Inhaltsverzeichnis

III

Staats- und Verwaltungsrecht 5

1 Ausländerrecht 5

2 Bau- und Planungsrecht 13

3 Denkmalschutz 68

4 Kindes- und Erwachsenenschutzrecht 88

5 Personalrecht 93

6 Politische Rechte und Bürgerrecht 110

7 Sozialversicherungsrecht 128

8 Steuerrecht 193

9 Strassenverkehrsrecht 224

B

Stichwortverzeichnis 229

III. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Ausländerrecht

1.1 Art. 43, 51 Abs. 2, 61 Abs. 2, 62 lit. b, 63 Abs. 1 lit. b, Abs. 2, 96 AuG, Art. 79, 80 lit. a VZAE, Art. 13 Abs. 1 BV, Art. 8 EMRK, Art. 27 VRG

Regeste:
Art. 43, 51 Abs. 2, 61 Abs. 2, 62 lit. b, 63 Abs. 1 lit. b, Abs. 2, 96 AuG, Art. 79, 80 lit. a VZAE, Art. 13 Abs. 1 BV, Art. 8 EMRK, Art. 27 VRG – Die Niederlassungsbewilligung erlischt von Gesetzes wegen, wenn sich eine ausländische Person mehr als sechs Monate lang im Ausland aufhält. Sie kann widerrufen werden, wenn der Ausländer zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt worden ist oder wenn er in schwerwiegender Weise gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen hat. Der Anspruch auf (umgekehrten) Familiennachzug scheitert am Vorliegen von Widerrufsgründen. In der aufgrund der Kann-Vorschrift notwendigen Interessenabwägung überwiegt das öffentliche Interesse an der Fernhaltung des Ausländers insbesondere dann, wenn er von seiner Ehefrau getrennt ist, sich nicht mehr bei ihr und den Kindern aufgehalten und diese auch nicht finanziell unterstützt hat. Die Rückkehr in die Heimat ist in casu selbst einem 31-Jährigen zumutbar, der seit seinem dritten Lebensjahr in der Schweiz lebt.

Aus dem Sachverhalt:

Das AFM verfügte am 15. Januar 2014 den Widerruf der Niederlassungsbewilligung von XY. Es begründete die Verfügung damit, dass er sich vom 20. Februar 2013 bis 23. Oktober 2013 im Ausland aufgehalten habe. Er mache geltend, er sei vom 4. bis 6. Juni 2013 bei der Schwiegermutter in der Schweiz gewesen. Diese Aussage werde jedoch in keiner Weise substantiiert und sei anzuzweifeln. Sollte die Niederlassungsbewilligung trotz der vom AFM skizzierten Sach- und Rechtslage gestützt auf Art. 61 Abs. 2 des Ausländergesetzes (AuG, SR 142.20) nicht als erloschen qualifiziert werden können, so sei sie zu widerrufen. Dies sei gestützt auf Art. 63 Abs. 1 Bst. a AuG i.V.m. Art. 62 Bst. b AuG möglich, wenn der Ausländer zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt worden sei. XY sei 2012 zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten und bereits 2006 bedingt zu 15 Monaten Gefängnis verurteilt worden. Gleichzeitig stehe fest, dass er mit seinen zahlreichen Delikten wiederholt und in schwerwiegender Weise gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen habe und somit auch einen Widerrufsgrund gemäss Art. 63 Abs. 1 Bst. b AuG gesetzt habe. Die öffentliche Hand habe auch für die Alimenten-Bevorschussung gegenüber seiner Familie einspringen müssen. Aufgrund der Vorgeschichte bestehe eine erhebliche Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Das öffentliche Interesse an seiner Fernhaltung überwiege somit dessen privates Interesse am weiteren Verbleib in der Schweiz. Eine Berufung auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK sei in Frage gestellt, da er von seiner Ehefrau getrennt sei, sich nicht mehr bei der Ehefrau und den Kindern aufgehalten und diese auch nicht finanziell unterstützt habe. Schliesslich sei die Rückkehr in seine Heimat zumutbar, da er die Sprache

beherrsche und zur Verhinderung der Inhaftierung sogar freiwillig in die Heimat gereist sei. Die von XY beim Regierungsrat erhobene Beschwerde gegen diesen Entscheid wies dieser mit Beschluss vom 19. August 2014 ab, unter Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 18. September 2014 beantragte er, der Regierungsratsbeschluss sei vollumfänglich aufzuheben, unter Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverbeiständung vor dem Gericht wie vor der Vorinstanz. Mit Verfügung vom 27. November 2014 wies der Kammervorsitzende das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit des Rechtsbegehrens ab. Mit Urteil vom 25. Februar 2015 wies die Kammer die Beschwerde gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege und -verbeiständung ab. In der Folge bezahlte der Beschwerdeführer den erhobenen Kostenvorschuss. Das Verwaltungsgericht wies die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

2. a) Gemäss Art. 61 Abs. 2 AuG erlöschen die Aufenthalts- und die Niederlassungsbewilligung nach sechs Monaten, wenn die Ausländerin oder der Ausländer die Schweiz verlässt, ohne sich abzumelden. Gemäss der Rechtsprechung zu Art. 61 Abs. 2 AuG bzw. zum früheren Art. 9 Abs. 3 lit. c ANAG (vgl. zu ihrer Massgeblichkeit Urteil 2C_853/2010 vom 22. März 2011 E. 5.1) erlischt demgemäss die Niederlassungsbewilligung, wenn sich ein Ausländer während sechs aufeinanderfolgenden Monaten ununterbrochen im Ausland aufhält, wobei es weder auf die Motive der Landesabwesenheit noch auf die Absichten des Betroffenen (z. B. gesundheitliche Gründe oder Freiheitsentzug im Ausland) ankommt (BGE 120 Ib 369 E. 2c und d S. 372 f.; 112 Ib 1 E. 2a S. 2 f.; vgl. auch Urteile 2C_831/2010 vom 27. Mai 2011 E. 5.1 und 2C_43/2011 vom 4. Februar 2011 E. 2). Beim Ablauf der Frist liegt ein zwingender Untergangsgrund vor (Entscheid 2A.51/2003 vom 5. November 2003 E. 3.2). Auf Gesuch hin kann die Niederlassungsbewilligung während vier Jahren aufrechterhalten werden. Gemäss Art. 79 VZAE werden die Fristen nach Art. 61 Abs. 2 AuG durch vorübergehende Besuchs-, Tourismus- oder Geschäftsaufenthalte in der Schweiz nicht unterbrochen (Abs. 1), d.h. die Niederlassungsbewilligung erlischt, wenn die ausländische Person während eines grösseren Zeitraums landesabwesend ist und jeweils vor Ablauf von sechs Monaten für beschränkte Zeit in die Schweiz zurückkehrt, so zu Besuchszwecken (vgl. Urteil 2C_471/2012 vom 18. Januar 2013 E. 4.1 mit Hinweisen; Silvia Hunziker, in: Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], 2010, Art. 61 N. 21). Das Gesuch um Aufrechterhaltung der Niederlassung muss vor Ablauf der sechsmonatigen Frist nach Art. 61 Abs. 2 AuG eingereicht werden (Abs. 2).

b) Gemäss den Akten war der Beschwerdeführer unmittelbar vor dem auf den 18. März 2013 anberaumten Antritt der Verbüssung seiner Freiheitsstrafe in der Strafanstalt Wauwilermoos untergetaucht, worauf er im RIPOL ausgeschrieben wurde. Gemäss den vorliegenden Akten hielt er sich anlässlich eines missbräuchlichen Benzinbezugs vom 20. Februar 2013 letztmals nachweislich in der Schweiz auf, bevor er am 23. Oktober 2013 im Rahmen der Auslieferung wieder in die Schweiz kam. Zur Überstellung kam es, nachdem XY am 29. Juni 2013 am

Flughafen in Montenegro verhaftet worden war. Damit erscheint die rechtliche Beurteilung dieses Sachverhaltselements durch Vorinstanz und Kammervorsitzenden ohne Weiteres als zutreffend. Der Beschwerdeführer erbringt in keiner Weise irgendwelche Nachweise, dass er die Schweiz tatsächlich später verlassen hätte, vielmehr bestätigte er selber, der Schweiz «Anfang März 2013» den Rücken zugekehrt zu haben. Abgesehen davon, dass das letzte Lebenszeichen in der Schweiz eine deliktische Handlung darstellt, ist unter den gegebenen Umständen der Beginn der gesetzlichen Frist von 6 Monaten ohne Willkür spätestens am Termin des unterlassenen Strafantritts vom 18. März 2013 festzumachen, womit bis zur Rückkehr in die Schweiz am 23. Oktober 2013 die Frist für den Verfall der Niederlassungsbewilligung klar erreicht worden ist. Die sechsmonatige Frist wird aber durch angebliche vorübergehende Besuchs-, Tourismus- oder Geschäftsaufenthalte in der Schweiz nicht unterbrochen (Art. 79 Abs. 1 VZAE). Im Übrigen trifft den Beschwerdeführer im Verfahren eine Mitwirkungspflicht (Urteil 2C_471/2012 vom 18. Januar 2013 E. 4.2.1). Auch vor Gericht hat er aber nichts Substantielles zur Erhellung dieses für den Fall so wichtigen Sachverhaltselements beigetragen. Allenfalls nachzusuchende, nicht einmal anerbotene Aussagen von Verwandten oder Bekannten wären demgegenüber nicht geeignet, die behaupteten Tatsachen nachzuweisen. Wenn er ganz offensichtlich zur Vermeidung des drohenden Strafvollzugs seinen Lebensmittelpunkt in seine Heimat verlegte, kann er sich nicht sinngemäss nachträglich mit dem von ihm gar nicht erst versuchten Nachweis seines genauen Ausreisetermins ausländerrechtlich zu entlasten versuchen, um das Erlöschen der Niederlassungsbewilligung zu vermeiden. Auch das unfreiwillige Verweilen im Ausland, z. B. aus gesundheitlichen Gründen, geschweige denn aus Gründen der Flucht vor seiner strafrechtlichen Verantwortung, hat das Erlöschen der Bewilligung zur Folge. Deren Verlust steht die – unfreiwillige, durch Auslieferung erzwungene – Rückkehr des Beschwerdeführers in die Schweiz nicht entgegen. Die Rückkehr alleine lässt eine vor dieser Rückkehr erloschene Bewilligung nicht wieder automatisch aufleben (Urteil 2C_609/2011 vom 3. April 2012 E. 3.8). Sind die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, erlischt die Niederlassungsbewilligung von Gesetzes wegen (Art. 61 AuG; Urteil 2C_831/2010 vom 27. Mai 2011 E. 5.4). Bei dieser zwingenden Rechtsfolge kann eine Prüfung der Verhältnismässigkeit bzw. eine Güterabwägung gar nicht mehr stattfinden. Daher ist davon auszugehen, dass die Vorinstanzen zu Recht entschieden haben, dass die Niederlassungsbewilligung gemäss Art. 61 Abs. 2 AuG erloschen ist. Besteht gar kein Ermessensspielraum, innerhalb dessen eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen wäre (Art. 96 Abs. 1 AuG), laufen alle entsprechenden Argumente des Beschwerdeführers an dieser Stelle ins Leere. Gestützt darauf ist auf die entsprechenden Vorbringen hier nicht näher einzugehen.

c) Aufgrund des Erlöschens seiner Niederlassungsbewilligung untersteht der Beschwerdeführer wie ein Neueinreisender den allgemeinen Zulassungsbestimmungen des AuG und der VZAE, wobei eine erleichterte Wiederzulassung gemäss Art. 30 Abs. 1 lit. k AuG i.V.m. Art. 49 und 50 VZAE oder allenfalls in Anerkennung eines persönlichen Härtefalls im Sinne von Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG möglich ist (vgl. Silvia Hunziker, a.a.O., Art. 61 N 30). Grundsätzlich ist das entsprechende Gesuch an das Amt für Migration zur Beurteilung zurückzuweisen, da im Beschwerdeverfahren zwar neue Begehren gestellt werden dürfen, indes nur im Rah-

men des Anfechtungsgegenstands. Zudem würde eine Wiederzulassung erst aktuell, wenn das Erlöschen der Niederlassung rechtskräftig festgestellt wäre. Anderseits kann erwogen werden, dass der Beschwerdeführer eventualiter die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Sinne einer – im Vergleich zum Widerruf der Niederlassungsbewilligung – milderen Massnahme beantragt, und sich die Vorinstanz auch unter diesem Gesichtspunkt bereits zu den – grundsätzlich übereinstimmenden – Bewilligungsvoraussetzungen geäussert hat. Sollte der Beschwerdeführer aber den Widerrufsgrund nach Art. 62 lit. b AuG gesetzt haben und der Widerruf verhältnismässig sein, sind auch die Voraussetzungen zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nicht erfüllt (vgl. Urteil 2C_254/2010 vom 15. Juli 2010 E. 4.3) und somit der Eventualantrag erst recht ebenfalls abzuweisen, worauf unter Ziffer 3 zurückzukommen ist.

d) Was im Weiteren die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung mit dem Zweck des Verbleibs bei der Ehegattin betrifft, so ist festzustellen, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt. Gemäss Art. 44 AuG ist der Familiennachzug aber nur möglich, wenn die Ehegatten zusammenwohnen, eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist und wenn sie nicht auf Sozialhilfe angewiesen sind. Gemäss eigenen Aussagen gegenüber den Vorinstanzen und dem Gericht lebt der Beschwerdeführer seit der Entlassung aus der Strafanstalt nicht mit seiner Ehefrau und den Kindern zusammen. Er pflegt aber wieder einen regelmässigen Kontakt mit Ehefrau und Kindern. Ausserdem ist die Ehefrau von der Sozialhilfe und der Alimenten-Bevorschussung abhängig und somit nicht in der Lage, selbst für sich und ihre beiden Kinder zu sorgen. Folglich spricht Art. 44 Bst. c AuG gegen die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für den Beschwerdeführer.

3. a) Abgesehen von der klar festzustellenden Verwirkung der Niederlassungsbewilligung des Beschwerdeführers ist zu deren von der Vorinstanz gleichzeitig ausgesprochenem Widerruf festzustellen, dass gemäss Art. 63 AuG die Niederlassungsbewilligung widerrufen werden kann, wenn: a. die Voraussetzungen nach Artikel 62 Buchstabe a oder b erfüllt sind; b. die Ausländerin oder der Ausländer in schwerwiegender Weise gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet; c. die Ausländerin oder der Ausländer oder eine Person, für die sie oder er zu sorgen hat, dauerhaft und in erheblichem Mass auf Sozialhilfe angewiesen ist (Abs. 1). Die Niederlassungsbewilligung von Ausländerinnen und Ausländern, die sich seit mehr als 15 Jahren ununterbrochen und ordnungsgemäss in der Schweiz aufhalten, kann nur aus Gründen von Absatz 1 Buchstabe b und Artikel 62 Buchstabe b widerrufen werden (Abs. 2). Nach Art. 62 lit. b AuG kann die zuständige Behörde Bewilligungen und andere Verfügungen nach diesem Gesetz u.a. widerrufen, wenn die Ausländerin oder der Ausländer: b. zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde oder gegen sie eine strafrechtliche Massnahme im Sinne von Art. 64 oder Artikel 61 des Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) angeordnet wurde.

b) Der Beschwerdeführer hält sich seit 1987 und damit mehr als fünfzehn Jahren in der

Schweiz auf. Seine Niederlassungsbewilligung kann widerrufen werden, da eine längerfristige Freiheitsstrafe im Sinne von Art. 62 lit. b AuG dann gegeben ist, wenn die ausländische Person zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr verurteilt wurde (BGE 135 II 377 E. 4.2). Ob die Strafe bedingt, teilbedingt oder unbedingt ausgesprochen wurde, spielt keine Rolle (vgl. BGer 2C_453/2011 vom 28. November 2011 E. 2.2.1 mit Hinweis). Der Beschwerdeführer wurde zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten verurteilt, die er in der Strafanstalt Zug verbüsste. Im Jahr 2006 wurde er bereits zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 15 Monaten verurteilt. Bei beiden Freiheitsstrafen handelt es sich somit um solche, die länger als ein Jahr dauern. Was der Beschwerdeführer diesbezüglich vorbringt, kann nicht gehört werden, so etwa, dass seine Vorgeschichte zwar alles andere als vorbildlich sei, doch die Summe der kleinen Verstösse, ja «Bagatelldelikte», die bedingt ausgesprochene und unbedingte, aber nicht mehr als zweijährige Freiheitsstrafe nicht die Normanforderungen von Art. 62 AuG mit der wortwörtlichen Bedingung der «langjährigen» – recte aber «längerfristigen» – Freiheitsstrafe erfüllten. Die Widerrufsregelung ist gerade Teil des Gesetzes, das gemäss den Worten des Beschwerdeführers als «weiteren Zweck» die Integration der Ausländer und die Einzelfallbetrachtung hat. Vielmehr verfängt seine beschönigende Darstellung, in Berücksichtigung der klaren bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der in Tat und Wahrheit schwerwiegenden Delikte offensichtlich nicht. Beispielsweise hat der Beschwerdeführer am 21. Juni 2008 mit einem Metallrohr mehrfach gegen den Kopf, den Oberkörper und die Beine einer Person eingeschlagen sowie dieser Person Faustschläge gegen die Beine, die Schulter und das Gesicht versetzt und damit deren körperliche Integrität verletzt. Das Opfer erlitt ein perforiertes Trommelfell sowie Rissquetschwunden, die genäht werden mussten. Der Widerrufsgrund von Art. 62 lit. b AuG liegt beim Beschwerdeführer klarerweise vor.

c) Die Bewilligung kann sodann gemäss Art. 62 Ingress und lit. c AuG auch widerrufen werden, wenn der Ausländer erheblich oder wiederholt gegen die Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat. Davon ist auszugehen, wenn die betreffende Person «wiederholt, erheblich und unbeeindruckt von strafrechtlichen Massnahmen gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung unseres Landes verstossen hat und damit zeigt, dass sie auch zukünftig weder gewillt noch fähig ist, sich an die Rechtsordnung zu halten» (BBl 2002 3810). Das Strafgericht hielt in seinem Urteil vom 21. November 2011 fest, das Verschulden des Beschwerdeführers wiege schwer. Ausserdem habe er die Straftat während einer laufenden Probezeit begangen. Darüber hinaus hat der Beschwerdeführer auch mit seinen weiteren zahlreichen Delikten wiederholt und auf Grund ihrer Gesamtheit in schwerwiegender Weise gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen. Nicht zuletzt zeigte auch seine Abreise bzw. Flucht nach Serbien, mit der er der anzutretenden Freiheitsstrafe entgehen wollte, die Gleichgültigkeit und Geringschätzung des Beschwerdeführers gegenüber der schweizerischen Rechtsordnung. Dem AFM hatte er kurz vorher im rechtlichen Gehör zum Entzug der Niederlassungsbewilligung noch erklärt, zu seinen Verfehlungen zu stehen und am 18. März 2013 seine Strafe anzutreten. Darüber hinaus liegt nach Art. 80 Bst. a VZAE auch bei mutwilliger Nichterfüllung von öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Verpflichtungen ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung vor. Durch das Verhalten

des Beschwerdeführers musste die öffentliche Hand für die von ihm gegenüber seiner Frau und seinen Kindern geschuldeten Alimente aufkommen. Er ist somit seinen Verpflichtungen in schwerwiegender Weise nicht nachgekommen, womit offensichtlich auch der Widerrufsgrund von Art. 62 Bst. c AuG beim Beschwerdeführer gegeben ist. Weiter liegt nach Art. 62 Bst. e AuG ein Widerrufsgrund vor, wenn die Ausländerin oder der Ausländer oder eine Person, für die sie oder er zu sorgen hat, auf Sozialhilfe angewiesen ist. Wie aus den Akten hervorgeht, sind die Ehefrau und die Kinder des Beschwerdeführers seit 1. Januar 2012 von der Sozialhilfe abhängig. Die Alimentenschulden beliefen sich per 1. November 2014 auf Fr. 54'000.–. Demnach ist auch dieser zusätzliche Widerrufsgrund gegeben und liegen beim Beschwerdeführer somit mehrere Widerrufsgründe nach Art. 62 AuG vor.

4. a) Die Kinder des Beschwerdeführers besitzen eine Niederlassungsbewilligung, weshalb sich der Beschwerdeführer diesbezüglich auf den sogenannten umgekehrten Familiennachzug nach Art. 43 AuG beruft. Gemäss dieser Bestimmung haben ausländische Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren von Personen mit Niederlassungsbewilligung Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit diesen zusammenwohnen (Abs. 1). Nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren haben die Ehegatten Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung (Abs. 2). Kinder unter zwölf Jahren haben Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung (Abs. 3). Allerdings erlischt gemäss Art. 51 AuG (Erlöschen des Anspruchs auf Familiennachzug) der Anspruch nach Art. 43 AuG, wenn Widerrufsgründe nach Artikel 62 vorliegen, was hier wie erwähnt der Fall ist.

b) Diesbezüglich gilt, dass das Vorliegen von Erlöschensgründen nach Art. 51 AuG nicht automatisch zum Erlöschen des Anspruchs führt, da es sich bei der Bestimmung, auf welche verwiesen wird (Art. 62 AuG), um eine «Kann-Vorschrift» handelt. Eine Nichterteilung ist nur dann gerechtfertigt, wenn diese Massnahme im Einzelfall gestützt auf eine Güterabwägung verhältnismässig erscheint (Martina Caroni, in: Caroni/Gächter/Thurnherr, Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Art. 51 N 3), wobei die Anforderungen an die Verweigerung der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung grundsätzlich weniger hoch liegen als bei einem Widerruf. Beim Beschwerdeführer sind wie erwähnt schon die Voraussetzungen für den Widerruf gegeben, sodass die Nichterteilung einer Aufenthaltsbewilligung umso mehr als verhältnismässig anzusehen ist. Bei der im Einzelfall vorzunehmenden Interessenabwägung sind namentlich die Schwere des Verschuldens, die Dauer der Anwesenheit sowie die dem Betroffenen und seiner Familie drohenden Nachteile zu berücksichtigen (vgl. Art. 96 AuG; Urteil 2C_515/2009 vom 27. Januar 2010 E. 2.2 mit Hinweisen, auch zum Folgenden). Die Notwendigkeit einer Verhältnismässigkeitsprüfung ergibt sich insbesondere aus dem Anspruch auf Achtung des Familienlebens: Hat ein Ausländer nahe Verwandte mit einem gefestigten Anwesenheitsrecht in der Schweiz und wird die intakte familiäre Beziehung tatsächlich gelebt, kann es Art. 8 EMRK (bzw. Art. 13 Abs. 1 BV) verletzen, wenn ihm die Anwesenheit in der Schweiz untersagt und damit sein Familienleben vereitelt wird (BGE 130 II 281 E. 3.1 S. 285 mit Hinweisen). Der betreffende Anspruch gilt in-

dessen nicht absolut. Nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK ist ein Eingriff in das durch Ziff. 1 geschützte Rechtsgut statthaft, soweit er gesetzlich vorgesehen ist und eine Massnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesellschaft und Moral sowie der Rechte und Freiheiten Anderer notwendig ist. 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 betroffene Person sowie deren familiäre Situation zu berücksichtigen. Von Bedeutung sind auch die Nachteile, welche einem Ehepartner oder Kindern erwachsen würden, müssten sie dem Betroffenen in dessen Heimatstaat folgen (Urteile 2C_36/2009 vom 20. Oktober 2009 E. 2.2; 2C_295/2009 vom 25. September 2009 E. 4.3; 2C_793/2008 vom 27. März 2009 E. 2.1; 2A.65/2006 vom 23. Juni 2006 E. 2 mit Hinweisen auch auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte). Zu Recht hat diesbezüglich die Vorinstanz erwogen, dass die Niederlassungsbewilligung eines Ausländers, der sich schon seit langer Zeit hier aufhält, zwar nur mit besonderer Zurückhaltung widerrufen werden kann, dies jedoch bei wiederholter bzw. schwerer Straffälligkeit selbst dann nicht ausgeschlossen ist, wenn er hier geboren ist und sein ganzes bisheriges Leben im Land verbracht hat (BGE 139 I 16 E. 2.2.1 S. 19).

c) Konkret ist hierzu zu erwägen, dass der Beschwerdeführer zwar seit seinem dritten Lebensjahr in der Schweiz lebt, dass sein bisheriges Verhalten jedoch zeigt, dass er offensichtlich grosse Mühe hat, die hier geltende Ordnung zu respektieren und sich entsprechend zu benehmen. Er wurde trotz der wiederholten Strafurteile und der ausländerrechtlichen Verwarnungen immer wieder neu und massiv straffällig. Es muss ganz offensichtlich davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer auch in Zukunft die schweizerische Rechtsordnung missachten wird. Seit der letzten Tat ist nicht viel Zeit vergangen und nicht zuletzt die gegenüber seiner Familie rücksichtslose Absetzung ins Ausland, um der Freiheitsstrafe zu entgehen, zeigt, dass er die schweizerische Rechtsordnung entgegen seiner wiederholt gemachten Deklarationen in keiner Weise respektiert. Sein Wohlverhalten im Strafvollzug fällt im Verhältnis dazu kaum ins Gewicht. Demzufolge sind für die Familie des Beschwerdeführers die drohenden Nachteile vergleichbar mit der Situation, als sich der Beschwerdeführer in der Strafanstalt befand, oder auch mit der Zeit, welche er freiwillig und ohne Rücksicht auf die – darüber bestimmt informierte (zwischenzeitlicher Besuch in der Schweiz) – Familie in Serbien verbrachte, nur um seiner gerechten Bestrafung zu entgehen. Wenn der Beschwerdeführer jetzt klagt, seine Kinder und seine Frau bräuchten ihn, kann dem nur sehr eingeschränkt Gewicht zukommen. Schliesslich wäre es sowohl seiner serbischen Ehefrau wie auch den Kindern möglich, mit dem Beschwerdeführer zusammen nach Serbien zurückzukehren, das immerhin ein EU-Beitrittskandidat ist. Die beiden Kinder sind noch relativ klein und könnten sich an einen neuen Ort gewöhnen. Auch allfällige Probleme von ihm bei einer Rückkehr nach Serbien und die Zumutbarkeit einer solchen sind in einem anderen Licht zu sehen, nachdem sich der Beschwerdeführer mit seiner Heimreise nach Serbien Anfang März 2013 freiwillig

dafür entschieden hatte, dort zu leben, und er nur unfreiwillig in die Schweiz zurückkehrte, weil er in Montenegro verhaftet und in die Schweiz ausgeliefert wurde. Unter diesen Umständen ist darum selbst der Widerruf der aber als erloschen zu betrachtenden Niederlassungsbewilligung als verhältnismässig zu beurteilen. Dies muss im Weiteren umso mehr für die Nichterteilung einer Aufenthaltsbewilligung an den Beschwerdeführer gelten.

d) Weiter ist für die Erteilung oder Verlängerung der Bewilligung im Sinne des umgekehrten Familiennachzuges – d.h., ob das gefestigte Anwesenheitsrecht eines Kindes einem Elternteil ein Aufenthaltsrecht zu verschaffen vermag – gestützt auf Art. 8 EMRK resp. Art. 13 Abs. 1 BV einerseits erforderlich, dass eine besonders intensive Beziehung in affektiver und wirtschaftlicher Hinsicht zwischen dem hier anwesenden besuchsberechtigten Elternteil und dem aufenthaltsberechtigten oder niedergelassenen ausländischen Kind besteht, und andererseits, dass sich der obhutsberechtigte Elternteil, über dessen Bewilligung zu befinden ist, tadellos verhalten hat. Dabei ist mit noch grösserer Zurückhaltung auf eine Pflicht zur Bewilligungserteilung zu schliessen als im Falle des besuchsberechtigten Ausländers, der selber, im Hinblick auf die Ausübung seines Besuchsrechts, um die Bewilligung ersucht (vgl. BGE 137 I 247; BGer 2C_364 /2010 vom 23. September 2010 E. 2.2.4, jeweils mit Hinweis auf 2A.508/2005 vom 16. September 2005 E. 2.2.3). Zu Recht erwog die Vorinstanz, dass der Beschwerdeführer mit seinen Kindern, welche eine Niederlassungsbewilligung haben, nahe Verwandte in der Schweiz hat, und dass seine Ehefrau über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt. Allerdings hat sich der Beschwerdeführer gerade keineswegs «tadellos» verhalten, und vor allem bestehen weiterhin Zweifel an der tatsächlich gelebten familiären Beziehung, der beim umgekehrten Familiennachzug besondere Bedeutung zukommt. (...) Das öffentliche Interesse an der Entfernung des Beschwerdeführers aus der Schweiz ist vorliegend eindeutig höher einzustufen als sein privates Interesse an einem Aufenthalt in der Schweiz.

(...)

5. Noch formell zu bestätigen ist im Weiteren, dass auch der Antrag des Beschwerdeführers auf Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverbeiständung im Verfahren vor der Vorinstanz in Berücksichtigung des auch für das Gerichtsverfahren gefällten Entscheids über die unentgeltliche Rechtspflege vom 25. Februar 2015 abzuweisen ist. Die Vorinstanz hat zu Recht auf die Aussichtslosigkeit der Beschwerdebegehren im Sinne von § 27 Abs. 1 VRG erkannt und das Begehren abgelehnt.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. Mai 2015, V 2014 119

2. Bau- und Planungsrecht

2.1 Art. 16 RPG, § 27 PBG, § 27 Abs. 3 BO Risch

Regeste:
Art. 16 RPG, § 27 PBG, § 27 Abs. 3 BO Risch – Die Zone UeGO gemäss § 27 Abs. 3 BO Risch ist keine Landwirtschaftszone im Sinne des Raumplanungsrechts, sondern eine weitere Nutzungszone im Sinne von Art. 18 Abs. 1 RPG.

Aus dem Sachverhalt:

A.B. ist Eigentümer des Grundstücks GS 0000 in der Gemeinde Risch. Das Grundstück liegt gemäss gemeindlichem Zonenplan vollständig in der «Übrigen Zone mit speziellen Vorschriften für Golf» (UeGO). Auf dem Grundstück befindet sich ein Gehöft, im Einzelnen ein Bauernhaus, eine alte Scheune, wo landwirtschaftliche Geräte abgestellt sind und die als Stallung für 14 Pferde und als Futterlager dient, eine Remise, ein Tränkeschopf, der als Reiterstübli zur Verfügung steht, eine Scheune, wo Geräte für den Golfbetrieb eingestellt sind, ein «Stöckli», das A. B. und Familie bewohnen. Das Ehepaar A. B. und C. beabsichtigt, das Bauernhaus um- und auszubauen sowie die westlich danebenstehende Remise abzubrechen und am gleichen Standort grösser wiederaufzubauen. Da sich das geplante Projekt ausserhalb der Bauzone befindet und es zudem ein Bauvorhaben in der Umgebung eines schützenswerten Objekts betrifft, wurde das Baugesuch zur Stellungnahme an die kantonale Koordinationsstelle, das Amt für Raumplanung (ARP), weitergeleitet. Mit Entscheid vom 19. Mai 2014 stimmte das ARP dem Um- und Ausbau am Bauernhaus sowie dem Ersatz-Neubau einer Remise mit Werkstatt zu. Am 17. Juni 2014 erteilte der Gemeinderat Risch die Baubewilligung unter Auflagen und Bedingungen und wies gleichentags die dagegen gerichtete Einsprache ab. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, es handle sich bei der «Übrigen Zone mit speziellen Vorschriften für Golf» um eine überlagernde Nutzung mit einer landwirtschaftlichen Grundnutzung. Dementsprechend seien landwirtschaftliche Bauten, welche wie im vorliegenden Fall nachweislich dem Zweck der Nutzungsordnung entsprechen, landwirtschaftlich genutzt und standortgebunden seien, nach den Vorschriften für die Landwirtschaftszone gemäss Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG zu beurteilen.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 5. August 2014 liess das Ehepaar X. Y. beantragen, es seien unter Kosten- und Entschädigungsfolgen die Entscheide des Gemeinderates Risch vom 17. Juni 2014 und des ARP vom 19. Mai 2014 aufzuheben, eventuell seien die angefochtenen Entscheide aufzuheben und die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Vorinstanzen zurückzuweisen. Zur Begründung ihrer Anträge führen sie aus, das Projekt sei nicht zonenkonform. Landwirtschaftliche Ökonomiegebäude seien auf dem Grundstück nur zonenkonform, wenn sie dem Unterhalt der Golfanlage oder der Bewirtschaftung der verbleibenden landwirtschaftlichen Flächen auf dem Areal der Golfanlage dienten.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Strittig und zu prüfen bleibt in diesem Verfahren die Frage, ob die Bauherrschaft auf ihrem Grundstück die Remise abbrechen darf, um sie am gleichen Standort grösser wiederaufzubauen.

a) Das Baugrundstück GS Nr. 0000 in der Gemeinde Risch liegt unbestritten ausserhalb der Bauzone. Im angefochtenen Entscheid des ARP, welches im Namen des Kantons die Ausnahmebewilligung für das Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone erteilte, argumentiert das Amt, dass Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone zu entsprechen hätten. Das Baugrundstück liege in der «Übrigen Zone mit speziellen Vorschriften für Golf» (UeGO) im Sinne von § 27 Abs. 3 der Bauordnung Risch vom 27. November 2005 (BO Risch). Die Remise werde abgebrochen und den landwirtschaftlichen Bedürfnissen entsprechend wieder aufgebaut. Da bei Wegfall der Nutzung als Golfanlage das Gebiet wieder der Landwirtschaftszone zugeteilt werde, entspreche das Baugesuch dem Zweck der Nutzungszone. Der Gemeinderat Risch argumentiert im zur Baubewilligung gehörenden Einspracheentscheid, es handle sich bei der UeGO um eine überlagernde Nutzung mit einer landwirtschaftlichen Grundnutzung. Daher sei die neue landwirtschaftliche Baute nach den Vorschriften für die Landwirtschaftszone zu beurteilen. Das ARP und der Gemeinderat Risch stützen ihre Entscheide somit auf Art. 16 Abs. 1 lit. a RPG i.V.m. Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG und auf Art. 16a Abs. 1 RPG i.V.m. Art. 22 Abs. 2 lit. a RPG ab. Demzufolge sind Bauten und Anlagen, die landwirtschaftlichen Zwecken dienen und die sich als betriebsnotwendig erweisen, in der Landwirtschaftszone ohne weiteres zonenkonform, obwohl sie ausserhalb der Bauzone errichtet werden. Solche Bauten und Anlagen brauchen keine Ausnahmebewilligung für das Bauen ausserhalb der Bauzone im Sinne von Art. 24 RPG (Aemisseggger/Moor/Ruch/ Tschannen, Kommentar zum Bundesgesetz über die Rauplanung, Zürich/ Basel/Genf 2009, Ruch: Art. 22 Rz. 81, Art. 16a Rz. 5, vgl. auch BGE 125 II 278 E. 3a). Strittig ist indessen, ob das Baugrundstück GS Nr. 0000 überhaupt in der Landwirtschaftszone liegt.

b) Paragraph 27 Abs. 3 BO Risch lautet wie folgt: «Die Übrige Zone mit speziellen Vorschriften für Golf (UeGO) ist für den Betrieb einer Golfanlage reserviert. Diese umfasst eine öffentliche Golfanlage mit Übungsgelände und Kurzplatz sowie die dazugehörenden Infrastrukturanlagen. Die landwirtschaftlichen Ökonomiegebäude dienen der Bewirtschaftung der verbleibenden landwirtschaftlichen Flächen, als Stallungen für Tiere sowie der Unterbringung von Maschinen, Fahrzeugen, Materialien und Geräten für den Unterhalt der Golfanlagen. In der übrigen Zone mit speziellen Vorschriften für Golf ist die Erstellung von golfbedingten Bauten (Wetterschutzhütten, Blitzschutz) sowie Tierunterständen im landwirtschaftlich genutzten Gebiet erlaubt. Ebenso ist der Bau von Bewässerungsanlagen und Feldwegen für den Golfplatzunterhalt zugelassen. Bei der Gestaltung der Golfflächen soll weitestgehend auf die bestehende Landschaft Rücksicht genommen werden. Es sollen möglichst keine landschaftsfremden Ter-

rainformen geschaffen werden, sondern bestehende Strukturen übernommen und verstärkt werden. Terrainveränderungen dürfen bis zu einer Höhe von maximal +/- 2 m vom gewachsenen Boden vorgenommen werden. Der vorliegende Gestaltungsplan bildet die Grundlage für die Baubewilligung. Bei Wegfall der Nutzung als Golfanlage wird das Gebiet wieder der Landwirtschaftszone zugeteilt.»

c) Das ARP und der Gemeinderat Risch stellen sich auf den Standpunkt, dass es sich bei der UeGO auch um eine Art Landwirtschaftszone handelt. Sie übersehen in ihren Begründungen, dass § 27 Abs. 3 BO Risch detaillierte Regelungen in Bezug auf die zulässige aktuelle Nutzung der landwirtschaftlichen Ökonomiegebäude enthält. Sofern es sich dabei um landwirtschaftliche Nutzungen handelt, dürfen die Gebäude ausdrücklich nur mehr der Bewirtschaftung der auf dem Gelände verbleibenden landwirtschaftlichen Flächen dienen und als Tierstallungen verwendet werden. Damit wird gleichzeitig klargestellt, dass die vorhandenen Ökonomiegebäude nicht der Bewirtschaftung von Flächen dienen dürfen, die sich ausserhalb der UeGO befinden. Würde es sich indes so verhalten, wie vom ARP und dem Gemeinderat Risch vorgetragen, wären diese einschränkenden Nutzungsbestimmungen in § 27 Abs. 3 BO Risch gar nicht erforderlich, da ja jede den landwirtschaftlichen Bedürfnissen entsprechende Nutzung von Ökonomiegebäuden in der Zone UeGO dem Zweck der Nutzungszone – da Landwirtschaftszone – entspräche. Die Argumentation des ARP und des Gemeinderats Risch zu Ende gedacht, würde sogar bedeuten, dass überall in der Zone UeGO – bei nachgewiesener Betriebsnotwendigkeit – landwirtschaftlich genutzte Neubauten bewilligt werden könnten. Dass dies nicht dem Sinn und Zweck der Bestimmung von § 27 Abs. 3 BO Risch entspricht, ist offenkundig. Eine Auslegung dieser Bestimmung nach ihrem Wortlaut ergibt vielmehr, dass es sich bei der Zone UeGO in der Gemeinde Risch heute nicht um eine Landwirtschaftszone handelt, sondern um eine «Übrige Zone» (im Sinne von Art. 18 Abs. 1 RPG und § 27 PBG), die dem Betrieb einer Golfanlage dient. Zonenkonform sind somit Bauten und Anlagen, welche diesem Zweck entsprechen. Zwar hält § 27 Abs. 3 BO Risch im letzten Satz ausdrücklich fest, dass bei Wegfall der Nutzung als Golfanlage das Gebiet wieder der Landwirtschaftszone zugeteilt wird. Diese Bestimmung führt aber nicht dazu, dass die gesamte Zone UeGO heute auch schon als Landwirtschaftszone qualifiziert werden darf, die gewissermassen bloss vorübergehend mit einer Nutzung als Golfplatz überlagert worden ist. Überlagernde Nutzungen sind in Landwirtschaftszonen zwar durchaus möglich, doch sind diese dadurch charakterisiert, dass sie die Grundnutzung nicht erheblich erschweren oder gar ausschliessen (Heer, Peter: Die raumplanungsrechtliche Erfassung von Bauten und Anlagen im Nichtbaugebiet, Zürich 1996, S. 54). Es handelt sich dabei einerseits um vorübergehende, vorab nur jahreszeitlich ausgeübte Nutzungen wie etwa Skiabfahrtszonen (Ruch: Art. 16 Rz. 10). Eine Landwirtschaftszone kann auch von gewissen Schutzzonen nach Art. 17 RPG überlagert sein (Heer, S. 54). Bei der UeGO handelt es sich jedoch klarerweise nicht um eine Schutzzone im Sinne von Art. 17 RPG. Es ist auch offensichtlich, dass der Betrieb der Golfanlage im betreffenden Gebiet nicht nur bloss vorübergehend sein soll, sondern dass es sich dabei um ein langfristig angelegtes Vorhaben der Golfplatzbetreiberin Migros handelt, die hierfür erhebliche Mittel investiert hat. Der entsprechenden Homepage der Mi-

gros ist etwa zu entnehmen, dass es sich bei ihrer Golfanlage in Risch/Holzhäusern um ihren ersten Golfpark handelt (Eröffnung 1995), dass sie in der Schweiz inzwischen acht Golfanlagen betreibt und dass sie sich dabei zum Ziel gesetzt hat, den Golfsport einer breiten Bevölkerung zugänglich zu machen (www.golfparks.ch). Kommt hinzu, dass der als Golfplatz genutzte Boden im Laufe der Jahre eine Veränderung erfährt, die dazu führt, dass dieser gar nicht mehr landwirtschaftlich genutzt werden kann. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang festgehalten, dass es nach Aufgabe eines Golfbetriebs nicht möglich sei, den Boden innert kurzer Frist wieder einer landwirtschaftlichen Nutzung zuzuführen (BGE 114 Ib 312 E. 3 b/bb). Die Zone UeGO kann aufgrund dieser Feststellung nur schon deshalb nicht der Landwirtschaftszone angehören, weil der Boden sich heute – nach zwanzigjährigem Golfbetrieb – für die landwirtschaftliche Bewirtschaftung gar nicht eignet, womit die Anforderungen von Art. 16 Abs. 1 lit. a RPG nicht erfüllt wären. Schliesslich lässt sich die Sichtweise des ARP und des Gemeinderats Risch nicht mit der Gesetzessystematik im PBG in Übereinstimmung bringen. Dort werden in § 18 Abs. 1 lit. b PBG die folgenden kommunalen Nichtbauzonen abschliessend aufgezählt: Zonen für die Landwirtschaft, die Weilerzonen, die Zonen des öffentlichen Interesses für Erholung und Freihaltung sowie die Übrigen Zonen mit speziellen Vorschriften. Es wird also klar unterschieden nach «Landwirtschaftszonen» und den «Übrigen Zonen mit speziellen Vorschriften», woraus folgt, dass die UeGO in Risch keine Landwirtschaftszone ist. Der letzte Satz von § 27 Abs. 3 BO macht aus der UeGO somit keine verkappte Landwirtschaftszone, sondern sie hat einzig den Zweck, Rechtssicherheit für die Zukunft zu schaffen.

d) Das ARP argumentiert vor Verwaltungsgericht, die Remise sei auch deshalb zonenkonform, weil das Landwirtschaftsamt um die Hofbauten auf dem GS Nr. 0000 eine landwirtschaftliche Nutzfläche ausgeschieden habe (Verwaltungsgericht Act. 9, S. 4). Eine Konsultation des Geoportals Zugmap (www.zugmap.ch) ergibt Folgendes: Das Baugrundstück GS Nr. 0000 weist eine Fläche von 95'907 m^2 auf. Es liegt nahezu vollständig in der Zone UeGO (95'873 m^2), der Rest (32 m^2) ist Wald. Unter Zuschaltung der thematischen Karte «Landwirtschaft und Naturschutz» erscheint um das Gehöft der Bauherrschaft eine rund 10'500 m^2 grosse Fläche, die gemäss Legende der landwirtschaftlichen Bewirtschaftungseinheit ZG xxx zugeordnet ist, d.h. dem Landwirtschaftsbetrieb der Bauherrschaft A. B. (vgl. zugmap.ch und Beschwerdegegner Act. 2, Übersichtsplan, Bewirtschaftungsgrundstücke). Die ausgeschiedene Fläche macht rund 11 Prozent der gesamten Grundstückfläche des GS Nr. 0000 aus. Dabei ist zu berücksichtigen, dass wiederum fast ein Drittel davon (nämlich rund 2'900 m^2) aus Gebäuden, Strasse und sonstiger asphaltierter Fläche besteht, wie die Luftaufnahme im Geoportal erhellt und das Gericht zudem anlässlich des Augenscheins wahrnehmen konnte. Schaltet man im Geoportal die Zusatzfunktion «landwirtschaftliche Nutzungseignung» (in der Rubrik «Bodenkarte») ein, zeigt sich ausserdem, dass nur eine Bodenfläche von rund 2'800 m^2 im südlichen Zipfel dieses Areals für die landwirtschaftliche Nutzung geeignet sein soll. Aus dem in den Akten vorhandenen Übersichtsplan der Bewirtschaftungsgrundstücke der Bauherrschaft geht hervor, dass der Boden rund um das Gehöft der Bauherrschaft auf 41 Aren, d.h. auf 4'100 m^2 landwirtschaftlich bewirtschaftet wird (Beschwerdegegner Act. 2, Tabelle unten). Es

ist somit zwar zutreffend, dass das streitbetroffene GS Nr. 0000 weiterhin landwirtschaftlich genutzt wird, doch ist dies nach dem Gesagten bloss auf einem sehr kleinen Teil des Grundstücks der Fall. Die vom Landwirtschaftsamt vorgenommene Ausscheidung bedeutet jedenfalls nicht, dass die 10'500 m^2 grosse Fläche dadurch in die Landwirtschaftszone umgezont worden wäre. Auch diese Fläche befindet sich in der Zone UeGO und Bauten auf diesem Areal sind somit den Bestimmungen von § 27 Abs. 3 BO Risch bzw. den allgemeinen – und nicht den spezifisch landwirtschaftsrechtlichen – Bundesvorschriften für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen unterworfen. Die vom Landwirtschaftsamt vorgenommene Ausscheidung lässt sich unter dem Blickwinkel der Besitzstandwahrung indessen ohne weiteres erklären. Im Zuge der Errichtung des Golfplatzes hat der Bauherr, bzw. dessen Rechtsvorgänger, das fragliche 10'500 m^2 grosse Areal wohl weiterhin landwirtschaftlich genutzt bzw. hat die Golfplatzbetreiberin dieses Gebiet für ihren Betrieb nicht benötigt. Paragraph 27 Abs. 3 BO Risch statuiert, dass landwirtschaftliche Ökonomiegebäude der Bewirtschaftung der verbleibenden landwirtschaftlichen Flächen dienen. Damit wird gleichzeitig gesagt, dass es in der UeGO Gebiete gibt, in denen weiterhin landwirtschaftliche Nutzung erfolgt. Mit dem Wort «verbleibend» wird aber zum Ausdruck gebracht, dass es dem kommunalen Gesetzgeber dabei um Besitzstandwahrung gegangen ist. Hätte der Gesetzgeber beabsichtigt, in der UeGO auch nach Aufnahme des Golfbetriebs die Ausscheidung neuer Landwirtschaftsflächen zuzulassen, hätte er dies so hingeschrieben und vor allem hätte er das Wort «verbleibend» weggelassen. Das ARP kann mit seinem Einwand somit nichts zu seinen Gunsten ableiten. Auf das Thema «Besitzwahrung» wird später noch ausführlich zurückzukommen sein.

e) Der Gemeinderat Risch argumentiert, nach dem Sinn und Zweck der Bestimmung von § 27 Abs. 3 BO Risch seien diejenigen Flächen der Zone UeGO, welche nicht für den Golfplatz verwendet würden, landwirtschaftlich zu nutzen. Der Gemeinderat Risch irrt. Nach dem Sinn und Zweck der Bestimmung soll das entsprechende Areal der Ausübung des Golfsports dienen. Es ist der Bestimmung nicht zu entnehmen, dass diejenigen Gebiete, die nicht für den Golfplatz verwendet werden, landwirtschaftlich genutzt werden sollen. In der Zone gibt es entsprechend auch andere Nutzungen. So wurde anlässlich des Augenscheins deutlich, dass die Bauherrschaft, welche ein landwirtschaftliches Gewerbe betreibt, das alte Bauernhaus (Assek. Nr.xxx) nicht bewohnt, sondern dieses fremdvermietet hat. Die Bauherrschaft selber wohnt demgegenüber im Stöckli, d.h. in Assek. Nr. xxx. Auch die Liegenschaft GS Nr. 1111, die sich vollständig in der Zone UeGO befindet, wird offenkundig nicht landwirtschaftlich genutzt, sondern dient unbestritten Wohnzwecken der Beschwerdeführer .. .

f) Die Beschwerdeführer stellen sich auf den Standpunkt, dass es auf dem Areal des Golfplatzes keine landwirtschaftlichen Nutzungen mehr gebe. Sie stützen sich dabei auf ein Urteil des Verwaltungsgerichts vom 23. Juni 2006 (V 2006 1). Dort wurde u.a. festgehalten, dass in den 1980er Jahren ein grosser Teil des Gutsbetriebs an die Familie A. B. verkauft worden sei. Seit 1994 werde dieser Teil des Gutsbetriebs nicht mehr landwirtschaftlich genutzt, sondern gehöre zur Zone «Übriges Gebiet für Golfanlagen» (V 2006 1, Erw. 4a). Aus heutiger Sicht ist festzustellen, dass diese Überlegung damals unpräzis war. Korrekt hätte es damals wohl

heissen müssen, dass dieser Teil des Gutsbetriebs seit 1994 kaum mehr landwirtschaftlich genutzt werde. Im Übrigen ging es im damaligen Urteil nicht um das Grundstück der Bauherrschaft, sondern um das Grundstück GS Nr. 1111, also dasjenige der heutigen Beschwerdeführer. Zu beantworten war damals die Frage, ob dieses Grundstück aus dem Geltungsbereich des Bundesgesetzes über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (BGBB, SR 211.412.11) entlassen werden konnte. Das Gericht bejahte diese Frage in Würdigung verschiedenster Faktoren, wobei der planerische Kontext auf dem Grundstück der heutigen Bauherrschaft eine Nebenrolle spielte. Ausschlaggebend für den Entscheid war, dass das damals streitbetroffene Grundstück, das heute den Beschwerdeführern gehört, keine landwirtschaftliche Nutzfläche umfasst habe, für sich selber nicht landwirtschaftlich habe genutzt werden können und es unklar sei, welchem landwirtschaftlichen Betrieb das ehemalige Pächterhaus auf diesem Grundstück hätte zugeordnet werden können, da das ganze Gebiet von der Migros als Golfpark betrieben werde (V 2006 1, Erw. 4c). Die Ungenauigkeit im Urteil aus dem Jahr 2006 ist für den vorliegend zu beurteilenden Fall insofern auch nicht relevant, da, wie erwähnt, das gesamte GS Nr. 0000 zur UeGO gehört und nicht zur Landwirtschaftszone, ungeachtet des als Landwirtschaftsfläche ausgeschiedenen Areals rund um das Gehöft der Bauherrschaft.

g) Zusammengefasst ist festzuhalten, dass das ARP und der Gemeinderat Risch sich fälschlicherweise auf den Standpunkt gestellt haben, dass das strittige Bauvorhaben dem Zweck der Zone entspricht. Die UeGO ist heute keine Landwirtschaftszone im Sinne von Art. 16 RPG (bzw. von § 24 PBG) und sie wird es auch auf absehbare Zeit nicht werden. Der weitaus überwiegende Teil des Bodens in dieser Zone ist heute für eine landwirtschaftliche Bewirtschaftung ungeeignet und dient der Ausübung des Golfsports. Es handelt sich bei der UeGO somit um eine «weitere Nutzungszone» im Sinne von Art. 18 Abs. 1 RPG bzw. um eine «übrige Zone» im Sinne von § 27 PBG. Der letzte Satz von § 27 Abs. 3 BO Risch soll Rechtssicherheit für die Zeit schaffen, wenn in der Zone keine Golfanlage mehr betrieben wird. Es ist nicht statthaft, die UeGO aufgrund dieses Satzes in eine Landwirtschaftszone umzudeuten. Die geplante neue Remise auf dem GS Nr. 0000 soll unbestritten landwirtschaftlichen Zwecken und nicht dem Betrieb der Golfanlage dienen. Sie erweist sich daher als nicht-zonenkonform. (...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. Oktober 2015, V 2014 / 95

2.2 Art. 24c Abs. 2 RPG, Art. 17 Abs. 2 WaG, §§ 12 und 14 PBG

Regeste:
Art. 24c Abs. 2 RPG, Art. 17 Abs. 2 WaG, §§ 12 und 14 PBG – Ein gestützt auf Art. 24c Abs. 2 RPG bewilligter Wiederaufbau eines Gebäudes darf nur innerhalb des gesetzlichen Waldabstandes erfolgen, wenn die Voraussetzungen für eine Ausnahmebewilligung gemäss § 14 PBG erfüllt sind. In casu wird das Vorliegen einer Ausnahmesituation verneint (Erw. 3 und 4). Der Entscheid über den Abbruch des widerrechtlich erstellten Gebäudes muss dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen (Erw. 5).

Aus dem Sachverhalt:

Am 15. Juni 2011 reichte die X. Immobilien AG beim Gemeinderat Walchwil ein Gesuch für den Umbau eines am Waldrand ausserhalb der Bauzone gelegenen Einfamilienhauses auf dem Grundstück 001, Obersellen, ein. Das Wohnhaus stammte aus der Zeit vor 1904 und wies ursprünglich eine Fläche von 150 m^2 auf. Im Jahre 1988 wurde ein Ausbau auf eine Fläche von 231 m^2 bewilligt. Der Gemeinderat Walchwil erteilte am 26. September 2011 die Baubewilligung, nachdem das Amt für Raumplanung mit Verfügung vom 7. September 2011 einer Instandsetzung des Wohnhauses unter Auflagen und Bedingungen zugestimmt hatte. Bei der Rohbaukontrolle vom 13. Dezember 2012 stellte der Gemeinderat Walchwil fest, dass das bestehende Wohnhaus vollumfänglich abgebrochen und ein Neubau erstellt worden war. Am 17. Januar 2013 reich die Bauherrschaft ein abgeändertes Baugesuch ein. Am 25. Juni 2013 verfügte das Amt für Raumplanung unter anderem, dass dem Neubau eines zonenfremden Wohnhauses mit einer Grösse von 231 m^2 nicht zugestimmt werden könne und dass das im Rohbau fertig gestellte Wohnhaus aus dem Waldabstand zu verschieben und auf eine Grösse von 150 m^2 zu verkleinern sei.

Gegen diesen Entscheid reichte die X. Immobilien AG beim Verwaltungsgericht am 25. August 2015 Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein. Diese wurde vom Verwaltungsgericht mit Urteil vom 17. April 2014 abgewiesen und die Beschwerdesache wurde an den Gemeinderat Walchwil zurückgewiesen, damit dieser über den Zeitpunkt und die Umstände des Rückbaus und über eine allfällige Verschiebung als Baubewilligungsbehörde befinden könne.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Zu prüfen ist weiter, ob dem Bauvorhaben andere gesetzliche Bestimmungen entgegenstehen. Insbesondere ist zu klären, ob ein Neubau am bisherigen Standort mit Art. 17 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Wald vom 4. Oktober 1991 (WaG, SR 921.0) vereinbar ist.

a) Das Amt für Raumplanung führt in der angefochtenen Verfügung aus, das Baugrundstück weise gemäss Flächenverzeichnis unter anderem als Bodenbedeckungsart auch Wald aus. Am 22. Februar 2013 habe das Amt für Wald und Wild festgestellt, dass der Verlauf der Waldgrenze in den Situationsplänen korrekt eingezeichnet sei. Die beiden waldnahen Hausecken des Rohbaus würden Waldabstände von 3.5 bzw. 4.0 m aufweisen. Der Neubau liege beinahe vollständig innerhalb des gesetzlich geforderten Waldabstandes von 12 m. Die Ausdehnung und Lage der Liegenschaft bezüglich des Waldes sowie der Reliefverlauf des Terrains würden einen Neubau ausserhalb des gesetzlichen Waldabstandes von 12 m zulassen. Die Voraussetzungen für eine Ausnahmebewilligung zur Unterschreitung des gesetzlichen Waldabstandes seien somit nicht gegeben. Am 1. März 2013 habe das Amt für Wald und Wild seine Stellungnahme unter anderem mit der Anmerkung versehen, dass der Waldabstand von mindestens

12 m und die Geschossfläche/Nutzfläche von maximal 150 m^2 eingehalten werden müssten. Beim Neubau würden sich 90 von 98 m^2 Grundfläche, d.h. 92 % des Wohnhauses innerhalb des gesetzlichen Waldabstandes befinden. Der minimale Waldabstand betrage nur 2.5 m. Weil sämtliche Bauelemente neu und viele Gestaltungsänderungen vorgenommen worden seien, handle es sich hier nicht um eine Sanierung, sondern um einen kompletten Neubau. Das gesamte bestehende Mauerwerk und das Dach seien abgebrochen, die Fenster vergrössert und verschoben und ein neues Dachfenster eingebaut und die Bodenplatte um 13 cm abgesenkt worden. Zusätzlich seien innerhalb des Waldabstandes Terrainveränderungen mit waldökologisch atypischer Bodenvegetation und -bedeckung vorgenommen worden.

b) Die Beschwerdeführerin liess zu dieser Frage in ihrer Beschwerdeschrift ausführen, es bestehe Einigkeit darüber, dass die Waldgrenze in den Plänen korrekt eingetragen sei und dass der Abstand des Wohnhauses vom Wald weniger als 12 m betrage. Die Vorinstanz übersehe aber, dass die Bestandesgarantie und das Ersatzbaurecht gemäss Art. 24c RPG auch Gebäude betreffen würden, die nicht alle kantonalen Normen – wie z. B. den Waldabstand – einhalten würden. Soweit entsprechende Normen den raumplanerischen Anliegen zuzurechnen seien, sei gemäss Art. 24c Abs. 5 RPG und Art. 3 RPV eine umfassende Interessenabwägung unter Mitberücksichtigung dieser Anliegen vorzunehmen. Im vorliegenden Fall schlage diese Abwägung deutlich zugunsten des bisherigen Standorts aus. Der angefochtene Entscheid sei mit «Kantonaler Gesamtentscheid» betitelt, der die Aspekte «Bauvorhaben ausserhalb der Bauzonen» und «Bauvorhaben im Waldabstand» behandeln solle. Die Vorinstanz habe aber nicht die bundesrechtlich gebotene Gesamtbetrachtung angestellt, sondern den Aspekt des Waldabstandes isoliert als Vehikel für einen rein kantonalrechtlichen «Killerentscheid» benützt. Damit verletze sie Bundesrecht, insbesondere Art. 24c RPG. Im vorliegenden Fall beeinträchtige das verhältnismässig kleine Gebäude, das weit kleiner sei als ein landwirtschaftlicher Hofkomplex, die Erhaltung, Pflege und Nutzung des Waldes nicht. Terrainanpassungen seien nur bergseitig des Wohnhauses erfolgt. Hingegen sei die zum Wald abfallende Böschung bloss wiederhergestellt worden. Es treffe auch nicht zu, dass die Beschwerdeführerin für eine waldökologisch atypische Vegetation bzw. Bodenbedeckung verantwortlich wäre. Ganz im Gegenteil habe man nur eine standortfremde Beton-Teichanlage beseitigt und das Terrain wieder «humusiert», damit sich eine standorttypische Vegetation einstellen könne. Zudem biete man gern Hand zu einer weiteren ökologischen Aufwertung mittels geeigneter Pflanzungen. Weiter lässt die Beschwerdeführerin ausführen, Art. 17 WaG lege keinen bundesrechtlichen Waldabstand fest, sondern trage den Kantonen auf, den Waldabstand zu regeln. Das Anliegen des Waldabstandes stehe in einem gewissen Interessengegensatz zu den Anliegen von Art. 24c RPG, wonach Ersatzbauten möglichst am angestammten Ort erstellt werden sollten. Viele kantonale oder kommunale Regelungen würden daher Waldabstandslinien enthalten, welche die bestehenden Bauten ausserhalb der Bauzonen umfahren würden, auch wenn die angestammten, ersetzbaren Bauten sehr nahe beim Waldrand liegen würden. Im vorliegenden Fall sei keine Waldabstandslinie festgesetzt worden, weshalb sich das Amt für Raumplanung auf den allgemeinen kantonalgesetzlichen Waldabstand berufe. Dieser sei im vorliegenden Fall zwar mit zu berücksichtigen, jedoch nicht

als zwingende Rechtsvorschrift, sondern nur als eine von vielen Aspekten im Rahmen der bundesrechtlich gebotenen Interessenabwägung. Es treffe auch nicht zu, dass durch den Ersatzbau der landschaftliche, biologische und ästhetische Wert des konkreten Waldrandes massiv beeinträchtigt werde. Der hier diskutierte Ersatzbau unterscheide sich hinsichtlich der ästhetischen und landschaftlichen Wirkung nicht vom 2011 bewilligten Umbauprojekt, dem attestiert worden sei, dass es die Landschaft aufwerte. Auch der biologische Wert des Waldabstandes werde durch das Gebäude nicht beeinträchtigt. Wie sich am Augenschein gezeigt habe, wachse der Wald auch dort, wo seine Distanz zum Gebäude am geringsten sei, ungeschmälert gut, und er sei gesund. Die Vorinstanz vermöge ihre gegenteilige Auffassung in keiner Weise zu belegen.

c) In seiner Vernehmlassung führt das Amt für Raumplanung unter anderem aus, der Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach angesichts der Topografie, der Sonnenexposition, der bescheidenen Dimension des Wohnhauses und der extensiven Nutzung der Liegenschaft die Einhaltung des gesetzlichen Abstandes von 12 m weder zum Schutz des Waldes noch zum Schutz der Bewohner erforderlich sei, könne nicht zugestimmt werden. Wenn ein starker Sturm aus nordwestlicher Richtung über den hausnahen Wald fege, so wäre die Sicherheit der Hausbewohner sehr wohl tangiert, bei einem Waldabstand von 2.5 m wesentlich stärker als bei einem Abstand von 12 m. Weiter sei zu beachten, dass wertvolle Waldränder, die artenreich seien und eine hohe Biodiversität aufwiesen, südlich exponierte Waldränder seien. Im vorliegenden Fall sei der Waldrand grundsätzlich südexponiert. Im Bereich des sehr waldnahen Hauses sei der Waldrand vom Haus stark beschattet, was sich augenfällig auf die Waldrandvegetation auswirke. Sie sei wesentlich artenärmer als in den benachbarten, unbeschatteten Abschnitten, und die Pflanzen seien wegen des fehlenden Lichts/der fehlenden Wärme weniger vital ausgebildet. Dem Hinweis der Beschwerdeführerin, für die Verbesserung der Waldökologie könnten ergänzende Pflanzungen vorgenommen werden, müsse entgegnet werden, dass am Waldrand hinter dem Haus das Spektrum von einheimischen Pflanzen sehr eingeschränkt sei. Die Anzahl der Pflanzenarten, welche unter den ungünstigen Standortverhältnissen (schattig, meist kühl) wachsen würden, sei stark eingeschränkt, was eine geringe Biodiversität zur Folge habe.

d) In ihrer Replik lässt die Beschwerdeführerin bezüglich des Waldes ausführen, am häufigsten und am stärksten würden im fraglichen Gebiet Stürme bei Föhn auftreten. Bei einem Windwurf durch solche vom Süden herkommende Winde würden die Bäume in die vom Gebäude abgewandte Richtung fallen und das Gebäude nicht tangieren. Im Übrigen könnten Waldbäume in diesem Gebiet bis zu 30 m hoch werden. Bei einem allfälligen Windwurf gegen das Gebäude hin, wären die zu erwartenden Schäden am Gebäude bei einem Abstand von 5 m geringer als bei einem Abstand von 12 m, weil nämlich der fallenden Baum dann früher – in einem steileren Winkel und mit noch geringer Bewegungsenergie – durch die Dachkante gestoppt würde. Zudem mache der Wald im gebäudenahen Bereich einen Knick, so dass er teils ost- und teils südexponiert sei. Der ostorientierte Waldrandabschnitt werde durch das Gebäude überhaupt nicht beschattet und der südorientierte wegen der Überecksitua-

tion nur marginal. Es sei völlig unbelegt, dass der Waldrand wegen des Gebäudes artenärmer sei. Der Beschwerdegegner argumentiere, wie wenn erstmals ein Gebäude im Waldabstand erstellt würde. Er verkenne dabei, dass es sich hier um einen Fall der erweiterten Besitzstandsgarantie handle, bei dem die Frage des Waldabstandes nicht isoliert betrachtet werden könne, sondern im Rahmen der gebotenen umfassenden Interessenabwägung gemäss Art. 24c Abs. 5 RPG, die zugunsten des bisherigen Standortes ausschlage.

e) Gemäss Art. 17 Abs. 1 WaG sind Bauten und Anlagen in Waldesnähe nur zulässig, wenn sie die Erhaltung, Pflege und Nutzung des Waldes nicht beeinträchtigen. Die Kantone schreiben einen angemessenen Mindestabstand der Bauten und Anlagen vom Waldrand vor. Sie berücksichtigen dabei die Lage und die zu erwartende Höhe des Bestandes (Art. 17 Abs. 2 WaG). Gemäss Art. 52 WaG bedürfen die kantonalen Ausführungsbestimmungen zu Art. 17 Abs. 2 zu ihrer Gültigkeit der konstitutiven Genehmigung des Bundes. Den Regelungen des Waldabstandes liegen einerseits baupolizeiliche, andererseits forstrechtliche Überlegungen zugrunde. Der Waldabstand dient einmal der Abwehr polizeilicher Gefahren, die vom Wald ausgehen können (umstürzende Bäume, Schatten, Feuchtigkeit). Dann dient er aber auch in erheblichem Mass der Walderhaltung. Durch einen genügenden Abstand kann der Wald vor natürlicher oder menschlicher Zerstörung bewahrt werden. Des Weiteren ermöglicht der Waldabstand eine zweckmässige Bewirtschaftung und Erschliessung des Waldes und trägt dem ökologischen Wert des Waldrandes Rechnung (vgl. hierzu BGE 113 Ib 409 Erw. 4c, gemäss dem Waldränder sowohl wegen ihres landschaftlichen, biologischen und ästhetischen Wertes als auch wegen ihrer vermehrten Gefährdung besonders zu schützen sind). Ein forstrechtlich verankerter Mindestabstand auf Bundesebene zum Schutz des Waldes vor Beeinträchtigungen ist daher gerechtfertigt. Die kantonale Umsetzung kann im Rahmen der Bau- oder Waldgesetzgebung erfolgen (vgl. hierzu Stefan M. Jaissle, Der dynamische Waldbegriff und die Raumplanung, S. 240 ff.).

f) Der Kanton Zug ist dem bundesrechtlichen Auftrag mit dem Erlass von § 12 des Planungs- und Baugesetzes vom 26. November 1998 (PBG, BGS 721.11) nachgekommen. Dieser bestimmt unter dem Titel «Waldabstand», dass einzelne Bauten und Anlagen sowie Baulinien einen Waldabstand von mindestens 12 m einzuhalten haben (die Bestimmung wurde vom UVEK am 8. März 1999 genehmigt). Auch nach dem Erlass einer kantonalen Bestimmung ist das Walderhaltungsgebot gemäss Art. 17 WaG eine in jedem Baubewilligungsverfahren zu beachtende Bauschranke, indem grundsätzlich ein angemessener Abstand vom Wald einzuhalten ist. «Angemessen» ist der Bauabstand, wenn er den Schutz aller öffentlichen Interessen gewährleistet, welche durch eine zu enge Nachbarschaft von Bauten und Wald beeinträchtigt würden. Zu der Grösse des Waldabstandes hat sich der Bundesrat in der Botschaft zu einem Bundesgesetz über Walderhaltung und Schutz vor Naturereignissen vom 29. Juni 1988 (BBl 1988 III., S. 173 ff.) geäussert. Er führt hier aus: «Die Bestimmungen über einen minimalen Waldabstand von Bauten und Anlagen variieren von Kanton zu Kanton, so dass auf eine Regelung im Gesetz verzichtet wird, doch sollte dieser Abstand auch unter Berücksichtigung der Exposition und der zu erwartenden Höhe des Bestandes in der Regel

15 Meter nicht unterschreiten» (S. 198). Der Kanton Zug ist mit dem gesetzlich festgelegten Waldabstand gemäss § 12 PBG unter dieser Empfehlung des Bundes geblieben, während in den meisten anderen Kantonen Waldabstände gelten, die deutlich höher sind (so z. B. in den Kantonen Zürich und Bern: 30 m, Luzern, Uri, Obwalden und Baselland: 20 m, Aargau: 18 m, Schwyz, St. Gallen, Glarus und Nidwalden: 15 m).

g) Aus den Bauplänen ergibt sich, dass sich praktisch die ganze Grundfläche des Gebäudes innerhalb des gesetzlichen Waldabstandes befindet (92 % der Grundfläche). An der schmalsten Stelle zwischen Gebäude und Wald (Nordwestecke des Wohnzimmers) beträgt der Abstand sogar nur knapp 2.5 m. Damit steht unbestrittenermassen fest, dass es für die nachträgliche Bewilligung des bereits erstellten Rohbaus einer Ausnahmebewilligung bedarf. Diese Ausnahmebewilligung beurteilt sich – entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin – nicht mehr nach Art. 24c RPG, weil es in diesem Fall nicht mehr um die Frage der Zonenkonformität geht, sondern um die Unterschreitung der Waldabstandsvorschriften. Entsprechend gelangen die kantonalrechtlichen Bestimmungen über die Ausnahmen von kantonalen Plänen und Bauvorschriften zur Anwendung.

4. Gemäss § 14 PBG gewährt die zuständige Behörde Ausnahmen von den kantonalen Plänen und Bauvorschriften, falls sich sonst im Einzelfall eine offensichtlich unzweckmässige Lösung oder eine unbillige Härte ergäbe.

a) Das Amt für Raumplanung führt im angefochtenen Entscheid aus, der Neubau hätte ohne jegliche Schwierigkeiten und Behinderungen 9.5 m südlich erstellt werden können. Weder der gesetzliche Abstand noch die Nachbarparzelle noch die Vorderbergstrasse wären tangiert worden. Die Eigentümerschaft führe selber aus, dass im Zeitpunkt der Schnurgerüstkontrolle der Standort des Gebäudes ohne weiteres hätte verschoben werden können. Für die Wahl des Standorts des Neubaus innerhalb des minimalen Waldabstandes würden weder technische Notwendigkeiten noch private Interessen der Eigentümerschaft sprechen. Bezüglich der landschaftlichen Aspekte gelte, dass eine Verschiebung kaum ins Gewicht falle. Dies gelte umso mehr, als die Parzelle keine markanten Geländekanten aufweise, sondern gleichmässig abfallend sei, wodurch sich das Wohnhaus genau so gut wie am alten Standort in das Landschaftsbild einordne. Eine Standortverschiebung von 9.5 m könne ohne weiteres als geringfügig bezeichnet werden und die Identität der Baute bleibe gewahrt. Auch wenn das Haus ausserhalb des gesetzlich vorgeschriebenen Waldabstandes situiert werde, so ordne es sich genau so gut in das Landschaftsbild ein wie am alten Standort. Es liege weder eine offensichtlich unzweckmässige Lösung noch eine unbillige Härte vor. Mit dem eigenwilligen Erstellen eines Neubaus ohne bzw. entgegen der Baubewilligung sei die Beschwerdeführerin ein grosses Risiko eingegangen. Wenn das Bauvorhaben nun nachträglich nicht bewilligt werde, so sei dies nicht unbillig, d.h. es würden keine aussergewöhnlichen, schwerwiegenden und atypischen Umstände vorliegen, die bewirken würden, dass die Bauherrschaft besonders hart getroffen werde. Vielmehr habe sie dies selber verschuldet.

b) Die Beschwerdeführerin stellt sich in ihrer Beschwerdeschrift auf den Standpunkt, die kantonale Ausnahmebewilligung – sofern sie überhaupt in Betracht kommen sollte – sei zu Unrecht verweigert worden, denn die Ausnahmevoraussetzungen von § 14 PBG seien erfüllt. Es treffe zwar zu, dass ein Neubau ausserhalb des Waldabstandes baulich grundsätzlich möglich gewesen wäre, wenn die Behörden bei der Schnurgerüstkontrolle diese Variante favorisiert hätten. Nicht zutreffend sei die Feststellung, dass eine solche Verschiebung ohne weiteres möglich gewesen wäre, da sie umfangreiche Hangsicherungs- und Entwässerungsmassnahmen zur Folge gehabt hätte. Der neue Gebäudestandort stehe auch im Konflikt mit dem Wegrecht und dem Holzabfuhrrecht. Eine Verschiebung des Gebäudes vom Wald weg hätte auf jeden Fall negative landschaftliche Auswirkungen. Um vollständig ausserhalb des Waldabstandes liegen zu kommen, müsste das Gebäude unter Beibehaltung der Höhenlage um über 12 m statt nur 8.5 m verschoben werden. Wenn eine Verschiebung senkrecht zur Waldgrenze erfolgen müsste, so würde dies zur Folge haben, dass das Gebäude sogar noch wesentlich stärker landschaftlich exponiert würde, denn es käme höher zu liegen und näher zum bergseits gelegenen Waldrand. Damit würde es die Waldlichtung von der übrigen Landschaft abschneiden, was auch ökologisch (z. B. für den Wildwechsel) nachteilig wäre. Auch der finanzielle Schaden, der der Beschwerdeführerin erwachsen würde, sei beträchtlich. Die Investitionen, die im Zusammenhang mit dem als Rohbau realisierten Projekt als Planungskosten (Architekt, Bauleitung, Energieplanung, Haustechnikplanung, Statik) und als Baukosten (Dämmung im Erdreich, Baumeisterarbeiten, Dach, Fenster, Vorbereitungen Haustechnik) entstanden seien, würden sich auf Fr. 635'000.– belaufen. Hinzu kämen noch erwartete Nachzahlungen von rund Fr. 20'000.–. Weiter sei zu beachten, dass die bisherigen Planungskosten am neuen Standort nicht verwendet werden könnten, weil die Vorinstanz ja ein kleineres Gebäude verlange. Die Kosten für den Abbruch und die Entsorgung der heute schon im Rohbau bestehenden Ersatzbaute würden sich auf Fr. 40'000.– belaufen. Mehrkosten würden durch zusätzliche Hangsicherungs-, Terraingestaltungs-, Entwässerungsmassnahmen und im Zusammenhang mit den Weg- und Holzabfuhrrechten entstehen. Hinzu komme noch der Zinsverlust für das gesamte investierte Kapital und die Mehrkosten der Bauteuerung. Insgesamt müsse man bei einer «Verschiebung» von einem Schaden von rund einer Million Schweizer Franken ausgehen. Ebenfalls zu berücksichtigen seien die ökologischen Nachteile, welche durch die Vielzahl von Lastwagenfahrten für das Abführen des Abbruchmaterials und das Zuführen des neuen Materials entstehen würden.

c) In seiner Vernehmlassung führt das Amt für Raumplanung unter anderem aus, bezüglich der Standortverschiebung gelte es, die verschiedenen gesetzlichen Vorgaben aufeinander abzustimmen. Gemäss Art. 42 Abs. 4 RPV dürfe der Standort der Ersatzbaute von demjenigen der früheren Baute geringfügig abweichen, doch bleibe in jedem Fall die Vereinbarkeit mit den wichtigen Anliegen der Raumplanung vorbehalten. Im besonderen Fall von Art. 24c RPG seien auch die in Frage kommenden wichtigen Anliegen der Raumplanung, insbesondere solche des Umweltschutzes sowie des Natur- und Landschaftsschutzes zu berücksichtigen. Die anzuwendende Methode sei die der umfassenden Interessenabwägung. Wenn spezialgesetzliche Normen beispielsweise des Umweltschutzes oder des Natur- und Landschaftss-

chutzes der Bewilligung absolut entgegenstehen würden, so entfalle die Interessenabwägung. Spezialgesetzlich komme hier § 12 PBG zur Anwendung, der für Bauten und Anlagen einen Mindestabstand von 12 m zum Wald vorschreibe. Zu erwähnen sei hier auch, dass ein Projekt für ein neues Wohnhaus ausserhalb des Waldabstandes nicht ausgearbeitet worden sei, so dass eine Beurteilung der landschaftlichen Eingliederung des neuen Gebäudes in die Umgebung durch die kantonalen Fachstellen noch gar nicht habe vorgenommen werden können. Zur Behauptung der Beschwerdeführerin, der Baubereich befinde sich inmitten eines stark wasserführenden und rutschgefährdeten Hangbereichs, was kostspielige und aufwendige Hangsicherungsmassnahmen bedingen würde, führt das Amt für Raumplanung aus, die Aussage entspreche in keiner Weise dem Inhalt der privaten Expertise der Q. AG. Gemäss dieser Expertise könne nämlich das Risiko von Naturgefahren beim Standort ausserhalb des Waldabstandes als unproblematisch taxiert werden, denn einerseits hätten nur geringfügige Materialabschwemmungen stattgefunden und andererseits seien die Gefahren von Rutschprozessen nicht relevant, denn sie seien lediglich «nicht ausgeschlossen». Was den von der Beschwerdeführerin geschätzten Schaden von rund einer Million Schweizerfranken betreffe, so sei dieser allein durch das rechtswidrige und bösgläubige Verhalten der Beschwerdeführerin entstanden. Wer gegen klare Auflagen in einer Baubewilligung verstosse und ohne gültige Baubewilligung einfach ein Gebäude abreisse und einen Ersatzbau erstelle, der nehme das Risiko in Kauf, dass er auch für den finanziellen Schaden aufkommen müsse. Zum Argument der Beschwerdeführerin, angesichts der Topographie, Sonnenexposition, der bescheidenen Dimensionen des Wohnhauses und der extensiven Nutzung der Liegenschaft sei die Einhaltung des gesetzlichen Waldabstandes von 12 m nicht erforderlich, führt das Amt für Raumplanung aus, bei einem starken Sturm aus nordwestlicher Richtung wäre die Sicherheit der Hausbewohner sehr wohl tangiert, bei einem Waldabstand von lediglich 2.50 m noch wesentlich stärker als bei 12 Metern. Der hier betroffene Waldrand sei grundsätzlich südexponiert. Zu beachten sei, dass südlich exponierte Waldränder artenreicher seien und eine hohe Biodiversität aufweisen würden. Im Bereich des Hauses werde der Wald stark beschattet, was sich augenfällig auf die Waldvegetation auswirke, denn diese sei hier wesentlich artenärmer als in den benachbarten, unbeschatteten Bereichen.

d) Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, neben der von Art. 24c Abs. 5 RPG geforderten umfassenden Interessenabwägung bleibe kein Platz für eine isolierte Prüfung des kantonalen Waldabstandes. Andernfalls könnte dies dazu führen, dass ein Projekt realisiert werde, das zwar den Waldabstand respektiere, aber im Lichte gewichtiger anderer Aspekte (Landschaftsschutz, Umweltschutz, Vertrauensschutz etc.) ungünstig sei. Durch die Unterlassung der umfassenden Interessenabwägung habe die Vorinstanz Bundesrecht verletzt. Für die Beurteilung der landschaftlichen Nachteile eines Gebäudekörpers, der statt am Rand im zentralen Bereich des herabfliessenden Landschaftsstreifens liege, bedürfe es keines ausgearbeiteten Projekts. Diese Nachteile liessen sich anhand der bei den Akten liegenden Pläne und Fotografien genügend ermessen. Was die Expertise der Q. AG betreffe, mache das Amt für Raumplanung zu Recht nicht geltend, dass diese sachlich unrichtig sei; sie berufe sich im Gegenteil auf diese und wünsche eine seriöse Expertise. Das Amt für Raumplanung stelle zu

Recht nicht in Frage, dass die kantonale Energiefachstelle für die Ersatzbaute bereits das provisorische Minergie-Zertifikat erteilt habe. Das Minergie-Zertifikat diene nicht dazu, öffentliches Recht zu überspielen. Vielmehr sehe das öffentliche Recht explizit vor, dass bei Umbauten wie auch bei Erneuerungen und Ersatzbauten die energetische Verbesserung einen grösseren Spielraum für Veränderungen am äusseren Erscheinungsbild schaffe (Art. 24c Abs. 4 RPG). Der Beschwerdegegner übersehe, dass die Besitzstandsgarantie von Art. 24c RPG kraft der derogatorischen Kraft des Bundesrechts allfälligen kantonalen Ausnahmetatbeständen wie jenem von § 14 PBG vorgehe. Für den Eventualfall, dass § 14 PBG grundsätzlich mitberücksichtigt werden müsste, müsse diese Bestimmung bundesrechtskonform ausgelegt werden. Die Verschiebung des Gebäudes in die empfindliche offene Landschaft würde zu einer offensichtlich unzweckmässigen Lösung im Sinne von § 14 PBG führen, ebenso zu einer unbilligen Härte. Was die Gefahren bei Windfall betreffe, so wären die Schäden bei einem Waldabstand von 5 m weniger gross als bei 12 m, weil der fallende Baum früher, in einem steileren Winkel und mit geringerer Bewegungsenergie durch die Dachkante gestoppt würde. Überdies mache der Wald im gebäudenahen Bereich einen Knick und sei teils süd-, teils ostorientiert. Das Gebäude Obersellen sei gegenüber dem Waldrand abgedreht und weise nur mit der Ecke in die Nähe des Waldes. Der ostorientierte Waldrandabschnitt werde durch das Gebäude überhaupt nicht beschattet. Es werde bestritten, dass der Waldrand wegen des Gebäudes artenärmer sei.

e) In seiner Duplik führt das Amt für Raumplanung zur Feststellung der Beschwerdeführerin, der Waldabstand sei eine kantonale oder kommunale Massvorschrift, aus, diese verkenne, dass der minimale Waldabstand im Grundsatz vom Bundesgesetz vorgeschrieben werde und die Kantone nur die Masse bestimmen könnten. Artikel 17 Abs. 1 WaG sei eine eigenständige Vorschrift, die besage, dass Bauten in Waldesnähe nur zulässig seien, wenn sie die Erhaltung, Pflege und Nutzung des Waldes nicht beeinträchtigen würden. Der Beschwerdeführerin sei zuzustimmen, dass der Umweltschutz gewichtig in die Interessenabwägung einzufliessen habe. Der Waldabstand diene nämlich dem Schutz des Waldes. Wald und Waldrand seien Teile der Umwelt. Somit seien hier die Interessen des Umweltschutzes und die Interessen an der Einhaltung des Waldabstandes gleichgerichtet. Beide würden für die Einhaltung des Waldabstandes sprechen. Was den Landschaftsschutz angehe, so sei offensichtlich, dass die Verschiebung des Gebäudes um einige wenige Meter aus landschaftlicher Sicht kaum ins Gewicht falle. Die landschaftliche Betrachtungsweise sei viel weiter und offener. Hier würden wenige Meter kaum eine Rolle spielen. Ganz anders verhalte es sich bei dem Waldabstand. Hier verbessere jeder Meter den ästhetischen, biologischen und ökologischen Wert des Waldes sowie die Sicherheit des Gebäudes. Bei der verlangten Gebäudeverschiebung könne man nicht von einer offensichtlich unzweckmässigen Lösung sprechen. Die Gebäudeverschiebung möge für die Beschwerdeführerin finanziell sicher eine Härte bedeuten. Diese habe sie aber ihrem klar rechtswidrigen Verhalten zuzuschreiben, indem sie massivste Projektänderungen ohne vorherige Bewilligung und trotz vorgängig klar gemachter unterschiedlicher Verfahren zwischen Neu- und Umbau auf eigenes Risiko hin gemacht habe. Was die Aussage der Beschwerdeführerin betreffe, dass die häufigsten und stärksten Winde bei Südwind (Föhn)

auftreten würden, so müsse auf die Sturmereignisse der vergangenen 15 Jahre verwiesen werden, welche in den nahen Wäldern der Obersellen zu grossen Schäden geführt hätten, nämlich die Weststürme «Vivian» (Februar 1990) und «Lothar» (Dezember 1999). Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass die Wahrscheinlichkeit, von einem umstürzenden Baum getroffen zu werden, 53 % höher sei, wenn nur ein Waldabstand von 2.50 m statt des gesetzlichen Waldabstandes eingehalten werde. Zur Behauptung der Beschwerdeführerin, es sei unbelegt, dass der Waldrand wegen des Gebäudes artenärmer sei, wird ausgeführt, die primären Wachstumsfaktoren für Waldpflanzen seien Sonnenlicht und Wärme, wenn die Wasserversorgung genügend sei. Durch ein waldnahes Gebäude könnten Pflanzen des beschatteten nahen Waldrandes weniger Licht und Wärme aufnehmen als Pflanzen, die nicht künstlich beschattet seien. So sei das Wachstum entsprechend reduziert. Zu der Feststellung der Beschwerdeführerin, die Direktion des Innern hätte nicht verfügen müssen, und eine gesamthafte Interessenabwägung sei nicht vorgenommen worden, sei zu sagen, dass in jedem Fall eine Ausnahmebewilligung gemäss § 14 PBG erforderlich sei, wenn der minimale Waldabstand durch Bauten unterschritten werde. Hierfür brauche es einen Zustimmungsentscheid der Direktion des Innern, der in Verfügungsform zu erlassen sei. Bereits in diesem Entscheid sei eine Interessenabwägung vorgenommen worden.

f) Nachdem das umstrittene Gebäude unbestrittenermassen zu mehr als 90 % innerhalb des Waldabstandes steht und zum Teil nur einen Waldabstand von 2.5 Metern einhält, kann das Bauvorhaben nur mit einer Ausnahmebewilligung rechtmässig ausgeführt werden. Gemäss § 14 PBG gewährt die zuständige Behörde Ausnahmen von den kantonalen Plänen und Bauvorschriften, falls sich sonst im Einzelfall eine offensichtlich unzweckmässige Lösung oder eine unbillige Härte ergäbe und wo das übergeordnete Recht es zulässt. Bei der Ausnahmebewilligung gemäss § 14 PBG handelt es sich um einen Entscheid, durch den gestützt auf eine gesetzliche Ermächtigung ein Abweichen von der im Normalfall geltenden gesetzlichen Regelung gestattet wird. Anders als bei der ordentlichen Baubewilligung wird nicht einfach festgestellt, dass ein Bauvorhaben den öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften entspricht, sondern der Bauherr wird bei der vom Gesetz verlangten Ausnahmesituation von der Einhaltung der im Normalfall geltenden Regelung befreit. Ob eine Ausnahmesituation vorliegt, ist eine Rechtsfrage, auch wenn die gesetzliche Umschreibung häufig unbestimmt lautet und der Konkretisierung bedarf (z. B. «besondere Verhältnisse», «offensichtlich unzweckmässige Lösung» oder Vermeidung einer «unzumutbaren Härte»). Die Frage, durch welche Abweichung von der Vorschrift und welche besonderen Anordnungen der Ausnahmesituation Rechnung zu tragen ist, ist eine Ermessensfrage. Das entsprechende Ermessen ist pflichtgemäss, d.h. unter Einhaltung des Gleichbehandlungsgebots, des Willkürverbots und des Verhältnismässigkeitsprinzips zu handhaben (Walter Haller/Peter Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, 3. Auflage, Zürich 1999, S. 185 ff.). Unter diesen Aspekten stellt sich nun die Frage, ob die Einhaltung des Waldabstandes zu einer offensichtlich unzweckmässigen Lösung oder einer unzumutbaren Härte führen würde.

aa) Zur Frage der Ausnahmesituation lässt die Beschwerdeführerin vorbringen, bezüglich des

Landschaftsschutzes füge sich das Gebäude am alten Standort besser in die Landschaft ein als am neuen. Um vollständig ausserhalb des Waldabstandes liegen zu kommen, müsste das Gebäude nämlich unter Beibehaltung der Höhenlage um über 12 statt nur 8.5 Meter verschoben werden. Wenn die Verschiebung senkrecht zur Waldgrenze erfolgen müsste, so würde das Gebäude noch wesentlich stärker landschaftlich exponiert und näher zum südlich gelegenen Waldrand zu liegen kommen. Dies würde die Waldlichtung von der übrigen Landschaft abschneiden, was ökologisch auch für den Wildwechsel nachteilig wäre. Zudem würde die Baute am alten Standort auch gemäss den Aussagen des Amtes für Raumplanung in der Verfügung vom 7. September 2011 eine deutliche Verbesserung des Erscheinungsbildes des Wohnhauses ergeben und mit dem vorgesehenen Umbau werde die Landschaft aufgewertet. Damit stehe fest, dass das Bauvorhaben die Eingliederung der Baute in das örtliche Landschaftsbild berücksichtige. Die Verschiebung des Gebäudes in die empfindliche offene Landschaft würde zu einer unzweckmässigen Lösung im Sinne von § 14 PBG führen. Was die Gefahren bei Windfall betreffe, so wären die Schäden bei einem Waldabstand von 5 Metern geringer als bei 12 Metern, weil der fallende Baum in einem stärkeren Winkel und mit geringerer Bewegungsenergie durch die Dachkante gestoppt würde. Weiter gelte es zu beachten, dass der alte Standort topografisch auf einer Kuppe liege und keinerlei Anzeichen eines besonders starken Sickerwasseraustritts aufweise; insbesondere sei keine «Vernässung» erkennbar. Der 10 Meter weiter südliche gelegene neue Standort liege näher am Hang und schneide diesen leicht an. Entsprechend müsse an diesem Standort mit Hangsickerwasser gerechnet werden. Aus dem Bericht des Geologen V. W. von der Q. AG ergebe sich, dass im baubedingt lokal angeschnittenen Hang bereits gewisse Materialabschwemmungen im Umfang von ca. 1 m^3 stattgefunden hätten. Die Verschiebung des Bauvorhabens hätte damit umfangreiche Hangsicherungs- und Entwässerungsmassnahmen zur Folge. Weiter werde durch den neuen Standort das Fuss- und Fahrwegrecht sowie das Holzabfuhrrecht jeweils zu Gunsten des GS Nr. 002 (Kanton Zug) beeinträchtigt. Weiter sei zu beachten, dass durch die verlangte Verschiebung des Gebäudes der Bauherrschaft ein finanzieller Schaden von ca. 1 Million Franken entstehen würde. Zu beachten sei auch, dass der Wald im gebäudenahen Bereich einen Knick mache und teils süd- und ostorientiert sei. Das Gebäude selber sei gegenüber dem Wald abgedreht und weise nur mit der Ecke in die Nähe des Waldes. Es werde bestritten, dass der Waldrand wegen des Gebäudes artenärmer sei.

bb) Beim Augenschein vom 17. April 2014 ergab sich, dass der bisherige Standort im Waldabstand aus geologischer Sicht vielleicht etwas günstiger wäre als der neue, etwa 10 – 12 Meter südlicher gelegene Standort. Als völlig ungeeignet kann man den neuen Standort aber nicht bezeichnen, auch wenn dort im «angeschnittenen» Hangbereich (nach wenig Niederschlag an den Vortagen) immer noch Feuchtigkeit zutage trat. Es entstand aber nicht der Eindruck von besonders grosser Nässe und entsprechenden Rutschungen. Der von der Beschwerdeführerin beigezogene Geologe spricht auch nur davon, dass am neuen Standort mit Hangsickerwasser gerechnet werden müsse. Die im Bericht erwähnte Materialabschwemmung erwies sich vor Ort als nicht besonders beeindruckend. Auffallend war aber, dass auf der Nordseite in der Waldlichtung ungewöhnlich viel Nässe zu Tage trat. Richtig ist, dass durch die Verlegung

des Standorts in südlicher Richtung der Bau deutlicher in Erscheinung treten wird. Dieser «Nachteil» wird aber durch die bessere Aussicht und den deutlich geringeren Schattenwurf aufgewogen, was aus wohnhygienischer Sicht von Vorteil ist. Dass das Gebäude dadurch – vor allem aus westlicher Richtung – besser einsehbar wird, ist insofern nicht zu beanstanden, als der ganze Hang zwischen Grindwäschi- und Hörndlibach fast ausschliesslich aus Einzelgehöften und Einzelgebäuden besteht. Das Gebäude wird an seinem neuen Standort daher zwar auffallender in Erscheinung treten, aber nicht negativ auffallen. Richtig ist auch, dass das Gebäude am neuen Standort sich etwa in der Mitte der Waldschneise «Obersellen» befinden wird. Diese ist aber insgesamt ca. 50 Meter breit und wird durch das Gebäude nicht «zugestellt». Für das Fuss-, Fahrweg- und Holzabfuhrrecht des Kantons müssen wohl neue Zufahrten erstellt werden, wobei der benötigte Raum vorhanden ist. Der Wildwechsel ist nicht in relevantem Ausmass tangiert. Nicht bestritten wird, dass für das nicht unterkellerte Gebäude am neuen Standort ein grösserer Aushub und eine massivere Hangsicherung erforderlich sein wird. Dass die nördlich gelegene Waldlichtung von der restlichen Landschaft abgeschnitten ist, kann nicht als Ausnahmesituation bezeichnet werden, ist es doch für eine Waldlichtung geradezu typisch, dass sie von der offenen Landschaft getrennt und nicht ohne weiteres erreichbar ist. Auf die Bedeutung des finanziellen Schadens, der durch die Verschiebung oder den Abbruch des Gebäudes für die Beschwerdeführerin entsteht, ist im Zusammenhang mit der Frage nach der Verhältnismässigkeit der Verpflichtung zur Wiederherstellung zurück zu kommen. Auf die Frage nach den zu erwartenden ökologischen Nachteilen durch eine Vielzahl von unnötigen Lastwagenfahrten braucht hier nicht näher eingegangen zu werden, weil nicht feststeht, ob das Gebäude abgebrochen oder «verschoben» wird, was heute technisch durchaus machbar ist.

Aufgrund dieser Fakten kann das Gericht nicht davon ausgehen, dass die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung gegeben sind. Die vom Amt für Raumplanung verlangte Verschiebung des Gebäudes kann nicht als offensichtlich unzweckmässige Lösung bezeichnet werden. Ob sich aus der Verschiebung oder dem Abbruch der ohne Bewilligung erstellten Baute allenfalls eine unbillige bzw. unverhältnismässige Härte ergibt, ist im Folgenden zu prüfen.

5. Bauten, die polizeiwidrig sind, müssen grundsätzlich abgebrochen oder geändert werden. Der zuständigen Baubehörde steht kein Ermessen zu, ob sie tätig werden oder die Sache auf sich beruhen lassen will. Beim Entscheid über die Wiederherstellung des gesetzlichen Zustandes ist stets das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten. Auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ist aus Verhältnismässigkeitsüberlegungen z. B. zu verzichten, wenn die Abweichung geringfügig ist und die berührten allgemeinen Interessen den Schaden, welcher der Bauherrschaft durch den Abbruch entstünde, nicht zu rechtfertigen vermögen (Fritzsche / Bösch / Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Auflage, S. 483 ff.). Von einer geringfügigen Abweichung spricht man, wenn eine Baute nur wenig von den materiellen Bauvorschriften abweicht und die Abweichung der Bauherrschaft keinen oder nur einen geringfügigen Nutzen bringt. Entscheidend sind dabei auch präjudizielle Aspekte. Daneben kön-

nen auch Gründe des Vertrauensschutzes einen Verzicht auf die Wiederherstellung gebieten, wenn z. B. die Bauherrschaft gutgläubig angenommen hat, sie sei zur Ausführung der Bauten und Anlagen ermächtigt. Der Wiederherstellungsentscheid muss im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips geeignet, erforderlich und zumutbar sein (BGE vom 6. Februar 2009, 1C_270/2008).

a) Bei der Frage nach der Geringfügigkeit der Abweichung ist neben dem objektiven Mass der Abweichung auch das wirtschaftliche Interesse der Bauherrschaft in die Beurteilung miteinzubeziehen. Geringfügig sind einerseits Abweichungen, die objektiv betrachtet nur wenig von den materiellen Vorschriften abweichen und andererseits der Bauherrschaft keinen oder nur einen geringfügigen Nutzen bringen. So ist z. B. der Verstoss gegen eine Vorschrift, die für ein Dach Ziegel in der herkömmlichen Form und Farbe vorschreibt, keine geringfügige Abweichung mehr. Von erheblicher Bedeutung sind auch präjudizielle Aspekte, d.h. wird auf die strikte Einhaltung einer Norm verzichtet, so muss aus Gründen der Rechtsgleichheit in vergleichbaren Fällen gleich verfahren werden. Ist jedoch eine Abweichung sehr gering, so ist ein Abbruch- oder Wiederherstellungsbefehl unverhältnismässig. Im vorliegenden Fall haben wir es mit einer Abweichung vom gesetzlich zulässigen Waldabstand von 12 Metern um 9.5 Meter zu tun. Unter diesen Umständen kann man nicht mehr von einer geringfügigen Abweichung sprechen. Bei dieser Ausgangslage könnten einzig Gründe des Vertrauensschutzes zu einem Verzicht auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes führen (vgl. hierzu Fritzsche/Bösch/Wipf, a.a.O., S. 485).

b) Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, nach den Grundsätzen des Vertrauensschutzes sei die Schnurgerüstabnahme als Vertrauensgrundlage und das Weiterbauen im Vertrauen darauf, dass auch aus behördlicher Sicht alles in Ordnung sei, als Vertrauensbestätigung zu qualifizieren. Die Behörden könnten heute nicht mehr geltend machen, nach der Schnurgerüstkontrolle hätte nicht weitergebaut werden dürfen. Die Behörden dürften unter diesen Umständen auch nicht den Abbruch der entsprechenden Gebäudeteile verlangen.

aa) Gemäss Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) handeln staatliche Organe und Private nach Treu und Glauben. Der Grundsatz von Treu und Glauben verlangt sowohl vom Staat wie auch von den Privaten, sich im Rechtsverkehr loyal und vertrauenswürdig zu verhalten. Artikel 9 BV statuiert zusätzlich einen einklagbaren Anspruch des Einzelnen, von den staatlichen Organen nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Gemäss dieser Bestimmung besteht ein einklagbarer Anspruch auf den Schutz des berechtigten Vertrauens, das der Einzelne infolge von behördlichen Zusicherungen oder sonstigem, bestimmte Erwartungen begründendem Verhalten der Behörden gewonnen hat. Unter bestimmten Umständen besteht also ein Anspruch, dass Behörden Rechtswirkungen nach den berechtigten Erwartungen des Einzelnen ausrichten, die sie durch ihr eigenes Handeln bei ihm erweckt haben, selbst wenn dafür unter Umständen vom Gesetz abgewichen werden muss. Damit der Schutz von Art. 9 BV greift, ist allgemein vorausgesetzt, dass der

Staat durch sein Verhalten eine Grundlage geschaffen hat, die geeignet ist, beim Privaten bestimmte Erwartungen auszulösen. Diese Erwartungen werden aber nur geschützt, wenn der Einzelne von diesen Grundlagen wusste und im Vertrauen darauf Dispositionen getroffen hat (Eva Maria Belser/Bernhard Waldmann, Grundrechte II, 266 ff., 268). Zu prüfen ist, ob der Gemeinderat Walchwil und das Amt für Raumplanung mit ihrem Verhalten bei der Beschwerdeführerin eine Vertrauensgrundlage geschaffen haben, gestützt auf die sie sich berechtigt gesehen hätte, das Wohnhaus Obersellen gänzlich abzubrechen und neu aufzubauen. Insbesondere ist zu klären, ob die Baubehörden mit der Schnurgerüstkontrolle in irgendeiner Weise eine entsprechende Vertrauensgrundlage geschaffen haben.

bb) Gemäss § 46b Abs. 1 PBG gestattet die rechtsgültige Baubewilligung den sofortigen Baubeginn, wenn Bedingungen und Auflagen nichts anderes vorsehen. Mit der Baubewilligung sind die ordentlichen Baukontrollen für bestimmte Bauabschnitte festzulegen (§ 32 der Verordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 16. November 1999 [V PBG, BGS 721.111]). Entsprechend diesen Bestimmungen hat der Gemeinderat in der Baubewilligung unter dem Titel «Allgemeine Bedingungen» festgelegt, dass der Bauverwaltung unter Verwendung der beigelegten Formulare rechtzeitig Mitteilung zu machen sei: a) vor der Erstellung des Schnurgerüstes, b) vor der Ansetzung des Sockelmauerwerks, c) vor der Vollendung des Rohbaus, d) vor der Vollendung der Kanalisationsanlagen und e) vor der Vollendung der Baute zwecks Bezugsbereitschaft. Damit die baurechtlichen Vorschriften eingehalten werden und Gebäude am Ort gemäss Baubewilligung erstellt werden, ist vor Baubeginn eine genaue Absteckung nötig. Abstände von Grenzen und Baulinien müssen zentimetergenau eingehalten werden. Die amtliche Vermessung bietet für diese Arbeiten die Grundlage. Die sogenannte Schnurgerüst-Kontrolle und die Sockelverifikation werden aus technischen Gründen einem Spezialisten, üblicherweise einem Vermessungsbüro, übertragen. Das Schnurgerüst ist dabei ein einfaches Hilfsgerüst, das an den wichtigsten Begrenzungen eines Gebäudegrundrisses aufgebaut wird. Es dient zur Absteckung und Positionierung der Aussenkanten eines zu errichtenden Gebäudes. Die zwischen mehreren Gerüsten gespannten Schnüre kennzeichnen in diesem Zusammenhang den Verlauf der Mauerzüge und ermöglichen so das Einhalten der geometrisch richtigen Grundrisse bzw. das Markieren und Kontrollieren der Ecken und Seitenflächen während der Bauausführung.

cc) Mit Email vom 21. August 2012 bestätigte F. B. von der Geozug Ingenieure AG gegenüber dem Bauamt der Gemeinde Walchwil, dass am 20. August 2012 die Schnurgerüstabsteckung und die Schnurgerüstkontrolle stattgefunden hätten. Aus dem Absteckungskontrollblatt ergibt sich, dass die Kontrolle gemäss dem Situationsplan stattgefunden habe. Dieser der Kontrolle zugrunde liegende Situationsplan entspricht genau dem Plan, der vom Gemeinderat am 26. September 2011 genehmigt wurde. Offensichtlich konnte sich der Geometer davon überzeugen, dass die geometrischen Grundrisse und die Aussenkanten des Bauvorhabens den Bauplänen entsprechend korrekt abgesteckt waren. Andere Aufgaben hatte der Geometer nicht. Insbesondere war er nicht dazu verpflichtet, sich nach dem Verbleib des schon grossenteils abgerissenen Mauerwerks zu erkundigen. Hinzu kommt, dass er wegen des

damals offensichtlich noch bestehenden alten Daches nicht einmal Anlass gehabt hätte zu fragen, warum denn das ganze Gebäude abgerissen worden sei. Dass er weder bemerkt noch vermerkt hat, dass das Mauerwerk zum grössten Teil entfernt war, schafft in keiner Weise eine Vertrauensbasis für die Bauherrschaft im Hinblick auf einen widerrechtlichen Abbruch und Neuaufbau des Gebäudes, denn eine solche Kontrolle gehörte nicht zu der eines für die Schnurgerüstkontrolle Beauftragten. Im Auftrag der Gemeinde hatte er lediglich zu prüfen, ob die Aussenkanten des Bauvorhabens richtig abgesteckt und positioniert waren. Dies konnte er aufgrund der durchgeführten Schnurgerüstkontrolle bestätigen, was er mit Email vom 21. August 2012 auch auftragsgemäss getan hat.

dd) Zur Vertrauensposition und zum guten Glauben der Bauherrschaft ist weiter Folgendes festzuhalten: Mit Schreiben vom 18. Mai 2010 fragte die Beschwerdeführerin beim Amt für Raumplanung nach, ob das Wohnhaus Assek. Nr. 002 auf dem Grundstück GS Nr. 001 bis auf die Grundmauern abgebrochen und mit dem gleichen Grundriss wiederaufgebaut werden dürfe. Mit Schreiben vom 31. Mai 2010 teilte ihr das Amt für Raumplanung mit, das alte Wohnhaus könne abgebrochen und mit einer heute üblichen Raumhöhe neu errichtet werden. Beim neuen Gebäude würde es sich aber um einen Ersatzbau handeln, der die zonenwidrig genutzte Fläche des Altbaus von 150 m^2 nicht überschreiten dürfe. Zudem habe er den gesetzlichen Waldabstand von 12 Metern einzuhalten. Sollte hingegen das Wohnhaus mit einer zonenwidrig genutzten Fläche von 230 m^2 erhalten bleiben, könne es aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen umfassend saniert werden. Am 7. Juni 2010 gelangte die Beschwerdeführerin mit weiteren Fragen bezüglich der Grösse des Ersatzbaus an das Amt für Raumplanung. Dieses erklärte mit Schreiben vom 24. Juni 2010 nochmals, dass bei einem Abbruch des alten Gebäudes ein Ersatzneubau mit gleicher Grösse und gleicher Raumeinteilung erstellt werden könne, wobei jedoch einzelne tragende Teile stehen bleiben müssten. Dies werde anhand eines Vorprojekts beurteilt. Am 15. Juni 2011 wurde das als «Umbau Einfamilienhaus» bezeichnete Baugesuch eingereicht und am 7. September 2011 stimmte das Amt für Raumplanung der «Instandsetzung Wohnhaus» zu. Gemäss den Bauplänen sollten grosse Teile der Aussenmauern des Wohnhauses stehen bleiben. In der Verfügung des Amtes für Raumplanung vom 7. September 2011 ist ausdrücklich festgehalten, dass die Gesuchsunterlagen massgebend seien und dass jede Nutzungs- bzw. bauliche Änderung einer Bewilligung bedürfe (Ziff. 1.1 und 1.2). Auch in der Baubewilligung vom 26. September 2011 wurde darauf hingewiesen, dass Abweichungen gegenüber den genehmigten Plänen der Abteilung Bau/Planung der Gemeinde erneut zur Bewilligung eingereicht werden müssten. Bei wesentlichen Änderungen sei sogar eine erneute Ausschreibung erforderlich. Aufgrund dieser Verfügungen und Stellungnahmen musste der Beschwerdeführerin sehr klar sein, dass sie lediglich die bewilligten Arbeiten ausführen durfte, und dass andernfalls bei der Gemeinde eine zusätzliche Bewilligung einzuholen wäre. Dies galt insbesondere für die gänzliche Beseitigung des alten Mauerwerks und des Daches. Nach Treu und Glauben hatte die Beschwerdeführerin nicht die geringsten Anhaltspunkte dafür, dass die Gemeinde und das Amt für Raumplanung mit einem gänzlichen Abbruch und einem anschliessenden Wiederaufbau auch nur ansatzweise einverstanden sein würden. Mit der Schnurgerüstkontrolle durch ein Geometerbüro entstand jedenfalls keine zu-

verlässige Vertrauensbasis, gestützt auf die die Beschwerdeführerin hätte annehmen dürfen, dass der Gemeinderat und das Amt für Raumplanung von ihrer bisherigen klaren Haltung abweichen würden, wonach ein Wiederaufbau nur in den alten Ausmassen und ausserhalb des Waldabstandes zulässig sein würde. Der Abbruch des alten Gebäudes erfolgte offensichtlich ohne irgendeine Zustimmung von Seiten der Behörden. Daran ändert auch die am Augenschein getätigte Aussage des Vertreters der Bauabteilung nichts, dass dem Geometerbüro sämtliche Baupläne zur Verfügung gestellt worden seien.

ee) In diesem Zusammenhang muss auch auf das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 17. Januar 2013 hingewiesen werden. Hier führt die Beschwerdeführerin aus, dass zwischen der Baufreigabe und der Schnurgerüstkontrolle das vorbestehende Mauerwerk abgebrochen worden sei, da ein Erhalt unter Berücksichtigung der bewilligten Veränderungen baulich unmöglich gewesen sei. Vor dem Abbruch seien Sondierungen vorgenommen worden, unter anderem zum Boden- und Wandaufbau sowie zum Zustand der Geschossdecken. Auf einen etappenweisen Abbruch mit Betonierung der Neuteile sei verzichtet worden, da sich am Endergebnis – bei massiv höheren Kosten – nichts geändert hätte. Des Weiteren sei die massgebende Kote um 21 cm wegen eines Messfehlers bei der Aufnahme der alten Gebäudemasse erhöht worden. Zudem habe man sich für eine zusätzliche Dämmung mit 16 cm Foamglas unter dem Fundamentboden entschieden, um das Gebäude optimal zu isolieren. Zwischen der Schnurgerüstkontrolle und der Rohbauabnahme sei das Gebäude um 25 cm nach Westen verschoben worden und zugunsten der üblichen Raumhöhe sei der Erdgeschossfussboden um weitere 13 cm abgesenkt worden. Das vor der Schnurgerüstkontrolle zwecks Erhaltung aufwändig angehobene alte Dach habe aufgrund des Zustandes und der zu geringen Querschnitte der Balken leider nicht weiter verwendet werden können und habe durch eine Neukonstruktion ersetzt werden müssen. Das einzige Fenster im Zimmer OG Nord sei zugunsten der Belichtung und der Aussicht auf die idyllische Waldlichtung zentriert und vergrössert worden. Die Fenster in den beiden Zimmern EG West seien zusammengelegt und mit einer tieferen Fensterbank für eine bessere Belichtung und für eine bessere Aussicht versehen worden. Die beiden Fenster im Gibel Ost seien wegen besserer Statik und Isolation verkleinert worden. Dafür sei ein Dachfenster auf der nördlichen Seite zur Belichtung der Galerie eingebaut worden. Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass das Gebäude nicht nur widerrechtlich abgebrochen, sondern zum Teil auch in Abweichung von den bewilligten Plänen wieder aufgebaut wurde.

c) Zusammenfassend ergibt sich zu der Frage des Vertrauensschutzes, dass die Beschwerdeführerin zu keiner Zeit berechtigten Anlass zur Annahme hatte, die Behörden hätten ihre klare Haltung zur Frage des Abbruchs und Wiederaufbaus geändert. Der Beschwerdeführerin hätte auch klar sein müssen, dass die Schnurgerüstkontrolle nichts anderes gewesen ist, als die Feststellung, dass die Aussenkanten eines Bauvorhabens richtig abgesteckt und positioniert wurden. Grundlage hierfür ist nur der gemäss § 27 V PBG geforderte Situationsplan (und allenfalls noch ein Grundrissplan des Erdgeschosses). Überprüft wird nur, ob die Grundrisse richtig ins Gelände übertragen worden sind. Dies konnte der Geometer bestätigen. Weitere Aufgaben und Pflichten kommen dem von der Gemeinde beauftragten Geometer in diesem

Rahmen nicht zu. Dieser hat festgestellt, dass das Schnurgerüst den Plänen entsprechend konstruiert war. Daraus eine Zusicherung der Behörden für einen kompletten Abbruch und Wiederaufbau des Gebäudes konstruieren zu wollen, ist nicht zulässig. Die Behörden haben den Vertrauensgrundsatz in keiner Weise verletzt. Vielmehr hat sich die Bauherrschaft in grober Weise treuwidrig verhalten. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz schützt primär nur den gutgläubigen Bauherrn. Wer nämlich Bauarbeiten ausführt, ohne über die entsprechenden Bewilligungen zu verfügen, kann nicht mit Erfolg geltend machen, das Verhältnismässigkeitsprinzip sei wegen der hohen Kosten der bereits ausgeführten Arbeiten verletzt. Es muss vermieden werden, dass die Bauherrschaft «Fakten» schafft und anschliessend unter Berufung auf das Verhältnismässigkeitsprinzip die Fortdauer des widerrechtlichen Zustandes verlangt. Werden Bauvorschriften missachtet und durch rechtswidriges Verhalten Tatsachen geschaffen, kann die nachträgliche Wiederherstellung nicht von einer Abwägung der Interessen der Bauherrschaft an ihren bereits getätigten Investitionen einerseits sowie der öffentlichen und nachbarlichen Interessen andererseits abhängen. Dies hätte sonst die unhaltbare Konsequenz, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip umso eher verletzt und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes umso mehr erschwert würde, je umfangreicher die Investitionen in Abweichung von der erteilten Baubewilligung und im Widerspruch zu den Normen des Baurechts getätigt worden sind (Fritzsche/Bösch/Wipf, a.a.O., S. 485 mit Verweis auf BEZ 2002, Nrn. 2 und 39).

Unter diesen Umständen kann von einer Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes nicht abgesehen werden. Unter den hier gegebenen Umständen stellt die Aufforderung zum Rückbau des Gebäudes bzw. allenfalls zur Verschiebung des Gebäudes aus dem gesetzlich vorgesehenen minimalen Waldabstand keine unbillige Härte dar. Es geht im vorliegenden Fall nicht nur um die Einhaltung der bundesrechtlichen und kantonalen Vorschriften bezüglich Wald und Waldabstand. Es geht ebenso sehr um die Einhaltung der Rechtsordnung und um die Rechtsgleichheit. Eine nachträgliche Bewilligung des Bauvorhabens hätte eine immense präjudizielle Wirkung, müsste doch jedem Bauherrn, der unter Verletzung des Waldabstandes – in Abweichung von der Baubewilligung – ein Gebäude erstellt, nachträglich eine Bewilligung erteilt werden. Als zuständige Baubewilligungs- und Baupolizeibehörde hat der Gemeinderat Walchwil gemäss § 7 Abs. 3 PBG darüber zu befinden, bis wann und in welcher Form das Gebäude abzubrechen bzw. zu verschieben ist. In diesem Sinn wird die Beschwerdesache deshalb an den Gemeinderat Walchwil zurückgewiesen, damit er im Sinne der Erwägungen über den Fortgang des Baubewilligungsverfahrens befindet. In diesem Zusammenhang werden in Zusammenarbeit mit dem Amt für Wild und Wald auch die offenen Fragen bezüglich Umgebungsgestaltung zu klären sein, da mit einer Verschiebung des bestehenden Gebäudes auch die «Umgebung» neu geplant werden muss.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. Juni 2014, V 2013/119.

Eine gegen dieses Urteil beim Bundesgericht eingereichte Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wurde mit Entscheid vom 1. Oktober 2015 abgewiesen (1C_415/2014).

2.3 Art. 29 BV, §§ 5 und 16 VRG

Regeste:
Art. 29 BV, §§ 5 und 16 VRG – Wer Gesamteigentümerin eines Baugrundstücks ist, hat Anspruch darauf, in einem das Grundstück betreffenden Baubewilligungsverfahren als Partei behandelt zu werden. Als Partei hat sie ohne zeitliche Einschränkung Anspruch auf Akteneinsicht, unabhängig davon, ob sie sich am Verfahren als Einsprecherin beteiligt hat oder nicht.

Aus dem Sachverhalt:

Mit Schreiben vom 16. April 2014 gelangte der Rechtsvertreter der Erbengemeinschaft X. an den Gemeinderat Y. und ersuchte um Einsichtnahme in die Akten des Baubewilligungsverfahrens V 2011 / 007. Mit Entscheid vom 17. September 2014 teilte der Gemeinderat der Erbengemeinschaft mit, er habe das Gesuch an seiner Sitzung vom 10. September 2014 geprüft und sei zum Schluss gekommen, dass seitens der Gemeinde kein Handlungsbedarf bestehe, da die Einsichtnahme in die Unterlagen der damaligen öffentlichen Auflage bereits gewährt worden sei. Massgebend sei, dass die Erbengemeinschaft X. keine Einsprache erhoben habe. Einsicht in die Unterlagen, welche im Rahmen der Publikation des Baugesuchs öffentlich aufgelegt worden und die für jedermann zugänglich gewesen seien, werde später nicht mehr gewährt. Gegen diesen Entscheid liess die Erbengemeinschaft X. beim Regierungsrat Beschwerde einreichen und beantragen, die Verfügung des Gemeinderates Y. sei vollumfänglich aufzuheben und der Gemeinderat anzuweisen, die Verfahrensakten der Beschwerdeführerin zwecks Einsichtnahme umgehend zuzustellen. Am 16. Oktober 2014 überwies die Baudirektion die Beschwerdesache im Sinne von § 7 VRG an das Verwaltungsgericht. Die Baudirektion führte aus, die Akten, in welche Einsicht begehrt werde, würden ein Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone betreffen. Wenn das Verwaltungsgericht Rechtsmittelinstanz für das Baugesuch sei, so gehe man davon aus, dass es auch für die Frage der Akteneinsicht in das hängige Verfahren zuständig sei und man erachte eine Überweisung gemäss § 67 Abs. 2 lit. b PBG als angezeigt. Mit Vernehmlassung vom 27. November 2014 liess der Gemeinderat Y. beantragen, die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Das Akteneinsichtsrecht ist Bestandteil des verfassungsmässig garantierten Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV. Neben dem verfassungsmässig garantierten Gehörsanspruch haben die Parteien auch gemäss § 16 Abs. 1 VRG Anspruch auf Einsicht in die Akten, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Als Parteien gelten Personen, deren Rechte oder Pflichten ein Entscheid berührt, und andere

Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen einen Entscheid zusteht (§ 5 VRG). Die Beteiligten eines hängigen Verwaltungs- oder Verwaltungsbeschwerdeverfahrens haben bereits aufgrund ihrer Stellung als Verfahrensbeteiligte ein schutzwürdiges Interesse an der Einsicht in die Verfahrensakten. Dieses Recht steht auch Personen zu, denen zu Unrecht die Teilnahme an einem Verfahren verweigert wird.

a) Wer Eigentümer einer Sache ist, kann gemäss Art. 641 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) über sie in den Schranken der Rechtsordnung nach Belieben verfügen. Dazu gehört auch die Befugnis, sein Grundstück zu überbauen. Berechtigt zur Einreichung eines Baugesuchs ist daher primär der Eigentümer des Grundstücks, auf dem gebaut werden soll. Bei den Formen von gemeinschaftlichem Eigentum (Miteigentum oder Gesamteigentum) ist je nach der Ausgestaltung des Eigentumsverhältnisses die Zustimmung aller Eigentümer oder auch nur einer Mehrheit erforderlich (Fritzsche/Bösch/Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Auflage, Zürich 2011, S. 274f.). Bei Miteigentümern unterscheidet man zwischen notwendigen (werterhaltenden) baulichen Massnahmen, nützlichen (wertvermehrenden) Massnahmen und luxuriösen baulichen Massnahmen. Die notwendigen Massnahmen können mit einfachem Mehr beschlossen werden, für die nützlichen braucht es ein qualifiziertes Mehr und für luxuriöse Massnahmen braucht es Einstimmigkeit. Haben mehrere Personen, die durch Gesetzesvorschrift oder Vertrag zu einer Gemeinschaft verbunden sind, eine Sache kraft ihrer Gemeinschaft zu Eigentum, so sind sie Gesamteigentümer, und es geht das Recht eines jeden auf die ganze Sache (Art. 652 ZGB). Die Rechte und Pflichten der Gesamteigentümer richten sich nach den Regeln, unter denen ihre gesetzliche oder vertragsmässige Gemeinschaft steht. Besteht keine andere Vorschrift, so bedarf es zur Ausübung des Eigentums und insbesondere zur Verfügung über die Sache des einstimmigen Beschlusses aller Gesamteigentümer (Art. 653 Abs. 1 und 2 ZGB).

b) Eine der eben erwähnten Eigentümergemeinschaften ist die Erbengemeinschaft gemäss Art. 602 ZGB. Beerben nämlich mehrere Erben einen Erblasser, so besteht unter ihnen, bis die Erbschaft geteilt wird, infolge des Erbganges eine Gemeinschaft aller Rechte und Pflichten der Erbschaft (Art. 602 Abs. 1 ZGB). Sie werden Gesamteigentümer der Erbschaftsgegenstände und verfügen unter Vorbehalt der vertraglichen oder gesetzlichen Vertretungs- und Verwaltungsbefugnisse über die Rechte der Erbschaft gemeinsam (Art. 602 Abs. 2 ZGB). Gesamteigentümer handeln grundsätzlich nach dem Prinzip der Einstimmigkeit und Gemeinsamkeit. Entscheidungen über Nutzung, Verwaltung und Vertretung des gemeinschaftlichen Objekts erfordern Einstimmigkeit. Auch nach der neueren Praxis des Bundesgerichts wird stets am Erfordernis der Willensübereinstimmung für alle Entscheidungen über die Nutzung, Verwaltung und Vertretung des gemeinschaftlichen Objekts festgehalten (Art. 653 Abs. 2 ZGB; Urteil 5C.289/2005 vom 15. Juni 2007 E. 6.1 mit Hinweisen). Die Gesamteigentümer bilden deshalb sogar in einem Prozess eine notwendige Streitgenossenschaft (Urteil 5A_137/2010 vom 21. Mai 2010, Erw. 5.3). Vorbehältlich anderer Regelungen müssen alle Gesamteigentümer einem Beschluss zustimmen, damit Gesamteigentum ausgeübt bzw. darüber verfügt werden kann. Das Einstimmigkeitserfordernis erfasst jede Eigentumsausübung, d.h. Nutzungs-,

Verwaltungs- und Verfügungshandlung jeder Art (Jürg Wichtermann, in BSK ZGB II, 4. Aufl., Basel 2011, Art. 653 N 12 f.).

c) Aus den Akten ergibt sich, dass sich das Baugrundstück GS Nr. 0000, im Gesamteigentum der Erbengemeinschaft X. und von A. B. befindet. Die Gesamteigentümer sind – wie erwähnt – für sämtliche die Liegenschaft betreffenden Nutzungs-, Verwaltungs- und Verfügungshandlungen zuständig und verantwortlich. Ein einzelnes Mitglied der Gesamteigentümergemeinschaft kann ohne die Zustimmung der andern weder rechtsverbindlich ein Baugesuch einreichen, eine Baute oder Anlage erstellen noch einer Abbruchverfügung zustimmen bzw. einer entsprechenden Anordnung Folge leisten. Wenn also die Baubewilligungsbehörde gegen einen einzelnen Gesamteigentümer – wie sie es vorliegend getan hat – eine Abbruchverfügung erlässt, so kann sie dies zwar in dem Sinne tun, dass sie ihn als Verhaltensstörer ins Recht fasst. Sie muss dabei aber in Kauf nehmen, dass ihm aufgrund des Privatrechts keine oder keine ausschliessliche Verfügungsmacht über die illegal erstellten Bauten zusteht. Er kann seiner Verpflichtung nur nachkommen, wenn die übrigen Gesamteigentümer in den Eingriff einwilligen. Widersetzen sich diese aber dem Abbruch, so wird dem «Verhaltensstörer» durch die Abbruchverfügung eine Pflicht auferlegt, die er mit den ihm zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln nicht erfüllen kann, d.h. die Abbruchverfügung ist nicht vollstreckbar. Beabsichtigt die zuständige Baubehörde dieses Vollstreckungshindernis zu beseitigen, bleibt ihr nichts anderes übrig, als gegen alle Verfügungsberechtigten, die ihre Zustimmung zum Abbruch verweigern, eine Duldungs- oder Beseitigungsverfügung zu erlassen (BGE 107 Ia 19, Erw. 2c). So oder so wird die Baubewilligungsbehörde nicht darum herumkommen, die übrigen Gesamteigentümer ins Verfahren miteinzubeziehen.

d) Das Baugesuch, welches am 11. April 2011 beim Bauamt der Gemeinde Y. eingereicht wurde, enthält insofern unzutreffende Angaben, als dass als Grundeigentümer nur A. B. aufgeführt wird. Mit Schreiben vom 8. August 2011 teilte die Gemeindeverwaltung Y. dem A.B. mit, dass man im Rahmen der Baugesuchsprüfung festgestellt habe, dass sich das betreffend Grundstück sowohl im Eigentum von A.B. wie auch der Erbengemeinschaft X. befinde. Die erforderliche Zustimmung der Erbengemeinschaft X. liege nicht vor. Das Einverständnis des Grundeigentümers sei bekanntlich Voraussetzung für eine allfällige Bewilligungserteilung. A.B. wurde aufgefordert, die Baugesuchsunterlagen umgehend entsprechend zu vervollständigen.

Aus diesen Angaben ergibt sich für das Gericht, dass die Beschwerdeführerin im Baubewilligungsverfahren V 2011 / 007 als Partei zu betrachten ist. Einmal ist sie Gesamteigentümerin des Baugrundstücks und dann ist sie von der Abbruchverfügung zumindest insofern indirekt betroffen, als diese ohne ihr Einverständnis nicht vollstreckt werden kann. Als Partei hat sie aber im Sinne von § 16 Abs. 1 VRG ohne zeitliche Einschränkung jederzeit Anspruch auf Einsicht in alle Verfahrensakten, unabhängig davon ob sie Einsprache eingereicht hat. Ihre Verfahrensbeteiligung bzw. ihre Parteistellung hängt nicht davon ab, ob sie zu irgendeinem Zeitpunkt Einsprache gegen ein Baugesuch eingereicht hat, das ohne ihre Zustimmung gar

nicht hätte behandelt werden dürfen. In diesem Sinn ist die Beschwerde gutzuheissen und der Gemeinderat Y. anzuweisen, dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin umgehend vollumfänglich Akteneinsicht zu gewähren.

Urteil des Verwaltungsgericht vom 23. Dezember 2014, V 2014 / 143

2.4 Art. 36 BV, Art. 18 Abs. 1 RPG, PBG und BO der Stadt Zug

Regeste:
Art. 36 BV, Art. 18 Abs. 1 RPG, PBG und BO der Stadt Zug – Die Zuweisung eines Grundstücks zu einer im kantonalen oder kommunalen Recht vorgesehenen Zone für öffentliche Bauten und Anlagen kann unter Umständen zu einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung führen, die mit der Eigentumsgarantie nur vereinbar ist, wenn sie sich auf eine genügende gesetzliche Grundlage stützt, im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist. Im vorliegenden Fall sind alle diese Voraussetzungen erfüllt.

Aus dem Sachverhalt:

Am 7. April 2009 beschloss der Grosse Gemeinderat der Stadt Zug einen neuen Zonenplan und eine neue Bauordnung. Dabei wurde das Grundstück GS Nr. 191 wie schon 1975 und 1994 der Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen (OeIB) zugewiesen. Am 27. September 2009 genehmigten die Stimmberechtigten der Stadt Zug den neuen Zonenplan und die neue Bauordnung. Eine von den Eigentümern des GS Nr. 191 eingereichte Verwaltungsbeschwerde hiess der Regierungsrat mit Beschluss vom 22. Juni 2010 insofern gut, als er die Zuweisung des GS Nr. 191 zur Zonen OeIB nicht genehmigte und die Stadt Zug anwies, innerhalb von zwei Jahren die Entwicklung des Seeufers im betreffenden Gebiet abzuklären und über die Zonenzuweisung des GS Nr. 191 neu zu befinden. Am 28. August 2012 beschloss der Grosse Gemeinderat erneut die Zuweisung des GS Nr. 191 zur Zonen OeIB, was vom Regierungsrat. Der Regierungsrat genehmigte diese Zuweisung am 13. August 2013. Gegen diesen Beschluss liessen die Eigentümer des GS Nr. 191 beim Verwaltungsgericht Beschwerde einreichen und beantragen, die Beschlüsse des Regierungsrates und des Grossen Gemeinderates seien aufzuheben und die Vorinstanzen anzuweisen, die Zone OeIB aufzuheben und das Grundstück der Wohnzone W2A zuzuweisen, eventuell je zur Hälfte der Wohnzone W1 (seeseits) und der Wohnzone W2A (Seite Chamerstrasse) zuzuweisen. Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, es bestehe kein konkreter Bedürfnisnachweis für eine öffentliche Nutzung, welcher einem genügenden öffentlichen Interesse entsprechen würde.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Mit der Zuweisung eines Grundstücks in die Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen geht regelmässig ein Verbot privater Bauten und Anlagen einher. Weiter kann für die Inanspruchnahme von Zonen des öffentlichen Interesses das Enteignungsrecht geltend gemacht werden. In beiden Fällen handelt es sich um erhebliche Eingriffe in das gemäss Art. 26 BV garantierte Grundrecht der Eigentumsfreiheit. Einschränkungen der Grundrechte bedürfen gemäss Art. 36 BV einer gesetzlichen Grundlage, müssen durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein.

a) Die gesetzliche Grundlage muss eindeutig, klar und vom zuständigen Organ erlassen worden sein. Als Ausgangspunkt ist auf Bundesrechtsebene auf Art. 18 RPG zu verweisen. Dieser bestimmt in Abs. 1, dass das kantonale Recht – neben den in den Artikeln 15–17 RPG bereits geregelten Hauptzonen (Bau-, Landwirtschafts- und Schutzzonen) – weitere Nutzungszonen vorsehen kann. Obwohl Art. 18 Abs. 1 RPG als Kann-Vorschrift ausgestaltet ist, besteht kein Zweifel, dass es sich angesichts des den Kantonen erteilten Auftrages zur umfassenden, flächendeckenden und situationsgerechten Nutzungsplanung um eine Pflicht der Kantone handelt (vgl. hierzu die Erläuterungen des EJPD/BPR zu den Grundlagen für die Raumplanung, Bern 1981, Art. 18 N 1). Mit dem Erlass von § 26 PBG ist der Kanton Zug – unter anderem – diesem gesetzlichen Auftrag in Bezug auf die Zonen des öffentlichen Interesses nachgekommen. Paragraph 26 bestimmt unter dem Marginale «Zonen des öffentlichen Interesses» Folgendes: «Die Zonen des öffentlichen Interesses dienen dem Gemeinwohl. Sie können Frei- und Grünflächen enthalten oder Bauten und Anlagen, welche überwiegend öffentlich-rechtlichen Körperschaften dienen. In den Zonen des öffentlichen Interesses sind private Bauvorhaben zulässig, wenn sie dauernd öffentlichen Interessen dienen, dieser Zweck dinglich gesichert ist und auf den Heimschlag nach § 55 verzichtet wird».

b) Eine genügende gesetzliche Grundlage findet sich auch in § 55 der Bauordnung der Stadt Zug vom 7. April 2009 (BO), der in Abs. 1 bestimmt, dass die Zonen des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen für öffentliche Bauten und Anlagen bestimmt ist. Zu den Grundstücken in den angrenzenden Zonen sind die Grenz- und Gebäudeabstände dieser Zonen einzuhalten. Im Übrigen werden die Bauvorschriften vom Stadtrat unter Berücksichtigung der öffentlichen und privaten Interessen von Fall zu Fall festgelegt. Die Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen wird im Zonenplan der Lärmschutz-Empfindlichkeitsstufe II oder III zugewiesen. Damit steht fest, dass eine klare gesetzliche Grundlage für das Ausscheiden einer Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen auf dem Grundstück GS 191 gegeben ist.

3. An der Ausscheidung einer Zone für öffentliche Nutzungen muss ganz allgemein ein öffentliches Interesse bestehen. Dies ergibt sich einmal aus Art. 3 Abs. 4 RPG, gemäss dem für die öffentlichen und im öffentlichen Interesse liegenden Bauten und Anlagen sachgerechte Standorte zu bestimmen sind. Dabei sollen insbesondere regionale Bedürfnisse berücksichtigt und störende Ungleichheiten abgebaut werden (lit. a), Einrichtungen wie Schulen, Freizeitanlagen oder öffentliche Dienste für die Bevölkerung gut erreichbar sein (lit. b) und nachteilige

Auswirkungen auf die natürlichen Lebensgrundlagen, die Bevölkerung und die Wirtschaft vermieden oder gesamthaft geringer gehalten werden (lit. c). Das Gemeinwesen darf sich die für die öffentlichen Anlagen benötigten Flächen auf weite Sicht mit einer entsprechenden Zonenfestsetzung sichern. Dabei können auch künftige Bedürfnisse berücksichtigt werden, die über den Planungshorizont von 15 Jahren hinausgehen. Voraussetzung dafür ist aber, dass das Bedürfnis vom Gemeinwesen so genau wie möglich ermittelt und angegeben wird und dass ein Eintritt mit einiger Sicherheit zu erwarten ist (Bernhard Waldmann, Zonen für öffentliche Bauten und Anlagen, BR 3/2003, S. 87 ff., 90 mit vielen Verweisen auf die Praxis des Bundesgerichts). Unzulässig ist es, ausgedehnte Landflächen als Zonen für öffentliche Bauten und Anlagen auszuscheiden, um sich damit eine möglichst grosse Handlungsfreiheit für die raumplanerische Gestaltung des Gemeindegebietes zu sichern. Eine solche Sicherung «auf Vorrat» wäre verfassungswidrig (siehe BGE vom 10. März 1995, in: ZBl 1996, 116 ff.). Der Nachweis eines genügend konkretisierten öffentlichen Interesses an einer Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen hat drei Aspekte zu umfassen: den Bedarf an der öffentlichen oder im öffentlichen Interesse liegenden Baute und Anlage an sich, den Landbedarf und schliesslich den Standortbedarf (Daniel Gsponer, Die Zone für öffentliche Bauten und Anlagen, Diss. Zürich 1999, S. 92 ff.).

a) Beim Nachweis des Bedarfs für eine im öffentlichen Interesse stehende Baute oder Anlage sind jene Fakten aufzuführen, welche die Errichtung von öffentlichen Bauten und Anlagen in absehbarer Zeit als notwendig erscheinen lassen. Im Vordergrund steht dabei der Bedürfnisnachweis für das künftige Projekt. Bezüglich des Landbedarfs hat der Planungsträger zu prüfen, wieviel Bodenfläche für die beabsichtigte Nutzung benötigt wird. Hierzu sind Schätzungen über die bisherige und die zu erwartende Bevölkerungsentwicklung vorzunehmen. In diesem Zusammenhang können statistische Erhebungen durchgeführt oder beigezogen werden. Ebenfalls sind die im Richtplan festgelegten Angaben über die anzustrebende Bevölkerungsentwicklung zu beachten. Zu klären ist weiter, ob allenfalls schon Baulandreserven für öffentliche Bauten und Anlagen ausgeschieden wurden. Daraus wiederum ergibt sich die Pflicht zu prüfen, ob allenfalls mit Erneuerung und besserer Nutzung bestehender Anlagen (auch betriebliche und organisatorische Massnahmen) der OeIB-Landbedarf gedeckt werden könnte. Mit Blick auf den Grundsatz der haushälterischen Bodennutzung (Art. 1 Abs. 1 RPG) hat dieser Bedürfnisnachweis auch darüber Auskunft zu geben, ob ein solches Projekt nicht auf einem bereits für diesen Zweck genutzten Areal realisiert werden könnte. Weiter sind überkommunale oder regionale Lösungen zu prüfen. Bezüglich des Standortbedarfs ist zu prüfen, ob sich ein Areal für eine Baute oder Anlage eignet: Zu beachten sind neben den Vorgaben des Richtplans auch die anderen Anforderungen wie Beschaffenheit des Bodens, Besonnung, Topographie, Klima usw. Von grosser Bedeutung ist auch der Stand der Erschliessung, d.h. die Frage der guten Erreichbarkeit und der zweckmässigen Erschliessung durch den öffentlichen Verkehr. Weiter ist zu prüfen, ob und inwieweit durch die neuen Bauten und Anlagen die Umwelt übermässig belastet wird. Je nach dem vorgesehenen Nutzungszweck sind auch weitere Standortkriterien zu prüfen, so z. B. die Lage im bzw. in der Nähe zum Siedlungsgebiet (kurze Distanz zu den Wohngebieten, Grösse und Form der vorgesehenen Parzelle, topographische Verhält-

nisse). Bei standortgebundenen Anlagen wie Seebädern, Sport- und Hafenanlagen ist auch zu klären, ob ihnen der Grundsatz der Freihaltung von See- und Flussufern gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c RPG entgegensteht. Zu prüfen ist auch, ob durch das Ausscheiden einer Zone OeIB allenfalls die Ufervegetation beeinträchtigt oder beseitigt wird.

b) Der Regierungsrat hatte in seinem Beschluss vom 22. Juni 2010 noch festgestellt, dass der Bedarf und damit das öffentliche Interesse für die Zuweisung der Parzelle GS 191 in die OeIB nicht genügend ausgewiesen seien. Die Stadt Zug müsse aufgrund sorgfältiger Analysen und Prognosen nach den anerkannten Methoden der Raumplanung abklären, wie sich das Seeufer bei der Oeschwiese entwickeln solle. Diese Abklärungen würden zeigen müssen, ob die Parzelle für den von der Stadt Zug angestrebten Zweck ganz, allenfalls nur teilweise oder gar nicht benötigt werde. Gestützt auf diese Abklärungen werde die Stadt Zug über die Zuweisung des Grundstückes neu befinden müssen. Mit dieser Überprüfung werde sie auch die Linienführung des Uferweges neu beurteilen müssen. Entsprechend hat der Regierungsrat damals die Zuweisung des GS 191 zur OeIB nicht genehmigt. In dem jetzt angefochtenen Beschluss kommt der Regierungsrat zum gegenteiligen Ergebnis, nämlich dass das öffentliche Interesse und der Bedarf für die geplante Erweiterung des Strandbades in der vorgesehenen Grösse von 9'400 m^2 auf der Oeschwiese nun ausgewiesen seien. Im Folgenden ist deshalb vorerst zu klären, was die Stadt Zug seit dem Beschluss des Regierungsrates unternommen hat, um den Bedarf und das öffentliche Interesse an der Zuweisung der Parzelle GS 191 in die Zone OeIB auszuweisen.

c) Im Auftrag der Stadt Zug hat die P. AG, Luzern, am 12. August 2011 einen Bericht zum Bedarfsnachweis «Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen» im Bereich Oeschwiese erstattet. Die P. AG ist ein Team von Architekten, Raumplanern, Geographen, Politologen und Agrarwissenschaftlern, das Gemeinden, Kantone und den Bund seit vierzig Jahren in raumplanerischen und städtebaulichen Fragen berät (siehe hierzu des Firmenportrait auf www.....ch). Die P. AG gliedert ihren Bericht in fünf Teile:

aa) Unter dem Titel «Motivation, übergeordnete Rahmenbedingungen für die Planung» wird festgehalten, dass das Grundstück GS 0000 seit 1975 der Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen zugeteilt sei. Im Ersatzzonenplan von 1975 und in der Ortsplanung 1981 sei es der Zone des öffentlichen Interesses zugewiesen worden. Im Teilrichtplan Seeufergestaltung1987/89 sei es als Seepark/Reservefläche bezeichnet worden. Im Rahmen der Ortsplanung 1994 sei es der Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen zugewiesen worden. Im Teilrichtplan «Seeufergestaltung» werde es 1997 als Reservefläche bezeichnet. Im Entwicklungskonzept 2006 der Stadt Zug sei es als eine von fünf Perlen bezeichnet und als repräsentativer Ort für spezielle Nutzungen und von hohem öffentlichem Interesse ausgewiesen worden.

bb) Unter dem Titel «Massgebende Planungen» verweist der Bericht vorerst auf die Ziele und Planungsgrundsätze des Raumplanungsgesetzes und kommt zum Schluss, dass das Seeufer

und die dahinter liegenden Areale der gesamten Bevölkerung zur Verfügung stehen sollten. Unter Verweis auf § 26 PBG kommt der Bericht weiter zum Schluss, dass sich die Zone OeIB grundsätzlich für die vorgesehene Nutzung eigne. Unter Bezugnahme auf den kantonalen Richtplan vom 28. Januar 2004 stellt der Bericht fest, dass das Seeufer im hier relevanten Bereich als Schwerpunkt für Erholung von kantonaler Bedeutung definiert werde. Im kantonalen Richtplan sei es als zusammenhängender Raum mit der heutigen Nutzung und seiner Qualität anerkannt. Das Strandbad und die Oeschwiese seien Bestandteil des zusammenhängenden Seeufers. Auf eine Zusammenführung der beiden Teilbereiche Hafen und Strandbad sei hinzuwirken. Die wesentliche Qualität sei die Verknüpfung zu einer zusammenhängenden Fläche. Diese sei als wertvoller zu erachten als einzeln aneinandergereihte Nutzungsabschnitte. Das auf dem kantonalen Richtplan aufbauende Entwicklungskonzept 2006 fasse das Seeufer als zusammenhängenden Raum auf und zwar grosszügiger als der kantonale Richtplan. Aus Sicht des Stadtrates gelte die Oeschwiese als «Perle» und damit als landschaftlich besonders wertvoll. Es bestehe die Chance, die durchgehende Seeuferzone als Qualität der Stadt Zug auszubauen. Es handle sich dabei um eine langfristige Planungsabsicht und nicht um einen Spontanentscheid. Im Zonenplan sei die Oeschwiese seit 1975 der Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen zugeteilt. Die Planungsabsicht bestehe daher seit über 30 Jahren. Aus der Seeuferplanung von 1989/97 ergebe sich, dass am See ein durchgehender, ufernaher Fussweg geschaffen und die Zugänglichkeit des Seeufers für die Bevölkerung erhalten werden solle. Alle bisherigen Planungen würden die Oeschwiese als Fläche für die Öffentlichkeit ausweisen. Unter Verweis auf den kommunalen Richtplan Verkehr stellt der Bericht fest, dass dieser entlang des Seeufers auf dem GS 191 eine kommunale Fusswegverbindung vorsehe. Eine von den Grundeigentümern gewünschte Verlegung an die östliche Grenze des Grundstücks widerspreche nicht nur den städtischen Beschlüssen und Plangrundlagen, sondern auch Art. 3 Abs. 2 lit. c RPG (öffentlicher Zugang zu See- und Flussufern). Nur im Bereich Oeschwiese – Hafenzufahrt werde der Fussweg entlang der Hauptstrasse geführt. Abschliessend hält der Bericht unter dieser Ziffer fest, dass sowohl auf kantonaler wie auf kommunaler Ebene eine durchgehende Planungsabsicht bestanden habe und weiterhin bestehe, die Oeschwiese der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen.

cc) Unter der Ziff. 3 «Generelle Erwägungen und Bedarfsnachweis» führt der Planungsbericht aus, mit der S-Bahn-Haltestelle «Schutzengel» und zwei Bushaltestellen («Schutzengel» und «Lorze») sei das Gebiet optimal an den öffentlichen Verkehr angeschlossen. Dem öffentlichen Verkehr komme an solch prominenten Lagen ein wichtiger Stellenwert für Erholungs- und Freizeitnutzung zu. Mit der S-Bahn seien die Gemeinden von Baar bis Rotkreuz direkt über die Stadtbahn an die Oeschwiese angebunden. Zur bisherigen Wegführung führt der Bericht aus, bei einem durchschnittlichen täglichen Verkehr von rund 17'000 Fahrzeugen (Erhebungen aus dem Jahr 2010) sei der Fussweg direkt an der Chamerstrasse nicht attraktiv. Selbst bei einem gut ausgebauten Trottoir sei die Verkehrsbelastung mit grossstädtischen Verhältnissen vergleichbar. Für die Einhaltung des Planungswertes müsste wohl eine Lärmschutzwand errichtet werden, was eine massive Abschottung der Oeschwiese zur Folge hätte und von den Fussgängern und Radfahrer wohl als Kanalwirkung empfunden würde. Zum

Langsamverkehr führt der Bericht aus, entlang der Chamerstrasse würden sich die kantonale Radstrecke und die kommunale Fussgängerverbindung überschneiden. Bei Führung der kommunalen Fussgängerverbindung entlang des Zugersees und über das Grundstück GS 191 könnte die Nutzungsüberlagerung entflochten werden. Unter der Ziff. 3.2 führt der Bericht aus, das Seeufer mit der Oeschwiese liege in Fussgängerdistanz zu den wichtigen Wohnschwerpunkten resp. Arbeitsplatzgebieten und diene diesen als Naherholungsgebiet. Der Wohnschwerpunkt ZUGWest mit den Quartieren Herti, Feldhof, Feldpark, Gartenstadt, Lorzen und Riedmatt sei in den letzten Jahren stark gewachsen. In unmittelbarer Nähe zu den Naherholungsgebieten Lorze und Zugersee seien weitere familienfreundliche Quartiere und Arbeitsplätze entstanden, von denen aus das nahe Seeufer zu Fuss erreichbar sei.

dd) Zum Bedarf an Badenutzungen führt der Bericht unter Ziff. 4 aus, Freibäder würden neben dem Baden und Schwimmen der Erholung, dem Sonnenbaden und dem Spielen in freier Natur dienen. Für eine gute Besonnung sei eine Orientierung nach Süden und Westen zweckdienlich. Für einen Freibad-Neubau biete der heutige Standort des Strandbades die Möglichkeit zur Nutzung von Synergien (bezüglich der bestehenden Infrastruktur). Wegen der Erweiterungsfläche östlich des Strandbadareals biete sich der Ausbau des Strandbades an. Unter Ziff. 4.2 werden die bestehenden Infrastrukturen an Badegelegenheiten aufgeführt und gewürdigt. Der Bericht führt sieben Anlagen auf, wobei das Brüggli mit 20'000 m^2 die grösste ist. Das Strandbad wird mit 3'700 m^2 an dritter Stelle aufgeführt. Nur das Strandbad und das Bad Seeliken (1'000 m^2) würden über die relevanten Infrastrukturen (Aufsicht, Garderobe, Restaurant/Kiosk, Spielgeräte) verfügen, welche vor allem für den Nutzerkreis Familie von hoher Bedeutung seien. Ein Kinderbecken finde sich sogar nur im Strandbad. Bei der Ermittlung des Einzugsgebietes für den Seezugang Zug geht der Bericht von 57'800 Personen aus und berücksichtigt dabei, dass die Gemeinden Steinhausen, Baar, Menzingen und Neuheim keinen Seezugang haben. Des Weiteren macht der Bericht einen Vergleich des Strandbades Zug mit dem Strandbad Lido in Luzern und kommt dabei zum Schluss, dass an Spitzentagen der Besucher im Lido Luzern viermal mehr Platz zur Verfügung habe als der Besucher des Strandbades Zug. Im Strandbad seien zudem die Liege- und Spielflächen so knapp bemessen, dass sie nicht mit dem Einbau z. B. eines grösseren Kinderbeckens reduziert werden dürften. Mit der Erweiterungsfläche Oeschwiese habe die Stadt Zug die Möglichkeit, diesen Umstand zu verbessern. Mit der Erweiterung des Geländes und dem Bau eines Schwimmbeckens würde das Strandbad an Attraktivität gewinnen.

ee) Weiter führt der Bericht aus, der Stadtrat Zug habe im Februar 2011 einen Planungskredit zur Erarbeitung eines Nutzungskonzepts für das Hafengebiet eingeholt und für die Konkretisierung der Bedürfnisse eine Studie in Auftrag gegeben. Die Studie komme für den Bereich der Oeschwiese zu drei Varianten. Bei allen Varianten führe der Seeuferweg über die Oeschwiese und durch das Strandbad zum Chamer-Fussweg. Östlich der Oeschwiese führe eine Verbindung vom Stierenmarkt an den Seeuferweg. Die gesamte Oeschwiese werde immer als Liege- und Spielfläche und je nach Variante als Freibad genutzt. Die Studie konkretisiere für die

Oeschwiese Bedürfnisse zur Erweiterung von Spiel- und Sportmöglichkeiten für das Strandbad.

ff) Zusammenfassend kommt der Bericht unter der Ziff. 5 zum Schluss, dass in allen kantonalen und kommunalen Planungen das Seeufer als durchgehender, zusammenhängender Raum bezeichnet werde. Das Seeufer sei ein kantonaler Schwerpunkt der Erholung. Bei der Oeschwiese handle es sich um einen sachgerechten Standort für Freizeit- und Erholungsnutzungen. Mit der Öffnung der Oeschwiese sei eine praktisch lückenlose Zugänglichkeit der Uferzone zwischen dem Gebiet Choller und dem Stadtzentrum möglich. Damit werde das Naherholungsgebiet vervollständigt und aufgewertet. Der Bedarf für die öffentliche Nutzung der Oeschwiese als Erweiterung des Strandbades und als Standort für zusätzliche Nutzungen, wie z. B. eine Kanu-Polo-Trainingsanlage, sei ausgewiesen.

d) Am 15. Juli 2011 erstellte die Q. GmbH im Auftrag der Stadt Zug ein Freiraumkonzept für die Oeschwiese. Die Q. GmbH ist ein unabhängiges Planungs- und Beratungsunternehmen, das im Auftrag von Kantonen und Gemeinden Freiraumplanungen, Freiraumgestaltungen und Landschaftsarchitekturaufgaben übernimmt. In ihrem Bericht kommt die Q. GmbH bezüglich der Qualitäten der Oeschwiese zum Schluss, dass diese im Zentrum des Seeufers zwischen der Seeuferanlage und dem Strandbad liege. Sie trage bereits heute durch ihre Offenheit und Unverbautheit zur Qualität des Zuger Seeufers bei, welches als grosszügige zusammenhängende Fläche wahrgenommen werde. Das Strandbad Zug sei eine öffentliche Anlage mit einer Fläche von ca. 6’500 m^2 und ca. 500 m^2 Sandstrand. Die Liegewiese habe eine Ausdehnung von ca. 3’500 m^2. Die Q. GmbH geht von bis zu 3’000 Besuchern pro Tag aus Baar, Zug und Steinhausen aus. Zu den Qualitäten des Strandbades wird ausgeführt, das Strandbad Zug sei eines der schönsten Strandbäder der Schweiz. Es handle sich um eine sehr attraktive Anlage mit altem Baumbestand. Es sei sehr beliebt und darum gut besucht. Der Eintritt sei gratis und es gebe eine Badeaufsicht, Garderoben, ein Restaurant und ein kleines Kinderbecken. Es würden jedoch allgemeine Spielflächen fehlen, ein Kleinkinderplanschbecken und vor allem eine grössere Liegewiese. In Spitzenzeiten würden pro Person lediglich 1,3 m^2 zur Verfügung stehen. Der Bedarf an Vergösserungsflächen sei ausserordentlich gross. Da es das einzige Strandbad in Zug mit guter Infrastruktur sei, sei es für alle Quartiere als Freiraum von grosser Bedeutung. Das Freiraumkonzept nimmt ausdrücklich zur Frage der Oeschwiese als Erweiterung des Strandbades Stellung. Diesbezüglich wird ausgeführt: «Dem bestehenden Strandbad fehlen insbesondere Flächen, die sich als Liegewiese eignen, Spielbereiche für Kinder und mehr Platz für einen Kleinkinderbereich. Diese Flächen sollten zur Verfügung stehen, bevor an weitere multifunktionale Nutzungen gedacht wird. Dies auch in Anbetracht der Tatsache, dass Zug weiter wächst und somit auch der Bedarf an Flächen, die sich für die Naherholung eignen. Die Oeschwiese ist die einzige Freifläche, welche sich für eine sinnvolle Vergrösserung des Strandbades anbietet. Da das Westende der heutigen Seeuferanlage nicht durchgängig ist, wird es kaum genutzt. Es weist mit dem Weg durch die baumbestandene Wiese einen attraktiven Spazierweg auf. Eine Weiterführung über einen Steg und die Oeschwiese zum Strandbad und dem Chamerweg ergibt eine durchgängige, attraktive

Seeuferanlage. Diese würde eine verkehrsfreie Spazierverbindung von der Seeuferanlage zum Freibad und entlang dem Chamerweg ergeben und das Seeufer insgesamt aufwerten. In diesem Zusammenhang sollte auch die ganzjährige Zugänglichkeit des Strandbadgeländes gewährleistet werden...».

e) Am 12. August 2011 erstattete die J. AG die bereits erwähnten Konzeptansätze für die Areale Hafen/Oeschwiese/Stierenmarkt. Ziel dieses Berichts war eine Auslegeordnung aller Bedürfnisse an den Gesamtraum sowie die Erarbeitung von Varianten für deren räumliche Organisation. Der Fokus lag auf dem Nachweis des Bedarfs der Flächen für die öffentliche Nutzung sowie der Auslösung konkreter Projekte. Unter der Ziff. 3 «Bedürfnisse Erweiterung Strandbad» führt der Bericht aus, wegen einer Motion im Grossen Gemeinderat sei man im Jahr 2009 auf das Anliegen einer Erweiterung des Strandbades am Chamer Fussweg aufmerksam geworden. Die Badi solle meist zu 100 % ausgelastet und an Spitzentagen sogar überlastet sein. Zudem strebe die Stadt Zug bis ins Jahr 2020 ein Wachstum der Bevölkerung auf 29'000 Einwohner an. Im Rahmen dieser Planung solle ein realistisches Raumprogramm auf der Oeschwiese in Varianten überprüft werden. Die Norm des Bundesamtes für Sport (301 - Bäder, Grundlagen für Planung Bau und Betrieb) biete Anhaltspunkte für diese Thematik. Für knapp 30'000 Einwohner werde eine Wasserfläche in Freibädern von 3'000 m^2 mit einem 50 m Schwimmbecken, Sprungbecken, Nichtschwimmerbecken, Kleinkinderbereich und Freizeitwasserfläche empfohlen. Bei beliebten Naturgewässern im Einzugsgebiet sei eine Wasserflächenreduktion um 25 % sinnvoll, woraus hier 2'250 m^2 Wasserfläche resultieren würden. Eine weitere massgebende Grösse sei der Grundstücksflächenbedarf, wobei der 10–16fache Grundstückflächenbedarf empfohlen werde, damit genügend Raum für Liege-, Spielwiese und Bauten vorhanden sei. Die Parzelle des heutigen Freibads messe rund 6'500 m^2 (recte: 7'250 m^2), diejenige der Oeschwiese rund 9.500 m^2. Unter der Annahme, dass die gesamte Oeschwiese arrondiert werde, sei eine Wasserfläche von maximal 1'600 m^2 sinnvoll. Insgesamt kommt der Bericht zum Schluss, dass auf der Oeschwiese folgendes Flächenprogramm sinnvoll sei: rund 1'500 m^2 Wasserfläche (50 m Schwimmbecken, Nichtschwimmerbecken, Erweiterung des Kleinkinderbereichs), 4'500 m^2 Liege-/Spielfläche (Beachvolleyball, Spielplatz, Grillplatz etc.) sowie 200 m^2 Bauten (Garderoben, WC's, Clubhaus Schwimmclub usw.).

f) Aus dem Jahre 2010 liegt ein die Stadt Zug betreffender Schlussbericht über ein Konzept für Sportanlagen und Bewegungsräume der S. AG, Bern, bei den Akten. Dieser Schlussbericht empfiehlt unter anderem den Neubau eines Freischwimmbades für Schulen, Vereine und Öffentlichkeit. Der Bericht gibt auch eine Standortempfehlung ab, in der er ausführt, dass der Standort des heutigen Strandbades verschiedene Synergievorteile bezüglich der bestehenden Infrastruktur bieten würde. Allerdings sei die Liege- und Spielfläche in Spitzenzeiten schon heute derart knapp, dass die bestehende Fläche nicht mit dem Einbau von Becken reduziert werden dürfe. Notwendig sei eine Erweiterung um die Grünfläche östlich des Strandbadareals (Oeschwiese). Dort sollte das Becken-Raumprogramm der Variante «Ideal» (50 m-Becken, Sprungbecken, Nichtschwimmer-/Lehrschwimmerbecken, Kinderbereich,

Freizeitbecken mit Rutschbahn) mit den nötigen zusätzlichen Grünflächen realisiert werden können.

g) Im angefochtenen Beschluss kommt der Regierungsrat zum Ergebnis, dass der Bedarf für eine Zone OeIB genügend konkretisiert und ausgewiesen sei. Primär solle erreicht werden, dass das bestehende und an die Oeschwiese angrenzende Strandbad erweitert werden könne. Das öffentliche Interesse an dieser Strandbaderweiterung sei klar ausgewiesen, da allgemein bekannt sei, dass das Strandbad an schönen Sommertagen gut belegt, wenn nicht gar überbelegt sei. Das Strandbad befinde sich gemäss dem kantonalen Richtplan mitten in einem kantonalen Schwerpunkt der Erholung, was bedeute, dass im Rahmen der Bedarfsabklärung nicht nur auf die Bedürfnisse der Stadt Zug, sondern der ganzen Region abzustellen sei. Die Bevölkerung habe in der Region Zug in den vergangenen Jahren stark zugenommen, ein Trend, der weiter gehe. Da die Bevölkerung weiter wachse, sei es richtig, wenn die Stadt Zug auf diese Entwicklung reagiere und die raumplanerischen Voraussetzungen schaffe, damit das bestehende Strandbad um die Oeschwiese erweitert werde, solange das Grundstück noch nicht überbaut sei. Wenn damit noch weitere öffentliche Interessen abgedeckt werden könnten (Schaffung des geplanten Seeuferweges, öffentliche Zugänglichkeit des Seeufers und Schaffung eines Naherholungsgebietes ausserhalb der Badezeit), so sei dagegen nichts einzuwenden. Wegen der Zunahme der Bevölkerung und wegen des Bedürfnisses der Bevölkerung nach Bademöglichkeiten am See, nach Naherholung und nach sportlichen Aktivitäten an und im See sei der Bedarf für die Zone OeIB ausgewiesen. Vergleiche mit anderen Gemeinden seien nicht hilfreich, weil immer die örtlichen Gegebenheiten zu beachten seien. Wenn z. B. ein Seeufer schon überbaut sei, so wäre es nicht sachgerecht, wenn hier eine Zone OeIB ausgeschieden würde.

h) Die Beschwerdeführerinnen stellen sich auf den Standpunkt, es würden nach wie vor die verlangten Analysen und Prognosen nach den anerkannten Methoden der Raumplanung fehlen. Gegenüber dem Entscheid vom 22. Juni 2010 habe sich nichts geändert. Neue und einzige massgebende Grundlage für die Begründung des öffentlichen Interesses sei ein «Entwurf Masterplan» betreffend die Areale Hafen, Oeschwiese und Stierenmarkt. Es werde bestritten, dass der Bedarf für eine Nutzung der Oeschwiese als Strandbad gegeben sei, dass der Standort sachgerecht sei und dass keine Alternativen zu diesem Standort vorhanden seien. Ebenso werde bestritten, dass es sich beim «Entwurf Masterplan» um eine verbindliche Grundlage handle. Der Masterplan sei noch nicht einmal abgeschlossen. Es bestehe auch noch kein Gesamtkonzept. Es sei völlig unverständlich, wie sich der Regierungsrat zur Begründung seines Entscheides auf einen Entwurf eines Arbeitspapiers abstützen könne. Bei der Feststellung des Regierungsrates, es sei irrelevant, ob die von der Stadt Zug angegebenen und teilweise geschätzten Besucherzahlen für das Strandbad stimmen würden oder die Angaben der Beschwerdeführer richtig seien, handle es sich um eine unsorgfältige Sachverhaltsfeststellung des Regierungsrates. Eine solche Argumentation entspreche nicht den früher geforderten sorgfältigen Analysen und Prognosen nach den anerkannten Methoden der Raumplanung, sondern sei willkürlich.

- Bezüglich des Masterplans Hafen - Oeschwiese - Stierenmarkt - ist festzustellen, dass es sich dabei – soweit er dem Grossen Gemeinderat zusammen mit dem Bericht und Antrag des Stadtrates zur Zonenplanänderung am 12. Januar 2012 als Beilage Nr. 3 zugestellt wurde – um einen wenig aussagekräftigen Planentwurf handelte. Dieser Masterplan stellte aber – im Vergleich zu den andern Unterlagen und Abklärungen – eine Marginalie dar. Viel wichtiger und aussagekräftiger waren der von Art. 47 RPV verlangte Planungsbericht vom 12. August 2011 und der umfassende Planungsbericht der P. AG vom 12. August 2011. Weiter stellte der Stadtrat dem Grossen Gemeinderat eine Stellungnahme der Natur- und Landschaftskommission (NLK) vom 3. Oktober 2011, ein Freiraumkonzept der Q. GmbH vom 15. Juli 2011, ein Konzept für die Sportanlagen und Bewegungsräume der S. AG vom November 2010 und eine Studie Areale Hafen/Oeschwiese/-Stierenmarkt sowie die Konzeptansätze für die Anordnung öffentlicher Nutzungen der J. AG vom 12. August 2011 zu. Diese Unterlagen wurden alle von fachlich versierten und auch auf dem Gebiet der Raumplanung erfahrenen Firmen erstellt. Unter diesen Umständen ist es unzulässig, zu behaupten, die Stadt Zug habe sich nur auf den «Entwurf Masterplan» abgestützt. Der Masterplan hat in seiner damaligen Form beim Entscheid über die Zuweisung der Oeschwiese zur Zone OeIB gar keine entscheidende Rolle gespielt.

- Was die Differenz zwischen den von der Stadt Zug behaupteten Besucherzahlen einerseits und den von den Beschwerdeführerinnen andererseits geschätzten Zahlen betrifft, so ist die exakte Feststellung der Besucherzahlen des Zuger Strandbades objektiv gar nicht möglich, denn beim Strandbad gibt es keine Eingangskontrolle, so dass eine exakte Erfassung der Besucherzahlen ausser Betracht fällt. Jedermann kann jederzeit die Anlage betreten und auch ebenso unkontrolliert wieder verlassen. Sowohl die Stadt Zug wie auch die Beschwerdeführerinnen müssen sich mit Schätzungen und Mutmassungen zufrieden geben. Was hingegen exakt erfasst werden kann, sind die Zahlen bezüglich Bevölkerungsentwicklung seit dem Jahr 2000. Während die Gesamtbevölkerungszahl im Kanton Zug gemäss den Angaben der Fachstelle für Statistik von 99'388 Personen auf 118'089 per Ende 2013 (ein Plus von knapp 19 %) angewachsen ist, nahm die Bevölkerung in der Stadt Zug um 23 % von 22'710 auf 27'956 zu. Besonders zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass gerade in der unmittelbaren Umgebung des Strandbades (in einem Umkreis von ca. 1 km) in jüngster Zeit eine rege Bautätigkeit stattgefunden hat (und stattfindet) und eine Vielzahl von neuen Wohnungen erstellt wurde (Hertiquartier, Riedpark [80 Wohnungen], Feldpark [200 Wohnungen], Siemensareal). Die Zahlen, welche die Grundlage für die Richtplanung bilden, gehen für die Stadt Zug im Jahre 2020 von 29'100 Einwohnern aus, eine Zahl die angesichts der Realität Ende 2013 wohl noch deutlich übertroffen werden dürfte. Wenn der Regierungsrat unter diesen Umständen feststellt, dass das Strandbad nicht überbelegt und überfüllt sein müsse, damit ein Bedarf für die Erweiterung gegeben sei, so ist dies in Würdigung der Tatsache, dass die Bevölkerung der Stadt Zug in den vergangenen 15 Jahren massiv gewachsen ist und dass sie – vor allem im unmittelbaren Umkreis des Strandbades – noch weiter deutlich wachsen wird, keine willkürliche Feststellung.

i) Zu beachten ist weiter, dass die Oeschwiese Aufnahme in das Inventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS) gefunden hat. Das ISOS, welches zwar nur behördenverbindlich ist, weist die Oeschwiese einer Umgebungszone mit besonderer Bedeutung und dem Erhaltungsziel a zu. Im ISOS wird ausgeführt: «Ufergelände im Anschluss an die Quai-Anlage, mehrheitlich unverbaut und Fortsetzung der städtischen Seeufergestaltung, in Ausführung seit 1992». Das Erhaltungsziel a bedeutet strenge Erhaltung der Beschaffenheit als Kulturland oder Freifläche, die für das Ortsbild wesentliche Vegetation und Altbauten bewahren, störende Veränderungen beseitigen. Zusätzlich gelten die folgenden generellen Erhaltungshinweise: kein Baugebiet; strenge Gestaltungsvorschriften für standortgebundene Bauten; spezielle Vorschriften für Veränderungen an Altbauten. Auch wenn das ISOS wie erwähnt nicht eigentümer-, sondern nur behördenverbindlich ist, so ist es bei der Zonenplanung zu beachten. Auch dieser Eintrag im ISOS lässt somit auf ein hohes öffentliches Interesse an der Zuweisung des GS 191 zur Zone OeIB erkennen.

k) Aus dem Gesagten ergibt sich, dass das öffentliche Interesse an der Zuweisung zu der Zone OeIB gegeben ist und dass insbesondere auch der Bedarf für die Erweiterung des Strandbades am vorgesehenen Standort und in der vorgesehenen Grösse von ca. 9'500 m^2 auf der Oeschwiese ausgewiesen ist. Wenn der Regierungsrat feststellt, dass ein erhebliches öffentliches Interesse an der Zuweisung des GS 191 zu der Zone OeIB bestehe, so verletzt er mit dieser Feststellung kein Recht.

4. Mit der Feststellung, dass eine Baute oder Anlage einem öffentlichen Interesse dient, der Bedarf genügend ausgewiesen ist und die Erstellung in naher Zukunft zu erwarten ist, ist noch nicht darüber entschieden, ob die Schaffung einer Zone OeIB aufgrund ihrer eigentumsbeschränkenden Auswirkungen zulässig ist. Zu prüfen ist weiter, ob die Zone OeIB dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entspricht, d.h. ob die Zonierung geeignet und erforderlich ist, um das angestrebte öffentliche Ziel zu erreichen und ob sich die Zonenzuweisung als zumutbar erweist.

a) Raumplanerische Anordnungen erfüllen das Gebot der Geeignetheit, wenn sie einen Beitrag zur Realisierung des verfolgten Zweckes leisten können. Voraussetzung für die Bejahung der Geeignetheit ist, dass sich das zugewiesene Grundstück zur Erfüllung der öffentlichen Interessen als tauglich erweist (vgl. hierzu Gsponer, a.a.O., S. 119 mit Verweis auf die Rechtsprechung). Im vorliegenden Fall ist es offensichtlich, dass das Grundstück GS 191 sich für eine Erweiterung des Strandbades und – während der «badefreien» Zeit – als Naherholungsfläche eignet. Das Grundstück hat auf einer Länge von über 100 m direkten Seeanstoss und grenzt auf einer Länge von fast 50 m direkt an das bestehende Strandbad an. Auf der Nordseite grenzt es auf einer Länge von 80 m an die Chamerstrasse bzw. den Chamer Fussweg und kann von dort aus optimal erschlossen werden. Das Grundstück ist weitgehend flach und optimal gegen Südwesten exponiert. Das Grundstück liegt nicht nur unmittelbar neben dem Strandbad, sondern ist auch für die Stadtbewohner sehr zentral gelegen. Die Quartiere Neustadt, Grafenau, Herti, Schleifi und Letzi sind mit weniger als einem Kilome-

ter Luftlinie zu Fuss sehr gut erreichbar. Weiter ist das Grundstück auch mit dem öffentlichen Verkehr sehr gut erreichbar, liegt doch die Stadtbahnhaltestelle Schutzengel nicht einmal 250 m entfernt, und die beiden Bushaltestellen Schutzengel und Letzi sind auch nur 200 bzw. 350 m entfernt. Auch die Zufahrt mit privaten Motorfahrzeugen ist möglich und beim Hafenrestaurant (in unmittelbarer Nähe) und im Parkhaus Arena (500 m entfernt) stehen genügend Parkplätze zur Verfügung. Weitere, etwas entferntere Parkierungsmöglichkeiten befinden sich beim Kaufmännischen Berufsbildungszentrum, an der Dammstrasse und auf dem Siemensareal. Zusätzlich soll erwähnt werden, dass das GS 191 auch das optimale Grundstück für die längst fällige Fortführung und Vervollständigung des Seeuferweges ist.

b) Das Gebot der Erforderlichkeit verlangt, dass sich eine raumplanerische Massnahme auf das für den öffentlichen Zweck Unabdingbare beschränkt. Dazu gehört unter anderem die Pflicht des Gemeinwesens, zuerst seine eigenen Landreserven auszuschöpfen und den Landbedarf auf das Notwendige zu beschränken. Die Beschwerdeführerinnen beanstanden, dass die Frage des Standortes und möglicher Alternativen gar nicht geprüft worden sei. Auch der Einbezug der unmittelbar an das Strandbad angrenzenden Grundstücke GS Nrn. 186 und 187 in die Planung der Strandbaderweiterung sei nicht geprüft worden. Zudem liege das GS 191 zwischen zwei Bauzonen und es sei nicht überprüft worden, ob es nicht zweckmässig und sinnvoll wäre, diese Baulücke durch eine Wohnzone zu schliessen. Auch nicht abgeklärt worden seien die zu erwartenden Immissionen auf die Nachbargrundstücke. Die Strandbaderweiterung sei auch wegen fehlender Erschliessung nicht zulässig. Schon heute würden zu wenig Parkplätze und nicht einmal genügend Flächen für Fahrräder bestehen. Der Regierungsrat beachte auch nicht die weiteren Möglichkeiten von neuen Badeflächen im Zusammenhang mit der eingeleiteten Planung bzw. dem öffentlich aufgelegten «Leitbild Lorzenebene». Gemäss diesem Leitbild würden die Gebiete Brüggli, Choller und die Fläche des heutigen Campingplatzes ausgebaut, so dass – falls ein Bedürfnis bestehe – neue Bade- und Erholungsflächen entstehen würden.

- Hierzu ist Folgendes festzustellen: Gemäss dem Schlussbericht «Leitbild Lorzenebene» des Amts für Raumplanung vom August 2012 soll das «Brüggli» hauptsächlich der Naherholung dienen. Das Brüggli mit den vielen «wilden» Nutzungen (Kite-Surfen, Surfen, Grillen, Baden, Volleyball, Kunst), wie es sich heute präsentiert, soll erhalten bleiben. Mit der geplanten Aufhebung des Campingplatzes soll diesen Nutzungen noch mehr Raum gegeben werden. Ebenso soll ein entsprechendes Infrastrukturangebot für die Naherholung geschaffen werden. Zu beachten ist beim Brüggli, dass die Möglichkeiten, grössere Infrastrukturanlagen zu erstellen, durch die Tatsache, dass es sich im Perimeter des Bundesinventars der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN) befindet, erheblich eingeschränkt sind. Des Weiteren befinden sich grosse Teile des Brüggli nicht im Eigentum der Stadt Zug, sondern gehören der Korporation Zug. Die bestehenden Bademöglichkeiten sind auch nicht mit den Anforderungen und der Infrastruktur eines Strandbades zu vergleichen. Im Brüggli können weder ein Kinderbecken noch ein Sprungturm realisiert werden. Im Brüggli gibt es auch keine Aufsicht, was gerade für

ein Strandbad typisch und wichtig ist. Betrachtet man die anderen Badegelegenheiten in der Stadt Zug, so sieht man sehr rasch, dass bei keiner von ihnen nennenswerte Erweiterungsmöglichkeiten bestehen. Die Badegelegenheiten Trubikon, Tellenörtli, Seeliken und Siehbach können flächenmässig nicht erweitert werden, weil sie auf allen Seiten von privaten oder öffentlichen Gebäuden sowie vom teilweise befestigten Seeufer begrenzt sind. Eine Erweiterung im Siehbach, wie sie von den Beschwerdeführerinnen als Möglichkeit nach dem Brand der beiden Fischerhütten ins Spiel gebracht wurde, hat sich in der Zwischenzeit erledigt, weil die beiden Hütten schon wieder aufgebaut worden sind. Eine Erweiterung im Choller ist ebenfalls ausgeschlossen, weil sich dieser Badeplatz einerseits viel zu weit entfernt befindet und er andererseits – wegen der Zugehörigkeit zu einem kantonalen Naturschutzgebiet – in keiner Weise infrastrukturmässig «möbiliert» werden kann. Eine Erweiterung über die direkt an das Strandbad angrenzenden Grundstücke GS Nrn. 186 und 187 ist ebenfalls ausgeschlossen, weil die beiden Parzellen sich in der Wohnzone W1 befinden und seit mehr als 100 Jahren mit einem Wohn- und Geschäftshaus sowie einem Mehrfamilienhaus überbaut sind. Die Feststellung der Beschwerdeführerinnen, das GS 191 bilde eine Baulücke zwischen zwei Bauzonen, die geschlossen werden sollte, ist nicht zutreffend. Lediglich auf der Ostseite findet sich eine ca. 15'000 m^2 grosse Wohnzone, die neben Mehrfamilienhäusern aus den 80iger und 90iger Jahren vor allem aus älteren Ein- und Zweifamilienhäuser aus den 30iger Jahren besteht. Auf der Westseite befinden sich nur die beiden eben erwähnten Gebäude auf den Grundstücken 186/187 in einer Kleinst-Wohnzone von 1'300 m^2. Diese grenzt nur auf 30 von möglichen 80 Metern an das GS 191. Im restlichen Bereich grenzt das GS 191 direkt an das Strandbad. Bezüglich der Immissionsfrage gilt es festzustellen, dass gemäss Art. 24 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (USG, SR 814.01) neue Bauzonen für Wohngebäude oder andere Gebäude, die dem längeren Aufenthalt von Personen dienen, nur in Gebieten vorgesehen werden dürfen, in denen die Lärmimmissionen die Planungswerte nicht überschreiten oder in denen diese Werte durch planerische, gestalterische oder bauliche Massnahmen eingehalten werden können. Die Umzonung von Bauzonen gilt aber nicht als Ausscheidung neuer Bauzonen. Hier geht es nicht um die Ausscheidung neuer Bauzonen, sondern um den Verbleib des GS 191 in der Zone OeIB, d.h. um den Verbleib in einer Bauzone, womit sich die Lärmimmissionsfrage zurzeit gar nicht stellt. Des Weitern ist festzuhalten, dass der Bereich des Oeschwiese, der künftig nicht bebaut wird und als blosse Liegewiese dient, den Bestimmungen der Lärmschutzverordnung nicht untersteht. Bei künftigen Infrastrukturbauten ist im Rahmen der Baubewilligung legiglich die Lärmschutzfrage bezüglich der angrenzenden Wohnbauten zu klären. Zusammenfassend kann jedenfalls festgestellt werden, dass eine Erweiterung des Standbades an keinem anderen Ort möglich wäre. Zu beachten sind dabei auch die Synergieeffekte, die dadurch erreicht werden können, dass das Strandbad mittels der direkt angrenzenden Oeschwiese erweitert wird. Dies bedeutet, dass bestehende Infrastrukturanlagen mitbenützt werden können und nicht auch noch neu erstellt werden müssen.

c) Unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit ist schliesslich zu prüfen, ob zwischen dem

angestrebten öffentlichen Zweck und der Schwere des Eingriffs in die Eigentumsgarantie ein Missverhältnis besteht. Es ist deshalb eine wertende Interessenabwägung zwischen den involvierten öffentlichen Interessen und den betroffenen Privatinteressen vorzunehmen. Die Zuweisung eines Grundstücks in eine Zone des öffentlichen Interesses für Bauten und Anlagen stellt zweifellos eine schwere Eigentumsbeschränkung dar. Es besteht ein erhebliches Interesse des betroffenen Eigentümers, dass er sein Grundstück seinen Wünschen und Vorstellungen entsprechend veräussern, bebauen oder auch unbebaut lassen kann. Das Grundstück 191 der Beschwerdeführerin befindet sich seit 1975, d.h. seit in der Stadt und im Kanton Zug Nutzungspläne bestehen, in einer Zone des öffentlichen Interesses. Seit nunmehr 39 Jahren werden die Beschwerdeführerinnen an der vollumfänglichen Ausübung ihrer Eigentumsrechte gehindert. Nach so langer Zeit besteht ein hohes privates Interesse daran, über die Rechte als Eigentümer endlich ungehindert zu verfügen. Andererseits besteht aber auch ein hohes öffentliches Interesse an der Zuweisung des Grundstücks in eine Zone OeIB. Das Grundstück liegt nicht irgendwo im Baugebiet, sondern es befindet sich direkt am Ufer des Zugersees. Das Bundesrecht verlangt in einer der zentralen Normen des Raumplanungsgesetzes (Art. 3 Abs. 2 lit. c RPG Planungsgrundsätze), dass die Seeufer freigehalten und der öffentliche Zugang und die Begehung erleichtert werden. Dieser Verpflichtung will und muss die Stadt Zug mit der Zuweisung des GS 191 zur Zone OeIB nachkommen. Das Seeufer ist im Bereich des GS 191 ein kantonaler Schwerpunkt der Erholung. Der kantonale Richtplan vom 28. Januar 2004 hält diesbezüglich unter Ziff. L8.3.1 fest, dass Kanton und Gemeinden im Siedlungsgebiet die Anliegen, den See für Erholung, Freizeit und Sport attraktiv zu gestalten, zu unterstützen hätten. Dazu würden gute Verbindungen vom Seeufer zu den dahinter liegenden Freiflächen gehören. Das Seeufer bei der Oeschwiese wird in Ziff. 8.3.4 des Richtplantextes zudem als einer von nur sechs kantonalen Seeuferbereichen mit Renaturierungspotenzial bezeichnet. Von Bedeutung ist auch, dass die Seeuferanlage vom Casino bis zum Strandbad in allen relevanten kommunalen und kantonalen Planungen als durchgehender zusammenhängender Raum bezeichnet wird. Bei der Oeschwiese, die Teil der Seeuferanlage ist, handelt es sich um den letzten grösseren Bereich, der in diesem Bereich noch einen lückenlosen Zugang zum See verunmöglicht. Mit der Zuweisung des GS 191 zu der Zone OeIB kann das Naherholungsgebiet vervollständigt und erheblich aufgewertet werden. Wenn der Regierungsrat unter diesen Umständen das öffentliche Interesse an der Zuweisung des Grundstückes zur Zone OeIB höher gewichtet hat als das private Interesse der Beschwerdeführerinnen an ihren Eigentumsrechten, so kann man dies nicht als willkürlich oder als rechtsverletzend bezeichnen. Die angefochtene Zonenzuweisung kann somit auch als verhältnismässig im engeren Sinn bezeichnet werden.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 19. Mai 2014, V 2013 / 127

Eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 11. März 2015 abgewiesen, soweit es darauf eintrat (1C_327/2014).

2.5 § 4 Abs. 1 GSW, § 18 Abs. 1 und 2 V PBG, § 32 Abs. 1 BO Zug

Regeste:
§ 4 Abs. 1 GSW, § 18 Abs. 1 und 2 V PBG, § 32 Abs. 1 BO Zug – Die Bohlgutschstrasse in der Stadt Zug ist nicht «öffentlich» im Sinne des Gesetzes über Strassen und Wege (Erw. 4d). Deshalb darf die Strassenfläche bei der Ermittlung der anzurechnenden Landfläche im Sinne von § 18 Abs. 1 der Verordnung zum Planungs- und Baugesetz (V PBG) dazugezählt werden (Erw. 3c). Das streitbetroffene Grundstück erfüllt somit das Mindestflächenkriterium zur Realisierung einer Arealbebauung in der Stadt Zug (Erw. 2b und 5).

Aus dem Sachverhalt:

Die J. GmbH ist Eigentümerin des Grundstücks GS Nr. XY im Bohlgutsch, Stadtgemeinde Zug. Sie beabsichtigt, auf dem in der Wohnzone W2b gelegenen Grundstück die sechs bestehenden Wohnhäuser abzubrechen und an deren Stelle eine Arealbebauung mit vier Wohnhäusern mit insgesamt elf Wohnungen und einer Einstellhalle zu errichten. Gegen das im Mai 2013 publizierte Baugesuch reichten zwölf Personen eine Einsprache ein, welche der Stadtrat Zug unter Erteilung der Baubewilligung am 17. Dezember 2013 abwies. Dagegen gelangten acht der ursprünglichen Einsprecherinnen und Einsprecher am 27. Januar 2014 mit einer Verwaltungsbeschwerde an den Regierungsrat, der die Beschwerde am 11. November 2014 abwies. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 15. Dezember 2014 liessen die gleichen acht Personen die Aufhebung des regierungsrätlichen Entscheids und die Aufhebung der Baubewilligung beantragen. In der Folge beantragten der Regierungsrat, der Stadtrat Zug und die Bauherrschaft die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Aus den Erwägungen:

(...)

2 b) Während die Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren den Baurechtsentscheid des Stadtrats Zug vom 17. Dezember 2013 noch in zahlreichen Punkten kritisierten, bemängeln sie in der Beschwerde vor Verwaltungsgericht einzig, der Regierungsrat habe im vorinstanzlichen Entscheid die Fläche der Strasse Bohlgutsch zu Unrecht angerechnet. In tatsächlicher Hinsicht ist unter den Parteien nicht strittig, dass bei Befolgung der Ansicht des Regierungsrates die anrechenbare Fläche des fraglichen Baugrundstücks 4'055 m^2 und bei Befolgung der Ansicht der Beschwerdeführer diese Fläche weniger als 4'000 m^2 betragen würde. Einigkeit besteht ferner hinsichtlich der sich daraus ergebenden jeweiligen Rechtsfolgen. Paragraph 32 Abs. 1 der Bauordnung der Stadt Zug vom 7. April 2009 (BO Zug) hält fest, dass Arealbebauungen am Hang nur dann von der Regelbauweise abweichen dürfen, wenn sie eine anrechenbare Landfläche von mindestens 4'000 m^2 aufweisen. Da das fragliche Grundstück unbestritten am Hang liegt, könnte die Bauherrschaft bei Befolgung der Rechtsauffassung der Beschwerdeführer die vorgesehene Arealbebauung nicht realisieren, da ihr Projekt

von der Regelbauweise der Zone W2b abweicht. Würde man in dieser Frage dagegen dem Regierungsrat folgen, würde § 32 Abs. 1 BO Zug greifen. Da die Beschwerdeführer vor Verwaltungsgericht keine weiteren Punkte an der geplanten Arealbebauung bemängeln, würde die vom Stadtrat Zug erteilte Baubewilligung rechtskräftig. Strittig und zu prüfen ist somit, ob der Regierungsrat Recht verletzt hat, als er im angefochtenen Entscheid feststellte, dass der Stadtrat Zug den Strassenanteil der Privatstrasse Bohlgutsch auf dem Baugrundstück GS Nr. XY zu Recht bei der anzurechnenden Landfläche des Baugrundstücks mitberücksichtigt hat.

c/aa) Die Definition des Begriffs anrechenbare Landfläche, der in § 32 Abs. 1 BO Zug verwendet wird, befindet sich in § 18 der Verordnung zum Planungs- und Baugesetz vom 16. November 1999 (V PBG, BGS 721.111). Absatz 1 der Bestimmung hält fest: «Die anzurechnende Landfläche ist die vom Baugesuch, auch als Gesuch für eine Arealbebauungsbewilligung, erfasste, in einer Bauzone gelegene Fläche.» Und in Absatz 2 steht Folgendes: «Nicht anzurechnen sind die Fahrbahnen und unmittelbar anstossenden Gehwege von öffentlichen Strassen und die Fahrbahnen von Radstrecken, auch als projektierte Anlagen, für deren Festlegung die Sondernutzungsplanung eingeleitet oder durchgeführt ist.»

c/bb) Was unter den in § 18 Abs. 2 V PBG erwähnten «öffentlichen Strassen» zu verstehen ist, entscheidet sich anhand von § 4 des Gesetzes über Strassen und Wege vom 30. Mai 1996 (GSW, BGS 751.14). Dort steht im ersten Absatz: «Strassen und Wege sind öffentlich, wenn sie: a) seit unvordenklicher Zeit im Gemeingebrauch stehen, oder b) das Gemeinwesen über die entsprechenden Wegrechte verfügt, oder c) im Verfahren der Öffentlicherklärung dem Gemeingebrauch gewidmet worden sind.»

3. Die Beschwerdeführer bringen vor, die Fläche der Strasse Bohlgutsch wäre selbst dann nicht anrechenbar, wenn es sich bei der Bohlgutschstrasse um keine öffentliche Strasse im Sinne von § 4 GSW handeln würde. Zur Stützung dieser Rechtsauffassung stellen sie sich zunächst auf den Standpunkt, dass die Aufzählungen in § 18 Abs. 2 V PBG und § 4 Abs. 1 GSW nicht abschliessend seien. Daraus folgern sie, dass der vom Regierungsrat aus dem Wortlaut von § 18 Abs. 2 V PBG gezogene Umkehrschluss nicht statthaft sei. Es sei somit unzutreffend zu sagen, dass von der anzurechnenden Landfläche nur Fahrbahnen und unmittelbar anstossende Gehwege von öffentlichen Strassen und die Fahrbahnen von öffentlichen Radstrecken abzuziehen seien. Die Beschwerdeführer werfen dem Regierungsrat sodann vor, die Bestimmung von § 18 Abs. 2 V PBG falsch ausgelegt zu haben. Er hätte insbesondere prüfen müssen, ob die Strasse Bohlgutsch als baulich bereits ausgenützt zu betrachten sei. Vorliegend würde die Bohlgutschstrasse mindestens sieben Liegenschaften als Erschliessungsstrasse dienen. Sie sei baulich genutzt und könne keiner anderen Nutzung mehr zugeführt werden.

a) Betrachtet man den Wortlaut von § 18 Abs. 2 V PBG, so wird Folgendes deutlich: Der Verordnungsgeber zählt darin eine Reihe von Faktoren bzw. Umstände auf, die nicht zu berücksichtigen sind, wenn eine anzurechnende Landfläche ermittelt werden soll. Es han-

delt sich dabei nur schon vom Wortlaut her klar um eine abschliessende Aufzählung. Würde es sich um eine nicht abschliessende Aufzählung handeln wie von den Beschwerdeführern behauptet, hätte der Verordnungsgeber dies durch eine andere Wortwahl verdeutlicht. Er hätte die Aufzählung beispielsweise mit einem Oberbegriff eingeleitet und die einzelnen Faktoren als illustrierende Beispiele angeführt. Auf eine nicht abschliessende Aufzählung würden sodann auch Ausdrücke hindeuten, wie «insbesondere», «unter anderem» oder ähnliches, worauf der Stadtrat Zug zutreffend hinweist. Solche Ausdrücke fehlen jedoch in der Bestimmung. Aufgrund einer Analyse nach Sinn und Zweck der Bestimmung und der systematischen Anordnung der beiden Absätze zueinander drängt sich der gleiche Schluss auf: Paragraph 18 V PBG enthält eine Gebrauchsanleitung zur Berechnung von «anzurechnender Landfläche». Die anzurechnende Landfläche selber ist wiederum eine Grösse, die bei der Ermittlung weiterer baurechtlicher Kennzahlen benötigt wird, so etwa bei der Berechnung der Ausnützungsziffer (§ 15 V PBG), der Baumassenziffer (§ 20 Abs. 1 V PBG) und der Freiflächenziffer (§ 21 V PBG). In einigen Fällen hängt ihre Grösse ohne weitere Berechnungen davon ab, ob gewisse Rechtsfolgen eintreten können oder nicht, so im Bereich der Arealbebauungen (vgl. § 32 Abs. 1 BO Zug), bei Spiel- und Freiflächen (§ 6 Abs. 4 BO Zug) und bei Quartierfreiräumen (§ 8 Abs. 1 BO Zug). In systematischer Hinsicht lässt sich weiter sagen, dass der erste Absatz der Gebrauchsanleitung die Grundregel enthält. Wendet man sie an, steht die «anzurechnende Landfläche» im Prinzip fest. Der zweite Absatz enthält Ausnahmetatbestände. Sind die Voraussetzungen dazu erfüllt, so reduziert sich die zunächst nach Absatz 1 ermittelte Fläche nach Massgabe dieser Ausnahmetatbestände. Bei den einzelnen in § 18 Abs. 1 und 2 V PBG erwähnten Faktoren, die in die Berechnung einfliessen, handelt es sich durchwegs um klar messbare und damit um eindeutig zu ermittelnde Grössen, nämlich um die in einer Bauzone gelegene Fläche des Baugesuchs, um Fahrbahnen von Strassen und Radstrecken und um Gehwege von Strassen. Es würde dem Sinn der Bestimmung als Gebrauchsanleitung zur Ermittlung einer Kennzahl zuwiderlaufen, wenn es sich bei den einzelnen Berechnungsfaktoren zwar um feststehende Grössen handelt und es trotzdem nicht möglich wäre, zu einem eindeutigen Ergebnis zu gelangen, bloss weil die Ausnahmetatbestände in der Bestimmung nicht abschliessend aufgezählt sein sollen. Dies wäre vorliegend umso stossender, da weitere baurechtliche Kennzahlen von der ermittelten anzurechnenden Landfläche abhängen und die Grösse in einigen Fällen auch direkt Rechtsfolgen zeitigt, wie gerade im hier zu diskutierenden Fall. (...)

b) Die Beschwerdeführer meinen sinngemäss, eine historische Auslegung der Bestimmung von § 18 V PBG zeige, dass die Aufzählung nicht abschliessend sei.

b/aa) Zwischen dem 1. Januar 2000 (Datum des Inkrafttretens der V PBG) und dem 4. Juni 2004 lautete § 13 Abs. 1 V PBG wie folgt: «Die anzurechnende Landfläche ist die von der Baueingabe erfasste, baulich nicht ausgenützte, in einer Bauzone gelegene Fläche (GS 26 452). Der erste Satz von § 13 Abs. 2 V PBG lautete damals: «Nicht anzurechnen sind die Fahrbahnen und unmittelbar anstossenden Gehwege von öffentlichen Strassen und die Fahrbahnen von Radstrecken, auch als projektierte Anlagen, für deren Festlegung die Son-

dernutzungsplanung eingeleitet oder durchgeführt ist» (GS 26 452). Dieser Satz stimmt damit wörtlich mit dem heutigen § 18 Abs. 2 V PBG überein. Der zweite und dritte Satz des damaligen § 13 Abs. 2 V PBG betraf eine Regelung für Fälle, in denen das Gemeinwesen für den Bau oder Ausbau von öffentlichen Strassen und Wegen einen Teil des Baugrundstücks beansprucht. Diese – hier nicht weiter interessierende – Fallkonstellation ist heute Gegenstand einer Regelung in § 18 Abs. 3 V PBG. Ab dem 5. Juni 2004 wechselten die Bestimmungen zur anzurechnenden Landfläche von § 13 V PBG nach § 18 V PBG. Dabei lautete der leicht geänderte erste Absatz wie folgt: «Die anzurechnende Landfläche ist die vom Baugesuch, auch als Gesuch für eine Arealbebauungsbewilligung, erfasste, baulich nicht ausgenützte, in einer Bauzone gelegenen Fläche.» Und der zweite Absatz bestimmte: «Die Flächen der Hauszufahrten sind anzurechnen. Nicht angerechnet werden die Flächen der Grob- und Feinerschliessung. Dieses gilt auch dann, wenn für sie erst die Sondernutzungsplanung oder das Baubewilligungsverfahren eingeleitet oder durchgeführt ist» (GS 28 98). Schon am 28. August 2004 wurde V PBG einer weiteren Revision unterzogen. Während dabei § 18 Abs. 1 V PBG unverändert blieb, wechselte der Wortlaut von § 18 Abs. 2 V PBG vollständig, und zwar galt wieder der Text der Bestimmung von § 13 Abs. 2 V PBG von vor der Revision vom 5. Juni 2004 (GS 28 169). Der erste Satz von § 18 Abs. 2 V PBG, der am 28. August 2004 in Kraft trat, stimmte damit erneut mit dem heutigen § 18 Abs. 2 V PBG überein. Seit dem 1. Juli 2012 gilt die aktuelle Fassung von § 18 V PBG (GS 31 543). Gegenüber der vorangegangenen Fassung wurde in § 18 Abs. 1 V PBG die Formulierung «baulich nicht ausgenützte» gestrichen. Paragraph 18 Abs. 2 Satz 1 V PBG wurde zu § 18 Abs. 2 V PBG. Die Sonderregelung für den Fall, dass ein Gemeinwesen für den Bau von öffentlichen Strassen und Wegen Teile des Baugrundstücks beansprucht, bekam einen eigenen dritten Absatz.

b/bb) Führt man sich die verschiedenen Änderungen vor Augen, so ist in Bezug auf den Inhalt des heutigen § 18 Abs. 2 V PBG Folgendes zu sagen: Die einzelnen Ausnahmetatbestände lauteten seit Inkraftsetzung der V PBG im Jahr 2000 bis heute immer gleich, abgesehen von einem kurzen Intermezzo zwischen dem 5. Juni 2004 und dem 28. August 2004. Anhand des Wortlauts dieser vorübergehend in Kraft stehenden Ausnahmebestimmungen lässt sich feststellen, dass es sich dabei ebenfalls um eine abschliessende Regelung handelte. Im historischen Rückblick hat sich über die ganze Zeit auch die Gesetzessystematik nicht geändert, d.h. die Grundregel zur Ermittlung der anzurechnenden Landfläche befand sich im ersten Absatz, und die Ausnahmetatbestände, die in einem zweiten Schritt zu einer Verkleinerung der anrechenbaren Fläche führen könnten, wurden im zweiten Absatz geregelt. Auch der Sinn der Bestimmung ist in all den Jahren derselbe geblieben. Die Regelungen zur anzurechnenden Landfläche dienten schon immer als Gebrauchsanleitung. Sie bezweckten, dass sich diese Fläche mit Hilfe klar messbarer Berechnungsfaktoren eindeutig ermitteln liess. Aufgrund dieser Ausgangslage führt eine historische Auslegung zum gleichen Resultat wie schon die grammatikalische, die systematische und diejenige nach Sinn und Zweck: Die stets vorhandene Auflistung der Ausnahmetatbestände im zweiten Absatz der Bestimmung war bereits in früheren Fassungen als abschliessende Aufzählung formuliert.

b/cc) (...)

b/dd) (...)

c) Da, wie zuvor festgestellt, die Ausnahmetatbestände in § 18 Abs. 2 V PBG abschliessend aufgezählt sind, ist es zulässig im Umkehrschluss zu sagen, dass bei der Ermittlung der anzurechnenden Landfläche die Fläche der Fahrbahnen nicht-öffentlicher Privatstrassen in die Berechnung zur massgebenden Landfläche einfliessen. Der gegenteiligen Ansicht der Beschwerdeführer ist somit nicht zu folgen. (...)

d) Doch selbst wenn man diesen weiteren Ausführungen folgte, würde dies nichts am Ergebnis ändern. Die Beschwerdeführer stellen sich darin nämlich auf den Standpunkt, dass die Bohlgutschstrasse dem ganzen Quartier als Erschliessungsstrasse diene. Eine derartige Strasse sei als baulich bereits ausgenützt zu qualifizieren und gehöre deshalb nicht zur anrechenbaren Landfläche im Sinne von § 18 Abs. 1 V PBG. Zur Stützung ihrer Ansicht verweisen sie auf einen Entscheid des Regierungsrats vom 17. September 1979 (GVP 1979/1980, S. 183 f.). Der von den Beschwerdeführern angeführte Entscheid hatte eine Auslegung von § 17 Abs. 3 aVV BauG zum Gegenstand. (...) Da die fragliche Bestimmung seit Inkraftsetzung des V PBG nicht mehr gilt (§ 51 Abs. 1 V PBG) und sich die Kriterien in der heutigen Ausnahmebestimmung von § 18 Abs. 2 V PBG nicht mit denjenigen von § 17 Abs. 3 aVV BauG vergleichen lassen, ist die damalige Auslegung des Regierungsrats für den heutigen Entscheid ohne Bedeutung. Mit dem in Kraft gesetzten § 13 Abs. 1 V PBG am 1. Januar 2000 trat vielmehr ein eigentlicher Paradigmenwechsel bei den Ausnahmetatbeständen ein. War es vor dem Jahr 2000 das Bestreben des Regierungsrats und Verordnungsgebers gewesen, möglichst wenig Strassenland in die Ermittlung der anzurechnenden Landfläche und damit auch in die Berechnung der Ausnützung einfliessen zu lassen (GVP 1979/1980, S. 183), erlaubte die neue Verordnungsbestimmung den Grundstückseigentümern, die «anzurechnende Fläche» um die Flächen von Privatstrassen zu erhöhen. Es handelt sich somit gegenüber vorher um eine klar eigentümerfreundlichere Regelung. Der Regierungsrat spricht in seiner Vernehmlassung denn auch von einem bewussten Entscheid zu einer grosszügigen Regelung. Unterstützt wird diese Sicht der Dinge vom bereits beschriebenen Intermezzo zwischen dem 5. Juni 2004 und dem 28. August 2004 (vgl. E. 3b/aa). In dieser Zeit galt bei der ausnahmsweisen Nichtanrechenbarkeit bestimmter Grundstückflächen das Kriterium der Erschliessung und nicht dasjenige der Eigentumsverhältnisse an einer Strasse. In einem Entscheid vom 31. Mai 2012 (V 2011 100) hatte sich das Verwaltungsgericht schon einmal mit dieser vorübergehenden Änderung der Ausnahmebestimmungen in § 18 Abs. 2 V PBG befasst. Der Regierungsrat begründete die nur kurze Zeitspanne, während der die neue Regelung galt, damals mit der Kritik einiger Gemeinden und der Bauwirtschaft. Man habe sich deshalb entschlossen, zum bisherigen Wortlaut der Bestimmung zurückzukehren (V 2011 100 E. 6b). Daraus zog das Verwaltungsgericht unter anderem den Schluss, dass die heute in § 18 Abs. 2 V PBG vorgenommene Unterscheidung zwischen Fahrbahnen öffentlicher und privater Strassen kein Zufall sei, sondern auf einem bewussten Entscheid des Verordnungsgebers beruhe (ebda.). Diese Schlussfolgerung ist aus Sicht des

Gerichts heute immer noch zulässig. Das Verwaltungsgericht folgte im Entscheid vom 31. Mai 2012 dem Regierungsrat im Übrigen nicht nur bei der historischen Auslegung, sondern auch bei der grammatikalischen und der systematischen. Dabei hielt es fest, dass es möglich sei, die Fahrbahnen von Privatstrassen bei der anzurechnenden Landfläche zu berücksichtigen. Auf solchen Fahrbahnen liege dem Grundsatze nach Ausnützung (ebda.). Der Fall wurde ans Bundesgericht weitergezogen, welches die Beschwerde abwies. Die Schlussfolgerungen des Verwaltungsgerichts hinsichtlich der Frage, ob auf Privatstrassen Ausnützung liege, wurden vom höchsten Gericht in den Erwägungen nicht kritisiert (BGer 1C_351/2012 vom 12. Februar 2013). Die Beschwerdeführer sind mit ihren Argumenten nach dem Gesagten nicht zu hören.

e) (...)

4. Die Beschwerdeführer vertreten den Standpunkt, dass es sich bei der Strasse Bohlgutsch zwar um eine private Strasse handle. Sie sei aber öffentlich im Sinne von § 4 Abs. 1 GSW. Da bei der Ermittlung der anzurechnenden Landfläche gemäss § 18 Abs. 2 V PBG die Fahrbahnen öffentlicher Strassen nicht angerechnet werden können, dürfe man die Fläche der Bohlgutschstrasse, die sich auf dem Baugrundstück befinde, nicht zur anzurechnenden Landfläche dazuzählen.

a) In sachverhaltlicher Hinsicht ist unbestritten, dass es sich bei der Bohlgutschstrasse um eine Privatstrasse handelt, auf der ein öffentliches Fusswegrecht lastet. Das Fusswegrecht wurde 1944 errichtet. Fest steht ferner, dass die Bohlgutschstrasse über kein Trottoir verfügt. Vorab ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführer nicht behauptet haben, die Bohlgutschstrasse sei früher einmal im Verfahren der Öffentlicherklärung dem Gemeingebrauch gewidmet worden. Dies zu Recht: Ein Fall von § 4 Abs. 1 lit. c GSW liegt offenkundig nicht vor. Strittig und zu prüfen ist indessen, ob die Strasse seit unvordenklicher Zeit im Gemeingebrauch steht (§ 4 Abs. 1 lit. a GSW) oder ob das Gemeinwesen über die entsprechenden Wegrechte verfügt (§ 4 Abs. 1 lit. b GSW).

b) Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Bohlgutschstrasse öffentlich im Sinne von § 4 Abs. 1 lit. a GSW ist.

b/aa) Die Beschwerdeführer bringen zunächst vor, das öffentliche Fusswegrecht auf der Strasse habe schon vor der Grundbucheintragung bestanden. Daher bestehe dieses Fusswegrecht seit urvordenklicher Zeit. Mit dem Stadtrat Zug ist festzustellen, dass aufgrund der bestehenden Dienstbarkeit offenbleiben kann, ob die Strasse schon seit unvordenklicher Zeit als Fussweg begangen worden ist. Es reicht vorliegend, dass das öffentliche Fusswegrecht nachweislich seit 1944 besteht.

b/bb) In Bezug auf die in § 4 Abs. 1 lit. a GSW enthaltene Voraussetzung des «Gemeingebrauchs» (...) legen die Beschwerdeführer dar, dass die Strasse Bohlgutsch mangels Trottoirs zugleich auch als öffentlicher Gehweg diene. Die Öffentlichkeit könne ihr Fusswegrecht nur

auf der Fahrbahn ausüben. Mit der Beanspruchung der Strasse verhalte es sich gleich, wie wenn die Fahrbahn mit Fahrzeugen befahren würde. Man müsse § 18 Abs. 2 V PBG so verstehen, dass Fahrbahnen, Gehwege von öffentlichen Strassen und Fahrbahnen von Radstrecken nicht anrechenbar seien. Bei den Begriffen Fahrbahnen und Strassen in dieser Bestimmung handle es sich nicht um Synonyme, was die Vorinstanz verkenne. Dies bedeute, dass unter einer Strasse ein befestigter Verkehrsweg für Fahrzeuge und Fussgänger zu verstehen sei, wogegen ein Weg primär Fussgängern zur Verfügung stehe. Die Begehung einer trottoirlosen Strasse zu Fuss resp. als Fussgänger gehöre also zum bestimmungsgemässen (Gemein-) Gebrauch der Strasse, sofern die Öffentlichkeit wie vorliegend über ein Fusswegrecht verfüge. Aus all diesen Überlegungen ziehen die Beschwerdeführer sodann den Schluss, dass eine Strasse als öffentlich im Sinne von § 4 Abs. 1 lit. a GSW qualifiziert werden müsse, wenn die Öffentlichkeit über entsprechende Fusswegrechte auf der Strasse verfüge. Die Bohlgutschstrasse stehe als Fussweg im Gemeingebrauch und sei damit eine öffentliche Strasse.

b/cc) Den Beschwerdeführern ist insofern beizupflichten, als bei der Beantwortung der Frage, was unter einer «öffentlichen Strasse» im Sinne von § 18 Abs. 2 V PBG zu verstehen ist, nicht sofort auf die Definition in § 4 Abs. 1 GSW abgestellt werden kann, sondern dass zuvor die Begriffe in § 18 Abs. 2 V PBG einer Klärung zuzuführen sind. Nicht gefolgt werden kann den Beschwerdeführern indessen bei der von ihnen konkret durchgeführten Analyse. Sie deuten die Aneinanderreihung der drei aufgeführten Ausnahmetatbestände «Fahrbahnen», «Gehwege von öffentlichen Strassen», «Fahrbahnen von Radstrecken» grammatikalisch nämlich als isolierte, das heisst als je für sich stehende Wendungen und folgern daraus, dass für den Verordnungsgeber «Fahrbahnen» und «Strassen» nicht dasselbe sind. Um zu diesem Ergebnis zu kommen, müssen die Beschwerdeführer aber auf konstruiert wirkende, schwer nachvollziehbare Überlegungen zurückgreifen. Ihre Überlegungen überzeugen auch deshalb nicht, weil dem Begriff «Fahrbahnen» in der Verordnung der bestimmte Artikel «die» vorangeht. Damit impliziert der Verordnungsgeber, dass der Begriff nicht isoliert gelesen werden kann, sondern dass weiter hinten in der Aneinanderreihung der Ausnahmetatbestände eine weitere Konkretisierung des Begriffes erfolgen wird. Der Verordnungsgeber hat bei der Formulierung der Ausnahmetatbestände somit offensichtlich mit Auslassungen (so genannten Ellipsen) gearbeitet. Diese Auslassungen gilt es bei einer Auslegung der Bestimmung aus dem sprachlichen Kontext heraus zu rekonstruieren. Die Beschwerdeführer lassen zudem ausser Acht, dass der Gesetzgeber den Begriff des Strassenraums in § 3 GSW definiert hat. Demzufolge umfasst dieser sowohl Fahrbahnen wie auch Gehwege. «Strassenraum» ist somit der Oberbegriff und «Fahrbahnen» und «Gehwege» sind die Unterbegriffe bzw. sie beschreiben Teilaspekte des Strassenraums. In § 18 Abs. 2 V PBG ist zwar von «Strassen» die Rede und nicht vom «Strassenraum» wie in § 3 GSW. Doch liegt es nahe anzunehmen, dass den Formulierungen in § 18 Abs. 2 V PBG sprachlich das gleiche Hierarchieverhältnis zu Grunde liegt, zumal auch nach allgemeinem Sprachverständnis eine Strasse aus Fahrbahnen und Gehwegen besteht. Im Übrigen wird auch in der Verkehrsregelverordnung des Bundes vom 13. November 1962 (VRV, SR 741.11) «Strasse» als Ober- und «Fahrbahnen» als Unterbegriff

verwendet. (...) Analysiert man die Bestimmung von § 18 Abs. 2 V PBG gestützt auf diese Überlegungen und vervollständigt man sie um die Auslassungen des Verordnungsgebers, so würde der Anfang wie folgt lauten: «Nicht anzurechnen sind die Fahrbahnen von öffentlichen Strassen und nicht anzurechnen sind unmittelbar anstossende Gehwege von öffentlichen Strassen (...)».

b/cc) (...)

b/dd) In einem weiteren Abschnitt in ihrer Argumentationskette interpretieren die Beschwerdeführer die beiden Umstände, wonach die Öffentlichkeit auf der Bohlgutschstrasse über ein Fusswegrecht verfügt und es dort kein Trottoir gibt, dahingehend, dass die Begehung der Strasse für Fussgänger zu ihrem bestimmungsgemässen (Gemein-) Gebrauch gehöre. Dies greift allerdings zu kurz. Den Beschwerdeführern könnte nur dann gefolgt werden, wenn die Strasse nicht auch noch anderen Zwecken dienen würde oder wenn etwaige weitere bestimmungsgemässe Nutzungen grundsätzlich jedermann offenstünden. Die Bohlgutschstrasse dient aber offenkundig einem weiteren Zweck, nämlich dem Befahren mit Motorfahrzeugen. Das Fahrrecht steht aber nicht jedermann zu, sondern nur den Anwohnern bzw. den Grundstückseigentümern im Bohlgutschquartier, denen auch die Bohlgutschstrasse gehört. Der Regierungsrat weist im angefochtenen Entscheid darauf hin, dass zu Beginn der Strasse Bohlgutsch eine Fahrverbotstafel stehe. Er wertet dies zu Recht als Indiz dafür, dass diese Strasse damit keine öffentliche Strasse sei. Es ist auch richtig, dass er mit diesem Argument der Behauptung der Beschwerdeführer entgegentritt, wonach die Strasse seit jeher durch die Öffentlichkeit genutzt worden sei. Der Regierungsrat verweist zudem auf das im Grundbuchauszug aufscheinende Fahrwegrecht für kommunale Fahrzeuge zu Gunsten der Einwohnergemeinde Zug. (...) Die Beschwerdeführer verkennen in ihrer Argumentation mithin die Tragweite des Begriffes Gemeingebrauch. Eine Sache steht dann im Gemeingebrauch, wenn die bestimmungsgemässen Nutzungen einer unbestimmten Zahl von Benutzern gleichzeitig, ohne die Erteilung einer Erlaubnis offensteht. Der Gebrauch muss dabei der Zweckbestimmung der Sache entsprechen, die sich aus der natürlichen Beschaffenheit oder dem traditionellen Gebrauch der Sache ergibt (Häfelin/Mül-ler/Uhl¬mann, a.a.O., N. 2372 f.). Bei der bestimmungemässen Nutzung als begehbare Verkehrsfläche für Fussgänger ist diese Voraussetzung erfüllt, bei der bestimmungsgemässen Nutzung als befahrbare Verkehrsfläche für Motorfahrzeuge jedoch nicht. Die Bohlgutschstrasse steht damit entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer nicht im Gemeingebrauch. Damit handelt es sich bei der Bohlgutschstrasse nicht um eine öffentliche Strasse im Sinne von § 4 Abs. 1 lit. a GSW.

b/ee) (...)

c) Die Beschwerdeführer halten dafür, dass die Bohlgutschstrasse auch im Sinne von § 4 Abs. 1 lit. b GSW öffentlich sei.

c/aa) Um zu diesem Resultat zu gelangen, legen sie zunächst den in § 4 Abs. 1 lit. b GSW

verwendeten Begriff «Gemeinwesen» aus. Demnach könne darunter die Öffentlichkeit verstanden werden. Da sich das Wort «entsprechend» in § 4 Abs. 1 lit. b GSW auf alle Wegrechte beziehe und die Öffentlichkeit über ein Fusswegrecht verfüge, sei die Bohlgutschstrasse als öffentlich im Sinne von § 4 Abs. 1 lit. b GSW anzusehen. Unter Gemeinwesen sei aber auch eine Einheit der öffentlichen Verwaltung (einer juristischen Person des öffentlichen Rechts) zu verstehen. Gemäss Bundesverwaltungsgericht sei der Begriff dem allgemeinen Sprachgebrauch nach den Bezeichnungen Bund, Kantone und Gemeinden gleichzustellen. Auch im GSW werde der Begriff so verwendet, was sich aus § 4 Abs. 4 GSW herauslesen lasse. Die Beschwerdeführer verweisen weiter auf einen Grundbucheintrag zum Baugrundstück, der folgenden Inhalt habe: «Fahrwegrecht für kommunale Fahrzeuge». Die Vorinstanz habe zur Ermittlung des Inhalts dieses Eintrags fälschlicherweise auch den Beleg herangezogen. Dies sei nicht statthaft, sofern sich die Rechte und Pflichte aus dem Grundbucheintrag deutlich ergeben würden. Bereits aus dem Grundbucheintrag gehe deutlich hervor, dass das Fahrwegrecht zugunsten der Stadtverwaltung Zug uneingeschränkt gelte. Wäre das Fahrwegrecht an sich beschränkt und nicht der Kreis der Begünstigten, hätte der Eintrag «beschränktes Fahrwegrecht für kommunale Fahrzeuge» gelautet. (...)

c/bb) Die Beschwerdeführer meinen der Begriff «Gemeinwesen» lasse sich einerseits mit Allgemeinheit gleichsetzen, andererseits könne darunter auch eine Einheit der öffentlichen Verwaltung verstanden werden. Damit gehen sie also davon aus, dass der Begriff keine eindeutigen Konturen hat. Dies geht auch aus dem von ihnen zitierten Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts hervor, wonach es in der juristischen Literatur keine allgemeingültige Definition von Gemeinwesen gebe (BVerG vom 20. April 2007, A-1347/2006, E. 3.2.1). Klar scheint allerdings, dass unter dem Begriff wie er in § 4 GSW verwendet wird, nicht die Allgemeinheit oder die Öffentlichkeit verstanden wird, wie die Beschwerdeführer vorbringen. Diese zu breite Definition lässt ausser Acht, dass der Begriff nach dem allgemeinen Sprachgebrauch in erster Linie auf die Beschreibung von staatlichen Gebietskörperschaften abzielt, welche unterschiedlichen staatlichen Ebenen angehören können. In der Schweiz beschreibt man damit somit den Bund, die Kantone und die Gemeinden. Die andere Ansicht der Beschwerdeführer, wonach damit auch eine Einheit der öffentlichen Verwaltung gemeint sein könne, ist wiederum zu eng und übersieht, dass den öffentlichen Verwaltungen keine Rechtspersönlichkeit zukommt. Nicht die Verwaltungen bzw. einzelne Verwaltungsabteilungen sind Träger von Rechten und Pflichten, sondern die Gebietskörperschaften als juristische Personen des öffentlichen Rechts (vgl. Riemer, Hans Michael: Personenrecht des ZGB, 2.A., Bern 2002, N. 442 und 468). Die Exekutive einschliesslich der ihr unterstellten Verwaltungsabteilungen gilt dagegen als das Geschäftsführungsorgan der Gebietskörperschaft, welches durch rechtsgeschäftliches Handeln nach aussen der Gebietskörperschaft Rechte und Pflichte vermittelt (vgl. Art. 55 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]; Riemer, a.a.O., N. 548 und 556). Die Sichtweise der Beschwerdeführer lässt sich entgegen ihrer Ansicht auch nicht aus § 4 GSW herauslesen. In § 4 Abs. 1 lit. b GSW wird davon gesprochen, dass das Gemeinwesen über Wegrechte verfügt. Eine Verwaltungsabteilung kann entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer ein derartiges Recht nicht innehaben,

sondern im hier zu diskutierenden Fall wäre dies die Einwohnergemeinde Zug. Ähnlich in § 4 Abs. 4 Satz 2 GSW: Dort wird statuiert, dass private Eigentümer öffentlich erklärte Strassen an das zuständige Gemeinwesen abtreten können. Im Zuge einer Abtretung geht eine Strasse nicht in das Eigentum des Stadtrats oder einer Verwaltungsbehörde über, sondern in das Eigentum der Gebietskörperschaft. Wenn private Eigentümer öffentlicher Strasse und Wege Bau- und Unterhaltsarbeiten durch das Gemeinwesen dulden müssen, so die Bestimmung von § 4 Abs. 4 Satz 1 GSW, meint dies nichts anderes, als dass die Eigentümer Bau- und Unterhaltsarbeiten durch gewisse Amtsstellen hinzunehmen haben, welche dabei aber immer namens der Gebietskörperschaft handeln. Unter «Gemeinwesen» im GSW ist nach dem Gesagten eine Gebietskörperschaft des Zuger öffentlichen Rechts zu verstehen.

c/cc) Die Beschwerdeführer tragen vor, da eine Strasse ein Verkehrsweg für Fahrzeuge und Fussgänger sei, gelte sie bereits dann als öffentlich im Sinne der Bestimmung, wenn die Gemeinde über ein Fusswegrecht verfüge. Das Gemeinwesen bzw. die Öffentlichkeit verfüge dann nämlich über die «entsprechenden Wegrechte». Das Wort «entsprechend» beziehe sich entgegen der Auffassung der Vorinstanz auf alle Wegrechte, welche die Strasse entsprechend ihrer Zweckbestimmung der Öffentlichkeit zugänglich machen würden, vorliegend sei dies eben ein Fusswegrecht. Die Beschwerdeführer irren. Zunächst ist nach vorne zu verweisen, wonach unter dem Begriff Gemeinwesen in dieser Bestimmung nicht die Öffentlichkeit bzw. die Allgemeinheit verstanden werden kann (vgl. E. 4 c/bb). Ferner unterscheidet das GSW, wie ebenfalls bereits erläutert, konsequent nach Strassen und Wegen, so auch im hier interessierenden § 4, wo es um die Öffentlichkeit von Strassen und Wegen geht. Der erste Satz der Bestimmung lautet entsprechend «Strassen und Wege sind öffentlich, wenn sie:», worauf in den lit. a – c drei Fallgruppen folgen. Die Wendung «entsprechende Wegrechte» in lit. b meint aus gesetzessystematischen Gründen somit die Wegrechte des Gemeinwesens an Strassen und die Wegrechte des Gemeinwesens an Wegen. Bei der Bohlgutschstrasse handelt es sich, wie gezeigt, um eine Strasse, die begangen und befahren wird. Würde das Gemeinwesen über ein unbeschränktes Fahrweg- und Fusswegrecht zugunsten der Öffentlichkeit, d.h. der Allgemeinheit, verfügen, wäre sie öffentlich im Sinne von § 4 Abs. 1 lit. b GSW. Das Gemeinwesen verfügt vorliegend aber nur über ein öffentliches Fusswegrecht und damit eben nicht über die «entsprechenden Wegrechte» auf der Strasse.

c/dd) Die Beschwerdeführer meinen sodann, aus dem von ihnen erwähnten Grundbucheintrag gehe eindeutig hervor, dass es ein uneingeschränktes Fahrwegrecht zugunsten der Stadtverwaltung Zug auf der Bohlgutschstrasse gebe. Es ist unbestritten, dass seit 1944 auf der Bohlgutschstrasse ein «Fahrwegrecht für kommunale Fahrzeuge» zu Gunsten der Einwohnergemeinde Zug lastet. Gleichzeitig lastet seit 1944 darauf ein öffentliches Fusswegrecht. Dieses lautet ebenfalls zu Gunsten der Einwohnergemeinde Zug wie aus dem entsprechenden Grundbeleg hervorgeht. Wie erwähnt, wäre die Voraussetzung von § 4 Abs. 1 lit. b GSW vorliegend jedoch nur erfüllt, wenn zu Gunsten der Einwohnergemeinde Zug ein öffentliches Fuss- und Fahrwegrecht bestehen würde, das heisst wenn zu Gunsten der Einwohnergemeinde Zug ein Recht bestehen würde, wonach die Strasse grundsätzlich von allen Perso-

nen begangen und befahren werden darf. Laut dem klaren Wortlaut des Eintrags besteht indes kein öffentliches Fahrwegrecht, sondern lediglich das Recht der Einwohnergemeinde Zug, die Strasse mit eigenen Fahrzeugen zu befahren. Damit ist das Fahrwegrecht entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer auf der Bohlgutschstrasse beschränkt. Der von den Beschwerdeführern gebrachte Einwand, wonach der Wortlaut des Grundbucheintrags bei einem beschränkten Fahrwegrecht anders gelautet hätte, ist aufgrund des klaren Wortlauts des bestehenden Eintrags nicht stichhaltig.

c/ee) Da der Wortlaut des Eintrags klar ist, müsste zur Ermittlung des Inhalts der Dienstbarkeit der Erwerbsgrund an sich nicht mehr herangezogen werden, wie die Beschwerdeführer richtig feststellen (Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 4.A., Zürich/Basel/Genf 2012, N. 1276). Die Beschwerdeführer haben gleichwohl argumentiert, dass auch eine Auslegung des Grundbuchbelegs vom 18. Dezember 1944 zu einem Resultat in ihrem Sinne führe. Bei diesem Beleg handelt es sich um den damaligen Beschluss des Einwohnerrats Zug, in dem u.a. sowohl das öffentliche Fussweg- als auch das hier strittige Fahrrecht verfügt wurden. Die massgebende Stelle im Beschluss lautet wie folgt: «Gewährung eines unentgeltlichen Durchfahrtsrechts auf vorgenannter Ringstrasse zu Gunsten der städtischen Verwaltung (für die Kehrrichtabfuhr und event. weitere Fuhren, wie Motorspritze zur Feuerbekämpfung). Eintrag im Grundbuch». Der damalige Beschluss des Einwohnerrates macht deutlich, dass es der damaligen städtischen Exekutive keineswegs darum ging, allen Personen ein Fahrwegrecht auf der Bohlgutschstrasse zu vermitteln, sondern sie hat sich damit lediglich das Recht eingeräumt, dass Fahrzeuge gewisser städtischer Verwaltungsabteilungen die Privatstrasse befahren können, um Aufgaben im Dienste der Allgemeinheit sicherstellen zu können. Die Beschwerdeführer meinen, es sei der Stadt nicht nur um die Kehrrichtabfuhr und der Feuerwehr gegangen. Die Stadtverwaltung habe sich damals ein uneingeschränktes Fahrwegrecht eingeräumt. Es kann hier offenbleiben, welche Verwaltungsabteilungen der Stadt Zug der Einwohnerrat 1944 mittels der Dienstbarkeit für Fahrten auf der Bohlgutschstrasse berechtigen wollte. Selbst wenn der Einwohnerrat im Beschluss vom 18. Dezember 1944 hätte sicherstellen wollen, dass sämtliche notwendigen Verwaltungshandlungen über die Bohlgutschstrasse hätten wahrgenommen werden können, wie dies die Beschwerdeführer vorbringen, ändert sich nichts am Ergebnis. Die Einwohnergemeinde Zug hätte damit nämlich noch immer nicht die Allgemeinheit berechtigt, die Privatstrasse zu befahren. Die anderslautenden Schlussfolgerungen der Beschwerdeführer gehen an der Sache vorbei.

d) Die Beschwerdeführer dringen mit keinem ihrer Argumente vor Gericht durch. Es kann festgehalten werden, dass der Regierungsrat im angefochtenen Entscheid kein Recht verletzt hat, als er feststellte, die Bohlgutschstrasse sei keine öffentliche Strasse im Sinne von § 4 GSW (vgl. BF Act. 1, E. 2d).

5. Da es sich bei der Bohlgutschstrasse um keine öffentliche Strasse im Sinne des GSW handelt (Erw. 4d) und die Fahrbahnfläche dieser nicht-öffentlichen Strasse im zulässigen Umkehrschluss von § 18 Abs. 2 V PBG bei der Ermittlung der anzurechnenden Landfläche

berücksichtigt werden darf (Erw. 3c), hat der Regierungsrat im angefochtenen Entscheid zu Recht festgehalten, dass die anzurechnende Landfläche auf dem Baugrundstück Nr. XY in der Stadtgemeinde Zug 4'055 m^2 betrage. Er hat auch ohne Rechtverletzung festgestellt, dass damit die Mindestfläche für eine Arealbebauung in einer Hanglage in der Stadt Zug gemäss § 32 BO Zug eingehalten worden sei. Da ausser der Frage der anzurechnenden Landfläche vor Verwaltungsrecht keine weiteren Punkte des regierungsrätlichen Entscheids vom 11. November 2014 mehr strittig waren (Erw. 2b), ist der angefochtene Entscheid zu bestätigen und die Beschwerde abzuweisen.

6. (...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 10. August 2015, V 2014 184

2.6 § 62 Abs. 1 lit. a VRG; § 45 Abs. 2 PBG

Regeste:
§ 62 Abs. 1 lit. a VRG; § 45 Abs. 2 PBG – Beschwerdelegitimation bei kommunalen Bauvorhaben, die einen kantonalen Gesamtentscheid erfordern. Die Einsprache gegen die von der Gemeinde erteilte Baubewilligung öffnet das Tor zum Rechtsmittelverfahren. Wer sich am Einspracheverfahren nicht beteiligt hat, verliert die Beschwerdebefugnis (Erw. 1 c/aa). Die Beschwerdeführer haben keine Baueinsprache eingereicht, obwohl sie eine solche hätten einreichen können. Sie sind nicht formell beschwert und daher nicht berechtigt, nachträglich gegen eine Rodungsbewilligung im kantonalen Gesamtentscheid Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu führen (Erw. 1 c/cc). Es liegt nicht in der Macht der Gemeindebehörden, bestimmten Personen nach Ablauf der Einsprachefrist eine Parteistellung in einem Rechtsmittelverfahren zu verschaffen (Erw. 1 c/ee).

Aus dem Sachverhalt:

Die Gemeinde Walchwil plant den Aus- und Neubau einer Gemeindestrasse (fortan: «Nordzufahrt»). Mit dieser neuen Strasse sollen die neuen Baugebiete «Utigen / Rägeten», «Lauihof» und «Suren-Büel» gegen Zug hin an das übergeordnete Strassennetz im Norden und zum Dorfkern von Walchwil im Süden angeschlossen werden. Das Zentrum von Walchwil soll damit vom Durchgangsverkehr entlastet werden. Nachdem das Baugesuch für die Nordzufahrt am 8. Juni 2012 im Amtsblatt publiziert und zwischen dem 8. Juni 2012 und 27. Juni 2012 auf der Gemeinde Walchwil öffentlich aufgelegt wurde, gingen sieben Einsprachen ein, wovon sechs später wieder zurückgezogen wurden. Mit Versanddatum 28. März 2013 erteilte der Gemeinderat Walchwil die Baubewilligung und wies die verbliebene Einsprache von A.B. in einem separaten Gemeinderatsbeschluss vom 16. März 2013 ab.

Bestandteil der Baubewilligung war ein kantonaler Gesamtentscheid vom 20. März 2013, der mehrere durch kantonale Behörden erteilte Bewilligungen zur Nordzufahrt enthielt, darunter

eine Ausnahmebewilligung «Rodung und Waldfeststellung». Gegen die gemeindliche Baubewilligung und den kantonalen Gesamtentscheid liessen C.D. (Verfahren V 2013 66, eingereicht am 29. April 2013) sowie E.F. und G.H. (Verfahren V 2013 67, eingereicht am 29. April 2013) einreichen und beantragen, die Baubewilligung sei aufzuheben, eventualiter sei die Waldabstandslinie unter der Nordzufahrt entlang der talseitigen Baulinie festzulegen, alles unter Kosten- unter Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegner. Den nahezu identischen Begründungen war zu entnehmen, dass die Beschwerden zur Hauptsache wegen der im kantonalen Gesamtentscheid verfügten Änderung des an der Gemeindeversammlung Walchwil vom 12. Dezember 2012 beschlossenen Rodungsplanes erfolgten. Es sei nicht korrekt, dass die Direktion des Innern die Zustimmung zur definitiven Rodung eines bergseits der geplanten Strasse gelegenen Waldstücks nicht erteilt habe. Der nach dem Strassenbau verbleibende Waldstreifen könne die Waldfunktionen nämlich nicht mehr erfüllen. Am 16. April 2014 beantragte das Amt für Raumplanung die Abweisung der Beschwerden. Am 10. Juli 2014 beantragte der Gemeinderat die Abweisung der Beschwerden. In der Begründung führte er aus, dass er bezüglich der Rodungsvoraussetzungen zwar die Ansicht der Beschwerdeführer teile. Die definitive Rodung des strittigen Waldstreifens führe jedoch nicht zu einer Aufhebung der Baubewilligung für die Nordzufahrt.

Aus den Erwägungen:

1. a) (...)

c) Fraglich ist im vorliegenden Fall, ob die Beschwerdeführer durch den angefochtenen kantonalen Gesamtentscheid und den Entscheid über die Baubewilligung formell beschwert sind. Von einer formellen Beschwer spricht man, wenn jemand am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen hat und dort mit seinen Anträgen ganz oder teilweise unterlegen ist. Die Teilnahmeberechtigung am Verfahren vor der Vorinstanz beurteilt sich grundsätzlich nach dem hierfür geltenden Verfahrensrecht. Auf das Erfordernis der formellen Beschwer wird kraft des ausdrücklichen Wortlauts von § 62 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (VRG, BGS 162.1) nur verzichtet, wenn ein Beschwerdeführer keine Möglichkeit hatte, am Verfahren vor der Vorinstanz teilzunehmen. Die Alternative «keine Möglichkeit zur Teilnahme» kommt dann zum Tragen, wenn der Betroffene aufgrund eines Fehlers der Behörde gar nicht die Möglichkeit gehabt hat, sich als Partei zu konstituieren, obwohl er dazu befugt gewesen wäre. Dies ist namentlich der Fall, wenn ein Vorhaben, gegen welches Drittbeschwerden zulässig wären, nicht öffentlich ausgeschrieben wurde, so dass der betroffene Dritte nicht die Möglichkeit hatte, sich zu beteiligen. Wer bei der gebotenen Sorgfalt im Baubewilligungsverfahren hätte intervenieren können, dies aber unterlassen hat, kann nicht im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht erst Beschwerde erheben (vgl. hierzu Seiler Hansjörg, Stämpflis Handkommentar zum BGG, Bern 2007, Art. 89 N 13).

c/aa) Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist ein Baugesuch der Einwohnergemeinde

Walchwil. Die Regeln, die für die Einreichung von Baugesuchen und für das Baubewilligungsverfahren gelten, finden sich in den §§ 44 ff. des Planungs- und Baugesetzes vom 26. November 1998 (PBG, BGS 721.11): Gemäss § 45 Abs. 1 PBG sind Baugesuche während 20 Tagen öffentlich aufzulegen. Ein Gesuch wird am ersten Tag und ein weiteres Mal während der Auflage im Amtsblatt publiziert. Abweichende Auflagefristen aufgrund der Spezialgesetzgebung bleiben vorbehalten. Wer vom Baugesuch besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse am Ausgang des Verfahrens hat, ist zur Baueinsprache berechtigt (§ 45 Abs. 2 PBG). Die Einsprache muss innert der Auflagefrist schriftlich beim Gemeinderat eingereicht werden und hat einen Antrag und eine Begründung zu enthalten (§ 45 Abs. 3 PBG). Die zuständige Gemeindebehörde holt bei der kantonalen Koordinationsstelle die erforderlichen Bewilligungen und Zustimmungen ein und eröffnet sie zusammen mit allfälligen Einspracheentscheiden gemeinsam mit ihrem Entscheid über das Baugesuch (§ 46 Abs. 1 PBG). Die Baueinsprache erfüllt im Gefüge des Verfahrens eine doppelte Aufgabe: Sie gestattet zunächst die formalisierte Ausübung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Insofern ist die Einsprache nicht Rechtsmittel, denn sie richtet sich gegen ein Gesuch, nicht gegen eine Verfügung. Der Kreis der Einspracheberechtigten umschliesst mindestens die im späteren Rechtsmittelverfahren Beschwerdeberechtigten. Die Einsprache öffnet somit auch das Tor zum späteren Rechtsmittelverfahren. Grundsätzlich verliert die Beschwerdebefugnis, wer sich am Einspracheverfahren nicht beteiligt hat, obwohl er es hätte einrichten können. Aus solcher Abwesenheit lässt sich schliessen, dass schutzwürdige Interessen fehlen (Hänni, Peter: Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5. A., Bern 2008, S. 517; vgl. auch BGE 133 II 181 E. 3.2.1; 108 Ib 92 E. 3b/bb).

c/bb) In einem früheren Verfahren, welches im Zusammenhang mit der Nordumfahrung Walchwil stand und das inzwischen rechtskräftig erledigt ist (V 2013 65), hat das Gericht Folgendes festgehalten: «Im Amtsblatt vom 8. Juni 2012 wurde öffentlich bekannt gemacht, dass das Baugesuch 'Nordzufahrt Walchwil' samt den kantonalen Spezialbewilligungen vom 8. Juni 2012 bis und mit 9. Juli 2012 auf der Gemeindekanzlei öffentlich aufliegen werde. Die Öffentlichkeit wurde darauf aufmerksam gemacht, dass Einsprachen gegen das Baugesuch gestützt auf § 45 PBG bis und mit dem 27. Juni 2012 beim Gemeinderat einzureichen seien. Einsprachen gegen den Perimeterplan seien gemäss § 10 des Strassenreglements bis zum 9. Juli 2012 einzureichen. Ausdrücklich wurde die Öffentlichkeit des Weiteren darauf aufmerksam gemacht, dass die Unterlagen zum Rodungsgesuch zeitgleich beim AFW in Zug öffentlich zur Einsichtnahme aufliegen würden. Einsprachen gegen das Rodungsgesuch seien gestützt auf § 3 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über den Wald schriftlich bei der Direktion des Innern einzureichen und zwar bis zum 9. Juli 2012. Die Öffentlichkeit wurde gleichzeitig darauf aufmerksam gemacht, dass die im Zusammenhang mit dem Baugesuch stehenden Unterlagen zur Teilrevision des Zonenplans, zur Waldfeststellung und zur Änderung des Baulinien-, Niveaulinien- und Strassenplans sowie die Unterlagen zum Enteignungsverfahren aufliegen würden. Es wurde zudem auf die separate Ausschreibung verwiesen. Dem Baugesuch waren die folgenden Pläne vom 18. Mai 2012 beigelegt: Normalprofile 1:50, Situation Strassenbau 1:500, Situation Entwässerung 1:500, Längenpro-

fil 1:1000/500, Querprofile 1-20 und 21-39 1:100, Kunstbauten Rägetenbach 1:100, Kunstbauten Brücke Sagenbach 1:100, Landschaftspflegerischer Begleitplan 1:500, Projektänderung Ausbau Hörndlirain 1:200. Ebenfalls beigelegt waren der Rodungsplan 1:500 und das Rodungsgesuch vom 18. Mai 2012 sowie die Stellungnahme des Kantonsförsters vom 6. Juni 2012, aus der man ersehen konnte, dass er die Rodungen auf den Parzellen GS 234, 229, 1413, 1397, 151 und 203 nicht im beantragten Ausmass unterstützte» (V 2013 65, Urteil vom 18. Juli 2013, Sachverhalt Abschnitt A). Aus den Akten ist ersichtlich, dass zusammen mit dem Baugesuch auch der so genannte erläuternde Bericht zur Nutzungsplanung nach Art. 47 RPV auf der Gemeinde und der Vorprüfungsbericht der Baudirektion zur Teilrevision des Zonenplans öffentlich aufgelegt wurden. Dem erläuternden Bericht konnte entnommen werden, dass die kantonale Baudirektion die von der Gemeinde beabsichtigten Zonenplanänderungen im Bereich des Surenwegs mit einem Vorbehalt versehen hatte. Wörtlich ist zu lesen: «Die in Teil 3 der Zonenplanänderung vorgesehene Erweiterung der Wohnzone W2 zulasten des Waldareals ist nicht genehmigungsfähig. Der schmale verbleibende Waldstreifen muss als Wald im Sinne des Gesetzes belassen werden. Die auf den GS 827, 1397 und 1413 dargestellte gelb gepunktete Fläche muss aus waldrechtlichen Gründen als grün gepunktete Fläche dargestellt werden». Dem Vorprüfungsbericht ist zu entnehmen, dass die kantonale Baudirektion dem Bauvorsteher der Gemeinde Walchwil am 5. März 2012 schrieb, es sei nicht zulässig, dass auf den GS 827, 1397 und 1413 definitive Rodungsflächen für Umwandlung von Wald in Bauzonen ausgeschieden werden.

c/cc) Die Beschwerdeführer haben innert der im Amtsblatt publizierten Fristen keine Einsprache eingereicht und damit am Vorverfahren im Sinne von § 62 Abs. 1 lit. a VRG offensichtlich nicht teilgenommen. Dem Gericht sind die Namen der Einsprecher aufgrund der Akten bekannt. Die hier Beschwerdeführenden befinden sich nicht darunter. Ob sie von ihrem Akteneinsichtsrecht Gebrauch gemacht haben, kann das Gericht nicht beurteilen. Sie hätten dazu aber die Möglichkeit gehabt, denn alle Akten standen ihnen für eine ordnungsgemässe Akteneinsicht zur Verfügung. Sowohl im Amtsblatt vom 8. Juni 2012 wie auch in demjenigen vom 15. Juni 2012 wurde das Bauvorhaben öffentlich mit dem Hinweis auf die Aktenauflage ausgeschrieben. Hätten die Beschwerdeführer von ihrem Einsichtsrecht Gebrauch gemacht, hätten sie den Unterlagen entnehmen können, dass der Kantonsförster die von der Gemeinde beabsichtigten Rodungen auf ihren Grundstücken nicht im beabsichtigten Ausmass unterstützte. Auch hätten sie aus dem erläuternden Bericht zur Nutzungsplanung und aus dem Vorprüfungsbericht der kantonalen Baudirektion erfahren, dass die Ansichten zwischen dem Gemeinderat Walchwil und den kantonalen Behörden in Bezug auf die von der Gemeinde auf ihren Grundstücken beabsichtigte Rodung divergierten. Sie hätten somit gewusst, dass die Rodungsbewilligung in diesen Punkten anders lauten würde als von ihnen erwartet bzw. erhofft. Die heutigen Beschwerdeführer hätten sich somit im Juni 2012 als Verfahrenspartei konstituieren und eine Einsprache gegen die Baubewilligung erheben müssen. Aufgrund der aufgelegten Unterlagen wäre es ihnen schon damals jedenfalls ohne weiteres möglich gewesen, sich sachgerecht gegen das Bauvorhaben im Allgemeinen zu wehren und bei dieser Gelegenheit im Speziellen auch zu verlangen, dass ihnen die Rodungsbewilligung

zu eröffnen sei. Dies taten die Beschwerdeführer aber nicht, womit sie heute als nicht formell beschwert gelten. Sie sind daher nicht mehr befugt, ein Rechtsmittel gegen die Bau- und Rodungsbewilligung (bzw. gegen den kantonalen Gesamtentscheid) einzulegen. Erwähnt in diesem Zusammenhang sei noch, dass dem Gericht aus dem Verfahren, welches die Einwohnergemeinde Walchwil gegen den Regierungsrat des Kantons Zug führt (V 2014 33), ein Brief der das Projekt «Nordzufahrt» leitenden Gesellschaft «O. GmbH» an den Beschwerdeführer 1 vom 9. Februar 2012 (mit Kopie an drei Walchwiler Gemeinderäten) vorliegt. Der Verfasser schreibt ihm, dass man am 6. Februar 2012 mit dem Kanton dessen Vorprüfung besprochen habe. Dabei habe sich herausgestellt, dass der Kanton die vollständige Rodung des Waldstreifens auf den Grundstücken entlang des Surenwegs nicht bewilligen werde. Der für den Bau der Nordzufahrt nicht unmittelbar zu rodende Wald werde auch nach dem Bau der Nordzufahrt Waldareal bleiben (V 2014 33: Gemeinderat Act. 16). Zumindest der Beschwerdeführer 1 wusste somit schon bereits vor der Projektauflage, dass es beim von der Gemeinde beabsichtigten Rodungsvorhaben Schwierigkeiten geben werde.

c/dd) Den Akten ist zu entnehmen, dass der Vorsteher der Abteilung Bau/Planung der Einwohnergemeinde Walchwil den Beschwerdeführern am 27. März 2013 einen Brief geschickt hat, dem die Baubewilligung vom 18. März 2013 und der kantonale Gesamtentscheid vom 20. März 2013 beigefügt waren. Im Brief wird erläutert, dass die für die Rodungsbewilligung zuständige Direktion des Innern – entgegen dem Beschluss der Gemeindeversammlung Walchwil vom 12. Dezember 2012 – im kantonalen Gesamtentscheid Auflagen formuliert habe, welche ihre Grundstücke betreffen würden. In der Folge wird anhand von Skizzen gezeigt, inwiefern der Waldstreifen auf den Grundstücken der Beschwerdeführer nicht wie geplant vollständig gerodet werden kann. In den letzten Abschnitten des Briefes verweist der Bauvorsteher auf die Rechtsmittelbelehrungen im kantonalen Gesamtentscheid und der Baubewilligung und macht darauf aufmerksam, dass gegen die Änderung der Rodungsfläche innert 30 Tagen nach Zustellung der Baubewilligung und des kantonalen Gesamtentscheides beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden könne. Gestützt auf diese Informationen und den ihnen in Kopie zugestellten Entscheiden haben die Beschwerdeführer in der Folge Rechtsmittel an das Verwaltungsgericht ergriffen. Wie dargelegt, waren sie mangels Teilnahme am Vorverfahren dazu allerdings nicht berechtigt. Der Vertreter der Gemeinde hat die Beschwerdeführer offensichtlich falsch informiert und sie zu Unrecht darauf hingewiesen, dass für sie – offenbar als direktbetroffene Grundeigentümer – die Möglichkeit bestehe, die Baubewilligung und den kantonalen Gesamtentscheid vor Verwaltungsgericht anzufechten. Die Gemeinde hat mit diesem Vorgehen die hier Beschwerdeführenden im Vergleich zu allen anderen potentiell einsprache- bzw. beschwerdeberechtigten Personen bevorzugt behandelt, was unter dem Blickwinkel des Rechtsgleichheitsgebots (Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) als durchaus problematisch gewertet werden kann.

c/ee) Es stellt sich die Frage, ob die Beschwerdeführer gleichwohl eine nachträgliche Parteistellung im Rechtsmittelverfahren aufgrund des Vertrauensprinzips für sich in Anspruch nehmen

könnten. Gemäss Bundesgericht dürfen Parteien aus einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung zwar keine Nachteile erwachsen. Allerdings geniesst nur Vertrauensschutz, wer die Unrichtigkeit der Rechtsmittelbelehrung nicht kennt und sie auch bei gebührender Aufmerksamkeit nicht hätte erkennen können. Rechtsuchende geniessen keinen Vertrauensschutz, wenn der Mangel für sie bzw. ihren Rechtsvertreter allein schon durch Konsultierung der massgeblichen Verfahrensbestimmung ersichtlich ist (BGE 134 I 199 E. 1.3.1). Durch eine Konsultation der hier massgebenden Bestimmung im VRG wird ersichtlich, dass zur Erhebung einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde berechtigt ist, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (§ 62 Abs. 1 lit. a VRG). Das Eingangstor zur Erlangung einer Stellung als Partei in einem Rechtsmittelverfahren gegen Bauvorhaben im Kanton Zug, d.h. das vor¬instanzliche Verfahren im Sinne von § 62 Abs. 1 lit. a VRG, ist die Baueinsprache. Dies gilt auch in Verfahren, in denen nicht nur eine kommunale Baubewilligung erteilt wird, sondern in denen zur Realisierung des Bauvorhabens auch verschiedene kantonale Bewilligungen erforderlich sind. Die Beschwerdeführer hätten ohne weiteres erkennen können, dass es nicht in der Macht des Bauvorstehers einer Einwohnergemeinde steht, bestimmten Personen nach Ablauf der Einsprachefrist nachträglich noch eine Parteistellung in einem Verfahren zu verschaffen, indem er ihnen in einem Brief suggeriert, es gebe für sie ein Rechtsmittel, das in der Realität gar nicht vorhanden ist.

c/ff) Nach dem Gesagten können sich die Beschwerdeführer nicht auf das Vertrauensprinzip berufen, um damit eine Parteistellung im vorliegenden Verfahren begründen zu können. Es hat somit dabei zu bleiben: Die Beschwerdeführer haben nicht am Verfahren der Vorinstanz teilgenommen, obwohl sie dazu die Möglichkeit hatten. Sie sind formell nicht beschwert und auf ihre Beschwerden kann nicht eingetreten werden.

2.–7. [Alternativerwägungen: Selbst wenn auf die Beschwerde einzutreten wäre, würden die Beschwerdeführer mit ihren Anträgen vor Gericht nicht durchdringen.]

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 23. Dezember 2014, V 2013 66 / V 2013 67

3. Denkmalschutz

3.1 § 25 Abs. 1 lit. a DMSG

Regeste:
§ 25 Abs. 1 lit. a DMSG – Nach einer ausführlichen Würdigung eines Gutachtens der Eidgenössischen Kommission für Denkmalpflege (EKD) und eines Gegengutachtens erweist sich das ehemalige Gasthaus Ochsen in Oberägeri als ein Denkmal von sehr hohem wissenschaftlichen, kulturellen und heimatkundlichen Wert.

Aus dem Sachverhalt:

Am 18. April 2002 erwarben A. und B. das damals bereits im Inventar der schützenswerte Denkmäler eingetragene Gasthaus Ochsen, Hauptstrasse 2, Oberägeri (Assek.-Nr. 96a, GS Nr. 354), für Fr. X zu Gesamteigentum. Am 28. September 2010 verfügte die Direktion des Innern, das Gasthaus Ochsen werde als Baudenkmal von lokaler Bedeutung unter kantonalen Schutz gestellt. Der Schutzumfang betreffe den Standort des Gebäudes, seine äussere Erscheinung und die historische Baustruktur. Dagegen liessen A. und B. am 26. Oktober 2010 Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat einreichen, welche mit Beschluss vom 15. Mai 2012 abgewiesen wurde. In der Begründung führte der Regierungsrat aus, die Unterschutzstellung des Gasthauses Ochsen basiere auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage. Gestützt auf den ausgewiesenen sehr hohen denkmalpflegerischen Wert bestehe an dieser Unterschutzstellung ein sehr hohes öffentliches Interesse, das die privaten Interessen der Eigentümer der Liegenschaft überwiege.

Gegen diesen Beschluss liessen A. und B. (nachfolgend: Beschwerdeführer) am 20. Juni 2012 beim Verwaltungsgericht Beschwerde einreichen und beantragen, es sei die Nichtigkeit der Verfügung der Direktion des Innern vom 28. September 2010 festzustellen, es sei der Entscheid des Regierungsrates vom 15. Mai 2012 aufzuheben und von der Unterschutzstellung des Gebäudes Ass. Nr. 96a, GS Nr. 354, Hauptstrasse 2, Oberägeri, abzusehen, unter Entlassung aus dem Inventar der schützenswerten Denkmäler. Eventualiter sei die Angelegenheit zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Mit Vernehmlassung vom 23. Juli 2012 beantragte der Regierungsrat die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Am 12. September 2012 führte das Gericht einen Augenschein im Gasthaus Ochsen und in dessen Umgebung durch. Am 19. Dezember 2012 wurde die Eidgenössische Kommission für Denkmalpflege (EKD) mit der Erstellung eines Gerichtsgutachtens beauftragt, welche am 18. April 2013 einen weiteren Augenschein durchführte. Am 4. Juli 2013 erstattete die EKD ihr Gutachten, wobei sie dem Verwaltungsgericht als Quintessenz aus ihren Überlegungen empfahl, die Unterschutzstellung des ehemaligen Gasthauses Ochsen als Denkmal von lokaler Bedeutung zu bestätigen. Die Parteien erhielten in der Folge Gelegenheit, zum Gutachten Stellung zu nehmen. Die Beschwerdeführer bezeichneten das EKD-Gutachten in der Folge als mangelhaft. Der Kommission fehle es an der notwendigen Unvoreingenommenheit und sie habe auch keine eigenen Untersuchungen getätigt. Man habe sich daher gezwungen gesehen, eine ergänzende Begutachtung im Sinne einer Stellungnahme zum EKD-Gutachten einzuholen. Dieses zu den Akten gereichte und von C. verfasste Gutachten komme zum Schluss, dass das EKD-Gutachten in sich widersprüchlich sei und deutliche Hinweise auf flüchtiges Lesen der Grundlagen/Aktenlage zeige. Es halte den Befunden am Bau nicht stand. Das Ergänzungsgutachten gebe im Verbund mit einem schon 2012 ebenfalls bei C. in Auftrag gegebenen Gutachten die Sachlage korrekt wieder. Das EKD-Gutachten werde durch diese Gutachten erschüttert, weshalb bei der Beweiswürdigung auf dieses Gutachten abzustellen sei, eventualiter sei ein Obergutachten einzuholen.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Die Beschwerdeführer machen in ihrer Verwaltungsgerichtsbeschwerde in erster Linie geltend, die Schutzwürdigkeit als Denkmal im Sinne von § 2 und § 25 des Gesetzes über Denkmalpflege, Archäologie und Kulturgüterschutz vom 26. April 1990 (Denkmalschutzgesetz, DMSG, BGS 423.11) sei für das Gasthaus Ochsen, Hauptstrasse 2 in Oberägeri nicht gegeben. Insbesondere sei kein überdurchschnittliches denkmalpflegerisches Interesse vorhanden, welches den massiven Eingriff in die Eigentumsfreiheit rechtfertigen würde. Überdies würde eine Unterschutzstellung unzumutbare finanzielle Folgen für die Eigentümerschaft nach sich ziehen. Eine Unterschutzstellung sei somit als unverhältnismässig zu bezeichnen.

a) Unter dem Marginale «Begriff des Denkmals und des Kulturgutes» wird in § 2 DMSG geregelt, dass Denkmäler nach diesem Gesetz Siedlungsteile, Gebäudegruppen, gestaltete Freiräume, Verkehrsanlagen, Einzelbauten, archäologische Stätten und Funde sowie in einer engen Beziehung hierzu stehende bewegliche Objekte sind, die einen sehr hohen wissenschaftlichen, kulturellen oder heimatkundlichen Wert aufweisen. In § 25 Abs. 1 DMSG sind die Voraussetzungen für die Unterschutzstellung wie folgt geregelt:

«Der Regierungsrat entscheidet 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 erscheinen.
..
»

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 im § 25 Abs. 1 lit. a DMSG aufgeführten Rechtsbegriffe haben im Jahr 2008 insofern eine Veränderung bzw. Verschärfung erfahren, als jetzt ein Denkmal einen sehr hohen wissenschaftlichen, kulturellen oder heimatkundlichen Wert haben muss, damit es unter Denkmalschutz gestellt werden darf. Bei den Begriffen «sehr hoher wissenschaftlicher, kultureller oder heimatkundlicher Wert» handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe. Von einem unbestimmten Rechtsbegriff 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 bei der Überprüfung der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen Zurückhaltung und billigt den Verwaltungsbehörden einen gewissen Beurteilungsspielraum zu, wenn der Entscheid besonderes Fachwissen oder Vertrautheit mit den tatsächlichen Verhältnissen voraussetzt. Das Gericht spricht von «technischem Ermessen» bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich 2010, N 446a-d, mit Verweis auf BGE 135 II 384). Zu beachten ist weiter Folgendes: Gesetzesbegriffe wie «sehr hoher wissenschaftlicher, kultureller oder heimatkundlicher Wert» sind ohne Hilfe durch besonderes Fachwissen kaum justiziabel. Die Unterschiede zwischen hohem und sehr hohem wissenschaftlichem, kulturellem und heimatkundlichem Wert eines Denkmals sind fliessend und werden sogar von Fachleuten bisweilen unterschiedlich beurteilt. Unter solchen Umständen kommt der Beurteilung durch eine Fachstelle besondere Bedeutung zu.

b) Zur Beantwortung der sich im vorliegenden Fall stellenden Fachfragen hat das Gericht die Eidgenössische Kommission für Denkmalpflege (EKD) beauftragt. Die EKD ist die Fachkommission des Bundes für Denkmalpflege, Archäologie und Ortsbildschutz. Sie berät die Departemente in grundsätzlichen Fragen der Denkmalpflege und Archäologie, wirkt bei der Umsetzung des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz und bei der Vorbereitung und Nachführung der Bundesinventare von Objekten nationaler Bedeutung mit. Die EKD verfasst zuhanden der Bundes- und Kantonsbehörden Gutachten zu Fragen der Denkmalpflege und Archäologie, nimmt auf Ersuchen des Bundesamtes für Kultur (BAK) Stellung zu Gesuchen um Finanzhilfe im Bereich der Denkmalpflege, fördert die Grundlagenarbeit und befasst sich mit den Entwicklungen in der Denkmalpflege und Archäologie (vgl. Homepage der EKD unter www.bak.admin.ch). In der ergänzenden Stellungnahme vom 27. November 2013 führt die EKD des Weiteren aus, in der Regel würden sich eine kleinere Delegation und der Präsident einer an sie gerichteten Frage annehmen. In bestimmten Fällen, so wie vorliegend, ziehe sie zusätzliche KonsulentInnen oder ExpertInnen bei. Es sei jedoch stets die gesamte Kommission, welche anlässlich ihrer Sitzungen aufgrund vertiefter Diskussionen ein Gutachten bereinige und verabschiede. Das fünfzehnköpfige Expertengremium vereine ein breites Spektrum an Wissen und Erfahrung. Am 4. Juli 2013 hat die EKD ihr Gutachten erstattet (fortan: «Gutachten EKD»). Nach dem Studium zahlreicher Unterlagen (sämtliche Verfahrensakten, umfangreiche Fachliteratur und Karten, die Rechtsgrundlagen) sowie auch abgestützt auf die im Rahmen des Augenscheins vom 18. April 2013 gewonnenen Erkenntnisse, kommt die Kommission zum Schluss, dass es sich beim Gasthaus Ochsen um ein sehr wertvolles bauliches Zeugnis handle. Aussagen zur Entwicklung und Geschichte des Dorfes, der dörflichen Gesellschaft sowie der Bau- und Handwerkskunst seien mit dem in seinen wesentlichen Teilen erhaltenen Gebäude gesichert. Sekundäre Veränderungen am und im Haus würden die Bedeutung und Schutzwürdigkeit der Baute nicht wesentlich zu schmälern vermögen. Aus bautypologischer Sicht sowie für das Verständnis der Ortsgeschichte des Dorfes Oberägeri, seiner Siedlungsentwicklung und -struktur sei das Haus Hauptstrasse 2 in seiner heutigen Ausprägung einschliesslich seiner baulichen Zeitspuren unverzichtbar (Gutachten EKD, S. 11). Der

Beantwortung der Gutachterfragen vorangestellt sind ausführliche und detailliert begründete Vorbemerkungen über den siedlungs- und bautypologischen sowie historischen Kontext und über die denkmalpflegerischen und baurechtlichen Voraussetzungen (Gutachten EKD, S. 3 – 5).

c) (...)

d) Das Gericht stellte der EKD unter anderem die folgende Frage: «3. Ist das Haus mit Bezug auf seine Stellung in der Forschung von sehr hohem wissenschaftlichem Wert? Ist das Haus bezüglich seiner architektonischen Qualitäten, insbesondere mit Bezug auf die noch vorhandene historische Baukultur von sehr hohem kulturellem Wert? Hat das Haus wegen seiner Lage im Dorfkern von Oberägeri eine identitätsstiftende Bedeutung, die von sehr hohem heimatkundlichen Wert ist?»

d/aa) Darauf antwortete die EKD wie folgt:

«Als von sehr hohem wissenschaftlichen Wert erachtet die Kommission die Grundrisstypologie und die bauliche Entwicklung des ehemaligen Gasthauses Ochsen: Der Kernbau ist ein bäuerliches Wohnhaus oder, sofern die gastgewerbliche Nutzung von Anfang an gegeben war, ein Gasthaus, das der Typologie eines bäuerlichen Wohnhauses folgt. Bäuerliche Wohnhäuser wurden nicht selten mit traufseitigen Anbauten erweitert. Die Thematik der Hausentwicklung in der Bauernhausarchitektur und die oft mit Erweiterungen einhergehenden Anpassungen an zeitgenössische ästhetische Vorlieben oder die Bestrebungen, den Ausdruck des Gebäudes zu nobilitieren, wurde von Furrer in seinem Standardwerk «Die Bauernhäuser der Kantone Schwyz und Zug» eingehend abgehandelt (Furrer 1994, S. 114 f.). Gerade diese typologische Ausbildung – in Verbindung mit dem sehr hohen Baualter – ist entscheidend für den sehr hohen wissenschaftlichen, in diesem Fall bauhistorischen Wert. Dabei kann zu diesem Zeitpunkt ohne tiefer gehende archivalische und bauarchäologische Untersuchungen nicht festgestellt werden, ob das Gebäude von jeher als Gasthaus konzipiert war, oder ob es sich um ein stattliches Dorfhaus mit Vorder- und Hinterhausbereich gehandelt hat. Einfache Bauernschenken wiesen im 16. Jahrhundert typologisch kaum Unterschiede zu den bäuerlichen Wohnhäusern ihrer Zeit auf (Furrer 1994, S. 373 f.). Diese Recherche in Ergänzung mit weiterführenden Untersuchungen zur Besitzergeschichte ist noch zu leisten und ein allfälliges Ergebnis wäre für das Gebiet der lokalen Hausforschung, auch wegen sozialgeschichtlicher Aspekte, von sehr hohem wissenschaftlichem Interesse.

Die historische Bausubstanz eines Gebäudes, das eine Baugeschichte von gut 450 Jahren aufweist, setzt sich in der Regel aus mehreren Schichten zusammen. Sie ist ein aus einer kontinuierlichen Weiterentwicklung gewachsenes Ganzes, bei dem die jüngeren Anpassungen und Zufügungen nicht a priori als historisch weniger bedeutsam zu bewerten sind. Mit der strukturellen Kernsubstanz des Blockbaus verfügt das Haus Hauptstrasse 2 über eine massgebende historische Substanz, die aufgrund verschiedener Indizien in die erste Hälfte

des 16. Jahrhunderts zurückreicht. Insbesondere verschiedene stilistische und konstruktive Merkmale deuten auf dieses hohe Alter hin. So etwa der Rillenfries wie er als Teil der ehemaligen Fassade im heutigen Dachraum noch sichtbar ist. (...) Furrer setzt die Friesgestaltung je nach Ausprägung in eine chronologische Reihenfolge, nach welcher der besagte Fries im ehemaligen Gasthaus Ochsen in die erste Hälfte des 16. Jahrhunderts datiert werden dürfte.

Auch die aus kräftigen Bohlen bestehende Deckenkonstruktion in der Firstkammer weist auf diese Entstehungszeit hin. Wie meistens bei dieser Konstruktionsweise wurde die letzte, konisch zugeschnittene Bohle von aussen eingeschoben. Damit war die Möglichkeit gegeben, mit dem Schwinden des Holzes den Boden wieder zu verdichten. Dieser so genannte Keil- oder Einschubladen hat sich bis heute überliefert. Er weist eine gegenseitige Überblattung auf, ein Konstruktionsmerkmal, welches laut Furrers Beobachtungen vor allem an spätmittelalterlichen Bauten vorkommt (...).

Obwohl erst eine dendrochronologische Baualtersbestimmung genauere Aufschlüsse bringen würde, so lässt sich dennoch zweifelsfrei feststellen, dass das ehemalige Gasthaus Ochsen zu den ältesten erhaltenen Gebäuden im Zentrum von Oberägeri gehört. Das Haus scheint sogar deutlich älter zu sein als das gegenüber liegende Doppelhaus Bachweg 5 / Hauptstrasse 9. Es ist in einer Bauweise erstellt worden, die deutlich auf seine zeitliche und regionale Entstehung verweist. Unter Beachtung des Umstands, dass im Kanton Zug kaum mehr historische Originalbausubstanz aus dem 16. Jahrhundert existiert und das ehemalige Gasthaus Ochsen mit weiteren umliegenden Baudenkmälern ein historisches Ensemble bildet, ist ihm ohne weiteres ein sehr hoher kultureller Wert (...) zuzusprechen.

Aufgrund seiner auffälligen, zusammen mit dem westlich gegenüberstehenden Doppelhaus Bachweg 5 / Hauptstrasse 9 torbildenden Situation, seiner seit gut 450 Jahren ununterbrochen währenden physischen Präsenz im historischen Dorfmittelpunkt von Oberägeri und seiner Jahrhunderte langen Funktion als Gasthaus ist auf lokaler Ebene dem Gebäude ein sehr hoher identitätsstiftender Wert beizumessen. Der kulturelle und der heimatkundliche Wert sind (...) nicht scharf voneinander trennbar. (...) Gerade weil das baulich wie institutionell historische Zentrum (...), in dem das ehemalige Gasthaus Ochsen eine augenfällige Position einnimmt, materiell überliefert und nach wie vor nachvollziehbar ist, ist ihm in Bezug auf Oberägeri auch ein sehr hoher heimatkundlicher Wert zu attestieren.

Gerade ein Gasthaus ist zudem seit jeher ein Ort der Begegnung und des Austausches zwischen Einheimischen und Auswärtigen (...). Als zentral gelegenes, ehemaliges Gasthaus ist der «Ochsen» bei der Bevölkerung von Oberägeri seit Jahrhunderten bekannt und im kollektiven Gedächtnis verankert. Auch wenn keine in den Geschichtsbüchern wiedergegebenen, bedeutenden Einzelereignisse aus dem Gasthaus Ochsen allgemein bekannt sind, so ist der sehr hohe heimatkundliche Wert dieses zentral gelegenen Dorfgasthofes dennoch klar gegeben. Ein Abbruch des identitätsstiftenden Gebäudes würde von einer breiten Öffentlichkeit als Ver-

lust von eigener Identität und Geschichtlichkeit wahrgenommen» (Gutachten EKD, Ziff. 3, S. 7 ff.)

d/bb) Mit der an die EKD gerichteten Frage, wollte das Gericht in Erfahrung bringen, ob die Kommission beim Gasthaus Ochsen die drei Voraussetzungen von § 25 Abs. 1 lit. a DMSG für erfüllt hält. Wie ersichtlich, hat die Kommission diese Frage uneingeschränkt bejaht. Würdigend ist festzuhalten, dass die EKD sich mit den einzelnen Voraussetzungen ausführlich befasst hat, dabei schlüssig und widerspruchsfrei argumentiert und ihre Schlussfolgerung überzeugend begründet. Was den wissenschaftlichen Wert betrifft, so leuchtet ein, dass es vorliegend nicht ausschlaggebend sein kann, wieviel historische Bausubstanz aus der Anfangszeit des Gebäudes noch vorhanden ist, sondern dass sich am streitbetroffenen Gebäude die über 450-jährige Baugeschichte eines stattlichen bäuerlichen Wohnhauses, das seit Jahrhunderten gleichzeitig auch als Gasthaus genutzt wurde, geradezu exemplarisch ablesen lässt. Gerade die über die Jahrhunderte erfolgten baulichen Eingriffe und Erweiterungen nach dem jeweiligen Geschmack der Zeit machen das Gebäude aus wissenschaftlicher, etwa aus bauhistorischer, Sicht besonders wertvoll, wie die Gutachter schlüssig darlegen. Dazu kommt der im Gutachten erwähnte Umstand, wonach im Kanton Zug kaum mehr historische Bausubstanz aus dem 16. Jahrhundert vorhanden ist. Dass das Gebäude dadurch aus bauarchäologischer Sicht besonders wertvoll ist, leuchtet unmittelbar ein und bedarf keiner weiteren Erörterung. Gleichzeitig legt die EKD überzeugend dar, dass beim betreffenden Gebäude noch viele Fragen einer fachkundigen Klärung bedürfen. So steht das effektive Alter des Hauses nicht fest bzw. ist das Gebäude gemäss EKD offenbar älter als bisher angenommen. Dass dendrochronologische Untersuchungen angezeigt sind, liegt somit ebenfalls auf der Hand. Auch ist offenbar nicht klar, ob der «Ochsen» von Anfang an als Gaststätte diente, ob die Nutzung als Gaststätte erst später erfolgte und wie diese Nutzung ausgestaltet war. Diese ungeklärten Punkte und die Aufarbeitung der Besitzergeschichte machen das Haus aus Sicht der EKD für die lokale Dorfkultur- bzw. die lokale Hausforschung und für Sozialhistoriker überaus interessant, eine Schlussfolgerung, der sich das Gericht ohne weiteres anschliessen kann. Mit Blick auf den kulturellen und heimatkundlichen Wert argumentiert die EKD – gut nachvollziehbar –, dass sich diese beiden Kriterien beim Gasthaus Ochsen kaum scharf voneinander trennen lassen. Zweifelsohne verleiht der im Kanton Zug nur noch selten anzutreffende Umstand einer im Gebäude vorhandenen Bausubstanz, die bis in die Anfänge des 16. Jahrhunderts zurückreicht, diesem Gebäude einen besonders hohen kulturellen Wert, wie die Gutachter festhalten. Andererseits ist das Gebäude kulturell auch deshalb besonders wertvoll, weil es heute zu den ältesten erhaltenen Gebäuden im Zentrum der Gemeinde Oberägeri gehört, wie die EKD ebenfalls stichhaltig dargelegt hat. Nicht zu widersprechen ist den Gutachtern sodann bei ihrer Feststellung, dass das Gebäude nicht nur für sich alleine einen besonders hohen kulturellen Wert aufweist, sondern dass sich dieser Wert zusätzlich auch aus dem Zusammenspiel mit umliegenden Baudenkmälern im Zentrum der Gemeinde ergibt. Den besonders hohen heimatkundlichen und auch kulturellen Wert sieht die EKD namentlich auch in der identitätsstiftenden Wirkung des Gebäudes begründet. Diese Wirkung beruht laut EKD im Wesentlichen wiederum auf drei Faktoren: auf räum-

lichen, zeitlichen und funktionellen. Die räumliche identitätsstiftende Wirkung ergibt sich für die Gutachter aus der markanten torbildenden Situation mit dem gegenüberliegenden Doppelhaus, die zeitliche aus der Tatsache, dass das Gebäude seit 450 Jahren an dieser Stelle präsent war, und die funktionelle aufgrund des Umstands, dass das Gebäude praktisch ununterbrochen als Gasthaus gedient hat, was man dem Gebäude heute noch ansieht. Diese Überlegungen sprechen für sich und bedürfen für das Gericht ebenfalls keiner weiteren Erörterung. Das Gericht konnte sich anlässlich der beiden Augenscheine im Übrigen selber ein Bild von der das Dorfzentrum prägenden Torwirkung des Gebäudes Hauptstrasse 2 und dem Doppelhaus Bachweg 5 / Hauptstrasse 9 machen und hat dabei denselben Eindruck gewinnen können wie die Gutachter der EKD. Schliesslich sind auch die Überlegungen der EKD hinsichtlich der identitätsstiftenden Wirkung und damit verbunden auch der besonders grossen heimatkundlichen Bedeutung des Gasthauses nicht zu beanstanden. Ein seit Generationen vorhandenes Gasthaus, das an einem markanten Ort im Dorfzentrum steht und das so stattlich in Erscheinung tritt wie das streitbetroffene Gebäude, wird für die Dorfbewohner und die Bevölkerung aus der näheren Umgebung zweifelsohne ganz von selber zu einem kaum mehr wegzudenkenden Dorfbestandteil. Es ist daher nicht falsch, wenn die EKD angesichts dieser Ausgangslage zum Schluss kommt, dass eine breite Öffentlichkeit einen Abbruch des Gebäudes als Verlust von eigener Identität und Geschichtlichkeit wahrnehmen würde.

d/cc) Die Beschwerdeführer haben selber ein Gutachten zur Schutzwürdigkeit des Gasthauses bei der C. AG, Winterthur, in Auftrag gegeben (fortan: Gutachten C.). Das am 20. Juni 2012 abgelieferte Gutachten umfasst 53 Seiten und wurde durch den Geschäftsleiter C. und dessen Mitarbeiter D. verfasst. Bei der Abfassung hat der Gutachter sich gemäss seinen Angaben im einleitenden Kapitel auf Bauakten, Bauabrechnungen und Pläne des Umbaus 1976-1978, Planmaterial zu den Umbauten von 1963 und Bauakten aus dem Gemeindearchiv Oberägeri abgestützt. C. gibt des Weiteren an, das Objekt mehrfach begangen zu haben. Im Juni 2012 sei das Haus fotografisch dokumentiert worden (Gutachten C., S. 4). Ein paar der dabei gemachten Innen- und Aussenaufnahmen sind denn auch im Gutachten wiederzufinden. Das Dokument enthält des Weiteren Kopien von aktuellen Grundrissplänen und Fassadenansichten, in denen C. heute vorhandene bzw. sichtbare Gebäudeteile historisch zugeordnet hat. Im Anhang sind dem Gutachten ältere Fotoaufnahmen des Objektes beigefügt. Die meisten davon stammen aus dem frühen 20. Jahrhundert. Die älteste Aufnahme, auf der ein Teil der südlichen Giebelfassade des «Ochsen» zu sehen ist, geht schätzungsweise auf das Jahr 1860 zurück.

Nachfolgend werden diejenigen Abschnitte des Gutachtens wiedergegeben, in dem der Verfasser sich zur Schutzwürdigkeit des Gebäudes im Sinne des DMSG befasst:

«Wissenschaftlicher Wert: Der wissenschaftliche Wert des Kernbaus als konstruktionsgeschichtlicher interessanter Blockbau ist ausgesprochen gering. Dies ist massgeblich auf den vollständigen Verlust von zwei Fassadenseiten und den fast vollständigen Verlust der Binnenstruktur zurückzuführen. Die erhaltenen Fassaden sind zudem durch die Entfernung aller Block-

vorstösse und die Vergrösserung der Fenster so stark in ihrem architektonischen Ausdruck verändert, dass sie nicht mehr als wichtiger Repräsentant einer bestimmten Epoche oder als baukünstlerische Innovation angesehen werden können. Die Grundrissdisposition und Erschliessung des Kernbaus lässt sich heute nicht mehr zuverlässig rekonstruieren, ebenso offen bleiben muss die ursprüngliche Fensteranordnung in den teilweise erhaltenen Aussenwänden. Auch der wissenschaftliche Wert für die Sozial-, Siedlungs- und Wirtschaftsgeschichte der Gemeinde Oberägeri ist vom heutigen Standpunkt aus als ausgesprochen gering einzustufen. Weder handelt es sich um einen der ältesten Bauten in Oberägeri, noch um den einzigen oder ältesten Bau mit Gasthofnutzung. Die politische Aktivität einzelner Mitglieder der Eigentümerfamilie im 19. Jh. ist für einen Gasthausbetrieb keine Seltenheit und ohne besondere sozialgeschichtliche Bedeutung. (....).

Kultureller Wert: Die heute das äussere prägende Fassade mit Einzelfenstern und Schindelschirm besitzt keine besonderen architektonischen Qualitäten. Es handelt sich um eine für die zweite Hälfte des 19. Jh. und das frühere 20. Jh. typische Fassadengestaltung für Neu- und Umbauten. Die Reste des Kernbaus können in ihrer architektonischen Qualität nicht mehr adäquat gewürdigt werden, da hierfür zu wenig Substanz vorhanden ist, zudem sind alle vorhandenen Reste sehr stark verändert und weitestgehend ihrem architektonischen Ausdruck beraubt. Auch der Rohbaukörper als solches ist in seinem architektonischen Ausdruck kein authentischer Zeuge einer bestimmten Epoche mehr. Die prägende Grundform des flachgeneigten Dachs ist grösstenteils eine Erneuerung der 1990er Jahre, in der sich die Form des ehemaligen Tätschdachhauses tradiert hat, in der Substanz aber nicht mehr erhalten ist, mit Ausnahme der südlichen Giebelwand.

Heimatkundlicher Wert: Das Gebäude steht an ortsbaulich sensibler Lage neben dem Brückenübergang über den Dorfbach. Durch die vorgeschobene Stellung ist der Bau prägend für den Strassenraum und bildet mit dem Haus Bachweg 5 auf der gegenüberliegenden Seite eine torartige Situation. Damit ist eine wichtige Voraussetzung für eine das Ortsbild prägende Wirkung gegeben. Entscheidend für diese Wirkung sind die Grundform des Baukörpers und die Fassadengestaltung der Zeit um 1900 mit Rundschindelschirm und regelmässig angeordneten Fenstern. Die Blockbaufassade aus der frühen Neuzeit (...) scheint um 1900 der Identität Oberägeris – als moderner, aufstrebender Tourismus-Ort – nicht mehr gerecht zu werden und hat deshalb eine Modernisierung mit dem heutigen Schindelschirm erfahren. Es sind keine politisch oder historisch relevanten Ereignisse bekannt, die vor oder im Gasthaus Ochsen stattgefunden haben und für die Gemeinde oder Bevölkerung im besonderen Masse identitätsbildend hätten sein können. Das gilt auch für die öffentlich zugängliche Gaststube. Die gesamte Innenausstattung der Gaststube stammt von 1978 und orientiert sich mit Wand- und Deckentäfer in historisierendem Stil am ästhetischen Ideal einer Gaststube aus dem 19. Jh. (...)

Dem vorgefundenen Bestand kommt im Sinne des Denkmalschutzgesetzes bezüglich des Eigenwerts keine wichtige Bedeutung (...) zu. (...) Der Situationswert am alten Übergang über

den Dorfbach ist bedeutend. Zusammen mit dem gegenüberliegenden Gebäude Bachweg 5 bildet das Haus eine Torsituation. (...) Im vorliegenden Fall ist für den Ortsbildschutz, das in der Kernzonenbestimmung (Kernzone A) formulierte Ziel – Wahrung der Volumetrie, der Ausrichtung und der Materialisierung zur Wahrung des Situationswertes, bei fehlendem Eigenwert – ausreichend» (Gutachten C., S. 9 – 11).

d/dd) (...)

d/ee) Würdigend ist festzuhalten, dass C. zweifellos über eine reiche und langjährige Erfahrung in der baugeschichtlichen Erforschung von Häusern verfügt. Aufgrund der zahlreichen Inventare, Bauuntersuchungen an historischen Gebäuden und Schutzwürdigkeitsgutachten, welche er in den letzten Jahren für die C. AG im Auftrag von Gemeinden und Kantonen ausgeführt bzw. koordiniert hat, ist es nicht falsch, ihn als erfahrenen und seriösen Bauforscher zu bezeichnen. Auch das von ihm eingereichte Gutachten ist sorgfältig und gründlich abgefasst. Dabei zeichnet es sich insbesondere durch eine umfassende Aufarbeitung der Baugeschichte des Hauses aus (vgl. Gutachten C., S. 23 – 28). Die Beschwerdeführer bezeichnen ihren Gutachter als neutral. Diese Aussage gilt es insofern zu präzisieren, als dass C. das Gutachten im Auftrag derjenigen Partei abgefasst hat, die sich gegen eine Unterschutzstellung ihres Hauses wehrt. Zwar rechtfertigt der Umstand allein, dass eine fachliche Stellungnahme von einer Partei eingeholt und in das Verfahren eingebracht wird, nicht Zweifel an ihrem Beweiswert. Auch ein Parteigutachten enthält Äusserungen, welche zur Feststellung eines Sachverhalts beweismässig beitragen können. Daraus folgt indessen nicht, dass ein solches Gutachten den gleichen Rang wie ein vom Gericht nach dem vorgegebenen Verfahrensrecht eingeholtes Gutachten besitzt. Es verpflichtet indessen – wie jede substantiiert vorgetragene Einwendung gegen ein solches Gutachten – den Richter, den von der Rechtsprechung aufgestellten Richtlinien für die Beweiswürdigung folgend, zu prüfen, ob es in rechtserheblichen Fragen die Auffassungen und Schlussfolgerungen des vom Gericht förmlich bestellten Gutachters derart zu erschüttern vermag, dass davon abzuweichen ist (vgl. BGE 137 II 266 E. 3.2; 125 V 351 E. 3b/dd und 3c).

d/ff) Es gilt zunächst festzuhalten, dass C. in Bezug auf den Situationswert des streitbetroffenen Gebäudes in tatsächlicher Hinsicht weitgehend die gleichen Feststellungen macht wie die EKD. Er spricht ebenfalls von einer ortsbaulich sensiblen Lage, von einem den Strassenraum prägenden Bau und auch die torartige Wirkung mit dem gegenüberliegenden Haus ist ihm nicht entgangen. Eine das Ortsbild prägende Wirkung hätten ferner sowohl die Grundform des Baukörpers wie auch die auf die Zeit um 1900 zu datierende Fassadengestaltung. Im Gegensatz zur EKD attestiert C. dem Haus aber keinen besonders hohen heimatkundlichen Wert. Dies insbesondere deshalb, da der «Ochsen» mit keinen besonderen historischen Ereignissen in Verbindung zu bringen sei. Hinzu komme der Umstand, dass die Innenausstattung der Gaststube von 1978 stamme und im historisierenden Stil gehalten sei. In einer Stellungnahme zum Gutachten der EKD vom 5. September 2013 stuft er den heimatkundlichen Wert des Hauses ausdrücklich als «mässig» ein. Aufgrund der Quellenlage und Forschung zur Geschichte

von Oberägeri sei nicht von einer aussergewöhnlichen Bedeutung des Baus für Oberägeri auszugehen. Als materieller Zeuge sei das Gasthaus von untergeordneter Bedeutung. Es gebe in der Gemeinde immer noch eine Reihe spätmittelalterlicher und frühneuzeitlicher Blockbauten mit viel erhaltener Substanz, welche bedeutender seien als die Gebäudehülle des Gasthauses Ochsen. Diese Argumente überzeugen nicht. Die markante Lage mitten im Dorf an einer Stelle, wo sich der Weg verengt, der relativ grosse Baukörper und der Umstand, dass das Gebäude deutlich erkennbar als Gasthaus diente, haben zweifelsohne bewirkt, dass sich der «Ochsen» seit mehreren hundert Jahren jeder Person, die den Ortskern Oberägeris durchqueren wollte, gewissermassen in den Weg gestellt und visuell eingeprägt hat. Dies bezeugen nicht zuletzt auch die vom Gutachter C. im Anhang angefügten historischen Aufnahmen eindrücklich. Es ist somit nicht zu beanstanden, wenn die EKD in diesem Zusammenhang schreibt, dass das Gebäude deswegen im kollektiven Gedächtnis der Gemeinde verankert sei. Der Situationswert des Gebäudes ist demnach als so gewichtig zu erachten, dass der Umstand, dass sich das Haus nicht mit einem historischen Ereignis verknüpfen lässt, kaum mehr ins Gewicht fällt. Dass die Gaststube nicht älter als vierzig Jahren ist, spricht ausserdem nicht gegen den heimatkundlichen Wert des Gebäudes. Die Tatsache, dass der «Ochsen» über mehrere Jahrhunderte und bis vor kurzem noch als Gasthaus betrieben wurde und damit grossen Teilen der Bevölkerung heute immer noch als Ort der Begegnung und prägender Anlässe in lebhafter Erinnerung sein dürfte, spricht hingegen dafür, dem Gebäude eine sehr hohe identitätsstiftende und damit auch eine entsprechend grosse heimatkundliche Bedeutung zuzumessen. Obwohl die heutigen Eigentümer gemäss eigenen Angaben das Restaurant im Gasthaus Ochsen aus Betriebs- und Unterhaltskostengründen vor einigen Jahren aufgegeben haben (vgl. Protokoll Augenschein vom 6. April 2011 im Vorverfahren, S. 4; und Augenschein vom 12. September 2012, S. 3) finden im «Ochsen» sogar heute bisweilen noch das lokale Dorfleben prägende Anlässe statt, wie ein Blick ins Internet erhellt (...). Auch dies belegt die nach wie vor feste Verankerung der Liegenschaft als Gasthaus und traditionellen Veranstaltungsort im Bewusstsein der Bevölkerung Oberägeris (...).

Nach dem Gesagten kann das Gericht die Meinung des Gutachters C. nicht teilen, wonach der heimatkundliche Wert der streitbetroffenen Liegenschaft nur mässig sein soll. Die im Gutachten vom 20. Juni 2012 und in der Stellungnahme vom 5. September 2013 erfolgten Ausführungen und Schlussfolgerungen zum heimatkundlichen Wert des «Ochsen» vermögen die Auffassungen und Schlüsse der EKD zu diesem Themenkomplex jedenfalls nicht umzustossen.

d/gg) Bei der Würdigung des kulturellen Wertes greift C. mehrheitlich auf Argumente zurück, welche die Architektur des Hauses betreffen. Zunächst macht er geltend, die Reste des Kernbaus könnten wegen der ausreichend vorhandenen Substanz gar nicht mehr adäquat gewürdigt werden und das noch Vorhandene sei stark verändert und seines architektonischen Ausdrucks weitestgehend beraubt worden. In der Stellungnahme vom 5. September 2013 fügt er an, im Innern seien die wesentlichen Räume, die eine wichtige Zeugenschaft für eine Gasthaus-Kultur begründen würden (Gaststube, Küche und allfällige Gästezimmer)

verloren. Als Zeuge für die Bau- und Handwerkskultur sei das Gebäude aufgrund der sehr stark reduzierten Substanz wenig geeignet. Es fällt auf, dass der Gutachter den kulturellen Wert im Wesentlichen am Vorhandensein von alter bis sehr alter Bausubstanz im Gebäude festmachen will. Dabei bestreitet er nicht, dass im Haus noch Substanz vorhanden ist, die bis ins 16. Jahrhundert zurückreicht. Dies zeigt sich beispielsweise auch sehr deutlich an den von ihm angefertigten Baualtersplänen in seinem Gutachten (vgl. Gutachten C., S. 12 – 19). In jedem Geschoss hat der Gutachter Mauern und Wände in Orange eingezeichnet, die er auf das 16. und 17. Jahrhundert datiert. Schwergewichtig befindet sich die älteste Bausubstanz im Keller und im Dachgeschoss. Zu sehen ist ferner, dass zu den ältesten Gebäudeteilen nicht nur Aussenmauern gehören, sondern auch Innenwände, bzw. Mauern, die teilweise heute noch raumbildende Funktion haben, so im massiv gemauerten Kellergeschoss und im Dachgeschoss in Form einer Dachkammer. Anhand dieser Pläne zeigt sich auch, dass im Keller, Erd- und Obergeschoss ebenfalls noch Bausubstanz aus dem 17. und 18. Jahrhundert erhalten sein soll (auf den Plänen blau eingefärbt). So lässt sich gemäss Gutachten C. der ganze Eingangsbereich im Westen auf diese Epoche zurückführen. Im Obergeschoss wird der als Kinderzimmer bezeichnete Raum vollständig aus Wänden gebildet, die sich auf das 16., 17. und 18. Jahrhundert zurückführen lassen sollen (...). Im Anhang zur Stellungnahme vom 5. September 2013 hat der Gutachter den Versuch unternommen, die erhaltene Substanz im «Ochsen» in Prozentzahlen zu schätzen. Dabei hat er zwischen Kernbau (im 16. und 17. Jahrhundert), der traufseitigen Erweiterung nach Westen (im 17. oder 18. Jahrhundert) und der giebelseitigen Erweiterung nach Süden (Mitte 19. Jahrhundert) unterschieden (zu den Bauphasen vgl. auch mit Gutachten C., S. 23 ff.). Obwohl er dabei in einigen Bereichen tiefe oder gar keine Anteile an bauzeitlicher Substanz feststellt (namentlich im Erdgeschoss), so gibt es kaum einen Bereich des Hauses, in dem er nicht auf historische Bausubstanz gestossen ist. Teilweise ist diese Substanz sogar vollständig oder rund zur Hälfte erhalten. Im Kernbaubereich, d.h. im ältesten Teil, betrifft das etwa die Fassaden und Binnenwände im Keller, die Fassaden des Erd-, Ober- und Dachgeschosses sowie die Binnenwände und Dachkammerdecken im Dachgeschoss. Bei der Erweiterung im 18. Jahrhundert betrifft dies die Fassaden im Keller-, Erd- und Obergeschoss sowie die Binnenwände im Erd- und Obergeschoss. Was die Erweiterung in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts betrifft, so ist der Zusammenstellung im Anhang zu entnehmen, dass sich die entsprechenden Fassaden in allen Geschossen sogar zu 100 % erhalten haben sollen. Die entsprechenden Binnenwände im Obergeschoss seien noch bis zu 50 Prozent intakt und die Decken zu 42 %. Der Gutachter C. präsentiert somit ein Resultat, aufgrund dessen man sagen müsste, dass in der Liegenschaft ein durchaus beachtenswertes Ausmass an alter Bausubstanz aus dem 16., 17., 18. und 19. Jahrhundert vorhanden ist. Es ist für das Gericht daher nicht nachvollziehbar, wie der Gutachter angesichts seiner eigenen Forschungsergebnisse gleichwohl zum Schluss kommen kann, dass die historische Substanz sehr stark reduziert worden sei, wodurch der kulturelle Wert des Gasthauses Ochsen für die Geschichte der Baukultur im Ägerital als «ausgesprochen gering» einzustufen sei. Der Gutachter liefert keine plausible Erklärung für diesen Widerspruch, weshalb das Gericht seine Schlussfolgerung nicht übernehmen kann.

Die EKD bestreitet demgegenüber nicht, dass die bauzeitliche Substanz des Gebäudes seit seiner Erbauung im Spätmittelalter stark verändert und geschmälert worden sei. In einer ergänzenden Stellungnahme vom 27. November 2013 führt die EKD dazu erläuternd aus, am betreffenden Bau sei die geschichtliche Entwicklung gut ablesbar – sei dies im Keller- oder Dachgeschoss, an der mit der Hausform kontrastierenden Hauptfassade oder der westlichen Trauffassade. Die über die vergangenen Jahrhunderte vorgenommenen Veränderungen würden gerade die Geschichtlichkeit des Hauses ausmachen. Die infolge veränderter Bedürfnisse und Nutzungsintensitäten ausgeführten Ergänzungen und Veränderungen seien nicht nur typisch für die Entwicklungsgeschichte eines über 450-jährigen Gebäudes. Sie würden gleichzeitig auch Zeugnis von diesem Wandel ablegen. Die Geschichte breche mit der Fertigstellung des Baus im Spätmittelalter nicht ab, vielmehr beginne dann die historische Entwicklung des Gebäudes bis in die Gegenwart. Jüngere Anpassungen seien nicht a priori als historisch weniger bedeutsam einzustufen. Die Beurteilung der Materialität sei nicht auf die spätmittelalterliche Substanz zu beschränken. Den Eingriffen des 19. Jahrhunderts oder der neoklassischen Überformung um 1900 sei ein sehr hoher Eigenwert zuzusprechen. Im Gegensatz zum Gutachter C., der den Fokus auf das Ausmass an erhaltener, möglichst alter Bausubstanz richtet und dabei einen relativ strengen Massstab anlegt, verfolgt die EKD einen deutlich dynamischeren Ansatz und rückt bei ihrer Bewertung den sich am Gebäude ablesbaren Wandel in den Mittelpunkt. Vom Umstand, dass sich die geschichtliche Entwicklung bei diesem Haus besonders gut zeigen lässt, konnte sich das Gericht im Übrigen im Rahmen der beiden Augenscheine selber überzeugen. Die EKD sieht die Veränderungen und Eingriffe somit nicht als einen den kulturellen Wert des Gebäudes herabstufenden Umstand an, wie Gutachter C., sondern erachtet diese im Gegenteil gerade als eine der Eigenheiten des Gebäudes, die es schützenswert machen. Diese präzisierenden Erläuterungen seitens der EKD zu ihrem Gutachten vom 4. Juli 2013 sind für das Gericht nachvollziehbar und stichhaltig, womit gleichzeitig gesagt ist, dass das Gutachten C. die Ausführungen der EKD zum kulturellen Wert des Hauses im Gerichtsgutachten nicht zu erschüttern vermag.

C. äussert sich im Zusammenhang mit der kulturellen Bedeutung des Hauses auch zu dessen äusseren Erscheinungsform. Die Fassade mit Einzelfenstern und Schindelschirm besitze keine besonderen architektonischen Qualitäten. Es sei eine für die zweite Hälfte des 19. Jh. und das frühere 20. Jh. typische Fassadengestaltung. Die prägende Grundform des flachgeneigten Dachs sei grösstenteils eine Erneuerung der 1990er Jahre, in der sich die Form des ehemaligen Tätschdachhauses tradiert habe. In seiner ergänzenden Stellungnahme vom 5. September 2013 bringt er zusätzlich vor, dass der «Ochsen» kein Vertreter der Wirtshauskultur sei. Dies namentlich aufgrund seiner äusseren Erscheinung. Beim Gasthaus Ochsen handle es sich um einen allgemein verbreiteten Bautyp des Blockbaus. Als Gasthaus sei der «Ochsen» zwar seit dem 17. Jahrhundert belegt. Er sei aber weder das älteste Gasthaus noch das einzige Gasthaus in Oberägeri im 17. Jahrhundert. Wie bereits dargelegt attestiert C. dem Gebäude unter dem Titel «heimatkundlicher Wert» namentlich auch wegen der Grundform des Baukörpers und der besonderen Fassadengestaltung eine für das Ortsbild prägende Wirkung. Gleichzeitig stuft er die kulturelle Bedeutung des Hauses ausgerechnet auch wegen der Fas-

sadengestaltung herab. Der Gutachter sagt somit, dass die Fassade so besonders ist, dass ihr eine identitätsstiftende Rolle bzw. eine prägende Wirkung für das Dorf Oberägeri zukommt, gleichzeitig ist sie aber von nur so durchschnittlicher architektonischer Qualität, dass sie nicht dazu dienen kann, dem Haus eine besondere kulturelle Bedeutung zuzumessen. Das Gericht kann dieser widersprüchlichen Argumentation nicht folgen. Es mag sein, dass die architektonische Qualität der heutigen Fassadenverkleidung gemessen an der dahinter vorhandenen älteren Bausubstanz als weniger wertvoll zu erachten ist. Die EKD führt zu diesem Punkt aber überzeugend aus, dass auch diese Überformung aus der Zeit um 1900 als typischer Ausdruck eines veränderten Nützungsbedürfnisses zu sehen ist. Sogar der Gutachter C. räumt ein, dass es sich um eine für die damalige Zeit typische Fassadengestaltung handle. Er geht sogar noch weiter und führt an anderer Stelle seines Gutachtens die Fassadenneugestaltung darauf zurück, dass sich Oberägeri damals als modernen, aufstrebenden Touristenort zu verstehen begann. Dieser neuen Identität sei die frühere Blockbaufassade nicht mehr gerecht geworden (Gutachten C., S. 10 f.). Insofern stützt C. die These der EKD und liefert im Widerspruch zu seiner Schlussfolgerung selber ein weiteres Indiz für den kulturellen Wert der heute sichtbaren Fassadenüberformung. Was das Dach betrifft, so streitet die EKD nicht ab, dass das Dach neu ist. Entscheidend für die Kommission sei aber, dass die typische Dachform noch erhalten ist. Im Gutachten führt sie dazu aus, das Gebäude vertrete den für diese Baulandschaft originären Bautypus des auf einem gemauerten Sockel errichteten Blockbaus unter schwach geneigtem Satteldach, der in dieser Gesamtform im Ägerital und insbesondere im dörflichen Kontext nur noch sehr selten anzutreffen sei (Gutachten EKD, S. 7). In seiner Stellungnahme vom 5. September 2013 führt Gutachter C. dazu aus, einschliesslich der Fassaden betrage die erhaltene Substanz weit unter 50 %. Im Innern seien dies nur noch die Umfassungswände der Kellerräume und der Firstkammer sowie deren Decke. Die übrige Substanz der Binnenstrukturen fehle nachweislich vollständig. Das Gasthaus sei damit kein typologisch wichtiger Zeuge mit authentischer Wirkung für ein Tätschdachhaus. Wie bereits zuvor festgestellt, vertritt C. in seinen Bewertungen einen sehr strengen Ansatz. Für ihn vermag die für das Gebäude charakteristische Dachform, welche auch für ihn unbestritten auf die Entstehungszeit des Hauses zurückzuführen ist, dem Haus nur dann einen besonderen kulturellen Wert zu verleihen, wenn auch im übrigen Gebäude noch möglichst viel Substanz aus der Entstehungszeit vorhanden ist. Diese rigide Sicht ist abzulehnen. Sie hätte unter Umständen dann etwas für sich, wenn es im Dorfzentrum Oberägeris eine Vielzahl von so genannten Tätschdachhäusern aus dem 16. und 17. Jahrhundert geben würde, die sich seit ihrer Entstehung praktisch unverändert erhalten haben. Da dies nach Ansicht der EKD aber nicht der Fall ist, und es für das Gericht keinen Grund gibt, an dieser Meinung zu zweifeln, vermögen die Argumente des Gutachters C. diejenigen der EKD zu diesem Themenkomplex nicht auszustechen (...).

d/hh) Wie die EKD nachvollziehbar schreibt, lassen sich der kulturelle und der heimatkundliche Wert eines Hauses nicht scharf voneinander trennen. Dies zeigt insbesondere die Diskussion um den Situationswert des «Ochsen». (...)

Die EKD zählt im Gutachten eine Reihe von historischen Bauten in unmittelbarer Umgebung

des «Ochsen» auf, so die Pfarrkirche Peter und Paul gleich gegenüber, die sich auf das Jahr 1226 zurückführen lasse, und das in den 1490er Jahren erstelle Beinhaus St. Michael, das Biedermeier-Haus Bachstrasse 4 (Nachfolgebau des 1830 abgetragenen Rathauses). Im Norden würden des Weiteren das parallel zum Dorfbach stehende Schulhaus von 1836 (Bachweg 6) und im Westen das «Zurlaubenhaus» von 1574 (Mitteldorfstrasse 2) und das «Rössli» (Mitteldorfstrasse 1) den engeren historischen Siedlungskern begrenzen (Gutachten EKD, S. 3 f.). Aus alledem zieht die EKD (...) den Schluss, dass das markante Gebäude des ehemaligen Gasthauses Ochsen gegenüber der Pfarrkirche im Gefüge des Dorfzentrums ortsbildrelevant sei, was mithin auch dessen sehr hohen kulturellen und heimatkundlichen Wert begründe (Gutachten EKD, S. 10). Ganz besonders hebt die EKD bei der Frage des Situationswertes indes die Bedeutung des dem «Ochsen» gegenüberliegenden Doppelhauses «Bachweg 5 / Hauptstrasse 9» hervor. Der «Ochsen» sei zwar deutlich älter als dieses Gebäude, bautypologisch seien die beiden Bauwerke jedoch vergleichbar. Zusammen würden sie eine architekturhistorische und in Bezug auf die Siedlungsmorphologie eine strukturelle Einheit bilden (Gutachten EKD, S. 9). Einerseits würden der «Ochsen» und das ihm gegenüberliegende Haus – dieses sei dendrochronologisch respektive archivalisch spätestens seit dem 17. Jahrhundert nachgewiesen – den zu einem Platz ausgeweiteten Dorfmittelpunkt dominieren (Gutachten EKD, S. 4). Andererseits sei der «Ochsen» explizit zum gegenüberliegenden Doppelhaus orientiert. Und indem die von Unterägeri her führende Strasse nach einer 90-Grad-Kurve zwischen dem ehemaligen Gasthaus Ochsen und dem Doppelhaus Bachweg 5 / Hauptstrasse 9 hindurch führe und sich danach im Bereich von Dorfbach, Brücke und Kirchenvorplatz zum Dorfplatz ausweite, würden diese beiden Häuser das Raumprofil an dieser Lage definieren. (...) (Gutachten EKD, S. 6).

In Auseinandersetzung mit diesen Darlegungen der EKD schreibt Gutachter C. in seiner Stellungnahme vom 4. Juli 2013 zunächst, unter den drei Dorfkernen von Oberägeri sei mit Sicherheit demjenigen im Umfeld der Kirche eine besondere Stellung zugekommen. Hier habe sich auch das älteste namentlich genannte unter Schutz gestellte Gasthaus Rössli befunden. Auch in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts bleibe die Bedeutung des Dorfkerns im Umfeld der Kirche bestehen. Alleine aus der Stellung des «Ochsen» gegenüber der Pfarrkirche im Gefüge des Dorfzentrums von Oberägeri und seiner markanten Erscheinung leite die EKD ab, dass das Gebäude nicht nur ortsbildrelevant sei, sondern auch einen sehr hohen heimatkundlichen Wert aufweise. Zu einer solchen Behauptung hätten sich die Verfasser des ISOS nicht verstiegen. Bei der Bezeichnung der besonders ortsbildrelevanten Gebäude im Dorfzentrum hätten sie den «Ochsen» ausgelassen. Lediglich die Westfassade habe im Plan eine Markierung gefunden. Aus der Tatsache, dass sich der «Ochsen» gemäss ISOS innerhalb der als Gebiet 1.1 bezeichneten Gebäudeansammlung im Zentrum des Dorfes befinde, lasse sich für das Einzelobjekt in diesem Gebiet noch keine besondere Bedeutung innerhalb des Ortsbildes ableiten. Die Gebäude mit besonders hoher Bedeutung seien innerhalb des Gebiets mit schwarz eingefärbtem Grundriss und Referenznummer besonders hervorgehoben. Diese Gebäude würden demzufolge einen sehr hohen kulturellen und heimatkundlichen Wert aufweisen. Es handle sich um die Gebäude Mitteldorfstrasse 1 und 2,

die Kirche mit Friedhof und Beinhaus, das Pfrundhaus sowie das Alte Schulhaus am Bachweg 9. Im ISOS-Plan werde auch kein Erhaltungsziel angegeben. Hierzu ist zu bemerken, dass der Gutachter C. offenbar übersehen hat, dass die EKD die grosse Bedeutung des Situationswerts und damit verbunden den überdurchschnittlich hohen heimatkundlichen und kulturellen Wert des «Ochsen» nicht isoliert aus dessen Stellung und Lage im Vergleich zu anderen Häusern im Dorfkern hergeleitet hat, sondern, wie zuvor ausführlich dargelegt wurde, aus einer Vielzahl von Faktoren (lange physische Präsenz im historischen Dorfmittelpunkt, lange Funktion als Gasthaus auf lokaler Ebene, Verankerung im kollektiven Gedächtnis, identitätsstiftende Funktion, Abbruch als Verlust von eigener Identität und Geschichtlichkeit). Es ist deshalb auch eine unzulässige Verkürzung zu sagen, dass die EKD «alleine» aus der Stellung des «Ochsen» gegenüber der Pfarrkirche im Gefüge des Dorfzentrums und wegen der markanten Erscheinung des Gebäudes zu diesem Schluss gekommen sei. Sofern der Gutachter mit dieser Aussage des Weiteren sagen wollte, nur die Lage zur Pfarrkirche habe für die EKD eine ausschlaggebende Rolle gespielt, so ist darauf aufmerksam zu machen, dass die EKD an der vom Gutachter C. zitierten Stelle nach vorne im Gutachten verwiesen hat, wo die Bedeutung des «Ochsen» unter siedlungstypologischen Gesichtspunkten umfassend gewürdigt wird. Was die Frage des ISOS-Inventars betrifft, ist zu bemerken, dass Oberägeri im Inventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS) lediglich als Dorf von regionaler Bedeutung klassifiziert ist (vgl. ISOS [Hg. Eidg. Departement des Innern], Ortsbilder von nationaler Bedeutung, Kanton Zug, Bern 2002, S. 20). Das Ortsbild Oberägeri figuriert, wie die EKD korrekt festgehalten hat, somit nicht in dem in Kraft gesetzten Bundesinventar (Gutachten EKD, S. 5; auch: ISOS Zug, S. 8 und 87). Damit entfalten etwaige Einträge im ISOS in Bezug auf die Gemeinde Oberägeri für den Bund keine Rechtswirkung. Dies gilt auch für die kantonalen und kommunalen Behörden im Kanton Zug, da auch der Kanton Zug den ISOS-Plänen, die sich auf die Gemeinde Oberägeri beziehen, keine Rechtswirkung verliehen hat. Kommt hinzu, dass private Grundeigentümer aus ISOS-Inventaren keine direkten Rechtswirkungen für sich ableiten können (ISOS Zug, S. 6; zu den Rechtswirkungen von Bundes-Inventaren wie z. B. dem ISOS vgl. BGE 135 II 209 E. 2.1). Es ist somit nicht zu erkennen, wie sich aus der Feststellung von Gutachter C., wonach nur eine Fassade der streitbetroffenen Liegenschaft im ISOS-Plan der Gemeinde Oberägeri markiert worden sei, etwas zu Gunsten der Beschwerdeführer ableiten lässt. Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass die Aussagen des Gutachters C. in Bezug auf die Gebäude in der Umgebung des «Ochsen» die entsprechenden Erkenntnisse der EKD nicht zu erschüttern vermögen. (...).

Was die Stellung des «Ochsen» zum Doppelhaus Bachweg 5 / Hauptstrasse 9 betrifft, so schreibt Gutachter C., dass der Situationswert des «Ochsen» aufgrund dieses gegenüberliegenden Hauses bedeutend für das Ortsbild sei. Der «Ochsen» bilde für das Haus Bachweg 5 / Hauptstrasse 9 ein wesentliches Gegenüber in Bezug auf das Erscheinungsbild, was auch im umgekehrten Verhältnis gelte. Das Doppelhaus besitze im Unterschied zum «Ochsen» im wesentlichen Umfang historische Bausubstanz in den Fassaden und im Innern. Es stelle einen authentischen Zeugen für den bäuerlichen Wohnhausbau der Frühneuzeit dar. Bei diesem Haus sei die Grundlage für eine wissenschaftliche Bedeutung gegeben. Die Volumetrie des

«Ochsen» und dessen Ausrichtung auf die Kirche sowie die Verwendung von Fassaden-Materialien der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts würden aufgrund des fehlenden Eigenwerts indessen als Begründung für eine Unterschutzstellung des «Ochsen» nicht ausreichen.

Für den Gutachter der Beschwerdeführer prägen somit der «Ochsen» und das ihm gegenüberliegende Doppelhaus das Ortsbild im Dorfkern in erheblicher Weise, womit er in Bezug auf den Situationswert des «Ochsen» zunächst auf der gleichen Linie wie die EKD argumentiert. Gutachter C. geht noch weiter und relativiert die Bedeutung des Situationswerts des Hauses aufgrund des von ihm behaupteten geringen Eigenwertes. Bei der Behandlung des kulturellen Wertes wurde zuvor jedoch gezeigt, dass im Gutachten C. bei der Frage der noch vorhandenen historischen Bausubstanz zum Teil widersprüchlich argumentiert und im Vergleich zur EKD überdies ein allzu strenger Massstab angelegt wurde. Das Gericht hat daher nicht auf die entsprechenden Aussagen im Gutachten C. abgestellt und die Sichtweise der EKD bevorzugt (vgl. Erw. 2 d/gg). Es ist nicht einzusehen, warum das Gericht bei der Erörterung des Situationswertes des Gebäudes nun anders verfahren sollte. Somit ist davon auszugehen, dass die Beurteilung der Materialität beim «Ochsen» nicht auf spätmittelalterliche Bausubstanz zu beschränken ist, sondern auch die weiteren Eingriffe, die bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts erfolgt sind, zum Eigenwert des Gebäudes beitragen. Der auch vom Gutachter C. anerkannte Situationswert des «Ochsen» würde mit einem so verstandenen Eigenwert somit sehr wohl für eine Unterschutzstellung des Hauses ausreichen. Nach dem Gesagten vermögen die Überlegungen im Gegengutachten und die spätere Stellungnahme des Gegengutachters die Schlussfolgerungen der EKD im Zusammenhang mit dem Situationswert des «Ochsen» nicht umzustossen. Zusammen mit dem gegenüberliegenden Doppelhaus ist der Situationswert im Gefüge des Dorfzentrums Oberägeri einzigartig und ortsbildrelevant, was den sehr hohen kulturellen und heimatkundlichen Wert des Hauses mitbegründet.

d/ii) Was den wissenschaftlichen Wert betrifft, so stuft der Gegengutachter der Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme zum EKD-Gutachten vom 5. September 2013 diesen als ausgesprochen gering ein. Aufgrund der sehr stark reduzierten Substanz sei der Bau für die Forschung von sekundärer, ergänzender Bedeutung. Der Substanzgrad sei so gering, dass allfällige wissenschaftliche Erkenntnisse nur als Vermutung geäussert, aber nicht am Bau überprüft und belegt werden könnten. Durch die Eingriffe in den 1970er Jahren sei der Bau in seiner Integrität erheblich beeinträchtigt worden. Es sei davon auszugehen, dass dabei in massgebendem Umfang Spuren der baulichen Entwicklung und der früheren Nutzung unwiederbringlich getilgt worden seien und für eine wissenschaftliche Auswertung nicht mehr zur Verfügung stünden.

Die Einschätzung des Gutachters der Beschwerdeführer gründet auf der Annahme, dass nur mehr ein geringer Grad an historischer Bausubstanz im Gebäude vorhanden ist. Wie bereits bei der Frage des kulturellen Wertes erörtert wurde, richtet C. den Fokus allzu eng auf das Ausmass an erhaltener, möglichst alter Bausubstanz und blendet dabei im Gegensatz zur EKD die späteren Veränderungen aus, bzw. stuft sie implizit in ihrer Bedeutung für den

Wert des Hauses herab. Ausserdem ist das Gericht aufgrund der Untersuchungen, die C. im Haus durchgeführt und die er in seinem Gutachten beschrieben hat, zum Ergebnis gelangt, dass dessen Schlussfolgerungen bezüglich der vorhandenen historischen Bausubstanz nicht nachvollzogen werden können. Dies, da seinen Untersuchungen zu entnehmen sei, dass im «Ochsen» noch ein durchaus beachtenswertes Ausmass an alter Bausubstanz aus dem 16., 17., 18. und 19. Jahrhundert vorhanden sei (vgl. Erw. 2 d/gg). Mit diesem Resultat vor Augen büssen nun aber auch die Einschätzungen des Gegengutachters zum wissenschaftlichen Wert des Hauses erheblich an Aussagekraft ein; denn er ist dabei offenbar von Annahmen ausgegangen, die sich nunmehr für das Gericht als höchst zweifelhaft erweisen. Die EKD hat demgegenüber gut nachvollziehbar dargelegt, dass die bauliche Entwicklung des Hauses – in einem weiteren Sinn, das heisst über die Jahrhunderte hinweg betrachtet – und dessen Grundrisstypologie von sehr hohem wissenschaftlichem Wert seien. Auch die Tatsache, dass es sich in der Kernsubstanz um ein sehr altes Haus handle – laut EKD gehört es zu den ältesten erhaltenen Gebäuden im Dorfzentrum Oberägeris – und diese Kernsubstanz zwar reduziert, doch immerhin in einem beachtenswerten Ausmass vorhanden sei, mache das Haus aus bauhistorischer Sicht überdurchschnittlich wertvoll. Ferner legt die EKD überzeugend dar, dass bestimmte Fragen aus wissenschaftlicher Sicht einer Klärung harren, etwa diejenige nach dem genauen Alter des Hauses und die nach seiner ursprünglichen Funktion (Gasthaus oder stattliches bäuerliches Dorfhaus mit Vorder- und Hinterhausbereich). (...)

d/jj) Nach dem Gesagten vermögen die Überlegungen im Gegengutachten und die spätere Stellungnahme des Gegengutachters die Schlussfolgerungen der EKD im Zusammenhang mit dem wissenschaftlichen Wert des «Ochsen» nicht umzustossen. Damit kann das Gericht weiterhin vollumfänglich auf die Erkenntnisse und somit auch auf die Schlussfolgerungen des von ihm bei der EKD in Auftrag gegebenen Gutachtens abstellen. Somit ist erstellt, dass das Gebäude an der Hauptstrasse 2 in Oberägeri von sehr hohem wissenschaftlichem, kulturellem und heimatkundlichem Wert ist. Die Voraussetzungen von § 25 Abs. 1 lit. a DMSG sind kumulativ erfüllt, wobei festzuhalten ist, dass es für eine Unterschutzstellung eines Objektes bereits reichen würde, wenn das Vorliegen von lediglich einer der drei Voraussetzungen hätte bejaht werden können.

d/kk) (...)

3. [Feststellung, dass das öffentliche Interesse am Erhalt des «Ochsen» das entgegenstehende private Interesse überwiegt. Bejahung der Voraussetzung von § 25 Abs. 1 lit. b DMSG.]

4. [Bejahung der Verhältnismässigkeit einer Unterschutzstellung im Sinne von § 25 Abs. 1 lit. c DMSG: Die weitere Nutzung der Liegenschaft wird nicht verunmöglicht. Durch die Unterschutzstellung wird nicht ausgeschlossen, dass im Gebäudeinnern erhebliche Änderungen und Modernisierungen vorgenommen werden können, und es ist nicht zu sehen, dass die Unterschutzstellung für die Beschwerdeführer unzumutbare finanzielle Folgen nach sich zieht.]

5. (...)

6. (...)

7. a) Insgesamt erweist sich der angefochtene Entscheid daher als rechtmässig und es kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Regierungsrat mit seinem Beschluss Recht verletzt hätte. Die Voraussetzungen für eine Unterschutzstellung gestützt auf § 25 Abs. 1 lit. a – d DMSG sind erfüllt, denn es ist auch nicht davon auszugehen, dass die dem Gemeinwesen entstehenden Kosten, welche bei Objekten von lokaler und regionaler Bedeutung für die substanzerhaltenden Massnahmen 30 % betragen, für den Kanton Zug und die Gemeinde Oberägeri finanziell nicht tragbar wären. Die Beschwerde muss daher abgewiesen werden.

b) Bei diesem Ausgang des Verfahrens hätten die Beschwerdeführer als unterliegende Partei gestützt auf § 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG an sich die Kosten des Verfahrens zu tragen. Gestützt auf § 25 VRG können in besonderen Fällen, insbesondere wenn das öffentliche Interesse an der Streitsache es rechtfertigt (lit. c), die Kosten herabgesetzt oder ganz erlassen werden. Unter der Erwägung 3 wurde ausführlich dargelegt, dass an der Unterschutzstellung ein sehr hohes öffentliches Interesse besteht. Aus diesem Grund wird auf die Erhebung von Gerichtskosten verzichtet.

c) Die Voraussetzungen für die Zusprechung einer Parteientschädigung sind für keine der Parteien erfüllt. Die Beschwerdeführer beantragen in ihrer Beschwerde vom 20. Juni 2012 ganz generell eine Parteientschädigung, während sie in ihrer Stellungnahme vom 20. Dezember 2013 ausdrücklich Kostenersatz für das von ihnen in Auftrag gegebene Gutachten im Umfang von Fr. Z verlangen, da in diesem Gutachten Grundlagenarbeit geleistet worden sei. Das Gericht anerkennt durchaus, dass C. in seinem Parteigutachten Grundlagenarbeit geleistet hat, doch reicht dies für die Zusprechung eines Kostenersatzes alleine nicht aus. Es kommt in Gerichtsverfahren regelmässig vor, dass Parteien durch die eigenständig von ihnen beauftragten Experten fundamentales Fachwissen (technischer oder rechtlicher Art) in ein Verfahren einbringen, mit der sich in der Folge sowohl die Gegenseite als auch das Gericht eingehend auseinanderzusetzen haben. Doch selbst wenn diejenige Partei, welche ein Parteigutachten eingereicht hat, vor Gericht obsiegt, ist die Kostenerstattung für derartige Gutachten eher die Ausnahme als die Regel (vgl. hierzu Griffel [Hg.]: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3.A., Zürich 2014, § 17 N 77). Ob vorliegend so ein Ausnahmefall gegeben ist, muss jedoch nicht geklärt werden. Da die Beschwerdeführer vor Gericht vollständig unterliegen, haben sie überhaupt keinen Anspruch auf Kostenersatz, weder für die von ihrem Rechtsvertreter noch für die von ihrem Gutachter verursachten Kosten. Die gesetzliche Regelung in § 28 Abs. 2 VRG ist diesbezüglich eindeutig. Vor Verwaltungsgericht hat, wenn überhaupt, nur eine ganz oder teilweise obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung zu Lasten der unterliegenden Seite.

d) (...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 31. März 2014, V 12 90 – eine dagegen gerichtete Beschwerde wies das Bundesgericht am 18. November 2014 ab (1C_267/2014).

4. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht

4.1 Art. 404 ZGB; § 47 EG ZGB; § 8 VESBV; Art. 92 SchKG

Regeste:
Art. 404 ZGB; § 47 EG ZGB; § 8 VESBV; Art. 92 SchKG – Der Vermögensbegriff im Sinne von Art. 404 ZGB ist weit auszulegen (Erw. 2). Genugtuungszahlungen gelten als Vermögen im Sinne von Art. 404 ZGB und § 8 Abs. 3 VESBV (Erw. 3.2.3).

Aus dem Sachverhalt:

Mit Entscheid vom 3. März 2015 genehmigte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) den von A erstatteten Bericht und die eingereichte Rechnung für die Betreuung vom 7. Mai 2013 bis 31. Mai 2014 der im Sinne von Art. 393 und Art. 394 Abs. 1 ZGB in Verbindung mit Art. 395 Abs. 1 und 2 ZGB verbeiständeten B. Die KESB hielt sodann fest, dass ihr Vermögen per 31. Mai 2014 Fr. 50'825.65 betragen und im Vergleich zur Vorperiode um Fr. 4'008.30 zugenommen habe und dass die Vermögensveränderung den gesetzlichen Bestimmungen entspreche. Die Entschädigung für die Mandatsführung vom 7. Mai 2013 bis 31. Mai 2014 werde auf Fr. 5'670.– festgesetzt und der Spesenansatz von Fr. 30.80 genehmigt. Die Entschädigung und der Spesenersatz würden vom Kanton Zug entrichtet und B anschliessend in Rechnung gestellt. Die Spruchgebühr betrage Fr. 230.–. Mit Beschwerde vom 17. März 2015 an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug beantragte B die Befreiung sowohl von der Entrichtung der Mandatsentschädigung als auch von der Spruchgebühr. (...) Mit Wiedererwägungsentscheid vom 5. Mai 2015 erliess die KESB der Beschwerdeführerin die Spruchgebühr in der Höhe von Fr. 230.– und mit Wiedererwägungsentscheid vom 26. August 2015 reduzierte sie schliesslich die Entschädigung für die Mandatsführung auf Fr. 4'392.–.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZGB hat der Beistand Anspruch auf eine angemessene Entschädigung und auf Ersatz der notwendigen Spesen aus dem Vermögen der betroffenen Person. Bei einem Berufsbeistand fallen die Entschädigung und der Spesenersatz an den Arbeitgeber. Die Erwachsenenschutzbehörde legt die Höhe der Entschädigung fest. Sie berücksichtigt dabei insbesondere den Umfang und die Komplexität der dem Beistand übertragenen Aufgaben (Art. 404 Abs. 2 ZGB). Die Kantone erlassen Ausführungsbestimmungen und regeln die Entschädigung und den Spesenersatz, wenn diese nicht aus dem Vermögen der betroffenen Person bezahlt werden können (Art. 404 Abs. 3 ZGB). In § 47 Abs. 1 EG ZGB wird Art. 404 Abs. 1 Satz 1 ZGB wiederholt. In den Absätzen 2 und 3 wird weiter bestimmt, dass der Kanton die Kosten zu tragen hat, wenn kein Vermögen vorhanden ist, und dass der Regierungsrat eine Gebührenverordnung über die Entschädigung und den Spesenersatz unter Berücksich-

tigung des Aufwands für Verwaltung und des Vermögens erlässt. Gestützt darauf hat der Regierungsrat die Verordnung über Entschädigung und Spesenersatz bei Beistandschaften und Vormundschaften vom 18. Dezember 2012 (VESBV, BGS 213.52) erlassen. Die Mandatsentschädigung und der Spesenersatz sind grundsätzlich aus dem Vermögen der betroffenen Person zu leisten. Ist kein Vermögen vorhanden, so gehen Entschädigung und Spesenersatz zu Lasten des Kantons (§ 8 Abs. 2 VESBV). Beträgt das Vermögen bei Erwachsenen weniger als Fr. 20'000.–, so sind Entschädigung und Spesen vorschussweise aus der Staatskasse zu leisten (§ 8 Abs. 3 VESBV).

Die Beistandschaft dient den Interessen der betroffenen Person, sodass diese weiterhin, d.h. auch nach neuem Erwachsenenschutzrecht, primär für die Kosten der staatlich organisierten Dienstleistung aufzukommen hat (Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht vom 28. Juni 2006, S. 7051). Fassbind ist in diesem Zusammenhang der Ansicht, dass der Anspruch des Beistands auf Entschädigung und Ersatz der notwendigen Spesen dem Verursacherprinzip entsprechend grundsätzlich aus dem Vermögen der betroffenen Person zu entrichten seien, welcher die staatlich organisierte Hilfe auch zu Gute komme (Patrick Fassbind, Erwachsenenschutz, Zürich 2012, S. 267). Der Vermögensbegriff im Sinne von Art. 404 ZGB ist weit auszulegen (Basler Kommentar Erwachsenenschutz, Ruth Reusser, Art. 404 N 29; Fassbind, a.a.O., S. 267). Dazu gehören insbesondere auch Forderungen aus Unterhalts- (Art. 125 und 163 ZGB) und Unterstützungspflicht (Art. 328 f. ZGB) des Ehegatten bzw. eingetragenen Partners und der Verwandten in auf- und absteigender Linie (Botschaft, a.a.O., S. 7051; Heinz Hausheer/Thomas Geiser/Regina Aebi-Müller, Das neue Erwachsenenschutzrecht, Bern 2014, N 2.130). Schliesslich ist auch ein allfälliges Einkommen zum Vermögen, aus dem Spesen und Entschädigung entrichtet werden müssen, zu zählen (Christoph Häfeli, Grundriss zum Erwachsenenschutzrecht, Bern 2013, N 21.38).

3. Anfechtungsgegenstand bildet der zweite Wiedererwägungsentscheid der Beschwerdegegnerin vom 26. August 2015, worin sie unter anderem den vom Beistand A erstatteten Bericht und die eingereichte Rechnung für die Betreuung vom 7. Mai 2013 bis 31. Mai 2014 genehmigt und dem Beistand eine Entschädigung von Fr. 4'392.– zugesprochen hat. Die nachfolgende Mandatsperiode bildet nicht Gegenstand des angefochtenen Entscheids, sodass auf den Antrag des Beistands – Begrenzung der Mandatsentschädigung der nachfolgenden Periode auf maximal Fr. 1'000.– – nicht eingetreten werden kann.

Wie bereits erwähnt sind die Mandatsentschädigung und der Spesenersatz grundsätzlich aus dem Vermögen der betroffenen Person zu leisten. Lediglich wenn kein Vermögen, d.h. weniger als Fr. 20'000.–, vorhanden ist, gehen Entschädigung und Spesenersatz zu Lasten des Kantons (§ 8 Abs. 2 und 3 VESBV). Obwohl die Beschwerdeführerin unbestrittenerweise per 31. Mai 2014 über ein Vermögen von Fr. 50'825.65 verfügt hat, beantragen sie und ihr Beistand die Übernahme der Mandatsentschädigung und des Spesenersatzes durch den Kanton Zug. Demgegenüber ist die Beschwerdegegnerin unter Verweis auf die genannten

Bestimmungen der Ansicht, dass die Beschwerdeführerin für die Mandatsentschädigung und den Spesenersatz aufkommen müsse.

(...)

3.2 Die Beschwerdeführerin und ihr Beistand machen sinngemäss geltend, dass das Vermögen in casu im Wesentlichen aus Genugtuungszahlungen bestehe. Es handle sich somit um ein Sondervermögen, das nicht unter den Vermögensbegriff im Sinne von Art. 404 ZGB und § 8 Abs. 3 VESBV zu subsumieren sei. (...)

3.2.1 Vorab weist der Beistand zur Begründung darauf hin, dass Leistungen aus Genugtuung und Integritätsentschädigung gemäss den Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe (SKOS-Richtlinien) nur so weit anzurechnen seien, als die entsprechenden Freigrenzen – für eine Einzelperson: Fr. 25'000.– – überschritten seien (vgl. E.2.1 der Richtlinien).

Dem Beistand ist entgegen zu halten, dass die SKOS-Richtlinien lediglich Empfehlungen der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe zu Handen der Sozialhilfeorgane des Bundes, der Kantone und der Gemeinden und der Organisationen der privaten Sozialhilfe darstellen und erst durch die kantonale und kommunale Rechtsetzung und die Rechtsprechung verbindlich werden (vgl. S. 3 der SKOS-Richtlinien). Mangels fehlender direkter Bindungswirkung der SKOS-Richtlinien im vorliegenden Zusammenhang vermag die Beschwerdeführerin daraus nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Lediglich der Vollständigkeit halber ist hinsichtlich der vom Beistand angesprochenen SKOS-Freigrenze darauf hinzuweisen, dass auch das Erwachsenenschutzrecht eine Freigrenze statuiert hat. So haben – wie bereits mehrfach ausgeführt – lediglich vermögende Betroffene, d.h. diejenigen, die über ein Vermögen ab Fr. 20'000.– verfügen, eine Mandatsentschädigung zu bezahlen (§ 8 Abs. 3 VESBV).

3.2.2 Für den Beistand stellt Art. 92 Abs. 1 Ziff. 9 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes vom 11. April 1889 (SchKG) ein weiteres Argument für seine Behauptung dar, wonach es sich bei Genugtuungszahlungen um ein in casu nicht zu beachtendes Sondervermögen handle. Dieser Gesetzesbestimmung ist zu entnehmen, dass unter anderem Renten, Kapitalabfindungen und andere Leistungen, die dem Opfer oder seinen Angehörigen für Körperverletzung, Gesundheitsstörung oder Tötung eines Menschen ausgerichtet werden, unpfändbar seien, soweit solche Leistungen Genugtuung, Ersatz für Heilungskosten oder für die Anschaffung von Hilfsmitteln darstellten.

Dem Beistand ist entgegen zu halten, dass das SchKG das Verfahren zur zwangsweisen Durchsetzung von Ansprüchen in der Form von Geldzahlungen oder geldwerten Sicherheitsleistungen mittels staatlicher Gewalt regelt. Hinsichtlich eines allfälligen Bestehen/Nichtbestehens einer Forderung kann aus dem SchKG jedoch nichts abgeleitet werden. Es ist daher nicht ersichtlich und wird vom Beistand auch nicht schlüssig dargelegt, inwiefern aus Art. 92 Abs. 1 Ziff. 9 SchKG geschlossen werden könnte, dass Genugtuungszahlungen nicht als Vermögen

im Sinne von § 8 Abs. 3 VESBV zu qualifizieren sind. Aus Art. 92 Abs. 1 Ziff. 9 SchKG vermag die Beschwerdeführerin daher nichts zu ihren Gunsten abzuleiten.

3.2.3 Es bleibt mithin festzuhalten, dass die Genugtuungszahlungen unter den Vermögensbegriff von Art. 404 ZGB und § 8 Abs. 3 VESBV zu subsumieren sind und sich die Beschwerde daher als diesbezüglich unbegründet erweist. Lediglich der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die der Beschwerdeführerin ausbezahlten Genugtuungsleistungen weder zweckgebunden waren noch auf ein Sperrkonto ausgezahlt wurden (vgl. Ziffer 3 der Verfügung der Sicherheitsdirektion vom 18. Dezember 2003). Unter Vorbehalt der mit der Beistandschaft zusammenhängenden Einschränkungen kann sie somit über ihr Vermögen grundsätzlich frei verfügen.

(...)

3.4 Abschliessend bleibt festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin per 31. Mai 2014 über ein Vermögen von Fr. 50'825.65 verfügt hat. Dieses liegt deutlich über der Vermögensfreigrenze von Fr. 20'000.–, sodass sie die Mandatsentschädigung und den notwendigen Spesenersatz in Nachachtung von § 8 Abs. 3 VESBV zu bezahlen hat. Da die Höhe der im zweiten Wiedererwägungsentscheid der Beschwerdegegnerin vom 26. August 2015 festgelegten Mandatsentschädigung von Fr. 4'392.– und des Spesenersatzes von Fr. 30.80 unbestritten ist, erübrigen sich diesbezügliche Weiterungen. Die Beschwerde erweist sich insgesamt als unbegründet und ist daher abzuweisen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. November 2015, F 2015 16

4.2 § 8 VESBV; Art. 16 FZV

Regeste:
§ 8 VESBV; Art. 16 FZV – Voraussetzungen der Berücksichtigung von Freizügigkeitsguthaben bei der Vermögensermittlung im Sinne von § 8 Abs. 3 VESBV.

Aus dem Sachverhalt:

Mit Entscheid vom 5. Mai 2015 genehmigte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Kantons Zug (KESB) den von der Beiständin A erstatteten Bericht und die eingereichte Rechnung für die vom 1. Januar 2013 bis 30. November 2014 dauernde Betreuung der im Sinne von Art. 394 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 395 Abs. 1 und 3 ZGB verbeiständeten B, Jahrgang 1971. Die KESB stellte fest, dass das Vermögen von B per 30. November 2014 Fr. 74'994.60 betragen und im Vergleich zur Vorperiode um Fr. 70'331.25 zugenommen habe. Sie setzte die

Entschädigung für die Mandatsführung in diesem Zeitraum auf Fr. 12'270.– fest, welche vom Kanton Zug entrichtet und B anschliessend in Rechnung gestellt werde. Die KESB wies darauf hin, dass die Vermögenszunahme aus dem neu realisierten Freizügigkeitskonto bei der Freizügigkeitsstiftung der X resultiere. Mit Beschwerde vom 1. Juni 2015 an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug beantragte B sinngemäss die Aufhebung des KESB-Entscheids vom 5. Mai 2015.

Aus den Erwägungen:

(...)

4. Die Mandatsentschädigung und der Spesenersatz sind grundsätzlich aus dem Vermögen der betroffenen Person zu leisten. Ist kein Vermögen vorhanden, so gehen Entschädigung und Spesenersatz zu Lasten des Kantons (§ 8 Abs. 2 der kantonalen Verordnung über Entschädigung und Spesenersatz bei Beistandschaften und Vormundschaften vom 18. Dezember 2012, VESBV, BGS 213.52). Beträgt das Vermögen bei Erwachsenen weniger als Fr. 20'000.–, so sind Entschädigung und Spesen vorschussweise aus der Staatskasse zu leisten (§ 8 Abs. 3 VESBV). Umstritten und zu prüfen ist im vorliegenden Verfahren, ob das Guthaben von Fr. 67'707.65, welches sich per 30. November 2014 auf dem Freizügigkeitskonto Nr. ... der Beschwerdeführerin bei der Freizügigkeitsstiftung der X befunden hat, zum Vermögen im Sinne von § 8 Abs. 3 VESBV zu zählen ist.

4.1 Mit dem Eintritt des Vorsorgefalles Invalidität verliert der Vorsorgenehmer seinen Anspruch auf Freizügigkeitsleistung (vgl. dazu Art. 2 Abs. 1 des Freizügigkeitsgesetzes vom 17. Dezember 1993, FZG, SR 831.42), weshalb die Barauszahlung einer Austrittsleistung nicht mehr möglich ist. Davon ausgenommen sind Fälle, bei denen der Invalidisierte ein Freizügigkeitskonto oder eine Freizügigkeitspolice besitzt, welche nur das Vorsorgerisiko Alter abdeckt. Diesfalls besteht trotz Eintretens eines Vorsorgefalles (Invalidität) bei der Freizügigkeitseinrichtung weiterhin ein Kapital, welches nach Art. 5 FZG ausbezahlt werden könnte, wobei in diesen Fällen sogar eine vorzeitige Auszahlung nach Art. 16 Abs. 2 der Freizügigkeitsverordnung vom 3. Oktober 1994 (FZV, SR 831.425) möglich ist, und dies – im Unterschied zur Kapitalauszahlung durch eine Vorsorgeeinrichtung – ohne Zustimmung des Ehegatten bzw. eingetragenen Partners (Thomas Geiser/Christoph Senti in: Schneider/Geiser/Gächter, Handkommentar zum BVG und FZG, Bern 2010, Art. 5 FZG N 19). Nach Art. 16 Abs. 2 FZV wird die Altersleistung auf Begehren der Versicherten vorzeitig ausbezahlt, wenn sie eine volle Invalidenrente der Eidgenössischen Invalidenversicherung beziehen und das Invaliditätsrisiko nach Art 10 Abs. 2 und 3 zweiter Satz FZV nicht zusätzlich versichert wird. Als Freizügigkeitspolicen gelten dabei gemäss Art. 10 Abs. 2 FZV besondere, ausschliesslich und unwiderruflich der Vorsorge dienende Kapital- oder Rentenversicherungen, einschliesslich allfälliger Zusatzversicherungen für den Todes- oder Invaliditätsfall bei einer der ordentlichen Versicherungsaufsicht unterstellten Versicherungseinrichtung oder einer durch die Versicherungseinrichtung gebildeten Gruppe (lit. a) oder einer öffentlich rechtlichen Versicherungseinrichtung nach

Art. 67 Abs. 1 des BVG (lit. b). Nach Art. 10 Abs. 3 FZV gelten als Freizügigkeitskonten besondere, ausschliesslich und unwiderruflich der Vorsorge dienende Verträge mit einer Stiftung, welche die Voraussetzungen nach Art. 19 FZV erfüllt. Diese Verträge können durch eine Versicherung für den Todes- oder Invaliditätsfall ergänzt werden.

4.2 Den vorliegenden Unterlagen kann entnommen werden, dass die Beschwerdeführerin eine ganze Invalidenrente bezieht, womit die erste Voraussetzung von Art. 16 Abs. 2 FZV für eine vorzeitige Auszahlung der Altersleistung – Bezug einer vollen Invalidenrente der Eidgenössischen Invalidenversicherung – erfüllt ist. Des Weiteren verfügt die Beschwerdeführerin nicht über eine zusätzliche Versicherung des Invaliditätsrisikos nach Art. 10 Abs. 2 und 3 zweiter Satz FZV. Ihr Freizügigkeitskonto Nr. ... bei der Freizügigkeitsstiftung der X ist mit keinen Versicherungsleistungen für den Todes- oder Invaliditätsfall verknüpft und ihr Freizügigkeitsguthaben wird bei Eintreffen eines Vorsorgefalls vollständig ausbezahlt. Damit ist auch die zweite Voraussetzung von Art. 16 Abs. 2 FZV für eine vorzeitige Auszahlung der Altersleistung – keine zusätzliche Versicherung des Invaliditätsrisikos – erfüllt. Es bleibt mithin festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin lediglich einen entsprechenden Antrag bei der Freizügigkeitsstiftung der X zu stellen braucht (dritte Voraussetzung nach Art. 16 Abs. 2 FZV), damit sie das auf ihrem Freizügigkeitskonto vorhandene Guthaben ausbezahlt erhält. Da sie über ihr Freizügigkeitsguthaben verfügen kann, ist es bei der Vermögensermittlung im Sinne von § 8 Abs. 3 VESBV zu berücksichtigen. Somit steht fest, dass das Vermögen der Beschwerdeführerin von insgesamt Fr. 74'994.60 per 30. November 2014 deutlich über der Vermögensfreigrenze von Fr. 20'000.– gemäss § 8 Abs. 3 VESBV liegt, sodass die Beschwerdeführerin die Mandatsentschädigung zu bezahlen hat.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 18. August 2015, F 2015 33

5. Personalrecht

5.1 § 10 Abs. 3 und 4, § 13 PG

Regeste:
§ 10 Abs. 3 und 4, § 13 PG – Bevor gegenüber einem Mitarbeiter/einer Mitarbeiterin eine Kündigung ausgesprochen wird, sind nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip weniger weit reichende Massnahmen zu erwägen. Im vorliegenden Fall wurden keine entsprechenden Massnahmen geprüft und angeordnet.

Aus dem Sachverhalt:

A. A.B. war seit 1990 als Lehrbeauftragter für Trompete bei der Musikschule der Gemeinde K. angestellt. Es wurde vereinbart, dass das Arbeitspensum nach den Bedürfnissen der Musikschule

jeweils für ein Semester festgelegt werde. Mit Schreiben vom 18. Januar 2013 wurde A.B. mitgeteilt, dass eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses in Erwägung gezogen werde und dass ihm bis 15. Februar 2013 im Sinne der Gewährung des rechtlichen Gehörs Frist zur Stellungnahme gewährt werde. Am 30. Januar 2013 fand ein Gespräch mit dem Schulpräsidenten statt. Mit Datum vom 14. Februar 2013 teilte A.B. mit, er sei mit dem Inhalt des Briefes vom 18. Januar 2013 nicht einverstanden und könne diese Kündigungsandrohung nicht akzeptieren. Am 9. April 2013 kündigte die Gemeinde K. das Arbeitsverhältnis mit A.B. per 31. Juli 2013 und begründete dies damit, dass es seit 1993, seit 2009 gar vermehrt, zu Elternreaktionen gekommen sei, weil Kinder Angst hätten und den Trompetenunterricht verweigern würden. Nach Abschluss eines Coachings sei es wieder zu diversen Reklamationen und auch zu Austritten aus der Musikschule gekommen. Die Visitation von drei Unterrichtseinheiten durch den Schulleiter am 14. Januar 2013 habe gezeigt, dass die schriftlich vereinbarten Ziele nicht eingehalten worden seien. Es habe festgestellt werden müssen, dass das Unterrichtsklima kühl und nicht von Freude an der Musik geprägt gewesen sei und dass alle drei Schüler einen unsicheren und verkrampften Eindruck gemacht hätten. Aufgrund der Rückmeldungen verschiedener Eltern, der Austritte aus der Musikschule und der Berichte des Musikschulleiters vom 14. Januar 2013 über die Visitationen von drei Lektionen sei erstellt, dass A. B. seine sich aus der Musikschulverordnung und der Zielvereinbarung vom 12. Januar 2012 ergebenden Pflichten zumindest mit Bezug auf einen Teil seiner Schülerinnen und Schüler verletzt habe. Ziehe man in Betracht, dass A. B. im Rahmen seines Teilpensums an der Musikschule K. in der Regel nur sechs oder sieben Schülerinnen und Schüler im Einzelunterricht gehabt habe, sei die Anzahl der Reklamationen und festgestellten Pflichtverletzungen weit über dem zu tolerierenden Mass. Eine Einsicht in das eigene Fehlverhalten fehle völlig. Die Kündigung sei nicht aufgrund einiger kritischer Stimmen angedroht worden, sondern aufgrund einer seit Jahren bekannten und durch die Musikschulleitung immer wieder kritisierten Problematik. Gegen die mit Protokollauszug vom 9. April 2013 schriftlich mitgeteilte Kündigung reichte A. B. am 1. Mai 2013 beim Regierungsrat Verwaltungsbeschwerde ein und beantragte, es sei festzustellen, dass die Auflösung des Arbeitsverhältnisses des Beschwerdeführers durch die Beschwerdegegnerin missbräuchlich sei, und die Gemeinde sei zu verpflichten, ihm Fr. 15'005.55 zu leisten. Weiter sei festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien gekündigt worden sei, ohne dass er durch schuldhaftes Verhalten zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses begründeten Anlass gab. Mit Beschluss vom 14. Januar 2014 hiess der Regierungsrat die Beschwerde teilweise gut und verpflichtete die Gemeinde K. dazu, A. B. Fr. 2'097.– zu bezahlen. Zur Begründung liess der Regierungsrat kurz zusammengefasst ausführen, dass eine unbefriedigende Erfüllung dienstlicher Aufgaben über längere Zeit vorgelegen habe. Die Weiterbeschäftigung von A. B. widerspreche damit dem öffentlichen Interesse, insbesondere demjenigen einer gut funktionierenden Verwaltung. Es liege damit ein sachlicher Grund für die Kündigung vor, weshalb diese nicht missbräuchlich erfolgt sei. Nach Berücksichtigung der Akten könne der Gemeinde K. nicht vorgeworfen werden, sie habe sich beim Entscheid, A. B. zu entlassen, missbräuchlich verhalten.

B. Gegen diesen Entscheid lies. A.B. am 13. Februar 2014 Verwaltungsgerichtsbeschwerde

einreichen und beantragen, der Beschluss des Regierungsrats vom 14. Januar 2014 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Auflösung des Arbeitsverhältnisses des Beschwerdeführers durch die Beschwerdegegnerin missbräuchlich gewesen sei. Weiter sei die Gemeinde zu verpflichten, ihm Fr. 15'005.55 zu bezahlen. Ebenso sei festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien gekündigt worden sei, ohne dass der Beschwerdeführer durch schuldhaftes Verhalten zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses begründeten Anlass gab. Die Gemeinde sei daher zu verpflichten, ihm Fr. 10'003.70 zu bezahlen. Weiter sei festzustellen, dass ihm zu Unrecht sein Lohn im Schul-Herbstsemester 2011 und im Schul-Herbstsemester 2012 gekürzt worden sei. Die Gemeinde habe daher zusätzlich Fr. 2'097.00 zu bezahlen. Eventualiter sei die Angelegenheit an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zu überweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gemeinde bzw. des Staates.

Der Regierungsrat und der Gemeinderat beantragten die Abweisung der Beschwerde.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Mit Arbeitsverträgen vom ... und vom ... wurde im vorliegenden Fall unbestrittenermassen ein unbefristetes öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und der Gemeinde K. begründet.

a) Das Gesetz über das Dienstverhältnis und die Besoldung der Lehrpersonen an den gemeindlichen Schulen vom 21. Oktober 1976 (Lehrpersonalgesetz, LPG, BGS 412.31) regelt die Rahmenbedingungen für die gemeindlichen Schulleitungen und Lehrpersonen. Gemäss dessen § 10 Abs. 1 sind bezüglich Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Bestimmungen des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals, insbesondere jene betreffend die Lehrpersonen der kantonalen Schulen, sinngemäss anzuwenden. Nach Art. 8 des Reglements der Musikschule der Gemeinde K. sind Musiklehrpersonen Angestellte der Gemeinde K.. Das gemeindliche Reglement über das Arbeitsverhältnis des Gemeindepersonals vom 26. Juni 1995 unterstellt in Art. 1 das Arbeitsverhältnis zwischen der Lehrerschaft (inkl. Musikschule) und der Gemeinde K. grundsätzlich dem kantonalen Personalgesetz, dem kantonalen Lehrpersonalgesetz sowie der kantonalen Schulgesetzgebung. Gemäss § 8 PG endigt ein unbefristetes öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis in der Regel durch schriftliche Kündigung seitens des Mitarbeiters oder des Kantons. Gestützt auf § 10 Abs. 2 PG und § 10 Abs. 1 LPG kann sowohl den Lehrkräften der kantonalen als auch denjenigen der gemeindlichen Schulen nur auf Ende des Schuljahres gekündigt werden. Vor der Kündigung ist dem Mitarbeiter das rechtliche Gehör zu gewähren und die Kündigung ist zu begründen (§ 10 Abs. 3 PG). Bevor eine Kündigung ausgesprochen wird, ist gemäss § 10 Abs. 4 PG die Angemessenheit weniger weitreichender Massnahmen zu erwägen (wie förmliche Erteilung eines Verweises, Gehaltskürzung, Funktionsänderung, Zuweisung anderer Arbeit etc., wie in der am 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Fassung von § 10 Abs. 4 PG explizit aufgeführt wird). Eine Kündigung

seitens des öffentlichen Arbeitgebers ist nichtig und entfaltet keine Rechtswirkung, wenn sie während bestimmter Sperrfristen erklärt wird (§ 11 und § 12 PG). Missbräuchlich ist eine Kündigung seitens des Arbeitgebers gemäss § 13 PG dann, wenn Verfahrensvorschriften verletzt wurden oder wenn sie sich nicht auf sachliche Gründe stützen lässt. Eine missbräuchliche Kündigung begründet Anspruch auf Entschädigung, welche abhängig vom Dienstalter drei bis höchstens neun Monatsgehälter beträgt. Hingegen kann aus einer missbräuchlichen Kündigung kein Anspruch auf Fortführung des Arbeitsverhältnisses abgeleitet werden (§ 14 PG).

b) Die ordentliche Kündigung im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis bedarf eines sachlichen Grundes. Gründe dieser Art müssen mit der Anstellung direkt im Zusammenhang stehen oder sich doch auf diese auswirken, sachlich haltbar und von einer gewissen Schwere sein. Was die Schule betrifft, so können die Gründe mit der Person des Lehrers zusammenhängen oder auch unabhängig von ihm bestehen. Insofern ist ein Verschulden des Angestellten nicht massgebend. Eine einmalige geringfügige Beanstandung genügt nicht; verlangt wird vielmehr ein sachlicher Grund von einer gewissen Schwere bzw. wiederholtes oder andauerndes Fehlverhalten. Eine Weiterbeschäftigung der Lehrkraft müsste dem öffentlichen Interesse, insbesondere demjenigen an einer gut funktionierenden Schule und damit letztlich dem Wohl der Schüler widersprechen (vgl. Herbert Plotke, Schweizerisches Schulrecht, 2. Aufl., Bern 2003, S. 545 f., mit Verweisen; Matthias Michel, Beamtenstatus im Wandel, Zürich 1998, S. 299 f.). Zur Kündigung eines Angestelltenverhältnisses genügen auch objektive, nicht vom Arbeitnehmer verschuldete Gründe, wie gesundheitliche Probleme oder fachliches Unvermögen sowie die Vertrauenswürdigkeit beeinträchtigende Verhaltensweisen. Die Gründe müssen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses jedoch nicht als unzumutbar erscheinen lassen (Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts vom 2. September 1999, RB ZH 1999 163). Eine ohne sachliche Gründe ausgesprochene Kündigung kann in der Regel nicht durch das Nachschieben von Kündigungsgründen, die sich erst nach der Entlassung zugetragen haben, geheilt werden. Hingegen ist es zulässig und geboten, nachträgliche Vorkommnisse zu berücksichtigen, mit denen bereits im Entlassungszeitpunkt vorhandene Kündigungsgründe untermauert und erhärtet werden. Ebenso ist es statthaft, die Kündigung nachträglich mit Tatsachen zu begründen, die im Entlassungszeitpunkt zwar bestanden haben, der kündigenden Partei jedoch nicht bekannt gewesen sind und auch nicht haben bekannt sein können (Bernische Verwaltungsrechtsprechung, BVR 1999 433; vgl. Peter Hänni, Das öffentliche Dienstrecht, Eine Fallsammlung, 2. Aufl., Zürich 2008, S. 558 ff.). Weitere sachlich haltbare (triftige) Gründe zur ordentlichen Beendigung des Angestelltenverhältnisses sind folgenden Beispielen aus der Rechtsprechung verschiedener Kantone zu entnehmen: Fehlender Wille zur Zusammenarbeit, inexistentes gegenseitiges Vertrauen, undenkbare Zusammenarbeit; gestörtes Vertrauensverhältnis; quantitativ und qualitativ ungenügende Arbeitsleistungen; persönliche Schwierigkeiten sowohl mit Unterstellten als auch mit Vorgesetzten, die das Vertrauens- und Arbeitsverhältnis nachhaltig ungünstig beeinflussen; mangelhafte Leistungen des Angestellten und Spannungen zwischen diesem und seinem Vorgesetzten; mangelnde Sozialkompetenz, bei welcher eine Angestellte über einen längeren Zeitraum hinweg

und bei unterschiedlichen Gelegenheiten immer wieder von Neuem Anlass zu Kritik bot, wobei die Kritik nicht bloss von einer Seite, sondern von Schülern, Eltern und Lehrerkollegen kam; ungenügende Arbeitsleistungen, die trotz Beizug von fachlicher Unterstützung nicht verbessert werden konnten; minimalistische Grundeinstellung bei der Umsetzung des Lehr- und Erziehungsauftrags (vgl. zum Ganzen: Peter Hänni, a.a.O., S. 567 f., mit weiteren Verweisen). Ganz generell kann insbesondere gesagt werden, dass vom Lehrer eine freundschaftliche, aufmunternde und teilnehmende Einstellung gegenüber dem Schüler verlangt wird (Herbert Plotke, a.a.O., S. 629).

c) Im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis gilt weiter das Willkürverbot; ebenso sind der Grundsatz von Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Letzterer findet seinen Niederschlag explizit in § 10 Abs. 4 PG, indem vor der Entlassung weniger weitreichende Massnahmen seitens des Arbeitgebers zu prüfen sind. Die Kündigung muss daher zur Lösung eines Problems nicht nur geeignet, sondern auch erforderlich sein. Die Abwägung der gegenseitigen Interessen muss eine Kündigung als gerechtfertigt erscheinen lassen (vgl. zum Ganzen: Michel, a.a.O., S. 301). Bei dieser Interessenabwägung kann bei Personen mit Beispielsfunktionen, wie dies bei Lehrpersonen fraglos der Fall ist, beispielsweise ein strengerer Massstab an die Integrität angelegt werden. Andererseits ist auch die Dauer des bisher bestehenden Arbeitsverhältnisses in die Interessenabwägung miteinzubeziehen, ist doch eine Kündigung für einen langjährigen Mitarbeiter von einschneidenderer Bedeutung als für einen Jüngeren.

(...)

3. Der Beschwerdeführer (...) lässt zunächst beantragen, der angefochtene Entscheid des Regierungsrates sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Auflösung des Arbeitsverhältnisses des Beschwerdeführers durch den Gemeinderat K. missbräuchlich gewesen sei. Missbräuchlich ist eine Kündigung namentlich dann, wenn Verfahrensvorschriften verletzt wurden (§ 13 PG). Zu diesen Verfahrensvorschriften gehören gemäss § 10 PG unter anderem die Gewährung des rechtlichen Gehörs, die Einhaltung der Kündigungsfristen und die Begründung der Kündigung. Weiter sind gemäss § 10 Abs. 4 PG vor einer Kündigung auch weniger weitreichende Massnahmen zu erwägen, um dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Nachachtung zu verschaffen.

a) Vorliegend wurde dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 18. Januar 2013 mitgeteilt, dass man die Kündigung des Arbeitsverhältnisses erwäge. Gleichzeitig wurde dem Beschwerdeführer diesbezüglich das rechtliche Gehör gewährt (vgl. RR-act. 001.25). Am 9. April 2013 kündigte der Gemeinderat K. das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer per 31. Juli 2013. Da die Kündigung mit diesem Schreiben auch ausführlich begründet wurde (vgl. RR-act. 001.02), wurden die Voraussetzungen von § 10 Abs. 3 PG erfüllt. Mit der am 9. April 2013 auf den 31. Juli 2013 verfügten Kündigung wurde im Übrigen auch die Kündigungsfrist von drei Monaten gemäss Arbeitsvertrag vom 13. Juli 1995 eingehalten und es wurde

gemäss § 10 Abs. 2 PG auf Ende des Schuljahres gekündigt, sodass auch diesbezüglich die Formvorschriften nicht verletzt wurden.

b) Betreffend die Einhaltung der Formvorschriften verbleibt daher einzig zu prüfen, ob weniger weitreichende Massnahmen nach § 10 Abs. 4 PG erwogen wurden bzw. ob der Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachtet wurde. Gemäss der nicht abschliessenden Aufzählung von § 10 Abs. 4 PG liegen solche weniger weitreichenden Massnahmen etwa in der förmlichen Erteilung eines Verweises, einer Gehaltskürzung, dem Aufschub oder der Verweigerung der Treue- und Erfahrungszulage, der Zuweisung anderer Arbeit, der Versetzung an eine andere Stelle oder der Androhung der Entlassung. Der Regierungsrat verzichtete auf eine Prüfung der Formvorschriften im Sinne von § 10 Abs. 4 PG und kam schliesslich aufgrund des Vorliegens sachlicher Gründe zum Schluss, dass die Kündigung verhältnismässig gewesen sei. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden.

Den vorliegenden Akten ist nicht zu entnehmen, dass der Gemeinderat K. dem Beschwerdeführer jemals einen förmlichen Verweis erteilt, die Treue- und Erfahrungszulage aufgeschoben oder verweigert, ihn an eine andere Stelle versetzt oder ihm gar die Entlassung angedroht hätte. All dies wurde vom Gemeinderat denn auch nicht behauptet. Aus den Akten geht indes hervor, dass dem Beschwerdeführer in den Herbstsemestern der Jahre 2011 und 2012 jeweils der Lohn nicht mehr vollständig ausbezahlt wurde, nachdem es – noch während des laufenden Semesters – zu den Austritten von XX (2011) und YY (2012) gekommen war. In diesem Zusammenhang wurde dem Beschwerdeführer mitgeteilt, dass er die ausgefallenen Lektionen mit anderweitiger Arbeit leisten könne. Damit lag in casu zwar eine Gehaltskürzung vor, doch wurde diese nicht als Massnahme im Sinne von § 10 Abs. 4 PG kommuniziert. Der Beschwerdeführer hätte aber zwingend darüber informiert werden müssen, dass die Gehaltskürzung als weniger weitreichende Massnahme im Sinne von § 10 Abs. 4 PG erfolge. Da dies nicht geschah und der Gemeinderat K. sich auch im vorliegenden Verfahren zu keiner Zeit auf diese Gehaltskürzung als Massnahme im Sinne von § 10 Abs. 4 PG berief, kann die erfolgte Gehaltskürzung, welche vom Regierungsrat überdies zu Recht als unrechtmässig beurteilt wurde, nicht als Massnahme im Sinne von § 10 Abs. 4 PG eingestuft werden. Andere Massnahmen gemäss § 10 Abs. 4 PG gehen aus den Akten nicht hervor. Festzuhalten ist daher, dass – obwohl es angesichts des langjährigen Arbeitsverhältnisses zu erwarten gewesen wäre – der Gemeinderat K. dem Beschwerdeführer zu keiner Zeit explizite Verweise o.ä. erteilte, sodass einzig das Unterrichts-Coaching als mildere Massnahme im Sinne von § 10 Abs. 4 PG in Betracht zu ziehen ist. Der Gemeinderat K. berief sich denn im Schreiben vom 18. Januar 2013 betreffend rechtliches Gehör auch darauf, dass man dem Beschwerdeführer gleichzeitig mit dem Coaching auch die Auflage gemacht habe, es dürfe ab sofort zu keiner weiteren Beschwerde mehr kommen (vgl. RR-act. 001.25). Diese Behauptung des Gemeinderates K. lässt sich jedoch nicht durch Akten belegen, zumal der Zielvereinbarung zum Coaching keine derartige Auflage zu entnehmen ist (vgl. RR-act. 001.17 und BF-act. 16). Aus dem «Erfahrungsbericht, Faktenauflistung» vom 28. Februar 2013 wird denn auch ersichtlich, dass man die oben erwähnte Auflage anlässlich der ersten Sitzung mit dem Coach C. D. zwar be-

sprochen, dieser solche Forderungen/Auflagen jedoch als nicht mit dem Coaching vereinbar erachtet habe. Deswegen hätten die Musikschulkommission und der Schulpräsident darauf verzichtet, die Forderungen/Auflagen schriftlich abzugeben. Bestätigt wird dies auch durch die Stellungnahme von C. D. vom 15. September 2014, wonach sein Auftrag im Sinne einer Fördermassnahme zur Unterstützung des Beschwerdeführers und ausdrücklich nicht im Sinne einer letzten Massnahme zur Verhinderung einer anstehenden Kündigung bestanden habe (vgl. BF-act. b). Wenn der Gemeinderat K. nun aber geltend macht, das Coaching sei eine weniger weitreichende Massnahme im Sinne von § 10 Abs. 4 PG gewesen, so handelt er widersprüchlich und insbesondere wider Treu und Glauben. Entscheidend ist jedoch, dass dem Beschwerdeführer zu keiner Zeit explizit mitgeteilt wurde, dass es sich beim Coaching um eine Massnahme nach § 10 Abs. 4 PG handle und dass es fortan zu keinen Beschwerden mehr kommen dürfe. Mithin ist festzuhalten, dass der Gemeinderat K. keine weniger weitreichenden Massnahmen im Sinne von § 10 Abs. 4 PG erwog bzw. diese dem Beschwerdeführer nicht rechtsgenüglich mitteilte, weswegen sich die Kündigung vom 9. April 2013 wegen der Verletzung von Verfahrensvorschriften nach § 13 PG als missbräuchlich erweist.

c) Eine missbräuchliche Kündigung begründet gemäss § 14 Abs. 1 PG Anspruch auf Entschädigung (vgl. vorstehend Erw. 2a in fine). Der Beschwerdeführer war seit dem Jahr 1990 als Lehrperson bei der Gemeinde K. angestellt, weshalb ihm die maximale Entschädigung von neun Monatsgehältern zuzusprechen ist. Mit der vorliegenden Beschwerde liess der Beschwerdeführer eine Entschädigung von Fr. 15'005.55 geltend machen, was neun Nettomonatslöhnen entspricht. Zur Berechnung der Entschädigung ist indes das zum Zeitpunkt der Kündigung massgebende Bruttogehalt heranzuziehen. Gemäss den unbestritten gebliebenen Lohnangaben in der Kündigung vom 9. April 2013 und den ebenfalls unbestritten gebliebenen Berechnungen des Regierungsrates betrug der monatlich ausbezahlte Bruttolohn des Beschwerdeführers Fr. 1'725.45. Zuzüglich des 13. Monatsgehalts und der Treue- und Erfahrungszulage ergibt sich somit ein Jahresbruttolohn von Fr. 24'156.30 (14 × Fr. 1'725.45) und mithin ein für die Berechnung der Entschädigung massgebliches Bruttomonatsgehalt von Fr. 2'013.05 (Fr. 24'156.30 / 12). Der Gemeinderat K. hat dem Beschwerdeführer daher aufgrund § 14 Abs. 1 und 2 PG eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung von neun Bruttomonatsgehältern bzw. Fr. 18'117.25 zu bezahlen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. November 2014, V 2014 12

Eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 18. Juni 2015 abgewiesen.

5.2 § 24 Abs. 1 PG

Regeste:
§ 24 Abs. 1 PG – Bewirkt ein Mitarbeiter des Kantons die Auflösung seines Arbeitsverhältnisses durch ein schuldhaftes Verhalten, hat er keinen Anspruch auf eine Abgangsentschädigung. Tragweite des Begriffs «schuldhaftes Verhalten» (Erw. 2b). Fall eines langjährigen Mitarbeiters, dem u.a. die Treue- und Erfahrungszulage drei Mal in Folge verweigert worden war (Erw. 3). Bedeutung der Aktenführungspflicht durch Verwaltungsangestellte (Erw. 3e). Die vom Beschwerdeführer verlangten Verhaltensänderungen waren ihm zumutbar (Erw. 4c).

Aus dem Sachverhalt:

X. arbeitete ab dem 1. Mai 1990 als Betreuer beim kantonalen Amt A. Das Amt und X. vereinbarten ab 1. Februar 2010 eine Pensumsreduktion von 100% auf 80%. Gleichzeitig erhielt X. eine Abgangsentschädigung in Höhe von 20% seines damaligen Monatslohnes. Mit Verfügung vom 26. Januar 2011 löste der Kanton das Arbeitsverhältnis mit X. per 31. Juli 2011 auf, mit der Begründung, X. könne die Anforderungen der reorganisierten Abteilung, in der er tätig war, nicht erfüllen. Am 22. Juli 2011 teilte ihm die Abteilungsleiterin Z. mit, ihm stehe keine Abgangsentschädigung zu, da er seine Kündigung selbstverschuldet habe. Nachdem X. darauf bei der zuständigen Direktion formell um Zahlung einer Abgangsentschädigung in der Höhe von Fr. Y (nebst Zins zu 5 %) ersuchte und sein Gesuch am 13. August 2012 abgewiesen wurde, gelangte X. mit Verwaltungsbeschwerde an den Regierungsrat, wo er sein Begehren wiederholte. Am 2. Juli 2013 wies der Regierungsrat die Beschwerde ab, wogegen X. am 23. Juli 2013 eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde einlegte. Die Finanzdirektion beantragte die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolgen. Nach einem weiteren Schriftenwechsel wurden X. und seine ehemalige Vorgesetzte Z. am 16. September 2014 durch das Gericht befragt. Mit Schlusssatz vom 20. Oktober 2014 liess der Beschwerdeführer an seinen Anträgen festhalten.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Strittig und zu prüfen ist die Frage, ob der Regierungsrat zu Recht befand, dass der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf eine Abgangsentschädigung hat.

a) Wird das Arbeitsverhältnis seitens des Kantons gekündigt, ohne dass die Mitarbeiterin/der Mitarbeiter durch schuldhaftes Verhalten zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses begründeten Anlass gibt, ferner bei vorzeitiger Versetzung in den Ruhestand sowie bei Tod während des Arbeitsverhältnisses besteht Anspruch auf eine Abgangsentschädigung. Voraussetzung ist, ausser im Todesfall, dass die Mitarbeiterin/der Mitarbeiter im Zeitpunkt der Beendigung des

Arbeitsverhältnisses das 45. Altersjahr überschritten und das Arbeitsverhältnis mindestens zehn Jahre ununterbrochen bestanden hat (§ 24 Abs. 1 des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 1. September 1994 [PG, BGS 154.21]). Der Beschwerdeführer erfüllt die beiden letzterwähnten Voraussetzungen. Fraglich ist vorliegend somit ausschliesslich, ob der Anlass seiner Kündigung tatsächlich auf ein schuldhaftes Verhalten des Beschwerdeführers zurückzuführen ist, wie vom Regierungsrat behauptet.

b) Die Abgangsentschädigung ist eine Zuwendung aus Billigkeitsgründen: Langverdienten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern soll unter anderem im Fall der Kündigung durch den Kanton eine Anerkennung in finanzieller Form für die geleisteten Dienste erbracht werden. Die Billigkeit gebietet es gleichzeitig, die Abgangsentschädigung auf Fälle zu begrenzen, in welchen die Mitarbeiterin bzw. der Mitarbeiter den Dienst schuldlos verlassen muss, eine Entlassung also ohne Verschulden erfolgt (Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 1. Februar 1994 zum Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals, Vorlage Nr. 130.4, Laufnummer 8257, S. 66).

b/aa) Abfindungsregelungen wie der Kanton Zug kennen in der Schweiz viele staatliche Arbeitgeber, so etwa der Kanton Zürich in § 26 des Personalgesetzes vom 27. September 1998 (PG-ZH, LS 177.10), der Kanton Bern in Art. 32 des Personalgesetzes vom 16. September 2004 (PG-BE, BSG 153.01) und der Bund in Art. 19 Abs. 3 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1). Den erwähnten Gesetzen ist gemeinsam, dass auf die Abfindung nur dann ein Anspruch besteht, wenn das Arbeitsverhältnis ohne Verschulden des Mitarbeiters oder der Mitarbeiterin aufgelöst wird (§ 26 Abs. 1 PG-ZH, Art. 32 Abs. 1 PG-BE, Art. 78 Abs. 3 lit. c der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 [BPV, SR 172.220.111.3] i.V.m. Art. 31 BPV).

b/bb) Im Personalrecht des Bundes gilt die Auflösung des Arbeitsverhältnisses unter anderem dann als verschuldet, wenn der Arbeitgeber es aus folgenden Gründen kündigt: a. wegen Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten; b. Mängeln in der Leistung oder im Verhalten; c. mangelnder Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten; d. mangelnder Bereitschaft zur Verrichtung zumutbarer anderer Arbeit (Art. 31 Abs. 1 lit. a BPV i.V.m. Art. 10 Abs. 3 lit. a-d BPG).

b/cc) Nach Rechtsprechung und Praxis im Bereich der Regelungen zur Abgangsentschädigung ist die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses dann als schuldlos zu betrachten, wenn die Gründe, die zu einer Entlassung geführt haben, von der angestellten Person überwiegend nicht zu vertreten sind. Typische Fälle sind die Aufhebung der Stelle oder der Tatbestand, dass der oder die Angestellte die gewachsenen Anforderungen der Stelle aufgrund mangelnder Eignung nicht erfüllen kann (Fritz Lang, Das Züricher Personalgesetz vom 27. September 1998, in: Helbling/Poledna [Hg.]: Personalrecht des öffentlichen Dienstes, Bern 1999, S. 70; BGer 8C_809/2010 vom 18. Februar 2011, E. 4.1).

b/dd) Gemäss Bundesgericht ist die Auflösung eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses dann als unverschuldet zu betrachten, wenn sie hauptsächlich auf Gründen beruht, die ausserhalb der Person des betreffenden Mitarbeiters liegen bzw. auf Tatsachen, für die er nicht als verantwortlich gelten darf. Für die Annahme eines Verschuldens genügt nicht jede Dienstpflichtverletzung oder jedes missliebige Verhalten des Mitarbeiters. Es muss eine gewisse Schwere der Veranlassung gefordert werden. Fehlt sie und wird bloss eine Kleinigkeit als Anstoss für den Entschluss zur Auflösung des Dienstverhältnisses angeführt, so liegt die Vermutung nahe, dass daneben auch nicht genannte Gründe bestehen, die weniger beim Mitarbeiter als bei der Verwaltung selber liegen, und dass das Verhalten des Mitarbeiters als Vorwand genommen wird, um Zwecke zu erreichen, die im Grunde und hauptsächlich aus administrativen Gesichtspunkten angestrebt wurden. Umgekehrt kann der Mitarbeiter, der zufolge seines Verhaltens, für das er verantwortlich ist, der Verwaltung unzumutbar geworden ist, nicht einwenden, die Massnahme sei von ihm unverschuldet, selbst wenn sie zusätzlich durch einige Tatsachen, die ausserhalb seiner Person liegen oder für die er nicht verantwortlich ist, bedingt worden ist (BGE 118 V 248 E. II. 2c, mit Verweis auf die Praxis in BGE 103 Ib 265 E. 8c). Verschulden bedeutet mehr als blosse Verursachung. Sie setzt voraus, dass der Arbeitnehmer die Kündigung hätte vermeiden können, beispielsweise durch das Erbringen der erwarteten Leistung oder die geforderte Verhaltensänderung, wenn solches dem Mitarbeiter zumutbar und aufgrund der persönlichen Verhältnisse objektiv auch möglich gewesen wäre (Urteile des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich: PB.2009.00013 vom 13. Januar 2010 E. 6.3; PB.2005.00061 vom 17. Mai 2006, E. 2.4.2).

c) [Ausführungen zum Pflichtenheft des Beschwerdeführers und den von ihm effektiv ausgeführten Tätigkeiten]

3. Der Regierungsrat wirft dem Beschwerdeführer vor, er habe wiederholt Weisungen nicht befolgt.

a) Der Arbeitgeber kann über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb allgemeine Anordnungen erlassen und ihm besondere Weisungen erteilen (Art. 321d Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220]). Der Arbeitnehmer hat die allgemeinen Anordnungen des Arbeitgebers und die ihm erteilten besonderen Weisungen nach Treu und Glauben zu befolgen (Art. 321d Abs. 2 OR). Kraft Verweises in § 4 Abs. 3 der Vollziehungsverordnung zum Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals vom 12. Dezember 1994 (PVo, BGS 154.211) sind die erwähnten OR-Bestimmungen auch auf die öffentlichen rechtlichen Dienstverhältnisse im Kanton Zug anwendbar.

b) Aus den Akten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer zwischen 2008 und dem Datum seiner Entlassung im Juli 2011 acht Mal formell zu einem bestimmten Verhalten angewiesen wurde. Diese Anweisungen erfolgten im Rahmen eines Gesprächs zwischen ihm und einer ihm vorgesetzten Person. Von diesem Gespräch wurde eine Aktennotiz gemacht, die dem Beschwerdeführer ausgehändigt wurde. Ferner wurden ihm im Rahmen des jährlich im Novem-

ber stattfindenden Zielvereinbarungs- und Leistungsbeurteilungsgesprächs 2009, 2010 und 2011 Leistungs- und Verhaltensziele mit Weisungscharakter vorgegeben. Die Weisungen lassen sich in zwei Gruppen einteilen. Die eine Gruppe enthält Weisungen, welche direkt mit dem Pflichtenheft bzw. dem Arbeitsfeld des Beschwerdeführers zusammenhängen. Die andere Gruppe betrifft Weisungen zum allgemeinen Verhalten am Arbeitsplatz.

b/aa) [Ausführungen zu den Weisungen, die dem Beschwerdeführer im Zusammenhang mit seinem Pflichtenheft erteilt wurden.]

b/bb) [Ausführungen zu den Weisungen, die dem Beschwerdeführer im Zusammenhang mit seinem Verhalten am Arbeitsplatz erteilt wurden.]

b/cc) Dem Beschwerdeführer wurde für die zweite Jahreshälfte 2008, 2009 und 2010 die Treue- und Erfahrungszulage verweigert (TREZ). Diese Verweigerung wurde jeweils von der Direktion L. verfügt und entsprechend begründet. Dem Beschwerdeführer wurde im Jahr 2008 unter anderem vorgehalten, dass er seine Termine nicht konsequent im elektronischen Kalender eintrage, er seit Einführung der elektronischen Stempeluhr am 12. September 2008 höchstens ein bis zwei Mal pro Tag stemple, die Mails seiner Vorgesetzten erst nach mehrmaliger Aufforderung beantworte, auf seinem Handy eingehende Telefonanrufe ignoriere und die Listen über seine Klientengruppe nur nachführe, wenn er durch seine Vorgesetzten darauf aufmerksam gemacht worden sei. Weiter setze er die neue Dossierstruktur erst nach mehrmaliger Aufforderung seitens der Vorgesetzten um und erstelle auch keine Aktennotizen für seine Klientel, obwohl er dazu mehrmals aufgefordert worden sei. Im Jahr 2009 wurde die TREZ-Verweigerung unter anderem damit begründet, dass die Situation bezüglich der Arbeitszeiterfassung sich nur geringfügig verbessert habe. Nach wie vor erstelle der Beschwerdeführer trotz mehrmaligen Ermahnungen nicht konsequent Aktennotizen. (...) Im Jahr 2010 wurde in der TREZ-Verweigerungsverfügung unter anderem erneut das unregelmässige Stempelverhalten des Beschwerdeführers thematisiert. Der Beschwerdeführer habe sich im Übrigen auch nur teilweise an die am 24. Juli 2009 genau festgelegte Arbeitszeit gehalten. Er erstelle nach wie vor nicht konsequent Aktennotizen für seine Klienten, trotz mehrfacher Aufforderung seitens seines Vorgesetzten. In allen drei Verfügungen wurde darauf hingewiesen, dass sämtliche Vorhaltungen dem Beschwerdeführer mündlich mitgeteilt und in Aktennotizen schriftlich festgehalten worden seien. Die Aktennotizen seien dem Beschwerdeführer zugestellt worden. Der Beschwerdeführer hat diese TREZ-Verfügungen in der Folge nicht mit einem Rechtsmittel angefochten.

c) Der Beschwerdeführer bringt vor, die Bedienung einer Stempeluhr sei wenig sinnvoll gewesen. Ein Betreuer, der seine Zeit im Büro verbringe, erziele keine sinnvollen Ergebnisse, sondern verwalte und administriere. (...) Die Weisung habe bedeutet, dass er zu den genannten Zeitpunkten sich wieder am Ort der Stempeluhr habe einfinden müssen. Dies sei aufgrund des hauptsächlich ausserhalb des Büros liegenden Einsatzgebietes eine regelrecht schikanöse Anordnung. Er habe rund 17 Jahre ohne Stempelkarte gearbeitet. Plötzlich sei

die Aufforderung gekommen, dass er stempeln müsse. Doch seine Art zu betreuen sei immer noch gleich gewesen. Er habe im Übrigen nicht jeden Tag nicht gestempelt. Es sei vorgekommen, dass er es vergessen habe oder an einem anderen Ort gewesen sei. Er habe aber immer sagen können, warum er nicht gestempelt habe. Der Beschwerdeführer räumt mit diesen Vorbringen ein, dass er die elektronische Stempeluhr nach ihrer Einführung am 12. September 2008 tatsächlich unregelmässig bedient hat und er damit die entsprechenden Weisungen seiner Vorgesetzten nicht befolgt hat. Dass der Staat als Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse daran hat, dass die Mitarbeiter die vorgeschriebenen Arbeitszeiten einhalten, er daher die Einhaltung der Arbeitszeiten kontrollieren darf und die Mitarbeiter dazu anhalten kann, ihre Arbeitszeiten mittels eines elektronischen Systems zu erfassen, braucht als Selbstverständlichkeit nicht weiter begründet zu werden. Zwar ist zu sagen, dass der Beschwerdeführer viel «ausser Haus» arbeitete. Doch änderte dies nichts daran, dass sich sein fester Arbeitsplatz in einem Büro befand. Im Jahr 2007 war dieser Arbeitsplatz in C., danach in D. Dort war auch die elektronische Stempeluhr installiert. Der Beschwerdeführer verkennt weiter, dass es nicht an ihm lag, seine Einsätze ausser Haus nach Belieben auszugestalten bzw. zeitlich auszudehnen. (...) Zudem legt der Beschwerdeführer dem Gericht nicht plausibel dar, dass es ihm vom zeitlichen Ablauf gar nicht möglich gewesen wäre, am Morgen zuerst ins Büro in D. zu kommen, danach seine Aufgaben ausser Hause wahrzunehmen, um für die Mittagspause wieder in D. zu sein. Aus den Akten ist ausserdem ersichtlich, dass die Vorgesetzten dem Beschwerdeführer im September 2009 sogar einen Einsatzplan vorgaben. Dabei zeigten sie sich in Bezug auf die Stempeluhr über Mittag durchaus flexibel und erlaubten Ausnahmen am Montag und bei Ferienstellvertretungen. Nach dem Gesagten ist nicht zu sehen, was an der Auflage, die Stempeluhr regelmässig zu bedienen hätte schikanös sein sollen, wie vom Beschwerdeführer behauptet. Im Übrigen wurde dem Beschwerdeführer die nicht konsequente Betätigung der Stempeluhr anlässlich der Verweigerung der TREZ drei Mal in einer Verfügung vorgehalten. Gegen diesen Vorwurf hat sich der Beschwerdeführer nicht auf dem Rechtsweg gewehrt, womit er an sich bereits rechtskräftig feststeht. Der Beschwerdeführer ist nach dem Gesagten mit seinen Vorbringen nicht zu hören.

d) Aus den Akten ist zu sehen, dass dem Beschwerdeführer im Jahr 2008 mehrfach vorgehalten wurde, dass sein Aufenthaltsort nicht transparent sei. Auch beantworte er die auf seinem Handy eingehenden Anrufe, die er verpasst habe, nicht umgehend. Der Beschwerdeführer wurde in der Folge mehrfach angewiesen, seinen Aufenthaltsort im elektronischen Kalender bekannt zu geben, Anfragen via Mail innert zwei Tagen zu beantworten und sein Kommunikationsverhalten am Mobiltelefon im Sinne einer besseren Erreichbarkeit zu verbessern. In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde streitet der Beschwerdeführer die Vorwürfe pauschal ab, bzw. räumt gleichzeitig ein, dass es immer wieder mal habe vorkommen können, dass aus irgendwelchen Gründen eine administrative Anforderung nicht innert der gewünschten Zeit oder ein Rückruf nicht am gleich Tag erfolgt sei. Nachdem das Gericht ihn im Rahmen der Parteibefragung nochmals mit den Vorwürfen der mangelnden Transparenz in Bezug auf Aufenthaltsort und der nachlässigen Kommunikation mit elektronischen Hilfsmitteln (Handy, PC) konfrontierte, bestritt er den ihm vorgeworfenen Sachverhalt in der Befragung pauschal

oder er antwortete ausweichend. Im Rahmen der abschliessenden Bemerkungen nimmt der Beschwerdeführer erneut Bezug auf die erwähnten Weisungen. Er bezeichnet diese dort als «schwer zu erfüllend», als «wünschbar» aber «praktisch nicht immer möglich» oder gar als «unsinnig». Damit räumt er aber gleichzeitig ein, dass er die fraglichen Weisungen mehrfach nicht befolgt hat. Für diese Sichtweise spricht ferner der Umstand, dass die inkonsequente Terminführung im elektronischen Kalender, die nachlässige Beantwortung von E-Mails sowie das Ignorieren der auf seinem Handy eingehenden Telefonanrufe ihm auch in der TREZ-Verweigerungsverfügung vom 11. Dezember 2008 vorgeworfen wurde. Da er sich dagegen nicht mit einem Rechtsmittel gewehrt hat, steht dieser Sachverhaltspunkt an sich schon seit 2009 rechtskräftig fest.

e/aa) Der Beschwerdeführer bestreitet die mangelhafte Dossierführung. Die Direktion L. habe keine Vorschriften oder Weisungen zur Dossierführung erlassen. Er sei auch nicht angestellt worden, um Dossiers zu führen. (...) Die ihm vorgehaltenen administrativen Fehler seien ohne wesentliche Bedeutung für seine Auftragserfüllung gewesen. Die Vorhaltungen seien kleinlich gewesen und seien erst erhoben worden, seit eine neue Vorgesetzte die Abteilung übernommen habe. (...)

e/bb) Die Wahrnehmung des Akteneinsichts- und Beweisführungsrechts durch den von einer Verfügung Betroffenen setzt eine Aktenführungspflicht der Verwaltung voraus. Die Behörden haben alles in den Akten festzuhalten, was zur Sache gehört und entscheidwesentlich sein kann (BGE 124 V 372 E. 3b). Dieser ursprünglich für das Strafverfahren entwickelte Grundsatz muss als Gehalt von Art. 29 Abs. 2 BV für alle Verfahrensarten gelten (Urteil 5A.20/2003 vom 22. Januar 2004, E. 2.4.1 nicht publ. in BGE 130 II 169, BGer 2A.89/2004 vom 13. Juli 2004, E. 4.1). Auch Personen (...), die von einem Mitarbeiter des kantonalen Amtes A. betreut werden, haben einen Anspruch darauf, dass sie ihre Rechte gegenüber den staatlichen Behörden in einem rechtsstaatlich einwandfreien Verfahren durchsetzen können. Daraus ergibt sich, dass die Behörde in Bezug auf ihre Tätigkeiten mit diesen Personen Akten anlegen muss und dass diese Akten vollständig und korrekt zu sein haben. Das bedeutet, dass die Aktenführungspflicht der Behörde – im vorliegenden Fall also des kantonalen Amtes A. – unabhängig davon besteht, ob eine übergeordnete Behörde dazu bestimmte Weisungen erlassen hat oder nicht. Der entsprechende Einwand des Beschwerdeführers mit Blick auf die Direktion L. geht somit fehl.

e/cc) Aus den Ausführungen des Beschwerdeführers ist zu schliessen, dass er seine Arbeit (...) vor 2008 kaum schriftlich dokumentiert hat. Er sah sich in diesem Sinn nicht als Verwaltungsbeamter und man liess ihn offenbar mehr oder weniger gewähren. Nach dem 1. Dezember 2008 war er lediglich für die Betreuung einer eingeschränkten Anzahl Personen zuständig. Seine neue Vorgesetzte verlangte von ihm, dass er über seine Arbeit mit diesen Personen Dossiers anzulegen begann bzw. diese im neuen Klientensystem «Y» auch verwalten würde. Dagegen setzte sich der Beschwerdeführer unter Berufung auf seine bisherige Arbeitsweise zur Wehr. Zunächst ist somit festzuhalten, dass der Beschwerdeführer mit diesen Vorbringen

einräumt, dass er sich hier der Weisung seiner Vorgesetzten widersetzt hat. Aufgrund der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung hatten seine Vorgesetzten indessen das Recht, ja sie hatten sogar die Pflicht, vom Beschwerdeführer zu verlangen, dass er die von ihm betreuten Personen aktenmässig erfasste und die Dossiers aktuell hielt. Dies erst recht deshalb, da der Beschwerdeführer, einer der wenigen Staatsangestellten war, der aufgrund seiner Arbeit regelmässig und systematisch Kontakt zu diesen Personen hatte. Der Beschwerdeführer bringt sinngemäss mehrfach vor, dass er seine Aufgabe darin sah, für diese Menschen da zu sein und ihnen zu helfen. Das Gericht bringt dieser Haltung durchaus Verständnis entgegen. Der Beschwerdeführer scheint aber zu übersehen, dass er durch seine Weigerung, seine Betreuungstätigkeit systematisch zu dokumentieren, die potentiellen Verfahrensrechte der ihm zugeteilten Personen gleichzeitig erheblich beschnitten hat. Hätten diese Personen, für die er zuständig war, in einem Streitfall mit den Behörden ihr Akteneinsichtsrecht wahrnehmen wollen, hätten sie vermutlich wenig Brauchbares vorgefunden, da der Beschwerdeführer, wie er selber sagt, sich nicht als Sachbearbeiter verstand, der die von ihm betreuten Personen administrativ zu verwalten hätte. Der Beschwerdeführer sagt, er habe sehr wohl Aktennotizen erstellt, dabei aber eine Auswahl nach Relevanz getroffen. Es sei kein Fall erwähnt worden, bei welchem sich das Fehlen einer Aktennotiz nachteilig ausgewirkt hätte. In den Akten befindet sich ein Ausdruck des Klientenprogramms «Y» mit einer Auswahl erfasster Aktennotizen des Beschwerdeführers. Diese Zusammenstellung ist mit Blick auf die rund 30 der vom Beschwerdeführer nach 2008 zu betreuenden Personen unter Umständen nicht vollständig. Gemäss Deckblatt zur Zusammenstellung wurden indessen die Aktennotizen zu acht Personen, die der Beschwerdeführer in der Periode ab 1. Januar 2009 bis 31. Juli 2011 betreute, vollständig ausgedruckt. In diesem Zeitraum von 31 Monaten war er für sechs dieser acht Personen kontinuierlich zuständig. Dabei hat er pro Klient durchschnittlich 2,2 Aktennotizen verfasst. (...) [Analyse der einzelnen Notizen] Insgesamt ist zu sagen, dass sich aufgrund der spärlich verfassten Aktennotizen kaum nachvollziehen lässt, inwieweit der Beschwerdeführer diese acht Klienten effektiv betreut hat bzw. wie er ihnen geholfen haben soll. Vom Inhalt her handelte es sich nämlich kaum um eine nach systematischen Gesichtspunkten verfasste Dokumentation seiner Arbeit mit den ihm zugeteilten Personen. Eine Überprüfung seiner Arbeit durch einen Vorgesetzten dürfte anhand dieser Eintragungen jedenfalls kaum möglich gewesen sein. Wie sich der Beschwerdeführer bei dieser Ausgangslage auf den Standpunkt stellen kann, er habe sich beim Abfassen der Aktennotizen auf Relevantes konzentriert, ist für das Gericht jedenfalls nicht nachzuvollziehen. Im Übrigen wurde dem Beschwerdeführer die mangelhafte dossiermässige Administrierung der von ihm betreuten Klienten anlässlich der Verweigerung der TREZ im Dezember 2008 in einer Verfügung vorgehalten. Drei Jahre hintereinander wurde zudem per Verfügung festgestellt, dass der Beschwerdeführer trotz mehrfacher Aufforderung keine Aktennotizen über die mit den Klienten geführten Gespräche verfasst habe. Gegen diese Kritik hat sich der Beschwerdeführer nicht auf dem Rechtsweg gewehrt, womit sie bereits rechtskräftig feststeht. Der Beschwerdeführer, der sich gegen den Vorwurf wehrt, er habe seine Dossiers nicht korrekt geführt, ist nach dem Gesagten nicht zu hören.

f) (...)

g) Der Beschwerdeführer kritisiert in allgemeiner Hinsicht, der Regierungsrat schliesse aus einzelnen Vorfällen zu Unrecht auf ein permanentes Fehlverhalten. Der Regierungsrat habe die Häufigkeit seines mutmasslichen Fehlverhaltens nachzuweisen. Aufgrund der in den Akten dokumentierten Vorfälle ist es entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers für das Gericht geradezu offenkundig, dass der Beschwerdeführer im Zeitraum zwischen 2008 und Juli 2011 mehrmals Weisungen seiner Vorgesetzten nicht konsequent befolgt hat. Dabei ergibt sich ein Bild, wonach sich sein Verhalten nach einer Ermahnung und Weisung häufig besserte, doch waren diese Besserungen meist nur von kurzer Dauer, wovon die aktenkundigen sich wiederholenden Weisungen ein deutliches Zeugnis ablegen. Zudem hätte der Beschwerdeführer sich im Gefolge der ihm eröffneten TREZ-Verweigerungsverfügungen gegen die verschiedenen gegen ihn gerichteten Vorwürfe auf dem Rechtsweg wehren müssen. Da er dies nicht tat, hat das Gericht davon auszugehen, dass die diesen Verfügungen zugrunde gelegten Sachverhalte den Tatsachen entsprechen. Nach dem Gesagten hat der Regierungsrat im angefochtenen Entscheid kein Recht verletzt, als er feststellte, der Beschwerdeführer habe wiederholt Weisungen nicht befolgt.

4. Der Regierungsrat stellt sich im angefochtenen Entscheid auf den Standpunkt, die Leistung des Beschwerdeführers sei mangelhaft gewesen. Ein Teil der Schlecht- oder Nichterfüllung sei möglicherweise teilweise durch die gewachsenen Anforderungen an die Stelle bedingt gewesen. Es sei aufgrund der Akten aber erwiesen, dass auch das Verschulden für die konstant mangelhafte Leistung vornehmlich dem Beschwerdeführer zuzuschreiben sei. Durch die geforderte zumutbare und ihm mögliche Verhaltensänderung hätte der Beschwerdeführer seine Kündigung vermeiden können.

a) Der Beschwerdeführer führt aus, seine Probleme hätten erst mit dem Wechsel der Abteilungsleiterin begonnen. Das Ziel von Z. sei es gewesen, ihn zu entlassen. Sie habe seine Tätigkeit mit bürokratischen Auflagen erschwert. (...) Es sei ein eigentlicher Paradigmenwechsel in seiner Tätigkeit vorgenommen worden. Er sehe nicht, wo sein Verschulden sein solle. Er habe kein anderer Mensch sein können, als er gewesen sei. Zwischen 1990 und 2007 sei seine Leistung einwandfrei gewesen.

a/aa) Zu den Leistungen des Beschwerdeführers vor Stellenantritt der Abteilungsleiterin Z. ist den Akten folgendes zu entnehmen: (...)

a/bb) Der Beschwerdeführer wirft ein, dass das dem Gericht eingereichte Personaldossier im Hinblick auf das vorliegende Verfahren zusammengestellt worden sei. Es seien mit Bedacht negativ erscheinende Unterlagen zusammengetragen worden. Es dürfte zutreffen, dass das Personaldossier des Beschwerdeführers nicht ganz vollständig ist und dass möglicherweise Leistungsbeurteilungen aus Jahren, in denen der Beschwerdeführer überwiegend positiv bewertet wurde, sich nicht in den Akten befinden. Doch selbst wenn dies so wäre, ist würdigend festzustellen, dass die Behauptung des Beschwerdeführers, seine Leistung zwischen 1990 und 2007 sei einwandfrei gewesen, in den Akten keine Stütze findet. Feststellen lässt sich

weiter, dass es in dieser Zeit zwei Phasen gab, in denen sein Verhalten am Arbeitsplatz derart negativ auffiel, dass der zuständige Regierungsrat ihn verwarnen musste. Auffällig ist des Weiteren, dass dem Beschwerdeführer schon damals ähnliche Verhaltensweisen und Defizite angekreidet wurden wie in der Zeit nach 2007, nämlich (...). Im Jahr 2000 wird der Beschwerdeführer erstmals aufgefordert, einen Deutschkurs zu besuchen bzw. einen solchen Besuch zu belegen. Diese Aufforderung wird in den Jahren darauf mehrmals wiederholt – offenkundig ohne Erfolg. Auffallend ist ferner, dass auch schon die Vorgesetzten vor 2008 viel Zeit aufgewendet hatten, um dem Beschwerdeführer wiederholt zu erklären, warum sie gewisse Dinge von ihm erwarteten.

a/cc) Der Beschwerdeführer bemerkt im Rahmen der abschliessenden Stellungnahme zu den Zielvereinbarungen, die ab dem Jahr 2000 vorgenommen worden seien, seine eigentliche Aufgabenerfüllung sei damals nie Gegenstand negativer Beurteilungen gewesen, sondern einzig seine administrative Eignung, sozusagen seine Einpassung in den bürokratischen Ablauf der Organisation. Mit dieser Aussage widerlegt er das Fundament einer seiner wichtigsten Thesen in der Beschwerdeschrift, nämlich dass es erst Z. gewesen sei, die ihm bürokratische Auflagen gemacht habe und ihm eine Verhaltensänderung abverlangt habe, die ihm nicht möglich gewesen sei. Auch die Akten bestätigen, dass der vom Beschwerdeführer behauptete Paradigmenwechsel mit dem Stellenantritt von Z. so nicht stattgefunden hat. Tatsächlich wurde schon einige Jahre davor vom Beschwerdeführer verlangt, dass er nicht nur als Betreuer tatsächlich handelt, sondern dass er seine Arbeit zusätzlich dokumentiert, mit seinen Kollegen und Vorgesetzten kommuniziert, auch in schriftlicher Form, und er für seinen Arbeitgeber telefonisch erreichbar ist. Der Beschwerdeführer nennt dies eine Einpassung in den bürokratischen Ablauf der Organisation und scheint diese Einpassung für sich abzulehnen. Er übersieht dabei, dass es sich dabei um Regeln handelt, deren Befolgung dazu gehören, wenn man mit anderen Menschen in einer Organisation zusammenarbeitet. Er scheint ferner zu verkennen, dass er beim Staat angestellt war und dass der Staat für sein Tun gegenüber der Öffentlichkeit rechenschaftspflichtig ist. Eine administrative, d.h. aktenmässige Erfassung der Tätigkeit ist damit zwangsläufig verbunden. (...) Was sich allerdings im Zusammenhang mit der Person von Z. sagen lässt, ist, dass sie offenbar gewillt war, gegenüber dem Beschwerdeführer hartnäckiger und konsequenter auf die Einhaltung der grundlegenden Regeln der Zusammenarbeit in einer staatlichen Arbeitsorganisation zu bestehen als frühere Vorgesetzte des Beschwerdeführers. Auch beharrte sie nach Einführung der Klientenverwaltungssoftware «Y» im Jahr 2008 offensichtlich nachdrücklicher als ihre Vorgänger darauf, dass der Beschwerdeführer die von ihm verlangten administrativen Arbeiten am PC ausführte. Dass Z. dies durfte bzw. dass sie als Vorgesetzte in einer staatlichen Behörde dazu sogar verpflichtet war, dürfte aus den bisherigen Ausführungen klar geworden sein. Der vom Beschwerdeführer gegen Z. erhobene Vorwurf erweist sich als haltlos.

b) Zu klären ist (...) die Frage, ob der Beschwerdeführer die Kündigung durch die von ihm geforderte Verhaltensänderung hätte vermeiden können. Dabei hätte ihm diese Verhaltensän-

derung auch zumutbar und aufgrund der persönlichen Verhältnisse objektiv möglich sein müssen.

(...)

c) Es ist für das Gericht nach dem Gesagten nicht zu sehen, dass der Beschwerdeführer an seinem Arbeitsplatz Opfer gewisser technischer Entwicklungen oder neuer an ihn herangetragener Aufgaben wurde, welche er aufgrund seiner persönlichen Verhältnisse objektiv nicht hätte erbringen können. Er hätte es über all die Jahre, auch schon vor Stellenantritt der Abteilungsleiterin Z., selber in der Hand gehabt, die allgemein üblichen Verhaltensregeln an einem Arbeitsplatz in der staatlichen Verwaltung zu befolgen. Auch hätte er ohne Weiteres die vielfach an ihn herangetragene Aufforderung zum Besuch von Deutsch- und PC-Anwenderkursen nachkommen können. Überhaupt hätte der Beschwerdeführer unter Aufbringung der ihm zumutbaren Willensanstrengung die von ihm verlangten administrativen Leistungen zumindest in einer genügenden und konstant verlässlichen Art erbringen können, worauf namentlich die neue Abteilungsleiterin Z. ab dem Jahr 2008 nachdrücklich Wert legte. Der Regierungsrat hat somit kein Recht verletzt, als er im angefochtenen Entscheid festhielt, dass die Gründe für die Kündigung vornehmlich beim Beschwerdeführer zu suchen seien, sein Verhalten als subjektiv vorwerfbar zu werten sei und der Beschwerdeführer damit keinen Anspruch auf eine Abgangsentschädigung im Sinne von § 24 PG habe. Die Beschwerde ist in diesem Punkt abzuweisen.

5. (...)

6. Der Beschwerdeführer rügt die Verweigerung der Abgangsentschädigung in Anbetracht der langen Anstellungsdauer als unverhältnismässig. Der Beschwerdeführer verkennt, dass die Abgangsentschädigung verweigert wird, wenn ein Mitarbeiter durch schuldhaftes Verhalten zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses begründeten Anlass gibt (vgl. § 24 Abs. 1 PG). Wie gezeigt war dies vorliegend der Fall. Damit spielt es keine Rolle, wie lange das Anstellungsverhältnis des betreffenden Mitarbeiters vor der Kündigung gedauert hat. Der Regierungsrat hat im angefochtenen Entscheid somit das zuletzt an den Tag gelegte schuldhafte Verhalten des Beschwerdeführers zu Recht nicht gegen die über 21-jährige Anstellungsdauer des Beschwerdeführers abgewogen. Im Übrigen wurde auch gezeigt, dass das dem Beschwerdeführer ab 2008 vorgeworfene Verhalten ihm bereits bei früherer Gelegenheit zur Last gelegt wurde.

7. (...)

8. Damit dringt der Beschwerdeführer mit keinem seiner Anliegen vor Verwaltungsgericht durch und die Beschwerde ist abzuweisen. (...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. Februar 2015, V 2013 101

6. Politische Rechte und Bürgerrecht

6.1 §§ 3, 17, 17bis, 138 GG, § 67 Abs. 2 aWAG, §§ 27, 28, 73 KV, Art. 8, 35, 50 Abs. 1 BV

Regeste:
§§ 3, 17, 17bis, 138 GG, § 67 Abs. 2 aWAG, §§ 27, 28, 73 KV, Art. 8, 35, 50 Abs. 1 BV – Für materielle Rügen gegen Beschlüsse der Genossenversammlung einer Korporation steht nicht die Stimmrechtsbeschwerde nach § 17bis GG, sondern die Verwaltungsbeschwerde gemäss § 17 GG zur Verfügung. Die statutenmässige Einführung einer Beschränkung des Stimmrechts auf im Kanton Zug wohnhafte Mitglieder ist mit den Bestimmungen des kantonalen Gemeindegesetzes nicht vereinbar, da bei Korporationen gemäss § 138 GG hierfür einzig Wohnsitz in der Schweiz erforderlich ist, nicht aber im Kanton Zug oder gar auf dem Gebiet der jeweiligen Korporation. Der Grad der Autonomie einer Gemeinde wird nicht durch Art. 50 Abs. 1 BV bestimmt, sondern durch das kantonale Recht. Der Gesetzgeber hat bewusst bei jeder Gemeindeart im Kanton Zug das Wohnsitzerfordernis für die Stimmberechtigung unterschiedlich geregelt. Die kantonalen Behörden als Aufsichtsbehörden sind unter bestimmten Voraussetzungen zur Änderung ihrer Genehmigungspraxis befugt.

Aus dem Sachverhalt:

Gestützt auf das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 31. Januar 2012 (Verfahren V 2011/82, GVP 2012, 90 ff.) und den Bundesgerichtsentscheid 5A_208/2012 vom 27. September 2012, wonach die Verknüpfung der Mitgliedschaft in einer zugerischen Korporation mit dem Namens- und Bürgerrecht zu einer Diskriminierung führe und damit gegen das Gleichheitsgebot verstosse, verfasste der Verwaltungsrat der Korporation Zug Bericht und Antrag betreffend Revision der Statuten, mit welcher das Abstammungsprinzip verankert werden sollte. Nebst weiteren Änderungen sollten gemäss § 5 der revidierten Statuten nur noch die im Kanton Zug wohnhaften Genossinnen und Genossen zum Bezug des Korporationsnutzens berechtigt sein. Zudem sollte gemäss § 10 der revidierten Statuten die Genossenversammlung nur aus jenen Genossinnen und Genossen bestehen, die im Kanton Zug stimmberechtigt und mit einer aktuellen Wohnsitzadresse im Genossenregister eingetragen sind sowie im Kanton Zug Wohnsitz haben. Nach positiv verlaufener Vorprüfung des Entwurfs durch die Direktion des Innern des Kantons Zug (nachfolgend: DI) wurde die Revision der Statuten durch die Genossenversammlung der Korporation Zug vom 17. Juni 2013 angenommen. Mit Verfügung vom 12. Juli 2013 genehmigte die DI die revidierten Statuten. Bereits mit Schreiben vom 1. Juli 2013 an den Regierungsrat hatte XY, ein Mitglied der Korporation Zug mit Wohnsitz in Pfäffikon SZ, diesem beantragt, die revidierten Statuten nicht zu genehmigen. Zur Begründung brachte er vor, die in § 5 beschlossene Einschränkung der Berechtigung zum Bezug des Korporationsnutzens und die in § 10 beschlossene Einschränkung des Stimmrechts an der Genossenversammlung auf die im Kanton Zug wohnhaften Korporationsmitglieder würden sein wohlerworbenes Recht

auf Besitzstandswahrung, seinen Anspruch auf Gleichbehandlung (Art. 8 Abs. 1 BV) und das Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) verletzen. (...)

Mit Beschluss vom 18. März 2014 trat der Regierungsrat auf die Beschwerde von XY gegen die Verfügung der DI vom 12. Juli 2013 über die Genehmigung der revidierten Statuten der Korporation mangels Legitimation nicht ein, hiess die Beschwerde als solche gegen den Beschluss der Genossenversammlung vom 17. Juni 2013 betreffend §§ 5 und 10 der revidierten Statuten teilweise gut und hob § 10 der revidierten Statuten auf; im Übrigen trat er auf die Beschwerde nicht ein und gab der Aufsichtsbeschwerde keine Folge. Dagegen erhob die Korporation am 17. April 2014 Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Antrag, es sei § 10 der revidierten Statuten zu bestätigen.

Aus den Erwägungen:

2. a) In formeller Hinsicht ist zu klären, ob die Vorinstanzen die gegen die Statutenrevision gerichteten Eingaben von XY an den Regierungsrat bezüglich ihres Rechtsmittelcharakters zutreffend gewürdigt und an die Hand genommen haben, was von der Beschwerdeführerin in Frage gestellt wird.

(...)

b) Die Eingabe von XY vom 1. Juli 2013 war entgegen der Auffassung der Korporation Zug nicht als Stimmrechtsbeschwerde im Sinne von § 17bis GG entgegenzunehmen, da diese nur wegen Verletzung des Stimmrechts und wegen Unregelmässigkeiten «bei der Vorbereitung und Durchführung von Wahlen und Abstimmungen» (§ 17bis Abs. 1 GG) gegeben ist. Ganz offensichtlich machte er keine Rügen zu seinem Stimmrecht oder betreffend Mängeln in der Vorbereitung und Durchführung der Genossenversammlung der Korporation Zug vom 17. Juni 2013 geltend. Vielmehr richteten sich seine Vorbringen in materieller Hinsicht klar gegen die §§ 5 und 10 der revidierten Statuten mit dem Ziel einer abstrakten Normenkontrolle. Wie der Regierungsrat unter Verweis auf das Urteil des Verwaltungsgerichts V 2007/122 vom 18. Dezember 2007 (GVP 2007, 142, E. 2.d) richtigerweise befand, steht gegen den Beschluss der Genossenversammlung vom 17. Juni 2013 als einem Gemeindeversammlungsbeschluss nicht die Stimmrechtsbeschwerde, sondern die Verwaltungsbeschwerde gemäss § 17 GG zur Verfügung. Demgemäss können Gemeindeversammlungsbeschlüsse, Beschlüsse des Grossen Gemeinderates und des Gemeinderates beim Regierungsrat angefochten werden. Die Eingabe von XY war daher als Verwaltungsbeschwerde im Sinne von § 17 GG entgegenzunehmen. Tatsächlich hätte auf eine Stimmrechtsbeschwerde, wie die Korporation hier zu ihren Gunsten geltend macht, infolge verpasster Frist nicht eingetreten werden können, da eine solche nach dem damals anwendbaren Recht innert drei Tagen seit der Entdeckung des Beschwerdegrundes, spätestens jedoch am dritten Tag nach der amtlichen Veröffentlichung der Ergebnisse im Amtsblatt hätte erhoben werden müssen (§ 17bis Abs. 2 GG i.V.m. § 67 Abs. 2 WAG in der bis 2. August 2013 gültigen Fassung). Nicht zutreffend ist aber die An-

sicht der Beschwerdeführerin, vorliegend wäre gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Sinne von BGE 123 I 41 E. 6b und 112 Ia 136 E. 3a und b gegenüber einem Erlass, der selber das politische Stimmrecht regle, die Stimmrechtsbeschwerde zu ergreifen gewesen und der Regierungsrat habe zu Unrecht das Verwaltungsgerichtsurteil in GVP 2007, 142 herangezogen. Wie erwähnt, ist das Urteil des Verwaltungsgerichts von 2007 hier einschlägig, weshalb darauf verwiesen werden kann. Die erwähnten Bundesgerichtsentscheide beziehen sich aber auf die damals einschlägige Regelung der staatsrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht mit ihrer Unterscheidung von Stimmrechtsbeschwerde nach Art. 85 lit. a des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (OG, gültig gewesen bis 31. Dezember 2006) und Verfassungsbeschwerde nach Art. 84 Abs. 1 lit. a OG. Gemäss der Rechtsprechung (vgl. z. B. BGE 119 Ia 171) bestanden zwischen diesen beiden Rechtsmitteln wichtige Unterschiede in der Regelung der Legitimation. Daraus kann für die Anwendung von § 17 und 17bis GG nichts abgeleitet werden.

3. a) In materieller Hinsicht zu beurteilen ist die Rechtmässigkeit des von der Genossenversammlung am 17. Juni 2013 beschlossenen neuen § 10 der Korporationsstatuten. Dieser hat folgenden Wortlaut:

§ 10: Genossenversammlung
Die Genossenversammlung besteht aus den stimmberechtigten Mitgliedern der Korporation Zug. Stimmberechtigt sind Mitglieder der Korporation Zug,
a) die nach Massgabe der kantonalen Gesetzgebung die allgemeinen Voraussetzungen für die Stimmberechtigung erfüllen,
b) die im Genossenregister mit aktueller Wohnadresse verzeichnet sind und
c) den Wohnsitz im Kanton Zug haben.
Wer an der Genossenversammlung teilnehmen will, muss sich auf Aufforderung hin durch einen geeigneten Ausweis über seine Identität gegenüber dem Verwaltungsrat legitimieren.

Die Kantonsverfassung vom 31. Januar 1894 (BGS 111.1, KV) enthält zum Stimmrecht folgende Bestimmungen:

§ 27
1 Das Stimmrecht für kantonale Wahlen und Abstimmungen wird ausschliesslich in der Wohngemeinde ausgeübt.
2 Das Recht, zu stimmen und zu wählen sowie die Wählbarkeit besitzen:
Alle Kantonsbürger und -bürgerinnen und im Kanton gesetzlich niedergelassenen Schweizer Bürger und Bürgerinnen, welche das 18. Altersjahr zurückgelegt haben und sich nicht in einem der unten aufgeführten Ausnahmefälle befinden.
3 Wer wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche entmündigt ist, hat kein Stimmrecht.

§ 28
Das Gesetz bestimmt für jede Gemeindeart den Kreis der Stimmberechtigten.

Das Gemeindegesetz umschreibt das Stimmrecht für die Korporationsgemeinden wie folgt:

§ 138 Stimmrecht
1 Stimmberechtigt sind die nach § 27 der Kantonsverfassung und den Satzungen stimmfähigen Genossen, die in der Schweiz Wohnsitz haben, oder, wo Realnutzungsberechtigungen bestehen, die stimmfähigen Inhaber dieser Realrechte oder deren Bevollmächtigte.

Das Gemeindegesetz umschreibt das Stimmrecht für die politischen Gemeinden wie folgt:

§ 63 Stimmrecht
1 Stimmberechtigt sind die gemäss § 27 der Kantonsverfassung stimmfähigen und in der Gemeinde wohnhaften Schweizer Bürger und Bürgerinnen.

Das Gemeindegesetz umschreibt das Stimmrecht für die Bürgergemeinden wie folgt:

§ 122 Stimmrecht
Stimmberechtigt sind die im Kanton Zug wohnhaften und aufgrund des Bürgerrechtes steuerpflichtigen, gemäss § 27 der Kantonsverfassung stimmfähigen Bürger und Bürgerinnen.

Das Gemeindegesetz umschreibt das Stimmrecht für die Kirchgemeinden wie folgt:

§ 131 Stimmrecht
Stimmberechtigt sind die auf dem Gebiet der betreffenden Kirchgemeinde wohnhaften, gemäss § 27 der Kantonsverfassung stimmfähigen Personen der gleichen Konfession, unter Vorbehalt des Ausländerstimmrechtes gemäss § 133.

(...)

4. a) Zunächst ist festzustellen, dass die Korporation Zug eine Gemeinde und damit eine öffentlich-rechtliche Körperschaft im Sinne von § 73 der Verfassung des Kantons Zug vom 31. Januar 1894 (KV) bzw. eine Genossenschaft und Korporationsgemeinde im Sinne von § 136 ff. des Gesetzes über die Organisation und die Verwaltung der Gemeinden (Gemeindegesetz [GG]; BGS 171.1) ist. Als solche ist sie u.a. in ihrer Tätigkeit und der Festlegung der Statuten an die Grundrechte gebunden (Art. 35 Abs. 2 BV). Insbesondere gilt innerhalb der Korporation das Gleichbehandlungsgebot im Rahmen von Art. 8 BV (BGE 132 I 68, 72). Im Gemeindegesetz ist in § 3 (Autonomie) festgehalten, dass die Korporationen ihre Angelegenheiten im Rahmen der Verfassung, der Gesetze und des ihnen zustehenden Ermessens selbständig ordnen (Abs. 1).

(...)

Umstritten ist, ob der von der Korporation Zug gewünschten Revision von § 10 ihrer Statuten

die gesetzliche Regelung von § 138 GG entgegensteht, die wie folgt lautet: Stimmberechtigt sind die nach § 27 der Kantonsverfassung und den Satzungen stimmfähigen Genossen, die in der Schweiz Wohnsitz haben, oder, wo Realnutzungsberechtigungen bestehen, die stimmfähigen Inhaber dieser Realrechte oder deren Bevollmächtigte. Die Auslegung der massgeblichen gesetzlichen Grundlagen ergibt Folgendes:

b) Das Gesetz ist in erster Linie aus sich selbst, d.h. nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen und Zielsetzungen auszulegen; dabei hat sich die Gesetzesauslegung vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Rechtsnorm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis aus der ratio legis (grundlegend: BGE 121 III 219 E. 1d/aa S. 225 f.; BGE 128 I 34 E. 3b S. 40 f.; BGE 128 III 113 E. 2a; BGE 125 II 192 E. 3a; BGE 124 IV 106 E. 3a, je mit Hinweisen).

c) In grammatikalischer Auslegung ist davon auszugehen, dass die Kantonsverfassung für die Bestimmung des Kreises der Stimmberechtigten in den Gemeinden in § 28 ausdrücklich für jede Gemeindeart auf das Gesetz verweist. Vom Wortlaut her ist zum entsprechenden § 138 GG betreffend die Korporationen festzustellen, dass dieser zunächst auf die allgemeinen, persönlichen Voraussetzungen der Stimmfähigkeit, nämlich als Voraussetzung der Stimmberechtigung, verweist, und zwar gemäss der Regelung in der Kantonsverfassung und den Statuten. Demgemäss besitzt kraft Verfassungsrechts das (allgemeine und gleiche, in der Wohngemeinde auszuübende) Stimmrecht und die Wählbarkeit, wer Kantonsbürger bzw. -bürgerin (oder alternativ im Kanton gesetzlich niedergelassen) ist, das 18. Altersjahr zurückgelegt hat und nicht wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche entmündigt ist (§ 27 Abs. 2 und 3 KV). Es ist also davon auszugehen, dass sich der Verweis sowohl auf die Kantonsverfassung als auch auf die Satzungen in § 138 GG einzig und allein auf die Stimmfähigkeit in diesem Sinne bezieht, während die Ausübung des Stimmrechts vom Gesetzgeber ausdrücklich vom Wohnsitz in der Schweiz abhängig gemacht wird. Stimmberechtigt sind also in den Korporationen gemäss dem ersten Halbsatz von § 138 GG die in der Schweiz wohnhaften Genossen, die nach § 27 KV und den Statuten stimmfähig sind, und gemäss dem zweiten Halbsatz – wo Realnutzungsberechtigungen bestehen – die Inhaber der Realrechte oder deren Bevollmächtigte, die – ebenfalls – nach § 27 KV und den Statuten stimmfähig sind. Dabei ist zu berücksichtigen, dass im schweizerischen Staatsrecht allgemein davon auszugehen ist, dass das Stimmrecht bzw. dessen Ausübung sowohl die Stimmfähigkeit als auch die Stimmberechtigung voraussetzt. Stimmfähig ist allgemein, wer Kantonsbürger oder niedergelassener Schweizer ist, das 18. Altersjahr zurückgelegt hat und nicht wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche entmündigt ist bzw. unter umfassender Beistandschaft steht, während stimmberechtigt bzw. aufgrund seiner Stimmfähigkeit zur Ausübung des Stimmrechts zugelassen ist, wer – über die Stimmfähigkeit hinaus – die in der Regel vorausgesetzte (zivilrechtliche) Wohnsitznahme in Gemeinde, Kanton oder der Schweiz und die Eintragung in ein Stimmregister oder eine allfällige andere Voraussetzung nachweisen kann. Gestützt darauf liegt jedenfalls die Interpreta-

tion nicht nahe, dass der auch auf die Satzungen verweisende Wortlaut im ersten Halbsatz von § 138 GG es zuliesse, dass das anschliessend für das Stimmrecht ausdrücklich statuierte Wohnsitzerfordernis in der Schweiz durch die Korporationsstatuten eingeschränkt werden könnte.

Immerhin ist einzuräumen, dass es sich bei dieser am naheliegendsten erscheinenden «Lesart» nicht um eine völlig eindeutige Ableitung handelt, zumal der Gesetzgeber eine klare Unterscheidung zwischen Stimmberechtigung und Stimmfähigkeit weitgehend vernachlässigt hat (vgl. das hinten noch angeführte Zitat aus dem Gesetzgebungsverfahren von Dr. Paul Stadlin). Es liegt im Weiteren aber auch aufgrund der je einzeln aufgezählten Wohnsitzerfordernisse für die Stimmrechte in den vier Gemeindearten nahe, von einer jeweils gleich strengen, d.h. je gleichermassen verbindlichen Regelung durch den Verfassungs- bzw. Gesetzgeber für alle Gemeindearten auszugehen. Demgemäss ist anzunehmen, dass zum einen das vom Gesetzgeber für alle Gemeinden stets wiederholte Kriterium der «gemäss § 27 der Kantonsverfassung stimmfähigen» Genossen (§ 138) bzw. Bürger (§ 63) bzw. Personen der gleichen Konfession (§ 131) über alle Gemeindearten gleichermassen verbindlich angewendet werden soll. Zum andern soll der vom Gesetzgeber gemäss dem Auftrag des Verfassungsgebers in § 28 KV für «jede» Gemeindeart bestimmte Kreis der Stimmberechtigten verbindlich sein, d.h. der Wohnsitz in der «Gemeinde» (§ 63) bzw. dem «Kanton» (§ 122) bzw. dem «Gebiet der betreffenden Kirchgemeinde» (§ 131) bzw. – bei den Korporationen – der «Schweiz» (§ 138).

Wenn bei den Korporationsgemeinden für die Bestimmung der Stimmfähigkeit zusätzlich, und zwar auf gleicher Stufe wie die Verweisung auf § 27 KV, die jeweilige Regelung in den Satzungen erwähnt wird, so erklärt sich dies schon vom Vergleich der Wortlaute der verschiedenen Bestimmungen für die vier Gemeindearten her. Denn dies hat ganz offensichtlich mit der – im Unterschied zum jeweils bereits im Gemeindegesetz bestimmten Kreis der Gemeindeangehörigen bei den anderen drei Gemeindearten – je unterschiedlichen rechtlichen Ausgestaltung der verschiedenen zugerischen Korporationsgemeinden hinsichtlich der Mitgliedschaftsrechte zu tun, auf die der kantonale Gesetzgeber zu Recht und einzig Rücksicht nehmen wollte. Von daher kann aber die anschliessende, für alle Korporationsgemeinden für das Stimmrecht statuierte Voraussetzung des schweizerischen Wohnsitzes nicht auch noch als der statutarischen Freiheit unterliegender Rahmen betrachtet werden, von dem abgewichen werden könnte. Vielmehr erscheint die Interpretation naheliegend, dass nach dem in § 138 GG zum Ausdruck kommenden Verständnis des Gesetzgebers die Statuten nur, aber immerhin, als Ausgangskriterium bestimmen können und sollen, wer überhaupt zu den Genossen gehört und damit stimmfähig ist, z. B. aufgrund des Geschlechternamens bzw. der Abstammung von einem Geschlecht usw. Der Gesetzgeber wollte aber selber festlegen, dass den jeweils als solche anerkannten Genossen das Stimmrecht zustehen muss, sofern sie in der Schweiz Wohnsitz haben.

Hätte der Gesetzgeber den Korporationen bezüglich des Stimmrechts tatsächlich abweichend von den übrigen Gemeindearten eine weiterreichende Autonomie – im Sinne des von der

Korporation vertretenen Verständnisses einer (derogierbaren) «Maximallösung» – einräumen wollen, so hätte er wohl eine klarere Formulierung gewählt.

d) Die teleologische Auslegung einer Rechtsnorm zielt darauf ab, ihren Sinn und Zweck zu ermitteln. Es ist somit auf die grundlegenden Wertungen des Gesetzgebers abzustellen bzw. auf die ratio legis (vgl. Wiederkehr/Richli, Praxis des allg. Verwaltungsrechts, Bd. I, Bern 2012, Rz. 976 ff. mit vielen Hinweisen). Vorliegend ist aufgrund der Regelungen in den §§ 63, 122, 131 und 138 GG davon auszugehen, dass der Gesetzgeber aufgrund des Verfassungsauftrags von § 28 KV für alle Gemeindearten als öffentlich-rechtliche Körperschaften selber und abschliessend über die Wohnsitzerfordernisse für die Stimmberechtigung legiferieren wollte, handelt es sich doch bei den Stimmberechtigten um ein Staatsorgan und sind ihre politischen Rechte, d.h. das Stimmrecht, von grundlegender verfassungsrechtlicher Bedeutung. Wie bei den anderen Gemeindearten sollte also das Stimmrecht der Genossen bezüglich des Kreises der Berechtigten nicht der autonomen Ausgestaltung unterliegen. Denn wie der Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin mit seinem Herunterbrechen des Inhalts der umstrittenen Statutenrevision auf die Schlagworte der «aktiven» und «passiven» Genossenschaftsrechte offensichtlich selber erkannte, handelt es sich bei der Frage des Stimmrechts der Genossen um den wohl wesentlichen Inhalt des Genossenrechts selber. Die politischen Rechte vermitteln der Bürgerschaft überhaupt erst eine bestimmende Teilhabe an der staatlichen Entscheidfindung und sind darum nach schweizerischem Verständnis stets durch Verfassung und Gesetz festgelegt (vgl. allgemein dazu Tschannen, Staatsrecht der Schweiz. Eidgenossenschaft, 3.A. 2011, § 48 Rz. 2). Sie stehen – mit Ausnahme klarer, abweichender Regelungen, welche hier nicht gegeben sind – nicht im Belieben der in ihrer Autonomie vom kantonalen Recht abhängigen Körperschaft. Während das Stimmrecht der Genossen und Genossinnen wie jenes der Mitglieder der Einwohner-, Bürger- und Kirchgemeinden grundsätzlich auf Gesetzesstufe garantiert sein soll, liegt es aber im Kanton Zug in der – historisch begründeten – Autonomie der Korporationen, selber darüber zu bestimmen, wer überhaupt ihr Mitglied bzw. Genosse oder Genossin sein soll. Dies schon deshalb, weil der Begriff des Korporationsbürgerrechts im kantonalen zugerischen Recht als solcher nicht definiert wird. Wollte der Gesetzgeber die Korporationen nicht nur selber über ihre Mitgliedschaft bzw. die Teilhabe am Korporationsgut entscheiden lassen (§ 136 Abs. 2 GG i.V. mit § 73 Abs. 1 KV), sondern auch über das Stimmrecht in ihren inneren Angelegenheiten, so würde er sich eines Teils seiner staatspolitischen Aufgabe und Verantwortung begeben. Dies wäre zwar möglich, bedürfte aber einer klaren politischen Entscheidung in diese Richtung. Eine solche ist aber sowohl bezüglich des alten wie des neuen Gemeindegesetzes nicht ersichtlich, wie auch die weitere Auslegung erweist. Der Vergleich der Regelungen des Stimmrechts im Gemeindegesetz lässt vielmehr den Schluss zu, dass der Gesetzgeber sich bei allen vier Gemeindearten jeweils zum Wohnsitzerfordernis geäussert hat, ohne dass der jeweiligen Gemeinde eine autonome Derogationsmöglichkeit eingeräumt werden sollte. Während eine einschränkendere Regelung des Stimmrechts in den Einwohner-, Bürger- und Kirchgemeinden schon aus staatspolitischen Gründen kaum denkbar erscheint, so wäre – jedenfalls theoretisch – umgekehrt eine allenfalls weiter gezogene Regelung in den Bürger- und Kirchgemeinden theoretisch denkbar (z. B. in den

Bürgergemeinden eine Erweiterung auf die in der Schweiz wohnhaften Bürger). Was die Korporationen betrifft, so hat der Gesetzgeber das Wohnsitzerfordernis am weitesten gezogen, was sich zweifellos damit rechtfertigen lässt, dass die staatspolitischen Aufgaben der Korporation am wenigsten eng mit dem Wohnsitz der Genossen am Ort der Korporation verknüpft sind. Sie beruhen weitgehend auf dem Aspekt der Verwaltung und Gestaltung des überlieferten Korporationsgutes im Schosse des durch Abstammung von den zugehörigen Familien gebildeten Genossenkreises. Es macht Sinn, dass diese nur bei den Korporationen bestehenden Aufgaben auch bei einem Wohnsitzwechsel innerhalb der Schweiz weiterhin sollen gepflegt werden können. Dies liegt durchaus im Interesse eines lebendigen Gemeinwesens, als welches sich der Kanton Zug, aber auch die städtische Korporation zweifellos versteht. Der Beschwerdegegner XY weist auf ein offenbar existierendes literarisches Werk über die Korporation Zug hin, das den sozusagen «familiären» Zusammenhang innerhalb der Korporation einprägsam zum Ausdruck bringen soll mit dem Titel «Familienangelegenheit». Wenn das Bundesgericht im Entscheid BGE 132 I 68 E. 4.3.5 in Sachen Genossame Lachen gegen Mächler den Wohnsitz als verfassungskonformes Kriterium nannte, um die Zahl der Mitglieder einer Genossame und damit deren Verwaltungsaufwand begrenzt zu halten, so steht dem die bestehende Stimmrechtsregelung von § 138 GG gemäss dem hier vertretenen Verständnis keineswegs entgegen. Ist auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung das zentrale Prinzip, das die Mitglieder der Korporationen verbindet, die Abstammung, so entspricht es jedenfalls dem geltenden § 138 GG, dass die Korporationsstatuten das Stimmrecht unter den Genossen nicht unterschiedlich festlegen dürfen. Dass der Gesetzgeber Genossen mit Wohnsitz ausserhalb der Schweiz vom Stimmrecht ausschloss, beruht hingegen seinerseits auf staatspolitischen Gründen. Demgegenüber gilt bei den Gemeinden mit Realnutzungsberechtigung aus naheliegenden Gründen die Beschränkung bzw. das Faktum des auf die stimmfähigen Inhaber einer Gerechtigkeit eingeschränkten Stimmrechts. Wie der Beschwerdegegner XY zu Recht anführt, hat z. B. die Korporation Unterägeri in § 7 Ziff. 3 ihrer Statuten die Nutzungsberechtigung auf das Kantonsgebiet eingeschränkt und die Stimmberechtigung nicht mit dem Wohnsitz gekoppelt. Eine Einschränkung des Kreises der stimmberechtigten Genossen könnte aber vom Gesetzgeber durchaus in Erwägung gezogen werden. Dies ist aber nicht mittels teleologischer Auslegung des geltenden kantonalen Rechts zu erreichen, sondern mittels einer Revision von § 138 GG.

e) Wie bereits in der teleologischen Auslegung und in jener nach dem Wortlaut anklang, spricht auch die systematische Auslegung als Berücksichtigung des Verhältnisses zu anderen Rechtsnormen und des logischen Zusammenhangs mit diesen nicht für eine einzig für die Korporationsgemeinden, nicht aber für die anderen Gemeindearten vorgesehene Freiheit in der Ausgestaltung des Stimmrechts. Gerade weil es sich beim Stimmrecht um das wohl wichtigste politische Recht innerhalb der vom kantonalen Verfassungsrecht geregelten öffentlichrechtlichen Körperschaften handelt, ist ein Verständnis zu favorisieren, das die verschiedenen Gemeindearten bzw. deren gesetzliche Regelungen hinsichtlich ihrer Verbindlichkeit gleichermassen behandelt. Die in § 3 GG allgemein garantierte Autonomie der Gemeinden, ihre Angelegenheiten im Rahmen der Verfassung, der Gesetze und des ihnen zustehenden Er-

messens selber zu regeln, begründet keine Freiheit zur Regelung des auch in § 138 gerade explizit festgelegten Stimmrechts. Und Art. 50 Abs. 1 BV gewährleistet die Gemeindeautonomie lediglich nach Massgabe des kantonalen Rechts. Demgemäss sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Gemeinden in einem Sachbereich autonom, 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. Der geschützte Autonomiebereich kann sich auf die Befugnis zum Erlass oder Vollzug eigener kommunaler Vorschriften beziehen oder einen entsprechenden Spielraum bei der Anwendung kantonalen oder eidgenössischen Rechts betreffen. Im Einzelnen ergibt sich der Umfang der kommunalen Autonomie also aus dem für den entsprechenden Bereich anwendbaren kantonalen Verfassungs- und Gesetzesrecht (BGE 139 I 169 E. 6.1 S. 173 f.; 138 I 242 E. 5.2 S. 244 f. mit Hinweisen). Auch aus der Bestimmung von § 140 GG betreffend die Organisation der Korporation lässt sich keine weitergehende Autonomie hinsichtlich des Stimmrechts ihrer Mitglieder ableiten. Ebensowenig ist ersichtlich, dass aufgrund der Möglichkeit des Zusammenschlusses von Korporationsgemeinden mit Bürger- oder Einwohnergemeinden nach § 141 GG und der daraus bzw. aufgrund des Untergangs der Korporation (vgl. analog die Regelung in § 126 GG) folgenden Neuregelung des Stimmrechts anzunehmen wäre, dass das Wohnsitzerfordernis für die Korporationen nach § 138 nicht verpflichtend wäre. Nicht zu hören ist weiter, dass die Korporation Zug mit § 10 der revidierten Statuten nichts anderes einführen wolle als etwas, das bei den Bürgergemeinden als selbstverständlich gelte (§ 122 GG). Die verschiedenen Gemeindearten werden vom Gesetzgeber gerade unterschiedlich geregelt. Zu erwähnen ist schliesslich, dass ein Vergleich mit den Regelungen in anderen Kantonen ganz offensichtlich nicht statthaft sein kann, da es sich bei den Korporationen um je eigene Institutionen des kantonalen Rechts mit ihrer je eigenen verfassungsmässigen Bedeutung und vor allem Geschichte handelt, auf die sogleich zurückzukommen ist. Die von der Korporation angeführten ausserkantonalen Beispiele mögen für den Gesetzgeber im Hinblick auf eine allfällige, legitime Überprüfung oder Neugestaltung der Gemeindeordnung von Interesse und Bedeutung sein, nicht aber für die richtige Interpretation des anwendbaren kantonalen Rechts. Es erübrigt sich deshalb, entsprechende Vergleiche anzustellen und zu bewerten.

f) In historischer Hinsicht ist im Auslegungsprozess auch auf den Gehalt einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung bzw. die damaligen Umstände des Gesetzgebungsprozesses und die Regelungsabsicht des Gesetzgebers abzustellen (vgl. Richli/Wiederkehr, a.a.O., Rz. 1010 ff.). Zu konsultieren sind insbesondere die Wurzeln und die Vorgeschichte, auf denen ein Gesetz oder eine Gesetzesrevision aufbaute.

aa) Für die Beurteilung der Frage des Stimmrechts in den Korporationen des zugerischen Rechts kann auf einen Blick in die Entwicklung des zugerischen Staatswesens nicht verzichtet werden. Hierbei ist zunächst zu berücksichtigen, dass in der Helvetik im Kanton Zug ein bleibender Dualismus nebeneinander bestehender Gemeinden erstand, indem neben der Munizipalgemeinde als Vorläuferin der späteren Einwohnergemeinde, welche alle Niederge-

lassenen eines Ortes umfasste und auf dem Territorialprinzip beruhte, die Bürgergemeinde alle Anteilhaber an den Gemeindegütern unabhängig vom Wohnort als Mitglieder umfasste und so als Personalkörperschaft ausgestaltet war (Frigo, Die Bürger- und Korporationsgemeinden im Kanton Zug, Zürich 1971, S. 1 f.). Die neue Verfassung vom 5. September 1814 ging grundsätzlich wieder von der Einheitsgemeinde aus, liess aber eine getrennte Verwaltung des Gemeindegutes und des ausgeschiedenen Korporationsgutes durch die Korporationsgenossenschaften zu. Erstmals erhielten diese in der Kantonsverfassung vom 8. Januar 1848 die Bezeichnung Korporationsgemeinden (Frigo, S. 4 f.). Die Kantonsverfassung von 1873/76 kannte bereits die Einwohner-, Bürger-, Kirchen- und Korporationsgemeinden (Frigo, S. 9 ff.). Am 20. November 1876 wurde das neue Gemeindegesetz angenommen. Es bestimmte in § 84 Abs. 2, dass die nach § 27 der Kantonsverfassung stimmfähigen – d.h. über das Stimmrecht für kantonale Wahlen und Abstimmungen verfügenden – Genossen (oder wo Realnutzungsberechtigungen sind, die stimmfähigen Inhaber dieser Realrechte oder deren Bevollmächtigte) an den Korporationsgemeinden stimmberechtigt sind. Aus dem Verweis in § 84 Abs. 2 aGG auf § 27 (über das Stimmrecht und die Stimmfähigkeit für kantonale Wahlen und Abstimmungen) und § 28 aKV («Hinsichtlich der Stimmfähigkeit in Gemeinde-Angelegenheiten verfügt Abschnitt V [handelnd von den Gemeinden»]) und aus § 73 Abs. 1 aKV («Wo in einer Gemeinde Korporationsgut vorhanden ist, bilden die Anteilhaber an demselben eine Korporationsgemeinde. Die nach § 27 stimmfähigen Genossen (...) wählen die Korporationsverwaltung und geben sich (...) ihr Reglement»), lässt sich entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin keine damals weiterreichende Autonomie der Korporationen zur Frage des Stimmrechts ableiten. Dies zumal, weil im Jahre 1894 wohl noch kaum Korporationsbürger ausserhalb der Gemeinden wohnten und entsprechender Mehraufwand kaum entstand, vor allem aber, weil der persönliche Bezug zur Korporation und ihrem Genossengut sowie der Anspruch auf Mitgestaltung im Hinblick auf das damals bestimmt noch viel wichtigere Nutzenbetreffnis zweifellos viel grösser war als etwa heute. So stellte auch das Bundesgericht im erwähnten Entscheid zu den Allmendgenossenschaften fest, dass diese früher durch die gemeinsame Nutzung von Gütern (Allmenden) eigentliche Überlebensgemeinschaften dargestellt hätten, weshalb die Beschränkung der Mitglieder – nicht ihres Stimmrechts – Sinn gemacht habe. Zudem verwies § 28 aKV für die «Stimmfähigkeit» in Gemeinde-Angelegenheiten auf Abschnitt V bzw. § 73 aKV, während der heutige § 28 KV für die Bestimmung des Kreises der «Stimmberechtigten» auf das Gesetz verweist. Allerdings verwies § 73 aKV ohne materielle Regelung zurück auf § 27 aKV über das Stimmrecht für kantonale Wahlen und Abstimmungen, der einen ausführlichen Absatz 6 zur Stimmfähigkeit bzw. deren Fehlen enthielt. Für die Frage der Stimmberechtigung war gemäss § 73 aKV darauf zu schliessen, dass uneingeschränkt die dort erwähnten «Anteilhaber», soweit sie nach § 27 aKV stimmfähig waren, die Korporationsverwaltung wählten und sich ihr Reglement gaben. Wie der Vergleich zeigt, verweist erst die neue Fassung von § 28 KV für die Bestimmung des Kreises der Stimmberechtigten auf das Gesetz, und hatte der alte Verfassungsgeber offensichtlich nicht genau unterschieden zwischen Stimmberechtigung und Stimmfähigkeit (vgl. z. B. die Regelung von § 70 Abs. 3 aKV: «In den Einwohner-Gemeindeversammlungen sind stimmfähig: Alle stimmberechtigten Gemeindebürger, welche nicht anderswo niedergelassen sind und alle gemäss §§ 27 und 29

in kantonalen Angelegenheiten stimmberechtigten niedergelassenen Schweizerbürger»). Tatsächlich hielt auch Dr. Paul Stadlin in der Kantonsratsvorlage Nr. 4514 vom 14. Juli 1980 (Bericht und Antrag der vorberatenden Kommission zur Endbereinigung) zu § 28 KV fest: «Sodann konstatieren die Kommissionen in terminologischer Hinsicht, dass «Stimmberechtigung» und «Stimmfähigkeit» bzw. «stimmberechtigt» und «stimmfähig» gleichwertige Ausdrücke sind. Um Verwirrung zu vermeiden, sollen jedoch an erster Stelle einheitlich die Worte «Stimmberechtigte» bzw. «stimmberechtigt» im Zusammenhang mit dem Gemeinderecht verwendet werden, was in verschiedenen Paragraphen kleine Anpassungen nötig macht».

Nach Gesetz bestanden und bestehen bis heute die Einwohnergemeinden auf territorialer Grundlage, die Kirchgemeinden mit zusätzlicher personeller Basis. Die Bürgergemeinden sind Gemeinden mit speziellen Zwecken auf rein personaler Grundlage, d.h. Gemeindemitglied ist, wer das betreffende Gemeindebürgerrecht besitzt. Die Bürgergemeinde ist in Bezug auf die Bürgerrechtserteilung wie auch die Steuerhoheit vom kantonalen Verfassungsgeber mit Gebietshoheit ausgestattet worden (Frigo, S. 30). Die Korporationsgemeinden stellen auf markgenossenschaftlicher Grundlage beruhende Nutzkorporationen des öffentlichen Rechts dar und sind ausdrücklich als vierte Gemeindeart anerkannt. Sie sind analog den Bürgergemeinden zu den Gemeinden mit speziellen Zwecken auf rein personaler Grundlage zu zählen (Frigo, 22). Der Begriff des Korporationsbürgerrechts wurde im zugerischen Recht nie definiert. Gemäss Frigo (S. 40 ff.) ist das zugerische Korporationsbürgerrecht ein öffentlichrechtliches reales oder ideales Zugehörigkeitsverhältnis. In den Personalgemeinden vermittelt das Korporationsbürgerrecht grundsätzlich die volle, reale Zugehörigkeit zur Korporation, wobei die Pflichten und Rechte der Mitglieder, v.a. das fundamentale Nutzungsrecht, nicht für alle gleich sind, sondern von verschiedenen Faktoren abhängig sein können. Demgegenüber bildet in den Gerechtigkeitsgemeinden das Korporationsbürgerrecht nur ein Teilerfordernis zur realen Mitgliedschaft, d.h. es bringt die ideale Zugehörigkeit zum Ausdruck. So braucht es neben dem Korporationsbürgerrecht den Besitz eines Realrechtes, einer sog. Gerechtigkeit (Korporations- oder Gerechtigkeitshaus), um eigentliches Gemeindemitglied zu sein (in der Korporationsgemeinde Baar-Dorf können die Realrechte allerdings unabhängig vom Liegenschaftseigentum erworben werden). Was die hier interessierende mitgliedschaftliche Stellung der Korporationsbürger betrifft, so ist – bzw. war bis zu den neuzeitlichen Anforderungen aus der Gleichberechtigung der Geschlechter – zugerischer Korporationsbürger im weiteren Sinne derjenige (Orts-)Bürger, dessen Namen zu den alten Gemeindegeschlechtern gehört und im Genossenregister eingetragen ist, im engeren Sinne, wer am Nutzenertrag seiner Korporationsgemeinde teilhat. In den Personalgemeinden ist der Unterschied dieser Klassifikation höchstens wohnsitz- oder altersbedingt, d.h. die Nutzungsberechtigung am Korporationsgut bzw. an dessen Erträgnissen kann in den Schranken des höheren Rechtes von gewissen Erfordernissen wie Alter und Wohnsitz abhängig gemacht werden, parallel zum Recht des Ortsbürgers. In den Gerechtigkeitsgemeinden bildet indessen grundsätzlich der Besitz eines Realrechtes das klassierende Element.

Zu der – vor dem neuen Gemeindegesetz von 1980 gültigen – Stimmberechtigung nach

kantonalem Recht in den beiden bürgerlichen Gemeinden führt Frigo (S. 70 ff.) aus, dass gemäss § 84 aGG die nach § 27 der Kantonsverfassung stimmfähigen Genossen (oder wo Realnutzungsberechtigungen sind, die stimmfähigen Inhaber dieser Realrechte) oder deren Bevollmächtigte an den Korporationsgemeinden stimmberechtigt sind. Er weist darauf hin, dass daraus, dass das kantonale Recht das Stimmrecht in kantonalen Angelegenheiten ausser von der Stimmfähigkeit vom Wohnsitz abhängig mache und das Gesetz auf die Stimmberechtigung in kantonalen Wahlen und Abstimmungen verweise, gefolgert werden müsste, dass die Stimmrechtsausübung in jedem Fall das Stimmrecht in der gleichnamigen Einwohnergemeinde bedinge, doch werde dieser Schluss andernorts widerlegt. Danach würden einerseits für die Bürgergemeinde die stimmfähigen Ortsbürger, die aufgrund des Heimatrechts in die Bürgergemeinde steuerpflichtig seien, d.h. alle im Kanton wohnhaften Bürger, als stimmberechtigt erklärt (§ 71 Abs. 2 KV in der Fassung vor 1982), anderseits werde für die Korporationsgemeinden das Stimmrecht allen in der Schweiz wohnenden Genossen oder, wo Realnutzungsberechtigungen bestünden, den stimmfähigen Inhabern dieser Rechte zuerkannt. Während die Bürgergemeinden und Einwohnergemeinden keine weiteren Normen über die Stimmberechtigung aufgestellt hätten, werde in den Korporationsstatuten fast ausnahmslos das Stimmrecht in der Genossenversammlung nochmals umschrieben, wobei die kantonalen Normen auch ergänzt würden. So wiederhole die Korporation Zug die kantonalen Normen bezüglich Alter und Ehrenfähigkeit und erwähne ausdrücklich, dass nur männliche Genossen stimmberechtigt seien und dass ausserhalb des Kantons wohnhafte Stimmberechtigte zur Legitimation angehalten werden könnten, da sie in keinem Stimmregister einer Zuger Gemeinde eingeschrieben seien. In den Korporationsgemeinden, die neben der Zugehörigkeit zu einem Korporationsgeschlecht noch den Besitz einer Gerechtigkeit zur vollen Gemeindemitgliedschaft voraussetzten, sei das Stimmrecht mit Ausnahme von Hünenberg an den Besitz einer Gerechtigkeit gebunden und somit verdinglicht. Allerdings erkläre die Korporationsgemeinde Hünenberg nur die im Kanton Zug wohnhaften Genossen für stimmberechtigt, was gegen kantonales Recht verstosse, denn die Stimmberechtigung müsse allen auf Schweizer Boden wohnhaften Mitgliedern zuerkannt werden (Frigo, S. 73). Wie Frigo darlegt, durfte über alle Jahrzehnte und insbesondere nach dem bis 1. Januar 1982 gültigen Gemeindegesetz von 1876 aufgrund des Vergleichs der Wortlaute von § 71 Abs. 2 und § 73 aKV die Stimmberechtigung in den Korporationsgemeinden nicht auf einen Wohnsitz im Kanton oder der Gemeinde eingeschränkt werden. So hielt § 71 Abs. 2 aKV zwar für die Bürgergemeinde fest, dass «die stimmfähigen Ortsbürger (§§ 27 und 29), welche entweder in der Gemeinde wohnen, oder aus Grund des Heimatrechtes in dieselbe steuerpflichtig sind, die Ortsbürgerversammlung bilden», während § 73 aKV bestimmte, dass die «nach § 27 stimmfähigen Genossen, oder, wo Realnutzungsberechtigungen sind, die stimmfähigen Inhaber dieser Realrechte ... die Korporationsversammlung wählen». Dieser Erkenntnis entspricht, dass – im Gegensatz zu den anderen Gemeindearten – einzige Pflichtaufgabe der Korporationsgemeinden seit je die Verwaltung der Güter ist, die als eigentlicher Gemeindezweck – unter der zurückhaltenden kantonalen Oberaufsicht (§§ 11 und 73 KV – angesehen werden kann. Es sind also keine politischen Entscheidungen zu treffen, für die der Wohnsitz als Stimmrechtskriterium eine eigentliche Bedeutung haben könnte bzw. muss. Hingegen liegt es seit je in der Kompetenz

der einzelnen Korporationen, ob ein Korporationsnutzen ausgerichtet werde. Frigo hält fest, dass es gestützt auf § 126 des aGG («Die Aufnahme in eine Korporation oder Genossenschaft ist der freien und unbeschränkten Verfügung der Genossenschaft überlassen») den Korporationsgemeinden frei stehe, den Kreis ihrer Mitglieder in freier und unbeschränkter Verfügung weiter auszudehnen, insbesondere sind sie nicht gehalten, nur Ortsbürger der betreffenden Gemeinde als Mitglieder anzuerkennen. Dies gilt auch nach der Regelung im neuen Gemeindegesetz (§ 136 Abs. 2 GG: «Die Satzungen der Korporationen bestimmen, wer Anteilhaber des Korporationsgutes ist und wer als neuer Korporationsgenosse aufgenommen werden kann»). Bei einer Weiterung des Anteilhaberkreises wäre das Nutzungsrecht nicht mehr Ausfluss des Bürgerrechtes, sondern Resultat der Anteilhabereigenschaft, d.h. der Mitgliedschaft zu der öffentlich-rechtlichen Körperschaft der Korporationsgemeinde (Frigo, S. 160 f.).

Wie die historische Betrachtung somit eindeutig ergibt, konnte nach altem Recht wohl die Nutzenauszahlung innerhalb der Korporationen eingeschränkt bzw. auf einen Wohnsitz im Kanton oder sogar in der betreffenden Ortsgemeinde eingeschränkt werden. Es konnte aber nicht das Stimmrecht über die vom – in § 84 Abs. 2 aKV keine Einschränkungen enthaltenden oder vorbehaltenden – Verfassungsrecht gezogenen Grenzen hinaus eingeschränkt werden. Die Nutzungsberechtigung und Mitgliedschaft, nicht aber das Stimmrecht, war und ist in der zugerischen Korporationsgemeinde seit je statutarisch geregelt. Entgegen der Argumentation der Korporation Zug ergibt sich daraus kein Widerspruch, dass zwar nur stimmberechtigt sein kann, wer überhaupt Genosse ist, dass die Korporationsstatuten den Kreis der Genossen aber enger fassen könnten als den vom Gesetzgeber gezogenen Kreis der Stimmberechtigung der – von den Statuten anerkannten – Genossen. Das Stimmrecht setzt eben das Genossenrecht voraus. Auch wenn es seit je zur Grundtendenz des zugerischen Verfassungsgebers gehörte, sich in den gemeinderechtlichen Angelegenheiten auf eine summarische Normierung zu beschränken und vielfach stillschweigend auf das historisch Vorgegebene und demnach auf eine weitgehende Autonomie abzustellen (Frigo, S. 20), so trifft dies gerade auf das Stimmrecht nicht zu.

bb) Aus den Materialien zu dem heute anwendbaren, neuen Gemeindegesetz vom 4. September 1980 geht nicht hervor, dass die Festlegung der Stimmberechtigung in den zugerischen Korporationen Gegenstand einer parlamentarischen Debatte gewesen wäre. Im Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 12. Januar 1979 (S. 67) wurde u.a. zu § 132 Entwurf GG (Gliederung) ausgeführt, dass nicht das Gemeindegesetz, sondern die Satzung der Korporation bestimme, wer Teilhaber an einem Korporationsgut sei. Erwähnt wurde gleichzeitig, dass der Satzungsautonomie der Korporationen Grenzen gesetzt seien durch das Institut der Korporationsgemeinde an sich, so dass durch die Satzungen der öffentlich-rechtliche Gemeindecharakter der Korporation nicht geändert werden könne. «Auch wäre es unzulässig, gewisse Grundrechte des Korporationsbürgers durch die Satzungen zu beschneiden, insbesondere sein Recht, die Korporationsverwaltung zu wählen» (zu § 135 Entwurf GG, S. 68). Diese Vorgabe betrifft nicht das Nutzenrecht, hingegen gerade das hier umstrittene, von der Verfassung für Wohnsitze in der ganzen Schweiz garantierte Stimmrecht. Der Gesetzgeber von 1980 hob

also den öffentlich-rechtlichen Gemeindecharakter der Korporation hervor und die Verpflichtung, nicht gewisse Grundrechte des Korporationsbürgers durch die Satzungen zu beschneiden, insbesondere sein elementares Recht, abzustimmen und damit die Korporationsverwaltung zu wählen. Im Gegensatz zum nachher eingeführten § 138 GG enthielt der Entwurf vom 12. Januar 1979 keine Bestimmung zum Stimmrecht, ebensowenig zu den anderen Gemeindearten (also z. B. keine Entsprechung zum später statuierten § 122 betreffend das Stimmrecht in der Bürgergemeinde). Hingegen ergeben sich aus den Anträgen des Regierungsrates zur redaktionellen Bereinigung vom 24. Juni 1980 sowie der bereinigten Anträge der vorberatenden und der Redaktionskommission vom 14. Juli 1980 folgende Anträge: § 28 KV sei wie folgt zu fassen: «Das Gesetz bestimmt für jede Gemeindeart den Kreis der Stimmfähigen», und § 63 GG und § 137bis (schliesslich als § 138 GG verabschiedet worden) seien in der heute gültigen Fassung vorzusehen.

In einem aktenkundigen, als geharnischt zu bezeichnenden Schreiben von Kantonsrat Dr. Hans Ulrich Kamer als Präsident der Redaktionskommission vom 12. Juni 1980 an den Regierungsrat bemängelte dieser u.a., dass das Stimmrecht in den verschiedenen Gemeindearten teils widersprüchlich und inkonsequent formuliert worden sei. Insbesondere könnten nach der Verfassungsvorlage von § 28 Abs. 1 KV («sind in den Gemeinden stimmfähig: alle stimmberechtigten Gemeindebürger und -bürgerinnen, welche nicht anderswo niedergelassen sind (...)») in der Korporationsgemeinde, die ja auch zu den «Gemeinden» gehöre, alle stimmberechtigten Gemeindebürger und -bürgerinnen stimmen, «die nicht anderswo niedergelassen» seien. Dies habe «selbstverständlich niemand gewollt», denn sonst hätte man die Korporationsgemeinden ebensogut in den Bürgergemeinden aufgehen lassen können. Der Regierungsrat habe entgegen dem § 28 Abs. 2 KV («Das Gesetz umschreibt für jede Gemeindeart, wer in der betreffenden Gemeinde stimmfähig ist [....]») keine derartigen Bestimmungen für das Gemeindegesetz vorgeschlagen, weshalb die vorberatende Kommission die Lücken bei den Einwohner-, Bürger- und Kirchgemeinden gefüllt habe, nicht aber bei den Korporationsgemeinden. So stehe nun, abgesehen von der «unzutreffenden» Formulierung des vorgeschlagenen § 28 Abs. 1 KV nirgends, wer in den Korporationsgemeinden stimmberechtigt sei. Im damals noch geltenden § 73 Abs. 1 KV stehe noch, dass «die nach § 27 stimmfähigen Genossen und Genossinnen oder, wo Realnutzungsberechtigungen sind, die stimmfähigen Inhaber dieser Realrechte oder deren Bevollmächtigte die Korporationsverwaltung wählen und sich, unter Vorbehalt der Ratifikation durch den Regierungsrat, ihr Reglement geben». Diese Bestimmung sei nun aber im Zuge der weidlich gerühmten «Straffung» weggefallen und durch nichts Gleichwertiges ersetzt worden.

Zu dieser Kritik äusserte sich Dr. Rudolf Mosimann mit Schreiben vom 17. Juni 1980 an den Regierungsrat. Er erwiderte ebenfalls pointiert, dass die Kommission entgegen der Meinung von Dr. Kamer die vermeintliche «Lücke» gefüllt habe, denn einmal verweise § 138 GG auf die Bestimmungen der Einwohnergemeinden, welche sinngemäss anzuwenden seien, und zum anderen hätten die Korporationsgemeinden nicht zufällig eine sehr weite Satzungsautonomie. Wer also in einer Korporationsgemeinde stimmberechtigt sei, sei nach den Satzun-

gen zu ermitteln. Enthielten die Satzungen darüber nichts, seien die Bestimmungen über die Einwohnergemeinde sinngemäss anzuwenden, was nichts anderes bedeuten könne, als dass in diesem Falle diejenigen Genossen und Genossinnen stimmberechtigt seien, welche in der «Gemeinde» oder sonst nirgendwo niedergelassen seien und in kantonalen Angelegenheiten stimmberechtigt seien. Diese Regelung sollte auch gemäss Entwurf des Regierungsrates gelten. Welchen Grad von Satzungsautonomie man den Korporationsgemeinden zubilligen wolle, sei aber eine politische, nicht eine redaktionelle Frage. Die vorberatende Kommission des Kantonsrates unter dem Vorsitz von Dr. Paul Stadlin hielt in ihrem Bericht und Antrag zur Endbereinigung (auch im Namen der Redaktionskommission)» vom 14. Juli 1980 fest, dass bezüglich der §§ 63, 122, 131, 137bis sowie 142 GG nach Massgabe des vorgeschlagenen § 28 KV das Gesetz für jede Gemeindeart den Kreis der Stimmberechtigten bestimme. Die genannten Paragraphen enthielten die Ausführung dieses Verfassungsauftrages für jede der vier Gemeindearten.

Aus diesen historischen Belegen ergibt sich, dass es der damalige Kantonsrat Dr. H.U. Kamer – er war immerhin Obergerichtspräsident und auch als Parlamentarier alles andere als ein «Hinterbänkler», so insbesondere bei der Revision des Gemeindegesetzes Präsident der Redaktionskommission – als «selbstverständlich nicht gewollt» bezeichnet hat, dass in der Korporation alle stimmberechtigten Gemeindebürger und -bürgerinnen stimmberechtigt wären, «die nicht anderswo niedergelassen» seien. Nach seiner Aussage war also niemand im Rat der Meinung, das Stimmrecht sollte durch die Korporationen von einem Wohnsitz im Kanton Zug oder sogar in der bezüglichen Bürgergemeinde abhängig gemacht werden können. Doktor Rudolf Mosimann hingegen argumentierte tatsächlich damit, dass nach den Satzungen zu ermitteln sei, wer in einer Korporationsgemeinde stimmberechtigt sei; enthielten die Satzungen darüber nichts, seien die Bestimmungen über die Einwohnergemeinde sinngemäss anzuwenden, was nichts anderes bedeuten könne, als dass in diesem Falle diejenigen Genossen und Genossinnen stimmberechtigt seien, welche in der «Gemeinde» oder sonst nirgendwo niedergelassen und in kantonalen Angelegenheiten stimmberechtigt seien. Dazu ist aber auszuführen, dass Dr. Mosimann auf die Deklamation von Dr. Kamer, dass eine entsprechende Einschränkungsmöglichkeit «selbstverständlich niemand gewollt» habe, konkret nicht eingegangen ist, und dass seine Meinung jedenfalls dem bisherigen Verständnis, wie es der Rechtshistoriker Frigo überzeugend darstellte (vgl. oben), klar widersprach. Weder führte er Belege aus dem Gesetzgebungsverfahren an noch sind solche ersichtlich. Und seine Beurteilung wird zudem der eigenständigen Geschichte und Struktur der Korporationsgemeinden insofern nicht gerecht, als die Korporationen im Gegensatz zu den politischen Gemeinden wie auch den Bürger- und Kirchgemeinden auf dem fundamentalen Nutzungsrecht beruhen und sich bei einer das Stimmrecht betreffenden Angleichung tatsächlich für die Korporationen letztlich die Frage nach der Abgrenzung zu den Bürgergemeinden und dem Sinn ihres Bestehens neben den Bürgergemeinden stellen würde. Zu Recht stellte aber Dr. Rudolf Mosimann fest, dass es eine politische, nicht redaktionelle Frage sei, welchen Grad von Satzungsautonomie man den Korporationsgemeinden zubilligen wolle. Zu einem politisch so gewichtigen Entscheid, den Korporationen – neu – auch für das Stimmrecht weitgehende

Autonomie einzuräumen, fehlen aber Belege in den Materialien. Und wenn schliesslich Dr. Paul Stadlin erklärte, die jeweiligen Paragraphen im Gemeindegesetz zur Frage des Stimmrechts enthielten die Ausführung des Verfassungsauftrages von § 28 Abs. 1 KV für jede der vier Gemeindearten, d.h. «das Gesetz [bestimmt] für jede Gemeindeart den Kreis der Stimmberechtigten», so ist dies am überzeugendsten dahingehend zu interpretieren, dass auch die für die Korporationen getroffene Regelung des Gesetzgebers über das Stimmrecht nicht durch die autonome Satzung der jeweiligen Korporationen je unterschiedlich weit sollte geändert werden können. Dem Gesetz sollte also nicht durch die Gemeinden – auch nicht durch die Korporationsgemeinden – derogiert werden können. Dem entspricht, dass der Regierungsrat in seinem Bericht und Antrag zum neuen Gemeindegesetz vom 12. Januar 1979 (S. 68) betonte, dass der Satzungsautonomie der Korporationen Grenzen gesetzt seien durch das Institut der Korporationsgemeinde an sich. Durch die Satzungen könne demzufolge der öffentlich-rechtliche Gemeindecharakter der Korporation nicht geändert werden. Desgleichen könnten die festen Aufgaben und Pflichten der Korporationsgemeinden in den §§ 133 und 134 GG nicht geändert werden. Auch wäre es unzulässig, gewisse Grundrechte der Korporationsbürger und -bürgerinnen durch die Satzungen zu beschneiden, insbesondere das Recht, die Korporationsverwaltung zu wählen. Wie erwähnt betrifft nichts weniger als das hier umstrittene Stimmrecht.

cc) Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass auch daraus nichts zu Gunsten der Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin abgeleitet werden kann, dass im ersten Entwurf zu einem neuen Gemeindegesetz vom Januar 1973 der vorgesehene § 122 Abs. 3 entgegen der späteren Regelung noch bestimmte, dass die im Kanton wohnhaften Ortsbürger in den Versammlungen der aus einer Zusammenlegung der Korporationen mit den Bürgergemeinden entstehenden sog. Bürgerkorporationen stimmberechtigt sein sollten. Dass bei einer um die Korporationsgemeinde erweiterten Bürgergemeinde die für letztere geltende Wohnsitzbegrenzung hinsichtlich des Stimmrechts aufgrund ihrer grösseren Bedeutung bestehen bliebe, erscheint nichts als folgerichtig und bedarf keines weiteren Kommentars.

g) Im Sinne einer geltungszeitlichen Auslegung ist schliesslich von der legitimen und verständlichen Motivation der Korporation Zug zur angefochtenen Teilrevision der Statuten auszugehen, den inskünftig wachsenden Aufwand der Korporationskanzlei in Berücksichtigung der Verbundenheit zur Gemeinde einzugrenzen. Diesbezüglich fällt auf, dass der Verwaltungsrat in seiner Vorlage vom 30. April 2013 im Abschnitt über die Grundzüge der neuen Statuten zwar anführte, dass der Wohnsitz neu Voraussetzung für den Bezug des Korporationsnutzens sei. Nicht einmal erwähnt wurde dort jedoch die rechtlich viel einschneidendere Änderung im Stimmrecht. Im nachfolgenden Kommentar wurde die Einschränkung der Nutzenberechtigung in § 5 auf die im Kanton Zug wohnhaften Genossinnen und Genossen damit begründet, dass wegen der in der Zukunft infolge der Aufhebung der Voraussetzung des Geschlechternamens zu erwartenden Zunahme an Mitgliedern sonst mehr finanzielle Mittel benötigt würden und die Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen und die Auszahlung des Nutzens für die Kanzlei einen enormen Aufwand bedeuten würden, der nicht unkontrolliert zunehmen dürfe. Zu

dem vor Gericht einzig noch umstrittenen § 10 wurde nur ausgeführt, dass dieser «in Analogie zu § 5» eine Beschränkung der Genossenschaftsrechte für nicht im Kanton Zug wohnhafte Mitglieder der Korporation bedeute. Diese Konsequenz sei für den Korporationsrat zwar nicht erwünscht, aber praktisch unumgänglich, weil zu erwarten sei, dass die Genossenschaft mittel- und langfristig erheblich wachsen werde. In fernerer Zukunft müsse eventuell gar eine Beschränkung des Genossenkreises auf das Gebiet der Stadtgemeinde erwogen werden. Diese Neuregelung bedeute aber nicht, dass die ausserhalb des Kantons Zug wohnhaften Genossinnen und Genossen gleichsam vom Korporationsleben ausgeschlossen seien. Im Gegenteil hätten sie nach wie vor das Recht zur Teilnahme an Veranstaltungen und Gemeindeversammlungen. Beschränkt würden nur die Stimm- und Wahlrechte sowie das Recht auf den Nutzen. Die Genossenschaftsrechte könnten so gesehen bei einem späteren Zuzug auch wieder ohne grosse Formalitäten aufleben. Man könne so betrachtet neuerdings von «aktiven» und «passiven» Genossenschaftsrechten sprechen. In der Diskussion an der Genossenversammlung vom 17. Juni 2013 wurde beim Traktandum der Teilrevision der Statuten u.a. ausgeführt, dass auch an die Generationen von Kindern und Kindeskindern zu denken sei, die ausserkantonal geboren seien und den politischen und faktischen Bezug zu Zug und zur Korporationsgemeinde immer weniger hätten, weshalb es auch vor diesem Hintergrund angebracht sei, eine analoge Regelung wie beispielsweise bei den Bürgergemeinden anzustreben.

Im Gegensatz zur Neuregelung des Stimmrechts entspricht die hier nicht mehr umstrittene Einschränkung des Nutzenrechts durch den neuen § 5 der Statuten dem höherrangigen Recht. So legt auch Frigo (S. 149) dar, dass allmählich überall Grenzen gezogen würden für die Nutzungsberechtigung, wobei die Korporationen Zug und Oberägeri die damals freizügigste und mitunter selbst von Korporationsbürgern gerügte Regelung aufgewiesen hätten, dass sie alle in der Schweiz wohnhaften Korporationsbürger am Nutzen teilhaben liessen, während z. B. Unterägeri und Walchwil nur den innert den Zuger Kantonsgrenzen wohnhaften Mitgliedern ein Nutzrecht gewährten (die erwähnte Regelung galt für die Korporation Zug unverändert auch noch gemäss den Statuten von 1992, nun aber nicht mehr mit den neuen Statuten vom 30. April 2013, gemäss dessen § 5 die Bezugsberechtigung vom Wohnsitz im Kanton Zug abhängig ist). Tatsächlich können die Korporationen auf dem Wege der Statuten- oder Reglementsrevision die Nutzung anders ordnen oder aufheben, und zwar sowohl die Ausübung als auch das Nutzungsrecht selbst, denn es besteht kein Anspruch auf bedingungslose Unabänderlichkeit der Korporationsstatuten (Frigo, S. 160 f.). Für Frigo hat der Korporationsnutzen sogar überhaupt seine Existenzberechtigung verloren (S. 50 und 168). Ob überhaupt ein Korporationsnutzen ausgerichtet wird, liegt also seit je in der Kompetenz der einzelnen Körperschaften. Und diesbezüglich vermögen die Korporationsgemeinden zweifellos ihren Aufwand, sei es administrativ, sei es finanziell, im gewünschten Sinne einzuschränken. Soweit sich aber der heute ohnehin einzig mehr in der finanziellen Gewinnbeteiligung bestehende Nutzen des einzelnen Genossenbürgers durch eine befürchtete Erhöhung der Mitgliederzahl verringern würde, wäre dies für die Existenz der Korporation selber ohne Belang. Demgegenüber erwächst den Korporationen aus der blossen Teilnahme und Stimmabgabe Auswärtiger an den Genossenversammlungen, bei denen diese ohnehin weiter-

hin als willkommen bezeichnet worden sind, kaum ein nicht mehr zu bewältigender Aufwand. Zudem werden gerade nur jene auswärtigen Genossen von weither anreisen, die sich mit der Korporation – ganz im Sinne der Statutenrevision – wirklich noch verbunden fühlen, zumal ihnen das Nutzenrecht durch § 5 der neuen Statuten ohnehin entzogen ist. Nicht zuletzt aufgrund der heutigen technischen Möglichkeiten der Adressverwaltung und Kommunikation ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Korporation durch die Erhöhung der Mitgliederzahl ihre wirtschaftlichen und kulturellen Ziele nicht mehr sollte verfolgen können. Der mit einer Zunahme der Mitgliederzahl ansteigende, aber heute technisch viel leichter zu bewältigende Verwaltungsaufwand rechtfertigt jedenfalls keine rechtsungleiche Behandlung der Korporationsgenossen bei ihren politischen Rechten, ausser das höherrangige kantonale Recht würde sie dazu ermächtigen. Insofern kann schliesslich im Sinne einer zeitgemässen Auslegung angenommen werden, dass die gesetzliche Regelung der Stimmberechtigung in § 138 GG mit gutem Grund sicherstellen will, dass die Korporationsmitgliedschaft unabhängig von einem kantonalen Wohnsitz ganz im Sinne ihrer ursprünglichen Bedeutung soll gelebt werden können.

5. a) (...)

b) (...) Es trifft – wie schon im historischen Kontext erwähnt – tatsächlich zu, dass von gewissen Korporationen gegen die gesetzliche Regelung verstossen wurde bzw. wird. Trotzdem sind die Behörden – auch gegenüber ihrer eigenen bisherigen Praxis – zur richtigen Rechtsanwendung verpflichtet. Ändert eine Behörde allerdings ihre Genehmigungspraxis, so hat sie sich an die verfassungsmässigen Voraussetzungen zu halten. Demgemäss ist eine bisher geübte Praxis nicht unwandelbar, sondern muss sogar geändert werden, wenn die Behörde zur Einsicht gelangt, dass das Recht bisher unrichtig angewendet worden ist oder eine andere Rechtsanwendung dem Sinn des Gesetzes oder veränderten Verhältnissen besser entspricht. Die Praxisänderung muss sich auf ernsthafte, sachliche Gründe stützen können, die umso gewichtiger sein müssen, je länger die als nicht mehr für richtig erkannte bisherige Praxis befolgt worden ist. Ist diese Voraussetzung erfüllt, steht eine Praxisänderung weder mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit noch der Rechtsgleichheit im Widerspruch (BGE 127 I 49 E. 3c S. 52; 127 II 289 E. 3a S. 292 f., je mit Hinweisen). Vorliegend bestehen zweifellos ernsthafte und sachliche Gründe für die vom Regierungsrat verweigerte Genehmigung bzw. für die Durchsetzung der sich aus Kantonsverfassung und Gemeindegesetz ergebenden organisatorischen Regelung der politischen Rechte in den Korporationsgemeinden. Zudem kann keinem Zweifel unterliegen, dass die Änderung grundsätzlich erfolgen muss, was durch die jüngste Vorgenehmigung der Statutenrevision für die Korporationsgemeinde Oberägeri durch die DI bereits bestätigt worden ist. Und klarerweise überwiegt aufgrund der staatspolitischen Dimension der Fragestellung das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung klarerweise das Interesse an der Rechtssicherheit aufgrund der wenigen abweichenden Regelungen in anderen Korporationen. Erst recht liegt kein Verstoss gegen Treu und Glauben («Übergangsrecht», «Ankündigung») vor und besteht kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht. Ohnehin konnte die frühere Genehmigung einiger als nicht rechtmässig zu betrachten-

der Statuten durch die DI nur vorläufig und summarisch erfolgen. Der Kanton kann jederzeit kraft seines Aufsichtsrechts deren Anpassung erwirken.

6. Aus § 138 des Gemeindegesetzes ergibt sich in Gesamtwürdigung der verschiedenen Auslegungselemente, dass die vom Regierungsrat entgegen der bisherigen Praxis der DI von der Beschwerdeführerin und damit von den Korporationsgemeinden verlangte Gewährung des Stimmrechts an alle Genossen und Genossinnen mit Wohnsitz in der Schweiz sich als rechtmässig erweist. Nur über eine Gesetzesrevision könnte eine andere Regelung des Stimmrechts erreicht werden. Demgegenüber wäre eine Beschränkung des Nutzenrechts wie des Genossenrechts auf Mitglieder mit Wohnsitz im Kanton bereits heute zulässig. Das kantonale Recht belässt den Korporationen bei der Ausgestaltung des Stimmrechts ihrer Mitglieder gerade keine Autonomie, denn § 138 GG bestimmt abschliessend darüber. Demzufolge ist die Beschwerde abzuweisen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 13. Mai 2015, V 2014 52

7. Sozialversicherungsrecht

7.1 Art. 1b IVG, Art. 27 EOG, Art. 2 AVIG, Art. 1a und Art. 5 AHVG, Art. 319 OR

Regeste:
Art. 1b IVG, Art. 27 EOG, Art. 2 AVIG, Art. 1a und Art. 5 AHVG, Art. 319 OR – Zur Prüfung, ob die Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz erfolgt oder nicht, ist der Sachverhalt aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu beurteilen. Dabei massgebend ist einzig und allein, wo sich der Mittelpunkt des wirtschaftlichen Geschehens befindet. Personen mit Wohnsitz im Ausland, welche die Geschäftsleitung eines Unternehmens mit wirtschaftlichem Zweck und mit Sitz in der Schweiz haben, üben regelmässig eine Erwerbstätigkeit in der Schweiz aus. Die Leitung eines in der Schweiz domizilierten Unternehmens gilt – unabhängig davon, ob sie in der Schweiz oder massgeblich vom Ausland aus erfolgt – als in der Schweiz ausgeübte Erwerbstätigkeit (Erw. 2.3). Besteht zwischen einer natürlichen Person und einer AG wirtschaftliche Identität und besteht aufgrund eines fehlenden Subordinationsverhältnisses auch kein Arbeitsverhältnis nach Art. 319 OR, trägt die natürliche Person auch das Betriebsrisiko der AG massgebend mit. Hat die natürliche Person demnach die operative Geschäftsleitung inne, ist ihr ganzes Einkommen in der Schweiz beitragspflichtig (Erw. 4.4).

Aus dem Sachverhalt:

Die A AG mit Sitz in Zug ist bei der Ausgleichskasse des Kantons Zug angeschlossen. Mit Schreiben vom 22. Dezember 2011 gelangte die A AG an die Ausgleichskasse des Kantons Zug und ersuchte diese um Rückerstattung der von der A AG in den Jahren 2006 bis 2010 entrichteten Sozialversicherungsbeiträge in der Höhe von total Fr. 157’870.60 (Arbeitnehmer-

und Arbeitgeberbeiträge) zzgl. Zins zu 5 % pro Jahr, weil die Beiträge ohne Rechtsgrund entrichtet worden seien. Die A AG führte begründend aus, B sei sowohl als Verwaltungsrat als auch als einfacher Angestellter im Dienste der A AG tätig. Die Sozialversicherungsbeiträge seien daher nur auf die Entschädigung für die leitende Tätigkeit von B in seiner Funktion als Verwaltungsrat geschuldet, nicht jedoch auf seine Tätigkeit als einfacher Angestellter, da er im Ausland (Monaco) wohne und auch ausschliesslich dort arbeite.

Mit Verfügung vom 15. Mai 2013 wies die Ausgleichskasse des Kantons Zug die Beitragsrückforderung der A AG indes ab. In der Folge wies sie mit Einspracheentscheid vom 23. Dezember 2013 auch die am 17. Juni 2013 erhobene Einsprache ab. Zur Begründung führte die Ausgleichskasse des Kantons Zug zusammengefasst aus, B habe als überwiegender Eigentümer der A AG in jeder Hinsicht Geschäftsführungsaufgaben ausgeübt und es habe auch als Angestellter das Geschäftsführungsinteresse im Vordergrund gestanden. Unter diesen Umständen sei es unerheblich, ob die Tätigkeit am Sitz der A AG in Zug, in Monaco oder an anderen Orten ausgeübt worden sei. Eine detaillierte Aufteilung der Angestelltenlöhne von B von Fr. 120'000.– bis Fr. 388'000.– in die Tätigkeit für die Geschäftsführung und in übrige «normale» Angestelltentätigkeit lasse sich nicht durchführen. Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung gelte die Tätigkeit, in welcher geschäftsleitende Befugnisse ausgeübt würden und damit eine faktische Organstellung eingenommen werde, als Tätigkeit in der Schweiz bzw. am schweizerischen Sitz der Gesellschaft, weshalb der gesamte Lohn sozialversicherungsrechtlich in Zug abzurechnen sei.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.

2.1 Vorliegend geht es um eine Rückforderung von AHV-, IV-, EO- und ALV-Beiträgen, welche die Beschwerdeführerin in den Jahren 2006 bis 2010 geleistet hat. Da sowohl Art. 1b des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG, SR 831.20) als auch Art. 27 des Bundesgesetzes über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft vom 25. September 1952 (EOG, SR 834.1) und auch Art. 2 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung vom 25. Juni 1982 (AVIG, SR 837.0) jeweils auf die Beitragspflicht bzw. den Versichertenstatus nach AHVG verweisen, ist in der Folge nur auf dieses einzugehen. Die kommenden Ausführungen beziehen sich jedoch auch auf die anderen genannten Sozialversicherungen bzw. die entsprechenden Beiträge.

(...)

2.1.2 Zwischen Monaco und der Schweiz wurde kein Sozialversicherungsabkommen geschlossen

und Monaco ist zudem auch kein Mitglied der Europäischen Union. Weiter ist Monaco auch nicht Vertragspartner der EWG-Verordnung Nr. 1408/71, sodass auch diese nicht anwendbar ist. Obwohl es sich vorliegend beim betreffenden Arbeitnehmer um einen deutschen Staatsangehörigen mit Wohnsitz in Monaco handelt, ist auf den vorliegenden Fall ausschliesslich schweizerisches Recht anwendbar.

2.2 Nach Art. 1a Abs. 1 lit. a und b AHVG ist jede natürliche Person – unabhängig von ihrer Herkunft bzw. Nationalität – in der Schweiz obligatorisch AHV-versichert, wenn sie in der Schweiz Wohnsitz hat oder wenn sie hier einer Erwerbstätigkeit nachgeht. Hat die Person ihren Wohnsitz in der Schweiz und übt sie hier gleichzeitig eine Erwerbstätigkeit aus, ist sie für ihr gesamtes Erwerbseinkommen in der Schweiz und nach schweizerischem Recht beitragspflichtig (vgl. BGE 138 V 258 Erw. 4.2 in fine). Als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gelten Personen, die in unselbständiger Stellung Arbeit leisten und dafür massgebenden Lohn nach dem jeweiligen Einzelgesetz beziehen (Art. 10 ATSG). Demgegenüber ist selbständigerwerbend, wer Erwerbseinkommen erzielt, das nicht Entgelt für eine als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer geleistete Arbeit darstellt (Art. 12 Abs. 1 ATSG).

2.3 Zur Prüfung, ob die Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz (Art. 1a Abs. 1 lit. b AHVG) erfolgt oder nicht, ist der Sachverhalt aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu beurteilen. Nicht massgebend ist dabei, ob sich der entsprechende Arbeitnehmer in der Schweiz oder im Ausland aufhält. Massgebend ist einzig und allein, wo sich der Mittelpunkt des wirtschaftlichen Geschehens befindet. Personen mit Wohnsitz im Ausland, welche die Geschäftsleitung eines Unternehmens mit wirtschaftlichem Zweck und mit Sitz in der Schweiz haben, üben regelmässig eine Erwerbstätigkeit in der Schweiz aus. Die Leitung eines in der Schweiz domizilierten Unternehmens gilt – unabhängig davon, ob sie in der Schweiz oder massgeblich vom Ausland aus erfolgt – als in der Schweiz ausgeübte Erwerbstätigkeit (vgl. BGE 119 V 65 Erw. 3b; vgl. Kieser, Rechtsprechung zur AHV, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 11 zu Art. 1a).

(...)

4. In casu bezahlte die Beschwerdeführerin B jährlich Fr. 60'000.– (bzw. Fr. 30'000.– im Jahr 2010) als Entschädigung für das Verwaltungsratsmandat. Zwischen den Parteien ist unumstritten, dass auf diese Entschädigungen Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten waren (vgl. Art. 7 lit. h AHVV). Streitig und zu prüfen ist jedoch die Qualifizierung der zusätzlich zum Verwaltungsratshonorar entrichteten Zahlungen an B bzw. die Frage, ob auf diese Zahlungen Sozialversicherungsbeiträge entrichtet werden mussten oder nicht. Die Beschwerdeführerin bringt vor, es handle sich bei den Beträgen von Fr. 120'000.– bis Fr. 388'000.–, welche zusätzlich zur obgenannten Verwaltungsratsentschädigung ausbezahlt wurden, um Arbeitslohn aus einer einfachen Angestelltentätigkeit. Konkret sei B als Kohlehändler und Kohlemischer tätig gewesen und auch dafür bezahlt worden. Da B weder in der Schweiz Wohnsitz gehabt

noch hier gearbeitet habe, sei er für seine Tätigkeit als Arbeitnehmer in der Schweiz nicht beitragspflichtig gewesen.

4.1 Gemäss Art. 319 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR, SR 220) verpflichtet sich der Arbeitnehmer durch den Einzelarbeitsvertrag auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienst des Arbeitgebers und dieser zur Entrichtung eines Lohnes, der nach Zeitabschnitten (Zeitlohn) oder nach der geleisteten Arbeit (Akkordlohn) bemessen wird. Das Arbeitsverhältnis zeichnet sich mithin durch folgende Merkmale aus: Privatrechtsverhältnis, Schuldvertrag, Arbeitsleistung, Dauerschuldverhältnis, Entgeltlichkeit und Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (vgl. Portmann, in: Basler Kommentar, OR I, 5. Auflage, N 1 zu Art. 319).

4.2 In casu ist insbesondere auf das letztgenannte Merkmal, die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation bzw. die Subordination, einzugehen. Die Arbeitsleistung hat demzufolge im Dienste des Arbeitgebers zu erfolgen und es entsteht mit Stellenantritt das typische Abhängigkeitsverhältnis, das den Arbeitnehmer im Arbeitsvollzug persönlich, organisatorisch, zeitlich und wirtschaftlich der Weisungsgewalt des Arbeitgebers unterstellt (Wolfgang Portmann, a.a.O., N 14 zu Art. 319). Der Arbeitgeber bestimmt insbesondere was, wann, wie und wo zu arbeiten ist (vgl. Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Basel 2014, N 5 zu Art. 319).

(...)

4.2.2 In Ergänzung zu den vorstehenden Ausführungen ist zudem auf die diesbezüglich relevante Rechtsprechung des Bundesgerichts zu verweisen. Kann beispielsweise ein Allein- oder Mehrheitsaktionär über eine Firma wirtschaftlich verfügen, als wäre es sein Eigentum, so ist er weder zeitlich noch organisatorisch massgeblich fremden Direktiven unterworfen, weswegen einem solchen Vertragsverhältnis mangels der erforderlichen Subordination kein Arbeitsvertrag zu Grunde liegen kann (vgl. BGE 102 V 223 Erw. 1 und 2). In einem anderen Fall hielt das Bundesgericht zudem fest, dass ein leitendes Organ, welches mit der juristischen Person wirtschaftlich identisch ist, aufgrund der fehlenden Subordination in keinem Falle Arbeitnehmer sein kann (vgl. BGE 125 III 78 Erw. 4).

4.3 Konkret stellt sich vorliegend somit die Frage, ob beim Verwaltungsratspräsidenten B und der Beschwerdeführerin von einer wirtschaftlichen Identität auszugehen ist. Dies wäre ohne jeden Zweifel der Fall, wenn B Alleinaktionär und alleiniger Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin wäre. In casu verhält es sich jedoch so, dass B bei der Gründung der Beschwerdeführerin 98 % des Aktienkapitals zeichnete und er seither als Verwaltungsratspräsident tätig ist. Ebenfalls im Verwaltungsrat waren im vorliegend relevanten Zeitraum A. B. und C. D., wobei diese aber deutlich tiefere Entschädigungen erhielten als B. Letzterer konnte in formeller Hinsicht jedoch nicht alleine über die Beschwerdeführerin verfügen, wurde seine

Verfügungsmacht doch durch eine Kollektivunterschrift zu zweien beschränkt. Dies ändert indes nichts an der vorherrschenden Stellung von B, zumal dieser aufgrund seiner Aktienmehrheit die anderen Verwaltungsräte ernennen und abberufen kann. Selbst wenn also die Vertretungsbefugnisse B durch die Kollektivunterschrift de iure beschränkt sind, so verfügt dieser aufgrund der Aktienmehrheit de facto gleichwohl über die – sowohl wirtschaftliche als auch tatsächliche – Verfügungsmacht innerhalb der Beschwerdeführerin. Dass B mehr als nur ein einfacher Angestellter der Beschwerdeführerin war, dafür spricht im Weiteren auch dessen Tätigkeitsbereich. So war B für die Beschwerdeführerin als Geschäftsführer, Kohlemischer, Käufer und Verkäufer sowie in der Kundenpflege bzw. -akquisition tätig. Bedenkt man, dass das Kerngeschäft der Beschwerdeführerin im Kohlehandel bestand und dabei sowohl die Abmischung als auch die Kundenpflege bzw. -akquisition von grundlegender Bedeutung waren, so wird klar, dass B auch in dieser Hinsicht in den entscheidenden Funktionen und Aufgabenbereichen tätig war und er somit auch in tatsächlicher Hinsicht die Geschicke der Beschwerdeführerin massgeblich leitete. Angesichts des ausländischen Wohnsitzes von B erstaunt es im Übrigen auch nicht, dass viele der von der Beschwerdeführerin eingereichten Verträge (BF-Beilage zur Replik, act. 19 bis 26) von den anderen Verwaltungsräten unterzeichnet wurden. Auf eine bloss untergeordnete Stellung B bei der Beschwerdeführerin lässt sich jedenfalls weder aufgrund der eingereichten Verträge noch aufgrund des Firmenportraits aus dem Jahre 2006 und auch nicht aufgrund der übrigen eingereichten Aktenstücke schliessen. Zudem kann die Beschwerdeführerin auch aus dem Vorbringen, wonach B durch eine beliebige andere Person austauschbar gewesen sei, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die Austauschbarkeit einer bestimmten Person sagt nichts über deren Stellung im Betrieb aus, denn auch eine Person in einer Führungsposition kann grundsätzlich stets durch eine Person mit gleicher Ausbildung und gleichen Fähigkeiten ersetzt werden.

4.4 Angesichts der vorstehenden Ausführungen ist – ausgehend vom in casu anzuwendenden Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit – ohne Weiteres erstellt, dass B mit der Beschwerdeführerin wirtschaftlich identisch ist und diese beiden Personen somit aufgrund des fehlenden Subordinationsverhältnisses auch nicht in einem Arbeitsvertragsverhältnis nach Art. 319 OR stehen konnten. Aufgrund dieser wirtschaftlichen Identität trägt B auch das Betriebsrisiko der Beschwerdeführerin massgebend mit, muss er doch bei schlechtem Geschäftsgang nicht nur um seinen Lohn, sondern auch um den Wert seiner Beteiligung fürchten. Ebenfalls gegen die Annahme eines Arbeitsvertrages spricht schliesslich auch die Ausgestaltung der Arbeit, in welcher B weitgehend frei war. Es gibt und gab keinen klassischen Arbeitgeber, welcher bestimmte, was, wann, wie und wo zu tun war. Mangels gegenteiliger Belege ist vielmehr davon auszugehen, dass B sich die Arbeit selber zuteilte und somit auch selbst über seinen Tätigkeitsbereich bestimmte. An dieser klaren Sachlage ändern auch die Vorbringen der Beschwerdeführerin nichts. So sind beispielsweise die von der Beschwerdeführerin zitierten Beispiele aus Rechtsprechung und Literatur, wonach ein Verwaltungsrat auch gleichzeitig Angestellter der gleichen Gesellschaft sein könne, vorliegend insofern nicht einschlägig, als es sich bei den in den Beispielen genannten Verwaltungsräten nicht um Allein- oder Mehrheitsaktionäre handelte. Der Hinweis der Beschwerdeführerin, wonach ein Ver-

waltungsrat anerkanntermassen auch gleichzeitig in einem Arbeitsvertragsverhältnis mit der Gesellschaft stehen könne, ist daher unbestrittenermassen richtig, jedoch für den vorliegenden Fall unerheblich. Wenn die Vorinstanz vor diesem Hintergrund zum Schluss kam, dass B kein einfacher Angestellter der Beschwerdeführerin war, sondern deren operative Geschäftsführung innehatte und deswegen sein ganzes (von der Beschwerdeführerin herkommendes) Einkommen in der Schweiz beitragspflichtig war, so verletzt dies kein Recht und ist in der Konsequenz auch nicht zu beanstanden.

5. Im Sinne einer Zusammenfassung ist festzuhalten, dass zwischen B und der Beschwerdeführerin mangels der notwendigen Subordination kein Arbeitsvertragsverhältnis bestehen konnte. Die Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach B als im Ausland lebender und arbeitender Angestellter auf seinen Arbeitslohn in der Schweiz keine Sozialversicherungsbeiträge zu zahlen gehabt hätte, geht demnach fehl. Vielmehr sind sämtliche Zahlungen der Beschwerdeführerin an B – unabhängig davon, ob der Grund der Zahlung in der Tätigkeit als Verwaltungsrat oder in der übrigen Tätigkeit lag – als massgebender Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG zu qualifizieren, was die Sozialversicherungsbeitragspflicht in der Schweiz zur Folge hat. Die von der Beschwerdeführerin und B entrichteten Sozialversicherungsbeiträge erfolgten mithin zu Recht, weswegen die angefochtene Verfügung nicht zu beanstanden, die vorliegende Beschwerde hingegen vollumfänglich abzuweisen ist.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. Februar 2015 S 2014 12

7.2 Art. 4 ATSG, Art. 6 Abs. 2 UVG i.V.m. Art. 9 Abs. 2 UVV

Regeste:
Art. 4 ATSG, Art. 6 Abs. 2 UVG i.V.m. Art. 9 Abs. 2 UVV – Begriff des Unfalls und der unfallähnlichen Körperschädigungen. Ein Leistenbruch kann unter bestimmten Voraussetzungen durch einen Unfall im Sinne von Art. 4 ATSG verursacht werden (Erw. 5.1); er kann jedoch nicht unter eine der in Art. 9 Abs. 2 UVV abschliessend aufgelisteten unfallähnlichen Körperschädigungen subsumiert werden (Erw. 5.2).

Aus dem Sachverhalt:

(...)

Am 24. März 2014 musste A nach eigenen Angaben heftig husten und erlitt dabei eine Inguinalhernie (Leistenbruch) rechts. Mit Bagatellunfallmeldung UVG vom 1. April 2014 meldete A diesen Vorfall der Axa. Nachdem die Axa bei ihm zusätzliche Auskünfte und beim erstbehandelnden Arzt Dr. B, Chefarzt der Chirurgischen Klinik X, einen Bericht eingeholt hatte, verneinte sie mit Verfügung vom 24. Juni 2014 einen Leistungsanspruch des Versicherten.

Da beim geschilderten Ereignis kein ungewöhnlicher äusserer Faktor eine ursächliche Rolle gespielt habe, liege kein Unfall im Sinne von Art. 4 ATSG vor. Des Weiteren falle die Diagnose nicht unter die unfallähnlichen Körperschädigungen nach Art. 9 Abs. 2 UVV, sodass kein Anspruch auf Leistungen aus der obligatorischen Unfallversicherung bestehe.

(...)

Mit Einspracheentscheid vom 18. August 2014 wies die Axa die Einsprache ab.

(...)

In seiner Beschwerde vom 5. September 2014 an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug beantragte A die Aufhebung des Einspracheentscheids vom 18. August 2014 und die Übernahme der Kosten des Ereignisses vom 24. März 2014 durch die Unfallversicherung. Zur Begründung machte er geltend, dass es sich bei einem Leistenbruch um eine Läsion von Bändern und Muskeln handle. Ausserdem sei er bezüglich seiner Leisten bis zum erwähnten Ereignis immer beschwerdefrei gewesen. Es gebe keine (eindeutigen) Hinweise auf eine Erkrankung oder eine Degeneration. Überschiessende Hustenreize seien nicht mehr nur physiologisch, sondern pathologisch und könnten zu Knochenbrüchen, Zwerchfellrissen und Hernien führen. Das in den Einspracheentscheid eingeflossene medizinische Wissen sei von zweifelhafter Qualität.

(...)

Aus den Erwägungen:

(...)

5. In Würdigung der vorliegenden Unterlagen ist zum Hergang des Ereignisses festzuhalten, dass der Beschwerdeführer nach eigenen Angaben am 24. März 2014 einen heftigen Hustenanfall erlitten hat. Er macht diesen für seine Inguinalhernie verantwortlich und fügt zur Begründung an, dass er vor dem erwähnten Ereignis beschwerdefrei gewesen sei. Ihm ist diesbezüglich entgegenzuhalten, dass er nach der Beweismaxime «post hoc – ergo propter hoc» argumentiert. Eine solche Argumentation ist unfallmedizinisch nicht haltbar resp. beweisrechtlich nicht zulässig (vgl. Karl Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band 1, Zürich 1975, S. 81; Alfred Maurer, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, Bern 1985, S. 460; BGE 119 V 335 Erw. 2b/bb; Urteil des EVG vom 29. März 2005, U 413/04 Erw. 2.1, und viele weitere). Zu prüfen ist in der Folge, ob das Ereignis vom 24. März 2014 einen Unfall im Sinn von Art. 4 ATSG darstellt (vgl. Erw. 5.1 nachfolgend) und – verneinendenfalls – ob es sich dabei um eine unfallähnliche Körperschädigung nach Art. 6 Abs. 2 UVG i.V.m. Art. 9 Abs. 2 UVV handelt (vgl. Erw. 5.2 nachfolgend).

5.1 Wie bereits erwähnt, gilt als Unfall die plötzliche, nicht beabsichtigte, schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper, die eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit oder den Tod zur Folge hat (Art. 4 ATSG). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung müssen alle erwähnten Elemente kumulativ erfüllt sein, damit ein Ereignis als Unfall qualifiziert werden kann (vgl. Erw. 3.1 vorstehend). Des Weiteren hielt das Bundesgericht fest, dass Bauch- und Unterleibsbrüche – dazu gehören unter anderem Leistenbrüche – nach medizinischer Erfahrungstatsache in der Regel krankheitsbedingte Leiden und nur in seltenen Ausnahmefällen Unfallfolge seien. Eine Hernie könne als unfallbedingt betrachtet werden, wenn das Unfallereignis mit einer direkten, heftigen sowie bestimmten Einwirkung verbunden sei und die schwerwiegenden Symptome der Hernie unverzüglich und mit sofortiger mindestens mehrstündiger Arbeitsunfähigkeit auftrete. Die Leistenhernie im Besonderen könne nur als unfallbedingt qualifiziert werden, wenn bei einem bestimmten einmaligen Ereignis (Überanstrengung, unkoordinierte Bewegung, Sturz, Druck von aussen, usw.) ein angeborener Bruchsack erstmalig und plötzlich mit Eingeweiden gefüllt worden sei (Urteil des Bundesgerichts vom 10. Januar 2008, 8C_601/2007, Erw. 2.1 mit zahlreichen Hinweisen).

In Würdigung der Akten ist festzuhalten, dass das vorliegend zu beurteilende Ereignis nach den Angaben des Beschwerdeführers am 24. März 2014 um 22.30 Uhr geschehen ist. Da er am nächsten Tag gearbeitet hat, ist die von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für die Bejahung einer unfallbedingten Hernie erwähnte Voraussetzung einer sofortigen mindestens mehrstündigen Arbeitsunfähigkeit zu verneinen (Urteil des Bundesgerichts vom 10. Januar 2008, 8C_601/2007, Erw. 2.1). An dieser Beurteilung vermag der Hinweis des Beschwerdeführers, er habe nur dank der Einnahme von Schmerzmedikation arbeiten können, nichts zu ändern. Des Weiteren nennt er einen besonders heftigen Hustenanfall als Ursache für seine Inguinalhernie. Als Husten bezeichnet man eine stossartige Expirationsbewegung, die durch die Atemmuskulatur erzeugt wird und eine Reaktion auf die Reizung der Atemwege darstellt[1]. Ein Husten – so heftig er auch gewesen sein mag – stellt demnach keinen ungewöhnlichen äusseren Faktor dar. Aus diesem Grund vermag der Beschwerdeführer aus dem von ihm geltend gemachten Umstand, wonach ein Husten eine Inguinalhernie auslösen könne, nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. Es mangelt an einer für die Erfüllung des Unfallbegriffs unabdingbaren Voraussetzung. Gleicher Ansicht ist der erstbehandelnde Arzt Dr. B, der in seinem Bericht vom 11. April 2014 von einer krankhaften Genese der Inguinalhernie ausgeht. Er hat seinen Hinweis, wonach das Vorliegen eines Unfalles zu verneinen sei, mit zwei Ausrufezeichen bekräftigt. Doktor B ist angesichts seiner Stellung als Chefarzt der Chirurgischen Klinik X als bewährter Arzt zu betrachten, welcher zudem als Inhaber des Facharzttitels FMH Chirurgie auch in fachlicher Hinsicht für die Beurteilung der Genese einer Inguinalhernie qualifiziert erscheint. Ausserdem ist in diesem Zusammenhang die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu erwähnen, wonach bei der Würdigung von Berichten von Hausärzten und behandelnden Fachärzten der Erfahrungstatsache Rechnung zu tragen ist, dass diese mi-

[1] http://flexikon.doccheck.com/de/Husten

tunter im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zu Gunsten ihrer Patienten aussagen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 6. Oktober 2008, 8C_812/2007, Erw. 8.2). Da der tendenziell zu Gunsten des Beschwerdeführers aussagende erstbehandelnde Dr. B über die entsprechende fachärztliche Qualifikation betreffend Qualifizierung der Genese einer Inguinalhernie verfügt und seine diesbezügliche Aussage auch mit der dargestellten bundesgerichtlichen Rechtsprechung übereinstimmt, ist auf seinen Bericht vom 11. April 2014 insoweit abzustellen, als er das Vorliegen eines Unfalles im Sinne von Art. 4 ATSG verneint. Mithin bleibt festzuhalten, dass es bei dem dargestellten Geschehensablauf nicht zu einer schädigenden Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den Körper gekommen ist und es daher an einer für die Erfüllung des Unfallbegriffs unabdingbaren Voraussetzung mangelt. Ein Eingehen auf die übrigen Elemente gemäss Art. 4 ATSG erübrigt sich, da alle Elemente kumulativ erfüllt sein müssten, damit ein Ereignis als Unfall qualifiziert werden könnte.

5.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, sein Leistenbruch (Inguinalhernie) stelle einen «Riss von Band–Sehnen–Muskel» (Einsprache) bzw. eine Läsion von Bändern und Muskeln dar (Beschwerde). Es bleibt somit zu prüfen, ob sich der Beschwerdeführer beim Ereignis vom 24. März 2014 eine der in Art. 9 Abs. 2 UVV erwähnten Gesundheitsschädigungen zugezogen hat und dieser Vorfall den Anforderungen an ein unfallähnliches Ereignis entspricht.

Folgende, abschliessend aufgeführte unfallähnliche Körperschädigungen sind, sofern sie nicht eindeutig auf eine Erkrankung oder eine Degeneration zurückzuführen sind, auch ohne ungewöhnliche äussere Einwirkung den Unfällen gleichgestellt: Knochenbrüche, Verrenkungen von Gelenken, Meniskusrisse, Muskelrisse, Muskelzerrungen, Sehnenrisse, Bandläsionen und Trommelfellverletzungen (Art. 9 Abs. 2 UVV). Beim Leistenbruch (Inguinalhernie) handelt es sich um einen Durchtritt von Baucheingeweiden (Hernie) durch den Leistenkanal oberhalb des Leistenbandes[1]. Hernien liegt ein simpler biomechanischer Entstehungsmechanismus zugrunde. Werden die Muskeln der Bauchwand beispielsweise im Rahmen der Bauchpresse angespannt, erhöht sich der Druck im Bauchraum, sodass die Bauchorgane gegen Lücken der Bauchwand gepresst werden. Ist eine Lücke abnorm gross, kann ein Organ in sie hineingedrückt werden. Aus einer Ausstülpung von Peritoneum (Bauchfell) kann ein Kanal entstehen, durch den als nächstes Teile des Omentum majus (Bauchnetz) oder einzelne Darmschlingen treten[2]. Diese Ausführungen verdeutlichen, dass ein Leistenbruch unter keine der in Art. 9 Abs. 2 UVV abschliessend aufgelisteten unfallähnlichen Körperschädigungen subsumiert werden kann (gleicher Ansicht ist das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich: vgl. Urteile vom 5. November 2012, Erw. 2, vom 24. März 2003, Erw. 3.1, und vom 9. April 1996, Erw. 3b). Das Vorliegen einer in Art. 9 Abs. 2 UVV abschliessend aufgelisteten unfallähnlichen Körperschädigung ist somit zu verneinen.

6. Da nach dem Gesagten das Ereignis vom 24. März 2014 weder den Unfallbegriff nach

[1] http://flexikon.doccheck.com/de/Leistenbruch
[2] http://flexikon.doccheck.com/de/Hernie

Art. 4 ATSG noch denjenigen einer unfallähnlichen Körperschädigung nach Art. 9 Abs. 2 UVV zu erfüllen vermag, kann offen bleiben, ob zwischen dem Geschehen und der eingetretenen Gesundheitsschädigung ein natürlicher und ein adäquater Kausalzusammenhang besteht und es erübrigen sich Weiterungen in dieser Hinsicht. Damit entfällt eine Leistungspflicht der Beschwerdegegnerin. Die Beschwerde erweist sich insgesamt als unbegründet und ist daher abzuweisen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 19. März 2015 S 2014 111

7.3 Art. 5 AHVG, Art. 6, Art. 8, Art. 8bis und Art. 8ter AHVV

Regeste:
Art. 5 AHVG, Art. 6, Art. 8, Art. 8bis und Art. 8ter AHVV – Einlagen in die Berufliche Vorsorge welche anstelle des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber erbracht werden, gehören nicht zum massgeblichen Lohn und unterliegen mithin nicht der AHV-Beitragsverabgabung, wenn diese in den Statuten oder im Reglement der Vorsorgeeinrichtung zwingend vorgesehen sind (Erw. 4.2, 4.3 und 6.1). Lehre und Praxis, damit verbunden auch die Wegleitung des BSV hatten bzw. haben bei der Konkretisierung von Art. 8 lit. a AHVV alle Vorsorgeeinrichtungen im Auge. Sammelstiftungen, die Banken oder Versicherungskonzernen angegliedert sind, sprechen eine Vielzahl von heterogenen Arbeitgebern mit völlig unterschiedlichen Bedürfnissen an. Dies rechtfertigt, dass diese Sammelstiftungen nur Basisbestimmungen in die Vorsorgereglemente aufnehmen und die Bestimmungen für den konkreten Betrieb im Vorsorgeplan, der als integrierender Bestandteil des Vorsorgereglements gilt, festhalten (Erw. 6.1). Da vorliegend ohne die nachgereichten Unterlagen im Rahmen der Replik eine Submission der Regelung im Sinne von Art. 8 lit. a AHVV nicht zweifelsfrei möglich gewesen wäre, konnte die Vorinstanz die Richtigkeit der Behauptungen der Beschwerdeführerin nicht überprüfen und erst die Erläuterungen und Versicherungen der Vertreter der zuständigen Sammelstiftung konnten die entstandenen Zweifel beseitigen. Damit ist trotz Obsiegen der Beschwerdeführerin von der Zusprache einer Parteientschädigung abzusehen (Erw. 8.2).

Aus dem Sachverhalt:

Am 13. Oktober 2014 führte die SUVA bei der A GmbH eine Arbeitgeberkontrolle durch. Gestützt auf das entsprechende Ergebnis erliess die Ausgleichskasse des Kantons Zug, der die fragliche Gesellschaft angeschlossen ist, am 28. Oktober 2014 zwei Nachzahlungsverfügungen, für das Jahr 2012 über den Betrag von Fr. 2'267.15 und für das Jahr 2013 über Fr. 2'888.40. Die dagegen am 3. November 2014 – somit rechtzeitig – erhobene Einsprache wies die Ausgleichskasse mit Entscheid vom 13. März 2015 vollumfänglich ab. Begründend wurde ausgeführt, nach Art. 5 Abs. 1 AHVG würden vom massgebenden Lohn aus unselb-

ständiger Erwerbstätigkeit Beiträge erhoben und als massgebenden Lohn würde jedes Entgelt für in unselbständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit gelten. Zum massgebenden Lohn gehörten nach der Wegleitung über den massgebenden Lohn (WML) auch die nicht reglementarischen Einlagen des Arbeitgebers (Rz. 2165 ff. WML), nicht aber die reglementarischen Beiträge, welche nach DBG sogar steuerbefreit und folglich nicht als massgeblicher Lohn gelten würden (Art. 8 lit. a AHVV). Einlagen des Arbeitgebers an die berufliche Vorsorge des Arbeitnehmers gehörten folglich dann nicht zum massgebenden Lohn, wenn und soweit die Statuten oder das Reglement der Vorsorgeeinrichtung diese zwingend vorschreiben würden. Kann-Vorschriften genügten nicht. Sei vorgesehen, dass der Arbeitgeber die laufenden Arbeitnehmerbeiträge übernehme und/oder sich am Einkauf des Arbeitgebers beteilige, nicht aber in welchem Umfang, liege keine zwingend vorgeschriebene Einlage vor. Bedingung sei sodann, dass die an die Vorsorgeeinrichtung geleisteten Einlagen die Voraussetzungen der Steuerbefreiung des DBG erfüllten (Rz. 2165 WML). Einlagen, die nicht oder nicht zwingend in den Statuten oder im Reglement vorgeschrieben seien, gehörten hingegen zum massgebenden Lohn (Rz. 2168 WML). Die Prüfung des BVG-Reglements in casu habe ergeben, dass die BVG-Beiträge durch den Arbeitgeber und die versicherte Person finanziert würden. Die Beiträge des Arbeitgebers seien mindestens gleich hoch wie die Summe der Beiträge aller versicherten Personen (Art. 26 Ziff. 1 des Reglements der BVG-Sammelstiftung Swiss Life). Entsprechend sei somit nicht zwingend vorgeschrieben, dass die Einsprecherin respektive Arbeitgeberin die Arbeitgeber- und die Arbeitnehmerbeiträge übernehmen müsse. Da die BVG-Einlagen nur dann vom massgebenden Lohn auszunehmen seien, wenn der Arbeitgeber zu deren Übernahme statutarisch oder reglementarisch verpflichtet sei – in casu werde eine Übernahme lediglich durch den arbeitgeberspezifischen Vorsorgeplan vorgesehen, nicht aber durch das Reglement oder die Statuten der Vorsorgeeinrichtung – seien die Aufrechnungen der Arbeitnehmeranteile zu Recht erfolgt und die Verfügungen nicht zu beanstanden.

Aus den Erwägungen:

(...)

4.

4.1 Nach Art. 5 Abs. 1 AHVG ist vom Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit, sprich vom so genannten massgebenden Lohn, ein Beitrag von 4.2 % zu erheben. Als massgebender Lohn gilt jedes Entgelt für in unselbständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit. Der massgebende Lohn umfasst auch Teuerungs- und andere Lohnzulagen, Provisionen, Gratifikationen, Naturalleistungen, Ferien- und Feiertagsentschädigungen und ähnliche Bezüge, ferner Trinkgelder, soweit diese einen wesentlichen Bestandteil des Arbeitsentgeltes darstellen (Art. 5 Abs. 2 AHVG). Artikel 6 Abs. 1 AHVV ergänzt, dass sämtliche im In- oder Ausland erzielte Bar- oder Naturaleinkommen einschliesslich der Nebenbezüge zum Erwerbseinkommen zählten, resp. präzisiert in Abs. 2 lit. h, nicht zum Einkommen gehörten

reglementarische Leistungen von Einrichtungen der beruflichen Vorsorge, wenn der Begünstigte bei Eintritt des Vorsorgefalles oder bei Auflösung der Vorsorgeeinrichtung die Leistungen persönlich beanspruchen könne. Weiter hält Art. 8 AHVV fest, nicht zum massgebenden Lohn gehörten a) reglementarische Beiträge des Arbeitgebers an Vorsorgeeinrichtungen, welche die Voraussetzungen der Steuerbefreiung nach DBG erfüllten; b) Beiträge des Arbeitgebers an die Kranken- und Unfallversicherer der Arbeitnehmer sowie an Familienausgleichskasse, sofern alle Arbeitnehmer gleich behandelt würden; c) Zuwendungen des Arbeitgebers beim Tod Angehöriger der Arbeitnehmer, an Hinterlassene von Arbeitnehmern, bei Firmenjubiläen, Verlobungen, Hochzeiten oder dem Bestehen einer beruflichen Prüfung; d) Leistungen des Arbeitgebers an Arzt-, Spital- oder Kurkosten, die nicht über die Krankenpflegeversicherung gedeckt seien, wenn alle Arbeitnehmer gleichbehandelt würden. Nach Art. 8bis AHVV sind auch Leistungen bei ungenügender beruflicher Vorsorge, die dem Arbeitnehmer bei Beendigung des mehrjährigen Arbeitsverhältnisses zukommen, unter bestimmten Umständen vom massgebenden Lohn ausgenommen. Artikel 8ter AHVV regelt schliesslich, dass auch die Sozialleistungen bei Entlassungen aus betrieblichen Gründen vom massgebenden Lohn ausgenommen seien.

4.2 Nach der Wegleitung über den massgebenden Lohn (WML) in der AHV, IV und EO, gehören Einlagen des Arbeitgebers in die berufliche Vorsorge des Arbeitnehmers dann nicht zum massgebenden Lohn, wenn und soweit die Statuten oder das Reglement der Vorsorgeeinrichtung sie zwingend vorschreiben. Kann-Vorschriften genügen nicht. Ist zwar vorgesehen, dass der Arbeitgeber die laufenden Arbeitnehmerbeiträge übernimmt und oder sich am Einkauf beteiligt, nicht aber in welchem Umfang, liegt keine zwingend vorgeschriebene Einlage vor. Bedingung ist weiter, dass die Einlagen an Vorsorgeeinrichtungen geleistet werden, welche die Voraussetzungen der Steuerbefreiung nach dem DBG erfüllen (Rz. 2165 WML). Die Steuerbefreiung nach dem DBG setzt voraus, dass die Einlagen des Arbeitgebers ausschliesslich und unwiderruflich der beruflichen Vorsorge für die Arbeitnehmer und deren Hinterlassenen dienen (Rz. 2166 WML). Die Prinzipien der Angemessenheit, der Kollektivität, der Gleichbehandlung und der Planmässigkeit sowie das Versicherungsprinzip sind im Berufsvorsorgerecht geregelt (Rz. 2167 WML). Von den Arbeitgebern erbrachte Einlagen, welche nicht oder nicht zwingend in den Statuten oder im Reglement der Vorsorgeeinrichtung vorgeschrieben sind, gehören zum massgebenden Lohn (Rz. 2168 WML). Dasselbe gilt für Zuwendungen, die erst nach Eintritt der versicherten Risiken verbindlich festgelegt werden (Rz. 2169 WML). Die Einlagen der Arbeitnehmer bilden mangels einer Ausnahmebestimmung massgebenden Lohn (Rz. 2170 WML). Dasselbe gilt für Einlagen oder Einkaufs-Beiträge, die die Arbeitnehmer zu tragen hätten und die der Arbeitnehmer übernimmt, es sei denn, Statuten und Reglement der Vorsorgeeinrichtung würden den Arbeitgeber zur Übernahme verpflichten (Rz. 2171 WML).

4.3 Im Urteil des EVG vom 6. September 2004, publiziert in der AHI-Praxis 2004, S. 253 wird zu Art. 5 Abs. 2 AHVG und Art. 8 lit. a AHVV festgehalten, als reglementarische Beiträge des Arbeitgebers an die Vorsorgeeinrichtungen würden nur diejenigen Beiträge gelten, die aufgrund des Reglements oder der Statuten der Vorsorgeeinrichtung geschuldet seien. Dazu

genüge es nicht, dass das Reglement eine Einlage eines Arbeitgebers zulasse, sondern es müsse sie grundsätzlich oder in einem konkreten Zusammenhang vorschreiben. – In einem anderen Entscheid hält das Bundesgericht fest, nicht zum massgebenden Lohn gehörten nach Art. 8 lit. a AHVV die reglementarischen Beiträge des Arbeitgebers an die Vorsorgeeinrichtung, die die Voraussetzungen der Steuerbefreiung nach dem DBG erfüllten. Unter dem Titel von Art. 8 lit. a AHVV seien von der Beitragspflicht aber nur die Vorsorgebeiträge befreit, die der Arbeitgeber gestützt auf ihm grundsätzlich entzogene, jedenfalls nicht ad hoc im Einzelfall abänderbare normative Grundlagen schulde. Dabei könne es sich um regelmässige, periodische oder allenfalls anlässlich einer vorzeitigen Pensionierung anfallende Einlagen handeln. Reglementarisch oder statutarisch geschuldet seien Beiträge des Arbeitgebers an die Vorsorgeeinrichtung nicht schon, wenn das Reglement eine Einlage des Arbeitgebers zulasse; es müsse sie für eine bestimmte, im Arbeitsverhältnis begründete Situation vorschreiben. Beiträge patronaler Wohlfahrtsfonds seien grundsätzlich jenen des Arbeitgebers gleichzustellen (Urteil vom 8. August 2011 [9C_12/2011] Erw. 1.2.3, publiziert als BGE 137 V 321).

5. Fakt ist vorliegend, dass die Beschwerdeführerin die Arbeitgeberbeiträge an die Vorsorgeeinrichtung der Arbeitnehmer nicht als zum massgebenden Lohn zählend qualifizierte, während der SUVA-Revisor wie auch die Ausgleichskasse diese zum massgebenden Lohn hinzurechnen wollten, da sie nicht auf einer im Einzelfall nicht abänderbaren normativen Grundlage basierten. Die Akten besagen dazu das Folgende:

(...)

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

6.1 Wie in Erwägung 4.2 im Rahmen der Wiedergabe der Wegleitung WML festgehalten, gehören vom Arbeitgeber anstelle des Arbeitnehmers erbrachte Einlagen in die Berufliche Vorsorge nicht zum massgeblichen Lohn und unterliegen mithin nicht der AHV-Beitragsverabgabung, wenn diese in den Statuten oder im Reglement der Vorsorgeeinrichtung zwingend vorgesehen sind. Selbiges ergibt auch ein Blick in die Judikatur (vgl. Erwägung 4.3). Aus den von der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit einem Schreiben der Swiss Life vom 28. Mai 2015 im Rahmen der Replik eingereichten Unterlagen, konkret aus den Basisbestimmungen per 2012 und dem Vorsorgereglement per 2013 ergibt sich, dass Höhe und Zusammensetzung der Personalbeiträge im Vorsorgeplan festgeschrieben werden und der Vorsorgeplan, der von der Verwaltungskommission verabschiedet wird, als integrierter Bestandteil des Vorsorgereglements gilt. Enthält der Vorsorgeplan die Verpflichtung für den Arbeitgeber, die Beiträge zu 100 % zu entrichten und gelten Vorsorgereglement und Vorsorgeplan als untrennbar zusammengehörig, als Einheit, so kann jedenfalls bei grammatikalischer Betrachtungsweise festgestellt werden, dass eine nicht im Einzelfall abänderbare normative Grundlage besteht. Diese Betrachtungsweise rechtfertigt sich, wenn man bedenkt, dass Lehre und

Praxis, damit verbunden auch die Wegleitung des BSV bei der Konkretisierung von Art. 8 lit. a AHVV alle Vorsorgeeinrichtungen im Auge hatten bzw. haben, damit aber auch diejenigen, die nur für einen Betrieb oder einen Branchenzweig ins Leben gerufen wurden. Sammelstiftungen, die Banken oder Versicherungskonzernen angegliedert sind, sprechen demgegenüber eine Vielzahl von heterogenen Arbeitgebern mit völlig unterschiedlichen Bedürfnissen an und dies rechtfertigt, dass diese Sammelstiftungen nur Basisbestimmungen in die Vorsorgereglemente aufnehmen und die Bestimmungen für den konkreten Betrieb im Vorsorgeplan, der als integrierender Bestandteil des Vorsorgereglements gilt, festhalten.

6.2 Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens, insbesondere im Rahmen der Replik, reichte die Beschwerdeführerin diverse Unterlagen, darunter insbesondere Erklärungen und Belege der Swiss Life, ins Recht (vgl. Erw. 5.2), die erhellen, dass die Beschwerdeführerin seit Anfang 2012 aufgrund einer materiell reglementarischen Bestimmung der zwingenden Verpflichtung unterliegt, 100 % der Vorsorgebeiträge zu entrichten. Die Bestimmung behandelt alle Mitarbeiter gleich, sieht keine unterschiedlichen, damit allenfalls diskriminierenden Behandlungen vor und kann nicht einfach einzelfallweise abgeändert oder aufgehoben werden. Damit erfüllt die Beschwerdeführerin die Vorgaben von Art. 8 lit. a AHVV bzw. die Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung hierzu. Folglich stellen die Beitragszahlungen an die Vorsorgeeinrichtung – die im Jahre 2012 Fr. 17'812.– und im Jahre 2013 sogar Fr. 23'554.– ausmachten – in casu keinen massgebenden Lohn dar und sind von der AHV-Beitragspflicht ausgenommen.

6.3 Nach dem Gesagten erfolgten die Lohnaufrechnungen und die Nachzahlungsverfügungen vom 28. Oktober 2014 zu Unrecht. Die Beschwerde erweist sich damit als begründet und die genannten Nachzahlungsverfügungen resp. der Einspracheentscheid von 13. März 2015 sind aufzuheben.

(...)

8.

8.1 Das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht ist kostenlos (Art. 61 lit. a ATSG).

8.2 Nach Art. 61 lit. g ATSG ist einer obsiegenden Beschwerdeführerin, so sie anwaltlich fremdvertreten ist, grundsätzlich eine Parteientschädigung zuzusprechen. Wie es sich verhält, wenn jemand durch ein Treuhandbüro vertreten ist – ob eine reduzierte Entschädigung zuzusprechen ist oder ob gänzlich darauf zu verzichten ist – kann in casu offenbleiben, ist doch vorliegend ohnehin bereits aus anderen Gründen von einer Parteientschädigung abzusehen. Wie die Beschwerdegegnerin richtig bemerkte und wie sich denn auch aus der äusserst detaillierten Aktenwiedergabe unter Erwägung 5 ff. ergibt, war die Aktenlage bis und mit zum Entscheid der Beschwerdegegnerin keineswegs klar und ohne die im Zusammenhang mit dem zweiten Schreiben der Swiss Life im Rahmen der Replik nachgereichten Unterlagen wäre eine

Subsumtion der Regelung im Sinne von Art. 8 lit. a AHVV nicht zweifelsfrei möglich gewesen. Nicht nur lagen zwei sich widersprechende Vorsorgepläne im Recht, es fehlte bis zur Replik auch an einem für die fragliche Zeitspanne gültigen Vorsorgereglement. Entsprechend konnte die Vorinstanz die Richtigkeit der Behauptungen der Beschwerdeführerin nicht überprüfen und erst die Erläuterungen und Versicherungen der Vertreter der zuständigen Sammelstiftung konnten die entstandenen Zweifel beseitigen. Wie angesprochen ist somit trotz Obsiegen der Beschwerdeführerin von der Zusprache einer Parteientschädigung abzusehen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 5. Oktober 2015 S 2015 40

7.4 Art. 8, Art. 13, Art. 21 und Art. 64a Abs. 1 lit. b IVG, Art. 2 Abs. 1 und 2 HVI, Ziffer 5.06 HVI-Anhang; Rz. 2035 KHMI

Regeste:
Art. 8, Art. 13, Art. 21 und Art. 64a Abs. 1 lit. b IVG, Art. 2 Abs. 1 und 2 HVI, Ziffer 5.06 HVI-Anhang, Rz. 2035 Kreisschreiben über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung (KHMI) – Verwaltungsweisungen richten sich an die Durchführungsstellen und sind für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung berücksichtigen, soweit sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen (Erw. 3.5). Die Ausdehnung der Perückenversorgung erfolgte im Hinblick auf die soziale Eingliederung. Die Rechtsprechung entwickelte bei den Gesuchen von Männern um Abgabe einer Perücke zulasten der IV einen wesentlich strengeren Beurteilungsmassstab. Bei den Frauen wird im Falle fehlenden Haarschmucks die erhebliche Beeinträchtigung der äusseren Erscheinung als (einziges) leistungsbegründendes Erfordernis für eine Perückenversorgung ohne weiteres anerkannt (Erw. 5.). Was gestützt auf die höchstrichterliche Rechtsprechung für Frauen gilt, muss auch für ein Kind von 12 Jahren, egal ob männlich oder weiblich, gelten (Erw. 5.1). Entscheidend ist einzig, dass es sich nicht um einen normalen Haarausfall handelt und dass die kindliche bzw. jugendliche äussere Erscheinung durch das charakteristische Ausprägungsmuster einer typisch erwachsenen männlichen Kahlköpfigkeit eine empfindliche Beeinträchtigung erfährt, welche mit dem beantragten Hilfsmittel, der Perücke, möglichst kaschiert werden soll (Erw. 5.2).

Aus dem Sachverhalt:

Der im 2003 geborene B meldete sich am 6. Februar 2015 wegen kreisrundem Haarausfall (Alopecia areata) bei der Invalidenversicherung zum Bezug von Hilfsmitteln, namentlich einer Perücke, an. Die IV-Stelle Zug holte in der Folge Arztberichte und eine Stellungnahme bei ihrem RAD-Arzt ein. Nach durchgeführtem Vorbescheidverfahren wies die IV-Stelle mit Verfügung vom 18. Juni 2015 das Leistungsbegehren, d.h. konkret eine Kostengutsprache für eine Perücke, ab. Zur Begründung führte sie aus, es handle sich im vorliegenden Fall unbestrittenermassen nicht um die Folgen einer Behandlung eines akuten Gesundheitsschadens. Es liege

offenbar eine chronische Erkrankung vor, deren Ursache noch nicht ermittelt und bisher nicht erfolgreich behandelt worden sei. Dementsprechend mangle es entscheidend am Kriterium, dass der Haarausfall als Folge einer akuten Erkrankung eingetreten sei.

Aus den Erwägungen:

(...)

3.

3.1 Nach Art. 8 Abs. 1 IVG haben Invalide oder von einer Invalidität bedrohte Versicherte Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen, soweit diese notwendig und geeignet sind, die Erwerbsfähigkeit oder die Fähigkeit, sich im Aufgabenbereich zu betätigen, wieder herzustellen, zu erhalten oder zu verbessern, wobei die gesamte noch zu erwartende Arbeitsdauer zu berücksichtigen ist. Nach Massgabe von Art. 13 (medizinische Massnahmen) und Art. 21 IVG (Hilfsmittel) besteht der Anspruch auf Leistungen unabhängig von der Möglichkeit einer Eingliederung ins Erwerbsleben oder in den Aufgabenbereich (Art. 8 Abs. 2 IVG). Absatz 3 von Art. 8 IVG regelt sodann die Eingliederungsmassnahmen und unter lit. d die Abgabe von Hilfsmitteln.

3.2 Nach Art. 21 IVG hat ein Versicherter im Rahmen einer vom Bundesrat aufzustellenden Liste Anspruch auf jene Hilfsmittel, deren er für die Ausübung der Erwerbstätigkeit oder der Tätigkeit im Aufgabenbereich, zur Erhaltung oder Verbesserung der Erwerbsfähigkeit, für die Schulung, die Aus- und Weiterbildung oder zum Zwecke der funktionellen Angewöhnung bedarf (Art. 21 Abs. 1 Satz 1 IVG). Hat ein Versicherter infolge seiner Invalidität für die Fortbewegung, für die Herstellung des Kontaktes mit der Umwelt oder für die Selbstsorge Bedarf an kostspieligen Geräten, besteht im Rahmen der vom Bundesrat aufzustellenden Liste ohne Rücksicht auf die Erwerbsfähigkeit Anspruch auf ein Hilfsmittel (Art. 21 Abs. 2 IVG). Der Bundesrat hat die ihm übertragene Kompetenz zur Bezeichnung der im Rahmen von Art. 21 IVG abzugebenden Hilfsmittel an das Eidgenössische Departement des Innern subdelegiert, welches seinerseits die Verordnung über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung vom 29. November 1976 (HVI; SR 831.232.51) erlassen hat. Im Anhang zur HVI werden die Hilfsmittel aufgezählt. Die versicherte Person hat Anspruch auf Hilfsmittel, soweit diese für die Fortbewegung, die Herstellung des Kontakts mit der Umwelt oder für die Selbstsorge notwendig sind (Art. 2 Abs. 1 HVI). Anspruch auf die in der Liste mit (∗) bezeichneten Hilfsmittel besteht nur, soweit diese für die Ausbildung, die funktionelle Angewöhnung oder für die in der zutreffenden Ziffer des Anhangs ausdrücklich genannte Tätigkeit notwendig sind (Art. 2 Abs. 2 HVI).

(...)

3.4 (...)

Nach Ziffer 5.06 der Hilfsmittelliste leistet die Invalidenversicherung bei Perücken einen jährlichen Höchstbeitrag von Fr. 1'500.–.

3.5 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 Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (vgl. BGE 133 V 257 ff., insb. Erw. 3.2, mit vielen weiteren Hinweisen).

In casu ist das Kreisschreiben über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung (KHMI) zu beachten.

3.6 Hinsichtlich des Hilfsmittelanspruchs gilt die Invalidität als eingetreten, wenn der Gesundheitsschaden objektiv erstmals die Versorgung notwendig macht und das Hilfsmittel ein Eingliederungsziel nach Art. 21 IVG erfüllt. Eine vorübergehende Behinderung schliesst die Hilfsmittelabgabe aus. Es muss prinzipiell eine voraussehbare Verwendungsdauer von mindestens einem Jahr angenommen werden können (KHMI Rz. 1002). Sodann werden die Hilfsmittel in einfacher und zweckmässiger Ausführung abgegeben. Es kommen nur Hilfsmittel mit optimalem Preis-Leistungsverhältnis in Betracht. Die versicherte Person hat keinen Anspruch auf die im Einzelfall bestmögliche Versorgung (KHMI Rz. 1004).

Hinsichtlich der Perücken wird in KHMI Rz. 2035 ausgeführt, dass Versicherte Anspruch auf Perücken haben, wenn die Haare als Folge eines akuten Gesundheitsschadens oder dessen Behandlung, z. B. durch Bestrahlung oder Chemotherapie, ausgefallen sind. Normaler Haarausfall (insbesondere bei Männern) zieht keine Leistungspflicht der IV nach sich (Ausnahme bei Transsexuellen: siehe BGer-Urteil 9C_550/2012 vom 13. Juli 2013). Gemäss KHMI Rz. 2036 beträgt der Höchstbetrag für die Anschaffung (einschliesslich Anpassung, Färben, Frisieren, Reinigen und allfälligen Reparaturkosten) pro Kalenderjahr Fr. 1'500.–. Im Jahr der erstmaligen Abgabe kann der Höchstbetrag voll ausgeschöpft werden (keine pro rata Einschränkung). Der Einkaufspreis (Perückenzulieferer der Abgabestelle) muss belegt werden und die Rechnung muss vom Versicherten unterschrieben werden.

(...)

5. In Würdigung der vorliegenden Akten ist vorab darauf hinzuweisen, dass seit Januar 1983 nicht nur gemäss Art. 21 Abs. 1 IVG, sondern auch bereits im Rahmen von Art. 21 Abs. 2

IVG Anspruch auf Perücken zulasten der Invalidenversicherung besteht. Diese Ausdehnung der Perückenversorgung erfolgte im Hinblick auf die soziale Eingliederung. In den Materialien wurde nämlich zur Änderung der Hilfsmittelliste (Erläuterungen des BSV) ausgeführt, der Wegfall des (*) bedeute, dass es inskünftig für die Abgabe einer Perücke genüge, wenn diese für die Pflege gesellschaftlicher Kontakte oder das Auftreten in der Öffentlichkeit benötigt werde. In dieser Beziehung würden die Verwaltungsweisungen bei den Perücken für Männer noch gewisse Einschränkungen festlegen müssen, da man einen kahlköpfigen Mann in der Regel nicht als invalid bezeichnen könne. In der Folge entwickelte die Rechtsprechung bei den Gesuchen von Männern um Abgabe einer Perücke zulasten der IV einen wesentlich strengeren Beurteilungsmassstab. Bei den Frauen jedoch wird im Falle fehlenden Haarschmucks die erhebliche Beeinträchtigung der äusseren Erscheinung als (einziges) leistungsbegründendes Erfordernis für eine Perückenversorgung ohne weiteres anerkannt (Urteile I 155/01 vom 6. Dezember 2001 Erw. 2d und I 204/85 vom 30. August 1985 Erw. 2a in fine). Im Falle eines Versicherten, der an Alopecia areata (plötzlich einsetzendem herdförmigem Haarausfall) litt, bejahte dann das Bundesgericht (bzw. das damalige Eidgenössische Versicherungsgericht) die Anspruchserfordernisse insbesondere mit Blick auf einen psychiatrischen Bericht, wonach ohne Perücke die Gefahr einer vollständigen Abkapselung gegenüber den Mitmenschen und einer Verschlimmerung der neurotischen Störung im Form neuer depressiver Phasen bestünde. Die Kahlköpfigkeit ohne Perückenversorgung wertete das Gericht unter diesen Umständen als für den Versicherten erheblich belastend. Ob eine derartige psychische Belastung vorliegt, muss jeweils unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Einzelfall beurteilt werden und lässt sich nicht objektivieren (Urteil I 204/85 vom 30. August 1985 Erw. 3, insbes. auch in fine) (vgl. BGer-Urteil 9C_550/2012 vom 13. Juli 2013, Erw. 2.2 und 2.3 mit Hinweisen).

5.1 Laut Diagnose von Dr. C leidet der Beschwerdeführer seit 2013 an einer Alopezia areata (universalis). Unklar ist bis anhin die Ursache dieses Verlusts aller Körperhaare. Tatsache ist, dass offenbar jeglicher Therapieversuch gescheitert ist und der Beschwerdeführer mit nur gerade 12 Jahren sämtliche Körperhaare verloren hat. Dass sich ein kahlköpfiges Kind ohne Wimpern und Augenbrauen – was völlig nicht der Norm entspricht – in der Öffentlichkeit gehemmt und unwohl fühlt, sich deswegen sozial zurückzieht und Angst vor Lehrstellenbewerbungen hat, ist absolut glaubhaft und nachvollziehbar, zumal die äussere Erscheinung gerade in der Pubertät, welche beim Beschwerdeführer ansteht, enorm wichtig und die Psyche daher diesbezüglich sehr fragil ist. Um dies zu erkennen, ist nicht einmal ein entsprechender psychiatrischer Bericht erforderlich. Was gestützt auf die oben dargestellte höchstrichterliche Rechtsprechung für Frauen gilt, muss auch für ein Kind von 12 Jahren, egal ob männlich oder weiblich, gelten. Denn ein fehlender Haarschmuck bzw. eine Kahlköpfigkeit (und dann noch ohne Wimpern und Augenbrauen) bei einem Jungen stellt genau dieselbe erhebliche Beeinträchtigung der äusseren Erscheinung dar wie bei einer Frau, so dass eine Perückenversorgung ohne weiteres anzuerkennen ist. Beim Beschwerdeführer geht es insbesondere um die Sozialrehabilitation, d.h. die Pflege gesellschaftlicher Kontakte und das Auftreten in der Öffentlichkeit. In der nächsten Zeit wird es bei ihm indes auch darum gehen, sich im Erwerbsleben einzugliedern (Lehrstellensuche). Gemäss obigen Ausführungen genügt es für die

Abgabe einer Perücke jedoch bereits, wenn diese für die Pflege gesellschaftlicher Kontakte oder das Auftreten in der Öffentlichkeit benötigt wird.

5.2 Dem Beschwerdeführer als 12-jähriger Junge kann nicht entgegen gehalten werden, er habe seine Kopf- und Körperbehaarung nicht infolge einer akuten, sondern aufgrund einer chronischen Erkrankung verloren, wenn doch bislang noch gar keine Ursache, d.h. eine Krankheit diagnostiziert werden konnte. Entscheidend ist einzig, dass es sich nicht um einen normalen Haarausfall, wie er in Rz. 2035 vom Haarausfall zufolge einer akuten Krankheit oder deren Behandlung abgegrenzt wird, handelt und dass die kindliche bzw. jugendliche äussere Erscheinung durch das charakteristische Ausprägungsmuster einer typisch erwachsenen männlichen Kahlköpfigkeit eine empfindliche Beeinträchtigung erfährt, welche mit dem beantragten Hilfsmittel, der Perücke, möglichst kaschiert werden soll.

Soweit die Beschwerdegegnerin somit KHMI Rz. 2035 wortwörtlich auslegt resp. die Perückenversorgung gestützt auf KHMI Rz. 2035 mit der Begründung ablehnt, der Haarausfall des Beschwerdeführers sei nicht Folge einer akuten Krankheit oder deren Behandlung, kann ihr nicht gefolgt werden. Das Gericht hat Weisungen nur zu berücksichtigen, soweit diese eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen (vgl. Erw. 3.5 oben). Dies ist vorliegend – wie oben aufgezeigt – nicht der Fall.

Die beim Beschwerdeführer vorliegende Alopezia areata universalis – eine Autoimmunkrankheit – machte beim Beschwerdeführer eine Perückenversorgung spätestens seit Gesuchstellung notwendig, zumal dieses Hilfsmittel, d.h. die Perücke, das Eingliederungsziel gemäss Art. 21 Abs. 2 IVG – wie oben aufgezeigt – erfüllt. Die voraussehbare Verwendungsdauer von mindestens einem Jahr ist zudem ohne weiteres anzunehmen, sprach die Fachärztin Dr. C doch von einem im 2011 beginnenden und im 2013 totalen Haarausfall und einer schlechten Prognose (vgl. Erw. 3.6 und Erw. 4.2 oben).

5.3 Zusammenfassend sind unter den angeführten Umständen und der dargelegten Rechtsprechung die Voraussetzungen für einen Kostenbeitrag (von jährlich höchstens Fr. 1’500.–) an eine Perücke gemäss Art. 21 Abs. 2 IVG und Ziffer 5.06 HVI-Anhang offenkundig erfüllt. Demzufolge ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, dem Beschwerdeführer die verordnungsmässigen Leistungen für eine Perücke gestützt auf Ziffer 5.06 HVI-Anhang zu gewähren. Damit erweist sich die Beschwerde als begründet und sie ist entsprechend gutzuheissen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 29. Oktober 2015 S 2015 92

7.5 Art. 8, Art. 27 und Art. 42 ATSG, Art. 12 Abs. 2 ATSV, Art. 8 Abs. 1 und Art. 15 Abs. 1 AVIG

Regeste:
Art. 8, Art. 27 und Art. 42 ATSG, Art. 12 Abs. 2 ATSV, Art. 8 Abs. 1 und Art. 15 Abs. 1 AVIG – Droht eine reformatio in peius, eine Verschlechterung der Position der Einsprache führenden Partei, ist letztere vor Erlass des Einspracheentscheids zwingend darauf aufmerksam zu machen und auch auf die Möglichkeit eines Einspracherückzugs hinzuweisen (Erw. 2.2). Eine Vermittlungsunfähigkeit aufgrund familiärer Verpflichtungen oder anderer persönlicher Umstände ist erst zu bejahen, wenn der versicherten Person bei der Auswahl des Arbeitsplatzes aus familiären oder persönlichen Gründen nachweislich derart enge Grenzen gesetzt sind, dass das Finden einer passenden, eventuell zu jener des Ehegatten komplementären Stelle sehr ungewiss ist. Jedenfalls kann die Vermittlungsfähigkeit ohne konkrete Überprüfung nicht verneint werden. Ausser bei offensichtlichem Missbrauch darf die Durchführungsstelle nicht schon zum Zeitpunkt des Einreichens des Entschädigungsgesuchs das Vorhandensein von Kinderhüteplätzen prüfen (Erw. 3.3). Vielmehr soll diese Prüfung erst erfolgen, wenn sich während der Leistungsbezugsdauer Anzeichen für fehlende Vermittlungsfähigkeit mehren. Diese Praxis bedeutet, dass eine erst später erfolgte Überprüfung der Vermittlungsfähigkeit nicht dazu dienen kann, die Vermittlungsfähigkeit rückwirkend auf den Zeitpunkt der Anmeldung zu verneinen. Eine spätere Aberkennung der Vermittlungsfähigkeit rückwirkend und ex tunc erscheint im Lichte des Vertrauens- bzw. Gutglaubensschutzes nicht vertretbar (Erw. 5.2).

Aus dem Sachverhalt:

Die Versicherte, D, Jahrgang 1976, verheiratet, britische Staatsangehörige mit Niederlassungsbewilligung C, gelernte Personalfachfrau, zuletzt tätig gewesen bei der W GmbH, meldete sich per 15. Oktober 2012 beim RAV zur Arbeitsvermittlung an, was ihr mit Schreiben vom 2. Oktober 2012 bestätigt wurde. In der Folge wurde die Versicherte auf ihre Rechte und Pflichten als Stellensuchende hingewiesen und am 23. Oktober 2012 deponierte sie einen Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 30. September 2012. In diesem Zusammenhang erklärte sie, sie sei willens und in der Lage, in einem 60 %-Pensum zu arbeiten. Zur Begründung der Kündigung führte sie aus, da ihre Tagesmutter aus gesundheitlichen Gründen gekündigt und weil sie bis dato keinen Ersatz gefunden habe, ihr Arbeitgeber das Gesuch um einen unbezahlten Urlaub oder um eine (vorübergehende) Pensenreduktion abgelehnt habe, habe sie das Arbeitsverhältnis gekündigt. Nach Rückfrage beim Arbeitgeber verfügte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zug am 11. Februar 2013 eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung für 31 Tage und führte zur Begründung an, die Versicherte habe die Arbeitslosigkeit selbst verschuldet. Die Akten enthalten für 2013 sodann zwei Verfügungen betreffend Einstellung in der Anspruchsberechtigung für vier resp. fünf Tage, da die Versicherte quantitativ und qualitativ ungenügende Arbeitsbemühungen ausgewiesen habe. Im Januar 2014 überwies die Arbeitslosenkasse die Akten an das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)

zur Prüfung der Frage der Vermittlungsfähigkeit. Am 22. Januar 2014 verfügte das AWA, die Versicherte sei seit dem 27. November 2013 nicht vermittlungsfähig. Unter Verweis auf Art. 17 Abs. 1 und 2 und insbesondere Art. 15 Abs. 1 AVIG wurde zusammenfassend begründet, Vermittlungsunfähigkeit sei dann anzunehmen, wenn der versicherten Person bei der Auswahl des Arbeitsplatzes aus familiären oder persönlichen Gründen nachweislich derart enge Grenzen gesetzt seien, dass das Finden einer passenden Stelle sehr ungewiss sei. Vorliegend hätten bereits ab Oktober 2012 Zweifel an der Vermittlungsfähigkeit bestanden. Aufgrund der nicht zu regelnden Kinderbetreuung hätten Termine verschoben werden müssen und die Versicherte sei gezwungen gewesen, auf die Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm zu verzichten.

Die am 29. Januar 2014 dagegen erhobene Einsprache wies das AWA mit Entscheid vom 8. August 2014 ab. Begründend wurde zunächst noch einmal auf die Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Arbeitslosenentschädigungen nach Art. 8 AVIG, auf die Vermittlungsfähigkeit nach Art. 15 AVIG und in diesem Zusammenhang auf die Bestimmung über die Zumutbarkeit einer Arbeit nach Art. 16 AVIG, schliesslich auf die Schadenminderungspflicht verwiesen. In concreto wurde bemerkt, eine versicherte Person mit betreuungsbedürftigen Kindern müsse hinsichtlich Verfügbarkeit dieselben Bedingungen erfüllen wie alle anderen Versicherten. Entsprechend müsse sie das Privat- und Familienleben so gestalten, dass sie nicht gehindert werde, im Umfang des geltend gemachten Beschäftigungsgrades einer Erwerbstätigkeit nachzugehen oder an einer arbeitsmarktlichen Massnahme teilzunehmen. Wie sie sich organisiere, sei ihre Sache. Könne sie ihre Arbeitskraft indes nicht so einsetzen, wie das ein Arbeitgeber normalerweise verlange, sei sie nicht vermittlungsfähig. Zum Zeitpunkt der Anmeldung zum Leistungsbezug dürften die Durchführungsstellen noch keinen Obhutsnachweis verlangen. Zeige sich im Laufe der Zeit allerdings, dass jemand nicht willens sei, die Kinder einer Drittperson anzuvertrauen, müsse die Amtsstelle einen konkreten Nachweis für die Kinderbetreuung, einen Obhutsnachweis, verlangen. In casu bringe die Versicherte vor, wo bzw. wann sich ihre drei Knaben in Kinderkrippe oder Schule befänden und wann sie zuhause fremdbetreut würden. Die Frage, ob eine versicherte Person in einer bestimmten Zeitperiode vermittlungsfähig gewesen sei, beurteile sich prospektiv, d.h. von jenem Zeitpunkt aus und aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse, wie sie sich bis zum Verfügungserlass entwickelt hätten. Diesbezüglich sei erstellt, dass die Versicherte der Einladung zur Grundinformation am 17. Oktober 2012 bzw. zum Erstgespräch am 18. Oktober 2012 mangels Kinderbetreuung nicht habe folgen können. Es sei ihr am 25. Oktober 2012 ein Ersatztermin gewährt worden, anlässlich welchem sie erklärt habe, dass die Kinderbetreuung zurzeit nicht gewährleistet sei. Auch das Folgegespräch vom 28. Februar 2013 habe die Versicherte aus demselben Grund verschieben wollen, was ihr aber nicht bewilligt worden sei. Sie habe dann den jüngsten Sohn zum Gespräch mitgenommen, was ihr ausnahmsweise «durchgelassen» worden sei. Den Gesprächstermin vom 11. April 2013 habe die Versicherte ferienhalber, den Termin vom 22. April 2013 zufolge einer Magen-Darm-Grippe ihrerseits, den Termin vom 26. April 2013 aufgrund der Grippeerkrankung der Kinder abgesagt. Im Rahmen des Gesprächs vom 27. November 2013 habe sie schliesslich bemerkt,

sie suche weiterhin im Rahmen von 60 % eine Stelle, eine Stellenzuweisung oder eine arbeitsmarktliche Massnahme aber seien nicht möglich, da die Betreuung des ältesten Kindes nicht gewährleistet sei. Das Kind komme um 11.30 Uhr nach Hause, habe am Nachmittag von 13.30 bis 15.00 Uhr Kindergarten, donnerstags und freitags am Nachmittag jeweils frei. Im Falle einer Festanstellung würde sich eine Betreuung allerdings organisieren lassen. Erstellt sei sodann ein Zwischenverdienst für X, den sie von Zuhause aus erledigen könne, mit wenigen Stunden pro Monat, zwischen ca. sieben und zehn Stunden. Würdigend wurde sodann vermerkt, der erstellte Sachverhalt erhelle, dass die Versicherte zu keiner Zeit objektiv in der Lage gewesen sei, einer Beschäftigung im Rahmen von 60 % ausserhalb des Hauses nachzugehen. Im Gespräch vom 27. November 2013 habe die Versicherte ja denn aus selbst bestätigt, dass zurzeit weder eine Stellenzuweisung noch eine arbeitsmarktliche Massnahme in Frage komme. Dies habe zur Verneinung der Vermittlungsfähigkeit geführt. Auch die im Einspracheverfahren eingereichten Obhutsnachweise vermöchten nicht zu genügen. Es fehle noch immer der von den Obhutspersonen bestätigte Nachweis, dass die drei Kinder für den geltend gemachten Zeitraum bzw. für den Beschäftigungsgrad von 60 % genügend betreut würden. Die Rechnung für die Y International School zeige zum Beispiel, dass für sechs halbe Tage, ab 6. Januar 2014 für einen zusätzlichen Halbtag bezahlt werde. Damit sei aber nicht erstellt, dass Sohn E für die geltend gemachten drei vollen Arbeitstage, insbesondere die Nachmittage, auch betreut sei. Unklar sei sodann, seit wann er in dieser Schule betreut werde. Dem Betreuungsvertrag von Sohn F könne entnommen werden, dass dieser am Dienstag und Freitag jeweils vormittags und am Donnerstag den ganzen Tag in der Kita Z weile. Der Vertrag sei am 27. August 2013 unterzeichnet worden, gleichwohl gelte der 21. Mai 2013 als Eintrittsdatum. Sodann entspreche die geltend gemachte Betreuungszeit nicht dem Beschäftigungsgrad von 60 %. Für den dritten Sohn fehle jeder Obhutsnachweis. Zwar sei die Versicherte ihren Kontrollpflichten teilweise nachgekommen und habe von Zuhause aus auch einen Zwischenverdienst erwirtschaftet, trotzdem sei sie objektiv nicht in der Lage, einer Beschäftigung im Umfang von 60 % nachzugehen. Soweit in der Einsprache argumentiert werde, mit 18 Stunden pro Monat sei sie durchaus vermittlungsfähig, müsse bedacht werden, dass ein 60 %-Pensum 24 Stunden pro Woche oder 96 Stunden pro Monat entspreche. Mit 18 Stunden pro Monat bzw. 4.5 Stunden pro Woche erfülle die Versicherte den Mindestarbeitsausfall von 20 % nicht und hätte somit auch unter diesem Aspekt keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Widersprüchlich erscheine sodann, dass die Versicherte am Dienstag, Donnerstag und Freitag berufstätig sein wolle, den fraglichen Zwischenverdienst aber fast ausschliesslich am Montag erwirtschaftet habe. Nicht zu hören sei schliesslich der Einwand, bei einer Festanstellung wäre die erforderliche Kinderbetreuung dann schon zu organisieren. Nach dem Gesagten sei die Vermittlungsfähigkeit ab Anmeldung, d.h. ab dem 15. Oktober 2012 zu verneinen, was dazu führe, dass die Verfügung vom 22. Januar 2014 zu ersetzen sei. Die bereits geleistete Arbeitslosenentschädigung werde nach Rechtskraft des Entscheids durch die Arbeitslosenkasse zurückzufordern sein.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.

2.1 In formeller bzw. verfahrensrechtlicher Hinsicht ist zunächst festzustellen, dass die Beschwerdeführerin die Verfügung vom 22. Januar 2014 – mit welcher ihr die Vermittlungsfähigkeit ab 27. November 2013 abgesprochen wurde – mit Einsprache vom 29. Januar 2014 angefochten hatte. Im Rahmen des Einspracheverfahrens nahm die Beschwerdegegnerin eine reformatio in peius vor, indem sie der Beschwerdeführerin die Vermittlungsfähigkeit nun rückwirkend ab dem 15. Oktober 2012 absprach. Ein Hinweis an die Beschwerdeführerin, dass eine reformatio in peius geplant sei und sie die Möglichkeit habe, die Beschwerde zurückzuziehen, resp. eine entsprechende Einladung zur Stellungnahme, ist nicht aktenkundig.

2.2 In der Regel fällt eine Einspracheinstanz einen materiellen Entscheid, sei dies eine Abweisung, eine ganze oder eine teilweise Gutheissung. Dabei kann sie aber auch über die Anträge der Partei hinausgehen und die Verfügung zu Gunsten oder zu Ungunsten der einsprechenden Partei abändern (Art. 12 Abs. 1 ATSV). Droht eine reformatio in peius, eine Verschlechterung der Position der Einsprache führenden Partei, ist letztere vor Erlass des Einspracheentscheids – nach der höchstrichterlichen Praxis zwingend – darauf aufmerksam zu machen und auch auf die Möglichkeit hinzuweisen, dass sie die Einsprache zurückziehen kann (vgl. hierzu: Art. 12 Abs. 2 ATSV). Im Falle eines Einspracherückzugs kann die Verwaltung bei zweifelsloser Unrichtigkeit eine Wiedererwägung vornehmen. Ein voraussetzungsloses Zurückkommen auf den Entscheid ist indes ausgeschlossen (vgl. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2009, Art. 52 Rz. 36, mit weiteren Hinweisen).

2.3 Wie in Erwägung 2.1 bereits angesprochen, ist ein Hinweis des AWA auf die bevorstehende reformatio in peius und auf die Möglichkeit die Einsprache zurückzuziehen, nicht aktenkundig. Da das AWA mit Schreiben vom 8. September 2014 unter anderem explizit zum Einreichen der vollständigen, nummerierten Akten – der Terminus «vollständige, nummerierte Akten» wurde sogar fett gedruckt – aufgefordert wurde und da die Vernehmlassung keinen Vorbehalt enthielt, wonach und gegebenenfalls wieso die Akten nicht vollständig seien, ist vorliegend von deren Vollständigkeit auszugehen und es ist festzustellen, dass der in Art. 12 Abs. 2 ATSV vorgeschriebene Hinweis auf die Rückzugsmöglichkeit unterblieb. Damit erweist sich die mit Einspracheentscheid vom 8. August 2014 erfolgte reformatio in peius im Lichte von Verordnung, Lehre und Praxis nicht rechtskonform und sie kann nicht geschützt werden. Dies steht denn auch völlig im Einklang mit Art. 42 ATSG (vgl. auch: Erw. 6).

2.4 Obschon der Einspracheentscheid bereits aus formellen Gründen aufzuheben und die Sache zum Neuentscheid an die verfügende Behörde zurückzuweisen ist, rechtfertigt sich auch eine materielle Prüfung der Sache, nur schon aus prozessökonomischen Gründen (vgl. Erw. 5 ff.).

3.

3.1 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.

3.2 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 objektiven 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 Insolvenzentschädigung, vierte überarbeitete und aktualisierte Auflage, Zürich 2013, S. 9 f.). Wesentliches Element der Vermittlungsbereitschaft ist nach dem Gesagten die Bereitschaft zur Annahme einer Arbeitnehmendentätigkeit. Die bloss verbal geäusserte Vermittlungsbereitschaft genügt nicht. Vielmehr muss die versicherte Person sich 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.). 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). Bestehen Zweifel an der Vermittlungsfähigkeit einer versicherten Person, so unterbreitet das RAV oder die ALK den Fall dem AWA zum Entscheid. Das AWA gibt der versicherten Person Gelegenheit zur Stellungnahme und entscheidet über die Vermittlungsfähigkeit. Diesen Entscheid hält es in einer Verfügung fest (vgl. AVIG-Praxis ALE B274 ff.).

3.3 In materieller Hinsicht halten Lehre und Rechtsprechung fest, der Umstand, dass Versicherte aufgrund familiärer Verpflichtungen oder anderer persönlicher Umstände nur während gewisser Tages- und Wochenstunden erwerbstätig sein könnten, Eltern aufgrund ihrer Betreu-

ungspflichten Arbeit in Gegenschicht zum erwerbstätigen Gatten erbringen wollten, begründe noch keine Vermittlungsunfähigkeit. Diese ist erst zu bejahen, wenn der versicherten Person bei der Auswahl des Arbeitsplatzes aus familiären oder persönlichen Gründen nachweislich derart enge Grenzen gesetzt sind, dass das Finden einer passenden, eventuell zu jener des Ehegatten komplementären Stelle sehr ungewiss sei. Bejaht wurde die Vermittlungsfähigkeit im Falle einer Frau, die nur abends und samstags – im Gastrobereich – arbeiten konnte, weil dann ihr Ehemann das Kind beaufsichtigen konnte. Jedenfalls kann die Vermittlungsfähigkeit ohne konkrete Überprüfung, allein aufgrund von allgemeinen Aussagen betreffend Betreuungsmöglichkeiten und der Schwierigkeiten, nur für abends – im Gastrobereich – eine Stelle zu finden, nicht verneint werden. Ausser bei offensichtlichem Missbrauch darf die Durchführungsstelle nicht schon zum Zeitpunkt des Einreichens des Entschädigungsgesuchs das Vorhandensein von Kinderhüteplätzen prüfen. Erscheint hingegen im Verlauf der Bezugszeit der Wille oder die Möglichkeit, die Kinderbetreuung einer Drittperson anzuvertrauen, aufgrund von Äusserungen oder des Verhaltens der versicherten Person als zweifelhaft, ist die Vermittlungsfähigkeit im Hinblick auf die konkrete Möglichkeit der Kinderbetreuung zu prüfen. Fehlt es mit Blick auf das angestrebte Beschäftigungspensum am Nachweis einer entsprechend gewährleisteten Kinderbetreuung, ist zu prüfen, ob die versicherte Person allenfalls bereit und in der Lage wäre, ein anderes Pensum von mindestens 20 % eines Normalpensums auszuüben, was bejahendenfalls den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung in reduzierterem Umfang begründet. Kann eine versicherte Person, vormittags, nachmittags oder abends zwei Stunden einer ausserhäuslichen Tätigkeit nachgehen – während sie in der verbleibenden Zeit ihre erwachsene, behinderte Tochter zuhause betreut –, sind die konkreten Aussichten auf eine Anstellung auf dem für die versicherte Person in Betracht fallenden Arbeitsmarkt als intakt zu beurteilen. Zu denken ist in diesem Zusammenhang in Reinigungsarbeiten in privaten Haushalten oder kleineren Unternehmen. Die Vermittlungsfähigkeit darf aufgrund von familiären Betreuungspflichten jedenfalls nicht leichtfertig verneint werden. Dies gilt insbesondere, wenn jemand vor Eintritt der Arbeitslosigkeit bereits den Tatbeweis erbracht hat und die bisherige Stelle aus nicht selbst zu verantwortenden Gründen aufgegeben werden musste (vgl. Barbara Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung, 4. Auflage, Zürich 2013, S. 80-82).

3.4

3.4.1 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 Durchführung-

sorgane, 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). Nach dem genannten Entscheid darf es einer versicherten Person nicht zum Nachteil gereichen, 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. Fakt ist, dass die Beschwerdeführerin aufgrund von unvermittelten Problemen mit der Betreuung ihrer drei Kinder ihre letzte feste Anstellung bei der W GmbH per Ende September 2012 kündigte, dass sie im Zusammenhang mit der Kinderbetreuung vereinzelte Gesprächstermine verschieben oder ausfallen lassen musste und dass ihr gestützt auf die «ungenügende Regelung der Kinderbetreuung» per 27. November 2013 die Vermittlungsfähigkeit abgesprochen wurde, zu guter Letzt, dass ihr die Vermittlungsfähigkeit mit dem Einspracheentscheid vom 8. August 2014 ex tunc abgesprochen wurde. Dass letzteres aus formellen Gründen nicht zulässig war, wurde bereits in Erwägung 2 ff. dargelegt. Streitig und zu prüfen ist nun noch, ob die ganze oder eine teilweise Verneinung der Vermittlungsfähigkeit ex nunc oder ex tunc aus materiell rechtlicher Sicht berechtigt war oder nicht. Die Akten ergeben dazu im Wesentlichen das Folgende:

(...)

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

(...)

5.2 Alsdann stellt sich die Frage, ob die Verneinung der Vermittlungsfähigkeit rückwirkend und ex tunc jedenfalls materiell rechtlich zu schützen wäre. Diesbezüglich ist unter Verweis auf Erwägung 3.2 und 3.3 zu bedenken, dass die Vermittlungsfähigkeit im objektiven wie im subjektiven Sinne zu prüfen ist und dass die entsprechenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen. Während die persönliche Bereitschaft, eine Tätigkeit in einem gewissen Pensum zu erbringen, als subjektive Komponente der Vermittlungsfähigkeit zu qualifizieren ist, zählen die örtliche wie die zeitliche Verfügbarkeit, aber auch die Arbeitsfähigkeit im Sinne von Art. 6 ATSG, zu den objektiven Komponenten. Für den Beleg der subjektiven Vermittlungs-

fähigkeit genügen verbale Bekenntnisse nicht. Vielmehr ist der Tatbeweis in Form intensiver Suchbemühungen, des effektiven zur Verfügung Stehens für jede zumutbare Arbeit sowie der Teilnahme an Eingliederungsmassnahmen gefordert. Nach der Lehre und der Rechtsprechung begründet der Umstand, dass jemand aufgrund seiner Betreuungspflichten den Kindern gegenüber nur während gewisser Tages- und Wochenstunden für die Erwerbstätigkeit zur Verfügung steht – Beispiel der Mutter, die nur Abends und am Samstag im Service tätig sein kann oder der Frau, die ihre erwachsene, geistig behinderte Tochter zuhause betreut und täglich während zwei Stunden einer ausserhäuslichen Arbeit nachgehen kann – noch keine Vermittlungsunfähigkeit. Zu bedenken ist im Weiteren, dass Lehre und Rechtsprechung es – vorbehältlich des offensichtlichen Missbrauchs – ausdrücklich ablehnen, die Vermittlungsunfähigkeit aufgrund von Betreuungspflichten den Kindern gegenüber bereits bei Anmeldung zum Leistungsbezug zu prüfen bzw. auf diesen Zeitpunkt hin anzunehmen. Vielmehr soll diese Prüfung erst erfolgen, wenn während der Leistungsbezugsdauer Anzeichen für fehlende Vermittlungsfähigkeit sich mehren. Den geeigneten Zeitpunkt hierfür hat die zuständige Behörde eigenverantwortlich zu bestimmen. Nach Ansicht des Gerichts bedeutet diese Praxis nun aber auch, dass eine erst später erfolgte Überprüfung der Vermittlungsfähigkeit nicht dazu dienen kann, die Vermittlungsfähigkeit rückwirkend auf den Zeitpunkt der Anmeldung zu verneinen. Ergibt sich aus den Akten schliesslich, dass die Situation der Kinderbetreuung zum einen bei der Anmeldung zum Leistungsbezug, zum andern im Rahmen der Verfügung zur Einstellung in der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit thematisiert worden war, dass die Beschwerdeführerin die Betreuungsproblematik ihrerseits jedenfalls immer dann ansprach, wenn sie aufgrund der mangelhaften Betreuungssituation Termine verschieben musste, dass die Beschwerdegegnerin diese Problematik, nach den aktenkundigen Protokollen zu schliessen, in den Beratungsgesprächen zwischen Dezember 2012 und dem 27. November 2013 aber offenbar überhaupt nicht mehr ansprach, so erscheint eine spätere Aberkennung der Vermittlungsfähigkeit rückwirkend und ex tunc als im Lichte des Vertrauens- bzw. des Gutglaubensschutzes nicht vertretbar und sie ist entsprechend denn auch nicht zu schützen. Dass die Durchführungsstelle mit der neuerlichen Thematisierung des Problems über ein Jahr zuwartete, obschon zwischenzeitlich immer wieder Termine verschoben werden mussten, was die damals zuständige Beraterin jeweils aber offensichtlich akzeptierte, ist allein ihr anzulasten. Nach dem Gesagten erachtet das Gericht die rückwirkende Aberkennung der Vermittlungsfähigkeit als nicht haltbar.

5.3 Im Weiteren gilt es zu prüfen, ob die Vermittlungsfähigkeit mit der Verfügung vom 22. Januar 2014 zumindest ab dem 27. November 2013, d.h. ab Datum des entsprechenden Beratergesprächs, zu Recht verneint wurde. In diesem Zusammenhang ist unter Verweis auf Barbara Kupfer Bucher bzw. auf Erwägung 3.3 vorstehend an die bundesgerichtliche Praxis zu erinnern, wonach der fehlende Nachweis einer für ein Vollpensum bzw. für das angestrebte Arbeitspensum – in casu 60 % – ausreichend gewährleisteten Kinderbetreuung die Durchführungsstelle grundsätzlich zur Prüfung verpflichtet, ob die versicherte Person allenfalls bereit und in der Lage wäre, ein anderes Pensum von mindestens 20 % des Normalpensums auszuüben, was dann zu einer Reduktion des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung, nicht

aber zur gänzlichen Aberkennung der Vermittlungsfähigkeit führte. Eine solche Prüfung nahm die Beschwerdegegnerin nie vor, obgleich die Akten belegen, dass die Beschwerdeführerin die Kinderbetreuung spätestens ab Mitte, Ende Mai 2013 jedenfalls für drei Vormittage in der Woche, folglich für sicherlich 30 % hatte regeln können. Unterblieb die angesprochene Prüfung, so liegt jedenfalls in diesem Zusammenhang eine Verletzung der Abklärungspflicht vor und die Sache ist zur entsprechenden Prüfung der Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im Rahmen dieser Prüfung wird im Übrigen auch zu entscheiden sein, inwieweit die erst im Beschwerdeverfahren zur Sprache gebrachte Betreuungsmöglichkeit durch «Einfliegen» der beiden britischen Grosselternpaare zugunsten der Beschwerdeführerin berücksichtigt werden kann. Zu bedenken gilt diesbezüglich immerhin, dass die genannte Betreuungsmöglichkeit die in casu gewünschte Flexibilität für die Beschwerdeführerin jedenfalls bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung, des angefochtenen Einspracheentscheids nicht zu gewährleisten vermochte. Sodann dürfte diese Lösung jedenfalls für «spontane und akute Notfälle» auch kaum in Betracht fallen. Dass die Beschwerdegegnerin die Vermittlungsfähigkeit für ein Pensum von 60 % mit Verfügung vom 22. Januar 2014 nicht ab Verfügungsdatum, sondern, wie erfolgt, ab dem 27. November 2013 beurteilte, ist hingegen grundsätzlich nicht zu beanstanden, liegt dies doch in ihrem Ermessen. Die gänzliche Verneinung der Vermittlungsfähigkeit hingegen erweist sich wie erwähnt nicht als rechtskonform.

(...)

6. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die im Rahmen des Einspracheverfahrens erfolgte reformatio in peius bereits aus formellen, verfahrensrechtlichen Gründen nicht geschützt werden kann. Sodann erweist sich eine im Januar 2014 rückwirkend per Oktober 2012 verfügte Aberkennung der Vermittlungsfähigkeit im Lichte von Lehre und Rechtsprechung sowie aus Gründen des Gutglaubens- resp. Vertrauensschutzes als nicht vertretbar. Per 27. November 2013 hätte die Beschwerdegegnerin sodann nicht einfach von der gänzlichen Vermittlungsunfähigkeit ausgehen dürfen, sondern hätte prüfen müssen, für welchen Zeitraum die Beschwerdeführerin in welchem Grad von mehr als 20 % wirklich vermittlungsfähig war, so ihr diese jedenfalls für ein Pensum von 60 % abzusprechen war. Folglich ist die Sache zu weiteren Abklärungen und zum Neuentscheid im Sinne der Erwägungen an das AWA zurückzuweisen. Damit erweist sich die Beschwerde als weitgehend begründet und sie ist nach dem Gesagten gutzuheissen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. Februar 2015 S 2014 112

7.6 Art. 8, Art. 59 und Art. 60 AVIG

Regeste:
Art. 8, Art. 59 und Art. 60 AVIG – Massgebender Gesichtspunkt für die Teilnahme an Bildungsmassnahmen ist jener der sozialen Üblichkeit unter Berücksichtigung des Alters, der Motivation und der weiteren Lebensumstände. Die Grenze zwischen der Grundausbildung und allgemeinen beruflichen Weiterbildung einerseits und der Umschulung und Weiterbildung im arbeitslosenversicherungsrechtlichen Sinne andererseits ist fliessend. Entscheidend ist die arbeitsmarktliche Indikation. Stehen dem Versicherten aufgrund seiner vielfältigen Ausbildung auf dem Arbeitsmarkt andere Möglichkeiten offen, so fehlt die arbeitsmarktliche Indikation. Ein Kurs, den jemand aus überwiegend persönlichen Interessen zur Realisierung seiner gewünschten beruflichen Neuorientierung wählt, ist nicht bewilligungsfähig bzw. über die Arbeitslosenversicherung zu finanzieren (Erw. 2.2). Überdies muss die zu erwartende Verbesserung der Vermittlungsfähigkeit erheblich sein (Erw. 4.3.1). Beim Begriff «arbeitsmarktliche Indikation» wie beim Ausdruck «erhebliche Verbesserung der Vermittelbarkeit», handelt es sich, wenn überhaupt, nur um ungenaue Rechtsbegriffe. Der Verwaltung ist in Anwendung dieser Begriffe ein gewisser Ermessensspielraum zu gewähren (Erw. 4.3.3).

Aus dem Sachverhalt:

Der Versicherte, A, Jahrgang 1966, wohnhaft in X, war von April 2013 bis Ende Februar 2015 bei der Y GmbH, Zug, als «Business Director» angestellt. Am 4. November 2014 wurde die Anstellung arbeitgeberseitig auf den 28. Februar 2015 gekündigt. Entsprechend fiel der letzte Arbeitstag auf den 28. Februar 2015. Dem Antrag auf Arbeitslosenentschädigung, datiert vom 16. Februar 2015, kann entnommen werden, dass der Versicherte ab dem 15. Juli 2014 und bis auf Weiteres als krank, entsprechend (teil-)arbeitsunfähig gelte. Es bestehe derzeit eine Arbeitsfähigkeit von 20 %. Mit Verfügung vom 8. April 2015 lehnte die Arbeitslosenkasse gestützt auf Art. 28. Abs. 1, 2 und 4 AVIG die Anspruchsberechtigung des Versicherten ab 31. März 2015 ab. Begründend wurde ausgeführt, seit der Anmeldung per 1. März 2015 sei der Versicherte gemäss Arztzeugnis zu 60 % arbeitsunfähig. Am 30. März 2015 sei der 30. Tag nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit abgelaufen und für eine weitere Taggeldentschädigung durch die Arbeitslosenkasse bestehe erst bei einer Arbeitsfähigkeit von 50 % wieder Anspruch. Die Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

Vorgängig, am 30. März 2015, hatte das RAV, das regionale Arbeitsvermittlungszentrum Zug, dem Versicherten mit einer Kursverfügung die Teilnahme am Kurs «CAS Global Social Entrepreneurship – Shaping the next generation of non profit leaders» verweigert, da anzunehmen sei, dass die Massnahme im Hinblick auf die Vermittlungsfähigkeit des Versicherten nicht den gewünschten Nutzen bringe. Der Kurswunsch basiere auf einem persönlichen Wunsch des Versicherten und sei nicht durch die Arbeitslosenversicherung gedeckt. Die gegen die genannte Verfügung am 31. März 2015 erhobene Einsprache wies das Amt

für Wirtschaft und Arbeit (AWA) mit Entscheid vom 15. Mai 2015 ab. Begründend wurde im Wesentlichen dargelegt, nach Art. 59 Abs. 1 AVIG fördere die Versicherung die Weiterbildung und Eingliederung von Versicherten, deren Vermittlung aus Gründen des Arbeitsmarktes unmöglich oder stark erschwert sei. Voraussetzung für den Anspruch auf Umschulung, Weiterbildung oder Eingliederung sei das Vorliegen einer arbeitsmarktlichen Indikation. Präventivmassnahmen seien nur dann zu treffen, wenn die Arbeitsmarktlage dies unmittelbar gebiete. Leistungen dürften nicht zu Zwecken in Anspruch genommen werden, die nicht mit der Arbeitslosenversicherung in Zusammenhang stünden. Die Grundausbildung und allgemeine Förderung der Weiterbildung sei nämlich nicht Sache der Arbeitslosenversicherung. Anders sei es, wenn die Massnahmen dem Versicherten die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit ermöglichten, ihm beispielsweise erlaubten, sich dem industriellen und technischen Fortschritt anzupassen resp. seine bereits vorhandenen Fähigkeiten ausserhalb der angestammten Tätigkeit auf dem Arbeitsmarkt zu verwerten. (...) Es gehe somit um die Erhöhung der Vermittlungsfähigkeit und nicht um die bildungsmässige, soziale oder wirtschaftliche Verbesserung der Einsatzmöglichkeiten auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt. (...) Weitere Kriterien seien das Alter, die Motivation resp. die weiteren Lebensumstände des Versicherten. (...) Jedenfalls verlangt sei die arbeitsmarktliche Indikation. Es müsse somit geltend gemacht werden, dass das angestrebte Ziel im konkreten Falle durch die Massnahmen erheblich gefördert werde. Ein bloss theoretischer, in concreto eher unwahrscheinlicher Vorteil für die Vermittlungsfähigkeit sei im Lichte von Art. 59 AVIG nicht ausreichend. Vorliegend, so das AWA weiter, gehe es um einen Kurs an der Universität in Basel, der sich vom 20. April bis zum 6. November 2015 hinziehe, 18 Kurstage bzw. 144 Lektionen beinhalte und insgesamt ca. Fr. 12'000.– koste. Der Versicherte verfüge über einen KV-Abschluss, habe dann ein HWV-Studium zum Betriebsökonomen absolviert, einen Executive Master of Corporate Finance erlangt und an Leadership-Programmen im Bereich Pharma und Gesundheit teilgenommen. Über Jahre hinweg sei er im Bereich Pharma und Gesundheitswesen in führenden Positionen tätig gewesen. Er habe durchgehend gearbeitet und neue Stellen, inklusive einer selbständigen Erwerbstätigkeit, problemlos antreten können. Hinweise darauf, dass die Stellensuche ohne den gewünschten Kurs «CAS Global Social Entrepreneurship – Shaping the next generation of non profit leaders» erschwert oder gar verunmöglicht würde, ergäben sich keine. (...) Der Versicherte verfüge über eine langjährige, gute, breite und umfassende Berufserfahrung und über genügende Sprachkenntnisse, um den arbeitsmarktlichen Anforderungen in seinem Berufssegment zu entsprechen. Es gebe kein Manko in seinem Profil, das ihm die Wiederanstellung in der bisher ausgeübten Tätigkeit verunmöglichen würde. Die Notwendigkeit des beantragten Kurses für die Stellensuche sei, insbesondere vor dem beruflichen Hintergrund, nicht gegeben.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.

2.1 Im Grundsatz erbringt die Arbeitslosenversicherung finanzielle Leistungen für arbeitsmarktliche Massnahmen zu Gunsten von versicherten Personen, darunter Personen, die erst von der Arbeitslosigkeit bedroht sind (Art. 59 Abs. 1 AVIG). Zu den arbeitsmarktlichen Massnahmen zählen Bildungsmassnahmen, Beschäftigungsmassnahmen sowie die sogenannten speziellen Massnahmen (Art. 59 Abs. 1bis AVIG). Durch die arbeitsmarktlichen Massnahmen soll die Eingliederung von Versicherten, die aus Gründen des Arbeitsmarktes erschwert vermittelbar sind, gefördert werden. So sollen die Massnahmen a) die Vermittlungsfähigkeit der Versicherten verbessern, damit diese rasch und dauerhaft wieder eingegliedert werden können; b) die beruflichen Qualifikationen entsprechend den Bedürfnisses des Arbeitsmarktes fördern; c) die Gefahr von Langzeitarbeitslosigkeit verringern oder aber d) die Möglichkeit bieten, Berufserfahrungen zu sammeln (Art. 59 Abs. 2 AVIG). Voraussetzungen für die Teilnahme an solchen Massnahmen sind die grundsätzliche Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 8 AVIG (ganz oder teilweise Arbeitsunfähigkeit; anrechenbarer Arbeitsausfall; Wohnsitz in der Schweiz; Abschluss der obligatorischen Schulzeit bei noch nicht Erreichen des AHV-Alters bzw. noch nicht Bezug einer Altersrente; Erfüllung der Beitragszeit oder Befreiung davon; Vermittlungsfähigkeit; Erfüllung der Kontrollvorschriften) oder der spezifischen Voraussetzungen für die betroffene Massnahme (Art. 59 Abs. 3 AVIG). Versicherte, die älter als 50 Jahre sind, können unabhängig von ihrem Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bis zum Ende der Rahmenfrist für den Leistungsbezug an Bildungs- und Beschäftigungsprogrammen teilnehmen (Art. 59 Abs. 3bis AVIG). Als Bildungsmassnahmen gelten individuelle oder kollektive Kurse zur Umschulung, Weiterbildung oder Eingliederung sowie Übungsfirmen und Ausbildungspraktika (Art. 60 Abs. 1 AVIG). Wer an einem Kurs teilnehmen will, muss der zuständigen Amtsstelle rechtzeitig vor Beginn ein begründetes Gesuch mit den erforderlichen Unterlagen einreichen (Art. 60 Abs. 3 AVIG).

2.2 Als massgebender Gesichtspunkt für die Teilnahme an Bildungsmassnahmen gilt jener der sozialen Üblichkeit unter Berücksichtigung des Alters, der Motivation und der weiteren Lebensumstände. Es ist zu prüfen, ob die Vorkehr bei den gegebenen Umständen nicht ohnehin Bestandteil der üblichen Berufsausbildung bildet und ob eine versicherte Person den Kurs auch besuchen würde, wenn sie – bei im Übrigen unveränderten Verhältnissen – nicht arbeitslos wäre. In zeitlicher Hinsicht ist festzustellen, dass nur Kurse von beschränkter Dauer als arbeitslosenversicherungsrechtliche Massnahmen anerkannt werden können. Dabei ist eine Kursdauer von einem Jahr das oberste Limit. Jedenfalls sind mehrjährige Bildungsgänge vom Kreis der durch die Arbeitslosenversicherung zu übernehmenden Massnahmen regelmässig ausgeschlossen. Hingegen werden mehrmonatige Kurse durchaus als Umschulungen oder Weiterbildungen im Sinne der Arbeitslosenversicherung anerkannt. Weiter hat der Versicherte jeweils Anspruch auf die dem jeweiligen Eingliederungszweck angemessenen, notwendigen Massnahmen, nicht aber auf die nach den Umständen bestmöglichen Vorkehrungen. Sodann muss der voraussichtliche Erfolg einer Eingliederungsmassnahme in einem vernünftigen Verhältnis zu den Kosten stehen. Dieser im Bereich der Invalidenversicherung entwickelte Grundsatz gilt sinngemäss auch im Bereich der Arbeitslosenversicherung. Entsprechend können sich Kurskosten auch als übersetzt darstellen, was zu einer nur anteiligen Kostenbeteili-

gung führt (vgl. Barbara Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung, vierte, aktualisierte und überarbeitete Ausgabe, Zürich/Basel/Genf 2013, S. 278 f.). Andernorts wird festgestellt, dass die Grenze zwischen der Grundausbildung und allgemeinen beruflichen Weiterbildung einerseits und der Umschulung und Weiterbildung im arbeitslosenversicherungsrechtlichen Sinne andererseits fliessend ist. Eine Massnahme kann beiderlei Merkmale aufweisen und es ist dann im Einzelfall zu entscheiden, welche Umstände überwiegen. Entscheidend ist die arbeitsmarktliche Indikation. Stehen einem Versicherten aufgrund seiner vielfältigen Ausbildung auf dem Arbeitsmarkt andere Möglichkeiten offen, so fehlt die arbeitsmarktliche Indikation. Ist die Berufsausübung nicht aus arbeitsmarktlichen, sondern aus gesundheitlichen Gründen verunmöglicht, mangelt es ebenfalls an der arbeitsmarktlichen Indikation und die Anspruchsberechtigung ist zu verneinen (Barbara Kupfer Bucher, a.a.O., S. 280).

Nach der bundesgerichtlichen Judikatur gilt ein Sprachkurs im Ausland, der zum Erlangen des Fachpatentes in Englisch verlangt wird, als Grundausbildung. Auch ein ausländischer Pilot, der für die Erlangung einer Bewilligung in der Schweiz Kurse absolvieren muss, hat keinen Anspruch zulasten der Arbeitslosenversicherung, zumal seine Arbeitslosigkeit nicht arbeitsmarktlich indiziert ist. Sodann gilt auch ein Kurs im Hinblick auf die Erneuerung der Spezialbewilligung für Instrumentenflug als Teil der Grundausbildung oder aber der allgemeinen Weiterbildung. Wie erwähnt ist die allgemeine berufliche Weiterbildung, so beispielsweise die Finanzierung von Studienreisen, nicht Sache der Arbeitslosenversicherung. Anders sieht es aus, wenn ein Weiterbildungskurs einem Versicherten erlaubt, sich dem industriellen und technischen Fortschritt anzupassen und so seine Vermittlungsfähigkeit erhöht. Bei der Weiterbildung eines Bankangestellten mit abgeschlossener Berufslehre und mehrjähriger Berufserfahrung zum diplomierten Kaufmann handelt es sich aber um ein höheres Berufsziel. Da der Versicherte auch ohne diese Weiterbildung in der Lage sein sollte, eine Stelle im angestammten oder einem verwandten Tätigkeitsfeld zu finden, ist diese Weiterbildung arbeitslosenversicherungsrechtlich nicht indiziert. Für einen lizenzierten Juristen ist ein Anwaltspraktikum eine Grundausbildung und nicht eine Weiterbildung, so dass die Finanzierung über die Arbeitslosenversicherung klar entfällt. Für einen Ingenieur-Agronomen stellt die Ausbildung zum Biologen mit der Aussicht Lehrer zu werden, eine nicht durch die Arbeitslosenversicherung zu deckende Zweitausbildung dar. Dabei ist unerheblich, dass die beiden Studiengänge ähnliche Fächer enthalten, weshalb das Zweitstudium in kürzerer Zeit bzw. in nur zwei Jahren absolviert werden kann. Es handelt sich jedenfalls um zwei Hochschul-Grundausbildungen. Weiter handelt es sich beim Kurs zum Marketingplaner mit eidgenössischem Fachausweis um eine Ausbildung mit höherem Berufsziel. Im Vordergrund steht das bildungsmässige und wirtschaftliche Fortkommen, der Aufstieg in leitende Positionen der Marketingbranche und nicht die Verbesserung der Einsatzmöglichkeiten auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt. Entsprechend fehlt der direkte Bezug zur Arbeitslosenversicherung. Auch der mit der Einführung von Frühenglisch oder Frühfranzösisch für Primarlehrer erforderlich gewordene Sprachunterricht gehört zu der für Lehrer üblichen Aus- bzw. Weiterbildung und kann

nicht über die Arbeitslosenversicherung getragen werden. War ein Versicherter hingegen während seines gesamten Arbeitslebens in der Reise- und Transportbranche tätig, so gilt die Ausbildung zum gewerbsmässigen Carchauffeur als inhaltlich genau umschriebene, auf seine spezielle Situation abgestimmte und gezielte punktuelle Massnahme, die prognostisch geeignet ist, seine Chancen für das Finden einer Stelle und damit seine Vermittlungsfähigkeit spezifisch zu verbessern. Hier ist eine arbeitsmarktliche Indikation zu bejahen. Schliesslich hält das Bundesgericht in eher grundsätzlicher Weise auch fest, dass die Finanzierung einer Ausbildung, bei welcher die Vermittlungschancen im Vergleich zu jenen im angestammten Beruf nicht besser seien, die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfülle. Entsprechend sei eine zwei Jahre dauernde Weiterbildung zum Executive Master of Gerontology für eine Sachbearbeiterin nicht als adäquate Massnahme zur Beendigung der Arbeitslosigkeit zu sehen. Andererseits kann ein Schweisskurs nicht nur deshalb, weil jemand vorgängig nicht schweissen konnte, als Grundausbildung angesehen werden, besonders wenn er nur vier Wochen dauert. Kündigt eine Dentalassistentin ihre Stelle und beginnt daraufhin eine kaufmännische Weiterbildung, gilt dies weder als Weiterbildung noch als Umschulung und kann nicht als arbeitsmarktliche Massnahme über die Arbeitslosenversicherung finanziert werden. Ohnehin ist ein Kurs, den jemand aus überwiegend persönlichem Interesse zur Realisierung seiner gewünschten beruflichen Neuorientierung wählt, nicht bewilligungsfähig bzw. über die Arbeitslosenversicherung zu finanzieren. Zu guter Letzt gilt ein CAS (Certificate of Advanced Studies) für Kindervertretung für einen 63-jährigen Juristen nicht als arbeitsmarktlich indiziert (Barbara Kupfer Bucher, a.a.O., S. 280–282, mit weiteren Hinweisen).

2.3 Zu verweisen ist an dieser Stelle auch auf die AVIG-Praxis AMM mit dem Untertitel Arbeitsmarkt und Arbeitslosenversicherung (TC), herausgegeben vom Staatssekretariat für Wirtschaft seco, aktuellster Stand, bzw. auf das entsprechende «Kreisschreiben»:

Zum Aspekt der arbeitsmarktlichen Indikation wird auf folgende Kriterien verwiesen: Zur Motivation wird ausgeführt, hier sei zu klären, ob es sich um einen unabhängig von der Arbeitslosigkeit gehegten Berufswunsch oder um eine adäquate Massnahme zur Beendigung der Arbeitslosigkeit handle (AVIG-Praxis AMM/A17). Zum Alter wird bemerkt, gerade für jugendliche arbeitslose Personen müsse vermieden werden, dass sie für ihre Erstausbildung Leistungen der ALV beanspruchten (AVIG-Praxis AMM/A18). Ausgeschlossen sind nach der Rechtsprechung Massnahmen, die üblicherweise an eine Grundausbildung angeschlossen werden oder die der Vervollständigung der Grundausbildung dienen, wie etwa die für das Medizinstudium notwendigen Praktika oder das Anwaltspraktikum im Anschluss an das Rechtsstudium (AVIG-Praxis AMM/A19). Weiter muss der zeitliche und finanzielle Aufwand dem angestrebten Ziel angemessen sein. So sollte die Bildungsmassnahme die Dauer von zwölf Monaten nicht übersteigen. Erweist sich eine Massnahme als überdimensioniert, d.h. ist eine gebotene Verbesserung der Vermittlungsfähigkeit auch durch eine günstigere und/oder kürzere Massnahme zu erreichen, ist die Zustimmung zum Kurs zu verweigern (AVIG-Praxis AMM/A20). Massnahmen im Ausland sind sodann nur ausnahmsweise bei Vorliegen triftiger Gründe zu bewilligen, insbesondere, wenn in der Schweiz keine Möglichkeit besteht, das angestrebte

Ziel in geeigneter und zweckmässiger Weise zu erreichen (AVIG-Praxis AMM/A21). Ist die erschwerte Vermittlungsfähigkeit nicht auf Gründe des Arbeitsmarktes, sondern auf gesundheitliche Probleme zurückzuführen, sind über die ALV keine finanziellen Leistungen zu erbringen. Die Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen fällt in den Bereich der IV. Allerdings können arbeitsmarktliche Massnahmen bis zur Beendigung der IV-Abklärungen von der ALV getragen werden, wobei die Massnahmen den Bedingungen des Arbeitsmarktes und den Möglichkeiten des Betroffenen Rechnung zu tragen haben. Lehnt die IV einen Leistungsanspruch ab, so kann sich der Versicherte weiterhin an die ALV halten (AVIG-Praxis AMM/A22). Zum Aspekt der Vermittlungsfähigkeit wird ausgeführt, arbeitsmarktliche Massnahmen bezweckten die Verbesserung der Vermittlungsfähigkeit der versicherten Person auf dem Arbeitsmarkt. Dies setze voraus, dass die Massnahmen zum einen auf die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes ausgerichtet seien und andererseits der persönlichen Situation, den Fähigkeiten und Neigungen der versicherten Person Rechnung trage (AVIG-Praxis AMM/A23). Nach der Praxis des EVG bzw. Bundesgerichts muss die Teilnahme an einer AMM die Vermittlungsfähigkeit der versicherten Person massgeblich verbessern. Ein rein theoretischer Nutzen, der im konkreten Fall die Vermittlungsfähigkeit kaum verbessert, in nicht ausreichend, um die Voraussetzungen nach Art. 59 AVIG zu erfüllen. Bestehen erhebliche Zweifel, dass die Massnahme in Bezug auf die Vermittlungsfähigkeit der versicherten Person den gewünschten Nutzen bringt, kann die Teilnahme verweigert werden (AVIG-Praxis AMM/A24).

2.4 Gemäss Online-Beschrieb des Kurses auf der Webseite der Universität Basel biete der «CAS Global Social Entrepreneurship» die einzigartige Möglichkeit, erlerntes Wissen über NPO Management und Leadership direkt vor Ort anzuwenden. In der Monoglei baue man im Team eine soziale Organisation auf. Mit dem Lehrgang angesprochen würden Führungskräfte aus Nonprofit-Organisationen, Stiftungen und NGOs, die eine internationale Tätigkeit suchen, Mitarbeitende aus CSR-Abteilungen multinationaler Firmen sowie Philanthropie-Berater und zukünftige Social Entrepreneurs. Der Lehrgang findet in Englisch statt.

(...)

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

4.1 Die Grundvoraussetzung für den Anspruch auf arbeitsmarktliche Massnahmen bzw. auf eine Bildungsmassnahme, das Vorliegen einer Arbeitslosigkeit bzw. die Erfüllung aller Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 8 AVIG, inklusive der dort in lit. a bis g aufgeführten Teilgehalte für die Anspruchsvoraussetzung, ist vorliegend zweifelsfrei erfüllt. Nachdem Lehre und Rechtsprechung die Vermittlungsfähigkeit bereits bejahen, wenn ein Betroffener ein Mindestpensum von 20 % zu erfüllen bereit ist (vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. in Verbindung mit Art. 15 AVIG und hierzu: Barbara Kupfer Bucher, a.a.O., S. 79 oben) ist insbesondere auch diese Teilvoraussetzung in casu nicht in Frage gestellt. Jedenfalls ergibt sich aus den Akten nichts Gegenteiliges

und die Beschwerdegegnerin behauptet denn auch nicht, dass eine der Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 8 AVIG nicht erfüllt sei.

4.2 Die Bildungsmassnahme soll sodann im Sinne eines im Bereich der Invalidenversicherung entwickelten Grundsatzes verhältnismässig sein. Dies beinhaltet zum einen, dass nur Kurse von beschränkter Dauer als arbeitslosenversicherungsrechtliche Massnahmen anerkannt werden können, wobei Praxis und Lehre eine Kursdauer von einem Jahr als oberstes Limit sehen. Zum andern soll der voraussichtliche Erfolg einer Eingliederungsmassnahme in einem vernünftigen Verhältnis zu den Kosten stehen, ansonsten die Kostenbeteiligung verweigert oder jedenfalls reduziert werden kann. Im Sinne des Verhältnismässigkeitsgebotes versteht sich auch der im Übrigen im IV-Bereich bekannte Grundsatz, dass ein Versicherter lediglich einen Anspruch auf die dem Eingliederungszweck angemessene, notwendige Massnahme, nicht aber auf die nach den Umständen bestmöglichen Vorkehren hat.

In casu ist festzustellen, dass der ins Auge gefasste Kursus jedenfalls in zeitlicher Hinsicht den Rahmen nicht sprengt. Sodann erscheinen Kurskosten von nahezu Fr. 12'000.– zwar als nicht sonderlich günstig, von exorbitanten Kosten kann hingegen nicht gesprochen werden und die Verhältnismässigkeit müsste folglich im Lichte des voraussichtlichen Erfolgs beurteilt werden.

4.3

4.3.1 Zu beurteilen ist sodann, ob die Bildungsmassnahme in Berücksichtigung von Alter, Motivation und Lebensumständen der sozialen Üblichkeit entspricht bzw. ob die Vorkehr bei den gegebenen Umständen nicht ohnehin Bestandteil der üblichen Berufsausbildung bilde und ob eine versicherte Person, wäre sie nicht arbeitslos, den Kurs ebenfalls besuchen würde. Zur Abgrenzung, ob ein Kursus der Grundausbildung resp. der allgemeinen Weiterbildung oder aber der Umschulung und Weiterbildung im arbeitslosenversicherungsrechtlichen Sinne zuzurechnen ist, ist insbesondere die arbeitsmarktliche Indikation in Betracht zu ziehen. Überdies muss die zu erwartende Verbesserung der Vermittlungsfähigkeit erheblich sein.

4.3.2

4.3.2.1 Im Rahmen der Verfügung begründete das RAV die Ablehnung der Bewilligung einzig mit dem Hinweis darauf, dass der Kurswunsch auf einem persönlichen Wunsch des Versicherten basiere und (somit) nicht durch die Arbeitslosenversicherung gedeckt sei. Im Einspracheentscheid argumentierte das AWA weiter, der Versicherte verfüge über eine solide Berufsausbildung (KV-Abschluss, HWV-Studium zum Betriebsökonomen, Executive Master of Corporate Finance, div. Leadership-Programme im Bereich Pharma und Gesundheit) und sei über Jahre hinweg im Pharma- und Gesundheitsbereich in führenden Positionen tätig gewesen resp. habe, die selbständige Erwerbstätigkeit eingerechnet, durchgehend gearbeitet. Einen Hinweis darauf, dass die Stellensuche ohne den beantragten Kurs erschwert oder verun-

möglicht würde, gebe es nicht. Jeder Besuch einer arbeitsmarktlichen Massnahme könne bei der Stellensuche von Vorteil sein. Allerdings ergebe sich aus dem Kriterium der Zweckgebundenheit, dass nur Massnahmen zu sprechen seien, wenn sich diese aus arbeitsmarktlichen Gründen aufdrängten, habe die zuständige Behörde doch auch sparsam zu haushalten. Gefordert sei, dass die Massnahme eine erhebliche Verbesserung der Vermittlungsfähigkeit bewirke und nicht nur einen allgemeinen bzw. theoretischen Vorteil verschaffe. Da der Versicherte über eine langjährige, gute, breite und umfassende Berufserfahrung sowie über genügende Sprachkenntnisse verfüge und in seinem Profil kein Manko auszumachen sei, er mithin auch ohne die beantragte Massnahme eine Wiederanstellung im bisherigen Tätigkeitsfeld erreichen sollte, fehle es an der Notwendigkeit für die Massnahme.

4.3.2.2 Der Beschwerdeführer selbst machte in der Einsprache im Wesentlichen geltend, der CAS der Universität Basel sei der allererste schweizerische Lehrgang, der das Thema «Global Social Entrepreneurship» holistisch, d.h. ganzheitlich behandle, verbunden mit einem Einsatz in der Mongolei. Dank dem Renommee der Universität Basel und dem Erfahrungsausweis des Programmpartners Bookbridge ergebe sich für ihn darauf ein effektiver Wettbewerbsvorteil anderen Schweizer Bewerbern gegenüber, insbesondere in diesem Bereich. Im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde bemerkte der Beschwerdeführer, es gehe bei den Massnahmen ja auch darum seine beruflichen Fähigkeiten ausserhalb der angestammten Erwerbstätigkeit verwerten zu können. Zum Aspekt der arbeitsmarktlich bedingten Erschwernisse der Vermittelbarkeit verwies der Beschwerdeführer darauf, dass er seit November 2014 im angestammten Berufsumfeld gesucht und nichts gefunden habe. Sein Alter von 49 Jahren sei denn auch nicht förderlich. Zudem verwies er darauf, dass er von Februar 2011 bis März 2013 arbeitslos gewesen sei. Mit dem fraglichen Kurs erhalte er nun die Möglichkeit, ausserhalb des Pharmabereichs im NPO-Bereich in einem internationalen Umfeld eine neue Aufgabe zu finden und hierfür sei der fragliche Kurs vorteilhaft, da er damit einen Erfolgsausweis vorlegen könne.

4.3.3 Würdigend ist vorab zu bedenken, dass es sich beim Begriff «arbeitsmarktliche Indikation» wie beim Ausdruck «erhebliche Verbesserung der Vermittelbarkeit», wenn überhaupt, um nur ungenaue Rechtsbegriffe handelt und dass der Verwaltung in Anwendung dieser Begriffe ein gewisser Ermessensspielraum zu gewähren ist. Das Gericht ist entsprechend gehalten, in diesem Zusammenhang nicht ohne Not in das Ermessen der Verwaltung einzugreifen.

Weiter ist festzuhalten, dass jedenfalls das Kriterium Alter in casu nicht gegen die Bewilligung des gewünschten Kurses spricht. Andererseits kann das Alter des Beschwerdeführers – er ist 49-jährig – in casu auch nicht als Argument für die Bewilligung herangezogen werden, ansonsten Personen von rund 50 Jahren und mehr künftig sämtliche Bildungsmassnahmen zu bewilligen wären, sind Personen im Alter von 50 Jahren und aufwärts doch auf dem Arbeitsmarkt grundsätzlich etwas weniger gefragt, weil sie aufgrund der berufserfahrungsbedingt eher höheren Lohnansprüche und der erhöhten Sozialkosten als verhältnismässig teuer gelten. Dies ist mit Bildungsmassnahmen nicht wettzumachen. Zur Motivation des Beschw-

erdeführers ist festzustellen, dass sich aus seinem Curriculum vitae erhellt, dass er immer mal wieder ehrenamtlich und unentgeltlich für caritative Projekte im Ausland tätig war, dass diese Art von Tätigkeit resp. das Interesse an der Arbeit von sozialtätigen Non-profit-Organisationen somit einem persönlichen Bedürfnis und Anliegen entspricht und dass er, so er die Zeit dafür gefunden hätte, sich wohl auch ohne Arbeitslosigkeit für einen solchen Kurs interessiert hätte. Die Frage, ob er ihn sich angesichts der Kosten geleistet hätte, kann offen bleiben, ist dies doch hinsichtlich Motivation ohne Belang. Eine arbeitsmarktliche Indikation ist diesbezüglich somit nicht festzustellen. Unter Verweis auf Erwägung 2.2 ist alsdann zu bedenken, dass die Grenze zwischen einer Grundausbildung, einer allgemeinen beruflichen Weiterbildung und einer Umschulung und Weiterbildung im arbeitslosenrechtlichen Sinne fliessend ist. Entsprechend ist es auch vorliegend eher schwierig zu entscheiden, ob der fragliche CAS-Kursus eher den allgemeinen beruflichen Weiterbildungen oder den Weiterbildungen im arbeitslosenrechtlichen Sinne zuzurechnen ist. Beachtet man allerdings, dass universitäre Bildungsgänge in der Regel auf ein höheres Berufsziel ausgerichtet sind, ist ihnen die arbeitslosenversicherungsrechtliche Komponente wohl eher abzusprechen. Es sei in diesem Zusammenhang auf den Fall des Bankangestellten mit abgeschlossener KV-Lehre verwiesen, der sich zum diplomierten Kaufmann ausbilden liess, was als arbeitslosenrechtlich nicht indiziert qualifiziert wurde, da er für eine Anstellung in einem verwandten Tätigkeitsgebiet nicht auf die beantragte Weiterbildung angewiesen sei (vgl. Erw. 2.2 und ARV 1993/94 Nr. 6 S. 45 Erw. 2; vgl. auch den Fall des Marketingplaners: Urteil C 77/04 vom 24. Dezember 2004 Erw. 4.2). Da Massnahmen im Ausland im Grundsatz ohnehin eher nicht als arbeitsmarktliche Massnahmen gelten, der vorliegende CAS-Kursus unter anderem aber auch mit einem Aufenthalt in der Mongolei lockt, spricht auch dies jedenfalls nicht für eine arbeitslosenversicherungsrechtliche Komponente. Soll ein Tätigkeitsgebiet ausgeweitet werden bzw. kommen generell neue Aufgaben hinzu – es sei hier an das Beispiel der Primarlehrer erinnert, die für das Frühenglisch oder das Frühfranzösisch neue Sprachkenntnisse erwerben müssen (ARV 2005 N. 26 S. 282 f. Erw. 2.2.1) – gehören die entsprechenden Kurse rechtsprechungsgemäss zweifelsohne zur üblichen Weiterbildung. Der weitere Blick auf die Judikatur zeigt überdies, dass jedenfalls im Falle eines Juristen, der im Alter von 63 Jahren noch ein CAS für Kindervertretung absolvieren wollte, die arbeitsmarktliche Indikation ebenfalls klar verneint wurde (Urteil 8C_65/2011 vom 14. März 2011 Erw. 3). Auch im Lichte der zitierten Rechtsprechung ist dem fraglichen Kursus die arbeitsmarktliche Indikation mithin eher abzusprechen.

Zum Vorbringen des Beschwerdeführers, er sei von 2011 bis 2013 ohne Arbeit gewesen, ist ihm wiederum sein eigenes Curriculum vitae entgegenzuhalten, erwähnt er doch für diese Zeit mindestens vier Projekte bzw. Tätigkeitsfelder, die er als selbständig Erwerbender verfolgt habe. Selbst wenn seine selbständige Erwerbstätigkeit aus finanzieller Sicht nicht von viel Erfolg gekrönt gewesen sein sollte, lässt dies nicht einfach auf Arbeitslosigkeit schliessen. Zum weiteren Argument des Beschwerdeführers, die beruflichen Massnahmen sollten einem Arbeitslosen nach Lehre und Rechtsprechung erlauben, seine Fähigkeiten auch ausserhalb des angestammten Tuns zu verwerten, ist zu bedenken, dass die Verwertung der Fähigkeiten

ausserhalb des angestammten Tätigkeitsbereichs arbeitsmarktlich indiziert sein müsste. Folgt ein Versicherter einfach dem langgehegten persönlichen Wunsch, sich umzuorientieren, fehlt es aber an der arbeitsmarktlichen Indikation. Zudem kann dem Curriculum vitae wie erwähnt entnommen werden, dass der Beschwerdeführer schon gewisse Erfahrungen mit karitativer Tätigkeit im Ausland sammeln konnte.

4.4 Zusammenfassend ist mit der Beschwerdegegnerin festzuhalten, dass der Beschwerdeführer aufgrund seiner fundierten beruflichen Ausbildung bzw. aufgrund seiner erheblichen Berufserfahrung in unselbständiger wie in selbständiger Tätigkeit, aufgrund auch seiner Erfahrungen mit altruistischen, karitativen Tätigkeiten in Afrika keine bildungsmässigen Manki aufweist, die mit dem fraglichen Kursus behoben werden müssten und sodann seine Vermittlungsfähigkeit erheblich zu steigern vermöchten. Der Kurs, ausgerichtet auf die internationale Tätigkeit von NPOs, scheint denn auch vielmehr einem persönlichen Wunsch auf mögliche Umorientierung als einem arbeitslosenversicherungsrechtlichen Erfordernis zu entsprechen. Mithin ist festzustellen, dass der beantragte CAS-Kursus nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nicht einer arbeitsmarktlichen Indikation entspringt bzw. die Vermittlungsfähigkeit des Beschwerdeführers nicht im geforderten Masse erheblich zu steigern vermag. Dass der Beschwerdeführer gewisse Probleme bei der Stellensuche hatte, dürfte vielmehr damit zu tun haben, dass bereits Bewerber im Alter von 50 Jahren erfahrungsgemäss etwas weniger gefragt sind, vielleicht aber auch damit, dass der Beschwerdeführer über eine recht lange Zeit hinweg aus gesundheitlichen Gründen gar nicht voll einsatzfähig war und dass die gesundheitlichen Gründe ja auch Anlass der Beendigung der letzten Arbeitsstelle geboten hatten. Verweigerten das RAV bzw. das AWA dem Beschwerdeführer vor diesem Hintergrund und im Lichte der gesamten Umstände die Kursbewilligung, verletzten sie damit kein Recht. Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet und sie ist vollumfänglich abzuweisen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 10. September 2015 S 2015 78

7.7 Art. 9 und Art. 17 Abs. 2 ATSG, Art. 42 IVG; Art. 37 und Art. 38 IVV

Regeste:
Art. 9 und Art. 17 Abs. 2 ATSG, Art. 42 IVG; Art. 37 und Art. 38 IVV – Benötigte Hilfe für die Vornahme einer Lebensverrichtung im Sinne von Art. 37 IVV kann nicht nur in direkter Dritthilfe, sondern auch bloss in indirekter Dritthilfe bestehen (Erw. 3.3). Hilflosigkeit gemäss Art. 37 Abs. 1 IVV gilt schon dann als schwer, wenn die versicherte Person neben der Dritthilfe in allen sechs alltäglichen Lebensverrichtungen auch der dauernden Pflege oder der persönlichen Überwachung bedarf. Es genügt, wenn eines dieser beiden Kriterien erfüllt ist (Erw. 7.1). Im konkreten Fall ist der Bedarf der geistig schwer behinderten Beschwerdeführerin an direkter und indirekter Dritthilfe in der Lebensverrichtung «Aufstehen/Absitzen/Abliegen» ausgewiesen (Erw. 7.3.2). Werden der Gegenpartei keine schriftlichen Plädoyernotizen abgegeben, kann darin keine Verletzung des Gehörsanspruchs gesehen werden. Es besteht keinerlei Verpflichtung, das mündlich erstattete Plädoyer anlässlich der Verhandlung auch in schriftlicher Form auszuhändigen (Erw. 8.).

Aus dem Sachverhalt:

Die Versicherte A, geboren 1970, leidet u.a. an einer angeborenen cerebralen Lähmung (Geburtsgebrechen Nr. 390), an einer angeborenen Epilepsie (Geburtsgebrechen Nr. 387) und an einer geistigen Behinderung. Die Invalidenversicherung erbrachte Leistungen für medizinische Massnahmen und Sonderschulmassnahmen und leistete ab dem 1. Dezember 1979 Pflegebeiträge für hilflose Minderjährige bei einer Hilflosigkeit mittleren Grades. Kurz vor Erreichen der Volljährigkeit, im Februar 1988, wurde A von ihren Eltern bei der IV-Stelle des Kantons Zug zum Bezug von Leistungen für Erwachsene, namentlich einer Rente und einer Hilflosenentschädigung, angemeldet. Mit Verfügung vom 3. Oktober 1988 sprach die IV-Stelle A eine Hilflosenentschädigung bei Hilflosigkeit mittleren Grades mit Wirkung ab 1. März 1988, mit Verfügung vom 17. Februar 1989 eine ganze Invalidenrente bei einem Invaliditätsgrad von 100 % mit Wirkung ab 1. Februar 1989 zu. Am 12. Februar 1990 trat A ins Heim X, wo sie auch heute noch lebt, ein. Mit Verfügung vom 15. Februar 1993 wurde die Hilflosenentschädigung mit Wirkung ab 1. März 1993 auf eine Entschädigung bei Hilflosigkeit schweren Grades erhöht. Nach Durchführung eines Revisionsverfahrens teilte die IV-Stelle A mit Verfügung vom 18. Dezember 2003 mit, es bestehe weiterhin Anspruch auf die bisherige Invalidenrente und die bisherige Entschädigung wegen schwerer Hilflosigkeit. Per Dezember 2013 leitete die IV-Stelle eine weitere Revision der Invalidenrente und der Hilflosenentschädigung ein. In diesem Rahmen wurde am 21. Januar 2014 eine Abklärung vor Ort durchgeführt. Mit Vorbescheid vom 30. Januar 2014 und Verfügung vom 23. April 2014 teilte die IV-Stelle der Versicherten mit, es bestehe Anspruch auf eine Entschädigung wegen mittelschwerer Hilflosigkeit bei Aufenthalt im Heim. Die Reduktion der Hilfosenentschädigung erfolge auf Ende des dem Datum der Verfügung folgenden Monats. Einer allfälligen Beschwerde gegen die Verfügung werde die aufschiebende Wirkung entzogen.

Gegen diese Verfügung liess A, gesetzlich vertreten durch ihre Eltern B und C, diese vertreten durch Rechtsanwalt D, mit Eingabe vom 22. Mai 2014 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben und die Anträge deponieren, es sei eine öffentliche Verhandlung durchzuführen, es sei die Verfügung aufzuheben, eventuell sei die Sache an die IV-Stelle zurückzuweisen und diese zu verpflichten, den Anspruch auf Hilfosenentschädigung sachgerecht abzuklären, eventualiter sei die IV-Stelle zu verpflichten, den Anspruch mittels eines neutralen medizinischen Gutachtens abzuklären, der Beschwerdeführerin sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und der unterzeichnete Rechtsanwalt sei als unentgeltlicher Rechtsbeistand einzusetzen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der IV-Stelle.

Aus den Erwägungen:

(...)

3.

3.1 Versicherte mit Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt (Art. 13 ATSG) in der Schweiz, die hilflos (Art. 9 ATSG) sind, haben gemäss Art. 42 IVG Anspruch auf eine Hilflosenentschädigung. Als hilflos gilt eine Person, die wegen einer Beeinträchtigung der Gesundheit für alltägliche Lebensverrichtungen dauernd der Hilfe Dritter oder der persönlichen Überwachung bedarf (Art. 9 ATSG). Im Bereich der Invalidenversicherung gilt auch eine Person als hilflos, welche zu Hause lebt und wegen der gesundheitlichen Beeinträchtigung dauernd auf lebenspraktische Begleitung angewiesen ist (Art. 42 Abs. 3 Satz 1 IVG; Art. 38 der Verordnung über die Invalidenversicherung [IVV, SR 831.201]). Praxisgemäss (BGE 121 V 88 Erw. 3a mit Hinweisen) sind für die Beurteilung der Hilflosigkeit die folgenden sechs alltäglichen Lebensverrichtungen massgebend: Ankleiden/ Auskleiden; Aufstehen/ Absitzen/ Abliegen; Essen; Körperpflege; Verrichtung der Notdurft; Fortbewegung (im oder ausser Haus)/ Kontaktaufnahme (BGE 127 V 94 Erw. 3c; 125 V 297 Erw. 4a). Bei Lebensverrichtungen, die mehrere Teilfunktionen umfassen, ist nach der Rechtsprechung nicht verlangt, dass die versicherte Person bei der Mehrzahl dieser Teilfunktionen fremder Hilfe bedarf; vielmehr ist bloss erforderlich, dass sie bei einer dieser Teilfunktionen regelmässig in erheblicher Weise auf direkte oder indirekte Dritthilfe angewiesen ist (BGE 121 V 88 Erw. 3c; Urteile U 442/ 04 vom 25. April 2005 Erw. 1, H 163/04 vom 7. Juni 2005 Erw. 2.2.1 und I 296/05 vom 29. Dezember 2005 Erw. 2.2.2).

3.2 Artikel 37 IVV sieht drei Hilflosigkeitsgrade vor. Gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung gilt die Hilflosigkeit als schwer, wenn die versicherte Person vollständig hilflos ist. Dies ist der Fall, wenn sie in allen alltäglichen Lebensverrichtungen regelmässig in erheblicher Weise auf die Hilfe Dritter angewiesen ist und überdies der dauernden Pflege oder der persönlichen Überwachung bedarf. Gemäss Art. 37 Abs. 2 IVV gilt die Hilflosigkeit als mittelschwer, wenn die versicherte Person trotz der Abgabe von Hilfsmitteln in den meisten alltäglichen Lebensverrichtungen regelmässig in erheblicher Weise auf die Hilfe Dritter angewiesen ist (lit. a) oder in mindestens zwei alltäglichen Lebensverrichtungen regelmässig in erheblicher Weise

auf die Hilfe Dritter angewiesen ist und überdies einer dauernden persönlichen Überwachung bedarf (lit. b) oder in mindestens zwei alltäglichen Lebensverrichtungen regelmässig in erheblicher Weise auf die Hilfe Dritter und überdies dauernd auf lebenspraktische Begleitung im Sinne von Artikel 38 IVV angewiesen ist (lit. c). Nach der Rechtsprechung setzt Hilflosigkeit mittelschweren Grades nach Art. 37 Abs. 2 lit. a IVV eine Hilfsbedürftigkeit in mindestens vier alltäglichen Lebensverrichtungen voraus (BGE 121 V 88 Erw. 3b, 107 V 145 Erw. 2; KSIH Rz. 8009). Die Hilflosigkeit gilt als leicht, wenn die versicherte Person trotz Abgabe von Hilfsmitteln in mindestens zwei alltäglichen Lebensverrichtungen regelmässig in erheblicher Weise auf die Hilfe Dritter angewiesen ist (lit. a), einer dauernden persönlichen Überwachung bedarf (lit. b), einer durch das Gebrechen bedingten ständigen und besonders aufwendigen Pflege bedarf (lit. c), wegen einer schweren Sinnesschädigung oder eines schweren körperlichen Gebrechens nur dank regelmässiger und erheblicher Dienstleistungen Dritter gesellschaftliche Kontakte pflegen kann (lit. d), oder dauernd auf lebenspraktische Begleitung im Sinne von Art. 38 IVV angewiesen ist (lit. e) (Art. 37 Abs. 3 IVV).

3.3 Die zur Vornahme einer Lebensverrichtung benötigte Hilfe kann nicht nur in direkter Dritthilfe, sondern auch bloss in der Form einer Überwachung der versicherten Person bei der Vornahme der relevanten Lebensverrichtung bestehen. Hauptbeispiel indirekter Dritthilfe ist die Aufforderung einer Drittperson an den Versicherten, eine Lebensverrichtung vorzunehmen, die er wegen seines psychischen Zustandes ohne besondere Aufforderung nicht vornehmen würde. Indirekte Dritthilfe ist aber auch bei physischen Zuständen möglich; dies ist der Fall, wenn der Versicherte die alltäglichen Lebensverrichtungen zwar selber vornehmen kann, dabei jedoch – und nicht ganz allgemein – persönlich überwacht werden muss, z. B. wegen Erstickungsgefahr beim Essen, Ertrinkungsgefahr beim Baden oder Sturzgefahr bei der Fortbewegung. Die indirekte Dritthilfe ist von der dauernden persönlichen Überwachung zu unterscheiden, da sich letztere nicht auf die alltäglichen Lebensverrichtungen bezieht (Meyer/ Reichmuth, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG, 3. Auflage, Zürich/ Basel/ Genf 2014, S. 499, mit Hinweis auf BGE 133 V 450 Erw. 7.2). Gelegentliche Zwischenfälle der Hilfsbedürftigkeit können nicht zur Annahme einer Notwendigkeit regelmässiger Dritthilfe führen. Die Hilfe ist erst dann regelmässig, wenn sie die versicherte Person täglich oder eventuell (nicht voraussehbar) täglich benötigt (Urteil 8C_912/2008 vom 5. März 2009 Erw. 3.2.2)

3.4 Bei der Erarbeitung der Grundlagen für die Bemessung der Hilflosigkeit ist eine enge, sich ergänzende Zusammenarbeit zwischen Arzt und Verwaltung erforderlich. Der Arzt hat anzugeben, inwiefern die versicherte Person in ihren körperlichen und geistigen Funktionen durch das Leiden eingeschränkt ist. Die Versicherung ihrerseits nimmt weitere Abklärungen an Ort und Stelle vor. Bei Unklarheiten über physische oder psychische Störungen oder deren Auswirkungen auf die alltäglichen Lebensverrichtungen sind Rückfragen beim Arzt indes nicht nur zulässig, sondern notwendig (Urteil I 296/05 vom 29. Dezember 2005 Erw. 2.2.3). Für den Beweiswert eines von der Invalidenversicherung nach den Verwaltungsweisungen des Bundesamtes für Sozialversicherung eingeholten Abklärungsberichtes im Sinne der obigen

Ausführungen sind nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts verschiedene Faktoren zu berücksichtigen. Wesentlich ist, dass als Berichterstatterin eine qualifizierte Person wirkt, welche Kenntnis der örtlichen und räumlichen Verhältnisse sowie der aus seitens der Mediziner gestellten Diagnosen sich ergebenden Beeinträchtigungen und Hilfsbedürftigkeiten hat. Der Berichtstext muss plausibel, begründet und detailliert bezüglich der einzelnen, konkret in Frage stehenden Faktoren der Hilflosigkeit sein und in Übereinstimmung mit den an Ort und Stelle erhobenen Angaben stehen. Trifft all dies zu, ist der Abklärungsbericht voll beweiskräftig (vgl. BGE 130 V 61 Erw. 6.2). Das Gericht greift nur dann in das Ermessen der Abklärungsperson ein, wenn klar feststellbare Fehleinschätzungen vorliegen. Nicht erforderlich ist indes, den Bericht der versicherten Person zur Durchsicht und Bestätigung vorzulegen. Vielmehr genügt es, wenn dieser – zum Beispiel im Vorbescheidverfahren – die Gelegenheit zur vollen Akteneinsicht gewährt wird (vgl. BGE 130 V 61, mit Hinweisen). Randziffer 8133 KSIH sieht im Weiteren vor, dass die IV-Stelle bei wesentlichen Abweichungen zwischen behandelndem Arzt/ behandelnder Ärztin und Abklärungsbericht durch gezielte Rückfragen und unter Einbezug des RAD eine Klärung herbeizuführen hat.

3.5 Ändert sich der Invaliditätsgrad einer Rentenbezügerin oder eines Rentenbezügers erheblich, so wird die Rente von Amtes wegen oder auf Gesuch hin für die Zukunft entsprechend erhöht, herabgesetzt oder aufgehoben (Art. 17 Abs. 2 ATSG). Auch jede andere formell rechtskräftig zugesprochene Dauerleistung wird von Amtes wegen oder auf Gesuch hin erhöht, herabgesetzt oder aufgehoben, wenn sich der ihr zugrunde liegende Sachverhalt nachträglich erheblich verändert hat (Art. 17 Abs. 2 ATSG). Die Erhöhung, Herabsetzung oder Aufhebung einer Hilflosenentschädigung gestützt auf Art. 17 Abs. 2 ATSG setzt demnach einen Revisionsgrund voraus. Darunter ist jede wesentliche Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen, u.a. die Verbesserung oder Verschlechterung des Gesundheitszustandes oder die Verwendung neuer Hilfsmittel, zu verstehen, die geeignet ist, den Grad der Hilflosigkeit und damit den Umfang des Anspruchs zu beeinflussen (vgl. Urteil 9C_882/2010 vom 25. Januar 2011 Erw. 1.1 mit Hinweisen). Eine erhebliche Sachverhaltsveränderung liegt vor, wenn sie eine Auswirkung auf den Leistungsanspruch hat, wobei die Änderung des Anspruchs nicht bloss geringfügig sein darf. Nicht verlangt ist, dass eine neue Diagnose gestellt wird; vielmehr reicht es aus, wenn eine Verschlechterung oder Verbesserung des auf die gleiche medizinische Ursache zurück zu führenden Gesundheitsschadens vorliegt. Dabei ist zu beachten, dass neue Elemente tatsächlicher Natur vorliegen müssen, welche nach der ursprünglichen Verfügung eingetreten sind und zum damals gegebenen Sachverhalt hinzugekommen sind oder diesen verändert haben. Eine bloss unterschiedliche Beurteilung eines im Wesentlichen gleich gebliebenen Gesundheitsschadens gehört nicht zu den im Revisionsverfahren massgeblichen, relevanten Änderungen (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2009, Art. 17 N 43 f. und 17, mit Hinweisen).

4. Die Beschwerdeführerin bezog bereits seit dem 1. Dezember 1979 Pflegebeiträge für hilflose Minderjährige, dies bei einer Hilflosigkeit mittleren Grades. Nach Erreichen der Volljährigkeit, d.h. seit 1. März 1988, sprach ihr die Beschwerdegegnerin eine Hilflosenentschädigung bei

Hilflosigkeit mittleren Grades zu, welche dann mit Wirkung ab 1. März 1993 auf eine Entschädigung bei Hilflosigkeit schweren Grades erhöht worden war. Diese wurde mit Verfügung vom 18. Dezember 2003 – nach Durchführung eines Revisionsverfahrens mit Abklärung vor Ort – bestätigt. Im Rahmen eines weiteren Revisionsverfahrens wurde am 21. Januar 2014 eine erneute Abklärung vor Ort vorgenommen. Gestützt auf den aktuelleren Abklärungsbericht verfügte die Beschwerdegegnerin dann am 23. April 2014, es bestehe nur noch eine Hilflosigkeit mittleren Grades, da die Versicherte in der Lebensverrichtung «Aufstehen/ Absitzen/ Abliegen» keine regelmässige Hilfe von Dritten mehr brauche. Der vorliegende Rechtsstreit dreht sich um die Frage, ob sich der Grad der Hilflosigkeit der Beschwerdeführerin seit dem 18. Dezember 2003 in anspruchsvermindernder Weise verändert hat, ob sie mithin in der Lebensverrichtung «Aufstehen/ Absitzen/ Abliegen» tatsächlich keiner Dritthilfe mehr bedarf. Hierzu ergibt sich aus den im Dossier liegenden Arzt- und Abklärungsberichten was folgt:

(...)

7.

7.1 Die Beschwerdegegnerin geht in der angefochtenen Verfügung vom 23. April 2014 davon aus, dass die Versicherte in fünf von sechs Lebensverrichtungen, d.h. beim An-/Auskleiden, Essen, bei der Körperpflege, beim Verrichten der Notdurft und bei der Fortbewegung auf regelmässige Dritthilfe angewiesen ist. Zudem benötige sie Hilfe bei der Pflege. Die Notwendigkeit einer dauernden Überwachung sei nicht ausgewiesen. Nachdem die Hilflosigkeit gemäss Art. 37 Abs. 1 IVV schon dann als schwer gilt, wenn die versicherte Person neben der Dritthilfe in allen sechs alltäglichen Lebensverrichtungen auch der dauernden Pflege oder der persönlichen Überwachung bedarf und die Beschwerdegegnerin das Kriterium der Notwendigkeit der dauernden Pflege bejahte, kann die von den Parteien aufgeworfene Frage, ob auch das Kriterium der persönlichen Überwachung erfüllt sei, dahingestellt bleiben. Streitig und nachfolgend zu prüfen ist aber, ob die Versicherte in der Lebensverrichtung «Aufstehen/Absitzen/Abliegen» auf Dritthilfe angewiesen ist. Dies wurde anlässlich der Abklärung im Jahr 2003 bzw. mit Verfügung vom 18. Dezember 2003 noch bejaht, während die Abklärungsperson bei der aktuellen Abklärung vom 21. Januar 2014 in dieser Lebensverrichtung gestützt auf die Aussagen der Betreuungsperson E keinen Hilfsbedarf mehr sah, was zur Folge hatte, dass die Beschwerdegegnerin in der Verfügung vom 23. April 2014 neu von einer mittelschweren Hilflosigkeit ausging.

7.2 Aus dem Abklärungsbericht vom 16. Mai 2003 geht hervor, dass man die Beschwerdeführerin gemäss Angaben der Wohngruppenleiterin F auffordern musste, das Bett zu verlassen und ins Bett zu gehen, ihr sagen musste, wann sie sich hinsetzen solle, und sie im Bett zudecken musste (oben Erw. 4.2). Die Eltern der Beschwerdeführerin gaben im Fragebogen vom 8. Januar 2014 an, ihre Tochter sei in allen Lebensverrichtungen ausser beim Aufstehen/Absitzen/Abliegen und bei der Fortbewegung auf Hilfe von Drittpersonen angewiesen

(oben Erw. 4.3). Anlässlich der Abklärung vom 21. Januar 2014 gab die Betreuerin E zu Protokoll, der Gesundheitszustand habe sich seit der letzten Abklärung aufgrund der verminderten Sehkraft leicht verschlechtert. Die Beschwerdeführerin könne die Transfere (Aufstehen/Absitzen/Abliegen) seit Jahren selbständig, auch zielgerichtet, ausführen. Sie könne sich alleine an den Tisch oder zum Fernsehen oder Kaffee trinken auf die Polstergruppe setzen. Sie stehe alleine vom Bett auf, sei es morgens oder in der Nacht, und gehe anschliessend auch wieder selbständig zu Bett, ohne dass man sie anleiten oder auffordern müsse (oben Erw. 4.4). Hausarzt Dr. G erklärte im Bericht vom 4. März 2014, es bestehe eine sehr ausgeprägte Hilflosigkeit. Die Patientin könne zwar selber aufstehen und selber im Haus herumgehen, brauche aber für jeden gezielten Gang eine Begleitung bzw. eine individuelle Anleitung. Sie könne sich zum Beispiel nicht selber auf den Stuhl setzen und diesen dann zum Tisch rücken um zu essen (oben Erw. 4.5). Im Schreiben vom 22. Mai 2014 an den Rechtsanwalt der Beschwerdeführerin präzisierte E ihre am 21. Januar 2014 gemachten Aussagen dahingehend, dass die Beschwerdeführerin selbständig ins Bett gehe, beim Zudecken aber die Unterstützung einer Begleitperson brauche. Beim Absitzen auf das Sofa sei es auch schon vorgekommen, dass sie sich auf einen anderen Mitbewohner oder auf die schlafende Katze gesetzt habe. Um sich richtig am Tisch zu positionieren, bedürfe sie der Unterstützung einer Begleitperson (Erw. 4.6).

7.3 Aufgrund dieser Aktenlage sah sich das Gericht veranlasst, die Betreuerin E als Zeugin zu befragen. Dies namentlich weil auf die Aussagen der Eltern nicht abgestellt werden kann, da diese offensichtlich nicht wussten, dass auch indirekte Dritthilfe von Relevanz ist. Anderenfalls hätten sie im Fragebogen vom 8. Januar 2014 nicht angegeben, ihre Tochter brauche bei der Fortbewegung keine Unterstützung, ist doch ausgewiesen, dass sich die Versicherte ausserhalb der gewohnten Umgebung mangels Orientierung nicht selbständig fortbewegen kann. Die Angaben der Betreuungsperson sind im vorliegenden Fall von grösster Bedeutung. Allerdings geht aus dem Abklärungsbericht vom 21. Januar 2014 nicht hervor, welche Fragen der Betreuerin von der Abklärungsperson tatsächlich gestellt worden sind. Es ist mithin nicht klar, ob sich die Betreuerin darüber im Klaren war, dass auch die indirekte Dritthilfe – z. B. Aufstehen, Absitzen oder Abliegen auf Anweisung der Betreuerin – bei der Beurteilung der Hilflosigkeit eine Rolle spielt, es mithin nicht nur um den rein mechanischen Vorgang des Aufstehens, Absitzens oder Abliegens geht.

7.3.1 Die Zeugenbefragung vom 20. Januar 2015 hat zum Hilfsbedarf der Beschwerdeführerin in der Lebensverrichtung «Aufstehen/Absitzen/Abliegen» ergeben, dass diese rein mechanisch gesehen selbständig aufstehen, absitzen und abliegen kann, aber beispielsweise im Restaurant oder im Bus nicht auf die Idee kommt, sich hinzusetzen. Vielmehr bedarf es einer entsprechenden Anweisung einer Drittperson. Sodann ist es ihr nicht möglich, den Stuhl an den Tisch zu rücken, um zu essen. Am Abend – nachdem sie den Betreuerinnen durch Gähnen gezeigt hat, dass sie müde ist – wird sie jeweils zu Bett gebracht. Sie kann sich selbständig ins Bett legen, muss aber zugedeckt werden. Zudem muss ihr die Brille abgezogen werden. In der Nacht wird sie in der Regel von der Nachtwache zur Toilette gebracht, wenn

der Alarm ausgelöst worden ist. Diese Angaben der Betreuerin E stimmen weitgehend mit den bereits im Abklärungsbericht vom 16. Mai 2003 gemachten Angaben überein. Die Wohngruppenleiterin F gab damals an, dass die Versicherte aufgefordert werden müsse, ins Bett zu gehen, das Bett zu verlassen oder sich hinzusetzen, und dass man sie zudecken müsse. Auch der Hausarzt Dr. G bestätigte einen entsprechenden Hilfsbedarf im ärztlichen Zeugnis vom 4. März 2014. In einem gewissen Widerspruch zu diesen Ausführungen der Betreuerin anlässlich der Zeugenbefragung stehen die im Abklärungsbericht wiedergegebenen Angaben, wonach die Beschwerdeführerin in der Nacht allein aufstehe, wenn sie aufs WC müsse, und anschliessend auch wieder selbständig zu Bett gehe, ohne dass man sie anleiten oder auffordern müsste.

7.3.2 Wie weit der Hilfsbedarf der Beschwerdeführerin in der Lebensverrichtung «Aufstehen/Absitzen/Abliegen» genau geht, muss vorliegend nicht geklärt werden. Aufgrund der Aussagen der Betreuerin E wie auch der übrigen Akten, und vor allem auch aufgrund der eigenen Beobachtungen des Gerichts anlässlich der öffentlichen mündlichen Verhandlung, steht fest, dass die Beschwerdeführerin in dieser Lebensverrichtung in beachtlichem Ausmass auf direkte und indirekte Dritthilfe angewiesen ist. Dass die Beschwerdeführerin, soll sie sich zielgerichtet – z. B. zum Essen oder im Bus – hinsetzen, entsprechend aufgefordert und angewiesen werden muss, dass ihr Stuhl jeweils durch die Betreuerin an den Tisch gerückt werden muss, dass sie Hilfe beim Ins-Bett-Gehen, namentlich beim Zudecken braucht, erscheint dem Gericht, nachdem es sich an der Verhandlung selbst ein Bild von der Beschwerdeführerin machen konnte, absolut plausibel. Es ist nicht davon auszugehen, dass sich der Hilfsbedarf der geistig schwer behinderten Beschwerdeführerin seit der letzten Abklärung im Jahr 2003 verringert hat, zumal die Situation seither aufgrund der verschlechterten Sehkraft eher problematischer geworden ist. Zu bemerken ist an dieser Stelle, dass die (doch eher vorwurfsvoll behaftete) Bemerkung der Abklärungsperson in ihrem Bericht vom 14. Januar 2014, wonach die Beschwerdeführerin nicht am Gespräch habe teilnehmen wollen, da sie nicht so lange habe ruhig sitzen wollen und lieber habe schauen wollen, was im Haus so los sei, in Anbetracht der Behinderung der Beschwerdeführerin als deplatziert erscheint.

In Würdigung sämtlicher Beweismittel bestehen keine ernsthaften Zweifel daran, dass die Beschwerdeführerin in der Lebensverrichtung «Aufstehen/Absitzen/Abliegen» weiterhin auf direkte und indirekte Dritthilfe angewiesen ist.

7.4 Da der Hilfsbedarf auch in den übrigen fünf alltäglichen Lebensverrichtungen ausgewiesen ist und die Beschwerdeführerin zudem dauernde Pflege benötigt – beides wird von der Beschwerdegegnerin nicht bestritten und in der angefochtenen Verfügung vom 23. April 2014 explizit bestätigt – steht fest, dass die Beschwerdeführerin weiterhin in schwerem Grade hilflos ist, die Voraussetzungen von Art. 37 Abs. 1 IVV für eine Hilflosenentschädigung bei Hilflosigkeit schweren Grades nach wie vor erfüllt sind.

(...)

8. Die Beschwerdegegnerin rügt, ihr Gehörsanspruch sei bei der öffentlichen mündlichen Verhandlung verletzt worden, da ihr das Plädoyer des beschwerdeführerischen Rechtsvertreters nicht in schriftlicher Form ausgehändigt worden sei. Dem ist zu entgegnen, dass für den Rechtsvertreter keinerlei Verpflichtung besteht, das mündlich erstattete Plädoyer anlässlich der Verhandlung auch in schriftlicher Form auszuhändigen. Der Rechtsvertreter hat sein Plädoyer auch nicht in derart schnellem Tempo vorgetragen, dass es der Vertreterin der Beschwerdegegnerin nicht mehr möglich war, gleichzeitig zuzuhören und Notizen zu ihrer Gegenargumentation zu machen. Hätte sich die Vertreterin zu Wort gemeldet und das Plädoyer in schriftlicher Form verlangt, wäre es ohne Weiteres möglich gewesen, die Verhandlung kurz zu unterbrechen und eine Kopie der dem Protokollführer ausgehändigten, schriftlichen Replik anzufertigen. Sodann hätte die Vertreterin auch einen Unterbruch der Verhandlung zur Vorbereitung ihrer Duplik verlangen können. All dies tat sie indes nicht. Es liegt keine Verletzung des Gehörsanspruchs der Beschwerdegegnerin vor.

9. Zusammenfassend hält die Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 23. April 2014 der gerichtlichen Überprüfung nicht stand. Eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse im Sinne einer Verbesserung der Hilfsbedürftigkeit der Beschwerdeführerin ist nicht ausgewiesen, weshalb sich die Reduktion der Hilflosenentschädigung als unrechtmässig erweist. Die Beschwerdeführerin hat weiterhin Anspruch auf eine Entschädigung wegen schwerer Hilflosigkeit bei Aufenthalt im Heim.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 19. März 2015 S 2014 68

7.8 Art. 17 Abs. 2 ATSG; Art. 9 Abs. 1 ELG; Art. 25 Abs. 1 lit. c ELV

Regeste:
Art. 17 Abs. 2 ATSG; Art. 9 Abs. 1 ELG; Art. 25 Abs. 1 lit. c ELV – Gemäss Art. 9 Abs. 1 ELG sind Ergänzungsleistungen als Jahresleistungen, die monatlich ausbezahlt werden, ausgestaltet. Ändert sich der Sachverhalt nach Erlass der leistungszusprechenden Verfügung in rechtserheblicher Weise, muss gestützt auf Art. 17 Abs. 2 ATSG die Leistung erhöht, herabgesetzt oder aufgehoben werden (Erw. 3.3). Ändern sich die Verhältnisse in Bezug auf das anrechenbare Erwerbseinkommen, ist die Revision der bereits gewährten Jahresleistung bzw. die Leistungsanpassung nur möglich, wenn der Auffangtatbestand von Art. 25 Abs. 1 lit. c ELV erfüllt ist. Bei einer einmaligen Einnahme ist das Kriterium der «voraussichtlich längere Zeit andauernden Veränderung» nicht gegeben. Eine einmalige (Lohn-) Zahlung kann auch nicht als wiederkehrende Leistung im Sinne von Art. 23 Abs. 3 ELV betrachtet werden. Der Verordnungsgeber hat offenbar die Verfahrensökonomie und den geringeren Verwaltungsaufwand höher gewichtet als die sofortige Anrechnung jeder Veränderung, ansonsten hätte er in Art. 25 Abs. 1 lit. c ELV keine Hürde in zeitlicher Hinsicht geschaffen (Erw. 4.2).

Aus dem Sachverhalt:

Der 1958 geborene A bezieht zu seiner Invalidenrente seit dem 1. März 2014 monatliche Ergänzungsleistungen (EL) von Fr. 969.– (vgl. Verfügung vom 9. April 2014). Am 26. Mai 2014 setzte A die Ausgleichskasse des Kantons Zug (AK Zug) darüber in Kenntnis, dass er am 23. Mai 2014 von seiner ehemaligen Arbeitgeberin, der Stadt X, aus einem gerichtlichen Vergleich heraus eine Entschädigung von Fr. 6'000.– bezahlt erhalten habe. Die AK Zug revidierte daraufhin mit Verfügung vom 10. Juli 2014 die laufenden Leistungen und setzte – rückwirkend und nur für den Monat Mai 2014 – die monatliche Ergänzungsleistung auf Fr. 0.– fest. Die zu Unrecht bezogene Ergänzungsleistung in der Höhe von Fr. 969.– im Monat Mai 2014 forderte sie gleichzeitig vom Versicherten zurück. Die vom Versicherten dagegen erhobene Einsprache wies die AK Zug mit Entscheid vom 26. November 2014 ab. Zur Begründung hielt sie fest, dass es sich bei der Entschädigung der Stadt X um massgebenden Lohn nach dem AHVG handle, die Entschädigung für vom Einsprecher erbrachte Arbeit erfolgt sei und keine Leistung im Sinne von Art. 11 Abs. 3 ELG vorliege. Der Betrag von Fr. 6'070.– sei zu Recht als Einkommen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. a ELG neben dem effektiven Einkommen (Bauhaus) bei den Einnahmen angerechnet worden.

Aus den Erwägungen:

(...)

3.3 Gemäss Art. 9 Abs. 1 ELG sind die Ergänzungsleistungen als Jahresleistungen, die monatlich ausbezahlt werden, ausgestaltet (vgl. Ulrich Meyer-Blaser, Die Anpassung von Ergänzungsleistungen wegen Sachverhaltsänderungen, in: Die Revision von Dauerleistungen in der Sozialversicherung, St. Gallen, 1999, S. 32 f.). Ändert sich der Sachverhalt nach Erlass der leistungszusprechenden Verfügung in rechtserheblicher Weise, so muss gestützt auf Art. 17 Abs. 2 ATSG die Leistung erhöht, herabgesetzt oder aufgehoben werden.

3.4 Das Gesetz nennt in Art. 25 Abs. 1 der Verordnung über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 15. Januar 1971 (ELV; SR 831.301) vier Gründe, die zu einer Erhöhung, Herabsetzung oder Aufhebung der jährlichen Ergänzungsleistungen führen, nämlich die Veränderung in der Personengemeinschaft (lit. a), die Änderung der AHV- oder IV-Rente (lit. b), die Änderung der Berechnungsfaktoren (lit. c) und die Änderung der Berechnungsfaktoren im Rahmen der periodischen Überprüfung (lit. d). Jeder dieser Anpassungsgründe ist gemäss Art. 25 Abs. 1 ELV an besondere Voraussetzungen geknüpft.

Gemäss Art. 25 Abs. 1 lit. c ELV ist die jährliche Ergänzungsleistung bei Eintritt einer voraussichtlich längere Zeit dauernden Verminderung oder Erhöhung der vom ELG anerkannten Ausgaben und Einnahmen sowie des Vermögens zu erhöhen, herabzusetzen oder aufzuheben. Massgebend sind die neuen, auf ein Jahr umgerechneten dauernden Ausgaben und Ein-

nahmen und das bei Eintritt der Veränderung vorhandene Vermögen. Macht die Änderung weniger als Fr. 120.– im Jahr aus, kann auf eine Anpassung verzichtet werden.

4. Die AK Zug sprach dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 8. Januar 2014 bzw. mit Verfügung vom 9. April 2014 eine jährliche Ergänzungsleistung von Fr. 11'100.– (Fr. 925.–/Monat) bzw. Fr. 11'628.– (Fr. 969.–/Monat) zu (vgl. AK-act. 1 und 6). Mit angefochtener Verfügung vom 10. Juli 2014 rechnete die Beschwerdegegnerin die vom Beschwerdeführer im Monat Mai 2014 einmalig erhaltene Entschädigung im Sinne eines Erwerbseinkommens auf ein Jahreseinkommen um und legte einen anrechenbaren Nettoverdienst von Fr. 94'837.– jährlich fest. Davon brachte sie Fr. 1'000.– in Abzug und berücksichtigte nebst der IV-Rente von Fr. 9'948.– in der Bedarfsrechnung 2/3 des Restbetrages, mithin Fr. 62'558.–, als zusätzliche Einnahme. Bei der Gegenüberstellung der gesamten Ausgaben und Einnahmen resultierte ein Einnahmeüberschuss von Fr. 36'042.– jährlich. Ausgehend von einem Jahresanspruch von Fr. 0.– legte die Beschwerdegegnerin den Anspruch auf Ergänzungsleistungen für den Monat Mai 2014 ebenfalls auf Fr. 0.– fest und forderte demzufolge die bereits ausbezahlte Ergänzungsleistung in der Höhe von Fr. 969.– für den Monat Mai 2014 zurück (vgl. AK-act. 11).

(...)

4.2 Mit dem Beschwerdeführer ist festzustellen, dass wenn sich wie vorliegend die Verhältnisse in Bezug auf das anrechenbare Erwerbseinkommen verändern, die Revision der bereits gewährten Jahresleistung, bzw. die Leistungsanpassung nur möglich ist, wenn der in Art. 25 Abs. 1 lit. c ELV beschriebene Auffangtatbestand erfüllt ist. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Änderung der Berechnungsfaktoren voraussichtlich längere Zeit dauern wird. Wann von einer solchen voraussichtlich längere Zeit dauernden Veränderung gesprochen werden kann, ist in der Verordnung nicht geregelt. Auch das höchste Gericht hat sich bis heute, soweit ersichtlich, dazu nicht geäussert. Ebenso fehlen vom Bundesamt für Sozialversicherungen entsprechende Regelungen in der Wegleitung über die Ergänzungsleistungen zur AHV und IV (WEL, gültig ab 1. Januar 2002, Stand 1. Januar 2010). Die Lehre postuliert hierzu aber immerhin, dass eine längere Zeit dauernde Veränderung vorliegt, wenn die eingetretene Änderung voraussichtlich von ihrem Eintritt an bis zum Ende des laufenden Kalenderjahres bestehen bleibt (Meyer-Blaser, a.a.O.; S. 41 f.; Urs Müller; Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, 2. Auflage, Zürich 2006, Rz 153). In Bezug auf die Dauer der Veränderung schreibt die Verwaltungspraxis vor, dass die bei Spitalaufenthalt von der Krankenkasse für Unterkunft und Verpflegung erbrachten Leistungen vom dritten Aufenthaltsmonat an angerechnet werden (WEL Rz. 2089). Sodann sind bei einer Erhöhung der Naturallohnansätze bei der AHV die neuen Ansätze bei den bereits laufenden EL-Fällen anlässlich der nächsten, nicht durch eine Erhöhung der AHV-Rente bewirkten Neufestsetzung der EL, spätestens aber bei der nächsten periodischen Überprüfung des EL-Anspruchs anzuwenden (WEL Rz. 2069 vgl. zum Ganzen: Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 26. Januar 2012, ZL.2010.00114). Auch in der Invalidenversicherung wird

von einer voraussichtlich längere Zeit dauernden Veränderung ausgegangen, wenn sie ohne wesentliche Unterbrechung drei Monate gedauert hat und voraussichtlich weiterhin andauern wird (vgl. Art. 88a der Verordnung über die Invalidenversicherung [IVV, SR 831.201]).

Ohne abschliessend festlegen zu müssen, wann die «voraussichtlich längere Zeit dauernde Veränderung» in der Regel als erfüllt zu betrachten ist, handelt es sich vorliegend – vergleichbar mit den in den zitierten Urteilen des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich (ZL.2010.00095 und ZL.2010.00114) vorgelegenen Sachverhalten (die Versicherten hatten Gelegenheit, in einem Monat während ein paar Tagen bzw. einen Monat lang einen einmaligen Zusatzverdienst zu erzielen) – um eine einmalige Einnahme des Beschwerdeführers von Fr. 6'000.– im Mai 2014, weshalb auch unter Berücksichtigung der für andere Veränderungen geltenden dreimonatigen Frist (vgl. oben) jedenfalls noch nicht von einer längeren Zeit gesprochen werden kann. Eine einmalige (Lohn-)Zahlung kann zum Vorneherein auch nicht als wiederkehrende Leistung im Sinne von Art. 23 Abs. 3 ELV betrachtet werden. Soweit die Beschwerdegegnerin hierzu einwendet, der Beschwerdeführer habe indes während vielen Jahren für die Stadt X gearbeitet und wenn er dafür nachträglich eine Zusatzentschädigung erhalte, sei eine Analogie zum zitierten Urteil ZL.2010.00095 nicht angebracht, zielt sie damit ins Leere. Entscheidend ist doch einzig, dass der Beschwerdeführer diese Zusatzentschädigung für monatelange Nacht- und Wochenendarbeit in den Jahren 2007 bis 2012 – sofern diese Entschädigung vom Mai 2014 denn überhaupt als solche zu qualifizieren wäre – im vorliegend für die EL-Berechnung relevanten Jahr 2014 einmalig ausbezahlt bekommen hat und es damit sein Bewenden hatte. Die Beschwerdegegnerin hat im Lichte der oben zitierten Lehre und Verwaltungspraxis zur Dauerhaftigkeit der Veränderung nicht weiter dargelegt, weshalb sie bei dieser zusätzlichen Einnahme von Fr. 6'000.– im Monat Mai 2014 von einer länger dauernden Veränderung ausgegangen ist. Wie das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich im oben erwähnten Entscheid vom 26. Januar 2012 (vgl. ZL.2010.00114) festgestellt hat, hat der Verordnungsgeber offenbar die Verfahrensökonomie und den geringeren Verwaltungsaufwand höher gewichtet als die sofortige Anrechnung jeder Veränderung, ansonsten er nicht für die in casu fragliche wirtschaftliche Veränderung in Art. 25 Abs. 1 lit. c ELV – in Abweichung zu Art. 25 Abs. 1 lit. a-b ELV – in zeitlicher Hinsicht dahin gehend eine Hürde geschaffen hätte, dass die Veränderung lediglich und erst dann zur Leistungsanpassung führte, wenn sie längere Zeit dauerte.

4.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in Analogie zu den beiden Zürcher-Fällen (ZL.2010.00095 und ZL.2010.00114: in beiden Fällen hatten die Versicherten Gelegenheit, während eines Monats im Jahr ein Zusatzeinkommen zu erzielen) in casu keine solche «voraussichtlich längere Zeit dauernde Veränderung» eingetreten ist, sondern der Beschwerdeführer einzig im Mai 2014 eine einmalige Entschädigung über Fr. 6'070.40 von der ehemaligen Arbeitgeberin erhalten hat. Damit aber war die Voraussetzung für eine Änderung gemäss dem anwendbaren Art. 25 Abs. 1 lit. c ELV im Laufe des Berechnungsjahres, nämlich der Eintritt einer voraussichtlich längere Zeit dauernden Erhöhung des Einkommens, nicht gegeben.

Mangels eines hinreichenden Revisionsgrundes hat die Beschwerdegegnerin die laufenden Ergänzungsleistungen zu Unrecht angepasst und die Rückforderung verfügt. In Gutheissung der Beschwerde sind demzufolge der Einspracheentscheid vom 26. November 2014 und die Verfügung vom 10. Juli 2014 aufzuheben.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. April 2015 S 2015 4

7.9 Art. 31 AVIG, Art. 745 OR

Regeste:
Art. 31 AVIG, Art. 745 OR – Die absolute und unwiderrufliche Einstellung der Geschäftstätigkeit erfolgt nicht schon mit der Kündigung der Geschäftsräumlichkeiten und der Versicherung etc., sondern erst mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens bzw. mit der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister. Die Alleinaktionärin, welche als einzige Liquidatorin eigesetzt wurde, hatte bis zu diesem Zeitpunkt nach wie vor einen massgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft und sie hätte die Möglichkeit gehabt, die Gesellschaft wieder zu reaktivieren und die Geschäftstätigkeit fortzuführen (Erw. 5). Insofern hatte sie bis zur Verteilung des Gesellschaftsvermögens bzw. bis zur Anmeldung der Löschung im Handelsregister eine beherrschende Stellung inne und deswegen war sie im Sinne der Rechtsprechung als arbeitgeberähnliche Person zu qualifizieren. Damit war ihr Arbeitsausfall nicht ausreichend kontrollier- und bestimmbar (Erw. 2.2).

Aus dem Sachverhalt:

A, Jahrgang 1955, war Gründungsmitglied, 50 %ige Aktionärin und Verwaltungsrätin der X AG und für diese (bzw. deren Vorgängerin) seit dem 31. Januar 1998 als stellvertretende Geschäftsführerin tätig. Am 29. Oktober 2013 wurde sie als Liquidatorin für die X AG in Liquidation im Handelsregister eingetragen. Am 16. Juni 2014 stellte A bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Zug den Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. September 2014. Am 22. September 2014 verfügte die Arbeitslosenkasse die Ablehnung der Anspruchsberechtigung von A vom 1. September 2014. Begründet wurde dieser Entscheid mit dem Hinweis auf die Tatsache, dass die Versicherte ihre arbeitgeberähnliche Stellung bei der Firma X AG als Liquidatorin mit einer Beteiligung von 100 Namenaktien zu Fr. 1'000.– gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG nicht verloren habe. Der Arbeitsausfall als arbeitgeberähnliche Person könne aufgrund ihrer Stellung selber bestimmt oder massgeblich beeinflusst werden und sei folglich nicht ausreichend kontrollier- und bestimmbar. Ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestehe erst bei Löschung des Handelsregistereintrages. In der Folge erhob A am 23. September 2014 Einsprache, worauf die Arbeitslosenkasse mit Einspracheentscheid vom 6. März 2015 die genannte Einsprache insofern teilweise guthiess, als dass die Anspruchs-

berechtigung vom 1. September 2014 bis 16. November 2014 abgelehnt und ab 17. November 2014 bejaht wurde.

Aus den Erwägungen:

(...)

2.

2.1 Nach Art. 31 Abs. 1 AVIG haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie bestimmte, in lit. a–d näher umschriebene Voraussetzungen erfüllen. Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten. Eine gleichlautende Bestimmung besteht bezüglich des Anspruchs auf Insolvenzentschädigung (Art. 51 Abs. 2 AVIG).

2.2 Dem Wortlaut nach sind die Bestimmungen zwar auf eine Kurzarbeitsentschädigung zugeschnitten. Wie das Eidgenössische Versicherungsgericht indessen in BGE 123 V 234 entschieden hat, lässt sich daraus nicht folgern, dass die in Art. 31 Abs. 3 AVIG genannten arbeitgeberähnlichen Personen in jedem Fall Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bei Ganzarbeitslosigkeit haben. Behält ein Arbeitnehmer nach der Entlassung seine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb bei und kann er dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen, verfügt er nach wie vor über die unternehmerische Dispositionsfreiheit, den Betrieb jederzeit zu reaktivieren und sich bei Bedarf erneut als Arbeitnehmer einzustellen. Ein solches Vorgehen läuft auf eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Regelung des Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG hinaus, welche ihrem Sinn nach der Missbrauchsverhütung dient und in diesem Rahmen insbesondere dem Umstand Rechnung tragen will, dass der Arbeitsausfall von arbeitgeberähnlichen Personen praktisch unkontrollierbar ist, weil sie ihn aufgrund ihrer Stellung bestimmen oder massgeblich beeinflussen können.

(...)

5. Fest steht vorliegend, dass die Beschwerdeführerin bis zum 29. Oktober 2013 als Verwaltungsrätin der X AG im Handelsregister eingetragen war. Ab dem 29. Oktober 2013 wurde die Gesellschaft aufgrund des Auflösungsbeschlusses unter dem Namen X AG in Liquidation geführt und die Beschwerdeführerin wurde als einzige Liquidatorin eingesetzt. Wie den Akten des Parallelverfahrens S 2015 38 zu entnehmen ist, veräusserte der Ehemann der Beschwerdeführerin zudem seine Aktienanteile, weswegen davon auszugehen ist, dass die Beschw-

erdeführerin in der Folge Allein- oder zumindest Mehrheitsaktionärin der X AG in Liquidation war. Die Beschwerdeführerin ging zudem bis zum 31. August 2014 weiter ihrer Tätigkeit als stellvertretende Geschäftsführerin der Gesellschaft nach und erhielt dafür auch Lohn. Die X AG in Liquidation wurde schliesslich per 16. Dezember 2014 gelöscht, wobei die Anmeldung zur Löschung beim Handelsregister am 17. November 2014 erfolgte.

Auch wenn die Beschwerdeführerin vorbringt, die Geschäftstätigkeit der X AG in Liquidation sei per 31. August 2014 eingestellt worden und sie diesbezüglich Kündigungen der Versicherungen und Mieträumlichkeiten ins Recht legt, so ändert dies nichts an der Tatsache, dass sie als Alleinaktionärin und Liquidatorin bis zur definitiven Löschung der Gesellschaft eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatte. Als Alleinaktionärin und Liquidatorin hatte sie nach wie vor einen massgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft und sie hätte den Auflösungsbeschluss widerrufen können, solange noch nicht mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens begonnen worden ist (BGE 123 III 473 Erw. 5b). Die Verteilung des Gesellschaftsvermögens darf nach Art. 745 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR, SR 220) frühestens nach Ablauf eines Jahres vollzogen werden, von dem Tage an gerechnet, an dem der Schuldenruf zum dritten Mal ergangen ist. Gemäss Abs. 3 darf eine Verteilung bereits nach Ablauf von drei Monaten erfolgen, wenn ein zugelassener Revisionsexperte bestätigt, dass die Schulden getilgt sind und nach den Umständen angenommen werden kann, dass keine Interessen Dritter gefährdet sind. In casu hätte die Verteilung somit frühestens ein Jahr nach dem dritten Schuldenruf und somit am 11. November 2014 erfolgen dürfen, zumal bis zu diesem Zeitpunkt keine Bestätigung eines zugelassenen Revisionsexperten vorlag. Somit bestand für die Beschwerdeführerin auch bis zur Verteilung des Gesellschaftsvermögens bzw. bis zur Anmeldung der Löschung der Gesellschaft beim Handelsregister die Möglichkeit, die Gesellschaft wieder zu reaktivieren und die Geschäftstätigkeit fortzuführen (vgl. Urteile vom 19. März 2002, C 373/00 Erw. 3c, vom 28. Januar 2011, 8C_850/2010 Erw. 4.2 und vom 3. April 2006, C 267/04 Erw. 4.2), weswegen die Begründung der Beschwerdegegnerin, wonach der Arbeitsausfall nicht ausreichend bestimm- und kontrollierbar gewesen sei, mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung übereinstimmt und daher zu bestätigen ist. Die Beschwerdeführerin führt zwar richtig aus, dass die absolute und unwiderrufliche Einstellung der Geschäftstätigkeit vorliegend das entscheidende Kriterium zur Beurteilung des Anspruches auf Arbeitslosenentschädigung sei, sie verkennt aber, dass diese absolute und unwiderrufliche Einstellung der Geschäftstätigkeit nicht schon mit der Kündigung der Geschäftsräumlichkeiten und der Versicherungen etc. erfolgte, sondern erst mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens bzw. mit der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister (vgl. auch das Urteil vom 6. Juni 2002, C 264/01 Erw. 2d, in welchem das EVG die Konkurseröffnung als massgebenden Zeitpunkt bezeichnete). Einem Schreiben der Beschwerdeführerin an die Beschwerdegegnerin vom 17. November 2014 ist ferner zu entnehmen, dass die Bestätigung des zugelassenen Revisionsexperten am 14. November 2014 erfolgt sei. Insofern wäre die Verteilung des Gesellschaftsvermögens frühestens am 14. November 2014 möglich gewesen. Nachdem betreffend die Verteilung des Gesellschaftsvermögens den Akten aber nichts Weiteres zu

entnehmen ist, ist nicht zu beanstanden, dass die Arbeitslosenkasse für die definitive Aufgabe der arbeitgeberähnlichen Stellung auf den Zeitpunkt der Anmeldung der Löschung beim Handelsregister (17. November 2014) abstellte. Festzuhalten ist mithin, dass die Beschwerdeführerin als Liquidatorin und Alleinaktionärin der X AG in Liquidation ihre Stellung als arbeitgeberähnliche Person bis zur Verteilung des Gesellschaftsvermögens bzw. bis zur Anmeldung der Löschung im Handelsregister beibehielt und sie deswegen bis zu diesem Zeitpunkt keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hatte. Weil mit dieser Rechtsprechung nicht nur ein ausgewiesener Rechtsmissbrauch sanktioniert werden, sondern bereits dem Risiko eines solchen begegnet werden soll, erübrigen sich Weiterungen dazu, ob in casu tatsächlich ein Missbrauchsrisiko bestanden hat oder nicht. Bereits das Eidgenössische Versicherungsgericht hielt aber fest, dass ein solches Risiko der Ausrichtung von Arbeitslosenentschädigung an arbeitgeberähnliche Personen und deren im Betrieb mitarbeitende Ehegatten inhärent sei (Urteil vom 8. Juni 2004, C 110/03 Erw. 2.2).

(...)

7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin als Alleinaktionärin und Liquidatorin der X AG in Liquidation bis zur Verteilung des Gesellschaftsvermögens bzw. bis zur Anmeldung der Löschung im Handelsregister eine beherrschende Stellung innehatte und deswegen im Sinne der Rechtsprechung als arbeitgeberähnliche Person zu qualifizieren war. Aus diesem Grunde war ihr Arbeitsausfall im Zeitraum vom 1. September 2014 bis zum 16. November 2014 nicht ausreichend kontrollier- und bestimmbar. Mithin erweist sich die vorliegende Beschwerde als unbegründet, weswegen sie – soweit darauf einzutreten ist – vollumfänglich abzuweisen ist.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. Juni 2015 S 2015 41

7.10 Art. 43 und Art. 61 ATSG, Art. 3 Abs. 1 und 2 UVG, Art. 8 UVV

Regeste:
Art. 43 und Art. 61 ATSG, Art. 3 Abs. 1 und 2 UVG, Art. 8 UVV – Grundsätzlich gilt im Sozialversicherungsrecht die Untersuchungsmaxime, welche ihre Schranken indes in der Rügepflicht hat. Aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes entfällt im Sozialversicherungsrecht die Beweisführungslast. Allerdings tragen die Parteien eine dahingehende Beweislast, dass im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zuungunsten derjenigen Partei ausfällt, die aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten will. Im Leistungsrecht bedeutet dies, dass der Leistungsansprecher sein Begehren nicht durchzusetzen vermag. Im Sozialversicherungsrecht gilt das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (Erw. 3.5). Es kann nicht die Aufgabe von Verwaltung und Gericht sein, aufwendig nach nicht auffindbaren Zeugen zu suchen, um damit die Position des beweispflichtigen Leistungsansprechers zu stützen (Erw. 6.4).

Aus dem Sachverhalt:

Der Leistungsansprecher, G, Jahrgang 1989, Staatsangehöriger von Mazedonien, war gemäss Schadenmeldung UVG, unterzeichnet von Fürsprecher H, Zürich, und datiert vom 24. Oktober 2013, bei der X GmbH in Baar als Lüftungsmonteur beschäftigt, als er, ausserhalb der Arbeitszeit, in der Nacht vom 31. Dezember 2009 auf den 1. Januar 2010 mit einem Messer durch Stichwunden am Rücken verletzt wurde, was zu Beeinträchtigungen an der Leber, der Milz und am Zwerchfell führte. Zudem soll es zu einer Luftansammlung in der rechten Brusthöhle gekommen sein. Die SUVA Zentralschweiz leitete nun Abklärungen ein und teilte dem Betroffenen mit Verfügung vom 5. September 2014 mit, die Untersuchungen hätten ergeben, dass nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nicht von einem Arbeitsvertrag zwischen ihm und der X GmbH ausgegangen werden könne.

Die dagegen am 7. Oktober 2014 erhobene Einsprache wies die SUVA mit Entscheid vom 10. November 2014 vollumfänglich ab. Zur Begründung verwies sie vorab auf die Leistungspflicht nach Art. 6 Abs. 1 UVG bei Berufs- und Nichtberufsunfällen sowie bei Berufskrankheiten, auf das Versicherungsobligatorium nach Art. 1a UVG, auf die Legaldefinition des Begriffs Arbeitnehmer nach Art. 10 ATSG und in diesem Zusammenhang auf Art. 1 UVV – wonach Arbeitnehmer sei, wer eine unselbständige Erwerbstätigkeit im Sinne des AHVG ausübe – sowie auf die einschlägige AHVG-rechtliche Praxis, alsdann auf die Regelung zum Versicherungsbeginn nach Art. 3 Abs. 1 UVG resp. zum Versicherungsende nach Art. 3 Abs. 2 UVG, zu guter Letzt auf den vorliegend geltenden Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Weiter erklärte die SUVA, der Einsprecher halte ihr trölerisches Fallmanagement in Verbindung mit vollkommener Untätigkeit bei der Sachverhaltsabklärung vor. Nach Hinweisen auf Art. 319 Abs. 1 OR (Einzelarbeitsvertrag) führte die SUVA schliesslich aus, ein Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 Abs. 1 OR sei zwischen dem Einsprecher und der X GmbH nicht erstellt. Zwar finde sich in den Akten ein schriftlicher Arbeitsvertrag. Allerdings überzeuge dieser nicht.

Zum einen seien die Unterschriften auf der Schadenmeldung vom 24. Oktober 2013 und auf dem angeblichen Arbeitsvertrag vom 7. Dezember 2009 offensichtlich nicht von derselben Person ausgefertigt worden. Von einem Stellvertretungsverhältnis, wie in der Einsprache ausgeführt, sei vorgängig nicht die Rede gewesen. Nach dem Handelsregister-Auszug sei ohnehin nur eine Person für die Gesellschaft zeichnungsberechtigt gewesen. Die Unterschriften auf Vertrag, Schadenmeldung und den Quittungen liessen sich nicht zweifelsfrei einer Person zuordnen. Weitere Abklärungen würden käumlich etwas bringen, zumal der Einsprecher selbst niemanden benennen könne, den man befragen könnte. Sodann fehle es auch an beweistauglichen Belegen wie Bankauszügen, Buchhaltungsunterlagen etc. Soweit der Einsprecher seinen Anspruch auf einen Arbeitsversuch, einen mündlichen Arbeitsvertrag vom Dezember 2009 und die daraus resultierende Nachdeckung, nicht aber auf den schriftlichen Arbeitsvertrag stütze, erstaune dies, da das Arbeitsvertragsrecht den Arbeitsversuch gar nicht kenne. Andererseits behaupte der Einsprecher ja auch, der eigentlich unbefristete Arbeitsvertrag sei laut Parteiwillen erst ab Januar 2010, nach Beendigung des Probemonats, vorgesehen gewesen. Diese Aussagen seien nicht nachvollziehbar und fänden im eingereichten Vertrag vom 7. Dezember 2009 auch keine Stütze, zumal dieser ohnehin nicht zwischen befristetem und unbefristetem Vertrag unterscheide. Dass nach Ablauf der Probezeit vom 4. bis zum 23. Dezember 2009 ein neuer, unbefristeter Vertrag geschlossen werde, ergebe sich nicht. Ziffer 12 des Vertrages enthalte lediglich eine Präzisierung zur Probezeit. Was der Einsprecher zu befristetem und unbefristetem Vertrag ausführe, sei reine Interpretation. Wieso die Arbeitgeberin vor diesem Hintergrund in der Schadenmeldung vom 24. Oktober 2013 das Feld «befristeter Arbeitsvertrag» angekreuzt habe, ab Januar 2010 aber von einem unbefristeten Vertrag ausgehe, sei klärungsbedürftig. Zu beachten sei sodann, dass der erwähnte Arbeitsvertrag von einer Wochenarbeitszeit von 42.5 Stunden spreche, dass für die Probezeit keine Abweichungen abgemacht worden seien und dass die eingereichten Quittungen belegten, dass die Arbeitszeit nicht eingehalten worden sei. Besonders klärungsbedürftig sei schliesslich der Umstand, dass die Unfallmeldung erst am 24. Oktober 2013, folglich drei bis vier Jahre später erfolgt sei. Begründet werde dies nicht und üblich sei es auch nicht, zumal es ja nicht um eine Bagatelle gehe. Weiter falle auf, dass Ziffer 9 des Arbeitsvertrages den Arbeitnehmer zum Abschluss einer Krankenversicherung auffordere mit dem Hinweis, dass der Arbeitgeber dies sonst tue. Die Krankenversicherung sei in der Schweiz allerdings schon seit Jahren obligatorisch und ein Arbeitgeber könne seine Mitarbeiter nicht so einfach anmelden. Nach dem Gesagten zeigten die Akten etliche Widersprüche auf und eine Leistungspflicht der SUVA ergebe sich nicht. Gegen den Vorwurf des trölerischen Fallmanagements wehre sie sich entschieden. Fakt sei, dass die Organe der X GmbH nicht mehr ausfindig zu machen seien, dass diese keine Buchhaltung geführt habe und dass die eingereichten Steuerunterlagen des Einsprechers kein Erwerbseinkommen nachweisen liessen. Selbst wenn man Organe der Gesellschaft hätte fragen können, wäre die Verwertbarkeit dieser Angaben fraglich gewesen. Die SUVA habe sehr wohl Abklärungen getroffen. Die Anfrage bei der Prämienabteilung der SUVA habe gezeigt, dass eine Arbeitgeberkontrolle der genannten GmbH mangels Buchhaltung nicht habe umgesetzt werden können. Auch sei der Einsprecher in der Prämienabteilung nicht geführt gewesen. Wer von der SUVA Leistungen beziehen wolle, müsse glaubhaft dar-

legen können, dass er die anspruchsbegründenden Voraussetzungen erfülle. Die SUVA sei nicht verpflichtet, die Angaben eines «Versicherten» einfach anzuerkennen. Könnten ungenaue, unvollständige oder widersprüchliche Angaben nicht überzeugend ergänzt werden, so sei ein Unfall nicht glaubwürdig. Entsprechend könne die SUVA den Schadenfall ablehnen. Vorliegend seien die leistungsbegründenden Voraussetzungen nicht erfüllt. Gross sei die Liste der Unklarheiten und Widersprüche. Damit erweise sich die Verfügung vom 5. September 2014 als nicht zu beanstanden.

Aus den Erwägungen:

(...)

3.2 Der Versicherungsschutz durch die obligatorische Unfallversicherung beginnt an dem Tage, an dem der Arbeitnehmer aufgrund der Anstellung die Arbeit antritt oder hätte antreten sollen, in jedem Falle aber im Zeitpunkt, da er sich auf den Weg zur Arbeit begibt. Sie endet mit dem 30. Tage nach dem Tag, an dem der Anspruch auf mindestens den halben Lohn aufhört (Art. 3 Abs. 1 und 2 UVG). Als Lohn im Sinne von Art. 3 Abs. 2 UVG gelten der nach AHVG massgebende Lohn, die Taggelder der obligatorischen Unfallversicherung, der Militär-, der Invalidenversicherung und der Krankenkassen sowie der privaten Kranken- und Unfallversicherer, welche die Lohnfortzahlung ersetzen, die Entschädigungen nach der Erwerbsersatzordnung sowie jene der kantonalen Mutterschaftsversicherung, die Familienzulagen, schliesslich die aus Gründen des Alters AHV-beitragsbefreiten Löhne. Nicht als Lohn gelten Entschädigungen bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses oder bei Betriebsschliessungen etc., aber auch Gratifikationen, Weihnachtszulagen etc. (Art. 7 der Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982 [UVV, SR 832.202]). Abreden über die Verlängerung der Nichtberufsunfallversicherung müssen einzeln oder kollektiv vor dem Ende der Versicherung getroffen werden (Art. 8 UVV).

(...)

3.5 Grundsätzlich gilt im Sozialversicherungsrecht die Untersuchungsmaxime, welche ihre Schranken indes in der Rügepflicht – einem Ausfluss resp. eine Form der Mitwirkungspflicht des Versicherten – hat. Diese Mitwirkungspflicht erstreckt sich auf das Verwaltungs- wie auf das Verwaltungsgerichtsverfahren. Aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes entfällt im Sozialversicherungsrecht die Beweisführungslast. Allerdings tragen die Parteien eine dahingehende Beweislast, dass im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zuungunsten derjenigen Partei ausfällt, die aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten will. Im Leistungsrecht bedeutet dies, dass der Leistungsansprecher sein Begehren nicht durchzusetzen vermag. Schliesslich anzufügen bleibt, dass im Sozialversicherungsrecht grundsätzlich der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt. Dieser Grad übersteigt einerseits die Annahme einer blossen Möglichkeit bzw. einer Hypothese, liegt andererseits aber auch unter demjenigen der im Zivilprozess geltenden strikten Annahme der zu beweisenden Tatsache

(vgl. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2009, Art. 52 Rz. 24 und Art. 61 Rz. 67; Art. 43 Rz. 30 und 39).

4. Unstreitig ist, dass der Beschwerdeführer in der Silvesternacht von 2009 auf 2010 im Rahmen einer Auseinandersetzung mit Messerstichen erheblich verletzt wurde und dass dies als Unfallereignis gewertet werden könnte. Fakt ist alsdann, dass der Beschwerdeführer das fragliche Unfallereignis erst am 24. Oktober 2013, mithin drei Jahre und fast zehn Monate nach dem Ereignis, dem Versicherer meldete. Streitig ist, ob der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt des fraglichen Ereignisses in einem Arbeitsverhältnis stand und im Sinne von Art. 3 UVG Versicherungsschutz geniesst. Die Akten besagen hierzu was folgt:

(...)

6. Wie in Erwägung 4 bereits angesprochen, ist der Streitpunkt die Frage, ob der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt des Vorfalls vom 31. Dezember 2009 / 1. Januar 2010 aufgrund eines konkreten, vor- oder noch bestehenden Arbeitsverhältnisses Versicherungsschutz beanspruchen konnte oder aber ob er allenfalls als arbeitslos bei der Arbeitslosenversicherung angemeldet war und deshalb in den Genuss des Versicherungsschutzes kam. Es geht mithin darum, ob das für Dezember 2009 behauptete Arbeitsverhältnis als nach dem hier geltenden Beweisgrad erstellt gilt.

6.1 Der Beschwerdeführer stellt sich auf den Standpunkt, im Dezember 2009 habe er im Rahmen eines mündlich vereinbarten, befristeten Anstellungsverhältnisses – allenfalls im Sinne eines Arbeitsversuchs – für die X GmbH gearbeitet und es sei überdies – schriftlich – vereinbart worden, dass er ab 4. Januar 2010 eine feste, unbefristete Anstellung erhalte. Die Versicherungsdeckung bestehe vorliegend aufgrund der Nachdeckung im Sinne von Art. 3 Abs. 2 UVG.

6.2 Die Beschwerdegegnerin erachtet ein Anstellungsverhältnis im Monat Dezember 2009 nicht als überwiegend wahrscheinlich erstellt. Dabei weist sie zum einen auf etliche Widersprüche und Ungereimtheiten hin, auf nicht identische Unterschriften auf Quittungen und Vertrag, auf unterschiedliche Daten für die Probezeit, aber auch auf die unterschiedlichen wöchentlichen Arbeitszeiten, zum andern stösst ihr auf, dass die Schadenmeldung erst erfolgt war, als die angebliche Arbeitgeberfirma bereits zu existieren aufgehört hatte und deren Organe nicht mehr hatten aufgefunden werden können, folglich nicht mehr zu den Widersprüchen und Ungereimtheiten Stellung nehmen konnten.

6.3

6.3.1 Würdigend ist vorab festzuhalten, dass es wirklich völlig unverständlich ist, dass ein Verunfallter ein Unfallereignis erst nach mehr als dreieinhalb Jahren dem Unfallversicherer gegenüber zur Anmeldung bringt. Dass dies in casu zudem erst einige Monate nach der Liq-

uidation der angeblichen Arbeitgeberfirma resp. nach dem Verschwinden der Gesellschaftsorgane passierte, lässt den Verdacht aufkommen, man habe die Überprüfung der nicht widerspruchsfreien Belege für das angebliche Arbeitsverhältnis, das vor dem Ereignis bestanden haben soll, unter allen Umständen vermeiden wollen. Wäre alles so abgelaufen, wie der Beschwerdeführer die Gegenpartei und das Gericht glauben machen will, stellt sich nämlich ernsthaft die Frage, wieso er das Unfallereignis nicht viel früher zur Anmeldung brachte. Dem Strafurteil des Bezirksgerichts Bülach vom 9. März 2011 und den Belegen der Gemeinde Y, insbesondere einem Schreiben des Sozialdienstes Y, kann entnommen werden, dass der Beschwerdeführer von Februar resp. März 2010 bis April 2011 vollumfänglich von der Sozialhilfe gelebt habe, folglich in gewisser Weise auch durch den Sozialdienst beraten, gar etwas betreut wurde und dass er keine anderen Einkünfte erzielt habe, zufolge Arbeitsunfähigkeit auch keine Arbeitslosenentschädigung habe beanspruchen können. Bedenkt man in diesem Zusammenhang, dass gerade die Sozialdienste auf die Abklärung allfälliger Versicherungsleistungen, auf das allfällige Generieren anderer Einnahmequellen geradezu konditioniert sind und dass der Beschwerdeführer überdies als Geschädigter im Strafverfahren von einem routinierten Anwalt vertreten war, der ihm die entsprechende Anspruchslage sicherlich hätte erklären können, so erscheint das Zuwarten mit der Anmeldung beim Unfallversicherer als überhaupt nicht nachvollziehbar. Diesbezüglich darf nicht unterschlagen werden, dass das Exemplar des nachstehend näher umschriebenen Arbeitsvertrages, welches bei den Akten der SUVA liegt, sogar den Stempel von RA J, dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers im Strafverfahren, trägt. Hätte RA J damals auch handfeste Anhaltspunkte für ein vorbestehendes Arbeitsverhältnis gehabt, hätte er wohl auf eine umgehende Schadenmeldung beim Unfallversicherer gedrängt und diese wäre denn entsprechend auch spätestens im Frühjahr des Jahres 2011 erfolgt.

6.3.2 Zum behaupteten Arbeitsverhältnis im Monat Dezember 2009 ist im Übrigen zu beachten, dass die vorgelegten drei Quittungen fünf Arbeitstage vom 1. bis zum 5. Dezember 2009 bzw. 40 geleistete Arbeitsstunden, fünf Arbeitstage vom 14. bis zum 18. Dezember 2009 bzw. 42.5 geleistete Arbeitsstunden, schliesslich drei Arbeitstage vom 21. bis zum 23. Dezember 2009 resp. 25.5 geleistete Arbeitsstunden festhalten, dass der am 17. Dezember 2009 verfertigte bzw. unterzeichnete Arbeitsvertrag die Probezeit demgegenüber aber für die Zeit vom 7. Dezember bis zum 23. Dezember 2009 festsetzt. Zu beachten ist weiter, dass wohl von einer Fünftagewoche von Montag bis Freitag ausgegangen werden dürfte, dass der 5. Dezember im Jahre 2009 aber auf einen Samstag fiel. Zudem wurde in der fraglichen Woche gemäss Quittung zwar an fünf Tagen, nicht aber während der vereinbarten 42.5 Stunden gearbeitet. Vergleicht man die drei Quittungen mit dem Arbeitsvertrag, fällt auch dem Gericht auf, dass die für den Beschwerdeführer geleisteten Unterschriften auf den drei Quittungen zwar weitgehend identisch sind, dass diese aber nicht völlig mit der Unterschrift auf dem Vertrag übereinstimmen. Weiter fällt auf, dass die Quittungen zwar die Perioden, für welche die Zahlungen erfolgt sein sollen, enthalten, hingegen nicht datiert sind, man mithin nicht erfährt, wann genau die Zahlungen geleistet worden sein sollen. Zum fraglichen Arbeitsvertrag ist ergänzend zu beachten, dass die Klausel in Ziff. 9 Abs. 2: «Der Arbeitnehmer muss gegen Unfall gemäss

Unfallversicherungsgesetz versichert sein», zumindest irritiert, könnte man diese doch so verstehen, dass der Arbeitnehmer für den entsprechenden Versicherungsschutz selbst die Verantwortung trage. Noch irritierender für einen Arbeitsvertrag in der Baubranche im weitesten Sinne ist der in Ziff. 13 enthaltene Verweis auf die Bestimmungen des kantonalen Normalarbeitsvertrages für die landwirtschaftlichen Arbeitsverhältnisse. Der Umstand schliesslich, dass Ziff. 15 des Vertrages mitten in einem Satz – und in der Mitte einer A4-Seite – einfach aufhört und dass danach nichts mehr folgt, vertieft noch den Eindruck, dass vorliegend einfach etwas zusammenkopiert wurde. Festzustellen ist jedenfalls, dass hinsichtlich des behaupteten Arbeitsverhältnisses im Dezember 2009 etliche Widersprüche und Ungereimtheiten bestehen.

6.3.3 Im Weiteren ist festzustellen, dass die aktenkundigen Steuerdokumente keinerlei Hinweise auf im Dezember 2009 erzieltes Einkommen zulassen. Wie die Beschwerdegegnerin unwidersprochen darlegte, wurde der Beschwerdeführer zu keiner Zeit als Arbeitnehmer der X GmbH bei ihr registriert und es konnten auch keine entsprechenden IK-Auszüge für Dezember 2009 ausfindig gemacht werden. Der Kontenzusammenruf der Zuger Ausgleichskasse ergab eine beitragspflichtige Betätigung im Dienste der Z AG für den Februar 2009, einen durch die U AG abgerechneten Verdienst in den Monaten September und Oktober 2009, schliesslich einen über die V AG abgerechneten Verdienst für das ganze Jahr 2009 im Betrage von Fr. 3'393.–. Allerdings ist ein Arbeitsverhältnis mit der V AG konkret für den Dezember 2009 weder belegt noch behauptet und ein solches würde auch nicht zwingend für einen Versicherungsschutz durch die SUVA sprechen. Über die X GmbH wurde jedenfalls nachweislich zu keiner Zeit ein Lohn abgerechnet. Soweit der Beschwerdeführer das Gericht informierte, dass auch er sich um IK-Auskünfte bemühte, führt auch dies nicht zu einer anderen Sachbeurteilung. Wie bereits in Erwägung 6.3.1 ausgeführt, kann die Arbeitgeberin, können deren Organe, da nicht auffindbar, nicht mehr zur Sache befragt werden.

6.4 Glaubt der Beschwerdeführer, mit dem Nennen von eingestandenermassen nicht auffindbaren Zeugen seiner Mitwirkungspflicht Genüge getan zu haben mit der Konsequenz, dass es nun im Rahmen der Untersuchungsmaxime Aufgabe von Verwaltung und/oder des Gerichts sei, die entsprechenden Beweise doch noch erhältlich zu machen, andernfalls zu seinen Gunsten zu entscheiden sei, so irrt er. Es ist ihm vielmehr entgegenzuhalten, dass es nicht die Aufgabe von Verwaltung und Gericht sein kann, aufwendig nach nicht auffindbaren Zeugen zu suchen, um damit die Position des beweispflichtigen Leistungsansprechers zu stützen. Entsprechend ist unter Verweis auf Erwägung 3.5 noch einmal in Erinnerung zu rufen, dass der Entscheid im Falle der Beweislosigkeit zulasten der Partei ausfällt, welche aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten möchte. Das ist in casu der Beschwerdeführer, der ja Versicherungsleistungen erhältlich machen möchte.

6.5 Zusammenfassend ist festzustellen, dass die in den Erwägungen 6.3.1 bis 6.4 aufgelisteten Ungereimtheiten und Widersprüche vor dem Hintergrund der langen Latenz bei der Unfallmeldung und angesichts der Unmöglichkeit, die aufgelisteten Ungereimtheiten überhaupt

noch überprüfen zu können, zum Schluss führen, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer einerseits und der im Juni 2013 liquidierten X GmbH andererseits für den Monat Dezember 2009 nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nicht als erstellt gilt. Wie die vorgelegten, widersprüchlichen und nicht überzeugenden Papiere in diesem Zusammenhang und aus strafrechtlicher Sicht zu qualifizieren wären, ist dabei unerheblich. Das Bestehen eines solchen Arbeitsverhältnisses gilt jedenfalls als allerhöchstens möglich, nach dem Dafürhalten des Gerichts indes als wenig wahrscheinlich. Damit erweist sich die vorliegende Beschwerde als unbegründet und sie ist vollumfänglich abzuweisen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. August 2015 S 2014 170

7.11 Art. 50 und 53 Abs. 2 ATSG

Regeste:
Art. 50 und 53 Abs. 2 ATSG – Es ist zulässig, sozialversicherungsrechtliche Streitigkeiten zwischen Versicherungsträger und Versicherten vergleichsweise zu regeln (Erw. 4.1). Ein Vergleich kann grundsätzlich ebenso in Wiedererwägung gezogen werden wie eine Verfügung. Es sind jedoch im Rahmen von Art. 53 Abs. 2 ATSG höhere Anforderungen zu stellen, um dem Vergleichscharakter Rechnung zu tragen (Erw. 4.1.2 und 5).

Aus dem Sachverhalt:

(...)

Am 12. November 1990 stürzte A zu Boden, wobei sie ihren Kopf mit voller Wucht an einem Blumentopf anschlug und sich beide Handgelenke brach. In der Folge erbrachte die X die gesetzlichen Leistungen. Bei der X handelt es sich zudem auch um die für den erwähnten Unfall zuständige Haftpflichtversicherung. (...) Am 15. Juli 1996 sprach die X der Versicherten bei einem Integritätsschaden von 60 % eine Integritätsentschädigung von Fr. 48'960.– zu. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Angesichts eines errechneten Invaliditätsgrades von 80 % sprach die X A mit Verfügung vom 31. Oktober 1996 eine Invalidenrente in genannter Höhe ab 1. Juli 1996 zu, wobei sie von einem versicherten Verdienst von Fr. 37'263.– bzw. von einem solchen von Fr. 57'000.– (betreffend die Komplementärrente) ausging. Gegen diese Verfügung liess die Versicherte am 11. November 1996 eine Einsprache einreichen und die Zusprechung einer Rente auf der Grundlage einer Erwerbsunfähigkeit von 100 % beantragen. In der Folge nahmen die Parteien Vergleichsverhandlungen auf. Am 14. Januar 1997 fand zwischen Rechtsanwalt B, dem damaligen Rechtsvertreter der Versicherten, und drei Vertretern der X eine Besprechung statt. Sie einigten sich auf die Übernahme der unfallbedingten Heilungskosten durch die X, wobei bezüglich der vorgesehenen Kuraufenthalte ein jährlicher Maximalbetrag von Fr. 5'000.– vereinbart wurde. Recht-

sanwalt B offerierte der X, bei Gewährung einer 100 %igen Invalidenrente verzichte er auf die Geltendmachung von Schadenersatz aus der selbständigen Tätigkeit der Versicherten. Die X sicherte ihm die Zusprechung einer 100 %igen UVG-Rente zu und die Parteien einigten sich auch über den Haftpflichtschaden (gemäss einer Aktennotiz der Versicherung). (...) «Vereinbarungsgemäss» und erneut unter Verweis auf die kürzliche Besprechung erliess die X ihre Verfügung vom 20. Januar 1997 und hob ihre frühere Verfügung vom 31. Oktober 1996 auf. Sie sprach der Versicherten eine Vollrente ab 1. Juli 1996 zu, wobei sie von einem versicherten Verdienst von wiederum Fr. 37'263.– bzw. von einem solchen von Fr. 57'000.– (betreffend die Komplementärrente) und einem Invaliditätsgrad von 100 % ausging. Des Weiteren wies sie darauf hin, bezüglich der Übernahme von weiteren Heilungskosten sei die bei der Besprechung vom 14. Januar 1997 getroffene Vereinbarung massgebend. Sie begleiche weitere unfallbedingte Heilungskosten grundsätzlich zu Lasten des UVG-Schadenfalles. Für allfällige Kuraufenthalte werde jedoch maximal ein jährlicher Betrag von Fr. 5'000.– übernommen. Die Aufteilung auf den Haftplicht- bzw. UVG-Schaden regle die X intern. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Mit Schreiben vom 15. Juni 2012 wies die Unfallversicherung (nunmehr die Z AG) A darauf hin, dass sie beabsichtige, die Rentenverfügung vom 20. Januar 1997 im Sinne von Art. 53 Abs. 2 ATSG in Wiedererwägung zu ziehen. Aus diesem Grund gewähre sie ihr das rechtliche Gehör. Zur Begründung machte sie geltend, (...) die ursprüngliche Rentenverfügung sei als zweifellos unrichtig zu qualifizieren. Die Z AG habe somit während Jahren zu hohe Leistungen erbracht, was zu einer Rückforderung der zu Unrecht erbrachten Rentenleistungen von Fr. 131'160.– führen würde. Die Z AG behalte sich eine Rückforderung dieses Betrages ausdrücklich vor. In ihrer Wiedererwägungsverfügung vom 15. August 2012 ordnete die Z AG das Folgende an:

«1. Die Verfügung vom 20.01.1997 wird hinsichtlich der Rentenzusprechung aufgehoben.

2. Bei einem versicherten Verdienst von CHF 21'820.00 und einem Invaliditätsgrad von 100 % hat die Versicherte ab 01.07.1996 Anspruch auf eine monatlich vorschüssig auszuzahlende Invalidenrente von CHF 516.00.

3. Die Teuerungszulagen richten sich nach Art. 34 UVG.

4. Die Heilbehandlungskosten bleiben per 01.07.1996 eingestellt. Art. 21 UVG bleibt vorbehalten. Für allfällige Kuraufenthalte wird weiterhin maximal ein jährlicher Betrag von CHF 5'000.00 übernommen.

(...)»

(...) Gegen die Verfügung vom 15. August 2012 liess A am 17. August 2012 Einsprache erheben und im Wesentlichen die Aufhebung der erwähnten Verfügung und die Weiterausrichtung der bisherigen Rente beantragen. Mit Einspracheentscheid vom 20. Dezember 2013 hiess die Z AG die Einsprache teilweise gut und hob die Verfügung vom 15. August 2012

in Ziffer 2 auf. Bei einem versicherten Verdienst von Fr. 21'820.– und einem Invaliditätsgrad von 100 % habe die Versicherte ab 1. Juli 1996 Anspruch auf eine monatlich vorschüssig auszuzahlende Komplementärrente von Fr. 853.50. Im Übrigen werde die Einsprache abgewiesen. (...) Mit Beschwerde vom 31. Januar 2014 an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug liess A beantragen, der Einspracheentscheid vom 20. Dezember 2013 sei aufzuheben und es seien ihr die bisherigen Rentenleistungen unverändert auszurichten, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Aus den Erwägungen:

(...)

3. Nach Art. 53 Abs. 2 ATSG kann der Versicherungsträger auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Diese Bestimmung wurde in Anlehnung an die Kriterien erlassen, welche die Rechtsprechung bis zum Inkrafttreten des ATSG am 1. Januar 2003 entwickelt hatte (BGE 133 V 50 Erw. 4.1, BGE 138 V 147 Erw. 2.1 und BGE 140 V 77 Erw. 3.1). Voraussetzung einer Wiedererwägung ist – nebst der erheblichen Bedeutung der Berichtigung –, dass kein vernünftiger Zweifel an der Unrichtigkeit der Verfügung (gemeint ist hierbei immer auch ein allfälliger Einspracheentscheid) besteht, also nur dieser einzige Schluss denkbar ist. Dieses Erfordernis ist in der Regel erfüllt, wenn eine Leistungszusprache aufgrund falscher Rechtsregeln erfolgt ist oder wenn massgebliche Bestimmungen nicht oder unrichtig angewandt wurden (BGE 138 V 324 Erw. 3.3). Ob dies zutrifft, beurteilt sich nach der bei Erlass der Verfügung bestandenen Sach- und Rechtslage, einschliesslich der damaligen Rechtspraxis (vgl. BGE 138 V 147 Erw. 2.1, BGE 138 V 324 Erw. 3.3 und BGE 140 V 77 Erw. 3.1). Um wiedererwägungsweise auf eine verfügte Leistung zurückkommen zu können, genügt es aber nicht, wenn ein einzelnes Anspruchselement rechtswidrig festgelegt wurde. Vielmehr hat sich die Leistungszusprache auch im Ergebnis als offensichtlich unrichtig zu erweisen. So muss etwa, damit eine zugesprochene Rente wegen einer unkorrekten Invaliditätsbemessung wiedererwägungsweise aufgehoben werden kann, – nach damaliger Sach- und Rechtslage – erstellt sein, dass eine korrekte Invaliditätsbemessung hinsichtlich des Leistungsanspruchs zu einem anderen Ergebnis geführt hätte (vgl. BGE 117 V 8 Erw. 2c/aa, SVR 2006 UV Nr. 17 S. 60, Urteil des EVG vom 10. Mai 2006, U 378/05, Erw. 5.3, Urteil des Bundesgerichts vom 27. Mai 2013, 8C_778/2012, Erw. 3.1 mit weiteren Hinweisen). Eine Wiedererwägung einer prozentgenauen Invalidenrente bedingt sodann, dass die Differenz des Invaliditätsgrades zu der als zweifellos unrichtig erkannten Verfügung mindestens fünf Prozentpunkte beträgt (BGE 140 V 85 Erw. 4, BGE 140 V 77 Erw. 3.1).

4. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die X sei sowohl in unfallversicherungs- als auch in haftpflichtrechtlicher Hinsicht für den Unfall vom 12. November 1990 zuständig gewesen. Sie habe mit der X einen Vergleich abgeschlossen, der unfall- bzw. sozialversicherungs- und haftpflichtrechtliche Leistungen umfasse. Wäre der versicherte Verdienst damals so berech-

net worden, wie es die Beschwerdegegnerin heute mache, hätte die X einen höheren Direktschaden bezahlen müssen. Auf diesem integralen Vergleich basiere die Verfügung der X vom 20. Januar 1997. Aus den dargestellten Gründen verstosse die von der Beschwerdegegnerin mit der Wiedererwägungsverfügung vom 15. August 2012 und mit dem Einspracheentscheid vom 20. Dezember 2013 vorgenommene massive Reduktion der Rente in dieser speziellen Konstellation gegen Treu und Glauben. Demgegenüber bestreitet die Beschwerdegegnerin, dass die Verfügung vom 20. Januar 1997 resp. der darin festgelegte versicherte Verdienst auf einem Vergleich beruhe.

4.1 Bereits vor dem Inkrafttreten des ATSG war es nach der Rechtsprechung zulässig, sozialversicherungsrechtliche Streitigkeiten zwischen Versicherungsträger und Versicherten vergleichsweise zu regeln (vgl. BGE 133 V 593 Erw. 4.3; BGE 104 V 162; Kieser, a.a.O., Art. 50 N 3 ff.). In Art. 50 ATSG wurde dies kodifiziert. Danach können Streitigkeiten über sozialversicherungsrechtliche Leistungen durch Vergleich erledigt werden (Art. 50 Abs. 1 ATSG). Der Versicherungsträger hat den Vergleich in Form einer anfechtbaren Verfügung zu eröffnen (Art. 50 Abs. 2 ATSG).

4.1.1 Die Befugnis zum Abschluss eines Vergleichs ermächtigt die Behörde nicht, bewusst eine gesetzwidrige Vereinbarung zu schliessen, also von einer von ihr als richtig erkannten Gesetzesanwendung im Sinne eines Kompromisses abzuweichen. Ist der Vergleich im Gesetzesrecht zugelassen, so wird aber damit den Parteien bei ungewisser Sach- oder Rechtslage die Befugnis eingeräumt, ein Rechtsverhältnis vertraglich zu ordnen, um die bestehende Rechtsunsicherheit zu beseitigen. Dabei und damit wird in Kauf genommen, dass der Vergleichsinhalt von der Regelung des Rechtsverhältnisses abweicht, zu der es bei umfassender Klärung des Sachverhalts und der Rechtslage allenfalls gekommen wäre. Ein Vergleich ist somit zulässig, soweit der Verwaltung ein Ermessensspielraum zukommt sowie zur Beseitigung rechtlicher und/oder tatsächlicher Unklarheiten (BGE 138 V 147 Erw. 2.4 und BGE 140 V 77 Erw. 3.2.1 mit Hinweisen).

4.1.2 Rechtsprechungsgemäss kann ein Vergleich grundsätzlich ebenso in Wiedererwägung gezogen werden wie eine Verfügung. Es sind jedoch im Rahmen von Art. 53 Abs. 2 ATSG höhere Anforderungen zu stellen, um dem Vergleichscharakter Rechnung zu tragen (BGE 138 V 147 Erw. 2.3). Der Mechanismus der Interessenabwägung ist somit bei der Wiedererwägung eines Vergleichs bzw. einer Verfügung der gleiche; Unterschiede ergeben sich jedoch bei der Gewichtung, namentlich des Schutzes des berechtigten Vertrauens in den Bestand, der tendenzmässig beim Vergleich stärker als bei der Verfügung ausfällt (BGE 138 V 147 Erw. 2.4). Zu beachten ist dabei auch, dass die Zusprechung von Sozialversicherungsleistungen in der Regel auf verschiedenen Anspruchsgrundlagen beruht. Im UVG sind dies, nebst etwa der Versicherungsdeckung und den notwendigen kausalen Zusammenhängen, bei der Invalidenrente in erster Linie der Invaliditätsgrad – mit den diesem zugrunde liegenden Faktoren der Invaliditätsbemessung – und der versicherte Verdienst, bei der Integritätsentschädigung die Integritätseinbusse. Werden Sozialversicherungsleistungen gestützt auf einen Vergleich ver-

fügt, umfasst dieser für gewöhnlich eine gesamthafte Würdigung aller relevanten Anspruchsfaktoren. Das heisst, jede Vergleichspartei bezieht in ihre Überlegungen mit ein und nimmt in Kauf, dass bei der vergleichsweisen Erledigung einige Anspruchsfaktoren eher zu ihren Gunsten, andere eher zu ihren Ungunsten ausgelegt werden als bei einer umfassenden Prüfung, und sie wägt ab, welchem Ergebnis sie bei gesamthafter Betrachtung zustimmen will. Der Versicherungsträger hat sich hiebei im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens zu halten. Für die versicherte Person wird die rasche Zusprechung einer möglichst hohen Leistung im Vordergrund stehen (BGE 140 V 77 Erw. 3.2.2).

4.1.3 Der wie dargelegt gesamthaften Betrachtungsweise beim Vergleich und den ihr zugrunde liegenden Wechselwirkungen läuft zuwider, wenn der Unfallversicherer im Nachhinein ein einzelnes Element des Leistungsanspruchs herausgreift und einer Wiedererwägung der damaligen Verfügung zugrunde legen, an den übrigen Anspruchsfaktoren gemäss Vergleich aber ohne nähere Prüfung festhalten will. Um eine Wiedererwägung vornehmen zu können, müsste vielmehr feststehen, dass die vergleichsweise verfügte Leistung bei einer auch sämtliche weiteren Anspruchsfaktoren umfassenden Klärung des Sachverhalts und der Rechtslage – auf damaligem Stand – im Ergebnis als offensichtlich unrichtig zu betrachten ist (BGE 140 V 77 Erw. 3.2.3).

(...)

4.3 Bei der Würdigung der Akten zum Vorliegen eines allfälligen Vergleichs ist festzuhalten, dass die sowohl aus UVG-rechtlicher als auch aus haftpflichtrechtlicher Sicht zuständige X mit der Beschwerdeführerin Vergleichsgespräche geführt hat. Im Rahmen der abschliessenden Geltendmachung der Schadenersatzforderung der Beschwerdeführerin verwies Rechtsanwalt B auf die Möglichkeit, diese Forderung vergleichsweise durch die Zusprache einer auf einem Invaliditätsgrad von 100 % basierenden Rente zu tilgen (Schreiben vom 12. November 1996). C von der X bestätigte die Offerte von Rechtsanwalt B, auf die Geltendmachung zukünftiger Direktansprüche unter dem Titel Haupt-/Nebentätigkeit zu verzichten, sofern UVG-seitig eine volle Rente ausbezahlt werde (Aktennotiz vom 25. November 1996). Schliesslich einigten sich Rechtsanwalt B und die X bei der Besprechung vom 14. Januar 1997 darüber, dass die X die weiteren unfallbedingten Heilungskosten übernehme (Kuraufenthalte maximal Fr. 5'000.– jährlich). Die Offerte von Rechtsanwalt B, bei Gewährung einer 100 %igen Invalidenrente auf die Geltendmachung von Schadenersatz aus der selbständigen Tätigkeit der Beschwerdeführerin zu verzichten, nahm die X an. Sie sicherte ihm nämlich diesbezüglich zu, «aus dem UVG-Fall eine 100 %ige Rente» zu gewähren. Die X wies schliesslich darauf hin, dies stelle eine Lösung dar, welche im Prozessfall mit grösster Wahrscheinlichkeit nicht anders herausgekommen wäre (Aktennotiz der X vom 16. Januar 1997). Mit Schreiben vom 16. Januar 1997 bestätigte C (X), dass sich die Beschwerdeführerin und die X sowohl hinsichtlich des Haftpflichtschadens als auch hinsichtlich der UVG-Rente und der Übernahme der Heilungskosten geeinigt hätten und stellte eine entsprechende Verfügung in Aussicht. Schliesslich nahm die X in der Verfügung vom 20. Januar 1997 Bezug auf das Gespräch

vom 14. Januar 1997 und erliess «vereinbarungsgemäss» die neue Verfügung. Es bleibt mithin festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin und die X den Schadenfall sowohl in UVG-rechtlicher als auch in haftpflichtrechtlicher Hinsicht einvernehmlich geregelt und somit einen Vergleich abgeschlossen haben. Soweit die Beschwerdegegnerin in diesem Zusammenhang geltend macht, der Vergleich schliesse den versicherten Verdienst nicht mit ein, ist ihr entgegen zu halten, dass sowohl in der später wieder aufgehobenen Verfügung der X vom 31. Oktober 1996 als auch in ihrer «vereinbarungsgemäss» erlassenen Verfügung vom 20. Januar 1997 stets von einem solchen von Fr. 37'263.– bzw. Fr. 57'000.– (betreffend die Komplementärrente) die Rede war. Angesichts der Platzierung des erwähnten Wortes «vereinbarungsgemäss» auf der ersten Seite der Verfügung vom 20. Januar 1997 direkt nach dem Hinweis auf die «kürzliche» Besprechung darf davon ausgegangen werden, dass es sich auf die gesamte nachfolgende Verfügung – und somit auch auf den versicherten Verdienst – bezieht. Nach überwiegender Wahrscheinlichkeit ist daher davon auszugehen, dass sich die Parteien auch betreffend den versicherten Verdienst geeinigt haben.

5. Der Ausgangspunkt des zu beurteilenden Rechtsstreites bildet die Verfügung vom 20. Januar 1997. Mit dieser hat die X – die Rechtsvorgängerin der Beschwerdegegnerin – als obligatorische Unfallversicherung der Beschwerdeführerin für die verbleibenden Folgen des erlittenen Unfalls eine ab 1. Juli 1996 laufende Invalidenrente nach Massgabe eines Invaliditätsgrades von 100 % und eines versicherten Verdienstes von Fr. 37'263.– bzw. von Fr. 57'000.– (betreffend die Komplementärrente) zugesprochen. Die Unfallversicherung stützte sich bei der Zusprechung dieser Leistungen auf einen mit der Beschwerdeführerin geschlossenen Vergleich, wie der ersten Seite der Verfügung entnommen werden kann («Vereinbarungsgemäss erlassen wir neu die folgende Verfügung.»). Streitig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegnerin zu Recht in Wiedererwägung der Verfügung vom 20. Januar 1997 den versicherten Verdienst auf Fr. 21'820.– reduziert und die Invalidenrente entsprechend herabgesetzt hat.

Wie bereits erwähnt, kann auch ein Vergleich in Wiedererwägung nach Art. 53 Abs. 2 ATSG gezogen werden. Allerdings sind im Rahmen der erwähnten Bestimmung höhere Anforderungen zu stellen, um dem Vergleichscharakter Rechnung zu tragen. Der Schutz des berechtigten Vertrauens in den Bestand fällt tendenzmässig beim Vergleich stärker aus. Ausserdem umfasst der Vergleich eine gesamthafte Würdigung aller relevanten Anspruchsfaktoren. Beim Vergleichsabschluss nahmen die Parteien in Kauf, dass bei der vergleichsweisen Einigung einige Anspruchsfaktoren eher zu ihren Gunsten, andere eher zu ihren Ungunsten ausgelegt werden als bei einer umfassenden Prüfung und sie haben abgewägt, welchem Ergebnis sie bei gesamthafter Betrachtung zustimmen wollen. Im vorliegenden Fall hat sich die Beschwerdegegnerin bei ihrer Wiedererwägung auf den versicherten Verdienst beschränkt und die übrigen rentenrelevanten Faktoren unberücksichtigt gelassen. Nach der aktuell massgebenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung rechtfertigt ein solches Vorgehen jedoch keine Wiedererwägung der gestützt auf den Vergleich zugesprochenen Invalidenrente. An dieser Beurteilung vermöchte selbst der Umstand nichts zu ändern, dass der versicherte Verdienst isoliert betrachtet als offensichtlich unrichtig zu betrachten wäre (vgl. dazu BGE 140 V 77

Erw. 4), weshalb dies offen bleiben kann und sich diesbezügliche Weiterungen erübrigen. Die von der Beschwerdegegnerin vorgenommene Wiedererwägung der Verfügung vom 20. Januar 1997 erweist sich somit als unzulässig.

6. Zusammenfassend bleibt mithin festzuhalten, dass sich die von der Beschwerdegegnerin vorgenommene Wiedererwägung aus den dargestellten Gründen als unzulässig erweist. Es erübrigen sich Weiterungen zu der von der Beschwerdeführerin geltend gemachten ungerechtfertigten Bereicherung der Beschwerdegegnerin durch die wiedererwägungsweise vorgenommene massive Reduktion der Rentenleistungen und zu einer allfälligen zeitlichen Befristung der Wiedererwägung. Auf den Beizug von IK-Auszügen und der IV-Akten kann verzichtet werden. Schliesslich erübrigt sich angesichts des Ausgangs des vorliegenden Verfahrens auch die Durchführung der von der Beschwerdeführerin beantragten Befragung von Rechtsanwalt B, von C, von D und von E, je von der X, als Zeugen. Die Beschwerde erweist sich als begründet und ist insofern gutzuheissen, als der Einspracheentscheid vom 20. Dezember 2013 aufzuheben und festzustellen ist, dass die Beschwerdeführerin nach wie vor Anspruch auf die ihr von der X «vereinbarungsgemäss» mit Verfügung vom 20. Januar 1997 zugesprochene Rente hat.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 16. April 2015 S 2014 13

8. Steuerrecht

8.1 Art. 1 Abs. 3 aExpaV, Art. 1 Abs. 2 ExpaV

Regeste:
Art. 1 Abs. 3 ExpaV (Fassung bis 31. Dezember 2015), Art. 1 Abs. 2 ExpaV (aktuelle Fassung) – Voraussetzung der zeitlich befristeten Erwerbstätigkeit in der Schweiz für die Anwendung der ExpaV. Es ist nicht Sinn der ExpaV, einem Expatriate, der letztlich länger als fünf Jahre in der Schweiz verbleibt, durch eine blosse Aneinanderreihung befristeter Arbeitsverträge die Ausschöpfung der fünfjährigen Frist und den Abzug seiner besonderen Berufskosten zu ermöglichen (Erw. 3c). Der Rekurrent lebt weiterhin in der Schweiz und geht seit 2008 beim gleichen Arbeitgeber ununterbrochen einer Erwerbstätigkeit nach. Die von ihm in der Schweiz zu erfüllende Aufgabe lässt sich daher nicht mehr als «zeitlich befristet» bezeichnen (Erw. 3d).

Aus dem Sachverhalt:

Art. 1 Abs. 3 ExpaV (Fassung bis 31. Dezember 2015), Art. 1 Abs. 2 ExpaV (aktuelle Fassung) – A., verheiratet, russischer Staatsangehöriger und Inhaber einer Jahresaufenthaltsbewilligung ist seit dem 1. September 2008 als Deputy Technical Director Operations and

Dispatching für die X. AG in Zug bei Pipelineprojekten tätig. Zunächst war das Arbeitsverhältnis bis zum 31. August 2012 befristet, um anschliessend mehrmals verlängert zu werden, zuletzt bis zum 31. Dezember 2013. Mit Vertragsschluss vom 10. Dezember 2014 wurde ein unbefristetes Arbeitsverhältnis per 1. Januar 2015 geschlossen. A. und seine Ehefrau deklarierten in der Steuererklärung 2013 einen Abzug für besondere Berufskosten (Wohnkosten) von Expatriates im Betrag von Fr. Y. In der Veranlagung der direkten Bundessteuer 2013 und der Kantons- und Gemeindesteuern 2013 vom 19. November 2014 wurde dieser Abzug nicht gewährt. A. und seine Ehefrau liessen dagegen am 18. Dezember 2014 Einsprache erheben, welche am 9. März 2015 abgewiesen wurde. Am 9. April 2015 liessen A. und seine Frau gegen den Einspracheentscheid vom 9. März 2015 beim Verwaltungsgericht Rekurs einreichen und beantragen, der Einspracheentscheid vom 9. März 2015 sei aufzuheben und es seien ihnen Abzüge gemäss der Expatriates Verordnung zu gewähren. Mit Vernehmlassung vom 5. Mai 2015 beantragte die Steuerverwaltung des Kantons Zug die Abweisung des Rekurses, soweit darauf einzutreten sei.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Anfechtungsobjekt ist vorliegend der Einspracheentscheid vom 9. März 2015 der Steuerverwaltung des Kantons Zug. Streitgegenstand ist die Frage, ob die Rekursgegnerin den Rekurrenten zu Recht die Expatriates-Abzüge für das Steuerjahr 2013 verweigert hat.

3. a) Im Bereich der Steuern wird das Gebot der rechtsgleichen Behandlung gemäss Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) insbesondere durch die Grundsätze der Allgemeinheit und Gleichmässigkeit der Besteuerung sowie den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit konkretisiert (Art. 127 Abs. 2 BV). Der Grundsatz der Allgemeinheit der Besteuerung verlangt, dass alle Personen oder Personengruppen nach denselben gesetzlichen Regeln erfasst werden; Ausnahmen, für die kein sachlicher Grund besteht, sind unzulässig. Nach dem Grundsatz der Gleichmässigkeit der Besteuerung sind Personen, die sich in gleichen Verhältnissen befinden, in derselben Weise mit Steuern zu belasten und müssen wesentliche Ungleichheiten in den tatsächlichen Verhältnissen zu entsprechend unterschiedlichen Steuerbelastungen führen (BGE 136 I 65 E. 5.2; BGE 134 I 248 E. 2; BGE 133 I 206 E. 6.1). Schliesslich besagt das Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, dass die Steuerpflichtigen entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit an die Steuerlasten beizutragen haben (BGE 137 I 145 E. 2.1).

b) Bei unselbständiger Erwerbstätigkeit werden als Berufskosten laut Art. 26 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG, SR 642.11) neben den notwendigen Kosten für Fahrten zwischen Wohn- und Arbeitsstätte (lit. a), den notwendigen Mehrkosten für Verpflegung ausserhalb der Wohnstätte und bei Schichtarbeit

(lit. b) und den mit dem Beruf zusammenhängenden Weiterbildungs- und Umschulungskosten (lit. d) auch die übrigen für die Ausübung des Berufes erforderlichen Kosten (lit. c) abgezogen. Art. 26 Abs. 2 DBG sieht vor, dass für die Abzüge gemäss Art. 26 Abs. 1 lit. a–c DBG Pauschalansätze festzulegen sind, wobei in den Fällen von Art. 26 Abs. 1 lit. a und lit. c DBG der Nachweis von höheren Kosten möglich ist. Im kantonalen Recht findet sich in § 25 des Steuergesetzes vom 25. Mai 2000 (StG, BGS 632.1) eine analoge Regelung. Der Bundesrat hat gestützt auf Art. 26 DBG die Verordnung über den Abzug besonderer Berufskosten bei der direkten Bundessteuer von vorübergehend in der Schweiz tätigen leitenden Angestellten und Spezialisten vom 3. Oktober 2000 (ExpaV, SR 642.118.3, Fassung vom 3. Oktober 2000, [neue Fassung ab 1. Januar 2016]) erlassen, welche Expatriates besondere Abzüge zugesteht. Als Expatriates gelten a) leitende Angestellte, die von ihrem ausländischen Arbeitgeber vorübergehend in die Schweiz entsandt werden; b) Spezialisten und Spezialistinnen aller Art, die in der Schweiz eine zeitlich befristete Aufgabe erfüllen. Als solche gelten Arbeitnehmende, die auf Grund ihrer besonderen beruflichen Qualifikation typischerweise international eingesetzt werden, sowie Personen, die in ihrem Wohnsitzstaat selbstständig erwerbstätig sind und zur Erledigung einer konkreten, zeitlich befristeten Aufgabe in der Schweiz als Arbeitnehmende erwerbstätig sind (Art. 1 Abs. 1 ExpaV). Als vorübergehend oder zeitlich befristet gilt eine auf höchstens fünf Jahre befristete Erwerbstätigkeit. Der Anspruch auf Unterstellung unter diese Verordnung endet in jedem Fall, wenn die befristete Erwerbstätigkeit durch eine dauernde Tätigkeit abgelöst wird (Art. 1 Abs. 3 ExpaV). Expatriates, die in der Schweiz wohnen, können folgende Abzüge geltend machen: a) die Kosten für den Umzug in die Schweiz und zurück in den früheren ausländischen Wohnsitzstaat sowie die Hin- und Rückreisekosten des Expatriate und seiner Familie bei Beginn und Ende des Arbeitsverhältnisses; b) die angemessenen Wohnkosten in der Schweiz bei nachgewiesener Beibehaltung einer ständigen Wohnung im Ausland; c) die ordentlichen Aufwendungen für den Besuch einer fremdsprachigen Privatschule durch die minderjährigen Kinder, sofern die öffentlichen Schulen keinen adäquaten Unterricht anbieten (Art. 2 Abs. 2 ExpaV).

c) Die teleologische Auslegung der abziehbaren Kosten nach Art. 2 ExpaV zeigt, dass Arbeitnehmern ermöglicht werden soll, diejenigen Kosten, die aufgrund ihres zeitlich befristeten und beruflich bedingten Aufenthaltes in der Schweiz (zusätzlich) entstehen, steuerlich abzuziehen. Die Abzüge der ExpaV dienen somit nicht dazu, neu zugezogene Steuerpflichtige zu privilegieren und ihnen Abzüge zu ermöglichen, die den übrigen Steuerpflichtigen nicht gewährt werden. Eine solche Bevorzugung von neu zuziehenden Steuerpflichtigen würde auch gegen die Gleichmässigkeit der Besteuerung sowie die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verstossen. Denn Steuerpflichtige, die in der Schweiz neu Wohnsitz nehmen, um einer unselbständigen Tätigkeit nachzugehen, befinden sich in der selben (wirtschaftlichen) Situation, wie alle andern Steuerpflichtigen, die sich bereits in der Schweiz befinden und auch einer unselbständigen Tätigkeit nachgehen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich (VGer ZH) hat deshalb schon mehrfach ausgeführt, dass es «nicht Sinn der Regelung ist, einem Expatriate, der letztlich länger als fünf Jahre in der Schweiz verbleibt, durch eine blosse Aneinanderreihung befristeter Arbeitsverträge die Ausschöpfung der fünfjährigen Frist

und den Abzug seiner besonderen Berufskosten als Expatriate zu ermöglichen» (VGer ZH SB.2007.00120 vom 16. April 2008 E. 3.2 und SB.2013.00079 vom 2. April 2014 E. 2.6.1). Diese Rechtsprechung überzeugt, weshalb sich das Verwaltungsgericht dieser Auslegung anschliesst. Die Abzüge der ExpaV können von Steuerpflichtigen geltend gemacht werden, «die in der Schweiz eine zeitlich befristete Aufgabe erfüllen» (Art. 1 Abs. 1 lit. b ExpaV). «Als vorübergehend oder zeitlich befristet gilt eine auf höchstens fünf Jahre befristete Erwerbstätigkeit» (Art. 1 Abs. 3 ExpaV). Diese Fünfjahresfrist stellt die zeitliche Höchstgrenze dar, d.h. nach fünf Jahren Erwerbstätigkeit in der Schweiz gilt ein Aufenthalt nicht mehr als «zeitlich befristet». Es verhält sich nun aber nicht so, dass alle Expatriates während den ersten fünf Jahren ihrer Erwerbstätigkeit Anspruch auf die Abzüge gemäss der ExpaV haben, sondern so, dass nur diejenigen Expatriates, die sich «zeitlich befristet» in der Schweiz aufhalten, Anspruch auf diese Abzüge haben. Bei der Frage, ob ein Aufenthalt «zeitlich befristet» ist, handelt es sich um eine Sachverhaltsfrage und somit um eine Beweisfrage. «Dabei sind umso höhere Anforderungen an den entsprechenden Nachweis zu stellen, je weiter die Fünfjahresfrist zum massgebenden Besteuerungszeitpunkt bereits fortgeschritten ist und je länger sich der Steuerpflichtige beim Entscheid über seine Expatriate-Eigenschaft bereits in der Schweiz aufgehalten hat» (VGer ZH SB.2013.00079 vom 2. April 2014 E. 2.6.1); auch diesen Überlegungen des Verwaltungsgerichts Zürich kann gefolgt werden. Da der «zeitlich befristete» Aufenthalt zu einem steuermindernden Abzug berechtigt und die Rekurrenten für steuermindernde Tatsachen beweispflichtig sind, ist es somit an ihnen zu belegen, dass ihr Aufenthalt in der Schweiz «zeitlich befristet» ist. Gelingt dieser Beweis nicht, haben sie die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Nach Art. 2 Abs. 2 lit. b ExpaV können die Wohnkosten in der Schweiz nur «bei nachgewiesener Beibehaltung einer ständigen Wohnung im Ausland» abgezogen werden. Auch hierbei handelt es sich um eine steuermindernde Tatsache, welche von den Rekurrenten zu belegen wäre.

d) Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass es sich beim Rekurrenten um einen Expatriate handelt, weshalb diesbezüglich keine Bemerkungen angezeigt sind. Bezüglich der zeitlichen Befristung seines Aufenthaltes in der Schweiz kann festgehalten werden, dass er im September 2008 seine Erwerbstätigkeit in der Schweiz aufnahm und sich per 1. Oktober 2008 anmeldete. Heute (sieben Jahre später) wohnt der Rekurrent immer noch in der Schweiz und geht seit 2008 beim gleichen Arbeitgeber ununterbrochen einer Erwerbstätigkeit als Spezialist im Bereich des Gaspipelinebaus nach. Gemäss dem klaren Wortlaut von Art. 1 Abs. 3 ExpaV lässt sich die vom Rekurrenten in der Schweiz zu erfüllende Aufgabe daher nicht mehr als «zeitlich befristet» bezeichnen, da die in der Bestimmung stipulierte Höchstdauer einer auf fünf Jahre befristeten Erwerbstätigkeit deutlich überschritten wurde. Ausserdem besteht seit Dezember 2014 ein unbefristetes Arbeitsverhältnis, was eine Geltendmachung der Abzüge der ExpaV ebenso ausschliesst (vgl. Art. 1 Abs. 3 Satz 2 ExpaV). Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass der befristete Arbeitsvertrag des Rekurrenten am 25. Juni 2013 bis zum 31. Dezember 2013 verlängert wurde. Spätestens in diesem Moment stand vertraglich fest, dass er länger als fünf Jahre in der Schweiz arbeiten werde. Die Steuerverwaltung schloss indessen aus den gesamten Umständen (Verlängerung des unbefristeten Arbeitsvertrags über

die Fünfjahresgrenze hinaus, sechseinhalbjährige Tätigkeit bei der X. AG, davon fünfeinhalb Jahre im Kader, beabsichtigte Verlängerung des nunmehr unbefristeten Arbeitsverhältnisses bis zur Pensionierung im Jahr 2017), dass die Erwerbstätigkeit des Rekurrenten schon während der gesamten hier zu beurteilenden Steuerperiode 2013 auf Dauer angelegt gewesen sei. Diese Einschätzung war korrekt. Durch die Vertragsverlängerung im Juni 2013 erscheint der vorangegangene Aufenthalt des Rekurrenten in der Schweiz, während der er über befristete, immer wieder nahtlos verlängerte Arbeitsverträge verfügte, nachträglich in einem ganz anderen Licht. Da es nicht Sinn der ExpaV ist, einem Expatriate, der länger als fünf Jahre in der Schweiz bleibt, durch eine Aneinanderreihung befristeter Arbeitsverträge die Ausschöpfung der gesamten Frist von fünf Jahren zu ermöglichen, hat die Steuerverwaltung den Rekurrenten die Abzüge gemäss ExpaV für die gesamte Steuerperiode 2013 zu Recht verweigert. Dem Rekurrenten war es jedoch unbenommen, den Nachweis dafür zu erbringen, dass seine Erwerbstätigkeit auf weniger als fünf Jahre angelegt war. Er gibt in diesem Zusammenhang an, die Verlängerung seines Einsatzes im Jahre 2013 sei alleine aufgrund von Projektverzögerungen erfolgt. Die Steuerverwaltung wies in der Vernehmlassung darauf hin, dass gemäss Homepage der Gesellschaft das fragliche Projekt zum Bau und Inbetriebnahme einer zweiten Erdgaspipeline (...) bereits abgeschlossen sei. Eine Konsultation der Homepage (www...) ergibt tatsächlich, dass die zweite Pipeline im Oktober 2012 in Betrieb genommen wurde. Der Rekurrent geht in der Duplik auf den Einwand der Steuerverwaltung nicht ein, sondern wiederholt dort nur, dass es zu Verzögerungen im Projekt gekommen sei, ohne diese zu spezifizieren bzw. den Widerspruch zwischen der Angabe auf der Homepage und seinen eigenen Aussagen schlüssig zu beseitigen. Damit hat der Rekurrent nicht nachweisen können, dass sein Einsatz bei der X. AG auf weniger als fünf Jahre angelegt war. Er bringt weiter vor, von den ursprünglich 250 in Zug bei der X. AG angestellten Spezialisten hätten inzwischen 170 die Gesellschaft verlassen. Dies zeige, dass bei Pipelineprojekten kein Arbeitgeber bei Beginn des Arbeitsverhältnisses Arbeitsverträge auf unbestimmte Dauer abschliesse. Dies mag sein, doch hat der Rekurrent mit diesem Einwand nicht nachvollziehbar erklären können, weshalb sein Arbeitsvertrag acht Monate nach Projektbeendigung um ein weiteres halbes Jahr verlängert wurde, warum im Gegensatz zu vielen seiner Kollegen gerade er die Gesellschaft nicht verlassen hat, wieso er heute immer noch dort arbeitet und voraussichtlich bis 2017 weiterarbeiten wird. Ein aussagekräftiger Nachweis dafür, dass seine Erwerbstätigkeit in der Schweiz auf unter fünf Jahren befristet war, ist seine Erklärung jedenfalls nicht. Weil der Rekurrent keine weiteren Beweise vorbrachte, hat er die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Da die bundesrechtlichen Steuerregelungen für Expatriates gemäss konstanter und unbestrittener Praxis der Zuger Steuerbehörden auch bei den kantonalen Steuern gelten, war die Verweigerung des Expatriate-Abzugs in der Steuerperiode 2013 durch die Steuerverwaltung bei der Direkten Bundessteuer und bei den Kantons- und Gemeindesteuern rechtens. Bei diesem Ausgang kann offen bleiben, ob es den Rekurrenten gelungen ist, den Beweis zu erbringen, dass sie im Ausland eine ständige Wohnung beibehalten haben.

4. Die Rekurrenten führen im Rekurs auf Seite 4 Folgendes aus: «So würde rückwirkend der Expat-Abzug verweigert bei Ablösung in eine dauernde Arbeitstätigkeit. Sämtliche Verfahren

würden rückwirkend neu zu beurteilen sein, was nie Sinn und Zweck der Verordnung sein kann.» Die Rekurrenten rügen somit sinngemäss eine Verletzung des in Art. 5 Abs. 3 BV und Art. 9 BV statuierten Prinzips von Treu und Glauben sowie der daraus fliessenden Grundsätze des Vertrauensschutzes und des Rückwirkungsverbots. Diese Argumentation verkennt, dass sich die zeitliche Befristung eines Aufenthaltes in der Schweiz nicht allein aus dem Wortlaut des Arbeitsvertrags, sondern aus den gesamten Umständen des Einzelfalles ergibt. Zudem ist die zeitliche Befristung als steuermindernde Tatsache, wie erwähnt, grundsätzlich durch den Steuerpflichtigen nachzuweisen. Wenn die Verlängerung eines Arbeitsvertrages oder auch nur die tatsächliche Aufenthaltsdauer des Steuerpflichtigen eine bloss vorübergehende Entsendung im Sinn von Art. 1 Abs. 3 Satz 1 ExpaV nachträglich infrage stellt, handelt es sich nicht um eine eigentliche Rückwirkung, sondern um die Berücksichtigung von die Gegebenheiten in der relevanten Steuerperiode nachträglich aufhellenden Tatsachen, die zu widerlegen Sache des beweisbelasteten Steuerpflichtigen ist. Es handelt sich somit weder um ein Rückwirkungs- noch ein Vertrauensschutzproblem, sondern um eine Beweisproblematik. Ohnehin würde Vertrauensschutz regelmässig eine Vertrauensbetätigung voraussetzen (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich/Sankt Gallen 2010, Rz. 660), welche von den Rekurrenten nicht substantiiert dargelegt wurde. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat es in ähnlichen Fällen als zulässig erachtet, bei der Beurteilung der Expatriates-Eigenschaft eines Steuerpflichtigen auf Umstände abzustellen, welche erst nach der relevanten Steuerperiode bekannt bzw. offenkundig wurden (VGer ZH SB.2013.00079 vom 2. April 2014 E. 2.7.2). Dieser Rechtsprechung ist beizupflichten, denn es handelt sich hier nicht um eine Rückwirkung, sondern darum, Sachverhaltselemente zu berücksichtigen, welche im Urteilszeitpunkt bekannt sind, und dazu beitragen, den Sachverhalt bezüglich der umstrittenen Steuerperiode klarer beurteilen zu können.

5. [Abweisung des Rekurses]

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 23. September 2015, A 15 12

8.2 Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG, § 19 Abs. 1 lit. c StG

Regeste:
Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG, § 19 Abs. 1 lit. c StG – Als geldwerte Leistungen im Sinne von Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG bzw. § 19 Abs. 1 lit. c StG gelten auch Zuwendungen einer Gesellschaft an ihr nahestehende Dritte. Zuwendungen, die im Interesse einer dem beherrschenden Gesellschafter nahestehenden Person erfolgen, stellen ebenfalls geldwerte Leistungen bzw. eine verdeckte Gewinnausschüttung dar, unabhängig davon, ob die Zuwendungen aus gemeinnützigen Überlegungen erfolgen oder nicht.

Aus dem Sachverhalt:

Am 9. April 2014 eröffnete die Steuerverwaltung des Kantons Zug A. B. und C. B. die Veranlagung für die Kantons- und Gemeindesteuern sowie die Direkte Bundessteuer 2008. Das steuerbare Einkommen wurde bei den Kantons- und Gemeindesteuern auf Fr. 1'242'046.– und bei der Direkten Bundessteuer auf Fr. 1'256'426.– festgesetzt. Gegen diese Veranlagung liessen A. und C. B. am 23. April 2014 Einsprache einreichen und beantragen, das steuerbare Gesamteinkommen sowie das satzbestimmende Einkommen seien jeweils um Fr. 246'000.– auf Fr. 996'000.– bei der Kantons- und Gemeindesteuer bzw. auf Fr. 1'010'400.– bei der Direkten Bundessteuer zu reduzieren. Zur Begründung führten sie aus, die umstrittene gemeinnützige Zuwendung sei von der X. AG an die Y. AG als steuerbefreite juristische Person gegangen, so dass eine zusätzliche Einkommensaufrechnung bei ihnen persönlich nicht begründet sei. Mit Entscheid vom 10. März 2015 wies die Steuerkommission die Einsprache ab. Sie führte dabei zur Begründung im Wesentlichen aus, es sei im vorliegenden Fall nicht ersichtlich, inwiefern die fraglichen Spendenzahlungen der Gesellschaft zurechenbar sein sollten. Namentlich bestehe keinerlei Zusammenhang mit deren geschäftlicher Tätigkeit bzw. deren Gesellschaftszweck. Die Zuwendungen dienten vielmehr allein den privaten Anliegen von A. B., welche dem von ihr präsidierten und finanziell unterstützten (2008: Fr. 210'000.–) Y-Verein zusätzliche Mittel habe zur Verfügung stellen wollen. Wenn eine beherrschende Gesellschafterin aus persönlichen Interessen eine Spende ausrichte, so stelle dies (im Umfang des die 20%-Limite übersteigenden Anteils) eine geldwerte Leistung dar, welche als Einkommen der Besteuerung unterliege. Dies gelte auch dann, wenn die Mittel an nicht nahestehende Dritte weitergeleitet würden, denn entscheidend sei allein, dass die Zuwendung aus privaten Gründen erfolgt sei und damit Privataufwand der Steuerpflichtigen darstelle. An der vorgenommenen Aufrechnung im Betrag von Fr. 246'000.– werde deshalb festgehalten.

Gegen diesen Einspracheentscheid vom 10. März 2015 liessen A. B. und C. B. am 1. April 2015 Rekurs einreichen und beantragen, es sei sowohl bei der Kantons- und Gemeindesteuer 2008 als auch bei der Direkten Bundessteuer 2008 auf die Aufrechnung einer geldwerten Leistung von Fr. 246'000.– bei den Pflichtigen zu verzichten. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, in § 19 Abs. 1 lit. c StG bzw. Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG werde ausdrücklich von geldwerten Vorteilen aus Beteiligungen gesprochen. Eine geldwerte Leistung sei somit auch daraufhin zu untersuchen, ob eine Vorteilsnahme zu Gunsten des Anteilinhabers vorliege oder nicht. Dies sei im vorliegenden Fall klar zu verneinen. Die «nahestehende Person» werde hier nur als Verteilorganisation eingesetzt, und die Leistungen würden vollumfänglich an Dritte weitergereicht werden. Die sogenannte Dreiecksstheorie könne vorliegend nur greifen, wenn die Gesellschaft einen Vorteil an eine natürliche oder juristische Person zuwende. Es sei zwar selten, doch im vorliegenden Fall liege auf allen Ebenen ein selbstloses Verhalten vor, so dass die gängigen Regeln nicht griffen. Es liege auch kein privates Interesse vor, uneigennützige Zuwendungen (Spenden) zu machen. Durch die grosszügigen Zuwendungen dürfte schlussendlich die öffentliche Hand entlastet werden, so dass es fast etwas sonderbar anmute, wenn diese Leistungen einer Mehrfachbesteuerung unterliegen sollten. Es sei zwar korrekt, dass die Zuwendungen keinen Zusammenhang mit dem geschäftlichen Zweck

bzw. der Tätigkeit hätten. Die Schlussfolgerung aber, dass es sich deshalb um eine Vorteilszuweisung an die Anteilseignerin handeln müsse, sei jedoch nicht stichhaltig, da ja fast alle gemeinnützigen Zuwendungen von Gesellschaften keinen solchen Zusammenhäng hätten. Eine Aktiengesellschaft sei als juristische Person aber berechtigt, selbständige Entscheidungen zu treffen. Aufgrund dieser Eigenständigkeit könne auch beschlossen werden, gemeinnützige Zuwendungen zu machen, die das normale Mass überstiegen.

Aus den Erwägungen:

2. Streitig und nachfolgend zu prüfen ist, ob A. B. die 2008 von der X. AG an den Y-Verein in der Höhe von Fr. 300'000.– bezahlten Spendengelder zu Recht als Einkünfte bzw. geldwerten Vorteil der Rekurrenten qualifiziert und dementsprechend, d.h. den Betrag von Fr. 246'000.– zum steuerbaren Einkommen der Steuerperiode 2008 aufgerechnet hat. (...)

a) Der Einkommenssteuer unterliegen alle wiederkehrenden und einmaligen Einkünfte (§ 15 Abs. 1 StG bzw. Art. 16 Abs. 1 DBG). Zu den steuerbaren Einkünften gehören namentlich Erträge aus beweglichem und unbeweglichem Vermögen (§ 19 und 20 StG bzw. Art. 20 und 21 DBG). Beim beweglichen Vermögen sind insbesondere Dividenden, Gewinnanteile, Liquidationsüberschüsse und geldwerte Vorteile aus Beteiligungen aller Art (einschliesslich Gratisaktien, Gratisnennwerterhöhungen usw.) steuerbar (§ 19 Abs. 1 lit. c StG bzw. Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG).

b) Als geldwerte Vorteile aus Beteiligungen gelten alle durch Zahlung, Überweisung, Gutschrift, Verrechnung oder auf andere Weise bewirkten in Geld messbaren Leistungen, die der Inhaber gesellschaftlicher Beteiligungsrechte unter irgendeinem Titel aufgrund dieser Beteiligung von der Gesellschaft erhält und welche keine Rückzahlung der bestehenden Kapitalanteile darstellen. Dazu gehören insbesondere sog. verdeckte Gewinnausschüttungen, d.h. Zuwendungen der Gesellschaft, denen keine oder keine genügenden Gegenleistungen des Anteilsinhabers entsprechen und die einem an der Gesellschaft nicht beteiligten Dritten nicht oder nur in wesentlich geringerem Umfang erbracht worden wären. Das ist mit einem Drittvergleich zu ergründen (sog. Prinzip des «dealing at arm's length»), bei dem alle konkreten Umstände des abgeschlossenen Geschäfts zu berücksichtigen sind (vgl. u.a. StR 64/2009 822 Erw. 3.1; 60/2005 24 Erw. 3.1; StE 2010 B 24.4 Nr. 79 Erw. 3.1; 2006 B 24.4 Nr. 74 Erw. 2.1; 2004 B 24.4 Nr. 71 Erw. 3.1; ASA 66 554 Erw. 3; je mit Hinweisen). Zuwendungen, welche im privaten Interesse des beherrschenden Gesellschafters oder eine diesem nahestehenden Person erfolgen, stellen gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung, unabhängig davon, ob die Zuwendungen im Hinblick auf einen gemeinnützigen Zweck vorgenommen wurden, verdeckte Gewinnausschüttungen (bzw. geldwerte Leistungen an den beherrschenden Gesellschafter) gemäss Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG dar. Indizien für die Qualifikation einer Zuwendung für gemeinnützige Zwecke als Privataufwand sind die besondere Höhe unter Berücksichtigung der Gewinnstrebigkeit einer juristischen Person, ein besonderer Empfänger oder andere Umstände, welche für Privataufwand sprechen (vgl. Brülisauer/Helbling, in: Zweifel/Athanas

[Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2a, Art. 59 DBG N 20, mit Verweis auf ASA 64 [1995/96] 224 ff.).

c) Geldwerte Vorteile gemäss Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG bzw. § 19 Abs. 1 lit. c StG bilden auch Zuwendungen der Gesellschaft an einen ihr nahestehenden Dritten. Dabei wird ebenfalls aufgrund des genannten Drittvergleichs untersucht, ob die zu beurteilende Leistung im Vergleich zu üblichem und marktgerechtem Geschäftsgebaren als derart ungewöhnlich einzustufen ist, dass sie (so) nicht erbracht worden wäre, wenn der Leistungsempfänger der Gesellschaft oder dem Anteilsinhaber nicht nahestehen würde (vgl. u.a. StR 60/2005 24 Erw. 2.2; 57/2002 558 Erw. 2.3; StE 2004 B 24.4 Nr. 71 Erw. 3.2; ASA 66 458 Erw. 7; 63 145 Erw. 4).

Als nahestehende Dritte sind natürliche oder juristische Personen zu bezeichnen, die zum beherrschenden Gesellschafter wirtschaftliche oder persönliche enge Verbindungen besitzen. Dabei begründet der Umstand, dass der Dritte eine aussergewöhnliche Leistung empfängt, allein noch keine derartige Verbindung zum Gesellschafter. Vielmehr ist eine zusätzliche, objektiv feststellbare Beziehung zu diesem wie Freundschaft, Verwandtschaft, geschäftliche Beziehungen etc. erforderlich. Fliesst der geldwerte Vorteil einer verdeckten Gewinnausschüttung dem nahestehenden Dritten zu, erfolgt die Besteuerung dieses Vorteils gleichwohl beim (beherrschenden) Aktionär, da nur er kraft seines Beherrschungsverhältnisses die Ausschüttung der Gesellschaft herbeiführen kann. Es kommt die sogenannte Dreieckstheorie zur Anwendung, bei der von einem Fluss der verdeckten Gewinnausschüttung von der Gesellschaft über den beherrschenden Aktionär zum nahestehenden Dritten ausgegangen wird. Der nahestehende Dritte kann mangels Anteilseignerschaft keinen Beteiligungsertrag erzielen, so dass der Zufluss bei ihm (als natürliche Person) nur der Schenkungssteuer unterliegt bzw. – für den Fall, dass es sich bei der Empfängerin um eine Schwestergesellschaft der leistenden Gesellschaft handelt – als steuerfreie Kapitaleinlage gilt (vgl. StE 2009 B 24.4 Nr. 78 Erw. 2c).

d) Das Zufliessen von Vermögensertrag im Sinne von § 19 Abs. 1 lit. c StG bzw. Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG ist eine steuerbegründende Tatsache, welche die Steuerbehörden nachzuweisen haben. Demgegenüber trägt der Steuerpflichtige die Beweislast für die steuermindernden bzw. -aufhebenden Tatsachen. Die Steuerbehörden sind bei der Ermittlung der steuerbegründenden Tatsachen aus allgemein bekannten Gründen in hohem Mass auf die Mitwirkung des Steuerpflichtigen angewiesen. Diese Feststellung gilt insbesondere für die im Massenverwaltungsverfahren durchgeführte Festsetzung der direkten Steuern von Einkommen bzw. Ertrag und Vermögen bzw. Kapital. Es ist daher folgerichtig, an die rechtsgenügende Darlegung derartiger Tatsachen durch die Behörden keine allzu hohen Anforderungen zu stellen (vgl. StE 2009 B 24.4 Nr. 78 Erw. 2d).

3. a) Aktenkundig und unbestritten ist, dass die X. AG, Zug, im Jahre 2008 insgesamt Fr. 300'000.– an den Y-Verein gespendet hat (vgl. StV-Beilage 5, S. 3,4 und 7).

b) Die am 12. Dezember 2007 im Handelsregister des Kantons Zug eingetragene X. AG mit Sitz in Zug hat folgenden Zweck: «Direkter oder indirekter Erwerb, Halten, Verwaltung und Verkauf von Geschäftsliegenschaften, Wohnliegenschaften und Grundstücken sowie von Beteiligungen an Gesellschaften, die im Immobilienbereich tätig sind, sowie Erwerb, dauernde Verwaltung und Veräusserung von Beteiligungen an in- und ausländischen Unternehmungen aller Art; kann Unternehmen gründen, sich an anderen Unternehmungen beteiligen, andere Unternehmen erwerben oder sich mit solchen zusammenschliessen sowie karitative Zwecke verfolgen und Stipendien gewähren». A. B. ist Verwaltungsratspräsidentin mit Einzelunterschrift. Mitglieder des Verwaltungsrates mit Kollektivunterschrift zu zweien sind K.L. und C.B.

Der Y. Verein wird unbestrittenermassen von der Rekurrentin präsidiert. Beim Y. Verein handelt es sich um eine juristische Person mit Sitz in der Schweiz, die im Hinblick auf ihre gemeinnützigen Zwecke von der Steuerpflicht befreit ist (vgl. Spendenbestätigung vom August 2009, StV-Beilage 5).

c) Zum geschäftsmässig begründeten Aufwand gehören u.a. die freiwilligen Leistungen von Geld und übrigen Vermögenswerten bis zu 20 Prozent des Reingewinns an den Bund, die Kantone und die Gemeinden sowie deren Anstalten und an andere juristische Personen mit Sitz in der Schweiz, die im Hinblick auf ihre öffentliche oder gemeinnützigen Zwecke von der Steuerpflicht befreit sind (vgl. § 60 Abs. 1 lit. c StG bzw. Art. 59 Abs. 1 lit. c DBG). Gestützt auf diese Bestimmungen wurde der darüber hinausgehende, geschäftsmässig nicht begründete, Aufwand von Fr. 246'000.– bei der X. AG aufgerechnet. Diese Gewinnaufrechnung blieb offensichtlich unangefochten (vgl. Ausführungen der Rekurrenten in lit. b und Einspracheentscheid vom 10. März 2015 [Sachverhalt]).

Dazu ist festzuhalten, dass die Veranlagung der X. AG für die Veranlagung von A. B. in keiner Weise bindend ist. Bei der Veranlagung der natürlichen Person als möglicher Empfängerin einer geldwerten Leistung kann aber auf alle Tatsachen und Unterlagen abgestellt werden, welche im Veranlagungsverfahren der Aktiengesellschaft erhoben und für richtig befunden worden sind, soweit nicht neue Erkenntnisse etwas anderes gebieten (vgl. Locher, Kommentar zum DBG, Therwil/Basel 2001, N 123 zu Art. 20 und dortige Hinweise).

4. a) Entgegen der Ansicht der Rekurrenten handelt es sich bei der von der X. AG im Jahr 2008 getätigten Spende an den Verein Y. um einen geldwerten Vorteil an die Rekurrentin. Zwar erhielt nicht die Rekurrentin selber, sondern der Verein diese Spendengelder, doch wie oben ausgeführt stellen auch Zuwendungen der Gesellschaft an einen ihr nahestehenden Dritten geldwerte Vorteile dar (vgl. § 19 Abs. 1 lit. c StG bzw. Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG). Dass es sich beim Verein um einen nahestehenden Dritten im Sinne der obigen Erwägungen handelt, vermag die Rekurrentin vorliegend nicht zu bestreiten. Denn einerseits ist sie Verwaltungsratspräsidentin mit Einzelzeichnungsberechtigung und Alleinaktionärin der X. AG (vgl. StV-Beilage 1, Wertschriftenverzeichnis) und gleichzeitig, wie sie selber am 2. Dezember 2014 ausführte (vgl. StV-Beilage 5), treibende Kraft bzw. Präsidentin des Y-Vereins. Damit

liegen zwischen dem Verein und der Rekurrentin als beherrschende Gesellschafterin höchst persönliche Verbindungen – implizit auch private Interessen – vor, womit der Y-Verein zweifelsohne als nahestehender Dritter zu qualifizieren ist.

b) Grundsätzlich korrekt ist der Einwand der Rekurrenten, dass die X. AG selber entscheiden könne, ob sie gemeinnützige Zuwendungen mache, die das normale Mass übersteigen würden. Denn in Berücksichtigung der Tatsache, dass der Fiskus nicht in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit eingreifen darf, ist es grundsätzlich nicht angebracht, nach den Gründen zu forschen, welche eine Gesellschaft zu Spenden veranlasst. Dies gilt aber nur, wenn der Leistungsempfänger dem Anteilsinhaber nicht nahesteht. Veranlasst ein vertretungsberechtigtes Organ eine Zuwendung an einen Dritten, z. B. an eine gemeinnützige Institution, ohne dass ein Interesse der Unternehmung festgestellt werden kann, ist diese Leistung allenfalls als verdeckte Gewinnausschüttung zu qualifizieren, wenn die Gesellschaft den Eingriff nachträglich genehmigt, und ein entsprechender Rückerstattungsanspruch nicht geltend gemacht wird (vgl. Brülisauer/Poltera, in: Zweifel/Athanas (Hrsg.), a.a.O., Art. 58 DGB N 153).

c) Entscheidend ist vorliegend, dass der Y-Verein der Rekurrentin, wie oben aufgezeigt wurde, nahe steht und der Fiskus demnach durchaus näher hinschauen darf. Wie die Rekurrenten in ihrer Rekursschrift selber ausführten (vgl. lit. b vorstehend), hatten die Zuwendungen der X. AG an den Y-Verein keinen Zusammenhang mit dem geschäftlichen Zweck bzw. der Tätigkeit gehabt; mit anderen Worten lagen die Zuwendungen nicht im Interesse der Unternehmung, sondern vielmehr im persönlichen Interesse der Rekurrentin als Vereinspräsidentin. Dass die Rekurrentin ein privates Interesse an der Spende der X. AG an den Y-Verein hatte, zeigt auch ihre eigene finanzielle Unterstützung dieses Vereins im 2008 mit einem Betrag von Fr. 210'000.– (vgl. Steuererklärung 2008, Spendenbestätigung vom August 2009, StV-Beilage 1). Des Weiteren fällt auf, dass die X. AG im Jahr 2008 keine anderweitige Spende leistete. Die X. AG, welche unter dem Titel «Aufwand» dem Y-Verein Spendengelder erbracht hat, hätte diese Zuwendungen – insbesondere in dieser aussergewöhnlichen Höhe (vgl. Verhältnis zum in der Erfolgsrechnung ausgewiesenen Reingewinn von lediglich Fr. 22'100.–) – im normalen Geschäftsverkehr einem unbeteiligten Dritten offensichtlich nicht zugewendet. Die Spendengelder der X. AG sind daher im Sinne der Lehre und Rechtsprechung (vgl. oben und Erw. 2 b und c hiervor) als verdeckte Gewinnausschüttung, mithin als geldwerter Vorteil, zu qualifizieren, zumal die X. AG – was von den Rekurrenten auch nicht bestritten wird – nie einen Rückerstattungsanspruch geltend gemacht hat.

d) In Anwendung der oben beschriebenen sogenannten Dreiecksstheorie (vgl. Erw. 2c hiervor) erfolgt die Besteuerung dieses Vorteils bei der Rekurrentin als Alleinaktionärin, da nur sie kraft ihres Beherrschungsverhältnisses die Ausschüttung der Gesellschaft – welche offensichtlich in ihrem persönlichen Interesse als Präsidentin des Y-Vereins lag – herbeiführen konnte. Mit anderen Worten wird dabei von einem Fluss der verdeckten Gewinnausschüttung von der X. AG über die beherrschende Aktionärin, d.h. die Rekurrentin, zum nahestehenden Y-Verein ausgegangen. Letzterer kann mangels Anteilseigenschaft keinen Beteiligungsertrag

erzielen, so dass der Zufluss bei ihm (als juristische Person mit gemeinnützigen Interessen) als steuerfreie Kapitaleinlage qualifiziert wird. Irrelevant ist demzufolge auch, dass der Y-Verein – wie die Rekurrenten argumentieren – nur als Verteilorganisation fungiert habe bzw. dass die öffentliche Hand letztlich durch diese grosszügigen Zuwendungen entlastet werde.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 25. August 2015, A 2015 / 9

8.3 Art. 127 Abs. 3 BV

Regeste:
Art. 127 Abs. 3 BV – Bei der interkantonalen Steuerausscheidung ist es im Falle eines erfahrenen Rechtsanwaltes und Partners einer grossen Anwaltskanzlei unzulässig, auf grobe Schematisierungen abzustellen und nur einen unangemessen tiefen Betrag als Arbeitsentgelt an den Wohnsitzkanton auszuscheiden (Erw. 5). Als auszuscheidendes Arbeitsentgelt massgebend ist derjenige Betrag, der auch für die gleiche Arbeitsleistung eines Dritten bezahlt werden müsste (Erw. 3c und 6).

Aus dem Sachverhalt:

A. a) Mit Verfügung vom 3. Oktober 2013 für die Steuerperiode 2011 veranlagte die Steuerverwaltung des Kantons Zug A. kantons- und gemeindesteuerrechtlich mit einem steuerbaren Einkommen von Fr. 297'902.– (satzbestimmend Fr. 297'900.–; Steuersatz 7.9990 %; im Kanton Zug steuerbar Fr. 89'800.–) und einem steuerbaren Vermögen von Fr. 1'015'886.– (satzbestimmend Fr. 1'015'000.–; Steuersatz 0.1521 %; im Kanton Zug steuerbar Fr. 772'000.–) sowie bundessteuerrechtlich mit einem Gesamteinkommen von Fr. 306'602.– (satzbestimmend Fr. 306'600.–; in der Schweiz steuerbar Fr. 306'600; Steuersatz 9.0345 %). Dabei nahm die Steuerverwaltung im Vergleich zur Steuererklärung bei Code 116 (Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit Mann/ Partn. 2) eine Aufrechnung von Fr. 2'500.– aufgrund «zusätzlicher Privatanteile Fahrzeugkosten» vor. Betreffend die Steuerausscheidung wies die Steuerverwaltung das gesamte Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit (Kollektivgesellschaft) in der Höhe von Fr. 247'814.– dem Kanton Bern zu.

b) Mit Einsprache vom 28. Oktober 2013 liess A. Einsprache erheben und – unter anderem – beantragen, es sei bei der interkantonalen Steuerausscheidung der Lohnanteil von Fr. 123'139.– in Zug und der Gewinnanteil von Fr. 123'139.– in Bern zu versteuern. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, das Einkommen aus der Kollektivgesellschaft in der Höhe von Fr. 246'277.– setze sich je zur Hälfte aus einem Lohnanteil und einem Gewinnanteil zusammen.

c) Mit Einspracheentscheid vom 30. Juni 2014 hiess die Steuerverwaltung des Kantons Zug die Einsprache von A. teilweise gut und legte das im Kanton Zug steuerbare Tätigkeitsentgelt auf Fr. 108'000.– fest. Den Gewinnanteil von Fr. 144'165.– schied sie nach Bern aus. Im

Übrigen liess die Steuerverwaltung auch effektive Repräsentationsspesen von zusätzlich Fr. 2'025.– (total Fr. 8'612.–) zum Abzug zu. Die Hauptveranlagung enthielt nun ein steuerbares Einkommen von Fr. 295'877.– (satzbestimmend Fr. 295'800.–; Steuersatz 7.9990 %; im Kanton Zug steuerbar Fr. 175'300.–) und ein steuerbares Vermögen von Fr. 1'015'886.– (satzbestimmend Fr. 1'015'000.–; Steuersatz 0.1521 %; im Kanton Zug steuerbar Fr. 725'000.–) sowie bundessteuerrechtlich ein Gesamteinkommen von Fr. 304'577.– (satzbestimmend Fr. 304'500.–; in der Schweiz steuerbar Fr. 304'500.–; Steuersatz 9.0058 %).

Aus den Erwägungen:

(...)

3. a) Gemäss Art. 127 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) ist die interkantonale Doppelbesteuerung untersagt. Eine solche Doppelbesteuerung liegt vor, wenn ein Steuerpflichtiger von zwei oder mehreren Kantonen für das nämliche Steuerobjekt und für die gleiche Zeit zu Steuern herangezogen wird, oder wenn ein Kanton in Verletzung der geltenden Kollisionsnormen seine Steuerhoheit überschreitet und eine Steuer erhebt, zu deren Erhebung ein anderer Kanton zuständig wäre (vgl. BGE 107 Ia 41 Erw. 1a).

b) Beteiligungen an kaufmännischen Kollektiv- und Kommanditgesellschaften und deren Ertrag (Kapitalzinsen und Gewinnanteile) sind am Sitz der Gesellschaft steuerbar. Da die Beteiligungen und ihr Ertrag den Gesellschaftern zugerechnet werden, haben diese am Gesellschaftssitz (sofern dieser nicht im Kanton ihres Hauptsteuerdomizils gelegen ist) ein Nebensteuerdomizil, und zwar ein Spezialsteuerdomizil des Geschäftsortes. Am Sitz der Gesellschaft ist der Anteil des Gesellschafters am Eigenkapital der Gesellschaft steuerbar. Dazu gehört in erster Linie der in den Büchern der Gesellschaft ausgewiesene Anteil am buchmässigen Gesellschaftskapital der Gesellschaft. Der Zins für das Gesellschaftskapital und die Anteile der Gesellschafter am Reingewinn sind als Ertrag aus Beteiligung an der Personengesellschaft am Sitz der Gesellschaft steuerpflichtig (vgl. Peter Mäusli-Allenspach, in: Zweifel / Beusch / Mäusli-Allenspach [Hrsg.], Kommentar zum Interkantonalen Steuerrecht, Basel 2011, § 18 N 40 ff.).

c) Das Arbeitsentgelt des mitarbeitenden Gesellschafters wird hingegen dem Hauptsteuerdomizil des Teilhabers zur Besteuerung zugewiesen. Für die Zuteilung der als Arbeitsentgelt am Hauptsteuerdomizil zu besteuernden Quote sind die Vereinbarungen über ein Salär nicht unbedingt massgebend. Damit ein Salär auch in seiner Höhe für die Steueraufteilung anerkannt wird, muss zwischen den Gesamtbezügen und dem Arbeitsentgelt ein angemessenes Verhältnis bestehen. Massgebend ist der Betrag, der für die gleiche Arbeitsleistung an einen Dritten bezahlt würde (vgl. Peter Mäusli-Allenspach, a.a.O., § 18 N 43 f.).

d) Um die interkantonale Steuerausscheidung bei Teilhabern von Personengesellschaften zu vereinfachen, sind unter den Kantonen Konkordate entstanden. So haben etwa die Kantone

Aargau, Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Bern, Luzern und Solothurn eine Regelung über die Festsetzung von Tätigkeitsentgelten bei Teilhabern von Personengesellschaften getroffen. Gemäss dieser Vereinbarung wird das Tätigkeitsentgelt anhand eines festgelegten Schemas bemessen. Konkret wird beispielsweise bei einem Einkommen des Teilhabers aus dem Gesellschaftsverhältnis von Fr. 200'000.– bis Fr. 299'999.– das am Hauptsteuerdomizil steuerbare Tätigkeitsentgelt fix auf Fr. 108'000.– festgelegt. Eine nahezu identische Vereinbarung besteht auch zwischen den Kantonen Glarus, Luzern, Nidwalden, Obwalden, Schwyz, Uri und Zug (vgl. StV-act. 7) sowie zwischen den sogenannten «Bodenseekantonen» (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, Zürich 2013, § 5 N 45). Darüber hinaus haben die «Bodenseekantone» eine weitere Vereinbarung getroffen, welche speziell für als Kollektivgesellschaft organisierte Anwaltskanzleien gilt. Gemäss dieser Vereinbarung wird die Steuerausscheidung in der Praxis in der Art vorgenommen, dass 50 % des Gewinnanteils jedes Partners als Arbeitsentgelt qualifiziert werden und demnach im Wohnsitzkanton besteuert werden kann (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O., § 5 N 43).

(...)

5. Eingehend zu prüfen ist jedoch die vorliegend umstrittene Art und Weise der interkantonalen Steuerausscheidung, welche von der Steuerverwaltung Zug gestützt auf eine Vereinbarung mit den Kantonen Glarus, Luzern, Nidwalden, Obwalden, Schwyz und Uri anhand eines Schemas vorgenommen wurde. Der Rekurrent liess das zur Anwendung gelangte Schema jedoch als nicht sachgerecht und stossend rügen, weil es keine Vereinbarung zwischen den Kantonen Bern und Zug gebe, weil es die Besonderheiten der Anwaltsbranche nicht berücksichtige und weil ihm so nur ein Arbeitsentgelt von Fr. 108'000.– zugewiesen werde, was dem Lohn eines Studienabgängers entspreche und für einen Partner einer grossen Anwaltskanzlei nicht angemessen sei. Es sei ihm daher ein fixer Basislohn von Fr. 150'000.– sowie ein Drittel des restlichen erzielten Einkommens aus der Gesellschaftsbeteiligung als Arbeitsentgelt zuzuweisen. Eventualiter sei die Ausscheidung gemäss dem Aufteilungsmodell der «Bodenseekantone» im Verhältnis von 50 % Lohnanteil und 50 % Gewinnanteil vorzunehmen. Die Steuerverwaltung des Kantons Zug hingegen stellte sich auf den Standpunkt, der Kanton Bern habe mit einigen anderen Kantonen dieselbe Vereinbarung getroffen, weswegen die Anwendung dieses Schemas sachgerecht sei.

a) Mit dem Rekurrenten ist zunächst festzuhalten, dass zwischen dem Kanton Bern und dem Kanton Zug keine Vereinbarung betreffend die interkantonale Steuerausscheidung von Einkommen aus Personengesellschaften besteht. Wohl kennen und praktizieren beide Kantone mit einigen anderen Kantonen dieselbe Regelung aus Vereinbarungen mit anderen Kantonen, doch wurde dies zwischen den Kantonen Bern und Zug nicht gesondert vereinbart.

b) In tatsächlicher Hinsicht ist den Akten ferner zu entnehmen, dass der Rekurrent als Rechtsanwalt tätig und Partner der – als Kollektivgesellschaft organisierten (vgl. StV-act. 10) – Anwaltskanzlei B. in X. ist. Das steuerbare Einkommen des Rekurrenten aus der Beteiligung

an dieser Kollektivgesellschaft betrug für das Steuerjahr 2011 gemäss dem vorliegend angefochtenen Einspracheentscheid Fr. 252'165.–. Von diesem Betrag sind gemäss der vorstehenden Erwägung 4a die aufgerechneten Fr. 2'500.– für die Position «Privatanteil Fahrzeug» abzuziehen, sodass sich ein Einkommen aus der Beteiligung an der Kollektivgesellschaft von Fr. 249'665.– ergibt.

c) Die Rekursgegnerin schied in ihrer Veranlagung bzw. im angefochtenen Einspracheentscheid gestützt auf das vorerwähnte Schema einen Betrag von Fr. 108'000.– als Arbeitsentgelt zur Besteuerung im Kanton Zug aus. Wie vorstehend bereits ausgeführt wurde, ist als auszuscheidendes Arbeitsentgelt derjenige Betrag massgebend, der für die gleiche Arbeitsleistung an einen Dritten bezahlt würde (vgl. Erw. 3c). Wie der Rekurrent jedoch zu Recht moniert, handelt es sich dabei keineswegs um einen angemessenen Lohn für einen erfahrenen Rechtsanwalt und Partner einer grossen Anwaltskanzlei, sondern eher um das Salär eines Studienabgängers bzw. eines jungen Rechtsanwaltes ohne Berufserfahrung. Dies ergibt sich auch aus einer bei den Akten liegenden Studie des Schweizer Anwaltsverbandes (SAV), welche sich zu den Praxiskosten der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte äussert. Dieser Studie zu Folge erzielten vollzeitlich angestellte Mitglieder des SAV im Alter von bis zu 35 Jahren im Referenzjahr 2012 ein Jahresgehalt von Fr. 129'000.–. Angestellte im Alter von 36 bis 49 Jahren erzielten ein Jahresgehalt von Fr. 159'000.–, für Angestellte ab 50 Jahren waren aufgrund der geringen Fallzahl keine Aussagen möglich. Angesichts des Mittelwertes in der individualisierten Kreuztabelle zur Studie von Fr. 251'438.– ist jedoch davon auszugehen, dass das Jahresgehalt für Angestellte ab 50 Jahren weiter ansteigt, wobei jedoch der äusserst markante Anstieg aufgrund der geringen Fallzahl von lediglich fünf Angestellten zu relativieren ist. Gleichwohl entspricht es auch der allgemeinen Lebenserfahrung, dass erfahrene Rechtsanwälte im Alter von mehr als 50 Jahren ein höheres Jahresgehalt erzielen können als ihre jüngeren Kollegen. Zieht man als weitere Vergleichszahlen die Entlöhnung eines Gerichtsschreibers nach dem Personalgesetz des Kantons Zug heran, so fällt auf, dass ein solcher in der 22. Gehaltsklasse auf ein Jahresgehalt von maximal Fr. 169'220.– und in der 23. Gehaltsklasse auf ein Jahresgehalt von maximal Fr. 179'577.– kommen könnte. Vorliegend steht damit ohne Zweifel fest, dass man das an den Kanton Zug ausgeschiedene Arbeitsentgelt von Fr. 108'000.– in keiner Art und Weise als einen für den Rekurrenten angemessenen Lohn bezeichnen kann. Selbst wenn man analog zum Konkordat der «Bodenseekantone» pauschal 50 % des Einkommens aus der Kollektivgesellschaft an den Kanton Zug ausscheiden würde, wäre das Arbeitsentgelt von Fr. 124'832.50 gemäss den vorgenannten Vergleichszahlen einem erfahrenen Rechtsanwalt und Partner einer grossen Anwaltskanzlei im Alter von über 50 Jahren nicht angemessen.

d) Nachdem die bestehenden Ausscheidungsmodelle der verschiedenen Konkordate dem vorliegenden Einzelfall nicht gerecht werden, ist das vom Rekurrenten vorgeschlagene Ausscheidungsmodell zu prüfen. Dabei beantragt dieser, es sei ihm ein Basislohn von Fr. 150'000.– sowie ein Drittel des restlichen Einkommens aus der Kollektivgesellschaft als Arbeitsentgelt auszuscheiden. In casu würde sich aus dieser Berechnung ein auszuscheidendes Arbeitsentgelt von Fr. 183'221.67 (Fr. 150'000.– + 1/3 × Fr. 99'665.–) ergeben. Obwohl dieses

Resultat dem vorliegenden Einzelfall grundsätzlich angemessen wäre, taugt dieses Berechnungsmodell nicht zwingend auch für alle anderen Fälle als zuverlässige Bemessungsgrundlage. Würde man dieses Modell nämlich fortan stets zur Berechnung der auszuscheidenden Steuer heranziehen, so würde dies insbesondere bei hohen Einkommen zu unangemessen hohen Arbeitsentgelten führen, da es an einer Obergrenze fehlt. Insofern kann zwar nicht auf das vom Rekurrenten vorgeschlagene Modell abgestützt werden, es ist jedoch das Arbeitsentgelt derart auszuscheiden, dass dies auch dem Betrag entspricht, den man für einen gleich befähigten Dritten aufwenden müsste. Nachdem der Rekurrent in seiner Eingabe vom 11. November 2014 geltend machte, dass er seit Jahren Akonto-Zahlungen von Fr. 15'000.– pro Monat unter dem Titel «Lohn» beziehe und er dies auch mittels zweier Kontoauszüge vom 19. September 2014 und vom 20. Oktober 2014 belegen konnte, ist auf diese Lohnangabe abzustellen, zumal diese sich auch mit den vorgenannten Vergleichszahlen (vgl. Erw. 5c) in Einklang bringen lässt. Aus der Erfolgsrechnung für das Jahr 2011 ergibt sich auch, dass der Rekurrent auf den an ihn ausgerichteten Zahlungen die entsprechenden Sozialversicherungsbeiträge bezahlt hat, was bei der Qualifizierung einer Zahlung als steuerbarer Lohn ebenfalls zu beachten ist. In dieser Hinsicht ist weiter auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu verweisen, wonach beispielsweise auch die Ausgleichskassen selbständig zu beurteilen haben, ob ein Einkommensbestandteil als massgebender Lohn oder als Kapitalertrag qualifiziert werden muss. Um der Einheit und Widerspruchslosigkeit der gesamten Rechtsordnung willen soll eine verschiedene Betrachtungsweise der Steuerbehörde und der AHV-Verwaltung vermieden werden, ausser wenn dafür ausschlaggebende Gründe vorliegen (BGE 134 V 297 Erw. 2.3). Da auch die Ausgleichskasse bei der Bestimmung des massgebenden Lohns auf Vorjahreswerte, Quervergleiche und Lohnrechner zurückgreift, ist es nach Meinung des Gerichts im vorliegenden Falle und unter diesen Umständen angemessen, das an den Wohnsitz des Rekurrenten in Zug auszuscheidende Arbeitsentgelt auf Fr. 180'000.– (Fr. 15'000.– × 12) festzusetzen. Der übrige Gewinnanteil von Fr. 69'665.– ist am Sitz der Gesellschaft in X. zu versteuern.

e) Zu beachten ist auch noch Folgendes: Würde man auf die interkantonale Vereinbarung abstellen und tatsächlich bei einem Einkommen zwischen Fr. 200'000.– und Fr. 300'000.– grundsätzlich das Arbeitsentgelt auf Fr. 108'000.– festsetzen, so würde dies zu groben Rechtsungleichheiten führen. Bei einem Einkommen von Fr. 200'000.– entspricht das ausgeschiedene Tätigkeitsentgelt von Fr. 108'000.– nämlich einem Anteil von 54 %, während es bei einem Einkommen von Fr. 299'999.– nur noch einem Anteil 36 % entspricht. Eine derart grobe Schematisierung kann unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit nicht akzeptiert werden.

6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das in Anwendung der interkantonalen, aber nicht zwischen den Kantonen Bern und Zug abgeschlossenen, Vereinbarung betreffend die Festlegung des Arbeitsentgeltes bei Einkommen aus einer Personengesellschaft an den Kanton Zug ausgeschiedene Arbeitsentgelt von Fr. 108'000.– dem konkreten Einzelfall unangemessen ist, weswegen dieses auf Fr. 180'000.– festzusetzen ist. Dieser Betrag entspricht dem Gehalt, welches man für einen gleich befähigten Dritten aufwenden müsste, wollte man ihn für ein

Jahr als Anwalt im Arbeitnehmerstatus anstellen. Im Übrigen ist auf die Aufrechnung der Position «Privatanteil Fahrzeug» zu verzichten, sodass am Sitz der Gesellschaft in X. noch der restliche Teil des Einkommens aus der Personengesellschaft von Fr. 69'665.– zu versteuern ist. Der vorliegende Rekurs ist damit gutzuheissen, der angefochtene Einspracheentscheid aufzuheben und das an den Kanton Zug auszuscheidende Arbeitsentgelt auf Fr. 180'000.– festzusetzen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. April 2015, A 2014 16

8.4 § 30 lit. a, § 156 Abs. 2 StG, Art. 33 Abs. 1 lit. a DBG

Regeste:
§ 30 lit. a, § 156 Abs. 2 StG, Art. 33 Abs. 1 lit. a DBG – Bei Verzugszinsen auf Steuer- und Nachsteuerschulden handelt es sich um private Schuldzinsen im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a DBG und § 30 lit. a StG. Dies gilt auch für Verzugszinsen auf ausländischen (Nach-)Steuerschulden. Verzugszinsen auf Bussen bzw. Strafsteuern sind hingegen aufgrund des Strafcharakters der Busse bzw. Strafsteuer nicht zum Abzug zuzulassen.

Aus dem Sachverhalt:

A. a) Mit Verfügungen vom 12. Juni 2013 für die Steuerperiode 2011 veranlagte die Steuerverwaltung des Kantons Zug das Ehepaar XY. kantons- und gemeindesteuerrechtlich mit einem steuerbaren Einkommen von Fr. 580'058.– (satzbestimmend Fr. 580'000.–; Steuersatz 7.9990 %) und einem steuerbaren Vermögen von Fr. 885'530.– (satzbestimmend Fr. 885'000.–; Steuersatz 0.1450 %) und bundessteuerrechtlich mit einem Gesamteinkommen von Fr. 605'258.– (satzbestimmend Fr. 605'200.–; in der Schweiz steuerbar Fr. 592'000.–; Steuersatz 10.7956 %). Dabei liess die Steuerverwaltung jedoch unter anderem den Abzug der geltend gemachten Schuldzinsen auf ausländischen Steuerforderungen im Betrag von Fr. 133'119.– nicht zu. Die Steuerverwaltung führte zur Begründung im Wesentlichen aus, Verzugszinsen seien ihres Erachtens keine Schuldzinsen im Sinne von § 30 lit. a StG bzw. Art. 33 Abs. 1 lit. a DBG. Es sei davon auszugehen, dass Zinszahlungen auf Steuerschulden als Nebenrechte der Steuerforderung das Schicksal der Hauptforderung teilen würden und daher gemäss § 32 lit. e StG bzw. Art. 34 lit. e DBG von natürlichen Personen nicht in Abzug gebracht werden könnten.

b) Mit Einsprache vom 15. Juli 2013 und mit die Einsprache aktenmässig ergänzenden Eingaben vom 13. März 2014 und vom 21. Mai 2014 liess das Ehepaar XY. beantragen, es seien die Verzugszinsen im Umfang von Fr. 133'119.46 für die Staats- und Gemeindesteuern sowie für die direkten Bundessteuern in der Steuerperiode 2011 als steuerlich abzugsfähige Schuldzinsen zu qualifizieren.

c) Mit Einspracheentscheid vom 27. Juni 2014 wies die Steuerverwaltung des Kantons Zug die Einsprache vom 15. Juli 2013 ab und führte zur Begründung im Wesentlichen aus, Zinsen auf Nachsteuerforderungen würden gemäss der gefestigten Praxis der Zuger Steuerverwaltung nicht zum Abzug zugelassen.

(...)

Aus den Erwägungen:

(...)

3. a) Gemäss § 30 lit. a StG und Art. 33 Abs. 1 lit. a DBG sind private Schuldzinsen im Umfang der steuerbaren Vermögenserträge aus beweglichem und unbeweglichem Vermögen und weiteren Fr. 50'000.– von den Einkünften abzugsfähig. Bei den genannten Bestimmungen handelt es sich um Normen mit wirtschaftlicher Anknüpfung, die nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten auszulegen sind. Der Begriff der Schuldzinsen ist dabei eng auszulegen. Schuldzinsen sind alle Vergütungen, welche die steuerpflichtige Person einer Drittperson für die Gewährung einer Geldsumme oder das ihr zur Verfügung gestellte Kapital zu leisten hat, sofern dieses Entgelt nach der Zeit und als Quote des Kapitals in Prozenten berechnet wird und damit nicht als Kapitalschuld getilgt wird. Das Vorhandensein einer Kapitalschuld, also einer Verpflichtung, die Geld zum Leistungsgegenstand hat, ist Voraussetzung für die Abzugsfähigkeit von Schuldzinsen. Die Kapitalschuld muss dabei nicht freiwillig entstanden sein. Es genügt, dass die steuerpflichtige Person einer Drittperson einen bestimmten Geldbetrag schuldet. Schuldzinsen sind deshalb alle geldwerten Leistungen für die Kapitalnutzung, soweit sie nicht zur Rückzahlung des Kapitals führen. Unerheblich ist dabei, ob das Entgelt periodisch oder aperiodisch geleistet wird, in einem festen Prozentsatz oder variabel bestimmt ist (vgl. zum Ganzen Richner/Frei/Kaufmann/ Meuter, Handkommentar zum DBG, 2. Auflage, Zürich 2009, Art. 33 N 8 m.w.H.).

b) Verzugszinsen sind Zinsen, die geschuldet sind, wenn der Schuldner eine Geldschuld zu spät bezahlt (Art. 104 i.V.m. Art. 102 des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht; OR, SR 220]). Bei einer Steuerveranlagung handelt es sich zwar um eine auf eine Geldleistung gerichtete Verfügung und der Verzugszins auf Steuerschulden stellt auch keine Vergütung für die Gewährung einer Geldsumme dar, allerdings macht das Schweizer Steuerrecht bezüglich der Herkunft von Schuldzinsen keinen Unterschied. Für die Abzugsfähigkeit von Schuldzinsen ist der Verwendungszweck irrelevant. Verzugszinsen auf Steuerschulden sind somit abzugsfähige private Schulden und daher im steuerrechtlichen Sinne hinsichtlich ihrer Abzugsfähigkeit den Schuldzinsen gleichgestellt. Sie können demzufolge ungeachtet der tatsächlichen Zahlung im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit abgezogen werden (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 26. März 2013, A 2012 25; StE 2003 B 27.2 Nr. 25, Erw. 3a/aa; Richner / Frei / Kaufmann / Meuter, a.a.O., Art. 33 N 13). Abzugsfähig sind ferner

auch Verzugszinsen aus Nachsteuerforderungen (Zigerlig / Jud, in: Athanas/Zweifel [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2a, 2. Auflage, Basel 2008, Art. 33 N 9, mit weiteren Verweisen).

c) Gemäss § 156 Abs. 1 StG werden die Fälligkeiten und Zahlungsfristen für periodische Steuern durch die Vollziehungsverordnung geregelt. Allgemeiner Fälligkeitstermin für die Jahressteuern der natürlichen Personen ist nach § 34 der Verordnung zum Steuergesetz vom 30. Januar 2001 (VO StG; BGS 632.11) der 30. November des Bemessungs- und Steuerjahres. Nach Ablauf der Zahlungsfrist wird gemäss § 156 Abs. 2 StG auf den Steuerbetrag, ungeachtet eines allfälligen Einsprache-, Rekurs-, oder Beschwerdeverfahrens, ein Verzugszins geschuldet. Die Gleichstellung der Verzugszinsen mit den Schuldzinsen, auch bezüglich des Abzugs im Zeitpunkt der Fälligkeit, führt dazu, dass in jedem Bemessungsjahr die in diesem Jahr aufgelaufenen Verzugszinsen abgezogen werden können (vgl. StE 2003 B 27.2 Nr. 25, Erw. 4a). Nachsteuern werden gemäss Art. 161 Abs. 3 lit. c DBG mit Zustellung der Veranlagungsverfügung bzw. gemäss § 34 Abs. 3 VO StG mit Rechnungsstellung fällig.

4. a) Strittig und zu prüfen ist zunächst, ob die basierend auf einer ausländischen Nachsteuer angefallenen Verzugszinsen ganz grundsätzlich von den Einkünften abgezogen werden können oder nicht. Die Rekursgegnerin stellt dabei nicht in Abrede, dass Verzugszinsen auf ordentlichen Steuerschulden in demjenigen Bemessungsjahr, in welchem die Zinsen aufgelaufen sind, abzugsfähig sind. Sie macht jedoch geltend, es handle sich vorliegend weder um Verzugszinsen auf ordentlichen Steuerschulden noch um aufgelaufene Verzugszinsen auf rechtskräftig veranlagten Nachsteuern, welche nach deren Veranlagung aufgelaufen sind. Somit seien die Verzugszinsen auf Nachsteuern nicht abzugsfähig. Selbst wenn sie abzugsfähig sein sollten, so könnten die Abzüge aber nicht gewährt werden, weil der Rekurrent mit den von ihm eingereichten Unterlagen weder die Höhe des Kapitals noch die Zeit, für welche die Zinsen berechnet worden seien, noch den angewendeten Prozentsatz nachzuweisen vermöge.

b) Festzuhalten ist zunächst, dass sich im Schweizerischen Steuerrecht die Nachsteuer von der ordentlich geschuldeten Steuer nur in formeller Hinsicht unterscheidet (Richner/Frei/Kaufmann/Meu a.a.O., Art. 151 N 5). Die Nachsteuer ist keine vom ursprünglichen Steueranspruch verschiedene Forderung, sondern die «Mehrsteuer» (BGE 98 Ia 22 Erw. 2), die sich aufgrund des Nachsteuerverfahrens gegenüber der ursprünglichen Veranlagung ergibt. Sie bezweckt die Deckung eines Steuerausfalls einschliesslich Zins ab Zustellung der Veranlagungsverfügung. Die Bestimmungen über die Nachsteuer sind lediglich verfahrensrechtliche Vorschriften und betreffen nicht Bestand und Umfang des Steueranspruchs an sich (Vallender/Looser, in: Zweifel/Athanas [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2b, Art. 151 N 2).

c) Angesichts der vorstehenden Ausführungen ist nicht nachvollziehbar, weswegen es sich bei Verzugszinsen auf Nachsteuerforderungen um «Zinsen sui generis» oder gar um einen Bestandteil der Steuer an sich handeln sollte. Vielmehr ist festzuhalten, dass sich die gewöhn-

liche Steuer zumindest in materieller Hinsicht nicht von der Nachsteuer unterscheidet. Aus diesem Grunde überzeugt die Argumentation der Rekursgegnerin, wonach Verzugszinsen auf Steuerforderungen grundlegend anderer Natur seien als Verzugszinsen auf Nachsteuerforderungen, nicht. Besteht jedoch kein Unterschied zwischen den Verzugszinsen auf Steuern und Nachsteuern, so dürfen diese auch in steuerrechtlicher Hinsicht nicht unterschiedlich beurteilt werden. Somit ist festzuhalten, dass auch Verzugszinsen auf Nachsteuerforderungen im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a DBG und § 30 lit. a StG abzugsfähig sind. Diese Ansicht wird von der herrschenden Lehre (vgl. Erw. 3b in fine) und auch Teilen der Rechtsprechung vertreten (vgl. Urteile des Steuergerichts des Kantons Basel-Landschaft, StGE Nr. 82/2005 und StGE Nr. 47/2002). Wenn die Rekursgegnerin diesbezüglich vorbringt, es gebe in den Kantonen keine einheitliche Praxis und gemäss ihrer eigenen gefestigten Praxis würden Verzugszinsen auf Nachsteuerforderungen nicht zum Abzug zugelassen, so kann sie daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten, weil das Verwaltungsgericht gemäss § 58 VRG in seiner Rechtsanwendung unabhängig und nur an das Recht gebunden ist. Aus diesem Grunde ist ebenfalls unerheblich, dass sich sowohl die herrschende Lehre als auch der Rekurrent ausschliesslich auf die Rechtsprechung derselben Instanz (Steuergericht des Kantons Basel-Landschaft) beruft.

d) Als Zwischenergebnis ist nach den vorstehenden Ausführungen festzuhalten, dass es sich auch bei Verzugszinsen auf Nachsteuerforderungen um abzugsfähige Schuldzinsen im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a DBG und § 30 lit. a StG handelt. Sind Verzugszinsen auf Schweizerischen Nachsteuerforderungen abziehbar, so muss dies auch für Verzugszinsen auf ausländischen Nachsteuerforderungen gelten. Die vom Rekurrenten geltend gemachten Verzugszinsen auf US-amerikanischen Nachsteuern sind daher zum Abzug von den Einkünften zuzulassen.

5.

(...)

b) Konkret lässt der Rekurrent geltend machen, es seien ihm die in der Steuerperiode 2011 angefallenen Fr. 133'119.46 an Verzugszinsen auf ausländischen Nachsteuern (für Steuerperioden 2003 bis 2008) zum Abzug zuzulassen. Die Rekursgegnerin bringt diesbezüglich zu Recht vor, es sei nicht ersichtlich, ob sich die geltend gemachten Verzugszinsen nur auf die Nachsteuern oder auch auf die Strafsteuern beziehen würden. (...)

c) Es ist daher zusätzlich zu prüfen, ob auch Verzugszinsen auf ausländischen Strafsteuern als private Schuldzinsen im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a DBG und § 30 lit. a StG abzugsfähig sind. Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, dass das Schweizerische Steuerrecht keine Strafsteuern, sondern als finanzielle Sanktionen nur die Busse oder die Geldstrafe kennt. Diese Sanktionen sind deshalb klar von der Nachsteuer abzugrenzen, da mit letzterer lediglich die zu Unrecht nicht veranlagte Steuer nachträglich erhoben wird (Richn-

er/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O., Art. 151 N 3). Die ausländische Strafsteuer («Penalty») jedoch ist im Gegensatz zur Nachsteuer als Busse bzw. Geldstrafe zu betrachten, weswegen es sich bei den entsprechenden Verzugszinsen nicht um Verzugszinsen auf einer Steuerforderung, sondern um Verzugszinsen auf einer Busse bzw. Geldstrafe handelt. In den abschliessenden Aufzählungen von Art. 33 Abs. 1 lit. a DBG und § 30 lit. a StG werden weder (Nach-)Steuern noch Bussen noch Geldstrafen erwähnt, sodass sie alle Lebenshaltungskosten darstellen und deswegen nicht von den Einkünften abgezogen werden können. Obwohl die (Nach-)Steuern und die Busse bzw. Geldstrafe in dieser Hinsicht gleichgestellt sind, so gibt es im Übrigen doch wesentliche Unterschiede. Zentral ist dabei vor allem, dass es sich bei Bussen und Geldstrafen – im Gegensatz zur Steuer und zur Nachsteuer – um Sanktionen mit Strafcharakter handelt, welche durch ein persönlich vorwerfbares Verhalten des Steuerpflichtigen verhängt wurden. Es wäre daher stossend, wenn die wirtschaftliche Belastung einer Sanktion in der Folge dadurch reduziert werden würde, dass die Busse bzw. Geldstrafe oder die darauf geschuldeten Verzugszinsen zum steuerlichen Abzug zulassen würde. Vor diesem Hintergrund ist die Abzugsfähigkeit von Verzugszinsen auf Strafsteuern im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a DBG und § 30 lit. a StG klar zu verneinen.

(...)

7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es sich auch bei Verzugszinsen auf Nachsteuern um private Schuldzinsen im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a DBG und § 30 lit. a StG handelt. Verzugszinsen auf Bussen bzw. Strafsteuern sind hingegen aufgrund des Strafcharakters der Busse bzw. Strafsteuer nicht zum Abzug zuzulassen. Obwohl die Verzugszinsen grundsätzlich im entsprechenden Bemessungsjahr, in welchem sie aufgelaufen sind, zum Abzug gebracht werden müssten, können im vorliegenden Fall sämtliche Verzugszinsen in der Steuerperiode 2011 zum Abzug gebracht werden, zumal dem Rekurrenten ein Abzug vorher mangels Kenntnis der Verzugszinsen nicht möglich war und sich eine Revision der entsprechenden Steuerveranlagungen 2003 bis 2008 auch als unverhältnismässig kompliziert erweisen würde. Mithin erweist sich der vorliegende Rekurs zumindest zum Teil als begründet, weswegen er teilweise gutzuheissen ist.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 10. August 2015 A 2014 17

8.5 § 195 Abs. 2 StG

Regeste:
§ 195 Abs. 2 StG – Der Verkehrswert eines Grundstücks ist nach objektiven Grundsätzen zu ermitteln und entspricht dem Preis, der für ein Grundstück oder eine Liegenschaft nach deren rechtlichen Gegebenheiten und deren tatsächlichen Eigenschaften im gewöhnlichen Geschäftsverkehr am Bewertungsstichtag zu erzielen gewesen wäre. Zieht die Veranlagungsbehörde aus Gründen der Rechtsgleichheit verschiedene Liegenschafts- und Grundstücksverkäufe in der Gemeinde zum Vergleich bei, so muss sie die Umstände dieser Verkaufsgeschäfte im Detail offen legen.

Aus den Erwägungen:

(...)

2. Die Rekurrentin lässt der Kommission vorerst vorwerfen, sie habe weder im Veranlagungsentscheid vom 12. Mai 2014 noch im Einspracheentscheid vom 23. Februar 2015 substantiiert begründet, wie sie auf den Landwert gekommen sei, den sie für die Berechnung des Verkehrswerts beigezogen habe. Sie habe es unterlassen, ihr bekannt zu geben, wie viele und welche Grundstücke als Vergleichsobjekte herangezogen worden seien. Entsprechend habe sie auch keine Möglichkeit gehabt, zu überprüfen, ob die von der Kommission zu Vergleichszwecken herangezogenen Objekte mit dem Grundstück GS Nr. 1000 vergleichbar seien.

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

b) Bei der Veranlagung der Grundstückgewinnsteuer ist der Verkehrswert – abweichend von der Steuereinschätzung für die Kantons- und Gemeindesteuern, bei der der «Verkehrswert» einer Liegenschaft im Interesse einer rationalen Veranlagung mit Hilfe von generellen Richtlinien als Formelwert festgelegt werden kann – individuell nach allgemeinen Bewertungsgrundsätzen zu schätzen. Der Grund für dieses unterschiedliche Vorgehen liegt in der aperiodischen Erhebung der Grundstückgewinnsteuer und der im Gegensatz zur Vermögenssteuer erheblich grösseren Steuerbelastung. Bei der relativ geringfügigen Steuerbelastung bei der Vermögenssteuer (0.5 – 2 Promille gemäss § 44 Abs. 2 StG) kann aus verwaltungsökonomischen Überlegungen viel eher zu einer verallgemeinernden Typisierung geschritten werden als bei

der Grundstückgewinnsteuer, wo mit Steuersätzen bis maximal 60 % gerechnet werden muss (§ 199 Abs. 3 StG). Hier ist den besonderen Verhältnissen jedes Einzelfalls Rechnung zu tragen (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 3. A., § 220 N 121). Der Verkehrswert eines Grundstücks ist nach objektiven Grundsätzen zu ermitteln und entspricht dem Preis, der für das Grundstück nach dessen rechtlichen Gegebenheiten und dessen tatsächlichen Eigenschaften im gewöhnlichen Geschäftsverkehr am fraglichen Bewertungsstichtag (hier: 1. Oktober 1988) zu erzielen gewesen wäre. Als gewöhnlicher Geschäftsverkehr wird der Handel am freien Markt bezeichnet, bei dem sich die Preise nach marktwirtschaftlichen Gegebenheiten auf der Grundlage von Angebot und Nachfrage bilden und bei dem jeder Vertragspartner nicht aus Zwang und Not, sondern freiwillig und in Wahrung seiner Interessen zu handeln in der Lage ist (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O., § 220 N 123 f.). Der Verkehrswert kann nicht mit dem bezahlten Preis gleichgesetzt werden, denn der Preis eines Grundstücks muss nicht seinem Wert entsprechen. Es ist daher grundsätzlich untauglich, aus einem erzielten heutigen Verkaufserlös auf einen ebenso hohen Verkehrswert vor 25 Jahren mittels Abdiskontierung schliessen zu wollen. Der Verkehrswert kann auch nicht durch Rechtsgeschäfte bestimmt werden, die durch ausserordentliche Umstände zustande gekommen sind (wie z. B. Notverkäufe, Zwangsvollstreckung, Spekulationskäufe). Bei Grundstücken bestimmt der Markt am Ort der gelegenen Sache den Verkehrswert. Der Bewertungsstichtag ist massgebend für die Beantwortung aller relevanten Fragen, d.h. auf diesen Zeitpunkt ist eine Momentaufnahme vorzunehmen. So ist der Zustand des Grundstücks in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht massgebend wie auch allfällige Indexzahlen (Baukostenindex, Gebäudeversicherungswerte, Mietpreisindex etc.). Auch der Hypothekarzinssatz, die bau- und mietrechtlichen Rahmenbedingungen, das allgemeine wirtschaftliche Umfeld sowie die Infrastruktur am Bewertungsstichtag sind festzulegen (Richner / Frei / Kaufmann / Meuter, a.a.O., § 220 N 132.).

c) Der Verkehrswert kann nach verschiedenen Methoden ermittelt werden, nämlich der Preisvergleichsmethode, der Sachwertmethode und der Ertragswertmethode. Als weitere Modelle kommen die Rückwärtsrechnung, die Lagenklassenmethode und die Strukturzahlenmethode in Frage. Die Vergleichsmethode wird bei der Schätzung von unüberbauten Grundstücken als Haupt-, die anderen als Hilfsmethoden bezeichnet. Auch bei Wohngrundstücken gilt die Vergleichsmethode als die objektivste aller Bewertungsverfahren. Die Vergleichsmethode basiert darauf, dass aufgrund von vergleichbaren Objekten, welche in der fraglichen Zeit tatsächlich verkauft wurden, auf den Wert des zu schätzenden Grundstückes geschlossen wird. Die Vergleichsmethode wird in der Gerichts- und Verwaltungspraxis deutlich favorisiert, und zwar unabhängig davon, ob es sich um überbaute oder unüberbaute Grundstücke handelt (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O., § 220 N 139). Bei der Schätzung von unüberbauten Grundstücken soll – soweit möglich – auf die Vergleichspreise abgestellt werden, die im gleichen Zeitraum für ähnliche unüberbaute Grundstücke erzielt wurden. Heranzuziehen sind Vergleichspreise von Handänderungen unter Drittpersonen, wobei als Drittperson auch das Gemeinwesen in Frage kommt. Nicht unbesehen dürfen Preise von Handänderungen beigezogen werden, bei denen persönliche Verhältnisse auf den Preis eingewirkt haben (Gefäl-

ligkeitspreise unter Verwandten und Freunden). Als vergleichbar können Handänderungen an möglichst nahe gelegenen Grundstücken herangezogen werden, die lage-, zonen- und formmässig sowie hinsichtlich Erschliessungsgrad dem Schätzungsobjekt gleich oder ähnlich sind. Wertbeeinflussende Kriterien sind in erster Linie die folgenden:

- Lage/Standort (Distanz zu Einkaufsmöglichkeiten, öffentlichem Verkehr, Schulen, Kultur- und Freizeitmöglichkeiten, Charakter der näheren Umgebung, zukünftige Entwicklung der Lage);
- Erschliessungsgrad; Grösse und Form des Grundstücks;
- Aussicht und Besonnung, Immissionen und Altlasten;
- Auflagen, Rechte und Lasten;
- Baugrund und Neigung, Baureife, Eignung für Überbauung;
- Zonenzugehörigkeit und Nutzungsmöglichkeiten.

Die einzelnen massgebenden Vergleichsgrundstücke sind unter Würdigung ihrer Vor- und Nachteile dem Schätzungsobjekt gegenüber zustellen. Auf diese Weise ist ein angemessener Mittelwert festzulegen (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O., § 220 N 153 ff. 161). Bei der Verkehrswertschätzung von überbauten Grundstücken wird in der Regel sowohl der Realwert (bestehend aus Landwert, Bauwert, Nebenkosten) wie auch der Ertragswert berücksichtigt (BGE 134 II 49 ff. 76 Erw. 15.1). Der Ertragswert muss aber nicht notwendigerweise bei allen Grundstücken berücksichtigt werden. Bei Wohnliegenschaften, die aufgrund ihrer Gestaltung in erster Linie der Eigennutzung dienen, kommt dem Realwert ausschlaggebende Bedeutung zu, weshalb hier kein Ertragswert berücksichtigt werden muss.

d) In allen Fällen, in denen durch die Veranlagungsbehörden für die Grundstückgewinnsteuer Vergleichspreise beigezogen werden, muss das rechtliche Gehör der steuerpflichtigen Person beachtet werden. Dies bedeutet, dass sie sich vor der Veranlagungsbehörde zu den erhobenen Vergleichspreisen und deren Vergleichstauglichkeit muss äussern können. Hierfür ist dem Steuerpflichtigen regelmässig eine Liste der Vergleichshandänderungen mit den bezahlten Preisen zusammen mit einem Ortsplan und der damals gültigen Bauordnung mit Zonenplan vorzulegen. Um die Vergleichstauglichkeit prüfen zu können, müssen auch die Parteien der Vergleichshandänderungen genannt werden, damit überprüft werden kann, ob aussergewöhnliche oder persönliche Verhältnisse den Preis beeinflusst haben könnten. Dies ist angesichts des das Steuerverfahren beherrschenden Steuergeheimnisses nicht unproblematisch, d.h. die Veranlagungsbehörde hat eine Güterabwägung zwischen dem Steuergeheimnis auf der einen und dem rechtlichen Gehör auf der anderen Seite vorzunehmen. In der Regel hat dabei der Anspruch auf rechtliches Gehör zu überwiegen, insbesondere weil ja die Vergleichsverkäufe mindestens 25 Jahre zurückliegen. Nach Meinung von Richner/Frei/Kaufmann/Meuter hat die Geltung des Steuergeheimnisses zur Folge, dass die Liste der Preise und Parteien der Vergleichshandänderungen durch die steuerpflichtige Person angefordert werden muss. Auch sei eine gewisse Zurückhaltung der Grundstückgewinnsteuerkommission bei der Herausgabe gerechtfertigt (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, a.a.O.,

§ 220 N 225). Das Verwaltungsgericht teilt diese zurückhaltende Auffassung in dem Sinn nicht, als sich die Veranlagungsbehörde zumindest gegenüber dem Gericht nicht auf das Steuer- oder Beurkundungsgeheimnis berufen kann, sind doch gemäss § 60 Abs. 2 VRG alle kantonalen und gemeindlichen Verwaltungsstellen gegenüber dem Verwaltungsgericht auskunftspflichtig.

e) Im vorliegenden Fall hat die Kommission im Veranlagungsentscheid unter dem Titel «Berechnung vor 25 Jahren» festgehalten, dass in der Zone W2 ein Quadratmeterpreis von Fr. 300.– gegolten habe. Im Einspracheentscheid führt die Kommission unter Ziff. 3.3 aus, im Rahmen der Veranlagung habe sie aufgrund ihrer Erfahrung einen Landpreis angenommen, der für vergleichbare Grundstücke herangezogen werden könne. Sie lege jeweils zu Beginn des Jahres die anzuwendenden Landpreise pro m^2 vor 25 Jahren fest. Allfällige Abweichungen hiervon würden vorgenommen, wenn sie sich, z. B. aufgrund einer exklusiven Lage oder der Grösse des Baugrundstücks aufdrängen würden. Beides sei im vorliegenden Fall nicht erforderlich, weshalb die Veranlagung auf dem festgelegten Wert von Fr. 300.– pro m^2 basiere. Dieser Wert ergebe sich aus mehreren Vergleichsobjekten aus der gesamten Gemeinde, um ein objektives Bild zu erhalten. Im Rahmen der jährlichen Anpassung werde auch die Landespreisteuerung berücksichtigt. Ein solches Vorgehen rechtfertige sich im Rahmen der Gleichbehandlung sämtlicher steuerpflichtiger Personen. Der von der Rekurrentin genannte Preis für den Verkauf der Nachbarparzelle GS Nr. 1000 erscheine nach der Einsicht in zahlreiche vergleichbare Liegenschaftsverkäufe als übermässig hoch und könne deshalb nicht als objektives Vergleichsobjekt betrachtet werden. In ihrer Vernehmlassung wiederholt die Kommission im Wesentlichen dieselben Ausführungen.

f) Das grundsätzliche Vorgehen der Kommission ist an sich nicht zu beanstanden. Es ist sachgerecht, dass man für die Schaffung eines Richtwertes aus Gründen der Rechtsgleichheit verschiedene Liegenschafts- und Grundstücksverkäufe in der Gemeinde zum Vergleich heranzieht. Aus dem Kerngedanken des rechtlichen Gehörs und der daraus hervorgehenden Begründungspflicht ergibt sich aber, dass die zum Vergleich beigezogenen Liegenschafts- und Grundstückverkäufe im Detail offen gelegt werden müssen. Wie in Erw. 2c oben bereits ausgeführt, muss für jeden einzelnen der berücksichtigten Vergleichsverkäufe die genaue Lage bzw. der Standort innerhalb der Gemeinde bekannt gegeben werden. Nur so kann die steuerpflichtige Person (und in einem Rechtsmittelverfahren die Rekursbehörde) beurteilen, welchen Einfluss der Standort des Vergleichsgeschäfts mit Bezug auf öffentlichen Verkehr, Einkaufsmöglichkeiten, Schulen, Kultur- und Freizeitmöglichkeiten hat. Wichtig sind auch die Informationen bezüglich Grösse und Form der Vergleichsgrundstücke, die Aussicht, die Besonnung und die Immissionen. Ebenfalls ganz wesentlich sind die Zonenzugehörigkeit und damit die Frage der Ausnützung. Schliesslich ist es wichtig zu wissen, in welcher Beziehung Käufer und Verkäufer zueinander gestanden haben, denn – wie bereits erwähnt – sind die Grundstückspreise unter Verwandten und Freunden anders zu werten als Preise unter reinen Geschäftspartnern. Allein mit dem Hinweis, dass man für die Zone W2 für das Jahr 1988 unter Zuhilfenahme verschiedener Vergleichsverkäufe einen durchschnittlichen

Verkehrswert von Fr. 300.– pro m^2 festgelegt habe, wird dieser Betrag nicht nachvollziehbar begründet. Nur schon der Blick auf den im Jahr 1988 noch gültigen Zonenplan aus dem Jahr 1976 und auf den 1988 gerade neu erstellten Zonenplan zeigt, dass es sich bei der Zone W 2A, in der sich das GS Nr. 1000 befand, um eine weit in der Gemeinde verteilte Zone an sehr unterschiedlicher Lage gehandelt hat. Einerseits gehören der Zone W 2A meist flache Grundstücke im Bereich der A.Strasse... an, andererseits finden sich in dieser Zone Grundstücke an extremen Hanglagen hoch über dem Dorfzentrum (...). Während für die Grundstücke im Bereich A. Strasse wohl die Nähe zum und der Blick auf den See wertsteigernd sein dürfte, ist es bei den anderen Gebieten vor allem die gute Aussicht und die optimale Besonnung am Südhang. Die Preise innerhalb der Zone W 2B wurden nicht separat ausgewiesen. Separate Richtpreise für die Zone W 2B fehlen, obwohl bei dieser eine deutlich höhere Ausnützung (0.32 statt 0.22) und grössere Gebäude- bzw. Firsthöhen möglich gewesen sind.

g) Aus der von der Kommission am 25. März 2013 erstellten Liste «Landpreise nach Ausnützung» ergibt sich, dass – wie bereits erwähnt – für die Zone W2 im Jahre 1988 grundsätzlich ein Richtpreis von Fr. 300.–/m^2 eingesetzt wurde. Bei sehr guter Lage und Grösse des Grundstücks wurde eine Anpassung vorbehalten. Eine nähere Begründung oder die Aufzählung und Präzisierung bezüglich der angeblich berücksichtigten Grundstückkäufe fehlen. Solange nur dieser nicht näher definierte Betrag zur Begründung aufgeführt wird, haben die steuerpflichtige Person und die Rekursbehörde keine Möglichkeit, diesen Betrag auf seine Rechtsmässigkeit und Angemessenheit zu überprüfen. Die Begründung eines Entscheides entspricht aber erst dann den Anforderungen von Art. 29 Abs. 2 BV und § 15 VRG, wenn die betroffene Person in die Lage versetzt wird, die volle Tragweite eines Entscheides zu erkennen und ihn in voller Kenntnis aller relevanten Fakten an die höhere Instanz weiterziehen kann. Mit der blossen Nennung des Richtpreises verletzt die Kommission das rechtliche Gehör, weil dadurch ihr Entscheid in erheblichem Mass ungenügend begründet ist. Dies führt in diesem Punkt zur Gutheissung des Rekurses und zur Aufhebung des Einspracheentscheides. Eine Heilung der Verletzung des rechtlichen Gehörs ist in diesem Verfahren nicht möglich, obwohl dem Gericht an sich die volle Überprüfungsbefugnis zukommt. Es fehlen aber so gut wie alle Fakten und Beweismittel, welche dem Gericht eine volle Überprüfung der umstrittenen Fragen ermöglichen würden. Bezüglich der Frage nach dem Verkehrswert vor 25 Jahren wird daher der Einspracheentscheid aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung und Neuentscheidung an die Kommission zurückgewiesen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 23. September 2015, A 2015 / 6

8.6 § 196 StG

Regeste:
§ 196 StG – Die Kosten für eine vorzeitige Auflösung einer Festhypothek, eine sog. Vorfälligkeitsentschädigung, können bei der Veranlagung der Grundstückgewinnsteuer weder als Verkaufserlös noch als wertvermehrende Aufwendungen in Abzug gebracht werden.

Aus dem Sachverhalt:

Am 28. Juni 2012 verkaufte A.B. eine 4 1/2 Zimmer-Wohnung an C. und D. E. zu einem Verkaufspreise von Fr. 2'087'500.-. Mit Veranlagung vom 14. April 2014 setzte der Gemeinderat X. den Grundstückgewinn auf Fr. 488'080.- und die zu entrichtende Grundstückgewinnsteuer auf Fr. 48'808.- fest. In der Begründung des Veranlagungsentscheides führte der Gemeinderat aus, die geltend gemachten Ablösungskosten für die Festhypothek könnten bei den Grundstückgewinnsteuern nicht berücksichtigt werden, da diese keine dauernden und wertvermehrenden Verbesserungen darstellten. Gegen diese Veranlagung liess A.B. Einsprache einreichen und beantragen, die Ablösekosten für die Festhypothek sollten bei den Grundstückgewinnsteuern als Anlagekosten bzw. als anrechenbare Aufwendungen berücksichtigt werden und die Veranlagung sei entsprechend anzupassen. Mit Entscheid vom 12. Januar 2015 wies der Gemeinderat die Einsprache ab. Zur Begründung führte er aus, die Finanzierungshöhe sowie die gewählten Finanzierungsprodukte seien eine persönliche Angelegenheit des Liegenschaftsbesitzers und hätten keinen Einfluss auf den Wert einer Liegenschaft. Die Auflösungskommission für Festhypotheken, sog. Rücktrittskommission, könne bei der Berechnung der Grundstückgewinnsteuer nicht zum Abzug zugelassen werden.

Am 11. Februar 2015 liess A.B. Rekurs einreichen und beantragen, die Ablösekosten für die Festhypothek im Betrag von Fr. 167'790.45 seien bei der Grundstückgewinnsteuer als Anlagekosten bzw. als anrechenbare Aufwendungen zu berücksichtigen und die Veranlagung entsprechend anzupassen. Zur Begründung liess der Rekurrent unter anderem ausführen, der Gemeinderat habe nicht verstanden, was für eine Bedeutung sein Antrag in steuerrechtlicher Hinsicht habe. Die beantragte Zulassung von Kosten beim Verkauf habe nichts mit dem Wert der Liegenschaft zu tun, sondern mit den Verkaufskosten und somit mit der Höhe des steuerbaren Grundstückgewinns. Weiter liess er ausführen, Ablösekosten könnten als Entschädigung für die Ablösung von Dienstbarkeiten und Grundlasten im Sinne von § 196 Abs. 1 lit. c StG betrachtet werden. Zudem würden sie sich insoweit als anrechenbare Aufwendungen qualifizieren, als sie bei der Einkommenssteuer nicht zum Abzug zugelassen würden. Die Ablösekosten könnten auch als «mit der Handänderung verbundene Kosten» und somit als Anlagekosten qualifiziert werden, wenn diese Kosten bei der Einkommenssteuer nicht zum Abzug zugelassen würden. Schliesslich lässt der Rekurrent noch ausführen, der Kapitalgewinn im Privatvermögensbereich sei der Differenzbetrag zwischen Anlagekosten und Erlös. Im Gegensatz zu den Bestimmungen des Einkommenssteuerrechts sei es gerade Sinn und Zweck einer Kapitalgewinnsteuer, dass die Aufwendungen von den Erlösen in Abzug gebracht werden könnten, auch wenn diese Aufwendungen (wie z. B. die Ablösekosten einer Festhypothek, damit die Liegenschaft unbelastet verkauft werden könne) spekulativer Natur seien und bei der Einkommenssteuer nicht in Abzug gebracht werden könnten. Kapitalgewinne bei der Veräusserung von unbeweglichem Vermögen würden – im Gegensatz zu der Regelung bei dem beweglichen Privatvermögen – mit der Grundstückgewinnsteuer belastet. Konsequenterweise müssten dann auch Verluste, welche mit der Erzielung von Gewinnen im Zusammenhang stünden, geltend gemacht und von den Gewinnen in Abzug gebracht werden kön-

nen. Dass die Finanzierung des in Frage stehenden Grundstücks zweifellos in einem engen Zusammenhang mit der Erzielung des Grundstückgewinns stehe, sollte ausser Frage stehen. Entsprechend seien die Kosten als «anrechenbare Aufwendungen» nach § 193 Abs. 1 StG zu qualifizieren und anzurechnen.

Aus den Erwägungen:

3. Weiter ist zu klären, um was es sich bei den Vorfälligkeitsentschädigungen in steuerrechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht handelt.

a) Die Abzugsfähigkeit von Vorfälligkeitsentschädigungen, welche bei vorzeitiger Kündigung einer Fest-Hypothek oder einer ähnlichen Schuld (berechnet nach der voraussichtlich künftigen Zinsdifferenz) entrichtet werden müssen, ist umstritten und wird in der Steuerpraxis der Kantone nicht ganz einheitlich gehandhabt. Gemäss der Praxis des Bundesgerichts sind es jedenfalls keine Schuldzinsen, denn dieses geht im Zusammenhang mit der Abzugsfähigkeit von Schuldzinsen bei der Einkommenssteuer davon aus, dass man unter dem Begriff «Schuldzins» eine Vergütung verstehe, die für die Gewährung oder Vorenthaltung einer Geldsumme oder eines Kapitals zu entrichten sei. Das Bestehen einer Kapitalschuld ist also gemäss Bundesgericht unabdingbare Voraussetzung für eine Zinsschuld (StE 1993 B 27.2 Nr. 14 und StE 1992 B 27.2 Nr. 12). Bei einer solch einseitig formal-juristischen Auslegung des Schuldzinsbegriffes stellen Vorfälligkeitsentschädigungen grundsätzlich keine abzugsfähigen Schuldzinsen im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer, DBG, SR 642.11 dar, da es ihnen an der Kapitalabhängigkeit fehlt (...). Vielmehr dürfte es sich je nach konkreter Ausgestaltung um eine Konventionalstrafe gemäss Art. 160 OR oder um Schadenersatz nach Art. 97 OR für die Nichterfüllung oder die nicht richtige Erfüllung des Kreditvertrages handeln, wobei beides im Privatbereich an sich steuerlich nicht abzugsfähig wäre (Rainer Zigerlig/Guido Jud, in: Martin Zweifel/Peter Athanas, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2a, Art. 33 N 9).

b) Die Veranlagungspraxis in den meisten Kantonen zeigt allerdings ein anderes Bild, denn diese lassen in der Praxis Elemente einer wirtschaftlich zurückhaltenden Betrachtungsweise einfliessen. Viele Kantone lassen Vorfälligkeitsentschädigungen mit juristisch vertretbaren Überlegungen ganz oder teilweise steuerlich zum Abzug zu. Die entsprechende Praxis stützt sich zumeist auf publizierte Weisungen der Steuerbehörden, wobei je nach Kanton Vorfälligkeitsentschädigungen grundsätzlich uneingeschränkt und ohne zusätzliche Voraussetzungen abzugsfähig sind (so z. B. Steuerbuch Kanton SG, StB 45 Nr.5) oder aber bestimmte weitere Bedingungen wie etwa ein Fortbestehen der nunmehr umgeschuldeten Kapitalschuld erfüllt sein müssen (so z. B. Steuerbuch Kanton ZG, § 30 Ziff. 20.1.6.3; Steuerbuch Kanton LU § 40 Nr. 1. Vereinzelt haben zudem kantonale Gerichte über eine Abzugsfähigkeit entschieden (so z. B. StGer BL 26.11.2004, BStPra 6/2005, 324) mit der Ergänzung, dass eine Vorfälligkeitsentschädigung auch dann als reine Zinszahlung abzugsfähig sei, wenn dabei

die Bankverbindung abgebrochen bzw. gewechselt werde (vgl. hierzu Zigerlig/Jud, a.a.O., N 9).

c) Nach Meinung des Verwaltungsgerichts handelt es sich streng rechtlich beurteilt bei der Vorfälligkeitsprämie – bei vertraglicher Vereinbarung der Folgen einer Nichterfüllung des Kreditvertrages – um eine Konventionalstrafe im Sinne von Art. 160 OR. Als Konventionalstrafe qualifiziert sich eine Abrede, gemäss der für den Fall der Nichterfüllung oder nicht richtigen Erfüllung einer Schuldpflicht der Schuldner eine bestimmte Leistung zu erbringen hat. Konventionalstrafen sind im Privatbereich steuerlich nicht abziehbar. Bei einer Vertragsauflösung ohne Kündigungsklausel qualifiziert sich die Vorfälligkeitsprämie als Schadenersatz im Sinne von Art. 97 ff. OR. Auch Schadenersatzleistungen sind im Privatbereich steuerlich nicht abziehbar. Betrachtet man jedoch die Vorfälligkeitsentschädigungen rein wirtschaftlich, so handelt es sich um «Schuldzinsvorauszahlungen», weil ein vorzeitiger Ausstieg aus der Festhypothek nur unter der Voraussetzung zustande kommt, dass das Schuldverhältnis – wenn auch mit veränderten Konditionen – weiter besteht. Ein Abzug unter dem Titel «Schuldzinsen» lässt sich daher rechtfertigen, obschon die zeitliche «Vorverlegung» gegen das Periodizitätsprinzip verstösst (eine solche Lösung gilt im Kanton St. Gallen, denn hier werden Vorfälligkeitsentschädigungen gestützt auf Art. 45 Abs. 1 lit. a StG des Kantons St. Gallen [811.1] zum Abzug zugelassen). Die gleiche Praxis gilt in den meisten Kantonen auch bei der direkten Bundessteuer.

4. Zu prüfen ist weiter, ob sich in den Steuergesetzen des Bundes oder des Kantons Zug eine Bestimmung findet, gestützt auf die eine Vorfälligkeitsentschädigung für die verfrühte Ablösung einer Festhypothek bei der Grundstückgewinnsteuer als Verkaufskosten bzw. wertvermehrende Aufwendung vom Verkaufserlös in Abzug gebracht werden könnte.

a) Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage ist die Regelung der Grundstückgewinnsteuern im Steuerharmonisierungsgesetz des Bundes. In Art. 12 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Steuerharmonisierung der direkten Steuern der Kantone und der Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (StHG, SR 624.14) unterliegen der Grundstückgewinnsteuer Gewinne, die sich bei der Veräusserung eines Grundstücks des Privatvermögens oder eines landwirt- oder forstwirtschaftlichen Grundstückes sowie Anteilen daran ergeben, soweit der Erlös die Anlagekosten (Erwerbspreis oder Ersatzwert abzüglich Aufwendungen) übersteigt. In dieser Bestimmung erschöpft sich die bundesrechtliche Regelung. Artikel 12 StHG enthält somit keine besonderen Regeln, welche bei der Definition der Anlagekosten zu beachten oder zu berücksichtigen wären. Immerhin gehen aber die Kommentare zu Art. 12 Abs. 1 StHG davon aus, dass mit dem Begriff «Aufwendungen» die sog. wertvermehrenden Aufwendungen gemeint sind. Darunter sind alle jene Auslagen zu verstehen, welche für die Anschaffung, die Herstellung oder die Erhöhung des Substanzwertes einer Liegenschaft verwendet worden sind (vgl. hierzu Bernhard Zwahlen, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/1, Art. 12 StHG N 58).

b) Die Regeln für die Berechnung des Grundstückgewinns und damit für die Berechnung der Grundstückgewinnsteuer finden sich – wie oben erwähnt- in den §§ 187 ff. des kantonalen Steuergesetzes. Gemäss § 193 Abs. 1 StG ist Grundstückgewinn der Betrag, um welchen der Erlös die Anlagekosten übersteigt. Als Anlagekosten werden der Erwerbspreis und die anrechenbaren Aufwendungen bezeichnet sowie der bei der Überführung ins Privatvermögen besteuerte Gewinn. Was als Aufwendungen anzuerkennen ist, wird abschliessend in § 196 StG definiert, denn der Wortlaut heisst «Als Aufwendungen sind anrechenbar:» und nicht: «Als Aufwendungen sind unter anderem anrechenbar». Die Aufzählung in § 196 StG ist abschliessend. Die Regelung in § 196 Abs. 2 lit. b StG, wonach Aufwendungen, die bei der Einkommenssteuer als Abzüge oder als Aufwand zu berücksichtigen seien, bei der Grundstückgewinnsteuer nicht anrechenbar seien, kann nicht als Generalklausel dafür verstanden werden, dass alle übrigen Aufwendungen bei der Grundstückgewinnsteuer in Abzug gebracht werden könnten.

c) Paragraph 196 enthält in Abs. 1 lit. a StG eine Grundsatznorm, aus der hervorgeht, dass nur solche Aufwendungen in Abzug gebracht werden dürfen, die zu einer «dauernden Verbesserung» des Grundstücks führen. Der Begriff der Verbesserung ist dabei weit auszulegen und umfasst alle Aufwendungen, die den Substanzwert des Grundstücks erhöhen oder zu einer rechtlichen Verbesserung führen können (Samuel Bussmann, Das dualistische System der Grundstückgewinnbesteuerung, Rz 472). Die sog. «rechtlichen Verbesserungen», auf welche der Rekurrent in seinen Rechtsschriften verweisen lässt, finden sich in § 196 Abs. 1 lit. c, der wie folgt lautet: «Als Aufwendungen sind anrechenbar: ... c) Entschädigungen für die Errichtung von Dienstbarkeiten und Grundlasten zugunsten des Grundstücks oder für die Ablösung von Dienstbarkeiten und Grundlasten auf dem Grundstück». Es geht also um die Entschädigung für die Errichtung oder für die Ablösung von Dienstbarkeiten und Grundlasten. Mit Dienstbarkeiten und Grundlasten sind nicht Hypotheken und auch nicht Schuldbriefe gemeint. Die Grundpfandverschreibung und der Schuldbrief sind zwar auch in der zweiten Abteilung des ZGB («Die beschränkten dinglichen Rechte») geregelt, haben jedoch begrifflich und inhaltlich nichts mit den Dienstbarkeiten und Grundlasten zu tun, die in einem anderen Titel geregelt sind. Gegenstand einer «Grunddienstbarkeit» ist Folgendes: Ein Grundstück kann zum Vorteil eines andern Grundstücks in der Weise belastet werden, dass sein Eigentümer sich bestimmte Eingriffe dieses anderen Grundstücks gefallen lassen muss oder zu dessen Gunsten nach gewissen Richtungen sein Eigentum nicht ausüben darf (Art. 730 ZGB). Typische Beispiele für Grunddienstbarkeiten sind z. B. Fuss- und Fahrwegrechte.....Als Aufwendungen sind aber bei der Veräusserung eines Grundstücks nur Entschädigungen für Grunddienstbarkeiten und Grundlasten zulässig, die zu einer rechtlichen Besserstellung des Grundstücks gegenüber dem Erwerbszeitpunkt geführt haben, d.h. errichtet ein Grundeigentümer nach dem Erwerb eines Grundstücks eine Dienstbarkeit, die er aber vor der Veräusserung wieder ablöst, so fehlt es am Merkmal der dauernden rechtlichen Verbesserung, d.h. ein Abzug ist dann nicht möglich.

d) Die unter dem § 196 Abs. 1 lit. g StG aufgeführten als «mit der Handänderung verbun-

dene Abgaben» bezeichneten Abgaben, auf die sich der Rekurrent ebenfalls beruft, haben nichts mit Vorfälligkeitsentschädigungen zu tun. Mit diesen «Abgaben» sind alle Abgaben zu verstehen, die in einem kausalen Zusammenhang mit der Handänderung anlässlich der Veräusserung oder dem Erwerb des Grundstücks stehen. Nebst den Handänderungsgebühren sind dies vor allem die Grundbuchgebühren sowie die anlässlich einer Grundstücksversteigerung zu bezahlenden Steigerungskosten und die Kosten für behördliche Bewilligungen.

e) Zusammenfassend muss festgestellt werden, dass das Grundstückgewinnsteuerrecht keine Möglichkeit bietet, um Vorfälligkeitsentschädigungen als Aufwendungen vom Grundstückgewinn in Abzug zu bringen. Es ist denn auch kein Zufall, dass alle Kantone und – soweit bekannt – bis heute alle Gerichte Vorfälligkeitsentschädigungen für die vorzeitige Ablösung von Festhypotheken bei der Grundstückgewinnsteuer nicht als anrechenbare Aufwendungen zum Abzug zugelassen haben. Bei der Regelung im Steuerbuch des Kantons Luzern (Ziff. 4a: «Eine Ablösezahlung für den Ausstieg aus einer bestehenden Hypothekarverpflichtung kann ausnahmsweise bei der Grundstückgewinnsteuer als Bestandteil der Handänderungskosten abgezogen werden, wenn die Käuferschaft die bestehende Hypothek nicht übernehmen will, und soweit diese Rücktrittprämie nicht bei der Einkommenssteuer in Abzug gebracht werden kann») handelt es sich um eine Einzelregelung, weil man offenbar davon ausging, dass Abzüge, die man nicht bei der Einkommenssteuer machen könne, bei der Grundstückgewinnsteuer müsse machen können. Vorfälligkeitsentschädigungen fallen jedoch nicht in dieses weitgehend «geschlossene System» von wertvermehrenden und werterhaltenden Aufwendungen, weil es nicht Ausgaben sind, die zum Substanzwert eines Grundstücks gehören. Es handelt sich vielmehr um Kapitalbeschaffungskosten, die nicht abzugsfähig sind. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Kanton Zug als nur einer von drei Kantonen (zusammen mit Aargau und Waadt) in § 196 Abs. 1 lit. d StG ausdrücklich geregelt hat, dass Kosten für die Errichtung von Schuldbriefen und Grundpfandverschreibungen als abzugsfähige Aufwendungen anerkannt werden können (vgl. hierzu die Übersicht in den Steuerinformationen der Schweizerischen Steuerkonferenz, Die Besteuerung der Grundstückgewinne, Stand der Gesetzgebung 1. Januar 2015, S. 30 ff.). In den andern Kantonen sind sogar diese Kosten nicht abzugsfähig. Wenn also in den meisten Kantonen nicht einmal die Kosten für die Errichtung von Schuldbriefen und Grundpfandverschreibungen als Anlagekosten abzugsfähig sind, wie viel mehr muss dies denn erst für die Kosten der Ablösung einer Festhypothek selber gelten. Die Ablösung einer Festhypothek hat auch keinen Einfluss auf den Substanzwert eines Grundstücks. Der Wert eines Grundstücks ändert sich dadurch nicht, ob es mit einer Hypothek belastet ist oder nicht. Er ändert sich auch nicht, wenn der Eigentümer vor dem Verkauf die Hypothek ablöst oder wenn diese auf den neuen Eigentümer übertragen wird.

f) Dies führt zur Abweisung des vorliegenden Rekurses. Im Sinne eines «obiter dictum» möchte das Gericht aber darauf hinweisen, dass es beabsichtigt, seine Praxis bezüglich Abzugsfähigkeit von Vorfälligkeitsentschädigungen (vgl. GVP 2014, 120) bei nächster Gelegenheit zu überdenken und wohl zu ändern und die entsprechenden Zahlungen bei der Einkommenssteuer ohne Einschränkungen als «kumulierte vorfällige Zinszahlungen» zum Abzug zuzulassen,

wie dies in vielen andern Kantonen schon geübte Praxis ist (vgl. hierzu StR 2005, 836 oder StE 2010, B 44. 13.5 Nr. 10, Erw. 4.1, wo das Verwaltungsgericht Basel-Stadt und dasjenige von Baselland in Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu den entsprechenden Schlüssen gekommen sind).

Urteil vom 25. August 2015, A 2015 / 2

9. Strassenverkehrsrecht

9.1 Art. 74 Abs. 3 VZV

Regeste:
Art. 74 Abs. 3 VZV – Zuständig für die Erteilung eines Kollektiv-Fahrzeugausweises ist im Regelfall die kantonale Behörde am Sitz des Unternehmens. Findet die Geschäftstätigkeit aber ausschliesslich in einem anderen Kanton statt, wird die Zuständigkeit nicht mehr durch den zivilrechtlichen Unternehmenssitz, sondern durch den Ort der tatsächlichen Geschäftstätigkeit begründet (Erw. 2 und 3).

Aus dem Sachverhalt:

Am 25. Januar 2013 erteilte das Strassenverkehrsamt des Kantons Zug der K. AG einen Kollektiv-Fahrzeugausweis samt entsprechenden Händlerschildern.

Mit Verfügung vom 29. Juli 2014 entzog es der K. AG den Kollektiv-Fahrzeugausweis und die Kontrollschilder wieder mit der Begründung, gemäss seinen Abklärungen und denjenigen der Luzerner Polizei finde an der A-Strasse in B. kein Fahrzeughandel mehr statt. Die Adresse diene der K. AG lediglich noch als Firmensitz. Von der Polizeidienststelle L. und von der Gemeinde L. habe man die Information erhalten, dass am Wohnort von X.Y. in L. seit längerer Zeit ein reger Handel mit Motorfahrzeugen betrieben werde. Auf die Einladung zur Akteneinsicht bzw. zum rechtlichen Gehör vom 17. Juli 2014 habe die K. AG bzw. deren Vertreter X. Y. bestätigt, dass der Fahrzeughandel am A. Strasse in B. für den Autohandel nicht mehr geeignet gewesen sei und man aus diesem Grunde die dortigen Geschäftsräumlichkeiten aufgegeben habe. Man sei auf der Suche nach geeigneteren Geschäftsräumlichkeiten. Da die Voraussetzungen zum Besitz des Händlerschildes gemäss VVV nicht mehr gegeben seien, sei das Händlerschild beim Strassenverkehrsamt des Kantons Zug abzugeben. Für die Vergabe von Händlerschildern sei der Kanton zuständig, in dem die Geschäftstätigkeit ausgeübt werde (Art. 74 Abs. 3 VZV). Falls der Fahrzeughandel weiterhin in L. stattfinde, sei für die Bewilligung des Händlerschildes der Kanton Luzern zuständig.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 22. August 2014 gelangte die K. AG an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug und beantragte die vollumfängliche Aufhebung der Verfügung vom 29. Juli 2014 und insbesondere die Aufhebung des Entzuges des (Kollektiv-

)Fahrzeugausweises und der Kontrollschilder ZG 00000 U. Zudem sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Zur Begründung führte die K. AG aus, man habe bereits mit Brief vom 26. Juli 2014 darauf hingewiesen, dass sie ihre Geschäftstätigkeit (Autohandel) nicht in den Kanton Luzern verlegt habe und sie das genannte Händlerschild weiterhin benötige. Der Firmensitz befinde sich nach wie vor in B. im Kanton Zug. Die K. AG werde ihren Firmensitz auch in Zukunft dort behalten und ihre Geschäftstätigkeit von dort aus ausüben. Da die bisher am Firmensitz benützte Liegenschaft für die Zwecke des Autohandels nicht mehr geeignet gewesen sei, habe man die entsprechende Vereinbarung betreffend die Geschäftsräumlichkeiten in B. aufgehoben und sei nun auf der Suche nach besser geeigneten Geschäftsräumlichkeiten in der Gemeinde B. Das Strassenverkehrsamt scheine davon auszugehen, dass der Kanton, in welchem die jeweilige Geschäftstätigkeit stattfinde, zur Erteilung eines Kollektiv-Fahrzeugausweises zuständig sei, und dass bei einer Geschäftstätigkeit von einem anderen Kanton aus, ob diese vorläufig sei oder nicht, dieser Kanton automatisch und in jedem Fall für die Erteilung des Kollektiv-Fahrzeugausweises zuständig werde und der Firmensitzkanton somit den Kollektiv-Fahrzeugausweis entziehen müsse. Die Ansicht des Strassenverkehrsamtes entbehre jedoch nicht nur einer gesetzlichen Grundlage, sondern widerspreche dem von ihm ausdrücklich erwähnten Art. 74 Abs. 3 VZV. Demgemäss sei nämlich ausdrücklich der Kanton am Firmensitz zur Erteilung des Kollektiv-Fahrzeugausweises zuständig. Auf den Ort der Geschäftstätigkeit komme es somit nicht an. Der Kanton Luzern könnte aufgrund des fehlenden Firmensitzes im Kanton Luzern gar keinen Kollektiv-Fahrzeugausweis erteilen. Es sei der K. AG unmöglich, ausserhalb des Kantons Zug einen Kollektiv-Fahrzeugausweis zu erhalten, solange sich der Firmensitz im Kanton Zug befinde.

Aus den Erwägungen:

2. a) Gemäss den Richtlinien für die Bestimmung des Standortes der Motorfahrzeuge des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes (nachfolgend: EJPD) vom 25. April 1969 sind für die Erteilung des Fahrzeugausweises und die Erhebung der Fahrzeugsteuern grundsätzlich die Behörden des Kantons zuständig, in dem das Fahrzeug seinen Standort hat. Der Standort des Fahrzeugs ist nach den gleichen Grundsätzen zu beurteilen wie der Wohnsitz einer Person. Es kommt dabei nicht so sehr auf die zeitliche Stationierung des Fahrzeuges als vielmehr darauf an, zu welchem Ort das Fahrzeug die nächste Beziehung hat. Aus diesen Gründen ist denn auch ein neuer Fahrzeugausweis einzuholen, wenn der Standort eines Fahrzeugs in einen anderen Kanton verlegt wird oder auf einen anderen Halter übergeht (Art. 11 Abs. 3 SVG). Betreffend die «Fahrzeuge mit Händlerschildern» ist den Richtlinien zu entnehmen, dass diese nur an Personen und Unternehmungen abgegeben werden, deren Betrieb die Erfordernisse nach Art. 23 VVV erfüllt. Es wird somit allein auf den Betrieb abgestellt. Deshalb ist für die Abgabe der Händlerschilder der Sitz des Betriebes massgebend.

b) Gemäss Art. 25 Abs. 2 lit. d SVG erlässt der Bundesrat Vorschriften über Ausweise und Kontrollschilder. Unter anderem gestützt auf diese Bestimmung hat der Bundesrat sowohl

die Verkehrsversicherungsverordung vom 20. November 1959 (VVV, SR 741.31) als auch die Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr vom 27. Oktober 1976 (VZV, SR 741.51) erlassen. Gemäss Art. 24 Abs. 1 VVV berechtigt der Kollektiv-Fahrzeugausweis zum Anbringen der darin genannten Händlerschilder an geprüften und nichtgeprüften, betriebssicheren und den Vorschriften entsprechenden Fahrzeugen der im Ausweis genannten Art; nicht in allen Teilen den Vorschriften entsprechen muss das Fahrzeug auf Fahrten, die zur Feststellung eines Mangels oder zur Kontrolle seiner Behebung erforderlich sind. Händlerschilder dürfen für die in Art. 24 Abs. 3 VVV genannten Zwecke verwendet werden, insbesondere zum Überführen und Erproben von Fahrzeugen im Zusammenhang mit Reparaturen oder Umbauten am Fahrzeug (lit. b) und für die amtliche Fahrzeugprüfung und die Fahrt zu dieser Prüfung (lit. e).

c) In Art. 74 Abs. 3 VZV wird festgehalten, dass der Kollektiv-Fahrzeugausweis vom Kanton, in dem das Unternehmen seinen Sitz hat, auf das Unternehmen oder dessen verantwortlichen Leiter ausgestellt wird. Kollektiv-Fahrzeugausweise werden abgegeben an Betriebe, welche die im Anhang 4 VVV aufgeführten Voraussetzungen erfüllen und über die für die Art des Betriebes erforderlichen Bewilligungen verfügen, Gewähr für eine einwandfreie Verwendung des Kollektiv-Fahrzeugausweises bieten und, soweit es sich um Unternehmen des Motorfahrzeuggewerbes handelt, die in Art. 71 Abs. 2 SVG vorgeschriebene Versicherung abgeschlossen haben (Art. 23 Abs. 1 VVV). Die kantonale Behörde kann von den Voraussetzungen des Anhangs 4 zu Gunsten des Bewerbers oder Inhabers ausnahmsweise abweichen, wenn die Gesamtbeurteilung des Betriebes ergibt, dass die Händlerschilder ohne Gefahr für die Verkehrssicherheit und die Umwelt abgegeben werden können (Art. 23 Abs. 2 VVV). Kollektiv-Fahrzeugausweise sind zu entziehen, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung nicht mehr erfüllt sind (Art. 23a Abs. 1 VVV).

d) Ziffer 3 Anhang 4 VVV bestimmt die Voraussetzungen für die Erteilung eines Kollektiv-Fahrzeugausweises an einen Fahrzeughandelsbetrieb. So werden unter anderem Fachkenntnisse und Erfahrungen des Gesuchstellers oder einer anderen im Betrieb verantwortlichen Person verlangt (Ziff. 3.1). Weiter muss der Betrieb eine gewisse Mindestanzahl an Verkäufen tätigen (Ziff. 3.2 ff.) sowie über ausreichende Räumlichkeiten (Raum für Fahrzeugaufbereitung und Fahrzeugrepräsentation von mindestens 50 m^2, Abstellplatz für mindestens weitere zehn Fahrzeuge und Büro mit Telefon; Ziff. 3.3) und Betriebseinrichtungen (Einrichtungen und Werkzeugsortiment für die Bereitstellung von Fahrzeugen, Lift oder Grube, Batterieladegerät, Wagenheber, optisches Lichteinstellgerät, typengeprüftes Abgasmessgerät; Ziff. 3.4) verfügen.

3. Aus den vorliegenden Akten und insbesondere aus dem Ermittlungsbericht der Luzerner Polizei geht hervor, dass die Beschwerdeführerin ihren Firmensitz zwar nach wie vor in B. im Kanton Zug hat, sie ihre Geschäftstätigkeit indes – zumindest vorübergehend – in L. im Kanton Luzern ausführte. Strittig und zu prüfen ist, ob das Strassenverkehrsamt der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 29. Juli 2014 den Kollektiv-Fahrzeugausweis und das Händler-

schild zu Recht entzogen hat oder nicht. Die Beschwerdeführerin beruft sich diesbezüglich auf Art. 74 Abs. 3 VZV, wonach der Kollektiv-Fahrzeugausweis vom Kanton, in dem das Unternehmen seinen Sitz hat, ausgestellt werde. Das Strassenverkehrsamt hingegen bringt vor, Art. 74 Abs. 3 VZV gehe davon aus, dass der Ort der Geschäftstätigkeit mit dem Firmensitz identisch sei.

a) Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Rechtsnorm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis aus der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen (ausführlich dazu BGE 121 III 219, insbesondere Erw. 1d/aa; vgl. auch BGE 123 II 464 Erw. 3a).

b) Die gesetzliche Grundlage der Verordnungsbestimmung des Art. 74 Abs. 3 VZV findet sich in Art. 25 Abs. 2 lit. d SVG, wonach der Bundesrat Vorschriften über Ausweise und Kontrollschilder erlässt. Als gesetzliche Grundlage lässt sich weiter auch Art. 22 Abs. 1 SVG heranziehen. Demgemäss bestimmen die kantonalen Behörden über Erteilung und Entzug von Ausweisen. Zuständig ist für Fahrzeuge der Standortkanton, für Führer der Wohnsitzkanton (vgl. auch BGE 123 II 464 Erw. 2c). Erwähnenswert sind diesbezüglich auch die Richtlinien des EJPD vom 25. April 1969, in welchen festgehalten wurde, dass bei der Abgabe der Händlerschilder der Sitz des Betriebes massgebend sei (vgl. vorstehend Erw. 2a). Anstelle des Betriebssitzes fand in Art. 74 Abs. 3 VZV jedoch der Begriff des Unternehmenssitzes Eingang in die Verordnung. Dabei wurde aber nicht bedacht, dass diese Regelung in Fällen wie dem vorliegenden zu stossenden, dem übergeordneten Gesetz zuwiderlaufenden Ergebnissen führen kann. Das Hoheitsgebiet eines jeden Strassenverkehrsamtes erstreckt sich nur bis zu den jeweiligen Kantonsgrenzen, weswegen die Strassenverkehrsämter die Einhaltung der Voraussetzungen gemäss Art. 23a Abs. 1 VVV gar nicht überprüfen könnten, wenn ein im einen Kanton domiziliertes Unternehmen seine Geschäftstätigkeit nach Erhalt der entsprechenden Ausweise/Schilder in einen anderen Kanton verlegt. Ebenfalls problematisch wäre es, wenn ein in einem Kanton domizilierter Autohandel über mehrere Zweigniederlassungen in anderen Kantonen verfügen und in allen Kantonen lediglich die Ausweise und Schilder des Domizilkantons verwenden würde. Es ist aufgrund solcher Probleme davon auszugehen, dass mit dem «Sitz des Betriebes“ gemäss den Richtlinien des EJPD vom 25. April 1969 nicht der formelle Sitz der Gesellschaft gemeint war, sondern der Ort, an welchem sich der tatsächliche (Geschäfts-)Betrieb befindet. Für diese Auslegung sprechen auch die Weisungen und Erläuterungen des EJPD vom 5. August 1994, wonach die Räumlichkeiten durch Sachverständige der kantonalen Behörde an Ort und Stelle geprüft werden (Ziff. 1.5) und sich die Abstellplätze auf dem gleichen Grundstück oder in der Nähe der Betriebsräume befinden sollen

(Ziff. 3.4). Zur Betriebsbewilligung ist dem Schreiben des EJPD zudem zu entnehmen, der vorgeschriebene umbaute Raum sowie die Abstellplätze im Freien müssten den kantonalen Bau-, Umweltschutz-, Feuerpolizei- und Arbeitshygienevorschriften entsprechen und die für den Betrieb erforderlichen Bewilligungen müssten vorliegen.

c) Den vorstehenden Ausführungen zufolge ist somit das Strassenverkehrsamt des Kantons Luzern zuständig für die Erteilung des Kollektiv-Fahrzeugausweises und des Händlerschildes, wenn die K. AG ihren Fahrzeughandel – sei dies dauernd oder nur vorübergehend – in L. betreibt. Der Firmensitz in B. ist entgegen dem Wortlaut von Art. 74 Abs. 3 VZV gerade nicht massgebend, weil es sonst zur ungewollten Situation kommen würde, dass Fahrzeuge mit Standort im Kanton Luzern Nummernschilder des Kantons Zug tragen würden. Dies wiederum hätte zur Folge, dass das Strassenverkehrsamt des Kantons Luzern die Ausweise bzw. Schilder nicht einziehen und das Strassenverkehrsamt des Kantons Zug den Autohandel bzw. dessen Geschäftstätigkeit nicht überprüfen könnte. Ferner ist auch eine Kontrolle der kantonalen Bau-, Umweltschutz-, Feuerpolizei- und Arbeitshygienevorschriften durch eine ausserkantonale Behörde undenkbar bzw. in der Praxis nicht umsetzbar. Der vorliegende Fall zeigt dies geradezu beispielhaft auf, handelt es sich bei der Adresse in L. doch gemäss dem Bericht der Luzerner Polizei um eine Wohnzone, in welcher keine gewerbliche Nutzung zugelassen ist. Die ausserkantonale Behörde hat jedoch keine Kontrollbefugnis und auch keine Kenntnis der fremden Verhältnisse und Bestimmungen, sodass die Einhaltung der diversen Vorschriften nicht gewährleistet werden kann. Ein Autohandel in einer reinen Wohnzone würde von der zuständigen kantonalen Behörde jedenfalls unter keinen Umständen bewilligt werden. Aufgrund der fehlenden Möglichkeit einer Überprüfung des ausserkantonalen Betriebes könnte das jeweilige Strassenverkehrsamt zudem auch gar keinen Entzug des Kollektiv-Fahrzeugausweises gemäss Art. 23a Abs. 1 VVV anordnen, was dem Sinn und Zweck der entsprechenden Bestimmungen offenkundig zuwiderlaufen würde.

d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Art. 74 Abs. 3 VZV lediglich den Regelfall darstellt, wonach sich die Geschäftstätigkeit eines Unternehmens an dessen Sitz ereignet. Dabei lässt Art. 74 Abs. 3 VZV aber ausser Acht, dass sich der Ort der Geschäftstätigkeit durchaus vom Ort des Unternehmenssitzes unterscheiden und gar in einem anderen Kanton liegen kann, was aufgrund des Föderalismus bzw. den auf die Kantonsgrenzen beschränkten Hoheitsgebieten der einzelnen Strassenverkehrsämter – wie vorstehend ausgeführt – zu offensichtlich unerwünschten Ergebnissen führen würde. Es ist vom Wortlaut des Art. 74 Abs. 3 VZV mithin insofern abzuweichen, als die kantonale Zuständigkeit nicht durch den zivilrechtlichen Unternehmenssitz, sondern durch den Ort der tatsächlichen Geschäftstätigkeit begründet wird.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 26. November 2014 V 2014 / 108

B

Stichwortverzeichnis

Uuml;brige Zone mit speziellen Vorschriften fuuml;r Golf: Die laquo;Uuml;brige Zone mit speziellen Vorschriften fuuml;r Golfraquo; ist fuuml;r den Betrieb von Golfanlagen reserviert., 13

Abgangsentschauml;digung: Verschuldete Auflouml;sung des Arbeitsverhauml;ltnisses durch Mitarbeiter als Voraussetzung zur Verweigerung einer Abgangsentschauml;digung, 100
Abzugsfauml;higkeit vom steuerbaren Einkommen: Verzugszinsen auf auslauml;ndischen Nachsteuerforderungen sind abzugsfauml;hige Schuldzinsen., 209
Akteneinsicht: Wer Eigentuuml;mer, Miteigentuuml;mer oder Gesamteigentuuml;mer eines Grundstuuml;cks ist, hat jederzeit Anspruch auf Einsicht in ein das Grundstuuml;ck betreffendes Baubewilligungsverfahren., 35
Alters- und Hinterlassenenversicherung: Befreiung von der Beitragspflicht gemauml;ss Art. 8 lit. a AHVV, 137
Alters- und Hinterlassenenversicherung: Beitragspflicht; Wirtschaftliche Betrachtungsweise bei der Pruuml;fung der Ausuuml;bung einer Erwerbstauml;tigkeit in der Schweiz; massgebender Lohn bei wirtschaftlicher Identitauml;t von natuuml;rlicher Person und AG, 128
Anzurechnende Landflauml;che: Eine Privatstrasse kann an die Mindestflauml;che fuuml;r eine Arealbebauungsbewilligung angerechnet werden., 52
Arbeitslosenversicherung: Anspruch auf arbeitsmarktrechtliche Massnahme; ein Kurs, den jemand aus uuml;berwiegend persouml;nlichem Interesse zur Realisierung seiner gewuuml;nschten beruflichen Neuorientierung wauml;hlt, ist nicht bewilligungsfauml;hig., 156
Arbeitslosenversicherung: Anspruchsberechtigung; arbeitgeberauml;hnliche Stellung; massgebender Zeitpunkt fuuml;r die absolute und unwiderrufliche Einstellung der Geschauml;ftstauml;tigkeit; Kontrollier- und Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls, 177
Arbeitslosenversicherung: Vermittlungsfauml;higkeit; Praxis beim Bestehen familiauml;rer Verpflichtungen, 147
Arealbebauungsbewilligung: Voraussetzungen der Anrechenbarkeit einer Privatstrasse an die Mindestflauml;che fuuml;r eine Arealbebauungsbewilligung, 52

Beistandschaft: Auch Genugtuungszahlungen fallen unter den Vermouml;gensbegriff im Sinne von Art. 404 ZGB und sect; 8 Abs. 3 VESBV; SKOS-Richtlinien fehlt die direkte Bindungswirkung; aus Art. 92 Abs. 1 Ziff. 9 SchKG kann nicht geschlossen werden, dass Genugtuungszahlungen nicht als Vermouml;gen im Sinne von sect; 8 Abs. 3 VESBV zu qualifizieren sind., 88
Beistandschaft: Vermouml;gensermittlung im Sinne von sect; 8 Abs. 3 VESBV, insbesondere die Beruuml;cksichtigung von Freizuuml;gigkeitsguthaben; Voraussetzungen fuuml;r eine vorzeitige Auszahlung der Altersleistung nach Art. 16 Abs. 2 FZV., 91
Beschwerdelegitimation: Gegen eine Baubewilligung kann nur uuml;ber eine Baueinsprache die Parteistellung im spauml;teren Rechtsmittelverfahren erlangt

werden, dies auch in Verfahren, in denen neben der kommunalen Baubewilligung weitere kantonale Bewilligungen erforderlich sind., 63

Denkmalschutz: Pruuml;fung, ob ehemaliges Gasthaus Ochsen in Oberauml;geri ein Denkmal von sehr hohem wissenschaftlichen, kulturellen oder heimatkundlichen Wert ist. Wuuml;rdigung Gerichtsgutachten und Gegengutachten., 68

Ergauml;nzungsleistungen: Voraussetzungen fuuml;r die Revision der bereits gewauml;hrten Jahresleistung bzw. Leistungsanpassung; Ausnahmetatbestand von Art. 25 Abs. 1 lit. c ELV, 173

Expatriates Verordnung: Aneinanderreihung von befristeten Arbeitsvertrauml;gen eines Expats uuml;ber die Fuuml;nfjahresschranke der ExpaV hinaus. Auslegung der Verordnung nach ihrem Sinn und Zweck mit Blick auf das Prinzip der Allgemeinheit der Besteuerung und der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfauml;higkeit., 193

Familiennachzug: Voraussetzungen fuuml;r den (umgekehrten) Familiennachzug als Grund fuuml;r eine Aufenthaltsbewilligung nach Art. 43 AuG., 5

Gehouml;r, rechtliches: Bei der Festlegung des Verkehrswertes mit Hilfe von Vergleichsgeschauml;ften sind diese gegenuuml;ber dem Steuerpflichtigen im Detail offen zu legen., 214

Gehouml;r, rechtliches: Kein Anspruch auf Aushauml;ndigung schriftlicher Plauml;doyernotizen der Gegenpartei an einer muuml;ndlichen Verhandlung., 166

Gemeindeautonomie: Gemeindeautonomie in den Korporationsgemeinden, 110

Gewinnausschuuml;ttung, verdeckte: Spendengelder als geldwerter Vorteil bzw. verdeckte Gewinnausschuuml;ttung an nahestehende Dritte., 198

Grundstuuml;ckgewinn, Verkehrswert: Der Verkehrswert eines Grundstuuml;cks kann nach verschiedenen Methoden ermittelt werden und entspricht dem Preis, der fuuml;r das Grundstuuml;ck nach dessen rechtlichen Gegebenheiten und dessen tatsauml;chlichen Eigenschaften im gewouml;hnlichen Geschauml;ftsver am fraglichen Bewertungsstichtag zu erzielen gewesen wauml;re., 214

Interkantonale Steuerausscheidung: Einkommen aus Personengesellschaft; Tauml;tigkeitsentg Gewinnanteil; Ausscheidung an den Wohnsitzkanton, 204

Invalidenversicherung: Anspruch auf Hilfsmittel; Leistungspflicht der IV betreffend Uuml;bernahme der Kosten einer Peruuml;cke fuuml;r einen 12-jauml;hrigen Jungen infolge fehlenden Haarschmucks bzw. Kahlkouml;pfigkeit, 142

Invalidenversicherung: Hilflosenentschauml;digung; Hilflosigkeitsgrade gemauml;ss Art. 37 IVV; direkte und indirekte Dritthilfe, 166

Kuuml;ndigung, missbrauml;uchliche: Eine Kuuml;ndigung ist missbrauml;uchlich, wenn vor der Kuuml;ndigung nicht die Anordnung weniger weit reichender Massnahmen gepruuml;ft wird., 93

Kollektiv-Fahrzeugausweis: Zustauml;ndig fuuml;r den Entzug des Kollektivfahrzeugausweises ist die Behouml;rde am Ort der Geschauml;ftstauml;tigkeit eines Betriebes., 224
Korporationen: Die Stimmberechtigung in den Korporationsgemeinden kann im Gegensatz zum Nutzenrecht und zum Genossenrecht nicht auf Mitglieder mit Wohnsitz im Kanton eingeschrauml;nkt werden., 110

Landwirtschaftszone: Die laquo;Uuml;brige Zone mit speziellen Vorschriften fuuml;r Golfraquo; ist keine Landwirtschaftszone., 13

Niederlassungsbewilligung: Voraussetzungen fuuml;r Erlouml;schen und Widerruf von auslauml;nderrechtlichen Niederlassungsbewilligungen., 5

Parteientschauml;digung: Kein Anspruch auf Parteientschauml;digung trotz Obsiegen der Beschwerdefuuml;hrerin, da in casu unklare Aktenlage., 137
Personalrecht: Pruuml;fung der Rechtmauml;ssigkeit einer verweigerten Abgangsentschauml;digun
100

Reformation in pejus: Droht eine reformatio in peius, ist die Partei vor Erlass des Einspracheentscheids zwingend darauf und auf die Mouml;glichkeit eines Einspracheruuml;ckzugs hinzuweisen., 147

Stimmrechtsbeschwerde: Abgrenzung der Stimmrechtsbeschwerde nach sect; 17bis GG zur Verwaltungsbeschwerde gemauml;ss sect; 17 GG, 110

Unfallversicherung: Aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes entfauml;llt im Sozialversicherungsrecht die Beweisfuuml;hrungslast; die Parteien tragen dahingehend die Beweislast, dass im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zuungunsten derjenigen Partei ausfauml;llt, die aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten will., 181
Unfallversicherung: Unfallbegriff; bundesgerichtliche Rechtsprechung bezuuml;glich Leistenbruch; ein Husten stellt keinen ungewouml;hnlichen auml;usseren Faktor dar; ein Leistenbruch lauml;sst sich nicht unter Art. 9 Abs. 2 UVV subsumieren., 133
Unfallversicherung: Wiedererwauml;gung einer vergleichsweisen Regelung sozialversicherungsrechtlicher Streitigkeiten, 187

Vergleich: Zulauml;ssigkeit eines Vergleichs in der Sozialversicherung, 187
Verhauml;ltnismauml;ssigkeitsprinzip: Bei der Beurteilung der Forderung nach der Wiederherstellung des rechtmauml;ssigen Zustandes ist immer der Grundsatz der Verhauml;ltnismauml;ssigkeit zu beachten., 18
Verkehrswert, rechtliches Gehouml;r: Bei der Festlegung des Verkehrswertes mit Hilfe von Vergleichsgeschauml;ften sind diese gegenuuml;ber dem Steuerpflichtigen im Detail offen zu legen., 214

Vertrauensschutz: Dass Privatpersonen Rechtsmittel aufgrund einer fehlerhaften Auskunft einer Gemeindebehouml;rde nicht schon im vorinstanzlichen Verfahren ergreifen, begruuml;ndet keine Legitimation aus Vertrauensschutz im Beschwerdeverfahren vor der kantonalen Rechtsmittelinstanz., 63

Vertrauensschutz: Eine spauml;tere Aberkennung der Vermittlungsfauml;higkeit ruuml;ckwirkend ex tunc ist im Lichte des Vertrauens- bzw. des Gutglaubensschutzes nicht vertretbar., 147

Vertrauensschutz: Wer absichtlich ein Gebauml;ude gegen den ausdruuml;cklichen Willen der Behouml;rden gauml;nzlich abreisst und treuwidrig vouml;llig neu aufbaut, kann sich nicht auf den Vertrauensschutz berufen., 18

Vorfauml;lligkeitsentschauml;digung: Als Vorfauml;lligkeitsentschauml;digung bezeichnet man einen Geldbetrag, der bei einer vorzeitigen Kuuml;ndigung einer Festhypothek oder einer auml;hnlichen Schuld bezahlt werden muss., 218

Waldabstand: Beim Wiederaufbau eines Gebauml;udes im Sinne von Art. 24c Abs. 2 RPG muss der Waldabstand eingehalten werden., 18

Wertvermehrende Aufwendungen: Als wertvermehrende Aufwendungen im Grundstuuml;ckgewinnsteuerrecht gelten solche, die zu einer dauernden Verbesserung eines Grundstuuml;ckes fuuml;hren (Erhouml;hung des Substanzwertes wie auch rechtliche Verbesserungen)., 218

Wiedererwauml;gung: Ein Vergleich kann nur unter erhouml;hten Anforderungen in Wiedererwauml;gung gezogen werden., 187

Zone des ouml;ffentlichen Interesses: Voraussetzungen fuuml;r die Zuweisung eines Grundstuuml;ckes in die Zone des ouml;ffentlichen Interesses fuuml;r Bauten und Anlagen (gesetzliche Grundlage, ouml;ffentliches Interesse, Verhauml;ltnismauml;ssigkeit)., 38