebeugt, dass die Produkte vom gleichen Hersteller oder von wirtschaftlich eng verbundenen Produzenten stammen (vgl. BGE 108 II 327 E. 5a S. 332 f.).

8. Die Klägerin wirft der Beklagten im Weiteren vor, sich unnötig an ihre Produkte angelehnt zu haben, um in schmarotzerischer Manier von der am Markt geleisteten Aufbauarbeit und dem dadurch geschaffenen Goodwill, der den «Z-Socks»-Produkten zukomme, zu profitieren. Dabei habe die Beklagte nicht nur die eigentliche Sockenausstattung übernommen, sondern die farbliche Ausrichtung der gesamten Produktlinie. Sie platziere ihre Socken «A» bewusst neben den «Z-Socks», um implizit die Botschaft zu vermitteln, ihre Socken seien ein Ersatz für bzw. gleich gut wie die teureren «Z-Socks».

Die Beklagte wendet ein, die Produkte würden sich im Gesamteindruck voneinander unterscheiden. Die wenigen gemeinsamen Elemente seien gemeinfrei und somit nicht schutzwürdig. Von einer Übernahme sämtlicher prägender Gestaltungselemente, einer sklavischen Nachbildung gleichkommend, könne nicht gesprochen werden. Die Klägerin verwende überdies nicht für alle ihre «Z-Socks-Modelle» die streitgegenständlichen Produktausstattungsmerkmale, weshalb kaum vorstellbar sei, dass bei einem durchschnittlichen Endabnehmer allein aufgrund der gewählten Grundformen und -farben eine Gedankenassoziation zur Klägerin geweckt werde. Die Platzierung der Socken «B» und «A» im Verkaufsgestell sei aufgrund der betriebswirtschaftlichen, vermarktungstechnischen und organisatorischen Gegebenheiten erfolgt und sei daher kein Indiz für ein planmässiges Vorgehen. Sodann würden die streitgegenständlichen Snowboardsocken der Klägerin gar nicht neben den Socken der Beklagten hängen; in Tat und Wahrheit handle es sich dabei um ein anderes Sockenmodell der Klägerin.

8.1 Verhaltensweisen, mit der sich ein Mitbewerber unnötig an die Leistungen eines Dritten anlehnt oder deren Ruf ausbeutet, gelten unabhängig von der Gefahr allfälliger Verwechslungen als unlauter. Unlauter handelt demnach, wer mit seinem Werbeauftritt im Ergebnis den guten Ruf von unter einem anderen Zeichen bekannten Waren auf seine eigenen überträgt (Imagetransfer), indem er Gedankenassoziationen zu diesen weckt, ohne dass es einer Verwechslungsgefahr bedarf. Insofern ist namentlich nicht die Verwendung eines Zeichens vorausgesetzt, das demjenigen des Mitbewerbers derart ähnlich ist, dass es damit in Alleinstellung verwechselbar wäre. Es genügt vielmehr, wenn ein Zeichen, das dem bekannten Drittzeichen ähnlich ist, in einer Weise verwendet wird, dass es nicht anders denn als Anlehnung an jenes gedeutet werden kann, und dies objektiv geeignet ist, bei den Adressaten eine gedankliche Verbindung zum Drittzeichen bzw. zu den damit bezeichneten Produkten zu wecken. Beim anlehnenden Vergleich geht es – im Gegensatz zu den anderen Tatbeständen des Art. 3 lit. e UWG – primär nicht um eine Gegenüberstel-

lung mit den Angeboten der Konkurrenz, sondern darum, durch den Vergleich die eigene Leistung mit derjenigen des Mitbewerbers zu koppeln, um dessen Bekanntheitsgrad auszunutzen (Oetiker, in: Jung/Spitz [Hrsg.], Stämpfli's Handkommentar zum UWG, Bern 2010, Art. 3 lit. e N 36). In der Rechtsprechung wurde sodann auch die Anlehnung an die Kennzeichnungs- und Werbekraft einer älteren Marke unbesehen eigentlicher Fehlzurechnungen als unlauter erachtet, wenn das jüngere Zeichen unmissverständlich eine Botschaft des Inhalts «Ersatz für» oder «gleich gut wie» vermittelt. Eine entsprechende, produktebezogene Anlehnung bzw. Rufausbeutung lässt sich unter den Tatbestand von Art. 3 lit. e UWG subsumieren, wonach unter anderem unlauter handelt, wer sich, seine Waren, Werke und Leistungen in unnötig anlehrender Weise mit anderen, ihren Waren, Werken oder Leistungen vergleicht. Dabei kann der vorausgesetzte Vergleich auch konkludent, implizit durch Werbe- oder Marketingmassnahmen erfolgen, die sich an die Ausstattung des Konkurrenten annähern, und nicht explizit vorgenommen werden muss (BGE 135 III 446 E. 7.1 S. 460). Eine (verdeckte) Rufausbeutung liegt mithin vor, wenn ein Konkurrent die Gestaltung eines fremden Produkts übernimmt und dieses gewollt und planmässig an dessen Merkmale annähert, um von dessen gutem Ruf zu profitieren (Schmid, Basler Kommentar zum UWG, 2013, Art. 3 Abs. 1 lit. e N 94; Baudenbacher, a.a.O., Art. 2 N 240). Eine unlautere Rufausbeutung setzt demnach weiter voraus, dass dem ausgebeuteten Gegenstand (Ware, Kennzeichen, Hersteller) ein guter Ruf eigen ist, der grundsätzlich auf die Ware des Ausbeutenden zu übertragen sein muss (Baudenbacher, in: Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Basel/Genf/München 2001, Art. 2 N 243). Es darf sich nicht um Allerweltserzeugnisse, weniger bekannte Marken, nur kurz oder kaum gebrauchte Zeichen handeln (vgl. Jung, in: Jung/Spitz [Hrsg.], a.a.O., Bern 2010, Art. 2 N 105). Eine besondere Ausbeutungsabsicht im Sinne eines subjektiven Merkmals ist nicht erforderlich (Baudenbacher, a.a.O., Art. 2 N 243). Das Verbot der unlauteren Anlehnung an eine Konkurrenzausstattung soll allerdings nur eindeutige Fälle unnötiger Anlehnung erfassen, die nicht durch ein Informationsbedürfnis zu rechtfertigen sind (Oetiker, a.a.O., Art. 3 lit. e N 36 in fine).

8.2.1 Im Rahmen der Prüfung der Verwechslungsgefahr wurde bereits dargelegt, dass die betreffenden Socken der Klägerin und der Beklagten zwar im Bereich des Sockenschafts über eine ähnliche Ausstattung verfügen (Erw. 7.1 vorne). Die Sockenmodelle der Beklagten «B» und «A» weisen – wie jene der Klägerin – eine farbliche Hervorhebung in der Form eines wellenartig ineinandergreifenden Schienbein- und Wadenpolsters auf. Entgegen der Auffassung der Beklagten sind die Ähnlichkeiten im Design des Sockenschafts nicht technisch bzw. funktionell bedingt. Es mag zutreffen, dass zum Schutz des Schienbeins, der Wade sowie der Ferse und des Fussspanns vor Reibung bzw. Druck eine Polsterung an den entsprechenden Stellen notwendig ist. Wie die Beklagte mit den eingereichten Abbildungen von Konkurrenzprodukten selber belegt, führt dies jedoch nicht zwingend zu einer dergleichen weitgehenden Übereinstimmung der Gestaltung des Sockenschafts, wie dies bei den betreffenden Produkten der Parteien der Fall ist. Wie vorstehend in Erw.

7.1 dargelegt, grenzt die Beklagte ihre Produkte jedoch durch die andere Gestaltung des Fussteils der betreffenden Socken von jenen der Klägerin ab. Mithin liegt insgesamt keine sklavische Übernahme der Gestaltung der Produkte der Klägerin vor. Hätte die Beklagte ihre Sockenmodelle zwecks Rufausbeutung gewollt und planmässig an jene der Klägerin angenähert, hätte sie den Fussteil ihrer Sockenmodelle nicht deutlich anders gestaltet, sondern sich am kennzeichnungskräftigen Design der «Z-Socks» orientiert. Da die diversen Sockenmodelle der Klägerin unbestritten jeweils ein anderes Design aufweisen, kann im Übrigen der Auffassung der Beklagten gefolgt werden, wonach beim durchschnittlichen Endabnehmer allein aufgrund der Gestaltung der Socken nicht automatisch und unmittelbar eine Gedankenassoziation zur Klägerin bzw. ihren Produkten hervorgerufen werde.

8.2.2 Sodann hat die Beklagte ihre Produkte insbesondere auch durch die völlig andere Gestaltung der Verpackung von den Produkten der Klägerin abgegrenzt. Die Beklagte bietet ihre Sockenmodelle in einem Zweierpack an, wobei die beiden Sockenzaare lediglich von einem Band umschlossen werden, welches gut ersichtlich die Markenaufschrift «A» und «B» trägt. Anders als bei den «Z-Socks» wird auf keine funktionellen Eigenschaften hingewiesen. Die unscheinbare Verpackung der beiden Sockenmodelle der Beklagten lässt im Vergleich zur deutlich aufwändigeren Aufmachung der «Z-Socks», welche die funktionellen Eigenschaften hervorhebt, auf ein günstigeres Produkt schliessen. Die unterschiedliche Präsentation der streitgegenständlichen Produkte der Parteien lösen beim Konsumenten offenkundig eine andere Erwartungshaltung in Bezug auf die Produkteigenschaften und -qualität aus. Folglich werden beim durchschnittlichen Konsumenten keine Gedankenassoziationen zwischen den Produkten entstehen, wodurch die Beklagte von einem – seitens der Klägerin behaupteten – guten Ruf ihrer deutlich teureren «Z-Socks» profitieren könnte. Dazu hätte die Beklagte zumindest auf ein hochwertigeres Erscheinungsbild ihrer Produkte in den Verkaufsregalen achten müssen, um eine gewisse Annäherung an die Präsentation der Produkte der Klägerin zu erzielen. Mithin kann nach dem Gesagten auch keine Rede davon sein, dass die Beklagte ihre Sockenmodelle dem Konsumenten als gleich gut wie jene der Klägerin oder als Ersatz für diese anpreist. Eine gewollte und planmässige Annäherung liegt demnach nicht vor.

8.3 Im Weiteren scheidet eine unnötige Anlehnung bzw. Rufausbeutung auch aufgrund des fehlenden Nachweises eines guten Rufs der betreffenden «Z-Socks»-Modelle aus. Die Klägerin verweist in Bezug auf ihre Reputation auf die ihr verliehenen Awards. Zu Recht wendet die Beklagte ein, dass die aufgeführten Awards nicht die streitgegenständlichen Socken betreffen würden. So oder anders wäre damit nicht erstellt, dass die Modelle Z41 Grey/Blue und Z46 Grey Melange/Anthracite einen guten Ruf geniessen. Ein grundsätzlich gutes Produkt muss beim Publikum nicht zwingend auch bekannt sein und über einen guten Ruf verfügen, von welchem ein Konkurrent überhaupt profitieren könnte. Ein demoskopisches Gutachten oder andere aussagekräftige Beweise hat die Klägerin nicht eingereicht bzw. beantragt.

Sie gesteht selber ein, dass der Absatz der betreffenden Sockenmodelle seit 2008 auf konstant tiefem Niveau stagniert, was sich aus den aufgelegten Lieferlisten ergibt. Die streitgegenständliche Ausstattung der Produkte genießt daher beim Publikum offenkundig kaum eine hohe Bekanntheit. Vor diesem Hintergrund reicht ein Auszug aus dem eigenen «Awardbook» der Klägerin zum Nachweis eines guten Rufs der streitgegenständlichen Sockenmodelle, welchen die Beklagte ausnutzen könnte, nicht aus. Diverse der aufgeführten Awards wurden im Übrigen nicht für Socken, sondern für andere Produkte verliehen, weshalb auch nicht erstellt ist, dass die Klägerin generell als Herstellerin von Socken einen guten Ruf genießt.

9. Die Klägerin macht schliesslich auch eine unlautere Irreführung geltend. Die Socken der Beklagten würden Gestaltungsmerkmale aufweisen, welche neben ihrer primären ästhetischen Wirkung auch auf gewisse funktionale Eigenschaften (Kompression, Luftzirkulation, usw.) hindeuten würden. Die damit implizit gemachten Funktionsversprechen würden die Socken der Marken «A» und «B» – im Unterschied zu den «Z-Socks» – nicht erfüllen. Demgegenüber stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, aufgrund der Wahl der Produktausstattung und der Verpackungsgestaltung würden keine unzutreffenden Güte- oder Prestigevorstellungen beim Publikum geweckt, was die Qualität der Ware bzw. den Wert der verwendeten Materialien oder die dahinter stehende Funktionalität oder Technologie anbelange. Aufgrund des fehlenden Bekanntheitsgrades der streitgegenständlichen Produktausstattung der Klägerin stelle das Publikum keine gedankliche Verbindung her.

9.1 Als Unterfall der Unlauterkeit wird in Art. 2 UWG die Täuschung und Irreführung gesondert aufgeführt. Erstere liegt vor, wenn durch unrichtige Angaben und eine dadurch bei den angesprochenen Verkehrskreisen hervorgerufene Fehlvorstellung das Wahrheitsgebot im Wettbewerb verletzt wird. Die Irreführung verletzt demgegenüber das Klarheitsgebot durch richtige oder zumindest richtig gestellte Angaben, die jedoch bei einer gewichteten Gesamtbetrachtung unvollständig oder verschleiert sind, eine unzutreffende Zweitbedeutung aufweisen oder sonst einen unzutreffenden Eindruck beim Durchschnittsteilnehmer des angesprochenen Verkehrskreises hervorrufen (Jung, a.a.O., Art. 2 N 39).

9.2 Die Klägerin legt nicht substantiiert dar, durch welche Gestaltungsmerkmale der Sockenmodelle «A» und «B» dem Konsumenten nicht vorhandene Eigenschaften bzw. eine besondere Qualität suggeriert werden. Anders als die Klägerin hebt die Beklagte auf der Verpackung keine besonderen funktionellen Eigenschaften ihrer Produkte hervor. Soweit die Klägerin die Auffassung vertritt, dass die farblich angedeuteten Flächen im Bereich des Schienbeins und der Wade einen besonderen Schutz vor Reibung andeuten, kann darin keine Irreführungen gesehen werden, da die Klägerin weder substantiiert behauptet noch den Nachweis liefert, dass für einen entsprechenden Schutz keinerlei Vorkehrungen getroffen worden wären. Ein täuschendes Verhalten könnte darin ohnehin nicht gesehen werden, da der Konsument aufgrund der

rudimentären Verpackung bestehend aus einem Band die Socken ohne weiteres berühren und selber feststellen kann, ob die angedeuteten Schienbein- und Wadenpolster tatsächlich einen besonderen Schutz bieten, indem die Socken an diesen Stellen dichter gestrickt sind. Der Konsument ist daher durchaus in der Lage, einen vernünftigen Kaufentscheid zu treffen. Nicht zuletzt wird er aufgrund des deutlich tieferen Preises («Z-Socks» sind rund vier Mal teurer: Preis ein Paar «Z-Socks» rund CHF 40.–, Preis zwei Paar Socken der Marke «A» oder «B» CHF 19.–) nicht ernsthaft davon ausgehen, dass die Socken der Beklagten dasselbe Qualitätsniveau erreichen, wie die Klägerin von ihren Produkten behauptet und auf der Verpackung hervorhebt. Der Vorwurf einer Täuschung oder Irreführung erweist sich somit als unbegründet.

10. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass beim Kauf der in Frage stehenden Produkte der Parteien keine Gefahr von Verwechslungen besteht. Weiter hat sich die Beklagte nicht unnötig und mithin in unzulässiger Weise an die Ausstattung der beiden Sockenmodelle Z41 Grey/Blue und Z46 Grey Melange/Anthracite angelehnt, um von deren Image zu profitieren. Auch eine Irreführung des Publikums ist nicht erstellt. Demnach ist die Klage abzuweisen.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 15. Juli 2014

III. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

1. Beschwerdeverfahren

1.1 Art. 22 SchKG

Regeste:

Art. 22 SchKG – Die Feststellung der Nichtigkeit einer Verfügung verlangt ein Feststellungsinteresse. Ein solches Interesse liegt nur vor, wenn mit der Feststellung der Nichtigkeit ein aktueller, praktischer Verfahrenszweck verfolgt wird.

Aus den Erwägungen:

3.1 Verstossen Verfügungen gegen die Vorschriften, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind, so sind sie nichtig. Unabhängig davon, ob Beschwerde geführt worden ist, stellen die Aufsichtsbehörden von Amtes wegen die Nichtigkeit einer Verfügung fest (Art. 22 Abs. 1 SchKG).

3.2.1 Die kantonalen Aufsichtsbehörden können von Amtes wegen und unabhängig davon, ob Beschwerde geführt worden ist, die Nichtigkeit einer Verfügung feststellen. Die Nichtigkeit einer Verfügung wird meistens mit Beschwerde von einer betroffenen Partei geltend gemacht, deren Legitimation eindeutig zu bejahen ist. Die Beschwerdefrist gemäss Art. 17 Abs. 2 SchKG muss insofern nicht eingehalten

werden, als die Nichtigkeit jederzeit von Amtes wegen festgestellt werden kann. Die Aufsichtsbehörden haben auf die Beschwerde eines Dritten, der zur fraglichen Betreuung keinerlei Beziehung hat, selbst dann nicht einzutreten, wenn die Nichtigkeit einer Betreuungshandlung geltend gemacht wird. Diesfalls kann die Eingabe aber als Aufsichtsanzeige entgegengenommen werden, wenn die kantonale Aufsichtsbehörde sich kraft ihrer Aufsichtsgewalt veranlasst sieht, von Amtes wegen einzugreifen; der Anzeigersteller hat jedoch keinen Anspruch auf einen Entscheid (Cometta/Möckli, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreuung und Konkurs I, 2. A., Basel 2010, Art. 22 N 15 ff.).

3.2.2 Der Beschwerdeführer 1 wurde im Konkursverfahren der X. AG mit einer Forderung von CHF 47'857.05 in der dritten Klasse zugelassen. Als Gläubiger ist er daher zur vorliegenden Beschwerde legitimiert. Die nicht in das Konkursverfahren der X. AG verwickelte Beschwerdeführerin 2 ist sodann zur Aufsichtsanzeige berechtigt. Unter diesem Gesichtspunkt könnte auf die Beschwerde eingetreten werden. Indes unterliegt der Grundsatz, dass die Nichtigkeit einer Verfügung jederzeit von den Behörden zu beachten ist bzw. von einem Interessierten im Sinne einer Anzeige an die Aufsichtsbehörde geltend gemacht werden kann, gewissen Schranken. Gemeinsam an diesen Schranken ist, dass es an einem aktuellen Feststellungsinteresse fehlt. Gleich wie die Aufhebung einer fehlerhaften Verfügung durch Beschwerde ist auch die Feststellung der Nichtigkeit nicht Selbstzweck. Sie muss einen aktuellen, praktischen Verfahrenszweck erfüllen (Lorandi, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Basel/Genf/München 2000, Art. 22 N 172 f.).

Obergericht, Beschwerdeabteilung als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreuung und Konkurs, 25. März 2014

IV. Strafrecht

1. Strafzumessung

1.1 Art. 47 ff. StGB

Regeste:

Art. 47 ff. StGB – Strafzumessung.

Aus dem Sachverhalt:

Der Beschuldigten wird vorgeworfen, am 25. Dezember 2009 nach einer heftigen verbalen Auseinandersetzung mit ihrem Wohnungspartner in der gemeinsamen Wohnung, diesem mit einem Filettiermesser einen Stich in den linken Schulterbereich versetzt zu haben.

Daneben wird der Beschuldigten zur Last gelegt, am 24. August 2008 in einem

248

Gartenrestaurant das von der Privatklägerin ungewollt zurückgelassene Portemonnaie samt Inhalt von ca. CHF 570.00 an sich genommen zu haben. Überdies soll die Beschuldigte zwischen Frühling und September 2009 ein einhändig bedienbares Schmetterlingsmesser mit einer Klingenlänge von 10 cm besessen haben, ohne eine dafür notwendige Bewilligung zu haben. Schliesslich wird der Beschuldigten vorgeworfen, am 27. November 2011 um ca. 07.55 Uhr während einer Polizeikontrolle durch die Luzerner Polizei in Luzern zwei Polizisten tätlich angegriffen zu haben.

Aus den Erwägungen:

Das Obergericht gelangte zusammenfassend zum Ergebnis, dass die Beschuldigte der versuchten schweren Körperverletzung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 und 3 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB, des Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB, der Widerhandlung gegen das Waffengesetz gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. a WG und der Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte gemäss Art. 285 Ziff. 1 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen ist.

4. Sanktion

4.1 (...)

4.2 Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen und ist an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB). Mit anderen Worten hat der Richter in einem ersten Schritt den Strafraum für die schwerste Straftat zu bestimmen und alsdann die Einsatzstrafe für diese Tat, unter Einbezug aller strafe erhöhenden und strafmindernden Umstände, innerhalb dieses Strafraums festzusetzen. In einem zweiten Schritt hat er diese Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen zu einer Gesamtstrafe zu erhöhen, wobei er ebenfalls den jeweiligen Umständen Rechnung zu tragen hat.

Ergänzend ist festzuhalten:

4.2.1 Als schwerste Tat gilt jene, die gemäss abstrakter Strafdrohung des Gesetzes mit der höchsten Strafe bedroht ist.

4.2.2 Die Bildung einer Gesamtstrafe im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB ist – wie bereits erwähnt – nur bei gleichartigen Strafen möglich. Ungleichartige Strafen sind kumulativ zu verhängen, da das Asperationsprinzip nur greift, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen werden. Das Gericht kann somit nur dann auf eine

Gesamtfreiheitsstrafe erkennen, wenn es für jede einzelne Tat eine Freiheitsstrafe ausfallen würde. Es genügt also nicht, dass die anzuwendenden Gesetzesbestimmungen abstrakt gleichartige Strafen androhen (BGE 138 IV 120 E. 5.2 mit Hinweisen).

4.2.3 Wichtigste Kriterien für die Wahl der Sanktion bilden ihre Zweckmässigkeit, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz. Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll bei alternativ zur Verfügung stehenden Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift bzw. ihn am wenigsten hart trifft (BGE 134 IV 97 E. 4.2.1 und 4.2.2 mit Hinweisen).

4.3 Schwere Körperverletzung im Sinne von Art. 122 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen bestraft, womit die versuchte schwere Körperverletzung zum Nachteil des Privatklägers eindeutig das schwerste von der Beschuldigten begangene Delikt ist. Innerhalb des erwähnten Strafrahmens misst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf dessen Leben (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Im Falle eines Versuchs im Sinne von Art. 22 Abs. 1 StGB ist die Bewertung des Verschuldens zunächst für das mutmasslich vollendete Delikt vorzunehmen (BGE 136 IV 55 E. 5.7).

4.3.1 Betreffend die objektive Tatschwere ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass die Beschuldigte erheblich in die körperliche Unversehrtheit des Privatklägers eingriff und ein hohes Risiko für eine schwere Körperverletzung schuf. Dabei offenbarte sie einige kriminelle Energie, weil sie ein Filetmesser mit einer langen Klinge benutzte und unvermittelt bzw. überraschend zustach. Immerhin ist zu Gunsten der Beschuldigten zu berücksichtigen, dass sie mit nicht allzu grosser Kraft, d.h. nicht mit voller Wucht zustach, was wohl auch ein Grund dafür war, dass der Angriff relativ glimpflich ausging. Unter diesen Umständen ist die objektive Tatschwere – bei Vollendung des Delikts – als mittelschwer zu bezeichnen, so dass das objektive Verschulden im mittleren Drittel des Strafrahmens liegt und demnach eine Freiheitsstrafe von rund fünf Jahren als angemessen erscheint.

In subjektiver Hinsicht fällt leicht verschuldensmindernd ins Gewicht, dass die Beschuldigte keinen Plan hatte, sondern spontan in einem emotionalen Erregungszustand handelte, nachdem es zu einem heftigen Streit gekommen war und der Privatkläger sie aufgefordert hatte, ihre Sachen zu packen und die gemeinsame Wohnung zu

verlassen. Die Vorinstanz strich zudem zu Recht hervor, dass der Privatkläger die Beschuldigte provozierte, indem er bereits einige ihrer persönlichen Sachen vor die Eingangstür stellte. Weil die Reaktion der Beschuldigten unverhältnismässig und der Affekt bei objektiver Betrachtung nicht entschuldigbar war, kommt der Strafmilderungsgrund von Art. 48 lit. c StGB zwar nicht zur Anwendung; die erwähnte Provokation kann aber dennoch leicht strafmindernd berücksichtigt werden. In gleicher Weise ist zu gewichten, dass hier „lediglich“ von einer eventualvorsätzlichen Tatbegehung, mithin von einer schwächeren Vorsatzform, auszugehen ist. Demgegenüber ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz trotz des Alkohols, den die Beschuldigte konsumiert hatte, volle Einsichtsfähigkeit anzunehmen, weil nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts erst bei einer Blutalkoholkonzentration zwischen zwei und drei Promille eine Vermutung für die Verminderung der Zurechnungsfähigkeit besteht (BGE 122 IV 49 ff.). Zu diesem Schluss passt, dass weder der Zuger Polizei noch der Ärztin des Zuger Kantonsspitals ein Rauschzustand der Beschuldigten auffiel. Im Gegenteil führten diese aus, bei der Beschuldigten (wenige Stunden nach dem Vorfall) keine Ausfallerscheinungen festgestellt zu haben bzw. die Beschuldigte sei nicht merkbar beeinträchtigt gewesen. Immerhin kann die durch den Alkohol bedingte Enthemmung leicht strafmindernd berücksichtigt werden. Das objektive Verschulden wird demnach durch die subjektive Tatkomponente leicht relativiert. Insgesamt trifft die Beschuldigte zwar nach wie vor ein mittelschweres Verschulden, jedoch erscheint nunmehr - bei Vollendung des Delikts - eine leicht reduzierte Freiheitsstrafe von vier Jahren als angemessen. Anzumerken bleibt, dass auch die Vorinstanz von einer Freiheitsstrafe von vier Jahren ausgeht. Deshalb ist es nicht nachvollziehbar, dass sie das Verschulden der Beschuldigten als schwer einstuft. Denn eine Strafe von vier Jahren weist angesichts des Strafrahmens von bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe klar auf ein mittleres Verschulden hin.

Sodann ist zu gewichten, dass nur eine versuchte Tatbegehung vorliegt. Zu beachten ist, dass der Umfang der zulässigen Reduktion nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts unter anderem von den tatsächlichen Folgen der Tat und der Nähe des tatbestandsmässigen Erfolgs abhängt (Urteil des Bundesgerichts 6B_239/2012 vom 1. Februar 2013 E. 3.4.1). Wie bereits erwähnt, wurde der Privatkläger nur leicht verletzt. Immerhin war ein Spitalaufenthalt von vier Tagen erforderlich, und der Privatkläger war bis zum 3. Januar 2010 arbeitsunfähig. Auch wenn die Beschuldigte nicht mit letzter Konsequenz zustach, ist der relativ glimpfliche Ausgang namentlich angesichts der Klingenlänge des Filetmessers weitgehend einer glücklichen Fügung zuzuschreiben. Daher führt die versuchte Tatbegehung zwar zu einer Reduktion der Einsatzstrafe, aber nicht um einen Drittel, wie die Vorinstanz annahm, sondern bloss um einen Viertel, was eine Freiheitsstrafe von drei Jahren ergibt.

4.3.2 Die Vorinstanz hat den Werdegang und die persönlichen Verhältnisse der Beschuldigten ausreichend angeführt, worauf zu verweisen ist. An der Berufungsverhandlung ergaben sich keine strafzumessungsrelevanten Neuerungen. Die Beschuldigte

gab an, den Arbeitgeber gewechselt zu haben, weil sie ab August 2014 eine berufsbegleitende Ausbildung beginnen werde. Zurzeit verdiene sie monatlich CHF 3'500.00 netto. Sie habe Schulden, namentlich gegenüber der Gerichtskasse und dem Privatkläger. Aus den persönlichen Verhältnisse geht somit nichts hervor, was bei der Strafzumessung straf erhöhend oder strafmindernd zu berücksichtigen wäre. Zudem sind auch keine besonderen Umstände ersichtlich, die im Rahmen der Strafempfindlichkeit zu beachten wären.

Die Beschuldigte weist weder im Schweizerischen Strafregister noch im Deutschen Bundeszentralstrafregister Einträge auf. Die von der Vorinstanz erwähnte deutsche Vorstrafe wegen Sachbeschädigung ist mittlerweile aus dem Strafregister entfernt worden und darf der Beschuldigten nicht mehr vorgehalten werden (Art. 369 Abs. 7 StGB). Die Vorstrafenlosigkeit wirkt sich nach neuerer Rechtsprechung bei der Strafzumessung grundsätzlich neutral aus und ist nicht strafmindernd zu berücksichtigen (BGE 136 IV 1 E. 2.6.4).

Was das Nachtatverhalten betrifft, ist festzuhalten, dass die Beschuldigte seit Beginn der Strafuntersuchung geständig ist, die Urheberin der eingeklagten Stichverletzung im Nacken des Privatklägers zu sein. Insofern liegt ein Teilgeständnis vor, das indessen nur in bescheidenem Mass strafmindernd berücksichtigt werden kann, weil dadurch die Strafverfolgung nicht wesentlich erleichtert wurde. Leicht strafmindernd wirkt sich sodann aus, dass sich die Parteien während des Berufungsverfahrens verglichen haben, wobei sich die Beschuldigte verpflichtete, eine finanzielle Wiedergutmachung zu leisten, was als Zeichen von Einsicht und Reue zu werten ist. Von aufrichtiger Reue im Sinne von Art. 48 lit. d StGB kann jedoch noch nicht gesprochen werden. Zum einen handelte die Beschuldigte offensichtlich nicht uneigennützig; vielmehr ist sie es, die massgeblich vom ausgehandelten Vergleich profitiert. Zum andern setzt aufrichtige Reue ein vollumfängliches Geständnis und nicht nur ein Teilgeständnis voraus. Darüber hinaus reicht die blosser Verpflichtung zur Leistung einer Wiedergutmachung nicht aus, um aufrichtige Reue anzunehmen. Der Strafmilderungsgrund von Art. 48 lit. d StGB kann der Beschuldigten daher nicht zugebilligt werden. Insgesamt fällt die Täterkomponente aber dennoch leicht strafmindernd ins Gewicht.

4.3.3 Im Sinne einer Gesamtbewertung ist somit von einer Freiheitsstrafe von 33 Monaten auszugehen. Diese ist sodann um weitere drei Monate nach unten zu korrigieren, weil seit der Tat bereits über viereinhalb Jahre verstrichen sind. Demzufolge erweist sich letztlich eine Freiheitsstrafe von 30 Monaten als angemessen.

4.4 Somit sind noch die weiteren Delikte, d.h. der Diebstahl gemäss Art. 139 Ziff. 1 StGB zum Nachteil einer weiteren Privatklägerin, die Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte zum Nachteil der Luzerner Polizei gemäss Art. 285 Ziff. 1 Abs. 1 StGB sowie die Widerhandlung gegen das Waffengesetz gemäss Art. 33

Abs. 1 lit. a WG (Mitführen eines Butterflymessers), zu sanktionieren. Die Vorinstanz erhöhte die Freiheitsstrafe für die versuchte schwere Körperverletzung dem Asperationsprinzip folgend zunächst um zwanzig Tage (wegen Diebstahls), dann um einen Monat (wegen Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte) und um zehn Tage (wegen Verletzung des Waffengesetzes). Das Strafgericht bildete demnach eine Gesamtfreiheitsstrafe ohne zu prüfen, ob es im konkreten Fall für jede einzelne dieser Taten eine Freiheitsstrafe ausgefällt hätte, was es aber wegen des Verhältnismässigkeitsprinzips und der erforderlichen Gleichartigkeit der Strafen für die Bildung einer Gesamtstrafe hätte tun müssen. Die Prüfung der Strafart ist demnach im Berufungsverfahren nachzuholen.

4.4.1 Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass eine deutlich schwerere Tat zusammen mit wenigen weiteren, leichter wiegenden Nebentaten zu sanktionieren ist. Werden diese Nebentaten allein beurteilt, kann ohne weiteres eine Geldstrafe verhängt werden. Zum einen soll - wie bereits dargelegt - bei alternativ zur Verfügung stehenden Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift bzw. ihn am wenigsten hart trifft. Zum anderen ist massgeblich, dass die Beschuldigte keine Vorstrafen aufweist, weshalb allein schon deshalb keine schwerere wiegende Strafart in Betracht gezogen werden muss. Zwar ist festzuhalten, dass die Beschuldigte gegenüber der Luzerner Polizei zu einem Zeitpunkt (27. November 2011) tätlich wurde, als die Strafuntersuchung wegen des Vorfalls vom 25. Dezember 2009 bereits beinahe zwei Jahre lang im Gang war. Diese Tatsache allein lässt aber nicht den Schluss zu, die Beschuldigte sei gegenüber den schweizerischen Rechtsnormen gleichgültig und müsse daher mit einer Freiheitsstrafe belegt werden.

4.4.2 Von den Nebentaten ist der Diebstahl, begangen am 24. August 2008, das schwerste Delikt. Ausgehend vom ordentlichen Strafrahmen von Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe ist entgegen der Auffassung der Vorinstanz, die ein solches ausdrücklich verneint, von einem insgesamt leichten Verschulden auszugehen. Zu beachten ist in objektiver Hinsicht, dass der Deliktsbetrag von ungefähr CHF 570.00 nicht allzu hoch ist. In subjektiver Hinsicht ist wesentlich, dass die Beschuldigte mit direktem Vorsatz und aus finanziellen Beweggründen handelte, ohne in einer Notlage gewesen zu sein. Das Motiv erweist sich daher als rein egoistisch. Die Täterkomponente wirkt sich bei der Strafzumessung neutral aus, zumal die Beschuldigte den Diebstahl noch im erstinstanzlichen Verfahren bestritt. Hingegen ist leicht strafmindernd in Rechnung zu stellen, dass diese Tat schon rund sechs Jahre zurückliegt. Unter diesen Umständen erscheint eine hypothetische Einsatzstrafe von 20 Tagessätzen als gerechtfertigt.

Straferhöhend im Sinne von Art. 49 Ziff. 1 StGB wirken sich die weiteren Delikte aus, und zwar wie folgt:

- Bezüglich des Tatbestands der Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte, begangen am 27. November 2011, wiegt das objektive Tatverschulden nicht mehr leicht, verhielt sich doch die Beschuldigte gegenüber der Luzerner Polizei äusserst renitent und aggressiv. Umgekehrt wirkt sich verschuldensmindernd aus, dass wegen der starken Alkoholisierung von über 2.5 Gewichtspro mille von einer hohen Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit und damit von einer starken Verminderung der Schuldfähigkeit im Sinne von Art. 19 Abs. 2 StGB auszugehen ist. Das Verschulden reduziert sich daher insgesamt auf ein leichtes Mass. Unter Tätergesichtspunkten fällt deutlich straf erhöhend ist Gewicht, dass die Beschuldigte die vorliegende Tat während einer laufenden Strafuntersuchung beging. Auf der anderen Seite ist merklich strafmindernd zu berücksichtigen, dass die Beschuldigte geständig ist und sich gegenüber den betroffenen Luzerner Polizeibeamten schriftlich entschuldigt hat. Somit halten sich bei der Täterkomponente die positiven und negativen Gesichtspunkte ungefähr die Waage.
- Hinsichtlich der Widerhandlung gegen das Waffengesetz, begangen zwischen Frühling und September 2009, kann insgesamt von einem leichten Verschulden ausgegangen werden, zumal die Beschuldigte glaubhaft angibt, das fragliche Butterflymesser nur mitgeführt zu haben, weil es ihr „ein Gefühl des Schutzes“ gegeben habe. Im Rahmen der Täterkomponente kann strafmindernd das Geständnis berücksichtigt werden, allerdings nur in bescheidenem Mass, weil die Beweislage auch ohne Geständnis eindeutig ist.

Zusammenfassend und unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips rechtfertigt es sich deshalb, die Einsatzstrafe von 20 Tagessätzen um 40 Tagessätze zu erhöhen, weshalb bezüglich der Nebentaten eine Geldstrafe von 60 Tagessätzen dem gesamten Verschulden der Beschuldigten angemessen ist. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, wäre diese Gesamtstrafe ohne die stark verminderte Schuldfähigkeit beim Tatbestand der Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte um mindestens zwei Monate höher ausgefallen.

4.5 Die Höhe des Tagessatzes bemisst sich nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Zeitpunkt des Urteils, namentlich nach Einkommen, Vermögen, Lebensaufwand, allfälligen Familien- und Unterstützungspflichten sowie nach dem Existenzminimum (Art. 34 Abs. 2 StGB). Der Tagessatz für Verurteilte, die nahe oder unter dem Existenzminimum leben, ist daher in dem Masse herabzusetzen, dass einerseits die Ernsthaftigkeit der Sanktion durch den Eingriff in die gewohnte Lebensführung erkennbar ist und andererseits der Eingriff nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen als zumutbar erscheint. Als Richtwert lässt sich festhalten, dass eine Herabsetzung des Nettoeinkommens um mindestens die Hälfte geboten ist (BGE 134 IV 60 E. 6.5.2). In Berücksichtigung der persönlichen und finanziellen Verhältnisse der Beschuldigten errechnet sich daher folgende aktuelle Tagessatzhöhe:

Monatseinkommen netto CHF 3'500.00
Pauschalabzug von 50% CHF 1'750.00
Zwischentotal CHF 1'750.00

1/30 von CHF 1'750.00 CHF 58.33
leicht aufgerundeter Tagessatz CHF 60.00

4.6 Hinsichtlich der Vollzugsfrage ist bei kumulierten ungleichartigen Strafen nicht auf die aus Freiheits- und Geldstrafe zusammengesetzte Gesamtsanktion abzustellen, sondern die Geldstrafe und die Freiheitsstrafe sind je für sich zu betrachten (BGE 138 IV 120 E. 6). Das bedeutet im vorliegenden Fall, dass bei der Geldstrafe sowohl der bedingte Vollzug gemäss Art. 42 StGB als auch der teilbedingte Vollzug gemäss Art. 43 StGB möglich ist. Demgegenüber erlaubt die Höhe der Freiheitsstrafe nur den teilbedingten Strafvollzug. Im Bereich von über zwei Jahren bis maximal drei Jahren tritt der teilbedingte an die Stelle des bedingten Strafvollzugs.

4.7 Die Staatsanwaltschaft beantragt den unbedingten Strafvollzug und führte an der Berufungsverhandlung zur Begründung aus, der Beschuldigten könne keine gute Prognose bescheinigt werden. Sie habe keine Einsicht gezeigt und trotz laufender Strafuntersuchung delinquent. Für die Verteidigung sind die Voraussetzungen des bedingten Strafvollzugs erfüllt, zumal sich die Beschuldigte seit den vorliegend beurteilenden Vorfällen nichts mehr habe zuschulden kommen lassen.

4.7.1 Grundvoraussetzung sowohl für die bedingte Strafe im Sinne von Art. 42 StGB als auch für die teilbedingte Strafe gemäss Art. 43 StGB ist, dass eine begründete Aussicht auf Bewährung besteht. Zwar fehlt bei Art. 43 StGB ein entsprechender Verweis auf Art. 42 StGB, doch ergibt sich dies aus Sinn und Zweck von Art. 43 StGB. Wenn und soweit die Legalprognose des Täters nicht schlecht ausfällt, verlangt die Bestimmung, dass zumindest ein Teil der Strafe auf Bewährung ausgesetzt wird. Umgekehrt gilt, dass bei einer Schlechtprognose auch ein bloss teilweiser Aufschub der Strafe nicht gerechtfertigt ist. Denn wo keinerlei Aussicht besteht, der Täter werde sich in irgendeiner Weise durch den – ganz oder teilweise – gewährten Strafaufschub beeinflussen lassen, muss die Strafe in voller Länge vollzogen werden (BGE 134 IV 1 E. 5.3.1).

4.7.2 Entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft lässt sich mit dem Argument, die Beschuldigte habe trotz laufender Strafuntersuchung delinquent, nicht auf eine Schlechtprognose schliessen. Zu beachten ist, dass die Beschuldigte bei der Anhaltung durch die Luzerner Polizei sehr stark angetrunken war; es kann deshalb von einer einmaligen Entgleisung ausgegangen werden. Die Beschuldigte erklärte denn auch an der Berufungsverhandlung, es müsse nicht wieder mit solchen Vorfällen gerechnet werden, weil sie nicht mehr so viel Alkohol trinke. Diese Aussage wirkt glaubhaft, wenn man in Übereinstimmung mit der Verteidigung in Betracht zieht,

dass sich die Beschuldigte seit dem 27. November 2011 strafrechtlich nichts mehr zuschulden kommen liess. Die versuchte schwere Körperverletzung zum Nachteil des Privatklägers liegt gar über viereinhalb Jahre zurück. Weil sich die Beschuldigte und der Privatkläger vor kurzem verglichen haben, scheint der Konflikt endgültig überwunden zu sein, sodass weitere Delikte zum Nachteil des Privatklägers heute unwahrscheinlich sind. Die Beschuldigte betonte an der Berufungsverhandlung, eine neue Eskalation sei nicht zu befürchten; es sei heute alles ruhig und normal; sowohl sie wie auch der Privatkläger hätten ihre Lehren gezogen. Eine positive Veränderung in den Lebensumständen kann auch darin erblickt werden, dass die Beschuldigte heute einer geregelten Arbeit als Sachbearbeiterin nachgeht und berufsbegleitend eine Ausbildung zur technischen Kauffrau beginnen will, um «endlich über einen Berufsabschluss» zu verfügen.

Auch das zweite Argument der Staatsanwaltschaft für eine Schlechtprognose stösst ins Leere. Es kann nicht auf fehlende Einsicht geschlossen werden, wenn die Beschuldigte auch im Berufungsverfahren beharrlich bestreitet, den Privatkläger vorsätzlich verletzt zu haben. Denn die beschuldigte Person muss sich nicht selbst belasten (Art. 113 Abs. 1 StPO). Sie hat zudem keine Wahrheitspflicht. An eine Falschaussage im Sinne einer reinen Selbstbegünstigung dürfen, mit Ausnahme einer allfälligen Kostenaufgabe für unnütz verursachte Beweiserhebungen (Art. 417 StPO), keine Sanktionen geknüpft werden (Urteil des Bundesgerichts 6B_336/2013 vom 14. Februar 2014 E. 2.1). Davon abgesehen kann festgehalten werden, dass die Beschuldigte insofern eine gewisse Einsicht und Reue gezeigt hat, als sie sich verpflichtete, dem Privatkläger eine finanzielle Wiedergutmachung zu leisten.

Ferner ist zugunsten der Beschuldigten zu berücksichtigen, dass sie keine Vorstrafen aufweist. Daher ist davon auszugehen, dass ihr das vorliegende Strafverfahren und die erstandene Untersuchungshaft die volle Tragweite ihres Fehlverhaltens vor Augen geführt und sie genügend beeindruckt haben. Eine Gesamtwürdigung aller massgebenden Faktoren lässt somit den Schluss zu, dass der Beschuldigten keine Schlechtprognose zu stellen ist; vielmehr besteht eine begründete Aussicht auf Bewährung.

Demzufolge ist der Beschuldigten mit Bezug auf die Geldstrafe der bedingte, hinsichtlich der Freiheitsstrafe der teilbedingte Strafvollzug zu gewähren. Die Probezeit im Sinne von Art. 44 Abs. 1 StGB ist dabei auf das Minimum von zwei Jahren festzusetzen. Dies deshalb, weil sich die Beschuldigte in strafrechtlicher Hinsicht bereits seit über zweieinhalb Jahren wohl verhalten hat.

4.8 Wenn demnach für die Freiheitsstrafe von 30 Monaten auf eine teilbedingte Strafe erkannt werden kann, hat das Gericht den aufgeschobenen und den zu vollziehenden Strafteil festzusetzen und die beiden Teile in ein angemessenes Verhältnis zu bringen. Nach Art. 43 StGB muss der unbedingt vollziehbare Teil mindestens sechs Monate betragen (Abs. 3), darf aber die Hälfte der Strafe nicht

übersteigen (Abs. 2). Im äussersten Fall (Freiheitsstrafe von drei Jahren) kann das Gericht demnach Strafteile im Ausmass von sechs Monaten Freiheitsstrafe unbedingt mit zweieinhalb Jahren bedingt verbinden. Innerhalb des gesetzlichen Rahmens liegt die Festsetzung im pflichtgemässen Ermessen des Gerichts. Als Bemessungsregel ist das „Verschulden“ zu beachten, dem in genügender Weise Rechnung zu tragen ist (Art. 43 Abs. 1 StGB). Das Verhältnis der Strafteile ist so festzusetzen, dass darin die Wahrscheinlichkeit der Legalbewährung des Täters einerseits und dessen Einzeltatschuld andererseits hinreichend zum Ausdruck kommen. Je günstiger die Prognose und je kleiner die Vorwerfbarkeit der Tat, desto grösser muss der auf Bewährung ausgesetzte Strafteil sein. Der unbedingte Strafteil darf dabei das unter Verschuldensgesichtspunkten (Art. 47 StGB) gebotene Mass nicht unterschreiten (BGE 134 IV 1 E. 5.6).

Wie bereits im Rahmen der Strafzumessung dargelegt, worauf verwiesen werden kann, fällt der Beschuldigten beim Tatbestand der versuchten schweren Körperverletzung insgesamt ein mittelschweres Verschulden zur Last. Hinzu kommt, dass jede Körperverletzung für das Opfer ein schlimmes Ereignis ist. Daher kann der unbedingt vollziehbare Teil nicht auf das Minimum festgesetzt werden. Weil aber die Rückfallgefahr sehr klein ist, genügt es, den vollziehbaren Teil so zu bemessen, dass er nur leicht über dem Minimum liegt und ein Vollzug der Strafe in Halbgefängenschaft (Art. 77b StGB) noch möglich ist. Demnach ist der unbedingt vollziehbare Teil der Freiheitsstrafe auf acht Monate (unter Anrechnung der Untersuchungshaft von 22 Tagen; Art. 51 StGB), der aufgeschobene Teil auf 22 Monate festzusetzen, und zwar bei einer Probezeit von zwei Jahren.

Das bedeutet, dass die Beschuldigte die Freiheitsstrafe im Umfang von 22 Monaten vorerst nicht verbüssen muss; bewährt sie sich bis zum Ablauf der zweijährigen Probezeit, muss sie diese definitiv nicht mehr absitzen (Art. 45 StGB). Im Sinne von Art. 44 Abs. 3 StGB wird die Beschuldigte aber ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass der aufgeschobene Teil der Freiheitsstrafe widerrufen werden kann, d.h. nachträglich zu verbüssen ist, wenn sie während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht (Folgen der Nichtbewährung gemäss Art. 46 StGB). Anzumerken bleibt, dass in gleicher Weise auch die bedingte Geldstrafe nachträglich widerrufen werden kann, d.h. nachträglich zu bezahlen ist, wenn sich die Beschuldigte nicht bewährt.

Was den unbedingt vollziehbaren Teil der Freiheitsstrafe anbelangt, ist schliesslich festzuhalten, dass die Verbüssung einer Freiheitsstrafe für jede Person, die in ein günstiges persönliches und berufliches Umfeld eingebettet ist, eine gewisse Härte darstellt. Deshalb kann im vorliegenden Fall von «einer unbilligen Härte», wie die Verteidigung meint, keine Rede sein.

Obergericht, Strafabteilung, 10. Juli 2014

V. Rechtspflege

1. Stimmrecht

1.1 § 17bis und §§ 73 bis 79 GG, §§ 67–69 WAG, Art. 34 BV

Regeste:

§ 17^{bis} und §§ 73 bis 79 GG, §§ 67 – 69 WAG, Art. 34 BV – Das Gemeindegesetz schreibt keine Kontrolle der Stimmberechtigung an der Gemeindeversammlung vor. Es lässt die Teilnahme nicht stimmberechtigter Personen an der Gemeindeversammlung zu. Es sind im Interesse der Öffentlichkeit (Presse), aber auch aus Gründen des Privatinteresses seit jeher Personen ohne Stimmberechtigung als Gäste dabei. Dagegen ist nichts einzuwenden.

Die Versammlungsleitung muss durch geeignete organisatorische Massnahmen sicherstellen, dass nur die Stimmberechtigten bei der Abstimmung gezählt werden. Massnahmen zur Sicherstellung der richtigen Aktivbürgerschaft müssen bei einem vollen Saal mit Nichtstimmberechtigten getroffen werden, wobei diese verhältnismässig sein müssen. Sie sind umso strenger, je mehr konkrete Hinweise auf einen möglichen Missbrauch vorliegen (z. B. Nichtstimmberechtigte wollen abstimmen) oder eine räumlich komplexe Auszählsituation vorliegt (z. B. vollbesetzter Saal, unklare Sektoren Stimm- und Nichtstimmberechtigte). Der reibungslose, effiziente Ablauf bei der Versammlungsdemokratie darf aber andererseits nicht durch übermässige Kontrollen beeinträchtigt werden.

Sollten Stimmberechtigte aus Platzmangel nachgewiesenermassen abgewiesen werden, besteht je nach konkreten Umständen die Gefahr, dass eine Stimmrechtsbeschwerde eventuell gutgeheissen würde.

Sofern organisatorisch eine korrekte Ermittlung der Wahlergebnisse garantiert ist, besteht eine Verpflichtung zur Nachzählung nur in jenen Fällen, in denen konkrete Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Auszählung oder ein gesetzwidriges Verhalten der zuständigen Organe vorliegen.

Aus dem Sachverhalt:

A. Am Dienstag, den 27. November 2012, fand die Gemeindeversammlung der Einwohnergemeinde X statt. Beratungsgegenstand gemäss Ziff. 6 der Traktandenliste war der Investitionskredit zur Realisierung eines Betriebs- und Gestaltungskonzepts der Strassen L und M. Mit 231 Ja gegen 228 Nein (3 Stimmen Differenz) beschloss die Gemeindeversammlung einen Planungs- und Baukredit von 510'000 Franken (inkl. MwSt).

B. Frau A, (nachfolgend «Beschwerdeführerin» genannt), reichte am 30. November 2012 eine Stimmrechtsbeschwerde ein. Sie beantragt, dieses Resultat zu Traktandum 6 als nichtig zu erklären und diese Abstimmung zu wiederholen und zwar an

der Urne, damit alle Stimmberechtigten (über 7'000 – der Saal war ja schon mit 480 voll besetzt) ihre Meinung äussern können.

C. Die Einwohnergemeinde X, vertreten durch den Gemeinderat (nachfolgend «Beschwerdegegner» genannt), beantragt in der Beschwerdeantwort vom 17. Januar 2013, auf die Stimmrechtsbeschwerde sei nicht einzutreten. Eventualiter seien die Anträge der Beschwerdeführerin abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin.

Aus den Erwägungen:

I.

1. Mit der Stimmrechtsbeschwerde gemäss § 17^{bis} Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden vom 4. September 1980 (Gemeindegesezt, GG, BGS 171.1) können Unregelmässigkeiten bei der Vorbereitung und Durchführung von Wahlen und Abstimmungen gerügt werden. Frist, Form und Verfahren der gemeindlichen Stimmrechtsbeschwerde richten sich gemäss § 17^{bis} Abs. 2 GG nach den §§ 67–69 des Wahl- und Abstimmungsgesetzes (WAG, BGS 131.1). Die Stimmrechtsbeschwerde hat keine aufschiebende Wirkung (§ 67 Abs. 3 WAG).

2. Es handelt sich hier um eine Stimmrechtsbeschwerde gemäss § 17^{bis} GG. Die Beschwerdeführerin rügt abstimmungsrechtliche Mängel. Es hätte aufgrund des knappen Resultates eine Nachzählung erfolgen sollen. Sie beantragt eine Urnenabstimmung.

3. § 67 Abs. 2 WAG lautet: «Die Beschwerde ist innert drei Tagen seit der Entdeckung des Beschwerdegrundes, spätestens jedoch am dritten Tage nach der amtlichen Veröffentlichung des Ergebnisses im Amtsblatt, beim Regierungsrat einzureichen.» Die Beschwerdeführerin hat am Dienstag, den 27. November 2012, während der Gemeindeversammlung die von ihr geltend gemachten Beschwerdegründe entdeckt. Die Beschwerdefrist von drei Tagen begann am nächsten Tag, somit am Mittwoch, den 28. November 2012, zu laufen und endete innert drei Tagen am Freitag, den 30. November 2012. Die Beschwerdeschrift datiert vom 30. November 2012. Die Postaufgabe erfolgte gemäss Poststempel auf dem Umschlag am 30. November 2012. Die Beschwerde ist rechtzeitig eingereicht worden.

4. Legitimiert zur Stimmrechtsbeschwerde ist jede stimmberechtigte Person, die an der angefochtenen Abstimmung teilnehmen kann (BGE 130 I 290 E. 1.3). Die Beschwerdeführerin hat gemäss Rückfrage bei der Einwohnerkontrolle ihren Wohnsitz in der Gemeinde X und ist zur Stimmrechtsbeschwerde legitimiert.

5. Gemäss § 68 Abs. 1 WAG ist in der Beschwerdeschrift der Sachverhalt kurz

darzustellen. Dieses Formerfordernis ist erfüllt. Zudem ist das Rechtsbegehren klar formuliert.

6. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Stimmrechtsbeschwerde wird eingetreten.

7. Die Beschwerdeführerin (sowie der Beschwerdegegner) wurde durch die Direktion des Innern am 5. Februar 2013 zu einer Stellungnahme zu zwei konkreten Fragen eingeladen, nämlich zur Frage der Abgabe von Stimmrechtsausweisen sowie zur allfälligen Abweisung von Stimmberechtigten wegen des vollen Saales (...). Die Beschwerdeführerin machte von dieser Möglichkeit mit schriftlicher Stellungnahme vom 12. Februar 2013 Gebrauch. Auf ihre Ausführungen wird in den folgenden Erwägungen eingegangen. Gleichzeitig nahm die Beschwerdeführerin zur Beschwerdeantwort vom 17. Januar 2013 des Beschwerdegegners Stellung. Dies kommt einer Replik gleich (Antwort zur Beschwerdeantwort). Dazu wurde die Beschwerdeführerin durch die Direktion des Innern am 5. Februar 2013 nicht aufgefordert. Die Direktion des Innern schreibt: «Die Beschwerdeantwort des Gemeinderates X vom 17. Januar 2013 wird mit diesem Schreiben der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt.» (hervorgehoben: «zur Kenntnisnahme»). Der Regierungsrat kann auf diese Replik der Beschwerdeführerin nicht eintreten. Es wird kein doppelter Rechtsschriftenwechsel durchgeführt (mit Replik und Duplik). Dies gereicht der Beschwerdeführerin jedoch materiell nicht zum Nachteil. Alle in ihrer Replik (Antwort zur Beschwerdeantwort) aufgeführten Punkte wird der Regierungsrat in den Erwägungen ohnehin von Amtes wegen, somit von sich aus, prüfen. Der Beschwerdegegner hat dazu in seiner Beschwerdeantwort vom 17. Januar 2013 ausführlich Stellung genommen.

II.

8. Art. 34 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV; SR 101) garantiert die politischen Rechte auf eidgenössischer Verfassungsstufe (bei Abstimmungen «Abstimmungsfreiheit» genannt). Die Abstimmungsfreiheit gilt für alle staatlichen Ebenen, d.h. für Bund, Kantone, Gemeinden sowie öffentlich-rechtliche Körperschaften. Das Bundesgericht umschreibt sie wie folgt (BGE 135 I 292 E. 2): «Die in Art. 34 Abs. 2 BV 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. Die Abstimmungsfreiheit gewährleistet die für den demokratischen Prozess und die Legitimität direktdemokratischer Entscheidungen erforderliche Offenheit der Auseinandersetzung.» Auf die Abstimmungsfreiheit hat das Bundesgericht eine Reihe von Prinzipien abgestützt, so etwa

die Ansprüche auf richtige Zusammensetzung der Aktivbürgerschaft und auf rechtmässige Durchführung von Abstimmungen (BGE 121 I 138 E.3).

Die Abstimmungsfreiheit ist bei Urnenabstimmungen und -wahlen einerseits und bei der Versammlungsdemokratie (Landsgemeinden und Gemeindeversammlungen) andererseits nicht genau dieselbe. Art. 34 BV gilt zwar auch für die Versammlungsdemokratie (BGE 121 I 138 E. 3). Das Bundesgericht hatte sich im BGE 121 I 138 mit Unzulänglichkeiten von Landsgemeindeabstimmungen auseinanderzusetzen. Ein Beschwerdeführer hatte gerügt, dass die Landsgemeinde bezüglich richtiger Zusammensetzung der Aktivbürgerschaft, Ermittlung der Stimmenverhältnisse und Einfluss unberechtigt Teilnehmender mit Unzulänglichkeiten behaftet sei. Das Bundesgericht hat sich gegenüber der Versammlungsdemokratie, den Landsgemeinden und Gemeindeversammlungen, weniger streng als gegenüber Urnengängen gezeigt. Es hält fest: «Die Anordnung einer Landsgemeindeabstimmung verletzt die Abstimmungsfreiheit trotz systembedingter Unzulänglichkeiten nicht.» (Regeste). Das Bundesgericht nimmt gewisse wahl- und abstimmungsrechtliche Mängel bei der Versammlungsdemokratie in Kauf. Die Überlegungen in dieser Entscheid «treffen in gleicher Weise auch auf die Versammlungsdemokratie auf kommunaler Stufe, insbesondere auf Gemeindeversammlungen, zu» (BGE 121 I 138 E. 4a). Das Bundesgericht argumentiert: «Die Einrichtung der Landsgemeinden entspricht einer besonderen herkömmlichen Form der direktdemokratischen Beteiligung der Stimmbürger. (. . .) Schliesslich ist die Kritik von erheblichem Gewicht, dass das Abstimmungs- oder gar das Wahlergebn nicht leicht oder nur mit geringer Genauigkeit festgestellt werden kann. Diesen Bedenken werden auch Vorteile der Landsgemeinde gegenübergestellt. (. . .) Die Vor- und Nachteile der Landsgemeinde gegenüber einem (reinen) System der Urnenwahl und -abstimmung sind im Zusammenhang mit dem rechtlichen, politischen und sozialen Umfeld zu betrachten und lassen sich nicht leicht gegeneinander abwägen. (. . .) Die Anerkennung der Versammlungsdemokratie kommt auch in Entscheidungen des Bundesgesetzgebers aus jüngster Zeit zum Ausdruck» (BGE 121 I 138 E. 4a, 4b und 5b). Das Bundesgericht fasst zusammen: «Die konkreten Unzulänglichkeiten des Abstimmungssystems an Landsgemeinden führen daher abstrakt gesehen nicht zu Wahl- und Abstimmungsergebnissen, welche den freien Willen der Stimmbürger nicht zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck brächten» (BGE 121 I 138 E. 5d). Diese massvolle Grosszügigkeit des Bundesgerichtes gegenüber der Versammlungsdemokratie führt dazu, dass nicht allzu strenge organisatorische Massstäbe an Gemeindeversammlungen gestellt werden dürfen. Selbstverständlich ist immer Art. 34 BV zu beachten. Die Durchführung einer Gemeindeversammlung darf aber durch übermässige bzw. unverhältnismässige Massnahmen zur Umsetzung von Art. 34 BV nicht gefährdet werden. Gewisse Unzulänglichkeiten sind bei einer Versammlungsdemokratie in Kauf zu nehmen.

9. Gemäss § 17^{bis} Abs. 1 GG und gemäss dem gleichlautenden § 67 Abs. 1 WAG kann beim Regierungsrat Beschwerde wegen Verletzung des Stimmrechts und we-

gen Unregelmässigkeiten bei der Vorbereitung und Durchführung von Wahlen und Abstimmungen geführt werden. Gemäss § 17^{bis} Abs. 2 GG in Verbindung mit § 68 Abs. 2 WAG ist bei Abstimmungs- und Wahlbeschwerden (§ 67 Abs. 1 Bst. b WAG) ausserdem glaubhaft zu machen, dass die behaupteten Unregelmässigkeiten nach Art und Umfang geeignet waren, das Abstimmungs- oder Wahlergebnis wesentlich zu beeinflussen.

Die Vorschriften über die Durchführung von Gemeindeversammlungen, insbesondere über das hier beanstandete Abstimmungsverfahren, sind in den §§ 73 bis 79 GG geregelt. Sie sind im Lichte des oben aufgeführten Art. 34 BV und der Entscheidung des Bundesgerichtes auszulegen (insbesondere der oben zitierten BGE 121 I 138 und BGE 135 I 292). Es darf bei der Anwendung von kantonalem Recht kein Ergebnis zustande kommen, das nicht den freien Willen der Stimmberechtigten zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt (Hangartner/Kley, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, S. 1016).

Es sind nicht nur die ausdrücklich aufgeführten Rügen der Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift zu prüfen. Der Regierungsrat hat bei Stimmrechtsbeschwerden auch von Amtes wegen einzuschreiten, falls er weitere als die gerügten Unregelmässigkeiten feststellt (§ 17^{bis} Abs. 2 GG in Verbindung mit § 69 WAG).

10. Die Beschwerdeführerin bezweifelt vorerst die Richtigkeit des Abstimmungsergebnisses: «Resultat 231 pro zu 228 contra. Der Gemeindepräsident sagte nach der Zählung selber noch 'uh, das war ein knappes Resultat – nur drei Stimmen Differenz.' Wäre es da behördlich nicht angebracht gewesen, nochmals die Stimmen genau zu zählen? Denn bei dieser Anzahl Stimmberechtigten (480) kann ja durchaus ein Zählfehler passieren (es war auch schon fortgeschrittene Stunde und nicht immer alle Arme waren oben).» Es ist bei diesem knappen Abstimmungsergebnis zu prüfen,

- ob nur Stimmberechtigte an der Abstimmung teilgenommen haben, somit die richtige Zusammensetzung der Aktivbürgerschaft (unten Ziff. 11).
- ob alle Stimmberechtigten, die teilnehmen wollten, wegen des gut besetzten Saales an der Gemeindeversammlung auch teilnehmen konnten, somit auch hier die richtige Zusammensetzung der Aktivbürgerschaft (unten Ziff. 12).
- ob die Organisation des Auszählens zweckmässig war, somit die richtige Ermittlung des Abstimmungsergebnisses (unten Ziff. 13) und
- ob eine Nachzählung – allein wegen des knappen Resultates – hätte angeordnet werden müssen (unten Ziff. 14).

11. Ausschliessliche Teilnahme der Stimmberechtigten (richtige Zusammensetzung der Aktivbürgerschaft): Die Beschwerdeführerin bezweifelt, dass das Abstimmungsergebnis korrekt ist. Diese Rüge beinhaltet die vorfrageweise Prüfung, ob nur Stimm-

berechtigte abgestimmt haben. Der Beschwerdegegner hält in seiner ergänzenden Stellungnahme vom 12. Februar 2013 fest: «Für Gäste und die Presse war im vorderen Bereich eine Sitzreihe reserviert. Ebenfalls wurde auf der Galerie ein Bereich für Personen bestimmt, welche nicht stimmberechtigt waren. Damit wurde in organisatorischer Hinsicht für das Auszählen der Stimmen zusätzlich Klarheit geschaffen. Selbst nach Beginn der Gemeindeversammlung wurde an den beiden Eingängen zum Saal durch gemeindliches Personal sichergestellt, dass sich später eintreffende nicht stimmberechtigte Personen in den beiden Sektoren für Nichtstimmberechtigte niedergelassen haben. Der Gemeinderat ist der Ansicht, dass mit diesen organisatorischen Vorkehrungen eine kontrollierte Stimmabgabe gewährleistet wurde. (. . .) Es bestehen keine Anzeichen, dass es anlässlich der Gemeindeversammlung vom 27. November 2012 bei den Abstimmungen zu Unregelmässigkeiten gekommen ist.»

Gemäss § 77 Abs. 2 GG entscheidet bei Wahlen und Abstimmungen das offene Handmehr der Stimmberechtigten. Zu Abstimmungen sind nur die Stimmberechtigten zugelassen. Massgebend für diese Berechtigung ist das Stimmregister der Einwohnergemeinde gemäss § 4 Abs. 1 WAG. Das Gemeindegesetz schreibt keine Kontrolle der Stimmberechtigung an der Gemeindeversammlung vor. Es lässt die Teilnahme nicht stimmberechtigter Personen an der Gemeindeversammlung zu. Es sind im Interesse der Öffentlichkeit (Presse), aber auch aus Gründen des Privatinteresses seit jeher Personen ohne Stimmberechtigung als Gäste dabei. Dagegen ist nichts einzuwenden (ebenso in Gerichts- und Verwaltungspraxis, GVP, 1987/88, S. 177). Es besteht durch die Teilnahme von Nichtstimmberechtigten die Gefahr, dass sie – aus Versehen oder absichtlich – abstimmen. Gemäss § 74 Satz 2 GG kann das Wort unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise sogar Personen ohne Stimmrecht erteilt werden.

Sowohl im Protokoll (S. 1) wie auch in der Beschwerdeschrift wird übereinstimmend die Zahl von 480 Stimmberechtigten genannt. Diese Zahl wurde gemäss Protokoll (S. 3) durch die 12 Stimmzählenden zu Beginn der Sitzung ermittelt. Die genaue Zahl der Stimmberechtigten musste jedoch in der Folge nicht ermittelt werden, weil bei Traktandum 6 keine Abstimmung mit einem bestimmten Quorum aller Stimmberechtigten erfolgte (z. B. ein Sechstel der Stimmberechtigten für die geheime Abstimmung; vgl. GVP 1987/88, S. 178). Die Zahl 480 dient jedoch als erste Plausibilisierung für die Richtigkeit des Abstimmungsergebnisses. Es nahmen total 459 von insgesamt 480 Stimmberechtigten an der Abstimmung teil. 21 Personen enthielten sich somit der Stimme oder hatten seit der Ermittlung der Stimmberechtigten zu Beginn der Versammlung den Saal verlassen. Die Zahl von 459 Abstimmenden ist plausibel.

Die Versammlungsleitung muss durch geeignete organisatorische Massnahmen sicherstellen, dass nur die Stimmberechtigten bei der Abstimmung gezählt werden. Am

27. November 2012 wurden den Stimmberechtigten vor oder während der Versammlung keine Stimmrechtsausweise oder dergleichen abgegeben. Solche hätten beim Handaufheben als Berechtigungsausweis dienen können. Ebenfalls erfolgten nur beschränkt Türkontrollen oder andere Stimmrechtskontrollen während des Handaufhebens. Massnahmen zur Sicherstellung der richtigen Aktivbürgerschaft müssen bei einem vollen Saal mit Nichtstimmberechtigten getroffen werden, wobei diese verhältnismässig sein müssen. Sie sind umso strenger, je mehr konkrete Hinweise auf einen möglichen Missbrauch vorliegen (z. B. Nichtstimmberechtigte wollen abstimmen) oder eine räumlich komplexe Auszählsituation vorliegt (z. B. vollbesetzter Saal, unklare Sektoren Stimm- und Nichtstimmberechtigte). Der reibungslose, effiziente Ablauf bei der Versammlungsdemokratie darf aber andererseits nicht durch übermässige Kontrollen beeinträchtigt werden. Wie das Bundesgericht im oben zitierten BGE 121 I 138 festgestellt hat, müssen bei der Versammlungsdemokratie gewisse «systembedingte Unzulänglichkeiten» in Kauf genommen werden. Es ist zu prüfen, ob die getroffenen Massnahmen ausreichen.

Auf Seite 5 der gemeindlichen Unterlagen für diese Gemeindeversammlung, die an alle Haushalte abgegeben wurden, steht ausdrücklich, wer das Stimmrecht an der Gemeindeversammlung ausüben darf. Der Gemeindepräsident hat gemäss Protokoll (S. 2 Mitte) und Beschwerdeantwort weitere Massnahmen an der Gemeindeversammlung getroffen. Er rief auf: «Ich bitte jene Personen, die nicht stimmberechtigt sind, bei den Gästen und der Presse oben auf der Galerie, im Bereich des Zwischenteils Platz zu nehmen. Mehr Plätze haben wir leider nicht anzubieten. Von dieser Regelung ausgenommen sollen die folgenden Mitarbeitenden der Verwaltung sein.» Zudem machte der Vorsitzende zu Beginn der Sitzung auf § 27 der Kantonsverfassung zur Stimmberechtigung an der Gemeindeversammlung aufmerksam. Diese Bestimmung konnte auf der Leinwand gelesen werden. In der Stellungnahme vom 12. Februar 2013 weist der Beschwerdegegner ergänzend darauf hin, dass «für Gäste und die Presse im vorderen Bereich eine Sitzreihe reserviert war. Ebenfalls wurde auf der Galerie ein Bereich für Personen bestimmt, welche nicht stimmberechtigt waren.»

Ein weitergehendes Kontrollsystem, insbesondere systematische Eingangskontrollen, würde die gelebte und bewährte Versammlungsdemokratie überstrapazieren und die Effizienz einer Gemeindeversammlung beeinträchtigen (vgl. oben BGE 121 I 138). Zudem könnte der Missbrauch bei so grossen Versammlungen auch mit strengen Kontrollen nicht ausgeschlossen werden. Mit den getroffenen Massnahmen, insbesondere der Trennung der Stimmberechtigten und Nichtstimmberechtigten in Sektoren, ist der Beschwerdegegner seiner Sorgfaltspflicht nachgekommen. Es liegen weder in der Beschwerdeschrift noch im Protokoll Anhaltspunkte vor, dass nicht stimmberechtigte Personen an einer Abstimmung teilnahmen. Es liegen auch keine Hinweise für gehäufte Missbrauchsfälle in der Vergangenheit vor. Der elementare Grundsatz, dass nur Stimmberechtigte an der Abstimmung teilnehmen, ist so tief

im Bewusstsein der direktdemokratisch denkenden Bevölkerung verankert, dass er als bekannt vorausgesetzt werden darf. Verschärfte Kontrollen ohne Hinweise auf Missbräuche könnten bei Stimmberechtigten als Misstrauensbekundung gedeutet werden.

Fazit: Es liegen keine Hinweise vor, dass Nichtstimmberichtigte abstimmten.

12. Es stellt sich die Frage, ob alle interessierten Stimmberechtigten an der Gemeindeversammlung teilnehmen konnten. Falls zu wenig Sitz- oder Stehplätze vorhanden waren und nicht alle interessierten Stimmberechtigten teilnehmen konnten, wäre die Aktivbürgerschaft nicht richtig zusammengesetzt gewesen. Die Beschwerdeführerin hält dazu in ihrer Stellungnahme vom 12. Februar 2013 fest: «Bei Ankunft im Saal wurden wir angewiesen, die Galerie aufzusuchen, da der Saal über keine Sitzgelegenheiten mehr verfügte. (. . .) Auf der Galerie angekommen, fanden wir ebenfalls keinen Sitzplatz mehr vor, da alles besetzt war.(. . .) Auf der Suche nach einem Sitzplatz ging es für mehrere Personen wieder nach unten in den Saal, in welchem dann noch schnell Stühle mit Hilfe der Versammlungsbesucher aufgestellt wurden. Mir persönlich ist eine Person bekannt, welche deshalb wieder nach Hause ging; ich möchte jedoch darauf hinweisen, dass zumindest diese Person keine Stimmberechtigung hatte.» Der Beschwerdegegner hielt in seiner Stellungnahme vom 12. Februar 2013 dazu fest: «Der Gemeinderat erwartete im Hinblick auf die Versammlung eine hohe Teilnehmerzahl. So wurden als Vorbereitung bereits 500 Sitzplätze bereitgestellt (gut 400 im Parterre und die rund 96 fest installierten Sitzplätze auf dem Balkon). Weiter waren gemeindliche Mitarbeitende instruiert, bei ungenügenden Sitzmöglichkeiten zusätzliche Stühle aufzustellen. Es bestand jederzeit die Möglichkeit, zusätzlich noch einmal rund 100 Stühle im Raum und im Foyer aufzustellen. Der Saal war gut besetzt, es waren für sämtliche Stimmberechtigten genügend Sitzmöglichkeiten vorhanden. (. . .) Der Saal war schliesslich nicht überfüllt. Es musste niemand stehen und auf keinen Fall wurden Stimmberechtigte weggewiesen oder faktisch an der Teilnahme der Gemeindeversammlung gehindert.» Es liegen somit keine Hinweise vor, dass Stimmberechtigte wegen Platzmangels an der Gemeindeversammlung nicht teilnehmen konnten. Der Beschwerdegegner hat alle zumutbaren Massnahmen getroffen, damit keine Stimmberechtigten abgewiesen werden mussten.

Es stellt sich zudem die hypothetische Frage, wie das Abstimmungsresultat bei zusätzlichen Stimmberechtigten, die aber aus Platzgründen an der Gemeindeversammlung nicht teilnehmen konnten, ausgefallen wäre. Das Bundesgericht argumentiert bei der Versammlungsdemokratie (Landsgemeinden, Gemeindeversammlungen) bei Verhinderungen von Stimmberechtigten wie folgt: «Alle diese Rügen und Bedenken sind aus der Sicht der Versammlungsdemokratie gewissermassen systembedingt. Sie haben sich gegenseitig überschneidende und kompensierende Auswirkungen und sind demgemäss in Bezug auf die Ergebnisse von Wahlen und Abstimmungen neutral. Es kann nicht abstrakt gesagt werden, dass im Verhältnis zum

tatsächlichen Resultat an einer Landsgemeindeabstimmung wesentlich mehr Befürworter als Gegner einer Vorlage krankheits- oder arbeitsbedingt oder aus beliebig anderen Gründen der Landsgemeinde fernbleiben und dadurch das Ergebnis klar in der einen oder andern Richtung beeinflusst würde» (BGE 121 I 138 E. 5d). Dasselbe gilt hier. Sofern wider Erwarten vereinzelte Stimmberechtigte aus Platzgründen nicht teilnehmen konnten, kann nicht eruiert werden, wie diese Stimmberechtigten abgestimmt hätten und ob sich ein anderes Resultat ergeben hätte.

Der Regierungsrat empfiehlt jedoch – vorsorglich für die Zukunft – dem Beschwerdegegner, die Platzverhältnisse an Gemeindeversammlungen mit grosser Aufmerksamkeit zu verfolgen. Der Saal Dorfmatte scheint an der Grenze seiner Kapazität angelangt zu sein. Es sind organisatorische Massnahmen für die Erweiterung der Kapazität bei noch höherer Beteiligung als am 27. November 2012 zu schaffen. Sollten Stimmberechtigte aus Platzmangel nachgewiesenermassen abgewiesen werden, besteht je nach konkreten Umständen die Gefahr, dass eine Stimmrechtsbeschwerde eventuell gutgeheissen würde.

Fazit: Es liegen keine Hinweise vor, dass die Aktivbürgerschaft mangels Plätzen nicht richtig zusammengesetzt war.

13. Zweckmässige Organisation des Auszählens (richtige Ermittlung des Abstimmungsergebnisses): Die Beschwerdeführerin weist in ihrer Beschwerdeschrift darauf hin, dass «durchaus ein Zähl-Fehler passieren konnte.» Es ist von Amtes wegen zu prüfen, ob in Anbetracht des voll besetzten Saales und der fortgeschrittenen Stunde das vom Beschwerdegegner angeordnete System der Stimmzählenden zweckmässig organisiert war. Sofern organisatorisch eine korrekte Ermittlung der Wahlergebnisse garantiert ist, besteht eine Verpflichtung zur Nachzählung nur in jenen Fällen, in denen konkrete Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Auszählung oder ein gesetzwidriges Verhalten der zuständigen Organe vorliegen (GVP 2002, S. 228).

Gemäss § 77 Abs. 1 GG wählt die Gemeindeversammlung zu Beginn mindestens zwei Stimmzählende. Aus dem Protokoll (S. 3) geht hervor, dass die Gemeindeversammlung zwölf vom Gemeinderat X vorgeschlagene Stimmzählende ohne Gegenstimme gewählt hat. Aus der Beschwerdeantwort des Gemeinderates geht hervor (S. 5): «Der Gemeindevorstand organisierte die Stimmzählenden so, dass immer zwei Stimmzählende gemeinsam einen Sektor auszuzählen hatten. Die beiden Personen zählten in ihren Sektoren unabhängig voneinander die Stimmen und verglichen die beiden Stimmzahlen im Sinne einer Kontrolle.» Es entfielen bei 480 Stimmberechtigten auf die sechs 2-er Zählgruppen je rund 80 Stimmberechtigte. Ein ähnliches Vorgehen beim Auszählen wendet der Zuger Kantonsrat bei 70–80 Ratsmitgliedern und zwei Stimmzählenden an. Entscheidend ist die gegenseitige Kontrolle der beiden Stimmzählenden pro Sektor. Das Risiko von fehlerhaftem Auszählen ist bei dieser zweckmässigen Organisation sehr gering und kann ver-

nachlässigt werden. Dies entspricht auch den Erfahrungen im Kantonsrat. Zudem wies der Gemeindepräsident zu Beginn der Sitzung darauf hin (S. 3 des Protokolls): «Ich bitte Sie, (. . .) bei Abstimmungen die Hand jeweils solange zu erheben, bis die Stimmzählenden vorbei sind und ihre Reihen gezählt haben.»

Fazit: Das Auszählen war zweckmässig organisiert und die Stimmberechtigten waren genügend über das Abstimmungsprozedere orientiert.

14. Nachzählung wegen knappem Resultat: Die Beschwerdeführerin kritisiert, ob «es da behördlich nicht angebracht gewesen wäre, nochmals die Stimmen genau zu zählen? Denn bei dieser Anzahl Stimmberechtigter kann durchaus ein Zähl-Fehler passieren.»

Der Beschwerdegegner argumentiert, dass sich im Gemeindegesetz keine Vorschrift befinde, wonach bei knappen Abstimmungsergebnissen die Abstimmung zu wiederholen sei. Ebenfalls habe es anlässlich der Abstimmung keine besonderen Vorkommnisse oder Unklarheiten gegeben, welche allenfalls das Wiederholen der Abstimmung geboten hätten. Vielmehr wäre es unzulässig gewesen, eine nochmalige Abstimmung durchzuführen. Dies könnte schliesslich dazu führen, dass allenfalls zwei unterschiedliche Resultate vorliegen, welche aber beide korrekt ausgezählt wurden. Es gelte alles daran zu setzen, dass die erste Abstimmung den Willen der Stimmberechtigten zuverlässig und unverfälscht wiedergibt.

Es ist zu prüfen, ob auch ohne Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Auszählung eine Nachzählung immer anzuordnen ist, wenn das Resultat sehr knapp ist. § 79 Abs. 1 GG schreibt vor, dass nur bei Stimmengleichheit die Abstimmung zu wiederholen ist, ohne dass dazwischen eine Beratung durchgeführt wird. Diese Bestimmung ist aufgrund von Art. 34 Abs. 2 BV und der unten aufgeführten Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu relativieren.

Das Bundesgericht hat drei wichtige Entscheide zum Nachzählen getroffen. In BGE 104 Ia 428 E. 3b und 3c hält es für die Landsgemeinde (und gemäss BGE 121 I 138 E. 4a auch für die Gemeindeversammlung) fest: «Es versteht sich, dass nicht nach Belieben auf ein verkündetes Abstimmungsergebnis zurückgekommen und eine Wiederholung der Abstimmung angeordnet werden kann. Gründe der Rechtssicherheit und das Interesse an einem geordneten Abstimmungsverfahren stehen dem entgegen. (. . .) Wenn besondere Umstände es rechtfertigen, kann der Vorsitzende der Landsgemeinde ein verkündetes Abstimmungsergebnis zurücknehmen und über das fragliche Geschäft nochmals abstimmen lassen. (. . .) Eine solche kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch ohne entsprechende kantonale Vorschrift angeordnet werden, wenn sie zur zuverlässigen Feststellung des Abstimmungsergebnisses als geboten erscheint. Im zu beurteilenden Fall bestand für den Landammann

Anlass, an der Richtigkeit des von ihm festgestellten Abstimmungsergebnisses zu zweifeln, (. . .).»

Das Bundesgericht hat zudem in BGE 114 Ia 42 (Regeste) entschieden: «Die Behörden sind verpflichtet, gegen das Ergebnis einer Abstimmung vorgebrachte Rügen jedenfalls dann näher zu untersuchen, wenn das Abstimmungsergebnis knapp ausfiel und der Stimmbürger auf konkrete Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Auszählung oder für ein gesetzwidriges Verhalten der für die Durchführung der Abstimmung zuständigen Organe hinzuweisen vermag.»

Ein knappes Ergebnis allein ist demnach noch kein Grund für eine Wiederholung. Es kann nicht nach Belieben auf ein verkündetes Abstimmungsergebnis zurückgekommen werden (ebenso H.R. Thalman, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, Zürich 1991, S. 135 zu § 46). Dieser Auffassung hat sich der Regierungsrat in einem früheren Entscheid angeschlossen: «Gemäss Lehre und Rechtsprechung bedeutet dies nicht, dass ohne weiteres von Bundesrecht wegen ein Anspruch auf Nachzählung besteht, wenn das Ergebnis eines Urnenganges knapp ausgefallen ist.» (GVP 2002, S. 228).

Die Beschwerdeführerin bringt keinen konkreten Anhaltspunkt für eine fehlerhafte Auszählung vor, sondern erwähnt nur, dass «ja durchaus ein Zähl-Fehler passieren könne». Für den Regierungsrat sind aufgrund der Akten keine solchen konkreten Anhaltspunkte ersichtlich. Anträge auf eine zweite Abstimmung wurden keine gestellt. Es ist nicht Aufgabe des Regierungsrates, bei dieser gelebten und bewährten Abstimmungsdemokratie mit den eingespielten Abläufen nach jeder denkbaren Missbrauchsmöglichkeit zu forschen. Bei einer regelmässigen Nachzählung bei knappen Resultaten – ohne konkrete Anhaltspunkte auf fehlerhaftes Auszählen – ergibt sich die Gefahr unterschiedlicher Resultate. Diese können auf verschiedene Gründe zurückzuführen sein. Es kann sein, dass zwischen der ersten und der zweiten Abstimmung Stimmberechtigte hinzugekommen oder weggegangen sind. Es ist ebenfalls möglich, dass Stimmberechtigte in Anbetracht des knappen Resultates die Meinung wechseln oder für sie die Fragestellung an der ersten Abstimmung nicht klar war. Es könnten somit zwei verschiedene, aber korrekt zustande gekommene Resultate vorliegen. Es würde sich die Frage stellen, welches der beiden der freie und unverfälschte Wille der Stimmberechtigten im Sinne von Art. 34 Abs. 2 BV wäre. Daraus entstünde Rechtsunsicherheit, weil bei dieser Konstellation mutmasslich der zweite Entscheid als der massgebliche betrachtet würde. Ein Wesenszug der Demokratie besteht darin, auch ganz knapp zustande gekommene Entscheide zu akzeptieren. Diese Akzeptanz würde bei einer regelmässigen Nachzählung fehlen. Der Mehrheitswille – auch ein ganz knapper – würde dadurch relativiert und der Demokratiedanke in Frage gestellt. Der Regierungsrat hat bereits in einem früheren Entscheid festgehalten: «Der demokratisch gebildete Willen ist grundsätzlich zu akzeptieren, auch wenn das Resultat einer Wahl nur knapp ausgefallen ist. Würden bei

knappen Resultaten auf entsprechendes Begehren hin immer Nachzählungen ohne weitere Voraussetzungen veranlasst, käme dies einer systematischen Missachtung des demokratisch gebildeten Willens gleich und dies kann nicht zugelassen werden (GVP 2002, S. 229)».

Das Bundesgericht hat zwar in BGE 136 II 132 nach der eidgenössischen Volksabstimmung über biometrische Pässe und Reisedokumente vom 17. Mai 2009 entschieden: Ein sehr knappes Abstimmungsresultat sei gleich zu behandeln wie «Unregelmässigkeiten» im Sinne von Art. 77 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1976 über politische Rechte (SR 161.1). Daraus resultiere bei einem sehr knappen Ergebnis ein Anspruch auf Nachzählung einer eidgenössischen Abstimmung. Die eidgenössische Vorlage wurde mit 50.14 % Ja gegen 49.86 % Nein angenommen. Die Differenz zwischen Ja-Stimmen und Nein-Stimmen betrug somit 0.28 %. Das Bundesgericht hielt dazu fest (E. 2.6): «Vorliegend ist das Hauptresultat der Abstimmung zwar knapp ausgefallen (. . .). Indessen ist es nicht äusserst knapp beziehungsweise derart knapp, dass sich die Anordnung einer Nachzählung zumal bei der aufgezeigten offenen gesetzlichen Grundlage aufdrängen würde. (. . .) Dem Antrag der Beschwerdeführer auf eine schweizweite Nachzählung kann (. . .) kein Erfolg beschieden sein».

Es ist zu prüfen, ob dieser Entscheid Auswirkungen auf die vorliegende Beschwerde hat. Die Frage, ob wegen des knappen Resultates eine Nachzählung anzuordnen sei, selbst wenn keine konkreten Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Auszählung vorliegen, ist zu verneinen. Das Urteil betraf eine eidgenössische Volksabstimmung an der Urne und stützte sich auf das einschlägige Bundesgesetz. Das Abstimmungsresultat in der Gemeinde X ist zudem nicht als «äusserst knapp» im Sinne des Bundesgerichtsurteiles zu qualifizieren. Die Differenz von drei Stimmen an der Gemeindeversammlung beträgt 0.653 % und übersteigt die Differenz von 0.28 % gemäss Gerichtsurteil, die nicht einmal das Bundesgericht als so knapp beurteilte, dass eine Nachzählung durchzuführen gewesen wäre. Das oben aufgeführte Bundesgerichtsurteil für Urnenabstimmungen lässt sich zudem nicht auf die Versammlungsdemokratie übertragen. Es wird auf die Ausführungen unter Ziff. 8 der Erwägungen hingewiesen. Im BGE 121 I 138 hat sich das Bundesgericht gegenüber den Versammlungsdemokratien, nämlich gegenüber den Landsgemeinden und den Gemeindeversammlungen, «trotz systembedingter Unzulänglichkeiten» weniger streng gezeigt als bei Urnengängen.

In der hängigen Revision des Gemeindegesetzes (Vorlage Nr. 2108.1/2-13974/75) erfolgt diesbezüglich keine Änderung des geltenden Rechts. In der hängigen Revision des Wahl- und Abstimmungsgesetzes (WAG) hingegen (Vorlage Nr. 2170.1/2-14129/30) wird die obige Rechtsprechung des Bundesgerichtes in die Vorlage aufgenommen. Gemäss § 69 Abs. 2 des Entwurfes soll bei einem knappen Ausgang einer Ab-

stimmung neu eine Nachzählung angeordnet werden. Dies betrifft jedoch nur Urnengänge und ist somit für die Versammlungsdemokratie ohne Relevanz.

Fazit: Eine Nachzählung hat trotz knappem Resultat zu Recht nicht stattgefunden.

15. Die Beschwerdeführerin hält fest: «Der Gemeindepräsident sprach nach dem Rückzug des Antrages zur geheimen Abstimmung nochmals ca. 10 Minuten für die gemeindliche Vorlage. Die Abstimmung folgte nach seiner Pro-Rede: Resultat 231 pro zu 228 contra.» Die Beschwerdeführerin rügt damit indirekt eine unzulässige Beeinflussung der Stimmberechtigten. Der Beschwerdegegner nahm zu dieser Rüge keine Stellung.

Aufgrund des Protokolls (S. 33 und 34) ist es zutreffend, dass sich der Gemeindepräsident unmittelbar vor der Schlussabstimmung zu Traktandum 6 eingehend zur Vorlage äusserte. Dem Gemeindegesetz ist keine Norm zu entnehmen, die dieses Vorgehen verbieten würde (§§ 73–79 GG). Das Bundesgericht hält jedoch in BGE 135 I 292 E. 4.2 bezüglich einer Gemeindeversammlung fest: «Wie dargelegt, kann das Ergebnis einer Abstimmung durch eine unzulässige behördliche Beeinflussung der Stimmberechtigten verfälscht werden. Eine solche fällt auch hinsichtlich von Erläuterungen von Gemeindebehörden anlässlich von Gemeindeversammlungen in Betracht. (...) Es ist nicht bestritten, dass Gemeindebehörden an Gemeindeversammlungen – gleich wie in Abstimmungserläuterungen vor Volksabstimmungen – Vorlagen erklären und zur Annahme oder Ablehnung empfehlen dürfen. Für ihre Beurteilung und den aus Art. 34 Abs. 2 BV fließenden Anforderungen kann auf die Rechtsprechung zu den Abstimmungserläuterungen abgestellt werden. Danach sind die Behörden zur Objektivität verpflichtet, sie dürfen Zweck und Tragweite einer Vorlage nicht falsch darstellen. Die Behörde muss sich nicht mit jeder Einzelheit einer Vorlage befassen und nicht alle denkbaren Einwendungen, welche gegen eine Vorlage erhoben werden können, erwähnen. Das Gebot der Sachlichkeit verbietet indessen, in den Erklärungen für den Entscheid des Stimmbürgers wichtige Elemente zu unterdrücken (...).»

Es ist aufgrund des Wortprotokolls zu prüfen, ob das engagierte Schlussvotum des Gemeindepräsidenten vor der Schlussabstimmung den obigen Anforderungen gemäss Bundesgericht entspricht. In der ersten Hälfte erklärte der Gemeindepräsident die allgemeine Ausgangslage zu diesem Projekt und die Absichten des Gemeinderates. Er erwähnte folgende Stichworte: Schulwegsicherheit, wenig Läden, wenig belebter Dorfkern, Aufwertung durch die neue Gestaltung, Teilung des Dorfes in Nord-Süd und Schaffung verbindender Elemente, Ostumfahrung. In der zweiten Hälfte seines Votums erläuterte er den Sinn und Zweck einer Begegnungszone, Verhalten des Verkehrs in der Begegnungszone und Erfahrungen andernorts mit Begegnungszonen. Die Argumentation war engagiert zugunsten der Vorlage formuliert, jedoch sachlich. Kritische Argumente nannte er am Schluss seiner Rede auch. Er stellte

sich selbstkritisch die Frage, wie vorzugehen ist, falls Nachbesserungen nicht reichen oder falls das Projekt nicht funktioniert oder gar zu einer Verschlechterung führt.

Diese Rede ist im Lichte des oben aufgeführten Bundesgerichtsentscheides nicht zu beanstanden. Zudem ist die gesamte Debatte zu diesem Traktandum bei der Beurteilung des Schlussvotums einzubeziehen. Bei den rund 35 Voten durch 26 Stimmberechtigte gemäss Protokoll sprachen sich rund 60% für das Projekt und rund 40% gegen das Projekt aus. Die Gegnerschaft kam mit teilweise langen Voten richtigerweise auch zu Wort, so dass im Gesamten keine unzulässige behördliche Beeinflussung vorlag. Die engagierte und inhaltlich breit gefächerte Debatte ermöglichte den Stimmberechtigten eine differenzierte Meinungsbildung.

16. Die Beschwerdeführerin bemängelt, dass der Gemeindepräsident nicht bereits sehr früh beim Traktandum 6 den ebenfalls früh gestellten Antrag von Herrn C für eine geheime Abstimmung zur Abstimmung gebracht habe. Da der Gemeindepräsident zugewartet habe, diesen Antrag sofort zur Abstimmung zu bringen, habe er Herr C mit dem Hinweis auf die fortgeschrittene Zeit unter Druck gesetzt. Herr C habe deswegen seinen Antrag zurückgezogen.

Der Beschwerdegegner wendet dagegen ein, dass der Gemeindepräsident den Antrag von Herrn C entgegengenommen habe. Der Präsident habe ausgeführt, dass er die bereits angegangene inhaltliche Diskussion noch fortsetzen wolle. Er habe die Anwesenden sofort nach Eingang des Antrages gefragt, ob jemand ein anderes Vorgehen wünsche. Dies sei nicht der Fall gewesen. Er habe vorgeschlagen, zuerst alle Wortmeldungen zu behandeln und nachher über diesen Antrag abstimmen zu lassen. Nachdem keine Wortmeldungen mehr zum Traktandum erfolgten, habe er den Antrag von Herr C behandelt. Er habe sich um 21.40 Uhr gegen diesen Antrag ausgesprochen, weil dieser zu viel Zeit beanspruche und die Gemeindeversammlung bereits 2 Stunden und 10 Minuten gedauert habe. Herr C habe dann in Anbetracht der fortgeschrittenen Zeit seinen Antrag zurückgezogen. Der Gemeindepräsident habe anschliessend das Plenum gefragt, ob jemand anders einen Antrag auf geheime Abstimmung stelle. Dies sei nicht der Fall gewesen. Der Beschwerdegegner wendet ein, dass die Beschwerdeführerin nicht legitimiert sei, die Rechte eines Dritten (hier von Herrn C) zu vertreten.

Entgegen der Auffassung des Beschwerdegegners ist die Beschwerdeführerin legitimiert, das Vorgehen des Gemeindepräsidenten bezüglich geheimer Abstimmung zu rügen. Als Stimmberechtigte hat sie einen Rechtsanspruch auf einen verfahrensrechtlich korrekten Ablauf der Gemeindeversammlung. Diese Rüge der Beschwerdeführerin betrifft nicht nur den Antragsteller Herrn C, sondern alle Stimmberechtigten. Auf diese Rüge ist materiell einzutreten.

Der Sachverhalt zum Antrag von Herrn C ist durch den Beschwerdegegner zutreffend geschildert worden (Protokoll, S. 25 Mitte, S. 26 oben, S. 32 oben, S. 33 oben). Es ist zu prüfen, ob über den Antrag auf geheime Abstimmung sofort hätte abgestimmt werden müssen. § 77 Abs. 3 GG, der die geheime Abstimmung regelt, schreibt dies nicht vor. Lediglich über Ordnungsanträge gemäss § 76 Abs. 2 GG entscheidet die Versammlung «unverzüglich». In § 76 Abs. 2 GG werden einige Ordnungsanträge aufgezählt. Diese Aufzählung ist aber nicht abschliessend («Ordnungsanträge wie»). Es stellt sich somit die Frage, ob der Antrag auf geheime Abstimmung ebenfalls ein Ordnungsantrag ist. Aufgrund des Verfahrenscharakters der Ordnungsanträge, die in § 76 Abs. 2 GG ausdrücklich erwähnt sind, fällt der Antrag auf geheime Abstimmung nicht darunter. Es ist bei den ausdrücklich aufgeführten Ordnungsanträgen «unverzüglich» zu entscheiden, weil sie die weitere Debatte massgeblich beeinflussen, ja sogar verunmöglichen (Anträge auf Verschiebung der Beratung oder Abstimmung, Redezeitbeschränkung etc.). Die geheime Abstimmung hingegen regelt nur die Modalität bei der Schlussabstimmung zu einem Geschäft, nicht jedoch die Debatte selber. Über den Antrag von Herrn C wurde daher zu Recht nicht «unverzüglich» abgestimmt.

Es macht bei einem früh eingereichten Antrag auf «geheime Abstimmung» Sinn, das Ende der Debatte abzuwarten. Je nach Verlauf der Debatte wird sich bei den Stimmberechtigten eine Meinung zur geheimen Abstimmung allmählich bilden. Durch die geheime Stimmabgabe soll verhindert werden, dass jemand unter Druck nicht seinen tatsächlichen Willen zum Ausdruck bringen kann. Die geheime Abstimmung wird damit dem Grundsatz gerecht, dass kein Abstimmungsergebnis anerkannt wird, das nicht den freien Willen der Stimmberechtigten zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt. Der Beschwerdegegner hält in seiner Beschwerdeantwort vom 17. Januar 2013 denn auch fest: «Sodann ist es durchaus möglich, dass im Rahmen der Diskussion Fakten auftauchen, Argumente vorgetragen werden oder allenfalls auch Konsequenzen angedroht werden, welche es für den einzelnen Stimmbürger gebieten, über eine Angelegenheit geheim oder eben nicht geheim abzustimmen. Erst nach Abschluss der Diskussion kann der Stimmbürger abschliessend erkennen, ob er des Schutzes vor gesellschaftlichem Druck durch eine geheime Abstimmung bedarf.»

Das Vorgehen des Gemeindepräsidenten, diesen Antrag erst nach abgeschlossener Debatte vor der Schlussabstimmung zu behandeln, ist aus diesen Gründen nicht zu beanstanden.

Aus dem Protokoll ist kein drohendes oder unangemessenes Verhalten des Präsidenten ersichtlich, das Herr C zum Rückzug des Antrages veranlasst hätte. Ein gewisser «Druck» des Gemeindepräsidenten (so die Beschwerdeführerin) ist spürbar, der jedoch innerhalb des Zulässigen einer sorgfältigen Leitung liegt. Der Gemeindepräsident führte aus (S. 32 des Protokolls): «Es ist eine unnötige Bemühung der

ganzen Gemeindeversammlung. Es ist mit mindestens einer halben Stunde Aufwand verbunden. (. . .) Es wird kein anderes Ergebnis geben, die Leute können offen stimmen.»

17. Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass die Stimmberechtigten vor oder während Gemeindeversammlungen keine rechtlichen Hinweise über verfahrensrechtliche Bestimmungen erhalten (z. B. geheime Abstimmung, Urnenabstimmung). Es würden nicht alle Tage Gemeindeversammlungen stattfinden und die Stimmberechtigten würden ihre Rechte nicht kennen, weil an den Versammlungen nie die Rede davon sei.

Der Beschwerdegegner weist darauf hin, dass auf S. 5 der Abstimmungsunterlagen eine korrekte und umfassende Rechtsmittelbelehrung betreffend Beschwerden aufgeführt sei. Eine Rechtsmittelbelehrung über diverse Verfahrensbestimmungen und Antragsrechte sei nicht Aufgabe des Gemeinderates. Es gibt keine gesetzliche Bestimmung, die dem Gemeinderat vorschreibt, den Stimmberechtigten die wichtigsten verfahrensrechtlichen Bestimmungen bezüglich Gemeindeversammlungen (z. B. Möglichkeiten und Quoren über geheime Abstimmungen, Urnenabstimmungen) mitzuteilen. Dem Beschwerdegegner kann diesbezüglich keine Rechtsverletzung vorgeworfen werden. Der Beschwerdegegner wird eingeladen, ergänzend zu seiner Rechtsmittelbelehrung in den Versammlungsunterlagen den Vorschlag der Beschwerdeführerin vertieft zu prüfen. Eine zusätzliche Seite mit den wichtigsten verfahrensrechtlichen Bestimmungen könnte den Stimmberechtigten die Orientierung über ihre Verfahrensrechte erleichtern, zumal der Verfahrensablauf einer Gemeindeversammlung für viele komplex und ungewohnt ist.

18. Die Beschwerdeführerin beantragt, den Abstimmungsentscheid zu Traktandum 6 als nichtig zu erklären und diese Abstimmung an der Urne zu wiederholen.

Der Beschwerdegegner beantragt, diesen Antrag abzuweisen. Gemäss § 66 Abs. 1 GG könne allenfalls der Gemeinderat einen Antrag direkt der Urnenabstimmung unterstellen. Ebenfalls sehe das Gemeindegesetz vor, dass gewisse Geschäfte aufgrund von Begehren von Stimmberechtigten einer Urnenabstimmung unterzogen werden (§ 66 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 GG). Es sei weder im Vorfeld noch an der Gemeindeversammlung ein Antrag gestellt worden, über Traktandum 6 eine Urnenabstimmung durchzuführen.

Es ist aufgrund des Protokolls zu prüfen, ob kein Antrag auf Urnenabstimmung vorliegt. S. 32 unten des Protokolls ist folgendes Votum von Herrn B zu entnehmen: «Wenn man berücksichtigt, dass die Gemeinde X (. . .) heute rund 8000 Stimmberechtigte hat, hier gut 400 sitzen und heute erwähnt wurde, wir hätten nicht mehr Platz. Ich frage mich tatsächlich, ob man sich nicht generell Gedanken machen müsste, über inskünftige Urnenabstimmungen oder einen anderen Weg, weil sonst

die 400 die restlichen 7000 überstimmen oder darüber verfügen.» Nach diesem Votum hielt der Gemeindepräsident sein Schlussvotum, danach folgte die Schlussabstimmung. Dieses Votum von Herrn B enthält keinen formellen Antrag für eine Urnenabstimmung. Er macht sich «generell Gedanken» über die zukünftige Art der Abstimmungen bei weiterhin wachsenden Bevölkerungszahlen. Folglich hat Herr B auch nicht auf einer Abstimmung über die Urnenabstimmung insistiert.

Gemäss § 66 Abs. 1 GG kann der Gemeinderat einen Antrag direkt der Urnenabstimmung unterstellen. Gemäss § 66 Abs. 2 Ziff. 2 GG unterliegt der Urnenabstimmung ein Geschäft, wenn in der Gemeindeversammlung spätestens unmittelbar nach der Schlussabstimmung ein Drittel der anwesenden Stimmberechtigten eine Urnenabstimmung verlangt. Ein solcher Antrag wurde nicht gestellt. Das Begehren ist abzuweisen.

Gestützt auf diese Erwägungen ist die Stimmrechtsbeschwerde abzuweisen.

Regierungsrat, 26. Februar 2013

2. Strafrechtspflege

2.1 Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO

Regeste:

Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO – Entschädigung der Auwendungen für die angemessene Ausübung der Verfahrensrechte.

Aus den Erwägungen:

(...)

3.1 Unter diesem Titel sind primär die Kosten der frei gewählten Verteidigung relevant, die im vorliegenden Fall grundsätzlich zu vergüten sind, weil von Anfang an eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr drohte und der Beizug eines Rechtsbeistands daher notwendig war (Art. 130 lit. b StPO).

Die Entschädigung der Verteidigung richtet nach dem kantonalen Anwaltstarif. Gestützt auf § 2 der Verordnung des Obergerichts über den Anwaltstarif (BGS 163.4; AnwT) sind die Honorare der Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen innerhalb der in diesem Tarif festgelegten Grenzen nach der Schwierigkeit des Falls sowie nach dem Umfang und der Art der angemessenen Bemühungen festzulegen. Für den Bereich der Strafsachen wird in § 15 AnwT präzisiert, das Honorar bemesse sich nach dem angemessenen Zeitaufwand des Rechtsanwalts oder der Rechtsanwältin (Abs. 1),

wobei der Stundenansatz in der Regel CHF 220.00 betrage; er könne in besonderen Fällen bis auf CHF 300.00 erhöht werden (Abs. 2). (...)

3.2 Die Vorinstanz erwog, die Rechtsvertreterin des Berufungsklägers habe in ihrer Kostennote ohne Berücksichtigung der Hauptverhandlung und der Nachbesprechung einen Zeitaufwand von 263.5 Stunden angegeben, der zwar hoch erscheine, aber im Detail ausgewiesen sei und angesichts ihres grossen und notwendigen Engagements grundsätzlich akzeptiert werden könne. Ausgenommen seien die Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Beschwerdeverfahren vor der Beschwerdeabteilung des Obergerichts im Umfang von 7.5 Stunden, weil der Berufungskläger dafür bereits entschädigt worden sei. Hingegen seien zusätzlich 8 Stunden Aufwand für die Hauptverhandlung und die Nachbesprechung zu berücksichtigen. Mithin seien insgesamt 264 Stunden zu entschädigen. (...)

3.3 Die Rechtsvertreterin des Berufungsklägers legte ihrer Kostennote einen Stundenansatz von CHF 250.00 zugrunde. Die Vorinstanz rechnete indes einen Stundenansatz von CHF 220.00 an und entschädigte den Berufungskläger mit CHF 65'000.00 (inklusive der Auslagen von CHF 1'968.60 und der Mehrwertsteuer von 7.6 % bis Ende 2010 bzw. 8.0 % ab 2011). Sie führte aus, das Verfahren habe zwar einen hohen zeitlichen Aufwand erfordert, jedoch habe es weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht besondere Schwierigkeiten aufgewiesen, sodass ein Stundenansatz von CHF 250.00 nicht gerechtfertigt sei.

Der Berufungskläger verlangt eine Erhöhung der Entschädigung für die anwaltliche Verteidigung auf CHF 73'309.30 (inklusive Auslagen und MWST). Er macht einen besonderen Fall geltend, der einen Stundenansatz von CHF 250.00 als angemessen erscheinen lasse.

Dieser Auffassung ist nicht beizupflichten. § 15 Abs. 2 AnwT lässt dem Gericht zwar einen Ermessensspielraum. Mit der Formulierung, der Stundenansatz betrage in der Regel CHF 220.00, der in besonderen Fällen bis auf CHF 300.00 erhöht werden könne, wird aber zum Ausdruck gebracht, dass der Regelansatz nicht nur leichte Fälle abdeckt, sondern auch solche von durchschnittlichem Schwierigkeitsgrad. Daher ist der Regeltarif anzuwenden, wenn – wie im vorliegenden Fall – die sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen weder besonders komplex noch sehr anspruchsvoll waren. Zwar mag es zutreffen, dass es nicht leicht war, die Aussagen der Privatklägerin aufgrund «suggestiver Fragestellungen durch die Polizei und durch die Therapeutin» zu entkräften. Die Fähigkeit, suggestiv angelegte Fragestellungen aufzudecken, kann aber von einer erfahrenen Strafverteidigung erwartet werden. Auch die weiteren Gründe des Berufungsklägers, weshalb ein besonderer Fall vorliegen soll, der einen höheren Stundenansatz rechtfertige, erweisen sich bei näherer Betrachtung als nicht stichhaltig. Insbesondere kann nicht von einer aussergewöhnlichen Komplexität gesprochen werden. Der vorliegende Straffall hatte behauptete

Sexualdelikte zum Gegenstand, wie sie für derartige Strafverfahren typisch sind. Sie konnten nur vom angeblichen Täter und dem angeblichen Opfer unmittelbar wahrgenommen werden. Somit ging es im Wesentlichen um die Beweiswürdigung. Diese war zwar zeitlich aufwändig, aber für einen Rechtsanwalt bzw. eine Rechtsanwältin in rechtlicher Hinsicht nicht besonders kompliziert. Hinzu kommt, dass der grosse zeitliche Aufwand bereits in der sehr hohen Anzahl der aufgewendeten Stunden berücksichtigt wurde. (...) Somit ist bei der Bemessung des Ersatzes der Verteidigungskosten in Übereinstimmung mit der Vorinstanz von einem Stundenansatz von CHF 220.00 auszugehen, sodass es bei der vom Strafgericht zugesprochenen Entschädigung von rund CHF 65'000.00 (inkl. Auslagen und MWST) bleibt.

Obergericht, Strafabteilung, 25. September 2014

2.2 § 79 Abs. 1 lit. b GOG, § 2 und 5 DSG

Regeste:

§ 79 Abs. 1 lit. b GOG, § 2 und 5 DSG - Beim Entscheid über die Einsichtnahme in Akten abgeschlossener Verfahren handelt es sich um einen Justizverwaltungsakt, womit die Bestimmungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes für das erstinstanzliche Verfahren und das Beschwerdeverfahren zu Anwendung gelangen (E. 2.2). Die Auskunftserteilung und die Einsicht in die noch nicht archivierten Akten eines abgeschlossenen Verfahrens richten sich nach dem kantonalen Datenschutzgesetz (E. 3). Handelt es sich dabei um besonders schützenswerte Daten, darf Dritten Einsicht gewährt werden, wenn ein formelles Gesetz es ausdrücklich vorsieht, es für eine in einem formellen Gesetz umschriebene Aufgabe offensichtlich unentbehrlich ist oder die betroffene Person im Einzelfall ausdrücklich eingewilligt oder ihre Daten allgemein zugänglich gemacht hat (E. 4).

Aus den Erwägungen:

1. Der Beschwerdeführer beanstandet in seiner Beschwerde, dass die Staatsanwaltschaft dem Beschwerdegegner das Recht auf Akteneinsicht in das abgeschlossene Strafverfahren Nr. 1A 2009 94 eingeräumt hat. Nach § 79 Abs. 1 lit. b GOG entscheidet die Beschwerdeabteilung des Obergerichts über Beschwerden gegen Verfügungen betreffend die Akteneinsicht bei abgeschlossenen Verfahren. Die Beschwerdeabteilung ist daher zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

(...)

2.2 Beim Entscheid über die Akteneinsicht handelt es sich um einen Justizverwaltungsakt (§ 79 Abs. 1 lit. b GOG). Unter diesen Umständen gelangen die Bestimmungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG) nicht nur für das betreffende

Beschwerdeverfahren zur Anwendung, wie dies § 79 Abs. 2 GOG ausdrücklich festhält. Vielmehr sind diese Bestimmungen auch für das erstinstanzliche Verfahren vor der Staatsanwaltschaft massgebend.

(...)

3. Nach dem Gesagten ist im Folgenden zu prüfen, ob die Staatsanwaltschaft dem Beschwerdegegner zu Recht Einsicht in die Akten des abgeschlossenen Strafverfahrens Nr. 1A 2009 94 eingeräumt hat.

3.1 Gemäss § 90 GOG richten sich die Auskunftserteilung und die Einsicht in die Akten eines abgeschlossenen Verfahrens nach der Datenschutzgesetzgebung. Die Einsicht in archivierte Akten richtet sich nach dem Archivgesetz vom 29. Januar 2004.

3.2 Die Staatsanwaltschaft hat die Akten Nr. 1A 2009 94 noch nicht an das Staatsarchiv abgeliefert, sondern verwahrt sie bis zur Übergabe an die Beschwerdeabteilung in den eigenen Räumlichkeiten. Es handelt sich damit nicht um archivierte Akten, weshalb das Archivgesetz nicht zur Anwendung gelangt. Nicht anwendbar ist sodann das Gesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz), das am 10. Mai 2014 in Kraft getreten ist. Abgesehen davon, dass dieses Gesetz nicht für den Zugang zu amtlichen Dokumenten betreffend Zivil- und Strafverfahren gilt (§ 4 Abs. 1 Öffentlichkeitsgesetz), ist es ohnehin nur für jene Dokumente massgebend, die nach Inkrafttreten dieses Gesetzes erstellt oder empfangen wurden (§ 18 Abs. 1 Öffentlichkeitsgesetz).

3.3 Massgebende Rechtsgrundlage für die Akteneinsicht des Beschwerdegegners ist damit nach § 90 GOG die Datenschutzgesetzgebung. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers richtet sich die Akteneinsicht jedoch nicht nach dem eidgenössischen Datenschutzgesetz (DSG CH). Dieses Gesetz gilt nach dessen Art. 2 Abs. 1 nur für das Bearbeiten von Daten (Art. 3 lit. e DSG CH) durch private Personen und Bundesorgane und regelt damit nicht die Datenbearbeitung durch kantonale Behörden (vgl. BGE 136 I 80 E. 2.2). Ob ein Recht des Beschwerdegegners auf Einsichtnahme in die Akten Nr. 1A 2009 94 besteht, ist demnach anhand des Datenschutzgesetzes des Kantons Zug (§ 2 Abs. 1 lit b, c, d, f und i i.V.m. § 3 DSG ZG) zu entscheiden.

4.1 Bei den Akten Nr. 1A 2009 94 der Staatsanwaltschaft handelt es sich gemäss § 2 Abs. 1 lit. b DSG ZG um besonders schützenswerte Daten. In solche Daten darf nach § 5 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 lit. c und d DSG ZG Dritten Einsicht gewährt werden, wenn ein formelles Gesetz es ausdrücklich vorsieht (§ 5 Abs. 2 lit. a), es für eine in einem formellen Gesetz umschriebene Aufgabe offensichtlich unentbehrlich

ist (§ 5 Abs. 2 lit. b) oder die betroffene Person im Einzelfall ausdrücklich eingewilligt oder ihre Daten allgemein zugänglich gemacht hat (§ 5 Abs. 2 lit. c).

4.2 Ein Einsichtsrecht des Beschwerdegegners nach § 5 Abs. 2 lit. a und c DSG ZG besteht nicht. Weder sieht das Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten (OHG) vor, dass der Beschwerdegegner nach rechtskräftiger Einstellung eines Strafverfahrens zur Prüfung von Regressansprüchen Einsicht in die entsprechenden Strafakten erhält, noch hat der Beschwerdeführer seine Zustimmung zur Einsichtnahme durch den Beschwerdegegner erklärt. Vielmehr wehrte er sich in der Einsprache vom 2. Dezember 2013 und in der vorliegenden Beschwerde gegen die vom Beschwerdegegner beantragte Einsichtnahme in die Strafakten.

4.3 Damit bleibt zu prüfen, ob dem Beschwerdegegner Einsicht in die Strafakten gewährt werden kann, weil es für eine in einem formellen Gesetz umschriebene Aufgabe offensichtlich unentbehrlich ist.

4.3.1 Hat ein Kanton gestützt auf das OHG Opferhilfe geleistet, so gehen die Ansprüche für Leistungen gleicher Art, die dem Opfer oder dessen Angehörigen auf Grund der Straftat zustehen, im Umfang der kantonalen Leistungen von der anspruchsberechtigten Person auf den Kanton über (Art. 7 Abs. 1 OHG).

4.3.2 Der Beschwerdeführer bestreitet in der Beschwerde, dass der Beschwerdegegner während des laufenden Strafverfahrens Leistungen nach dem OHG an A. erbracht hat. Soweit aus den wenigen vorhandenen Akten und insbesondere dem Schreiben des Psychotherapeuten von A. vom 7. Februar 2011 erkennbar sei, habe der Beschwerdegegner seine Leistungen erst nach Abschluss des Strafverfahrens erbracht. Damit fehle es A. an der Opferstellung gemäss Art. 1 OHG. Als Konsequenz gelange das OHG überhaupt nicht zur Anwendung und es könne mithin der Beschwerdegegner auch keine Regressansprüche gemäss Art. 7 OHG stellen.

Der Beschwerdegegner, der vom Abteilungspräsidenten mit Schreiben vom 21. August 2014 zum Nachweis aufgefordert worden war, dass er während des hängigen Strafverfahrens Nr. 1A 2009 94 (16. Dezember 2008 bis 19. Oktober 2010) Leistungen nach dem OHG an A. erbracht hat, liess sich mit Eingabe vom 8. September 2014 vernehmen und leistete den entsprechenden Nachweis (act. 12). Diese Sachdarstellung blieb unbestritten. Der Argumentation des Beschwerdeführers, wonach dem Beschwerdegegner mangels Leistungen nach OHG kein Regressanspruch zusteht, ist damit der Boden entzogen. Der Beschwerdegegner, auf den gemäss Art. 7 Abs. 1 OHG die Ansprüche von A. übergegangen sind, kann diese nach Art. 7 Abs. 3 e contrario OHG gegen den Täter geltend machen. Der Beschwerdegegner hat damit zur Wahrnehmung dieser Ansprüche grundsätzlich das Recht auf Einsichtnahme in die Strafakten.

4.3.3 Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, die Staatsanwaltschaft habe bei ihrem Entscheid, ob dem Beschwerdegegner Akteneinsicht zu gewähren sei, keine Interessenabwägung vorgenommen. Wäre eine solche erfolgt, hätte sich klar ergeben, dass seine Interessen an einer Verschlusshaltung dieser Akten gegenüber den nur ansatzweise behaupteten Interessen des Beschwerdegegners (unbelegte Regressforderung) stark überwögen.

Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ist bei der Beurteilung eines nach Abschluss eines Strafverfahrens gestellten Akteneinsichtsgesuchs nicht eine Abwägung der verschiedenen Interessen der Beteiligten vorzunehmen. Massgebend ist vielmehr, ob - wie dargestellt - eine der in § 5 Abs. 2 DSG ZG erwähnten Voraussetzungen erfüllt ist. Wie ausgeführt, stützt sich das Recht des Beschwerdegegners auf Einsichtnahme in die Strafakten auf § 5 Abs. 2 lit. b DSG ZG. Allerdings ist dieses Recht auf diejenigen Akten beschränkt, welche die Abklärungen der vom Vater von A. erhobenen Vorwürfe zum Gegenstand haben. Die übrigen Akten, welche die Abklärung weiterer Vorwürfe gegen den Beschwerdeführer betreffen, sind indes vom Akteneinsichtsrecht ausgenommen. Die Einsichtnahme in diese Akten ist zur Prüfung, ob aufgrund den vom Beschwerdegegner an A. erbrachten Leistungen Regressansprüche gegen den Beschwerdeführer bestehen, nicht erforderlich.

4.3.4 Der Beschwerdeführer fordert unter Hinweis auf Art. 121 Abs. 2 StPO sodann eine weitergehende Beschränkung des Akteneinsichtsrechts des Beschwerdegegners. Nach dieser Bestimmung ist, wer von Gesetzes wegen in die Ansprüche der geschädigten Person eingetreten ist, nur zur Zivilklage berechtigt und hat nur jene Verfahrensrechte, die sich unmittelbar auf die Durchsetzung der Zivilklage beziehen. Der Beschwerdeführer stellt sich auf den Standpunkt, wenn nun schon während eines laufenden Strafverfahrens der Beschwerdegegner nur diejenigen Akten einsehen dürfe, welche für die Begründung seiner Forderung notwendig seien, so dürfe nach Abschluss eines Strafverfahrens das Akteneinsichtsrecht sicher nicht weitergehen. In diesem Zusammenhang beanstandet der Beschwerdeführer insbesondere, dass die Staatsanwaltschaft dem Beschwerdegegner insbesondere auch Einsicht in Videoaufnahmen eingeräumt habe.

Soweit der Beschwerdeführer damit ein Verbot zur Einsicht in die polizeiliche Videobefragung von A. fordert, erweist sich dieser Standpunkt als unbegründet. Zur Prüfung, ob Regressansprüche gegen den Beschwerdeführer geltend gemacht werden können, ist der Beschwerdegegner auf umfassende Sachverhaltsabklärungen angewiesen. Dazu gehört nicht nur die polizeiliche Videobefragung von A. Vielmehr fallen darunter auch die weiteren Erhebungen im Zusammenhang mit den vom Vater von A. erhobenen Vorwürfen gegen den Beschwerdeführer.

5. Nach dem Gesagten ist in teilweiser Gutheissung der Beschwerde dem Beschwerdegegner Einsicht in die Akten des Strafverfahrens Nr. 1A 2009 94 zu erteilen,

soweit sie die vom Vater A. erhobenen Vorwürfe betreffen. Die Aussonderung dieser Akten zur Einräumung der Akteneinsicht ist von der Staatsanwaltschaft vorzunehmen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 18. November 2014

3. Zivilrechtspflege

3.1 Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK

Regeste:

Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK – Im Rahmen des Replikrechts können neue Vorbringen eingebracht werden, soweit die Ausführungen in der Vernehmlassung des anderen Verfahrensbeteiligten dazu Anlass geben. Das Replikrecht dient indes nicht dazu, die Berufung zu ergänzen oder zu verbessern.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Der Verfahrensantrag des Gesuchstellers auf Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels wurde mit Präsidialverfügung vom 10. Juni 2014 abgewiesen. Es wurde ihm jedoch gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK eine Frist zur Ausübung des Replikrechts angesetzt (vgl. BGE 133 I 98). Davon machte der Gesuchsteller mit Eingabe vom 19. Juni 2014 Gebrauch.

2.1 Die Replik ist für Darlegungen zu verwenden, zu denen die Ausführungen in der Vernehmlassung des anderen Verfahrensbeteiligten Anlass geben. Das Replikrecht dient indes nicht dazu, die Berufung zu ergänzen oder zu verbessern. Anträge und Rügen, die bereits in der Berufung hätten erhoben werden können, sind nach Ablauf der Beruungsfrist ausgeschlossen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2013 vom 27. März 2014 E. 2.3; BGE 132 I 42 E. 3.3.4 S. 47 m.w.H.).

2.2 Die 16 Seiten umfassende Berufungsantwort veranlasste den Gesuchsteller zu einer unverhältnismässig umfangreichen, 33-seitigen Stellungnahme. Darin legt er summarisch seine bereits in der Klageschrift vom 26. Juli 2013 vorgetragene Begründung des Gesuchs dar und äussert sich in allgemeiner Weise zu Angststörungen. Zu diesen Darlegungen gab offenkundig nicht erst die Berufungsantwort Anlass, weshalb der Gesuchsteller diese Ausführungen bereits in seiner Berufungsschrift hätte machen können bzw. müssen. Die Eingabe vom 19. Juni 2014 ist gestützt auf die vorstehenden Erwägungen nur insoweit zu berücksichtigen, als die Berufungsantwort zu Ergänzungen Anlass gegeben hat.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 22. Oktober 2014 (eine dagegen erhobene Beschwerde ist beim Bundesgericht hängig)

3.2 Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO

Regeste:

Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO – Als zahlungsunfähig im Sinne von Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO erscheint auch der Kläger, über den in Deutschland ein Insolvenzverfahren nach der deutschen Insolvenzordnung (InsO) eröffnet wurde.

Aus den Erwägungen:

5. Die klagende Partei erscheint nach Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO als zahlungsunfähig, wenn gegen sie der Konkurs eröffnet oder ein Nachlassverfahren im Gang ist oder Verlustscheine bestehen. Ist eine dieser Voraussetzungen erfüllt, ist der Nachweis der Zahlungsfähigkeit unwiderlegbar erbracht und von einer Kautionspflicht auszugehen (Rüegg, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 99 N 13 – 15; Suter/von Holzen; in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 99 N 27).

6.1 Es ist unbestritten, dass in Deutschland ein Insolvenzverfahren gegen den Beschwerdeführer nach der deutschen Insolvenzordnung (InsO) eingeleitet wurde. Nach § 1 InsO dient das Insolvenzverfahren dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird. Allgemeiner Eröffnungsgrund für das Insolvenzverfahren ist die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (§ 17 InsO). Das Insolvenzverfahren kann auf Antrag des Schuldners auch bei drohender Zahlungsunfähigkeit eröffnet werden (§ 18 InsO) und bei juristischen Personen ist ferner die Überschuldung ein Eröffnungsgrund (§ 19 InsO). Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter über (§ 80 Abs. 1 InsO). Ist der Schuldner eine natürliche Person, wird er von den im Insolvenzverfahren nicht erfüllten Verbindlichkeiten gegenüber den Insolvenzgläubigern befreit (§§ 286 ff. InsO). Die Restschuldbefreiung kann allerdings innert eines Jahres auf Antrag eines Insolvenzgläubigers widerrufen werden, wenn sich nachträglich herausstellt, dass der Schuldner seine Obliegenheiten verletzt und dadurch die Befriedigung der Insolvenzgläubiger erheblich beeinträchtigt hat (§ 303 InsO).

6.2 Aus dem Gesagten erhellt, dass das deutsche Insolvenzverfahren mit dem schweizerischen Nachlassverfahren, in welchem ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung geschlossen wird (Art. 293 ff. SchKG), vergleichbar ist. Es stellt sich daher die

Frage, ob das deutsche Insolvenzverfahren ebenfalls ein Grund für die unwiderlegbare Vermutung der Zahlungsunfähigkeit des klagenden deutschen Insolvenzschuldners ist. Nach der Lehre ist die Aufzählung der Gründe, die zur Annahme einer Gefährdung zufolge Zahlungsunfähigkeit führen, nicht abschliessend. Sicherheit hat daher auch derjenige Kläger zu leisten, der im Ausland in einem Konkurs- oder Nachlassverfahren steht (Schmid, in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, Basel 2010, Art. 99 N 6).

(...)

5. Die klagende Partei erscheint nach Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO als zahlungsunfähig, wenn gegen sie der Konkurs eröffnet oder ein Nachlassverfahren im Gang ist oder Verlustscheine bestehen. Ist eine dieser Voraussetzungen erfüllt, ist der Nachweis der Zahlungsfähigkeit unwiderlegbar erbracht und von einer Kautionspflicht auszugehen (Rüegg, in: Spühler/Ten-chio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 99 N 13 - 15; Suter/von Holzen; in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 99 N 27).

6.1 Es ist unbestritten, dass in Deutschland ein Insolvenzverfahren gegen den Beschwerdeführer nach der deutschen Insolvenzordnung (InsO) eingeleitet wurde. Nach § 1 InsO dient das Insolvenzverfahren dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird. Allgemeiner Eröffnungsgrund für das Insolvenzverfahren ist die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (§ 17 InsO). Das Insolvenzverfahren kann auf Antrag des Schuldners auch bei drohender Zahlungsunfähigkeit eröffnet werden (§ 18 InsO) und bei juristischen Personen ist ferner die Überschuldung ein Eröffnungsgrund (§ 19 InsO). Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter über (§ 80 Abs. 1 InsO). Ist der Schuldner eine natürliche Person, wird er von den im Insolvenzverfahren nicht erfüllten Verbindlichkeiten gegenüber den Insolvenzgläubigern befreit (§§ 286 ff. InsO). Die Restschuldbefreiung kann allerdings innert eines Jahres auf Antrag eines Insolvenzgläubigers widerrufen werden, wenn sich nachträglich herausstellt, dass der Schuldner seine Obliegenheiten verletzt und dadurch die Befriedigung der Insolvenzgläubiger erheblich beeinträchtigt hat (§ 303 InsO).

6.2 Aus dem Gesagten erhellt, dass das deutsche Insolvenzverfahren mit dem schweizerischen Nachlassverfahren, in welchem ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung geschlossen wird (Art. 293 ff. SchKG), vergleichbar ist. Es stellt sich daher die Frage, ob das deutsche Insolvenzverfahren ebenfalls ein Grund für die unwiderlegbare Vermutung der Zahlungsunfähigkeit des klagenden deutschen Insolvenzschuld-

ners ist. Nach der Lehre ist die Aufzählung der Gründe, die zur Annahme einer Gefährdung zufolge Zahlungsunfähigkeit führen, nicht abschliessend. Sicherheit hat daher auch derjenige Kläger zu leisten, der im Ausland in einem Konkurs- oder Nachlassverfahren steht (Schmid, in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, Basel 2010, Art. 99 N 6).

6.3 In der Lehre ist umstritten, wie lange die klagende Partei bei einem Nachlassverfahren als unwiderlegbar zahlungsunfähig gilt. Während Suter/von Holzen (a.a.O., Art. 99 N 27) dafür halten, der betroffene Kläger erscheine ab dem Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs zahlungsunfähig, bis ein Nachlassvertrag abgeschlossen sei, postuliert Rüegg (a.a.O., Art. 99 N 14), entgegen dieser Ansicht ende die Zahlungsunfähigkeit einer Nachlassmasse nicht bei Abschluss des Nachlassvertrags, sondern erst nach dessen Vollzug. Dieser Meinung ist der Vorzug zu geben. Zwar kann nicht übersehen werden, dass nach Abschluss eines Nachlassvertrags die Schuldensituation geregelt ist. Eine Schuldbefreiung tritt hingegen einzig beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ein. Gleichwohl ändert auch hier nichts an der angespannten finanziellen Situation des Schuldners. Ein Nachlassvertrag kommt generell nur zustande, wenn nebst der Sanierungsfähigkeit des Schuldners die Interessen der Gläubiger ausreichend gewahrt werden (vgl. Art. 306 SchKG). Der Abschluss des Nachlassvertrags ist denn auch von der Zustimmung der Gläubiger abhängig (Art. 305 SchKG). Das ist unweigerlich mit erheblichen finanziellen Zugeständnissen des Schuldners verbunden, was sich negativ auf die Zahlungsfähigkeit auswirkt. Hinzu kommt, dass jeder Gläubiger beim Nachlassrichter den Widerruf eines auf unredliche Weise zustande gekommenen Nachlassvertrags verlangen kann (Art. 312 SchKG). Damit besteht erst nach Abschluss des Nachlassverfahrens Klarheit über das Schicksal des Nachlassvertrags. Es ist daher angezeigt, die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bis zum Abschluss des Nachlassverfahrens anzunehmen. Dies entspricht im Übrigen dem Gesetzeswortlaut, gemäss welchem die klagende Partei zahlungsunfähig erscheint, wenn «ein Nachlassverfahren im Gang ist».

6.4 Laut dem Beschluss des Amtsgerichts Esslingen vom 25. Februar 2014 dauert das Insolvenzverfahren über den Beschwerdeführer noch an und der Beschwerdeführer hat im erstinstanzlichen Verfahren nicht geltend gemacht, das Insolvenzverfahren sei inzwischen abgeschlossen. Der Beschwerdeführer steht damit im Ausland in einem Nachlassverfahren, womit er ohne weiteres als zahlungsunfähig im Sinne von Art. 99 Abs. 1 lit. b ZPO erscheint. Die Vorinstanz hat ihn daher zu Recht zur Sicherstellung der Parteientschädigung verpflichtet. Die Kautionshöhe von CHF 7'800.– erweist sich angesichts des Streitwerts von rund CHF 50'500.– und des Umstandes, dass die Beschwerdegegnerin anwaltlich vertreten ist, als angemessen (vgl. § 3 ff. der Verordnung über den Anwaltstarif, AnwT).

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 10. Juni 2014

3.3 Art. 114 lit. c und 115 ZPO

Regeste:

Art. 114 lit. c und 115 ZPO – Kostenauflegung an die beklagte Partei im unentgeltlichen Verfahren wegen mutwilliger Prozessführung.

Aus den Erwägungen:

(...)

6.3 Gemäss Art. 114 lit. c ZPO werden im Entscheidverfahren bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– keine Gerichtskosten gesprochen. Bei bös- oder mutwilliger Prozessführung können die Gerichtskosten allerdings auch in den unentgeltlichen Verfahren auferlegt werden (Art. 115 ZPO).

Mutwilligkeit setzt neben der objektiv feststellbaren Aussichtslosigkeit des Prozesses zusätzlich noch ein subjektives Element voraus: Das Verfahren muss wider besseres Wissen oder zumindest wider die von der betroffenen Person nach Lage der Dinge zu erwartende Einsicht betrieben worden sein. Böswilligkeit ist dann gegeben, wenn der aussichtslose Prozess primär die Verärgerung der Gegenpartei oder gar des Gerichtes bezwecken soll. Prozessuales Verhalten erscheint dann als mutwillig, wenn es mit einer sinnvollen und zielgerichteten Prozessführung schlechterdings nicht vereinbar ist, also erkennbar nur als Verzögerungsmanöver dient, so zum Beispiel bei unentschuldigtem Fernbleiben von der Gerichtsverhandlung oder weiteren Verhaltensmustern, die in nicht kostenlosen Verfahren zur Anwendung von Art. 108 ZPO Anlass geben würden (vgl. Rüegg, Basler Kommentar, Zivilprozessordnung, 2. A., Basel 2013, N 1 f. zu Art. 115 ZPO; Sterchi, Berner Kommentar, Zivilprozessordnung, Bern 2012, N 5 zu Art. 115 ZPO; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. A., Zürich/Basel/Genf 2006, N 11 zu Art. 343 OR).

6.4 Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass die Beklagte, die bereits der Verhandlung vor der Schlichtungsbehörde Arbeitsrecht unentschuldig ferngeblieben war, im vorinstanzlichen Verfahren keine Klageantwort eingereicht hat und zur Hauptverhandlung unentschuldig nicht erschienen ist. Ein solches, offenkundig nur der Verzögerung dienendes Verhalten ist mit einer sinnvollen Prozessführung nicht vereinbar und muss als mutwillig bezeichnet werden. Dementsprechend ist es nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz der Beklagten gestützt auf Art. 115 ZPO Kosten auferlegt hat. Für das Berufungsverfahren bleibt es dagegen bei der Kostenlosigkeit gemäss Art. 114 lit. c ZPO (s. dazu auch Sterchi, a.a.O., N 5 ff. zu Art. 115 ZPO).

Obergericht, I. Zivilabteilung, 19. Dezember 2014

3.4 Art. 115 ZPO

Regeste:

Art. 115 ZPO – Das Fernbleiben des Beklagten an der Vermittlungsverhandlung ist nicht mutwillig, wenn er dies der Schlichtungsbehörde anzeigt und um Ausstellung der Klagebewilligung ersucht, damit der Anspruch des Klägers gerichtlich beurteilt werden kann.

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 113 Abs. 2 lit. c ZPO werden im Schlichtungsverfahren keine Gerichtskosten gesprochen bei Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht. Das Schlichtungsverfahren vor der Schlichtungsbehörde Miet- und Pachtrecht ist damit kostenlos. Nach Art. 115 ZPO können indes bei bö- oder mutwilliger Prozessführung die Gerichtskosten auch in den unentgeltlichen Verfahren einer Partei auferlegt werden.

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts im Sozialversicherungsbereich, die aufgrund der analogen Regelung von Art. 115 ZPO auch für das Zivilverfahren anwendbar ist (Koslar, in: Baker & McKenzie, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010, Art. 115 N 7), kann mutwillige Prozessführung u.a. darin begründet liegen, dass eine Partei eine ihr in dieser Eigenschaft obliegende Pflicht (Mitwirkungs- oder Unterlassungspflicht) verletzt (BGE 128 V 323 E. 1.b). In BGE 124 IV 285 E. 3.b erkannte das Bundesgericht, der Verzicht, trotz gerichtlicher Mahnung, zu den Vorbringen in einer Klageschrift Stellung zu beziehen, vermöge den Vorwurf der Mutwilligkeit allerdings nicht zu begründen. Vielmehr handelt nach dem zitierten Entscheid nur derjenige mutwillig, wer als Arbeitgeber oder Versicherter Rechnungen und Mahnungen nicht beachtet, sich deswegen von der Vorsorgeeinrichtung betreiben lässt, diese – bei materiell offensichtlich unbegründetem Standpunkt – mittels Rechtsvorschlag zwingt, den Rechtsweg zu beschreiten, in eben diesem selber veranlassten Prozess nichts von sich hören lässt und somit nicht das Geringste zur Klärung des Sachverhalts beiträgt. Eine solche Prozessverursachung, verbunden mit der durch Untätigkeit geprägten Haltung im Gerichtsverfahren, welche insgesamt auf eine Verzögerungstaktik des Zahlungspflichtigen hinausläuft, darf nach der Auffassung des Bundesgerichts im grundsätzlich kostenlosen Sozialversicherungsverfahren durch Auferlegung von Gerichtskosten sanktioniert werden.

3.1 Der Vertreter der Beschwerdeführerinnen, der von der Schlichtungsbehörde Miet- und Pachtrecht ordnungsgemäss auf den 28. Juni 2013 zur Schlichtungsverhandlung vorgeladen worden war, teilte mit, er werde an der Schlichtungsverhandlung nicht teilnehmen, und ersuchte um Erteilung der Klagebewilligung an die Mieter. Zusammenfassend machte er geltend, bereits für die letzte Schlichtungsverhandlung mit den Mietern vergeblich nach Zug gereist zu sein. Zudem erachtete er die

Mängelrüge der Mieter bezüglich der schwankenden Temperatur des Duschwassers als unbegründet. Entsprechend dieser Ankündigung blieb der Vertreter der Beschwerdeführerinnen der Schlichtungsverhandlung fern. Die Beschwerdeführerinnen bzw. ihr Vertreter missachteten damit die in Art. 204 ZPO statuierte Pflicht zur Teilnahme an der Schlichtungsverhandlung und wurden säumig. Trotz der Verletzung dieser Mitwirkungspflicht kann darin nicht eine böse- oder mutwillige Prozessführung erblickt werden, die es rechtfertigt, den Beschwerdeführerinnen abweichend vom Grundsatz der Kostenlosigkeit des Sühnverfahrens vor der Schlichtungsbehörde Miet- und Pachtrecht die Verfahrenskosten aufzuerlegen. Dabei fällt Folgendes in Betracht:

3.2 Die Schlichtungsbehörde versucht in formloser Verhandlung, die Parteien zu versöhnen (Art. 201 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Misslingt dies und kommt keine Einigung zustande, erteilt die Schlichtungsbehörde entweder die Klagebewilligung (Art. 209 ZPO) oder unterbreitet den Parteien in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen einen Urteilsvorschlag (Art. 210 f. ZPO) oder erlässt in vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von CHF 2'000.- auf Antrag der klagenden Partei einen Entscheid (Art. 212 ZPO). Bei Säumnis der klagenden Partei gilt das Schlichtungsgesuch als zurückgezogen und das Verfahren wird als gegenstandslos abgeschlossen (Art. 206 Abs. 1 ZPO). Bei Säumnis der beklagten Partei verfährt die Schlichtungsbehörde, wie wenn keine Einigung zu Stande gekommen wäre (Art. 206 Abs. 2 ZPO) und bei Säumnis beider Parteien wird das Verfahren als gegenstandslos abgeschlossen (Art. 206 Abs. 3 ZPO). Beim kostenpflichtigen Schlichtungsverfahren, d.h. im Falle der Zuständigkeit der kommunalen Friedensrichter (§§ 37 f. GOG) oder der Schlichtungsbehörde Arbeitsrecht bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von über CHF 30'000.- (§ 39 GOG und Art. 113 Abs. 2 lit. d ZPO), werden die Kosten des Schlichtungsverfahrens nach Art. 207 Abs. 1 ZPO der klagenden Partei auferlegt, wenn sie das Schlichtungsverfahren zurückzieht (lit. a), wenn das Verfahren wegen Säumnis abgeschlossen (lit. b) oder wenn die Klagebewilligung erteilt wird (lit. c). Die klagende Partei trägt damit die Kosten nicht nur im Falle der eigenen Säumnis. Vielmehr ist dies auch der Fall, wenn die beklagte Partei der Schlichtungsverhandlung unentschuldigt ferngeblieben ist und aus diesem Grund die Klagebewilligung erteilt wird (Art. 206 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 209 ZPO). Bei Einreichung der Klage werden diese Kosten zur Hauptsache geschlagen (Art. 207 Abs. 2 ZPO). Beim kostenpflichtigen Schlichtungsverfahren werden der beklagten Partei im Falle ihrer Säumnis nach der gesetzlichen Regelung somit keine Kosten wegen mutwilliger Prozessführung auferlegt, falls eine Klagebewilligung ausgestellt wird. Eine unterschiedliche Regelung ist auch nicht gerechtfertigt, wenn die Schlichtungsbehörde bei Säumnis der beklagten Partei den Parteien einen Urteilsvorschlag unterbreitet oder auf Antrag der klagenden Partei einen Entscheid erlässt. In diesen Fällen hat die beklagte Partei ohnehin den Rechtsnachteil zu tragen, dass sie sich in der gleichwohl durchgeführten Schlichtungsverhandlung (Art. 147 Abs. 2 ZPO) nicht äussern konnte und Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei als unbestritten gelten

(Art. 150 Abs. 1 ZPO). Sie wird damit in aller Regel aufgrund des für sie negativen Verfahrensausgangs ohnehin als unterliegende Partei die Kosten zu tragen haben (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Zusammenfassend steht damit fest, dass der beklagten Partei im kostenpflichtigen Schlichtungsverfahren im Falle ihrer Säumnis keine Kosten wegen mutwilliger Prozessführung auferlegt werden. Unter diesen Umständen ist es auch nicht gerechtfertigt, anders zu verfahren, wenn das Schlichtungsverfahren vom Grundsatz der Kostenlosigkeit beherrscht wird. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die beklagte Partei – wie vorliegend – der Schlichtungsbehörde vorgängig mitteilt, dass und aus welchen Gründen sie der Verhandlung fernbleibt.

3.3 Hinzu kommt Folgendes: Nach der eingangs zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt mutwillige Prozessführung durch die Beklagte vor, wenn die Verletzung der Mitwirkungspflicht insgesamt auf eine Verzögerungstaktik hinausläuft. Ein derartiges Verhalten kann den Beschwerdeführerinnen indes nicht vorgeworfen werden. Sie erachteten zwar die Klage der Mieter als vollkommen unbegründet und waren daher nicht bereit, sich im Vermittlungsverfahren mit den Mietern zu versöhnen. Gleichwohl spielten die Beschwerdeführerinnen nicht auf Zeit, sondern ersuchten um Erteilung der Klagebewilligung an die Mieter, damit die Klage gerichtlich beurteilt werden kann. Ein trölerisches Verhalten liegt damit nicht vor, das mit der Auferlegung der Kosten gemäss Art. 115 ZPO sanktioniert werden müsste. In der Literatur und Rechtsprechung wird denn auch die Ansicht vertreten, dass in aller Regel nur eine bös- oder mutwillige Prozessführung vorliegt, wenn der Kläger – und nicht der Beklagte – unentschuldigt einer Verhandlung fernbleibt (Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art.115 N 9 mit Hinweisen; ZR 111 Nr. 91).

Obergericht, II. Beschwerdeabteilung, 3. April 2014

3.5 Art. 141 ZPO

Regeste:

Art. 141 ZPO – Eine Zustellung durch öffentliche Publikation darf nur als ultima ratio erfolgen. Als unmöglich darf eine Zustellung nur dann erachtet werden, wenn vorgängig sämtliche sachdienlichen Nachforschungen vorgenommen wurden. Wählt das Gericht die Zustellform der öffentlichen Bekanntmachung, obwohl die Voraussetzungen dafür nicht gegeben sind, insbesondere eine andere Zustellform möglich gewesen wäre, so ist die Ediktalzustellung nichtig.

Aus den Erwägungen:

1. Vorab ist die Einhaltung der Berufungsfrist zu prüfen. Diese Frage hängt primär davon ab, ob die öffentliche Zustellung des Entscheids überhaupt zulässig war. Diese Frage ist aber zugleich (zusammen mit der Frage der Zulässigkeit der öffentlichen

Zustellung der Gesuchsanträge durch das Kantonsgericht) Gegenstand der Berufung selbst. Es handelt sich dabei mithin um eine sog. doppelrelevante Tatsache. Das bedeutet, dass mit dem Entscheid über die Rechtzeitigkeit der Berufung zugleich über die Berufung selbst entschieden ist. Erweist sich nämlich die Publikation des Entscheids (und dementsprechend auch die vorgängige Ediktalzustellung der Gesuchsanträge) als unzulässig und damit die Berufung als begründet, ist das Rechtsmittel jedenfalls auch rechtzeitig. Der angefochtene Entscheid wurde nämlich am 23. Mai 2014 im Amtsblatt des Kantons Zug veröffentlicht. Die Gesuchsgegnerin trägt vor, erstmals am 13. Juni 2014 Kenntnis vom Entscheid erhalten zu haben, als das Konkursamt diesen ihrem Verwaltungsratsmitglied H anlässlich der konkursamtlichen Beschlagnahme der Aktiven vorgewiesen habe. War die öffentliche Zustellung unzulässig, begann die Berufungsfrist (wenn überhaupt) frühestens im Zeitpunkt zu laufen, als die Gesuchsgegnerin tatsächlich vom Entscheid Kenntnis erhielt; die unwiderlegbare Vermutung gemäss Art. 141 Abs. 2 ZPO, wonach die Bekanntgabe am Erscheinungsdatum stattgefunden hat, kommt diesfalls nicht zum Tragen (vgl. Huber, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 141 N 21 f.).

2. Die Gesuchsgegnerin bestreitet zu Recht nicht, dass der vom Gesuchsteller monierte Organisationsmangel (Fehlen einer Revisionsstelle) besteht. Dass sie den Mangel bisher nicht behoben hat, führt sie aber darauf zurück, dass sie die das Gesuch des Handelsregisteramtes enthaltende Einschreibesendung des Kantonsgerichts nicht erhalten habe. Sie stellt sich auf den Standpunkt, indem das Kantonsgericht die Liquidation ausgesprochen habe, ohne dass sie sich wegen formaler Mängel dazu habe äussern können, sei ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden. Die Zustellung des Gesuchs vom 2. April 2014 zur Stellungnahme sei mit dem Vermerk «nicht abgeholt» an das Kantonsgericht retourniert worden. Sie habe nicht mit einer Zustellung rechnen müssen, da kein Verfahren hängig gewesen sei. Von der darauf erfolgten Publikation der Rechtsbegehren im Amtsblatt des Kantons Zug habe sie keine Kenntnis genommen. Eine Zustellung durch Publikation gemäss Art. 141 ZPO könne nur erfolgen, wenn eine (andere) Zustellung unmöglich oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden sei. Eine Unmöglichkeit der Zustellung liege vor, wenn die gerichtliche Sendung weder dem Adressaten persönlich noch seinem Vertreter noch einer zu deren Empfang berechtigten Person zugestellt werden könne. Damit die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen dürfe, habe das Gericht zuerst sämtliche sachdienlichen Nachforschungen vorzunehmen. Die Vorinstanz habe es unterlassen, solche Abklärungen zu treffen. Es sei nicht so gewesen, dass an ihrem Domizil nie jemand vorzufinden gewesen wäre. Die öffentliche Bekanntmachung des Entscheides des Kantonsgerichts vom 15. Mai 2014 sei daher nicht gerechtfertigt gewesen, weshalb dieser keine Wirkung entfalte.

2.1 Eine Zustellung durch öffentliche Publikation gemäss Art. 141 ZPO darf nur als ultima ratio erfolgen. Das Gesetz regelt die Fälle, in welchen die Ediktalzustellung

zulässig ist, abschliessend (Huber, a.a.O., Art. 141 N 1, 8). Es sieht eine solche vor, wenn der Aufenthaltsort des Adressaten unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann, eine Zustellung unmöglich ist oder mit ausserordentlichen Umtrieben verbunden wäre oder wenn eine Partei mit Wohnsitz im Ausland trotz entsprechender Aufforderung kein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnet hat. Als unmöglich darf eine Zustellung nur dann erachtet werden, wenn vorgängig sämtliche sachdienlichen Nachforschungen vorgenommen wurden (Frei, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar zur ZPO, Art. 141 N 12). Wählt das Gericht die Zustellform der öffentlichen Bekanntmachung, obschon die Voraussetzungen dafür nicht gegeben sind, insbesondere eine andere Zustellform möglich gewesen wäre, so ist die Ediktalzustellung nichtig (Huber, a.a.O., Art. 141 N 10). Es beginnen keine Fristen zu laufen und allfällige Entscheide werden nicht rechtskräftig (Frei, a.a.O., Art. 141 N 18).

2.2 Die Adresse der Gesuchsgegnerin ergibt sich aus dem Eintrag im Handelsregister. Das Kantonsgericht hat die Aufforderung zur Einreichung einer Stellungnahme zum Gesuch des Handelsregisteramtes am 3. April 2014 mit eingeschriebener Post an diese Adresse gesandt. Nachdem das Schreiben innerhalb der Frist von sieben Tagen nicht abgeholt und demzufolge an den Absender retourniert wurde, liess der erstinstanzliche Richter die Gesuchsanträge am 25. April 2014 mit der Aufforderung zur Stellungnahme im Amtsblatt des Kantons Zug publizieren. Ebenso stellte er den Entscheid vom 15. Mai 2014 am 23. Mai 2014 ohne weiteres auf dem Ediktalweg zu. Dass vor der öffentlichen Publikation weitere Abklärungen getroffen worden wären, ergibt sich aus den Akten nicht. Namentlich wurde aber weder eine nochmalige postalische Zustellung noch eine Zustellung durch Bote oder durch die Polizei versucht, obschon die Ediktalzustellung gemäss den vorstehenden Ausführungen nur ultima ratio erfolgen darf. Auch wenn diese letztgenannte Form der Zustellung die Ausnahme bleiben soll, ist auf sie insbesondere dann zurückzugreifen, wenn mit einer Postsendung keine Zustellfiktion i.S. von Art. 138 Abs. 3 ZPO erwirkt werden kann (Huber, a.a.O., Art. 138 N 28 f.). Da es sich beim Gesuch des Handelsregisteramtes um das prozesseinleitende Schriftstück handelte, fiel eine Zustellfiktion im vorliegenden Fall von vorneherein ausser Betracht. Es wäre deshalb ein Zustellversuch in anderer Weise als per Post erforderlich gewesen, bevor eine Ediktalzustellung in Betracht kam. Erst wenn eine Partei eine eingeschriebene Postsendung nicht abholt und sie auch nicht persönlich zuhause angetroffen werden kann, ist darin eine Zustellvereitelung zu erblicken, welche zu einer öffentlichen Zustellung berechtigt (vgl. Huber, a.a.O., Art. 141 N 16). Scheitert also ein erstmaliger postalischer Zustellversuch, kann grundsätzlich – wie erwähnt – noch nicht auf eine Zustellvereitelung geschlossen werden. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass die Vorinstanz offenbar auch noch am 16. April 2014 eine Zustellung mit uneingeschriebener Post an den einzigen Verwaltungsrat H vornahm, zumal dieser dieselbe Postadresse aufweist wie die Gesuchsgegnerin. Die Zustellung hätte zwingend mit Empfangsbestätigung erfolgen müssen (Huber, a.a.O., Art. 138 N 28). Die Voraussetzun-

gen der Ediktalzustellung waren somit nicht erfüllt, weshalb eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegt und beide in dieser Form erfolgten Zustellungen des Kantonsgerichts an die Gesuchsgegnerin keine rechtliche Wirkung zu erzeugen vermochten. Dementsprechend begann auch die Berufungsfrist mit der öffentlichen Publikation des Entscheides am 23. Mai 2014 nicht zu laufen. Der Entscheid vom 15. Mai 2014 erwuchs nicht in Rechtskraft. Er leidet sodann an einem schweren Mangel und ist aufgrund der sogenannten formellen Natur des Gehörsanspruchs (vgl. BGE 132 V 387; 126 I 19; 125 I 113) unabhängig davon, ob der Entscheid ohne die Verletzung anders ausgefallen wäre, aufzuheben (Sutter-Somm/Chevalier in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 53 N 26). Entsprechend braucht auf die weiteren Rügen der Gesuchsgegnerin, insbesondere die Verhältnismässigkeit der angeordneten Massnahme, nicht eingegangen zu werden.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 6. August 2014

3.6 Art. 158 ZPO

Regeste:

Art. 158 ZPO – Ein schutzwürdiges Interesse gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO kann auch in der Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten liegen. Der Gesuchsteller hat glaubhaft zu machen, dass ihm die vorsorgliche Beweisführung eine bessere Abschätzung der Prozesschancen ermöglicht.

Aus dem Sachverhalt:

A. wurde Opfer eines Auffahrunfalls. Er machte beim Kantonsgericht Zug eine Teilklage hängig. In einem allfälligen Gesamtklageverfahren beabsichtigte er, Dr. C., bei welchem die Y. Gesundheitsorganisation einen medizinischen Bericht eingeholt hatte, als sachverständigen Zeugen anzurufen. Um seine Prozesschancen abschätzen zu können, beantragte A. beim Kantonsgericht Zug als vorsorgliche Beweisführung die Einholung einer schriftlichen Auskunft bei Dr. C. zur Frage, wie viele Gutachteraufträge er in den Jahren 2003 bis 2013 von der Y. Gesundheitsorganisation erhalten habe und welches Honorar ihm für diese Gutachteraufträge insgesamt bezahlt worden sei. Gegen den abweisenden Entscheid des Einzelrichters am Kantonsgericht Zug erhob A. Berufung beim Obergericht.

Aus den Erwägungen:

3. Gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO nimmt das Gericht im Rahmen einer vorsorglichen Beweisführung jederzeit Beweis ab, wenn die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Nach der bundesrätlichen Botschaft wird mit dem Begriff des schutzwürdigen Interesses in Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO auf die Möglichkeit Bezug genommen, eine

vorsorgliche Beweisführung auch zur Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten durchzuführen. Diese Möglichkeit soll dazu beitragen, aussichtslose Prozesse zu vermeiden (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006, 7315). Mit der blossen Behauptung eines Bedürfnisses, Beweis- und Prozessaussichten abzuklären, ist ein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung jedoch noch nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Eine vorsorgliche Beweisführung kann nur mit Blick auf einen konkreten materiellrechtlichen Anspruch verlangt werden, hängt doch das Interesse an einer Beweisabnahme vom Interesse an der Durchsetzung eines damit zu beweisenden Anspruchs ab. Der Gesuchsteller, der sich auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO stützt, muss daher glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den ihm das materielle Recht einen Anspruch gegen die Gesuchsgegnerin gewährt und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann (BGE 138 III 76 E. 2.4.2 S. 81 f.; Fellmann, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 158 N 19). Für Tatsachen hingegen, die mit dem vorsorglich abzunehmenden Beweismittel bewiesen werden sollen, kann keine eigentliche Glaubhaftmachung verlangt werden, denn sonst würde der Zweck von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO, die vorprozessuale Abklärung von Beweisaussichten zu ermöglichen, vereitelt. Stellt das abzunehmende Beweismittel das einzige dar, mit dem die Gesuchstellerin ihren Anspruch beweisen kann, muss es genügen, dass sie das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich substantiiert behauptet (BGE 138 III 76 E. 2.4.2 S. 81 f.).

Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung dürfen nicht überspannt werden, geht es doch beim Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme noch nicht um die Prüfung der Begründetheit des Hauptanspruchs. Ein schutzwürdiges Interesse wäre etwa dann zu verneinen, wenn das beantragte Beweismittel untauglich ist, muss doch das vorsorglich abgenommene Beweismittel in einem allfälligen Hauptprozess verwertet werden können. Ebenfalls kein Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung besteht sodann, wenn es der gesuchstellenden Partei lediglich darum geht, ein bereits vorliegendes, beweistaugliches Gutachten mit einem weiteren Gutachten in Frage zu stellen (BGE 140 III 24 E. 3.2.2).

3.1 Der Gesuchsteller rügt eine unrichtige Anwendung von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO bzw. eine Verletzung des Rechts auf den Beweis durch die Vorinstanz. Von der Beantwortung der schriftlichen Auskunft durch Dr. C. hänge die Frage ab, ob er mitsamt seiner Stellungnahme im Hauptverfahren gestützt auf Art. 49 ZPO und Art. 47 Abs. 1 lit. a und f ZPO i.V.m. Art. 183 Abs. 2 ZPO in den Ausstand zu treten habe oder seine Stellungnahme gemäss Art. 172 b ZPO unglaubwürdig sei. Davon hänge wiederum ab, wie hoch die Prozesschancen für den Gesamtanspruch seien, da Dr. C. der einzige Arzt sei, welcher den Grad und die Dauer seiner unfallbedingten Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit als tiefer bzw. kürzer eingeschätzt habe als von ihm (dem Gesuchsteller) behauptet. Die schriftliche Auskunft könne somit sehr wohl

dazu dienen, um die Beweis- und Prozessaussichten eines Haftpflichtprozesses über den Gesamtschaden abzuklären. Daran ändere nichts, dass er um die mögliche Befangenheit von Dr. C. angeblich schon wisse. Entscheidend sei einzig, was auch bewiesen werden könne.

3.2 Die Gesuchsgegnerin wendet dagegen im Wesentlichen ein, der Gesuchsteller habe bereits eine Teilklage anhängig gemacht, weshalb er kein schutzwürdiges Interesse mehr an der Klärung der Prozesschancen durch die vorsorgliche Beweisführung habe. Der Gesuchsteller beurteile seine Prozesschancen als ausreichend, ansonsten hätte er die Teilklage mit gleich lautenden Beweisbegehren nicht eingereicht. Sei der Prozess einmal eingeleitet, genüge zur Begründung der vorzeitigen Beweisabnahme nur noch die Beweisgefährdung. Eine solche habe der Gesuchsteller nicht dargetan. Im Übrigen habe er im Teilklageverfahren in beweisrechtlicher Hinsicht diejenigen Abklärungen beantragt, welche er nunmehr auch mit der vorsorglichen Beweisführung anstrebe. Es sei daher davon auszugehen, dass er die verlangten Auskünfte im Teilklageverfahren erhalten werde und diese im dort ergehenden Entscheid mit Blick auf das Gesamtklageverfahren gewürdigt würden.

3.3.1 Nach Auffassung des Gesetzgebers soll die vorsorgliche Beweisführung – wie bereits erwähnt – unter anderem der Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten dienen. Der Gesuchsteller trägt vor, als einziger Arzt habe Dr. C. den Grad und die Dauer der unfallbedingten Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit tiefer bzw. kürzer eingeschätzt als von ihm (dem Gesuchsteller) behauptet, weshalb die Prozesschancen für den Gesamtanspruch von der Glaubwürdigkeit seines Berichtes oder vom Vorliegen eines Ausstandgrundes abhängig seien. Aus diesen Ausführungen erhellt, dass diverse Berichte von verschiedenen Ärzten vorliegen und der Gesuchsteller den Bericht von Dr. C. offenbar als Minderheitsmeinung betrachtet. Zumindest ergibt sich aufgrund der diversen anderen Arztberichte, welche dem Bericht von Dr. C. gegenüberstehen und offenbar die Behauptungen des Gesuchstellers stützen, ein hinreichend klares Bild für die Beurteilung der Prozesschancen. Der Gesuchsteller hat denn auch kein – gerichtliches – Gutachten als vorsorgliche Beweisführung verlangt. Geben die bereits vorliegenden ärztlichen Gutachten und Berichte genügend Anhaltspunkte zur Einschätzung der Prozesschancen, ist nicht glaubhaft, dass die vorsorgliche Beweisführung dem Gesuchsteller eine bessere Abschätzung der Prozesschancen ermöglicht (vgl. Fellmann, a.a.O., Art. 158 N 19a; Urteil OG ZH vom 20. Dezember 2011, LF110116-O/U). Immerhin hat der Gesuchsteller bereits eine Teilklage eingereicht, in welcher er Dr. C. als Zeugen beantragt hat; nota bene ohne über die verlangte Information zu verfügen (vgl. dazu Erw. 3.3.3 nachfolgend). Die Vorinstanz erachtete es somit zu Recht als nicht glaubhaft, dass der Entscheid des Gesuchstellers, ob er den Gesamtanspruch einklagen will oder nicht, ganz oder teilweise von der Anzahl der durch die Y. Gesundheitsorganisation bei Dr. C. in Auftrag gegebenen Gutachteraufträge abhängig sein wird.

3.3.2 Im Übrigen dient die verlangte Auskunft über die bisherige Geschäftsbeziehung zwischen der Y. Gesundheitsorganisation und Dr. C. einzig der Würdigung seines Berichts und seiner Aussagen an einer allfälligen Zeugeneinvernahme. Es obliegt jedoch dem im Hauptprozess zuständigen Gericht, über die Zulassung eines Berichts im Prozess zu entscheiden und diesen zu würdigen (Art. 157 ZPO). Im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung findet keine Beweiswürdigung statt (Fellmann, a.a.O., Art. 158 N 18, 30; Brönnimann, Berner Kommentar zur ZPO, 2012, Art. 158 ZPO N 28). Die objektiven Kriterien für die Beweiswürdigung wird sich daher das Gericht im Hauptverfahren beschaffen müssen. So sind Zeugen unter anderem über ihre persönlichen Beziehungen zu den Parteien sowie über andere Umstände, welche für die Glaubwürdigkeit ihrer Aussagen von Bedeutung sein könnten, zu befragen. Diese Auskünfte hat das Gericht im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu verwerten (vgl. Weibel/Naegeli, a.a.O., Art. 172 N 3a). Neben der geschäftlichen Beziehung zwischen der Y. Gesundheitsorganisation und Dr. C. können dabei durchaus noch weitere Umstände als ausschlaggebend in Betracht fallen (vgl. Brönnimann, a.a.O., Art. 157 N 7; Passadelis in: Baker/McKanzie [Hrsg.], Handkommentar ZPO, Bern 2010, Art. 157 N 8). Auch aus diesem Grund besteht an der beantragten vorsorglichen Beweisführung zur Einschätzung der Prozesschancen kein schutzwürdiges Interesse.

Ergänzend ist anzumerken, dass der Ausstand nach Art. 183 Abs. 2 i.V.m. Art. 47 Abs. 1 ZPO – entgegen der Auffassung des Gesuchstellers – ohnehin kaum in Frage käme. Denn die Erstellung eines gerichtlichen Gutachtens durch Dr. C. steht nicht zur Diskussion, sondern die Befragung als sachverständigem Zeugen zu dem von ihm zuhanden der Y. Gesundheitsorganisation verfassten Bericht. Da dieser von einem privaten Unternehmen in Auftrag gegeben wurde, wird das Gericht diesen Bericht nicht als gerichtliches Gutachten werten bzw. Dr. C. nicht als Sachverständigen im Sinne von Art. 183 ff. ZPO betrachten (vgl. BGE 140 III 24 E. 3.3.1.3 S. 27). Entsprechend sind auf ihn die Art. 183 ff. ZPO nicht anwendbar, weshalb er nicht den besonderen Ausstandsgründen unterliegt (vgl. Rüetschi, Berner Kommentar zur ZPO, 2012, Art. 175 N 5; Weibel/Naegeli in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 175 N 5 f.; a.M. Reinert in: Baker/McKenzie, Handkommentar zur ZPO, Bern 2010, Art. 175 N 4, wonach aber das Vorliegen eines Ausstandsgrundes die Befragung als Zeugen nicht ausschliesst, soweit dies das Gericht als sinnvoll erachtet).

Obergericht, II. Zivilabteilung, 14. Mai 2014 (eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil 4A_342/2014 vom 17. Oktober 2014 ab)

3.7 Art. 229 Abs. 3 und 317 Abs. 1 ZPO

Regeste:

Art. 229 Abs. 3 und 317 Abs. 1 ZPO – Im Berufungsverfahren soll in Bezug auf Noven jedenfalls dann die gleiche Regel gelten wie im erstinstanzlichen Verfahren, wenn die umfassende Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangt.

Aus den Erwägungen:

5.3 (...) Grundsätzlich werden gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Letzteres Erfordernis ist vorliegend nicht erfüllt.

Nach Art. 296 ZPO gelten für alle Kinderbelange die Oficialmaxime und der Untersuchungsgrundsatz. Art. 296 ZPO übernimmt inhaltlich vollumfänglich die Regelung des bisherigen Rechts. Der Untersuchungs- und Oficialgrundsatz kommt daher bei Kinderbelangen in allen familienrechtlichen Verfahren und in allen Verfahrensstadien als allgemeiner Grundsatz zur Anwendung. Es stellt sich jedoch die Frage, ob Art. 229 Abs. 3 ZPO – der grundsätzlich für das Verfahren vor erster Instanz bestimmt ist – im Berufungsverfahren analog anzuwenden ist. Art. 229 Abs. 3 ZPO schreibt vor, dass das Gericht neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen hat, wenn der Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären ist. Das Bundesgericht hat diese Frage dahingehend beantwortet, dass aus der Systematik des Gesetzes klar folge, dass Art. 229 Abs. 3 ZPO nur auf Verfahren vor der ersten Instanz anwendbar sei. Art. 317 ZPO betreffe das Berufungsverfahren und enthalte keinen Verweis, auch keine Spezialregel für das vereinfachte Verfahren oder für den Fall, wo der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen ermittle. Wenn der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen erheben müsse, bedeute dies, dass er selber Beweisvorkehrungen anordnen und den Sachverhalt, wie er ihm präsentiert worden sei, vervollständigen könne. Die Untersuchungsmaxime sage nicht, bis zu welchem Zeitpunkt die Parteien selber neue Tatsachen oder neue Beweismittel anrufen könnten. Diese Frage sei für die erste Instanz in Art. 229 Abs. 3 ZPO und für die Berufung in Art. 317 Abs. 1 ZPO geregelt (BGE 138 III 625 E. 2.2 = Pra 2013 Nr. 26). Nach Auffassung des Bundesgerichts sind demnach Noven im Berufungsverfahren bei Geltung des Verhandlungs- und auch des Untersuchungsgrundsatzes nur noch zulässig, wenn es sich um echte Noven handelt oder wenn unechte Noven trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Diese bundesgerichtliche Rechtsprechung wird in der Literatur weitgehend kritisiert. Das Bundesgericht begründet seine Auffassung damit, dass es im bundesrätlichen Entwurf bei der Berufung noch geheissen habe, Noven könnten sinngemäss nach den erstinstanzlichen Regeln vorgebracht werden und damit bei

Anwendbarkeit des Untersuchungsgrundsatzes bis zur Urteilsberatung. Dieser Verweis sei aber im Gesetzgebungsverfahren gestrichen worden. Für eine sinngemässe Anwendung dieser Regel bleibe damit im Berufungsverfahren kein Raum mehr. Die Materialien zeigen jedoch ein anderes Bild, wie insbesondere Christoph Leuenberger und Benedikt Seiler nachweisen. Aus dem Protokoll der nationalrätlichen Beratungen, auf welches das Bundesgericht in seiner Entscheidung verweist, ging es um die Frage, ob die Berufungsinstanz Noven generell, also unabhängig vom anwendbaren Verfahrensgrundsatz, unbeschränkt zuzulassen habe, was abgelehnt wurde. Eine Novenbeschränkung im Bereich der Untersuchungsmaxime stand dabei nicht in Frage. Bundesrätin Widmer-Schlumpf führte aus, Noven sollten vor der Berufungsinstanz im gleichen Rahmen, wie es zuletzt im erstinstanzlichen Verfahren möglich gewesen sei, vorgebracht werden können (AB 2008 N 1633 f.). Dies blieb unwidersprochen. Damit wurde der Grundsatz festgehalten, dass im Berufungsverfahren in Bezug auf die Noven die gleiche Regel gelten soll wie im erstinstanzlichen Verfahren, was bedeutet, dass bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes Noven bis zur Urteilsberatung des Berufungsverfahrens vorgebracht werden können. Dem entspricht, dass die Verfahrensmaximen, die den erstinstanzlichen Prozess bestimmen haben, als allgemeine Grundsätze auch im Berufungsverfahren weitergelten (Leuenberger, ZBJV 2013, S. 252 ff. mit zahlreichen Verweisen, und ZBJV 2014, S. 23 f.; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Basel 2013, Rz. 1264a). Demzufolge muss jedenfalls Art. 229 Abs. 3 ZPO dann analog auch im Berufungsverfahren gelten, soweit Kinderbelange betroffen sind und die umfassende Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangt (vgl. Spycher, Berner Kommentar, 2012, N 9 zu Art. 296 ZPO mit zahlreichen Verweisen; Gloor, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. A., 2010, Rz. 11.20; Beschluss und Urteil des Zürcher Obergerichts vom 8. Mai 2013 [LC130019-O/U]).

Obergericht, I. Zivilabteilung, 8. Juli 2014

3.8 Art. 257 ZPO

Regeste:

Art. 257 ZPO – Das Gericht tritt auf ein Gesuch um schnellen Rechtsschutz nur ein, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und – kumulativ – die Rechtslage klar ist. Nicht unter den Begriff des klaren Rechts fallen in der Regel Normen, die einen Ermessens- oder Billigkeitsentscheid des Gerichts mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände erfordern.

Aus dem Sachverhalt:

Die Erbengemeinschaft A. beabsichtigte den Bau von vier Mehrfamilienhäusern und Einstellhalle auf ihrem Grundstück. Der Gemeinderat bewilligte eine Änderung der vorgesehenen Zufahrtsstrasse, welche neu teilweise über das Grundstück von B.

und C. verlaufen soll. Das Grundstück von B. und C. ist u.a. mit einem Fuss- und Fahrwegrecht sowie einem Baurecht für eine Böschung und eine Zufahrtsstrasse zugunsten des Grundstücks der Erbengemeinschaft belastet. Die Erbengemeinschaft gelangte an den Einzelrichter des Kantonsgerichts Zug und beantragte, B. und C. sei die Entfernung sämtlicher künstlicher Einrichtungen (Spielplatz) auf deren Grundstück zu befehlen. Der Einzelrichter hiess das Gesuch gut. Dagegen erhoben B. und C. Berufung beim Obergericht.

Aus den Erwägungen:

(...)

4. Die Vorinstanz stellt in ihrem Entscheid die Voraussetzungen des Rechtsschutzes in klaren Fällen gemäss Art. 257 ZPO richtig dar, worauf verwiesen werden kann. Demnach tritt das Gericht auf ein Gesuch um schnellen Rechtsschutz ein, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar und – kumulativ – die Rechtslage klar ist. Die letztere Voraussetzung ist erfüllt, wenn die Anwendung und Auslegung einer Norm, namentlich aufgrund ihres Wortlauts, der Rechtsprechung und der bewährten Lehre, zu keinem Zweifel Anlass gibt. Die Rechtsfolge muss sich bei der Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung ohne Weiteres ergeben und die Rechtsanwendung damit zu einem eindeutigen Ergebnis führen (Sutter-Somm/Lötscher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 257 N 9; Urteil des Bundesgerichts 4A_447/2011 vom 20. September 2011 E. 2.3 und 4A_273/2012 vom 30. Oktober 2012 E. 5.1.2). Nicht unter den Begriff des klaren Rechts fallen Normen, die einen Ermessens- oder Billigkeitssentscheid des Gerichts mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände erfordern, wie dies namentlich bei der Beurteilung von Treu und Glauben zutrifft (BGE 138 III 123 E. 2.1.2 S. 126; Sutter-Somm/Lötscher, a.a.O., Art. 257 N 11).

4.1 Die Gesuchsgegner erachten das Gebot der schonenden Rechtsausübung nach Art. 737 Abs. 2 ZGB verletzt, indem die Vorinstanz sie dazu verpflichtet habe, die Spielgeräte zu entfernen, obschon für die Zufahrtstrasse noch keine Baubewilligung vorliege und mithin auch noch nicht feststehe, ob die Dienstbarkeit ausgeübt werden dürfe.

4.2 Grundsätzlich ist der Servitutsberechtigte befugt, alles zu tun, was zur Erhaltung und Ausübung der Dienstbarkeit nötig ist (Art. 737 Abs. 1 ZGB). Nach dem Grundsatz «servitus civiliter exercenda» ist er jedoch verpflichtet, sein Recht in möglichst schonender Weise auszuüben (Art. 737 Abs. 2 ZGB). Die Bestimmung von Art. 737 Abs. 2 ZGB konkretisiert den in Art. 2 ZGB statuierten Rechtsgrundsatz des Handelns nach Treu und Glauben (vgl. Petit-Pierre, Basler Kommentar ZGB II, 4. A., 2011, Art. 737 N 1 und 6). Mithin handelt es sich um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz (vgl. Liver, Zürcher Kommentar, 2. A., 1980, Art. 737 ZGB N 2 f.). Der Berechtigte

muss auf eine den Belasteten schädigende Rechtsausübung verzichten, soweit diese Rechtsausübung unnütz ist oder sein Interesse daran jedenfalls in einem krassen Missverhältnis zum Interesse des Belasteten an der Unterlassung der Schädigung steht (BGE 137 III 145 E. 5.4 S. 152; BGE 100 II 195 E. 4a S. 197). Die Pflicht, sein Recht in möglichst schonender Weise auszuüben, bedeutet aber keine inhaltliche oder umfangsmässige Beschränkung des Dienstbarkeitsrechts, sondern regelt die Ausübung der Dienstbarkeit (schonend) nach Massgabe ihres feststehenden Inhalts und Umfangs. Unnütze Rechtsausübung liegt nicht vor, wenn der Berechtigte stichhaltige oder schutzwürdige Gründe geltend machen kann (Urteil des Bundesgerichts 5C.232/2003 vom 2. März 2004 E. 5.2 f.). Die Anwendung des Grundsatzes «*servitus civiliter exercenda*» nach Art. 737 Abs. 2 ZGB verlangt mithin in aller Regel einen Ermessensentscheid unter wertendem Einbezug sämtlicher Umstände. Damit mangelt es aber zum Vornherein an der Voraussetzung der klaren Rechtslage gemäss Art. 257 ZPO, weshalb diese Prozessart grundsätzlich nicht in Betracht kommt.

4.3 Die auf dem Grundstück Nr. (...) lastende Dienstbarkeit wurde bis anhin nicht beansprucht, was sich unter anderem aus dem Schreiben von (...) vom 11. Juni 2008 ergibt. Darin wurde den Gesuchsgegnern mitgeteilt, dass der Spielplatz nur so lange geduldet werde, als von der Dienstbarkeit kein Gebrauch gemacht werde. Die Gesuchsteller erachten die Rechte aus der Dienstbarkeit mit der Änderungsbaueingabe vom 13. Januar 2014 als ausgeübt. Dem ist entgegenzuhalten, dass aufgrund der beim Regierungsrat hängigen Verwaltungsbeschwerde gegen die Bewilligung der Veränderungen in Bezug auf die Zufahrt die rechtlichen Voraussetzungen für den Start der Arbeiten (noch) nicht gegeben sind. Die Gesuchsteller machten im erstinstanzlichen Verfahren nicht geltend, dass der Spielplatz der Ausübung eines anderen aus der Dienstbarkeit fliessenden Rechts entgegensteht oder dass sie aus der Entfernung der Spielgeräte vor der Bewilligung der Zufahrtstrasse irgendeinen Vorteil ziehen. Erstmals in der Berufungsantwort erwähnen sie, dass der Spielplatz das Fusswegrecht schon heute verhindere, ohne dies jedoch zu substantzieren. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgetragen werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Dass diese Voraussetzungen erfüllt sind, machen die Gesuchsteller nicht geltend und ist offenkundig auch nicht der Fall.

Üben die Gesuchsteller die ihnen aus der Dienstbarkeit grundsätzlich zustehende Rechte aufgrund einer fehlenden rechtskräftigen Baubewilligung zurzeit nicht aus, besteht wohl kein aktuelles Interesse an der Beseitigung des Spielplatzes. Gemäss unumstrittener Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz ist die Entfernung der Spielgeräte nicht mit grossem Aufwand verbunden und kann daher innert kurzer Zeit erfolgen. Vor diesem Hintergrund lassen die weiteren Ausführungen der Vorinstanz, wonach nicht glaubhaft sei, dass die Überbaubarkeit des Grundstückes Nr. (...) über Jahre ausgeschlossen sei, die Rechtslage nicht als liquid erscheinen. Lässt

sich die Projektänderung bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen Baubewilligung ohnehin nicht verwirklichen und kann der Spielplatz innert kurzer Zeit entfernt werden, erscheint die verlangte Entfernung des Spielplatzes im jetzigen Zeitpunkt bei einer summarischen Beurteilung unnütz. Mithin ist zumindest fraglich, ob die Aufforderung zur sofortigen Entfernung nicht den Grundsatz der schonenden Rechtsausübung verletzt. Daran ändert offenkundig nichts, dass die Projektänderung gegenüber der ursprünglichen Variante der Zufahrt Vorteile bringt, wie dies der erstinstanzliche Richter festhielt. Diese Vorteile wären allenfalls von Bedeutung, wenn eine entsprechende Baubewilligung vorliegen würde. Die Auffassung der Vorinstanz, wonach das öffentlich-rechtliche Baubewilligungsverfahren vom zivilrechtlichen Verfahren zu trennen sei, steht einer Berücksichtigung der fehlenden rechtskräftigen Baubewilligung bei der Beurteilung der Frage, ob die Dienstbarkeitsberechtigten gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung verstossen, nicht entgegen, da diese ihre aus der Dienstbarkeit fliessenden Rechte aufgrund eines in Zukunft beabsichtigten bzw. geplanten Bauprojekts ausüben (vgl. BGE 110 II 125 E. 4 S. 126 f.). In diesem Sinne ist die Voraussetzung der klaren Rechtslage gemäss Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO nicht erfüllt.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 19. November 2014

3.9 Art. 261 Abs. 1 ZPO

Regeste:

Art. 261 Abs. 1 ZPO – Damit das Gericht vorsorglichen Massnahmen trifft, hat der Gesuchsteller den Verfügungsanspruch sowie den Verfügungsgrund und einen drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil glaubhaft zu machen. Blosser Behauptungen genügen nicht, sondern er hat dem Richter objektive Anhaltspunkte zu liefern, die für eine erhebliche Wahrscheinlichkeit des behaupteten Sachverhaltes sprechen. Mithin trifft ihn eine subjektive Behauptungs- und Beweislast.

Aus dem Sachverhalt:

Mit Kreditvertrag vom 1. bzw. 2. März 2012 gewährte B. dem A., Geschäftsführer der R. Immobiliengesellschaft mbH (nachfolgend: R. GmbH), zum Erwerb einer Immobilie in G., Deutschland, ein Darlehen im Betrag von CHF 750'000.- mit einer Laufzeit von 12 Monaten. Dieser Vertrag wurde durch die F. AG vermittelt und von Dr. C. mitunterzeichnet. Als Sicherheit wurde unter anderem die Aushändigung der Briefmarkenkollektion «Kuba» mit einem geschätzten Wert von EUR 450'000.- vereinbart. Die Briefmarkensammlung wurde bei der D. SA treuhänderisch eingelagert. Für den Fall der Nichterfüllung des Kreditvertrages wurde vorgesehen, dass B. die D. SA anweisen kann, die Briefmarkensammlung zu verwerten. Mit Eingabe vom 11. Dezember 2013 beantragte A. beim Einzelrichter am Kantonsgericht Zug, es

sei B. im Sinne einer superprovisorischen Verfügung zum Rückzug der öffentlichen Versteigerung der hinterlegten Briefmarkensammlung zu verpflichten und ihm zu verbieten, die Briefmarkensammlung zu veräussern, ausser in den vertraglich vorgesehenen Fällen. Gleichzeitig sei der D. SA zu verbieten, die Briefmarkensammlung zu versteigern oder anderweitig zu verwerten. Dem Gesuch um Anordnung von superprovisorischen Massnahmen gab der Einzelrichter gleichentags statt und ordnete die entsprechenden Verbote superprovisorisch an. Mit Endentscheid vom 3. März 2014 wies er das Gesuch ab und hob den superprovisorischen Entscheid vom 11. Dezember 2013 auf. Dagegen reichte A. Berufung beim Obergericht ein.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass (a) ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist, und (b) ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.

3.1 Als formelle Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gelten die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts sowie das Rechtsschutzinteresse des Gesuchstellers, welches etwa dann fehlt, wenn ein Massnahmebegehren bereits beurteilt wurde (*res iudicata*) oder nicht genügend bestimmt ist. Als materielle Voraussetzungen gelten das Vorhandensein eines Verfügungsanspruchs, d.h. eines wahrscheinlich begründeten, vorsorglich zu schützenden materiellrechtlichen Anspruchs, sowie eines Verfügungsgrundes, eines drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, d.h. eines Anlasses zu beschleunigtem richterlichem Handeln (vgl. zum Ganzen Sprecher, Basler Kommentar zur ZPO, 2. A., 2013, Vor Art. 261-269 N 1 ff. und Art. 261 N 10 ff.; Berti, Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess, in: ZSR 1997 II, S. 173 ff.; ferner n. publ. Entscheide Obergericht Zug, Justizkommission, JZ 2008 96 E. 2.1 vom 3. Dezember 2008 und JZ 2010 83 E. 2.2 vom 25. November 2010). In letzterem Kriterium ist die zeitliche Dringlichkeit als weitere Voraussetzung enthalten (Huber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. A., Zürich/ Basel/ Genf 2013, Art. 261 N 22). Und schliesslich ist auch das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten, indem eine Interessenabwägung vorzunehmen ist zwischen den Nachteilen, welche sich bei den Varianten Anordnung oder Nichtanordnung für die jeweils betroffene Partei ergeben (Zürcher, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 261 N 28; BGE 131 III 473 E. 2.3).

3.2 Die gesuchstellende Partei hat die Voraussetzungen des drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils und der tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen des Hauptbegehrens glaubhaft zu machen. Ein strikter Beweis ist nicht erforder-

lich, sondern es genügt ein Wahrscheinlichkeitsbeweis, da vorsorgliche Massnahmen rasch getroffen werden sollten (Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, Art. 193 N 11). Der Gesuchsteller muss demnach im vorliegenden Massnahmeverfahren keinen vollen Beweis für seine Behauptungen erbringen, sondern bloss eine gewisse Wahrscheinlichkeit für deren Richtigkeit dar- tun. Dabei genügen aber nicht bloss Behauptungen, sondern er hat dem Richter objektive Anhaltspunkte zu liefern, die für eine erhebliche Wahrscheinlichkeit des behaupteten Sachverhaltes sprechen. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache aber immerhin schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnten. Die Reduktion des Beweismasses gilt aber für beide Parteien gleichermaßen. Auch die Gegenpartei hat mit anderen Worten ihre Einreden oder Einwendungen nur glaubhaft zu machen (zum Ganzen BGE 132 III 83 E. 3.2 und 715 ff. E. 3.1; BGE 130 III 321 E. 3.3; 103 II 287 E. 2; Entscheid des Obergerichts Zug, Justizkommission, JZ 2003 53.104 vom 6. November 2003; ausführlich: Sprecher, a.a.O., Art. 261 N 50 ff.). Die Rechtslage ist vom Gericht lediglich summarisch zu prüfen (Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., Art. 193 N 11).

3.3 Trotz Beweismassreduktion gilt aber auch für das Massnahmegesuch die Verhandlungsmaxime, weshalb es nach Art. 55 Abs. 1 ZPO den Parteien obliegt, dem Richter die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Es trifft sie mithin je eine subjektive Behauptungs- und Beweislast (Urteil des Bundesgerichts 5A_117/2010 vom 5. März 2010 E. 3.3). Der Gesuchsteller muss das tatsächliche Fundament seines Begehrens dabei schlüssig behaupten, d.h. jedenfalls so detailliert schildern, dass seine Tatsachbehauptungen für den Richter nachvollziehbar sind und von diesem – soweit er sie als glaubhaft gemacht erachtet – unter eine bestimmte Norm subsumiert werden können. Folge dieser sog. Substanziierungslast ist, dass rechtserhebliche Sachverhaltelemente, die nicht, oder nicht genügend substanziiert behauptet werden, als nicht glaubhaft gemacht anzusehen sind (vgl. zum Ganzen Oberhammer, in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 55 N 12; Sutter-Somm/von Arx, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 55 N 20 ff. je m.w.H.).

4. Die Vorinstanz hat das Vorliegen eines Verfügungsanspruchs verneint. Der erstinstanzliche Richter erachtete es nicht als glaubhaft, dass der Kreditvertrag vom 1./2. März 2010 zwischen dem Gesuchsteller und dem Gesuchsgegner nichtig sei und letzterer daher keine Pfand- oder Verwertungsrechte an der Briefmarkensammlung habe. Hingegen beurteilte er die Darstellung des Gesuchsgegners als glaubhaft, wonach der Verwendungszweck des Darlehens einvernehmlich ausgeweitet worden sei und mithin nicht ein bestimmtes Immobilienobjekt mit dem Darlehen hätte erworben werden sollen. Weiter sei es aufgrund der E-Mail-Korrespondenz sowie des weiteren Verhaltens der Parteien ebenso glaubhaft, dass sämtliche Anpassungen

des Kreditvertrages auch ohne Einhaltung des im Sinne von Art. 16 OR vereinbarten Schriftformerfordernisses gemäss Ziff. 16 des Kreditvertrages vom 1./2. März 2012 gültig hätten erfolgen können. Schliesslich sei es auch glaubhaft, dass der Gesuchsgegner gestützt auf den Kreditvertrag dem Gesuchsteller insgesamt EUR 676'000.– über die R. GmbH habe zukommen lassen und der Gesuchsteller den Rückzahlungstermin am 31. Mai 2013 nicht eingehalten habe. Deshalb sei der Gesuchsgegner gestützt auf den Kreditvertrag zur privaten Verwertung der Briefmarkensammlung berechtigt.

4.1 Der Gesuchsteller moniert vorab, der erstinstanzliche Richter habe den Sachverhalt unvollständig wiedergegeben. Die Ausführungen in der Replik vom 17. Januar 2014, dass nach dem Scheitern des Kaufs des Objekts in G. erfolglos nochmals versucht worden sei, ein Investitionsobjekt in R. zu erwerben, wofür ein modifizierter Entwurf des Kreditvertrages vom 2. März 2012 erstellt worden sei, hätten keine Beachtung gefunden. Die Existenz dieses Vertrages zeige aber, dass die Parteien auch noch nach dem Untergang des Darlehensvertrages vom 2. März 2012 einen schriftlichen Vertrag mit dem Formvorbehalt des Schrifterfordernisses gewünscht hätten. Dies sei ein Indiz dafür, dass der Vertrag vom 2. März 2012 definitiv untergegangen sei und nicht mehr existiere. Der Gesuchsgegner bestreitet, dass für den geplanten Kauf der Immobilie in R. ein neuer Darlehensvertrag aufgesetzt worden ist.

Den angeblich modifizierten Entwurf des Darlehensvertrages hat der Gesuchsteller nicht eingereicht, sondern dessen Edition bei Dr. C. oder beim Gesuchsgegner beantragt. Im Vorsorgeverfahren ist die Glaubhaftmachung grundsätzlich durch sofort vorlegbare Urkunden zu erbringen (Sprecher, a.a.O., Art. 261 N 61). Selbst wenn aber dieser behauptete Vertragsentwurf existieren sollte, wäre aufgrund der Umstände damit nicht glaubhaft gemacht, dass der Darlehensvertrag vom 1./2. März 2012 definitiv untergegangen ist. Wie der Gesuchsteller selber ausführt, existiert vom angeblichen Vertrag für das Objekt in R. lediglich ein Entwurf, wobei er den Zeitpunkt der Erstellung desselben nicht erwähnt. Dieser Vertrag kam letztlich nicht zustande. Mit E-Mail vom 22. Mai 2012 teilte der Gesuchsteller Dr. C. mit, dass er vom Gesuchsgegner das «ok» zum Erwerb der Liegenschaft in R. erhalten habe. Sofern erforderlich, solle ein entsprechender Vertrag aufgesetzt werden, der sich an den Vertrag G. anlehne. Ansonsten genüge eine Bestätigung, dass sich nur die Kaufsache verändert habe und die übrigen Bedingungen gleich blieben. Den Entscheid über das weitere Vorgehen überlässt er dem Adressat der E-Mail, Dr. C. Daraus erhellt, dass der Gesuchsteller den Abschluss eines neuen Vertrages für die Investition in das Objekt in R. nicht voraussetzte, sondern eine Bestätigung der Änderung der Kaufsache als ausreichend erachtete. Demnach ging er in diesem Zeitpunkt selber von der Gültigkeit des Darlehensvertrages vom 1./2. März 2012 aus. Der vom Gesuchsteller heute vertretenen Auffassung, wonach der Darlehensvertrag im April 2012 ohne weiteres untergegangen sei, nachdem der Erwerb der Immobilie in

G. unmöglich geworden sei, kann nicht gefolgt werden. Zu Recht wies die Vorinstanz darauf hin, dass eine vertragswidrige Verwendung des Darlehens wohl eine Vertragsverletzung darstellen würde, dadurch aber der Bestand des Darlehensvertrages nicht in Frage gestellt würde (vgl. Weber, Berner Kommentar, 2013, N 51 Vor-bemerkungen zu Art. 312-318 OR; Schärer/Maurenbrecher, Basler Kommentar OR I, 5. A., 2011, Art. 312 N 18a). Dass die Parteien damals zu Recht selber nicht von der Ungültigkeit des Darlehensvertrages ausgegangen sind, zeigt auch der Abschluss der Ergänzungsvereinbarung vom 2. August 2012 zum Darlehensvertrag. Darin ist der Gesuchsteller mit dem Gesuchsgegner übereingekommen, den Verwendungszweck des vom Gesuchsgegner bereits einbezahlten Betrages von EUR 327'000.- auszudehnen, so auf den Kauf von Kraftfahrzeugen und bis zum Betrag von EUR 100'000.- auch auf private Zwecke. In dieser Ergänzung wird – anders als im zugrundeliegenden Vertrag vom 1./2. März 2012 – nicht mehr vom Erwerb einer bestimmten Immobilie gesprochen, sondern allgemein vom Erwerb von Immobilien. Diese Ergänzung entspricht offenkundig dem vereinbarten Schriftformerfordernis. Es kann daher offen gelassen werden, ob aufgrund der E-Mail-Korrespondenz ein Verzicht auf die Einhaltung des Schriftformerfordernisses seitens des Gesuchstellers glaubhaft ist. Das weitere Vorbringen des Gesuchstellers, wonach der Ergänzungsvertrag vom 2. August 2012 ein Kreditvertrag über EUR 100'000.- zwischen der R. GmbH und dem Gesuchsgegner darstelle, entbehrt aufgrund der Parteibezeichnung und dem Inhalt des Vertrages jeder Grundlage und ist nicht glaubhaft. Vielmehr ist davon auszugehen, dass mit dieser Ergänzung der Vorschlag des Gesuchstellers in der E-Mail vom 22. Mai 2012, die Vertragsbestimmung in Bezug auf den Verwendungszweck zu ändern, umgesetzt wurde.

Der erstinstanzliche Richter erachtete es somit gestützt auf die vom Gesuchsgegner eingereichten Urkunden zu Recht als glaubhaft, dass der Gesuchsteller und der Gesuchsgegner miteinander gültig vereinbart haben, dass mit dem Darlehen nicht (mehr) ein bestimmtes Immobilienobjekt zu erwerben war. Ergänzend ist anzumerken, dass eine eigentliche Zweckbindung ohnehin nicht dazu führen würde, dass für das Darlehen gestellte Sicherheiten nicht für andere Schulden verwendet werden dürfen (Schärer/Maurenbrecher, a.a.O., Art. 312 N 18a).

4.2 Sodann hält der Gesuchsteller an seiner Auffassung fest, wonach der Gesuchsgegner im Wissen um die Ungültigkeit des Vertrages vom 1./2. März 2012 auf den Abschluss eines analogen Vertrages verzichtet und direkt der R. GmbH ein Darlehen auf der Grundlage einer mündlichen Vereinbarung gewährt habe. Dies ergebe sich aus der Tatsache, dass der Gesuchsgegner die Grundpfandverschreibung von der R. GmbH erhalten habe sowie aus der buchhalterischen Erfassung der vom Gesuchsgegner an die R. GmbH geflossenen Gelder. Der Gesuchsgegner bestreitet diese Darstellung.

Der Gesuchsteller hat zur Stützung seiner Sachverhaltsdarstellung keine Urkunden

eingereicht. Im erstinstanzlichen Verfahren hat er einzig die Edition der Jahresabschlüsse der R. GmbH bei derselben beantragt und behielt sich die Einreichung weiterer Unterlagen vor. Wie bereits erwähnt, ist im Massnahmenverfahren die Glaubhaftmachung grundsätzlich durch sofort vorlegbare Urkunden zu erbringen (Sprecher, a.a.O., Art. 261 N 61). Der Gesuchsteller begründet nicht, weshalb ihm als Geschäftsführer und Gesellschafter der R. GmbH die Einreichung der entsprechenden Unterlagen nicht möglich gewesen wäre. Demgegenüber ist belegt, dass der Gesuchsgegner im Zeitraum vom 13. Juni bis 20. Dezember 2012 insgesamt EUR 676'000.- an die im Juni 2012 gegründete R. GmbH überwiesen hat. Im Darlehensvertrag vom 1./2. März 2012 wurde ausdrücklich festgehalten, dass die Zahlungen an eine noch zu bestimmende Immobilien GmbH erfolgen sollen. Gestützt darauf erachtete es der vorinstanzliche Richter zu Recht als glaubhaft, dass der Gesuchsgegner dem Gesuchsteller aufgrund des Darlehensvertrags vom 1./2. März 2012 über die R. GmbH einen Betrag von EUR 676'000.- hatte zukommen lassen. Der Gesuchsteller bestreitet denn auch nicht, das Geld aus dem Konto der R. GmbH erhalten zu haben. Im Übrigen spricht auch der belegte chronologische Sachverhaltsverlauf gegen die Behauptung des Gesuchstellers, wonach der Gesuchsgegner im Wissen um die Ungültigkeit des Darlehensvertrages vom 1./2. März 2012 direkt der R. GmbH ein Darlehen gewährt habe. Die ersten beiden Überweisungen an die R. GmbH erfolgten am 13. und 25. Juni 2012. Noch am 2. August 2012 schlossen der Gesuchsteller und der Gesuchsgegner eine Ergänzung zum Darlehensvertrag vom 1./2. März 2012 ab. Zumindest bis zu diesem Zeitpunkt gingen demnach beide Parteien davon aus, dass der Darlehensvertrag vom 1./2. März 2012 gültig ist, andernfalls hätten sie diesen offenkundig nicht ergänzt bzw. geändert, sondern hätten einen neuen Vertrag abgeschlossen. Gemäss den Erwägungen Ziffer 4.1 hiervor war der Vertrag vom 1./2. März 2012 denn auch effektiv gültig. Entsprechend bestand für den Gesuchsgegner keine Veranlassung, anstelle des gültigen Vertrages vom 1./2. März 2012 direkt der R. GmbH ein Darlehen zu gewähren. Die Darstellung des Gesuchstellers ist nicht glaubhaft.

4.3 Schliesslich stellt sich der Gesuchsteller für den Fall, dass der Vertrag vom 1./2. März 2012 als gültig erachtet würde, auf den Standpunkt, er befände sich noch nicht in Verzug. Er macht geltend, in diesem Fall müsse der Fälligkeitstermin als konkludent geändert betrachtet werden, da sich das Investitionsvorhaben um ca. sieben Monate verzögert habe. Der Gesuchsgegner bestreitet eine Änderung des Fälligkeitstermins.

Der Gesuchsteller belässt es bei einer unsubstanzierten Behauptung. So hat er nicht konkretisiert, um wie lange die Laufzeit angeblich verlängert wurde. In der unaufgefordert eingereichten Stellungnahme zur Berufungsantwort spricht er von mindestens zwei Jahren und an anderer Stelle wiederum von anderthalb bis zwei Jahren, was beides offenkundig zu unbestimmt wäre. Der Gesuchsteller hat weder irgendwelche Urkunden zur Glaubhaftmachung der Verzögerung des Investitionsvorhabens,

noch Belege für die angeblich – im Vergleich zum Objekt in G. – zeitaufwändigeren Prozesse eingereicht. Blosser Behauptungen reichen nicht aus. Eine Befragung der Parteien fällt in diesem Summarverfahren grundsätzlich ausser Betracht (Art. 248 lit. d i.V.m. Art. 254 ZPO). Gegen die Darstellung des Gesuchstellers spricht zudem, dass im Ergänzungsvertrag vom 2. August 2012 die Laufzeit des Darlehensvertrages für den Fall des Kaufs einer Immobilie bis zum 31. Dezember 2012 nicht verlängert wurde. Hingegen wurde vereinbart, dass das Darlehen am 31. Dezember 2012 zurückzahlen ist, falls bis dahin kein Immobiliengeschäft abgewickelt werden konnte. Wenn der Gesuchsteller nun nachträglich die Auffassung vertritt, aus dem angeblich späteren Erwerb eines Objekts müsse sich ein späterer Rückzahlungstermin ergeben, ist dies unbehelflich. Es ist den Parteien freigestanden, eine entsprechende Vereinbarung zu treffen bzw. den Darlehensvertrag mit der Ergänzungsvereinbarung vom 2. August 2012 in diesem Sinne anzupassen.

5. Zusammenfassend vermag der Gesuchsteller keinen Verfügungsanspruch glaubhaft zu machen, weshalb das Gesuch zu Recht abgewiesen worden ist. Der Gesuchsgegner belegt seine Sachverhaltsdarstellung mit diversen Urkunden und lässt damit die Darstellung des Gesuchstellers als unglaubhaft erscheinen. Der Einwand des Gesuchstellers, die Vorinstanz habe nicht überzeugend dargelegt, warum die Ausführungen des Gesuchsgegners glaubhafter seien, ist nach dem Gesagten unzutreffend und ohnehin unbehelflich. Gemäss den vorstehenden Erwägungen trifft den Gesuchsteller eine subjektive Behauptungs- und Beweislast. Selbst wenn die beidseitigen Vorbringen gleichermaßen glaubhaft wären, könnten die vorsorglichen Massnahmen nicht angeordnet werden (Sprecher, a.a.O., Art. 261 N 75).

Obergericht, II. Zivilabteilung, 14. Mai 2014 (eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil 4A_380/2014 vom 6. Oktober 2014 ab)

3.10 Art. 318 ZPO

Regeste:

Art. 318 ZPO – Der Berufungskläger hat grundsätzlich einen Antrag in der Sache selbst zu stellen. Anträge auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu neuer Entscheidung über blosser Aufhebungsanträge sind unzulässig.

Aus den Erwägungen:

(...)

3.1 Der Kläger beantragt die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung. Anträge, wie die Berufungsinstanz in der Sache selbst entscheiden soll, hat er nicht gestellt.

3.2 Gestützt auf Art. 318 ZPO bestätigt die Berufungsinstanz den angefochtenen Entscheid oder entscheidet neu; eine Rückweisung an die erste Instanz erfolgt nur ausnahmsweise (BGE 137 III 617 E. 4.3 S. 619). Entsprechend ist in der Berufung grundsätzlich ein reformatorischer Antrag zu stellen (vgl. Gasser/Rickli, Kurzkommentar ZPO, Zürich/St. Gallen 2010, Art. 311 N 5). Der Berufungskläger darf sich deshalb grundsätzlich nicht darauf beschränken, lediglich die Aufhebung des angefochtenen erstinstanzlichen Entscheides zu beantragen, sondern er muss einen Antrag in der Sache stellen, und zwar in den Rechtsbegehren der Berufungsschrift selbst, d.h. in den Berufungsanträgen, und nicht bloss in der Begründung. Anträge auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu neuer Entscheidung oder blosser Aufhebungsanträge machen die Beschwerde unzulässig (BGE 133 III 489 E. 3.1). Da die kantonale Berufungsinstanz volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen besitzt (Art. 310 ZPO), reicht es folglich auch im Fall, in dem der Sachverhalt von der ersten kantonalen Instanz unvollständig festgestellt wurde, nicht aus, lediglich die Aufhebung des erstinstanzlichen Entscheides und die Rückweisung der Sache an die erste kantonale Instanz zu verlangen. Mit den Berufungsanträgen soll (präzise) zum Ausdruck gebracht werden, wie genau die kantonale Berufungsinstanz entscheiden soll bzw. welche Punkte des erstinstanzlichen Entscheides (bzw. dessen Dispositives) angefochten werden und inwiefern der erstinstanzliche Entscheid abzuändern ist (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 311 N 34). Sind die Anforderungen an die Berufungsanträge nicht eingehalten, so mangelt es an einer Zulässigkeitsvoraussetzung für die Berufung und es kann darauf nicht eingetreten werden. Es handelt sich dabei nicht um einen verbesserlichen Mangel im Sinne von Art. 132 ZPO (ius.focus 1/2012, S. 17, Kommentar zum Urteil vom 9. März 2011 des Obergerichts Solothurn; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 392 Rz 910; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 12).

3.3 Zur Begründung seines Antrags auf Aufhebung des erstinstanzlichen Entscheides und Rückweisung an die Vorinstanz bringt der Kläger vor, die Überprüfung der Prozesschancen hätte die Abnahme der von ihm offerierten Beweise vorausgesetzt. Mithin habe die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt. Wie erwähnt, reicht das nicht aus, weshalb auf die Berufung nicht eingetreten werden kann.

Selbst wenn man analog der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Beschwerde in Zivilsachen annehmen wollte, ein blosser Rückweisungsantrag reiche ausnahmsweise aus, wenn das Gericht im Falle der Gutheissung in der Sache nicht selbst entscheiden könnte, weil die erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen bzw. Beweisabnahmen der Vorinstanz fehlen (vgl. BGE 132 III 186 E. 1.2 S. 188; BGE 130 III 136 E. 1.2 S. 139; BGE 125 III 412 E. 1b S. 414 mit Hinweisen) und den Parteien eine Instanz verloren ginge, wenn die Rechtsmittelinstanz diese Versäumnisse selbst nachholen und auf dieser neuen Grundlage entscheiden würde, wäre für den Kläger in casu nichts gewonnen. Die Begründung des Rückweisungsantrages hält nämlich ein-

er näheren Prüfung nicht stand. Das Gericht hat die Prozesschancen aufgrund der gegenwärtigen Aktenlage zu beurteilen (Brönnimann, in: Hunkeler [Hrsg.], Kurzkomentar zum SchKG, Basel 2009, Art. 85a N 11). Daraus erhellt, dass zur Beurteilung der Prozesschancen nicht bereits sämtliche offerierten Beweise abgenommen und gewürdigt werden müssen. Da es sich bei der Einstellung der Betreibung nach Art. 85a Abs. 2 SchKG um eine vorsorgliche Massnahme handelt (Brönnimann, a.a.O., Art. 85a N 13; Urteil des Bundesgerichts 4A_223/2011 vom 12. Juli 2011), ist grundsätzlich auf die eingereichten Urkunden abzustellen (Art. 248 lit. d i.V.m. Art. 254 Abs. 1 ZPO). Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die beantragte Parteibefragung sowie die Zeugeneinvernahme zur Abschätzung der Erfolgsaussichten der Klage nicht vorgängig durchgeführt hat. Im Übrigen wären die betreffenden Beweise bei der Beurteilung der Prozesschancen ohnehin nicht ausschlaggebend, wie sich aus der nachfolgenden Erwägung Ziff. 4 ergibt. Die Rüge des Klägers, die Vorinstanz habe den Sachverhalt nicht richtig festgestellt, ist somit unbegründet. Dem Begehren auf Rückweisung könnte daher auch bei analoger Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Beschwerde in Zivilsachen kein Erfolg beschieden sein.

Obergericht, II. Zivilabteilung, 28. Mai 2014

3.11 Art. 318 und 221 Abs. 1 lit. b ZPO

Regeste:

Art. 318 und 221 Abs. 1 lit. b ZPO – Die Berufungsschrift hat reformatorische Anträge zu enthalten. Mit den Berufungsanträgen muss zum Ausdruck gebracht werden, welche Punkte des erstinstanzlichen Entscheides bzw. dessen Dispositives angefochten werden und inwiefern der erstinstanzliche Entscheid abzuändern ist.

Aus den Erwägungen:

1. Nach Art. 311 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 314 Abs. 1 ZPO ist die Berufung gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid bei der Rechtsmittelinstanz innert 10 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides schriftlich und begründet einzureichen. In der Berufungsschrift ist im Einzelnen vorzutragen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid falsch sei und deshalb geändert werden müsse (Begründungslast). Sodann ist ein – mit Blick auf Art. 318 ZPO grundsätzlich reformatorischer – Antrag zu stellen (Gasser/Rickli, Kurzkomentar ZPO, Zürich/St. Gallen 2010, Art. 311 N 5). Aus dem Wortlaut von Art. 311 ZPO geht zwar nicht explizit hervor, dass die Berufungsschrift Anträge zu enthalten hat. Dies ergibt sich jedoch aufgrund der Pflicht zur Begründung der Berufungsschrift, welche entsprechende (zu begründende) Berufungsanträge implizit voraussetzt, von selbst (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar

zur ZPO, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 311 N 34 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; Spühler, Basler Kommentar ZPO, 2.A., Basel 2013, Art. 311 N 12). Aber auch aus Art. 221 Abs. 1 lit. b ZPO, dessen Bestimmung für die Berufungsschrift sinngemäss zur Anwendung kommt, ergibt sich, dass die Berufung konkrete Anträge zu enthalten hat (Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 371 Rz 872; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 33 mit Hinweis auf BGE 138 III 213 E. 2.3). Ein hinlänglich bestimmtes Rechtsbegehren bzw. konkrete Anträge sind als ungeschriebenes, aber selbstverständliches Formerfordernis der Berufungsschrift zu betrachten. Daraus muss sich mit hinlänglicher Deutlichkeit ergeben, dass die Partei die inhaltliche Überprüfung des angefochtenen Urteils durch eine obere Instanz verlangt und welchen Entscheid die anfechtende Partei anstrebt (Sterchi, in: Berner Kommentar ZPO, 2012, Art. 311 N 14). Der Berufungskläger darf sich deshalb grundsätzlich auch nicht darauf beschränken, lediglich die Aufhebung des angefochtenen erstinstanzlichen Entscheides zu beantragen, sondern er muss einen Antrag in der Sache stellen, und zwar in den Rechtsbegehren der Berufungsschrift selbst, d.h. in den Berufungsanträgen, und nicht bloss in der Begründung (BGE 133 III 489 E. 3.1). Geht es um eine auf Geldleistung gerichtete Forderung, so ist demnach eine Bezifferung erforderlich (BGE 137 III 617 E. 4.3). Da die kantonale Berufungsinstanz volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen besitzt (Art. 310 ZPO), reicht es folglich auch im Fall, in dem der Sachverhalt von der ersten kantonalen Instanz unvollständig festgestellt wurde, nicht aus, lediglich die Aufhebung des erstinstanzlichen Entscheides und die Rückweisung der Sache an die erste kantonale Instanz zu verlangen. Mit den Berufungsanträgen soll (präzise) zum Ausdruck gebracht werden, wie genau die kantonale Berufungsinstanz entscheiden soll bzw. welche Punkte des erstinstanzlichen Entscheides (bzw. dessen Dispositives) angefochten werden und inwiefern der erstinstanzliche Entscheid abzuändern ist (Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 34). Die Anträge sollen grundsätzlich so lauten, dass sie vom Gericht ohne Weiteres zum Urteil erhoben werden können, wenn es das Rechtsmittel gutheisst. Sind die Berufungsanträge unklar formuliert, werden sie – wie alle Rechtsbegehren – nach ihrem Sinn und Gehalt ausgelegt, wobei eine objektive Auslegung nach allgemeinen Grundsätzen und unter Berücksichtigung von Treu und Glauben zu erfolgen hat (Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 35 mit Hinweis auf BGE 105 II 149 E. 2a; 82 III 145 E. 1). Die Berufungsanträge stellen gewissermassen das «Kernstück» der Berufungsschrift dar (Schüepp, Der Berufungsantrag im Zivilprozess, unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich, Diss. Zürich 1979, S. 43).

Sind die Anforderungen an die Berufungsanträge nicht eingehalten, so mangelt es an einer Zulässigkeitsvoraussetzung für die Berufung und es kann darauf nicht eingetreten werden. Es handelt sich dabei nicht um einen verbesserlichen Mangel im Sinne von Art. 132 ZPO (ius.focus 1/2012, S. 17, Kommentar zum Urteil vom 9. März 2011 des Obergerichts Solothurn; Seiler, a.a.O., S. 392 Rz 910; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 12). Die 10-tägige Berufungsfrist nach Art. 314 Abs. 1 ZPO ist eine geset-

zliche Frist und kann nicht erstreckt werden (Art. 144 Abs. 1 ZPO). Eine Nachfristansetzung zur Behebung mangelhafter bzw. ungenügender Berufungsanträge würde aber auf eine Verlängerung der nicht erstreckbaren Rechtsmittelfrist hinauslaufen (vgl. Sterchi, a.a.O., Art. 311 N 21 f; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 35).

2.1 Der Berufungsantrag des Gesuchsgegners, «der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und es sei der Berufungsklagten ein hypothetisches Einkommen von Januar 2013 bis und mit November 2013 in der Höhe von maximal CHF 5'000.– anzurechnen», genügt den gesetzlichen Anforderungen, wie sie eben dargelegt wurden, nicht. Im vorinstanzlichen Entscheid wird der Gesuchsgegner u.a. verpflichtet, der Gesuchstellerin für eine bestimmte Dauer einen Unterhaltsbeitrag in bestimmter Höhe zu bezahlen. Diesen Entscheid ficht der Gesuchsgegner an. Es geht in der Sache also um die Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe und für welchen Zeitraum der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin einen Unterhaltsbeitrag zu bezahlen hat. Der Berufungskläger hat mithin in seinem Antrag entweder zu verlangen, dass der Gesuchstellerin kein Unterhaltsbeitrag oder aber ein solcher in lediglich reduzierter Höhe zugesprochen wird, wobei er im zweiten Fall die Höhe zu beziffern hat. Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens, wie er das in seinem Antrag verlangt, stellt hingegen lediglich den Grund für die Verneinung oder ein Bemessungskriterium für die Festsetzung eines allfälligen Unterhaltsbeitrages dar. Aus dem Rechtsbegehren des Gesuchsgegners geht nun nicht hervor, ob er der Auffassung ist, dass er der Gesuchstellerin keinen Unterhaltsbeitrag zu leisten habe, wenn ihr ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist, oder ob er bei dieser Vorgabe zwar anerkennt, einen solchen zu schulden, nicht aber in der von der Vorinstanz festgesetzten Höhe. Das lässt sich auch der Berufungsbegründung nicht entnehmen. Es kommt hinzu, dass er von einem Maximalbetrag des anrechenbaren hypothetischen Einkommens spricht, so dass auch deswegen unklar bzw. offen bleibt, ob er mit seiner Berufung eine gänzliche Verweigerung oder lediglich eine Reduktion des von ihm zu bezahlenden Unterhaltsbeitrages beantragt. Dass dem Berufsbegehren nicht klar entnommen werden kann, was der Gesuchsgegner materiell fordert bzw. inwiefern der angefochtene Entscheid geändert werden soll, zeigt sich auch darin, dass er im vorinstanzlichen Verfahren in seinem Eventualantrag Ziff. 3 noch selbst verlangt hatte, er sei zur Zahlung angemessener Unterhaltsbeiträge von maximal CHF 3'920.– für eine Zeitdauer bis maximal Ende November 2013 zu verurteilen, wenn auf das Gesuch einzutreten sei. Man muss sich deshalb fragen, ob dem Gesuchsgegner, sollte er mit seiner Berufung die Verweigerung jeglicher Unterhaltszahlungen gegenüber der Gesuchstellerin verlangen, überhaupt die vorausgesetzte Rechtsmittelbeschwerde zukäme. Soweit der Gesuchsteller mit seiner Berufung die Feststellung des anrechenbaren hypothetischen Einkommens der Gesuchstellerin verlangen sollte, würde es sich dabei um einen neuen Antrag und damit um eine unzulässige Klageänderung handeln, nachdem weder geltend gemacht wird noch sonst wie ersichtlich ist, dass diese Klageänderung auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht (Art. 317 Abs. 2 ZPO). Überdies würde ihm für eine solche

Feststellung aber offensichtlich auch das notwendige Rechtsschutzinteresse fehlen, weshalb darauf auch aus diesem Grunde nicht eingetreten werden könnte. Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens beschlägt lediglich die Frage nach der Leistungsfähigkeit der Parteien. Steht diese fest, ist über die Frage des gebührenden Lebensbedarfs noch nichts gesagt. Dieser richtet sich grundsätzlich nach den zuletzt gelebten Verhältnissen vor der Trennung. Der Gesuchsgegner hätte in seinem Berufungsantrag klar sagen müssen, ob der Gesuchstellerin überhaupt ein Unterhaltsbeitrag zuzusprechen sei und – falls ja – in welcher (allenfalls maximalen) Höhe. Die Vorinstanz hat im Übrigen auch eine Überschussverteilung vorgenommen, und es wird nicht klar, ob der Gesuchsgegner einer solchen Verteilung opponiert, wenn der Gesuchstellerin ein hypothetisches Einkommen angerechnet würde. Genügt der genannte (Haupt-)Berufungsantrag mithin den gesetzlichen Anforderungen nicht, kann darauf nicht eingetreten werden.

2.2 Auch auf den Eventualberufungsantrag, wonach der Entscheid aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen sei, kann nicht eingetreten werden. Es ist nämlich nicht ersichtlich, weshalb eine Rückweisung in Betracht kommen sollte, und der Gesuchsgegner legt das denn auch nicht dar (BGE 133 III 489 E. 3.1). Abgesehen davon ist ohnehin in aller Regel ein Antrag in der Sache erforderlich, ansonsten auf die Berufung nicht einzutreten ist. Der Rechtsmittelkläger kann sich nicht damit begnügen, die Aufhebung des erstinstanzlichen Entscheids und die Rückweisung an die Vorinstanz zu verlangen. In seinem Rechtsbegehren muss er vielmehr angeben, welchen materiellen Ausgang des Verfahrens er anstrebt. Dieses Erfordernis ergibt sich – wie bereits ausgeführt – daraus, dass das Berufungsgericht einen reformatorischen Entscheid fällen können soll (vgl. Art. 318 ZPO), d.h. dass die Berufung grundsätzlich reformatorische und nicht bloss kassatorische Wirkung hat. Die Rechtsbegehren sind – wie ebenfalls bereits an anderer Stelle erwähnt – so zu formulieren, dass sie bei Gutheissung des Rechtsmittels zum Dispositiv des Berufungsentscheids erhoben werden könnten (vgl. BGE 137 III 617; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 34 f. vgl. Entscheid des Kantonsgerichts Basellandschaft, Abteilung Zivilrecht, vom 25. Juni 2013, Fall-Nr. 400 13 90).

Obergericht, II. Zivilabteilung, 7. Mai 2014 (eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil 5A_481/2014 vom 12. August 2014 ab)

B

Stichwortverzeichnis

Uuml;bersetzung in Muttersprache, 207

ouml;ffentlich-rechtliche Forderungen, 208

Alters- und Hinterlassenenversicherung, 192

Anspruchsvoraussetzungen, 151

Arbeitnehmer, 104

Arbeitslosenversicherung: Die Anspruchsvoraussetzungen fuuml;r den Bezug von Arbeitslosenentschauml;digung erfuuml;llen auch Personen, deren Erwerbstauml;tigkeit und/oder Arbeitsbemuuml;hungen teilweise im Ausland und teilweise in der Schweiz erfolgen., 151

Arbeitslosenversicherung: Kein Anspruch auf Arbeitslosenentschauml;digung, wenn die versicherte Person wauml;hrend der Rahmenfrist fuuml;r die Beitragszeit nicht eine mindestens zwouml;lfmonatige beitragspflichtige Beschauml;ftung nachweisen kann., 169

Aufenthalt, 205

Aufenthaltsbewilligung, 95

Aufsichtsbeschwerde: Regierungsrat als Aufsichtsinstanz, 22

Auslegung, 104

Bouml;s- oder mutwilliger Prozessfuuml;hrung: Kostentragung, 284

Baubewilligung, 77

Baubewilligung, Pflicht zu, 71

Beitragspflicht, Beginn der, 128

Berufliche Vorsorge, 128

Berufungsverfahren: Anforderungen an die Berufungsantrauml;ge, 304

Berufungsverfahren: Beruuml;cksichtigung von neuen Tatsachen und Beweismitteln, 294

Berufungsverfahren: Inhalt des Replikrechts, 280

Beschwerdefrist, 30

Beschwerdefrist, Berechnung der, 119

Beschwerdefrist, Einhaltung, 6

Besuchsrecht: Voraussetzungen fuuml;r den Entzug, 229

Datenschutz, 110

Denkmalschutz, 53, 64

Eheschutzverfahren, 222

Eheschutzverfahren: Zustauml;ndigkeit, 219

Einkommen, steuerbares, 116

Einsichtnahme in Akten abgeschlossener Verfahren, 276

Einzelrichterkompetenz, 206

Entschauml;digung: Entschauml;digung der Aufwendungen fuuml;r die angemessene Ausuuml;bung der Verfahrensrechte, 274

Erbantritt unter ouml;ffentlichem Inventar, 208

- Erlass einer Ruuml;ckforderung, 137
 Erledigungsfrist (fuuml;nf Arbeitstage), 207
 Ermahnung als Aufsichtsmaassnahme, 9
 Ersatzbeschaffung, 123
- Fuuml;rsorgerische Unterbringung, 205–207
 Fristenlauf, 119
- Guuml;ltigkeit eines Vorsorgeauftrags, 201
 Gebuuml;hren fuuml;r Amtshandlungen und Beistandsentschauml;digungen, 208
 Gemeindeversammlung: Voraussetzungen fuuml;r eine guuml;ltige Abstimmung an
 Gemeindeversammlungen, 258
 Gemeingebrauch, gesteigerter, 71
 Gleichheitsgebot, 22
 Grundstuuml;ckerwerb durch Personen im Ausland, 83
 Grundstuuml;ckgewinnsteuer, 123
- Hauml;rte, grosse, 137
 Hilfsmittel, 192
- Interessenabwauml;gung, 71, 95
 Invalidenversicherung, 160
- Kinderzulagen, 137
 Kinderschutzmassnahmen, 199
 Klinikaufenthalt, stationauml;rer, 181
 Korporation, 22
 Kostentragungspflicht: Bei mutwilliger Prozessfuuml;hrung, 285
 Krankenversicherung, Leistungspflicht: Verneinung des Anspruches auf stationauml;ren
 Aufenthalt nach Kniearthroskopie; Voraussetzungen und Kriterien zur Beurteilung
 der Leistungspflicht WZW Kriterien: Wirksamkeit, Zweckmauml;ssigkeit
 und Wirtschaftlichkeit., 181
 Krankenversicherung, Pflichtleistung, 173
- Legitimation zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde, 9
- Militauml;rsversicherung; adauml;quater Kausalzusammenhang: Beurteilung der Un-
 fallkausalitauml;t eines subjektiven Tinnitus hat nach der sogenannten
 Psycho-Praxis zu erfolgen., 143
- Nauml;herbaurecht, 77
 Nachahmung fremder Erzeugnisse, 234
 Nichtigkeit einer Verfuuml;gung: Voraussetzungen der Feststellung, 247
 Noven: Beruuml;cksichtigung von neuen Tatsachen und Beweismitteln im Berufungsver-
 fahren, 294

Obhutszuteilung, 225

Organisationsmangel: Folgen, 217

Persouml;nliche Freiheit, 15

Personalverleih, 104

Psychopraxis, 143

Rahmenfrist fuuml;r die Beitragszeit, 169

Rayonverbot, 15

Rechtliches Gehouml;r, 207

Rechtsmittelbelehrung, Pflicht zur, 6

Rechtsschutz in klaren Fauml;llen: Eintretensvoraussetzungen, 295

Schuldzinsen, Abzugsfauml;higkeit, 116

Sicherheit fuuml;r die Parteientschauml;digung: Begriff der Zahlungsunfauml;higkeit,
281

Sonderprouml;fung: Voraussetzungen fuuml;r die gerichtliche Anordnung, 211

Sozialhilfe: Wahrheitspflicht und Ruuml;ckerstattungspflicht, 110

Steueraufschub, 123

Stimmrechtsbeschwerde, 30, 44

Strafrecht: Vorgehen bei der Strafzumessung, 248

Strafzumessung: Vorgehen bei der Strafzumessung, 248

Tragweite eines Rechtsgeschauml;fts, 201

Treu und Glauben, Vertrauensschutz, 6

Umschulung, 160

Unfallkausalitauml;t, adauuml;quater Kausalzusammenhang, 143

Unguuml;ltigkeit von Wahlzetteln, 30

Unterstellung unter Gesamtarbeitsvertrag, 128

Untersuchung, genetische, 173

Urteilsfauml;higkeit, 201

Verhauml;ltismauml;ssigkeit, 53

Verhauml;ltismauml;ssigkeitsprinzip, 15

Vertrauensprinzip, 83

Verwandtenunterstouml;tzung, 110

Vorfragen, zivilrechtliche, 77

Vorsorgliche Beweisfuuml;hrung, 290

Vorsorglichen Massnahmen: Voraussetzungen fuuml;r die Anordnung, 298

Wahl- und Abstimmungsfreiheit, 44

Wahlquoren, 44

Wechsel der zustauml;ndigen KESB, 199

Widerruf, 95

Wiedererwauml;gung, 64

Wohnsitz, 83

Zustauml;ndigkeit, ouml;rtliche (KESB), 199

Zustauml;ndigkeit, ouml;rtliche (Verwaltungsgericht), 205, 206

Zustellfiktion, 119

Zustellung durch ouml;ffentliche Publikation: Voraussetzungen, 287